جامعة محمد الصديق بن يحي ــ جيجل ــ
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

حماية المستهلك في إطار القروض البنكية

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

تخصص قانون بنكي ومالي

من إعداد الطالب: جبالي منير

تحت اشراف: الدكتور / موكة عبد الكريم

لجنة المناقشة:

سمار نصر الدين	استاد	جامعة جيجل	رئيسا
موكة عبد الكريم	أستاذ محاضر أ	جامعة جيجل	مشرفا ومقررا
خلاف فاتح	أستاذ	جامعة جيجل	ممتحنا
مجدوب كوثر	أستاذة محاضرة أ	جامعة سكيكدة	ممتحنا
بودة محمد واعمر	أستاذ محاضر أ	جامعة بجاية	ممتحنا
عزيزي جلال	أستاذ محاضر أ	جامعة جيجل	ممتحنا

تاريخ المناقشة 2023/06/10

بسم الله الرحمان الرحيم

شكر وتقدير

بعد شكر الله سبحانه وتعالى على كريم فضله وحسن توفيقه لي على انجاز هذا البحث

فإنه يشرفني ان اتقدم بخالص شكري وتقديري الى الأستاذ " موكة عبد الكريم" الذي أشرف على انجاز هذا العمل وعلى كل ما أسداه لي من نصائح وتوجيهات.

الشكر موصول إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين ساهموا في تقييم و إثراء هذا العمل.

ولكل من ساعدني من قريب ومن بعيد على اتمامه.

قائمة

المختصرات

أولا: باللغة العربية: قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية:

- ج ر: جريدة رسمية

- ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

- ق: قانون

- م : مادة

- م م : معدل ومتمم

ثانيا: باللغة الفرنسية:

- **Art** : Article
- **Bull** : Bulletin
- **C E** : Conseil d'Etat
- **C. CIV** : Code civil
- **C. Cons** : Conseil Constitutionnel
- **C. Conso** : Code de la Consommation
- **Cass Civ** : Cassation civil
- **CEDH** : Cour Européenne des Droits de l'homme
- **CMF** : Code Monétaire et Financier
- **JORF** : Journal Officielle de la République Française
- **JOUE** : Journal Officielle de l'Union Européen
- **Op Cit** : Référence précédemment cité
- **Q P C** : Question Prioritaire de Constitutiona

مقدمة

تؤدي البنوك دورا حيويا في إدارة عجلة الاقتصاد ومحركا فعالا للعملية الاستثمارية، وتمويل النشاط الاقتصادي فهي وسيلة توزيع الفوائض المالية من أصحاب الفائض إلى أصحاب العجز، ووسيلة لضمان استمرارية التمويل للمشاريع الاقتصادية الضخمة، فهي ملاذ الشركات من أي تعثر اقتصادي، وكذلك الملاذ الآمن لأي شركة ترغب في توسيع استثماراتها، هاته الأهمية وهذا الدور التمويلي لم يأتي من فراغ بل هو نتيجة للتطور الحاصل في الاقتصاد العالمي بفعل تطور تقنيات السوق الحر وانتشار الأفكار الرأسمالية وإزالة القيود التي كانت معروفة أثناء سيادة المذهب الاشتراكي، وتغير دور الدولة في المجال الاقتصادي من فاعل وشريك إلى منظم وضابط للسوق من أجل ضمان التوزيع الأمثل لموارده بين مختلف الفاعلين وحماية المنافسة قصد تفادي الأزمات الاقتصادية[1].

فالنشاط البنكي لم يعد بذلك وسيلة بيد الدولة تتدخل بموجبه كمتعامل أو كمتدخل فعال في السوق البنكية رغم عدم وجود ما يمنع الدولة من التدخل في النشاط الاقتصادي على العموم والنشاط البنكي على وجه الخصوص، أو لم تعد بتعبير أدق المحتكر له، هذا الانسحاب فرض واقعا اقتصاديا جديدا فتح المجال أمام الخواص لاكتساح المجال البنكي، ونظرا لتشكيلة البنوك وتعدد مصادر تمويلها ودورها الجوهري في تمويل الاقتصاد، لم يكن على المشرع التخلي على الدور الإشرافي للدولة على القطاع البنكي وذلك من منطلق الحفاظ على سلطة وسيادة القانون ودور الدولة في ذلك.

غير أن موقف المشرع من القوة الاقتصادية للبنوك لم تكن نظرة سلبية بحتة، حيث عمل وفق نظرة توافقية على استغلال دور البنوك وتشكيلتها وما تتمتع به من إمكانيات ضخمة سواء من الناحية المادية أو الفنية في تجسيد عدة مشاريع في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية، ولتحقيق غايات متعددة، فعلى الصعيد الاقتصادي عمل على تشجيع البنوك على دعم المؤسسات

[1]) معيزي قويدر، تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، مجلة الاقتصاد الجديد، جامعة خميس مليانة، العدد 08، سنة 2013، ص 136.

الناشئة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة[1] لتطوير منتجاتها وفق معايير الجودة لتسهيل تسويقها من أجل تدعيم السوق المحلي وتحضيرها للمنافسة الدولية، وكذا وسيلة لتطوير الاقتصاد وتسيير الأزمات الاقتصادية عن طريق التحكم في قدرتها التمويلية، وعلى الصعيد الاجتماعي تعد البنوك الأداة المثلى التي تنفذ بموجبها الدولة سياستها الاجتماعية، فهي وسيلة لتحقيق التضامن الاجتماعي بين مختلف فئات المجتمع والتقليل من الفوارق الاجتماعية وتلبية رغبات الفئات المحرومة لاسيما من خلال تسهيل الحصول على السكن وتسهيل الحصول على مناصب الشغل، وكذا تلبية الحاجيات الاستهلاكية لمختلف طوائفه.

انطلاقا من هذا الدور نلتمس الأهمية التي تحتلها القروض في استخدامات البنوك، بالإضافة إلى كونها الأداة التمويلية التي يمكن أن تجسد بها الدولة مختلف هاته السياسات بغض النظر عن الهدف الذي تسعى إليه ما إذا كان اقتصادي أو اجتماعي وما إذا كان مهني أو استهلاكي، فهو أهم الوسائل التي تحقق بها البنوك هذه الأغراض، باعتبارها عملية يقوم بمقتضاها المقرض بنقل أو الوعد بنقل مبلغ مالي أو أي شيء آخر لشخص آخر يدعى المقترض على أن يرد شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته خلال مدة معينة مقابل فوائد متفق عليها[2]، ومنه يعد القرض أداة لتلبية مختلف الحاجيات الاقتصادية والاستهلاكية والاجتماعية.

لما كان القرض الموجه لأغراض اقتصادية قرضا موجها لشخص مهني يسعى هو الآخر على غرار البنك إلى تحقيق الربح والمضاربة ويعي جيدا مخاطر التعامل مع البنك ومخاطر القرض بصفة خاصة ويملك من الهيئات الاستشارية ومن القدرات المالية ما تمكنه من إجراء خبرة أو الحصول على الاستشارة القانونية والاقتصادية قبل اللجوء الى طلب القرض، فإن الأمر ليس

---

[1]) تنص المادة 15 فقرة 05 من القانون 02/17، مؤرخ في 10 جانفي 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج ر عدد 02، صادرة في 11 جانفي 2017 على انه " تهدف تدابير مساعدة ودعم ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة موضوع هذا القانون إلى:

ـ تسهيل حصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على الأدوات والخدمات المالية الملائمة لاحتياجاتها".

[2]) البنا محمد على محمد أحمد، القرض المصرفي، دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 2006، ص 123.

كذلك فيما يخص القروض الموجهة للمستهلك الذي يسعى إلى إشباع حاجاته الاستهلاكية، والذي غالبا ما يكون شخصا عاديا لا يملك خبرة ولا قدرات مادية ومالية لمجابهة المركز التعاقدي للبنك.

يدخل القرض وفق هذا المفهوم الأخير ضمن الاهتمام الفقهي والتشريعي حول حماية المستهلك على المستوى الوطني والعالمي، فلما كان مفهوم الاستهلاك مصطلح مرتبط بالوجود الإنساني فإن مفهوم حماية هذا الاستهلاك ضروري لحماية هذا الوجود، باعتبار المستهلكين يمثلون الحلقة الضعيفة في الدورة الاقتصادية نظرا لافتقادهم الخبرة وضعف مركزهم المالي مقارنة بالمتعامل الاقتصادي، ما يجعلهم عرضة للإغراء والتغليط من طرف مختصي وممتهني الإشهار والتسويق.

تعني حماية المستهلك في مفهومها الضيق إيجاد التوازن بين البائع والمشتري أو بين كافة أطراف قوى السوق دون إجحاف لفئة على حساب الأخرى، كما تعني حفظ حقوق المستهلك وضمان حصوله على تلك الحقوق في مواجهة المتدخلين بكافة صورهم، سواء كانوا تجارا أو صناعا أو مقدمي خدمات أو ناشري أفكار، كما تستهدف بالدرجة الأولى منع وقوع الاعتداء على المستهلكين بصفة وقائية وقبلية، وفي حال حصول هذا الاعتداء ترمي لضمان وكفالة حصول المستهلك على التعويضات بصفة عادلة ومنصفة أو الاعتماد على العقوبات الجزائية بغية تحقيق الغرض الردعي للمخالفين.

تعود البوادر الفعلية لفكرة حماية المستهلكين عمليا إلى الولايات المتحدة الأمريكية على إثر خطاب الرئيس الأمريكي "جون كينيدي" أمام مجلس الشيوخ بتاريخ 02 مارس 1962، عندما صرح أن تعريف كلمة المستهلكين يشمل الجميع وأنهم أكبر مجموعة اقتصادية تؤثر وتتأثر بجميع القرارات الاقتصادية العامة والخاصة إلا أن أصواتها لاتزال غير مسموعة[1].

[1]) بن بعلاش خليدة، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية، رسالة دكتوراه حقوق، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018/2017، ص 01.

لا يعد الاهتمام بحماية المستهلكين أمرا حديثا، حيث ظهر في مختلف عصور التطور التاريخي والسياسي والديني، حيث ظهر في تشريعات حمورابي اهتمام واضح بمناهج تحديد الأسعار سواء فيما يخص الدفع بالعملات أو الدفع بمواد أخرى، ومعاقبة كل من يتسبب في ضرر للمستهلك وتشدد العقوبة إذا أدى الحادث إلى وفاة مستهلك نتيجة الإهمال، كما عرفت كذلك الحضارة الفرعونية تدخلا للدولة في الحياة الاقتصادية وتنظيمها خاصة فيما يخص مراقبة الأوزان والقياسات.

ومن جهته اهتم القانون الروماني بتنظيم الاقتصاد ومعاقبة كل إخلال بالأنظمة المتعلقة به، والمرتكبة من طرف البائعين وكذا المخالفات المتعلقة بالغش في المواد تحت عقوبة المنع من ممارسة مهنة التجارة إضافة إلى غرامة مالية.

كما لم تهمل الشريعة الاسلامية موضوع حماية المستهلك حيث اهتمت بمراقبة الأسعار ومنع الاحتكار وممارسة كل اشكال الغش، اعمالا لقوله صلى الله عليه وسلم "من غشنا فليس منا"، وفي العصر الحديث ومع التطور الذي شهده العالم في مطلع القرن العشرين، والذي أشتهر باختراعات ضخمة في مختلف الميادين وتطور طرق الإشهار، وجد المستهلك نفسه في وضعية صعبة غير قادر على الاختيار بين مختلف المنتوجات المعروضة عليه والحصول عليها وفق ما يتماشى ومصلحته، وهذا ما أستدعى تدخل السلطة العامة لحماية المستهلك في مختلف التشريعات الحديثة، هذه الحماية يجب أن تبدأ أولا بضمان جودة ونوعية السلع والخدمات المقدمة وأسعارها، مرورا بحمايته خلال عملية التفاوض على العقد والوصول أخيرا إلى ضمان تنفيذ العقد.

وعلى الصعيد العالمي تتجلى أهمية حماية المستهلك من خلال الجهود الدولية المبذولة في هذا السياق ومن أهمها اقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة أن حماية المستهلك متصلة بالترقية الاقتصادية والاجتماعية ومطالبته سنة 1977 من السكريتارية العامة للأمم

المتحدة إجراء دراسة حول تنظيمات وتشريعات حماية المستهلكين في الدول الأعضاء[1]، كذلك إنشاء المنظمة الدولية للمستهلك تهتم بالدفاع عن مصالح المستهلك في المجالات الأساسية أنشأت عام 1960 من قبل خمسة منظمات للمستهلكين تابعة لكل من الولايات المتحدة الأمريكية، بلجيكا، بريطانيا، هولندا، أستراليا[2]، وأخيرا إصدار الأمم المتحدة سنة 1985 لقرار تحت عنوان مبادئ الأمم المتحدة حول حماية المستهلكين[3].

لما كانت الحاجة إلى حماية المستهلك بهذا القدر من الأهمية على الصعيدين الوطني والدولي في مختلف القطاعات، فإنها أشد أهمية في المجال البنكي الذي يتيح خدمات متنوعة ومعقدة، وذلك على إثر ما تشهده الأسواق من تطور في هذه الخدمات والأدوات المالية بما في ذلك التوسع في الخدمات الإلكترونية، ويؤكد جل المهتمين بحقوق المستهلكين في المجال البنكي على ضرورة حماية المستهلك من حيث المعاملة العادلة، والإفصاح المناسب، وتحسين ثقافتهم المالية وتزويدهم بالنصائح الموضوعية، مع تقديم الخدمات المالية لهم ضمن أطر عمل تنافسية وفي إطار سلوك مهني شريف.

بناء على ذلك تعتمد عملية حماية المستهلك في المجال البنكي على ثلاثة أبعاد:

* **البعد التشريعي:** ويشمل مجموعة التشريعات والضوابط المنظمة لحقوق العملاء وواجباتهم والتي تشكل الإطار الإلزامي الذي يتعين العمل من خلاله، بحيث يتعرض البنك الذي يخالف هذه التشريعات لتوقيع الجزاءات المناسبة.

---

1) Conférence des nations unies sur le commerce et le développement, Manuel sur la protection du consommateur, 2017,p 12, Disponible sur le site : https://unctad.Org, consulté le 22/09/ 2021 a 15 :00.

2) https:// www. Consumersinternational.org, consulté le 10/03/ 2022 à 11 :00.

3) Résolution 39/248, du 16 avril 1985, De l'Assemblée Général des Nations Unies, relative aux principes directeurs des nations unies pour la protection des consommateurs, disponible sur le site : https://www.un.Org.

* **البعد الرقابي:** ويشمل مجموعة الأساليب والتطبيقات والممارسات التي تمارسها السلطات الرقابية المعنية في سبيل تعزيز حماية المستهلكين.

* **البعد التوعوي والتثقيفي:** يشمل مجموعة الأنشطة والممارسات التي تستهدف رفع مستوى المعرفة، والثقافة المالية والمعرفية للمستهلكين، بما يرفع من قدرتهم على اتخاذ القرار المناسب الذي يعزز من أساليب حمايتهم وحصولهم على حقوقهم.

وتتجلى أهمية دراسة موضوع حماية المستهلك في إطار القروض البنكية في كونه موضوع عملي ذو اهتمام عالمي، كما أنه موضوع تقاطع لمجال اهتمام عدة قوانين، القانون المدني من جهة باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص، قانون حماية المستهلك وقمع الغش باعتباره القانون الذي يعنى بحماية المستهلك ووضع التدابير الخاصة لهاته الحماية، قانون النقد والقرض باعتباره الشريعة العامة للنشاط البنكي، وقانون العقوبات الذي يكفل الترجمة الفعلية للحماية الجزائية للمستهلك المقترض، وغيرها من القوانين.

وكل هذا يعكس قيمة هذا الموضوع، كما تبرز اهميته أيضا من نواحي اخرى يمكن جمعها في اختلال موازين القوى الاقتصادية بين البنك كمؤسسة مالية تتوفر على هياكل ضخمة وأنظمة إشهار متطورة وبين المستهلك كطرف ضعيف في العقد، ضرورة إيلاء العناية للحاجة الاستهلاكية لضرورتها وأهميتها في حياة المستهلك، تشعب عمليات القرض البنكي وتعقد صيغها والضمانات التي تقدمها، اعتماد القطاع البنكي لأنظمة الاتصال الحديثة والمتطورة وتقنيات النمذجة ما يزيد من احتمالية تعرض المستهلك لمخاطر أكبر.

وعن أسباب اختيار موضوع الدراسة فكان نتيجة لعدة اعتبارات ذاتية وموضوعية، ففيما يخص الأسباب الذاتية فترجع الى الرغبة الشخصية في دراسة الموضوع لحساسيته في الأوساط الفقهية والقضائية، إضافة إلى الرغبة في مواكبة الجدل الدائر حول فعالية وسائل حماية المستهلك، باعتباره الحلقة الضعيفة في العلاقة التعاقدية بصفة عامة والمستهلك في مجال القرض البنكي بصفة خاصة، بالإضافة الى الرغبة في البحث في النظم المقارنة والبحث عما يجري خارج تشريعنا الوطني حول آخر المستجدات حول الآليات المقررة لحماية المستهلك المقترض.

أما عن الأسباب الموضوعية فيمكن ارجاعها الى الطابع العملي للموضوع، فموضوع حماية المستهلك في إطار القروض البنكية موضوع عملي، من مواضيع الحال وليس مجرد موضوع نظري يثير نقاشات فقهية بسيطة، بالإضافة الى التطور المستمر للقطاع البنكي وسعي البنوك الى تطوير خدماتها من أجل خلق مجالات تنافسية جديدة لملائمة التطور الاقتصادي في مختلف المجالات، وما يشكله من احتمالية المساس بحقوق المستهلكين في المجال البنكي، وذلك ما يشكل مجالا خصبا للدراسة.

وعن أهداف الدراسة يمكن ارجاعها الى:

* تسليط الضوء على أهم المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المستهلك المقترض، وكذا المعالجة القانونية المنتهجة من طرف المشرع الجزائري في مجال حماية المستهلك في إطار القروض البنكية، ومدى توافقها مع التشريعات المقارنة.

* تحديد مدى فعالية الآليات القانونية في مجال حماية المستهلك في إطار القروض البنكية في استعادة التوازن الاقتصادي المفقود في عقد القرض البنكي أو على الأقل تخفيضه.

* تحديد قواعد المسؤولية التي يمكن ان يسأل بموجبها البنك ومدى كفايتها لجبر الضرر اللاحق بالمستهلك المقترض وردع البنك.

* تحليل كل ما يتطرق لموضوع حماية المستهلك في إطار القروض البنكية بغض النظر عن طبيعتها سواء كانت أنظمة، قرارات، تشريعات، أحكام قضائية وكل ما يتطرق لموضوع الحماية القانونية لثقة العميل في النظام البنكي.

* التطرق الى مدى التأثير الذي تتركه هذه النصوص ومدى تطبيقها تطبيقا صحيحا في إطار التفسير الفقهي والقضائي لهذه النصوص، ومدى فاعلية هيئات المجتمع المدني من منظمات وجمعيات حماية المستهلكين في ترسيخ ثقافة قانونية حمائية للمستهلك المقترض.

* كما أننا لن نكتفي في هذه الدراسة بالتطرق لموضوع حماية المستهلك في إطار عقد القرض البنكي في التشريع الجزائري بمعزل عن التشريعات الدولية والأجنبية المهتمة بنفس الموضوع من أجل تقييم المقاربة القانونية لهذا الموضوع في التشريع الجزائري واستخراج ما يتخللها من نقائص.

وفيما يخص الصعوبات والعراقيل التي صادفتنا في إنجاز هذا البحث فتتمثل في تشعب موضوع الدراسة وإثارته لإشكالات لا حصر لها ما فرض بدل مجهود أكبر والغوص أكثر في الموضوع وضرورة البحث عن مراجع جديدة، بالإضافة الى قلة الاجتهادات القضائية الجزائرية في هذا المجال وإن وجدت صادفتنا صعوبات في الوصول اليها، ما جعل الدراسة ناقصة في شقها العملي، ما تطلب منا تتبع أهم التطورات على مستوى القضاء الفرنسي ومحاولة تطويعها مع التشريع الجزائري، وأخيرا قلة المراجع المتخصصة حول موضوع الدراسة، بالإضافة إلى ما فرضته متطلبات الوقاية من جائحة كوفيد 19 من أجل احتواء انتشار الفيروس من حجر صحي ومنع للسفر، ما صعب تنقلنا الى المكتبات والجامعات في ولايات أخرى قصد الحصول على المراجع.

في سبيل دراسة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية: **ما مدى فعالية الآليات القانونية المكرسة في التشريع الجزائري لتوفير حماية كافية للمستهلك في إطار عقد القرض البنكي؟**

انطلاقا من هذه الاشكالية يتوجب التطرق إلى كل العناصر ذات الصلة بموضوع فعالية الآليات القانونية لتوفير حماية أكثر وأدق للمستهلك في إطار عقد القرض البنكي وذلك من خلال الاعتماد على المنهج الوصفي عند الوقوف لدى مختلف المقاربات الخاصة بالجانب المفاهيمي للموضوع محل الدراسة وعرض مختلف الأحكام التشريعية والتنظيمية وكذا الآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع، بالإضافة الى المنهج التحليلي عند تحليل مختلف الاشكالات القانونية والعملية التي يطرحها تطبيق النصوص القانونية والأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع، فضلا عن ذلك يتم الاعتماد على المنهج المقارن في بعض المواضع التي تستوجبها هكذا دراسات من أجل الوقوف عند بعض الاختلالات التي وقع فيها التشريع الجزائري في مجال حماية المستهلك في إطار القرض البنكي مقارنة ببعض التشريعات المقارنة.

ويتم تحليل موضوع حماية المستهلك في إطار القرض البنكي من خلال الاعتماد في هذه الرسالة على بابين إذ سيتم تخصيص الباب الأول لنقطة ضرورة حماية المستهلك في إطار القرض البنكي بينما يتم تخصيص الباب الثاني لآليات حماية المستهلك في إطار القرض البنكي.

الباب الاول: ضرورة حماية المستهلك في إطار القرض البنكي

يعد القرض البنكي أحد أهم العمليات البنكية وأكثرها توسعا، نظرا للأدوار المتعددة التي يلعبها، على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي، إذ يعد الوسيلة التي تمكن أصحاب العجز الاقتصادي من سد عجزهم أو توسيع مشاريعهم، والوسيلة التي تجسد بها الدولة سياستها الاجتماعية لاسيما في مجال الإسكان وفي مجال تحسين الظروف المعيشية للمواطنين بصفة عامة.

كما ساهم التطور الذي شهده النشاط البنكي في تعدد أصناف القروض وتنوعها إذ لم يعد يقتصر على الصورة البسيطة لوضع الاموال تحت تصرف المقترض على أن يردها في الآجال المتفق عليها مقابل تعويض مالي للبنك يمنح في شكل فوائد، إذ ظهرت صورا أخرى كالاعتماد الإيجاري، والإيجار المقرون بخيار الشراء، وصورا أخرى للائتمان دون حتمية الوضع الفعلي للأموال كالضمان الاحتياطي، والكفالة أو الضمان وغيرها.

تتجلى ضرورة حماية المستهلك في مجال القرض البنكي أكثر من أي مجال آخر انطلاقا من ضرورة مراعاة الحاجة الاستهلاكية وما تتسم بها من خصائص الضرورة وعدم القابلية للتأخير، كما تتجلى أيضا بالنظر الى تعقد الوظيفة البنكية وكثرة إجراءات إبرام العقود وطول مدة العقد، إضافة إلى حصر مجال التفاوض في القروض البنكية على أمور شكلية واعتماد القطاع البنكي على تقنيات النمذجة، عن طريق إعداد شروط مسبقة وما على الزبون إلا قبولها أو رفضها، وبعبارة أخرى غلبة طابع الإذعان على عقود القرض البنكي، لذلك كان على المشرع التدخل وفرض التزامات كافية على البنك من أجل توفير حد أدنى من الحماية للمستهلك على الأقل.

كل ذلك مبررات تجعل من ضرورة إرساء مبادئ فعالة في مجال حماية المستهلك المقترض أولوية، على المشرع ان يجند لها من الإمكانيات والأحكام ما يضمن الى حد بعيد تغطية كافة الجوانب التي تحتاج الى الحماية وتجعله في منأى عن أي محاولات للإضرار به أو استغلال حاجته أو ضعفه، ومن أجل إحاطة شاملة بذلك سنتطرق في فصل اول إلى نطاق الحماية القانونية للمستهلك في إطار القرض البنكي، وفي فصل ثان الى مضمون الحماية القانونية للمستهلك في إطار القرض البنكي.

الفصل الأول: نطاق الحماية القانونية للمستهلك في إطار القرض البنكي

يقصد بالحماية القانونية مجموع الأحكام التشريعية والتنظيمية التي تعنى بوضع تدابير ونصوص من أجل الدفاع عن مصلحة المستهلك المقترض بالنظر اليه كطرف ضعيف في العقد البنكي يسعى الى سد حاجة استهلاكية في مواجهة كيان ضخم يملك من الآليات والوسائل ما قد تجعله موضع خطر على مصلحة المستهلك، وهي حماية يجب أن تمتد من قبل انعقاد العقد وقد تطول الى ما بعده، يضمن بموجبها المشرع حماية حق المستهلك المقترض في الحصول على القرض وحماية إرادته وتحديد حقوقه وواجباته بدقة وكذا حماية توازنه المالي.

ستتركز الدراسة بالدرجة الأولى على أحكام القانون المدني[1] باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص، إضافة إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش[2] باعتباره الشريعة العامة لحماية المستهلك، ثم التطرق للأحكام المتخصصة في كل من قانون النقد والقرض، وأنظمة بنك الجزائر وغيرها من الأحكام المتعلقة بحماية المستهلك في المجال البنكي، وأخيرا الاستدلال بالآراء الفقهية والأحكام القضائية ذات الصلة بموضوع الدراسة.

غير أن طابع التقنية الذي يميز العمليات البنكية بصفة عامة وعمليات القرض بصفة خاصة، نجم عنه تعدد المصطلحات والمفاهيم التقنية غير المألوفة في القواعد العامة، استوجب علينا التطرق أولا الى الإطار المفاهيمي لحماية المستهلك في عقد القرض البنكي، وذلك ما سنتطرق له في المبحث الأول، ونتطرق في المبحث الثاني الى الإطار الموضوعي لحماية المستهلك في عقد القرض البنكي.

---

[1]) الامر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975. م م.

[2]) القانون رقم 03/09، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، المؤرخة في 08 مارس 2009. م م.

المبحث الاول: الإطار المفاهيمي لحماية المستهلك في عقد القرض البنكي

يرتكز الإطار المفاهيمي لحماية المستهلك المقترض، من أجل التمكن من دراسة فعالية الحماية التي يوفرها المشرع للمستهلك في إطار القرض البنكي، على عنصرين هما المستهلك المعني بالحماية من جهة، والقروض البنكية المشمولة بالحماية من جهة أخرى، لذلك سنحاول التركيز في هذا المبحث على مدى اتساع رؤية المشرع لمفهوم المستهلك بالقدر الكافي لتوفير الحماية لمستهلكي القروض البنكية مقارنة بالرؤية التي يعتمدها في قانون حماية المستهلك وقمع الغش باعتباره الشريعة العامة لحماية المستهلك، ومقارنة هذا المفهوم بما اعتمدته تشريعات أخرى مقارنة من أجل التمكن من تبرير موقف المشرع وتحليله، وكذا التركيز على طبيعة القروض البنكية المعنية بالحماية كونها معيارا حاسما لتحديد مجال الحماية التي يوفرها المشرع، وللإحاطة بذلك سنتطرق في مطلب أول الى التعريف بالمستهلك المقترض المعني بالحماية ونتطرق في مطلب ثان الى القروض البنكية المعنية بالحماية.

المطلب الأول: المستهلك المقترض المعني بالحماية

توجه الحماية المقررة للمستهلك المقترض بموجب التشريعات والتنظيمات البنكية وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك وقمع الغش والانظمة المطبقة له، الى مستهلك معين بالذات دون بقية المستهلكين، يختلف عن المستهلك المعني في قانون حماية المستهلك، كما يختلف عن المقترض المعني بموجب قانون النقد والقرض ومختلف الأنظمة التي يصدرها بنك الجزائر، لذلك ينبغي ان يحدد بدقة عن طريق إقصاء الأشخاص غير المعنيين بهذا المفهوم، كما ينبغي التطرق للمعايير التي اعتمدها القانون، القضاء، وكذا الفقه، في تحديد ما إذا كان القرض يدخل ضمن نطاق القروض الموجهة للمستهلك ومنه يدخل الزبون المعني به ضمن نطاق هذا القرض، وما هي الاستثناءات التي تم وضعها، ومن أجل دراسة ذلك نتطرق أولا الى التعريف التشريعي للمستهلك المقترض (الفرع الاول)، ونتطرق ثانيا الى التعريف الفقهي للمستهلك المقترض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف التشريعي للمستهلك المقترض

بالرغم من ان التعاريف لا تدخل في نطاق اختصاص التشريع، ويختص الفقه بوضعها، اذ يكتفي فقط بوضع الخطوط العريضة والاحكام الموضوعية، غير أن أهمية تحديد المقصود بالمستهلك المعني بالحماية تصنف ضمن العناصر الموضوعية لهاته الحماية، ولذلك سعى المشرع في مواضع عدة وفي تشريعات عدة الى وضع تعاريف من أجل حصر مفهوم المستهلك ومن تم تحديد النطاق الشخصي للحماية الموجهة لهذا الاخير.

حيث سعى كل تشريع الى تحديد المستهلك وفق طائفة الأشخاص المراد حمايتهم، وذلك دون الخروج عن المفهوم العام للمستهلك المعرف في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ومن أجل الإحاطة بهذه التعاريف واستخلاص أهم الفروقات الجوهرية التي تبنتها تلك التشريعات، ننطلق من التعريف بالمستهلك وفق قانون حماية المستهلك وقمع الغش باعتباره الإطار العام لحماية المستهلك (أولا)، لنعرج ثانيا على التعريف بالمستهلك في المجال البنكي وفق مختلف الانظمة والتشريعات البنكية باعتبار موضوع بحثنا هو حماية المستهلك المقترض (ثانيا).

أولا: التعريف بالمستهلك وفق قانون حماية المستهلك وقمع الغش

نص المشرع الجزائري على تعريف المستهلك في القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه " **كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به**"[1]، في حين عرفه المرسوم التنفيذي المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بانه" **كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به** "[2].

[1]) المادة 03 فقرة 01، من القانون 03/09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المرجع السابق.

[2]) المرسوم التنفيذي رقم 39/90، مؤرخ في 1990/01/30، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر عدد 05، مؤرخة في 1990/01/31، ملغى.

وعرفته اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري في المادة الأولى فقرة 05 انه " **كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم اليه أحد المنتجات لإشباع حاجاته غير المهنية وغير الحرفية وغير التجارية، أو يجري التعامل معه أو التعاقد معه بهذا الخصوص**"[1]، وعرفه قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 الملغى بانه" **كل شخص تقدم له احدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص**"[2].

يمكن القول بوجود تشابه الى حد جد بعيد بين التشريعين في تعريف المستهلك إذ كلاهما لا يفرق بين طبيعة شخص المستهلك ما إذا كان طبيعي أو معنوي، وكلاهما يقصي المقتني لأغراض مهنية من نطاق المستهلك المعني بالحماية، غير ان الفرق يكمن في دقة التعريف وقوة دلالة الالفاظ المستعملة في كلى التعريفين:

* إذ عبر المشرع الجزائري على عدم التفريق بين ما إذا كانت الخدمة مقدمة للمستهلك بمقابل أو مجانا بعبارة صريحة بينما استخدم المشرع المصري عبارة " يقدم اليه " للدلالة على التقديم المجاني للسلع والخدمات وعبارة "أو يجري التعامل معه أو التعاقد معه بهذا الخصوص" للدلالة على اقتناء السلعة أو الخدمة بمقابل.

* كما يلاحظ أن المشرع المصري حدد نطاق استخدام الخدمة أو السلعة الذي يدخل في تحديد مفهوم المستهلك بصفة مباشرة إذ استخدم اسلوب التحديد السلبي، فنص على "يقدم اليه أحد المنتجات لإشباع حاجاته غير المهنية وغير الحرفية وغير التجارية" في حين استخدم المشرع الجزائري مصطلحي "الاستعمال النهائي" و"تلبية حاجات شخصية" وهي عبارات في حد ذاتها تحتاج الى شرح.

[1]) قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم 822 لسنة 2019، يتضمن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018، ج ر عدد 13 مكرر (أ)،مؤرخة في 01 أفريل 2019.

[2]) قانون رقم 2006/67، مؤرخ في 19 ماي 2006، متعلق بحماية المستهلك المصري، ج ر عدد 20 مكرر، مؤرخة في 20 ماي 2006، ملغى.

* كما يلاحظ أن المشرع الجزائري نص على ان وصف المستهلك ينطبق على مقتني السلع والخدمات بصفة صريحة في حين نص المشرع المصري على عبارة " منتجات"

* كما مدد المشرع الجزائري وصف المستهلك الى الشخص الذي يتعاقد لتلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به عكس المشرع المصري.

كما عرفه المشرع السوري في قانون حماية المستهلك في المادة الاولى فقرة 06أنه " **كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعا استهلاكية بأنواعها المختلفة الزراعية والصناعية بهدف التغذية، أو لاستخدامها للأغراض الشخصية أو المنزلية أو الذي يستفيد من أي خدمة سواء المقدمة من فرد أو مجموعة أفراد أو من شخص اعتباري وفي مختلف المجالات المنصوص عليها في القانون**"[1].

ويتمثل الجديد الذي جاء به هذا التعريف مقارنة بالتشريعين السابقين في اعتبار المستهلك هو من يشتري فقط دون من يحصل على المنتوج مجانا، كما قصر السلع التي تدخل في نطاق الاستهلاك بالسلع الزراعية والصناعية بهدف التغذية فقط دون باقي السلع، وأنه جاء أقل دقة حيث لم ينص على شرط الاستعمال النهائي واكتفى بالنص على الاستعمال الشخصي والمنزلي فقط [2].

ثانيا: التعريف بالمستهلك في المجال البنكي

تتعدد مجالات القانون البنكي تعددا يبرره تعدد الخدمات البنكية وتشعبها وامكانية استفادة المستهلك من مختلف هاته العمليات، وهو التعدد الذي قد ينتج عنه مفاهيم مختلفة لمصطلح المستهلك، فالمستهلك المعني في اتفاقية فتح الحساب (1) قد يختلف عن المستهلك المعني في مجال السر البنكي (2)، وقد يختلف عنه في مجال تبييض الاموال وتمويل الارهاب (3)، وقد يختلف عن

[1]) قانون رقم 2008/02، مؤرخ في 10 مارس2008، يتعلق بحماية المستهلك السوري، متوفر على الموقع:
http://wipolex-res.wipo.int.

[2]) بحري فاطمة، الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2013/2012، ص 40.

المستهلك المعني في مجال القرض (4)، لذلك سوف نتطرق لمفهوم المستهلك في كل هذه المجالات من أجل توضيح الرؤية حول المستهلك المعني في عقد القرض البنكي.

1) المستهلك المعني في اتفاقية فتح الحساب:

يلاحظ استعمال المشرع لمصطلح " الزبون" بدلا من مصطلح " المستهلك " في كافة النصوص المتعلقة بالحسابات البنكية، حيث تنص المادة 09 فقرة 02 من النظام 01/20 على انه " **وبهذه الصفة يتعين على البنوك والمؤسسات المالية أن تطلع زبائنها على شروط استعمال الحسابات المفتوحة واسعار الخدمات المختلفة التي تسمح بها، وكذا الالتزامات المتبادلة بين البنك والزبون**"[1]، ويبقى التساؤل مطروحا حول هذا المصطلح، كونه لا يفرق بين الزبون المستهلك والزبون المهني، لان فتح الحساب البنكي وإن كان في الغالب يستعمل لأغراض مهنية الا انه لا يمنع من ان يستعمل لأغراض غير مهنية، وقد يرجع السبب ربما الى رغبة المشرع في منح نفس الحماية لكل من يتعاقد لأغراض مهنية أو لأغراض شخصية بالاعتماد على معيار النشاط الاجنبي وليس على معيار الغرض من الخدمة المقدمة من البنك، أي المشرع يعتبر ان نشاط فتح الحسابات البنكية نشاط اجنبي عن عميل البنك بغض النظر عن صفته أو نشاطه أو الغرض من فتح الحساب، حيث يعتبر أن العميل يتواجد في نفس الدرجة من الضعف والجهل بغض النظر عن اي اعتبار آخر.

أو يرجع السبب الى كون نشاط فتح الحسابات البنكية ليس عملية بنكية وانما عملية قاعدية حيث يعد إطارا لتنفيذ كافة العمليات البنكية[2]، ومنه لا يوجد ما يمنع من القول أن أي عميل يتقدم الى البنك بطلب فتح حساب بنكي يعد بمثابة مستهلك لخدمة الحساب البنكي ويسمى زبون ومن تم

---

[1]) نظام رقم 01/20، مؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر عدد 16، مؤرخة في 24 مارس 2020.

[2]) حيث تنص المادة 14 نظام رقم 01/20، مرجع نفسه على انه " يتعين على البنوك ان تقدم مجانا الخدمات المصرفية القاعدية الاتية:

ـ فتح واقفال الحسابات بالدينار".

تجب حمايته، بغض النظر عن النشاط الذي يمارسه، ويمكن تعريف المستهلك في مجال الحساب البنكي انه " كل شخص يملك حساب بنكي بغض النظر عن طبيعته والغرض منه "

غير أنه يجب تدخل المشرع للفصل بين مصطلح الزبون ومصطلح المستهلك، فحتى وإن كان صاحب الحساب في وضع يجعله بحاجة الى الحماية كون هذا النشاط أجنبي عن نشاطه المهني غير انه توجد حسابات لا يتم فتحها إلا في إطار مهني مثل الحسابات الجارية وبما ان فتح الحساب ليس عقد بنكي وانما خدمة قاعدية فهو مجرد جزء من النشاط المهني الممارس ووسيلة لتسهيله، فيمكن ان يكتسب الحساب الجاري في هاته الحالة وصف النشاط المهني كونه يمارس بصفة متكررة، ومن تم فلا حاجة للحماية.

في حين يحتاج صاحب الحساب الذي يفتح الحساب لأغراض شخصية الى الحماية كونه شخص عديم الخبرة، كما نرى وجوب التمييز بين المستهلك والمهني في إطار الحسابات البنكية ليس بالاعتماد على معيار النشاط الأجنبي فقط وانما ايضا على اساس معيار الغرض من فتح الحساب، ومن تم يستفيد من وصف المستهلك الزبون صاحب الحساب الذي يتعاقد من اجل استعماله لأغراض خارجة عن نطاق نشاطه المهني.

2) المستهلك المعني في مجال السر البنكي:

تجدر الإشارة الى ان مصطلح المستهلك لا يعني بالضرورة المستهلك وفق المفهوم المحدد في قانون الاستهلاك ولكن يقصد به المستهلك في الخدمة البنكية المعنية أو في النشاط البنكي المعني، ولا يقصد بالمستهلك في مجال السر البنكي الدائن بهذا الالتزام، لان هذا الالتزام يكون لمصلحة المهني والمستهلك على وجه المساواة، كما قد يكون أيضا لمصلحة الغير فالبنك اثناء أداء وظائفه قد يحصل على معلومات عن اشخاص لا تربطه بهم اية علاقة تعاقدية، وهؤلاء ايضا في حاجة الى حماية معلوماتهم السرية، ولا يوجد ما يمنع من منحهم هاته الحماية طالما لا يوجد في القانون ما يحصر هاته الحماية في زبائن البنك[1].

[1]) Jerome Lasserre Capdeville, Banque, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Octobre 2018, Dalloz, p 92.

ولقد اقرت السوابق القضائية الفرنسية ضمنيا بهذا التمديد من خلال رفض منح نسخة عن وجه الشيك المحرر لفائدة الغير والاكتفاء بصورة لظهره، والذي يعتبر من الغير بالنسبة لبنك الساحب، لأنه يحتوي على معلومات شخصية لهذا المستفيد لاسيما رقم الحساب والإمضاء[1].

لم يحدد كل من المشرع الجزائري وكذا نظيره الفرنسي مفهوما متمايزا للمستهلك في مجال السر البنكي لذلك يجب الرجوع الى القواعد العامة من اجل تحديد المستهلك المعني بالحماية في مجال السر البنكي، وتسري على كل من المهني والمستهلك نفس الاحكام وهذا ما نعتبره قصور، فكان من الافضل ان يمتد التمييز في الحماية بين المستهلك والمهني الى مجال السر البنكي، فالمستهلك في وضع جد حساس تجاه امكانية افشاء اسراره وفي وضع أكثر ضعفا سواء من الناحية المادية او من ناحية الخبرة من اجل مواجهة إخلال البنك بالتزاماته بالحفاظ على السر المهني، خاصة وأن حماية السر البنكي يعتبر احد اهم مظاهر حماية المستهلك.

3) المستهلك المعني في مجال تبييض الاموال وتمويل الارهاب:

تنص المادة 04 فقرة 02 من النظام 03/12 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما " **يقصد في مفهوم هذا النظام بمصطلح " زبون" ما يأتي:**

ـ كل شخص أو هيئة تملك حسابا لدى مصرف أو المصالح المالية لبريد الجزائر أو يتم فتح حساب باسمه.

ـ كل مستفيد فعلي من الحساب.

ـ المستفيدين من المعاملات التي ينجزها وسيطا أو وسطاء محترفين.

ـ الزبائن غير الاعتياديين.

ـ الوكلاء والوسطاء الذين يعملون لحساب الغير.

ـ كل شخص أو هيئة شريكة في معاملة مالية تنفد بواسطة مصرف أو مؤسسة مالية أو المصالح المالية لبريد الجزائر"[1]

1) Cass. Com, N° 93-16 317, du 13 juin 1995, www.Légifrance.fr. « … le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue un empêchement légitime opposable au juge civil,… »,

لقد حددت المادة السابقة كافة المعايير اللازمة لتحديد المقصود بالزبون وفق النظام المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الارهاب، ومن المؤكد أن مصطلح زبون أوسع من مصطلح المستهلك، ومنه فتعريف المستهلك يكون محتوى داخل تعريف الزبون، وبما أن تدابير الوقاية من تبييض الاموال وتمويل الارهاب تتخذ على نفس الدرجة في مواجهة كل متعامل مع البنك بغض النظر عن صفته، فيمكن القول أن تعريف المادة للزبون ينطبق على المستهلك.

وبالتالي فالمشرع لا يعتمد مفهوما خاصا للمستهلك في مجال تبييض الاموال او يعامله معاملة خاصة أو يفرض عليه التزامات مختلفة أو يطبق عليه إجراءات مختلفة، غير ان هذا الوصف يكون له معنى من حيث الآليات التي يمكن ان تنتهج من قبل مستهلكين من اجل تبييض الاموال، والوسائل التي يجب متابعتها من أجل الكشف عن هاته المحاولات[2].

4) المستهلك المقترض المعني في مجال القرض البنكي:

تتعدد القروض المتاحة للجمهور سواء من حيث مدتها، شروطها، أو أطرافها، أو الغرض منها، او كيفية تعويضها، تعددا تبرره السياسة التي ينتهجها المشرع من اجل توسيع نطاق القروض ليشمل جميع فئات المجتمع، هذا التعدد نتج عنه بالضرورة تعدد مفهوم المستهلك المعني في كل صنف من هاته الاصناف، لذلك ينبغي التطرق أولا لمفهوم المستهلك المقترض وفق المرسوم التنفيذي 115/14 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي باعتباره اهم هاته الأصناف (أ) ثم وفق القوانين المنظمة للقروض الاخرى المتعلقة بالقروض الموجهة للخواص من أجل اقتناء منقولات أو عقارات (ب).

[1]) المادة 04 فقرة 02 من النظام رقم 03/12، مؤرخ في28 نوفمبر 2012، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما، ج ر عدد 12 مؤرخة في 27 فيفري 2013.

[2]) من أبرز وسائل تبييض الاموال التي يقبل عليها المستهلكين طلب قرض ثم التوقف عن دفعه ليتولى البنك التنفيذ على اموال اخرى ناتجة عن نشاط إجرامي.

أ) المستهلك المقترض وفق المرسوم المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي:

بالرجوع الى المرسوم التنفيذي رقم 114/15[1] المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي نجده استعمل مصطلح "الخواص" بدلا من مصطلح "المستهلك"[2]، في حين استعمل القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مصطلح " المستهلك" وما يوجد بين هذين المصطلحين من اختلافات، ويبقى التساؤل مطروحا حول تعمد المشرع استعمال عبارة "الخواص" بدلا من عبارة " المستهلك" بما انه استعمل لفظ " القرض الاستهلاكي" اي موجه للمستهلكين، وقد يكون السبب في ذلك تفادي الاشتباك مع مصطلح المستهلك الوارد في قانون الاستهلاك[3]،لان مفهوم المستهلك المقترض المعني في المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، يختلف عن مفهوم المستهلك في قانون حماية المستهلك، لان المشرع أخص فقط طائفة من المستهلكين في القرض الاستهلاكي بالحماية دون باقي المستهلكين كما سنوضحه لاحقا.

ومن أجل الإحاطة بمفهوم المشرع الجزائري للمستهلك وفق المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ننطلق من نص المادة 04 التي جاء فيها:" **المتعاملون الذين تكون منتجاتهم مؤهلة للقرض الاستهلاكي هم الذين:**

ـ يمارسون نشاط انتاج على الاقليم الوطني،

ـ ينتجون أو يركبون سلعا موجهة للبيع للخواص،

يمكن أن تستجيب السلع المؤهلة الى معدل ادماج يحدد عند الحاجة بقرار مشترك بين الوزير المكلف بحماية المستهلك والوزير المعني ".

---

[1]) المرسوم التنفيذي رقم 114/15، مؤرخ في 12 ماي 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 24، مؤرخة في 13 ماي 2015.

[2]) حيث عرفت المادة 02 فقرة 04 من هذا المرسوم " الخواص: كل شخص طبيعي يقتني سلعة لهدف خاص خارج عن نشاطاته التجارية، المهنية أو الحرفية".

[3]) أنظر المادة 03 فقرة 01، من القانون 03/09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.

يتبين من عبارة " المتعاملون الذين تكون منتجاتهم مؤهلة للقرض الاستهلاكي " الواردة في بداية المادة أن المقترض المعني في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري يختلف عن كل من وصف المستهلك في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وكذلك وصف "الخواص" المذكور في عدة قوانين لاسيما القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، والأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة[2]، فتحديد المشرع للمتعاملين الذين تكون منتجاتهم مؤهلة للقرض الاستهلاكي تقييد لمفهوم المستهلك، فحتى لو انطبق على الشخص وصف المستهلك وفق قانون الاستهلاك، أو وصف الخواص فقد لا يعد كذلك وفق تنظيم القرض الاستهلاكي ليس لان المشرع أقصى طائفة معينة من المستهلكين بصفة مباشرة من هذا التنظيم ولكن لأنه ضيق من شروط اعتبارهم مستهلكين.

وبذلك فتعريف المستهلك المقترض المعني في عقد القرض الاستهلاكي، هو تعريف خاص تحدده الشروط الواردة في المادة المذكورة، وكذا الملحق الوارد في القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 31 ديسمبر 2015، الذي يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[3]، الذي يحدد السلع التي يجوز أن تكون محلا للقرض الاستهلاكي على سبيل الحصر[4] أي تعريف المستهلك المقترض وفق المرسوم التنفيذي 115/14 ليس تعريفا مباشرا وانما يتم استنتاجه من شروط أخرى.

---

[1]) القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004، م م .

[2]) الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، مؤرخة في 20 جويلية 2003، م م .

[3]) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 31 ديسمبر 2015، يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 01، مؤرخة في 06 جانفي 2016.

[4]) تم حصر السلع التي يجوز أن تكون محلا للقرض الاستهلاكي على سبيل الحصر في 07 نشاطات هي: تصنيع السيارات والدراجات النارية، تصنيع اجهزة المكتبية ومعالجة المعلومات، تصنيع الهواتف والألواح الالكترونية والهواتف الذكية، تصنيع الاجهزة الإلكترونية ومختلف الاجهزة الكهرومنزلية، الانتاج الصناعي لجميع الاثاث الخشبي للاستخدام المنزلي، صناعة النسيج والجلود، مواد البناء.

وانطلاقا مما سبق يمكن تعريف المستهلك المقترض وفق المرسوم التنفيذي 114/15 انه " **كل شخص طبيعي يقتني سلعة لهدف خاص خارج عن نشاطاته التجارية، المهنية، أو الحرفية من السلع المنتجة أو المركبة على التراب الوطني أو التي تستجيب الى معدل إدماج يحدد عند الحاجة بقرار مشترك بين الوزير المكلف بحماية المستهلك والوزير المعني وشرط أن تكون السلعة ضمن قائمة محددة من النشاطات**"[1].

ب) المستهلك المقترض المعني في نصوص قانونية أخرى متعلقة بالقروض الموجهة للخواص من أجل اقتناء منقولات أو عقارات:

لم ينص الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض باعتباره الشريعة العامة في المجال البنكي على طائفة القروض الموجهة للمستهلكين وطائفة القروض الموجهة للمهنيين، وإنما اورد نصا عاما لتعريف عمليات القرض حيث اعتبرها كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما او يعد بوضع اموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح هذا الشخص التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي او الكفالة او الضمان[2]، ومن تم فالفيصل في تحديد طائفة القروض التي تدخل ضمن القروض التي تخضع للحماية المقررة للقروض الموجهة للمستهلكين هو الغرض من القرض وفق المفهوم المحدد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، سواء كانت هاته القروض موجهة لاقتناء منقولات او موجهة لاقتناء عقارات.

أما النظام 02/20 المتعلق بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية[3]فأستبعد مصطلح القرض إطلاقا، ولعل السبب في ذلك يرجع في محاولة منه لتمييز

---

[1]) انطلاقا من هاته التعاريف يتبين أن المشرع يهدف بالدرجة الاولى من وراء تنظيم احكام القرض الاستهلاكي الى أهداف اقتصادية منها تشجيع السلع الوطنية وبالأخص السلع المحددة على سبيل الحصر الواردة في ملحق القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 31 ديسمبر 2015 يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي وليس الى تسهيل حصول المستهلك على السلع الضرورية أو الأساسية.

[2]) المادة 68 من الامر 11/03، المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، مؤرخة في 27 أوت 2003، م م .

[3]) النظام رقم 02/20، مؤرخ في 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج ر عدد 16، مؤرخة في 24 مارس 2020.

عمليات القرض التقليدية عن عمليات الصيرفة الإسلامية التي تعتمد في جوهرها على مبادئ الشريعة الإسلامية التي تحرم الفوائد البنكية، ويضع البنك الأموال في متناول زبونه وفق عمليات الصيرفة الإسلامية وفق ثلاثة اساليب:

* الأول هو اسلوب المضاربة وعرفته المادة 07 من النظام 02/20 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية أنه " **المضاربة هي عقد يقدم بموجبه بنك أو مؤسسة مالية، المسمى مقرض للأموال راس المال اللازم للمقاول الذي يقدم عمله في مشروع من أجل تحقيق أرباح**".

* الثاني هو اسلوب المرابحة وعرفتها المادة 05 من نفس النظام على انها" **عقد يقوم بموجبه البنك او المؤسسة المالية ببيع زبون سلعة معلومة، سواء كانت منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك او المؤسسة المالية، بتكلفة اقتنائها مع اضافة هامش ربح متفق عليه مسبقا ووفقا لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين**".

* الثالث وهو اسلوب الإستصناع ونصت عليه المادة 10 من نفس النظام إذ جاء فيها " **الإستصناع هو عقد يتعهد بمقتضاه البنك او المؤسسة المالية بتسليم سلعة الى زبونه صاحب الأمر، أو بشراء لدى مصنع سلعة ستصنع وفقا لخصائص محددة ومتفق عليها بين الأطراف بسعر ثابت ووفقا لكيفيات تسديد متفق عليها مسبقا بين الطرفين**".

كما لم يتطرق هذا النظام ايضا لمصطلح "المستهلك" وإن كان النوع الاول والمتمثل في المضاربة لا يثير اي اشكال حول مدى انتمائه للعقود الاستهلاكية من عدمه، إذ تدل عبارة " من أجل تحقيق ارباح" على اقصاءه من فئة العقود التي يمكن للمستهلك ان يكون طرفا فيها، ومن تم فلا تخضع للحماية المقررة للمستهلك المقترض، أما النوع الثاني والثالث والمتمثلين في المرابحة والإستصناع فإن كان المشرع لم ينص على انها موجهة حصرا للمستهلك غير انه لم ينص ايضا انها موجهة للمهني او لأغراض ربحية، ومن تم يمكن القول أنهما تعتبران من العمليات الموجهة للمستهلك وتدخل ضمن نطاق الحماية المقررة للمستهلك المقترض اذا وجهت الأموال الى غرض شخصي وغير ربحي.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للمستهلك المقترض

يتطلب ايراد تعريف دقيق للمستهلك المقترض التركيز على تعريف المستهلك بالدرجة الأولى كونه مفهوما شاملا لا يتغير مهما تغيرت مجالات وقطاعات التعامل، فالمستهلك في المجال الغذائي هو نفسه المستهلك في المجال الطبي، وكذا هو نفسه في المجال البنكي والمالي...الخ، ثم التركيز بعد ذلك بالدرجة الثانية على المقترض الذي يعتبر مستهلكا، من خلال معرفة القروض التي يمكن أن يستفيد منها المستهلك والموجهة لتلبية حاجيات استهلاكية[1].

ولقد اختلف الفقه في إطار اجتهاده لإيجاد تعريف شامل ومرجح للمستهلك المقترض، اختلافا ينبع من الاختلاف في تحديد المعيار المعتمد في تحديد من هو المستهلك المقترض الذي يشكل أساسا للحماية المقررة في القوانين والانظمة المختلفة، ولذلك سنتطرق أولا للتعاريف المقدمة للمستهلك المقترض (أولا)، ونتطرق ثانيا للمعايير الفقهية المعتمدة لتحديد المستهلك المقترض (ثانيا).

أولا: التعاريف المقدمة للمستهلك المقترض

تختلف التعريفات الفقهية المقدمة للمستهلك المقترض باختلاف زاوية النظر اليها، بين من يحصره في المتعاقد الذي يتعاقد من أجل تلبية أغراض خارجة عن نطاق مهنته، وبين من يوسعه ليشمل المتعاقد الذي يتعاقد لتلبية اغراض ضمن تخصص يختلف عن تخصصه ولو كانت تلبية لأغراض مهنته[2].

أي هناك فريق يرى أن المستهلك من يتملك بشكل غير مهني سلعا استهلاكية مخصصة للاستهلاك الشخصي ولاستعماله الخاص بعيدا عن اي استعمال مهني، وهناك فريق آخر يرى أن المستهلك كل شخص يتعاقد بقصد الاستهلاك سواء كان شخصا عاديا أو كان تاجرا طالما لم يشتري لإعادة البيع.

---

[1]) اي ان تعريف المستهلك المقترض يتوقف على تعريف المقترض، الذي بحد ذاته يتوقف على تعريف القروض التي تدخل ضمن المجال الاستهلاكي، وهذا يدخل في إطار القانون البنكي ومن تم يتوقف تحديد القروض المعنية بالاستفادة من الاحكام الحمائية لقانون الاستهلاك على هيئات التنظيم في المجال البنكي، وليس فقط احكام قانون الاستهلاك.

[2]) بحيري فاطمة، مرجع سابق، ص 36.

ومن تم ظهر التوجه الفقهي لتعريف المستهلك المقترض على مستوى فريقين، الاول يدعو الى تضييق هذه الحماية لتشمل فقط من هو بحاجة لها، والثاني يدعو الى توسيع الاستفادة من القواعد الحمائية من خلال التوسع في تعريف المستهلك المقترض، مستندا كلاهما الى مجموعة من المعايير والمبررات لتأييد رايه، ولتوضيح ذلك سنتطرق اولا إلى التعريف الضيق للمستهلك المقترض(1)، ونتطرق ثانيا إلى التعريف الموسع له(2).

1)التعريف الضيق للمستهلك المقترض:

طبقا لهذا الاتجاه فان مفهوم المستهلك يقتصر على الشخص الذي يتعاقد لأغراض شخصية أو عائلية مما يستبعد من نطاق الحماية الشخص الذي يهدف الى تحقيق اغراض مهنية ومن تم يعتمد هذا الاتجاه على الغرض الشخصي من التعاقد[1].

وهو التعريف الذي اخد به المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك وقمع الغش (القانون 03/09)، الذي عرف المستهلك أنه " **كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من اجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر او حيوان متكفل به**".

ومنه يغلق الباب وفق هذا التعريف على كل شخص يتعاقد لأغراض من أجل تلبية حاجيات تدخل ضمن نطاق نشاطه المهني، بغض النظر عن العلاقة بين هاته الحاجيات وطبيعة نشاطه ما إذا كانت علاقة مباشرة، كأن يقتني موادا اولية، أو ادوات عمل...الخ، أو غير مباشرة كمجرد تسهيل العمل كوسائل الأمن والتنقل ...الخ، وبغض النظر عن مجال الاختصاص بين ما إذا كان التعاقد يدخل ضمن مجال الاختصاص، أم خارج مجال الاختصاص.

[1]) أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2008/2007، ص 33.

ويمكن تعريف المستهلك المقترض وفق هذا التوجه انه " **كل شخص طبيعي او معنوي يبرم قرضا وفق مفهوم المادة 68 من الامر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض**[1]**،من أجل اقتناء سلعة او خدمة موجهة للاستعمال الشخصي والنهائي**".

2)التعريف الموسع للمستهلك المقترض:

يشمل المستهلك وفق هذا الاتجاه كل شخص يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام سلع أو خدمات خارج نطاق اختصاصه المهني، ومن تم قد يكون ذلك لتلبية أغراض شخصية أو مهنية، فحسب هذا الاتجاه فالمهني الذي يتعامل خارج تخصصه سيتواجد في وضعية شبيهة لوضعية المستهلك مما يستدعي حمايته بالرغم أن الغاية من التعاقد لديه هي تلبية حاجة مهنية[2].

ويهدف هؤلاء إلى مد نطاق الحماية القانونية الى المهني حينما يقوم بإبرام تصرفات تخدم مهنته، كما هو الحال بالنسبة للطبيب الذي يشتري المعدات الطبية أو التاجر عندما يشتري أثاث معمله، فالشرط الوحيد الذي يضعه أنصار هذا الاتجاه هو عدم إعادة بيع السلع المقتناة أو الخدمات المقدمة، اي وجوب توفر شرط الاستخدام[3].

ومن تم فالفيصل في تحديد المستهلك المقترض وفق التعريف الموسع ليس الغاية من التعاقد كما هو الحال في التعريف الضيق، وإنما هو الحاجة الى الحماية، فيعتبر المتعاقد مستهلكا بالنظر الى الخبرة المهنية أو حالة الجهل التي يكون عليها، وبذلك فالمستهلك المقترض وفق التعريف الموسع هو كل شخص يبرم قرضا وفق مفهوم الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض من أجل الحصول على السيولة المالية او الاعتماد المالي الكفيل باقتناء خدمة أو سلعة خارج اختصاصه المهني.

---

[1]) باعتباره الإطار العام للمجال البنكي، وبذلك يعتبر التعريف الوارد به للقرض هو التعريف النموذجي الذي لا يجوز لباقي الانظمة البنكية مخالفته، انظر المادة 68 أمر 11/03 فقرة 01 و02.

[2]) أكسوم عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص 33.

[3]) صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قسنطسنة1، 2017/2016، ص 31.

ونرى انه من الأفضل استبدال مصطلح المستهلك بمصطلح غير المهني، ففي مشروع القانون الفرنسي رقم 23/78 لـ 10 جانفي 1978 طرحت اشكالات حول مصطلح المستهلك ومصطلح غير المهني فأرادت الجمعية الوطنية اعتماد مصطلح " **غير المهني**" لضمان حماية اكثر اتساعا للمستهلك في حين ان الغرفة الثانية **(مجلس الشيوخ)** اصرت على استخدام مصطلح المستهلك، وتشكلت على اثر هذا الجدال لجنة مشتركة واقرت الاحتفاظ بالمصطلحين معا ومن تم اصبح المتعاقد مع المهني قد يعتبر مستهلك أو غير مهني[1].

ويتمثل الهدف من وذلك في تفادي ربط مفهوم المقترض بمفهوم المستهلك، كونه مفهوم مرن ومتغير، حيث يمكن ان يتم تقييده عن طريق قوانين الاستهلاك بمجموعة من الشروط وفق السياسة التي يرسمها المشرع حماية لشريحة المستهلكين تضييقا أو اتساعا، ومن تم يؤدي ربط مفهوم المقترض بمفهوم المستهلك الى تغير مفهوم المستهلك المقترض على إثر كل تغيير وما قد ينجم عنه ذلك من تضارب بين التشريعين البنكي والاستهلاكي، فمصطلح غير المهني لا يربط المقترض بأي تعريف للمستهلك، ومن تم يعتبر مقترضا مستهلكا في كل مرة لا تتطابق فيها على الشخص شروط المهني، اي يعرف المستهلك المقترض بمفهوم المخالفة للمهني الذي يعتبر مفهوما واضحا وثابتا نسبيا سواء على المستوى الفقهي او التشريعي.

ثانيا: المعايير الفقهية المعتمدة لتحديد المستهلك المقترض

لن يتوقف الجدل الفقهي حول تحديد مفهوم المستهلك المقترض بمجرد الاتفاق على إحدى المفهومين الموسع أو الضيق اللذان سبق التطرق إليهما واستبعاد الآخر، بل تمتد تبعات هذا الجدال الى تحديد نطاق المعايير الفقهية المعتمدة لتحديد هذا المفهوم، حيث تم اقتراح عدة معايير لتحديد المعني بهذا المفهوم، نذكر منها: معيار الكفاءة التقنية (1)، معيار الغاية من القرض (2)، لنتطرق بعد ذلك الى موقف الفقه والقضاء من الاستعمال المختلط للقرض(3).

[1]) Rabih Chendeb, Le régime juridique du contrat de consommations, étude comparative (droit français, libanais et égyptien), édition alpha, paris, 2010, p.20.

1) معيار الكفاءة التقنية للمقترض:

يرتكز هذا المعيار على اعتماد كفاءة المقترض كفيصل بين المقترض المهني والمقترض المستهلك، حيث يعتبر المقترض مستهلكا إذا ابرم عقد القرض من أجل اقتناء سلع أو خدمات خارج مجال تخصصه بغض النظر عن الغرض من تلك السلعة أو الخدمة ما إذا كان مهنيا أو خاصا، ويعتبر المقترض مهنيا ومن تم لا يخضع للأحكام الحمائية لقانون الاستهلاك والتشريعات البنكية لحماية المستهلك المقترض إذا ابرم القرض من أجل اقتناء سلع أو خدمات ضمن مجال تخصصه.

يرى الفقيه الفرنسي« Christian Larroumet » في هذا الصدد" **أن الامر يقتضي البحث في كل حالة على حدا، فلا يمكن الأخذ بالمفهوم المطلق للمستهلك على انه دائما الشخص الضعيف وعديم الخبرة، كما لا يمكن الاخذ بالمفهوم المطلق للمحترف على انه شخص خبير ومؤهل لحماية نفسه من الوقوع في غبن أو غلط لان ذلك إجحافا وظلما للمحترف الذي يغامر خارج مجال عمله الطبيعي ويجد نفسه عادة في مركز ضعف مثله مثل أي شخص عادي**"[1].

غير اننا نرى ان تطبيق معيار الكفاءة التقنية يسمح بتطبيق الاحكام الحمائية لعقود القرض الموجهة للمستهلك على مقترض يتعاقد لحاجات تجارته ومن تم لا يجوز ان يطلق على هذا القرض لفظ استهلاكي أصلا لأنه لم يكتتب لسد حاجة استهلاكية وفق قانون الاستهلاك، وانما لسد حاجة مهنية خارجة عن مجال الاختصاص الاصلي للمهني، كما ان الحكم بالجهل او العلم على اساس مدى تطابق مجال استعمال القرض مع النشاط الاساسي لتجارة المقترض فكرة نسبية[2].

في هذا الصدد أقرت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في اجتهادا لها أن" **أي مهني يبرم عقد قرض في إطار مهنته لكن في مجال لا يملك فيه أي معرفة يعتبر مستهلكا**"، وتعود

---

[1]) طالي لطيفة، القرض العقاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/ 2002، ص 18.

[2]) فمن المفترض أن يكون المهني خبيرا في كل ما يتعلق بحاجات مهنته أو تجارته وليس فقط في التخصص الذي ينصب عليه نشاطه الاساسي، فنشاط المضاربة الذي يعول عليه التاجر أو المهني من أجل إنجاح تجارته أو مهنته يمتد لكل ما يرتبط بالسعي وراء متطلبات تجارته كما هو الحال في التاجر الذي يقوم بتركيب أنظمة إنذار لمحله التجاري.

القضية الى ابرام قرض من تركيب أجهزة إندار من طرف شركة « Pigranel » العقارية، حيث أقرت أنه يخرج من نطاق الكفاءة المهنية، أي من النشاط العقاري الذي يعتبر نشاط خارجي عن نشاط تركيب أجهزة الانذار، أي اعتبرت ان الشركة العقارية في نفس درجة الجهل لدى الشخص العادي ومنه يعتبر القرض المبرم لتسديد هذا العقد قرضا استهلاكيا[1]،وهو نفس الراي الذي اتخذته في قرار آخر لها وهو قرار يخص ايضا شراء وتركيب جهاز انذار لمحل ملابس[2].

غير ان نفس الغرفة تراجعت عن موقفها في قرار لها يوم 08 جويلية 1997 على معيار الكفاءة التقنية فيما يخص قرض ممنوح لتاجرة لحاجات تجارتها وزوجها شريك معها في القرض، فوضعت الزوجة قيد اعادة الهيكلة القضائية وتوبع الزوج معها بصفته شريكا في القرض وطالب بتطبيق معيار الكفاءة التقنية حتى يعتبر مستهلكا مقترضا كونه تعاقد خارج مجال اختصاصه ويستفيد من احكام قانون الاستهلاك، ودفع ان القرض جاء لتجارة زوجته وليست تجارته هو، وان القرض كان في إطار نشاطها هي، حيث أقرت المحكمة أن محل القرض لا يحدد بشخصية المقترض الشريك وإنما بالغرض من القرض، ومنه رفضت حجة الزوج الشريك واقرت ان القرض الموجه لتمويل نشاط مهني يستثنى من نطاق القرض الاستهلاكي[3].

---

1) PATRICIA Franc, La réception par la jurisprudence de la législation sur le crédit à la consommation, Thèse de doctorat, droit privé, faculté de droit, université Jean Monnet de Saint-Etienne, 2015, p.45.

2) Cass.Civ.1ere, N° 89 15860, du 25 mai 1992, www.Légifrance.fr « … alors que le contrat principal litigieux concernait l'installation d'un système d'alarme échappant à la compétence professionnelle de Mme X.… qui se trouvait dès lors dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur. »

3) Cass.Civ. 1er, N° 95 11500, du 8 juillet 1997, www.Légifrance.fr « …l'article L.311-3, 3°, du Code de la consommation exclut du champ d'application des dispositions relatives au crédit à la consommation les prêts, contrats et opérations de crédit destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle ; qu'à bon droit, la cour d'appel a retenu que l'application de la loi était déterminée par l'objet du prêt et non par la personnalité de ceux qui s'y engagent;… »

2) معيار الغاية من العقد:

يسمى أيضا معيار توجيه العقد، وهو معيار يقوم على النقيض من المعيار الاول على الغاية من العقد أي الغرض من السلع والخدمات المراد تمويلها عن طريق القرض بغض النظر عن الكفاءة التقنية للمقترض، وبذلك يعتبر المستهلك مقترضا إذا كان القرض مبرما لتمويل سلع أو خدمات موجهة للاستعمال النهائي الخاص، ولا يكون كذلك إذا كان القرض مبرما لتمويل سلع أو خدمات موجهة للاستعمال المهني أو لأغراض مهنية، بغض النظر عما إذا كان مجال استخدام القرض يدخل ضمن مجال اختصاصه المهني أم لا.

وقد اعتمد القضاء الفرنسي هذا المعيار، لكن ذلك تم عبر مراحل، فقد رفضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض هذا المعيار، واعتبرت ان المهني يمكن ان يستفيد من قانون حماية المستهلك اذا كان يتعاقد خارج اختصاصه المهني في قضية عون عقاري اشترى اجهزة انذار لحماية محله من السرقة[1].

غير أنها غيرت اجتهادها في قرا ر آخر، حيث رفضت أن تطبق قانون الاستهلاك على مقترض تعاقد لحاجات مهنته لكن خارج مجال تخصصه بغض النظر عن وضعيته ومجال تخصصه، والقضية تعود الى عون تأمينات أبرم قرض من أجل تمويل عملية اشهار لمحله مع شركة متخصصة في الاشهار[2].

---

[1]) Cass. Civ. 1er, du 28 avril 1987, bull, civ, 1987, I, P.103 : « Un agent immobilier achetant de matériel d'alarme pour protéger ses locaux contre le vol avait agi comme non professionnel, car profane dans le domaine des systèmes d'alarme il se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur », cité par Rabih chendeb, op.cit. P.20.

[2]) Cass.Civ. 1er, du 15 avril 1986, bull. civ, 1986, I, p.91 : « un agent d'assurance traitant pour la publicité de son cabinet avec un professionnel ne pouvait pas être considéré comme un consommateur »

3) موقف الفقه والقضاء من الاستعمال المختلط للقرض:

رغم الموقف غير الثابت للقضاء الفرنسي حول المعيار المتبع من أجل تحديد مجال تطبيق القواعد الحمائية للمستهلك في عقد القرض ما إذا كان معيار التخصص بغض النظر عن الغرض من العقد أو معيار الغرض من العقد بغض النظر عن تخصص المقترض، غير ان المسألة تشتد تعقيدا في حالة الاستعمال المختلط للقرض ليفتح المجال للفرضيات المتاحة حول جواز تغليب أحد الاستعمالين على الآخر بمجرد توافره أو قياس حجم كل من الاستعمال الشخصي والمهني وترجيح أحدهما عن الآخر.

أجابت عن ذلك السوابق القضائية الفرنسية، ففي قضية زوجين أبرما عقد قرض لاقتناء سيارة، ليقعا فيما بعد في صعوبات مالية، رفعت القضية الى المحكمة، قضت محكمة الاستئناف أن السيارة تستعمل لنشاط المهنة وتستعمل كذلك لأغراض شخصية وان هذا الاستعمال المزدوج لم يكن موضع خلاف مع المقرض ومنح القرض تحت اعتبار التشريع الخاص بالقرض الاستهلاكي، رفع البنك نقض ضد هذا القرار واعتبرت محكمة النقض أن القرض موجه لغرض مهني و أعابت على قضاة الموضوع عدم تقدير اتجاه عقد القرض، واقرت أنه ليس على قضاة الموضوع قياس حجم التنقلات الشخصية واقرت ان الاستعمال الشخصي ليس له تأثير على تكييف العقد[1].

حيث اعتبرت المحكمة في هاته القضية ان القرض يعتبر قرضا مهنيا بمجرد أنه استعمل لتلبية أغراض مهنية بغض النظر عن الأغراض الشخصية وحجمها، ومن تم غلقت المجال امام قضاة الموضوع من اجل إجراء أي مقارنة بين حجم استعمال الأغراض موضوع القرض.

غير أنها تراجعت عن هذا الاجتهاد ففي قرار آخر لها حين قررت الغرفة المدنية الاولى فتح المجال امام القاضي للمقارنة بين الغرض من القرض في حالة القروض المختلطة واشترطت على

---

[1]) Cass.Civ. 1er, N° 97-04073, du 04 mai 1999,www.Légifrance.fr.«… sont exclus du champ d'application de la réglementation en matière de crédit à la consommation les prêts contrats et opérations de crédit destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle »

قضاة الموضوع البحث عن الغرض الحقيقي من القرض ومنح لهم دور فعال في تقدير تكييف القرض[1].

ومنه فموقف محكمة النقض الفرنسية من مسألة الاستعمال المختلط للقرض غير مستقر، أي هي لا تنحاز لأي من المعيارين السابقين، فأحيانا ترى ضرورة تمكين المهني الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه من الحماية، كونه يتواجد في نفس درجة الجهل التي يتواجد فيها المستهلك العادي، وأحيانا ترى أنه لا جدوى من منحه هذه الحماية كونه يتعاقد لأغراض مهنته.

المطلب الثاني: القروض البنكية المعنية بالحماية

لن يكتمل توضيح الإطار المفاهيمي لحماية المستهلك المقترض المعني بالحماية في إطار القرض البنكي بمجرد توضيح المقصود بالمستهلك المقترض المعني بهذه الحماية، إلا بالتطرق للقروض البنكية المعنية بالحماية، كما تشكل مسألة القروض المعنية بالحماية منعرجا مهما في تقدير وتقييم الحماية التي يكرسها المشرع للمستهلك المقترض.

إذ أن تضييق هاته الأخيرة أو توسيعها سيكون له أثر كبير في تقدير السياسة الحمائية للمستهلك في مجال القرض البنكي التي ينتهجها المشرع سواء من حيث أصنافها، شروطها، مبلغها...الخ وسنحاول تركيز الدراسة فيما يخص القروض البنكية المعنية بالحماية على القروض البنكية المعنية بالحماية من حيث الاشخاص، أي تحديد أطراف هاته القروض والشروط الواجب أن تتوفر فيهم (الفرع الاول)، والقروض البنكية المعنية بالحماية من حيث الموضوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القروض البنكية المعنية بالحماية من حيث الاشخاص

تهدف الإشارة إلى القروض البنكية المعنية بالحماية من حيث الاشخاص الى تحديد النطاق الشخصي لهاته القروض، وتحديد أطرافها، فبعد ان تطرقنا في المطلب الاول الى المستهلك

---

[1]) Cass.Civ. 1er, N° 98-13784, du 23 mai 2000, www.Légifrance.fr. « la cour d'appel ayant souverainement apprécie que le prêt litigieux avait été consenti pour les besoins exclusifs d'une activité professionnelle en a exactement déduit qu'il n'était pas soumis aux dispositions des articles L.311-1 et suivants du code de la consommation… ».

المعني بالحماية من أجل تقييم نطاق هاته الحماية، نتطرق هنا الى المستهلك باعتباره طرفا في عقد القرض، أي بوصفه مقترض، وبما أن حماية المستهلك في المجال البنكي لا تقاس فقط بالنظر لمجموع الاشخاص المستفيدين من هذه الحماية وهم المستهلكين وإنما بالنظر أيضا الى المتعاقد الآخر في القروض البنكية المعنية بالحماية وهو المقرض، من خلال قياس شروط تدخله، والشروط الواجب توفرها من اجل تقديمه لهاته القروض والضمانات التي يقدمها...الخ، ومن أجل توضيح ذلك أكثر سنتطرق أولا الى المقرض في القروض البنكية الموجهة للمستهلك (اولا)، ثم نتطرق ثانيا الى المقترض في هاته القروض (ثانيا).

أولا: المقرض في القروض البنكية الموجهة للمستهلك

يتطلب إعطاء مفهوم دقيق للمقرض تحديد نطاق الاشخاص الذين ينطبق عليهم هذا الوصف والمتمثلين بالدرجة الأولى في البنوك والمؤسسات المالية باعتبارهم أصحاب التخصص الأصيل في منح القروض، غير انه من التشريعات من يفتح المجال أمام اشخاص آخرين والسماح لهم بتقديم قروض، وفي التشريع الجزائري يثار التساؤل حول مدى إمكانية قبول فكرة تقديم قروض من طرف أشخاص لا يملكون صفة بنك او مؤسسة مالية، وفي محاولة للإجابة على هذا التساؤل نتطرق اولا للشروط الضرورية لمنح القروض للمستهلك (1)، ونتطرق ثانيا الى الاشخاص المؤهلين بمنح القروض للمستهلكين (2).

1) الشروط الضرورية لمنح القروض للمستهلكين:

وهو العنوان الذي خصصناه من اجل الإجابة على التساؤل الذي مقتضاه ما مدى اعتبار شرط الاعتياد أو التخصص والميزة الاحتكارية للبنوك والمؤسسات المالية في مجال منح القروض شرطا ضروريا لاكتساب صفة المقرض في القروض الموجهة للمستهلك من عدمه؟ وفي سبيل الإجابة على هذا التساؤل نتطرق لكلى الطرحين والحجج التي يقدمها كل توجه، لذلك نذكر اولا ضرورة توفر شرط الاعتياد والميزة الاحتكارية للبنوك والمؤسسات المالية في منح القروض (أ)، ونتطرق ثانيا الى عدم ضرورة توفر شرط الاعتياد والتخصص وزوال فكرة الاحتكار البنكي (ب).

أ) ضرورة توفر شرط الاعتياد والميزة الاحتكارية للبنوك والمؤسسات المالية في منح القروض:

يعبر شرط الاعتياد عن اتخاذ الشخص لنشاط ما حرفة له على سبيل التكرار والدوام، واتخاذها مصدرا مهما لمداخيله، وفيما يخص فكرة الاحتكار البنكي فتقتضي انفراد البنوك أو المؤسسات المالية دون سواها بالقيام بالعمليات البنكية، ويمنع ذلك على أي شخص آخر، ولقد نص عليهما المشرع في المادة 70 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض إذ جاء فيها " **البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 الى 68 أعلاه بصفتها مهنتها العادية** " ومنه نجد ان هاته المادة نصت على كل من فكرة الاحتكار البنكي عن طريق عبارة " **دون سواها**"، وبالنتيجة يمنع على أي شخص آخر لا يكتسب صفة البنك من ممارسة هاته الأنشطة[1]، وكذا فكرة التخصص البنكي عن طريق عبارة " **بصفتها مهنتها العادية**" اي المهنة الأصلية التي تمارسها على سبيل الدوام والتخصص.

ولم يكتفي المشرع عند هذا القدر تعزيزا لفكرتي الاعتياد والاحتكار البنكي، فمنع بموجب نص المادة 81 فقرة 01 من الامر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض على اي شخص آخر استعمال اي تسمية او إشهار أو عبارة يمكن ان تؤدي الى الالتباس بأنه معتمد كبنك او مؤسسة مالية، وهو ما يطلق عليه " احتكار التسمية"[2].

وفي التشريع الفرنسي كانت المادة L.311-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي قبل صدور القانون 737/2010 المتعلق بالقرض الاستهلاكي تعرف المقرض أنه كل شخص يمنح القروض أو العقود او الاعتمادات المشار اليها في المادة L.311-2 من نفس القانون، وهي المادة التي تنص على ان مقتضيات القرض الاستهلاكي تطبق على كل عمليات القرض والضمانات المرتبطة بها

[1]) حيث تنص المادة 66 من الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض على " تتضمن العمليات المصرفية تلقي الاموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هاته الوسائل".

[2]) حيث جاء فيها " يمنع على كل مؤسسة من غير البنوك او المؤسسات المالية أن تستعمل إسما أو تسمية تجارية او إشهارا، او بشكل عام أية عبارات من شأنها ان تحمل إلى الاعتقاد أنها معتمدة كبنك أو مؤسسة مالية ".

تمنح بشكل اعتيادي من طرف اشخاص طبيعيين أو معنويين، ومنه فهذا التعريف يستهدف القروض الممنوحة من طرف البنوك والمؤسسات المالية[1].

بمعنى اخر يعتبر قرضا استهلاكيا فقط إذا ابرم من طرف اشخاص يمتهنون الوظيفة البنكية بصفة عامة أو وظيفة منح القروض بصفة خاصة، ولا يعتبر كذلك إذا ابرم من طرف أشخاص آخرين كأن يبرم من طرف الباعة أو أصحاب المحلات لزبائنهم في إطار تسهيلات الدفع أو ما يسمى بالدفع بالتقسيط، أو القروض التي تمنح من ارباب العمل لمستخدميهم، ومن تم يعد هؤلاء مقصيون من الاستفادة من الحماية التي يقدمها المشرع في إطار القرض الاستهلاكي[2].

من جهتنا نرى أن منح الحماية في مجال القرض الاستهلاكي باتباع معيار شخصي أي منح القروض لزبائن البنوك والمؤسسات المالية فقط دون أي شخص آخر، من شأنه أن يضيق من نطاق الحماية الممنوحة للمستهلك المقترض، ومن الأجدر تطبيق نظرية " **المقرض الفعلي**" أي كل شخص يمنح قرضا استهلاكيا بغض النظر عن وظيفته وصفته يخضع لأحكام القرض الاستهلاكي، وذلك حتى تكون الحماية موضوعية وفعالة وتشمل كل مقترض مستهلك يبرم عقد قرض، أي انه يعتمد في تحديد القروض الاستهلاكية على موضوع القرض أو مجال استعماله أو شخصية المستفيد منه بالدرجة الاولى وليس على شخص المقرض.

---

[1]) Art L.311-1 C. Conso, définissait le préteur comme « toute personne qui consent les prêts, contrats ou crédits visés à l'article L.311-2 »,

Art L.311-2 C. Conso, « toute opération de crédit, ainsi qu'à son cautionnement éventuel, consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales ».

[2]) Guillaume Royer, Crédit, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2011. P.20.

ب) عدم ضرورة توفر شرط الاعتياد والتخصص وزوال فكرة الاحتكار البنكي للبنوك والمؤسسات المالية في منح القروض:

لقد قادنا التعمق اكثر في سبيل البحث عن مدى ضرورة توفر شرط الاعتياد أو التخصص والاحتكار البنكي الى الوقوع في التباس حول موقف المشرع من هاته المسالة، فبعد ان وجدنا انه اعترف بهما صراحة، توصلنا الى اقراره لأحكام أخرى تضع هذا الاعتراف محل شك.

ففكرة الاحتكار البنكي أو الميزة الاحتكارية للبنوك والمؤسسات المالية بممارسة الانشطة المصرفية تخص بموجب المادة 76 من الامر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض فقط العمليات الواردة في المواد من 72 الى 74 من قانون النقد والقرض والتي يطلق عليها اسم العمليات البنكية الملحقة (عمليات الصرف، عمليات على المعادن والاحجار الكريمة، عمليات الوساطة في سوق القيم المنقولة...الخ) ولا تخص العمليات البنكية الاصلية المنصوص عليها بموجب المواد من 66 الى 69 والتي من بينها القرض[1].

وهنا يطرح التساؤل حول الجدوى من ايراد المادة 70 من الامر 11/03 التي تنص على "**أن البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 الى 68 اعلاه بصفة مهنتها العادية**"، مادامت المادة 76 من نفس الامر قصرت المنع على العمليات الملحقة، هل يعد ذلك استثناء عن الأصل المتمثل في جواز ممارسة اي شخص للأنشطة البنكية، أم يعد تأكيدا على فكرة الاحتكار البنكي[2].

[1]) حيث تنص المادة 76 من الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق على: " يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي من غير البنوك أو المؤسسات المالية، حسب الحالة القيام بالعمليات التي تجريها تلك البنوك والمؤسسات بشكل اعتيادي بموجب المواد من 72 الى 74 أعلاه، باستثناء عمليات الصرف التي تجريها طبقا لنظام المجلس".

[2]) خاصة وان المادة 76 من الامر 11/03 جاءت تحت الباب الثالث المعنون بالموانع، في حين ان المادة 70 جاءت تحت الباب الثاني المعنون بالعمليات، فالمشرع خصص بابا من اجل التطرق للموانع ومنه يغلب ان يكون المنع هو المنصوص عليه في هذا الباب فقط اي في المادة 76 دون باقي الابواب.

وعن فكرة الاعتياد اي اعتبار النشاط البنكي هو فقط النشاط الذي يمارس حصرا وعلى سبيل الدوام من طرف البنوك والمؤسسات المالية، قد يصب تعمد المشرع استعمال عبارة "العمليات المصرفية" في المادة 66 من الامر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض بدلا عن عبارة "العمليات البنكية" في مصلحة عدم وجود فكرة التخصص البنكي، وبعبارة اخرى تعمد المشرع اعتماد تعريف موضوعي عن طريق عبارة " العمليات المصرفية"، بدل التعريف الشخصي من خلال استبعاد عبارة "العمليات البنكية" قد يكون مؤشرا على استبعاده لفكرة " **العمليات المصرفية هي العمليات التي تمارسها البنوك والمؤسسات المالية في إطار نشاطها المهني**".

اما المشرع الفرنسي فقد غير موقفه بصدور القانون رقم 737/2010 لـ 01 جويلية 2010 المتعلق بالقرض الاستهلاكي[1]، وعرف المقرض انه "**كل شخص بغض النظر عن طبيعته يبرم أو يلتزم بإبرام العقد المحدد في المادة L311-2 من قانون الاستهلاك في إطار ممارسة وظائفه التجارية أو المهنية** "[2]،

ومنه فلم يعد وصف المقرض يقتصر على ممتهني النشاط البنكي وانما على كل شخص يمنح قرضا في إطار نشاطه المهني، ومن تم يدخل ضمن نطاق القرض الاستهلاكي القروض الممنوحة من طرف المحلات والتعاونيات ...الخ، فبإضافة مصطلح " التجارية" اصبح يعتبر اي تاجر يقدم قرضا وفق المفهوم القانوني للقرض يدخل ضمن نطاق التشريع الحمائي للمستهلك، اي لم يعد المشرع يقصر منح القروض على القروض التي تمنح في إطار مهني اي بموجب الاختصاص الأصيل للمقرض، أي لم يعد يقصر منح القروض على البنوك والمؤسسات المالية.

[1]) Loi N° 2010/737, du 1 juillet 2010, portant réforme du crédit a la consommation, JORF, N° 0151, 02 juillet 2010.

[2]) ArtL.311-1, C. Conso, « toute personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit mentionné à l'article L.311-2 dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles ».

2) الأشخاص المؤهلون بمنح القروض للمستهلكين :

بعد عرضنا في العنوان الاول الى الشروط الواجب توفرها في المقرض في إطار القروض الموجهة للمستهلكين، وبحث موقف المشرع الجزائري من هاته المسألة وصولا إلى انه لم يقصر إمكانية منح هاته القروض على البنوك والمؤسسات المالية وإنما سمح لأشخاص آخرين بمنح هاته القروض، رغم ما يمكن ان يفرزه ذلك من إشكالات تتعلق بمدى استجابة هؤلاء الاشخاص لكافة الشروط القانونية لمنح القروض، ومدى تقديمهم للضمانات الكافية لتوفير الحد المطلوب قانونا من الحماية للمستهلك المقترض، وذلك ما سنتولى بحثه فيما يأتي من خلال التطرق الى البنوك والمؤسسات المالية باعتبارها صاحبة الاختصاص الاصيل بمنح القروض (أ)، ثم نتطرق الى باقي المتعاملين الاقتصاديين (ب).

أ) البنوك والمؤسسات المالية:

تختص البنوك والمؤسسات المالية بالدرجة الأولى بمنح القروض بصفة عامة سواء الاستهلاكية أو باقي القروض الموجهة للخواص، أو العقارية، وذلك باعتبار القروض من العمليات البنكية الاصلية حيث تنص المادة 66 من قانون النقد والقرض على انه " **تتضمن العمليات المصرفية تلقي الاموال من الجمهور وعمليات القرض وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل**".

كما تختص البنوك دون سواها بمنح قروض استهلاكية حيث تنص المادة02 من القرار الوزاري المشترك الذي يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على انه " **يجب على المؤسسات كما هي محددة في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 مايو سنة 2015 والمذكور اعلاه، التي ترغب في الانضمام لهذا الجهاز، التقرب من بنك تختاره لإتمام الاجراءات اللازمة للاستفادة من القرض الاستهلاكي**"[1]، ويبقى التساؤل مطروحا حول استثناء المشرع للمؤسسات المالية من منح القروض الاستهلاكية رغم

[1]) المادة 02، قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 31 ديسمبر 2015، يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مرجع سابق.

أن عملية منح القروض يعد اهم أنشطتها بموجب قانون النقد والقرض، أم يعد سهوا ورود اسم البنوك دون المؤسسات المالية في هذا القرار.

ب) المتعاملون الاقتصاديون:

لقد سمح اعتماد المشرع في قانون النقد والقرض للمعيار الموضوعي بمفرده المتمثل في وضع أموال تحت تصرف الجمهور، لأشخاص من خارج النشاط البنكي والمالي بممارسة نشاط منح القروض، حيث تنص المادة 68 قانون النقد والقرض على انه " **يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الامر، 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**" فلم يجعل المشرع الجزائري عملية منح القروض حكرا على البنوك والمؤسسات المالية وإنما سمح للمتعاملين الاقتصاديين بمنحها، وذلك ما يفهم من عبارة " شخص ما" الواردة في المادة أعلاه.

ولقد كان المشرع أكثر وضوحا فيما يخص القرض الاستهلاكي، حيث أقر المشرع صراحة إزالة الاحتكار البنكي والسماح لأشخاص من خارج المجال البنكي بمنح قروض، وذلك في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي جاء فيها " **المتعاملون الذين تكون منتجاتهم مؤهلة للقرض الاستهلاكي هم الذين:**

ـ يمارسون نشاط انتاج على المستوى الوطني،

ـ ينتجون أو يركبون سلعا موجهة للبيع الى الخواص،

يمكن ان تستجيب السلع المؤهلة الى معدل إدماج يحدد عند الحاجة، بقرار مشترك بين الوزير المكلف بحماية المستهلك والوزير المعني ".

قد يثور التساؤل حول معنى الاشارة الى هاته المادة ضمن هذا العنوان كونها تتطرق للمتعاملين الاقتصاديين الذين يمكن لمنتجاتهم أن تكون محلا للاقتناء عن طريق القرض الاستهلاكي، ولم تشر الى لفظ المقرض، غير ان ذلك لا يعد اشكالا متى عرفنا ان المقترض قد يكون نفسه البائع، وذلك ما يستنتج من نص المادة 02 فقرة 01 من ذات المرسوم التي تعرف القرض الاستهلاكي

أنه" **كل بيع لسلعة يكون الدفع فيه على اقساط، مؤجل أو مجزأ**" وكذا نص الفقرة 02 من ذات المادة التي عرفت عقد القرض بأنه " **عقد يقبل بموجبه بائع او مقرض أو يلتزم بالقبول تجاه مستهلك بقرض في شكل أجل دفع سلفة أو اي دفع بالتقسيط مماثل**".

فصفة القرض تكتسب وفق هذا المرسوم بمجرد الدفع على اقساط أو الدفع المؤجل وليس عن طريق ابرام العملية عن طريق شخص مختص في القرض، فكأن المشرع يعتمد في المرسوم المتعلق بالقرض الاستهلاكي على معيار موضوعي للقرض الاستهلاكي وهو " الدفع على اقساط" أو "الدفع المؤجل".

ثانيا: المقترض في القروض البنكية الموجهة للمستهلك

تجدر الاشارة أن الدراسة في هذا المقام ستقتصر على المقترض المعني من حيث القروض المشمولة بالحماية في إطار القرض الموجهة للمستهلك دون أن تمتد الى دراسة المعايير الشخصية للمستهلك لأنه سبق الاشارة اليها في المطلب الأول من هذا المبحث، ويعد أمرا عاديا الاعتراف بالحماية القانونية للمستهلك المقترض الشخص الطبيعي، غير انه يثار الاشكال حول مدى اعتبار الشخص المعنوي مستهلكا وفق أحكام القروض البنكية سواء الاستهلاكية أو القروض الاخرى الموجهة للخواص، ويتعلق الأمر بالشركات المدنية والجمعيات في حين لا تثير الشركات التجارية اي اشكال إذ تصنف القروض التي تتحصل عليها ضمن القروض المهنية، ومن أجل توضيح أكثر نتطرق أولا للمقترض في القروض الممنوحة للأشخاص الطبيعية (1) ونتطرق ثانيا الى المقترض في القروض الممنوحة لأشخاص معنوية(2).

1) المقترض في القروض الممنوحة للأشخاص الطبيعية:

لا تثير مسالة امكانية استفادة الشخص الطبيعي من الأحكام الحمائية التي أوردها المشرع للمستهلك المقترض اي لبس او اشكال قانوني فالمستهلك الشخص الطبيعي يتمتع بهذه الحماية مباشرة متى توفرت باقي الشروط الأخرى التي ذكرت أو ستذكر المتعلقة على الخصوص بالغرض من القرض والشروط المتعلقة بالمقرض...الخ، وإنما يقع اللبس والإشكال فيما يخص الشخص

المعنوي، وذلك تساؤل جاد متى عرفنا التركيبة الافتراضية لهذا الشخص والجدل الفقهي الذي لازال قائما حتى حول تمتعه بالشخصية القانونية أصلا ومدى امكانية قيامه بفعل الاستهلاك.

فبالرجوع الى احكام الامر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض نجدها لم تحدد الشخص الذي يعتبر مقترضا ما إذا كان طبيعي او معنوي حيث ذكرت عبارة " شخص ما" وهذا امر طبيعي إذ ان المادة ذكرت المقترض بصفة عامة وليس المقترض المستهلك ولم تورد اي معيار للتمييز بينهما، في حين نص المادة 02 فقرة 04 من المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي اوردت مصطلح الخواص وتقصد به المستهلك المعني في إطار القرض الاستهلاكي إذ عرفته انه" **كل شخص طبيعي يقتني سلعة لهدف خاص خارج عن نشاطاته التجارية، المهنية أو الحرفية**"، ومنه يقتصر وصف المستهلك في إطار القرض الاستهلاكي على الشخص الطبيعي صراحة دون الشخص المعنوي.

وهو المنحى نفسه الذي سلكه التوجيه الاوروبي رقم 13/93 لمجلس الاتحاد الاوروبي ليوم 05 أفريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية " **يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي يتعاقد في إطار العقود التي تدخل ضمن هذا التوجيه ويتعاقد لغايات لا تدخل في إطار نشاطه المهني**"، ومن تم لا يمكن اعتبار الشخص المعنوي مستهلكا وفق هذا التوجيه، ولا يمكن اعتباره مقترض كذلك تباعا[1].

وعلى مستوى التشريع الفرنسي لم يكن المشرع الفرنسي قبل صدور قانون 01 جويلية 2010 يرتكز على المقترض بصفة أساسية في تحديد نطاق القروض الاستهلاكية، فلم تكن تنص المادة L 311-1 الا على عبارة "الطرف الآخر في نفس العمليات" « l'autre partie aux mêmes opérations » لكن بصدور هذا القانون اصبح يقتصر وصف المقترض في هاته المادة فقط

[1]) Directive N° 93/13/CE du conseil, du 05 avril 1993. Concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOUE, L 95, 21 avril 1993, modifier par le directive 2019/2161 du 27 novembre 2019.

على الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي[1]، كما اقصى الاشخاص الطبيعية التي تبرم عقود قرض لحاجات مهنية، وهذا امر طبيعي في التشريع الفرنسي الذي ينظم احكام القرض الاستهلاكي بموجب قانون الاستهلاك الذي يعتبر بالدرجة الاولى قانون لحماية المستهلكين وهم الاشخاص الذين يتعاقدون لأغراض خارج نطاق وظائفهم[2].

2) المقترض في القروض الممنوحة للأشخاص المعنوية:

لا ينبغي ان نقتصر من اجل تحديد المقصود بالمقترض المستهلك المعني بالحماية في القروض الموجهة للمستهلك فقط على القوانين والانظمة البنكية، بل ينبغي أن نعرج أولا على تعريف المستهلك وفق قانون الاستهلاك للتأكد من مدى امكانية اعتبار الشخص المعنوي مستهلكا قبل التأكد من امكانية اكتسابه لصفة المقترض، أي لا يمكن ان تشمله هاته الحماية إلا إذا اكتسب وصف المستهلك، وذلك ما تحقق من خلال التعريف الوارد في المادة 03 فقرة 01 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي جاء فيها "**المستهلك: كل شخص طبيعي او معنوي يقتني بمقابل او مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به**"، ومن تم فلا يوجد اي مانع من الاعتراف بصفة المستهلك للشخص الاعتباري في التشريع الجزائري.

اما في التشريع الفرنسي فقد أقصت المادة 3 من القانون 22/78 لـ 10 جانفي 1978المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين في مجال بعض عمليات القرض القروض الموجهة لتمويل حاجات مهنية وتلك الموجهة لتمويل الاشخاص المعنوية العامة من مجال تطبيق القرض الاستهلاكي، دون التطرق لحكم الاشخاص المعنوية الخاصة[3]،وظل الأمر كذلك الى حين صدور القانون

---

[1]) Art L.311-1 C. Conso, op.cit « l'emprunteur est toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

[2]) Guillaume Royer, op.cit. p.21.

[3]) Loi N° 78/22, du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JORF, 11 janvier 1978.

737/10 لـ 01 جويلية 2010 المتعلق بالقرض الاستهلاكي الذي عدل المادة L.311-1 من قانون الاستهلاك، والذي اقصى الاشخاص المعنوية من نطاق القرض الاستهلاكي نهائيا سواء كانت عامة أو خاصة واصبح يتمتع بصفة المستهلك المقترض الأشخاص الطبيعية فقط ومن تم هم فقط من يتمتعون بالحماية المقررة دون الأشخاص الاعتبارية[1].

وعلى المستوى الفقهي والقضائي اختلف في فرنسا بشان اعتبار القروض الممنوحة للأشخاص المعنوية ضمن القروض التي يمكن ان يستفيد منها المستهلك أو المعنية بالحماية التي يوفرها المشرع للمستهلك المقترض، فعلى المستوى القضائي أقرت الغرفة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرار يوم 10 جوان 1997 في قضية تخص جمعية فروسية ابرمت قرض لشراء حصان وبعض التجهيزات بمبلغ 30000 فرنك عجزت فيما بعد عن التعويض، حكمت محكمة الاستئناف في قرار لها يوم 22 فيفري 1995 أن نشاط الجمعية لا يمكن ان يعتبر كنشاط مهني واعتبرت النشاط المهني يجب ان يكون نشاط تجاري او فني او صناعي أو زراعي وقررت تطبيق التشريع الخاص بالقرض الاستهلاكي، اما محكمة النقض فاستبعدت تطبيق احكام القرض الاستهلاكي اذا كان القرض موجه التمويل نشاط مهني[2]، و أعابت على قضاة الموضوع عدم

---

[1]) Art L.311-1 du C. Conso.op cit.

[2]) Cass.Civ. 1er, N° 95-14456, du 10 juin 1997, www.Légifrance.fr. « l'arrêt attaqué a dit que le prêt relevait des dispositions applicables aux crédits à la consommation, … qu'il retient que l'activité de l'association ne peut être considérée comme une activité professionnelle au sens du texte susvisé, laquelle doit s'entendre comme étant une activité commerciale, artisanale, industrielle, libérale, agricole exercée dans le cadre d'une profession rémunérée.

Attendu, cependant, que sont exclus des dispositions applicables en matière de crédit à la consommation, les prêts qui sont destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle; »

تحديد بما يتعلق نشاط الجمعية ودعتهم الى البحث عن الطابع المهني للقرض عن طريق البحث في نشاط الجمعية، فالجمعية تمارس مهنة ولا تستهلك بنفسها الاغراض المقتناة[1].

وعلى المستوى الفقهي تم اقتراح معيارين فيما يخص الجمعيات من أجل تقدير مدى امكانية اعتبارها مقترضا ومن تم اعتبار القرض المبرم يدخل ضمن نطاق الحماية المقررة للمستهلك المقترض:

ـ **الاول:** هو معيار موضوع الجمعية، ويشترط النظر في طبيعة موضوع الجمعية ماذا كان مهنيا كالجمعيات الفلاحية والرياضية والمسرحية...الخ، أو غير مهني كالجمعيات الخيرية والدينية وغيرها، فتعتبر القروض التي تتحصل عليها الفئة الأولى قروضا مهنية ومن تم لا تخضع للحماية، وتعتبر القروض التي تتحصل عليها الفئة الثانية قروضا استهلاكية لأنها غير موجهة لأي نشاط مهني.

ـ **الثاني:** هو معيار موضوع التعاقد، فالجمعيات وان كان نشاطها غير مهني الا أنه يمكنها القيام بنشاطات مهنية أو بصفة ثانوية لتمويل موضوعها الاساسي، فإن تعلق موضوع السلعة المقتناة أو الخدمة المؤداة بهذه الانشطة فلا يعتبر العقد استهلاكيا، أما إذا لم يتعلق بها فالعقد استهلاكيا[2].

اما فيما يخص الشركات المدنية ففي قرار ليوم 18 جانفي 2005 للغرفة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية في قضية تتعلق بقرض عقاري لشركة مدنية عقارية لتمويل اقتناء مجمع عقاري لبناء سكنات ذات استعمال مختلط، احتجت الشركة على البنك بمنح القرض دون العرض المسبق للقرض الموضح في المادة L.312-7 من قانون الاستهلاك وطالبت بعدم احقية البنك في الفوائد، أقرت محكمة الاستئناف ان القرض لا يدخل في اطار قانون الاستهلاك واقرت الغرض المهني

[1]) إذا نشاط الجمعية حسب هذا القرار هو المعيار وليس شكل الشخص المعنوي، وبالتالي فالجمعية يمكن ان تعتبر مستهلك وتستفيد من الاحكام الحمائية المقررة للمستهلك المقترض وبذلك فمحكمة النقض لم تغلق الباب امام القروض الممنوحة للجمعيات، وفي المقابل لم تفتحها بطريقة آلية لكل جمعية تتحصل على قرض.

[2]) Patricia Franc, op.cit. p.66.

للشركة، رفضت الغرفة المدنية الاولى النقض لكن لم تؤسس رفضها على الطبيعة المدنية او التجارية للشركة وانما على اساس الغاية من العقد[1].

ومنه قد يكون اعتماد المحكمة في تأسيسها على الغاية من العقد من أجل رفض دفوع الشركة بخضوعها لأحكام قانون الاستهلاك، دون الاعتماد على شكل الشخص، مؤشرا على اتجاه موقفها الى امكانية قبول فكرة "**الشخص المعنوي مستهلكا مقترضا**" وبذلك يستفيد من الاحكام الحمائية المقررة للمستهلك المقترض.

من جهتنا نرى أن المقصود بالنشاط غير المهني كشرط للخضوع للحماية أن التعاقد لم يكن بصدد تلبية حاجات المهنة سواء بطريقة مباشرة كشراء المواد الاولية أو شراء آلات للإنتاج أو بطريقة غير مباشرة لتسهيل أداء المهنة كشراء الات لنقل أو تركيب أنظمة اندار، أي عدم اشتراط العلاقة المباشرة للسلعة المقتناة بموضوع مهنة المشتري، وليس اشتراط اي شكل في شخص المشتري ما إذا كان طبيعي أو معنوي، شركة أو جمعية...الخ.

الفرع الثاني: القروض البنكية المعنية بالحماية من حيث الموضوع

تهدف الاشارة الى القروض البنكية المعنية بالحماية من حيث الموضوع الى تحديد النطاق الموضوعي لهاته القروض، أي المحل التي تنصب عليه هاته القروض، فبعد ان تطرقنا في الفرع الاول الى النطاق الشخصي للقروض المعنية بالحماية، وتوصلنا الى تحديد الأشخاص المؤهلين قانونا للاستفادة من الاحكام القانونية المقررة لحماية المستهلك المقترض والأشخاص المؤهلون بمنح هاته القروض.

وبما أن حماية المستهلك في المجال البنكي لا تقاس فقط بالنظر لمجموع الاشخاص المستفيدين من هذه الحماية وهم المستهلكين ومدى توفيق المشرع في توفير الحماية لأكبر فئة منهم، وإنما بالنظر أيضا الى موضوع هذه الحماية، اي القروض التي تنصب عليها ومدى تلبيتها لحاجة المستهلكين، نتطرق هنا الى التصنيفات القانونية لهاته القروض وتقسيماتها، ومن أجل توضيح

[1]) Patricia Franc, op.cit. p.70.

أكثر سنتطرق أولا الى التعريف بعقود القرض البنكية الموجهة للمستهلكين (اولا)، ثم نتطرق ثانيا الى أصناف القروض البنكية الموجهة للمستهلكين (ثانيا).

أولا: التعريف بعقود القرض البنكية الموجهة للمستهلكين

يمكن القول وفق نظرة عامة أن القروض البنكية الموجهة للمستهلكين هي عبارة عن عملية وضع أموال في متناول المستهلك، أو تقديم اية تسهيلات مالية تحت أي شكل من الأشكال، أو تقديم منتجات أو خدمات استهلاكية مع تأجيل الدفع، وكل هذا خدمة للحاجة الاستهلاكية ولغرض تمكين المستهلكين من السلع الضرورية لاحتياجاتهم اليومية وتوفير حد أدنى من الحماية لهم، غير ان هاته القروض ليست من طبيعة واحدة وليست من صنف واحد لذلك ينبغي الإحاطة بمفهوم كل من هاته القروض على حدى، وتوضيح المقصود بهذه القروض يقتضي التطرق اولا الى تعريف عقد القرض بصفة عامة (1)، ونتطرق ثانيا الى تعريف عقود القرض الموجهة للمستهلكين (2).

1) تعريف عقد القرض بصفة عامة:

كان يقصد بالقرض في العصور الوسطى تجارة النقود وكان هذا النشاط في بدايته جد محصور نتيجة تدخل الكنيسة، وكان مخصص لفئات محددة من الاشخاص على غرار اليهود الفرسان وكبار التجار في المدن الايطالية والفرنسية (Florence, Albi, Angouléme) وفي فرنسا تم نزع الحظر عن القروض بفائدة مند الثورة بقانون 02 اكتوبر 1789 وتم تنصيب عدة بنوك في اغلبها عائلات يهودية، وفي بداية القرن 19 اصبح القرض بفائدة جد مقبول في اوروبا ومنها الدول الكاثوليكية[1].

وقد لا يشكل مصطلح القرض مفهوما موحدا وشاملا في كافة فروع البحث، فقد يراه القانونيين وفق منظور تشريعي ويراها لاقتصاديين وفق منظور آخر قد يكون رأسماليا او اشتراكيا، ويراه فقهاء الشريعة الإسلامية وفق منظور ديني قد يختلف عن كلى المنظورين السابقين، وهذا ما سنحاول

1) Bruno Moschetto, André Plagnol, Le crédit a la consommation, 2eme édition, PUF, paris, p.04.

الإجابة عليه فيما يلي، فنذكر اولا مفهوم القرض عند فقهاء الاقتصاد والقانون(أ)، ونذكر ثانيا مفهوم القرض عند فقهاء الشريعة الإسلامية (ب)، ونذكر ثالثا التعريف التشريعي للقرض(ج).

أ) تعريف القرض عند فقهاء الاقتصاد والقانون:

عرف الاقتصاديون القرض أنه " **تأجير لرأسمال أو قوة شرائية اعتمادا على الثقة التي يستحقها محل تجاري معين، لما يتضمنه الائتمان من مخاطر كبيرة**"[1]،كما عرفه الفقيه "وول" أنه " **تحويل ثروة راهنة الى وعد مؤجل السداد ينطوي على الثقة في المقدرة على الوفاء بالالتزام**"، وعرفه الفقيه " تاكيير" أنه " **تحويل شيء أو قيمة نقود لشيء آخر هو الثقة في امكانية ورغبة المدين في السداد للقيمة المعادلة في المستقبل**"[2].

أما القانونيين فعرفوا الاعتماد بانه " **تصرف يمكن من إعطاء حرية التصرف الفعلي في مال عيني، أو قوة شرائية، مقابل الوعد برد نفس الشيء أو المال المعادل له خلال أجل نظير الخدمة المؤداة، ونتيجة للخطر الذي قد يتعرض له كخطر الهلاك الجزئي أو الكلي والذي تتضمنه تلك الخدمة**"[3].

انطلاقا من هاته التعاريف نصل إلى أن القرض وفق فقهاء القانون هو عقد بين طرفين يسمى أحدهما المقرض والآخر المقترض، حيث يلتزم الأول بمنح شيء او مبلغ مالي او ائتمان مالي للثاني على ان يلتزم هذا الأخير برد هذا الشيء او مثله عند انتهاء المدة المتفق عليها، في حين يرتكز فقهاء الاقتصاد على عنصر الثقة حيث يرون انها عنصر جوهري وانها العوض الذي يحصل عليه احد الأطراف مقابل تقديمه لشيء او مال او ائتمان مالي.

---

[1]) الشواربي محمد عبد الحميد، ادارة المخاطر الائتمانية من وجهة النظر المصرفية والقانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص 63.

[2]) جليلة مصعور، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة، 2016/2015، ص 18.

[3]) جليلة مصعور، مرجع نفسه، ص 19.

ب) مفهوم القرض عند فقهاء الشريعة الاسلامية:

عرفه الفقيه أحمد أبو الفتح أنه" **تمليك شخص لآخر عينا من المثليات التي لا ينتفع الا باستهلاكها ليرد مثلها**"[1]، وعرفه الشيخ علي الخفيف أنه " **عقد يفيد تمليك مثلى على ان يعوض بمثله**"[2].

يقال قرضه قرضا أي جازاه ويقال قرض الشعر أي قاله ونظمه، وتقول العرب لك عندي قرض حسن وقرض سيئ فالقرض ما خلفته من قرض من احسان أو من اساءة فهو اسم لما يلتمس عنه الجزاء[3]، ومنه قوله تعالى " **من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا**"[4]فالقرض وفق تفسير هاته الآية هو كل ما يعطيه الانسان ليجازى عليه، فسمى الله تعالى عمل المؤمنين له رجاء ما اعد لهم من الثواب قرضا، لانهم يعملونه لطلب ثوابه، ويقصد به القطع لأنه يقطع من حق الانسان او ماله شيئا ليرجع اليه مثله في أجل ما[5].

ج) التعريف التشريعي للقرض:

لقد عرفته المادة 538 من القانون المدني[6]بأنه " **عقد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء آخر على ان يرد اليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته**"[7].

---

[1]) أبو الفتح أحمد، المعاملات في لشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، مطبعة النهضة، مصر، الطبعة الثانية، سنة 1992، ص 503.

[2]) الخفيف علي، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة أنصار السنة المحمدية، مصر، الطبعة الثالثة، سنة 1947، ص 460.

[3]) البنا محمد علي محمد احمد، مرجع سابق، ص 117.

[4]) القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 245.

[5]) http://www.alukah.net, consulté le 10/07/2021 a 16 :00.

[6]) الامر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[7]) تطابقها المادة 684 من القانون المدني العراقي، والمادة 754 و755 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 506 من التقنين المدني السوري، أما القانون المدني المصري الجديد فتميز بانه جعل القرض عقدا رضائيا يتم بمجرد أن يتم الايجاب والقبول بعد ان كان عينيا لا ينعقد الا بالتسليم، كما جعل القرض عقدا ملزم لجانبين بعدما كان ملزم لجانب

أما قانون النقد والقرض فقد عرفه بانه [1]" **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.**

تعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء، لاسيما عمليات القرض الإيجاري، وتمارس صلاحيات المجلس إزاء العمليات المنصوص عليها في هذه المادة"، وهو نفسه التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي في قانون النقد والقرض[2].

غير أن هذا التعريف يطرح عدة اشكالات وتناقضات منها:

* "عبارة كل عمل لقاء عوض" فعبارة "عمل" عبارة يمكن تأويلها لتشمل أي نشاط مهني أو فكري يقوم المقرض بموجبه بوضع أموال تحت تصرف المقترض وهذا ما يتنافى وعقد القرض البنكي الذي يكون محله مبلغ من النقود يلتزم المقترض برد مثيلتها اضافة الى الفوائد عند نهاية المدة المتفق عليها، خاصة وأن المشرع أصر على أن القرض المعني بالتعريف هو القرض البنكي من خلال عبارة " في مفهوم هذا الأمر".

* عبارة " يضع بموجبه شخص ما" توحي بأنه لأي شخص طبيعي كان أو معنوي أن يمنح قروضا وفق قانون النقد والقرض، وذلك ما يستخلص من عبارة " **يشكل عملية قرض في مفهوم**

واحد، كما تميز التشريع الجديد بالنص على محل القرض فجعله مبلغا من النقود أو أي شيئ آخر لم يقيده بكونه مما يهلك بالاستعمال ام لا، كما نقل احكام الفوائد الى الاحكام العامة في نظرية الالتزام، البنا محمد علي محمد احمد، مرجع سابق، ص 123.

[1]) المادة 68 من الأمر 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[2]) Art L.313-1du C.M.F, « constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou de permet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie, sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail et de manière générale, toute opération de la location assortie d'une option d'achat ».

هذا الأمر " الواردة في بداية المادة، وذلك ما يتعارض مع مبدأ " منع الفائدة في القروض بين الخواص[1].

لذلك من الأحسن لو جاءت صياغة المادة 68 من قانون النقد والقرض كما يلي: " **يشكل عملية قرض وفق هذا الأمر كل عقد يضع بموجبه بنك أو مؤسسة مالية أو أي شخص آخر يرخص له القانون بذلك مبلغ من النقود تحت تصرف شخص آخر يدعى المقترض، يلتزم هذا الأخير برد مبلغ القرض إضافة الى مبلغ فائدة متفق عليه وفي مدة معلومة، أو يأخذ البنك لصالح المقترض التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي، أو الكفالة، أو الضمان**".

تجدر الاشارة الى أن التعريف الذي جاءت به المادة 32 من القانون رقم 12/86 الملغى كان صريحا بشأن تضييقه لنطاق القرض من حيث الجهة المانحة له لتشمل فقط البنوك والمؤسسات المالية حيث تنص على" **كل عمل تقوم به مؤسسة مؤهلة لهذا الغرض تضع مؤقتا وبمقابل أموالا تحت تصرف شخص معنوي أو طبيعي أو تعد بذلك أو تتعاقد بالتزام موقع لحساب هذا الأخير**"[2].

أما المرسوم التنفيذي رقم 114/15فعرف عقد القرض انه " **عقد يقبل بموجبه بائع أو مقرض أو يلتزم بالقبول تجاه مستهلك بقرض في شكل أجل دفع سلفة أو أي دفع بالتقسيط مماثل**"[3].

ويمكن جمع أهم الفروقات بين تعريف القرض الوارد في قانون النقد والقرض والتعريف الوارد بهذه المادة في ان هاته الأخيرة اوردت تفصيلا أكثر دقة بشأن طرفي العقد فأقرت ان أحد الأطراف قد يكون مقرضا او بائعا والطرف الثاني اي المقترض يكون مستهلكا، عكس الاولى التي اكتفت بذكر

---

[1]) المادة 454 من الأمر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك".

[2]) قانون رقم 12/86، مؤرخ في 19 أوت 1986، متعلق بنظام البنوك والقرض، ج ر عدد 34، مؤرخة في 20 أوث 1986، ملغى.

[3]) المادة 02 فقرة 02 منه المرسوم التنفيذي رقم 114/15، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مرجع سابق.

عبارة "شخص ما"، كما اعتبرت هاته المادة اي دفع بالتقسيط يعتبر قرضا، أي كل منح لأجل من اجل التسديد، في حين ذكرت المادة الاولى ركنين مهمين في عقد القرض وهما انه ينصب على مبلغ من النقود وعنصر الفائدة.

2) تعريف عقود القرض البنكية الموجهة للمستهلكين :

يبدو للوهلة الاولى أن تعريف القرض الموجه للمستهلك وتحديد نطاقه متاح بمجرد تعريف المقصود بكل من عبارة " قرض" وعبارة " مستهلك"، غير أن ذلك لن يتحقق متى عرفنا أن القرض الاستهلاكي هو نظام قانوني مستقل يتشكل من رؤية المشرع حول موضوع حماية المستهلك وسياسته حول تشجيع عملية منح القروض وتشجيع آلة الانتاج الوطني، وموافاة لذلك نتطرق أولا للتعريف الفقهي لعقود القرض الموجهة للمستهلك (أ) ونتطرق ثانيا للتعريف القانوني لها(ب).

أ) التعريف الفقهي لعقود القرض الموجهة للمستهلك:

عرفه الفقيه الفرنسي " بوتييه" بانه "**عقد يمنح بموجبه أحد المتعاقدين ونقل ملكية مبلغ من المال أو كمية من اشياء أخرى التي تستهلك عن طريق الاستعمال، للمتعاقد الآخر الذي يلزم نفسه بردها**"[1].

وبالتالي يقوم القرض الاستهلاكي حسب الفقيه الفرنسي« potier » على ثلاثة أركان، يتمثل الاول في وجوب انتقال الملكية من المقرض الى المقترض وذلك نتيجة للعنصر الثاني المتمثل في ان يكون الشيء المقرض من الأشياء المثلية أي الاشياء المحددة بالنوع وليس بالذات ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء والمتمثلة في النقود والأشياء التي تستهلك عن طريق الاستعمال،

1) « Le contrat de prêt de consommation est celui qu'on appelle mutuum. On peut le définir comme un contrat par lequel l'un des contractants donne et transfère la propriété d'une somme d'argent, ou d'une certaine quantité d'autres choses qui se consomment par l'usage, à l'autre contractant, qui s'oblige à lui en rendre autant ». Geneviève Pignarre, prêt, répertoire de droit civil, Dalloz, paris, 2016, p.49.

ويتمثل العنصر الثالث في أن يرد المقترض مثيل الشيء المقرض عند حلول الأجل المتفق عليه.

وعرفه الأستاذ محمد أحمد عبد الفضيل " **أنه عقد يتم بين البنك والمقترض في صورة منح العميل مبلغا على سبيل القرض مع الالتزام بسداده في مدة محددة دفعة واحدة أو على دفعات مقابل عائد**"[1]، ويؤخذ على هذا التعريف انه قصر عقد القرض الاستهلاكي على العقد الذي يتم بين البنك والعميل، كما قصره أيضا على مبلغ من المال في حين يمكن ان ينصب على اي شيء مثلي آخر، كما يستحسن عليه ذكر عنصر الأجل الممنوح للمقترض لرد المبلغ المقترض كونه عنصر اساسي في عقد القرض.

ب) التعريف القانوني لعقود القرض الموجهة للمستهلك:

لن تكتمل الاحاطة بمفهوم القروض الموجهة للمستهلك بمجرد التطرق للتعاريف الفقهية الواردة في الموضوع، لذلك ينبغي التطرق للتعريف التشريعي لهاته العقود والذي سنتطرق اليه في كل من التشريع الجزائري، والتشريع الفرنسي.

- **التعريف القانوني لعقود القرض الموجهة للمستهلك في القانون الجزائري:**

عرفه المشرع الجزائري في المادة 03 فقرة 20 من القانون 09/ 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش القرض الاستهلاكي أنه " **كل عملية بيع للسلع أو الخدمات يكون الدفع فيها مقسطا أو مؤجلا أو مجزءا**"، وعرفته المادة 02 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي كما يلي " **كل بيع لسلعة يكون الدفع فيه على أقساط مؤجلا أو مجزءا**".

يظهر من خلال التعريفين السابقين أن المشرع الجزائري قصر القرض الاستهلاكي فقط على طائفة القروض المخصصة (Crédit Affecté) أو القروض المرتبطة (Crédit Lie) دون باقي الصور على غرار القرض الشخصي والقرض غير المخصص والمكشوف...الخ، أي مبلغ القرض المسلم من

[1]) عبد الفضيل محمد أحمد، الأوراق التجارية وعمليات البنوك طبقا لأحكام القانون رقم 17 لسنة 1999، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص 476.

طرف البنك لا يجوز استغلاله الا لتمويل السلعة أو الخدمة المتفق عليها عند منح الاعتماد، وهذا ما يعد إنقاصا لمستوى الحماية من جهة وتقييدا للبنوك من منح قروض استهلاكية بصور قد تراها اكثر ملائمة إما لوضعية المقترض أو لوضعيتها هي، غير ان مفهوم القروض الاستهلاكية المعني في هذا المرسوم لا يشمل بالضرورة كافة القروض التي يمكن منحها للمستهلكين وإنما هي فقط طائفة رأى المشرع ضرورة إيلائها عناية خاصة، وبذلك يبقى البنك حرا في منح قروض وفق الأشكال الاخرى والتي يراها مناسبة.

كما أن المشرع يخلط بين عقد البيع وعقد القرض ويعتبرهما عملية واحدة ولم يشترط المشرع أن يكون العقدين مستقلين أو مبرمين مع شخصين مختلفين أحدهما بائع والآخر مقرض فقد يكون البائع هو المقرض نفسه، وقد يختلف المقرض عن البائع، كما يلاحظ أيضا أن القرض الاستهلاكي وفق هذا المرسوم يشمل السلع فقط دون الخدمات عكس التعريف الوارد في القانون 03/09، وقد يرجع الى النظرة السائدة حول اعتبار الخدمة ضمن الكماليات وهذا امر لا ينبغي تعميمه لوجود خدمات اساسية لاسيما النقل والسكن.

كما تنص المادة 450 القانون المدني الجزائري على ان " **قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقترض ملكية مبلغ من النقود، أو أي شيئ مثلي آخر، على ان يرد اليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والمقدار والصفة**".

غير أن ما يلاحظ على هذا التعريف وسع من نطاق القرض الاستهلاكي ليشمل كل عملية منح لمبلغ من النقود أو شيء مثلي آخر لمدة معينة بدون فوائد وذلك ما يفهم من عبارة " ... نظيره في النوع والمقدار والصفة"، فالمشرع في هاته المادة يعرف القرض الاستهلاكي بمفهوم المخالفة للقرض البنكي الذي تختص البنوك والمؤسسات المالية بمنحه دون أي تحديد آخر يتعلق بشروط منحه او بأطرافه.

فالمشرع يفترض في هذا النص أن كل قرض بين الخواص هو قرض استهلاكي، وذلك عكس مفهوم القرض الاستهلاكي في كل من قانون حماية المستهلك وقمع الغش والمرسوم التنفيذي

114/15 المتعلق بالقرض الاستهلاكي الذي لا ينفي امكانية أخد فوائد، ولم تشترط أن يكون محل القرض شيئا مثليا.

- **التعريف القانوني لعقود القرض الموجهة للمستهلك في القانون الفرنسي:**

في التشريع الفرنسي عرفت المادة 1892 من القانون المدني الفرنسي القرض الاستهلاكي على أنه " **العقد الذي يورد أحد اطرافه للطرف الآخر ملكية بعض الاشياء التي تستهلك بالاستعمال، ويقع على عاتق الطرف الآخر رد مثيلتها في النوع والكمية** "[1].

وهو تقريبا نفس التعريف الوارد في التشريع الجزائري في المادة 450 من القانون المدني الجزائري ويتمثل الاختلاف فقط في ان هذا الأخير نص على ان محل القرض الاستهلاكي قد يكون مبلغ مالية او شيء مثلي آخر في حين نص التعريف الوارد في التشريع الفرنسي فقط على اشياء تستهلك بالاستعمال، ويبقى التساؤل مطروحا حول مفهوم المشرع لهذا المصطلح وما إذا كان تندرج ضمنه المبالغ النقدية أم لا.

اما قانون الاستهلاك الفرنسي فعرفه بأنه "**كل عملية أو عقد يمنح بموجبه المقرض للمقترض اعتماد تحت شكل أجل دفع أو قرض، بما في ذلك الدفع على المكشوف أو أي تسهيل دفع آخر مماثل، باستثناء العقود المبرمة لتوريد خدمة مستمرة أو تنفيذ متتالي لخدمات أو سلع من نفس الطبيعة وفي شكل يصفي فيه المقترض التزاماته عن طريق الدفع بالتقسيط طيلة مدة العقد**"[2].

---

[1]) Art 1892 du code civil, op. cit « un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge pour cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

[2]) Art L.311-4 du C. Conso, op. cit, « opération ou contrat par lequel un préteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de autre facilité de paiement similaire, a l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou a exécution successive de service ou de biens de même nature et aux termes desquels

وبالتالي يختلف التعريف الوارد في هذا النص عن التعريف الوارد في التشريع الجزائري في أن هذا الأخير قصر القرض الاستهلاكي فقط على القرض المخصص وذلك ما يفهم من عبارة " كل بيع"، في حين أن التشريع الفرنسي وسع من نطاقه ليشمل الدفع على المكشوف وكل تسهيل للدفع او الدفع بالتقسيط بغض النظر عن موضوع التمويل، أي ليس بالضرورة ان يكون التمويل والسماح بالدفع بالتقسيط لغرض اقتناء سلعة أو خدمة فقط وانما يشمل اي صورة من صور تأجيل الدفع، وذلك ما يفهم من عبارة "**أو أي تسهيل دفع آخر مماثل** ou de autre facilité de paiement similaire ».

ثانيا: أصناف القروض البنكية الموجهة للمستهلكين

لا تعني القروض الاستهلاكية في التشريع الجزائري بالضرورة انها القروض الموجهة حصرا للمستهلك، وانما هي مجرد طائفة فقط وصنف من هاته القروض تخضع لشروط ومبادئ تحدد نطاقها، دون أن ننكر انها من اهم القروض التي يستفيد منها المقترضين، والتي يعول عليها المشرع في توفير الحماية الكافية للمستهلكين وتكريس فكرة الحق في الاستهلاك، لذلك ينبغي التطرق الى أهم صور القروض التي يمكن أن تمنح للمستهلك، من أجل تقييم مدى صلابة نظامها القانوني ومدى كفاية الحماية القانونية التي يكرسها المشرع فيها، ومن اجل توضيح ذلك سنتطرق اولا الى القروض الموجهة للمستهلكين لاقتناء منقولات (1)، ونتطرق ثانيا الى القروض الموجهة للمستهلكين لاقتناء عقارات (2).

1) القروض الموجهة للمستهلكين لاقتناء منقولات:

تتعدد تصنيفات القروض الموجهة للمستهلك تعددا ناتج عن اختلاف طريقة استعمال القرض والالتزامات الناشئة عنه وذلك ما أقره المشرع الجزائري في الفقرة الثانية المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي جاء فيها "**عقد القرض :عقد يقبل بموجبه بائع او مقرض أو يلتزم بالقبول تجاه مستهلك بقرض في**

---

l'emprunteur en règle le cout par paiement échelonnés pendant toute la durée de la fourniture »".

شكل أجل دفع سلفة أو أي دفع بالتقسيط مماثل"، حيث يفهم من عبارة "**بقرض في شكل أجل دفع سلفة أو أي دفع بالتقسيط مماثل** " فتح المشرع المجال للبنوك والمؤسسات المالية بأن تمنح قروضا لزبائنها المستهلكين وفق أي شكل تراه مناسبا[1]،وسنحاول فيما يلي التطرق لبعض صور القروض المعروفة والموجهة للمستهلك، لذلك نتطرق اولا للقرض المخصص (أ)، القرض الشخصي(ب)،القرض مع خيار الشراء (ج).

أ) القرض المخصص:

عرف المشرع الفرنسي القرض المخصص « **Crédit affecté à un achat spécifique** »على أنه "**قرض يستغل حصرا لتمويل عقد متعلق بتموين سلعة محددة، أو تقديم خدمة محددة، هذين العقدين يشكلان عملية تجارية واحدة**"[2]، وحددت المادة1-L.311 فقرة 09 نفسها الاشكال التي يُعتبر وفقها وجود معاملة تجارية واحدة وتشمل حالة تقديم البائع أو مقدم الخدمة الائتمان بنفسه، والتمويل كذلك من قبل شخص من الغير، وحالة لجوء المقرض لطلب السلعة او الخدمة من البائع من اجل اتمام عملية القرض، أو لما يحدد عقد القرض حصرا الخدمات أو السلع المعينة، وهذا من أجل حماية مصلحة المقترض من عواقب فصل العقدين وما يمكن ان يلحق به من ضرر.

ويتمثل النص الصريح للمشرع الفرنسي على اعتبار عملية القرض وعملية التموين بالسلعة أو الخدمة عملية واحدة امرا ايجابيا لأنه يشكل حماية للمقترض، فالغرض من التعاقد هو ابرام العقدين معا فلا حاجة له بعقد دون الآخر، فعمل المشرع على ايجاد رابطة بين عقد القرض وعقد بيع السلعة او تقديم الخدمة من اجل حماية المقترض، فحسب المادة L.311-34 من قانون الاستهلاك الفرنسي مادام المقترض لم يقبل عرض القرض فهو غير ملزم امام البائع، وكذلك ل

---

[1]) رغم حصره في الفقرة الأولى من ذات المادة القروض الاستهلاكية على عملية البيع لسلعة يكون الدفع فيها مقسطا أو مؤجلا او مجزءا، أي حصر القروض الاستهلاكية على فئة القروض المخصصة.

[2]) Art L.311-1 alinéa 9 du C. Conso, op. cit « le crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de service particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique ».

ايمكن للبائع أن يطلب اي دفع او يستقبل اي مبلغ تحت اي شكل كان، كما لا يمكن للبائع مباشرة تنفيذ التزاماته مادام لم يخطر من طرف المقرض بمنح القرض.

ب) القرض الشخصي:

القرض الشخصي هو قرض يطلب بموجبه المقترض القرض من البنك ويبقى حرا في استعمال مبلغ القرض وليس لاقتناء شيء او خدمة محددة بالذات مثل ما هو الحال في القروض المخصصة[1]،ويثير هذا الصنف من القروض حفيظة رجال الاقتصاد، حيث يرون أن وحدها نفقات التجهيز يمكن تمويلها عن طريق إيرادات مؤقتة والتي من أهمها القروض في حين ان نفقات الاستهلاك الدائمة يجب تمويلها بإيرادات نهائية من أجل تدعيم ضمان البنك ومن أجل الحرص على توجيه القروض الاستهلاكية للحاجات الاستهلاكية فقط، غير ان تطبيق هذه النظرية يهدد بشكل محسوس مستقبل القرض الاستهلاكي أو بعض أشكاله، لأنه يساهم في التضييق على البنك في اقتراح الخدمات التمويلية[2].

كما يمكن لتطور منح هذا النوع من القروض ان يؤدي الى ظاهرة تسمى " انسحاب الاستهلاك" أو (le glissement des consommation) أي اتجاه ارادة المستهلكين نحو نوع آخر من انماط الاستهلاك لا سيما اقتناء الخدمات والسلع ذات الاستعمال المؤقت، كما ان توسيع قائمة السلع القابلة للاقتناء عن طريق القرض بفتح المجال نحو القروض الشخصية التي يملك المقترض حق اختيار مجال استعمالها يمكن أن يؤدي الى انكماش وعاء استهلاك معين[3].

ج) القرض مع خيار الشراء:

تسمى ايضا الايجار مع الوعد بالبيع، وهي في الاصل عملية ايجار، مصحوبة بوعد بالبيع من جهة واحدة من طرف البنك او المؤسسة المالية، حيث تقوم الاخيرة بتأجير سلعة للمستهلك لمدة

---

[1]) تشمل القروض الشخصية على نوع خاص من المخاطر خاصة وان السلع المقتناة غير محصورة وغير مقيدة باي شرط، لذلك فالتنفيذ عليها من طرف البنك قد لا يكون ممكنا، كما ان البنك لا يعرف البائع وليس هو من يحدده لذلك يحتاج الى اساليب جديدة من اجل منحها.

[2]) BRUNO Moschetto, ANDRE Plagnol, op.cit. p.43.

[3]) BRUNO Moschetto, ANDRE Plagnol, IBID. p.41.

معينة وتبقى هي المالك للشيء، ويلتزم المستهلك بدفع الاقساط الدورية للإيجار ليبقى له عند انتهاء مدة الايجار حرية الاختيار بين اقتناء الشيء المؤجر او انهاء العقد، كما يتاح للمقترض الشراء المسبق للسلعة أي قبل انتهاء مدة الإيجار[1].

ويقدم القرض مع خيار الشراء اهمية خاصة للمستهلك حيث ينتفع بالسلعة الاستهلاكية مقابل بدل يدفعه يشكل في الوقت ذاته بدلا للإيجار وقسطا من الأقساط المؤجلة لبيع السلعة إذا أبدى رغبته في اقتنائها.

2) القروض الموجهة للمستهلكين لاقتناء عقارات:

نظرا للأهمية البالغة التي تحظى بها القروض العقارية باعتبارها احد الدوافع الكبرى للتنمية المستدامة وأحد أهم الاهتمامات الاجتماعية لدى المستهلكين، لذلك حاول المشرع الجزائري وضع منظومة محكمة للتمويل العقاري، وذلك باستحداثه عدة آليات لمنح هذه القروض للمستهلكين وتقديم تحفيزات مهمة للبنوك من اجل تشجيعها على منحها، وسنحاول التركيز في هذا العنوان فقط على نطاق القروض العقارية ومفهومها وبوجود اهتمام تشريعي بها دون ان نتوصل الى ذكر الحماية التي يوفرها المشرع لها لنترك المجال لذلك في الباب الثاني من هذه الدراسة، فنتطرق أولا الى التردد الفقهي حول انتماء العقار لدائرة المواد الاستهلاكية (أ)، ونتطرق ثانيا الى التعريف بالقروض العقارية الموجهة للمستهلكين (ب).

أ) التردد الفقهي حول انتماء العقار لدائرة القروض الاستهلاكية:

بدأ النقاش الفقهي حول اعتبار القروض التي تمول اكتساب ملكية عقارية، أو اي حق عيني آخر تصرفا استهلاكيا في فرنسا فقد اختلف رجال القانون في ذلك، فهم يرون ان العقار بفعل الخصائص التي يتميز بها عن المنقول تجعله غير قابل أن يكون سلعة استهلاكية، ومن تم غير قابل بان يكون محلا للقروض الاستهلاكية، غير أنه في المقابل يتميز بخصائص ومميزات تجعله جديرا بهذه الحماية لاسيما الحاجة الماسة للمستهلكين له وحاجتهم الى الحماية بفعل المخاطر

[1]) https://www.inc-conso.fr, consulté le 28/03/2022 a 15 :00.

المحيطة به، ومن أسباب اقصاء العقار من دائرة المواد الاستهلاكية، اسباب يتعلق بالخصائص الذاتية للعقار واخرى تتعلق بخصوصية العلاقة الناشئة عن التعامل في العقار.

فمن الاسباب المتعلقة بالخصائص الذاتية للعقار نذكر:

ـ السلعة الاستهلاكية سلعة تستهلك بالاستعمال، وهي خاصية لا تتوفر في العقار،

ـ عدم قابلية العقار لتعويض بعضه، فالأشياء الاستهلاكية هي اشياء مماثلة قابلة للتبادل والتلف، غير أنهلا يمكن اعتبار العقار كذلك،

ـ العقار ليس من السلع التبادلية، اي السلع التي تعوض بعضها في المنفعة والاستعمال،

ـالعقار سلعة غير استهلاكية وانما مال استثماري على خلاف السكن الذي يعتبر حاجة استهلاكية،

ـ العقار سلعة غير قابلة للتلف.[1]

واما عن الأسباب المتعلقة بخصوصية التعامل في العقار فهم يرون أن مقتني العقار يضع ممتلكاته ومدخراته المالية تحسبا لاحتياجات مستقبلية وهو ما يجعله أقرب الى فكرة الاستثمار منه الى فكرة الاستهلاك.

ومن جهتنا لا نؤيد هذا الاتجاه وذلك لاعتبار المقترض لأغراض عقارية بحاجة الى حماية أكبر من مستهلك الأموال المنقولة وذلك لعدة اعتبارات تتعلق لاسيما بغياب الطابع المهني للقرض، وبضخامة مبلغ القرض، طول مدته، تعقد اجراءات القرض العقاري مقارنة بالقروض الأخرى...الخ، وهي الاعتبارات التي ينبغي ضرورة تغليبها على الاعتبارات المتعلقة بعدم قابلية العقار للإهتلاك بالاستعمال الاول أو الطابع الاستثماري للعقار، أو عدم امكانية تعويض العقار بعضه لبعض.

كما ان معيار البحث عن خضوع أي قرض للحماية من عدمه يجب أن يكون ضمن المعايير الشخصية للحماية ضمن قواعد قانون الاستهلاك وليس ضمن المعايير الموضوعية، وبعبارة اخرى

[1]) Sabine Bourrel, Le consommateur d'immeuble, Thèse de doctorat en droit, Université de reins champagne- ardenne, 2015, P.63.

يجب ان يتعلق هذا المعيار أساسا بالاستعمال النهائي، وعدم استعمال العقار لأغراض مهنية، وعدم امتلاك المقترض للخبرة الكافية، وليس على معايير موضوعية كعدم اهتلاك العقار بالاستعمال الاول وكونه مال استثماري، وبالتالي يجب التأكد من نية المقترض للمنتوج أو الخدمة وما إذا كانت تتجه الى اقتناء المنتوج للاستهلاك الشخصي النهائي أو بقصد تحقيق الربح عن طريق اعادة بيعه أو تصنيعه.

ب) تعريف القروض العقارية الموجهة للمستهلكين:

يعرف عقد التمويل العقاري انه " **عقد قرض ملزم لجانبين حيث يبرم بين طرفين أحدهما هو الممول والآخر هو المقترض ـ المستهلك ـ بموجبه يلتزم الممول بتقديم ائتمان اي مبلغ من المال لتمويل إحدى الانشطة العقارية التي تدخل في نطاق تطبيق قانون التمويل العقاري في مقابل تسديد المقترض لهذا القرض وفوائده في المدة المتفق عليها** "[1].

كما عرفه الاستاد محمد القاضي انه" **نوع من انواع القروض التي تمارسها البنوك التجارية وهي تستخدم في تمويل شراء مباني قائمة بالفعل، أو في تمويل انشاء مباني، او إقامة مباني جديدة، وقد يمتد تاريخ استحقاقها الى ثلاثين سنة، يسدد خلالها القرض على أقساط، او يسدد دفعة واحدة عندما يحل اجله، وعادة ما تكون هذه القروض مضمونه بالعقار الذي تم شراؤه، أو إقامته، ونظرا لضخامة حجم هذه القروض وطول الفترة التي يستحق بعدها القرض فإنها عادة ما تكون من نصيب البنوك الكبيرة**"[2].

وبالتالي فالقرض العقاري هو نوع من انواع القروض التي تمنحها البنوك التجارية وهي تستخدم في تمويل شراء مباني قائمة بالفعل، أو في تمويل انشاء مباني، او إقامة مباني جديدة، أو ترميمها وقد يمتد تاريخ استحقاقها الى فترات طويلة، يسدد خلالها القرض على أقساط، او يسدد دفعة واحدة

[1]) يوسفي محمد، القرض العقاري كآلية لتمويل مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع السكني في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه حقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020/2019، ص 25.

[2]) يوسفي محمد، مرجع سابق، ص 26.

عندما يحل اجله، وعادة ما تكون هذه القروض مضمونه بالعقار الذي تم شراؤه، أو إقامته، وهي من اهم القروض التي يستفيد منها المستهلكين.

المبحث الثاني: الإطار الموضوعي لحماية المستهلك في عقد القرض البنكي

يساهم توضيح الاطار المفاهيمي او الاطار الشكلي للحماية الواجب توفيرها للمستهلك في تحديد مجال هاته الحماية ومشتملاتها، غير ان تحديد فحوى هذه الحماية لا يتسنى الا بالتطرق للإطار الموضوعي لحماية المستهلك في عقود القروض البنكية، حيث يتطلب طابع العمليات البنكية بصفة عامة وعمليات القرض بصفة خاصة إيجاد قواعد موضوعية خاصة لحماية المستهلك المقترض سواء في مرحلة تبادل التراضي أو في مرحلة تنفيذ العقد، ضرورة هاته الحماية تنبع من خصوصية القروض الموجهة للمستهلك وتصنيفاتها بالدرجة الاولى، أما أهميتها فتتبع من نطاق هاته الحماية، الذي بدوره يتحدد من مشتملات هاته الحماية والأسس التي تقوم عليها والاعتبارات التشريعية والفقهية الواجب احترامها من أجل ضمان حماية فعالة، لذلك سنتولى في هذا المبحث التطرق أولا الى خصوصية القروض الموجهة للمستهلك (المطلب الاول)، ونتطرق في الثاني الى نطاق الحماية في القروض البنكية الموجهة للمستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الاول: خصوصية القروض الموجهة للمستهلك

تستمد القروض الموجهة للمستهلك خصوصيتها بالدرجة الاولى من فئة الاشخاص الموجهة لفائدتهم هاته القروض وهم المستهلكين، وما تختص به هاته الطائفة من خصائص تتعلق لاسيما بوضعيتهم المالية وحالة الضعف التي يتميزون به فيما يخص الخبرة والتخصص، كما تستمد خصوصيتها بالدرجة الثانية من طبيعة القروض البنكية الموجهة للمستهلكين وما تحمله في طياتها من خبايا وتعقيدات يفرضها تعدد تصنيفاتها وأنواعها، ولتوضيح أكثر نتطرق اولا لخصوصية القروض الموجهة للمستهلك من حيث أشخاصها(الفرع الاول) ونتطرق ثانيا الى هاته الخصوصية من حيث موضوعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصوصية القروض الموجهة للمستهلك من حيث أشخاصها

لا نعني بالخصوصية هنا مجموع المميزات والصفات التي تنفرد بها القروض الموجهة للمستهلك والتي تميزها عن باقي القروض الاخرى فقط، وإنما نقصد بها تلك الخصوصية التي جعلت من القروض الموجهة للمستهلك قروضا ينبغي ان تحظى بمعاملة خاصة وتنفرد بقواعد حمائية استثنائية وتستدعي تدخل جهات معينة لتوفير هاته الحماية، وهي الخصوصية التي قد يكون سببها إما طبيعة الأشخاص الموجهة اليهم أو طبيعة هاته القروض، وهذا ما سنحاول دراسته من خلال التطرق أولا الى خصوصية مديونية المستهلكين(اولا)، الطابع الاجتماعي للقروض الموجهة للمستهلك (ثانيا)، انجاح القروض الموجهة للمستهلك مسؤولية مشتركة بين المقرض والمستهلك (ثالثا).

أولا) خصوصية مديونية المستهلكين

تنفرد مديونية الخواص بمجموعة من المميزات تتحدد لاسيما من خلال طريقة التخلص منها، حيث يعول المستهلك في سداد قرضه على مداخيل مستقبلية قد لا تتحقق وقد لا تكون لها أي علاقة بالسلعة التي اكتتب القرض من اجل اقتنائها لأنها اصلا سلعة فانية، فالمستهلك المقترض عليه لتسديد قرضه تنظيم نفقاته ومداخيله من اجل تفادي الوقوع في عجز السداد لذلك ينبغي أن تكون الالتزامات الناشئة عن القرض الاستهلاكي مدروسة بطريقة استشرافية محكمة تضمن عدم التأثير على الوضعية المالية للمقترض من جهة، وضمان تنفيذ التزاماته من جهة اخرى والا اصبح منح القروض الاستهلاكية كالدوران في فقاعة مغلقة فيمنح القرض لسد حاجة استهلاكية وتؤدي اعباؤه الى حرمان المستهلك من سد حاجات استهلاكية اخرى.

على عكس القروض المهنية التي تعد قروضا تشغيلية أي يتم توظيف القرض من أجل تطوير الوضعية المالية للمقترض، ومنه فأعباء القرض تسدد من مداخيله، فالمقترض حصل على القرض من أجل تطوير مهنته أو تجارته، أي من أجل تطوير وتوسيع ارباحه، بالإضافة الى ان السلعة التي منح القرض من أجل اقتنائها تبقى موجودة ويمكن للبنك التنفيذ عليها في حالة عجز المقترض عن التسديد، ومن تم فدراسة جدوى القرض يجب أن تنصب على إنتاجيته في القطاع

المعني، عكس ما هو عليه الحال في القروض الاستهلاكية التي يجب ان تنصب دراسة الجدوى منها على الوضعية المالية للمقترض من مداخيل ونفقات بالدرجة الاولى، دون الاهتمام بإنتاجية القرض لأنه اصلا موجه للاستهلاك وليس للإنتاج.

ثانيا) الطابع الاجتماعي للقروض الموجهة للمستهلك

للبنك دور جديد في القرض الاستهلاكي يختلف عنه في القروض للشركات أو القروض الاستثمارية، ففي الاولى يكون دوره أقرب الى دور المستشار والوسيط والوصي على المقترض، اما في الثانية أي القروض الاستثمارية التي يكون فيها الند للند مع المقترض فكلاهما تاجر وكلاهما مستثمر يسعى الى تطوير استثماراته وتجارته.

فالقول بان القروض الموجهة للمستهلك بالدرجة الاولى ضرورة اقتصادية كون الاستهلاك هو المحفز الاول للاقتصاد لا يمنع من القول ان القروض الاستهلاكية ضرورة اجتماعية، أي أن الاحكام التي تنظمها لا تراعي فقط التوازن الاقتصادي للعقد ولا انتاجية العقد، وانما تراعي أيضا ضرورة القروض الاستهلاكية كحاجة اجتماعية، ومن تم فالأحكام التي تنظمها يجب ان تعنى بالدرجة الاولى بتسهيل الحصول على القرض، وتوافقه مع الوضعية الاجتماعية للمقترض، وتبسيط إجراءات التسديد، وإجراءات حل النزاعات الناتجة عن عدم القدرة على التسديد ...الخ.

حيث يعتبر قانون المنافسة مكملا لقانون الاستهلاك وذلك بدليل المادة 01 من قانون المنافسة التي جاء فيها "**يهدف هذا الأمر الى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسة مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية، وتحسين ظروف معيشة المستهلكين**"[1]، حيث اشار قانون المنافسة الذي تخضع له البنوك أيضا باعتبارها متعامل اقتصادي الى الطابع الاجتماعي لحماية المستهلك بصفة عامة ومن تم يمكن الاعتماد على هذه المادة من اجل إضفاء الطابع الاجتماعي على عقود القرض الموجهة للمستهلكين، كون المادة استعملت عبارة "تحسين ظروف معيشة المستهلكين" وهي عبارة ذات بعد اجتماعي أكثر منه اقتصادي.

[1]) المادة 01 من الامر رقم 03/03، المتضمن قانون المنافسة، مرجع سابق.

ثالثا: انجاح القروض الموجهة للمستهلك مسؤولية مشتركة بين المقرض والمستهلك

ان انجاح عملية منح القروض للخواص تتطلب عدة متدخلين، وبعبارة أخرى لا يمكن التعويل على متدخل واحد من اجل ضمان سلامة القروض الموجهة للمستهلك وضمان توفير الحماية المستهلكين والامن للبنوك المقرضة، فالمستهلك المقترض له دور عن طريق وجوب تقديم معلومات صحيحة حول وضعيته المالية بصفة تسمح للبنك بتقدير امكانية منح القرض من عدمه أو تحديد مقداره أو تقدير الضمانات الكافية، وكذا الحرص بعد منح القرض على الحفاظ على وضعيته المالية بشكل يتماشى والالتزامات التي تحملها بموجب هذا القرض، كما على البنك أن يقوم بإخلاص بدراسة جدوى منح القرض ومدى احتمالية وقوع صعوبات مالية في تعويض القرض، اضافة الى تدخل هيئات اخرى على غرار هيئات الرقابة، وفي هذا الصدد تقول الاستاذة « Hèlèn Ducourant » " لا يوجد قرض سيئ في حذ ذاته، القرض السيئ هو القرض غير المتوافق مع الاعباء التي من المفترض ان يواجهها"[(1)].

الفرع الثاني: خصوصية القروض البنكية الموجهة للمستهلك من حيث موضوعها

إن دراسة خصوصية القروض البنكية الموجهة للمستهلك من حيث موضوعها ينبغي أن تنصب على الاهمية التي جعلت من هذا الصنف من القروض يشغل انتباه كل من الفقه والتشريع وكذا القضاء، وجعلت كل منهم يتدخل من جهته في محاولة لإرساء اسس فعالة وناجعة لإبرام هاته القروض، ومن تم توفير الحماية الكافية للمستهلكين المقترضين، فبعد ان تطرقنا في الفرع الاول أعلاه لخصوصيتها من حيث اشخاصها، سنتولى تبيان خصوصيتها من خلال موضوعها اي المحل الذي تنصب عليه، لذلك سنتطرق اولا الى خصوصية القروض البنكية الموجهة لاقتناء منقولات (أولا)، ثم نتطرق الى خصوصية القروض البنكية العقارية (ثانيا).

---

[1]) Hèlèn Ducourant, *"Crédit à la consommation et endettement des individus des idées reçues et des outils pour les combattre"*, revue française de socio économie, cairn info , N° 9, 2012, https://www.cairn.info. p.14 « il n'y a pas de mauvais crédit en soi le mauvais crédit c'est le crédit inadapté à la dépense à laquelle il est censé faire face ».

أولا: خصوصية القروض البنكية الموجهة لاقتناء منقولات

لما كانت القروض المهنية هي العجلة المحركة للاقتصاد كونها الأداة التي يتم وفقها استغلال الفوائض المالية، فإن القروض الموجهة للمستهلكين لا تقل هي الأخرى أهمية على المستوى الاقتصادي، فإقصاء المستهلكين من الحصول على قروض يتجاهل حقيقة كونهم وراء شراء السلع الحقيقية، أي يتجاهل حقيقة أنهم المحرك الحقيقي والاساسي للاقتصاد، وبالتالي حرمانهم من قروض يعني تقليص قدرتهم الشرائية، ما قد يؤدي الى اختلال الدورة الاقتصادية ومنه امكانية تعثر المنتجين أمام مستحقات البنوك، لأن القروض الانتاجية من القروض التي تسدد نفسها أي أنها قروض موجهة من أجل توفير السلع الحقيقية، وبكساد هاته الأخيرة فان القروض لا تسدد[1].

إن ارتباط القرض الاستهلاكي بسد الحاجة الاستهلاكية وما تشكله هذه الحاجة من اهمية لدى المشرع نظرا للحماية التي يوليها للمستهلكين كونهم الفئة الضعيفة في الحلقة الاقتصادية، يصبغ عليها طابعا اجتماعيا، قد يفوق من حيث اهميته الطابع الاقتصادي، لذلك نتطرق أولا الى دراسة خصوصية القروض الموجهة للمستهلكين من الناحية الاجتماعية (1)، ونتطرق ثانيا الى دراسة خصوصية القروض البنكية الموجهة للمستهلكين من الناحية الاقتصادية (2).

1) خصوصية القروض البنكية الموجهة للمستهلك من الناحية الاجتماعية:

القروض الموجهة للمستهلكين وفق النظرية الاجتماعية هي خدمة اجتماعية كلفت بها البنوك، أي كلفت بمنح تسهيلات مالية لفئة معينة من الاشخاص نظرا لظروفهم أو لوضعيتهم من أجل سد حاجات استهلاكية، لذلك فمن البديهي أن توجد مجموعة من الشروط تضمن تحقق هذا الغرض

[1]) بوشيخي بوحوص، "نحو نظرية جديدة لتفسير اعمال البنوك، النظرية العامة الجزائرية البنكية للتنمية الشاملة"، مجلة الآفاق للدراسات الاقتصادية، العدد 05، جامعة العربي التبسي – تبسة، سنة 2019، ص 14.

انطلاقا من ضمان، أو على الاقل تسهيل حصوله على القرض، مرورا بحمايته قبل واثناء المرحلة العقدية[1].

هذا من حيث شروط العقد أما من حيث اسس ومعايير منح هاته القروض، فتقضي النظرية الاجتماعية للقروض الاستهلاكية بأن لا يعتمد فقط على الاسس الاقتصادية والمالية لاسيما وضعيته المالية وقدرته على الدفع، ولكن بالاعتماد على اسس ذات طابع اجتماعي لاسيما حاجة المستهلك الى القرض بان تكون هذه السلع ضرورية وليس من السلع الكمالية[2] أو بالتأكد من عدم قدرته على اقتناء السلعة محل القرض دون اللجوء الى البنك، حتى لا يتحول القرض الاستهلاكي الى وسيلة ادخار ومن تم يحيد عن الغرض الاصلي منه، فلو سمح للبنك بمنح قروض استهلاكية لشراء حاجات استهلاكية ثانوية أو كمالية كشراء يخوت أو سيارات فاخرة، فرغم توفر دلائل الملاءة والقدرة على التسديد، الا أن الغاية من ان يخضع هذا المقترض للأحكام الحمائية للقرض الاستهلاكي تصبح غير مجدية[3].

---

[1]) دون اهمال جانب الشروط التي تعنى بالمصالح الاقتصادية على غرار حماية المنتوج الوطني، أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي " المتعاملون الذين تكون منتجاتهم مؤهلة للقرض الاستهلاكي هم الذين:

ـ يمارسون نشاط انتاج على الاقليم الوطني."

أو محاربة الكساد أو التضخم، أو ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة...الخ.

[2]) وذلك ما يفسر وضع اغلب التشريعات لقائمة المنتجات والسلع القابلة للتمويل عن طريق القرض الاستهلاكي، انظر ملحق القرار الوزاري المؤرخ في 31 ديسمبر 2015، يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، حيث حددها في سبعة أصناف من الصناعات (صناعة السيارات والدراجات النارية، تصنيع الاجهزة المكتبية ومعالجة المعلومات، تصنيع الهواتف والالواح الالكترونية والهواتف الذكية، تصنيع الاجهزة الالكترونية، ومختلف الاجهزة الالكترومنزلية، الانتاج الصناعي لجميع الاثاث الخشبي للاستخدام المنزلي، صناعة النسيج والجلود، مواد البناء).

[3]) وتبدو نية المشرع الفرنسي في مراعاة الطابع الاجتماعي للقرض والابقاء عليه بالصفة التي يسهم فيها في تحقيق المصالح الاجتماعية التي يحددها القانون أكبر منه عند المشرع الجزائري، حيث نص صراحة على استبعاد العقار من دائرة السلع التي يمكن تمويلها عن طريق القرض الاستهلاكي، كما وضع كل من الحد الاعلى والادنى للقروض التي يمكن أن تمول عن طريق القرض الاستهلاكي فيجب أن يكون أكبر من 200 أورو وأصغر من 75000 أورو، أنظر المادة L.312-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

لذلك فالتأطير القانوني للقرض الاستهلاكي لا يجب ان يقتصر من حيث مبادئه وشروطه على الجوانب الاقتصادية فقط، بل ينبغي ان يستوحى هذا النظام من مبادئ اجتماعية واقتصادية على حد السواء، فقبل ان يعتبر القرض الاستهلاكي وسيلة لتحريك عجلة الاقتصاد وتشجيع النمو الاقتصادي هو وسيلة ضرورية لإيلاء العناية اللازمة للحاجة الاستهلاكية لدى المستهلك، على عكس القروض المهنية.

2) خصوصية القروض البنكية الموجهة للمستهلك من الناحية الاقتصادية:

القروض الموجهة للمستهلك وسيلة من وسائل التطوير الاقتصادي، فرغم ان القرض موجه لسد حاجة استهلاكية الا ان الهدف من وراء تخصيصه بأحكام حمائية ليس هو فقط ضمان توفير الحد الادنى من المواد الاستهلاكية للمقترض، وانما من اجل تشجيع الدورة الاقتصادية وحل مشاكل اقتصادية متعددة[1].

فمن مصلحة المشتري بالدرجة الاولى أن يحصل على قرض من خلال تسهيل الدفع واعطاءه هامش أكبر للتصرف في احتياطاته المالية، كما يعد في نفس الوقت بديلا جد مهم للبائع من خلال تسهيل الترويج لمبيعاته، وبعبارة اخرى يعتبر القرض وسيلة يعتمد عليها البائع من أجل تطوير نشاطه التجاري إضافة الى تجنب عوائق أخرى على غرار تجنب كساد السلع[2].

فعلى سبيل المثال يمكن لبائع الاجهزة المنزلية أن يقترح على المستهلك الذي يرغب في تأثيث مسكنه اقتناء جهازين بدل واحد وهو ما سيصر المستهلك بالدرجة الاولى لتمكنه من سد حاجيتين بدلا من واحدة، كما سيكون سببا في زيادة مبيعات البائع[3].

---

[1]) فمثلا من اجل علاج حالة الكساد الناتجة عن تفوق العرض عن الطلب يتم تشجيع الاستهلاك عن طريق تسهيل اقتناء المستهلكين لهاته السلع عن طريق القرض.

[2]) تجدر الاشارة ان الظهور الاول للقرض الاستهلاكي كان كوسيلة لخرق الاحتكار البنكي لنشاط منح القروض، من اجل جعله وسيلة فعالة لتطوير الاقتصاد، فالبنك لن يكون حريصا على ابرام عقد البيع بالقدر الذي يكون عليه البائع، وذلك لعدة أسباب اهمها ترجيح قروض اخرى على القروض الاستهلاكية نظرا لفائدتها الاقتصادية، أو المخاطر التي تحيط بها، في حين يعد القرض الاستهلاكي بالنسبة للبائع وسيلة لضمان تطور نشاطه الاصلي.

[3]) Hèlène Ducourant, op.cit. p.172.

ومنه يمكن القول أن تطوير نشاط القروض الموجهة للمستهلك ينبغي ان يكون بتوحيد الجهود المشتركة، لأنه يرتكز على بناء علاقات مصالح مشتركة بين مختلف الفاعلين الاقتصاديين (البنوك، المؤسسات المالية، التجار والمصنعين) وجعلهم شركاء في التنمية الاقتصادية، فتسهيل القرض الاستهلاكي وتشجيعه سيكون في مصلحة المستهلك بتمكينه من تلبية حاجاته الاستهلاكية، وكذا في مصلحة المصنع والتاجر بضمان تسويق منتجاتهم، وكذا البنك من خلال تطوير نشاط منح القرض لديه[1].

كما أن خصوصية القروض الموجهة للمستهلكين لاقتناء منقولات، والتي تبرر المسعى الحمائي للقروض الموجهة للمستهلكين له فوائد اخرى لاسيما أنها وسيلة للقضاء على القرض الموازي (أ)، كما أنها وسيلة لتشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (ب)، وأخيرا هي وسيلة لتشجيع الانتاج الوطني(ج).

أ) القروض الموجهة للمستهلك وسيلة للقضاء على القرض الموازي:

تقول الاستاذة «Avenza» " **بعد الحرب العالمية الثانية كان للسلطة العامة دور كبير في ظهور القروض الاستهلاكية نتيجة الرغبة في تجاوز تبعات القرض غير المنظمة والفوضوية المبرمة من طرف بعض التجار التي غالبا ما تكون مشبوهة بانها مكلفة أو مخالفة للقوانين المعمول بها**"[2].

انطلاقا من هذا القول فإن تولي السلطة العامة زمام تنظيم نشاط منح القروض الاستهلاكية ووضع القواعد التي ينبغي ان يتم وفقها وتحديد المخالفات والتجاوزات الممنوعة وتقرير عقوبات لها، بلا شك سيكون له تأثير على التقليل من القروض المشبوهة والقروض الموازية ومن تم توفير الحماية للمستهلكين.

---

1) Hèlène Ducourant, op.cit. p.173.

2) Hèlène Ducourant. IBID. p.175.

وأول قانون في فرنسا أهتم بوضع الأسس القانونية للقرض الاستهلاكي هو قانون« Malingre » سنة 1934، حيث وضع بعض الاحكام القانونية من أجل تأطير القرض الاستهلاكي[1]،ليصدر فيما بعد قانون 28 جويلية 1954 الذي حرر بشكل كبير نشاط القرض الاستهلاكي، كلف المجلس الوطني للقرض بتنظيم تقنيات عمليات القرض الاستهلاكي لاسيما اشهار جداول الدفع التي تمكن المستهلك من العلم بتكلفة القرض، وكذا المدة وحصة المستهلك والسلع الممكن تمويلها عن طريق القرض الاستهلاكي، وكذا تم تحديد ان مبلغ القرض هو نسبة 75 بالمئة من ثمن المبيع و65 بالمئة بالنسبة للسيارات المستعملة وذلك من أجل الحد من حجم التمويل ودفع المشتري من أجل بدل مجهود للادخار من اجل الدفاع ضد المديونية المفرطة[2].

وتخضع البنوك والمؤسسات المالية وكذا الشركات التجارية والتعاضديات لإلزامية الحصول على ترخيص من اجل ممارسة نشاط منح القروض الاستهلاكية، وهذا الترخيص ينبغي ايضا ان يطبق على المتاجر التي يرخص لها باستعمال القرض الاستهلاكي، كما يجب ان تخضع لمجموعة من الشروط لاسيما الحصول على الترخيص، رأسمال محدد ومنه يمكن القول ان تنظيم القرض الاستهلاكي انه مجرد تنظيم لمهنة غير مقننة كانت معروفة مسبقا وتمارس من طرف التجار لأنه وسيلة جد هامة لترويج سلعهم.

ب) القروض الموجهة للمستهلك أداة لتشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة:

لا يعد القرض الاستهلاكي وسيلة مباشرة لتشجيع تطور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لأنه قرض موجه لتلبية الحاجيات الاستهلاكية وليس المهنية، لكن يمكن ان يساهم بطريقة غير مباشرة في تطوير هاته المؤسسات من خلال تشجيع تسويق منتجات هاته المؤسسات عن طريق تسهيل

1) Loi du 29décembre 1934, relative à la règlementation de la vente a crédit des véhicules ou tracteurs automobiles, JORF N°0001, du 01 janvier 1935.

2) Hèlène Doucourant, op.cit. P.187.

حصول المستهلكين عليها، كون ذلك يدخل ضمن الاهداف التي يرمي اليها القانون 02/17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة[1].

كما منح المشرع في إطار تشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة عن طريق القرض الاستهلاكي امكانية تحيين قائمة السلع المؤهلة للقرض الاستهلاكي بناء على طلب هاته المؤسسات وذلك ما يشكل تحفيزا لها على تسويق منتجاتها، حيث تنص المادة 05 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 31 ديسمبر 2015 يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، المذكور سابقا على انه " **يتم تحيين قائمة السلع المؤهلة للقرض، عند الحاجة بناء على الطلبات التي تقدمها المؤسسات، وتصادق عليها لجنة وزارية مشتركة (المالية والصناعة والمناجم والتجارة) يتم انشاؤها لهذا الغرض**".

ج) القروض الاستهلاكي وسيلة لتشجيع الانتاج الوطني:

كان ينظر الى القروض الموجهة للمستهلك منذ نشأتها الاولى على انها وسيلة لتشجيع الاقتصاد الوطني ودفع عجلة التنمية كونها وسيلة لتشجيع الإنتاج، غير انها تعرضت بعد ذلك لانتكاسة في القرن التاسع عشر مع تطور الافكار الرأسمالية التي تمجد الاستثمار والانتاج على حساب الاستهلاك ونبد الانتاج المرتبط بالاستهلاك، اي الانتاج لغاية الاستهلاك وليس لغاية تطوير الاستثمارات، اصبح بعض الاقتصاديون يرون ان الاستهلاك مرادف للإسراف وزيادة الطلب على السلع الاستهلاكية على حساب الطلب على السلع الاستثمارية مما يؤدي الى احداث تأثيرات سلبية في سوق السلع والتجهيزات ما يؤدي الى التأثير على التطور والنمو في المستقبل[2].

---

[1]) المادة 01 من القانون رقم 02/17، مرجع سابق " يحدد هذا القانون الأهداف العامة الآتية:

ـ بعث النمو الاقتصادي.

ـ تحسين بيئة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

ـ تشجيع انشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لاسيما المبتكرة منها والحفاظ على ديمومتها.

ـ تحسين تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وقدراتها في مجال التصدير..."

[2]) فأصبح بعض الاقتصاديين على غرار (Malthus) et (Sismondi) يرون اسبقية الاستثمار على الاستهلاك، فحسبهم العرض يصنع الطلب وليس العكس ومن تم يجب ايلاء العناية للإنتاج لتتاح الفرصة للاستهلاك آليا، في حين ان السعي

ويسعى المشرع الجزائري من وراء تقرير احكام القرض الموجهة للمستهلكين الى تشجيع الانتاج الوطني من خلال تسهيل تسويقه، وما يؤكد ذلك اشتراط أن تكون السلع محل التمويل بالقرض الاستهلاكي منتجة أو مركبة في الجزائر، حيث تنص المادة 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 31 ديسمبر 2015 الذي يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي المذكور سابقا على انه" **يشترط في منح القرض الاستهلاكي، تقديم فاتورة باسم المستفيد، مرفقة بشهادة تمنحها المؤسسة الممارسة لنشاط الانتاج فوق التراب الوطني، لتثبت أن السلعة التي هي موضوع طلب القرض، تنتج أو تركب في الجزائر**"، وكذا المادة 01 من ذات القرار التي نصت على " **تعد مؤهلة للاستفادة من القرض الاستهلاكي المنتجات التي تصنعها المؤسسات الممارسة لنشاط الانتاج فوق التراب الوطني، التي تقوم بإنتاج وتركيب السلع الموجهة للخواص في الجزائر**".

غير انه يلاحظ باستقراء المادتين أنه لا تظهر مصلحة المستهلك في عقد القرض كأنها المصلحة الاجدر بالحماية، فتظهر أن المشرع يولي مصلحة المنتجين المحليين أو السلع الوطنية عناية أكبر، وبعبارة أخرى فمصلحة المستهلك لو تم النظر اليها بمعزل عن باقي المصالح فقد لا تكون بالضرورة في اقتناء المنتوج الوطني، كما أن المؤسسة المنتجة لها الخيار في الانضمام الى جهاز القرض الاستهلاكي من عدمه، ومن تم فالسلع التي يسمح للمستهلك اقتناؤه مرتبطة برغبة المؤسسة المنتجة والرغبة في تشجيع الانتاج الوطني، ومن تم يمكن القول أن مصلحة المستهلك غير محمية بالطريقة الكافية.

ثانيا: خصوصية القروض العقارية الموجهة للمستهلكين

من خلال عرضنا في العنوان السابقة لخصوصية القروض الموجهة لاقتناء المنقولات وتأثيراتها الاقتصادية والاجتماعية، ارتئينا ان نعرج على ضرورة مراعاة خصوصية القروض البنكية العقارية

وراء اشباع الحاجيات الاستهلاكية يجعل الانتاج في خدمة الاستهلاك ومن تم الدوران في نفس الحلقة على حساب تطوير الانتاج وتقنياته وجودته وتكلفته.

Hubert Balaguy, le crédit à la consommation en France, presses universitaires de France, p.16 et 17, disponible sur le site https://www.eyrolles.com.

الموجهة للمستهلكين، لأنها تفرض عناية أكبر نظرا لعدة عوامل قد تجعل المقترض امام خطورة اكبر سواء من حيث طبيعة القرض في حد ذاته أو من حيث مدته أو من حيث احكامه، ومن اجل الإحاطة بذلك نتطرق اولا الى دواعي توفير الحماية للمقترض في القروض العقارية (1)، ونتطرق ثانيا الى ضرورة تقديم ضمانات إضافية للمستهلك في القروض العقارية (2).

1) دواعي توفير الحماية للمقترض في القروض العقارية:

تنطوي القروض العقارية كغيرها من القروض الاخرى على مجموعة من المخاطر، لكن ضرورة إيلاء العناية بهذه المخاطر وتوفير حماية كافية ضدها في القروض العقارية قد تبدو أكثر إلحاحا منها في باقي القروض، متى عرفنا ان فكرة المخاطر تحتل مكانة أكبر في هذا الصنف من القروض نظرا لاجتماع عدة عوامل لاسيما مدة القرض (أ)، تكلفته (ب)، نقص تخصص البنوك (ج)، بالإضافة إلى العراقيل التنظيمية (د).

أ) مدة القرض العقاري:

حيث تعتبر القروض العقارية من القروض طويلة المدى، حيث يمكن ان تصل مدتها الى 40 سنة، وهي الفترة التي قد تشهد تغيرات اقتصادية جدرية قد تؤثر في تكلفة القرض أو تجعله بدون جدوى او فعالية، كتغير سعر العملة أو تغير القدرة الشرائية، كما أن البنوك بما أنها تعتمد من اجل منح القروض على ودائع ومدخرات الجمهور وبما ان القروض العقارية قروض طويلة المدى يجب لتغطيتها توفر مدخرات طويلة المدى وذلك يشكل تحديا اضافيا أمام القرض العقاري.

كما أن مدة الاعفاء من تسديد اقساط القرض قد تشكل خطرا، فإذا كانت طويلة تجعل المقترض يتحمل اعباءها عند نهاية مدة الاعفاء، خاصة إذا كان التأجيل كليا، أي تأجيل مبلغ الاقساط والفائدة معا، وإذا كان قصيرا قد يعجل من إعسار المقترض وتوقفه عن الدفع، وعن مدة الاقساط يجب أن تكون أيضا مدروسة بدقة ومبالغها معقولة وألا يحدد بقسط ثابت وانما يحدد انطلاقا من معطيات تتعلق بمدخول المقترض ووضعيته الاقتصادية.

ب) تكلفة القرض العقاري:

تتحدد تكلفة القرض بصفة عامة وفق مجموعة من المعايير تتعلق خصوصا بمجموع المخاطر التي من المحتمل أن يتعرض لها البنك جراء منح القرض، وكذا مدة القرض اي المدة التي يستغرقها البنك في استرجاع أمواله كون النشاط الرئيسي للبنك يدور حول تجارة الاموال، فتكلفة القرض تزيد كلما زادت الفترة التي يمنح خلالها البنك أمواله، وأخيرا مبلغ القرض الذي له الدور البارز في تحديد تكلفة القرض، فكلما زاد زادت معه مخاطر فشل المقترض عن التسديد ومن تم زادت معه تكلفة القرض، وكل هاته المعايير يتجسد وجودها بوضوح في القرض العقاري وهذا ما يبرر التكلفة المرتفعة للقرض العقاري، وهذا ما يبرر أيضا ضرورة تخصيصه بحماية أكبر.

بالإضافة الى تكلفة القرض يتطلب القرض العقاري تكاليف اضافية ملحقة بالقرض الرئيسي عادة ما تكون مرتفعة لاسيما تكاليف دراسة الملف والتي تتطلب انجاز خبرة من اجل تحديد قيمة العقار المراد بناؤه أو شراؤه ومدى قيمته الاقتصادية، بالإضافة الى تكاليف حل النزاعات وتكاليف الشهر والتسجيل والتوثيق، تكاليف التأمين، الرسوم العقارية المختلفة...الخ.

ج) نقص تخصص البنوك:

حيث يتطلب منح الائتمان العقاري خبرة كبيرة في المجال العقاري تتعلق خصوصا بالتقييم التقني والمالي للعقار ودراسة التطور الاقتصادي للمناطق المحددة لإقامة العقار وملائمته لمخططات التوسع العمراني في المنطقة، لذلك فهو يختلف عن باقي القروض ويتطلب بنوكا أكثر تخصصا سواء من حيث امكانياتها المالية أو من حيث خبرتها في المجال العقاري.

فالتجربة الوحيدة في الجزائر بالنسبة للبنوك المتخصصة في التمويل العقاري هو " الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط" الذي أنشأ بموجب القانون رقم 227/64، مؤرخ في10 أوث 1964[1]، وكان عمله في البداية يقتصر على جمع المدخرات وتوزيع القروض المخصصة لعمليات البناء الخاصة بالجماعات المحلية، وفي بداية الثمانينات تطور نشاطه الى منح القروض للخواص

[1]) القانون رقم 227/64، مؤرخ في 1964/08/10، متضمن القانون الاساسي للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، ج ر عدد 26، مؤرخة في 25 أوث 1964، ملغى.

بغرض بناء سكنات فردية، وباعتباره المحتكر الوحيد تم تحميله بكافة عمليات الترقية العقارية، ما أدى إلى محدودية توسعه.

د) العراقيل التنظيمية:

يقصد بها مجموع القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية تنفيذا للنصوص التشريعية في المجال العقاري أو حتى في مجالات أخرى، والتي قد تشكل مثبطا لتطور نشاط منح القروض العقارية، ومن بين النصوص التنظيمية التي قد تشكل حاجزا امام تطور القروض، يمكن للقواعد التي تحكم التهيئة العمرانية ان تؤثر على القرض العقاري، فسياسة الدولة التي تهدف الى اعمار مناطق محددة او توسيع المناطق الحضارية تشكل دافعا ومحركا لتشجيع عملية منح القروض.

كما يمكن ايضا للأحكام التي تنظم المسح العقاري ان تساهم في تأخر سوق القرض العقاري فاغلب العقارات لا يمتلك أصحابها عقود ملكية ومن تم استحالة الحصول على قروض من اجل تهيئتها أو بناؤها او اصلاحها، وهذا ما يشكل حدا للحماية الواجب توفيرها للمستهلكين، وبصفة عامة يمكن لكثرة القواعد الآمرة في كل جوانب القرض لاسيما مدته، مبلغه، عدد الاقساط، مدة التسديد...الخ ان تقيد حرية البنك في تحديد سياسته الاقراضية، ومن تم حريته في تقديم خدمات قرض أفضل للمستهلكين.

2) ضرورة تقديم ضمانات إضافية للمستهلك في القروض العقارية:

لا ينبغي أن يقف المشرع الجزائري موقف حياد تجاه الصعوبات والمخاطر التي تحيط بمنح القروض العقارية بتعدد مصادرها سواء من حيث طبعتها، أو من حيث نقص التحفيزات والإمكانيات لدى البنوك والمؤسسات المالية، بل يجب أن يسعى لإيجاد سبل وآليات للتقليل من هاته المخاطر وتوفير قدر معتبر من الأمان للبنوك من أجل منح هاته القروض من جهة، وتوفير الضمانات الكافية لجذب اهتمام البنوك والمؤسسات المالية، ومنه توفير حماية اكبر للمستهلكين، ومن أبرز هاته الآليات نتطرق اولا الى ضرورة تنويع أصناف القروض العقارية (أ)، ونتطرق ثانيا الى ضرورة اضفاء الطابع التشاركي للقروض العقارية من خلال توحيد وتظافر جهود مختلف المتدخلين في هاته العملية (ب).

أ) تنويع أصناف القروض العقارية:

على المشرع تنويع عمليات القروض المتعلقة بالمجال العقاري من أجل تغطية حاجات المستهلكين بشكل افضل وتشجيع البنوك والمؤسسات المالية على اختيار الاصناف التي تراها مناسبة، ولقد سعى المشرع الى ايجاد صيغ واصناف متعددة للقرض العقاري رغبة منه في إشباع رغبة أكبر قدر ممكن من المقترضين بما يتلاءم واحتياجاتهم وقدراتهم المالية من جهة، وما يتلاءم وقدرة البنوك الممولة وفتح المجال امامها على اختيار الصنف الذي تراه يتماشى وسياستها الاقراضية والتي تتعدد صورها بين القروض الممولة لشراء سكن جاهز، القروض الموجهة لبناء مسكن، القروض الموجهة لتهيئة مسكن أو توسيعه، تمويل البيع بين الافراد، البيع بالإيجار(وهو السكن مع خيار الشراء حيث يكون فيه للمستفيد حق السكن مع تسديد الايجار، والحق في خيار الشراء عند نهاية مدة الايجار)، قروض لشراء مسكن بناء على التصاميم، قروض لشراء قطعة أرض، قروض لبناء مسكن خاص، قروض للكراء، القروض الادخارية (وهي قروض تتميز بتقديم اسعار تفضيلية للمدخرين حتى يتمكنوا من الاستفادة من السكن)، قروض البناء في اطار تعاونيات عقارية[1].

ب) إضفاء الطابع التشاركي والاجتماعي للقروض العقارية:

يشكل الطابع التشاركي والاجتماعي اهم ميزة قد تعد فاعلا مؤثرا في تطور سوق القرض العقاري، فتطور القرض العقاري يعاني من جهة من صعوبات تتعلق بضخامة مبلغه وطول مدته ونقص الضمانات كما سبق التطرق اليه، ويظهر من جهة كضرورة ملحة كونه خدمة اجتماعية أكثر منها اقتصادية، حيث وصل المشرع الى قناعة ان تمويل قطاع السكن لا يمكن ان يكون حكوميا أو إداريا فقط، بل ينبغي تظافر الجهود بين القطاع العام والخاص (الصندوق الوطني للسكن، المرقين، البنوك، التعاونيات).

حيث يسعى المشرع الى جعل سوق القرض العقاري سوقا متعدد الاطراف من اجل التغلب على عقباته، فالدولة من جهة تساهم في تخفيضات جبائية وجمركية وتوفير قطع الاراضي، المرقين

[1]) مكدال سعدية، التمويل البنكي لقطاع السكن في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019/2018، ص 17.

العقاريين يتحملون عبئ خفض تكلفة الانجاز نتيجة استفادتهم من مزايا مختلفة، البنوك تساهم من خلال تخفيض نسبة الفائدة ورفع مدة التسديد، مختلف التعاونيات، مختلف الصناديق الاجتماعية (الصندوق الوطني للسكن، صندوق معادلة خدمات السكن)[1].

كما تعد القروض الادخارية أحد اهم القروض التشاركية بين البنك والمقترض نفسه، وهي قروض تمنح لأصحاب الحسابات المفتوحة لدى بنك معين لمدة معينة وبمبلغ محدد الحق في الحصول على قروض عقارية بنسب فوائد تفضيلية وشروط تفضيلية، وهذا ما يعد من جهة محفزا للادخار وضمانا للبنك من جهة اخرى.

المطلب الثاني: نطاق الحماية في القروض البنكية الموجهة للمستهلك:

لا ترتبط القروض البنكية التي يمكن للمستهلك أن يكون المقترض فيها بصنف محدد من القروض، كأن تكون عقارية أو منقولة، أو لغرض اقتناء سلع أو خدمات محددة كحصرها في الحاجيات الاساسية للمستهلك دون الثانوية، وانما ترتبط بنظرة المشرع الى هاته القروض، التي بدورها تتحدد بمدى اتساع نظرته الحمائية للمستهلك في مجال منح القروض، والتي تتغير بتغير مفهومه للمستهلك البنكي الذي تجدر حمايته عن طريق احكام اكثر ملائمة بالنظر إما الى وضعيته ومركزه التعاقدي أو بالنظر الى وجوب تحقيق غايات أخرى قد تكون اقتصادية أو اجتماعية كون المستهلك هو الحلقة الاخيرة في الدورة الاقتصادية وان تطورها مرتبط بتطور القدرة الاستهلاكية، وهو ما تجسد في خصوصية القروض الموجهة للمستهلك والتي تطرقنا اليها في المطلب الاول من هاته الدراسة.

غير ان التأكد من مدى مراعاة المشرع لهاته الخصوصية وتكريسه لأحكام ومبادئ تتلاءم معها من أجل توفير حماية فعالة للمستهلك المقترض من عدمه، لا يتحقق الا بالتطرق الى نطاق

[1]) بوحفص جلاب نعناعة، "**القروض العقارية وأثرها في تفعيل الترقية العقارية بالجزائر**" ، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضاري وأثرها على التنمية في الجزائر، منعقد يومي 17 و18 فيفري 2013، من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 134.

الحماية في القروض البنكية الموجهة للمستهلك، والتي سنتولى دراستها في كل من القروض البنكية التقليدية (الفرع الاول)، والقروض المبرمة وفق الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الاول: القروض البنكية التقليدية

لن تكتمل الإحاطة الشاملة بعقود القرض الموجهة للمستهلك وتقدير الحماية المقررة لها بمجرد تعريفه وذكر اهميته، وانما ينبغي تعداد خصائصه، أي العناصر التي تميزه وتحدد ذاتيته بشكل مستقل يزيل أي لبس مع أي عقد آخر، فالتطور الرأسمالي والتسهيل التشريعي ساهما في ظهور عديد العقود سواء المسماة أو غير المسماة بما يخدم مصلحة كل من المستهلكين او المهنيين.

ويزداد الأمر تعقيد داخل المجال البنكي اين تسعى البنوك الى تنويع خدماتها المالية بما يلائم وضعيتها المالية وحاجة زبائنها، اين ظهرت مؤخرا اصناف عديدة من القروض تختلف من حيث شروطها ومن حيث غايتها ومن حيث المعنيين بها، ومن أجل استكمال هاته الدراسة نتطرق أولا الخصائص القروض الموجهة للمستهلك (أولا)، ونتطرق ثانيا الى تمييز القروض الموجهة للمستهلك عما يشابهه من عقود (ثانيا).

أولا) خصائص القروض البنكية الموجهة للمستهلكين

ينفرد عقد القرض البنكي الموجه للمستهلك بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود والتي نذكر منها:

*** عقد ناقل للملكية:** وقد نصت على ذلك المادة 1893 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " المقترض يصبح المالك للشيء المقرض وهو من يتحمل تبعة هلاكها"[1] وهذا امر منطقي

[1]) Art 1893 du code civil. op. cit « par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêté ; et c'est pour lui quelle périt, de quelque manière que cette perte arrive ».

فحتى تتمكن من الاستفادة من الشيء المقرض يجب تملكه[1]،وبهذا يمكن للمقترض أن يفعل ما يشاء بالشيء المقترض، دون تقديم حساب للمقرض كما عليه ان يتحمل تبعة هلاك الشيء المقرض لأنه الوحيد الذي يملك وسائل حمايته[2].

وهو الأمر نفسه الوارد في التشريع الجزائري وذلك في المادة 450 من القانون المدني التي جاء فيها " **قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض ان ينقل الى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على ان يرد اليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة**".

*** <u>عقد ينصب على شيء مستهلك وتبادلي:</u>** يظهر الطابع الاستهلاكي للشيء محل عقود القرض الموجهة للمستهلكين واضحا من اسمها، واذا كان الاستخدام لا يؤدي الى الاستهلاك فالقرض هو قرض للاستخدام وليس قرض للاستهلاك، ومن تم فاستهلاك الشيء المقرض ميزة ينفرد بها القرض الاستهلاكي،أي من المستحيل تصور اعادة نفس الشيء[3].

كما يجب أن يتوفر شرط آخر حتى يعتبر القرض استهلاكيا وهو شرط "التبادلية" ويقصد به ان يقوم شيء آخر مقام الشيء المقرض عند الوفاء، فيمكننا ان نتصور قرض استهلاكي على شيء غير قابل للاستهلاك بشرط ان يوجد شرط امكانية استبدال الشيء المقرض ورد مثيله، فطابع التبادلية هو من يضفي على القرض طابع الاستهلاك، وفي نفس الوقت يمكن لشيء قابل

---

[1]) عكس عقد العارية الذي لاتنتقل فيه ملكية الشيئ المعير من المستعير الى المعير وذلك حسب المادة 538 قانون مدني جزائري التي جاء فيها "العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلاعوض لمدة معينة أو في غرض معين على ان يرده بعد الاستعمال".

[2]) Geneviève Pignarre, op.cit. p.49.

[3]) يمكن أن تكون القابلية للاستهلاك مادية، فالشيء يمكن أن يتم إهلاكه بفعل الاستهلاك، كما يمكن أن تكون أيضًا مسألة قابلية للاستهلاك القانوني فيمكن للمقترض أن يتصرف في الشيء المقرض، ويتصرف فيه كما يراه مناسبًا لحساب الآخرين، وان أبرز مثال عن السلعة المستهلكة قانونيًا هي النقود الذي يعتبر كوسيلة للتبادل لا يؤدي إلا إلى للإهتلاك والزوال المادي، والذي يعد من أبرز صور محل القرض الاستهلاكي.

للاستهلاك ان يكون محل عقد العارية او عقد الاستخدام غير ان عنصر التبادلية لا يتوفر هنا، فيجب على المستعير أن يرد الشيء عينه[1]والا اصبح العقد تبادلا[2].

أما بخصوص الاسترجاع فيجب استرجاع ما يعادل الشيء المقرض،فالاسترجاع لا ينصب على الشيء المقرض، ولكن على شيء آخر يعادله، وهذا امر منطقي بالنظر للطابع الاستهلاكي لهذا القرض وكونه ينصب على محل يستهلك بالاستعمال الأول، كما سبق توضيحه، حيث ينص القانون فقط على ان تكون من نفس النوع والجودة[3]،وللأطراف حق تحديد هذا المقابل والذي يمكن أن يكون المقترض غير مالك لها، كما يمكن ان يكون المقابل أداء خدمة[4].

*** <u>القروض الموجهة للمستهلك قروض محددة من حيث مجال التطبيق:</u>** مجال تطبيقها اكثر تضييقا من باقي العقود، فهي قروض فئوية أي تقدم لفئة محددة من الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف المستهلك، عكس باقي العقود، كما ان مجالاتها محددة علي سبيل الحصر، كما يقصى من نطاقه كافة السلع غير التبادلية والتي من بينها الاشياء غير المثلية، حيث تنص المادة450 من القانون المدني على ان « **قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض ان ينقل الى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر.....**" تقابلها المادة 1894 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على " **لا يمكن ان تمنح في اطار القرض الاستهلاكي**

---

[1]) حيث تنص المادة 545 من الأمر 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق على انه " متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيئ الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها وذلك دون اخلال بمسؤوليته عن الهلاك أو التلف".

[2]) Geneviève Pignarre, op.cit.p.50.

[3]) حيث نصت المادة 450 من الأمر 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق على "..... على ان يرد اليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة".

[4]) ومثاله منح قرض مصحوب بوعد بالتشغيل من طرف جمعية لمبلغ من المال لطالبة تمريض، وتلتزم الاخيرة في المقابل بالاشتغال لديها لمدة معينة عند انتهاء التكوين، يمكن أيضًا القول إنه كان قرضًا لمبلغ من المال يتم سداده عينيًا في شكل أداء عمل مجاني.

Cass. Civ. 1re, du 22 février 1956, Bull. civ. I, N° 90, cité par Geneviève Pignarre, op cit, p.51.

الاشياء التي تختلف عن بعضها رغم انها من نفس النوع مثل الحيوانات، وبذلك يعتبر هذا قرض استعمال"[1].

ثانيا: تمييز القروض البنكية الموجهة للمستهلكين عما يشابهها من عقود

رغم ما ينفرد به عقد القرض الاستهلاكي عن باقي القروض من خصائص، غير انه توجد خصائص واحكام تقربه من عدة قروض أخرى، لذلك ارتأينا في هذا المقام إجراء مقارنة تمييزية بين هذا العقد والعقود التي من المحتمل أن تتشابه معه، فنتطرق اولا للتمييز بين القرض الموجه للمستهلك وعقد التبادل (1)، ونتطرق ثانيا الى تمييزه عن عقد الإيجار (2)، ونتطرق ثالثا الى تمييزه عن عقد الوديعة (3).

1) عقد القرض الموجه للمستهلك وعقد التبادل:

ما يفصل مبدئيا القرض الاستهلاكي عن عقد التبادل هو نوعية الشيء، فعقد التبادل لا ينصب على اشياء مماثلة في حين ان القرض الموجه للمستهلك يجب ان ينصب الارجاع على اشياء مماثلة، لكن شرط التبادلية الذي يتميز بخصوصية بفعل طبيعة بعض الاشياء تجعل المقترض لا يرد الشيء المماثل بالضبط وانما اشياء مماثلة في النوع والصفة والكمية، ويمكن عندها القول ان المقترض تملك الشيء المقرض في مقابل الالتزام برد شيء آخر، في حين يكون المقابل في عقد التبادل شيئا مختلفا تماما في نوعه وحجمه وكميته، فقد عرفته المادة 1702 من القانون المدني الفرنسي انه "العقد الذي بموجبه يمنح الطرفين على التوالي شيئا للطرف الآخر"[2]

---

[1]) Art 1894 code civil, op cit, dispose: « On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation des choses qui, quoique de même espèce, sont différentes, comme les animaux : alors c'est un prêt à usage ».

[2]) Art 1702 code civil, op. cit dispose: « L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ».

2) عقد القرض الموجه للمستهلك وعقد الايجار:

ينصب الإيجار على اشياء قيمية فمحل كل عملية يختلف عن الأخرى، وان بدل الايجار هو مقابل التمتع بالشيء المؤجر، ويجب ان يكون الرد عينيا، أي رد نفس العين التي تم تأجيرها، أما في القرض الاستهلاكي فينصب على اشياء مثلية ولا يشترط في الرد ان يكون قيميا، حيث يكون مثليا[1].

3) عقد القرض الموجه للمستهلك وعقد الوديعة:

كما يمكن ان يتشابه ايضا عقد القرض الموجه للمستهلك بعقد الوديعة النظامية أي عقد الوديعة الذي يسمح للمودع لديه باستعمال الشيء المودع مع الالتزام برد مثيله، ففي كلى العقدين يتم انتقال الملكية بين طرفي العقد، والاختلاف الوحيد يكون عند الاسترجاع، ففي عقد القرض لا يمكن للمقرض المطالبة برد الشيء المقرض الا عند انتهاء العقد، في حين يمكن للمودع طلب الرد في أي وقت.

إذا كانت الوديعة البنكية بأجر يقدمه البنك فالعقد يتحول الى قرض، أما في الحالة العكسية فإذا كان القرض مجاني فطبيعة العقد تتوقف على إرادة الاطراف من هذا العقد، فيجب النظر الى موضوع الخدمة المقدمة، فإذا كان الغرض من العملية هو السماح باستعمال الشيء من طرف الشخص الممنوح له، فالعقد يعتبر عقد قرض لان الخدمة مقدمة للمقترض، وفي الحالة العكسية أي إذا كان الغرض من الاتفاق هو الحفاظ على الشيء المقترض فالعقد يعتبر وديعة لان الخدمة تعود على المودع[2].

الفرع الثاني: القروض البنكية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية

بدأت في سنوات السبعينات نظرة انتقادية تتشكل لدى رجال القانون والاقتصاد الاسلاميين حول العمليات المنتجة للفوائد لدى البنوك التقليدية، ونشأ اول بنك اسلامي في دبي سنة 1975، أما في

---

1) Geneviève Pignarre, op.cit. p.52.

2) Geneviève Pignarre, op.cit. p.54.

سنوات الثمانينات فانتشرت البنوك الاسلامية في شتى دول العالم، ففي سنة 2008 تم احصاء أكثر من 300 بنك اسلامي في اكثر من 50 دولة[1].

ولم يكن انتشار البنوك الاسلامية في الدول العربية فقط بل تعداها لدول اخرى على غرار ماليزيا التي تعرف نظاما ماليا اسلاميا متطورا يشمل البنوك، شركات التأمين، السوق النقدي، وذلك نتيجة الطلب الشعبي المتزايد من طرف الشعوب المسلمة في هاته البلدان، وما ساعد على تطور البنوك الاسلامية قيام هذه الاخيرة بتوسيع نشاطها، وهذا ما يزيد دلالة على ان سر تطور هاته البنوك هو درجة الوعي والثقة والأمان التي تقدمها وليس مجرد استجابة لمتطلبات دينية أو لتجنب الوقوع في محظورات دينية، وهذا ما يجعلها من الآليات الجديرة بالدراسة من اجل تقدير مدى الحماية التي يمكن أن توفرها للمستهلكين، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا الى الإطار المفاهيمي للقروض البنكية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية (اولا)، ونتطرق ثانيا الى أصناف القروض البنكية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية (ثانيا).

أولا: الإطار المفاهيمي للقروض البنكية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية

يقصد بها بنوك أو فروع بنكية تتخصص بتقديم عمليات بنكية وفق مبادئ الشريعة الإسلامية المعروفة في الفقه الإسلامي، لاسيما مبدأ المشاركة ومبدأ المضاربة وليس وفق مبدأ الفوائد الثابتة وما يطرحه من اشكالات دينية، وظهرت العمليات البنكية الاسلامية أول مرة في الجزائر سنة 2018 بموجب النظام رقم 02/18[2]، لبنك الجزائر والذي أطلق عليها اسم " عمليات الصيرفة التشاركية"، ولم ينص المشرع على امكانية انشاء بنوك اسلامية وانما رخص للبنوك التقليدية بالقيام بالعمليات المصرفية عن طريق " شباك المالية التشاركية".

---

[1]) Le system bancaire islamique, guide a l'intention des petites et moyennes entreprises, centre de commerce international, Genève, 2009, disponible sur le site https://www academia.edu.

[2]) النظام رقم 02/18، مؤرخ في 04 نوفمبر 2018، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، ج ر عدد73، مؤرخة في 09 ديسمبر 2018، ملغى.

ليصدر بعده النظام رقم 02/20 الذي ألغى النظام السابق وأصبح يطلق عليها اسم " العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية"، والذي اهتم دون سابقه بتفصيل هاته العمليات وتعريفها[1]،ولتوضيح مفهوم هاته البنوك والضمانات التي تقدمها وكيفية تأسيسها نتطرق أولا الى التعريف بشبابيك الصيرفة الاسلامية (1)، ونتطرق ثانيا الى أهمية شبابيك الصيرفة الاسلامية (2).

1) التعريف بشبابيك الصيرفة الاسلامية:

عرفتها لجنة خبراء التنظيم في المصارف الاسلامية بأنها " **مؤسسة مصرفية لتجميع الاموال وتوظيفها في نطاق الشريعة الاسلامية بما يخدم بناء مجتمع التكافل الاسلامي وتحقيق عدالة التوزيع ووضع المال في المسار الاسلامي**"، كما يمكن تعريفها ايضا "**انها مؤسسة مصرفية لا تتعامل بالفائدة أخدا وعطاءا وتلتزم في نواحي نشاطها ومعاملاتها المختلفة بقواعد الشريعة الاسلامية**"[2].

أما نظام بنك الجزائر فعرف شباك الصيرفة الاسلامية أنه هيكل ضمن البنك أو المؤسسة المالية مكلف حصريا بخدمات ومنتجات الصيرفة الاسلامية ويجب أن يكون مستقلا ماليا عن الهياكل الأخرى للبنك[3]، وعرف عمليات الصيرفة الاسلامية انها كل عملية بنكية وفق الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض لا يترتب عنها تحصيل فوائد[4].

---

[1]) حيث نصت المادة 04 من النظام رقم 02/2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق " تخص العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية المنتجات الآتية:

ـ المرابحة، المشاركة، المضاربة، الإجارة، السلم، الاستصناع، حسابات الودائع، الودائع في حسابات الاستثمار".

[2]) بريش عبد القادر، خلدون زينب، الابتكار المالي في التمويل واهميته في تحقيق كفاءة وفعالية أداء البنوك الاسلامية، مجلة الاقتصاد والمالية، العدد 03، السداسي الثاني، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 2016، ص 33.

[3]) المادة 17، النظام رقم 02/20، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

[4]) المادة 02، مرجع نفسه.

كما نص على شروط فتح شبابيك الصيرفة الإسلامية فيمكن للبنوك التقليدية فتح مكاتب للصيرفة الاسلامية ولم يجعل المشرع البنوك الاسلامية صنفا خاصا من البنوك يتطلب شروط تأسيس خاصة تختلف عن تلك المعروفة في البنوك التقليدية، وذلك بتقديم طلب ترخيص لدى بنك الجزائر لتسويق منتجات الصيرفة الاسلامية، بعد ذلك يجب على البنك او المؤسسة المالية ان يحصل على شهادة المطابقة للأحكام الشرعية تسلم له من طرف الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الاسلامية[1].

أخيرا يمكن القول أن شبابيك الصيرفة الاسلامية تساهم في ابتكار منتجات تمويل شرعية آمنة ومتنوعة وبذلك تكون استجابة لفئة اكبر من المستهلكين وتفي بالغرض المطلوب، كما انها تعتبر استجابة لرغبة العملاء الذين يرفضون التعامل بالفوائد الربوية، كما انها تقوم بالعمليات البنكية الاسلامية وفق مبادئ الشريعة الاسلامية خاصة مبدأ المضاربة والمشاركة في الربح والخسارة، وتتميز صيغ التمويل الاسلامية بمرونة كبيرة وتناسبها مع مختلف طلبات التمويل، خاصة وان الأشخاص اصبحوا ينظرون الى الفوائد أنها استغلال للمقترضين وفرض البنوك لسيطرتها ونفوذها المالي.

2) اهمية شبابيك الصيرفة الاسلامية:

تؤدي شبابيك الصيرفة الاسلامية الى انتاج حقيقي للثروة بفضل مشاريعها الاستثمارية وليس مجرد وسيط في السوق النقدية يوزع الفوائض بين أصحاب العجز واصحاب الفائض، كما تعمل وفق مبدأ هامش الربحية والمشاركة في الربح والخسارة ولا يتعامل بسعر الفائدة الذي يعتبر من الربا المحرم، ويتمتع بعدة مواصفات تميزه عن البنوك التقليدية اهمها:

* من حيث الربح تعتمد البنوك التقليدية على الفارق بين الفائدة الدائنة والمدينة، في حين تعتمد شبابيك الصيرفة الاسلامية على ناتج الاستثمار الفعلي لأموال المودعين والبنك.

[1]) المادة 13 و14، النظام رقم 02/20، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

* من حيث النشاط الاساسي يتمثل الدور الرئيسي للبنوك التقليدية في تلقي الودائع ومنح القروض[1] في حين يتمثل الدور الرئيسي للبنوك الاسلامية في تمويل المشروعات والقطاعات المتخصصة (زراعية، صناعية، عقارية).

* من حيث الودائع تقبل البنوك التقليدية الودائع وتقوم باستثمارها وتتحمل وحدها الخسارة والربح وتدفع فوائد عليها عند حلول اجلها، في حين تتلقى البنوك الاسلامية الودائع وتوظفها في انشطة استثمارية وتوزع الربح الناتج عنها فقط على المودعين ان وجد.

* يمكن للبنوك الاسلامية القيام بعمليات التجارة المباشرة الشراء والبيع، في حين لا تستطيع البنوك التقليدية القيام بعمليات البيع والشراء، وفيما يخص العلاقة مع الزبائن فتتعدد صور الزبون فقد يكون مشتريا او شريكا او مستأجرا او مستصنعا، اما الزبون في البنوك التقليدية فإما يكون دائنا او مدينا فقط[2].

كما تخضع شبابيك الصيرفة الإسلامية لإجراء إضافي من أجل حصولها على الترخيص من بنك الجزائر كما تم توضيحه اعلاه، يتمثل في انشاء هيئة للرقابة الشرعية تتكون هذه الهيئة من ثلاثة اعضاء على الاقل يتم تعيينهم من الجمعية العامة، تكمن مهام هيئة الرقابة الشرعية على الخصوص في اطار مطابقة المنتوجات الشرعية في رقابة نشاطات البنك او المؤسسة المالية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية[3]، ويجب ان يكون هناك شباك للصيرفة الاسلامية مستقلا ماليا عن الهياكل الأخرى للبنك أو المؤسسة المالية وان يتم الفصل بين المحاسبة الخاصة بشباك الصيرفة

---

[1]) رغم وجود أنشطة ثانوية أخرى على غرار عمليات على الذهب والاحجار الثمينة والسوق المالية وسوق الصرف...الخ، أنظر المادة 72 من الامر رقم 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[2]) https :wwwcpas-egupt ;com, consulté le 20/03/2022 a 15 :00.

[3]) المادة 15 من النظام رقم 02/20، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

الاسلامية والهياكل الأخرى[1]،وكلها مقتضيات تدعم دور هاته البنوك في تقديم خدمات أفضل للمستهلكين وتقديم ضمانات وبدائل فعالة لهم.

ثانيا: أصناف القروض البنكية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية:

تتعدد العمليات البنكية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية تعددا يعكس مدى توسع الفقه الإسلامي في المجال الاقتصادي واهتمامه بالمعاملات المالية والتجارية بين الأفراد وهكذا تعدد يفسر بالاستجابة للحاجة الملحة والمتزايدة للأفراد على هذا الصنف من الخدمات، لما يقوم عليه من مبادئ تتوافق من جهة مع العقيدة الإسلامية وتوفر ملاذا آمنا للمتعاملين وخاصة المستهلكين منهم من خلال الخصائص التي تكرسها لاسيما خاصية الشفافية، خاصية المشاركة والتضامن بين أطراف العقد، غير ان هاته العقود لا تقدم نفس الدرجة من الحماية ونفس المميزات المرغوبة لدى المستهلكين، وسنحاول في هذا الموضع التعريف بهذه العمليات[2]وأهم مميزاتها والأهمية التي تكرسها في مجال حماية المستهلك، ومن أجل الإحاطة بنطاق هاته الحماية نتطرق أولا الى المرابحة (1)، ونتطرق ثانيا الى الإستصناع (2)، ونتطرق ثالثا الى عقد الإيجار (3).

1) عقد المرابحة:

تعد المرابحة أشهر انواع التعاملات في البنوك الاسلامية وتصنف ضمن بيوع الأمانة [3]ويعرف عقد المرابحة بأنه بيع بثمن الشراء يضاف اليه ربح معلوم لكل من البائع والمشتري، كما تضاف اليه ايضا التكاليف التي دفعها البائع (تكاليف النقل والتخزين، الشحن، التفريغ، التكاليف الادارية

---

[1]) المادة 17، مرجع نفسه.

[2]) سنحاول التطرق فقط للعمليات التي يمكن ان تقدم للمستهلكين باعتباره مجال دراستنا في هذا البحث دون العمليات الاخرى التي تقدم حصرا للمهنيين على غرار عقد المضاربة التي عرفتها المادة 07 من النظام رقم 02/20 المذكور اعلاه انها" عقد يقدم بموجبه بنك أو مؤسسة مالية المسمى مقرض للأموال، رأس المال اللازم للمقاول، الذي يقدم عمله في مشروع من اجل تحقيق أرباح"، وعقد المشاركة والذي عرفته المادة 06 من النظام رقم 02/20 المذكور اعلاه أنه " عقد بين بنك او مؤسسة مالية وواحد او عدة اطراف بهدف المشاركة في رأس مال مؤسسة أو في مشروع او في عمليات تجارية من أجل تحقيق أرباح".

[3]) البيوع تنقسم الى صنفين، بيوع مساومة لا يشترط فيها معرفة الثمن الاصلي للسعة، وبيوع امانة يشترط فيها معرفة الثمن الأصلي للسلعة، بريبش عبد القادر، خلدون زينب، مرجع سابق، ص 38.

) ويجب أن يتملك البائع السلعة قبل بيعها للمشتري، فالزبون هو من يحدد المنتوج المراد شراؤه ومواصفاته وموعده وهو من يأمر بالشراء، ويدفع الثمن اما نقدا او على اقساط يتفق عليها[1].

ويعرف ايضا انه عقد بيع يقوم البنك بمقتضاه بشراء سلعة ثم اعادة بيعها لاحقا للعميل، وبذلك فهو مبادلة سلعة بنقد عكس عقد القرض الذي يعد مبادلة مال بمال وهي عملية بيع اضافة الى التكلفة عكس البيع العادي الذي يعتبر بيع بهامش ربح يتعلق مقداره بوضع السوق وعلى البنك أن يخبر الزبون بثمن الشراء والبيع والمدة الواجب دفع المبلغ خلالها[2].

انطلاقا من هذين التعريفين يمكن استخراج خصائص المرابحة والتي يمكن جمعها فيما يلي:

- تنصب المرابحة على شيء مملوك للبائع، أو يجب ان يتملكه ثم يعيد بيعه للعميل.
- ضرورة التعريف بالثمن الذي دفعه البائع وكل التكاليف الضرورية التي دفعها البائع وكذا هامش الربح الذي يقبضه البائع.
- يجوز للمستهلك الوفاء بدين المرابحة المتمثل في ثمن المنتوج والتكاليف وهامش الربح دفعة واحدة او على اقساط.

وعلى المستوى التشريعي عرفها النظام رقم 02/20 أنها "**عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ببيع لزبون سلعة معلومة، سواء كانت منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية بتكلفة اقتنائها مع إضافة هامش ربح متفق عليه مسبقا ووفقا لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين** "[3].

لم يطلق المشرع وصف القرض على عملية المرابحة وسماها بيعا رغم امكانية الزبون الدفع على أقساط، ويدخل ضمن نطاق المرابحة كل من العقارات والمنقولات، كما يشترط المشرع أن يتملك

---

[1]) المغربي عبد الحميد عبد الفتاح، الادارة الاستراتيجية في البنوك السلامية، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب، السعودية، الطبعة الاولى، 2004، ص 153.

[2]) https://www academia.edu.op.cit.consulté le 20/02/2022 a 17 :

[3]) المادة 05 من النظام رقم 02/20، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

البنك السلعة قبل بيعها، غير انه يطرح التساؤل حول امكانية القيام بهاته العملية من طرف اشخاص آخرين خاصة وان المادة جاء فيها بصراحة ان "المرابحة عقد يقوم بموجبه البنك او المؤسسة المالية..."، وتتمثل عمولة البنك في هامش ربح يتفق عليه، كما يشترط أيضا أن تكون السلعة معلومة وقت إبرام العقد.

2) عقد الإستصناع:

عرفته المادة 10 من النظام 02/20 أنه "**عقد يتعهد بمقتضاه البنك أو المؤسسة المالية بتسليم سلعة إلى زبونه صاحب الامر، أو بشراء لدى مصنع سلعة ستصنع وفقا لخصائص محددة ومتفق عليها بين الأطراف، بسعر ثابت ووفقا لكيفيات تسديد متفق عليها مسبقا بين الطرفين**"، كما يمكن تعريف الإستصناع بأنه "**طلب من المشتري إلى البائع أن يصنع له صنعا يلتزم البائع بتقديمه مصنوعا بمواد من عنده، بأوصاف مخصوصة، وبثمن محدد، ونسمي المشتري مستصنعا، والبائع صانع، والشيء محل العقد مستصنعا فيه، والعوض يسمى ثمنا**"[1]ويمكن تلخيص شروط صحة الإستصناع أن يكون العمل والمنتوج المصنع من الصانع، وأن يكون المنتوج المصنع معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر، وليس شرطا أن يدفع الثمن عند العقد، بل يمكن تأجيله إلى ما بعد التصنيع أو حسب ما يتفق عليه الطرفان.

اما فيما يخص أشكال الإستصناع في البنوك الإسلامية فيمكن أن يأخذ شكليين، إما أن يوظف البنك أمواله باعتباره مستصنعا، أي طالبا لمنتجات مصنعة ذات مواصفات خاصة يدفع ثمنها من ماله الخاص ويتصرف فيها بيعا أو تأجيرا، أو باعتباره صانعا، حيث تقدم إليه الطلبات من العملاء لإستصناع عقارات أو معدات أو آلات أو سلع استهلاكية، وحيث أن البنك ليس في حقيقة الأمر مصنعا، فهو يقوم بدوره بالتعاقد مع المصنع الأصلي بعقد استصناع آخر يكون فيه البنك مستصنعا لتصنيع ما تم الاتفاق عليه في عقد الإستصناع الأول بين البنك والعميل.

وقد يتفق البنك أيضا مع عدد من الصناعيين لقيام كل منهم بتصنيع جزء معين من منتج خاص، والاتفاق مع صناعي آخر لتجميع هذه الأجزاء وإخراج السلعة النهائية التي تصبح ملكا للبنك

[1]) العجلوني محمد محمود، البنوك الإسلامية، دار المسيرة، الأردن، 2008، ص 285.

الإسلامي لبيعها لزبائنه، وبالتالي يمكننا القول أنه من خلال هذه العقود الإستصناعية يعمل المصرف الإسلامي على تشغيل العاطل من فوائض الطاقة الإنتاجية لعملاءه الصناعيين ويساهم بإنتاج سلعة جديدة يحتاجها ويحقق من خلال بيعها ربحا.

3) عقد الإجارة:

عرفه نظام بنك الجزائر الإيجارة بانها " **عقد ايجار يضع من خلاله البنك او المؤسسة المالية المسمى المؤجر، تحت تصرف الزبون المسمى المستأجر وعلى اساس الإيجار سلعة منقولة او غير منقولة يملكها البنك او المؤسسة المالية لفترة محددة مقابل تسديد ايجار يتم تحديده في العقد**"[1].

وبالتالي فهي عقد إيجار يبرمه البنك مع عملائه لمدة محددة ببدل ايجار محدد ولسلعة منقولة او غير منقولة، ويمكن أن يتم تضمين العقد بشرط التمليك، وفي هذه الحالة يعتبر العقد قرضا لان المقترض استفاد من تسهيل لدفع اقتناء السلعة ويسدد الأقساط في شكل بدل إيجار، ويعد هذا العقد خيارا ممتازا للمستهلكين خاصة ذوي الدخل الضعيف منهم، فيمكنهم من الحصول على السلع التي يريدونها عن طريق الإيجار وتفادي دفع الفوائد غير المبررة بالإضافة الى الشفافية في التسيير حيث يكون على علم مسبقا بكل مشتملات العقد لاسيما مدته، عدد الأقساط، بدل الإيجار.

[1]) المادة 08 من النظام رقم 02/20، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

الفصل الثاني: مضمون الحماية القانونية للمستهلك في إطار القرض البنكي

تستخلص واجبات البنك في حماية المستهلك في عقد القرض البنكي انطلاقا من المبادئ العامة لحماية العملاء في المجال البنكي والمتمثلة في المعاملة العادلة، الإفصاح والشفافية، التوعية والتثقيف المالي، حماية الخصوصية وسرية المعلومات، مبدأ التنافسية، العناية بشكاوى وتظلمات العملاء، وهي المبادئ التي يسعى المشرع الجزائري الى ترسيخها من خلال عديد النصوص القانونية والتنظيمية التي تعنى بموضوع القروض البنكية الموجهة للمستهلك في إطار السياسة الحمائية التي يكرسها للقروض الموجهة له استجابة لدورها الاقتصادي والاجتماعي.

فبعد ان تطرقنا في الفصل الاول من هذا الباب الى نطاق الحماية القانونية سواء من حيث أشخاصها او من حيث موضوعها، يجب أن نتطرق الى مضمون هاته الحماية ولفحوى الاحكام التي تكرسها ومدى مساهمتها في توفير حماية فعالة للمستهلك والنقائص التي تعتريها، والتي تتوزع خلال مرحلتين اساسيتين هما المرحلة القبلية لإبرام عقد القرض والمرحلة البعدية له، وللإحاطة الشاملة لهاته المبادئ نتطرق أولا لمضمون الحماية القبلية لإبرام عقد القرض البنكي (المبحث الأول) ونذكر ثانيا مضمون الحماية البعدية لإبرامه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحماية القبلية لإبرام عقد القرض البنكي

يقصد بالمرحلة القبلية لإبرام اي عقد المرحلة التمهيدية التي تسبق الافصاح النهائي لأطراف العقد عن ارادتهم في التعاقد بعد اتفاقهم الصريح على شروط العقد ومشتملاته، وهي المرحلة التي اولاها المشرع اهتماما خاصا عند تنظيمه لأحكام القروض البنكية الموجهة للمستهلك، حيث سعى الى وضع نظام قواعد غير مألوف في القواعد العامة يهدف الى جعل المستهلك يفكر أكثر قبل التعبير عن ارادته، من اجل منح تراضي مستنير، من اجل ذلك دعم اعلام المقترض وهيأ قبوله، كما عمد الى اشتراط استيفاء شكليات احترازية لحماية رضا المستهلك المقترض، ولتوضيح ذلك نتطرق اولا

الى تكريس المشرع لمفهوم مدعم للالتزام بالإعلام في القروض البنكية الموجهة للمستهلك (المطلب الاول)، ونتطرق ثانيا الى وجوب استيفاء الشكليات الاحترازية (المطلب الثاني).

المطلب الاول: تكريس مفهوم مدعم للالتزام بالإعلام في القروض البنكية الموجهة للمستهلك:

لا يعد الالتزام بالإعلام التزاما جديدا ولا التزاما محتكرا على المجال الاستهلاكي، بل هو منصوص عليه في القواعد العامة، والتي وإن لم تنص عليه صراحة ولم تفرد له تعريفا محددا فإنها كرسته وخصته بجانب معتبر من الحماية من خلال عديد المبادئ التي أقرتها، لاسيما مبدأ حسن النية[1]، الذي يقتضي التزام كلى طرفي العقد بالالتزام بقواعد التعامل السليم وسلك سلوك مستقيم اثناء التعاقد وعدم اخفاء اي أمر، وعدم إظهار اي نية في الإضرار بالطرف الآخر، كذلك أحكام عيوب الرضا المنظمة بالمواد من 81 الى 89 من القانون المدني، فالتدليس مثلا هو محاولة أحد الطرفين ايقاع الطرف الآخر في الغلط عن طريق تقديم معلومات مغلوطة، أو السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة ذات اعتبار كبير في العقد، ومنح الطرف المدلس عليه حق المطالبة بإبطال العقد ما هو الا حماية للحق في الإعلام.

غير ان قانون الاستهلاك والقوانين الاخرى التي تعنى بحماية المستهلك كالأنظمة البنكية التي تعنى بحماية المستهلك البنكي موضوع دراستنا لم يتوقف عند هذا الحد، بل إضافة الى ما تفرضه القواعد العامة من أحكام لحماية طرفي العقد في إطار الإعلام بمشتملات العقد، وفر حماية موضوعية للالتزام بالإعلام، طريقة الاعلام، مشتملاته، وكيفيته، ولتوضيح أكثر نتطرق أولا الى الإطار المفاهيمي للالتزام المدعم بالإعلام (الفرع الأول)، ونتطرق ثانيا الى أشكال هذا الالتزام بالإعلام (الفرع الثاني).

[1]) حيث تنص المادة 107 من الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق على انه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

الفرع الاول: الإطار المفاهيمي للالتزام المدعم بالإعلام

فرضت الضرورة الموضوعية والعملية لحماية المستهلك بغض النظر عن مجال تدخله في محاولة تكييف القواعد المتاحة في القواعد العامة مع النظرة الاستشرافية للمشرع لمستوى الحماية الواجب توفيره للمستهلك من اجل رفع الغبن عنه وتحسين مركزه التعاقدي، وأولى خطوات ذلك تتمثل في ضرورة اعلامه اي ضرورة احاطته علما بكافة الاحكام التي ينصب عليها العقد الذي سوف يقبل على ابرامه من شروط وضمانات ومخاطر والتزامات وغيرها، ولتوضيح ذلك سنتطرق اولا الى التعريف بالالتزام بالإعلام (أولا)، ونتطرق ثانيا الى طبيعة الالتزام بالإعلام (ثانيا).

أولا: التعريف بالالتزام بالإعلام

يقصد بالالتزام بالإعلام شكلا وفق ما يدل عليه لفظه انه التزام أحد الأشخاص بإخبار شخص أو عدة أشخاص آخرين بوقائع أو بمعلومات محددة، اما موضوعا فيقصد به الالتزام الواقع على احد اطراف العقد بإحاطة الطرف الآخر بمجموعة من المعلومات ذات الصلة بالعقد لاسيما موضوعه نطاقه وأية معلومة اخرى مهمة قد تدخل في الاعتبار عند تقرير التعاقد، غير ان هذا التعريف قاصرا على توضيح التطور التاريخي، وكذا تمييز هذا الالتزام عن غيره من المفاهيم المشابهة، ومن اجل تحديد الاطار المفاهيمي للالتزام بالإعلام بصفة اوضح نتطرق اولا الى تعريف الالتزام بالإعلام (1)، ونتطرق ثانيا الى التطور التاريخي للالتزام بالإعلام (2)، ونتطرق ثالثا الى تمييز الالتزام بالإعلام عما يشابهه من التزامات (3).

1) تعريف الالتزام بالإعلام:

يعرف الدكتور حسام كمال الدين الأهواني المرحلة السابقة على التعاقد" **بأنها تبادل الاقتراحات والمساومات، المكاتبات، التقارير، والدراسات الفنية، الاستشارات القانونية التي يتبادلها اطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة، وهي افضل الاشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف والتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه**"[1].

[1]) الاهواني حسام كمال الدين، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2000، ص 05.

كما عرفه الاستاذ سهير المنتصر انه "**تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها القاء الضوء على واقعة ما او عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون طالب التعاقد على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من ابرام العقد**"[1].

تجتمع جل التعريفات المذكورة أن الإعلام هو الإفصاح عن مجموعة من المعلومات المهمة حول عناصر العقد، وأن الغاية من الإعلام هو إنارة إرادة الطرف الآخر الذي قرر الالتزام بالإعلام لمصلحته وجعله يقدم رأيه بالتعاقد او بعدم التعاقد وكذا تقديم شروطه على بينة، ومن تم فالهدف من الإعلام هو الحرص على سلامة الرضا.

2) التطور التاريخي للالتزام بالإعلام:

أدى تطور وسائل الانتاج وزيادة الاستهلاك وظهور منتجات وخدمات جديدة الى اختلال التوازن المعرفي بين اطراف العلاقة الاستهلاكية، فظهر الالتزام بالإعلام كوسيلة استحدثها المشرع لإعادة هذا التوازن المفقود، غير ان ذلك لم يتحقق صدفة ولا دفعة واحدة وإنما ظهر على مراحل تشكلت فيها مبادئه واحكامه وتطورت فيها أشكاله وتصنيفاته، وتضاربت الآراء الفقهية حول فعاليته ونجاعته وذلك ما سنحاول التطرق له في هذا العنوان، فنذكر اولا مرحلة عدم الاعتراف بالحق في الاعلام للمقترض (أ) ونذكر ثانيا مرحلة الاعتراف بالحق في الاعلام للمقترض (ب).

أ) مرحلة عدم الاعتراف بالحق في الاعلام للمقترض:

هي الفترة السابقة لانتشار المذهب الفردي الذي يقضي بان المتعاقد حر ومسؤول عن كافة تصرفاته ولا يحتاج لأية وصاية عليه باعتباره قادرا على توفير الحماية لنفسه والاستفادة الذاتية من الحماية التي يقرها له القانون، فالمرحلة السابقة لظهور هذا المذهب تميزت بحلول الدولة او المشرع محل الافراد وأخذ مهمة توفير الحماية على عاتقها، فالفكرة التي كانت تسود آنذاك عند الفقهاء تقضي بان الدولة هي من تحمي الفرد ولا يحتاج الى الحماية عن طريق الالتزام بالإعلام، فهم يرون ان هذا الأخير يعتبر من وسائل الحماية الذاتية التي لا تتفق مع الافكار الاشتراكية.

[1]) المنتصر سهير، الالتزام بالتبصر، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1990، ص 41.

وتبدو الصورة اكثر وضوحا في المجال البنكي اين يعتمد فقهاء الاتجاه الرافض للالتزام بالإعلام بصفة اوضح على خصوصية المجال البنكي من اجل تبرير موقفهم برفض الاعتراف بهذا الالتزام، اين يرون بأن خصوصية النشاط البنكي سيما المتعلقة بتعقد عمليات النشاط البنكي والطابع التنبؤي لمعظم عملياته وفكرة المخاطر، تنيط بكل طرف من أطراف العملية البنكية دورا محددا يجب القيام به، فلن يكون العقد البنكي سليما إلا إذا قام كل من البنك وعميله بالإجراءات الضرورية لتفادي المخاطر وجعل العملية مربحة ومنتجة، وهذا لن يتحقق الا إذا اعترفنا بفكرة المسؤولية، فينبغي تحميل كلى طرفي العقد المسؤولية عن إنجاح العقد دون تحميلها لأحد الطرفين فقط، ومن تم لن يكون العقد منتجا حسبهم إذا وكل البنك بمفرده بصيانة حقوق عملائه وتحمله مسؤولية ذلك[1].

غير ان اصحاب هذا التوجه يختلفون في تبرير رأيهم حول رفض الاعتراف بالحق في الإعلام للمقترض، فهناك من يرى أن المقترض عليه ان يوفر الحماية لنفسه وأن يكون حريصا على مصالحه وإلا فلن يتولى أحد صيانتها، ويرون أن اهتمام البنك يجب ان يقتصر فقط على تطوير تجارته باعتباره تاجرا ولا يأخذ أي اعتبارا آخر فيما يخص مصلحة الزبون، حيث يقول الاستاذ « Michel Vasseur »"**البنك هو تاجر نقود وليس مديرا للاستشارة المالية لمدينه**"[2].

وهناك من يرتكز على فكرة عدم جدوى الالتزام بالإعلام المقدم من البنك لزبونه بحجة ان الزبون بحد ذاته أدرى بوضعيته المالية وبكل خبايا العقد الذي هو مقبل على ابرامه، فيقول الاستاذ« jack vezian » سنة 1983 في هذا الصدد،" **ائتمان غير مستحق وغير مبرر،**

1) Patricia Franc, op.cit. p.118.

2) Michel Vasseur: « **le banquier marchand d'argent n'est pas le directeur de conscience financier de son débiteur** » cité par Patricia Franc, op.cit. p.119.

المخطئ الاول هو تقريبا المستفيد نفسه من القرض الذي يعرف أكثر من أي شخص آخر وضعيته المالية"[1].

غير أن هناك من الفقهاء من يعترف بالالتزام بالإعلام مع وضع شروط له، فهناك من يشترط حسن النية وذلك بضرورة ابلاغ المقترض عن كافة المعلومات الحاسمة في القرض، ويعتبرها شرطا معلقا لاستفادة الزبون من هذا الالتزام، فهم يرون أن الغاية من هذا الالتزام تنتفي بمجرد أن يكون الزبون سيئ النية ومن تم تتغير طبيعة هذا الالتزام حسبهم فلم يعد حقا للزبون وإنما مجرد امتياز له[2].

كما هناك من الفقهاء من يرون أن الالتزام بالإعلام التزام استثنائي لا يقوم الا في حالة استحالة الاستعلام الذاتي للمقترض، ومن تم فالأصل أن البنك غير ملزم بإعلام زبونه ولن يكون حريصا على حقوقه، وإنما على هذا الاخير أن يحمي حقوقه بنفسه ويستعلم بنفسه مالم يكن ذلك غير ممكن، فهم ينطلقون من نظرة ان المجتمع الليبرالي يجب ان يتكون من اشخاص مستقلين ومسؤولين، وفي هذا الصدد يقول الاستاذ « Philippe le Tourneau » " **الالتزام بالاستعلام يصبح هو الأصل والالتزام بالإعلام يصبح هو الاستثناء، عندما يصبح الشخص المعني به في حالة ضعف ولا يمكنه ان يستعلم بنفسه**"[3]، ونفس المذهب بالنسبة للأستاذ« Patrice Jourdain » ، حيث يقول ان " **الالتزام بالاستعلام هو الاصل وان الالتزام بالإعلام هو الاستثناء**"[4].

---

1) Jack Vezian :« **crédit immérité et injustifié. Le premier fautif et presque toujours le bénéficiaire même du crédit qui connait mieux que personne sa situation financière** » cité par Patricia Franc, op.cit. p.119.

2) IBID. p.119.

3) Philippe LeTourneau, de l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil, 1987, P.101.disponible sur le sit: https:// tel. Archives-ouvertes.fr : « **l'obligation de se renseigner devait être le principe et l'obligation d'information l'exception. Lorsque la partie concernée était en situation de faiblesse et ne pouvait s'informer par elle-même** ».

4) Patrice Jourdain : « **le devoir de se renseigner est donc un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception** » Cité parPatricia Franc, op.cit. p.119.

ب) مرحلة الاعتراف بالحق في الاعلام للمقترض:

إن حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام ما هو الا تكريس للأحكام التي أقرتها القواعد العامة والتي اهمها مبدأ سلطان الإرادة، الحرية التعاقدية، وحرية الاشتراط العقدي ...الخ، فيجب تثقيف المستهلك من خلال تمكينه من إعلام كاف وفعال يجعله يحلل بناء على معرفة موضوعية امكانياته واحتياجاته من خلال التقييم والمقارنة بواسطة المعلومات المتاحة ومنه ممارسة حريته في الاختيار والوصول الى قرار صائب، وإلا فاختياره سيكون صوريا وقراره سيكون مخالفا لإرادته، ومنه فالحق في الاعلام هو وسيلة لتكريس المبادئ العامة التي أقرها القانون المدني في مجال العقود الاستهلاكية[1].

يمكن القول ان الخطوة الاولى لحماية المشرع للمستهلك من خلال الحق في الاعلام كانت في القانون المدني وبالضبط من خلال احكام عقود الاذعان المقررة خصيصا نتيجة اختلاف في القوة الاقتصادية بين طرفي العقد، وهي وسيلة لإعادة التوازن او على الاقل إنقاص آثاره، ويعد الاختلاف من حيث المعرفة أحد أبرز صور الاختلاف في القوة الاقتصادية بين طرفي العقد، لذلك فالالتزام بالإعلام يعد وسيلة جادة وفعالة في إعادة هذا التوازن.

ومن قبيل الحماية التي تقدمها أحكام الإذعان في سبيل إعلام الطرف المذعن منع الشروط التعسفية التي قد تفرض عليه دون العلم بها[2]، وكذا تأويل العبارات الغامضة في عقد الإذعان لصالح الطرف المذعن[3]،وهذا ما يشكل حرص المشرع على اعلام الطرف المذعن بعبارات واضحة ومفهومة ولا تقبل تأويلات متعددة.

---

[1]) عبوب زهيرة، حق المستهلك في الإعلام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص 134، منشورة في الموقع التالي:
. Cerist.dz, consulté le 30/08/2020 a 10 :00.https://www.asjp

[2]) أنظر المادة 110 من الامر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]) أنظر المادة 112 فقرة 02 مرجع نفسه.

في التشريع الجزائري أول قانون كرس الحق في الاعلام بصورة واضحة هو القانون رقم 02/89[1] وذلك في المادة 04 منه التي تنص على " **تكيف العناصر المنصوص عليها في المادة 3 من هذا القانون حسب طبيعة وصنف المنتوج و/أو الخدمة بالنظر للخصوصيات التي تميزه والتي يجب ان يعلم بها المستهلك حسب ما تتطلبه البضاعة المعنية**".

ويمكن القول عن التطور اللاحق بمفهوم الالتزام بالإعلام والمكرس في قانون الاستهلاك إن الالتزام بالإعلام لم يصبح فقط ينصب على الإعلام بشروط العقد ومميزات محل التعاقد وإنما امتد ليصبح الالتزام بالإعلام هو الالتزام الوحيد الذي يسعى الى حماية الفرد ليس بوصفه متعاقدا، كما هو الشأن في الالتزامات الاخرى، وإنما بوصفه مستعملا للمنتوج وهذا ما يستنتج من طبيعة المعلومات التي ينصب عليها الإعلام فهي تتعلق غالبا بالحماية الجسدية للمستهلك، حماية التوازن الاقتصادي له، وليس مجرد إنارة إرادته وجعله يتخذ قراره بالتعاقد على بينة كما هو عليه الحال في الالتزام بالإعلام المكرس في القواعد العامة...[2].

3) تمييز الالتزام بالإعلام عما يشابهه من التزامات:

لا يعد الالتزام بالإعلام الوسيلة الوحيدة التي يلتزم البنك بها أن ينقل معلومات لزبونه ويحيطه علما بمعلومات متعلقة بموضوع العقد، وإنما توجد التزامات أخرى في هذا الصدد تعكس الأهمية التي تحظى بها العقود البنكية، والتي أهمها الالتزام بالتحذير والالتزام بالنصيحة، لذلك نتطرق اولا للتمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتحذير (أ)، ونتطرق ثانيا لتمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة (ب).

أ) الالتزام بالإعلام والالتزام بالتحذير :« la mise en garde »

يعرف الالتزام بالتحذير انه التزام يقع على عاتق البنك بجذب انتباه موكله حول أخطار عقد القرض المراد ابرامه، وبذلك يتعدى مجرد الاعلام ببنود وشروط التعاقد الذي يكون بطريقة مجردة

[1]) القانون رقم 02/89، مؤرخ في 1989/02/07، متعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06، مؤرخةفي 08 فيفري 1989، ملغى.

[2]) عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص 135.

ودون الاعتداد بشخص المقترض وظروف العقد، ودون التدخل في شؤون الزبون او التأثير على قراره، ولكن من أجل دفعه الى اتخاذ القرار الملائم لاحتياجاته ولقدرته المالية[1].

انطلاقا من هذا التعريف يتكون الالتزام بالتحذير على خلاف الالتزام بالإعلام من التزامين هما الالتزام بالإعلام لكل العناصر المهمة في العقد والعناصر التي يمكن أن تشكل لبسا في ذهن الزبون أو تنطوي على أخطار لا يدركها، والالتزام بإثارة انتباه المقترض بالأخطار المحيطة بعملية منح القرض، وبذلك الانتقال من مجال الاعلام الموضوعي الى مجال الاعلام الشخصي، على عكس الالتزام بالإعلام الذي يكون موضوعيا بحتا ودون أي اعتداد بشخص الزبون، ويتكون من عنصر واحد وهو نقل مجموعة من المعلومات الى الزبون والتي لا تتغير في العقود المشابهة، وليس الغرض منه دفع الزبون الى اتخاذ القرار الملائم، ويشتبهان في ان البنك يبقى ملزما في كلاهما بعدم التدخل في شؤون عميله أو التأثير في قراره.

ب) الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة:

يعتبر الالتزام بالنصيحة من مقتضيات حسن النية والذي بموجبه لا يكتفي المتعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد فحسب بل يجب ايضا ان يقوم بتقديم النصيحة للمتعاقد الآخر كلما كان هناك مقتضى لذلك، ومن تم فهو جزء لا يتجزأ من الإعلام واحدى صوره المشددة[2].

ومن أبرز صور النصيحة مدى ملائمة تماشي السلعة او الخدمة مع الرغبة المشروعة للزبون واوجه الاستعمال التي تكفل الاستفادة من هذا المنتوج، وكذا تقديم النصيحة حول شروط الاستهلاك التي تحقق امن المنتوج بالنظر الى الاستعمال المشروع المنتظر منها وكيفية تلافي

[1]) wassim Abou Nader, l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, thèse de doctorat, droit privé, faculté de droit, université paris 2, 2009, p.82.

[2]) رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، المكتبة العصرية، لبنان، سنة 2003، ص 437.

الضرر الذي قد تلحقه السلعة او الخدمة بأمن المستهلك أو صحته أو مصالحه والاحتياطات الواجب اتخادها[1].

في حين ينصب الالتزام بالإعلام وفق المادة 17[2] من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على كل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه المتدخل الاقتصادي للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة اخرى مناسبة.

ومن تم تنصب التفرقة بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة على الغرض من كلاهما، فالغرض من النصيحة هو توجيه ارادة المستهلك وفقا للغرض الذي يريده المستهلك، أما الغرض من الالتزام بالإعلام هو تعريف المستهلك على المنتوج وكافة المعلومات الضرورية حوله، كما ان الالتزام بالإعلام التزام آلي وشامل لكافة العقود الاستهلاكية، أما النصيحة فلا تكون الا اذا كان هناك مقتضى لها، كما تنصب التفرقة ايضا على طريقة تنفيذ كل منهما فتنفيذ الالتزام بالإعلام يكون بواسطة الوسم ووضع العلامات او الصور او التماثيل او الاشارات او الرموز أو الملصقات[3]، اما تنفيذ الالتزام بالنصيحة فالراي الراجح انها شكل من أشكال الإعلام الشفوي رغم أهميتها في إنارة رضا المقترض.

ثانيا: طبيعة الالتزام بالإعلام

أدى التداخل الكبير بين الاحكام القانونية والاحكام العقدية في القروض الاستهلاكية وطغيان الطائفة الاولى على الثانية بشكل غير معهود في العقود المدنية الأخرى الى إحداث لبس وإثارة تساؤلات عدة حول الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام، بالإضافة الى كونه ليس مجرد التزام من اجل تنظيم التعبير عن الإرادة أو انتاج آثارها، وانما هو التزام يهدف في الاساس الى تحقيق اهداف ذات صلة بالنظام العام لاسيما الحفاظ على صحة المستهلك وسلامته الجسدية أو الحفاظ

[1]) منصور محمد حسين، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2006، ص 365.

[2]) تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة بواسطة المرسوم التنفيذي رقم 378/13، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58 مؤرخة في 18 نوفمبر 2013.

[3]) المادة 03 فقرة 04، أمر رقم 03/09، متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.

على توازن الوضعية الاقتصادية له كما هو الحال في المجال البنكي، ومن اجل توضيح ذلك نتطرق اولا الى الراي القائل بأن الالتزام بالإعلام التزام قانوني (1)، ونتطرق ثانيا الى الرأي القائل بان الالتزام بالإعلام التزام عقدي(2).

1) الالتزام بالإعلام التزام قانوني:

لم يكن الحديث عن الالتزام بالإعلام قائما الا في نهاية القرن التاسع عشر تحت تأثير النظريات الاجتماعية التي اسست للعدالة والحرية العقدية، فأصبح من الجدي التفكير في تدعيم الإرادة الفردية بإرادة عليا وهي الإرادة التشريعية تفرض على الجميع احترامها[1]،وأن الإرادة الفردية لن تكون في مأمن إلا بدعم من الإرادة التشريعية، ومن أبرز صور هذا الدعم فرض الالتزام بالإعلام ومن تم يصبح هذا الالتزام واجب التنفيذ ولو لم يرد ضمن الاشتراطات العقدية.

غير ان التساؤل يثار حول أساس هذا الالتزام، فهناك من يرى أنه وضع من أجل إعادة التوازن للعقد، فهو الالتزام الكفيل برد التوازن لمصلحة الطرف الضعيف، حيث يرى الفقيه « **VincentVigneau** » أن الحرية التعاقدية فخ للطرف الضعيف في العقد، وهي لا تقدم الحماية المثلى لهذا الأخير لذلك على القانون أن يتولى ذلك بنفسه، وهناك من يؤسسها على اساس فكرة التعاون، العقدي فالعقد هو مشروع مشترك بين طرفيه ولن يستفيد احد الأطراف الا باستفادة الطرف الآخر ومن تم يقع التزاما عليهم بالتعاون على إنجاحه كل من ناحيته ويعد الالتزام بالإعلام اهم اوجه هذا التعاون[2].

وعلى المستوى التشريعي يمكن الاستدلال بنص المادة 17 من القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[3]،باعتباره الشريعة العامة لحماية المستهلك، بالإضافة إلى اقتصار موضوع دراستنا على المقترض المستهلك ،حيث جاء فيها " **يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل**

---

[1]) يرى الفقيه "دوما" أن الالتزام بالإعلام التزام قانوني ومتبادل بين الطرفين يخرج عن كل الاعتبارات ويخص كافة العقود وكافة المتعاقدين" نقلا عن:Patricia Franc, op.cit. p.113

[2]) Patricia Franc, op.cit. p.113.

[3]) أمر رقم 03/09، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.

المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"، وبما ان المادة بدأت بصيغة الإلزام فالالتزام بالإعلام التزام قانوني وليس عقدي، وفي المجال البنكي نصت المادة 09 من النظام رقم 01/20[1]على " **يتعين على البنوك والمؤسسات المالية ان تبلغ زبائنها والجمهور عن طريق كل الوسائل بالشروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها.**

وبهذه الصفة يتعين على البنوك والمؤسسات المالية، ان تطلع زبائنها على شروط استعمال الحسابات المفتوحة وأسعار الخدمات المختلفة التي تسمح بها وكذا الالتزامات المتبادلة بين البنك والزبون"، ومنه يظهر من عبارة " يتعين" الواردة في المادة ان الالتزام بالإعلام المكرس في هذا النظام هو التزام من النظام العام أي لا يجوز مخالفته، وبالتالي فهو التزام قانوني وليس عقدي.

وتجدر الإشارة الى ان الفقه والقضاء عادة ما يفرقون بين الالتزام بالإعلام في كل من القروض الموجهة للمهنيين والقروض الموجهة للمستهلكين، فتنتهج فيما يخص الاولى مقاربة مختلفة عن الثانية، فتتجه الى ان الزبون هو الاقدر والأدرى بوضعيته المالية وان البنك ليس وكيلا او وصيا بان يقدر وضعية المقترض ويخطره بها، لأن كلاهما مهنيا ويسعى الى تحقيق الربح، لكن الوضع ليس نفسه في مجال الاستهلاك لوجود اختلافات جوهرية لاسيما " الحاجة الاستهلاكية" فالمهني يسعى الى تحقيق الربح اما المستهلك المقترض فيسعى الى سد حاجة استهلاكية، بالإضافة الى ضعف مركزه المالي.

نستدل على ذلك بقرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية ليوم 12 نوفمبر 1997، حيث اعتمدت على مفهوم مخفف للالتزام بالإعلام فيما يخص القروض التجارية، واشترطته فقط في حالة وجود ظروف استثنائية[2] وأقرت أن مسير الشركة المدينة الرئيسية الذي يتحمل ضمان

[1]) نظام رقم 01/2020، مؤرخ في 15 مارس 2020، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، مرجع سابق.

[2]) غير ان ذلك يفتح المجال امام تأويلات حول المقصود بهاته الظروف، هل يقصد بها ان يكون الزبون جاهلا لمعلومات حول وضعيته المالية او لظروف اقتصادية مرتقبة ستعصف أكثر بوضعيته المالية أو بأمور أخرى.

الالتزامات المترتبة على عاتقها لا يمكن ان يتأسس في حالة غياب ظروف استثنائية للمطالبة بقيام مسؤولية البنك، وهذا دليل على الحماية التي يوليها المشرع للالتزام بالإعلام في العقود البنكية، وهذا ما يغلب كفة الطابع القانوني لهذا الالتزام عن كفة الطابع العقدي له[1].

رغم هاته الدلائل والاسانيد التي تغلب ان يكون الالتزام بالإعلام في عقود القرض او في العقود البنكية بصفة عامة ذو طبيعة قانونية، غير ان ذلك لا يمنعنا من التطرق للآراء الفقهية القائلة بالطابع العقدي لهذا الالتزام، وهذا ما سنتطرق له في العنوان التالي.

2) الالتزام بالإعلام التزام عقدي:

ومن دعاة هذا الاتجاه الفقيه الالماني "اهرنج" الذي يرى أن المسؤولية عن الاخلال بالالتزام بالإعلام ذو طبيعة عقدية، فالأطراف حسبه وان كانوا لم يصلوا بعد الى الاتفاق النهائي للعقد غير أنهم يسعون الى انجاح عملية عقدية، وبذلك يعتبر أن مرحلة التفاوض تعتبر جزء من العقد كما هو الحال في القانون الالماني[2].

عكس القانونين الجزائري والفرنسي اللذين يؤسسان الخطأ الذي يرتكب خلال الفترة قبل العقدية على اساس المادتين 124 من القانون المدني الجزائري[3]و المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي[4] على التوالي المتعلقتين بالمسؤولية التقصيرية، لان كلى المشرعين يرى أن لحظة ميلاد

---

[1]) Cass. Com, du 12 novembre 1997, bull. civ. 1997. IV. N° 284, P.247, « le gérant de la société débitrice principale qui s'est porté caution des engagements de celle-ci n'est pas fondé à défaut de circonstances exceptionnelles à mettre en œuvre la responsabilité de la banque… »

[2]) Patricia Franc, op.cit. p.116.

[3]) التي جاء فيها" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[4]) Art 1240 code civil, op.cit « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

العقد وبالتتابع ميلاد المسؤولية العقدية هي لحظة إبرام العقد[1]، ومنه لا يمكن للإخلال بأي التزام سابق عن بدء العلاقة العقدية ان يكون إخلالا بالتزام عقدي ولا تقوم عنه المسؤولية العقدية، ويكون بالضرورة التزاما قانونيا، يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية.

غير أنه يمكن الاستناد الى فكرة اخرى من أجل التأسيس لفكرة ان الالتزام بالإعلام التزام عقدي، وهي الفكرة التي تقوم على عدم الاخذ بالنطاق الزمني للالتزام من أجل تقرير ما إذا كان عقديا ام لا، والاخذ بالنطاق الموضوعي، فلو اعترفنا بوجود رابط موضوعي بين العقد والالتزام بالإعلام يمكن الاعتراف بالفكرة، وهو الرابط المتعلق بحسن النية، فما الفائدة من اشتراط حسن النية في تنفيذ العقد دون اشتراطها في عملية التحضير لإبرام هذا العقد، ويمكن ان تجد هاته الفكرة أساسها في التشريع الجزائري بما جاءت به المادة 107 من القانون المدني فقرة 01 و02 التي جاء فيها " **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.**

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام" ومن تم يمكن اعتبار الالتزام بالإعلام والإفصاح بحسن نية عن كل مستلزمات العقد ومن مشتملاته من قبيل الالتزامات العقدية بغض النظر عن وقت نشوئها.

الفرع الثاني: أشكال الالتزام المدعم بالإعلام

تتعدد صور الاعلام تعددا يبرره تعدد مراحل العقد، حيث ينشأ هذا الالتزام قبل نشوء العقد اي في المرحلة قبل عقدية، ليستمر الى مرحلة تنفيذ العقد، ليدوم في بعض العقود الى ما بعد ابرام العقد وتنفيذه، كما يتعدد بتعدد الهدف من هذا الاعلام ما إذا كان بغرض جذب المتعاقدين ولفت انتباههم في إطار نشاط الدعاية والإشهار أو بغرض إنارة راي المتعاقد وجعله يتعاقد عن بينة، أو بغرض تنبيه المتعاقد وجدب انتباهه في إطار احترام شكليات آمرة كما هو الحال في القرض

[1]) أما عن لحظة انعقاد العقد فحددتها المادة 59 من الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق التي جاء فيها" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

البنكي موضوع بحثنا في هاته الدراسة، ومن اجل الإحاطة بكافة صور الإعلام في مجال القروض البنكية، نتطرق اولا الى الإشهار(أولا)، ونتطرق ثانيا الى العرض المسبق للقرض(ثانيا).

أولا: الاشهار

يجب التنويه في البداية أن الاعلام عن طريق الإشهار ليس هو الاعلام الموجه للمستهلك بطريقة مشخصة كخطوة من اجل المضي في ابرام العقد، ولكن هو النشاط الذي يؤدي الى التأثير على نفسية الجمهور تحقيقا لأهداف تجارية، أو التعريف بمشروع صناعي او تجاري، او الترويج له، وسنحاول في هاته الدراسة التركيز على الاشهار في مجال القرض البنكي، لذلك سنتطرق اولا الى التعريف بالإشهار (1)، ونتطرق ثانيا الى المعلومات الواجب توافرها في الاشهار (2)، ونتطرق ثالثا الى الاشارة الى بعض الصور الخاصة للإشهار (3).

1) التعريف بالإشهار:

الاشهار ليست آلية مستحدثة أو جديدة وانما آلية عرفت منذ القدم حيث وجدت شواهد تاريخية تدل على وجوده في الحضارات القديمة عند الاشوريين والفينيقيين والرومان بمختلف الوسائل والاساليب المتاحة في كل عصر ولكل حضارة، حيث كان في القرون الوسطى التجار يوظفون منادين يجوبون الطرقات والشوارع واماكن التجمعات للترويج لبضائعهم والاشادة بمحاسنها والاكثار من المحسنات البديعية واستعمال تلحين خاص لنغمتهم الصوتية مستعملين المزامير والطبول[1].

وقد خطا الاشهار خطة عملاقة بعد اختراع الطابعة سنة 1453، حيث ظهر ما يسمى الاشهار التجاري سنة 1632 في جريدة « public advertising » الانجليزية، وفي الولايات المتحدة الامريكية كان المعلنون يرسلون كتيبات اشهارية (كاتالوجات) بسبب اتساع المساحة وكان من أوائل من لجأ إلى هاته الطريقة الوراقون ومنتجو الحبوب، وفيما بعد حدثت ثورة حقيقية في عالم الاشهار بعد الحرب العالمية الثانية بعد ظهور التلفزيون الذي أصبح أهم وسيلة بما يتوفر عليه من

---

[1]) عراب عبد الغني، الاشهار في التشريع الجزائري بين الاطر التنظيمية والقانونية، مجلة الآفاق للعلوم، عدد 11، جامعة الجلفة، 2018، ص 55.

خصائص الصوت والصورة في آن واحد وارتفاع عدد المشاهدين[1]، و للإلمام بتعريف الاشهار نتطرق اولا لبعض التعريفات الفقهية القائلة بشأن الإشهار لنعرج ثانيا للتعريف التشريعي.

حيث يعرفه الاستاد عبد الفتاح محمود كيلاني" **أنه كل فعل أو تصرف يهدف الى التأثير النفسي على الجمهور مهما كانت الوسيلة المستعملة لإقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن ان تحققه من فوائد ولا يختلف الاعلان الالكتروني عن الاعلان التقليدي الا في الوسيلة المستخدمة عبر الانترنت**"[2].

وعرفه الأستاذ عبد الفضيل محمد أحمد "**أنه اخبار أو اعلام تجاري أو مهني القصد منه التعريف بمنتج أو خدمة معينة عن طريق ابراز المزايا وامتداح المحاسن بهدف خلق انطباع جديد يؤدي الى اقبال الجمهور على هذا المنتج أو الخدمة**"[3].

كما يعرف الاعلان التجاري أنه النشاط او الفن الذي يستهدف جذب الجمهور تحقيقا لغايات تجارية، وفقها يراد به الوسيلة الفنية التي يستخدمها المعلن للتأثير النفسي والذهني على المستهلك بقصد تحفيزه على شراء المنتوج المعروض، ومن تم فوظيفة الإشهار تقتصر على تسويق المنتوج والترويج له والتعريف به من أجل جدب الجمهور وإقناعهم بالسلعة أو الخدمة موضوع الإشهار، وليس الغرض منه تحديد شروط العقد ومشتملاته أو التبليغ عن المعلومات المهمة في العقد[4].

أما عن التعريف التشريعي فقد عرفه القانون الفرنسي الصادر في 29 ديسمبر 1979 المنظم للإعلانات والاشارات المرئية الذي نص على انه" **كل وصف أو شكل أو صورة موجهة للجمهور**

---

[1]) مرجع نفسه، ص 56.

[2]) كيلاني عبد الفتاح محمود، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2011، ص 260.

[3]) عبد الفضيل محمد أحمد، الاعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، سنة 1999، ص 19.

[4]) شويعر ابراهيم، الحماية الجنائية للمستهلك المقترض، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك تنسيق محمد بوجنون وكريم الصبونجي، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مطبعة فارير سطات، المغرب، سنة 2020، ص 366.

لجدب أنتباهه..."[1]،أما المرسوم الصادر في 28 مارس 1992 فقد عرف الاعلان في المادة السادسة منه على انه " **كل شكل من اشكال الرسالة الاعلامية التي تتم عبر الراديو أو التلفزيون تصلح أن تكون اعلانا تجاريا متى كانت تهدف الى الترويج عن سلع وخدمات يقدمها المعلنون وتحث الجمهور على الشراء**"[2].

وعلى المستوى الاوروبي عرفه التوجيه الأوروبي رقم 450/84 المتعلق بمقاربة المقتضيات التشريعية والتنظيمية والإدارية في مجال الإشهار التضليلي أنه" **كل شكل من أشكال الاتصال أعد في إطار نشاط تجاري، صناعي، حرفي أو حر بهدف تطوير تموين السلع أو الخدمات**"[3].

أما في التشريع الجزائري فقد عرفه المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[4]في المادة 2 أنه " **جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات والعروض أو الاعلانات أو خدمة بواسطة اسناد بصرية أو سمعية بصرية**"، وعرفته كذلك المادة 03 فقرة 03 من القانون رقم

---

1) Art 03, Loi N° 79/1150, du 29 décembre 1979, relative à la publicité aux enseigne et pré enseignes, JORF 30 décembre 1979 : « constitue une publicité à l'exclusion des enseignes et des pré enseignes, toute inscription, forme ou image destinée à informer le public ou à attirer son attention, les dispositifs dont le principale objet est de recevoir lesdites inscriptions, formes ou images étant assimilés à des publicités ».

2) Décret N° 92/280, du 27 mars 1992, pris pour l'application du 1 er de l'article 27 et 33 de la loi 86/1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité de parrainage et de télé achat, JORF, N° 75, 28 mars 1992.

3) Directive N° 84/450/CE, du 10 sept 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de publicité trompeuse, JOCE, N° L 250, 19 sept1984, modifier par le directive 2005/29 du 11 mai 2005.

4) مرسوم تنفيذي رقم 39/90، مؤرخ في 30 جانفي 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الملغى، مرجع سابق.

02/04[1] انه" **كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة الى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان او وسائل الاتصال المستعملة**".

ومنه فكلى التعريفين عرف الإشهار انه وسيلة دعائية للتعريف بالمنتوج وترويجه وحث الزبائن على اقتنائه، دون ان يشترط الوسيلة المستعملة في ذلك، غير انه أهمل تحديد حدود هذا التصرف حتى لا يكون وسيلة للإضرار او تضليل الزبائن، كأن يشترط الصدق والنزاهة او منع ايراد عبارات معينة قد تؤدي الى تضليل الزبون، كإيراد عبارات في اشهار القروض البنكية تشير الى تحسين القرض للوضعية المادية للزبون مثلا.

2) المعلومات الواجب توفرها في الاشهار:

اولى المشرع سواء الجزائري او الفرنسي، عناية كبيرة للإشهار فحتى وإن كان دوره يقتصر فقط على الدعوى الى التعاقد والتعريف بالمنتوج غير أن ذلك قد يلحق بالموجه اليهم أضرارا خاصة فئة المستهلكين، وخاصة المجالات التقنية والمعقدة كما هو الحال في عقود القرض الموجهة للمستهلكين موضوع بحثنا في هاته الدراسة، وذلك ما تفطن اليه المشرع من خلال تنظيم كافة الجوانب المتعلقة بالإشهار بدقة لاسيما تحديد المعلومات الواجب توافرها في الإشهار حتى يعد قانونيا[2].

وقد نص المشرع الفرنسي على المعلومات الواجب توفرها في أي إشهار حول القرض الاستهلاكي بغض النظر عن دعامته بشرط ان يكون بصفة مرئية ومقروءة ومحددة:

- معدل الاقتراض وطبيعته ما إذا كانت ثابتة أو متغيرة أو قابلة للتحيين (ماعدا عمليات البيع بالإيجار وعمليات الإيجار مع خيار البيع) والمعلومات المتعلقة بكل الاعباء التي تحتسب في تحديد تكلفة القرض،

---

[1]) القانون رقم 02/04، مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

[2]) تجدر الإشارة انه إذا كان الإعلام الكافي والذي يضم كافة البيانات القانونية فعالا فإنه يجب الحرص على توفير فقط المعلومات الضرورية لفهم محتوى العرض الوارد بالإشهار، حيث يقال أن "**الاعلام المفرط سيقود حتما الى اعلام مضلل أو غير فعال**".

- المبلغ الاجمالي للقرض،
- المبلغ الاجمالي السنوي الفعلي (ماعدا عمليات البيع بالإيجار وعمليات الإيجار مع خيار البيع)،
- مدة القرض،
- السعر النقدي ومبلغ اي دفعة أولى، إذا كان الائتمان ممنوح في شكل فترة دفع لسلعة أو خدمة معينة،
- المبلغ الإجمالي المستحق على المقترض ومقدار الاقساط[1].

يميز المشرع الفرنسي فيما يخص الإشهار في مجال القرض الاستهلاكي، بين الاشهار الذي يقدم معلومات رقمية وبين الاشهار الذي لا يقدم مثل هذه المعلومات، فالأولى فقط يهتم بها قانون الاستهلاك أما الثانية فتخضع للقواعد العامة في هذا المجال، فإذا تطرق النص الاشهاري الى مبلغ الفوائد أو اي معلومة أخرى رقمية ذات صلة بمبلغ القرض، هذه المعلومات يجب أن توضع في إطار في أعلى النص أو الورقة الاشهارية من اجل إثارة انتباه المستهلك بصفة أحسن[2].

وفيما يخص العقود الملحقة بالعقد الأصلي والتي اهمها عقد التأمين نص المشرع الفرنسي على أنه في حالة نص الاشهار على عقد تكميلي لاسيما عقد التامين يجب ان يوضح مدى الزامية هذا العرض[3] كما يجب أن يحدد في الاشهار ثمن التأمين بالأورو في الشهر وما إذا كان هذا المبلغ يحسب ام لا ضمن اقساط تعويض القرض، وذلك من اجل تطوير الشفافية في مجال القرض البنكي[4].

---

1) Art L.312-6, C. Conso, op.cit.

2)Stephane Piédelièvre, Crédit à la consommation, répertoire de droit civil, Dalloz, 2018 P.38.

3) أي يبين البنك موقفه من قبول أو رفض المتعاقد الآخر للعقد التكميلي بالنظر الى العقد ككل، اي هل العرض الملحق ضروري أو ليس ضروري لإكمال العملية التعاقدية.

4) Art D. 313-21, C. Conso « si le prêteur exige qu'un service accessoire soit fourni pour l'obtention du crédit, notamment une assurance, la publicité mentionne de façon claire,

ويستحسن على المشرع الفرنسي أنه وضع التزاما آخر هو الالتزام بوضع مثال توضيحي، فوفقا المادة D.313-21 من قانون الاستهلاك أورد فيما يخص الاشهار المتعلق بالقروض المتجددة المنصوص عليها في المادة L.312-57 حكما خاصا هو تدعيم المعلومات المتعلقة بمبلغ القرض بمثال توضيحي، بحيث يتوافق هذا الاخير بشكل افضل مع طبيعة القروض المعلن عنها، على أن يحدد المثال التوضيحي انطلاقا من احد المبالغ المذكورة في المادة والمحددة على التوالي ب 500، 1000، 3000 أورو[1].

فالمشرع يفترض ان المقترض لن يتمكن من قراءة واستيعاب كل العرض، لذلك فهو يرى ان تقديم مثال توضيحي يساعد المستهلك على الاستيعاب والاحاطة بالالتزامات التي هو بصدد التوقيع عليها، غير ان المشرع لم يوضح كيفيات هذا المثال.

3) صور خاصة للإشهار:

تتعدد صور الإشهار وتتنوع تنوعا يفسره تعدد طبيعة المعاملات العقدية وكيفية إبرامها ووسيلة انعقادها، لذلك كان لزاما على المشرع سواء الجزائري او الفرنسي ان يتصدى لكافة الأصناف المحتملة للإشهار، ومن اجل توضيح ذلك نتطرق اولا الى إشهار القروض المجانية (أ)، ونتطرق ثانيا الى الاشهار المقارن(ب)، ونتطرق ثالثا الى الإشهار الالكتروني(ب).

أ) اشهار القروض المجانية:

تتطلب القروض المجانية عناية خاصة لأنها تنطوي على خطورة أكبر بالنسبة للمستهلك لأن البنك تاجر ويبحث عن الربح، ومن تم ففكرة المجانية تعد فكرة دخيلة وغير متقبلة إلى حد بعيد،

---

précise et visible la nécessité de contracter ce service. Lorsqu'un prêteur propose habituellement des contrats de crédit assortis d'une proposition d'assurance facultative ayant pour objet la garantie de remboursement du crédit, toute publicité mentionnée au premier alinéa du présent article diffusée pour son compte sur ces contrats indique le coût de l'assurance, exprimé en euros et par mois, et précise si ce montant s'ajoute ou non à l'échéance de remboursement du crédit ».

[1]) Stephane Piédelièvre, op.cit.P.37.

أو كما تقول القاعدة الفقهية "**فكرة المجانية تكون دائما موضع اشتباه في القانون التجاري**"[1]،بالإضافة إلى أن القرض المجاني يعد حافزا للمديونية لأنه يتماشى تناسبيا مع القرض الاصلي[2]، ومن تم يمكن ان يكون سببا للمديونية المفرطة، فعادة ما يكون ثمن القرض المجاني محسوبا ضمن ثمن السلعة لذلك نظم المشرع الاشهار في القرض المجاني بصفة خاصة[3].

ومن قبيل الأحكام الاستثنائية المطبقة على الإشهار في القروض المجانية في التشريع الفرنسي ما نصت عليها المواد L.311-41 من قانون الاستهلاك، التي تنص على أن أي إشهار مهما كانت دعامته حول عقد قرض تزيد مدته عن ثلاثة أشهر ولا ينتج اية فوائد أو أية اعباء أخرى، يجب ان يحدد مبلغ الخصم من سعر الشراء الذي يدفع إذا ما تم الدفع نقدا وتحديد من يتحمل تكلفة الائتمان الممنوح مجانا، وتهدف هذه القاعدة بشكل غير مباشر الى تشجيع المشتريات النقدية وفرض المساواة بين المشتري الذي يدفع ثمن السلعة نقدا والمشتري الذي يدفع عن طريق القرض، ويسعى في نفس الوقت الى فرض الشفافية في عملية القرض حتى لا يتحمل المشتري المقرض اعباء إضافية تحت تحفيز القرض المجاني، والكشف أن المشتريات النقدية تعود بتكلفة أقل من المشتريات ذات القرض المجاني.

كما تنص المادة L.311-42 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ان أية عملية قرض تقضي بتحمل كلي أو جزئي للبائع لمبلغ القرض، لا يمكن للبائع أن يطلب من المشتري عن طريق القرض مبلغ مرتفع عن المبلغ الادنى المطبق في الشراء نقدا لسلعة أو خدمة مشابهة في نفس المؤسسة خلال الثلاثين يوما السابقة لبدأ الإشهار، وذلك لمنع البائع من تمرير تكلفة الائتمان عن طريق زيادة سعر البضائع المباعة أو الخدمات المقدمة، فالبائع ملزم بتطبيق مبلغ منخفض في حالة الشراء نقدا عنه في حالة البيع عن طريق القرض، ويؤدي عدم احترام هذه القواعد الى تطبيق

---

[1]) « La gratuité a toujours été suspecte en droit commercial ».

[2]) فعادة ما يفتح البنك ظاهريا لعميله الذي تحصل على قرض عرضا بالحصول على قرض مجاني في شكل نسبة من المبلغ الإجمالي للقرض، وبذلك فقيمة القرض المجاني تزيد كلما ارتفع مبلغ القرض الأصلي وذلك ما يعد حافزا لرفع مبلغ هذا الاخير، ومن تم حافزا للمديونية.

[3]) Stephane Piédelièvre, op.cit. P.38.

غرامة 1500 أورو، ويمكن للمحكمة الأمر بنشر الحكم وتعديل الإشهار على نفقة المحكوم عليه[1].

ب) الاشهار المقارن:

عرفه الاستاذ "محمد بودالي" بأنه " **ذلك الاعلان الذي يقوم ببثه صانع أو موزع أو مؤدي الخدمات، يقارن بموجبه بين الاموال والخدمات التي يعرضها هو وبين التي يعرضها منافس آخر محدد الهوية أو قابل للتعيين في الرسالة الاعلامية بغرض اقناع المستهلكين بأحقية منتجاته أو خدماته عن منتجات وخدمات غيره**"[2].

وعرفه المشرع المغربي بأنه " **يعتبر اشعارا مقارنا كل اشهار يقارن بين خصائص أو اسعار أو تعريفات السلع او المنتوجات أو الخدمات اما بالإشارة الى علامة الصنع او التجارة او الخدمة الخاصة بالغير أو بتجسيدها أو إما بالإشارة الى العنوان التجاري أو تسمية الشركة أو الاسم التجاري أو الشعار الخاص بالغير أو تجسيد ذلك**"[3].

وفي التشريع الفرنسي اشترط المشرع في الاشهار المقارن مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية حددتها المادة L.122-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي فاشترطت أن يكون الاشهار المقارن قاصرا على مقارنة موضوعية لا تتناول الا العناصر الاساسية للسلعة او الخدمة والتي

---

[1]) وبذلك يكون المشرع قد سد الطريق امام البائع الذي يسعى إلى منح القرض المجاني كترويج لسلعته ورفع ثمنها عن الثمن الحقيقي للسلعة والمطبق في حالة الدفع النقدي للسلعة، من خلال منع تطبيق معدل بيع مرتفع عن معدل البيع النقدي للسلعة لفترة سابقة عن بدء الإشهار حددها بثلاثين يوما.

[2]) بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، مصر، سنة 2004، ص 183.

[3]) المادة 22 من القانون رقم 31/08، صادر في 18 فيفري 2011، متعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك المغربي، صادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03، ج ر عدد 5932، مؤرخة في 07 أفريل 2011.

تؤدي نفس الغرض وأن لا يؤدي الى تضليل المستهلك، وأن لا يوقعه في الغلط وأن لا تتناول العناصر الشخصية للمتعامل الآخر أو القدح في منتوجاته ومحاولة اظهار عيوبها[1].

ج) الاشهار الالكتروني:

يثير الإشهار الإلكتروني ثلاثة نقاط أساسية تستدعي ايلاءه أهمية خاصة، من أجل توفير الحماية الكافية للمستهلكين المعنيين به، الأولى هي التأثير التدخلي للإشهار في الحياة الخاصة، فالإشهار الإلكتروني ذو طابع يسمح بإمكانية التوصل الى معلومات خاصة، اما الثانية فتتمثل في التأثير على الجمهور وجعلهم مجبرين على تلقي الرسالة الإشهارية دون رغبتهم في ذلك، وتتمثل الثالثة في الانتشار غير المحدود لهاته الرسالة وهنا تكمن مخاطر الإشهار الإلكتروني بشكل عام فلا تعنى بشريحة معينة أو فئة معينة.

من جهة أخرى تجدر الإشارة الى ان مخاطبة الجمهور عبر الطريق الإلكتروني تعتبر حرية ولا يمكن تقييدها الا في إطار احترام كرامة الانسان، حماية ملكية الغير، الطابع الجماعي للصيغ المستعملة للتعبير وعدم مخالفة الأمن والنظام العام، لذلك يجب على الاحكام القانونية التي تنظم الإشهار في المجال الإلكتروني التركيز على هاته النقاط وهذا ما سنحاول التركيز عليه فيما يأتي.

نظم المشرع الجزائري الاشهار الالكتروني بموجب القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث خصص له الفصل السابع من الباب الثاني، وعرفه انه "**كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية** "[1]

---

[1]) Art L.122-1, C. Conso, op. cit, « tout publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n est licite que si :

1- elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur.

2- elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes objectif

3 - elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristique essentielles, pertinents, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le peut faire partie ».

ولقد حدد المشرع مجموع الشروط والمتطلبات الواجب توفرها في الإشهار الإلكتروني والتي يمكن جمعها في:

- يجب ان يكون كل اشهار أو ترويج او رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري محدد بوضوح،
- أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه،
- ألا تمس بالآداب العامة والنظام العام،
- أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا في حالة ما إذا كان العرض تجاريا او تنافسيا أو ترويجيا،
- التأكد من ان جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة أو غامضة[2].
- يجب على المورد الإلكتروني ان يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية، دون مصاريف أو مبررات، ويلزم المورد الإلكتروني في هاته الحالة بتسليم وصل استلام عبر الطريق الإلكتروني يعبر من خلاله للشخص المعني عن تسجيل طلبه، واتخاذ التدابير اللازمة لتلبية هاته الرغبة خلال 24 ساعة[3].
- كما يمنع أي إشهار او ترويج عن طريق الاتصالات الإلكترونية لكل منتوج او خدمة ممنوعة من التسويق عن طريق الاتصالات الإلكترونية[4]
- كما يمنع أي استبيان مباشر عبر الاتصال الإلكتروني أن يستعمل معلومات شخص طبيعي بأي شكل من الأشكال مالم يبدي موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الاتصال الإلكتروني[1].

---

[1]) المادة 06 فقرة 06 من القانون رقم 05/18، مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، مؤرخة في 16 ماي 2018.

[2]) المادة 30 من القانون رقم 05/18، مرجع نفسه.

[3]) المادة 32، مرجع نفسه.

[4]) المادة 34، مرجع نفسه.

ونظمه المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2017-159 لـ 09 فيفري 2017 المتعلق بخدمة الإشهار الرقمي، وعرفها أنها خدمات الاشهار الرقمي التي تهدف إلى نشر الرسائل على جميع الوسائط المتصلة بالإنترنت مثل أجهزة الكمبيوتر والأجهزة اللوحية، الهواتف المحمولة وأجهزة التلفزيون واللوحات الرقمية[2]، وبخصوص شروطه فنص عليها المشرع في المادة 20 من القانون رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي[3].

وهي نفسها الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والمذكورة اعلاه، يشترط إضافة اليها أن تذكر الورقة الاشهارية المستهلك بالحق في المعارضة بصفة مجانية على استخدام معطياته الشخصية لأغراض تسويقية وطرق ممارسة هذا الحق.

بناء على ما سبق يتبين لنا أن تنظيم احكام الإشهار الإلكتروني لا يجب أن يهتم فقط بتوفير المعلومات الضرورية للمستهلك المقترض وجعله يتخذ قراره على بينة وعدم تضليله أو استغلال ضعفه كما هو الحال في الاشكال الأخرى للقرض، وانما يهتم ايضا بتوفير الحماية له من عدة جوانب اخرى لاسيما حماية الحياة الخاصة، وحمايته من المضايقات الاعلانية التي لا تهمه، أو استخدام معلوماته الشخصية دون إذنه.

---

[1]) المادة 31، من القانون رقم 05/18، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع نفسه.

[2]) Art 01, Décret N° 2017/159, du 09 février 2017, relatif aux prestations de publicité digitale, JORF N° 0036, 11 février 2017, « le présent décret s'applique, pour l'application de l'article 23 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée, aux prestations de publicité digitale entendues comme celles ayant pour objet la diffusion de message sur tous supports connectés à internet tels que ordinateurs, tablettes, téléphones mobiles, téléviseurs et panneaux numériques ».

[3]) Loi N° 2004/575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, JORF N° 0143, 22 juin 2004.

ثانيا: العرض المسبق للقرض

تجلى للمشرع ضرورة تدعيم إرادة المستهلك في مجال القروض البنكية بأساليب والتزامات إضافية غير معهودة في القواعد العامة، ومن ابرزها تطوير تقنيات الإعلام، فبعد ان ذكرنا احكام الإشهار والوسائل القانونية لحمايته، نذكر الالتزام بالعرض المسبق للقرض والذي يعد أحد اهم الوسائل التي تحدد بوضوح تام للمستهلك ماهية القرض الذي هو مقبل على إبرامه، من خلال الزام المقرض بأن يقدم كتابيا للمقترض كافة العناصر الضرورية للقرض والتي تتعلق لاسيما بموضوعه ومدته وكيفية تسديده وحقوق وواجبات البائع أو المقرض والمقترض...الخ، وذلك بهدف السماح للمقترض بالدرجة الأولى فهم هذا العرض وتسهيل مقارنته بعروض اخرى، وللإحاطة الشاملة بمضمون هذا الالتزام من اجل التمكن من تقييم فعاليته نتطرق أولا الى التعريف بالعرض المسبق للقرض (1)، ونتطرق ثانيا الى المعلومات الواجب توفرها في العرض المسبق للقرض (2)، ونتطرق ثالثا الى شكل العرض المسبق للقرض (3).

1) التعريف بالعرض المسبق للقرض:

العرض المسبق للقرض تقنية مستحدثة في مجال الاعلام البنكي تسمح بلفت انتباه المقترض حول أهمية التزامه ودعوته الى ابرام العقد بتروي عن طريق تأخير ابرام العقد لمصلحة المقترض وتفادي مخاطر الابرام الفوري للعقد، كما يعد أحد التقنيات الوقائية لحماية رضا المقترض عن طريق السماح له بتلقي عرض القرض الذي يطلبه محتويا على كافة البيانات والمعلومات القانونية ومنحه آجالا للتفكير ومن تم التعاقد على بينة، ومنه يتضح الطابع الوقائي لهذا الالتزام[1]،إذ أوجد من أجل دفع المقترض إلى تقدير قراره وقبول القرض عن بينة، ومنه يعد أهم صور الحماية القبلية لإبرام القرض، وذلك ما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية حول عقد القرض العقاري والذي

[1]) عكس نظرية عيوب الرضا والتي وإن كانت أسلوبا فعالا لتوفير الحماية للمقترض الذي شاب إرادته أحد عيوب الإرادة من حيث السماح له بطلب إبطال العقد، غير أنها تعد ذات طابع علاجي لا تتدخل الا بعد أن تشوب إرادة المتعاقد بإحدى هاته العيوب، كما ان طلب الإبطال قد لا يكون مرغوبا فيه لدى المقترض.

يمكن تطبيقه على القرض الاستهلاكي بقولها" **القانون يهدف لضمان اعلام دقيق للمقترض، والذي يسمح له بمجرد النظرة الاولى بتقييم العرض المالي المقدم**"[1].

ولقد نص عليه المشرع الجزائري لأول مرة في المرسوم التنفيذي رقم 115/14 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي **وذلك في** المادة 06 التي جاء فيها على " **يجب ان يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض، من شانه السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد**".

وفي التشريع الفرنسي نصت عليه المادةL.312-12 من قانون الاستهلاك والتي ألزمت المقرض أو وسيط القرض بأن يقدم قبل ابرام العقد للمقترض كتابيا او على اية دعامة دائمة المعلومات اللازمة للمقارنة بين مختلف العروض والسماح للمقترض بفهم التزاماته بوضوح[2].

ويستحسن على المشرع الفرنسي ايلائه عناية مركزة للعرض المسبق للقرض وتنظيمه من كافة الجوانب عكس المشرع الجزائري، حيث يشترط أن يقدم في نسختين الى المقترض وتقدم نسخة الى الضمان إذا اقتضى الامر وتبقى الشروط المبينة في هذا العرض سارية لمدة 15 يوم على الاقل

---

[1]) Cass. Civ. 1re, N° 94-17529, du 29 mai 1997, www.légifrance.fr. «La loi visait à garantir à l'emprunteur une information précise lui permettant, d'un seul coup d'oeil, de juger l'effort financier à consentir et de prendre connaissance de l'évolution, dans le temps, de sa dette en capital, de sorte qu'en imposant à l'emprunteur un calcul pour mesurer l'étendue et les modalités de son engagement éventuel… »,

[2]) Art L.312-12 du C. Conso, op.cit « préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement ».

تسري من يوم تقديمه للمقترض[1]، ولا يمكن خلال هاته المدة لمقدم العرض أن يتراجع عن عرضه، وأن يكتب بطريقة واضحة ومقروءة بحجم خط لا يجب ان يقل عن الحجم "08"[2]، تحت طائلة فقدان البنك للحق في الفائدة وغرامة 1500 اورو[3].

وتجدر الإشارة الى ان المشرع الفرنسي فيما يخص العرض المسبق للقرض المتعلق بالعقار اورد حكما مفاده ان هذا العرض صالح فقط لمدة 04 اشهر وأن العرض يعتبر معلقا على شرط فاسخ هو شرط عدم انعقاد العقد خلال مدة 04 اشهر تسري من يوم قبول القرض[4].

ويعد العرض المسبق للقرض بمثابة وعد بالقرض بإرادة منفردة من المقرض، ولا ينشئ في ذمة المقترض بعد أي التزام لان القرض لم يبرم بصفة نهائية[5]،و تجدر الإشارة إلى ان المشرع الفرنسي، أقر إجراء اكثر فعالية فيما يخص القرض العقاري، حيث يمنع على المستهلك أن يفصح عن ارادته قبل انقضاء أجل عشرة ايام تسري من يوم استلام العرض، وليس فقط يلزم المقرض

---

[1]) عند انتهاء هذه المدة دون إبداء طالب القرض لرغبته في التعاقد يعتبر العرض لاغيا مالم يبدي المقرض تجديده أو استمراره، وهو اجل ممنوح للمستهلك من اجل اتخاذ قراره بروية ومقارنة مختلف العروض، وهي ميزة ينفرد بها عقد القرض عن باقي العقود.

[2]) Art R.311-6, C. Conso, op cit « l'offre préalable de prêt prévue à l'article L 311-8 comporte l'indication figurant dans celui des modeles types annexés au présent code qui correspond à l'opération de crédit proposée cette acte doit être présenté de manière clair et lisible. Il est rédigé en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huite ».

[3]) Art L.311-33 et L.311-34, C. Conso, op.cit.

[4]) Art L.312-12, C. Conso, op. cit « l'offre de contrat de prêt immobilier est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non conclusion dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation du contrat pour lequel le prêt est demandé ».

[5]) فالمادة L.312-68 من قانون الاستهلاك الفرنسي منعت خلال هاته الفترة اي دفع تحت اي شكل لا من المقرض للمقترض ولا من المقترض للمقرض وهذا حماية للمقترض.

بالإبقاء على عرضه، وهاته آلية جديدة يجب الإشادة بها والدعوة الى تطبيقها في باقي القروض الموجهة للمستهلك من أجل منح أجل للمستهلك للتفكير حتى لا يتسرع في اتخاذ القرار[1].

اما عن دور هذا الالتزام والغاية من وضعه يرى بعض الفقهاء أن العرض المسبق للقرض هو الوسيلة المناسبة لإعادة التوازن للعقد وجعل المقترض كطرف ضعيف في العقد في نفس مقام المقرض[2]، غير اننا نرى أن الخبرة التي يملكها البنك لا يمكن للمقترض مضاهاتها بمجرد أن يقدم له عرض عن العقد الذي يريد ابرامه، حتى لو قدم البنك كافة المعلومات الضرورية وبشكل صحيح غير انه يبقى البنك متفوقا على المقترض المستهلك ويبقى هذا الأخير بحاجة إلى الحماية.

وهناك من يرى انه وسيلة لمكافحة عيوب الرضا ويعد نظاما بديلا لعيوب الرضا، اذ تعد تقنية العرض المسبق للقرض آلية بديلة من أجل تدعيم إرادة المستهلك، نتيجة عدم فعالية القواعد العامة للعقود بتوفير حماية كافية له، فالتنظيم القانوني لعيوب الرضا يكاد يكون غير مجدي في المادة البنكية أو في مادة القرض، فما الغاية من منح المقترض حق طلب إبطال القرض اذا وقع في أحد عيوب الرضا عند ابرامه بعدما تم انفاق الاموال التي تحصل عليها أو بعد أن أدى حصوله عليها الى زيادة مديونيته، أو أدى به إلى إعسار شديد[3].

وهناك من يرى ان دوره يتمثل في تسهيل المقارنة بين العروض للمقترض، بحجة الطابع المعقد لهذا العقد وكثرة المعلومات الرقمية والمركبة التي من شانها ان تشوش دهنية المقترض وتدفعه الى

---

1) Stephane Piédelièvre, op.cit, p.50.

2) Eric Bertrand, Nemadeu Djuitchoko, le traitement du contentieux bancaire, thèse de doctorat, faculté de droit, université jean Monet, saint Etienne, 2011, p.62.

3) Eric Bertrand Nemadeu Djuitchoko, op.cit, p.62 « les mentions des vices de consentement en matière de crédit à la consommation, spécialement celles des protections ou du régime du contrat, parce qu'elles informent l'emprunteur, elles font disparaitre la cause principale de son infériorité juridique, elles confèrent donc au consommateur un complément de pouvoir qui lui manquait ».

اتخاذ قرار غير صائب أو غير مقصود[1]،وتسمح له بتحديد اولوياته ويحدد بدقة نطاق التزاماته، ويؤدي الإخلال بهذه الالتزامات الى معاقبة المقرض بجزاء فقدان الحق في الفوائد، وهو جزاء فعال يساهم في ضمان تطبيق هذا الالتزام.

2) المعلومات الواجب توفرها في العرض المسبق للقرض:

تعتبر المعلومات الواجب توفرها في العرض المسبق للقرض بندا قياسيا، ويقصد بالبنود القياسية البنود التي يأخذها المشرع في الاعتبار بغض النظر عن النص عليه في العقد ام لا، فكل ما يعارض البند القياسي يعتبر متعارضا مع مصلحة المقترض ويعد اخلالا للمهني أو الطرف الآخر بالتزاماته ومنه فهو يعتبر قرينة تنقل عبئ الاثبات من المستهلك الى المهني، كما يعد وسيلة لضمان تمتع المستهلك بحقوقه[2].

وفي التشريع الجزائري نصت على البيانات الإلزامية الواجب ايرادها في العرض المسبق للقرض المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 114/14 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على انه " **يجب أن يبين كل عرض للقرض الاستهلاكي، على الخصوص ما يأتي:**

- **تعيين الاطراف**
- **الموضوع والمدة والمبلغ الخام والصافي للقرض وكيفيات التسديد وكذا نسبة الفوائد الاجمالية،**
- **الشروط المؤهلة للقرض والملف المطلوب للحصول على القرض،**

---

[1]) وذلك منحى المشرع الفرنسي في المادة L.312-12 من قانون الاستهلاك، غير أنه منذ صدور قانون 01 فيفري 2016 أصبح للمستهلكين امكانية المقارنة بين التعريفات الرئيسية المقدمة من مختلف المؤسسات البنكية مجانا عن طريق برنامج يدعى المقارن (le comparateur) ويجب أن يحين هذا المقارن كل اسبوع، ويضم 150 مؤسسة قرض ما يشكل 98% ويمكن لهذا المقارن أن يقارن بين عشرات المؤسسات في المرة الواحدة ويمكن تصفح هذا المقارن بواسطة الحاسوب او الهاتف على الموقع التالي: www. Tarifs- bancaires.France وبالتالي أصبح هذا المقارن حقا للمستهلك وتعد ضمانة موازية الى جانب العرض المسبق للقرض.

[2]) Stephane Piédelièvre, op.cit. p.50.

- **الضمانات المقدمة من المقرض أو البائع.**
- **حقوق وواجبات البائع والمقرض والمقترض وكذا التدابير المطبقة في حالة إخلال الاطراف**"[1].

اما في التشريع الفرنسي فتتمثل المعلومات الواجب توفرها في العرض المسبق لعقد القرض الاستهلاكي في:

- هوية وعنوان المقرض أو وسيط القرض المعني،
- صنف القرض،
- المبلغ الاجمالي للقرض وشروط وضع الاموال تحت تصرف المقترض،
- مدة عقد القرض الاستهلاكي،
- مبلغ وعدد ومدة الاقساط التي على المقترض دفعها،
- المبلغ الاجمالي المستحق على المقترض،
- في حالة القرض المخصص لتمويل اقتناء سلع او خدمات محددة يجب ان يذكر مبلغ السلعة،
- في حالة الكراء مع خيار الشراء وصف العتاد المؤجر وثمن الاقتناء في حالة الشراء،
- الضمانات المطلوبة عند الاقتضاء،

---

[1]) في حين جاء في التشريع المغربي طبقا لنص المادة 78 من القانون 31/08، المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مرجع سابق على انه: "يجب ان يستوفي العرض المسبق الشروط التالية:

ـ أن يقدم بصورة واضحة ومقروءة.

ـ ان يشير الى هوية الاطراف وعند الاقتضاء هوية الكفيل

أن يحدد مبلغ القرض وعند الاقتضاء اقساطه المستحقة دوريا وطبيعة وموضوع العقد وكيفية ابرامه بما في ذلك إذا اقتضى الحال شروط التامين عندما يطالب المقترض به وكذا التكلفة الاجمالية المفصلة للقرض وسعره الفعلي الاجمالي عند الاقتضاء، ومجموع عمليات التحصيل الجزافي المطلوبة بالإضافة الى الفوائد مع التمييز بين تلك المتعلقة بمصاريف الملف وتلك المتعلقة بالمصاريف المؤداة عن كل استحقاق ..."، ويلاحظ ايلاءه لعناية اكبر فيما يخص تكلفة القرض حيث اشترط النص على كافة الأعباء التي يلزم المستهلك بدفعها، عكس المشرع الجزائري الذي نص فقط على وجوب النص على حقوق وواجبات المستهلك.

- ماعدا في حالة الكراء مع خيار الشراء، المبلغ الاجمالي للدين وشروط تطبيقه، أو كل المعايير أو المبالغ المرجعية لحسابه، أو شروط ومدة وإجراءات ضبطه، وكذا كل المعلومات المتعلقة بظروف تطبيق هذا المبلغ،
- المبلغ الاجمالي الفعلي السنوي، مع الاستعانة بمثال توضيحي يوضح كل الفرضيات اللازمة لحساب هذا المبلغ، ماعدا في حالة الايجار مع خيار البيع،
- كل الاعباء المرتبطة بتنفيذ عقد القرض والشروط التي يمكن بها تعديل هذه الشروط.
- مصاريف الموثق الواجب دفعها من طرف الموثق إذا لزم الامر،
- التعويضات في حالة التأخر عن الدفع، ومبالغ عدم التنفيذ التي يمكن للمقرض طلبها من المقترض في حالة عجز المقترض وطرق واجراءات حساب هاته التعويضات والمبالغ،
- تحذير متعلق بنتائج عجز المقترض،
- وجود الحق في التراجع عن العقد،
- الحق في التعويض المسبق للقرض وان لزم الامر حق المقرض في التعويض أو طرق حساب هذا التعويض،
- حق المقترض في طلب الحصول وبدون أعباء على نسخة من عرض القرض إذا كان المقرض وقت الطلب على استعداد على ابرام عقد القرض،
- الاشارة الى انه يجب على المقرض في إطار اجراء منح الائتمان الرجوع الى الملف الوطني لحوادث سداد القروض للأفراد،
- الاجل الذي ينبغي على المقرض ان يبقى فيه على التزامه"[1].

اما فيما يخص عمليات القرض التي تتم في محلات البيع او بواسطة وسائل اتصال تقنية فيجب حسب المادة L.312-17 من قانون الاستهلاك الفرنسي ان يتم ايراد وثيقة معلومات اضافية للمقترض كتابة او على وسيط دائم تحتوي على العناصر التي توضح مصادر واعباء المقترض والقروض المبرمة أي السارية، تمضى الورقة او يؤكد عليها الكترونيا من طرف المقترض ويجب ان تكون المعلومات الواردة في الملف موضوع تصريح يشهد على دقتها، واذا تجاوز مبلغ الائتمان

1) Art R.312-2, C. Conso, op.cit.

3000 اورو يجب دعم الملف بمستندات داعمة لموطن ودخل وهوية المقترض وفقا للمادة D.312-8 من قانون الاستهلاك[1].

وفيما يخص عروض القروض ذات المبالغ المتغيرة والتي سمح بها قانون 01 جويلية 2010 بصفة صريحة[2]، فيجب ان يبين العقد بالإضافة الى البيانات السابقة والإلزامية المذكورة اعلاه، آليات تغير مبلغ الدين الواجب دفعه من طرف المقترض، ويجب ان يعلم المقترض مسبقا اذا تغير المبلغ، واذا تم تعليق تغير السعر على إرادة المقرض فالشرط يكون تعسفيا[3].

ومن جهة أخرى وحماية من المشرع للمقترض من أي تضليل قد يلحق به من المقرض فأشترط انه إذا كان هناك ثمة معلومات يريد المقرض أن ينقلها الى علم المقترض على خلاف المعلومات الاجبارية للعرض المسبق للقرض يجب ان تظهر هذه المعلومات في وثيقة منفصلة[4].

3) شكل العرض المسبق للقرض :

يخضع العرض المسبق للقرض لمجموعة من الشروط الشكلية، من اجل ضمان استيفاء الغاية منه والمتمثلة في حماية المستهلك المقترض خاصة في بعض صور القرض الاستهلاكي مثل التعاقد

---

[1]) وتتمثل هاته المعلومات وفق المادة D.312-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي في كافة الوثائق الثبوتية لعنوان المقترض ودخله وهويته ويشترط ان تكون هاته الوثائق محينة عند منح وثيقة المعلومات الاضافية للمقترض الموضحة في المادة L.312-17 أعلاه.

[2]) Loi N° 2010 /737, du 01 juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, op.cit.
فمعدل الخصم يمكن أن يعبر عنه كنسبة مئوية ثابتة أو متغيرة، يطبق على المبلغ المقترض أو على مبلغ الائتمان المستخدم على أساس سنوي، يكون معدل الخصم ثابتا عندما ينص عقد الائتمان على معدل خصم ثابت طوال مدة عقد الائتمان أو عدة معدلات خصم ثابتة مطبقة لفترات جزئية محددة سلفًا، ويكون متغيرا إذا كان معدل الخصم متغيرًا أو قابلًا للمراجعة وذلك حسب المادة 8 Alenia L.311-1.

[3]) Stephane Piédelièvre, op.cit. P.54.

[4]) StephanePiédelièvre. IBID.p.54.

عن طريق الهاتف أو عبر الأنترنت، فيجب ان يكون مكتوبا او على دعامة دائمة، ويجب أن يكون متميزا عن أي وثيقة اشهارية أو وثيقة معلومات[1].

هذه الوثيقة يجب ان تضم كافة المعلومات التي يحتاجها المستهلك من اجل المقارنة بسهولة بين العروض التي تقدمها مختلف البنوك الداخلية او الاجنبية، كما يجب ان يرسل الى المستهلك نموذج من مشروع عقد من اجل السماح للمستهلك باختيار مؤسسة القرض من كامل الاتحاد الاوروبي[2].

ولما يقترن العرض المسبق باقتراح تامين، يجب أن تقدم وثيقة منفصلة للمقترض توضح الشروط العامة للتامين، لاسيما اسم وعنوان المؤمن، المدة، الاخطار المعنية والاخطار المستثناة، وإذا كان التامين الزامي من اجل الحصول على القرض يجب التذكير بان المقترض يمكنه ابرام تامين معادل لدى شركة تامين من اختياره، وإذا كان التامين اختياري يجب ان يذكر العرض المسبق للقرض الشروط التي يمكن للمقترض ان لا يلتزم بها[3].

المطلب الثاني: وجوب استيفاء الشكليات الاحترازية

فرض المنطق المعقد لعقد القرض البنكي شكليات وإجراءات غير معهودة في عقود القانون الخاص، وهي شكليات تدفع للتأكيد على الصلة الوثيقة بين هاته العقود والنظام العام، وكذلك لتوضيح موقف المشرع فيما يخص تمتع المستهلك المقترض بالحماية الكافية، وهي الشكليات التي ترتكز على العموم على واجب توعية العميل بخطورة نتائج العقد المبرم، بالإضافة الى واجب فحص ملاءة المقترض ومدى استعداده لتنفيذ التزاماته، ومن ابرز هاته الإجراءات والشكليات

[1]) في فرنسا يجب ان يكون كل عرض مسبق للقرض في نسخة نموذجية أوروبية موحدة للقرض، ويذهب القضاء الاوروبي الى ابعد من ذلك حيث يضع على عاتق المقرض عبئ إثبات أنه قدم بطاقة المعلومات الى المقترض، وإثبات ان هذه الاخيرة مطابقة لمقتضيات قانون الاستهلاك.

CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-449/13, cité par Stephane Piédelièvre. Op.cit. P.40.

[2]) StephanePiédelièvre, op.cit. P.40.

[3]) StephanePiédelièvre, ibid, P.53.

الاحترازية الالتزام بالاستعلام الذي يعد وسيلة فعالة لمحاربة المخاطر[1] وكذا الالتزام بفحص ملاءة المقترض، ومن اجل توضيح ذلك نتطرق اولا إلى واجب الاستعلام عن العميل وتوعيته (الفرع الاول)، ونتطرق ثانيا الى الالتزام بفحص ملاءة المقترض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: واجب الاستعلام عن العميل وتوعيته:

تعد مرحلة الاستعلام عن العميل مرحلة محورية واساسية في تحديد مستقبل علاقة البنك بعميله، إذ يتحرى البنك عن عميله ويتأكد من سمعته المهنية ومدى توافره على مقومات العلاقة البنكية الناجحة، حتى يتمكن من رسم خطوط العلاقة مع هذا العميل ومدى إمكانية توسيعها في إطار آمن ومربح لكلى الطرفين، او تضييقها بشكل يتناسب مع مستوى الأخطار المعاينة وتحديد الإجراءات الواجب اتخاذها لمنع تفاقم هاته الاخطار.

وهو الاستعلام الذي تتعدد تقنياته ومصادره وكذا نتائجه، فقد يستعلم البنك على عميله إما لدى جهات إدارية كهيئات مركزية المخاطر، أو لدى البنوك الاخرى التي قد تكون جمعتها بالعميل علاقات مسبقة، او لدى أشخاص او شركات من القانون الخاص في إطار ما يسمح به القانون.

وعن توعية العميل تعد مسألة ضرورية ونتيجة حتمية للالتزام بالاستعلام إذ على أساسه يقرر البنك محتوى المعلومات الواجب تقديمها الى عميله من اجل ضمان عملية بنكية ناجحة، ومن أجل توضيح ذلك نتطرق أولا الى واجب الاستعلام عن العميل (أولا)، ونتطرق ثانيا الى واجب توعية العميل (ثانيا).

أولا: واجب الاستعلام عن العميل

يعرف الاستعلام المصرفي انه " آلية تقصي تشمل كل ما يخص الزبون البنكي من معلومات سواء من حيث مركزه الائتماني والمالي والأدبي وكذا التنبؤ بمستقبله ودراسة المخاطر المحيطة به،

[1]) كما يعد الالتزام بالاستعلام أيضا وسيلة فعالة للوقاية من تبييض الاموال وتمويل الإرهاب، اذ تنص المادة 02 من النظام رقم 03/12 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، ج ر عدد 12، مؤرخة في 27 فيفري 2013، على انه " **يتعين على البنوك والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر لتفادي التعرض الى مخاطر مرتبطة بزبائنها واطرافها السهر على وجود معايير داخلية لمعرفة الزبائن ومطابقتها باستمرار**".

وتحديد رغبته في تسديد القرض وقدرته على خلق الدخل الذي تقوم عليه عملية التسديد من خلال شبكة للاستعلام تضم البنوك وهيئات عامة وشركات خاصة مرخص لها بتقديم خدمات الاستعلام المصرفي"[1].

ويجد الاستعلام المصرفي سنده القانوني في المادة 29 من النظام رقم 08/11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية التي جاء فيها "**على البنوك اتخاذ الوسائل التي تسمح لها بضمان معرفة زبائنها والعمليات التي يقومون بها ولتحقيق هذا تقوم البنوك والمؤسسات المالية بإعداد معايير داخلية تحدد لاسيما:**

ـ سياسة قبول الزبائن الجدد.

ـ إجراءات تحديد هوية الزبائن والتأكد من الوثائق المقدمة"[2].

وأثناء الحديث عن مصادر الاستعلام البنكي عن العميل يمكن التركيز على مصدرين أساسين بالرغم من وجود مصادر اخرى ثانوية، فيتمثل المصدر الاول في الاستعلام لدى العميل نفسه فهو اعلم الأشخاص بوضعيته سواء المالية أو الشخصية، لتبقى مسألة التأكد من صحتها وفعاليتها من اختصاص البنك، ويتمثل المصدر الثاني في الاستعلام لدى البنوك الأخرى في إطار الهدف المشترك لهاته البنوك في معرفة زبائنها وتطوير تبادل المعلومات بينها، ومن أجل توضيح أكثر نتطرق أولا الى ضرورة تطوير تبادل للمعلومات بين البنك وعميله في المرحلة قبل عقدية (1)، ونتطرق ثانيا الى تفعيل وتسهيل تقنية تبادل المعلومات بين البنوك (2).

1) ضرورة تطوير تبادل للمعلومات بين البنك وعميله في المرحلة قبل العقدية:

يجب أن ينصب هذا التبادل للمعلومات حول كل العناصر المهمة، والذي يختلف من عقد الى آخر، فالمعلومات الواجب تقديمها في قرض قد تختلف عن تلك الواجب تقديمها في قروض أخرى،

[1]) فضل المولى إبراهيم، الطاهر الفاتح الشريف يوسف، دور الاستعلام الائتماني في الحد من تعثر التمويل بالمصارف التجارية العاملة بالسودان– دراسة ميدانية– مجلة العلوم الاقتصادية، عدد 02، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا،2015، ص 07.

[2]) المادة 29 من النظام رقم 08/11، مؤرخ في 28 نوفمبر 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر عدد 47، مؤرخة في 29 أوث 2012.

بحيث يجب أن تستجيب للوضعية المالية للمقترض وحاجياته وخبرته، فبالرغم من الدور الإعلامي والتوجيهي للعرض المسبق للقرض كإجراء إلزامي قبل تقديم أي قرض ومدى مساهمته في انارة رضا المقترض، غير أنه يبقى قاصرا في توفير إعلام مشخص للمقترض بفعل خاصية الجمود التي يتمتع بها.

فالنموذج الذي يقدم به موحدا والمعلومات التي يشملها ثابتة، لذلك ينبغي على المشرع الحرص على تطوير تبادل للمعلومات بين البنك والمقترض من أجل ضمان إعلام وتوعية بشكل أفضل، ومن اجل توضيح ذلك نتطرق اولا الى وجوب تفعيل التزام المقترض بالإفصاح عن كل حادث سواء قبلي او مستقبلي (أ)، ونتطرق ثانيا الى تقنيات تبادل المعلومات بين البنك والمقترض (ب).

أ) وجوب تفعيل التزام المقترض بالإفصاح عن كل حادث سواء قبلي أو مستقبلي:

يجب تفعيل التزام المقترض بالإفصاح عن كل حادث سواء قبلي أو مستقبلي لإبرام القرض قد يؤثر في وضعيته المالية وذلك من أجل تمكين البنك من دراسة جدوى منح القرض من عدمه، ولذلك فمن الجدير القول بتحميل المقترض سيئ النية الذي يتعمد إخفاء معلومات مهمة أو يقدم معلومات مغلوطة للبنك المسؤولية عن هذا التصرف، فيجب على المشرع ان يلزم المقترض بذلك وأن يضع له جزاء عند مخالفته هذا الالتزام، كفقدانه للحق في المطالبة بالتعويض او حرمانه من الاستفادة من بعض الاحكام الحمائية، ومن كافة أوجه المساعدة في حالة التعثر المالي، دون الإخلال بحق البنك في المطالبة بالتعويض لذلك يجب إعادة النظر في الأحكام القانونية سواء المتعلقة بالوقاية من المخاطر او المتعلقة بأوجه الحماية الاخرى المقدمة للمستهلك.

فينبغي ان يستفيد المدين حسن النية فقط من الحماية القانونية، فلا يعقل أن تمنح الحماية لطالب قرض سيئ النية، كما ان معاملته نفس معاملة المقترض حسن النية يعد تشجيعا له على تقديم معلومات مغلوطة قد يتعدى تأثيرها حدود العلاقة بين البنك والمقترض[1]، وهذا في سبيل حماية المقترض نفسه من المخاطر البنكية وحماية النشاط البنكي في آن واحد، فلا يعقل أن تمنح

[1]) فجل النصوص القانونية لا تكرس مفهوم حسن النية فلا يوجد أي نص تشريعي او تنظيمي سواء فيما يخص القرض الاستهلاكي أو العقاري يلزم المقترض بصفة رسمية بتقديم معلومات صادقة الى المقترض حول وضعية المالية.

الحماية للعميل سيئ النية الذي كان السبب في تفاقم وضعيته المالية والوقوع في المديونية المفرطة كتعمد التستر وقت طلب القرض عن الحوادث التي قد تشكل صعوبات مالية للمقترض في تعويض القرض لاحقا[1].

ب) تقنيات تبادل المعلومات بين البنك والمقترض:

يقصد بتقنيات تبادل المعلومات بين البنك والزبون الاساليب التي يتمكن البنك من خلالها من الحصول على المعلومات عن عميله، فيمكن أن تتم بأي وسيلة من وسائل الاتصال وحتى الإلكترونية منها بشرط توفرها على شروط الأمن والمصداقية، وقد تتم عن طريق وثيقة معلومات تحتوي على الأسئلة التي يريد البنك الحصول على إجابة عنها كما قد تتم شفويا عن طريق حضور الزبون الى شباك البنك واستجوابه من طرف موظفي البنك.

وعن محتوى وترتيبات التحري والاستعلام لدى العميل نفسه لم يورد المشرع طريقة خاصة يجب اتباعها، ولعله فعل ذلك متعمدا من اجل إتاحة الفرصة لبنك بالحصول على هاته المعلومات بالكيفية التي يراها مناسبة دون تقييده، غير انه يمكن الاستعانة ببعض الإجراءات المتبعة في التحري عن العميل في اطار الوقاية من اجراءات تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، باعتبارها أهم متطلبات هذا الاستعلام، حيث يتم التأكد من هوية الشخص الطبيعي بتقديم وثيقة رسمية اصلية سارية الصلاحية متضمنة للصورة، ويتم التأكد من هوية الشخص المعنوي بتقديم قانونه الاساسي[2]، ويتم التأكد من عنوان الزبون بتقديم وثيقة رسمية تثبت ذلك[3]، ويتعين على البنوك

---

[1]) Climentine Loyel, les mesures de prévention du surendettement des particuliers : à la croisée des chemins des droits commun et spécial, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, faculté de droit, science politique et de gestion, université de la rochelle, 2014, p.76.

[2]) المادة 05 فقرة 01 و02 من النظام رقم 03/12، يتعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، مرجع سابق.

[3]) المادة 05 فقرة 03 مرجع نفسه، في حين كان النظام رقم 05/05 الملغى يتبنى طريقة مزدوجة للتأكد من العنوان، الأولى هي تقديم وثيقة رسمية، والثانية رسالة إخطار ترسل للعنوان المعطى لفتح حساب عن طريق البريد ترحب به كزبون جديد، فإذا ما اعيدت الرسالة الى البنك كان ذلك دليلا على عدم صحة العنوان.

والمؤسسات المالية أن تحين سنويا المعلومات المتوفرة لديها، وإذا تبين لها انها غير كافية يتعين عليها اتخاذ الإجراءات الكافية للحصول على المعلومات الضرورية[1].

2) تفعيل وتسهيل تقنية تبادل المعلومات بين البنوك:

تثير عملية تبادل المعلومات بين البنوك عدة تساؤلات تتعلق خصوصا بمدى تعارض هذه العملية مع احكام السرية المصرفية، والا يتنافى ذلك مع مبدأ التنافس بين البنوك، ومسؤولية البنك عن منح هذه المعلومات في حالة ما إذا كانت غير واضحة أو ناقصة أو غير صحيحة[2]، ومن جهة اخرى قد يؤدي التستر من طرف البنك من خلال منع تبادل المعلومات بين البنوك على عدم القدرة على تحليل مخاطر منح القرض، كما قد يؤدي منع البنك من استعمال المعلومات لأغراض تجارية إلى حرمان البنك من عمليات الاستشراف لتحديد مستقبل علاقته مع الزبون[3].

لذلك ينبغي ان يضع المشرع بدقة الشروط التي ينبغي وفقها للبنوك تبادل المعلومات فيما بينها وفق ما يكفل من جهة احترام خصوصية المقترض وضمان شفافية ووضوح المعلومات، ويكفل من جهة اخرى للبنوك الحصول على المعلومات الضرورية حول زبائنها التي تساعدها في تفادي مخاطر القرض وتحليل الوضعية المالية للمقترض من أجل تقدير جدارته في الحصول على القرض من عدمها، ويمكن جمع شروط تبادل المعلومات بين البنوك في:

- توخي الحذر وأن تكون المعلومات المقدمة موجزة،
- أن لا تتضمن المعلومات المتبادلة تفاصيل عمليات الزبون بالأرقام فيجب ان تكون معلومات تتعلق بالوضع العام للزبون دون اعطاء بيانات تفصيلية لوقائع محددة والبوح

---

[1]) المادة 06، نظام رقم 03/12، يتعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، مرجع سابق.

[2]) في هذا الصدد نص المشرع اللبناني صراحة على منع البنوك من منح معلومات حول الزبون لبنوك أخرى، أي منع البنك من الاستعلام على الزبون لدى بنك آخر وذلك في المادة 06 من قانون السرية المصرفية لسنة 1956 وكذلك القانون المصري رقم 205 لسنة 1990 في مادته الرابعة، وقانون البنوك الاردني في مادته رقم 17.

[3]) Hammoud May, la protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, Thèse de doctorat, droit privé, Université panthéon-assas, 2012, p.382.

بالأسرار الشخصية أو الضمانات المقدمة، فينبغي ان يعبر البنك مثلا عن سمعة العميل بان يقول حسنة أو متوسطة أو سيئة[1].

وأثناء الحديث عن فكرة الاستعلام المصرفي يثور التساؤل حول هل يشمل هذا الاستعلام المتعامل مع البنك فقط ام يشمل الوكلاء الذين يمثلونه، فالأرجح ان يشمل الالتزام بالاستعلام هؤلاء الوكلاء بما انهم على صلة مباشرة بالبنك رغم انهم يعبرون عن إرادة موكلهم إلا انهم قد يشكلون خطرا على النشاط البنكي، فعليهم أن يقدموا الوثائق المشروطة وكذا التفويض بالسلطات المخولة لهم[2].

ثانيا: واجب توعية العميل

تجدر الاشارة الى ان الإعلام المقصود في هذا العنوان يختلف عن الإعلام الواردة في المطلب الاول من هذا الفصل، حيث تم التركيز فيه على الاعلام بهدف إنارة رضا المستهلك وجعله يفصح عن إرادة حقيقية وواعية، في حين يهدف الإعلام المقصود في هذا العنوان الى احترام سياسة تسيير المخاطر.

بعبارة أخرى تجدر الاشارة الى أن الغرض من الالتزام بالإعلام هو غرض مزدوج فهو التزام من اجل حماية التراضي ودعم إرادة المقترض وفي نفس الوقت هو التزام احترازي يندرج ضمن الالتزام بفحص الملاءة، ويمكن جمع اشكال الالتزام بالإعلام كإجراء احترازي من أجل تفادي وقوع المقترض في صعوبات مالية، اي الالتزام بالإعلام كالتزام من التزامات تسيير مخاطر القرض، ومن أجل توضيح أكثر نتطرق أولا للالتزام بالشرح والتسبيب (1)، ونتطرق ثانيا الى الالتزام بالنصيحة (2)، ونتطرق ثالثا الى الالتزام بالتنبيه (3).

---

[1]) بوخرص عبد العزيز، الاستعلام المصرفي وسيلة للحد من المخاطر البنكية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد 04، ص 103.

[2]) وهذا قياسا على المادة 05 فقرة 04 من النظام رقم 03/12، المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، التي نصت على ضرورة تقديمهم للوثائق الثبوتية لهم، فالمشرع رأى امكانية تشكيلهم خطرا على النشاط البنكي لذلك نرى ضرورة امتداد الالتزام بالإعلام إليهم.

1) الالتزام بالشرح والتسبيب:

هو الالتزام الذي يهدف الى التحقق مما إذا كان الائتمان مناسبًا لاحتياجات المقترض ووضعه المالي، وينفد عن طريق نقل البنك للمستهلك المقترض كافة المعلومات التي تنصب على اي بند من بنود العقد وتوضيح الرؤية حول كيفية تنفيذ اي من هاته البنود وتأثيرها على المقترض، ويختلف عن الالتزام بالإعلام في انه يقدم بطريقة مفصلة ومشخصة بما يتناسب ووضعية المقترض، ومنه فهو التزام تبعي وتكميلي للالتزام بالاستعلام المذكور أعلاه، فلن يتمكن البنك من تشخيص الوضعية المالية للمقترض، ومنه عدم تنفيذه للالتزام بالشرح إذا لم يسعى البنك الى الاستعلام عن المقترض، أو لم ينقل المستهلك المعلومات ذات الصلة إلى المصرفي التي تحدد في ورقة المعلومات وفقًا للالتزام بتقديم المعلومات الذي يقع على عاتقه بكل صدق، ليبقى للمقرض بعد ذلك اتخاذ قرار منح القرض من عدمه.

ومع ذلك فالمشرع لم يكتفي بالزام المقرض بإثبات انه قدم المعلومات الكافية فقط، فإذا تم التأكد من وجود صعوبة مالية لدى المقترض بعد حصوله على القرض، فالمشرع افترض أن المقرض لم ينفذ التزامه بشكل صحيح، ولذلك فلا يكفي إثبات المقرض انه أوفى بالتزامه بالشرح، بل الزمه المشرع بإثبات أن عقد القرض أصبح غير ملائم بعد إبرامه، بسبب حدث لم يكن بإمكانه أن يعرفه أو أخفاه عنه المقترض من اجل إخلاء مسؤوليته[1].

وبعبارة اخرى لا يقع على المقرض اثبات انه قدم المعلومات الضرورية فقط وانما يوضع في موقف المسؤول عن عدم فعالية هذه المعلومات وعدم تأديتها لدورها المتمثل في تفادي وقوع المقترض في صعوبة مالية، وعليه اثبات عدم مسؤوليته عن هذا الاخفاق وهذه الصعوبة وليس مجرد إلزام شكلي للمهني وهذا هو الفرق بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالشرح فالأول شكلي والثاني موضوعي.

أما ما يخص التسبيب فهو في الأصل التزام لصيق بأشخاص القانون العام، أي الادارة وحدها الملزمة بتسبيب تصرفاتها وشرح الأسانيد التي اعتمدتها في سن قرارها، وذلك لأنها تقوم بنشاطات تتعلق اساسا بالمصلحة العامة والمرفق العام، فاشتراط هذين الالتزامين على شخص من القانون

[1]) Stephane Piédelievre, op.cit.p.44.

الخاص، تبدو فكرة غريبة وتثير عدة تساؤلات، لاسيما حول تأثير هذا الالتزام على الحرية التعاقدية والطابع الرضائي للعقد كما هو متعارف عليه في القواعد العامة للعقود.

فعقد القرض لم يعد عقدا حقيقيا بمجرد منحه من طرف مختص في القرض، فالعقد الحقيقي هو العقد الذي يتم بمجرد تبادل التراضي دون الحاجة للتسليم او أي إجراء شكلي آخر، وبالتالي فعقد القرض الممنوح من طرف البنك لم يعد عقدا رضائيا ولن يعتبر مبرما بمجرد تبادل التراضي وإنما ينبغي استيفاء الشكليات الاحترازية، وبالتالي فإن هاته الشكليات تعد جزءا من العقد وان احترامها ضروري لانعقاده[1].

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

2) الالتزام بالنصيحة:

تشكل النصيحة توجيه للمقترض الى حل دون الحل الآخر، وتقوم على الالتزام بالتحذير والتنبيه ضد الأخطار وتقييمها واحتمالية تحققها بالنظر الى تعقد وخطورة العملية التعاقدية المراد ابرامها، ومقارنة اعباء القرض بالمداخيل، فعلى البنك أولا الاستعلام من أجل تأسيس نصيحة للمقترض والبحث عن المعلومات الضرورية، فالنصيحة توجه ابتداء من العناصر التي تلقاها من المقترض وعليه بعد ذلك أن يشخصها بالنظر الى وضعية المقترض المعني، وتوجيهه نحو أحد الحلول الممكنة، وعلى البنك أن يقترح الحل الأكثر تلائما مع وضعية المقترض[2].

---

1) Cass. Civ. 1re, du 28 mars 2000, Bull. civ. I, N° 105, p 482, cité par Stephane Piédelievre, op.cit. p.48, « **Il n'a plus la nature d'un contrat réel dès lors qu'il est consenti par un professionnel du crédit** ».

2) Patricia Franc, op.cit. p.125.

وقد حددت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 27 جوان 1995[1]، ثلاثة التزامات على البنك استيفاؤها في إطار الالتزام بالنصيحة وهي تقديم معلومات موضوعية، جمع العناصر الضرورية اللازمة لتحضير النصيحة[2]، النصيحة على ضوء المعلومات التي تحصل عليه البنك حول مدى ملاءمة القرض[3]،وفي قرار آخر لها جاء فيه ان البنك ملزم بان يقترح الحل الاكثر ملاءمة لمصالح زبونه[4].

وبشأن التساؤل القائل بمدى تعارض الالتزام بالنصيحة مع مبدأ عدم التدخل، فيمكن القول انه لما يتعلق بنصيحة بسيطة يبقى المقترض حرا في متابعة او عدم متابعة العملية فالأمر بسيط، لكن الصعوبة تقوم لما يربط البنك قراره بمنح القرض من عدمه بموقف المقترض من النصيحة، هل يعتبر هذا تدخلا في اعمال الزبون أم يعد مجرد ممارسة للبنك لحريته في عدم ابرام قرض محاط بالمخاطر.

فلفظ النصيحة يمنح خيار الاتباع من عدمه فالعميل لما يرفض النصيحة من حقه ذلك، كما ان النصيحة المقدمة من طرف البنك يمكن اعتبارها الشرط الذي يقبل به البنك التعاقد ولذلك فلما يرفض البنك التعاقد فمن حقه ذلك حفاظا على حريته التعاقدية ومن تم قد تفقد النصيحة هدفها ومعناها الحقيقي وتتحول الى مجرد اشتراط عقدي.

وتجدر الاشارة الى أنه مهما كان فانه لا يجب ان يتحول البنك الى مستشار مالي للمقترض أو تكليف البنك بتحليل مالي للمقترض أو مؤسسته، وبذلك فلا يجوز أن تقام مسؤولية البنك الا عن

---

[1]) Cass. Civ. 1er, N° 92-19212, du 27 juin 1995, bull 1995, I, N° 287, p.200.

[2]) ومنه على البنك أولا الاستعلام حول الوضعية المالية للمقترض وبالتالي يعتبر الالتزام بالنصيحة كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالشرح التزاما تبعيا للالتزام بالاستعلام.

[3]) يفهم من هاته العبارة أن مسؤولية البنك في تقديم النصيحة محدد بنطاق المعلومات التي تحصل عليها، وهنا يظهر الفرق بين الالتزام بالنصيحة والالتزام بالإعلام الذي ينصب على معلومات موضوعية محددة في حين تنصب النصيحة على معلومات مشخصة تتناسب مع وضعية المقترض المعني.

[4]) Cass.Civ. 1er, N° 1986,118, du 09 juillet 1985, WWW.légifrance.fr. : « le banquier doit proposer celle qui est la plus favorable aux intérêts de son client »

الاخطاء الناتجة عن تعمد منح معلومات ناقصة للمقترض، أو تقديم نصائح في غير محلها بغرض حمله على التعاقد رغم وجود دلالات قوية حول عدم ملائمة الالتزامات الناشئة عن القرض مع وضعيته المالية.

3) الالتزام بالتنبيه:

هو التزام آخر من الالتزامات الملقاة على عاتق البنوك في إطار استيفاء الشكليات الاحترازية لمنح القرض، مراقبة الحذر وتسيير مخاطر القرض، والذي مفاده ان البنك بعد قيامه بعملية الاستعلام التي سبق توضيحها ودراسته لملاءة طالب القرض ومدى إمكانية تحمله للآثار الناتجة عن القرض، عليه ان يخطر الزبون بالمخاطر المحتملة لهذا القرض، والممارسات التي قد تؤدي إليها والإجراءات التي قد تساهم في تفاديها[1].

ويتجسد هذا الالتزام من خلال التزام آخر وهو الالتزام باليقظة، فالبنك عليه ان يتوقع كل النتائج وكل الوضعيات المحتمل ان تؤثر على الوضعية المالية للمقترض وكافة الاحتمالات الواردة على قرار المقترض، وعليه ان يتأكد من ان الزبون محذر وان يبرر ذلك، ويقع عبئ إثبات قيام البنك بالتزاماته بالتنبيه أو بالتزاماته بالحذر على البنك في حد ذاته، فعليه أن يحضر ادلة إثبات انه قام بهذه الالتزامات حت طائلة الجزاء، وذلك ما اكده قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 مارس 2011[2].

وفي قرار لها بتاريخ 12جويلية 2005 في قضية زوجين ابرما عقد قرض عقاري وبعد ذلك عجزا عن تسديده ما دفع البنك الى الحجز، دفع المقترضين ببطلان القرض بحجة قيام مسؤولية البنك عن المنح التعسفي للقرض وأقرت ان البنك تجاهل التزاماته في مواجهة المقترضين العاجزين ولم

---

[1]) في هذا الصدد هناك من الدارسين من يرى ان البنك أصبح دوره ليس فقط البحث عن مصلحته وعن انتاجية القرض وملائمته مع الوضعية المالية للمقترض، ولكن البحث أيضا عن مصلحة المقترض، ليتحول الى مدافع عن مصلحتين متناقضتين وهذا امر غير مسوغ في مجال الممارسات العقدية، غير اننا نرى أن البنك باستفائه لهاته الالتزامات حتى وإن كان يدافع على مصلحة المقترض بصفة غير مباشرة، غير انه يسعى بالدرجة الاولى للحفاظ على مصلحته، وعن متانة النشاط البنكي وتطوره بصفة عامة ونشاط منح القروض بصفة خاصة.

[2]) Cass. Com, du 22 mars 2011, cité par Patricia Franc, op.cit. p.125.

يفحص قدراتهم المالية من خلال منحهم قرضًا مفرطًا فيما يتعلق بقدرتهم على الدفع وبالتالي أخل بالتزامه بالتحذير [1].

وانطلاقا من ذات القرار يثور التساؤل حول ما إذا كان البنك ملزم برفض القرض ام عليه فقط أن ينبه المقترض لما يكتشف البنك ان منح القرض غير مجدي، لم يجب القرار السابق صراحة على هذا التساؤل لكن يبدو من عبارة «et en leur accordant un prêt excessif» الواردة في منطوق القرار انها تشير الى إلزام البنك بعدم إبرام القرض لما يبدو واضحا من البداية انه غير مجدي وينتهي الى العجز عن السداد.

من جهتنا يمكننا الاجابة على هذا التساؤل بالقول ان البنك عليه اولا محاولة ثني عزيمة المقترض بتعديل طلبه المقدم للبنك سواء من حيث المبلغ او من حيث مدة القرض وتوجيهه الى الراي الصائب الذي يتماشى وقدراته المالية، أما إذا رأى ان القرض غير ملائم وانه يزيد من تفاقم وضعيته المالية فعليه ان يرفض القرض.

الفرع الثاني: الالتزام بفحص ملاءة المقترض

ظهرت الحاجة الماسة إلى ضرورة محاربة كل ما يمكن ان يعرقل السير الحسن لمعاملات الأطراف وعلاقاتهم العقدية باستعمال كافة الوسائل التي تساهم في القضاء على الأخطار أو على الأقل التقليل منها، وجعلها تحت الحد المقبول في إطار ما يسمى بتقنية تسيير المخاطر، وهي الوسائل التي إما حددها القانون وجعلها خطوطا حمراء لا يجب تجاوزها، وإما وسائل اتفاقية يدرجها الأطراف بما يتلاءم ووضعيتهم وقدراتهم.

---

[1]) Cass.Civ. 1er, N° 03 -10921, du 12 juillet 2005, www.légifrance.fr. «La cour d'appel, … a retenu que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde ; qu'elle a légalement justifié sa décision de ce chef ».

لذلك يسعى المشرع الى بحث سبل وآليات من أجل التصدي لمثل هاته المخاطر، وإنشاء هيئات مختصة من اجل مراقبة احترام البنوك والمؤسسات المالية لهاته القواعد، ومن اجل توضيح ذلك نتطرق اولا الى وجوب احترام قواعد الحذر عند منح القروض البنكية (اولا)، ونتطرق ثانيا الى الهيئات المختصة بالإشراف على إدارة مخاطر القرض في التشريع الجزائري (ثانيا).

اولا: وجوب احترام قواعد الحذر عند منح القروض

لقد عانت المعاملات العقدية منذ بدايتها الأولى من فكرة الخطر التي يقصد بها تلك الأحداث والوقائع التي تلحق العقد في حد ذاته أو أطرافه أو الظروف المحيطة بتنفيذه وتجعله إما مرهقا لأطرافه وإما مستحيل الاستمرار، وهي الفكرة التي تعاظمت باتساع رقعة المعاملات العقدية وتجاوزها حدود الدول واعتمادها على أساليب وتقنيات مستحدثة وتداخل عدة أطراف في إتمامها.

غير أن فكرة الخطر في المجال البنكي قد تبدو مختلفة تماما عن تلك المعروفة في باقي العقود سواء من حيث آثارها التي تتعدى أطراف العقد لتشمل كافة المتعاملين مع البنك ما يجعل ثقة البنك على المحك[1]، وما يؤثر به ذلك على نشاط البنك، أو من حيث أسبابها التي قد تتعدى أيضا مجرد تنظيم سيئ للشروط العقدية أو ظروف غير متوقعة لتشمل أي خلل في المنظومة التشريعية البنكية وما تفرضه من شروط وما تقدمه من ضمانات، وكذلك من حيث تسييرها والتقليل منها والذي ينبغي أن يتم وفق سياسة مدروسة ودقيقة يساهم في تحقيقها كافة الفاعلين في المجال البنكي، وينفد البنك التزامه في الوقاية من هاته المخاطر او التقليل منها عن طريق احترام سياسة تسيير المخاطر البنكية(1)، ونتطرق ثانيا الى وسائل تجسيد الحماية ضد أخطار القرض (2).

1) وجوب احترام سياسة تسيير المخاطر البنكية:

يتميز النشاط البنكي بخصوصية تميزه عن باقي القطاعات فمفهوم الاخطار القانونية في المجال البنكي يطرح مقاربة أخرى أكثر اتساعا من اخطار المجالات الاخرى، هذه الخصوصية تتعلق

[1]) فتراكم آثار المخاطر البنكية المجسدة في العقود مع العملاء لا يكون له تأثيرا فقط على هاته العقود وإنما على باقي العقود أيضا فالبنك يتاجر في اموال زبائنه المودعين وأي خطر قد يمس عملية منح القروض يمس بالتتابع عمليات الإيداع.

لاسيما بحساسية النشاط البنكي ومتطلبات الرقابة في مجال الحذر، وهنا يطرح الإشكال حول المقصود بفكرة تسيير المخاطر البنكية وما إذا كانت فكرة جديدة وحصرية في المجال البنكي، أم هي فكرة معروفة في القواعد العامة أو في مجالات اخرى، بالإضافة إلى نوعية وطبيعة الآليات التي كرسها المشرع من اجل الوقاية من المخاطر، وذلك ما سنحاول توضيحه من خلال التطرق أولا الى المقصود بمخاطر القرض (أ)، ونتطرق ثانيا الى المقصود بسياسة تسيير المخاطر (ب).

أ) المقصود بمخاطر القرض:

يعرف خطر القرض أنه " **الخسارة التي تحدث للبنك نتيجة عدم مقدرة العميل على تسديد القرض وفوائده، وتعود هذه الخسائر الى عدة عوامل داخلية أو خارجية منها ضعف ادارة الائتمان وكذلك الى الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، كما يعرف على انه عدم قدرة العميل على تسديد القرض في تاريخ استحقاقه**"[1]، كما يعرف ايضا أنه "**خطر عجز المقترض عن تعويض القرض، كما أنه أيضا الخطر الناتج عن تغير قيمة أصول مالية بسبب حوادث خاصة تؤثر على الملاءة المحتملة للمقترض**"[2].

كما عرفه بنك الجزائر في المادة 02 فقرة "أ" من النظام رقم 08/11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية أنه " **الخطر الذي يمكن التعرض له في حالة عجز طرف مقابل أو أطراف مقابلة تعتبر كنفس المستفيد بمفهوم المادة 02 من النظام رقم 09/91 المؤرخ في 14 غشت 1991، المعدل والمتمم الذي يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف والمؤسسات المالية**".

---

[1]) آيت وازو زاينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في ظل القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013/2012، ص 109.

[2]) Mehela Vernave, la gestion des risques juridiques bancaires, étude appliquée aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil, thèse de doctorats, faculté de droit, université paris I, Panthéon- Sorbonne, 2014, p.80.

وانطلاقا من هاته التعاريف يمكن تعريف خطر القرض أنه احتمالية عجز المقترض عن الوفاء بالتزاماته تجاه البنك وذلك إما لأسباب راجعة الى عقد القرض ذاته كإساءة تقدير ملاءة المقترض أو الإفراط في تحديد مبلغ القرض مقارنة بالوضعية المالية للمقترض أو لأسباب خارجة عن العقد والتي تشمل مختلف الحوادث التي تمس بملاءة المقترض، ومن تم فخطر القرض يمكن ان يظهر في ثلاثة صور وهي خطر عدم الدفع، خطر التحصيل، خطر تغير الظروف التي كانت معروفة عند إبرام العقد وساهم تغيرها في تغير المعطيات التي منح على اساسها القرض أو أدت إلى تغير القيمة المالية لأصول المقترض.

تجدر الإشارة إلى ان مخاطر القرض ليست المخاطر الوحيدة التي قد تلحق عقد القرض البنكي وليست الوحيدة التي على البنك وضع انظمة من أجل تسييرها، لاسيما خطر السيولة والذي عرفته المادة 02 فقرة "و" أنه " **خطر السيولة هو خطر عدم قدرة البنك على الوفاء بالتزاماته أو عدم القدرة على تسوية أو تعويض وضعيته، نظرا لوضعية السوق وذلك في أجل محدد وبتكلفة معقولة**"[1]، فعبارة التزاماته لا تعني فقط الالتزامات التي تولدت عنها مسؤوليته تجاه المودعين وانما ايضا الالتزامات الناشئة في مواجهة مدينيه على غرار المقترضين خاصة في الأشكال التي لا يكون وضع الاموال تحت تصرف الزبائن فوريا (الضمان الاحتياطي، الكفالة...) لذلك فالأضرار المترتبة عن خطر السيولة لا تمس فقط المودعين وانما قد تمس أيضا المقترضين[2].

ب) المقصود بسياسة تسيير المخاطر:

يقصد بإدارة المخاطر مجموعة الأدوات والتقنيات التي يعتمد عليها من أجل رصد المخاطر ودراسة أسبابها وتقييمها ومحاولة الإبقاء عليها في الحدود المقبولة عن طريق استراتيجيات مدروسة يضعها البنك ويسهر على تنفيذها تحت رقابة السلطات المعنية بالرقابة، والتي تشرف على تحقيقها

---

[1]) المادة 02 فقرة "و" من النظام رقم 08/11، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

[2]) وقد جعلت أزمة 2008 السيولة في قلب اهتمامات البنوك لأنها أصبحت باعث لقياس درجة الثقة بعملائها وأداة لدعم رأسمالها، كما دفعت بالفقهاء إلى تغيير وجهة نظرهم فقبل الأزمة كانوا يعتقدون أن كل بنك مليء فهو بنك لديه سيولة وبعد الأزمة أصبح القول بالملاءة لا يعني أبدا توفر السيولة.

Mehela Vernave. Op.cit. p.85.

من أجل تحديد وقياس مجموع المخاطر التي تحيط بمختلف العمليات البنكية ثم وضع استراتيجيات لتجنبها أو تقليل آثارها السلبية ويخضع ذلك إلى أسس ومبادئ عالمية محددة، تسمى بالمبادئ والقواعد الأساسية لتسيير وإدارة المخاطر، ويسعى المشرع الجزائري وهيئاته البنكية والمالية ترسيخها والحرص على تنفيذها.

تقوم سياسة تسيير المخاطر على مبدأ الوقائية في التعامل مع الأخطار البنكية، فالأسس التي تقوم عليها هاته السياسة هي اجراءات واجبة الإتباع في كل الحالات وقبل التعرض لأي مشكلة وبغض النظر عن كل عقد أو عملية على حدة ومدى سلامتها، يلزم بمقتضاها البنك بدراسة وتحليل الوضعية المالية للمقترض وكذا تحليل كافة المخاطر التي قد تعترض عقد القرض والتقصي عن مؤشراتها، وبذلك يحمل المسؤولية الكاملة عن منح القرض للمقترض في حالة وجود ظروف استثنائية تبرز بصفة واضحة الوضعية المالية المهتزة للمقترض، أو في حالة عدم تقديم البنك لمعلومات كافية للمقترض حول وضعيته المالية[1].

حيث يقع على عاتقه التزامين أساسيين، الاول هو الالتزام بعدم منح القرض في حالة التأكد من عدم تحمل الوضعية المالية للمقترض للأعباء الاضافية الناشئة عن منح القرض، والثاني هو الالتزام بتقديم اعلام كافي للمقترض حول وضعيته المالية الميؤوس منها.

كما يقع على البنك التزام آخر في إطار إدارة وتسيير المخاطر البنكية، واحترام قواعد التسيير الحذر في منح القروض وهو الالتزام بمراقبة استخدام الإئتمان، وهو الالتزام الذي يكون له اثر بالغ في القروض المهنية أكثر منه في القروض الموجهة للمستهلك، حيث ان البنك ملزم بالبحث عن

[1]) Cass. Com, N° 78- 16088, du 22 juillet 1980, Bull IV N° 317 : « **un emprunteur ne peut invoquer la responsabilité de la banque pour octroi abusif du crédit que dans des circonstances exceptionnelles ou lui-même aurait été moins bien informé sur sa situation désespérée ou celle de son entreprise que la banque** ».

صحة ومشروعية العملية التي يقوم بها الزبون إذا ما تبين له وجود وضعية مشكوك فيها[1]، وهذا تلبية لعدة التزامات تفرضها عليه عدة احكام قانونية لاسيما تلك المتعلقة بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الارهاب أو تلك المتعلقة بمراقبة وتسيير الاخطار خاصة اذا لم يدفع البنك كافة الاقساط[2].

وحتى في القروض الموجهة للمستهلك، تبقى احتمالية استخدام المقترض للقرض استخداما غير شرعيا احتمالا واردا ومن تم على البنك وضع الترتيبات الضرورية للحيلولة دون ذلك، غير انه لا يجب لتدخل البنك أن يتحول الى ادارة مباشرة أو يصل به الامر الى حد قيامه بإجراء رقابة دورية مستمرة أو التقصي عن كيفية استعمال الزبون للقرض.

2) وسائل تجسيد الحماية ضد أخطار القرض:

إن ضخامة النشاط البنكي، تعدد العمليات البنكية وتعقدها أدى إلى اعتماد عدة آليات لمتابعة ومراقبة المخاطر بطرق متطورة، كما ينبغي لطرق ومعايير مواجهة المخاطر البنكية أن تتلاءم مع مبدأ ثبات وصلابة النظام البنكي من جهة، وحماية حقوق الزبائن في المجال البنكي من جهة أخرى، وذلك ما جعل المشرع الجزائري يسعى الى تجسيده من خلال قانون النقد والقرض، وكذا مختلف أنظمة بنك الجزائر خاصة النظام رقم 08/11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، والنظام رقم 01/12 المتعلق بمركزية مخاطر المؤسسات والأسر، بالاعتماد على وسائل وتقنيات، سنحاول التطرق اليها فيما يأتي من خلال التطرق أولا الى الرقابة الداخلية (أ)، أنظمة قياس المخاطر(ب)، تقنيات تقييم استحقاق المقترض للقرض (ج).

---

[1]) المادة 10 مكرر 4 من القانون رقم 01/05، مؤرخ في 06 فيفري 2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الارهاب، ج ر عدد 11، مؤرخة في 09 فيفري 2005، م م، تنص على انه على البنوك الالتزام بواجب اليقظة طيلة مدة علاقة الاعمال.

[2]) يعني على البنك الا يفوت المؤشرات غير العادية التي تنشأ عن التلاعب أو عدم مشروعية العمليات التي يباشرها هذا الاخير.

أ) الرقابة الداخلية:

تعرف الرقابة البنكية الداخلية أنها "**مجموعة من الوسائل المادية والمعنوية والبشرية الموجهة بشكل فعال لتحقيق اجراءات وأهداف تضمن سلامة سير العمل داخل البنك وحماية أصوله وضمان اعطاء معلومات دقيقة وصحيحة والتأكد من الاستخدام الأمثل لموارد البنك ومدى احترامه للأحكام القانونية والتنظيمية، بغرض التقليل بالمخاطر المرتبطة بنشاط البنك وضمان تحقيق الاهداف المسطرة في مشروع البنك**"[1].

وبذلك فهي مجموعة من القواعد والإجراءات والأساليب التي تسير عليها أو تتخذها السلطات النقدية والبنوك المركزية بهدف الحفاظ على سلامة المراكز المالية للبنوك توصلا الى تكوين جهاز بنكي سليم وقادر على المساهمة في التنمية الاقتصادية والحفاظ على حقوق المودعين والمستثمرين، وتتمثل أهميتها في:

- امكانية الوقوف على نوعية موجودات البنك وتقييمها ومعرفة درجة المخاطر التي تتحملها ومحاولة الحد منها،
- العمل على توجيه الاستثمارات التي تقوم بها البنوك، نظرا لأهميتها في تمويل المشاريع الاستثمارية،
- التأكد من مدى التزام البنوك وتقييدها بالتعليمات الصادرة عن البنك المركزي.

في حين أن المشرع الفرنسي أتخذ منحى آخر فأشترط على البنوك تأسيس لجنة الخطر وهي لجنة مختصة تقوم بتحليل ما إذا كانت أسعار المنتجات والخدمات البنكية المقدمة للزبائن تتطابق مع الاستراتيجيات المتبعة في مجال الخطر للبنوك والمؤسسات المالية[2]،كما تقوم ببحث سياسة البنك أو المؤسسة المالية فيما يخص الأرباح والمكافئات المقدمة للشركاء وأعضاء مجلس الإدارة التي يجب ان تتناسب مع وضعيتها بالنظر إلى الأخطار المحاطة بها، ورأسمالها والسيولة، وتقديم التوجيهات اللازمة لمجلس الإدارة ومجلس المراقبة في مجال المخاطر ومراقبتها وتنفيذها، وهو

[1]) علي عماد محمد أزهر، آلية نظام الرقابة الداخلية في البنوك المصرفية (دراسة حالة البنك الكويتي المركزي)، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، الإصدار 17، 05، 2020، ص 203.

[2]) Art L.511-94 alinéa 02, C. M. F, op.cit.

موقف يستحق الإشادة، إذ توفر دراسة داخلية متخصصة لمخاطر القرض، وكأنها بعبارة أخرى رقابة داخلية خاصة بمخاطر القرض[1].

وأخيرا يمكن القول أن الرقابة الداخلية مهما كانت محاطة بالضمانات والامتيازات ما يجعلها تساهم بقدر كبير في التقليل من المخاطر والحفاظ على الثبات المالي للبنك، إلا أنها صممت فقط لتسيير الأخطار البنكية الفردية، وبما أن النشاط البنكي يتأثر بالمحيط فإن هذه الرقابة يجب أن يتم تأطيرها برقابة خارجية شاملة.

ب) أنظمة قياس المخاطر:

عمل بنك الجزائر على الالتزام بمعايير كفاية رأس المال وفقا لمقررات لجنة بازل بداية تسعينيات القرن الماضي بعد إصدار قانون النقد والقرض رقم 10/90 وحدد أنظمة قياس وتحليل المخاطر وأنظمة مراقبتها والتحكم فيها، ويمكن جمعها في:

* نظام انتقاء مخاطر القرض، ويسمح بتحليل الوضعية المالي للمستفيد والتأكد من قدرته على السداد ومدى كفاية الضمانات المقدمة من طرفه، تكوين قاعدة معلومات شاملة خاصة حول القروض مرتفعة المخاطر، انتقاء القروض عن طريق الموازنة بين مردوديتها ومخاطرها[2].

* نظام قياس مخاطر القرض، هو النظام الذي يسمح بضمان ملائمة المخاطر المحتملة مع سياسة منح القروض، وتفادي مختلف مستويات المخاطر انطلاقا من معلومات كمية ونوعية، وقياس درجة الخطر التي يمكن التعرض له حسب قطاع النشاط والمنطقة الجغرافية بغرض تفادي مخاطر التركيز المحتملة[3].

* نظام قياس مخاطر السيولة، ويتمثل الغرض منه في تحديد سياسة عامة لتسيير السيولة ودرجة تحملها ولذلك ينبغي للبنوك والمؤسسات المالية تقديم معلومات دورية عن موجوداتها ومصادر

---

[1]) Art L.511-95, C. M. F, IBID.

[2]) المواد 40 و45 من النظام رقم 08/11، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

[3]) المادتين 47 و48، من النظام رقم 08/11، مرجع نفسه.

أموالها وخاصة قصيرة الأجل منها (القروض ما بين البنوك، الأموال المستقبلة في إطار المعاشات، الأوراق التجارية) والمعلومات التي توضح قدرة المؤسسة على استغلال موجوداتها، مختلف مصادر التمويل الأخرى المحتمل اللجوء اليها عند الوقوع في صعوبات السيولة كما يجب على البنوك إدراج مخطط تجاوز وإدارة مخاطر السيولة[1].

ج) تقنيات تقييم استحقاق المقترض للقرض:

تجدر الاشارة الى أن انشاء البنك او المؤسسة المالية لجهاز الرقابة الداخلية واتباعه لتدابير واحكام تسيير المخاطر لا تجعله بالضرورة في مأمن من هاته المخاطر، وإن كانت توفر له قدرا كبيرا من الأمان، فمخاطر القرض لا تتجسد فقط في حالة عدم قدرة المقترض على الدفع وانما يجب مراعاة حالة عدم رغبة المقترض في الدفع، لذلك يجب ان يعتمد البنك على تقنيات مزدوجة من اجل تقدير استحقاق المقترض للقرض، هي تقييم رغبة المقترض في الدفع، وتقييم القدرة على الدفع.

- **تقييم رغبة المقترض في الدفع:**

إن تقييم الرغبة في الدفع ترتكز بالأساس على تحليل نوعية شخصية المقترض سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، ويصل البنك الى اكتشاف هاته الشخصية عن طريق كفاءاته في المجال النفسي والتقني والاجتماعي[2]،فالحالة الاجتماعية لطالب القرض كونه أعزبا أو متزوجا قد تعبر على دلالة محددة، كما أن الحالة الفكرية والثقافية للشخص قد تترك انطباعا معينا لدى البنك[3].

---

[1]) المادة 50، من النظام رقم 08/11، مرجع سابق.

[2]) غير أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية اقرت في قرار لها أن البنك غير ملزم بالتأكد من السمعة الاخلاقية للزبون ولا من شرف طالب القرض وإنما يأخذ في الاعتبار السمعة المالية، وبذلك تكون قد استبعدت المعايير الشخصية والذاتية من اجل تحديد استحقاق المقترض للقرض من عدمه:

Cass.Com, N° 15839, du 17 janvier 1968, www.légifrance.fr.

[3]) يقول في هذا الصدد الاستاذ DUTAILLIS:

« Le crédit est un acte de foi né de la réunion d'éléments qu'il est difficile de dissocier et de nommer mais parmi lesquels il est évident que les facteurs moraux sont prépondérants »
Marie Nécol, essai sur le droit au crédit, thèse de doctorat, droit privé, faculté de droit, université paris-Descartes, p.112.

رغم أن المعايير الشخصية يمكن ان تشكل اساسا متينا يعتمد عليه البنك لتشكيل قناعته حول جدية منح القرض ومن استحقاق طالب القرض له في اطار السلطة التقديرية له، والتي وان كان المشرع لا يضع لها اي حدود غير انه لا يمكن القول بان اعتماد البنك على معايير شخصية من أجل منح القرض تعد كافية وتعفيه من الرقابة أو من نطاق تطبيق قواعد الحذر، فالسلطة التقديرية للبنك ليست بالضرورة مرتبطة بوضعية الثقة المالية للبنك في عميله، أي ليست بالضرورة مرتبطة بالخصائص الشخصية للمقترض وانما قد تطغى على قراره عوامل موضوعية أخرى قد تتعلق أما بالوضعية المالية للمقترض أو بالسياسة الاقراضية للبنك في حد ذاته لذلك ينبغي اعتماد معيار موضوعي وهو معيار القدرة على الدفع.

كما تجدر الإشارة إلى أن التزام البنك بتقييم الرغبة في الدفع لا يندرج فقط ضمن سياسة تسيير المخاطر ولكن قد يندرج أيضا ضمن سياسة الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، فالتشريع المنظم لأحكام الوقاية من جرائم تبييض الأموال لا يحصر الأشخاص المعنيين بأي صنف من أصناف العمليات البنكية أو فئة معينة من الأشخاص[1].

لذلك على البنك أن يكون حذر ليس بالتأكد من قدرة المعني على التسديد أو فشله في ذلك وإنما التركيز على معايير شخصية كالتأكد من مدى حاجة المقترض للقرض ومدى امكانية استغناء عنه، فإذا تبين للبنك ان الوضعية المالية لزبون تغنيه عن اللجوء للبنك ورغم ذلك طلب القرض، فإن هذا قد يشكل مصدر شبهة كافي.

- **تقييم قدرة المقترض على الدفع:**

يتضمن هذا المعيار تحليل تقني ومالي بصفة موضوعية بحتة عن طريق تحليل ملاءة المقترض ومجموع مداخيله وأعباءه المختلفة (أعباء الايجار، أعباء استغلال سيارته، أعباء تدريس أولاده

[1]) واساس ذلك المادة 10 من القانون رقم 01/05، المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الارهاب، مرجع سابق، التي تنص على معايير موضوعية فقط للشبهة إذ جاء فيها " إذا تمت عملية ما في ظروف من التعقيد غير عادية أو غير مبررة أو تبدو انها لا تستند الى مبرر اقتصادي أو على محل مشروع يتعين على البنوك او على المؤسسات المالية او المؤسسات المالية المشابهة الاخرى الاستعلام حول مصدرالاموال او وجهتها وكذا محل العملية وهوية المتعاملين الاقتصاديين".

ومصاريف تغذيتهم، الضرائب التي يدفعها...الخ) ويمكن للبنك الحصول على هاته المعلومات إما من هيئات عامة مثل ملفات مركز الإحصاء، الملفات المركزية للصكوك، ملفات مراكز حوادث الدفع، مركزية المخاطر، أو من هيئات خاصة مثل البنوك، هيئات الاشهار القانوني، هيئات الاستعلام عن الزبائن...الخ[1].

غير ان ما يلاحظ على تقييم البنك للقدرة على الدفع ومن تم لجدوى منح القرض من عدمه، يختلف فيما يخص القروض للشركات منه للمستهلكين[2]، وذلك ما يمكن ارجاعه الى عدة اسباب منها اختلاف اتجاه استعمال القرض فتستعمل القروض للشركات من أجل توسيع استثمارات الشركة وطاقتها الانتاجية، لذلك تكون دراسة جدوى منح القرض بتحليل الإمكانيات الاقتصادية للشركة لإنجاح مشاريعها، ورأسمالها وسياستها الانتاجية والتسويقية وحسن استغلالها للقرض، في حين تكون الغاية من القرض للخواص استهلاكية وغير منتجة، لذلك فالبنك لا يعول على انتاجية القرض الممنوح بقدر ما يعول على رغبة وسمعة وثقة طالب القرض وقدرته المالية، وهي كلها مبررات شخصية.

جدير بالذكر في هذا المقام ان وضعية البنك تتغير، وسياسته في منح القرض تتغير، وبالتالي نظرته الى نفس الملف تتغير من فترة الى أخرى، ومن تم يقع طالب القرض خاصة إذا كان من المستهلكين ضحية سياسة البنك وتغيرها المستمر من جهة، وتحكمية قرار البنك وسلطته في اختيار الاعتبارات التي يبني عليها ثقته من جهة أخرى، لذلك نرى ضرورة البحث في ايجاد تقنيات مستحدثة تساهم في اقامة التوازن بين معايير جدوى القرض من جهة واحترام الحرية التعاقدية للبنك من جهة أخرى[3].

---

[1]) Marie Nécol, op.cit. p.114.

[2]) فبالنسبة للقروض للشركات فالتحليل يكون أكثر موضوعية وأكثر تقنية، حيث ينصب التحليل على الوثائق المالية والمحاسبية للشركة، أهمية الوسائل المادية والتقنية والانتاجية، صلاحية السياسة التجارية للشركة، أما بالنسبة لقروض المستهلكين فيطغى في هاته الأخيرة الجانب الشخصي على الجانب الموضوعي.

[3]) كما أن عملية اتخاذ القرار لدى البنوك في منح أو عدم منح القرض بشكل عام ناقص بسبب ضيق الوقت ونقص العناصر التي يتخذ بناء عليها القرار، أو عن طريق تقلبات المستقبل أو عن طريق الخداع في بعض الحالات ومنه تظهر الحاجة الى تدعيم ثقة البنوك في زبائنهم.

كما تجدر الإشارة أيضا الى أنه هناك من الفقهاء من يرى ضرورة عدم التركيز فقط على المعايير الاقتصادية والمالية عند دراسة ملاءة المقترض وتقدير مديونيته، فيرون أنه يجب إعطاء الحماية ضد اخطار القرض مفهوما اجتماعيا، فيجب عدم إهمال تعرض الاشخاص للفقر والبطالة والتسريح الاقتصادي والمرض...الخ، وبذلك يرون أن المعايير المعتمد عليها حاليا من اجل قياس ملاءة المقترض والمتمثلة لاسيما في نسبة الدين والمداخيل الحالية ومدة القرض غير كافية ومن تم لا توفر حماية فعالة من اجل تفادي المخاطر، ويجب ان تدعم بمعايير اجتماعية، كأن يتم تصنيف المقترضين المحتملين ضمن فئة اجتماعية محددة، ليتم بعدها دراسة المخاطر الاجتماعية المحتملة لهاته الفئة وتقييم الملاءة على أساسها، فالطبقة ضعيفة الدخل من المجتمع تكون اكثر عرضة لمشاكل البطالة والعجز، عن باقي الطبقات[1].

يمكن أن نستنتج أخيرا أن سياسة تسيير المخاطر البنكية في التشريع الجزائري تسيطر عليه السلطة التقديرية للبنك حسب قدراته المالية وسياساته البنكية، ليصح القول بتعدد سياسات تسيير المخاطر، ويقتصر دور هيئات الإشراف الإداري على تأطير هذه السلطة والإشراف عليها، وكان من الأفضل أن تتدخل هاته الاخيرة بوضع المعايير التي يحدد وفقها البنك سياسته في تسيير مخاطر القرض، كأن يمنع على البنك منح القرض في حالة وجود قروض غير مسددة الا في حالة وجود تبرير تكميلي كافي في ملف القرض، أو يتم تحديد حد أدنى للمبلغ غير المسدد الذي يمنع عنده على البنك منح القرض، غير أننا نرى أن المبلغ المتبقي للتسديد من القروض السابقة الذي يمنع معه منح القرض للمقترض يجب ان يتم تحديده بناء على مداخيل طالب القرض وبناء على مبلغ القرض المطلوب وليس مبلغ ثابت يطبق على كل الحالات.

ثانيا: هيئات الاشراف على إدارة مخاطر القرض في التشريع الجزائري

لا تكتمل وظيفة تسيير وإدارة المخاطر بمجرد سن النصوص التشريعية والتنظيمية التي تلزم البنوك والمؤسسات المالية بوضع سياسات وأنظمة لقياس المخاطر وتنظيمها، وإنما ينبغي تأطيرها عن طريق هيئات رقابية مختصة تمتلك من الوسائل ما يمكنها من المراقبة والتدخل لضمان احترام هاته

1) Hammoude May, op.cit. p.383.

النصوص وتقييم هذه الرقابة، ولقد عمل المشرع الجزائري على توزيع وظيفة تسيير وإدارة المخاطر بين عدة هيئات وهي اللجنة المصرفية (1)، المركزيات التابعة لبنك الجزائر (2).

1) اللجنة المصرفية:

يجد دور اللجنة المصرفية في الرقابة على تسيير وإدارة المخاطر البنكية والتأكد من توفر البنوك والمؤسسات المالية على التقنيات والأساليب الضرورية لمراقبة مخاطر منح القروض أساسه في المادة 105 من قانون النقد والقرض التي تنص على " **تؤسس لجنة مصرفية تدعى في صلب النص اللجنة وتكلف بما يأتي:**

- **مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها.**
- **المعاقبة على الإخلالات التي تتم معاينتها.**
- **تفحص اللجنة شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية وتسهر على نوعية وضعياتها المالية.**

وتسهر على احترام قواعد حسن سير المهنة".

إذ يمكن ادخال قواعد الحذر ضمن شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية، وهي الشروط التي تقدم وفقها المؤسسات المالية والبنوك خدماتها، والتي يمكن أن تحتوي بنودا تعارض وأحكام رقابة الحذر.

في التشريع الفرنسي كانت المادة L.613-1 فقرة 02 من القانون النقدي والمالي تنص على ان اللجنة البنكية هي المكلفة بمراقبة احترام مؤسسات القرض للمقتضيات التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها والمعاقبة على الانتهاكات المسجلة، وبذلك تراكم مهام الرقابة الإدارية والمتابعة والتحقيق والمعاقبة في إطار مؤسسة واحدة، ما جعلته محلا لانتقاد المجلس الاوروبي لحقوق الإنسان بحجة عدم الاستقلالية والنزاهة وذلك في قضية « Dubus.C/France »بتاريخ 11 جوان 2009[1].

[1]) CEDH, N° 5242/04, du 11 juin 2009, D20092247, cité par Hammoud May, op.cit. p.392.

كما استنكر مجلس الدولة الفرنسي ذلك ايضا في قرار له يوم 08 نوفمبر 2010[1]، والذي أخطر المجلس الدستوري للتأكد من مطابقتها للدستور والذي أقر أن إطلاع اللجنة المصرفية بمهام المتابعة والتحري عن المخالفات للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تحكم النشاط البنكي من جهة وبمهام الحكم على نفس المخالفات يعد تجاهلا لمبدأ حياد القضاء ومن تم وجب الحكم بعدم دستوريتها[2].

هاته المقتضيات عجلت في إصلاح الرقابة المصرفية والتي تمت عن طريق خلق هيئة أخرى تسمى لجنة تطبيق العقوبات والتي اعطي لها حق إصدار عقوبات بصفة مستقلة عن اللجنة البنكية لتصبح الأخيرة تتولى فقط وظيفة المراقبة فقط[3].

---

[1]) CE, N° 329384, du 08 novembre 2010, www.légifrance.fr. « … la circonstance que les mêmes personnes se prononcent sur la décision de poursuivre, d'une part, et sur la sanction, d'autre part, était de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de cette juridiction ; »

[2]) C.Cons, QPC, N° 2011-200, 02 décembre 2011, « Banque populaire cote d'azur, concernant le pouvoir disciplinaire de la commission bancaire », JORF, N° 0280, du 03 décembre 2011, p.126, considération N°8, «**…** les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution»

[3]) يرأسها قاضي وهو ما يمنحها استقلالية أكبر مقارنة مع ما قبل التعديل أو مع اللجنة المصرفية التي يرأسها نائب محافظ بنك فرنسا، ورغم هذا التعديل غير انه يلاحظ انعدام الفصل العضوي مع هيئة مراقبة الحذر فأعضاء لجنة العقوبات هم أشخاص تابعين لأمانة هيئة مراقبة الحذر.

Art612-35 C.M.F, « la commission des sanctions dispose d'un secrétariat composé de personnels de l'autorité »

تجدر الإشارة اخيرا الى التنويه الى وجوب مراعاة الرقابة البنكية لاستقلالية البنك، فلا يجب للرقابة الإدارية على البنوك والمؤسسات المالية في إطار تسيير وإدارة المخاطر أن تتحول إلى رقابة وصائية، فالبنك يبقى تاجرا يخضع لقواعد السوق ويحتفظ بالاستقلالية التامة في ممارسة نشاطه وذلك لا يتحقق الا باحترام الحرية التعاقدية للبنك، فالرقابة على نشاط البنك مهما كانت صرامتها وشدتها لا ينبغي لها أن تتعارض مع الطابع العقدي والرضائي للعقد، وكذلك مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يقتضي ضمان حرية البنك في اختيار عملائه وحريته في اختيار الشروط التعاقدية، وكذلك وجوب احترام السياسة الإقراضية له، فينبغي ان يمنح للبنك هامشا أكبر من الحرية في توجيه سياسته الإقراضية بصفة خاصة وسياسته في استخدام أمواله بصفة عامة، فله الحق في اختيار المتعاقدين ونوع القروض والضمانات دون تجاوز الحدود اللازمة لاستقرار نشاطه، أو المساس بالأحكام الحمائية للمستهلكين.

2) المركزيات التابعة لبنك الجزائر:

أنشأ بنك الجزائر نوعين من المركزيات في إطار سياسته في تسيير المخاطر البنكية وضمان استقرار السوق البنكي بصفة عامة وسوق القرض بصفة خاصة، تعنى الأولى بالاستعلام الإيجابي عن القروض، وذلك بجمع كافة المعلومات الضرورية عنها، قيمتها، مدتها، أصحابها، وضماناتها وتسمى بمركزية مخاطر المؤسسات والأسر (أ) وتعنى الثانية بالاستعلام السلبي عن القروض المتوقف عن دفعها، وتسعى لجمع المعلومات عنها، اصحابها، مبلغها، عددها، وتسمى مركزية عوارض الدفع (ب).

أ) مركزية مخاطر المؤسسات والأسر:

عرفت أول مرة بموجب النظام رقم 01/92[1] حين كان يطلق عليها اسم " مركزية المخاطر" وتعد أهم هيئة لتسيير المخاطر في النظام البنكي الجزائري، حيث كانت تتولى جمع ومركزة المعلومات الخاصة بالقروض الممنوحة ووضعها تحت تصرف البنوك والمؤسسات المالية، وبعد صدور

[1]) نظام رقم 01/92، مؤرخ في 22 مارس 1992، يتضمن تنظيم مركزية المخاطر وعملها، ج ر عدد 08، مؤرخة في 07 فيفري 1993، ملغى.

النظام رقم 01/12 أصبح يطلق عليها اسم "مركزية مخاطر المؤسسات والأسر"، وللإحاطة أكثر بالتنظيم الحالي لها والاحكام التي تنظمها واهم التغييرات التي حدثت عليها والنقائص التي لازالت تعاني منها نتطرق أولا الى صلاحيات مركزية مخاطر المؤسسات والأسر، ونتطرق ثانيا الى وجوب إعادة النظر في تنظيم مصلحة مركزية مخاطر المؤسسات والأسر.

- **<u>صلاحيات مركزية مخاطر المؤسسات والأسر:</u>**

لم يكن النظام رقم 01/92 المتعلق بتنظيم مركزية الأخطار الملغى المذكور أعلاه ينص على صلاحيات هاته الهيئة بصفة صريحة، فبالرجوع إلى نص المادة 02 منه نجدها تمنح لمركزية المخاطر دورا صريحا بالتعرف عن الأخطار المصرفية الناتجة عن عمليات البنوك والمؤسسات المالية وتبليغها إلى بنك الجزائر دون أي تحديد لهاته الأخطار إذ جاء فيها " **تضطلع مركزية الأخطار بمهمة التعرف عن الأخطار المصرفية وعمليات القرض الإيجاري التي تتدخل فيها أجهزة القرض وتجمعها وتبلغها**"، وليس مجرد هيئة لجمع المعلومات حول القروض حسب ما أصبح ينص عليه النظام رقم 01/12 الذي ألغى النظام السابق حيث نص على "**تكلف مركزية المخاطر بجمع ومعالجة وحفظ المعلومات حول القروض البنكية وإعادتها إلى المؤسسات المصرحة بعد كل عملية مركزة**"[1] ومنه تكلف مركزية المخاطر بجمع هوية المستفيدين من القروض ومبلغ هذه القروض والضمانات المأخوذة عليها، ومعالجتها ثم إعادتها إلى المؤسسات المصرحة بعد كل عملية مركزة، من أجل استعمالها لغرض منح وتسيير القروض زبائنها.

غير أنه يلاحظ أن مهمة مركزية مخاطر المؤسسات والأسر في تسيير المخاطر تنتهي بمجرد جمع المعلومات ومعالجتها وإرجاعها إلى المؤسسات المصرفية لتلقي عليها بعد ذلك تقدير منح

[1]) المادة 04 من النظام رقم 01/12، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها، ج ر عدد 36، مؤرخة في13 جوان 2012.

القرض من عدمه، كما أن هذا النظام لم يمنح مركزية المخاطر أي سلطة للتدخل أو تقرير عدم منح القرض، عكس ما عليه الحال في التشريع الفرنسي[1].

فلجنة المخاطر تقدم المشورة لمجلس الإدارة او مجلس المراقبة حول الاستراتيجية العامة لتسيير المخاطر الحالية والمستقبلية، ومن ناحية أخرى تقدم لهم المساعدة فيما يخص تطبيق هاته الاستراتيجية وفحص ما إذا كانت أسعار المنتجات والخدمات التي يتم تسويقها متوافقة مع استراتيجية تسيير البنك للمخاطر ومدى توافقها مع المقتضيات التنظيمية والتشريعية، عكس المشرع الجزائري الذي اعطاها دور جمع ومركزة المعلومات حول زبائن البنك فقط[2].

عمل النظام رقم 01/12 المتعلق بتنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر على تقسيم هذه الهيئة إلى قسمين هما مركزية مخاطر المؤسسات التي تخص الأشخاص الذين يمارسون نشاطا مهنيا، ومركزية مخاطر الأسر التي تخص القروض الممنوحة للأفراد[3]عكس النظام رقم 01/92[4] وهذا أمر إيجابي نظرا لخصوصية كل من الطائفتين سواء من حيث الضمانات التي تقدمها، الخبرة

---

[1]) Art L.511-93 C.M.F, modifié par l'ordonnance N° 2015/558, du 21 mai 2015, JORF N° 0117, 22 mai 2015 : « le comité des risques conseille le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes sur la stratégie globale de l'établissement de crédit ou de la société de financement de l'appétence en matière de risques, tant actuels que futurs.

Il assiste le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes lorsque celui-ci contrôle la mise en œuvre de cette stratégie par les personnes mentionnées à l'article L.511-13 et par le responsable de la fonction de gestion des risques ».

[2]) كمايجوز لهاته السلطة حسب المادة L.612-29-1 فقرة 2 من القانون النقدي والمالي ايضا تقديم توصيات تحدد قواعد الممارسة المهنية الجيدة التي تهدف الى حماية مصالح عملاء البنوك والمؤسسات المالية وكذا وصف الممارسات السيئة التي تحظرها، ولا سيما تلك التي لوحظت أثناء التحذيرات الفردية، وذلك من أجل تشكيل مرجع حماية فعال ضد المخاطر البنكية.

[3]) المادة 01 من النظام رقم 01/12، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها، مرجع سابق.

[4]) المادة 04 من النظام رقم 01/92، يتضمن تنظيم مركزية المخاطر وعملها الملغى، مرجع سابق.

والتخصص، الحاجة إلى الأموال إضافة إلى الاعتبارات الخاصة بالشخص منها حالته الصحية والعائلية والاجتماعية.

- **<u>وجوب إعادة النظر في تنظيم مصلحة مركزية مخاطر المؤسسات والأسر:</u>**

انطلاقا مما سبق يمكن القول أن التنظيم الحالي لمركزية مخاطر المؤسسات والأسر ورغم الإيجابيات التي جاء بها النظام رقم 01/12 غير أنها لازالت تحتاج إلى ضرورة إعادة النظر في التنظيم الحالي لها، كما تبين لنا من خلال التطرق لهذا الموضوع بعض النقائص التي تحيط بهذا التنظيم باعتبارها أهم هيئة من هيئات الإشراف الإداري على المخاطر، من النواحي التالية:

* طغيان الدور الإعلامي على وظائف مركزية المخاطر، فالتنظيم الحالي لمركزية المخاطر يجعل من الأجدر أن يطلق عليها اسم مركزية الاستعلام البنكي على المخاطر بدلا من مركزية المخاطر لأنه يلاحظ طغيان الدور الإعلامي لها على حساب وظائف المراقبة الأخرى وذلك ما يستنتج من المادة 09 من النظام رقم 01/12 المنظم لها التي جاء فيها " **تستعمل نتائج عمليات المركزة المذكورة في المادة 07 اعلاه من طرف المؤسسات المصرفية في إطار منح وتسيير قروض لزبائنها ولا يمكن بأي حال من الأحوال استخدام هذه المعلومات لأغراض أخرى لاسيما في البحث عن الأسواق التجارية أو لغرض التسويق** "، فالمركزة تنصب فقط على المعلومات الإيجابية حول القروض وأصحابها ولا تنصب على تسيير فعلي وتوجيه تعليمات ومرافقة للبنوك والمؤسسات المالية عند منح القروض.

فرغم أن الاستعلام وجمع المعلومات حول المقترض وتحليلها وإرجاعها للبنوك والمؤسسات المالية يعد أهم جزء من عملية تسيير ودراسة المخاطر إلا أنه لا يمثل كل شيء، فينبغي منحها امتيازات وصلاحيات أخرى للتدخل (التدخل في عين المكان، فرض احترام نسب ومعايير تسيير المخاطر، اقتراح الحلول الضرورية لإزالة الاختلالات...الخ).

* انعدام الدور الاستشاري لمركزية مخاطر المؤسسات والأسر فيلاحظ عدم وجود أي نص قانوني يتيح الاستفادة من خبرة المركزية في مجال تسيير وإدارة المخاطر بحكم تشكيلتها ووظيفتها.

* غموض العلاقة بين مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وهيئات الرقابة الأخرى، فيلاحظ عدم وجود أي نص قانوني أو تنظيمي يحدد طرق الاتصال بين المركزية وسلطات بنكية أخرى على غرار مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية، لاسيما فيما يخص كيفية تقديم الملفات حول المؤسسات المخلة، وكيفية تلقي التعليمات والأوامر...الخ، ماعدا نص المادة 18 من النظام رقم 01/12التي اكتفت بالإشارة إلى تصريح المركزية إلى اللجنة المصرفية بالمؤسسات المخلة بأحكام النظام[1].

* لم يلزم المشرع الجزائري بعض الهيئات التي تمنح قروضا مثل التعاضديات، هيئات التوريق، البنوك والمؤسسات المالية الاجنبية من تقديم معلومات حولل زبائنها الى مركزية المخاطر المؤسسات والأسر[2].

* لم يشترط المشرع حد أدنى للمبلغ المتوقف عن دفعه من اجل إخطار مركزية المخاطر، ومن تم تخطر مركزية المخاطر في كل الحالات حتى في القروض ضعيفة القيمة ما قد يؤدي الى كثرة المعلومات الممركزة دون أدنى فائدة، كما ترك المجال مفتوحا للبنوك حول الحد أو النسبة من المديونية الذي يمنع معه منح القرض.

بناء على ما سبق نرى ضرورة تنصيب هيئة مستقلة لمراقبة الحذر اقتداء بالمشرع الفرنسي ومنحها كافة الصلاحيات اللازمة للتدخل والمراقبة لدى البنوك والمؤسسات المالية، وأن ترسل لها هذه الأخيرة كافة الوثائق والإحصائيات الدورية اللازمة لمراقبة وتسيير المخاطر، والاستغناء عن مصلحتي مركزية المخاطر والحوادث وتعويضها بسجل القروض الذي جاء به المشرع الفرنسي فيما يسمى بقانون "لاغارد" لـ 01 جويلية 2010[3]، يسمح لكل بنك بالاطلاع عليه، يضم كافة

---

[1]) حيث تنص المادة 18 من النظام رقم 01/12، المتعلق بتنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر، مرجع سابق على انه " يجب التصريح الى اللجنة المصرفية بكل مؤسسة مصرحة لا تمتثل لأحكام هذا النظام".

[2]) فقد يكون المقترض حصل على قروض من بنوك أجنبية وبالتالي قد تزيد هاته القروض في تفاقم وضعيته المالية، دون تمكن البنك من معرفة ذلك، غير ان هذا عمليا غير ممكن الا في إطار وجود اتفاقيات مع هاته الدول.

[3]) Loi N° 2010/737, portant réforme du crédit à la consommation, op.cit. modifié par la Loi N° 2010/1249, du 22 octobre 2010, article 40 créer l'article L.333-4, C. Conso.

القروض التي منحها وأسماء أصحابها والضمانات المقدمة منهم ويحدد بالنسبة لكل مقترض القروض التي أبرمها وهي المعلومات التي يتم ادخالها من طرف البنوك تحت إشراف هيئات الرقابة[1].

كما ندعو الى ضرورة توسيع نشاط رقابة الحذر الى مدونات السلوك، أي مدونات اخلاقيات المهنة التي تضعها الجمعيات المهنية في مجال التسويق[2]،من أجل ضمان توافقها مع القوانين واللوائح السارية عليها نظرا للدور الذي قد تؤديه في توفير الحماية الكافية للعملاء وخاصة المستهلكين منهم، كما هو الحال في التشريع الفرنسي[3].

ب) مركزية عوارض الدفع:

نص عليها النظام رقم 02/92، وهي مركزية تتولى تنظيم فهرس مركزي لعوائق الدفع عن طريق مركزة المعلومات التي ترسل إليها من البنوك والمؤسسات المالية عن القروض المتوقف عن دفعها، لتقوم دوريا بتبليغهم بقائمة عوارض الدفع المسجلة وذلك لتفادي منح قروض لشخص في حالة عجز عن الدفع[4].

انطلاقا مما سبق يلاحظ أن مركزية عوارض الدفع تضطلع بدور شبيه بذلك الذي تقوم به مركزية المخاطر فهي هيئة لمركزة وجمع المعلومات السلبية عن المقترضين، وبذلك فهي الأخرى هيئة من

وهو سجل الكتروني وطني يضم كافة المعلومات حول حوادث الدفع المرتبطة بالقروض الممنوحة للأشخاص الطبيعيين لاستعمالات غير مهنية، يسير من طرف بنك فرنسا، الذي يختص وحده بجمع ومركزة هاته المعلومات، ويتمثل الغرض منه في تزويد مؤسسات القرض بهاته المعلومات قصد استعمالها كمؤشر للملاءة عند منح القروض.

[1]) Clémentin loyel, op.cit. p.71.

[2]) فيجب على النقابة المهنية حسب المادة L.612-29-1 من القانون النقدي والمالي الفرنسي إرسال هاته المدونات إلى هيئة مراقبة الحذر للموافقة عليها، والتي لها أجل أربعة أشهر للبت في الطلب، تجعل هذه الموافقة المدونة قابلة للتطبيق على جميع أعضاء النقابة المهنية المعنية، ثم بعد ذلك ينشر قرار الموافقة في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، كما يجوز لها أن تنشر هاته المدونات او جزء منها إذا رات اهميتها في توفير الحماية للعملاء.

[3]) François Bordas, jurisclasseur, – crédit– banque, 2011, cote 01, 2012, p.11.

[4]) نظام رقم 02/92، مؤرخ في 22 مارس 1992، يتضمن تنظيم مركزية المبالغ غير المدفوعة وعملها، ج ر عدد 08، مؤرخة في 07 فيفري 1993.

هيئات تسيير وإدارة المخاطر لكن يلاحظ أن نص المادة 05 من النظام رقم 01/12[1] المتعلق بمركزية المخاطر المذكور سابقا ألزمت في فقرتها الثانية المؤسسات المصرحة بتبليغ المركزية بالمبالغ غير المسددة للقروض الممنوحة ويبقى التساؤل مطروحا حول هذا التداخل.

كما يلاحظ أيضا ان المشرع لم يحدد الإجراءات الواجب إتباعها من طرف البنك إذا وجد اسم المقترض ضمن لائحة القروض المتوقف عن دفعها هل يمنع على البنك منح القرض أم تبقى له حرية الاختيار، وحسبنا فالأجدر ان تكون الاجابة بلا لان المقترض لن يتحول الى ممنوع بنكيا بمجرد ان يتوقف عن دفع قرضه ولكن يتحول الى مشبوه فيه بنكيا يجب الاحتياط منه، وما تسجيل اسمه ضمن لائحة القروض المتوقف عن دفعها الا مجرد تنبيه البنوك بذلك ثم يبقى لها كامل الحرية في اتخاذ قرارها بالنظر الى سياستها الاقراضية وقدرتها على تحمل المخاطر الذي تختلف فيه من بنك الى آخر.

غير انه ينبغي اعتماد معايير لتمييز حالات التوقف عن الدفع حسب خطورتها ومن تم تحديد سلطة البنك في اتخاذ قرار منح القرض من عدمه، وبعبارة أخرى يجب حصر حالات التوقف عن الدفع القصوى التي تنبئ بلا شك عن خطورة وضعية المقترض على النشاط البنكي، كما يمكن اعتماد معايير شخصية فالتوقف عن دفع الاقساط يمكن ان يكون نتيجة ظروف للمقترض يد فيها او نتيجة ظروف خارجية، ومن تم يجب في هاته الحالة الاحتياط من المقترض في حد ذاته وليس من وضعيته المالية[2].

---

[1]) حيث تنص على " يتعين على المؤسسات المصرحة ان تصرح لمركزية المخاطر حسب المعطيات في قسمها المخصص للمؤسسات وفي قسمها المخصص للأسر بما يأتي:

ـ المعطيات المتعلقة بتعريف المستفيدين من القروض.....

ـ المبالغ غير المسددة من قائم هاته القروض وتسمى هاته المعطيات معطيات سلبية ".

[2]) كما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد حالات عدم الدفع التي يجب أن تكون محل اعلان لمركزية مخاطر عدم الدفع عكس المشرع البلجيكي الذي حددها بعدم تسديد المقترض لثلاثة اقساط في اوقاتها، أو لقسط واحد ويبقى كذلك لمدة ثلاثة اشهر، وكذا عدم تحديد الإجراءات الواجب على البنوك اتباعها في حالة توقف احد زبائنها عن الدفع عكس المشرع البلجيكي الذي حددها بالمواد VII157,VII148 من القانون الاقتصادي، والقرار الملكي لـ 23 مارس 2017 المنظم

أخيرا يمكن القول أن المخاطر هي الجزاء اليومي للنشاط البنكي، ومهما بلغت درجة مراقبتها والاحتراز منها فلن تؤدي إلى القضاء عليها نهائيا، بل كل ما هو مطلوب الإبقاء عليها في الحدود التي تحافظ على حقوق المتعاملين وتبقي على النظام البنكي متماسكا.

المبحث الثاني:

الحماية البعدية لإبرام عقد القرض البنكي الموجه للمستهلك

لا تقتصر حماية المشرع للمستهلك في إطار القرض البنكي على المرحلة القبلية فقط بل يجب ان تمتد الى المرحلة البعدية، بالرغم من ان المرحلة التحضيرية أو القبلية لإبرام أي عقد هي من تحدد مسار العقد، ففيها تحدد الالتزامات التي تقع على عاتق الاطراف، وفيها تحدد شروط تطبيق العقد وسريانه وانحلاله وغيرها، وفيها يتم تحديد نطاق الحماية او الاهتمام الذي يوليه المشرع بهذا العقد ومدى كفايتها.

غير ان الأمر مختلف في عقود القرض الموجه للمستهلك، فالمشرع أفترض ان هذا الأخير لن يكون بأمان تام ومحمي بطريقة فعالة بمجرد أن يوفر له الحماية القبلية الكافية، لذلك كان من الضروري ان ترافق الحماية القانونية المستهلك حتى بعد انعقاد العقد، حرصا يعكس مدى الاهتمام التشريعي بحماية المستهلك بصفة عامة والمستهلك المقترض بصفة خاصة من جهة، ويعكس الخصوصية التي يفرضها هذا العقد من جهة أخرى، لاسيما بفعل تعقده وكثرة المخاطر المحيطة به وكثرة الالتزامات الملقاة على المستهلك وتعقدها نظرا لوضعيته ولمركزه التعاقدي.

ويمكن حصر أوجه هاته الحماية البعدية في التزامين رئيسيين هما وجوب حماية الخصوصية لدى المستهلك المقترض (المطلب الاول)، ووجوب مراعاة التوازن الاقتصادي للعقد (المطلب الثاني).

لمركزية القروض للخواص، ترسل المعلومات من البنوك الى المركزية في يومين من ابرام العقد وتحفظ لمدة 03 اشهر و08 ايام بعد تاريخ نهاية العقد، كما يجب أن تخطر مركزية القروض المقترض المعني بتسجيل اسمه في القائمة السلبية لعوارض الدفع، كما عليها ان تخطره ايضا بإمكانية مراسلة هيئة حماية المعطيات الشخصية إذا كان اسمه قد سجل لأول مرة وتخطره بكافة المعلومات المتوفرة لديها.

المطلب الاول: الالتزام بمراعاة الخصوصية لدى المستهلك المقترض

يقصد بحماية الخصوصية لدى المستهلك المقترض حمايته من خلال الحفاظ على جميع المعلومات الشخصية المقدمة من طرفه تلبية لمستلزمات العقد الذي ابرمه أو المعلومات المتوصل اليها بمناسبة هذا العقد، ومنع إيداعها أو استغلالها خارج ما يسمح به القانون، ومن أبرز صور حماية الخصوصية لدى المستهلك في عقد القرض البنكي، حمايته عن طريق الالتزام بالسر البنكي (الفرع الأول)، ووجوب توفير الحماية له أثناء المعالجة الآلية لمعطياته الشخصية (الفرع الثاني).

الفرع الاول: حماية المستهلك المقترض عن طريق الالتزام باحترام السر البنكي

يعد النشاط البنكي من اكثر النشاطات احتمالا للمساس بالمعلومات الشخصية للمستهلك لارتباطه الوثيق بفكرة " الحياة الخاصة" حيث يتعرض الزبون لعملية استعلام وتحري ضخمة ينجم عليها حصول البنك على قدر مهم من المعلومات الشخصية في اطار استيفاء التزاماته المختلفة لا سيما بفحص الملاءة والتأكد من مصدر الاموال، ما قد يؤدي الى عدة فرضيات كاحتمال استعمال هذه المعلومات في غير الاغراض المخصصة لها، أو جمع معلومات خاطئة، أو جمع معلومات غير مفيدة، وكلها افعال قد تلحق ضررا بالزبون، خاصة إذا لم يحترم البنك علاقة الثقة التي تجمعه بعملائه.

فلا يمكن للبنوك ان تمارس نشاطها وأن تقدم خدماتها دون أن تطلع على اسرار العميل كما لا يمكن للعميل ان يحجب هذه الأسرار على البنك في إطار واجبه بعدم التستر واحترام مبدأ حسن النية، لذلك ينبغي الموازنة بين هذين المقتضيين وذلك عن طريق تكريس مبادئ احترام السر البنكي، وهو ما سنتطرق له من خلال التعريف اولا بالالتزام باحترام السر البنكي (أولا)، ونطاق هذا الالتزام (ثانيا).

أولا: التعريف بالالتزام باحترام السر البنكي

تقوم العملية البنكية من اساسها على فكرة الثقة فهي من اشد العقود ارتباطا بفكرة الاعتبار الشخصي، إذ لن يقبل البنك على وضع امواله في متناول اي شخص حتى يحوز على ثقته أو على الضمانات التي تحقق هاته الثقة، ومقابل ذلك لن يقبل الزبون البنكي الإفصاح عن كافة

المعلومات المتعلقة بحالته الشخصية والعائلية والمالية والمهنية بكل مصداقية لأي شخص الا بعد أن تتوافر لديه نفس شروط الثقة.

ومنه فالنشاط البنكي برمته يرتكز على عنصر الثقة، لذلك كان جديرا بالمشرع أن يتدخل ويحمي هذه الثقة، فيتدخل المشرع في جل التنظيمات البنكية ويضع قواعد تحمي السرية البنكية وفق ما يتلاءم وسياسته الحمائية التي ينتهجها تجاه العملاء وتجاه النشاط البنكي، ولتوضيح ذلك نتطرق اولا الى التعريف الفقهي للالتزام باحترام السر البنكي (1)، ونتطرق ثانيا الى التعريف التشريعي للالتزام باحترام السر البنكي (2).

1) التعريف الفقهي للالتزام باحترام السر البنكي:

يعرف السر البنكي في الفقه الايطالي بانه "**علاقة بين شخص ما ومعرفة شيء أو واقعة ما، وهذه العلاقة تتطلب التزاما من هذا الشخص بعدم افشاء السر، كما تقتضي منه ايضا العمل على منع الغير من معرفة هذا السر**"[1].

كما عرفه الأستاذ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر انه " **التزام موظف المصارف بالمحافظة على أسرار عملائهم وعدم الإفضاء بها للغير باعتبار المصرف مؤتمنا عليها بحكم مهنته خاصة وان علاقة المصرف مع عملائه تقوم على الثقة التي عمودها كتمان المصرف لأسرار عملائه المالية كرصيد حسابه والضمانات التي قدمها لقاء تسهيلات مالية**"[2]

كما يعرف أيضا أنه " **الموجب الملقى على عاتق البنك بعدم افشاء الاسرار المصرفية التي آلت اليه بحكم وظيفته أو في معرض هذه الوظيفة والمتعلقة بزبائنه، وهذا الموجب فرضته نصوص عامة بالإضافة الى تقاليد وأعراف عامة** "[3].

---

[1]) أرتباس نذير، العلاقة بين السر المصرفي وعمليات تبييض الاموال ـ دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017/2016 ص 36.

[2]) دموش حكيمة، مسؤولية البنوك بين السرية المصرفية وتبييض الاموال، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017/ 2018، ص 96.

[3]) مرجع نفسه، ص 94.

نلاحظ ان جل هذه التعاريف انصبت على ان السر البنكي هو أحد فروع السر المهني، إذ يقضي بمنع البنك او المؤسسة المالية من إفشاء الاسرار البنكية الخاصة بعملائها، غير أنها لم توضح المقصود بهذه الأسرار ونطاقها وعلام تنصب بالتحديد، وبذلك يفهم انها تنصب على أي معلومة يحوز عليها البنك عن عميله بغض النظر عن موضوعها او عن اهميتها بالنسبة للعميل، كما تنص هاته التعاريف على الاستثناءات التي يمكن ان ترد على السرية المصرفية استجابة لمقتضيات تتعلق بالنظام لعام.

2) التعريف التشريعي للالتزام باحترام السر البنكي:

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف السرية البنكية بصفة صريحة، ففي قانون النقد والقرض الذي يعتبر الشريعة العامة للنشاط البنكي خصص المشرع الجزائري للسرية البنكية مادة واحدة وردت في الباب الرابع الذي يحمل عنوان السر المهني، الوارد ضمن الكتاب السادس (مراقبة البنوك والمؤسسات المالية) وهي المادة 117 من الأمر الامر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض.

والتي لم تورد اي تعريف لهذا الالتزام وأكتفت بالنص على النطاق الشخصي دون الموضوعي للسر البنكي والذي بدوره اقتصرت فيه على الملزمين بهذا الالتزام دون الأشخاص المستفيدين منه، كما حددت ايضا الأشخاص المستثنين منه، ولم تتطرق لا لمضمونه اي على ما ينصب هذا السر وماهي طبيعة المعلومات التي ينبغي عدم افشاؤها، ولا للنتائج المترتبة على افشائها.

كذلك لم تتطرق القواعد العامة للقانون المدني لذلك لا بصفة صريحة ولا بصفة ضمنية، وهذا امر منطقي باعتباره قانون عام يهتم بوضع القواعد العامة دون القواعد الخاصة، غير انه يمكن إيجاد اساس قانوني للسر البنكي في هذا القانون، حيث يمكن اعتبار نص المادة 124 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المنظم للمسؤولية التقصيرية اساسا له حيث جاء فيها " **كل عمل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرر للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**" وبالتالي فإن قاعدة عدم الاضرار بالغير تلزم البنك بالسر المصرفي، وذلك لأن إفشاء معلومات حول المقترض ادلى بها للبنك بمناسبة العقد المبرم بينهما يعتبر خطأ حسب القواعد والأعراف

البنكية، كما أن إفشاء هاته المعلومات من طرف البنك يلحق ضررا بالمقترض لا محالة، ومن تم يمكن القول بتطابق شروط تطبيق المسؤولية التقصيرية الواردة في هاته المادة على السر البنكي.

اما على مستوى قانون العقوبات يمكن للالتزام بالسر البنكي ان يجد اساسه دون ان يجد تعريفا له، حيث نص على تجريم افشاء السر المهني بصفة عامة الذي يعتبر السر البنكي أحد صوره، حيث تنص المادة 301 فقرة 01 من قانون العقوبات الجزائري على انه " **يعاقب بالحبس من شهر الى ستة أشهر وبغرامة من 500 الى 5000 دج..... وجميع الاشخاص المؤتمنين بحكم الواقعة أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على اسرار ادلي بها اليهم وافشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاؤها ويصرح لهم بذلك...**"[1].

كما يعاقب المشرع الفرنسي على افشاء الاسرار المهنية بالسجن لمدة عام وغرامة بـ 15000 أورو حسب المادة 226-13 من قانون العقوبات الفرنسي[2]، وفي التشريع الفرنسي يجد السر البنكي أساسه في المادة L.511-6 من القانون المالي والنقدي وكنظيره الجزائري لم يورد له تعريفا واكتفى بتعداد الأشخاص الملزمين به[3].

---

[1]) الأمر رقم 156/66، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، مؤرخة في 18 جوان 1966، م م.

[2]) Art 226-13, Code Pénale français (modifie par ordonnance N° 2000-916, du 19/09/2000) « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire est punie d'une année d'emprisonnement et de 15000 euro d'amende ».

[3]) Art L.511-6, alinéa 01, C.M.F, op.cit : « Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui a un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit, d'une société de financement ou d'un organisme mentionné aux 5 et 8 de l'article L.511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel ».

ثانيا: نطاق الالتزام باحترام السر البنكي

يعد الالتزام بالسر البنكي اهم الالتزامات الواقعة على عاتق البنك، وقد يؤدي به عدم احترام هذا الالتزام الى قيام مسؤوليته التأديبية كونه التزاما مهنيا، ومسؤوليته الجزائية نظرا للطابع الجزائي للفعل، دون الإخلال بالمسؤولية المدنية الناتجة عن مطالبة الزبون المضرور بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به، وأمام هذه الأهمية ينبغي علينا تحديد نطاق هذا الالتزام، وذلك بتحديد نطاقه الشخصي بمعرفة الأشخاص الملزمين به والأشخاص الموجه لحماية مصالحهم، ومعرفة نطاقه الموضوعي بتحديد المعلومات التي ينصب عليها وتلك المستثناة منها، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا إلى النطاق الشخصي للالتزام باحترام السر البنكي (1)، ونتطرق ثانيا الى النطاق الموضوعي لهذا الالتزام (2).

1) النطاق الشخصي للالتزام باحترام السر البنكي:

لكل التزام مهما كان مصدره قانونيا او دينيا أو أخلاقيا طرفان، أحدهما الملزم به والآخر المقرر لمصلحته، كذلك للالتزام بالإعلام طرفان هما الطرف الدائن بالالتزام (أ)، والطرف المدين به (ب).

أ) الطرف الدائن بالالتزام باحترام السر البنكي:

الطرف الدائن بهذا الالتزام وهو زبون البنك، وهو الآخر لم يورد له المشرع لا الجزائري ولا الفرنسي تعريفا، لذلك نعتمد المفهوم الفقهي الموسع للزبون من أجل توفير حماية أكبر للعملاء، فيعد الزبون كل شخص يدخل مع بنك أو مؤسسة مالية في أحد العمليات البنكية المسموح بها، والمتمثلة في العمليات البنكية الأصلية المذكورة في المادة 66 من الأمر رقم 11/03 متعلق بالنقد والقرض والمتمثلة في تلقي الاموال وعمليات القرض ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وادارة هاته الوسائل، وكذا العمليات البنكية الملحقة، المذكورة في المادة 72 من نفس الأمر لاسيما عمليات الصرف وعمليات السوق المالية والعمليات على الذهب والمعادن الثمينة[1].

[1]) للتفصيل أكثر حول الزبون الذي يكتسب صفة المستهلك المقترض موضوع دراستنا في هذا البحث أنظر الصفحة..... من هذه الرسالة.

ومنه يكتسب صفة العميل كل من يتعامل مع البنك بغض النظر عن طبيعة هذا التعامل ما إذا كان ظرفي او معتاد، وبذلك يدخل تحت وصف العميل كل من العملاء الاعتياديين للبنك كالعملاء اصحاب الحسابات او العملاء المستفيدين من القرض وكذلك العملاء الظرفيين كالعميل الذي يتقدم للبنك لسحب شيك سحبه احد عملاء لفائدته، والسائح الذي يقوم بصرف عملة معينة لدى البنك بالرغم من قيامهم بعملية واحدة ولن تتكرر[1].

ب) الطرف المدين بالالتزام باحترام السر البنكي:

حدد المشرع الجزائري الأشخاص الملزمين باحترام السر البنكي بموجب المادة 117 من الامر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض في:

- كل عضو في مجلس إدارة، وكل محافظ حسابات وكل شخص يشارك او شارك بأي طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها.
- كل شخص يشارك او شارك في رقابة البنوك والمؤسسات المالية وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا الكتاب.[2]

وحددهم المشرع الفرنسي في المادة6-511.L فقرة01 من القانون النقدي والمالي، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي وسع من قائمة الأشخاص الملزمين باحترام السرية البنكية فتشمل اي عضو في مجلس الادارة أو مجلس المراقبة واي شخص يشارك في ادارة او تسيير مؤسسة من مؤسسات القرض او شركة تمويل، أو في الجمعيات التي لا تهدف الى تحقيق الربح تقوم بمهام للمنفعة العامة بأموالها الخاصة تقدم قروض من اجل انشاء او تطوير شركات اشخاص لا يتجاوز دخلهم حد معين محد بمرسوم.

---

[1]) بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية – دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2018/2017، ص 109، 110.

[2]) المادة 117، أمر رقم 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

ولمتطلبات تتعلق على وجه الخصوص بمتطلبات الرقابة البنكية واحترام سياسة تسيير المخاطر أو الوقاية من بعض الجرائم نص المشرع الجزائري استثناء على بعض الهيئات التي لا يجوز الاحتجاج أمامها بالسرية البنكية وذلك في الفقرة الثانية من المادة 117 من قانون النقد والقرض ويتمثلون في:

- السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك والمؤسسات المالية،
- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي،
- السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات الى المؤسسات العمومية المؤهلة، لاسيما في إطار محاربة الرشوة وتبييض الاموال وتمويل الارهاب،
- اللجنة المصرفية او بنك الجزائر.[1]

2) النطاق الموضوعي للالتزام باحترام السر البنكي:

بعد ان تطرقنا لمفهوم السر البنكي ولنطاقه الشخصي، اي تحديد الأشخاص الملزمين به والأشخاص المقرر لمصلحتهم كان لزاما علينا تحديد مفهوم الوقائع السرية اي الوقائع المشمولة بالحماية والشروط المتطلبة في الواقعة محل السرية والشروط الواجب توفرها، ولتوضيح ذلك سنتطرق أولا الى المعايير الفقهية لتحديد الواقعة السرية (أ)، ونتطرق ثانيا الى شروط خضوع السر البنكي للحماية (ب).

أ) المعايير الفقهية لتحديد الواقعة السرية:

تختلف الاتجاهات الفقهية القائلة حول الالتزام بالسرية البنكية، فهناك من يمددها الى ما بعد انتهاء العلاقة التعاقدية، فيبقى البنك ملزما بالحفاظ على السر البنكي لزبائنه حتى بعد تنفيذ العقد الذي يربطه بهم، كما لا يهم أن تكون العملية مباشرة أو عن بعد، وهناك من يوسعها ايضا لتشمل كافة زبائن البنك بغض النظر عن كيفية اتصالهم بالبنك اختياريا او إلزاميا، وهناك من يوسعها من حيث فئة الأسرار المشمولة بالحماية، وفق النظريات التالية:

[1]) المادة 117 فقرة 02، أمر رقم 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق، وكذلك حدد المشرع الفرنسي في المادة L.511-6 فقرة 02 مجموعة من المؤسسات لا يحتج امامها بالسرية المصرفية وتتمثل في هيئة مراقبة الحذر، بنك فرنسا، معهد الإصدار للإدارات الخارجية، الهيئات القضائية التي تعمل ضمن اجراء قضائي، هيئات التحقيق البرلمانية.

- **نظرية الضرر:**

مفاد هذه النظرية ان افشاء السر البنكي لا يعتبر اخلالا بالتزام قانوني الا إذا كانت الواقعة المفشاة ذات طبيعة ضارة، اي نتج عن افشائها ضرر للعميل، وإذا لم يصب العميل بضرر انتفت على المعلومات المفشاة وصف السرية ومن تم فلا يوجد اخلال بالالتزام بالسرية البنكية[1].

غير ان هذه النظرية تعرضت للنقد إذ ان الهدف من حماية السر البنكي هو حماية الثقة في الوسط البنكي بغرض تشجيع وتيسير المعاملات، وهي الغاية التي لن تتحقق لو اقتصرت الحماية فقط على الإفشاءات التي يترتب عنها ضررا فقط، كما ان المادة 117 من الامر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض بحد ذاتها لم تشترط الضرر[2].

كما ان الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات هي جرائم تتعلق بالمساس بالنظام العام والمصلحة العامة ولا تعنى اطلاقا بالمصلحة الخاصة، فتطبيق العقوبات المقررة لها لا يتوقف على موافقة المضرور ولا على حجم الضرر اللاحق به وانما هي عقوبات مقررة مسبقا من طرف المشرع لجبر الضرر اللاحق بالمجتمع واقتضاء حقه من مرتكب الفعل، اما حق المضرور فيقتضيه عن طريق المطالبة بالتعويض بسلك طريق الدعوى المدنية[3].

---

[1]) يستنتج ذلك في التشريع الفرنسي من موقع المادة 326-13 من قانون العقوبات التي جرمت الافشاء عن السر البنكي حيث وردت ضمن الباب الخاص بجرائم القدف والسب، ومنه فالأرجح ان يكون المشرع اعتبرها من الجرائم التي تلحق ضررا بسمعة وشرف الزبون.

[2]) بوزيدي إلياس، مرجع سابق، ص 34، 35.

[3]) في اجتهاد لها اقرت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية ان المشرع يعاقب عن الافشاء عن الاسرار ولو كان ذلك مشرفا لصاحبه، حيث قضت بأن" **افشاء السر المهني يضر المصلحة العامة، مما تتطلب حماية قانونية للسر تقتضيها ضرورات الامن وحماية المصلحة العامة وكسب الثقة في المجال البنكي، فالمشرع الفرنسي يعاقب على افشاء السر البنكي ولو كان مشرفا لمن يريد كتمانه ولا يشترط في الواقعة المفشاة ان تسبب اضرارا**".

Cass.Crim, du 22 novembre 1994, DT pénal 1995.p 64.

نقلا عن أرتباس نذير، مرجع سابق، ص 39.

- **نظرية الوقائع السرية والوقائع المعروفة:**

مفاد هذه النظرية أن افشاء السر لا يعتبر كذلك إلا إذا كانت الواقعة سرية وغير معروفة، وبذلك يجب التفرقة بين الوقائع السرية والوقائع المعروفة، فاذا كانت الواقعة المفشاة معروفة وظاهرة للعيان فلا يعد البوح بها افشاء للسر ومن تم لا تستحق الحماية.

انتقدت هذه النظرية من زاوية ان المعلومة السرية تبقى كذلك والغاية من حفظها تبقى قائمة ولو افشيت من قبل، فإفشاء معلومة حول سر بنكي معين لا ينبغي ان يكون ضوء اخضر لانتهاك السر مرة اخرى بمجرد ان الواقعة اصبحت معلومة كما ان افشاء المعلومة من طرف البنك يعتبر تأكيدا للمعلومة وتوسيعا لنطاق افشائها[1].

- **نظرية ارادة المودع في ابقاء الامر سرا:**

مفاد هذه النظرية ان الواقعة لن تكون سرا الا إذا اعتبرها من عهد بها الى البنك كذلك لأنها تمس مصالحه وحده، تقوم هذه النظرية على اساس اتجاه ارادة صاحب السر الى حصر نطاق العلم بالواقعة في اشخاص محددين، أي أنها لا تعتبر المعلومة او الواقعة سرا الا إذا افضى بها الزبون لدى البنك سرا ويريد عدم افشائها.

لم تلقى هذه النظرية رواجا كبيرا بفعل الانتقادات الموجهة لها فهي لا تفسر حكم افشاء البنك للمعلومات التي تحصل عنها من مصادر اخرى في اطار التزامه بالاستعلام ولم يودعها الزبون، أو ان السر اكتشف من طرف البنك بناء على خبرته ولا يعرفه حتى الزبون في حد ذاته، كما توجد وقائع تعد أسرارا محددة بموجب القانون ولا ينتظر المشرع من الزبون تقرير مدى اعتبارها كذلك من عدمه[2].

اما عن موقف المشرع الجزائري من هاته النظريات فكيفية تطرقه لحماية السر البنكي تؤكد عدم اخده باي من هاته النظريات واخد بالمنع المطلق للسر البنكي بغض النظر عن موضوع المعلومة وعن صنفها ومصدرها وما إذا كانت سرية ام لا، ومن تم فالمشرع يهدف الى مقاصد اسمى من

[1]) بوزيدي إلياس، مرجع سابق، ص 40.

[2]) ارتباس نذير، مرجع سابق، ص 40.

حماية المصلحة الخاصة للزبون وان كانت مصلحة جديرة بالحماية بالنسبة اليه، على غرار حماية الثقة في المجال البنكي وضمان استقرار النشاط البنكي.

ب) شروط خضوع السر البنكي للحماية:

لا تعد أي معلومة يحوز عليها البنك حول زبائنه سرا بنكيا، لكن يجب أن يخضع لمجموعة من الشروط ويمكن جمعها فيما يلي:

* أن يعلم البنك بالواقعة السرية بمقتضى مهنته، فلا يعاقب البنك على افشاء السر الا إذا كان اودع لديه او علم به بمناسبة وظيفته، اي يجب أن يكون البنك قد توصل للمعلومة في اطار وظيفته البنكية، وبعبارة اخرى ان يكون من متطلبات المهنة تلقي اسرار حول نشاطه وتفرض عليه القوانين والانظمة الحفاظ على هاته الاسرار، ومنه فإذا علم البنك عن عميله وقائع لا تتعلق بالمهنة وليس لها اي صلة بها، فلا يعتبر افشاء لأسرار مهنية وإن كان يمكن ان يتابع وفق اوصاف اخرى، لكن هذا لا يعني فقط المعلومات التي اودعها صاحب السر ولكن يشمل اي معلومة توصل اليها البنك بمناسبة ممارسة وظيفته او سمعها او فهمها او استنتجها[1].

* أن ينصب السر على واقعة موضوعية تخص العميل بذاته ويؤثر اطلاع الغير عليها بمصلحة العميل ووضعه المالي، أما إذا كانت المعلومات مجرد رأي للبنك حول العميل فلا تعتبر سرا يخضع للحماية، كما لا يعتبر افشاء للسر مجرد اذاعة البنك للمعلومات حول زبونه دون نسبتها اليه.

* ان ينصب السر على مصلحة مشروعة للعميل صاحب السر، فإذا انتفت مصلحة العميل كأن يكون السر معروفا وشائعا، أو انصب الافشاء على امر غير مشروع ويحظره القانون، فلا يدخل وفق مفهوم السر البنكي الذي يحميه القانون.

[1]) بوزيدي إلياس، مرجع سابق، ص 30.

الفرع الثاني: حماية المستهلك المقترض أثناء المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي

ارتقى المؤسس الدستوري الجزائري بالمعطيات الشخصية الى مصاف الحقوق المكفولة دستوريا[1]،ويعد القانون رقم 07/18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي أول تشريع حمائي في هذا المجال ورغم شموليته واعترافه للمعني بالمعالجة بعدة حقوق لم يكن يتمتع بها من قبل، غير انه يثار الاشكال بشأن شمول هذه الحماية كافة المعالجات التي يمكن ان تقوم على المعطيات الشخصية لا سيما في مجال منح القروض ومدى فعاليتها، وللتأكد من ذلك نتطرق اولا الى الاطار القانوني لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض (أولا)، ونتطرق ثانيا الى تقييم آليات معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض (ثانيا).

أولا: الإطار القانوني لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض

يملك البنك عن عميله المقترض قدر هائل من المعلومات، مبلغ تعاملاته، ارباحه ومكان تحقيقها، وكذا المعلومات التي يتحصل عليها من العميل مثل الحالة المدنية، العنوان، المداخيل، الذمة المالية، وكل هاته المعلومات هي معطيات شخصية بالدرجة الاولى تتطلب توفير حماية كافية للمقترض الى جانب الحماية المكفولة له بموجب الالتزام بالسر المهني، غير ان المفهوم العام لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي لا يكتمل الا بالتطرق الى مفهوم المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي(1) والتطرق الى ضوابط معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض (2).

[1]) تنص المادة 46 فقرة 04 من القانون 01/16، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14 مؤرخة في 07 مارس 2016، على ان " **حماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق اساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه**"، وهي المادة التي لم تعد موجودة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020.

1) مفهوم المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي:

تتعدد التعريفات المقدمة للمعالجة الآلية للمعطيات الشخصية من نظام قانوني الى آخر ومن اتجاه فقهي الى آخر، تعددا تعكسه أهمية هذا الإجراء، من حيث خطورته على الزبون ومصالحه أو من حيث الحماية الواجبة توفيرها للمقترضين، وسنحاول التطرق فيما يلي الى التعريف بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي (أ)، ونتطرق ثانيا الى مبررات حماية معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض (ب).

أ) التعريف بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي:

لقد عرفت المادة 03 فقرة 01 من القانون رقم 07/18 المعطيات الشخصية انها " **كل معلومة بغض النظر عن دعامتها متعلقة بشخص معرف او قابل للتعرف عليه والمشار اليه ادناه**" **الشخص المعني**" **بصفة مباشرة او غير مباشرة، لاسيما بالرجوع الى رقم التعريف أو عنصر او عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية او الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية**"[1].

كما عرفها المشرع التونسي بـ"**تعتبر معطيات شخصية على معنى هذا القانون كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها والتي تجعل شخصا طبيعيا معرفا أو قابلا للتعريف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة باستثناء المعلومات المتصلة بالحياة العامة أو المعتبرة كذلك قانونا**"[2].

وتبقى البيانات الشخصية محافظة على هذا الوصف بغض النظر عن كيفية الحصول عليها، ما إذا كان طواعية من طرف المعني في إطار عقدي أو إحصائي...الخ، أو تم الحصول عليه من مصادر أخرى، فالتنازل عن المعلومات الشخصية لا ينزع عن المعلومات الطابع الشخصي ولو

[1]) القانون رقم 07/18، مؤرخ في 10 جوان 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر عدد 34، مؤرخة في 10 جوان 2018.

[2]) قانون اساسي عدد 63، بتاريخ 27 جويلية 2004، يتعلق بحماية المعطيات الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 61، مؤرخ في 30 جويلية 2004.

كان ذلك برضى المعني وانه لا يدخل ضمن البيانات الشخصية المحمية قانونا الا اذا التصق بصاحبه ودل عليه دلالة مباشرة، ولا يهم بعد ذلك ما إن كان صحيحا أو خاطئا[1].

أما معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي فهي كل عملية أو مجموعة عمليات منجزة بطرق او بوسائل الية او بدونها على معطيات ذات طابع شخصي، مثل الجمع او التسجيل او التنظيم او الحفظ أو الملائمة او التغيير او الاستخراج أو النشر او اي شكل آخر من اشكال الاتاحة او التقريب أو الربط البيني وكذا الاغلاق أو التشفير او المسح أو الاتلاف[2].

ب) مبررات حماية معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض:

ترجع مصلحة السلطات العامة من ضرورة المراقبة على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في المجال البنكي والحرص على صحتها كون البنك اهم مصدر لهاته المعلومات بل والوحيد القادر على تقديم هاته المعلومات بقدر عالي من الكفاءة والدقة والشمولية، لذلك فالتشريع الحمائي لمعالجة المعطيات الشخصية في المجال البنكي يحقق مصلحة مزدوجة، ينقسم الى شقين الاول هو حماية شخصية للمعني بالمعالجة، والثاني هي حماية النظام العام:

- **هي حماية شخصية للمعني بالمعالجة:**

النشاط البنكي من أكثر النشاطات احتمالا للمساس بخصوصية الحياة الخاصة، لكون البنك يشترط من اجل الدخول في علاقة مع الزبون الاحاطة بكل المعلومات منها الشخصية (الحياة العائلية، عدد الاولاد، السكن، الحالة العائلية، الحالة المهنية) وذلك من اجل دراسة جدوى هذه العلاقة والتنبؤ بمستقبلها، وتقدير الاعباء، ومن بين الاسباب التي تؤدي الى زيادة مخاطر التعدي على حرمة الحياة الخاصة في المجال البنكي نذكر:

---

[1]) زين العابدين صالح مروة، الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الانترنت بين القانون الدولي الاتفاقي والقانون الوطني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2016، ص 67.

[2]) المادة 03 فقرة 03، قانون رقم 07/18، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، مرجع سابق.

* تعدد مصادر المعلومات: بصفة يبررها التزام البنك بالاستعلام الذي قد يكون لدى الزبون في إطار مبدأ " اعرف عميلك"، كما قد يكون مصدر المعلومات إحدى المركزيات التابعة لبنك الجزائر وهي المعلومات التي ترسلها البنوك حول زبائنها وما يمكن ان تحمله من اخطاء، او مصدرها بنوك أخرى في إطار تبادل المعلومات بين البنوك، وهذا التعدد قد يزيد في احتمالية الوقوع في اخطاء في المعطيات التي تم جمعها، لذلك ينبغي ايجاد وسائل أخرى للرقابة على المعالجة التي تقوم بها البنوك كمنح جهات الرقابة على النشاط البنكي أو سلطة مراقبة معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق الدخول بنفسها الى المعطيات المعالجة، أو منحها دوريا نسخة عن هاته المعطيات.

* **شمولية المعالجة البنكية للمعطيات الشخصية:** أي تشمل كافة الجوانب العائلية، المادية، المهنية إذ على البنك من اجل تنفيذ الالتزام بالاستعلام حول الزبون الاطلاع على كافة المعلومات المتعلقة بالحياة المهنية والعائلية والمالية من اجل تحديد المداخيل المحتملة للزبون والاعباء المالية التي يتحملها من اجل فحص الملاءة وتقدير القدرة على الدفع، في حين تقتصر معالجة المعطيات الشخصية في مجالات اخرى(المجال العلمي، الطبي، الجزائي...) على جوانب محددة قد تكون مالية كتلك التي تقوم بها ادارة الضرائب والجمارك، أو عائلية كتلك التي تقوم بها مصالح الحالة المدنية ومصالح الضمان الاجتماعي، أو علمية كتلك التي تقوم بها المخابر ومراكز الدراسات ...الخ.

- **هي حماية للنظام العام:**

يقصد بذلك أن المعالجة التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية هي معالجة يأمر بها القانون لغايات تتعلق بالمصلحة العامة، نظرا للدور الاقتصادي الذي تضطلع به البنوك، فالمعالجة في هذا الصدد هي معالجة للمنفعة العامة ما قد يقتضي التضحية ببعض الحقوق الشخصية للمعني، ويمكن جمع المبررات المتعلقة بالحماية اثناء المعالجة الآلية للمعطيات في:

* ضرورة احترام سياسة تسيير المخاطر: تختلف أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية في المجال البنكي عن باقي المجالات من حيث الغاية منها فبالإضافة الى الغايات الشخصية كحماية

حق المعني في الحياة الخاصة وحقه في القرض وحقه في الحساب البنكي...الخ، توجد غايات تتعلق بالنظام العام والتي اهمها اطلاع البنوك بوظيفة تسيير المخاطر البنكية التي تعد القروض المصدر الرئيسي لها، عن طريق تحديد سياستها في ذلك بالنظر الى موجوداتها وقدرتها على تحمل اي اختلالات مالية قد تتعرض لها، وتتمثل الوسيلة المثلى التي تستوعب بها البنوك هذا الالتزام هي عملية جمع ومعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

* مساهمة البنوك في الوقاية من بعض الجرائم: إذ يقع على عاتق البنوك والمؤسسات المالية التزام بمعالجة معطيات آلية لأغراض عامة، ومن ابرزها المساهمة في الوقاية من جرائم تبييض الاموال وتمويل الارهاب[1]،والمساهمة في الوقاية من جريمة الغش الضريبي ومكافحته[2] ومن تم فالمعالجة الآلية للمعطيات التي تقوم بها البنوك هي معالجة ذات أهداف تتعلق بالنظام العام وهذا مبرر مهم لتوفير حماية فعالة لها.

2) ضوابط معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي واسقاطاتها في مجال منح القروض:

يجب أن تخضع عملية معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض للالتزامات الواردة في القانون رقم 07/18 باعتباره الشريعة العامة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، اضافة الى التشريعات والانظمة البنكية، وهي الالتزامات التي تتعلق بمرحلة جمع المعطيات ذات الطابع الشخصي (أ) والتزامات تتعلق بمرحلة معالجة المعطيات ذات الطابع

[1]) المادة 08 فقرة 01 من النظام رقم 03/12، متعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، مرجع سابق، نصت على" **يجب على المصارف والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر أن تحتفظ وتضع تحت تصرف السلطات المختصة ما يأتي:**

ـ الوثائق المتعلقة بهوية الزبائن وعناوينهم خلال فترة 05 سنوات على الاقل، بعد غلق الحسابات و/ أو وقف علاقة التعامل.

ـ الوثائق المتعلقة بالعمليات التي تم إجراؤها بما فيها التقارير السرية خلال فترة 05 سنوات على الاقل بعد تنفيذ العملية".

[2]) حيث تنص المادة 51 من قانون الاجراءات الجبائية على ان البنوك والمؤسسات المالية مصدرا مهما لإدارة الضرائب من أجل الاستعلام وممارسة حق الاطلاع المخول لها قانونا.

الشخصي وتتطلب ضرورة احترام حقوق المقترض عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي (ب).

أ) وجوب مراعاة متطلبات الجمع المشروع للمعطيات ذات الطابع الشخصي:

لم يقصر المشرع الحماية التي يقدمها على مرحلة معالجة المعطيات الشخصية فقط وانما تمتد حتى مرحلة الجمع، ويقصد بالجمع عملية الالمام المسبق بالمعلومات وتنظيمها من اجل استعمالها فيما بعد، وقد اعتبر المشرع مجرد جمع معلومات لا يجيز القانون جمعها جريمة وهو ما عبر عنه بعبارة "**.... وضع أو حفظ في الذاكرة الآلية...**" دون تحقق جميع عناصر المعالجة، وبعبارة أخرى يكفي أن تتحقق مرحلة الوضع أو الحفظ في الذاكرة حتى وان كان الفاعل لا يريد معالجتها[1]،كما جرم المشرع استعمال طرق غير مشروعة أو غير نزيهة أو تدليسية لجمع المعطيات الشخصية[2].

ب) وجوب مراعاة حقوق المقترض عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي:

من أبرز حقوق الشخص المعني فيما يخص معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي والتي تنطبق على المقترض في العمليات البنكية:

* الحق في الاعلام: يعد من اهم حقوق المعني بالمعالجة الآلية للمعطيات الشخصية وذلك لأنه الوسيلة التي تمكنه من معرفة حقوقه تجاه المسؤول عن المعالجة ومن تم الاستفادة من الحماية التي يقررها القانون، اي يمكن القول انه حق إطار أو حق ابتدائي تنتفي الغاية من كافة الحقوق بدونه، ونصت على هذا الالتزام المادة 32 من القانون رقم 07/18 واشترطت ان يكون الاعلام عند تجميع المعطيات بهوية المسؤول عن المعالجة، اغراض المعالجة، وكل معلومة اخرى مفيدة.

[1]) طباش عز الدين، الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري دراسة في ظل قانون 07/18 المتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص 30.

[2]) حيث نصت المادة 59 من القانون رقم 07/18 يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، مرجع سابق على " **يعاقب بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات وبغرامة من 100000 الى 300000 دج، كل من قام بجمع معطيات ذات طابع شخصي بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة**".

ولقد كرس هذا الحق في مجال القرض البنكي النظام رقم 01/12 المتعلق بمركزية مخاطر المؤسسات والاسر على هذا الالتزام إذ جاء في مادته رقم 12 " **يتعين على المؤسسات المصرحة أن تعلم زبائنها بالتصريح والتسجيل على مستوى مركزية المخاطر للقروض التي منحت لهم ويجب عليها أن توضح على الخصوص الغاية من معالجة هذه البيانات من طرف مركزية المخاطر ووجود حق في الاطلاع وتصحيح والغاء المعطيات وكذا آجال الاحتفاظ بهذه المعطيات**"

* الحق في الموافقة: نصت عليه المادة 07 من القانون رقم 07/18 يتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إذ جاء فيها " **لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي الا بالموافقة الصريحة للشخص المعني** "[1].

* الحق في الاطلاع: كفلت هذا الحق المادة 15 فقرة 01 و02 من النظام رقم 01/12 المتعلق بتنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والاسر وعملها إذ جاء فيها " **يمكن كل مقترض ان يطلع بدون تكاليف على المعطيات المسجلة التي تخصه كما يمكنه ان يطلب اذا اقتضى الامر من المؤسسة المصرحة تصحيح المعطيات المغلوطة.**

ويمكن المقترض ايضا ممارسة حق الاطلاع هذا لدى مصالح مقر بنك الجزائر المتواجد في ولاية إقامته".

يلاحظ أن هذا النظام منح للمقترض حق الاطلاع لدى مركزية مخاطر المؤسسات والاسر لكن لم يمنحه هذا الحق فيما يخص المعلومات التي تقوم البنوك بمعالجتها بموجب هذا النظام، وبعبارة اخرى للمقترض حق الاطلاع فقط على المعلومات التي ترسلها البنوك الى المركزية وهي معلومات محددة على سبيل الحصر في المادة 05 من النظام رقم 01/12،على غرار قيمة القرض ومدته

---

[1]) ولقد أدخلت المادة 07 فقرة 05 من القانون رقم 07/18 المتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، مرجع سابق، عدة استثناءات حيث أقرت ان موافقة الشخص المعني لا تكون واجبة إذا كانت المعالجة ضرورية:

ـ لاحترام التزام قانوني يخضع له الشخص المعني والمسؤول عن المعالجة.

ـ لحماية حياة الشخص المعني.

ـ لتنفيذ عقد يكون الشخص المعني طرفا فيه أو لتنفيذ اجراءات سابقة للعقد اتخذت بناء على طلبه.

وضماناته، دون أن تمتد الى معلومات اخرى قد يصل اليها البنك من مصادره المختلفة لاسيما وضعيته المهنية والعائلية، اعباؤه المختلفة وقد تكون خاطئة أو غير ضرورية كما لا توجد اي وسيلة أخرى لتتأكد بها جهات الرقابة من هاته المعلومات.

* الحق في الاعتراض: نصت على هذا الحق المادة 36 فقرة 01 من القانون رقم 07/18 المذكور سابقا إذ جاء فيها " **يحق للشخص المعني أن يعترض لأسباب مشروعة على معالجة معطياته ذات الطابع الشخصي**" دون ان يتطرق النظام رقم 01/12 المتعلق بمركزية مخاطر المؤسسات والاسر لهذا الحق ولعل ذلك تطبيقا للاستثناء الوارد في الفقرة 03 من نفس المادة التي جاء فيها "**لا تطبق أحكام الفقرة الاولى من هذه المادة إذا كانت المعالجة تستجيب لالتزام قانوني**"[1].

*الحق في طلب التصحيح، التحيين والالغاء: للشخص المعني بالمعالجة حق طلب تصحيح أو تحيين أو إلغاء مجانا المعطيات المعالجة إذا كانت غير صحيحة أو غير مكتملة أو معالجتها ممنوعة ويلزم المسؤول عن المعالجة بالتصحيحات اللازمة في أجل 10 أيام، وفي حالة الرفض أو عدم الرد للمعني امكانية الاتصال بالسلطة الوطنية التي تكلف احد أعضائها بإجراء التحقيقات اللازمة وإجراء التصحيحات اللازمة في اقرب الآجال[2].

وفي مجال منح القروض نصت على هذا الحق المادة 15 فقرة 03 من النظام رقم 01/12 المتعلق بمركزية مخاطر المؤسسات والاسر دون اي تحديد لإجراءات طلب التصحيح والمدة التي ينبغي على المسؤول عن المعالجة الرد فيها إذ جاء فيها "**ويجب على المؤسسة المصرحة في حالة تصحيح المعطيات ارسالها مصححة الى مركزية المخاطر التي تقوم بإعلام المؤسسات المصرحة التي اطلعت على تقرير القرض الخاص بالزبون المعني**".

---

[1]) وفي التشريع الفرنسي نصت عليه المادة 42 فقرة 02 من القانون رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي غير انه اشترط توفر" اسباب شرعية وجدية "

Loi N° 2004-575, pour la confiance dans l'économie numérique, op.cit.

[2]) المادة 35 من القانون رقم 07/18، المتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، مرجع سابق.

كما نص النظام رقم 01/12 على التزام اضافي وهو احترام الغرض من المعالجة، إذ تنص المادة 09 من النظام 01/12 على انه " **تستعمل نتائج عمليات المركزة المذكورة في المادة 07 اعلاه من طرف المؤسسات المصرفية في اطار منح وتسيير قروض زبائنها ولا يمكن باي حال من الاحوال استخدام هذه المعلومات لأغراض اخرى ولاسيما البحث عن الاسواق التجارية أو لغرض التسويق**".

ثانيا: تقييم آليات معالجة المعطيات الشخصية في مجال منح القروض

يكرس النشاط البنكي خصوصية فريدة بتعلقه الوثيق بفكرة النظام العام الاقتصادي كون البنوك هي المحرك الرئيسي للاقتصاد واداة لتوزيع الفوائض المالية من اصحاب الفائض الى اصحاب العجز، واعتماده بالدرجة الاولى على عامل الثقة، هذه الخصوصية فرضت على البنوك التعامل مع كم هائل من المعلومات الشخصية عن زبائنها ما تطلب ايجاد آليات وتقنيات خاصة بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض وكذا آليات الرقابة عليها، ومن أجل توضيح أكثر نتطرق أولا لتقييم أحكام معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض (1) ونتطرق ثانيا لتقييم الرقابة على هاته المعالجة (2).

1) تقييم أحكام معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض:

يظهر من استقراء النصوص التشريعية والتنظيمية التي تهتم بالمعالجة الآلية التي تقوم بها الهيئات المسؤولة عن معالجة المعطيات الشخصية في مجال منح القروض بعض النقائص والثغرات التي يمكن ان تشكك في شرعية المعالجة التي تقوم بها هاته الهيئات والتي من أبرزها تعدد الهيئات المسؤولة على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض (أ)، المنح الكلي للمعطيات الشخصية للبنوك من طرف مركزية مخاطر المؤسسات والاسر(ب)، محدودية فعالية المعالجة التي تقوم بها مركزية مخاطر المؤسسات والاسر (ج).

أ) تعدد الهيئات المسؤولة على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض:

تتعدد الهيئات المسؤولة عن معالجة المعطيات الشخصية في منح القروض البنكية نظرا للكم الهائل من المعلومات الشخصية الذي يتم تداوله، استيفاء لما يتطلبه تنفيذ الالتزامات القانونية المتعددة التي تفرضها عملية منح القروض، ويمكن جمع هذه الهيئات في البنوك والمؤسسات المالية باعتبارها الهيئات التي تتعامل مع الزبائن بصفة مباشرة، إضافة الى جهات رقابية اخرى على غرار المركزيات التابعة لبنك الجزائر.

- **البنوك والمؤسسات المالية:**

يعد الاستعلام البنكي التزام على البنوك استيفاؤه تجاه اي زبون قبل الدخول معه في اية علاقة في إطار الالتزام بمبدأ " اعرف عميلك"، وبالتالي فالمعالجة التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية هي معالجة يأمر بها القانون وذلك ما يفرض على البنوك ايلاء عناية اكبر لعملية المعالجة فأي خطأ يرتكبه البنك ينتج عنه ضررين الاول للمعني والثاني بالنشاط البنكي ككل، كما أن البنك هو المسؤول الاول عن صحة ودقة البيانات المعالجة المرسلة الى هيئات أخرى، فأي خطأ قد يوقع قد تنتج عنه آثار أكثر خطورة لا تهدد فقط سمعة الزبون وإنما قد تحرمه من حقوق اخرى كالحق في الحصول على القرض أو فتح الحساب، أو تجعله مشتبها فيه[1].لذلك يقع على البنوك عدة التزامات ينبغي استفاؤها، قد لا تشترط في هيئات المعالجة الاخرى لا سيما مراعاة التزامات الحفاظ على سرية المعطيات المعالجة، واتخاذ اجراءات التشفير المناسبة[2].

---

[1]) http://www.capgemini- consulting.com, consulté le 20/02/2020 a 17 :00.

[2]) اي لا يمكن معرفة المعني بالمعلومات الا بعد الرجوع الى قائمة التشفير الخاصة بالأسماء ومنع التعرف على اصحاب المعلومات في حالة تعرض قاعدة البيانات المعنية للاختراق، حيث تنص المادة 08 من النظام رقم 01/12 المتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والاسر على انه " **بغية تحديد هوية المقترضين تقوم مركزية المخاطر عند تبادل المعلومات مع المؤسسات المصرحة باستعمال رقم تعريف خاص بالأشخاص المعنويين والاشخاص الطبيعيين الذين يمارسون نشاطا مهنيا بدون اجر ورقم تعريف خاص بالأفراد** ".

كما توجد معالجات يمنع على البنوك القيام بها، فلا يمكن للبنك ان يقوم بإعداد قوائم بأسماء الاشخاص الذين استعملوا حقهم في التراجع أو قائمة بأسماء الاشخاص الذين استعملوا حقهم في الدفع المسبق، كما يمنع على البنك القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الجزائي المتعلقة بالجرائم والعقوبات وتدابير الامن المتخذة في حق زبائنها، كمعالجة المعطيات المتعلقة بالأشخاص الذين تعرضوا للإخطار بالشبهة وتم اتخاد إجراءات ضدهم[1].

يجب من أجل جعل المعني بمعالجة المعطيات الشخصية في مجال منح القروض يستفيد من الحقوق المنصوص عليها في القانون 07/18 المتعلق بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي تفعيل الالتزام بالتسبيب، أي الزام البنك بتسبيب قراره بالرفض وذلك بتوضيح المعلومات التي تم جمعها والتي تم على اساسها الرفض، من أجل تمكين المقترض من ممارسة حقوقه بشأن معالجة المعطيات الشخصية من جهة وحتى يتم منع البنك من اخفاء معالجة غير مشروعة أو ارتكازه على معلومات مجمعة بطريقة غير مشروعة، أو أن المعلومات في حذ ذاتها غير صحيحة أو من مصدر غير مشروع من جهة أخرى، ومن تم مصادرة حق المقترض في الحماية ضد المعالجة غير الشرعية أو غير النزيهة والتستر تحت مبرر الحرية التعاقدية والسياسة الاقراضية[2].

- **المركزيات التابعة لبنك الجزائر:**

نقصد بها في هذا الموضع المركزيات التي تعنى بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح وتسيير القروض، وتتمثل في:

* مركزية مخاطر المؤسسات والأسر: أنشأت بموجب النظام رقم 01/12 وتتمثل وظيفتها في جمع ومركزة المعلومات المقدمة اليها من البنوك والمؤسسات المالية حول القروض البنكية المقدمة

[1]) المادة 10 من القانون 07/18، المتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، مرجع سابق.

[2]) غير أن هذا الالتزام غير مفعل تماما لعدم وجود اي نص قانوني او تنظيمي يلزم البنك بتسبيب قراره، اضافة الى اعتبارات اخرى تجعل الالتزام بالتسبيب غير مجدي، كوجوب احترام السياسة الاقراضية للبنك واحترام حرية التعاقد وذلك ما يقود الى الانتقاص من حقوق المقترض وتجعله لا يستفيد بالشكل الامثل من الأحكام الحمائية لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

لزبائنها، ثم إعادتها اليها[1]، من أجل استغلالها في عملية منح القروض عن طريق الاطلاع على حجم المديونية الذي يقع على عاتق طالب القرض تفاديا لمنح قروض لأشخاص يتواجدون في وضعية مالية صعبة.

* مركزية المستحقات غير المدفوعة: أنشأت بموجب النظام رقم 02/92 وتتجلى وظيفة هذه المركزية بتنظيم فهرس مركزي للمستحقات غير المدفوعة عن القروض الممنوحة ووسائل الدفع الموضوعة تحت تصرف زبائن البنك، عن طريق المعلومات التي تلتزم هاته الاخيرة بتبليغها الى المركزية على اثر كل حادث دفع، ليعاد توزيع هذه المعلومات على البنوك بعد كل عملية مركزة[2].

وتمثل المعالجة التي تقوم بها مركزية المستحقات غير المدفوعة عن طريق الفهرس الذي تمسكه حماية للمقترض في حد ذاته، فالمقترض الذي يتحصل على القرض رغم وضعه المالي الهش الناتج عن وضعية مديونية فائقة نتيجة وجود قروض غير مسددة يكون في مركز ضعف أكبر مقارنة بالمقترض العادي الذي لا يظهر اسمه ضمن القروض المتوقف عن دفعها، كما يشكل حماية للنشاط البنكي من حيث المساهمة في تفادي المديونية المفرطة، ومحاربة المخاطر.

ب) المنح الكلي للمعطيات الشخصية للبنوك من طرف مركزية مخاطر المؤسسات والاسر:

تنص المادة 04 من النظام رقم 01/12 المتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والاسر وعملها على انه " **تكلف مركزية المخاطر بجمع ومعالجة وحفظ المعلومات حول القروض البنكية واعادتها الى المؤسسات المصرحة بعد كل عملية مركزة**".

وتنص المادة 07 من ذات النظام على انه " **تقوم مركزية المخاطر شهريا بمركزة التصريحات المذكورة في المادة 05 اعلاه، وتعد وتضع في متناول كل مؤسسة معرفة نتائج عملية المركزة المدونة في تقارير القرض المتعلقة بزبائنها، عن طريق الاطلاع عن بعد والاسترجاع الشهري**".

---

[1]) المادة 04 من النظام رقم 01/12، مؤرخ في 20 فيفري 2012، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها، مرجع سابق.

[2]) المادتين 03 و04 نظام رقم 02/92، يتضمن تنظيم مركزية المبالغ غير المدفوعة وعملها، مرجع سابق.

والامر نفسه فيما يخص مركزية المبالغ غير المدفوعة إذ تنص المادة 03 فقرة 02 من النظام رقم 02/92 على انه " **تتولى مركزية المبالغ غير المدفوعة بالنسبة لكل وسيلة دفع و/ أو قرض ما يأتي:**

ـ تبليغ الوسطاء الماليين وكل سلطة اخرى معنية دوريا قائمة عوائق الدفع وما قد يترتب عليها من متابعات ".

وبذلك يتاح للبنوك الاطلاع عل كافة المعلومات حول كافة الزبائن، وذلك مردود عليه فمنح المعلومات للبنوك يجب أن يخضع لضوابط فموظفي البنك عند معالجة المعطيات الشخصية يمكنهم معاينة هاته المعطيات لأغراض مختلفة قد لا تكون لها اية علاقة بالغرض التي تم تجميع المعلومات من اجله وبالغرض الذي يحدده القانون، فينبغي أن يتاح لها البحث عن شخص معين والتأكد من تسجيل اسمه لدى قائمة الاشخاص المتوقفين على الدفع التي تمسكها مركزية المبالغ غير المدفوعة عن طريق شبكة الانترنت أو عن طريق مراسلة المركزية، كما يجب ان تترك معاينة السجل أثرا سواء كانت المعالجة آلية أو يدوية ويجب ان تبرر بطلبات القرض وبالقدر الكافي للتأكد من فحص ملاءة المقترض والتأكد من قدرته على الدفع[1].

ج) محدودية فعالية المعالجة التي تقوم بها مركزية مخاطر المؤسسات والاسر:

يلاحظ باستقراء النصوص القانونية التي تحكم المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية محدودية فعالية هذه المعالجة ومن مظاهر ذلك:

* المعلومات التي تقوم بمعالجتها تتعلق بمبلغ القروض ومدته والضمانات المقدمة، وهي معلومات لا تقدم تقييم كافي للقدرة على الدفع للزبون وغير كافية للتأكد من ملاءة الزبون، ومن تم فهي قاصرة في مجال تسيير وادارة المخاطر فذلك يتطلب تحليل مداخيل الزبون وذمته المالية واعباءه

[1]) Michele André, Nicole Bonnefoy ,Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économique,rapport sénat session ordinaire, de 2012/2013 enregistré à la présidence du sénat le 22 janvier 2013, disponible sur le site : https://www.senat.fr.

المالية مثل الايجار، الضرائب وباقي النفقات الحتمية وهي معلومات لا تظهر ابدا في سجلات مركزية المخاطر ومن تم يختفي مبرر الغرض المشروع والجدي للمعالجة[1].

* توجد معلومات تسجل حول اشخاص لا يشكلون اي خطر على البنك وغير معرضون تماما للمديونية المفرطة، ومن تم تنتفي الغاية من المعالجة والحفظ من طرف مركزية المخاطر عكس مركزية المستحقات غير المدفوعة التي تعنى فقط بأشخاص تعرضوا فعلا لحوادث دفع، ومن تم تثور اشكالات فيما يخص المعالجة التي تقوم بها مركزية المخاطر حول الغرض من هاته المعالجة الذي يعد شرطا اساسيا لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[2].

* المعلومات التي تقوم مركزية المخاطر بمعالجتها هي معلومات تتحصل عليها من البنوك، دون أن تملك الوسائل والآليات الكفيلة بالتأكد من صحتها.

* لم يتم تحديد المقصود بالقروض غير المدفوعة ومن تم لا توجد ضوابط لتسجيل القرض ضمن قائمة القروض غير المسددة، هل بمجرد عدم دفع القسط الاول أو يحدد عدم الدفع بعدد معين من الأقساط أو بمدة محددة.

2) تقييم الرقابة على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض:

يعود الاختصاص الاصيل للرقابة على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، ثم اللجنة المصرفية باعتبارها صاحبة الولاية العامة على النشاط البنكي (أ)، كما ينبغي من أجل تقييم فعالية الرقابة على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي تقييم العلاقة بينهما (ب).

---

[1]) Michele André, Nicole Bonnefoy, op. cit

[2]) لذلك نرى ضرورة توحيد المعالجة الايجابية والسلبية للمعطيات المتعلقة بطالب القرض، أي دمج مركزية المخاطر مع مركزية المستحقات غير المدفوعة من اجل اعطاء مفهوم شامل عن المعني بالقرض، فما الغاية من معرفة عدد ونوع القروض التي تحصل عليها مقترض ما دون معرفة ما إذا كان قد التزم بتسديدها أم تعرض لعدم القدرة على الدفع.

أ) صلاحيات السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي واللجنة المصرفية:

انشات السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي بموجب نص المادة 22 من القانون رقم 07/18، وهي هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ولقد حددت صلاحيات هاته السلطة المادة 25 من نفس القانون ويمكن جمعها في:

- منح التراخيص وتلقي التصريحات المتعلقة بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي،
- اعلام الاشخاص المعنيين والمسؤولين عن المعالجة بحقوقهم وواجباتهم،
- تقديم الاستشارات للكيانات المسؤولة عن معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي،
- تلقي الاحتجاجات والطعون والشكاوى بخصوص تنفيذ معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي،
- الترخيص بنقل المعطيات ذات الطابع الشخصي نحو الخارج وفق شروط القانون،
- الامر بالتغييرات اللازمة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي المعالجة،
- الامر بإغلاق معطيات أو سحبها أو اتلافها،
- تقديم أي اقتراح من شأنه تبسيط وتحسين الإطار التشريعي والتنظيمي لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي،
- تطوير علاقات التعاون مع السلطات الاجنبية المماثلة مع مراعاة مبدا المعاملة بالمثل.
- اصدار عقوبات ادارية ضد المخالفين لأحكام القانون المتعلق بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي المحددة في المادة 46 من ذات القانون والتي تتراوح بين الانذار، الإعذار، السحب المؤقت للترخيص، الغرامة[1].

أما اللجنة المصرفية فتختص بموجب دورها في الرقابة على احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية في المجال البنكي والمعاقبة على الإخلالات التي تتم معاينتها بتطبيق الجزاءات التي يحددها القانون على البنوك والمؤسسات المالية المخالفة لأحكام معالجة

[1]) المادة 46 من القانون 07/18، المتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، مرجع سابق.

المعطيات ذات الطابع الشخصي في المجال البنكي، والتي تتراوح بين الإنذار، التوبيخ، المنع من ممارسة بعض العمليات، التوقيف المؤقت لمسير أو أكثر، سحب الاعتماد، ولا يمكنها ان تتخذ جزاءات تتعلق بالمعالجة في حد ذاتها كالأمر بإبطال المعالجة، أو سحب الترخيص بها[1].

ب) تقييم العلاقة بين السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي واللجنة المصرفية:

ينبغي النص على ضرورة توحيد الجهود بين السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي باعتبارها جهة الولاية العامة على الاشراف على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي وامتلاكها للآليات والوسائل المادية والبشرية للتدخل الفعال من اجل تحسين وتطوير حقوق المعنيين بالمعالجة، وبين اللجنة المصرفية باعتبارها جهة الرقابة على القطاع البنكي، ولتوضيح ذلك ينبغي الاشارة اولا الى الصلاحية المحدودة للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، وثانيا الى غموض توزيع الاختصاص بين هاته السلطة واللجنة المصرفية.

- **الصلاحية المحدودة لسلطة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض:**

من الافضل ان ترسل المعلومات تلقائيا من طرف كافة الهيئات التي تتولى عملية معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي سواء كانت اشخاص عامة ام خاصة، ومن بينها مركزية مخاطر المؤسسات والاسر ومركزية المبالغ غير المدفوعة، الى هيئة حماية المعطيات الشخصية باعتبارها صاحبة الولاية العامة في هذا المجال، حتى تتمكن من ممارسة الرقابة التلقائية على حماية معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

اضافة الى عدم تحديد اجراءات تنفيذ عدة صلاحيات من صلاحياتها فيما يخص حماية معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض على غرار نص المادة 12 من القانون رقم 07/18 التي تنص على وجوب التصريح المسبق أو طلب الترخيص من السلطة قبل كل

[1]) المادة 114 من الأمر 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

عملية معالجة لمعطيات ذات طابع شخصي، فلا يوجد اي نص تشريعي أو تنظيمي يلزم البنوك او المركزيات التابعة لبنك الجزائر بأحكام هاته المادة.

كما يلاحظ ان النظام المتعلق بمركزية مخاطر المؤسسات والاسر وفر حماية اكثر توسعا من حيث الاشخاص إذ يشمل معالجة المعطيات المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين والمعنويين على خلاف القانون 07/18 الذي يقصر الحماية على الشخص الطبيعي فقط حيث عرفت المادة 03 فقرة 02 منه الشخص المعني " **كل شخص طبيعي تكون المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به موضوع معالجة** " كما ان المعطيات المعنية بالحماية والتي ذكرتها الفقرة 01 من ذات المادة لا تنطبق الا على الشخص الطبيعي، وذلك ما يفهم من العبارات الواردة في المادة على غرار" **الهوية البدنية**"، **أو** " **الفيزيولوجية**"، **أو** " **الجنسية**"، **أو** " **النفسية**".

- **<u>غموض توزيع الاختصاص بين سلطة حماية المعطيات الشخصية واللجنة المصرفية:</u>**

يلاحظ وجود تداخل بين نشاط الرقابة والجزاء على حماية المعطيات الشخصية في المجال البنكي بين اللجنة المصرفية باعتبارها صاحبة الاختصاص في النشاط البنكي وسلطة مراقبة معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي التي جاء بها القانون رقم 07/18، دون تحديد الحدود الفاصلة بين اختصاص اللجنة المصرفية وسلطة مراقبة معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

حيث تنص المادة 18من النظام رقم 01/12 على انه " **يجب التصريح الى اللجنة المصرفية بكل مؤسسة مصرحة لا تمتثل لأحكام هذا النظام**"، كما تنص المادة 05 من النظام رقم 02/92 المتضمن تنظيم مركزية المبالغ غير المدفوعة وعملها على " **يتم اعلام اللجنة المصرفية بكل مخالفات احكام هذا النظام واحكام النصوص اللاحقة به**".

وبالتالي تختص اللجنة المصرفية بوصفها سلطة رقابة على النشاط البنكي بالنظر في المخالفات التي ترتكبها البنوك والمؤسسات المالية عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض، دون المخالفات التي يرتكبها باقي الاشخاص وذلك وفق نص المادة 114 من الامر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، الذي يعتبر النص العام في الجزاء في المجال البنكي

دون ان يتطرق لأفعال تتعلق بالمخالفات في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي بصفة خاصة وتحديد جزاءات لها.

في حين تطرق القانون رقم 07/18 في المواد من 54 الى 74 منه لمختلف الافعال الجزائية والعقوبات المطبقة عليها لا سيما رفض تمكين المعني بالمعالجة من حقوقه (المادة 64)، عدم اخطار السلطة الوطنية والشخص المعني بالانتهاكات المعاينة (المادة 66)، اتاحة الاطلاع على المعطيات الشخصية لأشخاص غير مؤهلين بذلك (المادة 69)، واقر لها عقوبات مختلفة تتراوح بين الحبس والغرامة، مسح المعطيات المعالجة بطريقة غير شرعية، سحب الترخيص بالمعالجة.

المطلب الثاني: الالتزام بمراعاة التوازن الاقتصادي للعقد

نستهل عرضنا برأي الاستاذ« Denis Mazeaud » حيث تقول " **نحن نقيس حدود هذه الحماية، كم عدد المستهلكين الذين يعرفون كيفية استخدام المعلومات المقدمة لهم ووقت التفكير الممنوح لهم؟ لكن من المفارقات أن هذا النوع من التدابير عمليا ليس له أي تأثير على المستهلكين الاكثر حرمانا، بالنسبة لهم تحسين التراضي هو امر خيالي إلى حد كبير، يجب من أجل حمايتهم التدخل مباشرة على محتوى العقد**"[1].

وتقصد بقولها أن الحماية القبل عقدية والمتمثلة على وجه الخصوص في حماية التراض لدى المستهلك والحرص على سلامته وانارته، مهما بلغت درجت فعاليتها فإنها لن تكون كذلك بالنسبة لجميع المستهلكين، ومن اجل توفير حماية كافية لهم ترى ضرورة التدخل مباشرة على مستوى العقد وتوفير الضمانات الكفيلة بإعادة التوازن لصالح المستهلك.

---

[1]) Mme Denis Mazeaud :« **on mesure des lors les limites d'une telle protection, combien de consommateurs savent utiliser les informations qui leur sont fournies et le temps de réflexion qui leur est accordé? mais paradoxalement ce genre de mesure est pratiquement sans effet sur lesconsommateurs les plus défavorisé pour euxl'amélioration du consentement relevé en grande partie de l'utopie : il faut pour les protéger agir directement sur le contenu du contrat** », Hammoude May, op.cit. p.374.

وهو الرأي الذي نؤيده والذي يسعى المشرع الى تجسيده في مجال عقود القرض الموجهة للمستهلك، فعمل فعليا على التدخل في العلاقة العقدية التي تجمع المهني بالمستهلك المقترض وفرض مجموعة من الترتيبات والحقوق حماية له يمكن جمعها في حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير تكلفة القرض (الفرع الأول)، وحمايته من حيث ضمان مشروعية القرض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير تكلفة القرض

يحتاج المستهلك المقترض لمرافقة شاملة من قبل المشرع كونه الحلقة الأضعف في المنظومة البنكية، من بداية العقد الى نهايته، لذلك لن تكتمل الحماية التي يوفرها المشرع للمستهلك المقترض بمجرد توفير الحماية القبلية المتمثلة في حماية التراضي وتدعيم إرادة المقترض وتوفير المعلومات الضرورية له من أجل أخذ قرار صائب، كما لا تكتمل أيضا من خلال حمايته ضد المديونية المفرطة والحرص على عدم إثقاله بالتزامات لا تطيقها وضعيته المالية ووضع الوسائل الضرورية لإنقاذه من العجز.

ولكن ينبغي ان تمتد هاته الحماية إلى تأطير تكلفة القرض، وهي الحماية التي يحتاجها المقترض في القروض الموجهة للاستهلاك أكثر من أي مقترض آخر للمبررات التي تفرضها الحاجة الاستهلاكية وما تفرضه من عدم التأجيل أو الإلغاء، وأيضا لوضعية الضعف المالي التي عادة ما يكون عليها المقترض المستهلك، ومن أجل توضيح ذلك نتطرق أولا الى حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير أحكام الفوائد (أولا)، ونتطرق ثانيا الى حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير المبلغ الإجمالي الفعلي للقرض (ثانيا).

أولا: حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير أحكام الفوائد

لما كانت العملية البنكية عملية تجارية فهي تخضع لذات المبادئ التي تخضع لها كل العمليات التجارية لاسيما مبدأ المضاربة ومبدأ الربحية، فحتى لو سلمنا جزئيا لفكرة البنك هو مرفق الدولة التي تحرك به الاقتصاد وتشجع به الاستثمار وتحقق به غايات اجتماعية، فيجب ان يبقى البنك تاجرا ويسعى الى تحقيق الربح، وهي الغاية التي يسعى اليها من خلال تلقي فوائد عن مختلف

العمليات التي يقوم بها، لذلك كان لزاما على المشرع أن يخصها بأحكام حمائية حفاظا على مصلحة البنك وتطوره الاقتصادي، غير ان هاته المصلحة قابلتها مصلحة أخرى أولى بالرعاية وهي مصلحة المستهلك المقترض من خلال ضبط تدابير فرضها ضمان نسب فائدة تتوافق ووضعيته المالية.

فالأحكام المنظمة للفائدة يجب أن تراعي كل من مصلحة البنك ومصلحة المستهلك المقترض، لذلك منح المشرع للبنك حرية تحديد نسبة هاته الفائدة بما يراه مناسبا ومربحا له، ووضع أسسا ووسائل لرقابته في ذلك حماية وحفاظا على مصلحة المستهلك المقترض، ولتوضيح أكثر نتطرق اولا الى حرية البنك في تحديد مبلغ الفائدة (1)، ونتطرق ثانيا الى ضرورة فرض الرقابة على معدلات الفائدة (2).

1) حرية البنك في تحديد مبلغ الفائدة:

الأصل ان يمنح للبنك الحرية التامة في تحديد مبلغ الفائدة المطبق على عملياته استنادا إلى فكرة الحرية التعاقدية، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وكذا احتراما لاستقلالية البنك وحريته في تحديد سياسته الإقراضية، واحتراما لكيانه كشخص معنوي خاضع للقانون الخاص يمارس مهنة تجارية ويسعى إلى تحقيق الارباح، وذلك استنادا الى نص المادة 13 من النظام رقم 01/20[1]، التي جاء فيها " **يتم تحديد نسب الفائدة الدائنة والمدينة، من قبل البنوك والمؤسسات المالية بكل حرية ولا يمكن في كل الحالات أن تتعدى نسب الفائدة الفعلية الإجمالية على القروض الموزعة من طرف البنوك والمؤسسات المالية معدل الفائدة الزائد، بتعليمة من بنك الجزائر**".

ومنه فللبنك كامل الحرية في تحديد نسبة الفائدة المطبقة على القروض التي يمنحها، وما تدخل بنك الجزائر لتسقيف هاته النسبة سوى مجرد ضبط لنشاط منح القروض من اجل منع حدوث اختلالات داخل السوق البنكي بصفة عامة وداخل سوق القرض بصفة خاصة[2].

[1]) النظام رقم 01/20، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، مرجع سابق.

[2]) وذلك ليس بالأمر الدخيل على التشريع الجزائري، إذ أجاز المشرع بموجب قانون المنافسة امكانية تدخل الدولة لتقييد حرية الاسعار، أنظر المادتين 04 و05 من الامر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

ويثار التساؤل حول مدى امكانية منح البنك لقروض بدون فائدة، خاصة أمام ما تثيره هاته المسألة من جدل فقهي كبير انطلاقا من المقولة الفقهية القائلة " **المجانية دائما محل شك في المجال التجاري**"، وهل يمكن للبنك المركزي ان يضع نسبة محددة أو مبلغ محدد لا يمكن للقرض بدون فائدة أن يتعداه، ومدى معارضة ذلك للسلطة التعاقدية للبنك وحريته في تجسيد سياسته الإقراضية.

يمكن القول أن الضابط في ذلك هو احترام سياسة تسيير الحذر ولا يوجد ما يمنع البنك في منح قروض بدون فائدة، إذ يمكن أن يشكل ذلك الاطار الذي يمهد فيه البنك لخلق ثقة بينه وبين عميلة، أي الثقة يجب أن تبدأ من البنك ويختبر فيها العميل فقط، وكما يمكن للإقراض بدون فائدة تحفيز المقترض والمساهمة في تسديد قروضه العالقة، وتقرير مدى احترام البنك لسياسة الحذر يتعلق بوضعية المقترض ومبلغ القرض وكذا وضعية البنك، والا تحتم على البنك منح قروض جديدة للمقترض من أجل تسديد قروضه الأولى.

2) ضرورة فرض الرقابة على معدلات الفائدة:

قد تبدو فكرة رقابة الدولة على معدلات الفائدة المطبقة على القروض امرا مثيرا للانتقادات، لاسيما عند تعلق الامر بعقد مستقل بين شخصين كلاهما من الخواص، لكن قد يقبل الامر متى أحطنا علما بالدور الذي تلعبه البنوك في تحريك عجلة الاقتصاد وبالآثار السلبية التي قد تنجر على التسعير غير المدروس لخدمات البنك على الاقتصاد وعلى المستهلكين، ويتوقف الجدل كليا متى توصلنا الى التكريس القانوني الصريح لهذا التدخل حيث تنص المادة 62 فقرة "ح" من قانون النقد والقرض على أنه" **يخول المجلس صلاحيات بصفته سلطة نقدية في الميادين المتعلقة بما يأتي: ح ـ المقاييس والنسب التي تطبق على البنوك والمؤسسات المالية لاسيما فيما يخص تغطية المخاطر وتوزيعها، والسيولة والقدرة على الوفاء والمخاطر بوجه عام.**

ومن أجل توضيح أكثر نتطرق أولا الى مبررات فرض الرقابة على معدلات الفائدة (أ)، ونتطرق ثانيا الى وسائل وأساليب الرقابة على معدل الفائدة (ب).

أ) مبررات فرض الرقابة على معدلات الفائدة:

تتعدد مبررات فرض الرقابة على معدل الفائدة وتتنوع لتحقق غايات مختلفة رأى المشرع فيها وجوب التدخل من اجل تحديد سعر الفائدة ويمكن جمع هاته المبررات فيما يلي:

* مبررات تتعلق باحترام سياسة تسيير المخاطر واحترام قواعد الحذر في التسيير، وذلك لتصنيف خطر الفائدة ضمن الأخطار البنكية الواجب أخدها في عين الاعتبار ضمن احكام لجنة بازل وكذا ضمن انظمة بنك الجزائر[1]، وبذلك يعد معيار الفائدة معيارا حاسما في قياس وتسيير المخاطر، فخفض معدلات الفائدة إلى حد معتبر قد يجعل عملية منح القروض غير مربحة وغير مجدية، كما ان رفعه قد يؤدي إلى حدوث اضطرابات في السوق البنكي[2]، كما أن سعر الفائدة يساهم بشكل كبير في تغطيه مخاطر القرض، فينبغي أن تتماشى معدلات الفائدة مع معدلات المخاطر، فكلما زادت مخاطر القرض سواء في العملية ذاتها او على مستوى مجموع عمليات البنك زادت معدلات الفائدة.

* مبررات تتعلق بضرورة فرض رقابة هيئات الاشراف البنكي على توازن الوضعية المالية للبنوك كأحد أهم اختصاصات اللجنة المصرفية وفقا للمادة 105 فقرة 03 من الامر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض " **تفحص اللجنة شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية وتسهر على نوعية وضعياتها المالية**"، فمعدلات الفائدة على القروض يجب أن تتناسب مع معدلات الفائدة على الودائع، باعتبار المبالغ الممنوحة كقروض هي توظيفات للمبالغ المسلمة من الزبائن كودائع والا

---

[1]) حيث نصت المادة 51 من نظام بنك الجزائر رقم 08/11، المتعلق بالرقابة الداخلية، مرجع سابق، على وجوب حرص البنوك على وضع نظام خاص بمراقبة خطر معدل الفائدة الإجمالي "**يجب ان تضع البنوك والمؤسسات المالية في حالة تعرض معتبر للخطر نظام معلومات داخلي يسمح بتقديرها لخطر معدل الفائدة الإجمالي وضمان متابعته وتوقع التصحيحات المحتملة عند الضرورة** ".

[2]) وبعبارة أخرى ارتأى المشرع ضرورة عدم إخضاع سوق القرض بصفة عامة والسوق البنكي بصفة خاصة للفكرة التقليدية التي تحكم الاسواق والمتمثلة في قانون العرض والطلب، وأراد ان يكون السوق البنكي سوقا مسيرا يمكن للمشرع التدخل من اجل إحداث آثار مقصودة كرفع مستوى الاقتراض او خفضه بما يتماشى والغاية التي يرغب في تحقيقها، سواء على الصعيد الاقتصادي كتشجيع الاقتراض من اجل تشجيع إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أو على الصعيد الاجتماعي كتحسين القدرة الشرائية من خلال تسهيل الاقتراض، وذلك للدور الرئيسي الي تلعبه البنوك في دفع عجلة التنمية.

اختلت الوضعية المالية والموازناتية للبنك او المؤسسة المالية وتعرضه لمطالبات المودعين ما قد يؤدي به الى التوقف على الدفع.

* كما يمكن ان يجد هذا التدخل لتحديد معدلات الفائدة استجابة لبنك الجزائر للالتزام الملقى على عاتقه بتوفير الحماية الكافية لزبائن البنوك والمؤسسات المالية، وذلك ما جاءت به الفقرة "ط" من المادة 62 التي منحت لمجلس النقد والقرض صلاحية التدخل من أجل توفير الحماية للزبائن عن طريق الوقوف دون احتمالية تعرضهم للاستغلال او فرض شروط غير عادلة في حقهم من طرف البنوك والمؤسسات المالية، والتي جاء فيها " **يخول المجلس صلاحيات بصفته سلطة نقدية في الميادين المتعلقة بما يأتي:**

ط ـ حماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية لا سيما في مجال العمليات مع هؤلاء الزبائن".

* كما أن تمايز القوة الاقتصادية للبنوك، قد تمنح بعض البنوك بعض السلطات في السوق نتيجة الاحتكار ومن تم يمكنها من تطبيق بعض القيود على عرض القرض، مثل تطبيق معدلات فائدة زائدة أو طلب ضمانات بقيمة معتبرة، استغلال لوضعية هيمنتها على السوق او استغلالا لميزات تنافسية تحوز عليها[1].

ب) وسائل وأساليب الرقابة على معدلات الفائدة:

كان ينبغي على المشرع في إطار سعيه لضبط الاحكام القانونية التي تحكم الفوائد المترتبة عن منح القروض ان يحدد بدقة الوسائل التي تملكها الدولة للتأثير على نشاط البنوك والمؤسسات المالية، مجسدة في بنك الجزائر باعتباره الهيئة المسؤولة على السهر على الحفاظ على قيمة النقد وامن السوق المالية والبنكية، من أجل تحسين شروط تمويل الأنشطة الاقتصادية والاستهلاكية، وذلك فعلا ما سعى اليه من خلال تكريس عديد الوسائل لتحقيق ذلك منها ما يهدف مباشرة الى

1) Mohamed Fethi Hattou, Les déterminants d'accès au financement bancaire pour les PME: le cas de l'Afrique de l'est, mémoire Comme Exigence partielle de la maitrise en administration des affaires. Université du Québec, Septembre 2016, p.89, disponible sur le site https://depot-e.uqtr.ca

ضبط اسعار هاته الفوائد والتأثير عليها، ومنها ما يهدف الى ذلك بصفة ثانوية وغير مباشرة، ولتفصيل اكثر نتطرق اولا الى الوسائل المباشرة للرقابة على معدلات الفائدة، ونتطرق ثانيا الى الوسائل غير المباشرة لهاته الرقابة.

- **<u>الوسائل المباشرة للرقابة على معدلات الفائدة:</u>**

هي الوسائل التي يتدخل فيها بنك الجزائر من أجل التأثير المباشر على معدلات الفائدة ووضع قيود على كيفية تحديدها او تسقيفها، وأساس ذلك في التشريع الجزائري ما جاءت به المادة 13 من النظام رقم 01/20 المذكورة اعلاه حيث نصت على".....**ولا يمكن في كل الحالات أن تتعدى نسب الفائدة الفعلية الإجمالية على القروض الموزعة من طرف البنوك والمؤسسات المالية معدل الفائدة الزائد، بتعليمة من بنك الجزائر**".

في هذا الصدد منح بنك الجزائر لمعدلات الفائدة أهمية كبيرة حيث اشترط على البنوك والمؤسسات المالية أن ترسل الى بنك الجزائر بعد 05 أيام من انقضاء الخمسة أشهر الأولى من السداسي الأول والثاني من كل سنة تصريحا عن معدل الفائدة الفعلي الإجمالي المطبق خلال الخمسة أشهر الأولى من السداسي السابق استيفاء لعملية الرقابة على الفوائد[1].

وفي حالة تطبيق البنك لمعدلات فائدة تفوق معدلات الفائدة الزائدة المسموح بها والمحددة بخمس (5/1) معدلات الفائدة للسداسي السابق[2]، للمقترض الحق في طلب استرجاع المبالغ المحصلة

[1]) المادة 12 من التعليمة رقم 08/16، المؤرخة في 2016/09/01، متعلقة بكيفيات تحديد معدلات الفائدة الزائدة على البنوك والمؤسسات المالية، متوفرة في الموقع:

-https://www.bank-of-algeria.dz.

[2]) تنص المادة 02 من التعليمة 08/16 المتعلقة بمعدلات الفائدة الزائدة، مرجع سابق على " يعتبر قرض بمعدل فائدة زائد كل دعم مالي ممنوح بمعدل فائدة فعلي اجمالي يفوق، عندما يتم منحه، خمس (20%) متوسط المعدل الفعلي المطبق في العمليات من نفس الطبيعة من طرف البنوك والمؤسسات المالية خلال السداسي السابق".

من طرف البنك أو المؤسسة المالية المعنية[1]، وذلك لسد الطريق امام البنوك لفرض معدلات فائدة مرتفعة على المقترضين.

تجدر الإشارة في الاخير الى انه لا يوجد لا ضمن احكام المرسوم التنفيذي المتعلق بالقرض الاستهلاكي ولا ضمن انظمة بنك الجزائر ما يحدد نسبة فائدة متميزة وخاصة بالقروض الموجهة للمستهلك، وبعبارة اخرى رغم الاحكام الحمائية التي خص بها المشرع القروض الموجهة للمستهلك غير ان هاته الحماية لم تشمل نسبة الفوائد، رغم أن المشرع ميز القروض الاستهلاكية من حيث تصنيفها ضمن مجموعة خاصة من أصناف القروض والتي ينبغي أن تخضع لمعدلات الفائدة تختلف عن باقي الأصناف[2].

- **<u>الوسائل غير المباشرة للرقابة على معدلات الفائدة:</u>**

وهي الوسائل القانونية المتاحة لبنك الجزائر بوصفه السلطة النقدية والمالية المخولة بالحفاظ على توازن السوق البنكي والمالي، والتي تمكنها من إحداث آثار على معدلات سعر الفائدة بما يتناسب مع الغايات المقصودة لاسيما حماية المستهلكين المقترضين وجعل الإقراض حلا في متناولهم وملائما لاقتناء حاجياتهم الاستهلاكية، وذلك ليس بالتدخل المباشر كما سبق توضيحه أعلاه وإنما من خلال سعيه لتحقيق غايات أخرى كدعم نشاط البنوك او حماية التوازن الاقتصادي، والتي تسمى بوسائل السياسة النقدية[3].

---

[1]) المادة 15 مرجع نفسه " في الحالة التي يطبق فيها معدلات فائدة تفوق معدلات الفائدة الزائدة، للمقترض الحق في طلب استرجاع المبالغ المحصلة من طرف البنك او المؤسسة المالية المعنية بلا مبرر، بإضافة الفوائد المحسوبة لمتوسط معدل الفائدة الفعلي لفئة القرض المعنية المحدد من طرف بنك الجزائر".

[2]) حيث تنص المادة 03 من التعليمة رقم 08/16، المتعلقة بكيفيات تحديد معدلات الفائدة الزائدة، مرجع سابق على ان " كل مجموعة عمليات من نفس الطبيعة تخضع لمعدل فائدة زائد، تتمثل مجموعات العمليات هذه في فئات الدعم التالية:

ـ المكشوفات، القروض الاستهلاكية، القروض قصيرة الاجل، القروض متوسطة الاجل، القروض طويلة الاجل، القروض لتمويل السكن، التمويل الايجاري".

[3]) أنظر المواد 40،41، 43 ،45، أمر رقم 11/03، يتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

فحتى لوكان دورها البالغ هو حماية التوازن الاقتصادي وضمان التوزيع المتساوي للنشاط البنكي داخل الاقتصاد، فإنها تعد وسيلة من الوسائل التي قد تستعمل لتوفير الحماية للمستهلك عن طريق ضمان معدلات فائدة مقبولة، عن طريق تحقيق أهداف السياسة الائتمانية في تنظيم الائتمان المصرفي والرقابة عليه وخلق نوع من التناسق بينه وبين الغايات الاخرى التي تسعى الدولة الى تجسيدها الاقتصادية والاجتماعية، وتستخدم السلطات النقدية وسائل مختلفة للرقابة على النشاط الائتماني للبنوك التجارية، الذي بدوره يتأثر بتأثر عناصره لاسيما المبالغ الموجهة للإقراض، الضمانات المفروضة على الإقراض، وأهمها عنصر الفائدة، فإذا ما تمكنت الدولة من فرض رقابتها على هذا العنصر فإنها تفرض رقابتها ايضا على النشاط الائتماني للبنوك ومن ابرزها:

* سعر إعادة الخصم:[1] وترتكز هذه السياسة على النظرية القائلة بأن التغيرات في سعر إعادة الخصم تتبع بتغيرات في سعر الفائدة في سوق النقود، وذلك بجعل الائتمان أكثر تكلفة أو أرخص مما كان وهو ما يؤثر على طلب وعرض الائتمان.

فإذا أراد البنك المركزي إحداث توسيع في حجم الائتمان مثلا بادر إلى خفض سعر إعادة الخصم، فيزيد إقبال البنوك على استبدال أوراقهم المالية باحتياطات نقدية، فيزيد عرضها للإئتمان، فيرتفع تبعا لذلك إقبال الأفراد والمشروعات على طلب القروض من البنوك أو تجديدها، وتنخفض معه تبعا أسعار الفائدة في السوق، والعكس بالعكس[2].

* سياسة السوق المفتوحة: تعتبر هذه السياسة وسيلة مباشرة للتأثير على سعر الفائدة المطبق على القروض، ومقتضى هذه السياسة أن يدخل البنك المركزي في السوق بائعا أو مشتريا للأوراق المالية من جميع الأنواع ومختلف الآجال في السوق المالية، فيترتب على شراء البنك المركزي لتلك الأوراق رفع الأرصدة النقدية الحاضرة التي تحتفظ بها البنوك التجارية، ومنه زيادة قدرتها الإقراضية، ما يؤدي إلى انخفاض الفوائد، والعكس صحيح.

---

[1]) يقصد بسعر إعادة الخصم الفائدة التي يخصم بها البنك المركزي الأوراق المالية والتي تقوم بخصمها البنوك التجارية لديه للحصول على احتياطيات نقدية جديدة تستخدمها لأغراض الائتمان ومنح القروض.

[2]) مفتاح صالح، النقود والسياسة النقدية، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2005، ص 147.

* سياسة الاحتياطي الإلزامي: حيث تلتزم البنوك التجارية بالاحتفاظ بنسبة معينة من أصولها النقدية وودائعها في شكل أصول سائلة لدى البنك المركزي يطلق عليها نسبة الاحتياطي القانوني، ويتمثل الهدف الرئيسي منها في حماية المودعين ضد أخطاء تصرفات البنوك، غير انها تعتبر أيضا وسيلة فنية من شأنها التأثير في قدرة البنوك التجارية على الإقراض، ومن تم على سعر الفائدة، فخفض هذه النسبة يعتبر إجراءا توسعيا المقصود منه الإقلال من سيولة البنك وتحرير جزء كبير من احتياطاته النقدية مما يزيد من قدرته الإقراضية، وذلك ما يؤدي إلى انخفاض سعر الفائدة، والعكس صحيح[1].

ثانيا: حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير المبلغ الإجمالي الفعلي للقرض

لا يعد التوازن الاقتصادي للعقد في العقود المهنية مسألة جوهرية بالنسبة للمشرع لاعتبارات تتعلق بفكرة المضاربة والربحية لكلى المتعاقدين، لكن الامر يختلف عنه بالنسبة للعقود الموجهة للمستهلك، فالتوازن الاقتصادي للعقد أصبح ضرورة أكثر منه هدفا، فهو لا يكتفي بتحقيق مصالح مادية كما هو الحال في العقود المهنية وإنما حتمية فرضتها خصوصية المستهلك كشخص، وخصوصية الحاجة الاستهلاكية التي يسعى الى اشباعها كهدف، لذلك كان لزاما على المشرع التدخل لتأطير تكلفة العقد.

فبعد أن تطرقنا في العنوان السابق الى حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير احكام الفوائد، توصلنا الى انها ليست الاعباء الوحيدة التي يتحملها المستهلك المقترض، والحماية المقررة لها ليست كافية لحمايته من اي استغلال قد يتعرض له، ومن اجل استدراك ذلك كان على المشرع تأطير المبلغ الإجمالي للقرض وتحديد مكوناته بدقة وكيفية حسابه، وكتدبير وقائي عمل أيضا على تشجيع فكرة تأمين القرض من أجل جعل المستهلك المقترض في مأمن من أي اختلال في وضعيته المالية، وذلك ما سنتطرق له من خلال التطرق أولا الى حماية المستهلك المقترض عن طريق ضبط تقنيات تحديد تكلفة القرض (1)، والتطرق ثانيا الى حماية المستهلك المقترض عن طريق تأمين القرض (2).

[1]) مفتاح صالح، مرجع سابق، ص 147.

1) حماية المستهلك المقترض عن طريق ضبط تقنيات تحديد تكلفة القرض:

يمكن تعريف المبلغ الإجمالي الفعلي للقرض أنه "**المبلغ الحقيقي للقرض والذي يأخذ في الحسبان مبلغ القرض وتكاليف الملف والأعباء المرتبطة بالتامين والضمانات، ويسمح بمقارنة عدة عروض للقرض** "[1]، وعرفه المشرع الجزائري في المادة 02 فقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي بانه " **كل تكاليف القرض بما فيها الفوائد والمصاريف الأخرى المرتبطة مباشرة بعقد القرض**"، وفي التشريع الفرنسي نصت عليه المادة L.314-1 من قانون الاستهلاك وحددت المبالغ التي يجب ان تدرج فيه واعتبرته شرطا لصحة العقد او ملحقه[2].

فهو اذا التكلفة الحقيقية للقرض الذي يجب أن يحسب سنويا ويضم جميع التكاليف التي يتحملها المقترض سواء مباشرة أو غير مباشرة، سواء أدرجها المقرض في العقد أو فرضها عليه القانون، ويجب أن ينقل الى علم المقترض كتابة عند ابرام العقد، وهو شرط من شروط صحة العقد أو ملحقه، وتعد احكامه من النظام العام لا يجوز مخالفتها، ويجب ان يوضح المبلغ الفعلي الاجمالي للقرض في العقد حتى لو تم اعلام المقترض به في وثائق قبل عقدية لأنه يمكن ان تحدث مستجدات، كما يجب ان يظهر ايضا في كل ملحقات العقد، غير انه غير واجب في الملحقات

---

[1]) Christophe Bourgeois, Christophe Duchesne, marché bancaire des particuliers, Foucher, p.11. « Le taux effectif global (TEG) est le taux réel du crédit, qui prend en considération le taux nominal, les frais de dossier, ainsi que les frais liés aux assurances et garanties exigés par la banque, le TEG permet de comparer plusieurs offres de crédit ».

[2]) Art L.314-1 C. Conso, op.cit « Dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, les taxes, les commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, supportés par l'emprunteur et connus du prêteur à la date d'émission de l'offre de crédit ou de l'avenant au contrat de crédit, ou dont le montant peut être déterminé à ces mêmes dates, et qui constituent une condition pour obtenir le crédit ou pour l'obtenir aux conditions annoncées ».

التي لا تلحق تعديلا على الشروط المالية الابتدائية للقرض، لكن يجب ان يظهر في كل ملحق يعدل مبلغ الفائدة جدول الاهتلاك أو اقساط القرض وغيرها[1].

وتتمثل أهمية اشتراط المشرع لذكر هذا المبلغ في العرض المسبق للقرض وفي عقد القرض فيما يلي:

- لغرض اعلامي من اجل تمكين المقترض من مقارنة هذا العرض مع عروض أخرى، وهذا ما يؤدي الى دعم الشفافية في السوق البنكي.
- يعد وسيلة لقطع الطريق امام البنوك والمؤسسات المالية لفرض معدلات فائدة منخفضة لجدب الزبائن ورفع باقي التكاليف، وذلك لأنه وسيلة لتسهيل المقارنة بين المبالغ للمقترض، فإذا انصبت المقارنة على نسبة الفوائد فقط قد يبدو قرضا أقل تكلفة من الآخر، لكن بإضافة باقي التكاليف قد يختلف الأمر ويصبح القرض ذو الفائدة الاكبر أقل ثمنا من القرض ذو الفائدة الأصغر.
- حتى يحاط المقترض علما عند ابرام العقد بكافة الاعباء المالية التي تقع على عاتقه ومن تم يتمكن من تحديد قدرته على الوفاء بها من عدمها انطلاقا من مداخيله.
- حتى يمنع البنك من إدراج اية تكاليف غير مستحقة دون علم المقترض بها وإحاطته علما بمبلغها أو بكيفية حسابها.

أما بخصوص التكاليف القانونية التي تدخل ضمن المبلغ الإجمالي للقرض ويلزم المقترض بتسديدها فتتمثل في:

- مبلغ الفائدة الاتفاقي،
- باقي التكاليف والتعويضات التي تستقبل من طرف المقترض مهما كانت لاسيما تكاليف دراسة الملف، تكاليف المصالحة،

[1]) Hélen Lefebvre, Natalia Muradova ,étude droit bancaire et financier, p.39 et 40, disponible sur le site, https://www.FVLD fisher.com.

- كل التكاليف الاضافية المرتبطة بالتمويل سواء كانت مباشرة او غير مباشرة لاسيما الضرائب والرسوم على عاتق المقترض، مثل رسوم الطابع والتسجيل إذا تعلق الأمر بالعقار،
- أعباء التأمين بشرط أن يكون اكتتاب بوليصة التأمين هو شرط مسبق لمنح القرض وليس مجرد التزام تم اشتراطه في العقد،
- أعباء الخبرة والتدقيق لما يطلبهما المقرض،
- اعباء اكتتاب وتسجيل الرهن وكل الاعباء المرتبطة بالضمانات او التأمينات إذا أمكن تحديد اعبائها وقت انعقاد القرض،
- كل التعويضات والتكاليف المرتبطة بالتمويل سواء مباشرة أو غير مباشرة لاسيما أعباء الوسطاء والمحامين وحقوق الموثقين إذا كانت هاته الاعباء على عاتق المقترض أو تم الاتفاق قبل ابرام العقد على أن يتحملها المقترض[1].

يعفى من الادراج ضمن المبلغ الاجمالي الفعلي الاعباء غير المفروضة من طرف المقرض لاسيما حقوق المستشارين الذين استشارهم المقرض، كما لا تدرج كذلك ضمن المبلغ الاجمالي الفعلي

---

[1]) Art R.314-4, C. Conso, op. cit « Sont compris dans le taux annuel effectif global du prêt, lorsqu'ils sont nécessaires pour obtenir le crédit ou pour l'obtenir aux conditions annoncées, notamment :

1° Les frais de dossier ;

2° Les frais payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels ;

3° Les coûts d'assurance et de garanties obligatoires ;

4° Les frais d'ouverture et de tenue d'un compte donné, d'utilisation d'un moyen de paiement permettant d'effectuer à la fois des opérations et des prélèvements à partir de ce compte ainsi que les autres frais liés aux opérations de paiement ;

5° Le coût de l'évaluation du bien immobilier, hors frais d'enregistrement liés au transfert de propriété du bien immobilier».

المبالغ الاحتمالية مثل التعويض عن التسديد المسبق للقرض[1]،وكذلك التعويضات المتعلقة بتطبيق الشرط الجزائي الناتج عن عدم تنفيذ عقدي مصدره المقترض[2].

بالنسبة لاتفاقيات القرض التي تنص على اهتلاك تدرجي لمبلغ القرض يجب ادراج طرق هذا الاهتلاك عند حساب المعدل الفعلي الإجمالي للقرض[3]، وفيما يخص القروض ذات فائدة متغيرة يجب ان يوضع المبلغ الفعلي الاجمالي للقرض في شكل مثال رقمي[4].

2) حماية المستهلك المقترض عن طريق تأمين 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

---

1) Cass. Civ. 1er, N° 02-13.935, du 27 septembre 2005, www.légifrance.fr « … que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a considéré que l'indemnité de remboursement anticipé dont la mise en œuvre était éventuelle et donc étrangère aux frais intervenus dans l'octroi du prêt, ne devait pas être prise en compte dans la détermination du taux effectif global de celui-ci ; »

2) Cass. Civ. 1er, N° 76-14.087, du 01 février 1978, www.légifrance.fr « … l'article 03 de la loi du 28 décembre 1966 n'impose pas de tenir compte du jeu des clauses pénales, qui n'interviennent que comme la sanction de l'inexécution par l'emprunteur de ses obligations, dans le calcul du taux effectif global du prêt, a la rémunération duquel elles ne contribuent donc pas »

3) Art 314-2 C. Conso, op. cit : « Pour les contrats de crédit qui prévoient un amortissement échelonné, le taux effectif global doit être calculé en tenant compte des modalités de l'amortissement de la créance ».

4) Cass.Com, N° 94-17612, du 09 juillet 1996, www.légifrance.fr « Attendu qu'en statuant ainsi, sans avoir constaté qu'outre la mention, à titre indicatif, dans la convention d'ouverture de crédit ou dans tout autre document, d'un taux effectif global correspondant à des exemples chiffrés, le taux effectif global appliqué figurait sur les relevés périodiques du compte, reçus par M. X…, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés »

الى تطوير نشاط منح القروض من جهة وتوفير حماية فعالة للمستهلك المقترض ضد خطر عجزه عن تعويض قرضه وخطر منحه قرضا لا يتوافق مع قدراته المالية من جهة أخرى.

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 رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات "**يمكن لكل شخص له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في حفظ مال أو في عدم وقوع خطر أن يؤمنه**"[1].

كما قد لا ينصب التأمين مباشرة على القرض في حد ذاته، وانما قد ينصب على عدة اخطار أخرى فيمكن للمستهلك المقترض 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 رأيه حول منح القرض كافة الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية الخاصة بطالب القرض، لاسيما الخاصة بسنه وعدد الافراد اللذين يعيلهم ووضعيته الصحية، ومن شأن هذه التأمينات أن تشكل حماية له ضد هذه الأخطار.

كما يمكن لتامين القرض ان يكون الحل الامثل لجميع المشاكل التي يعاني منها منح القرض وضمانة ومحفز فعال للتقليل من مخاطر منح القرض، وهوما ينعكس على تطور نشاط منح القروض من جهة، وازدهار النشاط الاقتصادي للبنوك التي تسعى الى توسيع نشاطها إذا ما تمت إحاطته بضمانات فعالة وكفيلة بتحقيق الغاية منه من جهة اخرى، والتي نذكر منها:

* ينبغي ان يصبح عقد التامين تبعي لعقد القرض كما هو الحال بين عقد القرض والعقد الاصلي الممول (الذي قد يكون بيعا او إيجارا وغيرها من العقود)، وذلك في نشوءه وفي انقضاءه، أي لا يبرم القرض الا بعد التأكد من ابرام عقد التامين وذلك للترابط الوثيق بين العقدين من حيث الغاية

[1]) الامر رقم 07/95، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 1، مؤرخة في 08 مارس 1995، م م.

منهما، فالقرض لم يكن ليبرم لولا حمايته عن طريق عقد التامين وعقد التامين لم يكن ليبرم الا تغطية للأخطار الناجمة عن عقد القرض.

* ان تحديد اقساط التأمين 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 تنخفض احتمالية تحقق 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.

* ينبغي ان يتم احتساب مبالغ التامين ضمن المبلغ الاجمالي للقرض ويعد ضمن تكلفة القرض ويؤخذ في الاعتبار عند تقييم قدرة المقترض بتعويض القرض، فما الغاية إذا فشل المقترض في تسديد قسط التامين ونجح في تسديد قسط القرض، ستفسخ شركة التامين العقد ويصبح البنك غير مؤمن والمقترض في خطر عدم القدرة على التسديد، ومن تم تصبح لا فائدة من عقد التامين اصلا، لذلك ينبغي إدخاله ضمن المبلغ الاجمالي للقرض ثم يقوم البنك بتحويل قسط التامين الى شركة التامين.

* يجب تكريس الضمانات التي تؤدي الى الغاء الحواجز التي تمنع المستهلك من حرية اختيار عقد تأمين يختلف عن التأمين المقترح من البنك، ومنع البنك من اجبار المقترض على قبول التامين المقدم من طرفه او اجباره على اللجوء الى مؤمن محدد[1].

* يجب على المؤمن ان يوفر المعلومات الكافية للمستهلك المقترض حول شروط التأمين وتكلفته الحقيقية، كما يجب أن تكون عمولات التأمين مدروسة وتتناسب مع احتمالية تحقق الخطر من

[1]) يمكن التأسيس لهذه الفكرة عن طريق البيع التعسفي او البيع التلازمي، أنظر المادتين 17 و18 من القانون رقم 02/04، مؤرخ في 23 جوان 2004، مرجع سابق.

عدمه، وان تحدد بدقة الشروط التي يتم وفقها اعتبار الخطر المؤمن عليه محققا ومن تم استحقاق التأمين لاسيما عدد الأقساط المتوقف عن دفعها او مبلغها او المدة المتوقف خلالها[1].

الفرع الثاني: حماية المستهلك المقترض من حيث ضمان مشروعية القرض

يقصد بمشروعية القرض مجموع الاحكام القانونية التي أقرها المشرع من أجل ابعاد عقد القرض البنكي عن اي شبهة قد تعتريه فيما يخص توافقه مع قواعد التعامل المهني السليم والشفاف، وتوافقه ايضا مع العادات والاعراف المهنية للنشاط البنكي، وقد يساهم التطور الذي يشهده النشاط البنكي والدور الجوهري الذي يقوم به في المجال الاقتصادي الى اتساع دائرة الافعال غير المشروعة في المجال البنكي وفي مجال القرض خصوصا، وما يمكن ان تؤدي به هاته الأفعال الى اضرار بمصلحة المستهلك المقترض باعتبارها مصلحة ممتازة ومصلحة النشاط البنكي ككل.

الوضع الذي جعل المشرع يراهن على ضرورة التعرض لهاته الأفعال وتوفير حماية فعالة ضدها وتكريس مختلف الآليات لمواجهتها، ومن اجل توضيح ذلك نتطرق أولا الى الحماية ضد الممارسات غير النزيهة في مجال القرض (أولا)، ونتطرق ثانيا الى آليات تدعيم النزاهة في مجال القرض البنكي (ثانيا).

أولا: الحماية ضد الممارسات التجارية غير النزيهة في مجال القرض البنكي

يقصد بالممارسات التجارية غير النزيهة مجموعة من الممارسات التجارية التي ارتأى المشرع تنافيها مع المبادئ التي تقوم عليها الممارسات التجارية والمتمثلة على وجه الخصوص في الثقة وحسن النية، وكذا تنافيها مع العادات والأعراف التجارية السائدة، والتي من شأنها أن تمس بمصداقية هاته الاعمال والثقة الواجب توافرها فيها، ولقد خصص لها المشرع الجزائري الباب

[1]) Charles Penglaou ,la technique de l’assurance et la distribution du crédit par les banques, journal de la société statistique de paris, tome75, 1934, p34, disponible sur le sit https://www.numdam.org

الثالث من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهي الأحكام التي جاءت لحماية الاعوان المنافسين والمستهلكين بنفس الدرجة[1].

وهي الأحكام التي يمتد نطاقها الى كافة مجالات النشاط التجاري واهمها النشاط البنكي الذي يشكل محور دراستنا، وهنا يطرح الإشكال حول مدى تقديم هاته الاحكام حماية اضافية وفعالة للمقترض المستهلك ومدى مساهمتها في تدعيم المركز التعاقدي للمستهلك المقترض وحمايته من النفوذ الاقتصادي والخبراتي للبنك، ولتوضيح ذلك نتطرق لصور هاته الممارسات وبعض تطبيقاتها في مجال منح القروض البنكية للمستهلكين، فنتطرق أولا الى منع التمييز بين العملاء المقترضين (1)، ونتطرق ثانيا الى منع التقديم المشروط للقرض البنكي (2)، وثالثا الى منع الإشهار التضليلي في عقد القرض البنكي (3)، بالإضافة الى منع الممارسات التجارية التضليلية الاخرى في عقد القرض البنكي (4).

1) منع التمييز بين العملاء المقترضين:

يقصد به منع التفضيل غير المبرر بين العملاء خارج اطر وأعراف النشاط البنكي ومن أبرز صور هذا التمييز في المجال البنكي رفض تقديم الخدمة البنكية على اسس تمييزية والبيع التمييزي:

* رفض تقديم الخدمة: يجد أساسه في المادة 15 من القانون رقم 02/04 الفقرة 01 و02[2] التي تنص على انه " **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 أو كانت الخدمة متوفرة ".

[1]) في هذا الصدد تنص المادة 01 من القانون رقم 02/04، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق، على انه "**يهدف هذا القانون الى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه**".

[2]) القانون رقم 02/04، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

تجدر الإشارة ان المجال البنكي وعلى وجه التخصيص مجال منح القروض يحظى بخصوصية في هاته المسألة تتعلق لاسيما في وجوب مراعاة البنك قبل منح القرض لشكليات واجراءات ذات طابع احترازي تتعلق بأحكام المخاطر وما تتطلبه من حيطة وهي أحكام تصب في مصلحة المستهلك المقترض في حذ ذاته، ومنه فتطبيق المادة السابقة على نشاط منح القروض لن يكون بصفة آلية كما هو الحال في باقي العقود وهذا بالنظر للطابع الشخصي الممتاز لعقد القرض، واحتراما للسياسة الإقراضية للبنك وحريته في اختيار المتعاقدين معه بحرية،[1] ويبقى الفاصل في تطبيق هاته المادة هو منع التمييز بين العملاء، وهي ايضا مسألة معقدة فاكتشاف التمييز في المجال البنكي ليس بالأمر الهين فكل عملية تنفرد بخصائصها وظروفها ومميزاتها وأخطارها وضماناتها.

* التقديم التمييزي للخدمة: يقصد به تطبيق البنك لشروط متمايزة لنفس العملية[2]، فلا يقبل التمييز من البنك بين المتعاملين إلا إذا كان ذلك مبنيا على اسس موضوعية ويبرر بهدف مشروع وبوسيلة مشروعة، أما إذا كان التمييز مبنيا على اسس شخصية كالعرق او السن أو الجنس، أو منح امتيازات مختلفة لحالات متشابهة، فيعد بذلك قرار البنك غير مشروع ويستوجب قيام مسؤوليته[3].

2) منع التقديم المشروط للقرض البنكي:

يقصد به عدم اكتفاء البنك او المؤسسة المالية بتقديم الخدمة المطلوبة منه فقط بل إلزام الزبون بالاستفادة من خدمات لم يطلبها وقد يكون ليس بحاجة اليها أصلا، لم تنص التشريعات البنكية على هاته الممارسات لذلك سنتناولها في إطارها العام التي وردت به بموجب المادتين 16 و17

[1]) حيث يعترف للبنك بحرية اختيار المتعاقد معه الذي يرى أنه من مصلحته التعاقد معه ويرى انه يقدم شروط تعاقدية أفضل من الآخرين، غير أنه يجب عليه استعمال نفس معايير انتقاء الزبائن.

[2]) أنظر المادة 18 من القانون رقم 02/04، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

[3]) أما في التشريع الفرنسي فمنع التمييز بموجب القانون 546/72، المؤرخ في 01 جويلية 1972، المتعلق بمكافحة التمييز، الذي منح 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 333/2011، المؤرخ في 29 مارس 2011، الذي يمكنه أن يقدم توجيه أو يقترح أي إجراء ودي من خلال اجراء الوساطة لتوجيه الأطراف الى عقد العملية ويمكنه إخطار سلطات مراقبة حظر التمييز.

من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي يمكن أن تأخذ صورتين الأولى وهي البيع أو تقديم الخدمة المشروط بمكافأة مجانية (أ)، والثانية هي البيع أو تقديم الخدمة التلازمي (ب).

أ) البيع او تقديم الخدمة المشروط بمكافأة مجانية:

لم يمنع المشرع هاته الممارسة على اطلاقها وانما قيدها بشروط مراعاة لما يدور حولها من شبهات تتعلق لاسيما باستغلال الطرف الآخر او إخفاء إملاءات عقدية معينة، فأشترط ان تكون السلعة او الخدمة المقدمة مجانا من نفس السلعة او الخدمة المقدمة وان لا تتجاوز قيمتها 10 % من قيمتها[1].

ومنه يمنع على البنك تقديم اية مكافأة مجانية للمقترض كالاستفادة من خدمة بنكية اخرى وكذا تقديم أية سلعة، مالم تكن هاته المكافأة من نفس الخدمة المقدمة ولا يتجاوز مبلغها 10 % من مبلغ الخدمة الأصلية، وذلك سعيا من المشرع الى منع البنك من تقديم سلع أو خدمات غير مرغوب فيها للمستهلك، واحتساب ثمنها ضمن مبلغ السلعة او الخدمة الأصلي.

كذلك يهدف المشرع الى حماية موافقة عميل البنك، الذي يجب ألا يشتت انتباهه في تقديره للقيمة مقابل المنتج أو الخدمة من خلال عرض إضافي، فالمشرع يريد تجنيب العميل المقارنة بين العروض حيث يمنح له عرض مقابل مبلغ معين ثم يمنح له العرض التكميلي المتمثل في استفادته من العمولة، كما يهدف إلى كبح ممارسة بدأت في التطور وهي تقديم مكافأة ولاء أو مزايا مالية

[1]) المادة 16 من القانون رقم 02/04، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق" **يمنع كل بيع أو عرض بيع لسلع وكذلك أداء لخدمة أو عرضها عاجلا أو آجلا مشروطا بمكافأة مجانية، من سلع أو خدمات الا إدا كانت من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الاجمالي للسلع أو الخدمات المعنية.**

لا يطبق هذا الحكم على الأشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة وكذلك العينات".

أخرى (الإعفاء من عمولات معينة) للعملاء على سبيل المثال بالنظر إلى متوسط الائتمان لحسابهم، وهذا ما يعد إجحافا في حق باقي العملاء وتمييزا في حقهم[1].

وفي التشريع الفرنسي تجد هاته الممارسة أساسها في كل من المادة L. 312-1-2 فقرة 02 من القانون النقدي والمالي التي تنص على حظر البيع بعلاوة، سواء تم دفع العلاوة في شكل مالي أو غير مالي[2]،
والمادة 121-19 من قانون الاستهلاك[3].

ويتقارب موقف المشرع الفرنسي في المادة L.312-1-2 من القانون النقدي والمالي مع موقف المشرع الجزائري، حيث يقر بمشروعية المبيعات بعلاوة محدودة القيمة، وتكون ممنوعة إذا كان مبلغ القسط أكبر من العتبة التي يدخل فيها الحظر حيز التنفيذ[4]، وهي نسبة مئوية من صافي سعر المنتج أو الخدمة المباعة أو المعروضة للبيع والتي يستفيد منها العميل أو يمكنه الاستفادة

---

1) Jean Stoufflet, Banque – Crédit – Bourse, Juris Classeur, Cote 05,2002, p.07.

2) Art L.312-1-2 alinéa 02 C.M.F, op. cit « Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de prestations de services faite au client et donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime financière ou en nature de produits, biens ou services dont la valeur serait supérieure à un seuil fixé, en fonction du type de produit ou de service offert à la clientèle, par un règlement pris par arrêté du ministre chargé de l'économie, pris après avis du comité consultatif institué à l'article L. 614-1 ».

3) Art L.121-19 C. Conso, op. cit « est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit à titre gratuit immédiatement ou à terme, a une prime consistant en produits, biens ou services des lors que la pratique en cause revêt un caractère déloyal au sens de l'article L.121-1 ».

4) حددت هاته النسبة بموجب المرسوم الصادر في 11 اوت 2003 لتحديد العتبة المعنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، الصادرة يوم 26 أوت 2003، وحدد الحد الأقصى لقيمة القسط المقبول هو 15٪ من صافي السعر، شاملاً جميع الضرائب، إذا كان المنتج أو الخدمة أقل من أو يساوي 100 يورو، بالإضافة إلى ذلك، يجب ألا تتجاوز قيمة المكافأة تحت أي ظرف من الظروف، 80 أورو.

منها، ويجب أن يؤخذ في الاعتبار عند حساب سعر المنتوج او الخدمة الحد الأقصى لقيمة قسط التأمين، بالإضافة الى جميع الضرائب وباقي الاعباء[1].

غير أنه ونظرا لخصوصية المجال البنكي يكاد يجمع فقهاء القانون البنكي، بجواز تقديم قروض بدون فائدة، او إعفاء نسبة محددة من القرض من الفائدة، فالإعفاء من الفائدة يلعب دور العجلة التي تجر المقترض ووضعه على السكة من اجل الدخول في علاقة جدية، فعادة ما يقدم البنك القروض بدون فائدة لطوائف معينة مثل المؤسسات المنشأة حديثا، أو التي يقل رأسمالها عن مبلغ معين، او للمستهلكين في بعض المجالات رغبة من البنك في تحفيز الإقراض في هذا المجال في إطار سياسته الإقتراضية.

كما يمكن أن يشكل ذلك الإطار الذي يمهد فيه البنك لخلق ثقة بينه وبين عميله، فالثقة تبدأ من البنك ويختبر فيها العميل، في سبيل البحث عن مستقبل آمن للعلاقة مع العميل، متى تبين عدم وجود اي شبهة في استغلال المستهلك وتحميله نفقات أخرى، وذلك ما يظهر من خلال نسبة هذا الإعفاء والمبلغ الكلي للقرض، لذلك من المستحسن ان يتدخل بنك الجزائر ليضع حدا معينا لهاته النسبة.

ب) البيع أو تقديم الخدمة التلازمي:

يقصد به منع اشتراط المهني تقديم الخدمة او السلعة المطلوبة بتقديم خدمة أو سلعة إضافية، وذلك من اجل سد الطريق أمام تحميل المستهلك عبئ دفع ثمن سلع او خدمات لم يطلبها وتسهيل تلبية حاجياته، ومنه يمنع على البنك أن يشترط على المستهلك أية خدمة أخرى تحت طائلة قيام مسؤوليته[2].

---

[1]) Jérôme Lasserre Capdeville, op.cit. p.116.

[2]) حيث تنص المادة 17 فقرة 01 من القانون رقم 02/04، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق على انه " يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات، وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة اخرى أو بشراء سلعة".

كما قد يأخذ البيع او تقديم خدمة التلازمي صورة شكل الحصة، والتي تعد حسب الأصل انها جائزة في التشريع الجزائري بشرط أن تكون قابلة للبيع بمفردها، ولقد اراد المشرع من خلال فرض مثل هذا الحظر محاربة تنظيم الحزم التي تتطلب من العملاء الدفع مقابل المنتجات أو الخدمات التي لا يحتاجونها أو الدفع مرتين مقابل خدمة مماثلة[1].

ويؤخذ على المشرع انه لم يورد اي تمييز بين المبيعات المجمعة لمنتجات متطابقة او منتجات من انواع مختلفة، غير انه بالنظر الى السياق العام لقانون الاستهلاك ينبغي اعتبار أن هذا الاستثناء ينطبق دون تمييز على المبيعات المجمعة لمنتجات متطابقة أو منتجات من أنواع مختلفة، وبالتالي فإن البيع المجمع في مجال الخدمات المصرفية ليست محظورة بشكل مطلق، كما تعتبر المبيعات المجمعة للمنتجات أو الخدمات غير المنفصلة قانونية أيضًا ومشروعة، ومع ذلك من المؤسف أن المشرع لم يهتم بتحديد أي نقطة يمكن اعتبار عندها المنتجات غير قابلة للفصل، لذلك يجب تحديد هذا الطابع على أساس كل حالة على حدة من خلال الممارسة، وفي حالة النزاع من قبل القاضي[2].

وعن تطبيقات البيع المشروط في مجال القرض، فقد أثار السماح للبنوك بتقديم الخدمات الجماعية[3]، انتقادات من جمعيات المستهلكين لأن بعض المؤسسات تقدم حزم خدمة لعملائها،

وفي التشريع الفرنسي تم النص عليها بموجب القانون رقم 2001-1168 المؤرخ 11 ديسمبر 2001، الجريدة الرسمية لـ 12 ديسمبر 2001، المعروف باسم "قانون"MURCEF، جعل المؤسسات الائتمانية تخضع للتنظيمات بشأن المبيعات المجمعة والمبيعات بعلاوة، تم تضمين هذا الإطار الآن في المادة L.312-1-2 من القانون النقدي والمالي، وقبل صدوره كانت هذه الممارسات قانونية تمامًا على الرغم من انتقادها من قبل العديد من جمعيات المستهلكين.

[1]) حيث تنص المادة 17 فقرة 02 من القانون رقم 02/04، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق، على انه "يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المبيعة على شكل حصة بشرط ان تكون هاته السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة".

[2]) Jérôme Lasserre Capdeville, op.cit. p.11.

[3]) فالمادة L.312-1-2 I من القانون النقدي والمالي الفرنسي، تشترط فقط أن يمكن شراء المنتجات أو الخدمات المدرجة في الحزمة بشكل فردي، مالم تكن الخدمات بطبيعتها غير قابلة للفصل، وبالتالي يظل العرض المجمع قانونيًا في المجال

مرتبطة أو غير مرتبطة بالخدمة بسعر ثابت، وقد لا يتم استخدام بعض هذه الخدمات بالفعل من قبل العميل، ومن جهة أخرى هذا العرض الجماعي قد يكون له مزايا للعملاء، كما أنه من المشكوك فيه أن تشكل حظر تقديم الخدمات البنكية في شكل حزم عقبة أمام الابتكار التجاري الذي يشكل شكلاً مشروعا من أشكال المنافسة في القطاع البنكي[1].

قد يصعب تطبيق مفهوم الخدمات التي لا تنفصل في بعض الحالات، ومن المسائل التي تثير اشكالات في المجال البنكي موضوع التأمين على أخطار القرض كالعجز او التسريح عن العمل او الوفاة وغيرها، الذي يقدمه البنك ذاته ويشكل ضمانًا لسداد أنواع معينة من القروض، ففي الممارسة العملية عادة ما يشترط البنك العضوية في التأمين الجماعي للقرض الذي يقدمه البنك بنفسه، هل يمكن القول أن هناك صلة لا تنفصل بين القرض والتأمين ومن تم لا يعتبر تقديم الخدمة تلازميا ام العكس؟[2]

فيكون الجواب بالنفي إذا اعترف للمقترض بحقه في أن يأخذ تأمينًا مع شركة تأمين من اختياره لمصلحة البنك، أو حتى الاستفادة من تأمين حصل عليه سابقًا، اي لا يعتبر عرض خدمة التأمين

البنكي، بشرط أن يكون العميل قادرًا على قصر طلبه على خدمة أو أكثر من الخدمات المدرجة في هذا العرض، باستثناء حالة الخدمات التي لا تنفصل.

[1]) تجدر الإشارة أنه لا تدخل ضمن هذا الحكم الخدمات القاعدية الضرورية من أجل تقديم الخدمة المطلوبة، فلا يمنع مثلا من أجل تقديم قرض، أن يشترط البنك على المستهلك المقترض فتح حساب بنكي من اجل صب مبالغ القرض، أو الحصول على البطاقة البنكية من أجل سحبه، انظر المادة 14 من النظام رقم 01/20، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، مرجع سابق.

[2]) يمكن الاستناد في الإجابة على هذا السؤال على جواب للسيد "فرانسوا باتريات" « M. François Patriat » امين الحكومة على السؤال الذي طرح من قبل السيناتور ماريني « Marini » بشأن ما إذا كان التأمين المدرج في الاتفاقية التي تربط المصدر بالحامل لبطاقة الائتمان هو خدمة لا تنفصل عن البطاقة، حيث أعلن عن تأييده للفكرة بالنظر الى طبيعة التأمين فإذا كان تأمينًا يغطي المخاطر المرتبطة بحيازة البطاقة أو استخدامها، وكان هناك تكاملًا بين المخاطر التي يتحملها المصدر وتلك التي يتحملها المؤمن، وعدم تأييده لها إذا كانت المخاطر التي يشملها التأمين لا ترتبط حصرا بالبطاقة، على سبيل المثال التأمين عن الوفاة أو عن العجز، وهي فكرة يمكن تقبلها فيما يخص عقد القرض، نقلا عن:

Jean Stoufflet, op.cit. p.07.

من البنك تلازميا، ويكون كذلك إذا منع المقترض من الحصول على تأمين من مؤسسة أخرى او رفض منحه القرض إذا لم يكتتب التأمين.

غير انه على المستوى العملي يعد من مصلحة كل من المقترض والبنك، تقديم هذا الأخير الى تسهيلات من أجل حصول المقترض على تأمين من البنك نفسه، فالبنك ملزم بالتحقق من بوليصة التامين ومدى مطابقتها للشروط المتفق عليها ومدى تغطيتها لكافة الاخطار المحتملة، ومراقبة تسديد المقترض لأقساط التأمين، حتى يبقى التأمين ساري المفعول ولا تلجأ شركة التأمين الى فسخ العقد، كما أن التأمين الجماعي الذي يقدمه البنك او شركة تأمين تابعة يكون مفيدًا بشكل عام للمقترض، لاسيما من الناحية المالية، فعادة ما يكون سعر التأمين منخفضا لأن البنك يعتبر مقدما لخدمة تكميلية وأن الخدمة الأصلية هي القرض، إضافة الى تبسيط التسيير الإداري للقرض[1].

3) منع الاشهار التضليلي في عقد القرض البنكي:

لقد نصت على العناصر الواجب توفرها في الإشهار حتى يعتبر إشهارا تضليليا المادة 28 من القانون رقم 02/04 حيث جاء فيها " **دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الاخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر اشهارا غير شرعي وممنوعا، كل اشهار تضليلي لاسيما إذا كان:**

ـ يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي الى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته،

ـ يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي الى الالتباس مع بائع آخر أو منتوجاته أو خدماته او نشاطه،

ـ يتعلق بعرض معين لسلع او خدمات في حين ان العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع او لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

---

[1]) Jean Stoufflet, ibid. p.07.

كما عرفته المادة 27 فقرة 02 من نفس القانون على أنها الاشهار الهادف الى احداث التباس في دهن المستهلك وهو كما عبرت عنه" **الاشهار الذي يقوم به قصد كسب زبائن هذا العون بزرع الشكوك والاوهام في ذهن المستهلك**"، ومن تم فالإشهار التضليلي وفق المشرع الجزائري هو الاعلان الذي يحصل بأية وسيلة كانت، متناولا سلعة أو خدمة ومتناولا عرضا أو بيانا أو ادعاء كاذبا أو كونه مصاغا بعبارات من شانها ان تؤدي بطريقة مباشرة او غير مباشرة الى خداع او تضليل المستهلك حول جودة المنتج او مصدره أو وفرته.

غير أنه يؤخذ على المشرع الجزائري استعماله لفظ الشكوك والاوهام وهي مصطلحات ادبية فضفاضة حيث يقصد بالأوهام تصورات تقوم في دهن الشخص ترتبط بدرجة وعيه وبتصوره للمنتوج قد لا تكون لها أي علاقة بما اورده المتعامل في اعلانه، وكان حريا به استخدام مصطلح التحايل أو الالتباس أو الادعاء الكاذب والتي تقوم على مبررات موضوعية تؤيدها، كما يجب أن يشترط المشرع أن تكون المعلومات الواردة في الاشهار هي السبب المباشر أو غير المباشر في تضليل المستهلك، غير أنه هناك من يشترط أن يقع التحايل أو الكذب حول احد العناصر الاساسية للتعاقد كطبيعة السلعة أو الخدمة أو تركيبتها أو مصدرها، او الثمن الاجمالي وكيفية تسديده.

بإسقاط هاته المقتضيات على عقد القرض الموجه للمستهلكين يعتبر اشهارا تضليليا كل اشهار متعلق بعمليات القرض لا يشمل على المعلومات الإلزامية لاسيما هوية المقرض، طبيعة القرض، المبلغ الاجمالي للقرض والمدة والأقساط، بنية احداث لبس في ذهن المقترض او تعمد اخفاء معلومات لأغراض معينة، وكذلك محاولة ادراج أي معلومات تجعل مقارنة المقترض للعرض المقدم له مع عروض أخرى مستحيلا او غير فعالا عن طريق تعمد توريد معلومات غير واضحة او قابلة للتأويل، كما يمنع ايراد أي عبارة يمكن أن تؤدي الى التلميح أن القرض يحسن الوضعية المالية للمقترض أو ميزانيته كزيادة في المصادر أو يشكل بديل للادخار أو يشكل احتياط تلقائي من الأموال متوفرة حصرا بدون تعويض.

كما يمنع أي إشهار لعقد القرض يذكر عبارة " قرض مجاني" دون الاشارة الى المبلغ الاجمالي الفعلي السنوي للقرض، وبذلك فهو يضع افتراضا بوجود تحايل على المقترض بمجرد ذكر عبارة "قرض مجاني" بمفردها، ولا يمكن إجازة ذلك إلا بتوضيح المبلغ الاجمالي للقرض من أجل إضفاء الشفافية على العملية الاشهارية، وهذا مجرد استجابة لحساسية القروض المجانية ولا يقصد بذلك منع هذا النوع من القروض[1].

4) منع الممارسات التجارية التضليلية الأخرى في عقد القرض البنكي:

يمكننا ان نعرف الممارسات التضليلية في مجال منح القروض وفق نظرة شاملة انها ممارسات تتنافى والاعراف والعادات المهنية والسلوك المهني السوي للبنك، وهي الممارسات التي يمكن ان تذهب بجهود المشرع في توفير الحماية الفعالة للمستهلك وتحديد حقوقه وواجباته إذا مالم يتصدى لها المشرع بصفة حازمة، وهو ما يحاول المشرع تحقيقه، ومن اجل توضيح اكثر نتطرق اولا الى المقصود بالممارسات التجارية التضليلية (أ)، ونتطرق ثانيا الى تطبيقات الممارسات التجارية التضليلية في مجال القروض (ب).

أ) المقصود بالممارسات التجارية التضليلية:

عرفت المادة L.121-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي الممارسات التجارية التضليلية أنها " **كل ممارسة ارتكبت في ظروف تستند على مؤشرات أو عروض كاذبة أو ذات طبيعة مضللة**"[2]، كما عرفتها المادة 5 من التوجيه الاوروبي رقم 2005/ 29التي تنص على حظر هاته الممارسات " **أنها الممارسات المخالفة لمتطلبات الاجتهاد المهني والتي تغير أو يحتمل أن تغير بطريقة جوهرية السلوك الاقتصادي، بالنظر الى المنتج، المستهلك العادي الذي يلامسه أو الذي يتم**

1) Clémentine Loyer, op.cit.P.68.

2) Art L.121-1, C. Conso, op. cit « une pratique commercial est trompeuse si elle est commise dans l'une circonstance suivantes :...lorsque elle repose sur des allégations, indication ou présentation fausses ou nature à induire en erreur… »

توجيهه إليه، أو للعضو العادي في المجموعة عندما تستهدف ممارسة تجارية مجموعة معينة من المستهلكين"[1].

ونصت المادة 6 فقرة 01 منفس التوجيه على أنه تُعتبر الممارسة التجارية مضللة إذا كانت تحتوي على معلومات خاطئة، أو تعد كذلك بأي شكل من الأشكال من مفهومها العام، توقع أو من شأنها أن توقع المستهلك العادي في الخطأ، حتى لو كانت المعلومات المقدمة صحيحة في حد ذاتها، وتؤدي أو من المحتمل أن تؤدي إلى قرار تجاري لم يكن ليتخذوه بطريقة أخرى، فيما يتعلق بواحد أو أكثر من الجوانب التالية:

* جودة أو طبيعة المنتج،

* الخصائص الرئيسية للمنتج مثل توفره ومزاياه والمخاطر التي يمثلها وتنفيذه وتكوينه وملحقاته وخدمة ما بعد البيع ومعالجة الشكاوى وطريقة وتاريخ التصنيع أو الخدمة، أو تسليمها، أو ملاءمتها للاستخدام، أو استخدامها، أو كميتها، أو مواصفاتها، أو منشأها الجغرافي أو التجاري، أو النتائج التي يمكن توقعها من استخدامها، أو النتائج والخصائص الأساسية للاختبارات أو الضوابط المنفذة على منتج،

* نطاق التزامات المحترف، والدافع وراء الممارسة التجارية وطبيعة عملية البيع، وكذلك أي بيان أو رمز يشير إلى أن المحترف أو المنتج يستفيد من الرعاية أو الدعم المباشرة أو غير المباشر،

* السعر أو طريقة حساب السعر أو وجود ميزة سعرية معينة،

* الحاجة إلى الصيانة أو قطع الغيار أو الاستبدال أو الإصلاح،

---

[1]) Art 5 de la directive N° 2005/29/CE, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOUE L149, du 11 juin 2005« Les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérerde manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ».

* طبيعة وصفات وحقوق المحترف أو من ينوب عنه، مثل هويته وأصوله، ومؤهلاته، وحالته، وموافقته، وانتمائه أو روابطه، وحقوق الملكية الصناعية أو التجارية أو الفكرية أو الجوائز والتميز التي حصل عليها،

* حقوق المستهلك، ولا سيما حق الاستبدال أو الاسترداد وفقًا لأحكام التوجيه رقم 44/1999 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ 25 مايو 1999 بشأن بعض جوانب بيع وضمانات السلع الاستهلاكية، أو المخاطر التي قد تتكبدها[1].

كما أشار هذا التوجيه الى حكم جديد، حيث افترض ان التضليل قد تتسبب فيه وسيلة الاتصال المستخدمة في التعاقد، أو عندما تفرض وسائل الاتصال المستخدمة لأغراض الممارسة التجارية حدودًا للمكان أو الزمان، لذلك يجب أن تؤخذ هذه الحدود في الاعتبار، وكذلك أي تدابير يتخذها التاجر لإتاحة المعلومات للمستهلك عن طريق وسائل أخرى، فالمستهلك قد يكون ضحية لعدم فعالية وسيلة الاتصال او تسببها في تضليله، ومن تم فمن الأجدر ان يتحمل المهني مسؤولية هذا التضليل[2].

تجدر الإشارة إلى انه من الممكن أن تعتبر الممارسة التجارية أيضًا بمثابة إغفال مضلل عندما يقوم التاجر بإخفاء المعلومات الجوهرية المشار إليها في الفقرة المذكورة اعلاه أو تقديمها بطريقة غير واضحة أو غير مفهومة أو غامضة أو غير مناسبة، أو عندما لا تشير إلى نيتها التجارية الحقيقية عندما لا يظهر ذلك بالفعل من السياق أو من شأنها توجيه المستهلك العادي أو من المحتمل أن يتم توجيهه إلى اتخاذ قرار تجاري لم يكن ليتخذه بخلاف ذلك[3].

ب) تطبيقات الممارسات التجارية التضليلية في مجال القروض:

تتعدد تطبيقات الممارسات التجارية التضليلية في مجال القروض البنكية تعددا يتيحه تعدد أصناف القرض والتطور التقني المستمر في المجال البنكي وتعدد وسائل وتقنيات الإشهار، ونذكر منها:

---

1) Art 5 de la directive N° 2005/29/CE, op.cit.

2) Ibid.Art 07alinéa 03.

3) Céline Castets –Renard, Commerce électronique, Dalloz, 2016, P.18.

* تقديم البنك لمعلومات خاطئة حول تأثير المديونية على الحالة المادية للمقترض، أو تقديم معلومات مغلوطة عن المخاطر التي تحيط بالقرض، وعدم تنويهه بها كمخاطر الفائدة التراكمية المعمول بها في القروض العقارية ومخاطر القروض المتجددة.

* تقديم معلومات مغلوطة عن نتائج منح القرض والالتزامات المترتبة عنه، أو تقديم معلومات تضليلية فيما يخص وفرة الاعتمادات المالية المرصودة لنوع معين من القروض بهدف جذبه لإبرام العقد دون تفكير أو تردد.

* تقديم معلومات مغلوطة الى المقترض حول الملاءة أو القوة الاقتصادية للبنك او حصوله على دعم من الدولة بهدف تحسين صورته في دهنية المقترض.

* تقديم معلومات مغلوطة حول كيفية حساب السعر الإجمالي أو السعي إلى إخفاء تكاليف معينة وعدم توضيحها للمقترض، أو إيهامه باستفادته من ميزات تفضيلية عند إتباع أسلوب معين من اساليب الدفع أو التعويض.

* تقديم البنك لمعلومات مغلوطة حول هويته او مؤهلاته أو علاقته بأسماء لشخصيات معروفة كمساهمين أو مسيرين فيه، أو تقديم معلومات حول نشاطات وهمية أو عمليات مالية ساهم فيها بغرض تحسين صورته أو خلق ثقة وهمية في ذهن المقترض.

* تقديم معلومات خاطئة حول حقوق المستهلك سواء من حيث تضييقها قصد عدم لفت انتباهه الى حقوق لا يرغب البنك اعلامه بها كحقه في التعويض المسبق للقرض أو حقه في التراجع عن العقد، أو عدم لفت انتباهه الى طرق تسوية حوادث العجز عن التعويض، أو من حيث توسيعها بهدف جدبه الى التعاقد كأن يوهمه بأنه سيصبح زبون ممتاز في معاملات مستقبلية ولن يخضع لشروط معينة لاسيما شروط الملاءة وشروط انتقاء الزبائن أو إيهامه بإعفائه من تكاليف وهمية أو غير مستحقة للبنك في اساسها، أو إيهامه بالاستفادة من حقوق تفضيلية هي في الأساس حقوق قانونية مكفولة كحقه في التراجع أو حقه في الاستفادة من فترة عدم الدفع.

ثانيا: آليات تدعيم النزاهة في مجال القرض البنكي

بعد ان تطرقنا في العنوان السابق الى الممارسات غير النزيهة في مجال القرض البنكي ودراسة تأثيراتها على المستهلك المقترض بصفة خاصة وعلى سوق القرض بصفة عامة، نتطرق الآن الى

آليات تدعيم النزاهة في مجال القرض البنكي، ويقصد بها مجموع التقنيات والأساليب التي يسعى المشرع البنكي الى فرضها من خلال مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية والتي تعمل على فرض أقصى شروط الشفافية في عمليات القرض، وجعل زبائن البنوك على درجة واحدة من المساواة ومنع أي تمييز او تفضيل، وكذا منع اي ممارسة قد تحيد بالبنك على قواعد المنافسة الشريفة وعن الاعراف البنكية المعمول بها، وهي الآليات التي يمكن تصنيفها الى تدعيم النزاهة أثناء دراسة طلب القرض (1)، تدعيم النزاهة أثناء تنفيذ عقد القرض(2).

1) تدعيم النزاهة أثناء دراسة طلب منح القرض:

تظهر ضرورة الموازنة بين مصلحة البنك والعميل 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، واحتراما لسياسة انتقاء الزبائن التي يفرضها الالتزام بإدارة المخاطر في المجال البنكي، وكذا حماية حق المقترض في الحصول على قرض من خلال حمايته من التمييز والتعرض لشروط تعسفية، وهي الموازنة التي لن تتحقق الا بوضع أسس فعالة لفرض النزاهة أثناء دراسة طلب منح القرض وهو ما يتحقق من خلال وجوب مراعاة حرية البنك في منح القرض(أ)، ووجوب مراعاة حاجة المستهلك المقترض للقرض (ب).

أ) وجوب مراعاة حرية 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 والمضاربة، وإن تطلب الأمر لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة يمكن تقييد هذه الإرادة في أضيق الحدود، ووضع ضوابط متينة يمكن من خلالها تقييد هاته السلطة التقديرية للبنك، في سبيل الاعتراف لطالب القرض ببعض الحقوق التي تدعم حقه في الحصول على

القرض، ومن أبرز الضوابط الواجب مراعاتها وجوب مراعاة مبدأ الحرية التعاقدية للبنك، وجوب احترام سياسة تسيير المخاطر، وجوب احترام السياسة الإقراضية للبنك.

- **وجوب مراعاة مبدأ الحرية التعاقدية للبنك:**

يقصد بمبدأ الحرية التعاقدية أن إرادة الفرد وحدها كافية لإبرام ما تشاء من العقود دون اية قيود ماعدا المتعلقة باعتبارات النظام العام والمصلحة العامة، كما أن هذه الحرية أيضا تقتضي حرية الشخص في عدم التعاقد فلا يجوز اكراهه على التعاقد[1]،وهذا المبدأ هو مبدأ عام يصلح للتطبيق على كل المعاملات العقدية دون استثناء بغض النظر عن أطرافها أو آثارها أو إجراءات إبرامها، ومن تم يطبق على العمليات البنكية والتي من اهمها القروض البنكية محل دراستنا.

ولا تحول دون اعمال هذا المبدأ اهمية القروض البنكية أو اتصال عملية منح القروض بفكرة المرفق العام أو الأخطار التي تحيط بها، غير أن هذا لا يعني أن الارادة تغني عن كل شيء، فيمكن للقانون أن يتدخل بفرض التزامات معينة أو باشتراط استيفاء شكليات معينة، وهذا لا يعني التضييق من المبدأ أو إنقاص قيمته وانما تدخل القانون يكون من أجل تقرير غايات اسمى لاسيما المساواة العقدية وحماية المصلحة العامة.

وان كان المشرع الجزائري لم يورد اي نص يمنح للبنك الحرية التامة في التعاقد من عدمه، وأبقى على النص العام المتعلق برفض البيع غير المبرر، فإن المشرع الفرنسي استثنى العمليات المصرفية من مجال تطبيق الاحكام المتعلقة برفض البيع وذلك بموجب المادة 89 من القانون رقم 86/84 المتعلق بالرقابة على مؤسسات القرض، وأقر انها تطبق فقط فيما يخص الخدمات البنكية الملحقة[2].

---

[1]) السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري – النظرية العامة للالتزامات (التصرف القانوني ـ العقد ـ الارادة المنفردة)، دار الهدى، الجزائر، الجزء الاول، سنة 1992، ص 45.

[2]) Loi N° 84/46, du 24 janvier 1984, relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, JORF N°0021, 25 janvier 1984, modifier par l'ordonnance N° 86/1243, du 1 er

- **<u>وجوب احترام سياسة تسيير المخاطر:</u>**

فانطلاقا من المقولة الفقهية القائلة بان "النشاط البنكي هو نشاط المخاطر" فيجب أن يمنح القرض وفق ضوابط محددة تضمن التقليل من هاته المخاطر قدر المستطاع، فتنوع اشكال القرض بين قروض ذات آجال استحقاق متغيرة وقروض ذات آجال ثابتة، ومن حيث إهتلاكها بين قروض ذات اهتلاك تدريجي وقروض ذات اهتلاك خطي، ومن حيث الفائدة المستحقة عنها بين قروض ذات سعر فائدة ثابت وقروض ذات سعر متغير، من حيث استعمالها الى قروض مخصصة وقروض بدون تخصيص، ومن حيث طريقة تسديدها الى قروض تسدد عن طريق اقساط وقروض تسدد في أجل واحد، هذا التعدد يجعل كل صنف من هاته القروض ينطوي على مخاطر معينة ويتطلب اجراءات معينة وشروط معينة من اجل انجاحه، لذلك يجب ان يمنح للبنك كامل الحرية في اختيار المتعاقد الذي يرى انه تتوفر فيه الشروط التي تتلاءم مع كل صنف من الأصناف السابقة[1].

لذلك فلن يمنح البنك القرض إلا بعد تقييم الجدارة الائتمانية للمقترض وذلك عن طريق تقييم الملاءة والقدرة على التسديد، فيجب على البنك معرفة مداخيل المقترض والتزاماته وتحليل وضعيته المالية لاسيما من حيث مدى تعرضه لحوادث بنكية ومدى خضوعه لأي منع بنكي من عدمه، لذلك فمنح القرض من طرف البنكي ليس آليا وإنما يجب أن يخضع لضوابط معينة، ويبقى البنك حرا في تقييمه للضمانات المقدمة التي يقدمها اي قرض.

- **<u>وجوب احترام السياسة الإقراضية للبنك:</u>**

يقصد بالسياسة الاقراضية للبنك المنهج الذي يتبعه البنك في ادارة اعماله في مجال منح القروض والتي تتعلق باختيار طائفة القروض التي يراها مناسبة لوضعيته المالية أو التي يراها أكثر دخلا من غيرها أو أقل مخاطرة (القروض العقارية، التمويل الايجاري، القروض الاستهلاكية...الخ)، وله

---

décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF 09 décembre 1986.

[1]) Jennifer Chossis, le refus du banquier, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, faculté de droit, université Montpellier, 2015, p.114.

كامل الحرية في تحديد سياسة منح القروض لديه وتوجيهها دون اية ضوابط ماعدا الضوابط التي يفرضها القانون أو النظام العام، ومن تم فاختيار المتعاقدين يكون استجابة لهذه السياسة وعلى أي حال لا ينبغي التضحية بمصلحة البنك وتطوره الاقتصادي لحساب حماية المقترض أو لحساب أغراض اجتماعية، وانما الضابط الوحيد الذي يقيد هذه السياسة هو ضابط عدم التركيز واحترام قواعد الحذر في التسيير.

ب) وجوب مراعاة حاجة المستهلك المقترض للقرض:

ينبغي للأحكام الحمائية للقرض البنكي الموجه للمستهلك كما سبقت الإشارة اليه مراعاة مصلحتين الأولى وهي مصلحة البنك واحترام استقلاليته وحريته التعاقدية ولقد تطرقنا لها في العنوان السابق، أما المصلحة الثانية فتتمثل في مصلحة المستهلك الواجب حمايتها من اجل ضمان مشروعية القرض أثناء دراسة طلب القرض، والتي ينبغي ان تنطلق من حماية حقه في الحصول على القرض من اجل تسهيل تلبية حاجياته الاستهلاكية، ومن أجل توضيح ذلك سنتطرق أولا الى جدوى فكرة الحق في القرض، ونتطرق ثانيا الى التأسيس القانوني لفكرة الحق في القرض.

- **جدوى فكرة الحق في القرض:**

ادى استمرار التفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين اطراف خاضعين للقانون ويرخص القانون دخولهم في علاقات عقدية يتولى هو بنفسه تأطيرها وتنظيمها الى ظهور اصوات تندد بتكريس فكرة " اللاعدالة الاجتماعية والاقتصادية برعاية القانون" والسماح لطرف قوي باستغلال طرف ضعيف، لذلك فكر المشرع في فكرة " نسبية الارادة" على الرغم من اعتباره مبدأ عام للالتزامات التعاقدية، وهي الفكرة التي أدت الى تبني فكرة " الحد من الارادة لصالح القانون"، ومن هنا اصبح للدولة دور تدخلي في التبادلات الاقتصادية ومن ابرز صور هذا التدخل، التدخل من أجل حماية أحد اطراف العقد.

ومن أهم المجالات حاجة لهذا التدخل مجال منح القروض الذي يتميز باختلال بارز بين مراكز القوة الاقتصادية بين طرفيه، ويزداد الامر وضوحا إذا كان أحد الأطراف مستهلكا، لأسباب متعددة منها ما يتعلق بعقد القرض بحد ذاته بفعل تعدد أصنافه وكثرة الالتزامات المترتبة عنه وتعقدها

وطول مدته، ومنها ما يتعلق بالحاجة الاستهلاكية للمستهلك بصفة عامة والعناية الواجب إيلاؤها لها، ومن ابرز اوجه الدور التدخلي للقانون في مجال المعاملات العقدية التدخل على مستوى ابرام العقد من عدمه، والذي يكون بعدة طرق، فقد يكون عن طريق تسهيل التعاقد من أساسه او عن طريق تقديم الضمانات الكفيلة لانعقاده، أو عن طريق فرض التزامات من اجل ابرامه.

وتظهر حاجة المستهلك للقرض اولا كمبتغى تشريعي ضمني، فما الغاية من إدراج مرسوم مستقل يحدد شروط وامتيازات وضمان منح القروض الاستهلاكية ووضع اجراءات مستقلة ومميزة عن القروض الاخرى لانعقاده (العرض المسبق للقرض، جواز التعويض الفوري للعقد دون فوائد، العلاقة التبعية بين عقد القرض وعقد البيع...الخ) واهمال حق المستهلك في الحصول على القرض اصلا، وما الغاية من توفير الحماية للمستهلك من كافة الجوانب بدءا بحماية ارادته في التعاقد وحمايته من خلال اطلاعه على كافة جوانب العقد وحمايته من خلال تحديد التزاماته وحقوقه بدقة، وحمايته من خلال تأطير عجزه عن الدفع وغيرها من الاحكام الحمائية، دون توفير الضمانات الكافية لمنع حرمانه من الحصول على هذا القرض من اساسه او تعرضه لتمييز، وبالتالي حرمانه من سد حاجاته الاستهلاكية.

من أبرز الآليات المعتمدة لضمان دراسة محايدة وفعالة لطلبات القرض وتفادي امكانية عدم حياد البنك أو خطئه، تقنية القرض التنقيطي وهي 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.

من إيجابيات 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، ومن سلبياته أنه لا يعطي أي تقييم حول شخصية المقترض، كإرادته في الدفع،

وظروفه الاجتماعية...الخ، 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[1].

وتجدر الإشارة الى موقف المشرع الفرنسي فيما يخص طلبات القرض الموجهة للشركات، أين فرض على مؤسسات القرض ومؤسسات التمويل ان تقدم للشركات طالبة القرض تقييما إضافيا مع شرح كافة العناصر التي قادت الى قرار التقييم إذا طلب منها ذلك[2]ويعد هذا الالتزام وسيلة فعالة لتبرير قرار البنك، وحبذا لو اقتدى به فيما يخص طلبات القرض الممنوحة للمستهلكين من أجل حمايتهم من أي تمييز او اي رفض غير مبرر للقرض، وحماية البنك في نفس الوقت من الوقوع في أي أخطاء تستوجب قيام مسؤوليته.

- **<u>التأسيس القانوني لفكرة الحق في القرض:</u>**

دفع الاعتناء الشديد من المشرع والحماية الكبيرة التي يوفرها لطالب القرض والتي تظهر من خلال كثرة النصوص والتدخلات اثناء المرحلة التحضيرية، ووضع 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 مختلف الآراء القائلة في هذا الشأن والمتمثلة في تطبيق فكرة المرفق العام ((1))، وتطبيق فكرة البنك في إيجاب دائم((2))، وتطبيق فكرة الميزة الاحتكارية للبنوك وسيلة للرقابة على منح القروض((3)).

---

1) Jennifer Chossis, op.cit. p.126.

2) Art 03, Ordonnance N° 2013-544, du 27 juin 2013, relative aux établissements de crédit et aux société de financement, JORF N° 0148, du 28 juin 2013, modifier l'article L.313-12-1 C.M.F, « Les établissements de crédit ou les sociétés de financement fournissent aux entreprises qui sollicitent un prêt ou bénéficient d'un prêt leur notation et une explication sur les éléments ayant conduit aux décisions de notation les concernant, lorsqu'elles en font la demande. Ces explications ou éléments ne peuvent pas être demandés par un tiers, ni lui être communiqués ».

(1) تطبيق فكرة المرفق العام:

يمكن تعريف المرفق العام حسب الفقيه دوجي أنه " **انواع النشاط أو الخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الأوقات وفي دولة معينة أن على الحكام القيام بها نظرا لأهمية هذه الخدمات للجماعة ولعدم امكان تأديتها على الوجه الاكمل بدون تدخل الحكام**"، كما عرفه الأستاذ "أحمد محيو" أنه " **كل منظمة عامة تنشئها الدولة وتخضع لإدارتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور، ومن هنا جاز اعتبار كل من مرفق القضاء والامن والدفاع وغيرها مرافق عامة لأنها منظمات انشأتها الدولة بغرض أداء خدمة للجمهور**"[1].

والهدف من ايرادنا لهذا التعريف هو استخراج عناصر المرفق العام والمتمثلة في ان المرفق العام تنشأه الدولة بغرض تحقيق المصلحة العامة، ويقدم خدماته على اساس المساواة بين المنتفعين، ومحاولة اسقاطها على نشاط منح القرض:

* فالمرفق العام تنشأه الدولة: فالدولة وان كانت ليست هي من تنشأ البنوك بصفة مباشرة إلا أنها هي من تمنحها الترخيص والاعتماد لممارسة الانشطة البنكية، والتي من أهمها نشاط منح القروض بعد أن تتأكد من توفر الشروط والمقومات الكفيلة بممارسة هاته المهنة، أي ليس مجرد شخص يستطيع ممارسة المهنة البنكية، لأنه لا يستطيع تقديم الضمانات الكافية لسير نشاط منح القروض.

* هدف المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة: من بين المظاهر التي توضح تحقيق المصلحة العامة سعي المشرع الى تطبيق مبدأ سير المرفق العام باطراد وانتظام، وهو من أهم المبادئ التي يسعى المشرع الى تحقيقها في مجال منح القروض لا سيما عن طريق امتلاك بنك الجزائر لوسائل التحكم في سيولة البنك (سياسة رفع وخفض سعر الخصم، سياسة السوق المفتوحة وسياسة الاحتياطي الالزامي...الخ)، وبالتالي ضمان قدرته المستمرة على منح القروض، وكذلك عن طريق

[1]) بومدين محمد، محاضرات في مقياس ادارة المرافق العامة، تخصص تسيير عمومي، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، ص 01، متوفرة على الموقع:

https://www. Elearn.univ-telmcen.dz.

تدخل الدولة عن طريق بنك الجزائر وضخ أموال وتسبيقات للبنك في حالة إفلاسه وكذا التدخل المفرط للقواعد الآمرة في عقد القرض، وذلك لارتباط عملية منح القروض بالتطور الاقتصادي.

* مبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة: من أبرز قواعد تحقيق المساواة بين المنتفعين وقمع التمييز في مجال منح القروض، منع البنك من حصر عملية منح القروض على طائفة معينة إما على اساس السن أو المنطقة أو المهنة ...الخ، منع تطبيق البنك لشروط مختلفة إزاء متعامليه[1].

في الأخير يمكن القول انه رغم اوجه التشابه الموجودة بين المرفق العام ونشاط منح القرض غير أنه توجد عدة مبادئ للمرفق العام لا تتطابق مع نشاط منح القرض لا سيما مبدأ المجانية حيث يعتبر نشاط منح القرض نشاطا تجاريا يسعى فيه البنك لتحقيق الربح، وان الفائدة تحدد على اساس المخاطر وقدرة المقترض على السداد وقيمة القرض ومدته وليس مجرد رسوم مقابل الانتفاع، كما أن البنك يعتبر تاجرا وليس شخصا من اشخاص القانون العام، غير أن المكانة التي يحتلها نشاط منح القروض والتي قد تؤهله الى احتلال مكانة نشاطات المرفق العام هي مكانته في ضمان ثبات النشاط الاقتصادي وضمان اتزانه، ومن تم ضمان السير الحسن للمرفق العام الاقتصادي والاجتماعي باستمرار وإطراد، وليس لاحتلال نشاط منح القروض بحذ ذاته مكانة المرفق العام، الذي يبقى نشاط تجاري ربحي.

(2) 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**"[2]، وبإسقاط هذا التعريف على نشاط منح القروض لدى البنوك، يلاحظ أنه اذا تبين من العرض الذي يقدمه البنك احتوائه على كافة عناصر

[1]) يجد هذا المبدأ تطبيقه في كل من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، والقانون رقم 02/04، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2]) السعدي محمد صبري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 100.

التعاقد التي تؤدي الى انعقاد العقد يعتبر إيجابا [1] ومنه ينعقد العقد بمجرد أن يلتقي هذا الإيجاب بقبول مطابق وليس هناك حاجة لانتظار قبول البنك وهذا بحسب الأصل، ولا يمكن تصور ان يكون الإيجاب مقدما من طرف المقترض، وهذا ما يعزز فكرة حق المقترض في الحصول على القرض بمجرد استيفاءه للشروط المقدمة من طرف المقترض.

وكذلك عمليات الاشهار التي تقوم بها البنوك من اجل التعريف بخدمات الاقراض لديها وبالامتيازات والتسهيلات التي تمنحها حيث تعد بمثابة ايجاب من البنك اذا توافرت فيها كافة شروط الايجاب بأن يكون باتا ومحتويا على جميع العناصر الجوهرية للعقد، وحينئذ يكون البنك ملزما بالإبقاء على التزامه وينعقد العقد بمجرد اقترانه بالقبول، غير أنه على البنك حفاظا على حقوقه نظرا لخطورة عملية الاقراض أن يحتفظ بحقه في اختيار المتعاقد معه على اساس السمعة والملاءة، وهو الاختيار الذي يجب ان يكون مبنيا على اسس مشروعة وموضوعية والا عد مخلا بالإيجاب.

(3) <u>تطبيق فكرة الميزة الاحتكارية للبنوك وسيلة للرقابة على منح القروض:</u>

هي الميزة التي نصت عليها في المادة 70 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض التي جاء فيها " **البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 الى 68 أعلاه بصفتها مهنتها العادية**"، وكذلك في المادة 76 من نفس الأمر "**يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي من غير البنوك والمؤسسات المالية حسب الحالة القيام بالعمليات التي تجريها تلك البنوك والمؤسسات بشكل اعتيادي بموجب المواد من 72 الى 74 أعلاه باستثناء عمليات الصرف التي تجريها طبقا لنظام المجلس**" فنظرا للدور الحيوي والفعال الذي يلعبه 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 والاعتماد، 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

[1]) على عكس الدعوى للتعاقد التي تعتبر مجرد تمهيد للعقد ووسيلة لحث من وجهت اليه على ان يتقدم لإبرام العقد.

ويسعى الى حمايته، وبعبارة اخرى الاحتكار هو الوسيلة المثلى لفرض الرقابة على قطاع معين، فالمشرع لن يمنح الاحتكار بدون مقابل، ويتمثل المقابل الذي يقدمه البنك نظير استفادته من حق احتكار ممارسة نشاط منح القروض في تسهيل الاستفادة من هاته القروض.

2) تدعيم النزاهة أثناء تنفيذ عقد القرض:

يقصد بها إحاطة عملية تنفيذ البنك لعقد القرض بمجموعة من الضمانات والأحكام الكفيلة بتقويم سلوكه وجعله ينفذ العقد بكل ما تمليه شروط التعامل المهني السليم والشفاف، ومنع اي ممارسة يمكن ان تضع حقوق المستهلك المقترض او مصلحته موضع الخطر، ونظرا لأهمية عقد القرض وتعدد احكامه تتعدد صور هاته الضمانات والأحكام والالتزامات الملقاة على عاتق البنك لضمان النزاهة اثناء تنفيذ عقد القرض، ولا يمكن الجزم ان تحقيق هاته النزاهة يكون عن طريق التزامات سلبية تلزم البنك بسلك سلوك سلبي تجاه المقترض، كما لا يمكن الجزم ايضا بأن تحقيق هاته النزاهة يتحقق عن طريق سلوك ايجابي يفرض على البنك التدخل في شؤون عميله وفق ما يحدده القانون من أجل مرافقته وتأطير تنفيذ القرض المبرم استجابة لمتطلبات حمائية له، وإنما عن طريق الجمع بين هذين الالتزامين وتحديد حدود كل منهما وهذا ما سنحاول التطرق اليه في هذا العنوان، فندرس اولا الالتزام بعدم التدخل في شؤون المستهلك المقترض (أ)، وندرس ثانيا الالتزام بالتدخل حماية لمصلحة المستهلك المقترض (ب).

أ) الالتزام بعدم التدخل في شؤون المستهلك المقترض:

يهدف هذا الالتزام الى حماية الزبون من كل أشكال التدخل المحتملة للبنك في شؤونه الخاصة، وكذا حمايته من الضغوطات التي قد تصاحب علاقة البنك به، كالتهديد بقطع العلاقة التعاقدية أو عدم الاستفادة من تخفيضات محتملة أو من تأجيل لمواعيد استحقاق الديون، كما يحمي هذا الالتزام البنك في حد ذاته من دعاوى المسؤولية التي يمكن أن ترفع ضده، سواء من الغير عن

الافعال التي قد يقوم بها العميل وتلحق بهم ضررا متى ثبت أنه للبنك يد فيها أو ترفع من العميل نفسه [1].

ومن جهة اخرى من الطبيعي أن يبقى البنك الذي يمنح قرض لشخص مهتما بمآل هذا القرض خاصة إذا كان مصدره أموال الادخار، فالبنك دائن ومن حق الدائن الحرص على استرداد امواله، وقد منح المشرع للدائن عدة آليات لحماية دينه قبل حلول موعد استحقاقه منها الدعوى غير المباشرة[2]، ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين[3]، ومن تم فتدخل البنك عن طريق الوسائل التي أجازها القانون من أجل حماية مصالح محددة غير معني بالمنع، ولكن التدخل بهدف الضغط وممارسة نفوذ على المقترض هو المعني بالمنع.

ويجد هذا الالتزام مبرراته في عدة التزامات اخرى للبنك لاسيما احترام الحياة الخاصة للزبون، سرية الاعمال، استقلالية الزبون، فرغم انه من مصلحة البنك ان يبقى حريصا على كيفية تنفيذ عقد القرض الممنوح له ويعتبر حقا له اتخاد الآليات القانونية المقررة لتحقيقه، غير أنه لا ينبغي له في سبيل تحقيق ذلك أن يتحول الى مستشار للمقترض أو يمارس عليه ضغوطات معينة بغرض حمله على سلك سلوك معين، كأن يقترح عليه طرقا لاستثمار امواله او ادخارها او حثه على منع القيام ببعض التصرفات القانونية، ويزداد الأمر جسامة إذا اقترن هذا الاقتراح بتهديد البنك للمقترض عند عدم اتباعه للتعليمات كأن يمنعه من الاستفادة من قروض مستقبلية او الاستفادة من اجراءات تسهيلية في حالة وقوعه في عجز عن تعويض قرضه...الخ.

---

[1]) منى بلطرش، المسؤولية في مجال القرض البنكي، رسالة مقدمة لنيل شهادةالدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2012/2011، ص 198.

[2]) تنص المادة 189 من الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق على " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل لحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت ان المدين امسك عن استعمال هاته الحقوق، وان هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه".

[3]) حيث تنص المادة 191 مرجع نفسه على" لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية ".

ب) الالتزام بالتدخل حماية لمصلحة المستهلك المقترض:

لم يجعل المشرع تدخل البنك بعد ابرام العقد في شؤون عميله المقترض سلوكا ممنوعا او سلوكا مشبوها ولكن أفترض ذلك حماية للمقترض من أية ضغوطات محتملة، وعمل من جهة اخرى على اجازة هذا التدخل استيفاء لمتطلبات حماية المستهلك المقترض في حد ذاته او حماية نشاط القرض برمته، وفق شروط وضوابط محددة بدقة حتى لا تتحول الى وسيلة للإضرار بالمقترض.

ففيما يخص الاعتمادات المخصصة على سبيل المثال يجب أن يبقى البنك مراقبا لكيفية تنفيذ العقد الممول، ولا تصبح التزاماته سارية المفعول حتى تاريخ تسليم الممتلكات او تنفيذ الخدمة، ويبدو الامر أكثر وضوحا في حالة التنفيذ التدريجي لهذا العقد الأصلي والذي ينتج عنه أيضا التنفيذ التدريجي لعقد القرض، فالبنك غير ملزم بوضع الاموال إلا بعد التأكد من تنفيذ الاجزاء السابقة من العقد، ومن اجل ذلك عليه مراقبة المقترض والزامه بتنفيذ العقد الممول وفق ما هو متفق عليه تحت طائلة فسخ العقد[1].

كما يقع على البنك أيضا في إطار التزاماته بتأطير عملية العجز عن الدفع للمقترض عدة التزامات تفرض عليه الاطلاع المستمر على كيفية تنفيذ المقترض لعقد القرض واتخاذ الإجراءات المناسبة لتفادي تأزم وضعيته المالية وفق ما يسمح به القانون، فيجب على المقرض ان يخطر المقترض بمجرد الاخلال الأول بالدفع على دعامة ورقية او اية دعامة دائمة بالآثار القانونية الناجمة عن هذا التوقف والمخاطر الناجمة عنها[2].

ويمكن للمقرض ان يتولى بنفسه تسديد اقساط التأمين خلال مدة متفق عليها في حالة عجز المقترض من اجل السماح باستمرار تغطية اخطار القرض عن طريق التأمين، دون أن يعد ذلك

---

[1]) Art 312-48, C. Conso. Op .cit « Les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation.
En cas de contrat de vente ou de prestation de services à exécution successive, les obligations prennent effet à compter du début de la livraison ou de la fourniture et cessent en cas d'interruption de celle-ci ».

[2]) Art L.312-36, C. Conso, op.cit.

تدخلا في شؤون المقترض، غير أنه يمنع على البنك مطالبة المقترض المتوقف عن التعويض، بأي تعويض أو أي أعباء غير تلك المنصوص عليها قانونا[1]، ويجوز له مطالبته فقط بتعويض أعباء الرسوم التي تسبب فيها عجز المقترض، مع استبعاد اي مطالبة جزافية لتكاليف التحصيل[2]، ولا يجوز للبنك أن يفرض شروطا مجحفة على المقترض من أجل منحه آجالا إضافية للتعويض أو إعادة هيكلة قروضه، كأن يرفع سعر الفائدة أو يلزم المقترض بالحصول على خدمات إضافية.

1) Voir l'article L.312-39 et l'article L.312-40, du C. Conso, op.cit.

2) Art L.312-38, C. Conso, op.cit..

الباب الثاني: آليات حماية المستهلك في اطار القرض البنكي

لن تتحقق الحماية الكافية والفعالة للمستهلك في مجال القرض البنكي بمجرد وضع مجموعة من النصوص القانونية التي تحدد حقوق المستهلك والالتزامات التي تقع على عاتق المقترض، وإنما ينبغي ان ترفق وتدعم هاته النصوص بآليات وقائية تعمل على تجنيب المستهلك المقترض من الوقوع في المخاطر، تسهر على تطبيقها هياكل ومؤسسات انشئت خصيصا لهذا الغرض، وكذا بآليات علاجية تعنى بتوفير الحماية للمستهلك بعد تعرض مصالحه للانتهاك أو بعد المساس بالحماية التي توفرها له النصوص القانونية ومنعه من الاستفادة منها.

بعد ان تطرقنا في الباب الاول من هذه الدراسة الى ضرورة حماية المستهلك في إطار القرض البنكي وتوصلنا الى ضرورة ايجاد آليات وتقنيات جديدة من أجل تدعيم مركز المستهلك في مجال القروض البنكية، وعدم كفاية الاطر القانونية العامة للتعاقد لضمان هاته الحماية، نأتي الآن الى تبيان آليات حماية المستهلك في إطار القرض البنكي، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا الى الآليات الوقائية لحماية المستهلك في إطار القرض البنكي (فصل اول)، ونتطرق ثانيا الى الآليات العلاجية لحماية المستهلك في إطار القرض البنكي (فصل ثاني).

الفصل الاول: الآليات الوقائية لحماية المستهلك في إطار القرض البنكي

انتهج المشرع في مجال حماية المستهلك بصفة عامة والمستهلك في مجال القرض البنكي بصفة خاصة مقاربة خاصة، تقوم بالدرجة الاولى على ضرورة الوقاية من الاخطار والعراقيل التي قد تصادف المستهلك المقترض وتعترض مصالحه، وهي المقاربة التي سعى الى تنفيذها عن طريق هياكل مؤسساتية متخصصة تتمتع بالضمانات والسلطات التي تمكنها من توفير اكبر قدر ممكن من الحماية للمستهلك المقترض، عن طريق آليات تعنى من جهة بالمصلحة الجماعية للمستهلك المقترض، وآليات تعنى بالدرجة الثانية بالمصلحة الفردية له، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا الى آليات حماية المصلحة الجماعية للمستهلكين في إطار القرض البنكي (مبحث اول)، ونتطرق ثانيا الى آليات حماية المصلحة الفردية للمستهلكين في إطار القرض البنكي (مبحث ثاني).

المبحث الأول: آليات حماية المصلحة الجماعية للمستهلكين في إطار القرض البنكي

تتجسد حماية المصلحة الجماعية للمستهلكين في توفير الآليات والتقنيات التي تضمن الاستفادة الجماعية للمستهلكين من الحماية التي تقرها النصوص القانونية والتنظيمية والحقوق التي تعترف بها لهم، ولا تهتم بكل حالة على حدى، اذ تهتم بإعادة التوازن المفقود لصالح المستهلك على الخصوص ما يتعلق بالخبرة وبالقوة الاقتصادية وذلك استجابة لمطلبين رئيسين، يتعلق الأول بحاجته للحماية باعتباره المحرك الأساسي للاقتصاد الوطني، ويتعلق الثاني بأهمية نشاط منح القروض على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي، ولتوضيح أكثر سنتطرق أولا الى الحماية المؤسساتية لحقوق المستهلك في مجال القرض البنكي (مطلب اول)، ونتطرق ثانيا الى الحماية القانونية لحقوق المستهلك في مجال القرض البنكي (مطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية المؤسساتية لحقوق المستهلك في مجال القرض البنكي

نظرا لخصوصية النشاط البنكي وتعقد عملياته وتعدد النصوص القانونية التي تنظمه مراعاة لأهميته في المجال الاقتصادي، دفعت بالمشرع الى التفكير في انشاء هيئات تسهر على ضمان استفادة المستهلك المقترض من الحماية التي تكرسها النصوص القانونية، هذا إضافة الى الهيئات التي تهتم بضمان الحماية للمستهلك بصفة عامة، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا الى الهيئات التي تعنى بحماية المستهلك بصفة عامة (فرع اول)، ونتطرق ثانيا الى الهيئات التي تعنى بحماية المستهلك في مجال القرض البنكي (فرع الثاني).

الفرع الأول: الهيئات التي تعنى بحماية المستهلك بصفة عامة

هي متعددة ومتنوعة بشكل يترجم العناية التي يوليها المشرع لحماية حقوق المستهلك، ولحاجة النصوص القانونية المكرسة الى مرافقة ميدانية تجسدها هيئات متخصصة، من أجل ذلك يجب ان نتطرق الى أهم هاته الهيئات والتعريف بها ودورها في حماية المستهلك والتي نذكر منها المجلس الوطني للاستهلاك كأعلى هيئة استشارية في مجال حماية المستهلك والسلطات والصلاحيات المخولة له (أولا)، والى لجنة الشروط التعسفية كهيئة مستحدثة تختص بالحماية ضد الشروط التعسفية (ثانيا)، والى جمعيات حماية المستهلكين كتكتلات تهتم بالمصلحة الجماعية للمستهلكين والدفاع عن مصالحهم (ثالثا).

أولا: المجلس الوطني للاستهلاك

هو هيئة استشارية تهتم بتطوير وترقية سياسة حماية المستهلك، حيث تنص المادة 24 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على انه " **ينشأ مجلس وطني لحماية المستهلكين، يقوم بإبداء الراي واقتراح التدابير التي تساهم في تطوير وترقية سياسات حماية المستهلك.**

تحدد تشكيلة المجلس واختصاصاته عن طريق التنظيم".

انطلاقا من هاته المادة يلاحظ ان لهذا المجلس دور عام في توفير متطلبات حماية المستهلك في كافة الجوانب ووضع استراتيجية عامة لها، بدءا بالحرص على جودة المنتوجات وعدم تأثيرها على

صحة المستهلكين ومصالحهم المادية والمعنوية، وصولا الى حماية القدرة الشرائية للمستهلك، وضبط السوق، وضع استراتيجية واضحة لمساعدة جمعيات حماية المستهلكين وجمع المعلومات المتعلقة بالمستهلكين بهدف معالجتها واستغلالها لتوفير الحماية للمستهلكين.

حدد المشرع تشكيلته واختصاصاته بموجب نص تنظيمي هو المرسوم التنفيذي رقم 355/12[1]، وعن المهام التي يضطلع بها والصلاحيات المخولة له، فيمكن جمعها في الإدلاء بآراء واقتراح تدابير لها لاسيما فيما يخص:

* المساهمة في الوقاية من الاخطار التي يمكن ان تتسبب فيها المنتوجات المعروضة في السوق وتحسينها من اجل حماية صحة المستهلكين ومصالحهم المادية والمعنوية.
* تقديم مشاريع القوانين والتنظيمات التي يمكن ان يكون لها تأثير على الاستهلاك وكذا على شروط تطبيقها.
* وضع البرامج السنوية لمراقبة الجودة وقمع الغش.
* وضع استراتيجية ترقية جودة المنتوجات وحماية المستهلكين.
* جمع المعلومات الخاصة بمجال حماية المستهلكين واستغلالها وتوزيعها.
* اقتراح برامج ومشاريع المساعدة المقررة لصالح جمعيات المستهلكين.
* تحديد التدابير الوقائية لضبط السوق.
* تكريس آليات حماية القدرة الشرائية للمستهلكين[2].

كما يمكن له المشاركة في ملتقيات اعلامية واقامة علاقات مع هيئات مماثلة او ذات نفس الطابع على المستوى الوطني والدولي وتبادل الخبرات معها في سبيل إيجاد سبل وآليات جديدة وفعالة لتوفير الحماية الكافية للمستهلكين وترقية حقوقهم[3].

---

[1]) المرسوم التنفيذي رقم 355/12، مؤرخ في 02 اكتوبر 2012، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، ج ر عدد 56، مؤرخة في 11أكتوبر 2012.

[2]) المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 355/12، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، مرجع سابق.

[3]) المادة 02، مرجع نفسه.

وفي التشريع الفرنسي [1] عمل المشرع على إنشاء مجموعات دائمة ضمن تشكيلة المجلس تعمل خارج نظام العهدة وذلك من اجل تطبيق استراتيجية شاملة للمدى البعيد، عكس المشرع الجزائري الذي يعمل فقط بنظام العهدة لكافة الاعضاء، وهو امر يستحسن عليه، لان نظام العهدة قد يجعل مصالح المستهلك مرتبطة بسياسة اعضائه ورؤيتهم لأسس ومقتضيات الحماية وهذا ما قد يمس بصلابة المجلس وسياسته الحمائية.

كما منح أيضا لهذا المجلس صلاحية الإخطار الإجباري فيما يخص كافة النصوص ومشاريع الأنظمة المتعلقة بحماية المستهلك[2]، وكذا منحه صلاحية الإخطار الذاتي[3]، التي تخول سلطة الاقتراح والمشاركة والتدخل، باقتراح من اعضائه دون تدخل اي جهة خارجية، كما له ايضا صلاحية دعم الآراء المقدمة بشأن المقترحات بأساليب التنفيذ، وذلك من أجل تدعيم فرصة تنفيذها، وعرض تتبع أفضل لهذا التنفيذ.

ثانيا: لجنة الشروط التعسفية:

كان لزاما على المشرع ان يتوج الاحكام التي جاء بها في مجال حماية المستهلك باعتباره الحلقة الضعيفة في العلاقة العقدية بإطار مؤسساتي يكفل وينظم احترام الأطراف المعنية للأحكام القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية، وكذا السهر على تتبع هذه الشروط واكتشاف المستحدث منها، ورغم

---

[1]) créé par l'ordonnance N° 2016/301, du 14 mars 2016, relative à la partie législative du code de la consommation, JORF N° 0064, du 16 mars 2016.

[2]) وهو أمر إيجابي، إذ يتيح للمجلس فرصة تقديم اقتراحاته من أجل تدعيم حقوق المستهلكين او التخفيف من الاحكام التي قد تمس بها او إزالتها، غير انه يطرح التساؤل حول دستورية هذا الحكم في التشريع الجزائري فيما يخص منح هيئة أخرى دون المجلس الدستوري حق الإخطار المسبق بشأن القوانين، بالإضافة الى التساؤل حول من يحدد أن القوانين والأنظمة المعنية التي تتعلق بحماية المستهلك حتى لا يطلق يد هذا المجلس في التدخل في قوانين لا علاقة لها بحماية المستهلك، غير انه يمكن الجواب على ذلك بأن الهدف من هذا الإخطار هو مجرد تقديم اقتراحات وليس الفصل بقرارات ملزمة في معارضة هاته الاحكام للدستور او لقوانين اعلى منها درجة.

[3]) Art R.822-7, C. Conso, op. cit, créé par l'ordonnance N° 2016/301, op.cit.

تأخر المشرع الجزائري في تنظيم هذه الهيئة الا أنه استحدثها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06[1].

ونظرا لخطورة هاته الشروط على المستهلك ومساسها المباشر بحقوقه وتعطيل حريته التعاقدية، رأى المشرع ضرورة إنشاء لجنة مستقلة تسمى بلجنة الشروط التعسفية تسهر على محاربة هاته الشروط والتقليل منها، وللإحاطة بالأحكام القانونية التي تنظم سير اللجنة وعملها واختصاصها، نتطرق أولا الى تشكيلة اللجنة (1)، ثم اختصاصاتها (2)، واخيرا طبيعتها القانونية (3).

1) تشكيلة لجنة الشروط التعسفية:

تتكون هاته اللجنة في التشريع الجزائري من 07 أعضاء ممثلين لهيئات مختلفة وفق ما يلي:

* ممثل (01) عن وزير التجارة مختص في الممارسات التجارية رئيسا للجنة،
* ممثل(01) عن وزير العدل مختص في قانون العقود،
* ممثل (01) عن مجلس المنافسة،
* ممثلين (02) عن المتعاملين الاقتصاديين يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الاعمال والعقود،
* ممثلين (02) عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال الاعمال والعقود
* كما يمكنها ان تعين اي شخص آخر يفيدها[2].

أما في التشريع الفرنسي فتتشكل اللجنة من:

* رئيس يعين من بين القضاة،
* قاضيين (02) أحدهما نائبا للرئيس،
* شخصيتين (02) مؤهلتين في مجال القانون والعقود،
* أربعة (04) ممثلين عن المتعاملين الاقتصاديين،

---

[1]) المرسوم التنفيذي رقم 306/06، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006.

[2]) المادة 08، المرسوم التنفيذي رقم 306/06، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق.

* أربعة ممثلين (04) عن المستهلكين.[1]

يلاحظ بساطة تشكيلة اللجنة في التشريع الفرنسي، فهي تتشكل من ثلاثة فئات، هم القضاة، ذوي الاختصاص، وممثلين عن أطراف العلاقة التعاقدية، عكس المشرع الجزائري الذي أضاف فئة رابعة وهي ممثلي السلطة التنفيذية ممثلة في ممثلي وزير العدل وزير التجارة، ويبقى التساؤل مطروحا حول سبب هذا التمثيل، في حين كان يجب ان ينظر من اجل تحديد التشكيلة الى طبيعة اللجة ووظائفها، فهي لجنة تسعى الى تطبيق القانون وحماية المستهلكين، لذلك من الاجدر ان يطغى فيها اصحاب الاختصاص من القانون والاقتصاد.

كما يستحسن على المشرع الفرنسي اسناده الرئاسة ونيابتها للقضاة، عكس المشرع الجزائري الذي اسندها الى ممثل وزير التجارة، اي الى السلطة التنفيذية وبالتالي جعل اللجنة اقل حيادية، فاللجنة لا ينبغي ان تسير وفق منطق وتعليمات الوزارة وانما وفق ما تفرضه القوانين، ولا يوجد أقدر من القاضي اطلاعا على القانون، او على الاقل اسنادها دوريا لكل الفئات المكونة للجنة.

يبدو من تشكيلة لجنة الشروط التعسفية انها حتى وان كانت تتشكل من مهنيين وممثلين عن المستهلكين فهم ليسوا على دراية بكل المجالات خاصة المجال البنكي، لذلك كان من الاحسن ان يتدخل في مجال الشروط التعسفية لجنة تتشكل من ممثلين من النشاط البنكي أو من هيئات المراقبة على النشاط البنكي، خاصة وانه يبدو من استقراء الاحكام التي تنظم اللجنة المصرفية باعتبارها صاحبة الولاية العامة في مراقبة المجال البنكي تجعلها غير مؤهلة للنظر في الشروط التعسفية لاسيما من حيث الجهات التي تخطر من طرفها، بالإضافة الى عدم الزام البنوك والمؤسسات المالية بإرسال العقود لها.

---

[1]) Art 822-18, C. Conso, op.cit.

يلاحظ أن المشرع الفرنسي يشترط ان ينتمي الاعضاء الى جهة معينة، ولم يشترط اي مجال للتخصص، عكس المشرع الجزائري، كما جمعت ضمن تشكيلتها قضاة وذلك لإضفاء المصداقية على عملها لما يفترض في القاضي من نزاهة، وحبذا لو نحا المشرع الجزائري هذا المنحى.

2) اختصاصات لجنة الشروط التعسفية:

يتحدد اختصاص لجنة الشروط التعسفية عن طريق تحديد الاختصاص الشخصي، أي تحديد الأشخاص التي تتدخل اللجنة في مواجهتهم وتكون تدخلاتها وقراراتها حجة عليهم، وتحديد الاختصاص الموضوعي لها، أي تحديد السلطات والصلاحيات المخولة لها والتي تتمكن بواسطتها من القيام بالمهام المسندة لها، ولتوضيح كلى هذين الاختصاصين نتطرق أولا الى الاختصاص الشخصي للجنة (أ)، ونتطرق ثانيا الى الاختصاص الموضوعي لها (ب).

أ) الاختصاص الشخصي للجنة الشروط التعسفية:

يقصد به مجال تدخل اللجنة من حيث الأشخاص، أي الاشخاص الذي يعد تدخل اللجنة في مواجهتهم قانونيا ومنتجا لآثاره، نصت عليه المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المذكور سابقا، حيث جاء فيها " **تكلف اللجنة لاسيما بالمهام الآتية:**

*** تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية،**

*** يمكن ان تقوم بكل دراسة و/ او خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين،**

*** يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها**".

لتحديد الاختصاص الشخصي للجنة انطلاقا من هاته المادة يجب البحث عن مفهوم كل من المستهلك والعون الاقتصادي، والتي أحالت المادة 01 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 في تعريفهم الى القانون رقم 02/04 المتعلق بالشروط المطبقة على الممارسات التجارية، والذي عرف المستهلك أنه " **كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني**"[1]، وعرف العون الاقتصادي أنه " **كل منتج او تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها**"[2]، بمفهوم المخالفة لا تختص

[1]) المادة 01 فقرة 02 من القانون 02/04، متعلق بالشروط المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

[2]) المادة 01 فقرة 01، مرجع نفسه.

اللجنة بنظر العقود التي لا يكون احد أطرافها المستهلك والعون الاقتصادي بالمفهوم الموضح اعلاه ولو اشتملت على بنود تعسفية، كما هو الحال في العقود بين المهنيين.

وعن كيفية تدخل هاته اللجنة فيكون إما تلقائيا أو بإخطارها من طرف الوزير المكلف بالتجارة، أو من طرف كل إدارة او جمعية مهنية أو جمعية حماية المستهلك أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك كما يمكن للجنة ان تخطر ذاتيا[1].

ب) الاختصاص الموضوعي للجنة الشروط التعسفية:

يقصد به السلطات والصلاحيات المخولة للجنة والتي تتمكن بواسطتها من القيام بالمهام المسندة لها، والتي تتعدد بين إصدار التوصيات، الدور الاستشاري، الدور التحقيقي والتنسيقي، الدور الإعلامي:

- **إصدار التوصيات:**

تبحث اللجنة في كل العقود المطبقة من طرف الاعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تضع توصيات تبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة[2]، والمؤسسات المعنية، واذا ما استخلصت من هذه العقود صفة الطابع التعسفي لأي شرط فإنها تقوم بإصدار توصيات تتضمن إما اقتراح حذف او تعديل تلك الشروط[3]، أي دور اللجنة هو تحليل العقود التي تبرم في

[1]) المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والأمر نفسه في المادة L.822-5 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

[2]) لم ينص المرسوم التنفيذي رقم 306/06 على اجراءات اصدار التوصيات بدقة على عكس المشرع الفرنسي، حيث بعد اخطار اللجنة يتم تعيين مقرر يقوم بتفحص نماذج العقود المعنية، ثم يحرر مشروع تقرير يعرضه على اللجنة لدراسته، يرسل مشروع التقرير الى المهنيين المعنيين لإبداء ملاحظاتهم، بعدها يحرر المقرر مشروع توصية يعرض مرة اخرى على اللجنة لمناقشته وبناء عليه يعد الاعضاء توصية حسب المادة R.822-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

[3]) Art L.822-6, C. Conso, op. cit « La commission recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif ».

قطاع معين ومحاولة استخراج الشروط التعسفية المحتملة بتطبيق المعايير القانونية، وتقديم التوصيات الملائمة لمحاربتها[1].

يلاحظ أن المشرع لم يلزم اللجنة بحذف هذا الشرط، كما لم يخول اللجنة الوسائل الكفيلة لها بالزام المتعامل على تعديل أو الغاء تلك الشروط، كما لم يحدد القانون امكانية اخطار اللجنة للقاضي، ويتمثل دور التوصيات في انها تلعب دورا وقائيا، إذ تؤدي الى تحديد قائمة الشروط التعسفية التي تشكل فيما بعد مرجعا للمتعاقدين من اجل تفادي ابرام عقود تحتوي على شروط تعسفية[2].

تجدر الاشارة الى أنه لا يجب ان يقتصر دور اللجنة على مرحلة ابرام العقد فقط بل يجب ان يمتد الى مرحلة الاشهار، فالأحكام الحمائية للمستهلك في مجال الاشهار يجب ان تحترز من امكانية ايراد البنك لشروط تعسفية، كما يجب ان يمتد دورها الى مرحلة ما بعد ابرام العقد البنكي، إذ يتميز العقد البنكي على غيره من العقود الاخرى بامتداد العلاقة الى ما بعد ابرام العقد، فلا ينبغي للبنك التصرف في المعلومات التي حازها عن عميله، كما لا يجوز للبنك ايراد شروط تعسفية عند مراقبة استعمال المقترض للقرض وغيرها من الشروط.

الدور الاستشاري للجنة الشروط التعسفية:

تتعدد اوجه الدور الاستشاري لأي هيئة استشارية، فيمكن استشارتها من قبل الهيئات التشريعية او التنفيذية فيما يخص اي نص تنظيمي او تشريعي يتعلق بمهامها قبل إصداره، كما يمكن لها أن تقدم توصيات واقتراحات من تلقاء نفسها للسلطة التنفيذية، والتي يمكن ان تكون مشاريع لقوانين جديدة او تعديلات لقوانين قائمة.

---

[1]) Rapport annuel de commission des clauses abusives, 2018, disponible sur le site www.clauses abusive.Fr.

[2]) زرواط نصيرة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، عدد 01، مجلد 07، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019، ص 37 و39.

لم ينص المشرع صراحة على الدور الاستشاري للجنة الشروط التعسفية بالمفهوم المتقدم رغم نص المشرع على الطبيعة الاستشارية لهاته اللجنة[1]، لكن لا يوجد ما يمنع الجهات المعنية بطلب الاستشارة من هاته اللجنة او طلب دراسة معينة من طرف السلطة التنفيذية[2]، كما انه يعتبر إلزام اللجنة بإصدار تقارير سنوية عن نشاطاتها صورة غير مباشرة للدور الاستشاري للجنة لأن الغرض من إرسال هذا التقرير هو إطلاع السلطة التنفيذية على مستجدات حماية الشروط التعسفية[3].

فيما يخص استشارتها من طرف القضاء، لا يوجد كذلك ما يمنع القضاء من استشارة اللجنة بوصفها خبيرا في مجال الشروط التعسفية، وان المشرع لم يقيد القاضي من حيث عدد وانتماء الخبراء الواجب ندبهم[4]، غير ان هاته الاستشارة لن تكون حجة على القاضي فهو حر في الاخذ بها من عدمه، فلا ولاية تعلو ولاية القاضي على القضية المطروحة امامه[5].

في التشريع الفرنسي فبالإضافة الى امكانية استشارتها من طرف السلطة التنفيذية او القضائية يمكن للجنة أن تقدم مقترحات تعديل نصوص تشريعية، وهذه المقترحات يمكن ان تظهر في تقرير

---

[1]) حيث نصت المادة 06 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق على انه " **تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص "اللجنة"**.

[2]) خاصة وان اللجنة تخضع لوصاية وزير التجارة، كما يصادق على نظامها الداخلي بقرار من وزارة التجارة، بالإضافة الى تسيير أمانتها من طرف مصالح وزارة التجارة، وهذا حسب المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، مرجع سابق.

[3]) المادة 12 فقرة 03، المرسوم التنفيذي رقم 306/06، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق.

[4]) تنص المادة 126 من القانون رقم 09/08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008، م م على " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه او بطلب أحد الخصوم تعيين خبير او عدة خبراء من نفس التخصص او من تخصصات مختلفة".

[5]) وذلك بالقياس من باب اولى على عدم الزامية راي المحكمة العليا في الانظمة الفرنكوفونية للقاضي وعدم تشكيله سوى التزام ادبي للقاضي، رغم اعتبارها الجهة المسؤولة عن توحيد الاجتهاد القضائي وذلك ما يفهم من عدم إلزام القاضي باحترام الاحالة رغم تبيين المحكمة العليا لموقفها من القضية.

نشاط المعهد الوطني لشؤون المستهلك، أي تنشر اللجنة قراراتها وآرائها عن طريق المعهد الوطني للاستهلاك، ويرسل هذا التقرير الى رئيس الجمهورية والى البرلمان وينشر[1].

بعد صدور القانون 301/2016 المذكور سابقا اصبح بإمكان اللجنة ان تضمن نشر التوصيات التي تراها ضرورية لعلم الجمهور ولم يعد يكلف وزير الاستهلاك بنشر هاته التوصيات[2]، كما يؤخذ أيضا رأي هاته اللجنة في تحديد قائمة الشروط التعسفية، التي تعد بواسطة مرسوم يتخذ في مجلس الدولة، عكس المشرع الجزائري الذي حدد قائمة الشروط التي تعتبر تعسفية عن طريق التنظيم[3].

- **<u>الدور التحقيقي والتنسيقي للجنة الشروط التعسفية:</u>**

يستنتج الدور التحقيقي للجنة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري من عبارة " **تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الاعوان الاقتصاديين على المستهلكين** ..." الواردة في المادة السابعة من المرسوم التنفيذي 306/06 المذكور سابقا، وتجدر الإشارة الى ان المشرع الجزائري لا يشترط ان يكون الشرط تعسفيا على حدة بل يمكن ان يكون كذلك بالتشارك مع شروط اخرى، ومن تم

---

[1]) Art R.822-3, C. Conso, op .cit « L'Institut national de la consommation établit chaque année un rapport d'activité dans lequel figurent, le cas échéant, les propositions de modifications législatives ou réglementaires proposées par la commission mentionnée à l'article L.822-4. Les avis de cette commission sont annexés au rapport ainsi que les suites données à ces avis.

Ce rapport est présenté au Président de la République et au Parlement. Il est rendu public ».

[2]) Art L.822-9, alinéa 01, c.conso, op .cit, « La commission mentionnée à l'article L.822-4 assure la diffusion des informations, avis et recommandations qu'elle estime nécessaire de porter à la connaissance du public ».

[3]) أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق.

فالبحث الذي تقوم به اللجنة لا ينحصر فقط على الشرط وحده، بل تنظر في ظروف القضية ككل، وهنا يمكن القول بأن للجنة دورا تحقيقيا أشبه بدور القضاء[1].

أما الدور التنسيقي فيقصد به الصلاحيات الممنوحة للجنة والتي تمكنها من التنسيق وتوحيد الجهود مع هيئات أخرى في سبيل ضبط الشروط التعسفية ووضع اساليب لمحاربتها أو التقليل منها، ويجد هذا الدور تطبيقاته بصورة أوضح في التشريع الفرنسي ونذكر منها:

* امكانية اخطار " وسيط الاستهلاك"[2]، بوجود شروط تعسفية لكن بعد تبرير وجود محاولة فاشلة مع المهني لتسوية الوضع كتابيا.

* إخطار موفق العدالة (conciliateur de justice) نصت عليه المادة 128 و129 فقرة 01 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ويتولى بطريقة سرية ومجانية الاستماع الى الاطراف بعد ابداء عناية كافية للحل الودي وذلك في النزاعات التي تقل عن 4000 أورو[3].

* إخطار جمعية من جمعيات حماية المستهلك، حيث تنص المادة L.621-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي امكانية طلب جمعية حماية المستهلك المعتمدة من القضاء المدني الامر بحذف الشرط التعسفي من العقد وملحقاته.

---

1) Hammoud May, op.cit, p.294.

2) Art L.614-1, C. Conso, op.cit « Tout médiateur de la consommation met en place un site internet consacré à la médiation et fournissant un accès direct aux informations relatives au processus de médiation.

Ce site permet aux consommateurs de déposer en ligne une demande de médiation accompagnée des documents justificatifs.

Sur demande, ces informations peuvent être mises à disposition sur un autre support durable ».

3) Art 129, Code procédure civil français « La conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorables et selon les modalités qu'il fixe.

Le juge qui doit procéder à une tentative préalable de conciliation peut enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice qui les informera sur l'objet et le déroulement de la conciliation, dans les conditions prévues par l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ».

* التنسيق مع المعهد الوطني للاستهلاك، حيث يقوم رئيس هذا الاخير بالتعاون مع رئيس لجنة الشروط التعسفية بتعيين مجموعة من الاعوان العموميين، أو قضاة تحت وصاية اللجنة أو الحاقهم بها، وكذا أجراء من المعهد يمكنهم ممارسة مهام في سكريتارية اللجنة أو التعاون معها[1].

- **الدور الاعلامي للجنة الشروط التعسفية:**

يمكن للجنة الشروط التعسفية احاطة الجمهور بالمعلومات الضرورية حول الشروط التعسفية دون ايراد اي معلومة قد تشير الى وضعية محددة بذاتها[2]، كما يجب أن تتولى اللجنة على موقعها نشر كافة الاحكام القضائية التي تصدرها المحكمة العليا باعتبار نشاطها هو تدعيم الاستقرار القضائي وتوحيد الاجتهاد القضائي، غير انه في التشريع الجزائري اكتفى المشرع بتوضيح أن مداولات اللجنة تتوج بإعداد محاضر مرقمة ومرتبة وموقعة من طرف رئيس اللجنة وأعضائها، وفق المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المذكور اعلاه، دون إلزامها بنشر مضمون هاته المحاضر أو إعلام الجمهور بها.

3) الطبيعة القانونية للجنة الشروط التعسفية:

لتحديد الطبيعة القانونية للجنة الشروط التعسفية اهمية من أجل معرفة اختصاصها والغرض من إنشائها مما إذا كان رقابي، او تنظيمي، او قضائي...الخ، ويمكن استنتاج طبيعة اللجنة عن طريق بحث تشكيلتها، فتساوي اعضاء ممثلي المستهلكين والمهنيين على سبيل المثال يدل على ان اللجنة لها دور علاجي في حل النزاعات، في حين ان تغلب عدد المختصين على عدد الممثلين يدل على أن اللجنة لها دور وقائي وحمائي، في حين أن طغيان عدد ممثلي الهيئات العمومية يضفي عليها وصف السلطة الرقابية.

---

[1]) حددت اسس التعاون بين المعهد الوطني للاستهلاك ولجنة البنود التعسفية بموجب هذا المرسوم:

Décret N° 2010- 1221, du 18 octobre 2010, relative à l'organisation et au fonctionnement de l'institut national de la consommation et des commissions placées auprès de cet institut, JORF N° 0243, du 19 octobre 2010.

[2]) Art L.822-9, C. Conso, op.cit.

وعن الرأي القائل بالطبيعة القضائية الخاصة للجنة نظرا لدورها في التدخل من تلقاء نفسها وإيجاد الحل المناسب، فهو رأي غير مسوغ حسبنا نظرا لانعدام حجية الشيء المقضي به في قرارات اللجنة، كما ان اللجنة تضع مبادئ عامة ولا تضع حلا للنزاع، كما لا تملك آليات لإلزام المعنيين بقراراتها على تنفيذها.

ويمكن القول ان اللجنة هي هيئة ذات طابع استشاري تلعب دور الخبير، للسلطة التنفيذية وحتى القضائية، رغم أن راي اللجنة غير ملزم للقاضي لان هذا مجرد استجابة لمبدأ " الولاية العامة للقاضي على النزاع " وبما أن القاضي طلب راي اللجنة نظرا لخبرتها فلن يكون له في الاغلب راي يخالفها[1].

ثالثا: جمعيات حماية المستهلكين

تعد الجمعيات بصفة عامة أبرز صور المجتمع المدني للدفاع عن حقوقه، عن طريق التكتل وتوحيد الجهود للمطالبة بتحسين الاوضاع او تطبيق القانون، وحتى التظلم من القوانين والانظمة السارية، وتعد من أكثر وسائل المطالبة فعالية لأنها تتم من المعنيين مباشرة بدون أية وساطة، وتزداد هاته الاهمية في المجال الاستهلاكي نظرا لعدة عوامل لاسيما طبيعة الحاجة الاستهلاكية، التطور المتلاحق في المجال الإنتاجي والخدماتي ومخاطره على المستهلكين، وفي المجال البنكي وبالتحديد مجال القروض البنكية تضيف خطورته وتعقد عملياته مبررا إضافيا لضرورة تدخل جمعيات حماية المستهلك من أجل ضمان حماية ومرافقة فعالة للمستهلك، ومن أجل توضيح ذلك نتطرق أولا الى التعريف بدور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك المقترض (1)، ونتطرق ثانيا الى تقييم دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك المقترض (2).

[1]) Claire- Marie Peglion – Zika, La notion de clause Abusive au sense de l'article L.132-1 du code de la consommation, thèse de doctorat, droit privé, université panthéon-Assas, 2013, p.286.

1) التعريف بدور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك المقترض:

تعد جمعيات حماية المستهلكين أهم صور الحماية الجماعية لمصالح المستهلك، وعرفت بها المادة 21 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي جاء فيها " **جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف الى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله.**

يمكن أن يعترف لجمعيات حماية المستهلكين المذكورة في الفقرة أعلاه بالمنفعة العمومية ضمن الشروط والكيفيات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم الساري المفعول".

كما احاط المشرع جمعيات حماية المستهلكين بمجموعة من الضمانات والتسهيلات تعبر عن نيته في وضع تأسيس متين لنشاط هاته الجمعيات بصفة عامة وللحماية الجماعية للمستهلكين بصفة خاصة، ومن قبيل ذلك:

* استفادة الجمعيات المعترف لها بالمنفعة العمومية من المساعدة القضائية، وذلك ما نصت عليه المادة 22 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي جاء فيها " **بغض النظر عن احكام المادة الاولى من الامر 57/71 مؤرخ في 05 اوت 1971 والمتعلق بالمساعدة القضائية، يمكن ان تستفيد جمعيات حماية المستهلكين المعترف لها بالمنفعة العمومية من المساعدة القضائية**".

* السماح لجمعيات حماية المستهلكين بالتأسيس كطرف مدني في حالة تعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار يتسبب فيها المتدخلون، حيث تنص المادة 23 من القانون رقم 03/09 على انه " **عندما يتعرض مستهلك او عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني**"، ويستحسن على المشرع عدم اشتراط عدد معين في المستهلكين المتضررين حتى يجوز للجمعية التدخل بل يكفي أن يتضرر مستهلك واحد، كما لم يحدد طبيعة هاته الاخطار وترك المجال مفتوحا ليشمل كافة الأضرار التي قد تلحق المستهلك سواء صحية، أو اقتصادية او غيرها.

* في التشريع المغربي نرى نموذجا أكثر فعالية لجمعيات حماية المستهلك، حيث تتجلى آليات العمل الممنوحة لها في مختلف الدعاوى القضائية التي منحها لها القانون رقم 31/08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، والتي تتمثل في دعوى ايقاف التصرفات غير المشروعة، دعوى التمثيل المشترك، كما منح لها هذا القانون الحق في أن تطلب من المحكمة التي تنظر الدعوى أن تامر المدعى عليه بإيقاف التصرفات غير المشروعة وحذف أي شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح، ويكون الحكم الصادر عن المحكمة في الدعوى مشمولا بالنفاذ المعجل ومقرونا بغرامة تهديدية[1]، ويمكن للمحكمة مصدرة الحكم ان تامر بنشره بالوسائل التي تحددها على نفقة خاسر الدعوى[2].

* على مستوى التشريع الفرنسي يسمح لبعض جمعيات حماية المستهلك أن تطلب من القضاء المدني الامر بإلغاء بعض الشروط التعسفية في العقود بين المستهلكين والمهنيين ويمكنها التأسيس كطرف مدني عن الاضرار التي لحقت بجماعة المستهلكين[3].

كما يشهد نشاط جمعيات حماية المستهلك في مجال ترقية القروض في فرنسا تطورا ملحوظا، حيث أبرمت عديد الاتفاقيات المتعاقبة بين الدولة وجمعيات المرضى والمعوقين والمنظمات المهنية التي تمثل مؤسسات الائتمان وكذلك مع شركات التأمين والشركات التعاضدية، من أجل السماح للأشخاص الذين يمثلون مخاطر صحية متزايدة بالحصول على الائتمان، نذكر منها "**اتفاقية بيلورجي**" في 19 سبتمبر 2001 من أجل تحسين الوصول إلى القروض والتأمين للأشخاص المعرضين لمخاطر صحية متزايدة، عن طريق فرض شروط مخففة عليهم، وقد تم بذل جهود كبيرة من جانب المصرفيين وشركات التأمين، غير أنه كان من الضروري، تعزيز المعلومات من أجل جعل الاتفاقية معروفة بشكل أفضل للجمهور[4].

---

[1]) المادة 162 فقرة 2، القانون رقم 08/ 31، متعلق بتدابير حماية المستهلك المغربي، مرجع سابق.

[2]) المادة 165، مرجع نفسه.

[3]) Art L.421-6, C. Conso, op.cit.

[4]) Rapport Sénat N° 451, fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence relatif à l'accès au

وكذا اتفاقية مؤرخة في 6 يوليو 2006 بعنوان "**التأمين والاقتراض مع المخاطر الصحية المتفاقمة**(AERAS) "، سعت إلى حد كبير الى تطوير النظام التقليدي للوصول إلى التأمين والائتمان للأشخاص الذين يعانون من مخاطر صحية متزايدة، ومعالجة نقاط الضعف الرئيسية في الاتفاقية السابقة، لا سيما النطاق المحدود للغاية من الاتفاقية، وعدم كفاية نشر المعلومات حول الاتفاقية على الجمهور وعدم وجود تغطية شاملة للمخاطر الصحية[1].

2) تقييم دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك المقترض:

بعد ان عرجنا في العنوان السابق على التعريف بدور جمعيات حماية المستهلك في الحرص على ضمان حقوق المستهلكين والدفاع عنها، ينبغي تقييم هذا الدور وتحديد معايير التنظيم السليم لهاته الجمعيات، فرغم الدور الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك في ترقية حقوق المستهلكين في مختلف المجالات والحرص على استفادتهم من الحماية المقررة لهم قانونا، غير انه لازال التنظيم القانوني لهاته الجمعيات يعاني من بعض النقائص، نذكر منها:

* أن المشرع يشترط من أجل السماح لجمعية حماية المستهلك بالتأسيس كطرف مدني، وفق المادة 23 من القانون رقم 03/09 المذكورة اعلاه أن يكون الضرر تسبب فيه نفس المتدخل، فمادام يمكن ان تلحق بالمستهلك اضرار نتيجة مساهمة عدة متدخلين في نفس الوقت كعقد اتفاقيات تتنافى وقواعد المنافسة الشريفة من شأنها أن تلحق اضرارا بالمستهلك كان من الافضل ان يتيح لجمعيات حماية المستهلكين طلب التأسيس ضد مهني أو أكثر أو طلب ادخالهم في الخصام.

* كما ان نفس المادة لم تتح للجمعية سوى التأسيس كطرف مدني في دعوى قائمة، ولم تورد أي إشارة حول السماح لها برفع الدعوى ضد المتدخل أو المتدخلين المعنيين.

---

crédit des personnes présentant un risque aggravé de santé, p.10, cité par François Bordas, op.cit. p.9.

[1]) Rapport Sénat N° 451, p.10, cité par François Bordas, op.cit. p.9.

* كما يفهم من عبارة " **طرف مدني**" الواردة أيضا في نفس المادة أن الجمعية لها فقط التأسيس في الدعاوى الجزائية دون المدنية، فلا يجوز بمفهوم المخالفة للجمعية طلب الإدخال في الخصام المدني المتعلق في الدعاوى التي تقام ضد المتدخلين.

* كما يوجد في التشريع الفرنسي حاجز آخر وهو عدد المنخرطين في الجمعية الذي يشترط ان يفوق 10000 منخرط على الأقل، كما هناك من التشريعات من تعتمد شرط النشاط في مجال حماية المستهلك في كافة الجمعيات، اي على المنخرط في جمعية ما أن يكون نشاطه الأساسي في نفس مجال اختصاصها وذلك خلال السنة التي تسبق طلب الاعتماد، وهذا ما يشكل عائقا أمام الانخراط في جمعيات حماية المستهلكين ومن تم أمام تطور هاته الجمعيات[1].

تجدر الإشارة في هذا الصدد الى موقف للقانون اللبناني في المادة 67 من قانون الاستهلاك والمنتقدة من طرف الفقهاء والجمعيات المهنية، حيث يمنح القانون لجمعيات حماية المستهلك اختصاصات مطلقة لم تمنح حتى للمؤسسات الإدارية، كالحق في التجمع والحق في إذاعة ونشر المعلومات والتحليل والمقارنة بين السلع والخدمات والحق في مرافقة المستهلك وتوجيه المستهلكين الى مناطق النشاط واعداد البرامج الاشهارية عبر الإذاعة واعداد الكتيبات [2].

هذا النص لا يوضع أي حد او شروط قانونية لهذه الممارسات، ما يسمح لأي جمعية نشر معلومات غير صحيحة تخص المتعاملين، دون امكانية معاقبتها لعدم وجود نص يتيح ذلك، ومن تم يمكن ان تتحول الجمعيات الى مراكز للإشهار عن طريق تفضيل سلع متعامل والتشهير بمتعامل آخر لعدم وجود حدود لصلاحياتها، ولعدم وجود نص يعاقب على ذلك، ومن تم تنقلب الحماية إلى إضرار.

كما يلاحظ وجوب تعديل النظام القانوني لجمعيات حماية المستهلكين، لاسيما ما يتعلق بوجوب تعديل معايير الاعتماد، خاصة فيما يتعلق بزيادة الحد الادنى للأعضاء المشترط من أجل تأسيس الجمعية، وكذا وضع معايير وشروط من أجل توضيح نشاط جمعيات حماية المستهلك في مجال

---

1) Hammoud May, op.cit. p.376.

2) Hammoud May, Ibid. p.377.

الدفاع عن حقوق المستهلكين، أي وضع نظام قانوني خاص لجمعيات حماية المستهلك يوضح مجمل حقوق الجمعية والوسائل المكرسة لها من اجل الدفاع على حقوق المستهلكين، وأخيرا وضع شروط جديدة من أجل الحصول على اعتماد لاسيما المعايير المتعلقة بإعلام الجمهور أو التغطية الدنيا للإقليم، من اجل ضمان ممارسة الجمعية نشاطها في كامل التراب الوطني، كاشتراط منخرطين ممثلين لكل الولايات والمقاطعات.

الفرع الثاني: الهيئات التي تعنى بحماية المستهلك في مجال القرض البنكي

لم يكتفي المشرع في سبيل حرصه على حماية حقوق المستهلكين في المجال البنكي وبالتحديد في مجال القروض البنكية بالهيئات والمؤسسات المخولة بالسهر على حقوق المستهلكين بصفة عامة، بل سعى الى خلق هيئات خاصة بالمجال البنكي، وفي مجال القرض البنكي بالتحديد تظهر الضرورة الملحة من اجل تنصيب إطار مؤسساتي فعال ومتماسك، اكثر من اي مجال آخر يهتم بوضع الخطوط العريضة لسياسة ناجحة لحماية المستهلك، والعمل على ترقية الاطار القانوني والتنظيمي لحماية المستهلك في مجال القروض البنكية، والسهر على تفعيل المقتضيات الحمائية للنصوص القانونية والتنظيمية، في سبيل الحفاظ على مصالح المستهلك المقترض والحيلولة دون ضياع حقوقه، وضمان التصدي لمختلف الممارسات غير المشروعة وذلك استجابة لعدة معطيات، يمكن تلخيصها على الخصوص في نقطتين.

الاولى هي وضعية المستهلك سواء المادية لتعلق القرض بسد حاجة استهلاكية والعناية الواجب ايلائها للحاجة الاستهلاكية، أو المعرفية نظرا للتفاوت المعرفي والخبراتي بين المستهلك وممتهني القروض، والثانية هي خطورة القروض البنكية وتأثيرها على التوازن المالي للمقترض.

ومن أبرز الهيئات التي تهتم بحماية المستهلك في مجال القروض البنكية نذكر أولا بنك الجزائر (اولا)، ونذكر ثانيا لجنة المديونية المفرطة (ثانيا).

أولا: بنك الجزائر

هو المؤسسة الاولى المسؤولة عن تنظيم النشاط البنكي في الدولة وضبطه بما يتماشى والقوانين السارية وكذا متطلبات السياسة الاقتصادية والاجتماعية للدولة[1]، ونستهل عرضنا لدور هذا الجهاز في توفير الحماية للمستهلك المقترض بنص المادة 35 من الامر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض التي جاء فيها " **تتمثل مهمة بنك الجزائر في ميادين النقد والقرض والصرف في توفير افضل الشروط والحفاظ عليها لنمو سريع للاقتصاد مع السهر على الاستقلال الداخلي والخارجي للنقد.**

ولهذا الغرض يكلف بتنظيم الحركية النقدية، ويوجه ويراقب بكل الوسائل الملائمة، توزيع القرض، ويسهر على حسن تسيير التعهدات المالية تجاه الخارج وضبط سوق الصرف"، ومن تم فتوزيع القرض وتوجيهه ورقابته يعد من اختصاص بنك الجزائر، ويتولى بنك الجزائر تحقيق هاته الاهداف بواسطة مؤسسات تقع تحت وصايته وتتمثل في مجلس النقد والقرض (1)، واللجنة المصرفية (2).

1) مجلس النقد والقرض:

يعرف باسم برلمان البنوك ويعد الهيئة التنظيمية المخولة بضبط وتنظيم القطاع البنكي بما يتناسب والقوانين والتشريعات السارية، ومنه يعتبر هيئة مكلفة بتطبيق سياسة المشرع في مجال حماية وترقية حقوق المستهلكين في المجال البنكي الذي يشكل محور دراستنا، وذلك ما أقرته صراحة المادة 62 الفقرة " ط" التي جاء فيها " **يخول المجلس صلاحيات بصفته سلطة نقدية في الميادين المتعلقة بما يأتي:**

ـ ط ـ حماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية لاسيما في مجال العمليات مع هؤلاء الزبائن".

[1]) في التشريع الفرنسي عزز المشرع الحماية المؤسساتية للمستهلك المقترض باللجنة الاستشارية للقطاع المالي التي نصت عليها المادة L.614-1 من القانون النقدي والمالي المضافة بالقانون رقم 1249/2010، المؤرخ في 22 اكتوبر 2010، المتعلق بالتنظيم البنكي والمالي، التي جاء فيها "**اللجنة مسؤولة عن مراقبة التغييرات في ممارسات مؤسسات الائتمان ومؤسسات الدفع من حيث تعريفات الخدمات المقدمة لعملائها من الأشخاص الطبيعيين الذين لا يعملون لتلبية الاحتياجات المهنية**".

كما يختص أيضا بحماية زبائن البنوك من المخاطر المحتملة للنشاط البنكي بصفة عامة ونشاط منح القروض بصفة خاصة، وذلك بسن قواعد رقابة الحذر[1]، ويقصد بها الرقابة التي تنصب على الخصوص بوضع المعايير والنسب الضرورية لتسيير هاته المخاطر ومحاولة التقليل من اخطارها لاسيما ما يتعلق بتغطية المخاطر وتوزيعها ونسب السيولة والملاءة، وذلك ما نصت عليه المادة 62 التي حددت صلاحيات المجلس بوصفه سلطة نقدية، حيث نصت الفقرة "ح" على " **ح - المقاييس والنسب التي تطبق على البنوك والمؤسسات المالية لاسيما فيما يخص تغطية المخاطر وتوزيعها والسيولة والقدرة على الوفاء والمخاطر بوجه عام**".

وإن كانت الحماية المعنية بهذه القواعد ليست موجهة بالدرجة الأولى للمستهلك أو الزبون البنكي، فهي موجهة لحماية النظام البنكي برمته نظرا للترابط الموجود بين مختلف العمليات البنكية[2]، ونظرا لدور الذي تلعبه البنوك في إدارة الاقتصاد الوطني، غير أنها توفر حماية للمستهلك من خلال حمايته من آثار المخاطر.

2) اللجنة المصرفية:

ان خصوصية وتعقد العمليات البنكية يميزها الطابع التقني من جهة، والطابع المهني من جهة أخرى، ذلك ما دفع الى ضرورة خلق هيئة أخرى لرقابة ومرافقة البنوك والمؤسسات المالية وضمان احترامها للنصوص القانونية والتنظيمية التي تحكم المهنة البنكية، وكذا احترام حقوق المستهلكين تتمثل في اللجنة المصرفية، وذلك الى جانب الهيئة الاولى المذكورة أعلاه والمتمثلة في مجلس النقد والقرض الذي اوكلت له المهمة التنظيمية.

---

[1]) في التشريع الفرنسي تتولى هاته الوظيفة حسب المادة3 II 1-612-L. من القانون النقدي والمالي سلطة رقابة الحذر، وهي المسؤولة عن التأكد من أن البنوك والمؤسسات المالية يمتثلون للقواعد التشريعية والتنظيمية، وكذا أحكام مدونات السلوك التي تهدف إلى ضمان حماية عملائهم، فضلاً عن التوصيات التي تقدمها، وكذلك مدى كفاية الوسائل والإجراءات التي يطبقونها لهذا الغرض.

[2]) فالمخاطر التي قد تنتج عن سوء توزيع القروض مثلا، تكون لها نتائج على باقي العمليات الاخرى على غرار عمليات الإيداع، لان الاموال التي يستخدمها البنك في منح القروض أموال لودائع الزبائن، وذلك ما قد يؤثر في النشاط البنكي ككل.

يلاحظ عدم نص المشرع على الدور المباشر للجنة المصرفية في حماية المستهلك، غير انه يمكن أن يستنتج ذلك بصفة غير مباشرة من العبارات الواردة في المادة 105 من الامر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض التي حددت اختصاصات اللجنة المصرفية بـ:

- تطلع بمراقبة احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها.
- تفحص شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية وتسهر على نوعية وضعياتها المالية.
- السهر على احترام قواعد حسن سير المهنة والمعاقبة على الإخلالات التي تتم معاينتها.

فالهدف من وراء حرص المشرع على سلامة ونوعية الوضعية المالية للبنوك هو الحرص على توفير حماية لزبائن البنك ومن بينهم مستهلكين من خلال ضمان تنفيذ البنوك لالتزاماتها اتجاههم، والهدف من وراء تفحص شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية من خلال الشروط المتعلقة بالدخول الى المهنة البنكية لاسيما شرط شكل الشركة وشرط الرأسمال الادنى، هي شروط وضعت خصيصا من اجل ضمان أمان العمليات البنكية وتقوية الثقة في النشاط البنكي لدى الزبائن.

كما ان عبارة قواعد سير المهنة تتسع لتشمل القواعد الحمائية المقررة لمصلحة المستهلك، كما تتأكد من احترامها للمعايير التي سنها مجلس النقد والقرض لاسيما المتعلقة برقابة الحذر وتسيير وادارة المخاطر البنكية، نسبة السيولة، وتسعير الفوائد وكل هاته المعايير وضعت حماية للمستهلكين بالدرجة الاولى.

ومن مظاهر الحماية الموجهة للمستهلكين أيضا إمكانية مسائلة الدولة عن اعمال اللجنة المصرفية إذا ما اخلت هاته الأخيرة بوظائفها الرقابية[1]، وذلك ما أقره القضاء الفرنسي حيث قضت مجلس الدولة أن توجيه الدعوى ضد الدولة أمر صائب بحجة انعدام الشخصية المعنوية للجنة المصرفية،

[1]) وهو الامر الذي لا يثير أي إشكال في التشريع الجزائري لاسيما عدم تمتع اللجنة بالشخصية المعنوية، والطبيعة الإدارية البحتة للجنة، عكس التشريع الفرنسي الذي يعتبرها حسب نص المادة L.613-23 من القانون النقدي والمالي هيئة إدارية حين تمارس الدور الرقابي، ويعتبرها هيئة قضائية حين تمارس الدور العقابي، وبالتالي فمسؤولية الدولة عن الاعمال القضائية تثير اشكالا كبيرا خاصة وان الوظيفة القضائية وجه من أوجه سيادة الدولة.

وممارسة اللجنة لمهام المرفق العام، الذي حدد طبيعة الخطأ المطلوب لإعمال مسؤولية الدولة عن سوء تأدية دورها الرقابي في مجال البنوك، وهو الخطأ الجسيم لهيئات الرقابة[1].

وعلى ذكر الحماية التي توفرها اللجنة المصرفية للمستهلكين، تجدر الإشادة بموقف المشرع المغربي الذي يمنح سلطات واسعة في مجال حماية حقوق المستهلك أو الزبون مقارنة بالمشرع الجزائري، وبصفة اكثر تدقيقا من خلال التدخل في العلاقات الثنائية بين البنوك وزبائنهم، فيعمل بالتشاور مع الجمعيات المهنية المنتمية للقطاع البنكي بشأن الاصلاحات والمسائل التي لها علاقة بالقطاع البنكي، كما أن قرار بنك المغرب بإخضاع مؤسسة بنكية لعقوبات تأديبية يأتي بعد اتباع واحترام مراحل في المراقبة تبدأ بالمساعدة والمعالجة للمؤسسات من اجل تطوير آلياتها بالشكل الذي ينسجم مع النصوص التشريعية والتنظيمية[2].

ومن مظاهر هاته المراقبة يتدخل بنك المغرب من خلال مراقبة مباشرة لمؤسسات الائتمان، فيفحص العقود المبرمة بين مؤسسات القرض وزبائنها، كما يفحص أيضا النماذج التي يتم وفقها اعداد العرض المسبق الضروري لعمليات القرض، والسعر الاقصى لفوائد التأخير التي يجب على المقترض دفعه في حالة التوقف عن الاداء، كما يطلع على مبلغ قيمة المصاريف المتعلقة بدراسة الملف التي يجوز للمقرض ان يطلبها من المقترض في حالة عدم ابرام العقد، ومبلغ التعويض عن الفوائد التي يحق للمقرض المطالبة بها في حالة التسديد المبكر[3].

---

[1]) CE 12 fevrier 1960 : « la responsabilité des services public chargés du contrôle des banques ne saurait être engagé à l'égard de clients de banques tombées en déconfiture qu'au cas où il serait établi que les dits services auraient commis un faute lourde »

نقلا عن منى بلطرش، مرجع سابق، ص 148.

[2]) المادة 33 من القانون رقم 31/08، متعلق بتدابير حماية المستهلك المغربي، مرجع سابق.

[3]) المسلومي منى، دور بنك المغرب في حماية مستهلك مؤسسات الائتمان، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، تنسيق محمد بوجنون وكريم الصبونجي، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مطبعة فارير سطات، 2020، ص 164.

في حين لم ينص التشريع الجزائري على إجراءات مماثلة، حيث تم النص فقط على وجوب توجيه تحذير أو اوامر لاستدراك الاختلالات، دون النص على امكانية الاتفاق مع البنك قبل توقيع اي عقوبة من أجل اصلاح الاختلالات المعاينة أو مرافقته[1].

ثانيا: لجنة المديونية المفرطة

هي لجنه تهتم بمعالجة حالات وقوع المقترض في صعوبات عند تسديد مستحقات قرضه نتيجة اختلال وضعيته المالية او نتيجة ابرام قروض لا تتماشى والوضعية المالية له، وبعبارة اخرى تعد وجها من اوجه التأطير المؤسساتي لمرحلة العجز عن الدفع، وتعلب دور الوسيط بين المستهلك المقترض والبنك المقرض من اجل الوصول الى حلول من اجل التقليل من تأثير المديونية المفرطة على المقترض، ومع الاسف لا يوجد مثل هاته اللجنة في التشريع الجزائري، لذلك سوف نتطرق اليها في التشريع الفرنسي[2].

حيث تساهم هذه اللجنة في وضع مخطط اتفاقي لإعادة الجدولة، وتتيح مجالا للمناقشة من أجل تنظيم وضعية الأقساط غير المدفوعة، وتعد الخطوة الأولى لهذه اللجنة في الوصول الى تنظيم الاتفاق[3]، وهذا ما يعد في مصلحة كل من البنك لأنه يساعده على التوصل الى حل من أجل تحصيل ديونه العالقة في ذمة المقترض، وكذا في مصلحة المقترض لأنه يساعده على التخلص من التزاماته العالقة بكيفية أقل إرهاقا وأكثر ضمانا، وعن مخرجات هذا الاتفاق فهي عديدة، فقد يسعى اما الى حذف أو تخفيض مبلغ الفوائد، أو استبدال الضمانات أو منح ضمانات جديدة، أو

---

[1]) أنظر المادة 114 من الامر رقم 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[2]) Art L.712-1, C. Conso, op.cit. « Les commissions de surendettement des particuliers ont pour mission de traiter, dans les conditions prévues par le présent livre, la situation de surendettement définie à l'article L. 711-1 »

[3]) Art L.712-2, IBID. « La demande de traitement de la situation de surendettement est portée devant la commission compétente qui peut, soit proposer ou imposer des mesures de traitement dans les conditions prévues au titre III, soit imposer un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou saisir, avec l'accord du débiteur, le juge des contentieux de la protection aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire dans les conditions prévues au titre IV ».

تخفيض مبلغ الدين، كما يمكن أن يتم ابرام تصرفات جديدة اذا لم يكن من شأنها أن تزيد الوضعية المالية سوءا وكان من شأنها أن تسهل ضمان وفاء المدين بالتزاماته[1].

اما عن الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق هل هو عقد أم إجراء قانوني، لم يتم النص رغم أهميته في تقدير إمكانية اللجوء الى القضاء من أجل تنفيذ الاتفاق المتوصل اليه من طرف اللجنة من عدمه، وما هو الجزاء المترتب عن الاخلال بهذا الاتفاق، ويزيد ذلك تعقيدا عبارة " إما اقتراح أو فرض اجراءات للمعالجة "soit proposer ou imposer des mesures de traitement " الواردة في المادة2-L.712 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي لم تفصل في طبيعة الحل التي تتقدم به اللجنة، هل هو اقتراح أم أمر مفروض، في حين كان المشرع يستخدم عبارة تنازلات متبادلة الواردة في المادة 6-L.331 من قانون الاستهلاك الفرنسي « concessions réciproques » التي كانت تدل على انه للطرفين حرية كاملة في الاتفاق على موضوع هذه التنازلات وقيمتها ومدتها، ما يوحي أنه عقد ومن تم لا يجوز اللجوء الى القضاء من أجل تنفيذه، غير ان الاشراف الذي يتم من طرف لجنة من القانون العام يدفع للشك أنه إجراء قانوني ومن تم يمكن اللجوء الى القضاء من أجل الحصول على الصيغة التنفيذية[2].

المطلب الثاني: الحماية القانونية لحقوق المستهلك في مجال القرض البنكي

بعد ان تطرقنا في المطلب الاول للحماية المؤسساتية للمصلحة الجماعية للمستهلكين في مجال القرض البنكي والتي عرجنا فيها على اهم الهيئات التي سخرها المشرع من اجل السهر على التطبيق الامثل للقواعد القانونية الحمائية للمستهلك المقترض، سنتطرق لفحوى هاته الحماية ومضمونها، والمتمثلة في مجموع النصوص التشريعية والتنظيمية التي تهتم بإرساء حدود حمائية وإقرار مبادئ عامة لضمان حد معين من الحماية يستفيد منه كافة المستهلكين في مجال القرض البنكي، وسنحاول التركيز على مجالين مهمين الأول هو مجال الشروط التعسفية(الفرع الاول)، والثاني هو مجال المديونية المفرطة (الفرع الثاني).

---

1) Eric Bertrand. Nemadeu Djuitchoko, op. cit, p.155.

2) Eric Bertrand. Nemadeu Djuitchoko, Ibid, p.163.

الفرع الأول: الحماية القانونية لحقوق المستهلك في مجال الشروط التعسفية:

يعد مجال الشروط التعسفية من اهم مجالات الحماية التي اولاها المشرع عناية خاصة، حيث لا يسعى المشرع في قانون الاستهلاك فقط الى ضمان سلامة الرضا وخلوه من العيوب وضمان الحرية التعاقدية خلافا للقانون المدني، ولكن يسعى الى ضمان حماية موضوعية لمحتوى هاته الارادة من خلال الاهتمام بما تنصب عليه هاته الارادة من اشتراطات عقدية، من خلال ضمان التوازن العقدي ومنع اي انحراف في استغلال المركز التعاقدي الذي قد يقدم عليه احد اطراف العقد، والذي يختلف من عقد لآخر ومن مجال لآخر، ويعد مجال القروض البنكية الذي يشكل محور دراستنا من بين المجالات التي يجب ان تحظى بالحماية ضد هاته الشروط، بمبررات كثرة وتعقد الاشتراطات وتقنية موضوع التعاقد واختلاف التفوق الاقتصادي والمعرفي بين طرفي العقد ولتوضيح ذلك نتطرق اولا الى مفهوم الشروط التعسفية (اولا)، ونتطرق ثانيا الى الإطار القانوني لمواجهة الشروط التعسفية (ثانيا).

أولا: مفهوم الشروط التعسفية

قد يتحدد الطابع التعسفي لشرط ما بالنظر اليه في حد ذاته منفردا، كما قد يتحدد بالنظر الى مجموع الشروط الاخرى في العقد مع الأخذ في الاعتبار التوازن العام للعقد، فشرط وضع على عاتق شخص واحد لا يعني بالضرورة انه تعسفي إذا كان يكافئ بشرط آخر يلغي عنه صفة التعسف واستغلال المركز التعاقدي، ويحدد كذلك الطابع التعسفي للقرض بالنظر الى الظروف التي تحيط بانعقاده، فالشرط التعسفي في عقد القرض الموجه للمستهلك قد تحيط به ظروف تختلف عن تلك المحيطة بالقروض الموجهة للمهنيين[1]، ولن تتسنى الإحاطة الشاملة والموضوعية لمفهوم الشروط التعسفية في المجال الاستهلاكي وفي مجال القروض الموجهة للمستهلكين على وجه الخصوص الا بالتطرق اولا الى المفهوم الفقهي للشروط التعسفية (1)، ثم التطرق ثانيا الى المفهوم التشريعي لها (2).

[1]) https:// www. Droit.univ-paris5.fr, consulté le 10/05/2020 a 10 :00

1) المفهوم الفقهي للشروط التعسفية :

وفيه نتطرق لمجموع الآراء التي جاء بها مختلف الدارسين والمهتمين بهذا المجال، كل حسب توجهاته وزاوية نظره، وهي على اختلافها، فإن تشابهت معظم التعاريف المقدمة واتجهت نحو مفهوم واحد، فإنها تختلف من حيث المعايير المستخدمة في تحديد الشرط التعسفي، فهناك من يرى ان الشرط التعسفي هو الشرط المخالف للمقتضيات التشريعية والتنظيمية، وهناك من يرى ان الشروط التعسفية هي طائفة مستقلة من الشروط تحدد على سبيل الحصر من طرف المشرع، كما تختلف كذلك من حيث نطاق هاته الشروط ما إذا كانت تشمل فقط عقود الإذعان أم تشمل كافة العقود الاستهلاكية، وهي الآراء التي سنقف عليها من خلال التطرق أولا الى التعريف الفقهي للشروط التعسفية (أ)، والتطرق ثانيا الى معايير تحديد الشروط التعسفية(ب)، والتطرق ثالثا الى اهم الاتجاهات الفقهية القائلة فيما يخص نطاق الشروط التعسفية (ج).

أ) التعريف الفقهي للشروط التعسفية:

نستهلها بتعريف الدكتور عبد المنعم موسى الذي عرف الشرط التعسفي بانه " **البند الذي يضعه المحترف في العقد الموقع بينه وبين غير المهني أو المستهلك اعتمادا من المحترف على سلطته الاقتصادية من اجل الحصول على منفعة من العقد أكثر مما يستحق**"[1]، كما عرفه الدكتور أحمد محمد الرفاعي أنه "**شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي الى حصوله على ميزة فاحشة**" [2]، كما يعرف أيضا أنه "**الشرط المعد سلفا من طرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة** "[3].

انطلاقا من هاته التعاريف يتكون الشرط التعسفي من عنصرين، عنصر التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من طرف المهني، من خلال الاحتكار الذي يمارسه بحيث يجعل المستهلك المقترض

[1]) عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك ـ دراسة مقارنة ـ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة2007، ص 453.

[2]) الرفاعي أحمد محمد، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1994، ص 215.

[3]) Calais Auloy, droit de la consommation, 3 eme, édition, Dalloz, 1992, p.134.

في مرتبة اقل منه، اما العنصر الثاني فهو المزية المفرطة التي يحصل عليها المهني، أي توفير مزايا مبالغ فيها للمهني على حساب المستهلك كيفما كان نوع هذه المزايا.

كما يختلف الشرط التعسفي وفق هاته التعريفات عن الشرط غير الشرعي[1]، في أنه شرط مشروع في الاصل لأنه لا يخالف اية قاعدة قانونية آمرة، غير انه ممنوع لاعتبارات اخرى تتعلق بالمحافظة على توازن العقد وتوفير الحماية لطرف ضعيف في العقد، في حين ان الشرط غير الشرعي هو شرط مخالف لقاعدة قانونية آمرة، كما يختلف أيضا من حيث الاشخاص، حيث يطبق الشرط التعسفي فقط في العقود بين المهنيين والمستهلكين في حين ان الشروط غير الشرعية تطبق على كل العقود.

ب) معايير تحديد الشروط التعسفية:

يقصد بها الجواب على التساؤل المتعلق بما هو المعيار المناسب لتحديد الشروط التعسفية، هل الشروط التعسفية هي الشروط المخالفة للمقتضيات التشريعية والقانونية، أم هي شروط مستقلة بذاتها تحدد على سبيل الحصر، وهل يتحقق الشرط التعسفي بالأخذ في الاعتبار مجموع توازن العقد، اي وفقا للتوازن العام للخدمات المتبادلة ولمبدأ حرية التعاقد، أم نأخذ في الاعتبار الشرط التعسفي منفردا كونه يخل بتوازن العقد.

قد أعتمد المعيار الاول، أي المعيار القائل بأن الشرط التعسفي هو الشرط المخالف للمقتضيات التشريعية والتنظيمية التوجيه الأوروبي لـ 05 أفريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، وهو ما نصت عليه المادة 01 من هذا التوجيه[2]، غير ان المادة 08 من

---

[1]) اساس هذا التفريق هو القانون في حد ذاته، حيث ميز القانون رقم 02/04 بين مصطلحي غير المشروع والتعسفي، حيث عنون الفصل الخامس بـ الممارسات التعاقدية التعسفية، وعنون الفصل الاول من الباب الثالث بالممارسات التجارية غير الشرعية.

[2]) Art 01 alinéa 02, Directive 93/13/CE, du 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOUE L95, du 21 avril 1993 : « les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les états ou la

ذات التوجيه اجازت للدول الأعضاء في الاتحاد الاوروبي أن تضع أحكام تفصيلية أخرى ذات مستوى حماية أكبر[1]، فحسب هذا التوجيه يتم تحديد الطابع التعسفي للشرط بالنظر لمدى مخالفته أو مطابقته مع النصوص التشريعية، فالقانون يمكن أن يضفي الشرعية على الشرط التعسفي ويعلق العمل بالشروط التعسفية عند إبرام العقد لصالح تطبيق القانون أو لصالح التنظيمات ويجد ذلك تبريره في هذه الحالة في فكرة تطبيق امتيازات السلطة العامة، وبالتالي فهذا التوجيه يفرز طائفتين من الشروط التعسفية شروط شرعية برخصة القانون وشروط غير شرعية[2].

ومن تم أصبح لا فائدة من تطبيق المعايير الموضوعية للشروط التعسفية، غير انه تجدر الإشارة الى ضرورة إيجاد تكامل بين فكرتين، هما فكرة توازن العقد وفكرة فعالية العقد، وبعبارة أخرى يمكن قبول اختلال التوازن العقدي في حالة احتفاظ العقد بفعاليته في مواجهة المستهلك، حيث توجد شروط تمنح امتياز للمهني لكن لا تؤثر على توازن العقد، ومن تم ينبغي للشرط التعسفي ألا يمس بفاعلية العقد تجاه المستهلك وبغض النظر عن مصدره ما إذا كان القانون أم العقد.

أما المعيار الثاني وهو معيار القوائم، وهو المعيار الذي يقوم على وضع قوائم مسبقة تعدد مجموع الشروط التي تعد تعسفية على سبيل الحصر، بغض النظر عن مدى ملائمتها لأي نص تشريعي او تنظيمي، ولقد أخذ به المشرع الجزائري، وذلك ضمن المادة 05 الوحيدة من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المدرجة ضمن الفصل الثاني منه تحت عنوان البنود التي تعتبر تعسفية.

---

communauté sont parties, notamment dans le domaine des transports ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive ».

[1]) Art 08, Directive 93/13/CE, IBID « Les états membres peuvent adapter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ».

[2]) Marie Claire, op.cit. p.165.

كما أخذ بهذا المعيار أيضا المشرع الفرنسي في المادة R.212-1 وR.212-2 من قانون الاستهلاك، غير أنه عمل عكس نظيره الجزائري على اعتماد قائمتين الأولى تسمى القائمة السوداء وهي قائمة الشروط الممنوعة وهي موضوعة بالنظر الى الآثار التي تنجم عنها على توازن العقد وتعتبر تعسفية بطريقة غير قابلة لإثبات العكس، والثانية هي القائمة الرمادية تحتوي على شروط يشتبه في انها تعسفية ويمكن أن يثبت عكسها من طرف المهني في حالة النزاع[1].

بالاعتماد على هذا المعيار يجب من اجل تحديد الطابع التعسفي لأي شرط، على القاضي اولا معاينة قائمة الشروط الرمادية وكذا السوداء وكذا آراء لجنة الشروط التعسفية، وكذا السوابق القضائية المتعلقة بالشروط المماثلة، كما أن إيراد هاته القوائم لا يقيد القاضي الذي يبقى حرا في تقدير الطابع التعسفي لأي شرط حتى لو لم يكن واردا ضمن القائمة السوداء والرمادية ويبقى لتقدير القاضي، كما تجدر الإشارة أنه حتى آراء لجنة الشروط التعسفية المذكورة اعلاه غير ملزمة للقاضي، وهو غير ملزم بالرجوع اليها واصدار قراره بالاستناد عليها، وإنما تعد فقط بالنسبة إليه مجرد رأي يمكنه الاستناد عليه من أجل اتخاذ القرار[2].

ج) الاتجاهات الفقهية حول نطاق الشروط التعسفية:

اختلفت نظرة الفقه الى الشروط التعسفية كل حسب الزاوية التي ينظر اليها منها، بين من يعتبرها بنود يضعها الطرف القوي في العقد بقصد الحصول على مزايا غير مبررة نتيجة ظروف التعاقد التي لا تتيح للطرف الآخر مناقشة بنود العقد، وبين من يرى انها بنود يسعى أحد اطراف العقد بإيرادها ان تجعله في مركز غير متكافئ مع الطرف الآخر بغض النظر عن طريقة ابرام العقد وما إذا كان قد تمت مناقشة بنوده بين اطراف العقد او لا، وبين من يرى ان عقود الاستهلاك هي المجال الخصب للشروط التعسفية والاجدر بالحماية ضدها، وسنحاول فيما يلي التطرق لأهم الاتجاهات القائلة بشأن هاته الشروط، بالتطرق لمفهوم الشروط التعسفية حسب الاتجاه القائل

1) Art R.212-1 et R.212-2, C. Conso, op.cit.

2) Art R.822-21 alinéa 03, IBID « l'avis ne lie pas le juge ».

بربطها بعقود الاذعان، ثم للاتجاه القائل بأنها نظام مستقل عن عقود الاذعان، ثم للاتجاه القائل بضرورة أذعنه عقود الاستهلاك.

- **<u>الاتجاه القائل بربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان:</u>**

يرى أصحاب هذا الرأي أن الشروط التعسفية مجدية فقط في مجال عقود الإذعان[1] ولا داعي لتعميمها على باقي عقود الاستهلاك، فالتعاقد عن طريق الاذعان يشكل فرصة مواتية لفرض الشروط التعسفية أكثر من أي عقد آخر، ومن تم فالشروط التعسفية لا تشمل بالضرورة عقود الاستهلاك بالرغم من التشابه الكبير بين عقود الاذعان وعقود الاستهلاك إذ في كلاهما يوجد طرف ضعيف وطرف قوي، كما انه بتحليل مصطلح التعسف يتضح انه سلوك يسلكه طرف قوي أو في وضع اقوى بفرض املاءات على طرف آخر بنية الاضرار به وذلك ما لا يتوافر في عقود المساومة، التي تشكل الجزء الأكبر من عقود الاستهلاك.

ولقد اخد بهذا الرأي المشرع الجزائري، حيث أقرت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، أن العقد بمفهوم هذا المرسوم هو العقد وفق مفهوم المادة 03 حالة 04 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي عرفته أنه" **كل اتفاق او اتفاقية تهدف الى بيع سلعة او تأدية خدمة حرر مسبقا من احد اطراف الاتفاق مع اذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه**".

ويعرف عقد الإذعان فقهيا أنه " **العقد الذي يتم تحديد محتواه التعاقدي كليا او جزئيا، بصفة مجردة وعامة قبل المرحلة التعاقدية**"، ومنه فالعقد المعني بالقانون رقم 02/04 هو عقد إذعان، ومنه فهو العقد المعني بالشروط التعسفية وفق المرسوم رقم 306/06، كما ان المشرع في المادة

[1]) تعرف عقود الإذعان أنها "عقود محررة انفراديا من طرف أحد أطراف العقد وليس امام الطرف الآخر الا الخضوع لها دون ان يكون له سلطة حقيقية في تعديلها"، العيطاوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة المجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2011/2010، ص 95.

02 من نفس المرسوم عرفت العناصر الأساسية للعقود التي يمكن ان تتوافر فيها بنود تعسفية انها العناصر التي يجب ادراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، ومن تم فالشروط التعسفية وفق هذا المرسوم تطبق في عقود الاذعان التي يكون المستهلك أحد اطرافها، دون العقود الاستهلاكية الاخرى التي لا تعتبر عقود إذعان ودون عقود الاذعان الأخرى التي لا تعتبر عقود استهلاكية.

من جهتنا نرى أن ربط المشرع الشروط التعسفية بعقود الإذعان يؤدي الى التضييق في مجال الحماية من الشروط التعسفية، كما يؤدي الى التضييق من السلطة التقديرية للقاضي ازاء الشروط التعسفية وعدم تعميمه على كافة العقود الاستهلاكية، كما يثور التساؤل فيما يخص هذا الرأي حول الحل الواجب اعتماده في العقود المختلطة اي اذعان ومساومة، فالرأي الراجح هو أنه اذا ورد الشرط التعسفي ضمن الشروط المحددة من طرف المهني ولا يقبل مناقشة فيها يبطل ويعتبر تعسفيا، واذا وقع ضمن الشروط التي وقع بشأنها التفاوض فهو لا يعتبر تعسفي، وذلك بالاعتماد على الطرح الذي جاء به المشرع الجزائري بالقانون رقم 02/04 الذي يكرس الاذعان كشرط لتطبيق الشروط التعسفية.

ـ <u>الاتجاه القائل بالشروط التعسفية نظام مستقل عن عقود الإذعان:</u>

يرى اصحاب هذا الاتجاه أن عقود الإذعان عكس الرأي الاول ليست هي بالضرورة التربة الخصبة للشروط التعسفية، وأن هاته الأخيرة يمكن أن تتحقق في عقود اخرى وتكون هاته العقود جديرة بالحماية ضدها، وذلك لعدة أسباب:

* ان غياب الشروط التعسفية لا يؤدي حتما الى وصف عقد ما بالإذعان، أي وصف الإذعان ووصف الشرط التعسفي لا ينطبقان بالضرورة، فقد يوجد عقد الإذعان بدون الشروط التعسفية والعكس صحيح، فإحتمالية توفر العقد على شروط تعسفية يحتمل توفره في كل العقود التي تبرم بين المهنيين والخواص، اي بين طرف قوي وطرف ضعيف، كما ان كل من الطرف الضعيف والطرف المذعن في نفس الحاجة الى الحماية، فالأول يمكن أن يتعرض الى استغلال نتيجة نقص

الخبرة والتجربة، والثاني يمكن ان يتعرض ايضا للاستغلال نتيجة حالة الاحتكار التي يكون عليها المتعاقد الآخر.

* ان انفراد الطرف القوي بإعداد مسبق للعقد بما فيه من شروط حتى ولو كانت ذات طابع تعسفي لا تستلزم بالضرورة أن العقد المراد ابرامه عقد اذعان[1]، وبالتالي فان ربط الشروط التعسفية بعقود الاذعان لا شك انه يؤدي بالقاضي الى رفض وجود الشروط التعسفية خارج هذا الصنف من العقود، حتى ولو كانت هذه الشروط فعلا هي شروط تعسفية وبذلك يعد هذا قيدا على السلطة التقديرية للقاضي.

ـ الاتجاه القائل بضرورة أدعنة عقود الاستهلاك:

هو الاتجاه الذي حاول توسيع عقود الاذعان بشكل قابل لاحتواء وصف عقود الاستهلاك حتى يمكن توفير حماية للمستهلك من الشروط التعسفية، لذلك يدعون الى توسيع معايير الاذعان وتخلوا عن المعيار الاقتصادي المتمثل في معيار التفاوت الاقتصادي ونادوا الى تبني معيار آخر أقل صلابة من معيار عقود الاذعان هو معيار انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد، وبذلك فمجرد املاء الطرف القوي لشروط لا نقاش فيها على الطرف الضعيف كافي لإضفاء وصف الاذعان على عقد ما[2].

من جهتنا نشيد بهذا الرأي ونرى أنه ينبغي على المشرع أن يعدل القانون رقم 02/04 والمرسوم رقم 306/06 ويمنع الشروط التعسفية في كل العقود التي يكون فيها اختلاف في القوة العقدية وليس في عقود الاذعان فقط، أو يوسع نطاق عقود الاذعان لتشمل العقود التي يكون فيها أحد الطرفين في مركز أقوى لوجود احتمالية أكبر للاذعان في إطار ما يسمى بأدعنة عقود الاستهلاك.

[1]) خليفة عرفة محمد، ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الادعان من اجل حماية واسعة للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، عدد04، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2017، ص 55.

[2]) خليفة عرفة محمد، مرجع سابق، ص 56.

2) المفهوم التشريعي للشروط التعسفية:

لم يتطرق القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لأي تعريف للشروط التعسفية، وهذا ما نعتبره قصورا من جهة المشرع نظرا للأهمية التي تحظى بها الشروط التعسفية في مجال حماية المستهلك، وكان أجدر به أن يضع على الاقل الخطوط العريضة لهذا الالتزام، كون الشروط التعسفية تدخل ضمن نطاق حماية المستهلك ليترك فيما بعد تفصيله للتنظيم.

ويمكن تفهم هذا التناسي باتباع المشرع لتقسيم أحكام حماية المستهلك بين القانون رقم 03/09 والقانون رقم 02/04 المتعلق بالشروط المطبقة على الممارسات التجارية، حيث ركز في الاول على الحماية التقنية والجسمية للمستهلك، وركز في الثاني على الحماية المادية للمستهلك، وتختلف المقاربة التشريعية للشروط التعسفية عن النظرة الفقهية من تشريع لآخر، ولذلك سنبحث الموقف التشريعي ومفهومه للشروط التعسفية في كل من التشريع الجزائري (أ)، والتشريع الفرنسي (ب).

أ) مفهوم الشروط التعسفية في التشريع الجزائري:

تعددت نظرة المشرع الجزائري ومعالجته لمفهوم الشروط التعسفية وذلك ما يتجلى من خلال عديد النصوص التي تطرقت لهذا الموضوع، ويرجع ذلك الى المجال المعني وتصور المشرع لمفهوم الشروط التعسفية في هذا المجال وليس الى وجود تعارض أو غموض في تفسير هاته النصوص، وتتمثل هاته النصوص خصوصا في القانون المدني، القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

ـ الشروط التعسفية وفق القانون المدني:

لا نجد للشروط التعسفية في القانون المدني تطبيقات متعددة، غير أنه أهتم بها حيث منح المشرع في المادة 110 منه للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية او اعفاء الطرف المذعن منها[1]، وذلك مالا

[1]) تنص المادة 110 من الأمر 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق على انه " إذا تم التعاقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

نجده في باقي العقود والتي تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[1]، كما تطرقت المادة 124 مكرر من القانون المدني الى المفهوم العام للتعسف في استعمال الحق وحددت حالاته على سبيل المثال، حيث جاء فيها " **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:**

ـ إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

ـ إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.

ـ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

وبذلك فلا يوجد ما يمنع من تطبيق نص المادة 124 مكرر من القانون المدني كونه النص العام للتعسف في استعمال الحق في مادة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك[2]، إذ أن الطرف القوي (المهني) يتعسف في استعمال حقه في التفاوض حول العقد ويهدف الى الحصول على فائدة غير مشروعة على حساب الطرف الضعيف، والذي قد يكون الضرر الذي قد يلحقه به أكبر من الفائدة التي جناها صاحب الحق وذلك بصفة غير مشروعة، ومنه اجتماع كافة صور الاستعمال التعسفي للحق التي تطرقت اليها المادة.

ـ الشروط التعسفية وفق القانون رقم 02/04:

عرفت المادة 03 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الشرط التعسفي انه" **كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط اخرى من شانه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد**"، يستحسن على المشرع الجزائري تركيزه على مسألة مهمة هي مساهمة الشرط في الاخلال بتوازن العقد سواء بمفرده أو بالاشتراك مع شرط أو أكثر من شروط العقد.

---

[1]) الذي نصت عليه المادة 106 من القانون المدني، مرجع سابق، حيث جاء فيها " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

[2]) فرغم أن هذه المادة وردت ضمن القسم الخاص بالمسؤولية عن الافعال الشخصية وليس ضمن أحكام المسؤولية العقدية غير انه يمكن تطبيقها على الشروط التعسفية لان ايرادها يكون في المرحلة قبل العقدية أي قبل نشوء العقد ولا يشكل اي صورة من صور الخطأ العقدي المتمثلة في عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه بشكل معيب، أي يخرج من نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية أجدر باحتضانه.

غير أنه يعاب عليه عدم توضيح الشخص المعني بالحماية ما إذا كان المستهلك أم أي متعاقد آخر عكس المشرع الفرنسي كما سيأتي بيانه، حيث جاءت صياغة النص بشكل عام، وما يزيد التأكيد على ذلك عدم ورود هذا التعريف ضمن قانون حماية المستهلك[1].

كما حدد القانون رقم 02/04 بعض البنود والشروط التعسفية في العقود ما بين المستهلك والبائع على سبيل المثال والتي تمنح المهني:

ـ أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

ـ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين يتعاقد هو بشروط يحققها متى اراد.

ـ امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

ـ التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاد قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

ـ إلزام المستهلك بتفسير التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

ـ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

ـ التفرد بتفسير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ الخدمة.

ـ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة[2].

هنا تجدر الإشادة بموقف للمشرع المغربي، حيث نقل عبئ إثبات عدم وجود شروط تعسفية الى المهني، حيث تنص المادة 18 من القانون رقم 31/08 المتعلق بحماية المستهلك في التشريع المغربي، على انه في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا يجب على المورد الادلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع[3]، كإمتلاك حق تعديل عناصر العقد

---

[1]) بوشارب إيمان، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، عدد 04، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص 104.

[2]) المادة 29 من القانون 02/04، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

[3]) المادة 18 من القانون 31/08، متعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك المغربي، مرجع سابق.

الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، عكس التشريع الجزائري الذي لا توجد فيه اي اشارة لتغيير أحكام الإثبات التي يعتبرها من قبيل النظام العام، والتي تخضع لمبدأ البينة على من أدعى كقاعدة عامة.

ـ الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي رقم 306/06:

لم يورد هذا المرسوم اي تعريف للشروط التعسفية، وقد يفهم من ذلك احالته الضمنية للتعريف الوارد في القانون رقم 02/04، كونه ورد ضمن المراجع المشار اليها في مقدمة هذا المرسوم كما أنه جاء تطبيقا للمادة 30 منه[1]، غير أنه أورد قائمة مطولة مدعمة لتلك الواردة في المادة 29 من القانون رقم 02/04 المذكور أعلاه، حدد من خلالها الشروط التي تعتبر تعسفية، والتي نجد أن العلة في ادراجها هو محاولة اعادة التوازن للعقد وليس حماية للطرف الضعيف، وانها شروط تكسب طابع الغش والتحايل وادراجها يشكل خطأ تقصيري ضمن مفهوم المادة 124 وليس خطأ عقدي لأن العقد لم يقم بعد، ومن قبيل هاته الشروط:

ـ تقليص العناصر الأساسية للعقود.

ـ الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك.

ـ عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.

ـ التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي او التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

ـ النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء الى اية وسيلة طعن ضده.

فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل ابرام العقد.

ـ الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الاخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون اعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

---

[1]) حيث نصت على انه " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

ـ تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

ـ فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

ـ الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والاتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون ان يمنحه نفس الحق.

ـ يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

ـ يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته[1].

ولقد جاء هذا المرسوم بتطبيقات إضافية للشروط التي تعتبر تعسفية، تختلف في أغلبها عن تلك التي جاء بها القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهذا ما يعد بلا شك تدعيما تشريعيا لحماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية، غير اننا نرى أن وضع معايير الشروط التعسفية عن طريق مرسوم يعد تضييقا لنشاط لجنة الشروط التعسفية، وكان من الافضل لو ترك لها المجال لمواجهة اي شرط قد تراه تعسفيا هذا من جهة، ومن جهة اخرى الشرط التعسفي قد لا يكون كذلك بالضرورة، أي لا يقود حتما الى النتائج التي تدخل المشرع من اجلها لاعتباره تعسفيا وهي حماية المستهلك وحماية توازن العقد، الا بعد اقترانه بظروف معينة وبشروط معينة[2].

ب) مفهوم الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي:

عرفه المشرع الفرنسي الشروط التعسفية في المادة L212-1 من قانون الاستهلاك حيث نص انها تعد تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين او المستهلكين الشروط التي تهدف وتؤثر في

[1]) المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق.

[2]) خاصة وان المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المذكورة أعلاه حددت هاته البنود على سبيل الحصر لا المثال، وذلك ما يفهم من **عبارة " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:**" الواردة في مقدمة المادة.

خلق لدى غير المهني او المستهلك اختلالا كبيرا في التوازن بين حقوق او التزامات أطراف العقد[1]، وهو تعريف مشابه لذلك الذي جاء به التوجيه الاوروبي رقم 13/93 المؤرخ في 05 أفريل 1993 المذكور سابقا، حيث عرفها انها البنود في العقد التي لم تكن موضوعًا للتفاوض الفردي، وتعتبر تعسفية على الرغم من شرط حسن النية، فإنها تخلق على حساب المستهلك اختلالًا كبيرًا في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن العقد[2].

وما يستحسن على التوجيه الاوروبي مقارنة بالتشريع الفرنسي هو اضافته لمعيار شكلي جديد للشرط التعسفي هو معيار "عدم المناقشة" فأي شرط لا تتم مناقشته يعتبر تعسفي وفق التوجيه الاوروبي، في حين لا يعتبر كذلك في التشريع الفرنسي الا اذا ادى الى اخلال واضح بين حقوق والتزامات الاطراف[3]، وكذا تأكيده على وجوب مراعاة حسن النية، غير أنه يمكن ارجاع عدم استعمال المشرع الفرنسي لهذه العبارة الى ان حسن النية هو شرط في التعاقد بصفة عامة ولا داعي للتأكيد عليه[4]، وما يدل على اعتداد المشرع الفرنسي بنية الاطراف في النص ذاته المعرف للشروط التعسفية هو عبارة "

---

[1]) Art L.212-1, C. Cons, « **dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnelles, ou consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnelle ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et obligation des parties au contrat** ».

[2]) Art 03 Directive Européenne de 05 avril 1993, op.cit. « **une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligation des parties découlant du contrat** ».

[3]) غير ان التساؤل المطروح هو هل يؤدي الشرط الذي لم تتم مناقشته بالضرورة الى الاخلال بهذا التوازن، اذا كانت الاجابة بنعم فالتشريعين متطابقين، غير أنه ليس بالضرورة أن يكون كذلك فقد يكون الشرط وضع بالإرادة المنفردة للمهني ولا يخل باي توازن في الحقوق والالتزامات.

[4]) بوشارب ايمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص قانون العقود المدنية، السنة الجامعية 2012/2011، ص 55.

الذي يهدف أو يؤثر"، فمصطلح يؤثر يعني أن يحدث الشرط نتائج ملموسة، في حين ان مصطلح " يهدف" ليس له هذا الأثر بالضرورة سوى في اعتقاد أو مخيلة واضعه[1].

وحدد المشرع الفرنسي شرطا آخر من الشروط التي تعتبر تعسفية، وهو الشرط الذي يتمثل هدفه أو تأثيره في قمع أو إعاقة ممارسة إجراءات رفع الدعاوى امام المحاكم أو الطعن فيها، ولا سيما من خلال إلزام المستهلك باللجوء حصريًا إلى محكمة تحكيم غير نظامية أو غير خاضعة للمقتضيات القانونية، أو اللجوء إجباريا الى طريقة بديلة لتسوية المنازعات، [2] وهو حكم غير موجود في التشريع الجزائري.

ثانيا: الإطار القانوني لمواجهة الشروط التعسفية في مجال القرض البنكي

لم يكن باستطاعة المشرع غض الطرف عن مشكل الشروط التعسفية في المجال البنكي، فرغم عديد المحاولات التي صدرت منه من أجل التصدي لها عن طريق وضع نظام قانوني محكم لمحاربتها ينطلق من محاولة تحديدها وحصرها، وتحديد المعايير التي وفقها يعتبر الشرط تعسفيا، غير أن خصوصية النشاط البنكي وبالتحديد عقد القرض البنكي قد يكون لها قول آخر فيما يخص اهمية هاته الشروط وتأثيرها وإجراءات التصدي لها، وذلك ما سنحاول التركيز عليه في هذا العنوان، فنتطرق أولا الى تطبيقات الشروط التعسفية في مجال القرض البنكي (1)، ونتطرق ثانيا الى سبل مكافحتها (2).

---

[1]) Art L212-1, alinéa 01, c. conso, op. cit : « ….qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non professionnel …… ».

[2]) Art R.212-2 .10, C. Conso, op. cit « Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges », et Art L.612-4, C. Conso « est interdit toute clause ou convention obligeant le consommateur en cas de litige à recourir obligatoirement a une médiation avant la saisine de juge est présumée abusive. Sauf au professionnel a rapporté la preuve contraire ».

1) تطبيقات الشروط التعسفية في مجال القروض البنكية:

نستهلها بعرض مختلف صور الشروط التعسفية التي جاء بها المشرع على سبيل المثال ومحاولة إسقاطها على مجال القروض البنكية، وأخيرا تقديم أمثلة قضائية عن هاته الشروط في مجال القرض البنكي، فنذكر أولا الشروط التي تمنح للمهني امتيازات منفردة (أ)، ونذكر ثانيا الشروط ذات التنفيذ الاختياري من طرف البنك (ب)، ونذكر ثالثا الشرط الجزائي التعسفي (ج).

أ) البنود التي تمنح للمهني امتيازات منفردة:

لهاته الصورة عدة تطبيقات في القانون رقم 02/04 المتعلق بالشروط المطبقة على الممارسات التجارية، وسنحاول حصر بعضها وتطبيقاتها في مجال القرض البنكي، فنتطرق أولا الى احتفاظ البنك بحق تعديل عناصر العقد بإرادة منفردة، ونتطرق ثانيا الى أخذ البنك لحقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات مماثلة للمقترض.

- **احتفاظ البنك بحق تعديل عناصر العقد بإرادة منفردة:**

فأي انفراد للبنك بحق تعديل بنود وعناصر العقد الأساسية دون موافقة المقترض يعتبر شرطا تعسفيا، كالاحتفاظ بحق تغيير معدلات الفائدة أو كيفية تسديد الأقساط ومدتها وغيرها من الشروط، غير انه تجدر الإشارة ان المشرع اعتبر الاحتفاظ بالحق في التعديل للمهني تعسفيا فقط فيما يخص العناصر الأساسية للعقد[1] دون باقي البنود، التي وإن كانت غير أساسية غير أنه يمكن للانفراد بتغييرها ان يلحق ضررا بالمستهلك، لذلك من الأحسن لو عمم المشرع الشروط والبنود التي لا يجوز الانفراد بتعديلها لكافة شروط وبنود العقد.

في ذات السياق اقرت محكمة النقض الفرنسية ايضا ان الشرط الذي يعلق تسديد القرض على تطور سعر الصرف لا يعتبر شرطا تعسفيا بحسب الاصل متى كان واضحا ومقروءا وحدد بدقة طريقة التسديد في كلتا فرضيتي ارتفاع وانخفاض هذا السعر[2]، وبمفهوم المخالفة يعد احتفاظا

[1]) محددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق.

[2]) Cass. Civ. 1er, N° 17 -26912, du 27 mars 2019. : « la clause d'indexation du prêt sur l'évolution du taux de change franc suisse/ euro rédigée de façon claire et compréhensible

للبنك بحقه في تعديل العقد بإرادته المنفردة عدم تحديده لكيفية التسديد ومن تم يعد شرطا تعسفيا، كما ان ادراج البنك سعر الصرف بين عملتين معروف عنهما عدم الاستقرار يمكن اعتبار هذا الشرط تعسفيا نظرا لنشاط البنك الذي يفرض عليه دراية كافية بسعر الصرف ومن تم فهذا استغلال لموقعه في العقد كطرف قوي والحاق الضرر بالمقترض.

غير أنه يثار التساؤل فيما يخص عقود الاذعان التي ينفرد فيها المهني بوضع شروط العقد وما على المستهلك الا الرفض او القبول، حول مدى اعتبار حق المهني بتعديل خصائص العقد وشروطه بعد ابرام العقد امتدادا لحقه بالانفراد بوضع هاته الشروط ومدى امكانية اسقاط ذلك على البنك؟ يمكن قبول ذلك بشرط ان يتم مسبقا مع المستهلك مع الاتفاق على البنود محل التعديل وعن كيفية التعديل وإلا عد ذلك مساسا بالقوة الالزامية للعقد، فالبنك على سبيل المثال يمكنه الاتفاق مع المقترض على تغيير معدلات الفائدة بشرط تحديد شروط وكيفية ذلك عند ابرام العقد[1].

- **<u>أخذ البنك لحقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات مماثلة للمقترض:</u>**

هي الصورة التي يحتفظ البنك فيها بامتيازات غير مبررة بالقواعد التشريعية والتنظيمية التي تنظم عملية منح القروض، وغير مبررة كذلك بأي إجراء من الإجراءات الاحترازية، أو غير متناسبة مع ما تقتضيه قواعد التعامل النزيه وفي نفس الوقت لا يوجد امتياز مقابل له معترف به للمقترض، ومن امثلتها منح البنك لنفسه حق فسخ العقد بصفة مطلقة في حالة توقف المقترض عن دفع قسط

---

en expliquant aux emprunteurs, avec l'usage de caractère gras, les conséquences de deux hypothèses dévolution, de la parité des monnaies sur le remboursement du prêt n'est pas abusive » disponible sur le site www.clause –abusives. Fr.

[1]) لكن يبقى التساؤل مطروحا فيما يخص عقود الاستهلاك الاخرى فلا يمكن للمهني حجز حقه في تعديل العقد بإرادته المنفردة لأنه لم يكن يملك هذا الحق عند ابرام العقد، وانما يجب ان يتفاوض مع المستهلك على اي تعديل، ومن تم يمكن القول مرة اخرى ان فكرة حصر الشروط التعسفية على عقود الاذعان غير سديدة لأنها غير فعالة ويمكن الالتفاف عليها بمجرد اتفاق مسبق على حق المهني في تعديل العقد بعد ابرامه.

معين لأسباب خارجة عن نطاق المقترض أو خارج التزاماته الاساسية، او الفسخ الذي يرد بناء على معلومات ليس من طبيعتها ان توضح للبنك اي دلالة على خطر عجز المقترض[1].

كما يعتبر الشرط الذي يمنح للبنك حق وقف تسهيلات الصندوق دون تسبيب هو شرط تعسفي، لأنه يمنح للمهني امتياز غير مبرر على حساب المستهلك، وفي نفس الاتجاه حكمت لجنة الشروط التعسفية بالطابع التعسفي للشرط الذي يسمح للبنك بنشر معطيات الزبون دون تحديد هذه الامكانية على الأشخاص الذين يعد تدخلهم ضروريا لإنجاز العمليات الموكلة ودون اشتراط اجراءات الحفاظ على الخصوصية، أو منح معلومات لأشخاص ليس لهم اي دور في انجاز العمليات البنكية[2].

في قرار آخر اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ان شرط التعويض المسبق للقرض في حالة تقديم المقترض معلومات غير صحيحة كذلك غير تعسفي، فالمحكمة تنظر الى ظروف العقد ككل وكذلك الى النتيجة التي قد يؤدي اليها هذا الشرط وتأثيرها على المقترض[3].

ب) الشروط ذات التنفيذ الاختياري من طرف البنك:

هي الشروط التي تمنح للبنك حرية تنفيذ التزام من عدمه، وكذا حرية وضع الشروط التي ينفذ وفقها التزام ما، ونصت عليها المادة 29 فقرة 02 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالشروط

---

1) Hammoud May, op.cit. p.292.

2) www.clauses- abusives.fr, consulté le 11 /08/2021 a 15 :00.

3) Cass. Civ. 1er, N° 17-22581, du 09 janvier 2019, www.légifrance.fr « l'arrêt relève que la stipulation critiquée limite la faculté de prononcer l'exigibilité immédiate et de plein droit du prêt aux seuls cas de fourniture de renseignements inexacts portant sur des éléments déterminants du consentement du prêteur dans l'octroi du prêt ; qu'il retient que cette faculté ne prive en rien l'emprunteur de recourir à un juge pour contester l'application qui serait faite de la clause à son égard ; … que la clause litigieuse, qui sanctionne l'obligation de contracter de bonne foi, existante au moment de la souscription du prêt, ne crée pas un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties et ne revêt pas un caractère abusif ;… »

المطبقة على الممارسات التجارية التي جاء فيها " **تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الاخير:**

2ـ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد".

تعتبر الشروط الاختيارية الشروط التي يتعلق تنفيذها بإرادة احد الاطراف، ولها تطبيقات في القواعد العامة أيضا حيث يعتبر الشرط الواقف معدوما إذا تم تعليقه على محض ارادة الملتزم[1]، فهذا الشرط يجب أن يتعلق تنفيذه بواقعة اجنبية عن ارادة الاطراف، ويكمن السبب في منع الشروط الاختيارية في أنها تضعف توازن العقد لأنها تشكل تهديدا لما يتوقعه المستهلك ويسعى الى تحقيقه.

ومن بين ابرز صور هاته الشروط انفراد البنك بتحديد مصطلحات العقد، أو الانفراد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاد قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، فلا يجوز له ايراد معلومات تكميلية حول تفسير شرط معين وانما التفسير الاصلح للمستهلك هو الذي يطبق[2].

كما يعتبر أيضا شرطا تعسفيا الشرط الذي يمنح للبنك حرية تحديد كيفية احتساب مبلغ الفوائد او كيفية تسديد الأقساط، او حرية تحديد مبلغ تعويض معين كالتعويض عن الدفع المسبق للقرض، أو التعويض عن التأخر في تسديد بعض الاقساط، في حين لا يعد شرطا تعسفيا سماح البنك لنفسه بحرية تقدير تقرير ما إذا كان سيوقف العلاقات مع عميله ام لا في حالة خرق هذا الاخير

---

[1]) حيث تنص المادة 205 من الأمر 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق على انه " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم".

[2]) حيث تنص المادة 112 من الأمر 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق على انه " يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير انه لا يجوز ان يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

لالتزاماته[1]، لان هذا لا يلحق اي ضرر للعميل من جهة ويدخل ضمن نطاق الحرية التعاقدية ويقرره وفق تقديره لنجاح العقد ولجدارة الزبون بالثقة من عدمه.

ج) الشرط الجزائي التعسفي:

يمكن تعريف الشرط الجزائي في المجال البنكي أنه " **تعويض محدد مسبقا بموجب العقد يقدر بواسطة البنك قيمة الضرر الذي قد يلحقه نتيجة عدم تنفيذ الزبون لالتزاماته أو نتيجة التأخير في دفع المستحقات التي عليه**"[2]، ويمكن تحديده إما بموجب العقد الاصلي أو بموجب اتفاق لاحق[3].

فلا يعتبر الشرط الجزائي تعسفيا عندما يمنح حق فسخ العقد بصفة مطلقة في حالة توقف المقترض عن دفع قسط معين، أو في حالة وفاته، لكن هذا الشرط يعتبر تعسفيا فيما يخص باقي اسباب حل العقد إذا كانت هذه الاسباب خارجة عن نطاق المقترض أو خارج التزاماته الاساسية، أو الحل الذي يأتي بناء على معلومات ليس من طبيعتها أن توضح للمقرض اي شيء حول خطر عجز المقترض[4].

ويعد الشرط الجزائي في المجال البنكي تعسفيا إذا انفرد البنك بتحديد مبلغه او يحتفظ لنفسه بالحق في تحديده، أو تعديله، او الانفراد بتحديد شروط اعماله او استحقاقه واي الحالات التي يجوز تقديمه فيها (شروط الخطأ والضرر الذي يرتكبه الطرفين) [5]، كما يعتبر الشرط الجزائي تعسفيا

---

1) www.clauses-abusives.fr, op. cit.

2) زرواق عائشة، حماية زبناء البنك في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019/2018، ص 211.

3) حيث نصت المادة 183 من الأمر 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق على انه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق".

4) Hammoud May, op.cit. p.292.

5) أقر المشرع المغربي مبدا المراجعة القضائية للشرط الجزائي ليعترف بعد ذلك للقاضي بإمكانية الغاء الشرط الجزائي التعسفي إذا كان من شأن هذا الشرط الاخلال بالتوازن العقدي حتى لا يزيغ الشرط الجزائي عن وظيفته الاساسية والتي تكمن في تامين تنفيذ الالتزامات التعاقدية وتقدير التعويض الناتج عن الاخلال بهذه الالتزامات الى وسيلة للاستغلال والاثراء على حساب الغير دون وجه حق وحتى لا يستعمل المهني الشرط الجزائي كأداة للتهديد والاكراه.

إذا وضع فقط في مصلحة البنك اي يطبق في حالة صدور خطا من المقترض ولا يطبق في الحالة المعاكسة اي في حالة خطأ البنك.

2) سبل مكافحة الشروط التعسفية في القروض البنكية:

تتعدد الوسائل التي تدخل بموجبها المشرع من أجل وضع حد للشروط التعسفية او على الأقل التقليل منها نظرا لتأثيراتها الكبيرة على حقوق المستهلك المقترض، ومن بين أوجه هذا التدخل نذكر وسيلتين الاولى وقائية وتتمثل في الدور الذي تلعبه القواعد العامة والقواعد المكملة كوسيلة لمحاربة الشروط التعسفية (أ)، والثانية علاجية وتتمثل في الجزاء المترتب على الشروط التعسفية (ب).

أ) القواعد العامة والقواعد التكميلية للإرادة كوسيلة لمحاربة الشروط التعسفية:

القواعد المكملة للإرادة هي مجموعة القواعد القانونية التي يتيح المشرع امكانية مخالفتها وهناك تنازع حول وظيفة القواعد المكملة بين من يرى ان الغاية من وضعها هي عدم رغبة المشرع في التدخل واحترام ارادة الاطراف بعدم التدخل الا للضرورة، وبين من يرى انها وضعت خصيصا لحماية ارادة الاطراف وهي مستوحاة من قواعد عليا ومثلى، وهي بذلك وسيلة بديلة عن سكوت الأطراف وترجمة لإرادتهم الضمنية، وهي عبارة عن حل مؤقت لعدم وجود اتفاق أفضل[1].

وفي مجال الشروط التعسفية يمكن لهاته القواعد ان تلعب دورا فعالا في التقليل منها فحتى وان كان يجوز الاتفاق على مخالفتها الا انها تشكل في حالة سكوت الأطراف حلا بديلا لعدم انفراد الطرف الاقوى في العقد بتحديد الاحكام التي ستطبق والتي قد تحتوي على شروط تعسفية، اي تحل محل ارادة الاطراف، بالإضافة الى اعتبار الحكم الذي جاءت به القاعدة المكملة يشكل نظرة عادلة للقانون وتقاس على اساس الراي المشترك للجمهور لذلك تشكل المرجع في قياس الشروط التعسفية.

كما تساهم الشكلية ايضا في التقليل من الشروط التعسفية، ويقصد بها مجموع الترتيبات والإجراءات التي ينبغي لأي تصرف ان يمر بها تحت طائلة عدم نفاده، ومثالها البيانات الالزامية

1) Marie Claire, op.cit. p.238.

فتوجد عقود تفرض معلومات الزامية مثل عقود التامين وعقود القرض البنكي لاسيما عن طريق العرض المسبق للقرض[1]، وهي آلية تساهم في الحماية ضد الشروط التعسفية، عن طريق القضاء على تحكمية المهني في تحديد هاته المعلومات او الشروط بصفة منفردة بعد ابرام العقد.

كما يمكن لنظرية عيوب الرضا ان تكون اسلوبا فعالا كذلك لمحاربة الشروط التعسفية، الذي له فرصة طلب ابطال العقد اذا شاب ارادته إحدى هاته العيوب[2]، كأن يقع في غلط حول تصوره لأحدى الشروط التعاقدية أو تعرضه لإكراه أو تدليس من طرف المهني، غير انها قد لا تكون بالضرورة في مصلحة المستهلك، الذي عادة ما يرغب في استمرار العقد وليس ابطاله، ومنه فطلب الابطال كونه الحل الوحيد الذي تتيحه له احكام عيوب الرضا قد لا يكون في مصلحته الا إذا كان واردا على جزء جوهري في العقد

ولن يكون فعالا إلا إذا كان يتيح حلولا أخرى كإبطال الشرط والابقاء على العقد[3].

كما تجدر الإشارة الى ان تطور مفهوم الضرر ساعد على محاربة الشروط التعسفية عن طريق القضاء كالخطأ بدون ضرر (le dol sans erreur)، ضرر الاحتيال (le dol incident)، الضرر عن طريق الإخفاء (le dol par réticence)، ومنه فتوسيع نطاق الضرر يوسع من سبل محاربة الشروط التعسفية، من خلال توسيع نطاق مسؤولية البنك[4].

كما يمكن أيضا لبعض النظريات التي تكرسها القواعد العامة للقانون أن تساهم في محاربة الشروط التعسفية عن طريق المبادئ العامة للقانون التي تقرها ونذكر منها:

---

[1]) وتسهل في ذلك تقنية النمذجة التي تفرض على الأطراف افراغ محتوى العقد في نموذج معين يضم البيانات الضرورية حتى لا يمكن للمهني إضافة او التغاضي على معلومات معينة، دون انكار امكانية تضييق هاته التقنية على مبدأ الحرية التعاقدية.

[2]) نصت عليها المواد من 81 الى 91 من الامر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني وتتمثل في الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال.

[3]) Héléne Bricks, Les clauses abusives, Faculté de droit, université Laval, 1986, P.714. disponible Sur le site : https//www.érudit. ORG/fr. consulté le 02/03/ 2020 a 20 :00.

[4]) Héléne Bricks, Ibid. p.715.

* نظرية الإثراء غير المشروع: التي تلزم أيا كان تحصل على ربح غير مبرر او غير مشروع بتعويض من وقع الإثراء على حسابه، ومن تم يلزم المهني الذي اورد شروطا تعسفية ادت الى اثراءه بلا سبب على حساب المستهلك بتعويض هذا الاخير.

* نظرية التعسف في استعمال القانون: او التعسف في استعمال الحق الذي نصت عليه المادة 124 مكرر من القانون المدني، أي استعمال الحق أو القانون بغرض الإضرار بالغير أو الحصول على فائدة غير مشروعة، ومن تم يمكن ان تكون هذه النظرية أساسا لمحاربة الشروط التعسفية إذا ما سعى المهني الى التعسف في استعمال حقوقه وأدرج شروط تلحق ضررا بالمستهلك أكبر من الفائدة التي يجنيها هو.

* نظرية تفسير الشك الغامض لمصلحة المدين: حيث نصت المادة 112 فقرة 01 من القانون المدني على ان " **يؤول الشك في مصلحة المدين**"، وبذلك سد المشرع الطريق امام المهني من اجل التفرد في تفسير بعض شروط العقد وهو ما يشكل أحد صور الشرط التعسفي.

ب) الجزاء المترتب عن الشروط التعسفية:

سنحاول التركيز في هذه النقطة على بحث طبيعة الجزاء الذي كرسه المشرع والمصلحة المراد حمايتها هل المستهلك، أم السوق أم توجد مصالح أخرى، حيث فضل المشرع الجزائري تطبيق الجزاء الجنائي عن الجزاء المدني، غير ان هذا قد يطرح اشكال يتعلق بمدى جواز تطبيق جزاء جنائي في معاملة عقدية، وهو ما يعد أمرا غريبا عن علاقات القانون الخاص، فما الحاجة للقمع عن خطأ ناتج عن عملية عقدية، في هذا الصدد تنص المادة 38 من القانون رقم 02/04 متعلق بالممارسات التجارية على انه " **تعتبر ممارسة تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26، 27، 28، 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين الف دينار 50000 دج الى خمسة ملايين دينار 000 000 5 دج** ".

غير ان هذا الجزاء يدفع الى القول ان المشرع يهدف من وراء منع الشروط التعسفية الى حماية السوق اكثر مما يهدف الى حماية المستهلك رغم انه يستفيد من ذلك بطريقة غير مباشرة، فمنع المهني من ادراج شروط تعسفية نتيجة تعريضه للعقوبة يجعل المستهلك في منأى منها، وما يؤكد نية المشرع الى

اعتبار منع الشروط التعسفية حماية للسوق، ورود الممارسات التعاقدية التعسفية ضمن الفصل الخامس من الباب الثالث المعنون بـ نزاهة الممارسات التجارية[1].

كما أورد المشرع ايضا جزاءا مدنيا هو السماح للقاضي بالمساس بالقوة الالزامية للعقد والغاء الشروط التعسفية، وذلك في المادة 110 من قانون مدني التي جاء فيها " **إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**"، والتي وان كان تطبيق هذا الجزاء قد تم حصره فقط في عقود الإذعان وأن العقود الاستهلاكية لا تنحصر فقط في هاته الطائفة، إلا أنه يمكنه ان يكون جزاءا فعالا في التقليل من الشروط التعسفية.

الفرع الثاني: الحماية القانونية لحقوق المستهلك في مجال المديونية المفرطة

يقصد بالمديونية المفرطة حالة التدين التي يكون فيها المقترض غير قادر على مواجهة ديونه على المدى القريب والمتوسط ويكون في حالة توقف عن تسديدها مقارنة بين مداخيله المحققة سواء الحالية أو المستقبلية، وبعبارة أخرى اختلال فادح بين مداخيل المقترض واعباءه تجعله غير قادر على مواجهة الاعباء الناتجة عن القرض الممنوح له، وترجع مسببات ذلك الى عدة عوامل فقد يكون المقترض هو المتسبب فيها، كما قد يكون البنك هو المتسبب نتيجة منح قرض دون التأكد من ملاءة المقترض أو دون توفر الضمانات الكافية، أو حتى تعمد منح القرض رغم وجود مؤشرات عدم القدرة على التعويض.

وعن آثار هاته الوضعية يمكن القول أن لها تأثيرات على عدة مستويات إذ تلحق بالمقترض نفسه من خلال تأثر وضعيته الاجتماعية والاقتصادية بالإضافة الى تعرضه للمطالبات القضائية، كما تلحق كذلك آثار سلبية بالبنك فيمكن لتوالي الإخفاقات في التسديد أن يعرض التوازن المالي للبنك للخطر، وأمام هاته الخطورة كان حريا بالمشرع التدخل من اجل تدارك الوضع والإبقاء عليه ضمن الحدود المعقولة سواء على المستوى الوقائي او العلاجي، ومن اجل الإحاطة الشاملة بذلك نتطرق

[1]) زوبة سميرة، الاحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017/2016، ص 147.

اولا الى الاطار العام للمديونية المفرطة (اولا) ونتطرق ثانيا الى إجراءات الحماية ضد المديونية المفرطة (ثانيا).

اولا: الإطار العام للحماية ضد المديونية المفرطة في مجال القرض البنكي

يقصد بالإطار العام للحماية ضد المديونية المفرطة مجموع الأحكام التي تحدد ذاتيتها وتميزها عن غيرها من الإجراءات ومجموع المفاهيم والمصطلحات التقنية التي تحددها ومجموع الاحكام والمبادئ التي تنظمها سواء من حيث نشوئها او من حيث مكافحتها، وذلك ما سنتطرق له من خلال التطرق اولا الى تعريف المديونية المفرطة (1)، ثم التطرق ثانيا الى أسبابها (2).

1) تعريف المديونية المفرطة:

يمكن تعريف المديونة المفرطة انها " **وضعية الشخص الذي لا يمكنه مواجهة فواتيره، اقساط قروضه، ومجموع ديونه، وتكون مجموع مداخيله غير كافية لتغطية ديونه، وتتفاقم وضعيته المالية عند استمرار هذه الصعوبات**"[1]، اما على المستوى التشريعي فلم يورد لها المشرع الجزائري تعريفا محددا عكس المشرع الفرنسي الذي عرفها في المادة 01 من قانون 31 ديسمبر 1989 بأن المديونية المفرطة هي " **الوضعية التي توصف بالاستحالة الواضحة للمدين حسن النية في مواجهة مجموع ديونه غير المهنية الحالة والمستحقة**"[2].

غير اننا نتساءل ما هي الفائدة من شرط "ديونه غير المهنية" الذي ورد في هاته المادة بما ان الذمة المالية للشخص واحدة والمبدأ أن " كل اموال المدين ضامنة لديونه"[3]، فلا توجد ذمة مالية مستقلة لتغطية ديونه المهنية وذمة مالية أخرى لتغطية ديونه "غير المهنية"، وهذا الشرط يصبح

---

[1]) https://www.journaldunet.fr, consulté le 13/05/2021 a 15 :00.

[2]) Art 01 de la loi N° 89/1010, du 31 décembre 1989, relative à la prévention et aux règlements des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, JORF, N° 0001, du 02 janvier 1990 « la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ».

[3]) وهو المبدأ الذي نصت عليه المادة 188 من القانون المدني في فقرتها الاولى والتي جاء فيها " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

فقط مجديا اذا افترضنا ان نشاطات المدين المقترض المهنية يسأل فيها مسؤولية محدودة في حدود مساهمته في المشروع وتبقى أمواله الاخرى كلها ضامنة لديونه غير المهنية.

كما اشترطت هاته المادة أيضا حسن النية في المدين حتى تكتسب الصعوبات المالية التي وقع فيها صفة المديونية المفرطة، فإذا ما كان سيئ النية كأن يتعمد الوقوع في هاته الوضعية عن طريق تهريب اصوله أو تقديم معلومات كاذبة عن وضعيته للبنك عند طلب القرض، فلن يعتبر واقعا في المديونية المفرطة وفق مفهوم المادة، وهذا رأي سديد فأحكام المديونية المفرطة هي احكام حمائية إذ تنصب على مرافقة قانونية ومؤسساتية من أجل الخروج منها، وليس من المنطقي أن توجه الحماية الى شخص سيئ النية.

2) أسباب المديونية المفرطة:

لا تقتصر مسببات المديونية المفرطة فقط على دور البنك في احترام شروط منح القروض، واحترام قواعد تسيير الاخطار، ودراسة ملاءة المقترض وجدارته بالحصول على القرض، ولا على سلوكيات المقترض ومدى احترامه للشروط المنصوص عليها في عقد القرض ومبادئ حسن النية من أجل التمكن من استرداد ديونه، وإنما قد تتعداها لتصل الى الظروف السائدة في الدولة على المستوى الاجتماعي والثقافي والاقتصادي والتي لا قبل لأطراف العقد بها.

فعلى المستوى الاجتماعي مثلا تزيد الظروف الاجتماعية المتردية من احتمالية الوقوع في المديونية المفرطة، فنقص فرص العمل وتفاقم مشكلة السكن وضعف الأجور قد تكون لهم مساهمة في تأزيم الوضعية المالية للأشخاص، ومنه في احتمالية الوقوع في المديونية المفرطة، كما يمكن لأنظمة التعويض الاجتماعي عن حوادث الحياة (الامراض، العجز، الانفصال بين الزوجين) أن لا تكون فعالة في تعويض الضرر الناجم عنها بما ينتج عنه من صعوبات مالية قد تكون لها نتائج صعبة على قدرة الأفراد في تسديد ديونهم.

اما على المستوى الاقتصادي، تلعب سياسة الدولة تجاه القرض ومدى حرص المشرع على توفير ضمانات كافية ووضع اسس حماية متينة للمقترض دور فعال في تجنب المديونية المفرطة، فتسهيل الحصول على القرض كمبتغى لتحسين القدرة الشرائية للمواطنين ومحاربة الكساد والتضخم

وغيرها من المشاكل الاقتصادية ينبغي أن يقابله ضمانات كفيلة للقدرة على التسديد، وكذا تدعيم حقوق البنك وتوسيع حقوق الامتياز لتتاح للبنك فرصة أكبر لاسترداد امواله.

كما لا يجب اهمال الاسباب المتعلقة بالشخص ذاته، كالتوقف الارادي عن الدفع وتهريب امواله عن طريق التصرف فيها، أو سوء نيته في تقديم المعلومات او تقديم التصاريح الكاذبة، وكلها أسباب يمكن ان تزيد في احتمالية الوقوع في المديونية المفرطة، ومن أجل تخطيها ينبغي وضع اسس كافية للاستعلام على المقترض قبل منحه القرض، والتأكد من جديته وجدارته الشخصية في الحصول على القرض لاسيما حاجته الفعلية للقرض وسوابقه لدى الهيئات المعنية.

كما ان تدخل أشخاص غير البنوك والمؤسسات المالية في عملية منح القروض[1]، إذ لم تعد البنوك وحدها هي من تمنح قروض، فأصبحت محلات البيع بالجملة تمنح قروضا، وذلك ما من شأنه زيادة فرصة الوقوع في المديونية المفرطة، فحتى وان كانت الفوائد التي تعتمدها هاته المتاجر هي صفر بالمئة فإنها تلزم المقترض بالدفع لعدة شهور قد تؤدي به الى التوقف عن الدفع أو تؤدي به الوقوع في المديونية المفرطة، وبالتالي فمنح هاته المؤسسات للقروض يصعب دراسة المديونية المفرطة وتتبع حصول الأشخاص على قروض.

الحل يكمن في الترخيص من البنك المركزي للمتاجر التي تمنح تسهيلات الدفع، وان تخطره بكافة الاشخاص الذين حصلوا على قروض، كما يوجد حل آخر هو توطين المتجر لعملياته لدى بنك معين من أجل التمكن من تتبع عمليات منح القرض، ومن تم من الواجب أن تشمله الحماية المحددة في قانون الاستهلاك وفي القوانين التي تنظم النشاط البنكي، وذلك لتواجده في نفس حالة الضعف التي يتواجد فيها عند ابرام العقد مع بنك[2].

---

[1]) فالمشرع الجزائري يسمح لها بذلك، وذلك ما جاءت به المادة 28 من الامر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق التي عرفت عملية القرض انها "كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر ...".

[2]) Anne Defossez, le surendettement et le crédit à la consommation : quelques recommandations concrètes pour lutter contre le crédit facile, p.10, disponible sur le site http://www. Médiation de dettes.be, consulté le 04/08/2021a 11 :00

ثانيا: إجراءات الحماية ضد المديونية المفرطة

الالتزام بتفادي المديونية المفرطة هو مجرد التزام حمائي ووقائي لتفادي وقوع المقترض في صعوبات عدم القدرة على الدفع، وليس نتيجة متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها، حيث اقر المشرع اجراءات علاجية للمديونية المفرطة في حالة حتمية وقوعها، كما انه مهما بلغت اجراءات الاحتراز غير ان مسببات المديونية المفرطة تبقى قائمة، لأنه ببساطة لا يقتصر وجودها فقط في المرحلة قبل عقدية لإبرام العقد بل تمتد ايضا للمرحلة البعد عقدية، غير أنه يمكن لاتخاذ تدابير حمائية معينة ان يلعب دورا محوريا في تفادي الوقوع فيها.

وبذلك تتميز الحماية ضد المديونية المفرطة بالطابع الإزدواجي الوقائي والعلاجي، فينصب الطابع الوقائي بالدرجة الاولى من خلال وضع نظام قانوني محكم ومتكامل للوقاية من المديونية المفرطة، إضافة الى ضرورة التدخل العلاجي البعدي من اجل عدم زيادة الوضع تأزما وتسيير حالة عجز المدين المقترض على نحو يبقي على اقل الاضرار، ويمكن جمع هاته الصور في ضرورة توزيع الادوار بين المقرض والمقترض في محاربة المديونية المفرطة (1)، الحاجة الى نظام إعلامي محكم(2)، ضرورة الحرص على تقديم ضمانات كافية (3)، التنظيم المؤسساتي للمديونية المفرطة (4).

1) ضرورة توزيع الادوار بين البنك والمقترض في محاربة المديونية المفرطة:

لقد كشفت الضرورات العملية عن عدم فعالية القواعد التشريعية والتنظيمية الجامدة والمعدة مسبقا بشكل واضح في تأطير عملية الوقاية من المديونية المفرطة لعدة اسباب، لاسيما تعدد اصناف القروض ومدى احتمالية تأثيرها على الوضعية المالية للمقترض[1]، اختلاف سياسة تسيير المخاطر من بنك إلى آخر وقدراته المادية، وكلها دوافع أكدت على ضرورة توفير الحماية الوقائية من المديونية المفرطة في كل حالة على حدة، وذلك بإشراك كلا طرفي العقد في ذلك، وهو الأمر الذي يتحقق من خلال تحقيق غايتين أساسيتين تتمثل الأولى في ضرورة التقليل من الدور

[1]) فالقروض المتجددة مثلا تختلف في تأثيراتها ومخاطرها عن القروض العادية، والقروض ذات الفائدة التراكمية كذلك تختلف في تأثيراتها عن القروض ذات الفائدة النسبية...الخ.

التحكمي للبنك في مواجهة المديونية المفرطة (أ)، وتتمثل الثانية في منح المقترض دور ايجابي في محاربة المديونية المفرطة (ب).

أ) ضرورة التقليل من الدور التحكمي للبنك في مواجهة المديونية المفرطة:

يسعى المشرع دائما في إطار توفير الحماية اللازمة للمقترض بصفته الطرف الضعيف في العقد الى وضع الإطار القانوني الكفيل بالحد من السلطة المطلقة والقرارات التحكمية للبنك باعتباره الطرف الاقوى في العلاقة التعاقدية، سواء من الناحية المادية او من ناحية الخبرة، وفي إطار الوقاية من المديونية المفرطة ينبغي كبح الدور التحكمي للبنك في مواجهتها لاسيما من حيث:

* الزام المشرع للبنك أيضا بضرورة اجراء تحقيق حول الذمة المالية للمقترض لدى عدة هيئات منها الهيئات العقارية (المحافظة العقارية)، للتأكد من الاملاك العقارية التي يمتلكها طالب القرض ومن الحقوق الواردة عليها من رهون وحقوق امتياز، او ديون لدى الخزينة العامة (الغرامات)، وكذا عند باقي الإدارات كالجمارك والضرائب، قبل قياس المخاطر المحتملة لعدم القدرة على تسديد القرض ومدى تأثيراتها، ومن تم تقرير منح القرض من عدمه او تقرير إخضاع هذا القرض لضمانات إضافية أو تعديل شروطه لاسيما مبلغه ومدته، ولم يسمح المشرع للبنك حرية تقرير منح القرض دون مراعاة هاته الضوابط، وذلك كوجه من أوجه التقليل من سلطته التحكمية في محاربة المديونية المفرطة.

* وضع مجموعة من التدابير الوقائية التي عادة ما يلجأ اليها من أجل تفادي الوقوع في المديونية المفرطة، لاسيما وضع سقف للنقص السلبي لذمة المقترض يجب على البنك رفض الائتمان إذا ما تجاوزته الديون التي تشغل ذمة المقترض أثناء طلب القرض، أو إلزام البنك تسبيب قراره بمنح القرض إذا تجاوز الجانب السلبي في ذمة المقترض حدا معينا، أو إلزام البنك باعتماد استفسار تحليلي للملاءة من اجل طلبات القرض التي تزيد عن مبلغ محددا، ويتم تحديد هاته المبالغ من

طرف هيئات الرقابة البنكية بما يتلاءم وسياستها في تسيير المخاطر البنكية من جهة، وسياستها في تسهيل القروض للمستهلكين من جهة أخرى، وتعديلها كلما اقتضت الضرورة ذلك[1].

* تأطير دعوى المقرض ضد المستهلك المقترض في حالة تواجد هذا الاخير في صعوبات مالية، وهذه الطريقة تهدف من جهة الى عدم ترك دعوى تحصيل البنك لديونه محددة بالإرادة المنفردة له، ومن جهة أخرى ان دعواه المتأخرة قد تأتي لتأزيم مديونية المدين المقترض، ولهذا وضع المشرع الفرنسي اجل سنتين لحبس الضمان، وقد نظم هذا الاجل بمقتضى قانون 01 جويلية 2010[2].

ويلاحظ ان هذا الأجل في مصلحة المقترض من أجل الوقوف ضد تماطل المقرض تفاديا لتأزم وضعيته المالية أكثر فأكثر، وكذلك تجنب وضع مصير المقترض تحت رغبة المقرض في التصرف بسرعة أم لا، كما يلاحظ انه كلما طالت الفترة بين مطالبة البنك واعسار المقترض يؤدي ذلك الى تراكم الفائدة ما يؤدي الى تفاقم عبئ ديونه، ويبدأ اجل السنتين في السريان من تاريخ الحدث الذي شهد ميلاد النزاع أو الى تاريخ حادث الدفع، أو الحادث الذي ادى الى نشوء دعوى مطابقة العقد للأحكام القانونية، وليس في التاريخ الذي يقرره المقرض او المقترض[3].

ب) منح المقترض دور ايجابي في محاربة المديونية المفرطة:

تظهر ضرورة منح المقترض دور إيجابي في محاربة المديونية المفرطة من عدة جوانب اهمها حمايته بمجموعة من الالتزامات تحت طائلة فقدان بعض حقوقه، كإلزامه بتقديم معلومات صحيحة تحت طائلة عدم إمكانية احتجاجه على البنك، وكذا إلزامه بالتبليغ الفوري عن أي حادث قد يتسبب في تأزيم وضعيته المالية، كتوقفه عن العمل أو فقدان الضمان لقيمته وغيرها من الحوادث.

كما قد يساهم إصرار المقترض في الحصول على القرض في محاربة المديونية المفرطة، فقد يساهم منح القرض في تجاوز آثار المديونية المفرطة او التقليل منها، الفكرة التي تبدو غريبة في مجال القروض الموجهة للاستهلاك كونها ليست قروض ذاتية تسدد نفسها، غير انه لا يجب انكار

---

1) Anne Defossez, op.cit. p.04.

2) Loi N° 2010/737, portant réforme du crédit à la consommation, op.cit.

3) Clementine Loyer, op.cit. p.11.

ان القرض الموجه للاستهلاك قد يلعب دورين الاول هو سد الحاجة الاستهلاكية، والثاني هو انقاد المستهلك من المديونية المفرطة، فالقرض الموجه مثلا لحل مشكلة السكن لدى المقترض المستهلك قد تعفيه من اعباء الايجار المنهكة، والقرض الموجه لشراء سيارة قد يعفيه ايضا من اعباء التنقل وقد تعيده الى سكة التوازن المالي، لذلك لا ينبغي وضع معايير جامدة لفحص المديونية كتحديد سقف لديون المقترض أو سقف لمداخيله، وانما يجب ان ينظر البنك كونه خبير مالي في آثار منح القرض وما إذا كانت ستزيد من مديونية المقترض أم ستنقص منها.

2) الحاجة الى نظام اعلامي محكم:

نقصد بالإعلام هنا إعلام متخصص، اي اعلام مركز يهتم بالوضعية المالية للمقترض وإعطاء معلومات تتوافق والوضعية الشخصية له بصفة كافية وكفيلة باتخاذ قرار سليم من طرفه بصفة تضمن له اتخاذ القرار المناسب لوضعيته المالية وقدراته والتزاماته القبلية، وليس الاعلام العام الذي ينصب على شروط العقد ومدته واحكامه، وبعبارة اخرى نقصد بالإعلام هنا الاعلام المفروض على البنك كالتزام لتفادي الوقوع في المديونية المفرطة، وليس الالتزام بالإعلام الذي يهدف الى غايات أخرى لاسيما الاعلام بشروط وبنود التعاقد أو حماية رضا المستهلك الذي سبق التطرق اليه في الباب الاول من هاته الدراسة.

من أبرز صور الإعلام القبلي للمقترض العرض المسبق للقرض، فيجب أن يكون عرض القرض مكتوبا على دعامة ثابتة[1]، ويجب أن يحرر العرض بعدد من النسخ بقدر عدد الأطراف وعدد الضامنين، كما يجب على المقرض احاطة المقترض بكافة المعلومات التي تمكنه من مقارنته مع عروض بنوك أخرى، بغية اختيار العرض الذي يتوافق وقدراته المالية، لاسيما ما يتعلق بمدة القرض ومبلغ الأقساط وأعدادها أو كيفيات حسابها، وكذا إخباره بالأخطار المحتملة لهذا القرض،

[1]) عرفت المادة L.311-1 فقرة 14 من قانون الاستهلاك الفرنسي الدعامة الثابتة أنها " كل وسيلة تسمح للمقترض بحفظ المعلومات التي وجهت اليه شخصيا وبطريقة تسمح بالرجوع اليها بسهولة في المستقبل أثناء مدة محددة تتناسب مع الأغراض التي تهدف المعلومات من أجلها وتسمح باستنساخ المعلومات المخزنة".

ويمنع على المقرض ايراد أي عبارة أو إيحاء بمساهمة القرض في تحسين الوضعية المادية للمقترض او تشجيعه على طلب قروض أخرى لا تتماشى ووضعيته المالية[1].

كما يمكن للإشهار أيضا ان يكون سببا في المديونية المفرطة، لذلك على المشرع ان يسعى الى تمديد الحماية ضد المديونية المفرطة الى مرحلة الإشهار، ولقد عمل المشرع الفرنسي على تأطير عملية إشهار القروض الموجهة للمستهلكين بما يتلاءم واجراءات الوقاية من المديونية المفرطة، حيث منع استعمال العبارات التي تدل على ان القرض يحسن الوضعية المالية للمقترض، كما منع كتابة الفوائد المخفضة بخط اصغر من خط الفوائد الاخرى، ومنع أيضا توضيح اي هدية في الاشهار، ومنع تسقيف ثمن الهدايا التي يمكن تقديمها في القرض، ومنع ايضا قصر الاشهار فقط للقرض المتجدد واقصاء القروض الاخرى، فالإشهار يجب ان يكون لكافة انواع القرض، ويمنح للمقترض الخيار[2].

3) ضرورة الحرص على تقديم ضمانات كافية:

حيث يلعب الضمان دورا فعالا في تفادي المديونية المفرطة، فكلما كان حرص البنك شديدا على رصد الضمانات الكافية لاسترجاع أمواله كلما أدى ذلك الى التقليل من احتمالية وقوع المدين المقترض في المديونية المفرطة، غير أن هذا الحرص لا ينبغي بأي حال ان يجعل الحصول على القرض مرهقا للمقترض، وبعبارة اخرى ينبغي الموازنة بين ضرورة حصول المقترض على القرض وضرورة تأمين البنك لحقوقه عن طريق رصد ضمانات كافية.

ولقد جعل المشرع حقوق البنك من الحقوق الممتازة فلها الامتياز والأسبقية على جميع الأملاك والأرصدة المسجلة في حساباتها ضمانا لتسديد أصل الدين والفوائد المترتبة عليه، وذلك مباشرة بعد امتيازات الاجراء والخزينة العمومية وصناديق التامين الاجتماعي[3]، كما عمد الى تسهيل إجراءات التنفيذ على الاموال المرهونة بموجب قانون النقد والقرض مقارنة بالقواعد العامة، فلها إذا لم يتم تسديد ديونها بمرور 15 يوم بعد انذار المدين بعقد غير قضائي، الحصول عن طريق عريضة

[1]) Clementine Loyer, op.cit. p.99.

[2]) Loi N° 2010/737, portant réforme du crédit à la consommation, op.cit.

[3]) المادة 121 من الأمر رقم 11/03، المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

بسيطة موجهة الى رئيس المحكمة ببيع كل رهن مشكل لصالحها ومنحها بدون شكليات حاصل هذا البيع تسديدا لأصل الدين والفوائد وكل المستحقات القانونية[1].

4) التنظيم المؤسساتي للمديونية المفرطة:

التنظيم المؤسساتي يعد من أنجع الطرق العلاجية للمديونية المفرطة، إذ تبين عدم كفاية الإجراءات الوقائية وقصورها، بالإضافة الى ضرورة تدخل طرف حيادي يختلف عن كل من البنك والمقترض يسعى الى إيجاد الحلول السليمة للخروج من حالة المديونية المفرطة بأقل الّاضرار مراعاة لمصلحة كل من المقترض والبنك، فينبغي النظر الى المقترض المتوقف عن الدفع بأنه شخص يجب مرافقته وليس مضايقته، اي وضع قرينة على ان توقف المقترض عن الدفع يكون عن حسن نية حتى يثبت العكس اي تغليب مصلحة المقترض على مصلحة البنك، أي يسعى المشرع الى جعل احكام المديونية المفرطة مرنة بالقدر الكافي لتجاوز نتائجها، عن طريق خلق هيئة تهتم بكل حالة على حدى وليس احكام ثابتة تطبق على كل الحالات بغض النظر عن النتيجة التي افرزت عنها اجراءات المديونية المفرطة وعن اسبابها.

في التشريع الجزائري لم يوكل هاته المهمة لأي هيئة، أما في التشريع الفرنسي أوكل بهذه المهمة لجنة خاصة تسمى " لجنة المديونية المفرطة" أنشأت بالقانون رقم 737/2010 المؤرخ في 01 جويلية 2010، وهي لجنة متخصصة تملك من الكفاءات والسلطات ما يرجح فعاليتها في أداء هذا الدور، حيث تقوم هذه اللجنة باقتراح مجموعة من الإجراءات التي تساعد المستهلك المقترض الذي يعاني من صعوبات في التسديد على الخروج من أزمته، ومن أبرزها:

* وضع عدة تخفيضات حول معدلات الفائدة أو القيمة المتبقية من القرض، كما يمكنها أيضا أن تعرض على البنك ان يقترح على المقترض الذي تعرض لمديونية مفرطة خدمات بنكية تساعده على تسيير وضعيته المالية، كاقتراح توطين عملياته البنكية، أو اقتراح تأمين أحد الممتلكات التي تشكل اهمية لدى المقترض في تسديد ديونه.

[1]) المادة 124، من الأمر رقم 11/03، المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

* كما جاء المشرع الفرنسي أيضا بمجموعة من الإجراءات في سبيل معالجة المديونية المفرطة للمقترض، عن طريق القانون رقم 737/2010 المذكور أعلاه المسمى " قانون لاغارد" لاسيما تخفيض الاجل الممنوح لبنك فرنسا لتقرير توجيه الملف للجنة المديونية المفرطة من 06 الى 03 اشهر من يوم وقوع حادث الدفع، كما اقر ايضا تعليق اجراءات التنفيذ على اموال المدين من طرف البنك حتى إخطار لجنة المديونية المفرطة وانتظار ردها، كما خفض أيضا مدة التسجيل في السجل الوطني لحوادث الدفع من 8 الى 5 سنوات عند اتباع اجراءات الهيكلة الشخصية، ومن 10 الى 5 سنوات في حالة اللجوء الى مخطط التعويض عند اتباع اجراءات المديونية المفرطة إذا وفى المدين بالتزاماته.

* كما اتخذ ايضا بعض الإجراءات الردعية للبنك في سبيل حماية المقترض من المديونية المفرطة، حيث يمنع عليه قفل حساب المقترض لمجرد انه تعرض لحالة مديونية مفرطة، كما يمنع عليه أيضا وضع فواتير لاقتطاعات مرتبطة بدين تم تعليق دفعه أو الغائه من طرف لجنة المديونية المفرطة[1].

في حين لا توجد مثل هذه الهيئة في التشريع الجزائري، ولا يوجد كذلك اي دور مشابه للجنة المصرفية باعتبارها صاحبة الولاية العامة في المجال البنكي، ويبقى الدور الوحيد المحتمل للتدخل بين البنك والمقترض من أجل إيجاد حلول ودية للتخفيف من آثار المديونية المفرطة وتأطيرها هو دور القاضي من خلال الوساطة البنكية التي يجريها، والتي يمكن ان تساهم في التقليل من النزاعات والتقليل من المديونية المفرطة للمقترض، غير أنها تبقى قاصرة مقارنة بالدور الذي تقوم به لجنة المديونية المفرطة في التشريع الفرنسي.

المبحث الثاني: آليات حماية المصلحة الفردية للمستهلكين في إطار القرض البنكي:

يقصد بآليات الحماية الجماعية التي سبق التطرق اليها في المبحث الاول من هذا الفصل بالآليات التي كرسها المشرع كإطار عام لتوفير حماية شاملة لعقود القرض الموجهة للمستهلك بغض النظر عن العلاقات الثنائية بين البنك وعملائه، ومن هذا المنطلق تظهر الحاجة الى وجوب الغوص

[1]) Voir la Loi N° 2010/737, portant réforme du crédit à la consommation, op.cit.

أكثر في اوجه الحماية الفردية للمستهلك المقترض والتي يقصد بها مجموعة الضوابط والخطوط الحمراء التي لا ينبغي للبنك تجاوزها اثناء علاقته العقدية مع المستهلك المقترض سواء اثناء المرحلة قبل عقدية او اثناء مرحلة تنفيذ العقد.

هذه الحماية هي محور دراستنا في هذا المبحث، وهي تختلف من حيث احكامها والاسس التي تقوم عليها اختلافا يبرره تعدد صور القروض الموجهة للمستهلك واختلاف حاجته للحماية من عقد الى آخر، واستجابة لذلك سنتطرق اولا الى حماية المصلحة الفردية للمستهلك المقترض بصفة عامة (مطلب اول)، ونتطرق ثانيا الى حماية المصلحة الفردية للمستهلك المقترض في بعض الصور الخاصة للقرض (مطلب ثان).

المطلب الاول: حماية المصلحة الفردية للمستهلك المقترض بصفة عامة

نقصد بحماية المصلحة الفردية للمستهلك المقترض بصفة عامة، الحد الادنى من الحماية الذي يوفره المشرع في كافة انواع القروض، ويستفيد منها كافة المستهلكين المقترضين بغض النظر عن طبيعة هاته القروض وحجم الالتزامات التي تلقي بها على اطرافها وعلى حاجة المستهلك المقترض للحماية، على عكس الحماية المركزة التي قد يختص بها المشرع صنف او عدة اصناف من العقود لاعتبارات معينة، ويمكن جمع مظاهر حماية المصلحة الفردية للمستهلك المقترض بصفة عامة في تكريس قواعد مستحدثة لحماية التراضي في عقد القرض الموجه للمستهلك (فرع اول)، وتدعيم حقوقه (فرع ثان).

الفرع الاول: تكريس قواعد مستحدثة لحماية التراضي في عقد القرض الموجه للمستهلك

تهتم المقاربة التي تكرسها القواعد العامة في حماية التراضي بالأساس على ضمان تراضي سليم، وذلك بتنظيم أحكام التعبير عن الارادة، وضمان تطابق إرادتي طرفي العقد، ومنه فان هذه المقاربة ترتكز على مبدا المساواة بين الطرفين بتوفير حماية متكافئة لكلى طرفي العقد وذلك مالا يتوافق مع المبدأ المكرس في قانون الاستهلاك كقانون فئوي يعنى بتوفير الحماية لاحد طرفي العقد دون الآخر.

فقانون الاستهلاك يفرض مقاربة أخرى تنطلق من ضرورة فرض نظام حمائي للمستهلك خلال مرحلة التراضي، ومن تم فقد سعى المشرع الى تعديل قواعد التعبير عن الإرادة في عقد القرض الموجه للمستهلك (اولا)، كما سعى أيضا خلافا لما هو معهود في القواعد العامة الى تعديل مبدأ القوة الملزمة للإرادة (ثانيا).

أولا: تعديل قواعد التعبير عن الإرادة في عقد القرض الموجه للمستهلك

تتضمن القواعد العامة للالتزام مجموعة من التدابير التي تهدف إلى ضمان تعبير أي متعاقد عن إرادته في العقد المراد إبرامه في ظروف من النزاهة والشفافية تعطي للتراضي قيمته الحقيقية، وتجعل المتعاقد على بينة وإحاطة تامة بكافة مشتملات العقد وشروطه، ومن بينها في التقنين المدني الأحكام الخاصة بعيوب الإرادة[1]، وأحكام العلم بالمبيع في عقد البيع[2]، والالتزام بالإعلام في بعض النصوص الخاصة كقانون الممارسات التجارية[3]، وقانون حماية المستهلك وقمع الغش[4]...الخ، والهدف من هاته التدابير هو محاولة ضمان بيئة مناسبة للتعبير الواعي والمتبصر عن الإرادة لكلى طرفي العقد.

غير ان المشرع ذهب أعمق من ذلك فيما يخص عقد القرض البنكي نظرا لخطورة هذا العقد وكثرة الالتزامات التي يلقيها على عاتق المستهلك المقترض بالإضافة الى حالة الجهل والضعف التي تكتنف مركز هذا الأخير، حيث أدخل عدة احكام غير مألوفة في القواعد العامة، بل وتمس بها في

---

[1]) أنظر المواد من 81 الى 89، من الأمر رقم 58/75، متضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2]) تنص المادة 352 مرجع نفسه على " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبلغ وأوصافه الاساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

[3]) تنص المادة 08 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق على " يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

[4]) تنص المادة 17 من القانون رقم 03/09، المتعلق بحماية المستهلك، مرجع سابق على انه " يجب على كل متدخل ان يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

بعض الحالات، ومن أبرزها التضييق من مجال السلطة الإرادية للبنك (1)، واستحداث تقنيات جديدة للتعبير عن الإرادة (2).

1) التضييق من مجال السلطة الإرادية للبنك:

من أبرز وسائل تدعيم ارادة المستهلك في مجال القرض البنكي تضييق السلطة الارادية للبنك، أي تخفيض مجالات النقاش بين البنك والمقترض وذلك بمبرر تضييق نطاق فرض البنك لسيطرته على المقترض المستهلك الطرف الضعيف في العقد، وكذلك من اجل تسهيل المراقبة على الشروط العقدية التي يفرضها البنك من جهة، وتوفير حد ادنى من الحماية للمستهلك المقترض.

ومن أبرز صور التضييق من مجال السلطة التقديرية للبنك تقنية النمذجة والتي يقصد بها ان يفرض المشرع على البنك في إطار علاقته مع المقترض التعامل بنماذج محددة مسبقا[1] في مختلف مراحل التعامل لاسيما ما يخص تقديم عرض القرض، وثيقة التأمين، وثيقة التراجع، الوثيقة التي يعبر بها البنك عن قبوله منح القرض وغيرها من الوثائق.

تظهر الفائدة من هاته التقنية انها تمنع على البنك إضافة أي بنود أو شروط إضافية قد لا تكون في مصلحة المستهلك المقترض، وتضمن من جهة أخرى تهرب البنك او تعمده عدم التطرق الى أحد البنود أو إخفاء أحد حقوق المستهلك المقترض، وإن كانت من جهة أخرى تعد تقييدا للسلطة الإرادية للبنك ولحرية الاشتراط العقدي، غير انه أمر يمكن حسبنا تقبله نظرا للضمانات التي يقدمها لحماية المستهلك المقترض.

كما يعد من جهة أخرى كصورة من صور تقييد السلطة الإرادية للبنك التقليل من القواعد المكملة[2]، وتعويضها بقواعد آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، والتي تعد في أغلب الاحيان من النظام العام تعرض العقد برمته لجزاء البطلان، وهو ايضا أمر غير مألوف في القواعد العامة،

---

[1]) تختلف طريقة تحديد هاته النماذج، فقد يعمد البنك الى تحديدها وتوافق عيها هيئات الإشراف البنكي، أو تضعها الهيئات النقابية وتصادق عليها الهيئات الرقابية، كما قد تحدد هاته النماذج من طرف هيئات الإشراف البنكي نفسها.

[2]) يقصد بها مجموع القواعد التي ينص عليها المشرع، ومنح للأفراد حرية الاتفاق على مخالفتها دون ان يعد ذلك خرقا للقانون ودون أن يعرض ذلك العقد لأي جزاء، كما يقصد بها أيضا تقديم المشرع لإرادة بديلة لإرادة الأفراد يمكن الاستعانة بها إذا لم يكن لهم اتفاق آخر.

فالأصل ان تتغلب القواعد المكملة على القواعد الآمرة في نطاق العلاقات التعاقدية وفي علاقات القانون الخاص بصفة عامة.

وهو أيضا أمر من شأنه أن يوفر حماية إضافية للمستهلك المقترض من خلال جعله يستفيد من الأحكام التي يقرها المشرع بدل إخضاعه للسلطة التحكمية للبنك، وتظهر صور هذا الحلول للقواعد الآمرة محل القواعد المكملة في عقود القرض الموجهة للمستهلك لاسيما فيما يخص آجال رد البنك، كيفية تسليم الأموال، كيفية دفع الأقساط، مبالغ الفائدة وغيرها.

2) استحداث تقنيات جديدة للتعبير عن الإرادة :

تلبية للدور الجديد الذي يسعى المشرع الى جعل الإرادة تلعبه في العقود الاستهلاكية إثر تعديل قواعد التعبير عن الإرادة المعروفة في القواعد العامة، بعد تجلي قصورها وعدم مواكبتها للحماية الواجب توفيرها للمستهلك كما سبق توضيحه، فالقاعدة العامة التي تقضي بان العقد يعتبر قائما بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين[1]، غير كافية في عديد العقود الموجهة للمستهلك، على غرار عقود القرض البنكي التي تتطلب قواعد شكلية واحترازية إضافية تتطلب لاسيما من أجل دراسة ملاءة المقترض ودراسة مخاطر التعامل معه هذا من جهة البنك.

أما من جهة المقترض توجد قواعد شكلية اضافية ايضا تتطلب تمكينه من التأني في ابرام العقد وإعطائه الفرصة في المقارنة بين مختلف الخيارات المتاحة، ورغم ذلك فإن هذا لا يعني الاستبعاد الكلي للقواعد العامة التي تحدد كيفية التعبير عن الإرادة وإنما عمل المشرع على تعزيز قواعد تبادل التعبير عن الإرادة بما يكفل حماية المستهلك المقترض وجعل العملية التعاقدية آمنة، ولتوضيح ذلك سنتطرق أولا الى كيفية تعبير المقترض عن ارادته (أ)، ونتطرق ثانيا الى كيفية تعبير البنك عن ارادته (ب).

أ) كيفية تعبير المقترض عن إرادته:

فيما يخص كيفية تعبير المقترض عن إرادته وما إذا كان المشرع يشترط شكليات محددة لهذا التعبير حتى يعد نافدا ومنتجا لآثاره أم لا، فلم يفصح المشرع سواء الجزائري او الفرنسي على شكل

[1]) أنظر المادة 59 من الامر 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق.

محدد لتعبير المقترض عن قراره، فقد يكون قراره ضمنيا بان يضع المقرض في حوزته الاموال أو يبدا هو في دفع التعويضات، وذلك ما تم تأكيده في قرار للغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الذي جاء فيه أنه "لا توجد قاعدة شكلية للمقترض لإخطار موافقته، وأنه يمكن أن ينتج عن التحويل البسيط للأموال من قبل المقرض والسداد من قبل المقترض في المواعيد المحددة"[1].

وهذا ما يعد آلية لحماية التراضي لدى المستهلك المقترض، فمن جهة المقترض لم يشترط المشرع شكلا محددا للتعبير عن الإرادة عكس ما اشترطه على المقرض وهذا ما يشكل حماية إضافية له، حيث أبقى المشرع فيما يخص كيفية تعبير المقترض عن رأيه على الأحكام المعروفة في القواعد العامة سارية، وبالتحديد المادة 60 من القانون المدني التي تنص على أن " **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع اي شك في دلالته على مقصود صاحبه.**

ويجوز ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

تجدر الإشارة إلا أنه ليس بالضرورة ان يعد العقد مبرما بمجرد أن يبدي المقترض قبوله، وبعبارة اخرى فالعرض الذي قدمه المقترض لا يكون بالضرورة ايجابا باتا، فالبنك يبقى ملزما فقط بالإبقاء على عرضه والمحتوى الذي يتضمنه دون التعهد بالإبرام، فيمكن ان يحتوي العرض على شرط الاعتماد المسبق من طرف البنك، وهو الشرط الذي يسمح له برفض القرض الذي لا يقدم ضمانات ملاءة كافية، وذلك لاعتبارات تتعلق بالنظام العام لاسيما من اجل تفادي المخاطر البنكية، وتفادي المديونية المفرطة للمقترض[2].

---

[1]) Cass. Civ. 1re, N° 96-04.172, du 09 décembre 1997, www.légifrance.fr : « Il importe peu que l'emprunteur ait ou non accepté l'offre, Aucune règle de forme n'est prévue pour que l'emprunteur notifie son agrément. Il peut résulter de la simple remise des fonds par le prêteur et du remboursement par l'emprunteur en suivant les échéances prévues ».

[2]) Stephane Piédelièvre, op.cit. p.50.

ب) كيفية تعبير البنك عن إرادته:

فيما يخص كيفية رد البنك على القبول الذي أبداه المقترض فلم يضع المشرع الجزائري أيضا شكلا لذلك، ويمكن الإشادة في هذا الصدد بموقف للمشرع البلجيكي الذي اشترط ان يتم إعلام طالب القرض في حالة رفض القرض مجانا بمختلف المعلومات التي تم على اساسها رفض القرض كتابة واسم وعنوان المسؤول عن الوثائق التي تم على اساسها الرفض، ويمكن للمعني ان يطلب من هذا الاخير الاتصال به مجانا ويقدم له المعلومات الضرورية، وفي حالة تأكد المعني بأن هذه المعلومات غير صحيحة يمكن ان يطلب تصحيحها، واذا كانت المعلومات التي بنى البنك عليها قراره مقدمة من طرف مركزية القروض يمكن أن يتم الاستفسار عن ذلك بثلاثة طرق، إما كتابة طلب الى المركزية مع نسخة من بطاقة الهوية لتصل الاجابة في بضعة ايام، وإما الالتحاق بأحد شبابيك البنك الوطني، أو الاتصال بموقع المركزية على شبكة الانترنت مباشرة عن طريق قارئ لبطاقة التعريف الالكترونية[1].

وكلها خطوات تصب في خانة حق المقترض في الحصول على القرض، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق إلا في إطار ما يقره القانون، ويقدم له كافة الوسائل الضرورية لحماية هذا الحق ومنع تداول معلومات خاطئة بشأنه، ويستحسن ان يأخذ المشرع الجزائري بهذه الاحكام من اجل توسيع نطاق الحماية المقدمة للمقترض.

ثانيا: تعديل مبدأ القوة الملزمة للإرادة في عقود القرض الموجه للمستهلك

تبين جليا ضرورة استحداث قواعد قانونية جديدة من اجل حماية كافية للمستهلك في المرحلة قبل عقدية من خلال بحث سبل جديدة لحماية التراضي، وإيجاد حل لمشكلة الجهل التي يواجهها المستهلك المقترض مقابل الخبرة والتجربة التي يملكها البنك المقرض، وذلك ما فكر فيه المشرع جديا وسعى إلى تجسيده من خلال إيجاد آليات لتعديل دور الإرادة من دور تقريري الى دور تمهيدي.

[1]) https://economie.fgov.be, consulté le 08/09/2019 a 12 :00.

بعبارة اخرى سعى المشرع في عقود القرض الموجهة للمستهلكين الى تعديل القوة الإلزامية للإرادة، وسمح بإمكانية تعديلها، وذلك من خلال اقرار فكرة الحق في التراجع، وهي الفكرة التي سنحاول فيما يلي عرضها وشرحها من خلال التطرق اولا إلى مفهوم الحق في التراجع (1)، والتطرق ثانيا الى الطبيعة القانونية للالتزام بالتراجع (2).

1) مفهوم الحق في التراجع عن العقد:

لقد منح المشرع للمستهلك حق التراجع في بعض أنواع العقود، كونه لا يملك مفاوضة الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، نظرا لجهله وعدم خبرته بموضوع العقد، وكذا رغبة من المشرع الى مد الحماية القانونية لإرادة المستهلك الى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد، فهو يرى ان المستهلك قد يقبل على التعاقد على عجل ودون دراسة متأنية وذلك بسبب الحاجة للسلعة او الخدمة او بسبب الاغراءات والقدرة الإقناعية التي يملكها المهني.

لذلك يعتبر حق المستهلك في العدول ضمانة لدعم رضائه واستجلاءه بصورة واضحة، وسنحاول من خلال ما يلي توضيح ماهية هذا الحق من خلال التطرق اولا الى التعريف بالحق في التراجع (أ)، ثم نتطرق ثانيا الى ضمانات ممارسة الحق في التراجع (ب)، ونتطرق ثالثا الى تمييز إجراء التراجع عما يشابهه في القواعد العامة (ج).

أ) التعريف بالحق في التراجع:

الحق في التراجع هو حق يسمح للمستهلك المقترض بالعدول عن إرادته، بمنحه مدة أطول كي يصبح التزامه باتا، وذلك بهدف دفعه الى التفكير والسماح له بالمقارنة بين مختلف العروض التي تقدم له، وذلك بمنحه اجل يحسب من يوم قبوله لعرض القرض المقدم له للتراجع عن ارادته في التعاقد، ويشكل هذا الحق الوسيلة التي اختارها المشرع لحماية إرادة المستهلك.

حيث يجوز للمستهلك ان يطلب عن طريق رسالة موصى عليها خلال أجل سبعة ايام من تقديم الطلب أو الالتزام بالشراء، بإلغاء العقد المبرم ورد الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد، ونص عليه المشرع الجزائري في المادة 11 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 الذي يتعلق بشروط

وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[1]، ونص عليه في التشريع الفرنسي في المادة L121-20-12 من قانون الاستهلاك[2].

وفكرة التراجع رغم انها فكرة مستحدثة ولصيقة بقانون حماية المستهلك، غير ان المبرر الذي تقوم عليه، تمت مراعاته من قبل القواعد العامة، حيث تقوم فئة من التدابير المقررة ضمن التقنين المدني على فكرة منح فرصة إضافية للمتعاقد الذي يصدر قراره بالتعاقد في ظروف لم تسمح له بالتفكير الجيد في مدى ملاءمة العقد المبرم لظروفه ومصلحته الشخصية، من خلال الترتيب لحق التراجع عن العقد المعني، باعتماد آلية التعاقد بالعربون[3]، أو بإدراج شرط خيار الفسخ[4].

كما تجدر الإشارة الى ان فكرة التراجع ليست فكرة جديدة في التشريع الجزائري، بل كرسه المشرع في عقود التأمين على الأشخاص، حيث منحت المادة 90 مكرر من القانون رقم 07/95 المتعلق بالتامين[5] للمؤمن له الحق في العدول عن العقد في مجال التأمين على الأشخاص خلال أجل 30 يوم تبدأ من تاريخ دفع القسط الأول، ويتم العدول بخطاب موصى عليه مع وصل استلام، ويمكن للمؤمن له ان يسترد ما دفعه من أقساط بعد خصم تكلفة العقد خلال أجل 30 يوم الموالية من استلام المؤمن لرسالة التراجع.

---

[1]) حيث نصت على " غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

[2]) Art L.121-20-12 alinéa 01, C. Conso, op.cit. « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités ».

[3]) حيث تنص المادة 72 مكرر من الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق على انه " **يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك**".

[4]) حيث تنص المادة 203 من الأمر رقم 58/75، مرجع نفسه على انه " **يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه**"، وعن آثار هذا الشرط نصت المادة207 فقرة 01 من نفس القانون على" **يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه فإدا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر**".

[5]) القانون 07/95، يتعلق بالتأمينات، مرجع سابق.

يفعل المستهلك هذا الحق من خلال ملء مطبوعة مرفقة تقدم له وجوبا من المقرض مرفقة بالعرض المسبق للقرض ومستقلة عنه[1]، وما على المستهلك الا ملئها وارسالها للمهني، وحددت المادة R.121-3 وما يليها من قانون الاستهلاك البيانات الالزامية والشكليات الواجب توفرها في الوثيقة المنفصلة للتراجع[2]، وتعاقب مؤسسة القرض عن الامتناع عن تقديم هذه المطبوعة بفقدان الحق في الفوائد[3].

ولقد اورد المشرع الفرنسي إستثناءا عن هذا الاجل لفائدة المستهلك، حيث يمكن تخفيض أجل التراجع حسب المادةL.312-47 من قانون الاستهلاك الى ثلاثة ايام، في الحالة التي يرغب فيها المستهلك الحصول على السلعة او الخدمة بشكل فوري، أي إدراج شرط التنفيذ الفوري للعقد، كما يشترط ان يوضح المستهلك كتابة انه تنازل عن الاجل في حدود 3 ايام وان العقد يبدا في السريان ابتداء من اليوم الرابع من امضاء العقد، حسب الصيغة المحددة في المادة R.312-20 من قانون الاستهلاك[4].

---

1) Art L.121-24, C. Conso, op.cit.

2) فعلى جهة من الوثيقة يجب ان يظهر العنوان الصحيح والكامل الذي يتم الارسال اليه، وعلى الجهة الاخرى يجب كتابة المعلومات التالية: عبارة " الغاء الطلب" «l'annulation de commande» بخط كبير، مع الاشارة الى المواد L.121-23 الى L.121- 26 كمرجع، كما تضم أيضا عبارة " إملئ وامضي هذه الوثيقة " وعبارة " ارسل عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل استلام"، ودون أن تشمل هاته الوثيقة اية عبارات اخرى.

3) Cass. Civ. 1re, N° 08-20.403, du 14 janvier 2010, www.légifrance.fr « …qu'il résulte de la combinaison de ces textes (articles L. 311-8, L. 311-13, R. 311-7 et L. 311-13 du C. Cons) que le prêteur qui a accordé un crédit suivant une offre préalable ne comportant pas de formulaire détachable de rétractation doit être déchu de son droit aux intérêts ;… »

4) Art R.312-20, C. Conso, op.cit. « je demande à être livré(e) immédiatement (ou à bénéficier immédiatement de la prestation de services). Le délai légal de rétractation de mon contrat de crédit arrive dès lors à échéance à la date de la livraison (ou de l'exécution de la prestation), sans pouvoir être inférieur à trois jours ni supérieur à quatorze jours suivant sa signature. Je suis tenu(e) par mon contrat de vente principal dès le quatrième jour suivant sa signature ».

ب) ضمانات ممارسة الحق في التراجع:

أحاط المشرع ممارسة حق التراجع بمجموعة من الضمانات من اجل ضمان استفادة المستهلك منه بالشكل المفترض، بالإضافة الى كونه حق تقديري للمقترض يتمتع بمطلق السلطة في استعماله والتي من بينها:

* أن ممارسته لا يمكن ان تجعل المستهلك محلا للتسجيل ضمن ملف أو قاعدة بيانات، إذا ما ابدى المقترض رغبته في التراجع عن عقد القرض، كما أن هذا التراجع يشمل ايضا باقي العقود التكميلية او الملحقة بالعقد الاصلي الذي تم استعمال الحق في التراجع بشأنه[1].

* كما انه يمنع خلال أجل الـ 14 أيام المقررة للتراجع التي تحسب من يوم قبول القرض من طرف المقترض، تقديم أي دفع تحت اي شكل من طرف المقرض للمقترض ولا من المقترض للمقرض[2]، وإذا تم ابرام اتفاقية اقتطاع من حساب بنكي او بريدي للمستهلك خلال أجل التراجع فان اثرها ومفعولها يكون مرتبطا بسريان عقد القرض والعقد الممول[3].

* لا يمكن مطالبة المستهلك بأي دفع او تعويض بسبب الانسحاب، غير انه إذا تم الدفع تجبر ممارسة الحق في التراجع المستهلك المقترض على إعادة المبالغ التي تلقاها إلى المقرض، وفي نفس الوقت يجب عليه دفع الفائدة المستحقة عن فترة الائتمان، محسوبة على أساس المعدل السنوي الفعلي المتفق عليه[4].

---

[1]) Stephane Piedelievre, op.cit. p.60.

[2]) حيث تنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مرجع سابق على انه "لا يمكن ان يستلم البائع من المشتري اي دفع آخر في شكل من الأشكال ولا ايداع زيادة على الجزء من الثمن الذي وافق المشتري على دفعه نقدا، مالم يبرم العقد المتعلق بعملية القرض نهائيا".

[3]) المادة 13 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مرجع سابق.

[4]) Stephane Piédelièvre, op.cit. p. 60.

ج) تمييز إجراء التراجع عما يشابهه في القواعد العامة:

في هذا المقام يمكن القول ان فكرة التراجع عن العقد أو فكرة إعادة النظر في اتجاه الارادة ليست فكرة لصيقة بقانون الاستهلاك، وليست مبدأ من المبادئ المكرسة في إطار حماية المستهلك، وانما قد تجد اسسها النظرية ضمن الأحكام العامة للقانون المدني، بالنظر إلى النتيجة المترتبة على استعمال حق التراجع، لكن قد تختلف عنها من حيث اساسها أو أثرها أو الغاية منها، ويمكن مقارنة الحق في التراجع بالخيارات التي يمنحها القانون للمتعاقد في القواعد العامة والتي تمكنه من الرجوع في التزامه الناشيء عن العقد، لاسيما من خلال تقنية التعاقد بالعربون، والشرط الفاسخ.

- **الحق في التراجع والعربون:**

يكمن الفرق بين الحق في التراجع والعربون انه في الاول أي في التراجع يعتبر حقا قانونيا بينما في الثانية يعتبر شرطا تعاقديا، أي لا يسري إلا عند الاتفاق عليه في العقد الذي يجمع الطرفين، ومن أوجه تمييز الحق في التراجع عن العربون هو مراعاته للمصلحة الخالصة للمستهلك دون المتعاقد الآخر، فالمستهلك المقترض له الحق في التراجع عن العقد بإرادته المنفردة دون تبرير ودون دفع أي تعويض إضافة الى اعتبار العقد كأن لم يكن، في حين أن التعاقد بالعربون أقر لمصلحة كل من المتعاقدين فإذا نكل المتعاقد الذي دفع العربون فقده، وإذا نكل المتعاقد الذي قبضه رده ومثله[1].

كما يختلف العربون عن الحق في التراجع في أنه في هذا الأخير يمنع على المهني اشتراط قيام المستهلك بأي تسبيق، ومنع أي وفاء تحت أي مسمى كان خلال الأجل المقرر للتراجع، وهو ما يعبر عليه بمجانية استعمال خيار التراجع وعدم الزام المستهلك بدفع أي مقابل مالي جراء استعمال هذا الحق، عكس العربون الذي تتمثل الغاية الأساسية منه في دفع مقابل مالي من أجل تأكيد العقد أو يسمح فيه للمشتري دفع الثمن.

---

[1]) المادة 72 مكرر من الأمر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق تنص على انه " يمنح دفع العربون وقت ابرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، الا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإدا عدل من دفع العربون فقده.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر".

- **<u>الحق في التراجع والشرط الفاسخ:</u>**

يمكن تعريف الشرط الفاسخ أنه الاشتراط العقدي الذي يؤدي تحققه الى انهاء العقد واعتباره كأن لم يكن، أي هو شرط يتفق الاطراف على عدم سريان الالتزام الناشئ في ذمة كليهما عند تحققه[1]، ويتشابه مع الحق في التراجع الى حد كبير، ففي كل منهما يتم تعليق التزامات كلا الطرفين رغم اكتمال كافة أركان العقد الصحيح إذا تحقق الشرط، غير انه يجب مراعاة خصوصية الشرط الفاسخ الذي يتم فيه تعليق العقد على شرط غير متعلق بإرادة الأطراف، في حين أحكام حق التراجع التي يكون فيها تأجيل تنفيذ المستهلك لالتزامه إلى حين انقضاء الأجل المقرر لذلك مرتبط بالإرادة الخالصة للمستهلك، كما أنه في كلاهما يلزم الدائن برد ما أخذه عند اعمال المستهلك لحقه في التراجع أو عند تحقق الشرط الفاسخ[2].

غير أنه يبقى الاختلاف بينهما قائم لاسيما من حيث نطاق تطبيق كلاهما، فيقتصر الحق في التراجع على العقود الاستهلاكية فقط، في حين يمتد تطبيق الشرط الفاسخ الى كافة العقود، كما يعتبر العقد قائما ومنتجا لآثاره في حالة الشرط الفاسخ ويجوز للطرفين البدء في تنفيذ التزاماتهم عكس العقود المعنية بالحق في التراجع أين لا يجوز البدء في التنفيذ الا بعد انقضاء المدة المقررة للتراجع وعدم ابداء المستهلك لحقه في التراجع.

كما يمكن أن يشتبه الحق في التراجع مع حالة البيع على شرط التجربة[3]، بحيث يقوم العقد ويبقى مصيره متوقفا على نتيجة التجربة وإعلان المشتري رفض المبيع، ففي كل من البيع على

---

[1]) الدباس أسامة محمد سليمان، الواقعة الشرطية في القانون المدني الأردني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الاوسط، الأردن، 2013/ 2014، موجودة على الموقع:

https://meu.edu.jo

[2]) حيث تنص المادة 207 من الامر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق على انه " يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر".

[3]) نصت عليه المادة 355 من الامر رقم 58/75، مرجع نفسه، وهو بيع يكون فيه للمشتري حق تجربة الشيء المبيع وله ان يقبله او يرفضه في مدة متفق عليها، ويعتبر سكوت المشتري خلال هذه المدة قبولا.

شرط التجربة والحق في التراجع يتوقف استمرار العقد على إرادة الشخص[1]، ويمكن تشبيه المتعاقد الذي يرفض المنتوج بعد تجربته بالمستهلك الذي يستعمل حقه في التراجع، غير ان الاختلاف يبقى قائم لاسيما الطابع الاتفاقي لشرط التجربة في حين يتميز الحق في التراجع بالطابع القانوني، كما أن مدة التراجع مقررة قانونا في حين ان مدة التجربة يتم الاتفاق عليها أو تستنبط من أعراف المهنة.

2) الطبيعة القانونية للالتزام بالتراجع:

أثارت فكرة التراجع عن العقد حفيظة رجال القانون خاصة تعارضها مع أهم مبدأ من مبادئ القانون والمتمثل في "**مبدأ القوة الملزمة للعقد**" ومبدأ "**العقد شريعة المتعاقدين**"، بالإضافة الى ما يؤخذ عن الحق في التراجع أنه ترك المجال مفتوحا لإرادة المقترض أو المستهلك الذي له الرجوع عن العقد قبل انقضاء أجل التراجع دون ابداء أي تسبيب أو تبرير، وبعبارة أخرى المشرع لم يحدد أو يحصر الأسباب التي يجوز للمستهلك أو المقترض ابداؤها من أجل قبول التراجع، ما قد يجعله متعسفا في استعمال هذا الحق.

ذلك ما دفع الى محاولة تجاوز الاشكالات القانونية التي يطرحها الحق في التراجع عن طريق محاولة إيجاد تأسيس قانوني لهاته الفكرة، فهناك من تطرق لفكرة " تأجيل انعقاد العقد" أي أن العقد لم ينعقد الا بعد انقضاء أجل التراجع، وبالتالي فالتراجع هو مرحلة تحضيرية لإبرام العقد، وهناك من يرى انه مجرد عرض للعقد من الطرف الآخر لا يمكن للمستهلك أن يقبله الا بعد مرور مدة زمنية، اي هو عقد مؤجل التنفيذ.

من أجل توضيح أكثر نتطرق أولا الى الفكرة القائلة بان الحق في التراجع هو مرحلة تحضيرية لإبرام العقد (أ)، ونتطرق ثانيا الى الفكرة القائلة بأن العقد المقترن بالحق في التراجع عقدا معلقا على شرط واقف (ب)، ونتطرق ثالثا الى الفكرة القائلة بأن الحق في التراجع حكم غير شرعي وإخلال بالقوة الملزمة للعقد(ج).

---

[1]) حيث تنص المادة 355 فقرة 02، من الامر رقم 58/75، مرجع نفسه على "يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

أ) الحق في التراجع هو مرحلة تحضيرية لإبرام العقد:

ينظر إلى الحق في التراجع وفق هذا الرأي باعتباره إجراء يندرج ضمن مرحلة تكوين العقد، ويهدف إلى ضمان تمكين المتعاقد الوقت اللازم للتفكير وتقدير العرض الممنوح له من طرف المهني، بعد تعبير كلا الطرفين على رغبتهم في التعاقد، ووفق هذا التكييف فلا يوجد تعارض بين حق التراجع ومبدأ القوة الملزمة للإرادة، فالعقد لم يتكون بعد ومنه فالمتعاقد الذي يتراجع عن العقد لم يفصح بعد عن نيته في التعاقد بصفة نهائية، وأن استعمال حق التراجع يندرج ضمن المرحلة التحضيرية للعقد[1].

طبقا لهذا الرأي فإن الحق في التراجع لا ينقض عقدا مكتمل التكوين، بل مجرد تراجع عن الرغبة الاولية في التعاقد ومنه فالعقد لا يتشكل دفعة واحدة ولكن يتشكل تدريجيا من خلال الأجل المقرر للتراجع وهو ما يتم على مرحلتين في الأولى يكون تراضي المستهلك في مرحلته التكوينية، بتوفير الظروف الملائمة لإنعقاد العقد، وفي الثانية التي قرر فيها حق التراجع، يتدعّم مسار تكوين العقد بشكل نهائي بعدم استعمال المستهلك لهذا الخيار، أو ينقطع هذا المسار بتراجع المستهلك.

غير أننا نرى أن هذا التكييف يشكل مساسا بمبدأ الرضائية في العقود، ودور الإرادة فيانشاء العقد، التي تقضي بأن العقد يعد مبرما ومنشأ لآثاره بمجرد تبادل التعبير عن الإرادة بين الطرفين ولا وجود لأي إحتمال بالقول بتأجيل انعقاد العقد، حيث نصت المادة 59 من القانون المدني على انه " **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية**".

ب) العقد المقترن بالحق في التراجع عقدا معلقا على شرط واقف:

يكيف العقد المقترن بحقّ التراجع وفق هذا الرأي باعتباره عقدا معلقا على شرط واقف، أي يعتبر العقد موقوفا ولا تسري آثاره الا من يوم تحقق شرط معين وهو عدم ابداء المتعاقد لرغبته بالتراجع

[1]) Eric Bazin, Le droit de repentir en droit de la consommation, Dalloz, 2008, p.03 et 04.

في المدة المحددة له، وقد انتقد هذا التكييف على أساس أن التزام المهني يكون باتا من وقت إبرام العقد ولا يتأثر بالحق الممنوح للمستهلك بالتراجع في حين أن الشرط الواقف يوقف كافة آثار العقد في مواجهة كلا طرفي العقد.

كما أن الشرط الواقف هو من الأوصاف المعدلة للالتزام، يتعلق بمسألة خارجية عن الالتزام وعن ارادة الاطراف أو بكيفيات وظروف تنفيذه، لكن الأمر يختلف في حالة حق التراجع، حيث أنه يتعلق بوجود التراضي في ذاته كركن في العقد، ومن ثم فلا يقوم العقد من اساسه إذا اعترفنا بأن الافصاح عن الارادة هو الشرط الواجب تحقيقه من اجل ترتيب العقد لآثاره، كما ان الشرط الواقف لا يجب أن يكون متعلقا على الإرادة المطلقة للأطراف.

ج) الحق في التراجع حكم غير شرعي وإخلال بالقوة الملزمة للعقد:

يركز التحليل الثالث لطبيعة الحق في التراجع باعتباره يمثل إخلالا بفكرة " القوة الملزمة للعقد"، والمبدأ الأساسي في مجال قانون العقود " **العقد شريعة المتعاقدين**" المكرس على مستوى نصوص التقنين المدني المادة 106 " **العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون**"، والذي مؤداه ضرورة التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بكل ما اشتمل عليه وعدم جواز تعديله أو نقضه، ومن تم يمكن ان تعتبر ممارسة المتعاقد لحق التراجع عن العقد بأنه نقض له بالإرادة المنفردة للمتعاقد الذي أقر لمصلحته، كما يعتبر تدمير لعقد مكوّن بشكل صحيح، وما يمكن أن يشكله ذلك من ضرب لاستقرار المعاملات بين الافراد.

غير أنه يمكن تبرير هذا الحق بالحاجة إلى إعادة توازن القوى في العقود الاستهلاكية بمبرر حماية المستهلك، فيرخص القانون بتعطيل القوة التنفيذية للعقد لمصلحة المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إلى حين اكتمال قناعته حول ملاءمة موضوع العقد لحاجاته الاستهلاكية، ويضحّي مؤقتا بالقوة الملزمة للعقد، لفترة محددة من طرفه، ومن اجل هذا يجب ان يبقى هذا الحق محصورا في طائفة معينة من العقود الخطيرة أو ذات الطبيعة المعقدة، حتى لا يتحوّل إلى أولوية غير مبررة يتم استعمالها من طرف المستهلك بدون غاية مشروعة، ويمكن استنتاج شرعية الحق في التراجع من العبارة الواردة في المادة 106 من القانون المدني التي جاء فيها " **فلا يجوز نقضه**

ولا تعديله الا .... أو للأسباب التي يقرها القانون" باعتبار ان الحق في التراجع من بين الاسباب التي يقرها القانون.

الفرع الثاني: تدعيم حقوق المستهلك المقترض

بعد ان عمل المشرع كخطوة اولى على تدعيم إرادة المستهلك في عقد القرض الموجه للمستهلك بالآليات والضمانات التي تكفل له تراضي متبصر وحذر والتي لم يكن يتمتع بها وفق القواعد العامة، لم يكن على المشرع التوقف عند هذا الحد، فالإرادة الواعية والمدركة لكافة جوانب العقد وحدها ليست كافية لجعل المستهلك يتخطى كافة العقبات المحتملة في عقد القرض ولا تجاوز، او على الاقل مضاهاة القوة التي يمتلكها البنك، لذلك كان لزاما على المشرع التفكير في تدعيم المستهلك بحقوق إضافية غير معروفة في باقي العقود، ومن ابرز هاته الحقوق الدفع المسبق للقرض (أولا)، الحق في تعليق ابرام عقد القرض والعقد الرئيسي ببعضهما (ثانيا).

اولا: الحق في الدفع المسبق للقرض

هو حق يمكن للمستهلك المقترض بموجبه أن يتخلص في اي وقت سواء كليا او جزئيا من التزاماته الناتجة عن عقد القرض، مع فقط طلب تعويض عادل يمكن ان يطالب به المقرض وذلك حماية لمصلحته دون ان يتجاوز هذا المبلغ مبلغ الفوائد المتوقع دفعها من يوم الدفع المسبق الى يوم انتهاء العقد.

غير أنه تثور عدة إشكالات بشأن هذا العقد، تتعلق بوجه الخصوص أن التعويض المسبق للقرض كما هو الحال بالنسبة للحق في التراجع ينطوي على إخلال بمبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ اتفق الطرفين على سريان الالتزامات المتفق عليها طيلة مدة العقد، ليسمح بعدها للمستهلك التملص من بعض التزاماته، فإن كان الحق في التراجع ينطوي على مساس بهذا المبدأ قبل بدء سريان العقد

فإن التعويض المسبق للقرض يمس به بعد بدأ سريانه، كما انه ينطوي على مساس بمصلحة البنك، إذ يؤدي الى حرمانه من جزء من حقوقه[1].

ولتوضيح أكثر نتطرق اولا الى مفهوم الدفع المسبق للقرض ومبرراته (1)، ونتطرق ثانيا الى شروط الدفع المسبق للقرض (2).

1) مفهوم الدفع المسبق للقرض ومبرراته:

الدفع المسبق للقرض نص عليه المشرع الجزائري في المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 15/ 114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي تنص على انه " **يمكن المقترض تسديد كل القرض أو جزء منه مسبقا، قبل انتهاء مدة عقد القرض.**
يكون كل بند في عقد القرض يخالف هذه الاحكام عديم الأثر"، أما المشرع الفرنسي فقد نص عليه في المادة L.312-34 من قانون الاستهلاك[2].

هذا الحق من صنيع القانون الاستهلاكي فهو غير معروف في القواعد العامة، حيث يعتبر العقد باتا ويجب على كلا طرفيه الوفاء بالتزاماته وفق ما تم الاتفاق عليه، ففي عقد القرض وفق القانون المدني يجب على المقترض ان يرد للمقرض عند نهاية القرض نظير ما تلقاه من المقرض في النوع والقدر والصفة، حيث تنص المادة 450 من القانون المدني على "**قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض ان ينقل الى المقترض ملكية مبلغ من النقود او اي شيء مثلي آخر، على ان يرد اليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة**"، إذ المبدأ السائد هو مبدا العقد شريعة المتعاقدين حيث تنص المادة 106 على "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون** ".

---

1) Jean Laurence Girard, Paquita Camel, rapport réformer le crédit à la consommation, 07/04/2009, p.09, disponible sur le site https://tnova.fr, consulté le 11/10/2021 a 18 :00.

2) Art L.312-34 alinéa 01, C. Conso, op.cit. « L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, le crédit qui lui a été consenti. Dans ce cas, les intérêts et frais afférents à la durée résiduelle du contrat de crédit ne sont pas dus ».

غير انه تجدر الاشارة الى ان المشرع منح للمدين في القرض الاستهلاكي المنصوص عليه في القانون المدني وذلك في المادة 458 منه[1] امكانية التخلص من اعباء العقد لكن ذلك بإلغائه ومن تم رد الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد عكس الحق في الدفع المسبق الذي يمنح للمقترض الحق في دفع جزء من مبلغ العقد والإبقاء على العقد قائما، كما يمكن للمقرض فيه أن يشترط مبلغ معين من الفائدة نظير المدة المتبقية.

وعن مبررات الدفع المسبق للقرض يمكن جمعها في:

* حفاظا على مبدأ منع الالتزامات الأبدية، غير ان هذا المبرر يجدي نفعا فقط في العقود غير محددة المدة، في حين العقود غير محددة المدة فتعتبر المدة المتفق عليها في العقد بندا اتفاقيا لا يجوز نقضه.

* من مصلحة كلا الطرفين التخلص من التزاماته، فحتى البنك من مصلحته استرجاع امواله إما لإعادة استعمالها في استثمارات مربحة أكثر أو لإدخالها في الضمان العام الذي يشكل قاعدة صلبة لتشجيع الايداع.

* هذا الحق في مصلحة المستهلك، الذي لديه خيار التخلص من الائتمان الذي قد لم يعد ضروريا له كتحسن وضعيته المالية، أو أن يراه أصبح مفرطا مقارنة ببدائل أخرى في سوق القرض، خاصة في حالة انخفاض أسعار الفائدة، فيمكن للمقترض الحصول على قرض جديد بسعر أقل[2].

* كما يعد تشجيع المقترضين على الدفع المسبق وسيلة لتفادي حالات التوقف عن الدفع لان استمرار القرض بالتزاماته وفوائده قد يضع التزامات اضافية على المقترض قد لا يمكنه تحملها لاحقا.

---

[1]) حيث تنص على "يجوز للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض ان يعلن عن رغبته في الغاء العقد، ورد ما اقترضه على ان يتم ذلك في اجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الاعلان.

أما حق المقترض في الرد فانه لا يجوز اسقاطه أو تحديده بمقتضى الاتفاق".

[2]) Stephane Piédelievre, op.cit. p.29.

2) شروط الدفع المسبق للقرض:

ينبغي الحفاظ على مصلحة كل من البنك لأنه أخذ في اعتباراته عند منح القرض المدة كاملة وأحتسب الفوائد كاملة واقر ملائمة هذا القرض عن غيره من القروض، وفي نفس الوقت الحفاظ على مصلحة المقترض في التخلص من القرض واعباؤه مادام له الرغبة في التسديد وأصبح في غير حاجة للأموال، لذلك كان لزاما على المشرع ان يخضع ممارسة الحق في الدفع المسبق للقرض لمجموعة من الشروط، حتى لا يتحول الى وسيلة للإضرار بكلى الطرفين أو يحيد عن الغرض الذي أقره المشرع من وراءه:

* يمكن أن يشترط أن يتم النص في العقد على امكانية الدفع المسبق من أجل امكانية اللجوء اليه، كما يمكن أن يتم وضع حد للأقساط الواجب دفعها سواء من حيث المدة، كاشتراط مرور مدة معينة على ابرام العقد، أو من حيث مبلغ الاقساط الواجب دفعها، كما يمكن التمييز بين الدفع الكلي والجزئي للقرض.

* لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتجاوز أي تعويض مبلغ الفائدة التي كان المقترض سيدفعها خلال الفترة بين السداد المبكر وتاريخ انتهاء اتفاقية الائتمان المتفق عليها في البداية.

* كما أعفى المشرع الفرنسي عمليات الإيجار مع خيار الشراء من هذا الإجراء، وذلك في المادة L.312-35 من قانون المستهلك لأنه في هذه العقود يكون جانب الإيجار هو الغالب، ومع ذلك فهي عقود لا تنقل الملكية وسبب دفع الإيجارات يكمن في توفير الشيء المؤجر وتمكين المقترض المستأجر من الانتفاع به.

* في التشريع الفرنسي عدد المشرع مجموعة من الحالات لا يجوز فيها للمقرض مطالبة المقترض بأي تعويض عن التكاليف والفوائد المتعلقة بالمدة المتبقية لعقد القرض، وتتمثل هاته الحالات في:

- في حالة الترخيص بالدفع على المكشوف،
- إذا كان الدفع المسبق تنفيذا لعقد تأمين موجه لضمان تسديد مبلغ القرض،
- إذا كان معدل الاقتراض غير ثابت،

ـ اذا كان القرض قابلا للتجديد وفق المادة L.311-16. [1]

اما عن مبلغ التعويض الذي يلزم المقترض بدفعه عن المدة المتبقية للقرض في حالة تفعيله للحق في الدفع المسبق للقرض، فلم يحددها المشرع الجزائري عكس المشرع الفرنسي الذي أقر أنه اذا كان المبلغ المدفوع مسبقا أعلى من مبلغ يحدد بمرسوم (10000 أورو) لا يجب أن تتجاوز نسبة التعويض 01 بالمئة من مبلغ القرض وذلك إذا كانت الفترة بين الدفع المسبق ونهاية القرض أكثر من سنة، أما اذا كانت هاته الفترة أقل من سنة لا يمكن للتعويض أن يتجاوز 0،5 بالمئة من مبلغ القرض، كما لا يمكن باي حال من الاحوال أن يتجاوز مبلغ التعويض مبلغ الفوائد المتبقي للمقترض دفعه لو لم يلجأ الى الدفع المسبق[2].

من الأجدر ان تتاح لكل من البنك والمقترض امكانية طلب الدفع المسبق للقرض وعدم اقتصارها على المقترض، لأن فوائده لا تقتصر فقط على المقترض بل يمكن للتعويض المسبق أن يكون في مصلحة البنك كما سبق توضيحه، كأن تصبح عوائد القرض بمرور الوقت ذات قيمة بسيطة مقارنة مع الأسعار الحالية ما يجعل البنك يسعى الى استرجاع أمواله من أجل اعادة توظيفها في قروض مربحة، وبذلك سيلجأ الى تقديم عروض مغرية بالدفع المسبق للمقترض قد تكون السبيل لإخلاء ذمته وجعله يتنصل من التزاماته.

ثانيا: الحق في تعليق ابرام عقد القرض والعقد الرئيسي ببعضهما

هو أيضا حق من الحقوق المقررة لمصلحة المستهلك المقترض، ويقضي بضرورة وجود رابطة بين عقد القرض والعقد الأصلي، فلا وجود لأحدهما دون الآخر، اي ان عقد القرض المراد ابرامه من اجل تمويل العقد الرئيسي سوف يبرم بصفة معلقة الى أن ينعقد هذا الاخير، وهذا الارتباط الموجود بين العقد الممول وعقد القرض هو ارتباط مفترض قرر لمصلحة المستهلك المقترض، فالأصل ان عقد القرض والعقد الأصلي الذي قد يكون بيعا او إيجارا او تأدية خدمة هما عقدان مستقلان عن

1) Art L.312-34, C. Conso, op.cit.

2) Art L.312-34, C. Conso, IBID.

بعضهما[1]، ومن أجل توضيح أكثر حول هذا الحق ومحتواه نتطرق اولا الى الحق في تعليق عقد القرض لحين ابرام العقد الرئيسي (1)، ونتطرق ثانيا الى الحق في تعليق العقد الرئيسي الى حين ابرام عقد القرض (2).

1) الحق في تعليق عقد القرض لحين ابرام العقد الرئيسي:

هو التزام يقضي بتعليق الالتزامات الناشئة عن عقد القرض ومنع البنك من الوفاء بهذه الالتزامات الى حين حصول المقترض على الموافقة على العقد الأساسي المراد تمويله عن طريق القرض والتسليم الفعلي للسلعة أو الأداء الفعلي للخدمة محل هذا العقد، ونصت عليه في التشريع الجزائري المادة 08 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي جاء فيها "**لا تسري واجبات المقترض إلا ابتداء من تسليم السلعة التي استوفي القرض من أجلها**"[2]، أما المشرع الفرنسي فنص عليه في المادة L.312-46 من قانون الاستهلاك[3].

وشرط التعليق هو شرط قانوني وليس اتفاقي أي يسري ولو لم ينص عليه الأطراف، ويمكن الاستناد من اجل تبرير هذا الشرط الى فكرة الفعالية العقدية، اي حماية رضا المتعاقدين وحماية النتيجة العقدية التي يصبوا اليها الأطراف، فالمقترض لم تتجه نيته الى الحصول على القرض وليس الى شراء منقول او عقار معين او الاستفادة من خدمة محددة، ولكن اتجهت نيته الى الحصول على قرض من اجل تمويل شراء هذا المنقول أو العقار أو الاستفادة من خدمة، وبذلك

---

[1]) تجدر الإشارة الى انه توجد عقود مرتبطة قانونيا مثل عقد الكفالة الذي يرتبط بالعقد المكفول، أنظر المواد 644 وما يليها من القانون المدني.

[2]) في هذا الصدد يمكن رصد موقف منفرد للمشرع الجزائري حيث لم يوقف شرط التعليق لعقد القرض على انعقاد عقد البيع كما هو الحال في التشريع الفرنسي وانما على تسليم السلعة وهو موقف يحسب له لأنه يضمن الاستفادة الفعلية للمستهلك من الشيء المبيع وهذا ما يشكل حماية اضافية للمستهلك.

[3]) Art L.312-46, C. Cons, op. cit « aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit, lorsque cette condition n'est pas remplie, le vendeur ne peut recevoir aucun paiement, sous quelque forme que ce soit ni aucun dépôt ».

فهذا الترابط بين العقدين هو تجسيد للحرية العقدية، اما تبرير انه شرط قانوني وليس عقدي هو ان وظيفة القانون هو حماية الاشتراطات العقدية.

اما عن جواز تنازل المقترض عن هذا الحق، لم ينص المشرع الجزائري على امكانية ذلك، في حين نص المشرع الفرنسي على جواز ذلك بطلب صريح من المستهلك مؤرخ ممضي بيده ان يجيز هذا التسليم او التوريد للسلعة او الخدمة فوريا وفي هاته الحالة ينتهي اجل التراجع الممنوح له مند لحظة توريد السلعة أو اداء الخدمة[1]، كما قررت السوابق القضائية الفرنسية أيضا جواز ذلك، وأقرت انه في حالة وجود اشارة بخط يد المقترض تفيد بالتنازل فلن يستفيد من شرط التعليق الا بإثبات أن الاحتيال وقع من طرف المهني[2]، كما أقرت أيضا أن هذا التنازل غير معترف به إذا تعلق الامر بعقد بيع عقار يتم تسديده عن طريق قرض حتى في حالة وجود اشارة بخط يد المقترض، فيعتبر العقد قد تم تحت شرط التعليق، وان هذا الإقرار لا اعتبار له[3].

---

1) Art L.312-47 alénia 02, C. Conso, op.cit.

2) Cass. Civ. 1er, N° 93-13-653, du 16 mai 1995, www.Légifrance.fr «...l'acquéreur, qui a déclaré que le prix serait payé sans l'aide d'un ou plusieurs prêts et qui a porté à l'acte, de sa main, la mention prescrite par l'article L. 312-17, alinéa 1er, du C. Cons, ne peut se prévaloir des dispositions des articles L. 312-1 et suivants de ce Code s'il recourt néanmoins à un prêt ; que la cour d'appel, ayant constaté que les bénéficiaires de la promesse ne rapportaient pas la preuve d'une fraude à la loi, a légalement justifié sa décision ».

3) Cass. Civ. 1er, N° 85-15.839, du 10 mars 1987, www.Légifrance.fr « l'action des époux Z... tendant à l'annulation de la promesse de vente était fondée non pas sur l'existence d'un vice du consentement mais sur la circonstance que la mention manuscrite apposée par eux sur la promesse d'achat était contraire à la réalité et avait pour objet " d'éviter l'application de la loi du 13 juillet 1979 ...

Attendu, ensuite, qu'étant établi que le prix de l'immeuble d'habitation objet de la promesse d'achat devait être payé à l'aide d'un prêt, cet acte était nécessairement conclu sous la condition suspensive de son obtention ; que cette condition suspensive n'ayant pas été réalisée du fait du refus du prêt, »

2) الحق في تعليق العقد الرئيسي لحين ابرام عقد القرض:

نصت على هذا الالتزام المادة 10 من المرسوم التنفيذي 114/15 المذكور اعلاه " **لا يمكن اكتتاب اي التزام من طرف المشتري تجاه البائع في اطار القرض الاستهلاكي مالم يتحصل هذا الأخير على الموافقة المسبقة للقرض**" كما يمنع تقديم أي دفع تحت أي شكل كان مالم يتحصل على الموافقة المسبقة للقرض[1]، كما لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد الا بعد اخطاره من طرف المشتري بحصوله على القرض[2] وفي حالة مخالفة ذلك تكون اعباء هذا التوريد او التسليم على البائع وحده وهو من يتحمل اخطارها.

يعتبر وفق القواعد العامة شرط تعليق العقد باطلا والالتزام برمته غير قائم عندما يكون المدين الملتزم بموجب هذا الشرط هو الذي حال دون الوفاء به[3]، وهو الأمر نفسه الذي ينبغي ان يكرس في المجال الاستهلاكي، حيث ليس من الحكمة ان يترك المجال مفتوحا لإرادة المستهلك ان يحقق الشرط المعلق متى شاء وما يؤدي به ذلك الى المساس باستقرار المعاملات.

لذلك يجب ان يكون عدم الحصول على القرض لسبب خارج عن ارادة الاطراف، والا اعتبر شرط التعليق غير مستوفيا، اي يجب ان يثبت المقترض انه غير مقصر في طلب القرض وأنه قدم طلب الحصول على القرض في المدة المحددة وبالشروط التي تتلاءم مع العقد الرئيسي المراد

---

[1]) في التشريع الفرنسي نصت على هذا المنع المادة L.312-46 من قانون الاستهلاك، ويشمل المنع حتى المبلغ الذي وافق المشتري على دفعه نقدا اي المبلغ غير المشمول بالقرض، لان عملية البيع لم تبرم بعد بشكل نهائي، وكذلك اي ترخيص بالاقتطاع للحساب البنكي للمشتري يعلق سريانه الى غاية سريان عقد البيع.

[2]) المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مرجع سابق.

[3]) حيث تنص المادة 205 من الامر 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق على " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"، في حين اعتبر المشرع الفرنسي الشرط مستوفى عندما يكون المدين الملزمً بموجب هذا الشرط هو الذي حال دون الوفاء به، دون ان يمس بالعقد الذي يبقى قائما

Art 1178, Code Civil « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement ».

ابرامه، وإلا اعتبر شرط التعليق كذلك غير موجود ومن تم يسري العقد الرئيسي دون انتظار الحصول على القرض[1].

يثار التساؤل حول حق البائع في ان يحبس مبلغ معين كتعويض له في حالة عدم ابرام العقد بسبب المستهلك، كعدم اتخاذه الاجراءات اللازمة للحصول على القرض، أو عدم بدله قصارى جهده في الحصول على القرض أو ارتكب أخطاء، كأن لم يقبل عرضا وفق الشروط المنصوص عليها في العقد الأساسي[2].

نجيب على هذا التساؤل بانه حتى ولو لم ينص المشرع على ذلك صراحة غير انه لا يجب التضحية بمصلحة البائع الذي يحبس المبيع ولا يبيعه لمصلحة المشتري، ثم تطلق يد هذا الاخير في الحصول على القرض، ومن أجل تجاوز هذا الإشكال يجب النص على ضوابط تضمن حق كلى الطرفين:

* يجب ان يحدد في العقد الرئيسي بدقة الخصائص الواجب توافرها في العقد التمويلي (القرض)، ويقع على المقترض إثبات أنه قد طلب بالفعل قرض متوافق مع هاته الخصائص[3].

---

[1]) وبالتالي فإن الحصول الفعلي على القرض ليس حتمية حتى يعتبر الشرط محققا وانما بدل العناية الكافية للحصول على القرض هو الشرط الكافي لاعتبار شرط التعليق محققا حتى لا يتحول شرط التعليق من حق للمستهلك الى وسيلة للإضرار بالمتعاقد الآخر في العقد الأصلي او بالمقرض.

[2]) اقرت محكمة النقض الفرنسية ان المستفيد من وعد بالبيع مع شرط تعليقي بالحصول على القرض يكفي له ان يقدم على الاقل طلب واحد للقرض مطابق للمقتضيات الواردة في عقد الوعد وإلا اعتبر مقصرا ومساهما في عدم تحقيق شرط الحصول على القرض ويعتبر بذلك الشرط مستوفيا ويسري عقد البيع:

Cass. Civ. 3eme, N° 98-10.766, du 08 Décembre 1999, WWW.Légifrance.fr « alors qu'en l'absence de stipulations contractuelles contraires, le bénéficiaire d'une promesse de vente sous condition suspensive d'obtention d'un prêt effectue les diligences requises et n'empêche pas l'accomplissement de la condition, lorsqu'il présente au moins une demande d'emprunt conforme aux caractéristiques stipulées à la promesse et restée infructueuse, »

[3]) في قرار لها نقضت محكمة النقض الفرنسية قرار جهة الاستئناف (Cour d'appel de Versailles) الذي اعتبر ان مجرد طلب سعر فائدة اقل من السعر المنصوص عليه في الوعد لا يعد خطأ من جانب المقترض، ومن تم أقرت أن المقترض طلب قرض غير متوافق مع العقد:

* يجب ان يحدد العقد الرئيسي المدة الواجب خلالها تقديم طلب الحصول على القرض، لأنه من غير المعقول أن يترك مفتوحا من أجل استقرار المعاملات، لان هذا الاجل يسمح للمستهلك بالبحث عن تمويله، كما انه إذا حصل المقترض على القرض، قبل انتهاء الاجل يتم اتحاد العقدين (العقد الرئيسي والقرض)، ومن جهة اخرى إذا لم يتم الحصول على قرض فسيتم ابطال العقد الرئيسي، لذلك فالمدة ضرورية.

* يجب ان تشمل المدة المتفق عليها لتعليق عقد البيع المدة المخولة للمستهلك للتراجع عن العقد، اي يجب ان تضاف هاته المدة الى المدة السابقة عن حصول المستهلك على الموافقة للقرض والعقد الرئيسي وابداء قبوله[1].

* ضرورة إخطار المقترض للبائع بتخصيص القرض في اجل 8 ايام عمل ابتداء من تاريخ تبليغ الموافقة على الحصول على القرض، وإلا فلن تسري آثار عقد البيع، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15.[2]

Cass. Civ. 3eme, N° 12-29.021, du 20 Novembre 2013, Bull Civ, N°09, 2013, p.152, « l'arrêt retient … que le seul fait de demander un taux légèrement inférieur au taux prévu par la promesse ne constitue pas une faute justifiant la mise en jeu de la clause pénale.
Qu'en statuant ainsi, tout en constatant, d'une part, que Mme Y… avait sollicité de la banque BNP Paribas un prêt à un taux ne correspondant pas aux caractéristiques de la promesse, d'autre part, qu'elle se contentait de produire une lettre de Cetelem indiquant que son dossier avait été détruit, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé »

[1]) تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي، مرجع سابق على انه "لا يلزم البائع بتسليم او تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد اخطاره من طرف المشتري بتحصله على القرض.

غير انه يتاح للمشتري أجل للعدول مدة ثمانية (8) ايام عمل تحسب من تاريخ امضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

[2]) وفي التشريع الفرنسي نصت المادة (L.312-52) من قانون الاستهلاك الفرنسي على ان يتم حل عقد البيع بقوة القانون ودون اي تعويض إذا لم يعلم المقرض البائع بتخصيص القرض في أجل سبعة ايام تسري من يوم قبول القرض من طرف المقترض، وكذلك الحال إذا استعمل المقترض حقه في العدول عن العقد.

المطلب الثاني: حماية المصلحة الفردية للمستهلك المقترض في بعض أصناف القروض

يقصد بها التدعيم التشريعي الذي يكرسه المشرع حماية للمستهلك المقترض فيما يخص بعض عقود القرض، التي ارتأى فيها عدم كفاية القواعد العامة والاحكام الحمائية للقروض الاخرى لتوفير حماية كافية له، وانما تتطلب قواعد وأحكام إضافية أخرى أكثر تعمقا، وقد يكون ذلك استجابة لحالة المستهلك المقترض ومركزه التعاقدي، أو لخطورة هاته القروض في حد ذاتها، أو تحقيقا لغايات أخرى اقتصادية أو اجتماعية، ومن أبرز القروض التي خصها المشرع بحماية خاصة، القروض المبرمة في إطار العمليات البنكية عن بعد (الفرع الاول)، والقروض العقارية (الفرع الثاني).

الفرع الاول: حماية المستهلك المقترض في العمليات البنكية عن بعد

لم يكتفي المشرع فيما يخص العمليات البنكية عن بعد بنفس مستوى الحماية الذي أقره للمستهلك المقترض في العمليات العادية ولذلك ما يبرره، فإن كان مبرر تمييز المستهلك المقترض وتخصيصه بقواعد حمائية غير معهودة في القواعد العامة هو ضعف مركزه التعاقدي ونقص الخبرة لديه فإن هذا المبرر يصبح أكثر إلحاحا فيما يخص العمليات البنكية عن بعد، فالمستهلك أصبح يواجه إضافة إلى كثرة الالتزامات وتعقدها وعدم إلمامه بها، خطورة من طبيعة أخرى تتعلق على وجه الخصوص بإمكانية تضليله بواسطة وسائل الاتصال المستعملة في التعاقد، أو عدم تمكينه من الاستفادة من الحقوق المقررة حماية لمصلحته، أو تعرضه لأي احتيال مهما كانت طبيعته، ولتوضيح أكثر نتطرق أولا للإطار المفاهيمي لحماية المستهلك المقترض في العمليات البنكية عن بعد (أولا)، ونتطرق ثانيا الى آليات حماية المستهلك المقترض في العمليات البنكية عن بعد (ثانيا).

أولا: الإطار المفاهيمي لحماية المستهلك المقترض في العمليات البنكية عن بعد

أطلق عليه المشرع الجزائري اسم العقد الإلكتروني، وعرفه في المادة 06 من القانون رقم 05/18 متعلق بالتجارة الإلكترونية أنه " العقد بمفهوم القانون رقم 02/04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى

عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

ويجد التعاقد عن بعد أساسه في القواعد العامة في إجازة التعاقد ما بين غائبين الذي نصت عليه المادة 67 من القانون المدني[1]، وفيما يخص جواز التعامل عن بعد في إطار العمليات البنكية أو في إطار القرض البنكي لم ينص القانون المنظم للتجارة الإلكترونية باعتباره الشريعة العامة للعمليات عن بعد صراحة على ذلك، غير أنه لم يمنع ذلك ايضا[2]، كما خصص الفصل السادس من الباب الثاني منه للدفع الالكتروني الذي يعد أحد العمليات البنكية الأصلية[3]، وهذا إجازة ضمنية للعمليات البنكية عن بعد.

ولقد نشر بنك الجزائر عبر موقعه الإلكتروني قائمة للخدمات البنكية الجائز التعامل فيها يوم 31 جانفي 2022، تنفيذا للمادة 07 من النظام رقم 01/20 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية[4]، والتي حددت العمليات البنكية الرقمية وفق صنفين هما الخدمات البنكية عبر الخط والخدمات البنكية عبر الهاتف والتي تتعلق على وجه الخصوص بمعاينة الحساب والتحويلات البنكية ودفع الفواتير، طلب الاستشارة حول مختلف العمليات البنكية (الحسابات البنكية، القروض) تنزيل كشوفات الحساب وغيرها من العمليات، دون التطرق الى الخدمات المتعلقة بمنح الإئتمان البنكي عن بعد او بتنفيذه، وبذلك تبقى هاته العمليات البنكية عن بعد في نطاق ضيق ومحدود[5].

---

[1]) نصت المادة 67 من الامر 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق على انه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

[2]) حيث أوردت المادة 03 من القانون 05/18 متعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق، قائمة من النشاطات لا يجوز التعامل فيها عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، ولم يرد أي من الانشطة البنكية ضمنها.

[3]) أنظر المادة 66 من الامر 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[4]) التي نصت على " تقوم مصالح بنك الجزائر بمسك مدونة يوثق فيها المنتجات والخدمات البنكية المرخصة، ويتم تحيينها بصفة دورية، تكون هذه المدونة محل نشر من طرف بنك الجزائر وترسل الى البنوك والمؤسسات المالية'.

[5]) https ://www.bank-of- algeria.dz, op.cit.

وعرف المشرع الفرنسي العقد عن بعد أنه أي عقد مبرم بين محترف ومستهلك، في إطار نظام بيع منظم أو تقديم خدمات عن بعد، دون الحضور المادي المتزامن للمحترف والمستهلك، عن طريق الاستخدام الحصري لواحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد إلى غاية إبرام العقد[1]، كما استثنت المادة L.222-2 من قانون الاستهلاك بعض العمليات من نطاق العمليات الجائز التعامل فيها عن بعد ومن تم الجائز تمويلها عن طريق عمليات القرض لاسيما العقود المتعلقة بالخدمات الاجتماعية (الإسكان الاجتماعي ومساعدة الطفل والأسرة)، العقود المتعلقة بالخدمات الصحية، العقود المتعلقة بالمقامرة وألعاب الحظ، العقود المتعلقة بخدمات نقل الركاب وغيرها[2].

ثانيا: آليات حماية المستهلك المقترض في العمليات البنكية عن بعد

لقد كان لاتساع رقعة استعمال الأنترنت والوسائل التكنولوجية في النشاط الاقتصادي تأثير بالغ على النشاط البنكي بصفة عامة ونشاط منح القروض بصفة خاصة، حيث كان لهذا الأخير نصيب كبير من هذا التطور، ودفعت الضمانات التي تقدمها الأنترنت إلى تشجيع عملية منح القروض وتسهيلها وفي نفس الوقت تعريضها لمجموعة من المخاطر التي يمكن لتحققها أن تكون لها آثار سلبية على المقترض وحتى على نشاط منح القرض برمته، لذلك كان حريا التدخل ووضع أحكام وآليات حمائية، نتولى دراستها في كل من التشريع الفرنسي وفي التشريع الجزائري، ويمكن جمعها فيما يلي:

* يجب على البنك أن يضع في متناول المستهلك مجموعة من المعلومات قبل إبرام العقد في إطار الالتزام المسبق بالإعلام، هذه المعلومات يجب أن تظهر طبيعتها التجارية بشكل لا لبس فيه، يتم توفيرها بطريقة مقروءة ومفهومة بأي وسيلة تتكيف مع تقنية الاتصال عن بعد المستخدمة، تتعلق لاسيما بـ:

---

[1]) Art L.221-1, C. Conso, op.cit. « Contrat à distance : tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ».

[2]) Voir Art L.221-2, C. Conso, op.cit.

- رقم التعريف الجبائي ورقم السجل التجاري للمورد الالكتروني،
- طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم، أو طريقة حساب هاته الاسعار، وكيفيات واجراءات الدفع،
- كيفيات ومصاريف وآجال التسليم،
- الشروط العامة للبيع، شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع،
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الالكترونية،
- شروط وآجال العدول وطريقة تأكيد الطلبية، وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة،
- طريقة ارجاع المنتوج او استبداله او تعويضه،
- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الالكترونية عندما تحتسب على اساس آخر غير التعريفات المعمول بها[1].

وهي المعلومات التي من شأنها أن توفر حماية كافية للمستهلك لمنع تضليله أو إيقاعه في الغلط من طرف المهني، والتي تبدو أكثر تفصيلا من تلك التي اوردها المشرع الفرنسي والمتمثلة في:

- هوية المحترف وبيانات الاتصال الخاصة به وأي شخص يتصرف نيابة عنه،
- المعلومات المتعلقة بالمنتجات والأدوات والخدمات المالية المعروضة،
- المعلومات المتعلقة بالحق في الانسحاب،
- الشروط التعاقدية، لا سيما التعريفات وطرق ومكان إبرام العقد،
- القانون الواجب التطبيق على العقد والاختصاص القضائي[2].

* ألزم المشرع المورد الالكتروني بإرسال نسخة الكترونية من العقد إلى المستهلك بمجرد إبرام العقد[3]، وهو نفس الالتزام الذي نص عليه المشرع الفرنسي بصفة أكثر وضوحا، حيث اشترط أن يتلقى المستهلك كتابيًا أو على وسيط دائم آخر الشروط التعاقدية وكذلك المعلومات التي نصت

[1]) المادة 11 من القانون رقم 05/18، متعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

[2]) Art L.222-5, C. Conso, op.cit.

[3]) المادة 19 من القانون رقم 05/18، متعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

عليها المادة L.222-5 المذكورة اعلاه، يتم توفيرها للمستهلك وفقًا للأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة بكل منتج أو أداة مالية أو خدمة مقدمة.

ويحق للمستهلك كذلك في أي وقت خلال العلاقة التعاقدية أن يطلب استلام الشروط التعاقدية على دعامة ورقية، بالإضافة إلى ذلك يحق له تغيير تقنيات الاتصال عن بعد المستخدمة، ما لم يكن ذلك غير متوافق مع العقد المبرم عن بعد أو مع طبيعة الخدمة المالية المقدمة[1].

* كما سعى المشرع الفرنسي إلى توفير الحماية للمستهلك من حيث وسيلة الاتصال المستعملة، حيث أقر أنه إذا كانت وسائل الاتصال عن بعد الموجهة لتسويق العمليات المالية غير تلك المنصوص عليها في المادة L.34-5 من قانون الاتصالات الإلكترونية فلا يمكن استخدامها إلا في حالة عدم إبداء المستهلك لمعارضته[2]، وهذا ما يشكل حماية إضافية للمستهلك من خلال ضمان درجة فعالية وأمان مقبولة للمستهلك، فقد تساهم وسيلة الاتصال نفسها في إيقاع المستهلك في الغلط أو في عدم فهم الشروط التعاقدية، ومن تم قد تساهم في تفاقم حالة الضعف التي هو عليها.

* يمنع استخدام أية آلية لتسويق الخدمات المالية عن بعد أو أي نظام اتصال الكتروني للمعلومات الشخصية لشخص طبيعي لم يبدي رغبته المسبقة باستقبال عروض التسويق المباشر بواسطة هاته الوسائل، ومن تم يجب على البنك الحصول على الموافقة المسبقة للمستهلك قبل أن يرسل أية عروض تجارية أو أي رسالة تهدف إلى الترويج بشكل مباشر أو غير مباشر لسلع أو خدمات بواسطة آليات الاتصال الإلكترونية.

ويتاح للمستهلك إمكانية المعارضة مجانا وبطريقة بسيطة على استخدام بياناته الشخصية دون إذن منه، وفي سبيل منع استعمال عمليات الترويج للسلع والخدمات لأغراض أخرى من أجل التأثير

---

1) Art L.222-6, C. Conso, op.cit.

2) Art L.222-16, C. Conso, IBID.

على الأشخاص أو في قناعتهم وآرائهم يمنع إيراد أية معلومة اخرى لا علاقة لها بموضوع الخدمة، كما يحظر ايضا إيراد أي رسالة لا تظهر الهوية الحقيقية لصاحبها[1].

* منع المشرع الفرنسي عمليات الإشهار أو الترويج التي يتم إرسالها إلى الزبائن الذين من المحتمل أنهم غير مهنيين المتعلقة ببعض العمليات المالية لبعض الخدمات الاستثمارية، أي توجد طائفة من العمليات الاستثمارية يمنع على البنك توجيهها للمستهلك لاحتوائها على مجموعة من المخاطر والتي ذكرتها المادة L.533-12-7 من القانون النقدي والمالي والمتمثلة في خدمات الاستثمار التي تنصب على عقود مالية لم يتم قبولها للتفاوض في سوق منظم أو في نظام متعدد للتفاوض المحددة في اللوائح العامة لسلطة الأسواق المالية، وتتميز بخصائص تتعلق بأن طبيعة مخاطرها غير واضحة والحد الأقصى لمخاطرها غير معروف[2].

* منع المشرع الفرنسي أيضا أي إعلان إلكتروني مباشر أو غير مباشر يتمثل الغرض منه في دعوة المستهلك عن طريق نموذج اتصال من أجل موافقته على تقديم عمليات تتعلق بالخدمات المالية الرقمية بمفهوم المادة L.54-10-2 من القانون المالي والنقدي الفرنسي (التعامل في الأصول الرقمية عن طريق الشراء والتبادل، استخدام أرضية للتفاوض الرقمي، تسيير حافظة الأصول الرقمية...الخ) [3].

أي توجد خدمات مالية لا يجوز اصلا أن تقدم الى المستهلك عبر الطريق الإلكتروني، وذلك في سبيل حماية المستهلك المقترض من إغرائه من طرف البنك بعمليات يدعي انها مربحة في حين تنطوي على مخاطر لا تتحملها وضعيته سواء على المستوى المادي أو على المستوى الخبراتي.

* لا يمكن للمهني البدء في تنفيذ العقود المبرمة عن بعد إلا بعد مرور فترة التراجع، ولا يمكن للمستهلك أن يتحمل أي عبئ مالي ماعدا الدفع النسبي للخدمة التي استفاد منها فعلا، ولا يمكن للمهني المطالبة بأي دفع إذا كان قد بدأ تنفيذ العقد قبل انتهاء فترة التراجع ودون طلب مسبق من

---

1) Art L.34-5, Code des postes et des communications électroniques.

2) Art L.222-16-1, alénia 01, C. Conso, op.cit.

3) Art L.222-16-1, C. Conso, IBID.

المستهلك، كما يسجل على المشرع الفرنسي ايراده لحكم جديد يتعلق بعدم جواز أي بدء في التنفيذ في عقود القرض عن بعد الموجهة للمستهلك خلال السبعة أيام الاولى[1].

* كما أورد المشرع الفرنسي حكما استثنائيا آخر في المادةL.222-11 من قانون الاستهلاك فيما يخص القروض المخصصة (أي الموجهة لتمويل عقد محدد بالذات) المبرمة عن طريق تقنية الاتصال عن بعد يتمثل في عدم جواز تخفيض أجل التراجع المقرر بـ 14 يوم عكس باقي القروض.

* فيما يخص استعمال المستهلك لحقه في التراجع يقوم المورد بتعويضه في أسرع وقت في أجل 30 يوم عن جميع المبالغ التي حصل عليها منه بموجب العقد (باستثناء مبالغ الخدمة الفعلية التي استفاد منها المستهلك فعلا) تبدأ هاته الفترة في السريان من اليوم الذي يتلقى فيه المورد إشعارا من المستهلك برغبته في الانسحاب، ويجب على المستهلك أن يعيد إلى المورد في أجل 30 يوم أي مبلغ واي ممتلكات تحصل عليها من هذا الأخير[2].

الفرع الثاني: حماية المستهلك المقترض في القرض العقاري

تتجسد حماية المستهلك في القرض العقاري على ضرورة توفير الحماية للمقترض في المرحلة القبلية للعقد من خلال توعيته وإحاطته علما بمضمون الالتزامات التي سيتحملها ومدى خطورتها، والإجراءات الواجب إتباعها من أجل التقليل من هاته الخطورة، وحمايته من أي تضليل أو استغلال قد يتعرض له من طرف البنك.

وكذا من خلال توفير الحماية له في المرحلة بعد عقدية من خلال ضمان تنفيذ البنك لالتزاماته وفق ما تم الاتفاق عليه وتأطير مديونية المقترض ومرافقته من أجل تفادي أية مشاكل قد تلحق بوضعيته المالية وتعرضه للعجز عن تعويض قرضه، ولتوضيح أكثر نتطرق أولا الى ضرورة توفير الحماية للمستهلك في القروض العقارية (أولا)، ونتطرق ثانيا الى آليات توفير الحماية للمستهلك في القروض العقارية (ثانيا).

---

1) Art L.222-13 et L.222-14, C. Cons, IBID.

2) Art L.222-15, C. Conso, op.cit.

أولا: ضرورة توفير الحماية للمستهلك في القروض العقارية

إن أهمية القروض العقارية على الصعيد الشخصي والاجتماعي ومساهمتها في تجسيد السياسة الاجتماعية للمشرع في مجال السكن وتطوير العمران والمدينة، وعلى المستوى الاقتصادي من خلال تطوير سوق العقار واستقراره، جعلت مبررات تدخل المشرع من أجل تأطيره ووضع أحكام وآليات لتشجيعه لا تقتصر فقط على ضرورة حماية المقترض في هاته القروض وتوفير الحماية له كطرف ضعيف في العقد وكطرف في حاجة إلى الحماية، وانما لها مبررات أخرى ذات صلة بالنظام العام وتشجيع منح هاته القروض في حد ذاتها، وذلك ما يتجلى من خلال الاهتمام التشريعي به ومختلف الآليات والتحفيزات المقررة له، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا الى تطور الاهتمام التشريعي بعقد القرض العقاري (1)، ونتطرق ثانيا الى آليات تشجيع القرض العقاري (2).

1) تطور الاهتمام التشريعي بعقد القرض العقاري:

يتميز سوق القروض العقارية مقارنة بباقي القروض الأخرى بتدخل كبير للدولة عن طريق الدعم وذلك لمبررات عدة، منها تعلق القرض العقاري بمشكل السكن الذي يعتبر مشكلا اجتماعيا تسعى الدولة الى تسهيل الحصول عليه، ومن أهم صور هذا التسهيل تأطير عمليات القرض العقاري وتوفير حماية فعالة للمقترض فيها، إضافة إلى رغبة الدولة في تنمية مناطق محددة تجسيدا لسياسة التوسع والتنمية العمرانية فتلجأ إلى تسهيل القروض العقارية لأنه لو ترك الأمر لرجال الأعمال والبنوك لتركزت البناءات في المناطق الحضارية فقط.

كما أن طبيعة القروض العقارية من حيث ضخامة مبالغها وطول مدتها جعلها من أكثر أصناف القروض عرضة للمخاطر ومن تم من أكثرها تأثيرا على التوازن المالي للبنك وعلى النظام البنكي برمته، هاته الأهمية دفعت بالمشرع إلى اتخاذ خطوات حاسمة فيما يخص محاولة تطوير نشاط منح القروض العقارية في الجزائر وتأطيرها، ويمكن جمع هاته الخطوات في إنشاء الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط (أ)، إنشاء شركة ضمان القرض العقاري (ب)، وانشاء شركة اعادة التمويل الرهني (ج).

أ) انشاء الصندوق الوطني للتوفير والاحتياطي:

أنشأت الدولة بنك الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط وأوكلت له مهمة تمويل قطاع السكن بالرغم من إمكانية قيام البنوك الأخرى بهذه العمليات، غير أن هذا الصندوق كان بمثابة الحل الأمثل لتشجيع منح القروض العقارية، وإنشاء مؤسسة مختصة بتمويل قطاع السكن وتنظيمها يعتبر خطوة عملاقة في مجال حماية الاستهلاك العقاري[1]، ولقد مر هذا الصندوق بمجموعة من المراحل تطور فيها الإطار التنظيمي له وفق ما يتماشى وسياسة الدولة في مجال تشجيع القروض العقارية، ففي الفترة بين 1964 و1970 كان يقتصر عمله على جمع المدخرات وتوزيع القروض المخصصة لعمليات البناء الخاصة بالجماعات المحلية، ليتطور نشاطه في بداية الثمانينات الى منح القروض للخواص بغرض بناء سكنات ذاتية فردية أو في إطار جمعيات[2].

لتأتي المرحلة الثانية حين أصبح الصندوق بنكا فأصبحت مساهمته في المشروع لا تتعدى 60 بالمئة واصبح يخضع لرقابة مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية، وأصبح مجلس ادارته هو من يضع السياسات التنموية ومنه اصبح دراسة المشاريع موضوعية وليست ادارية وأصبح يقيم من كافة الجوانب التمويلية، التقنية والتجارية[3].

ثم تحول سنة 1997 الى شركة ذات أسهم برأسمال قدره 14 مليار دج، وأجريت تعديلات هامة مست المهام الرئيسية له، فبعدما كانت وظائفه تنحصر في جمع التوفير وتمويل المشاريع السكنية

---

[1]) تنص المادة 08 القانون رقم 227/64، مؤرخ في 1964/08/10، متضمن القانون الأساسي للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، ج ر عدد 26، مؤرخة في 25 أوت 1964، على ان " العمليات التي يقوم الصندوق الوطني بمعالجتها هي كالآتي:

ـ تفعيل وتسيير أشكال الإدخار الموجهة لتشجيع السكن،

ـ التدخل من أجل تسهيل تمويل بناء السكنات لاسيما في إطار برنامج السكنات الريفية التي تنجزها المجموعات المحلية أو تحت مراقبتها،

ـ منح أو تعبئة القروض أو الاعتمادات الممنوحة بمقابل الرهن والقروض والاعتمادات الموجهة للسكن،...".

[2]) كان يمول كل المشاريع العقارية دون أي تحديد لنسبة هذا التمويل، فكان يتحمل غالبا كل المخاطر دون المقاول الذي كان في أغلب الحالات ينتمي إلى القطاع العام، أي كان الصندوق ممولا ومقاولا في نفس الوقت.

[3]) المرسوم التنفيذي رقم 144/91، مؤرخ في 12 ماي 1991، متضمن إعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط واموالة وانشاء الصندوق الوطني للسكن، ج ر عدد 25، المؤرخة في 29 ماي 1991.

باعتباره قطاع عام مرتبط بجمع الادخارات الأسرية وتمويل العقار أصبح يقوم باستثمارات اخرى فيما عدا قطاع السكن[1].

ومن أهم مجالات اختصاصه بالإضافة إلى جمع الادخار من خلال عدة أوجه لاسيما دفتر الادخار الشعبي والودائع لأجل الخاصة بالسكن، اهتم الصندوق بتمويل السكن عن طريق القروض التالية:

قروض لتهيئة سكن خاص، قروض لشراء مسكن من مالك خاص، قروض لشراء مسكن جديد من مقاول عقاري خاص أو عمومي، قروض لشراء مسكن بناء على التصاميم، قروض لشراء قطعة أرض، قروض لتوسيع مسكن خاص، قروض لبناء مسكن خاص، قروض للكراء، بالإضافة الى تمويل الترقية العقارية[2].

ب) انشاء شركة ضمان القرض العقاري:

شركة ضمان القرض العقاري مؤسسة عمومية اقتصادية في شكل شركة ذات أسهم استحدثها المشرع لدعم الامكانيات المالية للبنوك لدعم قطاع السكن وذلك لحل مشاكل السيولة وتقليص نسب المخاطر، تأسست في 05 اكتوبر 1997[3] برأسمال قدره01 مليار دج، يتمثل مجال نشاطها في تقديم ضمانات للمؤسسة المالية والبنكية التي تمنح قروضا موجهة للترقية العقارية او البناء الذاتي من طرف الخواص، وتمنح الضمان للقروض الممنوحة للمرقين وللأفراد. [4]

---

[1]) مكدال سعدية، مرجع سابق، ص18.

[2]) أنظر مناع إبتسام، النظام القانوني للقرض العقاري في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل رسالة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2017/2016، ص ص 42- 45.

[3]) تم اعتماد الشركة بموجب قرار وزير المالية المؤرخ في 18 ماي 1999، المتضمن اعتماد شركة ضمان القرض العقاري، ج ر عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 1999.

[4]) يتمثل المساهمون فيها في البنك الوطني الجزائري، البنك الجزائري، البنك الوطني للتنمية الريفية، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، وشركات التامين SAA, CAAR ,CAAT، الشركة الجزائرية لتأمين النقل.

وعن هاته الأخيرة قد يكون هذا الضمان بسيطا ويغطي البنك المؤمن ضد خطر الإعسار النهائي للمقترض، ويعلن عن هذا الإعسار هيئة موكلة تابعة للبنك المؤمن تحت رقابة الشركة الضامنة، وقد يكون هذا التعويض شاملا وهو الضمان الذي يغطي علاوة على الضمان البسيط المذكور أعلاه التأخر المؤقت عن تسوية الاستحقاقات من طرف المقترضين والذي قد يكون محدودا بنسبة 90 بالمئة من إجمالي الأصل والفوائد المطلوبة، يخصم منه المبلغ المحصل عليه من بيع الملك المرهون، وذلك بعد استنفاذ كافة إجراءات التحصيل الودي[1].

كما قد يكون الضمان كليا فيضمن إضافة إلى ما يغطيه الضمان السابق تغطية الاستحقاقات المتأخرة في تسديد الأقساط من طرف المقترض، وكدا اخطار الوفاة، الحريق ويكون في حالة الاعسار المؤقت عكس الضمان الجزئي الذي يكون في حالة الاعسار النهائي، ويدفع عند عجز المقترض عن دفع إما 04 استحقاقات مجمعة أو 06 استحقاقات غير مجمعة وتقوم الشركة بالتغطية للحد الأقصى، ولا تكون التغطية إلا بعد مرور شهرين من الحادث الناجم عن التأخر في الدفع[2].

بهذا الدور فإن شركة ضمان القرض العقاري تساهم في التحديد من المخاطر التي تتعرض لها هذه البنوك من خلال تقديم قروض للأشخاص الذين قد يعجزون عن تسديد القروض التي منحت لهم، وهو الدور الذي من شأنه أن يساهم في تنمية سوق القرض العقاري، كما أن الضمان يلعب دورا جوهريا في تقدير البنك لقرار منح القرض، ومنه توفير حماية فعالة للمستهلكين، ولا يقتصر دور هذه الشركة على هذا الدور فقط إذ تلعب دور المراقب لمدى صحة عقود القرض التي تبرمها البنوك وحجم المخاطر التي تنطوي عليها ودراسة إمكانية تسديد المقترض للقرض من أجل منح موافقتها على ضمان القرض[3].

---

[1]) مناع إبتسام، مرجع سابق، ص 121.

[2]) مكدال سعدية، مرجع سابق، ص 32.

[3]) مناع إبتسام، مرجع سابق، ص 121.

ج) إنشاء شركة إعادة التمويل الرهني:

أنشأت على إثر إعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط واكتسابه صفة البنك[1]، وهي مؤسسة عمومية اقتصادية تمارس مهامها في شكل شركة أسهم، وهي آلية ظهرت نتيجة البحث عن الأموال اللازمة لتعويض القروض الممنوحة من طرف البنوك ومنح السيولة اللازمة للبنوك لمنح قروض جديدة، حيث تختص هاته الشركة بإعادة تمويل القروض العقارية بصفة عامة والقروض الموجهة لتمويل السكن بصفة خاصة، حيث تقوم بإصدار سندات قرض متوسطة وطويلة الأجل كأداة استثمارية جديدة تسمح للبنوك بالتنازل عن هاته القروض مقابل الحصول على السيولة[2].

حيث لا تتدخل هذه الشركة في الإقراض السكني مباشرة، وإنما تدعم نشاط البنوك لإضفاء حركية أكبر في السوق البنكية، حيث تعمل الشركة على تطوير وتحسين سوق تمويل الإسكان من خلال تمويل البنوك التجارية والمؤسسات المالية بزيادة مشاركتها في منح القروض السكنية، حيث أصبح المشرع يرتكز على فكرة الوساطة المالية من أجل تمويل قطاع السكن وذلك بهدف تخفيض الضغط على ميزانية الدولة وتشجيع المنافسة بين المؤسسات المالية وكذا تمديد الاستحقاقات المتعلقة باسترداد الفوائد والمبالغ الأصلية للقروض الممنوحة.

ومن تم فدور هذه الشركة هو تشجيع البنوك على منح القروض العقارية من خلال إعادة تمويلها بعد أن ترسل لها البنوك ملفات القرض الممنوحة لدراستها والتأكد من احترامها لمعايير منح القرض لاسيما الضمانات، وهي عملية شبيهة بشراء الديون في السوق المالية، ويتمثل الهدف من إنشاء هاته الشركة في تدعيم الاستراتيجية المتعلقة بتطوير الوساطة المالية الموجهة لتمويل السكن بهدف

[1]) مقرر 01/98، مؤرخ في 06 أفريل 1998، يتضمن إعتماد شركة اعادة التمويل الرهني من طرف مجلس النقد والقرض، ج ر عدد 27، مؤرخة في 03 ماي 1998

[2]) مكدال سعدية، مرجع سابق، ص 33.

تشجيع البنوك والمؤسسات المالية على منح القروض العقارية وهو ما من شأنه أن يساهم في نوعية وجودة هاته القروض وشروط منحها نظرا لتقاسم المخاطر بين أكثر من متدخل واحد[1].

2) آليات تشجيع القرض العقاري:

لن تكتمل الحماية الواجب توفيرها للمقترضين في المجال العقاري، وكذلك التحفيزات الواجب تقديمها للبنوك والمؤسسات المالية من أجل تشجيعها على منح هاته القروض إلا باستحداث آليات جديدة لضمان القروض العقارية، ومن بين أهم هاته الآليات نذكر، تقنية توريق القروض(أ) تقنية القروض المجمعة (ب)، تقنية تأمين القرض العقاري (ج).

أ) تقنية توريق القروض العقارية:

تعد من ابرز صور الوساطة البنكية وهي تقنية عرفت في سنوات السبعينات في الولايات المتحدة الأمريكية من طرف وكالات تمويل القروض العقارية، وهي تقنية يتم تنازل البنك عن القروض الممنوحة لشركات متخصصة تسمى شركات اعادة التمويل الرهني[2] مرفوقة بالضمانات المكفولة بها ومقابل نسبة متفق عليها من الفوائد، وبعبارة اخرى تعد هذه التقنية بمثابة بيع للبنك لمحفظة القروض العقارية التي يمتلكها بغية الحصول على السيولة التي يستعملها في تطوير نشاطات اخرى، او لمنح قروض عقارية جديدة، نظمها المشرع الجزائري بالقانون رقم 05/06[3] وتتمثل أهمية هذه الآلية في:

* تحويل خطر تغير معدلات الفائدة من البنك مانح القرض إلى المستثمرين في السوق الثانوية،
* تجنب التغيير بين معدلات فائدة القروض الممنوحة والفائدة على الاستخدامات الممولة لهذه القروض،

---

[1]) بوحفص جلاب نعناعة، الإبتكارات المالية وتفعيل نظام القروض السكنية في الجزائر، مجلة المفكر، عدد 05، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010، ص 357.

[2]) ومن أمثلتها شركة التمويل الرهني المذكورة في العنوان السابق التي تم اعتمادها بالمقرر رقم 01/98 لمجلس النقد والقرض، المؤرخ في 06 أفريل 1998.

[3]) القانون رقم 05/06، مؤرخ في 2006/02/20، متعلق بتوريق القروض الرهنية، ج ر عدد 15، مؤرخة في 12 مارس 2006.

* يعد توريق القروض البنكية وسيلة لتسيير خطر السيولة، فمن أبرز وسائل تسيير السيولة تحويل الاستخدامات طويلة الأجل إلى سيولة من خلال تمثيلها بسندات قابلة للتداول على مستوى السوق الثانوي،

* كما يسمح للبنوك بتنويع محفظة قروضها من خلال تمكينها من السيولة الضرورية لإبرام قروض جديدة[1].

* كما أن تقنية توريق القروض إجراء ضروري على البنك أن يقوم به حماية لاتزانه المالي، أي يدخل ضمن سياسة تسيير المخاطر، لأن عملية منح القروض عبارة عن استخدام البنك لأمواله المتأتية من الودائع المودعة لديه، لذلك فالدخل الذي يعود عليه من القروض يجب أن يغطي تكلفة القرض ويسترد ثمن الفوائد على الودائع التي يدفعها، لذلك إذا اختل التوازن وأصبحت تكلفة القرض أكبر من مداخيله أو لا تساهم في استرداد الودائع لأي سبب كان على البنك أن يتخلى عنها لأن تسييرها أصبح مرهقا له.

* وتساهم هذه التقنية في الحد من آثار المديونية المفرطة والتقليل من المخاطر، وذلك بشكل غير مباشر، حيث لا تساهم في تفادي المديونية المفرطة ولكن تساهم في علاجها، وهي المرحلة التي يلعب فيها البنك الدور الأهم، فإن كان البنك لا يرغب في الإبقاء على القرض المتعثر في حساباته باعتباره أصل غير سائل ورغبته في استرداد أمواله واعادة توظيفها في استخدامات أخرى فذلك لن يقدم للمقترض المتخلف عن الدفع أي فرصة لإصلاح وضعه، ومن أجل تدارك الوضع ومنح المقترض فرصة أخرى يمكن للتوريق أن يجعل المقترض يستفيد من شروط أخرى يتفق عليها مع البنك الجديد أو شركة إعادة التمويل الرهني، قد تساهم في تحسين وضعيته والتمكن من الوفاء بالتزاماته بدل التنفيذ على أمواله خاصة، وأن قدرات البنك واتجاهاته ومنها سياسته الإقراضية تختلف من بنك لآخر.

[1]) مكدال سعدية، مرجع سابق، ص 213.

* كما تعتبر هاته التقنية ايضا وسيلة لنقل المخاطر، حيث ينقل البنك اخطار القرض الى وسطاء آخرين يستطيعون تحمل هذه المخاطر بقدرتهم المالية المعتبرة مثل البنوك الاستثمارية الكبرى وشركات التأمين وصناديق الاحتياط...الخ.

غير أن عملية بيع القروض تنطوي على قدر كبير من المخاطر لذلك ينبغي اتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات من أجل تخفيض هذا الإشكال، وزيادة فعالية التقييم الخارجي لجودة الاعتمادات المحتمل بيعها، وزيادة فرصة ايجاد مشترين خاصة وأن مشتري القرض أقل إعلاما من البنك الأصلي، ولذلك تم ايجاد عدة تقنيات لاسيما تقنية تعزيز الائتمان ومعرفة معايير ضمان جودة القرض المورق أو تقديم الضمانات التي تضمن تغطية الخسائر في حالة وقوعها، تشكيل شرائح للقروض بناء على عدة اعتبارات على أساس الضمانات التي تقدمها ونوعها وجودتها وكذا على اساس انواع القروض الممنوحة عقارية، استهلاكية أو استثمارية[1].

ب) تقنية القروض المجمعة:

هي عبارة عن تقنية تسمح بتأمين منح القرض من طرف عدة بنوك في حالة القروض ذات المبالغ الضخمة لتجنب تحملها من طرف بنك واحد وتوزيع المخاطر، كما له مزايا اخرى كإنقاص التكلفة وامكانية منح مبالغ ضخمة من طرف البنوك، وهذا ما يشكل حافزا كبيرا لتطور سوق القرض العقاري.

تتطلب القروض المجمعة عدة فاعلين يمكن جمعهم في البنك الذي يلعب دور المدير الرئيسي ويتمثل دوره في اجراء المفاوضات الخاصة بشروط العقد، تحضير اتفاقية القرض، دعوة البنوك للمشاركة في تحديد استراتيجية عملية الإقراض، توزيع البنوك المشاركة في إدارة القرض، البنك المنسق وهو حلقة وصل بين المقترضين والبنوك المقرضة وتقديم المشورة الفنية للمقترضين، البنك الوكيل وهو البنك الذي يتعامل مع المقترض نيابة عن باقي البنوك ويقوم بجمع حصص البنوك

[1]) بوحفص جلاب نعناعة، الإبتكارات المالية وتفعيل نظام القروض السكنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 372.

المشاركة في القرض ثم تسليمها للمقترض، استلام أقساط تسديد القرض مع الفوائد من المقترض وتحويله للبنوك المشاركة كل حسب نسبة مساهمته[1].

وإن كان لهاته التقنية أهميتها البالغة في القروض الاستثمارية ذات المبالغ الضخمة وذات المخاطر العالية المتعلقة بتغير الأسعار أو عدم نجاح المشروع وغيرها من العراقيل، غير أنه لها أيضا أهمية فيما يخص القروض الممنوحة للمستهلكين التي هي الأخرى قد تكون بمبالغ ضخمة وتحيط بها مخاطر متعددة كما هو الحال في القروض العقارية، تتعلق لاسيما بعدم انتاجية القرض وضخامة مبلغه، ووضعية المقترض التي تتميز بالضعف وعدم الخبرة.

ج) تأمين القروض العقارية:

تأمين القرض العقاري هي أداة لضمان تأمين البنك ضد أخطار عجز زبونه أو انعدام الملاءة عنده وفق الشروط المحددة في عقد القرض، وهي وسيلة قد تساهم بشكل كبير في الحماية ضد أخطار القرض بصفة عامة والقرض العقاري بصفة خاصة، ومنه تؤدي إلى تطوير نشاط منحها، فرغم عدم وجود أي نص تشريعي أو تنظيمي سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي ينص على إلزامية تامين القرض العقاري، غير أنه يكاد يكون كذلك كون البنوك غالبا ما تشترطه نظرا لأهميته، ولقد استحدث المشرع شركة ضمان القرض العقاري سنة 1997 المذكورة أعلاه من أجل دعم الإمكانيات المالية للبنوك والمؤسسات المالية لتمويل قطاع السكن، وذلك لحل مشاكل السيولة وتقليص نسب المخاطر، ويتمثل دورها في ضمان القروض الممنوحة للأفراد أو المرقين.

غير أن الإطار التنظيمي لهذا التأمين لا ينبغي أن ينحصر على مؤسسة محددة بذاتها، وإنما يجب إيراد أحكام خاصة بتأمين القروض العقارية نظرا لخطورتها ونظرا للحاجة إلى تشجيع منحها خاصة الموجهة للمستهلكين منها، ولم يورد في التشريع الجزائري أي نص يميز تأمين القرض العقاري عن باقي أصناف التأمين.

[1]) مغراوي هاجر، تجربة القروض المجمعة في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، عدد 01، جامعة زيان بن عاشور الجلفة، 2010. ص 17.

وفي التشريع الفرنسي أورد المشرع مجموعة من الشروط الخاصة بتأمين القرض العقاري لسداد إجمالي أو جزء من مبلغ القرض المتبقي مستحق الدفع، أو سداد كل أقساط القرض[1]، تختلف عنها فيما يخص تأمين القروض الأخرى، حيث اشترط تقديم بطاقة معلومات موحدة لكل شخص يتقدم بغرض الحصول على تأمين لضمان تعويض قرض عقاري موجه لبناء أو صيانة أو تحسين عقار للاستعمال السكني أو المهني والسكني معا، وإذا كان القرض يفوق عن 75000 أورو يجب أن يضمن عن طريق الرهن، ويجب على هذه البطاقة الموحدة أن تذكر امكانية اكتتاب المقترض تأمينا من اختياره[2].

كما يجب أن يرفق بعقد القرض إشعار يسرد المخاطر المضمونة ويحدد جميع الشروط والأحكام لتفعيل التأمين، وأي تعديل يتم إجراؤه لاحقًا على تعريف المخاطر المضمونة أو على شروط وأحكام تفعيل التأمين غير قابل للتنفيذ ضد المقترض الذي لم يوافق على ذلك[3].

كما وضع أيضا ضوابط تحديد تكلفة التأمين وإعلام المقترض بها، حيث يجب إعلامه بالسعر السنوي الفعلي للتأمين، والذي يسمح للمقترض بمقارنة هذا السعر مع المعدل السنوي الفعلي للقرض، وكذلك المبلغ المستحق على المقترض بموجب التأمين طوال مدة القرض الإجمالية، وخلال فترات تواتر سداد القرض، كما يجب تحديد ما إذا كان هذا المبلغ يضاف إلى مبلغ أقساط القرض أم لا[4].

---

[1]) أقر المشرع الفرنسي صنفين من التأمين على القرض، الاول هو التأمين الجماعي يكتتب من طرف المقرض لحساب المقترضين لديه، ويتميز هذا التامين بقلة تكلفته ويرتكز على مبدأ التعاون في إدارة المخاطر، ويمنح بعد ملء المقترض لاستبيان يقدم له من طرف المقرض يضم لاسيما تقرير حول الحالة الصحية والمادية، أما الثاني فهو التأمين الفردي وهو عقد يبرمه المقترض حسب رغبته واستجابة لما يشترطه المقرض من أجل منح القرض ويكون المؤمن من اختياره، غير أن هذا التأمين يجب أن يقدم على الأقل ضمانات متساوية لتلك التي يقدمها عقد التامين الجماعي.
https://www.anthedesign.fr, consulté le 15/03/2022 a 10 :00

[2]) Art L.313-10 alénia 01, C. Conso, op.cit.

[3]) Art 06, Loi N° 79-596, du 13 juillet 1979, Relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, JORF, du 14 juillet 1979.

[4]) Art L.313-8, C. Conso, op.cit.

ثانيا: آليات توفير الحماية للمستهلك في القروض العقارية

نظرا لخصوصية القروض العقارية وللضرورة الملحة لإخضاعها للحماية، يتبين ضرورة تكريس آليات حماية تختلف عن تلك المكرسة في القروض الأخرى، بسبب حاجة المقترض للحماية بصورة أوضح في القروض العقارية نظرا لضخامة مبلغها وطول مدة التسديد ما قد يعرض المقترض لمخاطر العجز عن التعويض، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا إلى تأطير القرض العقاري من حيث تكلفته (1)، ونتطرق ثانيا الى تأطير القرض العقاري من حيث المديونية المفرطة (2)، ونتطرق ثالثا الى تأطير القرض العقاري من حيث التنفيذ المسبق للقرض (3).

1) تأطير القرض العقاري من حيث تكلفته:

يقصد بتأطير القرض العقاري من حيث تكلفته تحديد مجمل المصاريف التي يتحملها المقترض بدقة وتنظيمها بشكل شفاف ويمنع المقرض من تحميل المقترض أية نفقات أخرى، ومن أبرز آليات هذا التنظيم تخفيض نسبة الفائدة على القروض العقارية، وهي آلية تلجأ إليها البنوك من أجل تشجيع عملية منح القروض والتقليل من العوائق التي تصادفها، غير أن هذا التخفيض يجب أن يكون مدروسا وتقابله ضمانات مهمة للبنك مانح القرض، فتخفيض نسب الفائدة بطريقة مبالغ فيها يجعل القرض غير منتج، وكذا تخفيض في سعر الأراضي للمرقين العقاريين.

من أبرز هاته المساعي انشاء المشرع لحساب تخصيص خاص رقم 302/132 بموجب قانون المالية لسنة 2010[1] بعنوان " صندوق تخفيض نسب الفوائد على القروض الممنوحة للعائلات لاقتناء وبناء أو توسيع السكن وكذا المرقين العقاريين في إطار البرامج المدعمة من طرف الدولة"[2] ويتم دفع ثمن هذه التخفيضات من ميزانية الدولة بناء على طلب البنك طبقا للجدول الزمني لتسديد القرض وبعد تقديم الوثائق والمستندات القانونية.

---

[1]) المادة 66 من القانون رقم 09/09، مؤرخ في 30 ديسمبر 2009، يتضمن قانون المالية لسنة 2010، ج ر عدد 78، مؤرخة في 31 ديسمبر 2009.

[2]) ينظمه المرسوم التنفيذي رقم 120/10، مؤرخ في 2010/04/21، يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/132 الذي عنوانه " صندوق تخفيض نسب الفوائد على القروض الممنوحة للعائلات لاقتناء وبناء أو توسيع السكن وكذا المرقين العقاريين في إطار البرامج المدعمة من طرف الدولة"، ج ر عدد 27، مؤرخة في 25 أفريل 2010.

ومن الضمانات أيضا التي توفرها القروض العقارية أنها تقدم تأمينا عينيا، فالبنك يبقى دائما صاحب امتياز على العقار الذي وجه القرض لتمويله، وهذا ما يعد محفزا لمنح القرض، حيث تنص في هذا الصدد المادة 124 من قانون النقد والقرض على انه " **يمكن البنوك والمؤسسات المالية إذا لم يتم تسديد المبلغ المستحق عليها عند حلول الاجل وبغض النظر عن كل اعتراض وبعد مضي 15 يوم بعد إندار مبلغ للمدين بواسطة عقد غير قضائي، الحصول عن طريق عريضة بسيطة موجهة الى رئيس المحكمة على امر بيع كل رهن مشكل لصالحها ومنحها بدون شكليات حاصل هذا البيع تسديدا للرأسمال وفوائد الأخير ومصاريف المبالغ المستحقة**"[1]، كما يلاحظ تبسيط إجراءات التنفيذ على هذا الرهن[2].

2) تأطير القرض العقاري من حيث المديونية المفرطة:

تتصف المديونية في القروض العقارية بمواصفات تجعلها أكثر خطورة من باقي القروض الأخرى لاسيما بسبب طول مدة القرض وارتفاع المبالغ المقرضة[3]، لذلك يتبع المشرع مقاربة مختلفة في محاربة المديونية المفرطة في مجال القرض العقاري عنها في مجال القروض الموجهة لاقتناء منقولات، ففي هاته الأخيرة تكون المقاربة ذات طابع شخصي غالبا، والتدابير الحمائية المتخذة

---

[1]) المادة 124 من الأمر رقم 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[2]) ذلك ما يفهم من المواد من 02 الى 06 من المرسوم التنفيذي رقم 132/06، المؤرخ في 03 أفريل 2006، يتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات اخرى، ج ر عدد 21، مؤرخة في 05 أفريل 2006: يعاين محضر قضائي محضر عدم وفاء المدين ويقدم له اعذارا بالتسديد في أجل شهر، وإذا لم يوفي يوجه له اعذارا ثانيا ويخبره بأن عليه الوفاء في 15 يوم قبل اللجوء للمحكمة، يقدم بعد ذلك ممثل البنك طلبا للمحكمة للحصول على الصيغة التنفيذية التي تمكن من تنفيذ إجراء الحجز العقاري، وعند صدورها يبلغ المحضر المدين بالدفع في الحال أو مباشرة إجراءات البيع بالمزاد العلني.

[3]) حيث يقول في هذا الصدد محافظ بنك فرنسا أن" الارتفاع المتواصل لمديونية العائلات مقارنة بالدخل المتوفر يشكل هشاشة في حالة تراجع السوق العقاري"

Le gouverneur de la banque de France, Christian Noyer : « par rapport à leur revenu disponible, l'endettement des ménages est passé de 49% en 1995 … a 64 % en 2005, Ce rythme d'endettement est un élément de fragilité en cas de retournement du marché immobilier dans un contexte de remontée des taux longs » Denis Mazeaud, crédit immobilier, septembre 2012, Dalloz, p.26.

موجهة لحماية المستهلك المقترض بالدرجة الأولى لذلك تسعى لمنح قروض للمستهلك تتلاءم مع وضعيته المالية وقدرته على التسديد.

في حين أن المقاربة في المديونية لدى المقترضين في المجال العقاري، فتكون موضوعية أكثر وتتعلق بالنظام العام الاقتصادي، فالمشرع يرى أن المديونية المفرطة هنا لا يقتصر تأثيرها فقط على المقترض وإنما على النظام الاقتصادي بفعل خصائص القرض، كطول مدة القرض وضخامة مبلغه والحاجة المتزايدة للسكن التي قد ترهن الدخل السنوي الفردي للمواطنين لمدة طويلة وتجعله موجه حصرا لإشباع الحاجة السكنية دون باقي الحاجات، لذلك فمحاربتها لا ينبغي ان ترتكز على ضرورة منح قرض يتلاءم مع وضعية المقترض وإنما في تقليص حجم المديونية عموما في مجال القرض وذلك يتطلب سياسة سكنية محكمة (دعم السكن، صيغ متعددة، تسقيف المديونية).

ويجسد المشرع الفرنسي النموذج الأمثل للتصدي إلى تقليص مديونية المستهلك في عقد القرض العقاري، حيث سعى بشكل أوضح إلى محاربة المديونية المفرطة في القرض العقاري، وذلك ما سنوضحه فيما يأتي:

* وضع تأطير قانوني محكم للتقليص الاتفاقي للمديونية المفرطة للمدين المقترض ويكون ذلك عادة في حالة مواجهة المقترض لصعوبات مالية ويرغب في الحصول على تعديل لشروط تنفيذ القرض العقاري فإذا ابدت مؤسسة القرض تفهمها يمكن إعادة التفاوض بشأن العقد بموجب شروطه (المدة، السعر، آجال الاستحقاق...الخ).

ويحكم إعادة التفاوض مجموعة من الشروط الحمائية يمكن جمعها في وجوب وضع عرض مسبق جديد للقرض في متناول المقترض[1]، وجوب إدراج التعديل في شكل ملحق للعقد[2]، حتى

[1]) Art L.312-8, C. Conso, op.cit. : « toute modification des condition d'obtention du prêt, notamment le montant ou le taux du crédit, donne lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable »

[2]) Art 312-14-1, C. Conso, op. cit « en cas de négociation du prêt, les modifications apportées du contrat de prêt initial sont apportées sous la forme d'un avenant ».

لا يفاجئ المستهلك المقترض عند اللجوء إلى إعادة التفاوض بعدم انخفاض قيمة الفائدة[1]، بالإضافة إلى وجوب احترام مدة التراجع التي تحسب من يوم استقبال العرض، وبذلك يتأخر تنفيذ العقد إلى بعد انتهاء هاته المدة ثم ينبغي إعداد نص التعديل وإرساله وقبوله[2].

كما لا يجب للتعديل الذي يلحق عقد القرض العقاري عند إعادة الاتفاق أن يزيد من التزامات المقترض، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية " أنه بعد معاينة ملحق القرض تبين أنه لم يتم فقط تخفيض مبلغ الفائدة ولكن تم إدخال أيضا شرط يضع على عاتق المقترض دفع تعويض في حالة التعويض المسبق للقرض، وذلك ما أدى الى زيادة التزاماته، ومنه فمحكمة الاستئناف أصابت عندما أقرت ان البنك لم يحترم متطلبات المادة L.312-8 من قانون الاستهلاك ومن تم يجب الحكم عليه بفقدان الحق في الفوائد[3].

* اشتراط تحقيق معمق في ملاءة المقترض، حيث اشترط المشرع على المقرض أن لا يمنح للمقترض القرض إلا بعد التحقق من أن الالتزامات الناتجة عن عقد القرض سيتم احترامها على الأرجح وفقًا لما هو منصوص عليه في هذا العقد، وتحقيقا لهذه الغاية فقبل إبرام العقد يقوم المُقرض بإجراء تقييم صارم لملاءة المقترض يأخذ هذا التقييم في الاعتبار بشكل مناسب العوامل ذات الصلة التي تسمح بتقييم قدرة المقترض على الوفاء بالتزاماته المحددة في اتفاقية القرض، وذلك بالاعتماد على المعلومات الضرورية والكافية والمتناسبة المتعلقة بإيرادات ونفقات المقترض

---

[1]) ففي حالة القرض المعاذ التفاوض بشأنه بسعر ثابت يجب أن يشمل التعديل الممنوح للمستهلك على جدول التسديد الذي ينبغي أن يحدد لكل قسط الرأسمال المتبقي في حالة التسديد المبكر، المبلغ الإجمالي الفعلي ومبلغ القرض، ويعاد حساب هذين الأخيرين على أساس المواعيد النهائية والتكاليف القادمة، أما في حالة كون القرض المعاذ التفاوض بشأنه بسعر متغير يجب أن يدرج أيضا شروط وكيفيات تغير المبلغ.

[2]) Denis Mazeaud, op.cit. p.24.

[3]) Cass. Civ. 1er, N° 01-14.618, du 06 juillet 2004, www.Légifrance.fr : « l'avenant n'avait pas seulement modifié à la baisse le taux d'intérêt mais avait également introduit une clause mettant a la charge des emprunteurs le paiement d'une indemnité en cas de remboursement anticipé du prêt, alourdissant ainsi leurs obligations, la cour d'appel a exactement décidé que la banque qui n'avait pas respecté les exigences imposées par l'article L.312-8 c. cons. Devait être déchue du droit aux intérêts ».

وكذلك على معايير اقتصادية ومالية أخرى[1]، ويتم جمع هذه المعلومات من قبل المُقرض من المصادر الداخلية أو الخارجية ذات الصلة، بما في ذلك من المقترض[2].

وكإجراء حمائي للمستهلك المقترض يجب على المقرض أن يبلغ المقترض في مرحلة ما قبل التعاقد بطريقة واضحة وبسيطة بالمعلومات اللازمة لإجراء تقييم الملاءة والمواعيد النهائية التي يجب أن يتم خلالها تقديم هذه المعلومات إليه[3]، وذلك من أجل إشراكه في المرحلة التحضيرية لإبرام القرض، وتحميله المسؤولية عن عدم تقديمها من جهة[4]، واطلاعه على المعلومات التي سوف يعتمد عليها المقترض من أجل تقرير منح القرض من عدمه من جهة أخرى قصد تمكينه من مراقبة قرار البنك، حيث يتم توثيق الإجراءات والمعلومات التي يستند إليها تقييم الملاءة ويحتفظ بها المقرض طوال مدة القرض[5].

* كما جاء المشرع الفرنسي أيضا بإجراء إضافي فيما يخص القرض العقاري، وهو ضرورة إجراء تقييم للعقار محل القرض من قبل خبير في تقييم الممتلكات يثبت كفاءة مهنية ويكون مستقلاً عن

---

[1]) يعتمد في تقييم الملاءة حسب المادة R.313-14 من قانون الاستهلاك الفرنسي على المعلومات المتعلقة بما يلي:

ـ دخل المقترض ومدخراته وأصوله،

ـ المصروفات العادية للمقترض وديونه والتزاماته المالية الأخرى،

ويأخذ المُقرض في الاعتبار قدر الإمكان الأحداث التي قد تحدث خلال مدة عقد القرض المقترح مثل زيادة محتملة في معدل الاقتراض أو خطر حدوث تطور سلبي في سعر الصرف في حالة قرض بعملة أخرى غير الأورو.

[2]) مع تحديد موعد يتم خلاله تقديم المعلومات الضرورية ويمكن للمقرض أن يطلب من المقترض إيضاحًا للمعلومات الواردة اليه وهذا حسب المادة R.313-16 من قانون الاستهلاك الفرنسي، مع تحذير المقترض من الحاجة إلى تقديم معلومات دقيقة وكاملة حتى يمكن إجراء التقييم المناسب، ويبلغه بأنه لا يمكن منح القرض عندما يتعذر على المُقرض إجراء تقييم الملاءة بسبب رفض المقترض إرسال هذه المعلومات، ويحتفظ المُقرض بإثبات هذا التحذير على وسيط دائم طوال مدة اتفاقية القرض وهذا حسب المادة R.313-15 من قانون الاستهلاك.

[3]) Art L.313-16, C. Cons, op.cit.

[4]) تجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمقرض إنهاء اتفاقية الائتمان المبرمة مع المقترض أو تعديلها لاحقًا إذا تبين أن المعلومات الأساسية لإبرام العقد تم إخفاءها أو تزويرها عن عمد من قبل المقترض، في حين لا يجوز له ذلك بحجة أن المعلومات المقدمة له غير كاملة أو أنه تحقق من الجدارة الائتمانية بشكل غير صحيح.

Art L.313-17, C. Conso, op.cit.

[5]) Art R.313-13, IBID.

عملية اتخاذ القرار لمنح القرض من أجل تقديم تقييم محايد وموضوعي وبتطبيق معايير تقييم موثوقة مع مراعاة المعايير المعترف بها دوليا، وصياغة وثيقة خبرة مع الأخذ في الاعتبار العوامل القانونية والاقتصادية والفنية والمالية التي تسمح بتحديد قيمة العقار بعد تحليل جميع المستندات المقدمة من قبل كل من المقرض والمقترض[1]، وذلك قصد التأكد من سلامة عملية التموين من الناحية القانونية، وكذا الحفاظ على قيمة العقار الممول والحرص على تشكيله ضمانا فعالا للمقرض قصد استيفاء حقه في حالة عجز المقترض عن تسديد القرض الممنوح له، حيث يتأكد الخبير على سبيل المثال من امكانية إقامة العقار في المكان المحدد ومطابقتها للأنظمة القانونية المعمول بها، وأهمية مكان الإنشاء وتأثيره على قيمة العقار، ومن تم إمكانية تحديد ما يقدمه من تحفيزات للمقرض قصد اتخاذ قرار منح القرض من عدمه.

3) تأطير القرض العقاري من حيث التنفيذ المسبق للقرض:

نظرا لأهمية التنفيذ المسبق للقرض وما يقدمه للمقترض من حماية، إذ يمكنه من التخلص من القرض الذي لم يعد في حاجة إليه أو الذي أصبح مرهقا له بدون موافقة المقرض ودون أن يعد ذلك تعديا على القوة الملزمة للعقد وبتحميل المقترض فقط بتعويض محدد[2]، سعى المشرع إلى إعطاء هذا الحق صلابة قانونية أكثر في مجال القروض العقارية.

ولقد نصت على هذا الحق في مجال القرض العقاري المادة L.313-47 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي منحت للمقترض الحق في أي وقت دفع قيمة القرض مسبقا، غير أنها نصت على إمكانية تضمين العقد لشرط ينص على منع التعويض الذي يساوي أو يقل على 10 بالمئة من

---

[1]) Art L.313-20, L.313-21, L.313-22, C. Conso, IBID.

[2]) غير انه هناك من يرى أن هذا التعويض غير شرعي ومنهم الفقيه « j.Huet » لأن أجر المقرض غير مبرر بصفة عامة الا في حالة تجميد مبلغ القرض عند المقترض، أي لا يكون هذا المبلغ في حوزة المقرض وهو أجر مقابل تحمله لمخاطر عدم السداد، وعند السداد المبكر فإن هذا التعويض لم يعد لوجوده أي مبرر، وهو يرى أن شرط التعويض غير عادل بالتالي يعتبر غير مكتوب.

Denis Mazeaud, op.cit, p.30.

المبلغ الأولي للقرض[1]، وقد يرجع السبب في ذلك الى محاولة المشرع إضفاء الجدية على طلب التعويض [2] وحتى لا يصبح التعويض كوسيلة في يد المقترض للتهرب من دفع فوائد القرض لأن التعويض يعفي المقترض من دفع الفوائد[3]، وفي نفس الوقت يسعى المشرع بتحديده لهاته النسبة الى منع المقرض من إيراد حد أكبر لا يجوز عنده التعويض بفعل ما يشكله ذلك من تقييد على هذا الحق، كما يستحسن على المشرع الفرنسي إعفاءه للمقترض من دفع مبلغ التعويض في حالة الدفع المسبق للقرض عندما يكون ذلك بدافع بيع العقار بعد تغيير مكان النشاط المهني للمقترض أو زوجته، بوفاة أو بالإيقاف القسري للنشاط المهني للأخير[4].

كما على المُقرض أن يزود المقترض دون تأخير ودون مقابل مباشرة بعد استلام طلب الدفع المسبق بالمعلومات الضرورية لممارسة هذا الحق على دعامة ورقية أو على أي دعامة دائمة، كما يجب لهاته المعلومات أن تحدد النتائج التي يتحملها المقترض إذا أوفى بالتزاماته قبل انتهاء اتفاقية الائتمان وصياغة الفرضيات المحتملة بوضوح[5].

---

[1]) Art L.313-47 alenea 01, C. Conso, op.cit « L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, les prêts régis par les sections 1 à 5 du présent chapitre, Le contrat de prêt peut interdire les remboursements égaux ou inférieurs à 10 % du montant initial du prêt, sauf s'il s'agit de son solde ».

[2]) تجدر الإشارة الى أنه يجوز حسب المادة 1231-5 من القانون المدني التي أحالت إليها المادة L.313-47 المذكورة أعلاه للقاضي ولو تلقائيا أن يخفف أو يزيد من مبلغ التعويض المتفق في حالة التعويض المسبق إذا كان مفرطا أو تافها وذلك مع مراعاة أهمية مبلغ التعويض مع المبلغ الإجمالي للقرض.

[3]) لا يجوز أن يتعدى هذا التعويض قيمة الفائدة خلال سداسي على المبلغ المعوض ودون أن يتعدى 03 بالمئة من المبلغ المتبقي تعويضه من القرض وهذا حسب المادةR.313-25 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

[4]) Art L.313-48, C. Conso, op.cit « …. Aucune indemnité n'est due par l'emprunteur en cas de remboursement par anticipation lorsque le remboursement est motivé par la vente du bien immobilier faisant suite à un changement du lieu d'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son conjoint, par le décès ou par la cessation forcée de l'activité professionnelle de ces derniers ».

[5]) Art L.313-47 alenea 03, C. Conso, op.cit.

الفصل الثاني: الآليات العلاجية لحماية المستهلك في إطار القرض البنكي

قد لا توفق الإجراءات الوقائية التي اقرها كل من القضاء والقانون في حل النزاع الناشئ بين المقرض والمقترض المستهلك، لذلك ينبغي أن ترفق الآليات الوقائية بآليات علاجية تساهم على الاقل في جبر الاضرار اللاحقة بالمقترض المستهلك وتعيد التوازن المفقود للعقد، ومن تم ففلسفة هذا الصنف من آليات حل النزاعات، لا تقوم على منع المساس بحقوق المستهلك المقترض أو تمكينه من الاستفادة منها كما هو الحال في الآليات الوقائية التي تطرقنا لها في الفصل الاول، وانما تقوم على فلسفة اصلاح الاضرار اللاحقة به.

لم تعد هاته الآليات مقتصرة فقط على اللجوء الى القضاء نظرا لتكلفته وبطء الاجراءات المتبعة أمامه، وانما استدعى الامر استحداث آليات جديدة تتوافق والنشاط البنكي وما يتميز به من سرعة وثقة، ولتوضيح أكثر نتطرق اولا الى تسوية النزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض (مبحث اول)، ونتطرق ثانيا الى مسؤولية البنك عن الاخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض (مبحث ثان).

المبحث الأول: تسوية النزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض

ان المسعى الحمائي للمستهلك المقترض لا يقتصر فقط على مرحلة اقتراح العقد أو ابرامه بل يمتد الى مرحلة تنفيذه ومن تم يمتد الى مرحلة فض النزاعات التي قد تنشأ بين المستهلك المقترض والبنك أثناء هذا التنفيذ، غير أن التشريع المتعلق بمرحلة فض النزاعات في القواعد العامة قد يبدو

قاصرا عن حل المنازعات في المجال البنكي، لذلك ظهرت الحاجة الى ايجاد آليات فعالة لحل هاته النزاعات من شأنها توفير ضمانات كافية للمستهلك المقترض أو على الاقل تعويض هذا القصور، وهذا ما يمكن ان يتم بعدة آليات إما نظامية أو غير نظامية، ودية أو قضائية، اتفاقية أو قانونية، كما ينبغي على القاضي ان يلعب دورا مميزا في حل القضايا العالقة بين البنك والمستهلك، وذلك بمنحه سلطات وامتيازات إضافية، ولدراسة ذلك نتطرق اولا الى التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشا بين البنك والمستهلك المقترض (مطلب اول)، ونتطرق ثانيا الى التسوية القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض (مطلب ثان).

المطلب الأول: التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض

هي التسوية التي يمكن ان يطلق عليها اسم التسوية الودية لحل النزاعات بين البنك والمستهلك، وان كان اللجوء الى القضاء من الحقوق الدستورية المكفولة لأي شخص، ورغم الضمانات التي أحاطها المشرع به لاسيما ضمان استقلالية القضاء[1]، المساواة امام القضاء، حقوق الدفاع[2]، وغيرها من المبادئ، غير انه لا يخلو من بعض المعوقات التي تتعلق لاسيما بتعقد إجراءات التقاضي، والصعوبات التي تعترض تنفيذ الاحكام القضائية (اشكالات التنفيذ ومسبباتها، مدة التنفيذ، السند التنفيذي والمدة الطوية وتعقد اجراءات استصداره)، لذلك سعى المشرع في اطار تدليل هاته الصعوبات الى إيجاد آليات ودية لحل النزاعات منها ما يتم امام القضاء ومنها ما يتم خارج القضاء، وتلك التي يطلق عليها اسم الطرق البديلة لحل النزاعات وهي اطار لحل النزاعات موازي للقضاء محاط بضمانات كافية من اجل تحقيق متطلبات السرية والفعالية والسرعة.

---

[1]) تنص المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 442/20، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج ر عدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020: " القضاء سلطة مستقلة. القاضي مستقل لا يخضع إلا للقانون".

[2]) تنص المادة 175، مرجع نفسه" الحق في الدفاع معترف به.

الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية".

غير انه لا ينبغي الجزم مسبقا لا بعدم فعالية الاجراءات القضائية وبالحل القضائي لتسوية النزاعات التي تنشا بين البنك والمقترض المستهلك، ولا الاشادة بالضمانات التي تقدمها الطرق الودية لحل النزاعات والإقرار بنجاعتها الا بعد التأكد من اهم هاته الوسائل وما تقدمه من ضمانات وكذا المقومات التي تستند عليها وتجعل من المرجح القول بفعاليتها وجدارتها بتعويض الطرق القضائية وتخطي العراقيل التي تقدمها، ومن اجل توضيح ذلك نتطرق اولا الى مفهوم وأسس التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشا بين البنك والمقترض المستهلك (فرع اول)، ونتطرق ثانيا الى آليات التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض، (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشا بين البنك والمستهلك المقترض واسسها:

لا يعد الحل غير القضائي أو الحل الودي للنزاعات بين الأفراد نظاما حديثا فقبل أن يصبح نظاما قانونيا ومنظما كان ولا يزال سلوكا متجذرا في مجتمعنا، ومرسخا لمقومات المجتمع، والمتمثلة في رأي الجماعة ووساطة أهل الخير والمصلحين والحكماء، وكذلك نابع من تعاليم الدين الاسلامي[1]، غير ان مفهوم هذا النظام ووسائله وكذا فعاليته لم تبقى على حالها وانما تطورت باستمرار لتصل لما هي عليه الآن، ولتوضيح ذلك سنتطرق أولا الى مفهوم التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض(أولا)، كما ينبغي للحل الودي حتى يكون مغنيا عن الحل القضائي وحلا بديلا له بمعنى الكلمة، ان يقوم على اسس ومقومات تجعله كفيلا بأداء هذا الدور، لذلك نتطرق ثانيا الى اسس ومقومات التسوية غير القضائية للنزاعات بين البنك والمستهلك المقترض (ثانيا).

[1]) الذي حث على الصلح والاصلاح بين المتنازعين حيث جاء في قوله تعالى " إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون" (سورة الحجرات الآية 10)، وقوله أيضا "ان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح علهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الانفس الشح وان تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا " (سورة النساء الآية 128).

أولا: مفهوم التسوية غير القضائية لحل النزاعات بين البنك والمستهلك المقترض:

يصطلح عليها الطرق البديلة لحل النزاعات كما عرفت بأسماء مختلفة ومتنوعة، وعلى سبيل المثال اعتبرها البعض بأنها قضاء غير رسمي « justice informelle »، وهناك من اعتبرها قضاء اتفاقي « justice amiable »، وهناك من اعتبرها قضاء ودي « justice convenue » [1]، غير ان هاته التسميات كلها غير كافية للدلالة على فحوى هاته الطرق والجديد التي تقدمه في حل النزاعات ومدى فعاليتها لحل النزاعات في مجال القروض البنكية ومن تم مدى جدارة حلولها محل القضاء، والالمام بمفهومها لا يتحقق الا بالتطرق للتعاريف المقدمة لهاته الوسائل (1)، وبلا شك تستدعي ضرورة البحث عن طرق بديلة لحل النزاعات بين البنك والمستهلك وجود مبررات كانت كفيلة للتفكير في ايجاد هذه الوسائل، ومدى كفاءة هاته المبررات لتجدي نفعا في تسوية النزاعات التي قد تنشا بين البنك والمستهلك في إطار عقد القرض (2).

1) التعريف بالطرق غير القضائية لحل النزاعات:

ينبغي قبل التطرق الى مبررات اللجوء الى الوسائل البديلة لحل النزاعات التي قد تنشا بين البنك والمستهلك تعريف هذه الطرق، حيث عرفها الفقيه " **LOUKES AMISTELIS** "بأنها " **مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات، وغالبا ما تستوجب تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي**"[2]، فمقومات الحل الودي حسب هذا التعريف هو ان يتم هذا الحل بتدخل شخص ثالث بعيدا عن المحاكم، فالحلول التي تنفذ داخل ساحة القضاء لا تدخل حسبه ضمن نطاق الطرق البديلة لحل النزاعات، فهو يفسر فكرة الحل القضائي بالاعتماد على معيار شخصي مفاده ان تدخل القاضي في حل النزاع هو من يضفي على هذا الحل صفة القضائية، دون الاعتداد بالمعيار الموضوعي الذي يرتكز على المبادئ التي يستوجب اتباعها لحل النزاع ما إذا كانت نفسها المبادئ التي يعتمدها القضاء كالحياد والوجاهية ليصدر بعد ذلك حكما

[1]) سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013، ص 10.

[2]) سوالم سفيان، مرجع نفسه، ص 12.

موضوعيا لمصلحة احد الاطراف وفق قواعد قانونية معدة مسبقا، فلا يأخذ بعين الاعتبار القواعد التي يختارها الاطراف لمحاولة ايجاد الحل الذي يرضي كلا الاطراف[1].

كما عرفها الاستاذ "JARROSSON" بانها: " **مجوعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات بحيث تتم في أغلب الاحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات** "[2]، فهذا التعريف استعمل عبارة "حل غير قضائي" بدلا من عبارة "بعيدا عن المحاكم" التي استخدمها التعريف السابق، ومن تم فلا يستبعد هذا التعريف امكانية تطويع عمل القاضي ومنحه صلاحيات ووسائل لحل النزاع تختلف عن تلك الممنوحة له في الحل التقليدي أي الحل القضائي، كما ان عبارة " شخص ثالث" التي استخدمها لا تشترط بالضرورة ان يكون الحل بيد القاضي.

الا انه يجب أن لا يفهم من مصطلح "الطرق البديلة لحل النزاعات" على أنها بديل عن القضاء أو منافسة له وجاءت لتزيحه، بل مكملة لو ومعززة لاستقلاليته ومساعد نزيه للأطراف في إيجاد الحل الامثل الذي لا يضر أي طرف ولا يتجنى عن مصلحة أي أحد، ودليل ذلك في التشريع الجزائري ايرادها ضمن نفس القانون الذي ينظم التقاضي امام القضاء وهو قانون الاجراءات المدنية والادارية وتدخل القضاء في كافة الوسائل المعتمدة، فالصلح يأمر به القاضي والوساطة تتم امام القاضي والحكم التحكيمي لن يكون قابلا للتنفيذ الا بعد ان يصادق عليه القضاء، ومن تم فهذه الوسائل حسب رؤية المشرع الجزائري هي وسائل تختلف في جوهرها واساليبها عن الوسائل التقليدية فقط، ومن تم فهي بديلا للوسائل التقليدية لحل النزاعات وليس بديلا للقاضي[3].

---

[1]) وبذلك فلا يدخل تصور المشرع الجزائري لهاته الوسائل ضمن هذا التعريف إذ يمكن للقاضي اللجوء الى هاته الحلول، فله سلطة اقتراح الصلح، فالمادة 991 من قانون الإجراءات المدنية والادارية تنص على انه " تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، مالم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك"، كما ان الوساطة يمكن أن تتم امام القضاء، حيث تنص المادة 994 من نفس القانون على انه " يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شانه ان يمس بالنظام العام".

[2]) سوالم سفيان، مرجع سابق، ص 12.

[3]) ومنه فقد تم الالتفاف على التشكيك الفقهي بعدم دستورية هاته الوسائل بدواعي استبعاد القضاء والتعدي على اختصاصاته بخلق هيئات غير نظامية موازية للقضاء لحل النزاعات بالإبقاء على الولاية العامة للقاضي في حل النزاع

يلاحظ ان المشرع الجزائري استعمل لفظ "الطرق البديلة لحل النزاعات" بدل لفظ "الطرق البديلة لحل المخالفات"، فالنزاعات تعني تلك الخلافات التي من الممكن ان تقع بين الافراد في حدود علاقاتهم الشخصية، في حين ان لفظ " المخالفات" تكون له صلة وثيقة بالنظام العام وبعيدا عن أي علاقة للأفراد ببعضهم البعض، وهذا ما يؤكد مرة اخرى بقاء القضاء هو الحامي للنظام العام في إطار اختصاصاته الدستورية ولا يمكن لأي هيئة او وسيلة اخرى ان تحل محله.

في حين تلعب تسوية النزاعات بين الافراد دور المساعد والمرافق لهم لحل هاته النزاعات ومن تم يمكن لهم اختيار الوسيلة والهيئة المناسبة لحل نزاعهم، وما اللجوء للقاضي الا استعمال لحق دستوري هو "الحق في التقاضي"، يمكن استعماله كما يمكن الاستغناء عنه واللجوء الى وسائل اخرى في إطار ما ينص عليه القانون.

2) مبررات اللجوء الى الطرق غير القضائية لحل النزاعات:

تتعدد المبررات التي دفعت بمختلف الانظمة القانونية إلى الاعتماد على الطرق البديلة لحل المنازعات بين مبررات تتعلق ببعض الحواجز التي أصبح اللجوء الى القضاء يفرضها، ومنها ما يتعلق بالمرونة والإيجابيات التي تقدمها هاته الوسائل، ويمكن جمعها في:

* الوضعية الراهنة للجهاز القضائي الجزائري والمتمثلة في طول أمد التقاضي نتيجة كثرة القضايا المطروحة على القضاء، اللجوء إلى المحاكم لأتفه الخلافات والنزاعات مما يؤدي إلى كثرة القضايا والملفات، تعقد اجراءات التقاضي بسبب الشكليات المتطلبة فيه، كثرة تكاليف التقاضي، تعدد درجات التقاضي، عدم تخصص القضاة، مشكلة تنفيذ الاحكام، والتعسف في استعمال الضمانات وحقوق الدفاع، والتقاضي بسوء نية، وذلك يؤثر على حل بعض المنازعات، في حين تعمل الطرق البديلة لحل النزاع على تفادى عديد الإجراءات القضائية والآجال القانونية التي لا طائل منها سوى تأخير أمد حل النزاع، لاسيما آجال التبليغ وآجال جدولة القضية، وآجال الرد وغيرها من الآجال التي قد لا تضيف شيئا لحل النزاع او مصداقيته.

وعدم التنازل عنها لاحد الا تحت رقابته، وانما تم استبدال الطرق والآليات التي يستخدمها القضاء في حل النزاعات بوسائل وآليات اخرى تتلاءم ومتطلبات تحسين العدالة.

* ظاهرة العقود المستحدثة والتي أفرزتها الحياة المعاصرة كما هو الحال في العقود المتعلقة بالاستثمار واتفاقيات البحوث واستعمال براءات الاختراع وعقود نقل التكنولوجيا والعقود الالكترونية، وكذا العقود البنكية التي اهمها عقود القرض، حيث اضحت تبرم في عديد الصور والأشكال بما يتوافق وحاجات المتعاقدين وضماناتهم، تعددا ينتج عنها تعدد حالات الخلاف وجلها حالات قد لا يوجد لها حل في القانون[1].

* لتحقيق الاصلاح القضائي المنشود، حيث أصبح من الضروري البحث عن كل الوسائل والطرق الكفيلة لترسيخ سيادة القانون والشفافية والنزاهة والإنصاف والسرعة في الانجاز على مستوى إصدار الاحكام وتنفيذها، مما أصبح معه النظام القضائي مطالبا بتطوير موارده البشرية وأجهزته واجراءاته، ليستجيب لمتطلبات العدل ومتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته.

* واقع المعاملات التجارية والمالية، حيث بات من المؤكد أن المعاملات التجارية والمالية تستلزم عناية خاصة في حل المنازعات الناشئة عنها، وتستلزم سبلا ذات طابع خاص لفضها، نظرا لأن تلك المعاملات والتعاقدات هي نفسها ذات طابع خاص، فهي تكون في الغالب معاملات يغلب عليها الطابع الشخصي وتمتاز بضخامة مبالغها، فهي مظهر من مظاهر علاقات مستمرة يحرص طرفاها على تواصلها رغم ما نشب بينهما من خلاف، بالإضافة إلى رغبة أطراف العلاقة في السرية التي تعد عماد العلاقات التجارية[2]، ففي عقد القرض البنكي على سبيل المثال لا البنك يرغب في انهاء العلاقة رغبة منه في تحصيل فوائد القرض الذي منحه، ولا المقترض يرغب في ذلك، إذ لا يرحب في غالب الأحيان بإبطال العقد ورد المبالغ التي حصل عليها وانما يرغب في الاستفادة من هاته المبالغ لحين انتهاء العقد.

ثانيا: اسس ومقومات التسوية غير القضائية للنزاعات بين البنك والمستهلك

من البديهي ان التفكير في اللجوء لأساليب بديلة عن القضاء لحل النزاعات بين الأفراد لم يكن بلا اسباب ومبررات كما سبق التوصل اليه، وكذا لم يكن بلا اسس ومقومات تجعل منه بديلا يخلو

[1]) سوالم سفيان، مرجع سابق، ص 61.

[2]) سوالم سفيان، مرجع سابق، ص 61.

من المآخذ والحواجز التي بات القضاء الرسمي يسببها، وهي الأسس والمقومات التي يمكن جمعها في الحفاظ على السرية والخصوصية (1)، المرونة الإجرائية (2)، اشراك الاطراف في حل النزاع (3).

1) الحفاظ على السرية والخصوصية:

الطرق البديلة لحل النزاعات تعمل على تكريس السرية في مختلف مراحل حل النزاع، فالسرية تنطبق على وجود الإجراء ذاته، اي وجود المنازعة ذاتها فلا البنك من مصلحته ان يبدو خصما متكررا ومسببا للنزاعات نظرا للدور الذي تلعبه السمعة في المجال البنكي والمالي بصفة عامة، وكذا السرية اثناء حل النزاع وهذا ما لا يتيحه القضاء العادي، إذ تعتبر العلنية احد الاسس التي يقوم عليها التقاضي في اغلب الدول[1]، كما تنصب السرية ايضا على المستندات المنتجة أثناء الإجراءات في هاته الوسائل، إذ لا يجوز لأي طرف الاطلاع عليها لان التقاضي لا يخضع لمبدأ العلنية في جلسة الاستماع[2].

مع ذلك فالسرية ليست تلقائية في الطرق غير القضائية لحل النزاعات، ويجب من أجل تطبيقها أن ينص عليها القانون المعمول به أو يتفق عليها الأطراف أنفسهم بطلب منهم، إما عن طريق الاتفاق الأصلي بينهما أو بعد إحالة القضية امام الهيئات التي تختص بالفصل في النزاع، إذ لن تبقى في هاته الحالة القضية سرية بموجب الاتفاقية التي يتم بمقتضاها اللجوء الى هاته الطرق، او بموجب القانون الداخلي للمؤسسة التي تتولى حل النزاع[3]، يمكن أيضًا رفع السرية من قبل الأطراف، فالسرية ليست دائمًا مرغوبة، خاصة عند تكرار صنف معين من الممارسات المصرفية

---

[1]) المادة 169 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 442/20، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020 " ينطق بالأحكام القضائية في جلسات علنية".

[2]) le Rapport arbitrage en matière bancaire et financière du haut comité juridique de la place financière de paris, 31 janvier 2020, p.08, disponible sur le site https://www.banque-france.fr consulté le 25/02/2022, a 15 :00.

[3]) لان الاصل انها علنية ومن صالح المشرع ومؤسسة حل النزاع ان تنشر قراراتها اذ ذلك يشكل مظهر من مظاهر الاستقلالية ويشكل وسيلة لتشجيع اللجوء الى الطرق الودية لحل النزاع، وذلك ما لا يوجد في التقاضي امام القضاء.

المتنازع عليها، فيكون من المرغوب فيه الحصول على سابقة موثقة يتم الرجوع اليها او الاستناد عليها وتفادي عرض النزاع وما يؤدي اليه ذلك من تكاليف اضافية وخسارة للوقت.

2) المرونة الإجرائية:

المرونة الاجرائية هي سمة بارزة أخرى للطرق البديلة لحل النزاعات والتي تسمح للأطراف بتكييفها مع احتياجاتهم بالإضافة الى منح الاطراف حرية اكبر في تحديد طريقة حل النزاع بدءا باختيار القانون واجب التطبيق ما إذا كان وطنيا او اجنبيا أو من وضع اية هيئة اخرى كغرف الفلاحة والصناعة وغيرها[1]، واختيار اللغة، واختيار المكان الذي لا يشترط بالضرورة أن يكون مكانا محددا بالضبط كما هو الحال في المحاكم التقليدية، كما يمكن ان يختلف مكان الاستماع عن مكان اجراء باقي الاجراءات، المحكمون وخبراتهم وغيرها من الخيارات[2].

من أبرز نتائج المرونة الإجرائية، السرعة التي تعد عاملا جد مهم في مجال الاعمال، فتعمل الطرق البديلة لحل النزاعات على تجاوز عديد الإجراءات المعروفة أمام القضاء والتي تتسبب في طول وتعقد الإجراءات ومن تم تأخر الوصول الى حل والتي من أبرزها إجراءات التنحية، ومدة التوقف، وطول الكتابات وفترة تبادل العرائض، وكثرة وسائل الإثبات، وبعض العادات السيئة للأطراف ومحاميهم في إطالة أمد النزاع لأسباب مختلفة.

3) اشراك الأطراف في الحل:

تنطلق الطرق غير القضائية لحل النزاعات من فكرة انه لا يوجد احرص من الاطراف على الحفاظ على حقوقهم والتوصل الى حل للنزاع، فحتى القاضي نفسه مقيد بمجموعة من القيود تجعله طرفا حياديا في النزاع وتمنعه من وضع الحل العادل للنزاع، لاسيما الدور السلبي له في ادارة النزاع وعدم امكانية تجزئة النزاع، وواجب التقيد بالتكييف القانوني للوقائع وتطبيق مواد القانون المخصصة لها حصرا دون تطبيق اي قاعدة أخرى.

---

[1]) ذلك ما لا يتيحه القضاء إذ يوجد قانون واحد يلزم القاضي بتطبيقه وهو قانون دولته.

[2]) وهي كلها امور غير مسموح بها امام القضاء، فلغة القضاء هي لغة الدولة الرسمية وقضاته هم قضاة الدولة وتعينهم المحكمة والقانون المطبق هو قانون الدولة فلا يمكن للقاضي ان يطبق غير قانون بلده.

إشراك للأطراف في النزاع من شانه حصر المسائل المتنازع عليها دون المسائل الاخرى، ومن تم تنصب المناقشة فقط علي تلك المسائل، على عكس طريقة تدخل القاضي الذي يفصل في النزاع بطريقة حيادية وبطريقة موضوعية دون أي تشخيص للنزاع او معرفة لرغبات الاطراف او اتباع الراي الذي يرتضونه، ولإشراك الأطراف في حل النزاع فائدته من حيث الحل المقدم للنزاع، فالحل القضائي هو حل استنبطه القاضي من القانون او من روح القانون ومبادئه ورغم انها ارادة عليا يفترض فيها العدل والإنصاف غير انها ليست بالضرورة حلا محبذا لدى الأطراف، في حين تتيح الطرق البديلة لحل النزاع امكانية التوصل الى حل مرضي لكلا الطرفين، كما ان الحل القضائي ينطلق من فكرة مسؤول ومضرور وليس من فكرة الحل التوافقي او الحل الأمثل.

الفرع الثاني: آليات التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض

بعد أن تطرقنا في الفرع الاول لأسس التسوية غير القضائية ومقوماتها، وتوصلنا الى انها تشكل بديلا فعالا للقضاء في حل النزاعات بصفة عامة والنزاع بين البنك والمستهلك المقترض بصفة خاصة، بفعل ما تقدمه من ضمانات وما تمنحه من دور ايجابي للأطراف في تقرير الحل الامثل لنزاعهم، أو على الأقل ما تمنحه لهم من اختيار الشخص الذي يتولى حل النزاع بينهما[1]، وتسمى هاته الطرق بالطرق البديلة لحل النزاعات (أولا)، كما يمكن للطرف الذي يساهم في حل النزاع ان يكون الإدارة العامة نفسها، وذلك بفعل احاطتها الشاملة بالنصوص القانونية والتنظيمية لمجال اختصاصها واعتمادها على اسس وآليات عديدة قد لا يملكها القاضي نفسه[2]، مع الحفاظ فقط على معايير الحياد والاستقلالية لذلك نتطرق للحل الإداري للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض (ثانيا).

---

[1]) بخلاف ما هو عليه الحال في التقاضي أمام القضاء حيث يخضع لأحكام الاختصاص بنوعيها الإقليمي والنوعي والتي تعد من طبيعة آمرة لا يجوز مخالفتها ويمكن للقاضي اثارتها من تلقاء نفسه، أنظر المواد 37،32، 38، 39، 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]) من أمثلتها سلطة الأمر التي تمتلكها الإدارة والتي تهدف الى الغاء التصرفات الخاطئة لأحد الأطراف، الزيارة في عين المكان، تقديم الإرشادات والتعليمات الضرورية التي من شأنها أن تقلل من حدة النزاع وغيرها من الوسائل.

أولا: الطرق البديلة لحل النزاعات بين البنك والمستهلك المقترض

تشهد الجزائر اليوم تطورا اقتصاديا وتراكما تشريعيا، دفعها إلى أن تولي اهتماما خاصا لهذه الوسائل وهكذا صدرت عدة تشريعات تنحو هذا المنحى، فقانون الاجراءات المدنية الملغى[1] نظم التحكيم بنوعيه الوطني والأجنبي في الكتاب الثامن في المواد من 442 إلى 458 مكرر28، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في1993/04/25 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، ومسايرة للتطور القانوني والقضائي في مختلف الدول ورغبة في اصلاح وعصرنة العدالة، عمل المشرع الجزائري على تبني الطرق البديلة لحل النزاعات بموجب القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية حيث خصص لها الكتاب الخامس منه، ليحدث ثورة في المنظومة القانونية ومن هنا كان اعتماد التحكيم (1)، المصالحة (2)، الوساطة (3)، كآليات بديلة لحل النزاعات جزءا من هذا الاصلاح.

1) التحكيم:

يمكن تعريف التحكيم انه" نظام لحل النزاعات مستقل عن قضاء الدولة، يتولى حل النزاع بموجبه شخص أو أكثر من اختيار اطراف النزاع بموجب الأحكام القانونية التي يحددها الأطراف كذلك ليصدر في الاخير حكما ملزما للأطراف"[2]، ومن تم فهو آلية تشتبه مع القضاء في أن الحل المقدم يكون من طرف المحكم وليس من الأطراف، كما أنه ملزم للأطراف ولا يجوز لهم الغائه الا وفق طرق الطعن التي يجيزها القانون، ويختلف عن القضاء في ان الأطراف هم من يتولون تحديد المحكمين وهم من يتولون تحديد القواعد القانونية التي تحكم النزاع، وتتمتع هيئات التحكيم المتخصصة بمزايا لا يمكن إنكارها لاسيما انها إجراءات أسرع وأقل تعقيدًا وأقل رسمية مقارنة بالإجراءات المتبعة امام القضاء، بالإضافة إلى ذلك فإن قراراتهم ملزمة، على عكس قرارات هيئات التوفيق والمصالحة المتخصصة.

---

[1]) الأمر رقم 154/66، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج ر عدد 47، مؤرخة في 09 جوان 1966، ملغى.

[2]) العبيات محمد خير خلف، إجراءات التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، سنة ،2019، ص16.

تجدر الاشارة انه في فرنسا لا يطبق التحكيم على منازعات المستهلكين، فوفقًا للمادة 2061 من القانون المدني يكون شرط التحكيم ساريًا في العقود المبرمة للنشاط المهني[1]، في حين لم يورد المشرع الجزائري أي استثناء حول تطبيقه من حيث الأشخاص[2] ويشكل التحكيم مجالا خصبا لحل النزاعات بين البنوك وعملائها خاصة في النزاعات الدولية أي التي يكون طرفاها من جنسيات مختلفة، حيث تميل هاته الاخيرة إلى اختيار التحكيم عند الطرف الآخر خاصة اذا كان ينتمي الى دولة لا تعترف بالأحكام الأجنبية و/ أو التي لا تقدم محاكمها جميع الضمانات اللازمة من أجل الحياد والنزاهة، أو عندما يكون الطرف المقابل دولة أو كيانًا ذا سيادة، إلى الحد الذي لا يمكن معه اللجوء الى القضاء بسبب الحصانة القضائية[3].

من جهة اخرى يمكن القول ان التحكيم ايضا مازالت تواجهه بعض العراقيل في مجال منازعات قانون حماية المستهلك لاسيما ندرة قرارات التحكيم في هذا المجال إلى حد كبير، بالإضافة الى ارتفاع تكلفة التحكيم التي تحد بشكل كبير من استخدامه من طرف المستهلكين خاصة لتسوية منازعات لعملاء البنوك عندما يكون الأخير في موقف مقدم الطلب[4]، وهاته المعطيات لا تشجع استخدامه من طرف المستهلكين بصفة عامة، ولذلك فإن المستهلك المقترض قد يبحث على حلول بديلة اخرى[5].

---

[1]) Art 2061 alinéa 02, C. Civ. op.cit. « Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ».

[2]) حيث جاءت المادة 1006 من الأمر رقم 09/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، بصفة عامة حيث أقرت " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

[3]) Rapport arbitrage en matière bancaire et financière du haut comité juridique de la place financière de paris, 31 janvier 2020, op.cit, p 08.

[4]) عكس ما هو عليه الحال فيما يخص عدالة الدولة حيث تتمتع بميزة كونها مجانية بالإضافة إلى امكانية حصول المتقاضين الفقراء على مساعدة قانونية لا يستطيعون الحصول عليها في إجراءات التحكيم الذي لا يقدم أي اعانة للأطراف.

[5]) كما تجدر الإشارة ان التحكيم يكون أكثر فعالية في مجال المعاملات البنكية المهنية كالقروض الممنوحة للشركات لغرض استثماري أكثر منه في العقود الموجهة للمستهلك التي يكون القاضي هو الأكثر فعالية في الفصل فيها، ونرجع السبب في ذلك الى حرص القاضي على تطبيق السياسة الحمائية التي أقرها المشرع في حين قد يطبق المحكم أية قواعد اخرى.

2) الصلح:

عرف المشرع الصلح في القانون المدني أنه " **عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**"[1]، كما اجازته المادة 990 قانون الاجراءات المدنية والادارية حيث جاء فيها " **يجوز للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة**"، **وتتم محاولة الصلح بين الطرفين إذا تم قبوله في المكان والزمان الذين يراهما القاضي، وإذا تم التوصل الى حل مرضي للطرفين يحرر محضر الصلح ويعد سندا تنفيذيا**"[2]، ومن تم فهو حل يتم أمام القاضي الذي له صلاحية اقتراح الصلح في كافة المواد وفي كافة القضايا.

بهذا المفهوم يمكن للصلح أن يشكل إجراء فعالا في حل النزاع بين البنك والمستهلك المقترض لاسيما فيما يخص انه إجراء بسيط وسريع جدًا وغير مكلف على خلاف القضاء، حيث يمكن للإجراءات القانونية التي يتبعها أمام هذا الأخير أن تؤدي إلى تأزم وضعية المستهلك خاصة إذا لم يوفق في تأسيس طلباته او تقديم الأدلة الكافية على ادعاءاته، كما انه حتى لو صدر الحكم لصالحه فقد لا يكون بالضرورة حلا مفضلا له، غير اننا نرى ان الصلح بما انه وفق ما تقدم هو تنازل لكلى طرفي النزاع قصد الوصول الى حل وسطي، فيكون بين طرفين متكافئين من حيث المركز التعاقدي، وذلك ما لا يتحقق في عقد القرض البنكي، فمن غير المرجح أن يقدم البنك تنازلات فعلية وجادة من شأنها إنصاف المستهلك المقترض وانهاء النزاع.

كما يقدم إجراء الصلح ميزة أخرى، حيث يلاحظ أنه لا يتم استبعاد اختصاص القضاء في حالة فشل الصلح، وحتى عند افتراض فشله لا يعني أن إجراء الصلح غير ضروري أو أصبح غير مجدي، فعلى العكس يمكن أن يعتبر جلسة استماع تمهيدية يتم من خلالها تحديد عناصر معينة للنزاع من شأنها حصر النزاع ومن المحتمل أن يستخدمها القاضي عند نظره للنزاع، كما يمكن أيضا للأطراف إتباع إجراء الوساطة وتجنب العملية القضائية حتى بعد فشل الصلح، ومن تم يمكن القول ان الصلح لا يشكل كما هو الحال في التحكيم وسيلة بديلة للقضاء وإنما قد يشكل

---

[1]) المادة 459، من الامر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2]) أنظر المواد 991،992، 993 من القانون رقم 09/08، يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

وسيلة بديلة كما قد يشكل وسيلة تكميلية للقاضي للوصول إلى حل للنزاع المعروض على القاضي[1].

3) الوساطة:

يمكن تعريف الوساطة أنها "**عملية منظمة بغض النظر عن تسميتها أو الإشارة إليها حيث يحاول الطرفان بمقتضاها فض النزاع بأنفسهم طواعية والتوصل إلى اتفاق بشأن هذا النزاع باستخدام المساعي الحميدة لشخص ثالث يسمى "الوسيط"، وقد تبدأ هذه العملية من قبل الأطراف، أو تقترحها أو تأمر بها محكمة**"[2]، وعرفها المشرع الفرنسي بانها "عملية منظمة مهما كانت تسمى يحاول من خلالها طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق لحل خلافاتهم وديًا، بمساعدة طرف ثالث، يسمى الوسيط يختاره الاطراف أو يتم تعيينه بموافقتهم، من قبل القاضي الذي ينظر في النزاع"[3].

اما المشرع الجزائري فلم يورد لها تعريفا مباشرا غير انه يمكن تعريفها انطلاقا من النصوص المنظمة لها والمتمثلة في المواد من 994 الى المواد 1005 من قانون الاجراءات المدنية والادارية انها " **اجراء يجب على القاضي ان يلجا اليه في جميع المواد ماعدا قضايا شؤون الاسرة والقضايا العمالية والقضايا التي تمس بالنظام العام، واذا قبل الاطراف هذا الاجراء يعين القاضي شخصا ثالثا يسمى الوسيط ممن تتوفر فيهم متطلبات الحياد والنزاهة والكفاءة لإيجاد اتفاق ودي للنزاع** "، غير اننا نرى ان الوساطة وفق مفهوم المشرع الجزائري لا تكاد تكون اسلوبا وديا او اسلوبا بديلا لحل النزاع بقدر ما تكون وسيلة مستحدثة لتغيير دور القاضي او لتخفيف العبء عليه، ومن مظاهر ذلك النص الصريح للمشرع بعدم تخلي القاضي عن النزاع وامكانية اتخاذه اي

---

1) Vassili Christianos, op.cit. p.222.

2) https://www juritravail.com, consulté le 04/03/2022 a 15 :00.

3) Art 21 Loi n° 95/125, du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative , JORF N 0034, du 09 fevrier 1995 :« La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige ».

اجراء يراه ضروريا، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 995 فقرة 02 قانون إجراءات مدنية وإدارية[1]، وكذلك تحديد الآجال الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته[2]، ضرورة اخطاره بالصعوبات التي تعترضه في مهمته[3]، كما يمكن للقاضي أن ينهي الوساطة تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها[4]، وأخيرا وجوب اعادة طرح القضية عليه ليصادق على محضر الاتفاق المتوصل اليه[5].

رغم هذا الدور الجوهري الذي يلعبه القضاء او القاضي في حل النزاع عن طريق الوساطة، غير ان هذا الإجراء يعد اجراء غير قضائي لحل النزاع او طريقا بديلا لحل النزاع كما سماه المشرع[6] لان إيجاد الحل كان من طرف شخص لا ينتمي لجهاز القضاء وما تدخل القضاء الا صونا لحسن سير العدالة وضمان احترام القانون الذي يعد اسمى أهدافه.

يعد التشريع المغربي في مجال الحل الودي للنزاعات في المجال البنكي عن طريق الوساطة أكثر تطورا حيث انشأ مركزا متخصصا في الوساطة البنكية[7]، بهدف الوصول الى تسوية ودية للخلافات التي تنشأ بين مؤسسات الائتمان والمتعاملين معها، يتكون هذا المركز من بنك المغرب، الوكالة الوطنية لدعم المقاولات الصغرى والمتوسطة والمجموعة المهنية للبنوك والفدرالية الوطنية

---

[1]) غير أننا يمكن ان ننظر الى ذلك من وجهة نظر ان القاضي هو صاحب الولاية العامة على القضية وان تخليه عن صلاحياته لشخص آخر... يعد من قبيل نكران العدالة وبالتالي فإن نقل صلاحية الفصل للوسيط كان بهدف تغيير طريقة الفصل وهي الحل الودي بدل التطبيق الحرفي للقانون وفق ما يتناسب ورغبة الأطراف وليس تخليا للقاضي عن اختصاصه الدستوري بالفصل في النزاعات.

[2]) المادة 999 من القانون رقم 09/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[3]) المادة 1001، القانون رقم 09/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[4]) المادة 1002 فقرة 02، القانون رقم 09/08، مرجع نفسه.

[5]) المادة 1004، القانون رقم 09/08، مرجع نفسه.

[6]) إذ عنون الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالطرق البديلة لحل النزاع.

[7]) تمت المصادقة على المنشور رقم 9/ و/ 2016 المنظم لآلية الوساطة البنكية الذي من خلاله تم وضع اسس نظام الوساطة، وانشئ مركز الوساطة بتاريخ 20 مارس 2014، وتحدد كيفية سير هذا النظام بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع لجنة مؤسسات الائتمان، غير ان اهم ما يجلب الانتباه أن مجلسه الاداري لا توجد فيه جمعيات لحماية المستهلك، ويوجد به هيئات مهنية تمثل المجال البنكي والمقاولاتي.

لجمعيات القروض الصغرى وشخصيات مستقلة يتم اختيارها لكفاءتها وخبرتها البنكية أو المالية أو القانونية[1].

يتعين على الزبون المتضرر من تصرفات البنك قبل ان يلجأ الى مركز الوساطة البنكية ان يوجه شكايته للمصالح المختصة التابعة للمؤسسة البنكية، فإن لم يتلقى جوابا أو لم يرضى بالجواب عليه تقديم الشكاية مع الوثائق الثبوتية لمركز الوساطة الذي له 10 ايام للتصريح بقبول الوساطة ثم 30 يوم بعد ذلك لمعالجة الطلب، كما لا يعتبر هذا النظام نظاما بديلا للقضاء إذ يمكن للطرف الذي لم يرتضي بنتيجة الوساطة اللجوء الى القضاء، كما لا يعتبر مرحلة الزامية يجب على الزبون المرور عليها قبل اللجوء للقضاء، عكس المؤسسات البنكية التي لا يجوز لها اللجوء الى القضاء إلا بعد عرض النزاع على مركز الوساطة، ويستحسن على المشرع المغربي موقفه بإقرار اجبارية الوساطة بالنظر الى سبب نشوء النزاع، فتصبح الوساطة الزامية قبل اقامة دعوى المطالبة باي أداء إذا كان عدم تسديد الاقساط ناتجا عن الفصل عن العمل أو عن حالة اجتماعية غير متوقعة[2].

وعلى مستوى التشريع الفرنسي تجدر الإشادة بموقفه حول انشاء وساطة خاصة بالمنازعات الاستهلاكية[3]، ويتم تعيين هؤلاء الوسطاء من طرف هيئة تتألف من ممثلين على الأقل من جمعيات حماية المستهلك وممثلين إثنين من المهنيين[4]، ويمكن للمستهلك الولوج الى هاته الوساطة عبر الطريق الإلكتروني او عبر رسالة بسيطة بصفة مجانية، يرد بعد ذلك الوسيط باستلام هذا الإخطار[5]، ويجب عليه ان يعلم الطرفين بالحل الذي يقترحه ويذكرهم بأن لهم كامل

---

[1]) منى المسلومي، مرجع سابق، ص 156.

[2]) المادة 111 فقرة 03 و04 من القانون 31/08، متعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك المغربي، مرجع سابق.

[3]) Art L.611-2, C. Conso, op.cit. « La médiation de la consommation s'applique à un litige national ou transfrontalier entre un consommateur et un professionnel. Elle est régie par les dispositions du présent titre ainsi que, dans la mesure où elles ne leur sont pas contraires.... »

[4]) Art D.613-2, C. Conso, op.cit.

[5]) Art R.612-1, R.612-3, C. Conso, IBID.

الحرية في رفض أو قبول الحل المقترح، وأن المشاركة في الوساطة لا يحرمهم من تقديم أي طعن أو طلب أمام القضاء وأن الحل المقدم لهم يمكن أن يكون مختلف عن القرار الذي يمكن أن يصدره القاضي، كما يجب عليه أن يوضح ماهي الآثار القانونية لقبول الحل المقترح[1].

بذلك فالمشرع الفرنسي نظر الى الوساطة كحل غير قضائي من زاوية مختلفة فهو يرى أنه إن كان القضاء وما ينطوي عليه سلبيات تم ذكرها سابقا لا يتناسب مع حاجة المستهلك ووضعيته، فإن أي طريق بديل عن القضاء يجب ان يكون مدروسا ومهيئا بما يتناسب وضرورة حماية المستهلك، فعلى سبيل المثال ما الحاجة من منح المستهلك حرية اختيار الطريق الذي يحل به النزاع، واختيار القانون الواجب التطبيق واختيار الوسيط أو المحكم وغيرها وهو عديم الخبرة أو في مركز ضعف، لذلك فالوساطة او أي طريق ودي آخر يجب أن يراعي الطابع الاستهلاكي للنزاع[2].

اما عن الدور الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك التي لها صلاحية التدخل عن طريق اجراءات لحماية مصلحتها الجماعية، او عن طريق رفع دعوى جماعية التي ترفع عن طريق مجموعة من المستهلكين المتضررين من سلوكات المهني مثل الشروط التعسفية المدرجة في طائفة معينة من العقود وغيرها من السلوكات التي تلحق ضررا بالمستهلك، دون الحصول على الموافقة المسبقة لباقي الاعضاء، والحصول على قرار قضائي ملزم لكافة اعضاء المجموعة، فهناك من يصنفه أنه حل غير قضائي وانه نوع من انواع الوساطة لأن المشرع منح لهاته الجمعيات الحق في التدخل وايجاد حل للنزاع، وما اللجوء للقضاء سوى وسيلة لتنفيذ هذا التدخل وضمان فعاليته، في حين ان

---

[1]) Art R.612-5, C. Conso, IBID.

[2]) في حين لم يكرس أي نظام وساطة فيما يخص القروض الممنوحة للشركات ولم يخصه بأحكام خاصة، ولكن تم وضع أسس هذا النظام عن طريق اتفاقية تنصيب امضيت يوم 2009/07/27 بين وزير الاقتصاد، وسيط القرض للشركات، محافظ بنك فرنسا، اللجنة التنفيذية للفدرالية البنكية الفرنسية، ويعين وسيط القرض للشركات من طرف رئيس الجمهورية باقتراح من وزير الاقتصاد بعد اخد راي محافظ بنك فرنسا، وله أدوار اخرى على غرار حل النزاعات كمساعدة الشركات في الحصول على القرض، وإجراء تحليل تقني للشركات التي تم إخطاره من طرفها، انظر في هذا الصدد:

Eric Bertrand, Nemadeu Djuitchoko, op.cit. p.222-224.

الحل القضائي يتم مباشرة بلجوء المعني للقضاء ومطالبته بإيجاد حل للنزاع[1]، غير اننا نرى أنه يعتبر حل قضائي لان القضاء هو من أوجد الحل للنزاع ووفق اجراءات التقاضي المعتادة.

ثانيا: الحل الإداري للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض

يقصد به الحل الذي تضطلع به هيئات ذات طابع إداري من اجل حل النزاع القائم بين البنك والمستهلك المقترض بمناسبة تنفيذ عقد القرض البنكي، ولا يوجد في التشريع الجزائري أي نص صريح يمنح لبنك الجزائر او أحدى مؤسساته الحق في التدخل المباشر لحل النزاعات بين البنك وزبونه، رغم ان حماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية من أبرز تطلعات المشرع ومن اهم صلاحيات مجلس النقد والقرض، كونه السلطة التنظيمية المخولة بحماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية[2]، ورغم ان حل النزاعات بين البنك او المؤسسة المالية وعملائها يعد من ابرز صور هاته الحماية.

الأمر نفسه فيما يخص اللجنة المصرفية فرغم انه من صميم مهامها مراقبة احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها والذي يعد حل النزاعات ابرز صور هاته الرقابة وعملية مكملة لهاته الرقابة[3]، غير أن المشرع لم يمنح لها صراحة مهمة حل النزاعات بين البنوك وعملائها ويبقى تدخلها قاصرا، إذ يقتصر دور اللجنة المصرفية في التشريع الجزائري على معاينة الإخلالات التي قد تقبل عليها البنوك ومعاقبتها على ذلك دون ان تمتلك صلاحيات التدخل ومحاولة إيجاد تسوية للنزاع القائم بين البنك والمقترض.

كما يمكن اعتبار الدور الذي تقوم به كل من لجنة المديونية المفرطة في التشريع الفرنسي التي سبق التطرق اليها إحدى الهيئات الادارية المختصة بحل النزاعات في مجال المديونية المفرطة،

---

[1]) Vassili Christianos, op.cit. P.165.

[2]) حيث تنص المادة 62 من الامر رقم 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق على انه " يخول المجلس صلاحيات بصفته سلطة نقدية في الميادين المتعلقة بما يأتي:

ط – حماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية لاسيما في مجال العمليات مع هؤلاء الزبائن".

[3]) حيث تنص المادة 105 مرجع نفسه على انه " تؤسس لجنة مصرفية تدعى في صلب النص اللجنة وتكلف بما يأتي:

ـ مراقبة مدى إحترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها".

والتي وإن كانت تتدخل بغرض حماية المقترض الواقع في مديونية مفرطة ومساعدته على الخروج من هاته الوضعية ومنع تأزمها، غير انها تعتبر اداة للتدخل الودي للوساطة بين البنك والمقترض لتفادي النزاع المفترض وقوعه بينهما بشأن مآل تنفيذ الالتزامات العقدية بينهما، كما انه يعتبر إخطارها خطوة إجبارية قبل اللجوء الى القضاء، وكذا لجنة الشروط التعسفية التي تختص بالبحث عن الشروط التعسفية وإبطال مفعولها، إذ بذلك تعد هيئة لحماية المستهلك المقترض وفي نفس الوقت هيئة لحل النزاعات التي قد تنجم عن إدراج البنك لهاته الشروط بطريقة ودية وتفادي اللجوء الى القضاء.

كما تجدر الاشارة الى ضرورة تمكين اللجنة المصرفية من حل النزاعات بين البنك وزبونه، كتأسيس غرفة تأديبية وتحكيمية، مثل ما هو عليه الحال في لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها[1] والمختصة في المجال التحكيمي لدراسة أي نزاع تقني ناتج عن تفسير القوانين واللوائح السارية على سير البورصة، الناشئة بين الوسطاء ومختلف المتدخلين في سوق البورصة، وكذا بين الوسطاء والآمرين بالسحب في البورصة أي النزاعات مع الزبائن[2].

ينبغي في هذا الصدد الإشادة بموقف المشرع المغربي من الحل الإداري للنزاعات بين البنك والزبون، حيث يتدخل بنك المغرب بصفة مباشرة لحل مشاكل الزبون، حيث منح من خلال المادة 159 من القانون 103/12[3] للمستهلك امكانية التوجه لبنك المغرب إذا كان متضررا من تصرفات البنك بعدم احترام القوانين[4]، بشكوى مكتوبة ومدعومة بكل الوثائق التي يرى انها مفيدة

[1]) حيث انشأت بالمادة 51، من المرسوم التشريعي رقم 10/93، مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 34، مؤرخة في 23 ماي 1993.

[2]) المادة 52، مرجع نفسه.

[3]) القانون رقم 103/12، مؤرخ في 24 ديسمبر 2014، المتعلق بمؤسسات الائتمان المصرفية والهيئات المعتبرة في حكمها في التشريع المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 193. 14. 1، بتاريخ 24 ديسمبر 2014.

[4]) من بين الاختلالات المحتملة في مجال القرض البنكي، عدم احترام المؤسسة اسعار الفائدة المدينة أو الدائنة، عدم موافاة الزبائن بملخصات العمولات المطبقة، عدم حصول الزبون على الخدمات البنكية الاساسية مجانا، ما يتعلق بصحة الاشهار.

لإثبات ادعاءاته بخصوص منتوج أو خدمة اشترك فيها أو يسعى للاشتراك فيها[1]، ليتمكن بنك المغرب من خلال مديرية الإشراف البنكي الوقوف على حقيقة الوضعية[2].

كما تجدر الإشارة الى وجود نظام داخلي اي على مستوى البنك نفسه لمعالجة النزاعات بينه وبين عملائه يضمن معالجة فعالة وشفافة للشكايات المرفوعة الى مؤسسات الائتمان، الامر الذي يضع حدا للنزاع بكيفية اسرع وبذلك التخفيف عن باقي الاجهزة (مركز الوساطة، بنك المغرب، القضاء...الخ)، ولتسهيل استفادة العملاء من هاته المعالجة يجب على البنوك ان تطلع زبائنها بكل الطرق والدعائم الممكنة والمناسبة بوجود اجهزة داخلية لمعالجة الشكايات، فيحدد البنك محاور وقنوات توصل المؤسسة بالشكاية وكيفية معالجتها، كما عليه ايضا ان يخبرهم بوجود اجهزة خارجية لمعالجة الشكايات، والمتمثل في بنك المغرب وجهاز الوساطة البنكية الذي انضمت اليه المؤسسات البنكية[3].

المطلب الثاني: التسوية القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض:

يقصد بها التسوية التي تقام أمام القضاء عن طريق رفع دعوى أمامه من طرف المستهلك المقترض نفسه، أو من طرف الاشخاص المخولين قانونا بذلك كالجمعيات التي تعنى بحماية المستهلك بعد توفر شروط رفعها لاسيما شرط الصفة والمصلحة، وينظر القاضي الدعوى وفقا لقانون الإجراءات المدنية دون اي تمييز لعدم وجود أحكام خاصة بالمجال البنكي، رغم الخصوصية التي تميز هذا الاخير سواء من حيث المصلحة المعنية بالحماية او من حيث تقنية المجال البنكي التي تستدعي حدا أدنى من الخبرة من أجل النظر فيها.

[1]) عن كيفية ايصال هاته الشكوى، توجه إما لمديرية الاشراف البنكي المتواجدة بالدار البيضاء أو عن طريق رسالة الكترونية أو لدى وكالات بنك المغرب، كما وضع بنك المغرب مطبوعا رهن إشارة الجميع يمكن تحميله من خلال الموقع الرسمي لبنك المغرب مخصص للشكايات يكفي ملؤه.

[2]) نقلا عن منى المسلومي، مرجع سابق، ص 153.

[3]) منى المسلومي، مرجع سابق، ص 161.

هذا ما قد يثير التساؤل حول نجاعة التسوية القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض مقارنة ببدائل أخرى سواء من حيث كفاءة القاضي، او من حيث الحلول المنطوق بها في الحكم، ومن تم تظهر الحاجة الى دراسة فكرة الجدوى من إقامة قضاء بنكي متخصص يختص حصرا بنظر النزاعات التي تقوم بين البنك والعميل، ومن اجل ذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتطرق في الاول الى تقييم التسوية القضائية للنزاعات التي تنشا بين البنك والمستهلك المقترض (فرع اول)، ونتطرق في الثاني الى الحاجة الى اقامة قضاء بنكي متخصص (فرع ثان).

الفرع الاول: تقييم التسوية القضائية للنزاعات التي تنشا بين البنك والمستهلك المقترض:

مهما بلغت القناعة الى حد اعتبار اللجوء الى القضاء هو الوسيلة الأنجع من اجل الحفاظ على الحقوق التي يحميها القانون او المطالبة بتلك المغتصبة منها، غير ان الآليات التي يتدخل القضاء بموجبها والوسائل التي يملكها لحل النزاعات المعروضة عليه وما تعرفه من ثبات وجمود قد تقف في وجه السرعة والفعالية التي يتطلبها حل بعض النزاعات نتيجة التطور الحاصل في المجال الاقتصادي والتقني...الخ.

كما قد لا تصل الضمانات التي يوفرها القضاء حد الحماية الواجب توفيرها لطائفة من الاشخاص او من النزاعات، ومن ابرز صور هذا الاحتمال حماية المستهلك المقترض، الذي يتعاقد في مجال تحيط به عديد الاخطار ما يتطلب التفاتة خاصة من المشرع من اجل تسهيل حصوله على الحماية التي قررها له المشرع بموجب قواعد موضوعية والا لن تكون لهاته الاخيرة اية فعالية، وذلك بتسهيل اجراءات التقاضي أو بإيجاد آليات ووسائل اخرى لحل النزاعات، ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع تبين لنا قصور دور القاضي في حل النزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض والحاجة الى قضاء اكثر مرونة في مجال الاستهلاك (أولا)، بالإضافة الى ضرورة النظر في مدى ملائمة الجزاءات التي توفرها القواعد العامة للحماية الواجب توفيرها للمستهلك المقترض (ثانيا).

أولا: قصور دور القاضي والحاجة الى قضاء أكثر مرونة في مجال الاستهلاك

يبدو لنا قبل التطرق لأهم مظاهر القصور التي تدفع للقول بالحاجة الى قضاء أكثر مرونة وأكثر تخصص، ان الاهتمام الموضوعي بموضوع الاستهلاك بصفة عامة ينبغي ان يتبع باهتمام إجرائي يضمن الاستفادة الفعالة من الاحكام الموضوعية المذكورة، وبعبارة اخرى فالحاجة الى احكام موضوعية أكثر مرونة يجب بالضرورة ان يتبعه قضاء أكثر مرونة يعمل على ضمان تحقيق الغاية المنشودة من الاحكام الحمائية الموضوعية للمستهلك.

وفيما يلي نعرض لاهم اوجه القصور التي تتخلل تدخل القاضي لحل النزاع، ومن بين أبرز المشاكل التي يعاني منها القضاء وتجعل فعاليته في حل النزاعات البنكية محدودة، الدور السلبي للقاضي في القضايا المدنية واناطة عملية اقامة الدليل بالمتقاضين وعدم تدخل القاضي الا للحكم وتقدير ما تقدم به الطرفين (1)، موضوع النزاع يتحدد بالادعاءات التي يقدمها الأطراف (2)، عدم جواز تأسيس القاضي حكمه على وقائع خارج الدعوى (3)، اضفاء القاضي للوصف القانوني للأفعال محل النزاع دون الوقوف على الوصف الذي يقدمه الاطراف (4).

1) الدور السلبي للقاضي في القضايا المدنية:

يقصد بالدور السلبي للقاضي في القضايا المدنية انفراد اطراف الدعوى بتقديم الادلة التي يستندون عليها من اجل اثبات ادعاءاتهم وهذا امر يبدو مألوف في القضايا المدنية الاخرى انطلاقا من المبدأ القائل " البينة على من أدعى"، نظرا لتعلق الدعوى بالمصلحة الشخصية البحتة للطرفين، في حين يختلف الامر في مجال الاستهلاك الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بالنظام العام، فأغلب احكامه من طبيعة آمرة وليس تعاقدية لذلك يجب اعادة النظر في دور القاضي من خلال تمكينه لاسيما من إلزام الاطراف على تقديم دليل معين، والا عد ذلك في حد ذاته دليلا عكسيا ضد الطرف المعني، او الكف عن إخلال معين بأحد نصوص القانون.

استنادا إلى هذا المبدأ فإن الاشكال يثور حول نجاعة دور القاضي في الخصومة الاستهلاكية الذي يتعلق بالأساس بعدم امكانية حلول القاضي محل الأطراف لا سيما في حالة استناد الأطراف الى وسائل غير كافية أو غير قادرة للتوصل للحل، أو لما اي من الوسائل لا يمكن الاستشهاد بها

لدعم الطلب، فرغم اعتراف القانون الصريح للمستهلك بهذه الحقوق، فالمستهلك هو الملزم بتقديم الدليل حول الادعاء الذي يتقدم به تحت طائلة رفض طلبه لعدم التأسيس، ويزداد الامر خطورة أمام عجز المستهلك ونقص خبرته فقد يجهل بذاته وجود هاته الحقوق من اساسها[1].

غير ان المشرع عمل على التقليل من وطأة هذا المبدأ وتأثيراته، حيث منحت المادة 24 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرصة للقاضي لاتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات، ويبقى التساؤل مطروحا حول نطاق هاته الاجراءات وطبيعتها[2]، ومنحت له المادة 27 من ذات القانون طلب حضور أي شخص أمامه وكذا الأمر بإحضار اي وثيقة يراها مناسبة لحل النزاع[3]، وأجازت له المادة 28 الامر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا[4]، غير ان هاته الإجراءات مقررة لضمان سيادة القانون وضمن سلطة القضاء وليس حماية لحقوق الأطراف ومنهم المستهلكين.

2) موضوع النزاع يتحدد بالادعاءات التي يقدمها الخصوم:

موضوع النزاع يتحدد بواسطة طلبات الأطراف وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 25 فقرة 1 و2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي جاء فيها" **يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.**

غير انه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الاصلية"، وتقابلها المادة 04 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[5]، لذلك يطرح اشكال

---

[1]) Patricia Franc, op.cit. p.337.

[2]) حيث تنص المادة 24، قانون رقم 09/08، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، على انه " يسهر القاضي على حسن سير الخصومة، ويمنح الآجال ويتخذ ما يراه لازما من إجراءات".

[3]) المادة 27، قانون رقم 09/08، مرجع نفسه، نصت على انه " يمكن للقاضي ان يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع.

كما يجوز له ان يأمر شفهيا بإحضار اية وثيقة لنفس الغرض".

[4]) المادة 28، قانون رقم 09/08، مرجع نفسه، تنص على انه " يجوز للقاضي ان يأمر تلقائيا باتخاذ اي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا".

[5]) Art 4 alinéa 01, Code procédure civil, op.cit. « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties »

ماذا لو أن الوسائل المختارة من قبل المستهلك لا تسمح للقاضي بالرد على طلبات الطرف الآخر، سواء لعدم كفايتها وإما أن هاته الوسائل والطلبات غير قادرة للتوصل للحق المطالب به لمخالفتها للقانون نتيجة جهله للنصوص القانونية، فهل يمكن للقاضي أن يحل محل أحد الاطراف ويحدد موضوع النزاع بناء على ما تم أمامه من مرافعات، ومن اين يبدأ القاضي عمله واين ينتهي، كل هاته تبقى أسئلة معلقة يستحسن تدخل المشرع من اجل الإجابة عنها[1].

يتفرع على هذا المبدأ مبدأ آخر يتمثل في مبدأ عدم جواز حكم القاضي بما لم يطلب منه او بأكثر مما طلب منه[2]، وهنا يطرح السؤال حول ما الغاية من حرمان الاطراف من حق يمنحه اياهما القانون بمجرد عدم طلبه، أم المبدأ يقتصر فقط على جانب محدد من الطلبات وهي الطلبات التعاقدية دون الطلبات القانونية، وما هو المعيار الذي يتم على اساسه تحديد المطالب القانونية المتاحة لأي شخص والمطالب الشخصية التي لا تتاح الا لطالبها، إذا سلمنا بهذا الراي.

فالفكرة وان كانت مقبولة في النزاعات التي تنشأ بين الاطراف في العقود بين الخواص أو العقود بين المهنيين نظرا لتواجد الطرفين في الحالة نفسها، غير أنه تظهر حدة الاشكالية في المجال البنكي بصفة عامة وفي مجال القروض بصفة خاصة، فاعتماد القاضي على المطالبات التي يتقدم بها المستهلك كطرف ضعيف في العقد ومنعه من الاستفادة من الحقوق التي تمنحها له

غير ان الغرفة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية اقرت غير ذلك حيث حكمت على زوجين بالدفع لبنكهما بعنوان تعويض قرضهما العقاري، مبلغ الفوائد المتفق عليها، في حين أن البنك لم يطلب الا الفوائد القانونية.

Cass. Civ. 1er. N° 96 – 17761, Du 01 décembre 1998, www.ligéfrance.fr, « Attendu qu'en condamnant les époux X... à payer au Crédit lyonnais, au titre du remboursement du solde du prêt, la somme de 1 236 699,17 francs, avec intérêts au taux conventionnel à compter du 5 août 1991, alors que cette banque avait sollicité, outre le remboursement de ce solde, " les intérêts au taux légal à compter de chaque échéance impayée ", la cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé le texte susvisé »

[1]) Patricia Franc, op.cit. p.337.

[2]) فالمادة 25 ق إ م إ تنص على هذا الحكم بطريق غير مباشرة حيث تنص على ان موضوع النزاع يتحدد بادعاءات الافراد، ومن تم فمن البديهي ان يؤسس القاضي حكمه بناء على هاته الادعاءات ووفق الطلبات المبنية عليها، وإلا اعتبر تأسيسه خارج موضوع النزاع، ومنه فلا يجب عليه أن يحيد عن هاته الطلبات ويأمر بطلبات اخرى.

النصوص القانونية يجعل المسعى الحمائي للمستهلك بدون جدوى، كما أن تعليق مصير المستهلك المقترض في العقد بقدرته في تحديد الحقوق التي يمنحها له القانون أمر غير مقبول نظرا للضعف الذي يعتريه خاصة من الناحية المعرفية والقانونية.

3) عدم جواز تأسيس القاضي قراره على وقائع خارج الدعوى :

تنص المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه " **لا يجوز للقاضي ان يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات.**

يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار من بين عناصر المناقشات والمرافعات، الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعائهم" وتقابلها في التشريع الفرنسي المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية[1]، مفاد هذه المادة انه لا يمكن للقاضي أن يؤسس قراره على وقائع خارجة عن النزاع اي لم تكن محل مناقشات ومرافعات.

من تم جعل المشرع مصير القرار الذي يتخذه القاضي معلقا على قدرة الأطراف استحضار كافة الخبايا والإشكالات التي يثيرها النزاع ومناقشتها، خاصة وأن ذلك متعلق بخبرة الأطراف وكفاءتهم وذلك ما تثيره وضعية المستهلك، ولكن يمكن للقاضي الاستناد الى احدى الوقائع التي تطرق اليها الاطراف في مناقشتهم ومرافعتهم ويرى القاضي انها منتجة في الدعوى لكن لم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم، لكن يبقى الاشكال قائما إذا لم يستطع الاطراف التحديد القانوني السليم لنطاق النزاع، او عدم التمكن في حصر الوقائع التي تحدد هذا النطاق، لذلك حبذا لو منح المشرع في المجال الاستهلاكي للقاضي امكانية تأسيس قراره على أية واقعة يتأكد من صحتها بغض النظر عن مصدرها ما إذا كان الأطراف أو المستندات التي بحوزته أو توصل إليها عن طريق قرائن مؤكدة، وذلك من أجل توفير حماية اكبر للمستهلك.

---

[1]) Art 07, Code de procédure civil, op.cit. « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat parmi les éléments du débat. Le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétention ».

4) إضفاء القاضي للوصف القانوني للأفعال محل النزاع دون الوقوف على الوصف الذي يقدمه الاطراف :

هو المبدأ الذي نصت عليه في التشريع الجزائري المادة 27 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي جاء فيها " **يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم.**

يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه"، وتقابلها في التشريع الفرنسي المادة 12 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي[1].

أي لا يجب حصر نظر القاضي النزاع على الوصف القانوني المقدم من قبل الاطراف، غير انه يمكن ان يطرح اشكال حول حياد القاضي عن صلب النزاع المعروض أمامه أو خطأه في اختيار النص القانوني الذي يطبق على القضية، أو شمول القضية على أكثر من نص قانوني، إضافة إلى إمكانية وجود تعارض بين هذه النصوص ووقائع الدعوى، كما ان القانون ليس وحده من يطبق على النزاع فلا ينبغي اهمال ما اتفقت عليه ارادة الاطراف، أي على القاضي في تشريحه للوقائع المعروضة عليه مراعاة عدة ظروف منها مصلحة الأطراف واتجاه نيتهم، وليس الرجوع الاعمى لنص القانون بصفته الجامدة، لان الغرض لا يتعلق بتطبيق النص القانوني بحرفيته بقدر ما يتعلق بإصلاح علاقة عقدية تضاربت فيها المصالح أو طغت فيها احدى الارادتين على الاخرى، غير ان هذا لا ينبغي ان يقودنا الى القول بوجوب استبعاد نص القانون خاصة الآمر منه واحلال محله ارادة الاطراف[2].

---

[1]) Article 12 alinéa 2, Code procédure civil, op.cit. « Le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée ».

[2]) بعبارة اخرى ان تحديد القاعدة القانونية الواجب تطبيقها على النزاع لا ينبغي ان يكون بالاعتماد على التكييف ولا التحديد الذي جاء به الأطراف ولكن يكون بعد تحديد مجال اختصاص كل من القانون وارادة الاطراف، أي تحديد نصيب كل منهما في النزاع، وكذلك بعد تحديد القاعدة الواجبة التطبيق بالذات بعد ازالة التعارض الذي قد يقع بين نصوص القانون.

وترى الاستاذة« **Patricia Franc** » أن إلزام القاضي بتكييف النزاع على اساس قواعد القانون واستبعاد التكييف الذي جاء به الأطراف، يؤدي الى منع الاطراف من الحق في الوجاهية، فالأطراف يقدمون دفوعاتهم على اساس التكييف الذي جاؤوا به، فالطرف الأخير يقدم دفاعه على اساس ما تقدم به الطرف الاول وتدخل القاضي لا حقا لإضفاء وصف آخر يعتبر استبعادا للحق في الدفاع والوجاهية، وقد يجعل تدخلات الأطراف ودفوعهما غير مجدية وغير منتجة في الدعوى[1].

لإزالة هذا اللبس على القاضي بعد تحديده للنص القانوني الواجب التطبيق وللتكييف القانوني الصحيح للوقائع محل الدعوى أن يستدعي الاطراف الى تقديم ملاحظاتهم وفق معطيات هذا التكييف، وذلك حفاظا على مبدأ الوجاهية كأهم حق من حقوق الدفاع، وذلك ما تطرق له المشرع الفرنسي[2]، واغفله المشرع الجزائري لأنه يشترط تطبيق مبدأ الوجاهية فقط في مواجهة الاطراف ولا يطبق في مواجهة القاضي، عكس المشرع الفرنسي الذي ينص على ان مبدأ الوجاهية يطبق ايضا في مواجهة القاضي اي لا يجوز له ان يستند على اي حكم او واقعة الا بعد اطلاع الأطراف بها[3].

ثانيا: مدى ملائمة جزاءات القواعد العامة للحماية الواجب توفيرها للمستهلك المقترض

لما كان الجزاء وسيلة للحد من سلوك يعتبره القانون فعلا غير لائق او فعلا ماسا بمصلحة محمية، فانه ينبغي ان يتوفر في هذا الجزاء حتى يصح معه هذا الوصف عنصرين اساسين، الاول هو العنصر الردعي ويقصد به ان يكون هذا الجزاء كافيا على ثني عزيمة الفاعل على تكرار الاخلال الذي اتى به، والثاني هو العنصر الإصلاحي، فلا ينبغي للجزاء ان تكون له آثارا سلبية تزيد من وطأة تأثير الفعل الذي يشكل إخلالا للقانون والا انتفت الغاية من هذا الجزاء.

---

1) Patricia Franc, op.cit. p.338.

2) Art 16 alinéa 03, Code procédure civile, op.cit. « il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

3) Art 16 alinéa 1, Code procédure civile, op.cit. « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer lui-même le principe de la contradiction ».

من هذا المنطلق تتحدد ملائمة الجزاء بالنظر الى المصلحة المحمية فلا ينبغي للجزاء ان يعمل على ردع الفاعل واهمال المصلحة المحمية، ففي مجال الاستهلاك فالأضرار التي يسببها إنتهاك القانون في عقود الاستهلاك هي اضرار ذات طبيعة خاصة وذلك نتيجة خاصية تتميز بها هذه العقود هي فكرة " الجدوى" فعقد الاستهلاك يهدف من وراء ابرامه المستهلك الى اشباع حاجات شخصية أو عائلية[1]، ومنه فالجزاء في هذا النوع من العقود ينبغي ان يراعي هاته المصلحة وبذلك يختلف عن الجزاء في القواعد العامة[2] والمتمثل في البطلان، الفسخ، التعويض (التنفيذ بمقابل)، وكلها جزاءات قد تكون في مصلحة المخالف اكثر منه في مصلحة صاحب الحق المعتدى عليه، فالبطلان والفسخ في حد ذاتهما مساسا بالمصلحة المحمية وهي الحاجة الاستهلاكية، كما ان التنفيذ بمقابل او التعويض لا يكون بالضرورة حلا امثلا للتعويض عن حاجة استهلاكية لم يتم تلبيتها في أوانها، لذلك فالجزاءات التقليدية في المجال الاستهلاكي هي جزاءات نسبية (1)، وهو ما يفتح المجال الى ضرورة التفكير في جزاءات بديلة، سنحاول اسقاطها على مجال منح القروض الذي يشكل محور دراستنا (2).

1) الطابع النسبي للجزاءات التقليدية في عقود الاستهلاك:

إن المسعى الحمائي للمستهلك يجب ان يكلل بجزاء فعال وعادل للمستهلك يضمن له بالأساس جبرا للأضرار اللاحقة به وبالمساس بالغرض الاستهلاكي للعقد الذي يبرمه، وكذا الاضرار الاخرى لاسيما الناتجة عن عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه، او التنفيذ المعيب له، وبالتالي فان جبر

[1]) دليل ذلك ما جاءت به المادة 03 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق، حيث اعتمدت في تعريف المستهلك على الحاجة الاستهلاكية، حيث عرفته بانه " **كل شخص طبيعي او معنوي يقتني بمقابل او مجانا، سلعة او خدمة موجهة للاستعمال النهائي من اجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر او حيوان متكفل به**" ومن تم ارتباط وصف المستهلك ارتباطا وثيقا بالحاجة الاستهلاكية، فلا يوجد لا مستهلك ولا فعل استهلاكي مالم يتم تلبية احدى الحاجات الاستهلاكية.

[2]) Natalia Douche- Doyette, la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat, droit privé et science criminelles, faculté de droit, université de lorraine, 2012, p.55.

الضرر في عقد الاستهلاك يجب أن يكون لجبر الضرر الناتج عن عدم جدوى العقد وإزالة عدم الجدوى هاته، ومنه قد تكون الجزاءات المقررة في القواعد العامة حلا مناسبا ووسيلة فعالة لجبر الأضرار اللاحقة بالمستهلك وقد لا تكون كذلك، وذلك ما يطرح التساؤل حول فعالية البطلان كأساس لإصلاح الضرر اللاحق بالمستهلك (أ)، وفعالية الجزاءات التقليدية الاخرى لإصلاح هاته الاضرار (ب).

أ) فعالية البطلان كأساس لإصلاح الضرر اللاحق بالمستهلك:

ينبغي قبل التطرق لجدوى البطلان ومدى ملائمته لعقود الاستهلاك، التطرق اولا للتعريف به، حيث يمكن تعريفه انه الجزاء الذي يترتب عن تخلف ركن من اركان العقد او اختلاله، ومنه فالبطلان على درجتين الاولى هي البطلان النسبي ويكون فيه العقد صحيحا ولكن قابل للإبطال لفائدة من تقرر لمصلحته، وذلك في حالة الاخلال بأحد شروط اركان العقد، والثاني هو البطلان المطلق ويكون في حالة غياب احد اركان العقد ويتقرر عنه الانحلال النهائي للرابطة العقدية[1].

بتطبيق هذا الجزاء في عقود الاستهلاك خاصة البطلان المطلق، فيبطل العقد مباشرة بعد اثبات المهني المدين بالالتزام عدم قيام ركن من اركان العقد، ليعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد دون اي تعويض للمستهلك في الاطار التعاقدي لعدم وجود اي خطا عقدي، ومنه فجزاء البطلان هو جزاء موضوعي لا يهتم بتوفير اي حماية شخصية للمستهلك، والحال نفسه فيما يخص البطلان النسبي، فليس من الضرورة ان يكون الحل الامثل للمستهلك ان يبطل عقدا سعى لإبرامه من اجل سد حاجة استهلاكية، ومن هذا المنطلق يثير جزاء البطلان عدة اشكالات فيما يخص فعاليته في مجال عقد القرض، نذكر منها:

* البطلان الآلي يسمح للمستهلك سيئ النية من الاستفادة من آثار البطلان، كما أنه يمنع من الاخذ في الحسبان آثار خطأ المهني على المستهلك.

[1]) المادة 103 من الامر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق تنص على انه " يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

* كما انه حتى انتهاك البنك للأحكام القانونية الحمائية للمستهلك (أجال التفكير، اجال التراجع، العرض المسبق للقرض...الخ) لا تسبب بالضرورة اضرارا للمستهلك مقارنة بالأضرار التي يسببه له البطلان (حرمانه من الأموال المقدمة له والزامه بإرجاع مبلغ القرض...الخ) [1].

* البطلان جزاء قد يؤمر به ولو كان العقد مجديا لكلا الطرفين، وبعبارة اخرى البطلان ليس جزاء حصري لإصلاح الضرر اللاحق بالأطراف، أي يبطل العقد تلقائيا بمجرد إخلال احد طرفيه بأحكام القانون بغض النظر عن مصلحة الطرف الآخر، فأسباب البطلان لا ترمي كلها إلى إصلاح الضرر الذي لحق الأطراف نتيجة عدم جدوى العقد، فغالبا ما يكون البطلان جزاء لخطأ شكلي كعدم احترام العقد للقواعد الشكلية أو عدم ملائمته للنظام العام[2].

* في مجال القرض البنكي الموجه للمستهلك بصفة حصرية تثار عدة تساؤلات فيما يخص فاعلية البطلان، فهذا الاخير يقضي برد الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد، وهذا ما يعد مرهقا ان لم نقل مستحيلا للمقترض الذي قد يكون أستهلك المبلغ المقترض، ودفع الفوائد عن المدة المنقضية[3] وأقساط التأمين...الخ، لذلك يجب النظر من أجل البحث عن ضرورة البطلان من عدمه الى طبيعة الحكم القانوني المخالف.

من جهة اخرى ورغم ما قدمناه من انتقادات واشكالات لا ينبغي القول بالاستبعاد الكلي له، فان الارتباط الوثيق بين عقود الاستهلاك بصفة عامة أو عقود القرض البنكي بصفة خاصة والنظام العام يجعل البطلان كجزاء مرجحا ومقبولا، فأغلب احكام عقود القرض من طبيعة آمرة لاسيما الاحكام المتعلقة بالمديونية المفرطة والمخاطر والفائدة...الخ، كما أن البطلان يكون جزاءا فعالا لإصلاح الضرر في عقد الاستهلاك في حالة ارتكاب المهني لخطا وأصبح العقد لا يشكل فائدة بالنسبة للمستهلك.

---

1) Natalia Douche – Doyette, op.cit. p.84.

2) Ibid. p.59.

3) خاصة وأن عقد القرض من العقود الزمنية اي التي يعد عنصر الزمن فيها ذو اعتبار، وتعرف بانها " العقود التي تكون التزامات الاطراف فيها مستمرة ويقاس فيها الأداء الرئيسي بالزمن "، انظر السعدي محمد صبري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 70، 71.

ب) فعالية الجزاءات التقليدية الاخرى كأساس لإصلاح الضرر اللاحق بالمستهلك المقترض:

يمكن جمعها في جزائي الفسخ والتعويض، فعن جزاء الفسخ نصت عليه المادة 119 من القانون المدني ويقصد به حل الرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته، فالعقد نشأ صحيحا غير أن أحد أطرافه لم يقم بتنفيذ التزامه، فسمح المشرع للطرف الثاني أن يطلب فسخ الرابطة العقدية ورد الحال الى ما كانت عليه قبل ابرام العقد، حيث تنص المادة 119 فقرة 1 قانون مدني على انه " **في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك**"، وبذلك قد يكون الفسخ جزاءا مهما للمستهلك المقترض الذي لا يرى في مصلحته الابقاء على الرابطة العقدية مع المهني.

وكشرط لجواز طلب الفسخ يجب ان يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل ابرام العقد واذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض وذلك حسب المادة 122 من القانون المدني، وهو الامر الذي يوضع محل نقاش فيما يخص عقد القرض، فالاستحالة التي تنص عليها المادة تتعلق بالاستحالة المادية كتصرف احد الطرفين في الشيء محل العقد او استهلاكه، لكن ذلك غير مطروح في عقد القرض كون محله هو مبلغ من النقود وكونها من المثليات والمثليات لا تهلك، لذلك فالاستحالة الممكنة فيما يخص القرض هي استحالة عملية، فقد لا يستطيع المقترض رد الاموال التي اقترضها، وبطبيعة الحال ففكرة التعويض التي جاءت بها المادة غير مطروحة، ما قد يدخل المدين في مديونية جد مفرطة، ما يجعله حلا ضئيل الفائدة بالنسبة للمستهلك المقترض.

أما عن التعويض كجزاء تقليدي آخر فيكون كالتنفيذ بمقابل في العقد الصحيح ويكون بصورة ابرز في حالة الخطأ العقدي، الذي يعرف انه عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي، او التأخير في تنفيذه سواء عن عمد أو عن اهمال[1]، غير انه لا ينبغي الخلط بين وجود الخطأ العقدي وقيام

[1]) غير انه ينبغي التمييز في الخطأ العقدي بين نوعين من الالتزامات الاول هو الالتزام بتحقيق غاية، فالتنفيذ لا يتم الا بتحقيق تلك الغاية، والخطأ العقدي لا يقوم الا بعدم تحقق تلك الغاية او التأخر في تحقيقها، والثاني هو الالتزام ببدل عناية، والتنفيذ فيها لا يتم الا بتكريس الوسيلة المناسبة لتحقيق الغاية من العقد وليس التحقيق الفعلي لها، ومن تم فالخطأ العقدي

المسؤولية، فالأول يقوم بمجرد عدم تنفيذ المدين لاحد التزاماته التعاقدية أو التأخر في تنفيذه، والثانية تقتضي وجود ثلاثة أركان هما الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وتكون شخصية فلابد ان يسند الخطأ للمدين والا لن تقوم مسؤوليته رغم وجود الخطأ التعاقدي، كما هو الحال إذا كان السبب الاجنبي أو القوة القاهرة هو السبب في عدم التنفيذ او التأخر فيه، ومنه يعتبر الاستناد إلى الخطأ العقدي في المجال الاستهلاكي أو في مجال القرض البنكي سبيل غير كافي لتعويض المستهلك او المقترض عن كافة الاضرار التي قد تلحق به.

2) الحاجة الى جزاءات خاصة في عقود القرض الموجهة للمستهلك:

سعى المشرع الى اقرار تدابير حمائية للمستهلك المقترض خاصة في المرحلة قبل عقدية (أجل التفكير، الحق في التراجع، العرض المسبق للقرض...الخ) لذلك يجب أن يتماشى تأثير الجزاء المقرر والنتيجة التي يسعى المشرع الى تحقيقها من ورائه مع الهدف من وراء ايراد هاته التدابير، فما الفائدة من هاته التدابير كلها ثم الحكم بإبطال العقد بمجرد رفض المهني احترام هاته الأحكام، ويتم الوقوع في هذا الإشكال نتيجة الطابع الآلي للجزاءات التقليدية والطابع الحصري لها في القواعد العامة لذلك يستوجب ايجاد جزاءات خاصة في عقود الاستهلاك.

غير ان ذلك لا نقصد به الاستبعاد الكلي للجزاءات التقليدية، وانما ضرورة تحويرها واعادة صياغتها على نحو يتماشى والسياسة الحمائية للمستهلك ويجعلها فعالة له، وبعبارة الاخرى الجزاءات التقليدية يمكن ان تصبح فعالة وتوفر حماية كافية للمستهلك بعد إعادة النظر فيها وادخال تعديلات عليها(أ)، مع ضرورة تقييم جزاء فقدان الحق في الفوائد كجزاء مستحدث في مجال القرض البنكي(ب).

أ) ضرورة إعادة النظر في الجزاءات التقليدية:

يجب اعادة النظر في جزاء البطلان وشروط تطبيقه باعتباره اهم الجزاءات التقليدية، بما يتلاءم والمجال البنكي او مجال القرض البنكي الموجه للمستهلك، فيجب النطق بالبطلان عند الاخلال

لن يقوم الا في حالة عدم بدل المدين لعناية الرجل العادي في تحقيق الغاية، السعدي محمد صبري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 328 ـ 329.

فقط بالأحكام الحمائية للمستهلك في عقد الاستهلاك دون باقي الاحكام الاخرى[1]، فالحكم بالبطلان في عقود الاستهلاك بمجرد الإخلال بالأحكام القانونية فيه اجحاف ومبالغة كبيرين، فيجب اعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد تأثير الإخلال بالأحكام القانونية على رضا المستهلك، ليقرر بعد ذلك الجزاء المناسب لهذا الإخلال، فينبغي أن يكون البطلان في عقود الاستهلاك هو ذاك البطلان فقط الذي يسمح بجبر الضرر اللاحق بالمستهلك نتيجة ابرام عقد غير مجدي نتيجة خطأ المهني أو اخلاله بالنصوص القانونية، وليس البطلان الآلي الذي يطبق بمجرد وقوع الإخلال والمقرر في القواعد العامة، لأن هاته الأخيرة لا تعنى بالنظر الى جدوى العقد من عدمه[2].

كما يجب إعادة النظر في فكرة الخطأ العقدي الذي يعرف بأنه كل اخلال لأحد طرفي العقد بأحد بنود العقد، أو عدم تنفيذه إطلاقا، أو التأخر في تنفيذه، فالخطأ في عقود الاستهلاك يتسع أولا من حيث نطاقه الزمني ليشمل كل من المرحلة التمهيدية لإبرام العقد نظرا لوجود عدة التزامات لا توجد في عقود أخرى (العرض المسبق للقرض، الحق في التراجع...الخ) والمرحلة اللاحقة لإبرامه، وكذا من حيث نطاقه الموضوعي، فالغرض الاساسي للمشرع من بعض الالتزامات هو الحفاظ على الرابطة العقدية وليس حلها كما هو الحال في الالتزامات المتعلقة بالحماية ضد المخاطر، فهدف المشرع هو استمرار العقد وضمان خلوه من المخاطر التي قد توصل المقترض الى عجز عن التعويض.

من هنا تأتي ضرورة الدعوى الى جزاءات خاصة في عقود الاستهلاك تراعي وضعية المستهلك والغاية من العقد الذي ابرمه، وليست مجرد جزاءات ردعية للطرف المخالف جامدة تطبق في كل مرة يرتكب فيها أحد أطراف العقد خطأ عقدي، اذ أن فعالية الجزاء في قانون الاستهلاك تقاس بالنظر الى قدرتها على جبر الضرر وليس البحث عن الجزاء المناسب للمقتضيات المخل بها، وليس بقدرتها على معاقبة المخل وثني عزيمته على تكرار خطئه مجددا.

---

[1]) فعلى سبيل المثال لا داعي لتطبيق جزاء البطلان بمجرد الاخلال بإحدى شكليات الابرام لأنها لا تلحق اي ضرر بالمستهلك.

[2]) Natalia Douche – Doyette, op.cit. p.61.

فالمقاربة التي يسلكها المشرع في القواعد العامة هي مقاربة تميل نحو الردع وتقوم على اعتبار الخطأ العقدي بمثابة عدوى تصيب العقد يجب استئصالها، في حين ينبغي ان تقوم المقاربة فيما يخص المسؤولية عن الخطأ في عقود الاستهلاك على وجوب علاج الخلل وليس استئصاله لان الضرر المتسبب نتيجة ابطال العقد قد يفوق في تأثيره وجسامته الضرر الناتج عن الخطأ العقدي في حد ذاته.

في الأخير ندعو بضرورة اخد الطبيعة الاصلاحية للبطلان في الحسبان عند النطق به من طرف القاضي، فالبطلان يصبح غير فعال في حالتين هما، النطق به في كل حالة يرتكب فيها أحد اطراف العقد خطأ، والثانية عندما لم يسبب خطا المهني عدم جدوى العقد، فينبغي ان يبقى جزاءا يمكن للقاضي الاستناد عليه بالنظر الى مقتضيات كل حالة على حدة والاخذ في الاعتبار الاضرار اللاحقة بالمستهلك المقترض ومدى مساهمته في تحقق هاته الاضرار[1].

ب) فقدان الحق في الفوائد كجزاء مستحدث في عقود القرض:

بعد الانتقادات التي تعرض لها جزاء البطلان والاشكالات القانونية والعملية الناتجة عن تطبيقه في مجال القرض البنكي، سعى كل من التشريع والقضاء وكذا الفقه الى ايجاد حلول بديلة اكثر فعالية في حماية مصلحة المستهلك المقترض، تعمل من جهة على الابقاء على العقد قائما وتعمل من جهة اخرى على ردع البنك الذي ارتكب إخلالا بالالتزامات الواقعة على عاتقه، كما تعمل على اصلاح الاضرار اللاحقة بالمستهلك المقترض، ومن أهم هاته الجزاءات على الإطلاق جزاء فقدان الحق في الفوائد، الذي أصبح يعتمد تشريعيا وقضائيا كجزاء لإخلال البنك بإحدى التزاماته، غير أن التساؤل يثور اولا حول الأساس الذي يقوم عليه هذا الجزاء ما إذا كان إصلاحي ام ردعي، وثانيا حول نطاق تطبيقه مقارنة بجزاء البطلان كجزاء اصلي وتقليدي.

- **اساس جزاء فقدان الحق في الفوائد:**

يجب البحث عن الأساس الذي استند عليه المشرع في اقرار هذا الجزاء، هل يتعلق بفكرة حماية مصلحة المقترض أم يتعلق بالأساس بفكرة الردع، ففي الحالة الأولى يجب ان يكون مقدار هذا

1) Natalia Douche – Doyette, op.cit. p.84.

الجزاء بقدر الضرر اللاحق بالمقترض، او بالقدر الكافي لإعفائه من الالتزام المفروض عليه بصفة غير قانونية من طرف البنك، أما في الحالة الثانية فيجوز له ان يتعدى ذلك، وجعل القرض غير مربح له، لهذا يجب ان يقرر هذا الجزاء في اضيق الحدود فيجب ان يكون موجه حصرا في حالة إخلال البنك بالتزام واحد أو اكثر من التزاماته[1].

يختلف أساس جزاء فقدان الحق في الفوائد بين ما إذا كان هذا الجزاء كليا او جزئيا، حيث يسمح الفقدان الجزئي للقاضي بتقدير نسبته بناء على ما لحق المقترض من ضرر ومنه يغلب على الجزاء الطابع الاصلاحي، في حين يغلب على الفقدان الكلي الطابع الردعي حيث لا يأخذ في الحسبان الضرر اللاحق بالمقترض، وانما يعمل على جعل المقرض يخسر الفوائد، وذلك جزاءا للإخلال الذي قام به.

يمكن الاستناد للبحث عن طبيعة جزاء فقدان الحق في الفوائد الى قرار لمحكمة النقض الفرنسية، حيث اقرت أن هذا الجزاء يطبق بصفة مجردة، فلا يهم من اجل تطبيقه ما إذا كان المقترض يدفع بانتظام الفوائد المنصوص عليها أم لا، فالأغلب وفق هذا القرار ان يكون ردعيا للبنك عن الاخلال بالتزاماته بغض النظر عن تنفيذ المقترض لالتزاماته، في حين ان المشرع لم يكن ليمنح تعويضا لمقترض لم يوفي بالتزاماته، لو اتجهت نيته الى الأخذ بالطابع الاصلاحي لهذا الجزاء، احتراما لمبدا حسن النية في تنفيذ المعاملات التعاقدية[2].

بعبارة اخرى حتى لو كان المقترض لا يدفع الفوائد بصفة منتظمة أو كان متأخر في تسديد بعض الاقساط، فان البنك يستحق جزاء فقدان الحق في الفوائد، ومن تم فالمشرع لم يربط خطأ البنك

---

[1]) Stephane piédeliévre, op.cit. p.40.

[2]) Cass. Civ. 1re. N° 94-18.017, du 18 février 1997, www.Légifrance.fr. « le prêteur qui accorde un crédit sans saisir l'emprunteur d'une offre satisfaisant aux prescriptions des articles L. 311-8 et L. 311-9 dudit Code est déchu du droit aux intérêts, les sommes perçues à ce titre, augmentées des intérêts au taux légal à compter de leur versement, étant restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû ; que cette disposition d'ordre public doit recevoir application même dans le cas où un Co emprunteur a régulièrement payé les intérêts convenus ; ».

بخطأ المقترض، وهذا قد يقود الى نتيجة ان المقترض يحظى بالحماية ولو لم يوفي هو بذاته بالتزاماته، غير ان ذلك يبقى مقبولا بداعي سلب البنك لحرية معاقبة المقترض والمساس بحقوقه بحجة عدم وفائه بالتزاماته، ليبقى السبيل متاحا للبنك للمطالبة بحقه في الفوائد التي تخلف المقترض عن دفعها، ومن جهتنا نرى ان اللجوء إلى هذا الجزاء وفق منطوق القرار السابق يعد تجاوزا لجزاء الفسخ الذي يجيز لأي طرف عدم تنفيذ التزاماته عند عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته والمطالبة بالفسخ، وذلك في سبيل توفير حماية اكبر للمقترض والتضييق من تحكمية البنك.

في قرار آخر لها ينصب على زوجين ابرما عقد قرض عقاري ودعيا للتسديد من طرف مؤسسة القرض، فدافعا بانتهاك بعض المتطلبات المتعلقة بالعرض المسبق للقرض وطالبا بإبطال عقد القرض حيث نص قرارها على "العقوبة المدنية الوحيدة لعدم الامتثال للمتطلبات المنصوص عليها في (المادة L.312-8 من قانون المستهلك) هي الخسارة الكلية أو الجزئية للحق في الفائدة في النسبة التي حددها القاضي"[1]، وبالتالي يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية اصبحت تقر ان فقدان الحق في الفوائد هو الجزاء الوحيد لمخالفة بعض الاحكام الحمائية للمقترض دون البطلان، وهذا ما يشكل اعترافا بالدور الاصلاحي لهذا الجزاء وليس الردعي، وذلك لأنها تركت المجال للقاضي في تقرير ما إذا كان هذا الفقدان كليا او جزئيا وكذا تحديد نسبته في الحالة الاخيرة، ومبرر هاته السلطة التقديرية هو بلا شك من أجل تقرير الإعفاء من الفوائد بالنظر للضرر اللاحق بالمقترض[2].

---

[1]) Cass. Civ. 1er, N° 97-14949, du 23 novembre 1999, www. Légifrance.fr. «...La seule sanction civile de l'inobservation des exigences prévues par le premier (l'article L.312-8 de C. Cons) est la perte, en totalité ou en partie, du droit aux intérêts, dans la proportion fixée par le juge »

[2]) تجدر الإشارة إلى ان نص المادة الذي استند عليه هذا القرار هيL.312-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي يتعلق بضرورة كتابة المعلومات المتعلقة بالمبلغ السنوي الاجمالي وطبيعته الثابتة او المتغيرة، او قابليته للتحيين، او المبلغ الواجب دفعه من طرف المقترض، او مبلغ الاقساط، وكذا وجوب النص على العبارة الواردة في نص المادة L.312-5 من نفس القانون التي جاء فيها " قرض تلتزم به يجب عليك تعويضه، افحص قدرتك على التعويض قبل الالتزام" يجب ان

يمكن القول ان فقدان الحق في الفوائد يعتبر بمثابة تعويض بطريقة غير مباشرة للمقترض لان الفوائد التي يفقدها البنك يعفى منها المقترض بداهة، وهو تعويض يقرره القاضي بناء على ما لحق المقترض من ضرر، وهي فكرة يمكن او يحبذ اعتمادها في التشريع الجزائري كإلتفاف على احكام المسؤولية العقدية التي تقضي بأن التعويض ينبغي ان يكون فقط كنتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر في الوفاء به[1]، فكأن المشرع بلجوئه إلى هذا الجزاء هو رغبة منه في تعديل احكام المسؤولية العقدية، فالتعويض يصبح لا يشمل فقط عدم التنفيذ أو التنفيذ المتأخر وإنما يشمل الاخلال بالتزامات أخرى عقدية أو قبل عقدية لا يمكن تغطيتها بالمسؤولية العقدية لا سيما الاخلال بأحكام العرض المسبق للقرض، والحق في التراجع عن العقد، والاخلال بأحكام الاشهار...الخ، وهي إخلالات لا يمكن تغطيتها الا بالرجوع الى احكام المسؤولية التقصيرية.

في الأخير يمكن القول أن جزاء فقدان البنك للحق في الفوائد يغلب عليه الطابع الردعي على الطابع الإصلاحي فهو لا يأخذ في الحسبان الضرر اللاحق بالمقترض بقدر ما يهتم بالإخلال الذي أقدم عليه البنك، ولا يمكن القول عن حماية أنها فعالة إلا إذا تمت المعاقبة على عدم احترامها، بالإضافة الى اصلاح الضرر الناجم عنها، أي مراعاة الطابع الإصلاحي والردعي معا، فالتعويض عن الضرر الناتج مثلا للمقترض نتيجة وقوعه في مديونية مفرطة يجب ان يتلاءم مع المبلغ الزائد عن المبلغ الذي يستحقه طالب القرض والاضرار اللاحقة به.

- **<u>نطاق تطبيق جزاء فقدان الحق في الفوائد:</u>**

يطرح تساؤل حول ما هو الفاصل بين تطبيق البطلان وجزاء فقدان الحق في الفوائد، ومن بين الاقتراحات التي نقدمها من أجل الإجابة على هذا التساؤل، يطبق البطلان عند الاخلال بالالتزامات العقدية ويطبق جزاء فقدان الحق في الفوائد عند الاخلال بالالتزامات غير العقدية،

تكتب هذه المعلومات في الاشهار مهما كانت دعامته بخط اكبر من ذلك المستعمل لكتابة المعلومات الاخرى المتعلقة بخصائص التمويل لاسيما مبلغ التخفيض، وتكتب في متن النص الرئيسي للإشهار.

[1]) المادة 182 فقرة 01، قانون مدني التي جاء فيها " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر للوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببدل جهد معقول".

ويطبق ايضا البطلان عند الاخلال بالالتزامات ذات الصلة بالنظام العام ويطبق جزاء فقدان الحق في الفوائد عند الاخلال بالالتزامات الاخرى، لأن جزاء البطلان هو جزاء آلي يطبق فور الاخلال ببعض الالتزامات في حين جزاء فقدان الحق في الفوائد يطبق عندما يلحق المقترض ضرر وذلك بدليل منح القاضي السلطة التقديرية في الحكم به.

كما يمكن لبعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية أن تجيب على هذا التساؤل، ففي قضية تخص زوجين أبرموا عدة قروض لكن لم يتم التوضيح في العرض المسبق للقرض كيفية دفع التعويض والفوائد الخاصة بكل قرض، فقضت محكمة النقض بالبطلان إضافة إلى فقدان الحق في الفوائد كجزاء لعدم مراعاة الاحكام المؤطرة للعرض المسبق للقرض حيث أقرت انه " يُعاقب على عدم الامتثال لأحكام النظام العام هذه ليس فقط بسقوط الحق في الفائدة للمقرض، ولكن أيضًا من خلال إبطال عقد القرض"[1]، يفهم من هذا الحكم ما يلي:

* ينبغي ان يطبق كل من جزاء البطلان وجزاء فقدان الحق في الفوائد معا في حالة إدراج شروط مخالفة للنظام العام، لكن محكمة النقض لم تحدد بدقة المعايير التي يعتمد عليها لتحديد الشروط المخالفة للنظام العام، كما أن هذا لا يعني عدم امكانية تطبيق هذين الجزائين في حالة مخالفة الشروط التي لا تدخل في نطاق النظام العام.

* فقدان الحق في الفوائد ليس جزاءا بديلا عن جزاء البطلان، فلكل منهما اساسه ومبرراته ونطاقه، غير ان صفة النظام العام قد تكون اصطبغت على بعض الالتزامات رغبة من المشرع في توفير حماية كافية للمستهلك، وبعبارة اخرى ارتقى المشرع بضرورة فرض الاحكام الحمائية للمستهلك الى درجة احكام النظام العام.

يثار ايضا تساؤل حول هل ينبغي منح القاضي السلطة التقديرية في الحكم بالبطلان او الحكم بفقدان الحق في الفوائد، نجيب على هذا التساؤل انطلاقا من البحث على اساس جزاء فقدان الحق

---

[1]) Cass. Civ. 1er, N° 91-10.873, du 3 mars 1993, cité par Natalia Douche – Doyette, op.cit. p.74. « Le non-respect de ces disposition d'ordre public est sanctionné non seulement par la déchéance du droit aux intérêts pour le préteur, mais encore par la nullité du contrat de prêt »

في الفوائد هل هو جزاء بديل للبطلان في عقد القرض او جزاء مرافق له، غير اننا نرى ان الجواب الاول هو الاصلح نظرا لما ينجم عن البطلان من آثار في غير صالح المقترض، الذي من مصلحته الابقاء على القرض وليس الغائه، ومن تم من الأجدر ان لا تمنح للقاضي السلطة التقديرية للاختيار بين هذين الجزائي لأنه ليس لهما نفس الغرض.

من جهة أخرى هل يمكن الاكتفاء بجزاء فقدان الحق في الفوائد ام يمكن الحكم بالبطلان، أي هل يمكن الجمع بينهما، في إطار الإجابة على هذا التساؤل فإنه وباعتبار ان اغلب الالتزامات التي اقرها المشرع في عقود القرض هي التزامات من النظام العام، ومن تم من المرجح الحكم بالبطلان اضافة الى جزاء فقدان الحق في الفوائد، فالجزاء التقليدي لمثل انتهاك احكام متعلقة بالنظام العام في القواعد العامة هو البطلان، ويطبق جزاء فقدان الحق في الفوائد وحده عند مخالفة باقي الالتزامات المقررة حماية للمستهلك.

وبالتالي يكون الحل الوحيد من اجل تعويض جزاء البطلان بجزاء فقدان الحق في الفوائد هو إزالة صفة الفعل غير المشروع (صفة العلاقة بالنظام العام) عن اخلال البنك بالتزاماته فيما يخص القروض البنكية الموجهة للمستهلك من اجل تفادي النطق بالبطلان، واعتبارها بمثابة حقوق للمستهلك يحميها القانون بجزاء خاص هو فقدان الحق في الفوائد، لأن البطلان كما تقدم يعد جزاء في غير مصلحة المقترض لأنه سيلزمه برد المبلغ المقرض ومن تم يمكن ان يكون ذلك سببا في تعجيل توقفه عن التعويض[1]، ومن تم فإقرار البطلان قد يدفع بالمقترض إلى التستر على عدم احترام البنك لقواعد من النظام العام خشية تضرره من إبطال العقد ومن تم يمنع بطريقة غير مباشرة من تفعيل حماية اعدت من اجله، في حين ينبغي ان يتحفز من أجل تفعيل هذه الحماية، حتى لا يبدو المشرع وكأنه يأخذ بيد ما منحه باليد الأخرى.

رغم ان هذا الجزاء يعد جزاءا فعالا ويقدم حماية فعالة للمستهلك المقترض غير انه قد لا يكون مجديا في بعض الحالات، ومثالها حالة الإخلال بالحق في التراجع، فلو ان البنك اغفل إعلام المقترض بهذا الحق أو لم يقبل طلبه بالتراجع فالبطلان يكون انسب من جزاء فقدان الحق في

[1]) Stephane Piédeliévre, op.cit. p.40.

الفوائد، لان النتيجة التي يقود إليها هي الاقرب الى الغاية التي أرادها المشرع من وراء تقرير هذا الحق، وهو تمكين المقترض من التراجع عن إبرام العقد وانهاء آثاره، في حين تتمثل نتيجة فقدان الحق في الفوائد في تخفيف الأعباء المالية عن المقترض لذلك تكون ملائمة للحالات التي يتسبب فيها إخلال البنك بتكبد المقترض اعباء مالية إضافية، كحالة الإخلال بأحكام المديونية المفرطة.

الفرع الثاني: الحاجة الى قضاء بنكي متخصص

يستفيد المستهلك المقترض من تشريع حمائي يمتد من مرحلة اقتراح العقد بتمكينه من إعلام شفاف وفعال وحماية إرادته من أية شوائب قد تشوبها، إلى مرحلة إبرام العقد وقد يستمر إلى ما بعد إبرام العقد لاسيما حمايته أثناء تواجده في وضعية المديونية وأثناء لجوء البنك الى التنفيذ على أمواله، لكن هذا التشريع قد يبدو معقدا نوعا ما، واسع واحيانا غير معروف خاصة في مجال تغلب عليه التقنية، فأحيانا كثيرة ما يجهل المقترض حقوقه وبالتالي فهو شبه مغيب عن النزاع، لذلك قد تعترضه عراقيل كثيرة في الاستفادة من الأحكام الحمائية التي منحها اياه المشرع، ومنه ظهرت الحاجة الملحة لتدخل قاضي مختص بكافة خبايا وشؤون القطاع البنكي من أجل تفعيل هذه الحماية، وإلا فلن تكون فعالة، لذلك سنعرض أولا لجدوى إقامة قضاء بنكي متخصص (أولا) ونتطرق ثانيا إلى الوسائل القانونية الضرورية لحل النزاعات في المجال البنكي (ثانيا).

أولا: جدوى اقامة قضاء بنكي متخصص

ينبغي للمشرع ان يشجع انشاء آليات منصفة وفعالة وشفافة ومحايدة لتسوية شكاوى المستهلكين بطرق إدارية وقضائية، ووضع تدابير قانونية أو إدارية لتمكين المستهلكين من الحصول على تعويض بإجراءات سريعة ومنصفة وقليلة التكلفة، ودون تأخير أو عبئ غير مبرر، ولا يقصد بالقضاء البنكي قضاء موازي للقضاء العادي، أو محكمة مختصة، وانما يكفي فقط أن يؤسس قسم يختص فقط بالدعاوى البنكية وتمنح له صلاحيات ووسائل مختلفة عن الصلاحيات والوسائل المتاحة في القضاء العادي، غير انه لا ينبغي الجزم مسبقا بفاعلية هذا الاقتراح ونجاحه في تحقيق الأهداف المنشودة من وراء التدابير الحمائية التي يسعى المشرع الى تقريرها لصالح

المستهلك المقترض، إلا بعد التطرق الى مقومات اقامة قضاء بنكي متخصص(1)، وهي الأسس والأسانيد التي تضمن نجاح هذا القضاء، وكذلك التطرق الى الصعوبات التي تعترض إقامته (2).

1) مقومات إقامة قضاء بنكي متخصص:

اننا لا نعني بقضاء بنكي متخصص محكمة متخصصة، تنظر دون سواها في القضايا البنكية، ولا نقصد به بالضرورة ايضا القضاء التقليدي المتمثل في المحاكم والمجالس القضائية وتنظر الدعاوى بنفس الآليات المعروفة في القضاء المدني، وانما نقصد به جهة مختصة بالنظر في النزاعات البنكية تملك من الوسائل والآليات ما يتلاءم وتجسيد السياسة الحمائية للمستهلك بصفة عامة وللمستهلك المقترض بصفة خاصة، ويتلاءم مع الطابع التقني والفني للعمليات البنكية، كما لا نعني ايضا بالعدالة البنكية ان يتم حل النزاع حصرا بتدخل القاضي، وإنما ايجاد منظومة متخصصة في حل القضايا البنكية.

على مستوى التشريع الجزائري لم يهمل المشرع فكرة القضاء البنكي المتخصص حيث تنص المادة 32 فقرة 07 و08 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على انه " **تختص الاقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والافلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات.**

تحدد مقرات الاقطاب المتخصصة والجهات القضائية التابعة لها عن طريق التنظيم "، ومن بين اهم المقومات الواجب توفرها في القضاء البنكي حتى يصح القول انه قضاء متخصص وفعال في حل النزاعات البنكية تسهيل الدخول الى العدالة (أ)، تقديم الإعلام الكافي للمستهلك المتقاضي (ب)، تبسيط اجراءات التقاضي (ج).

أ) تسهيل الدخول للعدالة:

إن دخول المستهلكين الى العدالة لا يعني تقدمهم الى المحاكم فقط، بل هو مفهوم موسع قد يشمل حل النزاعات بأساليب اخرى غير اللجوء الى المحاكم، فلجوء المستهلكين الى المحاكم لا يقدم لهم اي ميزة اضافية وتطبق عليهم نفس القواعد التي تطبق على أي شخص طبيعي أو معنوي وبغض

النظر عن موضوع المطالبات، ولا يبدو ان اتجاه المشرع يسير نحو تعديل القواعد الاساسية للمحاكمات بما يتلاءم ومصلحة المستهلكين، ولكن ينوي ايجاد وسائل أخرى لحل النزاعات.

اما على الصعيد الدولي فيعد تسهيل وصول المستهلكين للعدالة أحد أهم أهداف الاتحاد الأوروبي حيث جاء في قرار له بتاريخ 25 يونيو 1987 "**يقر المجلس [...] باهتمام توفير الوسائل المناسبة للوصول إلى العدالة**"، **وبينما يدعم اللجنة في عملها، يؤكد من جديد التزامه بالمبادئ التي تهدف إلى تحسين وصول المستهلكين إلى العدالة**"[1].

في قرار آخر له مؤرخ في 9 نوفمبر 1989 بشأن الأولويات المستقبلية لإعادة إطلاق سياسة حماية المستهلك، عمل المجلس في إطار تسهيل الوصول إلى العدالة، على وجه الخصوص بتقديم توصيات تتعلق بتشجيع الدول الأعضاء على إيجاد أنظمة قضائية أو غير قضائية لضمان التسوية السريعة والفعالة للنزاعات الصغيرة بين المستهلكين وموردي السلع والخدمات، وأن تدرس بالتعاون مع الدول الأعضاء، جدوى نظام تبادل المعلومات الذي يعزز الوصول إلى العدالة في دولة عضو أخرى في حالة النزاعات الصغيرة عبر الحدود[2].

في قرار آخر له صادر في 13 يوليو 1992، تطرق المجلس إلى تسطير مجموعة من الأهداف والمتمثلة في تقديم معلومات للمستهلك والمشورة من خلال تطوير على وجه الخصوص مراكز المعلومات عبر الحدود، تبسيط الإجراءات، وصول منظمات المستهلكين التي لها مصلحة مشروعة بموجب القانون الوطني إلى محاكم الدول الأعضاء، وفقًا لقانون محكمة العدل الدولية[3].

بعد مجمل هاته القرارات خلص الاتحاد الاوروبي الى تقديم التوصيات التالية:

* إنشاء آلية لرصد الشكاوى عبر الحدود، تهدف إلى تحديد المشاكل التي تمت مواجهتها في الممارسة، لهذا الغرض يجب إجراء دراسة استقصائية بين المستهلكين الأوروبيين من أجل فهم أفضل لنوع الشكاوى المرفوعة ودرجة "الرضا" عن احتمالات هذه الشكاوى.

---

1) Résolution du Conseil, du 25 juin 1987, JOCE N° C 176, 4 juillet 1987.

2) Résolution du Conseil, du 9 novembre 1989, JOCE N° C 294, 22 novembre 1989.

3) Résolution du Conseil, du 13 juillet 1992, JOCE N° C 186, 23 juillet 1992.

* تكثيف الاتصالات بين مختلف هيئات التحكيم الاستهلاكية لغرض تبادل الخبرات حول موضوع تسهيل دخول المستهلكين للعدالة، وتشجيع انشاء هيئات تحكيمية جديدة كغرف التجارة والصناعة، سواء كانت ذات طبيعة قطاعية أو إقليمية.

* تدعيم مبادرات التعاون بين الدول الأعضاء مصحوبة بإطلاق مشاريع تجريبية أخرى، من أجل تعزيز الحوار بين المستهلكين والمهنيين في مجال تسوية منازعات المستهلكين[1].

كما يتجه الاتحاد الأوروبي إلى أبعد من الاعتراف بالحق في التقاضي أو تسهيل اللجوء الى العدالة، وإنما إنشاء وكالة مختصة لتمكين الأفراد من رفع الدعاوى في أي دولة عضو، ففي عام 1987 اعتمد البرلمان الأوروبي أيضًا قرارًا بهذا المعنى وطلب من المفوضية الأوروبية دراسة إمكانية إنشاء وكالة أوروبية لتسهيل تبادل المعلومات، وذلك لتمكين الأفراد والشركات الصغيرة من رفع دعاوى تعويضات عن الأضرار الصغيرة في أي دولة عضو في الجماعة الاقتصادية الأوروبية وإحالتها إلى المحكمة الوطنية المختصة، وإمكانية قيام منظمات المستهلكين في إحدى الدول الأعضاء بتولي قضايا منشؤها دولة عضو أخرى[2].

ب) تقديم الإعلام الكافي للمستهلك المتقاضي:

ينبغي إتباع مقاربة مختلفة فيما يخص حل النزاعات التي يكون احد اطرافها المستهلك عن تلك المتبعة في القضايا الأخرى، حيث تقوم على مراحل متدرجة حسب حالة المستهلك وحالة النزاع، حيث تنطلق حتى قبل البدء في أي إجراء، حيث يجب تزويد المستهلكين بالمعلومات والمشورة القانونية، ثم تهدف إلى وضع إجراءات قانونية ولا سيما الإجراءات التي تهدف إلى حماية المصالح الجماعية للمستهلكين، وتستهدف هذه السياسة أيضًا توضيح المسارات البديلة التي يمكن للمستهلك اتباعها، وفي حالة عدم فعالية هذه الاجراءات يتم اللجوء الى القضاء حيث يتدخل القاضي من أجل ايجاد حل للنزاع.

---

1) Vassili Christianos, op.cit. P.214.

2) Vassili Christianos, IBID. P.213.

فيمكن للمعهد الوطني للاستهلاك تقديم المشورة القانونية للمستهلكين في المجال البنكي حيث تتمثل مهمته في مساعدة المستهلكين ومؤسساتهم عن كيفية المطالبة بحقوقهم امام القضاء ومختلف الإجراءات اللازمة لذلك، لاسيما من خلال نشر نتائج عمله بجميع وسائل التعبير المناسبة من خلال منظمات المستهلكين والمهنيين، إبلاغ المستهلكين بمشاكل الاستهلاك، وكذلك مساعدة المستهلكين ومؤسساتهم من خلال إعداد الوثائق باستخدام التقنيات المناسبة، رصد خدمات لتقديم المشورة للمستهلكين ومؤسساتهم كتابةً أو عبر الهاتف، أي يعمل المعهد الوطني للاستهلاك على وضع قاعدة سوابق تشكل مرجعا لحل النزاعات يمكن اللجوء اليها في الحالات المماثلة، وبعبارة اخرى يعد هيئة لتوحيد الاجتهاد في المجال الاستهلاكي ومن تم يعد مكسبا في مجال القضاء الاستهلاكي[1].

كما يمكن لجمعيات حماية المستهلكين على المستوى الوطني أو الإقليمي أن توفر أيضًا المعلومات والمشورة القانونية في مجال تسهيل لجوئهم الى مختلف وسائل القضاء البنكي المتخصص، لاسيما اعلام المنخرطين فيها او الجمهور بكيفيات رفع الدعاوي ومختلف طرق الطعن وتمكينهم من المشورة القانونية، غير أن فعالية هاته الخطوة تتعلق بمدى توفير الإطار القانوني لتمكين هاته الجمعيات من هذا التدخل.

ج) تبسيط إجراءات التقاضي:

من أهم آليات تسهيل التقاضي في مجال الاستهلاك تسهيل إخطار القضاء، حيث ينبغي أن يكون بإجراءات مبسطة تختلف عن الإجراءات المتبعة في القضايا الأخرى، فيمكن الاستغناء عن ضرورة كتابة عريضة افتتاحية وإخضاعها للشروط الشكلية والموضوعية تحت طائلة رفض الدعوى شكلا وهي الاجراءات التي قد لا يستطيع استفاؤها الا المحامين او الاشخاص المؤهلين في مجال القانون، فكبديل يمكن توحيد الاخطار في قضايا الاستهلاك عن طريق نموذج موحد وما على المستهلك سوى ملء المعلومات المطلوبة، وذلك ما من شانه تنبيه المستهلك الى كافة الشروط المطلوبة وتوجيهه من أجل تفادي رفض دعواه.

---

[1]) Vassili Christianos, op.cit. p.217.

كما تجدر الاشادة بموقف للمشرع المغربي أين عدل قواعد الاختصاص القضائي فيما يخص عمليات القرض وعقود الايجار المقرون بوعد البيع أو مع خيار الشراء، فأقر أنه يجب ان تقام الدعاوى ضد المقرض أمام محكمة موطن أو محل اقامة المقترض، وذلك بموجب المادة 111 من القانون المغربي رقم 31/08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، عكس قواعد قانون المسطرة المدنية، كما يمكن للمحكمة أن تتدخل من تلقاء نفسها وتثير مدى احترام الاطراف لإرادة المشرع التي تتجه لحماية حقوق المستهلك والزام المؤسسة المقرضة بمقاضاة المدين أمام المحكمة المختصة، وهو ما من شانه تسهيل المطالبة القضائية على المقترض واعفاءه من اعباء التنقل الى المحكمة مقر البنك[1]، وهو الحكم الذي لا يوجد له مثيل في التشريع الجزائري، حيث تعد احكام الاختصاص من النظام العام لا يجوز مخالفتها ويعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه[2].

كما ينصب تبسيط إجراءات التقاضي أيضا على إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية فلا يوجد أي فرق بين الحكم الموضوعي والحكم الاجرائي من حيث الاهمية التي يحظى بها، فلا فائدة من تكريس احكام قانونية حمائية دون تمكين المعني بها من الوسائل اللازمة للمطالبة بها، او عرقلته عن طريق تصعيب اجراءات تنفيذ الأحكام القضائية، وبذلك يعتبر قانون حماية المستهلك الموضوعي غير فعال تمامًا إذا لم يكن مصحوبًا بقواعد إجرائية توفر للمستهلكين الحماية القضائية لمصالحهم، وأكدت محكمة العدل للاتحاد الاوروبي ذلك من خلال التأكيد في هذا الصدد على أن الأوامر القانونية للدول الأعضاء يجب أن تضمن السبل القانونية الحصرية والفعالة بهدف تنفيذ الحقوق المعترف بها في قانون المجتمع[3].

ويجب أن تمتد الحماية الواجب توفيرها من خلال تسهيل اجراءات التقاضي بصفة عامة واجراءات التنفيذ بصفة خاصة الى تنفيذ الأحكام الأجنبية، فيشترط عدم التمييز عند تعيين المحاكم المختصة وتنظيم الشكليات الإجرائية المتبعة امام القضاء من أجل تنفيذ هذه الأحكام فيما يتعلق بالإجراءات

---

[1]) ابراهيم شويعر، مرجع سابق، ص 379.

[2]) المادة 37، أمر رقم 09/08، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[3]) CJCE, N° 222/84, 15 mai 1986, cité par Vassili Christianos, op.cit. p.216.

المماثلة ذات طبيعة داخلية، كما يجب أيضا الحرص على أن الشروط الموضوعية والشكلية لمتبعة امام القضاء لا تجعل من المستحيل عمليًا أو شديد الصعوبة تنفيذ هاته الأحكام[1].

ومن سبل تبسيط إجراءات التقاضي أيضا سعي المشرع لتوفير الحماية اللازمة للمقترض في العقد من خلال وضع الاطار القانوني لدعوى البنك ضده، وبذلك عدم ترك دعوى تحصيل الدين خاضعة للإرادة المنفردة للبنك لان الدعوى المتأخرة للبنك قد تأتي لتأزيم وضعية مديونية المقترض أكثر، ومن اجل معالجة ذلك حدد المشرع الفرنسي أجل سنتين لرفع الدعوى تحت طائلة حبس الرهن المقرر لمصلحته[2]، يسري من تاريخ الحدث الذي شهد ميلاد النزاع، أو الحادث الذي أدى الى نشوء دعوى مطابقة العقد مع الاحكام القانونية، وهو اجل لحماية المقترض المعسر، فزيادة المدة يؤدي الى تراكم الفائدة ما يؤدي الى تفاقم عبئ المديونية من جهة ومن جهة أخرى الوقوف ضد تماطل البنك وتجنب وضع مصير المقترض تحت رغبة البنك، وبذلك يعد وسيلة من وسائل تبسيط اجراءات التقاضي.

2) الصعوبات التي تعترض اقامة قضاء بنكي متخصص:

إن وجود أو إنشاء محاكم متخصصة يواجه على وجه الخصوص مجموعة من العراقيل تتعلق بتكلفة إنشائها وتشغيلها، ومشاكل التنظيم وتنازع الاختصاص، إذ تمنح القواعد الحالية الاختصاص لأكثر من محكمة ما من شانه ان يؤدي إلى إصدار احكام متناقضة وذلك ما يشكل مساسا بسمعة القضاء بأكمله، كما ان إنشاء هيئة قضائية متخصصة بالقضايا الاستهلاكية يستوجب خلق هيئات إضافية أخرى لا سيما ضبطية قضائية مستلقة وجهات تنفيذ مستقلة، وجهات للفصل في تنازع

[1]) في التشريع الجزائري يلاحظ أنه لم يفرض المشرع أي حكم من هذا القبيل ماعدا الشروط التي حددتها المادة 605 ق إ م إ والمتعلقة بالنظام العام والتي تخص وجوب الحصول على الصيغة التنفيذية من احدى الجهات القضائية الجزائرية بعد التأكد من احترامها لقواعد الاختصاص وحيازتها لقوة الشيء المقضي به وفق قانون البلد الذي صدرت فيه وألا تتعارض مع حكم او قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، وكلها شروط لا تشكل حسبنا أي تمييز عن تلك الصادرة عن محاكم وطنية.

[2]) Art L.311-52, C. Conso, op. cit « Le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions en paiement engagées devant lui à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion ».

الاختصاص المحتمل، وهو ما من شأنه تضخيم الهيكل القضائي وزيادة تكاليف الإنشاء والتسيير وإضعاف عمليات الرقابة، بالإضافة الى الإشكالية الدستورية حيث لم ينص الدستور الا على هيئات التقاضي العادية المتمثلة في المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية وهيئات التقاضي الإدارية المتمثلة في المحاكم الادارية والمحاكم الإدارية للاستئناف[1].

لذلك يبدو أن المحكمة المتخصصة، في نزاعات المستهلكين أو في النزاعات البنكية، لا تشكل حلا سحريا لأن مبرر الدعوى إلى إنشاء محكمة متخصصة هو تعزيز وصول المستهلك إلى العدالة من خلال إجراءات سريعة وفعالة وأقل تكلفة، وهو المبرر الذي يمكن تحقيقه عن طريق اعتماد إجراءات مناسبة داخل المحاكم القائمة وتسهيل اخطارها وتبسيط اجراءات نظرها في الدعاوى بدلاً من إنشاء محاكم جديدة[2].

ثانيا: الوسائل القانونية الضرورية لحل النزاعات في المجال البنكي

بعد التطرق للنقائص التي تفرضها التسوية القضائية للنزاع بين المستهلك المقترض والبنك اتضاح قصور دور القاضي فيها بفعل الجمود والصلابة التي تتسم بها المبادئ التي تحكم التقاضي وفق القواعد العامة، والدعوة الى قضاء أكثر مرونة في مجال الاستهلاك، وكذا الحاجة الى استبدال الجزاءات التقليدية بجزاءات خاصة تتماشى مع طبيعة الالتزامات المفروضة في عقد القرض البنكي الموجه للمستهلك وطبيعة المصلحة المحمية، كان لزاما علينا الاعتراف بالحاجة الى وسائل قانونية جديدة ضرورية لحل النزاعات التي تنشأ بينهما، تضمن تنفيذ المسعى الحمائي للمشرع في المجال الاستهلاكي وإيلاء الاولوية لمصلحة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد، وتجعل تدخل القاضي أكثر فعالية، وتطبق جزاءات فعالة لإصلاح الضرر اللاحق بالمستهلك المقترض وردع البنك في حالة ارتكابه لإخلالات، ولتوضيح ذلك نتطرق اولا الى اقرار الدور التدخلي للقاضي في المجال البنكي (1)، ونتطرق ثانيا الى جدوى فكرة المسؤولية البنكية (2).

---

[1]) انظر المادة 179، مرسوم رئاسي رقم 442/20، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020، مرجع سابق.

[2]) Vassili Christienos, op.cit. p.218.

1) اقرار الدور التدخلي للقاضي في المجال البنكي:

يتميز القضاء المدني عامة بميزة عدم التدخل أو ميزة الدور السلبي للقاضي[1]، عكس ما هو عليه الحال في القضاء الجزائي، فالأطراف هم من يتولون مباشرة الدعوى وهم من يقدمون الأدلة والدفوع، ويقتصر دور القاضي فقط على تكييف وقائع النزاع والبحث عن النص القانوني الخاص بها وإصدار الحكم طبقا له[2]، وإن كان لهاته الميزة مبرراتها في باقي المجالات لاسيما بساطة الإجراءات ووضوح الأحكام القانونية، فإنها ليست على ذلك القدر من الاهمية في المجال البنكي وما يعرفه من تقنيات وتعقيدات وأحكام متعددة قد لا تكون في متناول أي متقاض.

فيجب على القضاء البنكي أن يتميز بسمة التدخل، ويقصد بها تمكين القاضي من الوسائل القانونية الكفيلة بفرض التزامات على اطراف العقد ومراقبة تنفيذها مع امتلاك الوسائل الضرورية لإلزامهم بها، ويجد هذا الطرح مبرره بالمسعى الحمائي للمستهلك وللزبون البنكي بصفة عامة، فحرصا على توفير هاته الحماية واستفادتهم منها يجب أن يضمن المشرع تطبيق القضاء لهاته الأحكام، وذلك لن يتحقق الا بتدخل قاض مختص يسير الجلسة ويفرض تطبيق القانون ويلزم الطرف الآخر على تقديم الأدلة التي يراها مناسبة، ويناقش هاته الادلة وفق النظرة العليا للقانون دون الانحياز لأي طرف.

---

[1]) فالطابع التدخلي للقاضي في القضايا المدنية وان لم يكن منعدما غير انه محدود، إذ نص استثناءا على بعض صور الدور الإيجابي للقاضي استجابة لحسن سير العدالة منها نص المادة 27 ق إ م إ على امكانية أمر القاضي بحضور الخصوم شخصيا لتقديم التوضيحات يراها ضرورية لحل النزاع أو الأمر بإحضار اية وثيقة، وكذلك نص المادة 28 ق إ م إ على جواز أمر القاضي تلقائيا باتخاذ اي اجراء من اجراءات التحقيق الجائزة قانونا.

[2]) عكس القضاء الإداري أيضا حين أضفى المشرع مرونة أكبر على دور القاضي واعطاه بعض السلطات التدخلية يمكن الاستنارة بها من أجل توطيد فكرة إقرار الدور التدخلي للقاضي في المجال البنكي، مثال ذلك المادة 848 فقرة 01 ق إ م إ التي تنص على انه " عندما تكون العريضة مشوبة بعيب يرتب عدم القبول، وتكون قابلة للتصحيح بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه، لا يجوز للمحكمة الادارية أن ترفض هذه الطلبات وإثارة عدم القبول التلقائي إلا بعد دعوة المعنيين الى تصحيحها." اضافة الى نص المادة 849 ق إ م إ التي جاء فيها " عندما لا يحترم أحد الخصوم الاجل الممنوح له لتقديم مذكرة أو ملاحظات، يجوز لرئيس تشكيلة الحكم ان يوجه له إعذارا برسالة مضمنة مع الاشعار بالاستلام".

وإلا فما الغاية من الأحكام الحمائية الموضوعية المقررة لصالح المستهلك المقترض إن لم تكن المطالبة بها أمام القضاء متاحة له إما لجهله لهاته الحقوق من اساسها أو للإجراءات والشكليات اللازمة للمطالبة بها أمام القضاء، لذلك تتجلى ضرورة المطالبة بدور تدخلي للقاضي يضمن للمستهلك المقترض مرافقة من أجل تمكينه من المطالبة بحقوقه.

من أبرز صور التدخل التي يستحسن الاعتراف بها للقاضي في سبيل حل النزاع بين البنك والمقترض وتمكين هذا الأخير من الحصول الفعلي على الحماية المقررة له بموجب القانون، اتخاذ القاضي لأي إجراء يراه مناسبا من أجل الحد من تأثير بعض تصرفات البنك على المقترض، كالأمر بتعليق العقد أو الامر بوقف المقترض عن تعويض القرض إذا ما تبين له عدم احقية البنك بالفوائد لحين اكتمال التحقيق، والامر بإحضار أي وثيقة يراها مناسبة واختيار الأدلة الملائمة لحل النزاع وإجبار الأطراف على استحضارها، والسماح بتأسيس حكمه على أي واقعة يراها ضرورية وعدم تقيده فقط بالوقائع التي عرضت أثناء النزاع، وعدم تقييده بطلبات الأطراف حتى لا يتم ربط استفادة المستهلك بالحقوق المقررة له بقدرته على المطالبة بها، وجعلها طلبات قانونية يستفيد منها حتى ولو لم يطلبها، وبذلك اعفاؤه من تطبيق مبدأ عدم جواز حكم القاضي بما لم يطلب منه أو بأكثر مما طلب منه.

كضمان لهذا الدور التدخلي والإيجابي للقاضي في حل النزاع الناشئ بين البنك والمقترض نرى ضرورة تدخل القاضي أثناء مرحلة التنفيذ وضرورة منحه صلاحيات فيما يخص تنفيذ الحكم المنطوق به، وإلا تنتفي الغاية من الدور التدخلي له إذا ما تخلى عن الحكم بمجرد صدوره، وخلق منصب قاضي التنفيذ اقتداء بالمشرع الفرنسي الذي أنشأه بموجب القانون رقم 650/91 المؤرخ في 09 جويلية 1991[1]، وتتمثل مهمته في حل الصعوبات التي تنشأ أثناء تنفيذ الحكم، ويتم إخطاره عن طريق محضر قضائي، يكون قاضي التنفيذ هو رئيس المحكمة، وتتمحور اختصاصاته حول:

* تدابير وقائية،

[1]) Loi N° 91-650, du 9 juillet 1991, Portant réforme des procédures civiles d'exécution, JORF N° 163, du 14 juillet 1991.

* النظر في طلبات التعويض التي قد تنشأ عن الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ أو بالتدابير التحفظية،

* إجراءات الحجز العقاري[1].

ويمكن لقاضي التنفيذ أن يفرض تطبيق قرار المحكمة بعدة طرق لا سيما منح المدين أجلا للدفع، منح الدائن تعويضا عن التأخر في السداد، منح الإجراءات الاحترازية للدائن (تجميد المبالغ المستحقة في حساب مصرفي)، اللجوء الى القوة العمومية من أجل تنفيذ قرار المحكمة، وفي التشريع الجزائري يقوم بهذا الدور رئيس المحكمة بعد أن يعرض عليه الاشكال في التنفيذ بمحضر يحرره المحضر القضائي والذي له أجل 15 يوم من تاريخ رفع الدعوى للفصل في دعوى الاشكال بأمر مسبب[2] غير قابل لأي طعن، دون منحه صلاحية اتخاذ التدابير الضرورية لضمان تنفيذ الحكم أو اتخاذ أي تدابير حمائية لأطراف التنفيذ، كما هو الحال في قاضي التنفيذ الفرنسي.

2) جدوى فكرة المسؤولية البنكية:

تختلف المقاربة التي تعتمد عليها القوانين الاستهلاكية بصفة عامة عن تلك التي تعتمد عليها القواعد التقليدية، حيث تعتمد مقاربة ذات بعد حمائي، ومن تم فهي ترتكز على الالتزامات الأحادية الموجهة حصرا للمهني وعلى الأحكام الآمرة، وهذا الاختلاف ينعكس أيضا على المسؤولية المترتبة على الإخلال بكل من هاته الاحكام، فرغم أن كلاهما يهدف الى إصلاح الضرر اللاحق بالشخص وكلاهما يهدف الى معاقبة الشخص المخل، غير أن بينهما فوارق جوهرية دعت إلى التفكير في ضرورة استقلال المسؤولية في مجال الاستهلاك البنكي عن المسؤولية في القواعد العامة، وذلك ما سنحاول توضيحه من خلال التطرق الى مدى ملائمة الفلسفة التي تقوم عليها المسؤولية المدنية لإقامة الدعوى في المجال البنكي (أ)، ونتطرق ثانيا الى مسوغات فكرة المسؤولية البنكية (ب).

---

[1]) Art L.216-6, du code de régulation judiciare.

[2]) المادة 631، 633 من القانون رقم 09/08، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

أ) مدى ملائمة فلسفة المسؤولية المدنية لإقامة الدعوى في المجال البنكي:

نستهل تقييمنا لهذا التساؤل من قول للأستاذة « **Geneviève Viney** » أن " فلسفة القانون المدني في مادة المسؤولية المدنية تترجم وفق ثلاثة خصائص أساسية وهي خاصية الشمولية حيث تشمل كل العقود وكل الاخطاء وليس فقط هي الحق الناشئ عن مخالفات خاصة، خاصية الاخلاقية من خلال اشتراط اسبقية الخطأ وضرورة إصلاحه، خاصية الفردية "[1]، وهي الخصائص التي يترتب على توفرها عدم مراعاة هاته المسؤولية لخطأ معينا بذاته ولا تهتم بحماية مصلحة محددة بعينها، وتغلب الوظيفة الإصلاحية للمسؤولية المدنية عن الوظيفة الردعية ومعالجة كل حالة على حدى ولا تصلح ان تشكل نظاما جماعيا لحماية فئة او صنف معين من المصالح، وانطلاقا من هذا القول نحاول تقييم مدى ملائمة المسؤولية المدنية لإقامة الدعوى في المجال البنكي، فنتطرق اولا الى الطابع الاخلاقي للمسؤولية المدنية، ونتطرق ثانيا الى الطابع الفردي للمسؤولية المدنية.

- **الطابع الأخلاقي للمسؤولية المدنية:**

تضفي الوظيفة الأخلاقية على المسؤولية المدنية سواء من حيث أركانها او من حيث آثارها، بسبب ارتكازها على مفهوم الخطأ فلن تقوم لها قائمة بدونه، حيث يتمثل في كل فعل يرتكب بقصد الاضرار بالشخص سواء كانت المسؤولية عقدية او تقصيرية، وكذا ارتكازها على مفهوم الضرر الشخصي الذي قد يلحق المعني، وبذلك تتغلب الوظيفة الاصلاحية للمسؤولية المدنية عن الوظيفة الردعية من خلال محاسبة المخطأ فقط وتعويض المضرور فقط.

في حين أن مسؤولية البنك لا تقوم فقط عن حالة تعمد البنك الاضرار بعميله أو إتيانه افعالا تلحق ضررا بالعميل، وانما قد يكون الباعث من اقرار هاته المسؤولية اسمى من ذلك، فقد يكون حماية ثقة العملاء ومنه حماية الثقة في النشاط البنكي ككل، كالمسؤولية عن نشر معلومات كاذبة عن وضعية السوق البنكية أو تعرضها لمخاطر وما قد يسببه ذلك من أضرار قد تلحق النشاط البنكي، او حماية باقي الدائنين كحماية المودعين من خلال الزام البنك بالمحافظة على معدل السيولة

[1]) Johan Prorok, la responsabilité civile sur les marchés financiers, thèse de doctorat, faculté de droit, université panthéon- assas, 2016, p 12.

الالزامي، أو حماية البنك في حد ذاته من حيث حماية توازن وضعيته المالية، كمنع منح قروض بفوائد لا تتلاءم مع المخاطر التي تحيط بعملية منح القرض، ومن تم فقد تقوم مسؤولية البنك بمجرد اخلاله بهذه المتطلبات ولو لم يلحق ضررا بأحد[1].

اما عن آثار المسؤولية المدنية نكون إما بصدد الحديث عن التنفيذ العيني[2] والذي قد لا يصبح مجديا بفعل الحالة التي اصبح عليها المستهلك المقترض بفعل الإخلال الذي اقدم عليه البنك[3]، أو التنفيذ بمقابل او ما يسمى بالتعويض، الذي يكون في مجال المسؤولية العقدية تعويضا لما لحق الطرف الآخر من ضرر وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام او للتأخر في الوفاء به[4]، فقط دون الأخذ في الاعتبار الإخلال بباقي الالتزامات الاخرى[5]، ودون مراعاة باقي المصالح التي قد يمسها الإخلال الواحد للبنك سواء للعميل نفسه أو لأشخاص آخرين كباقي العملاء او حتى البنوك الأخرى، ودون مراعاة جسامة الإخلال الذي أقدم عليه البنك ومن تم فأساس " **ما لحق من خسارة وما فات من كسب**" لا يصلح بالضرورة في المجال البنكي.

---

[1]) بعبارة أخرى تتطلب المسؤولية في المجال الاستهلاكي والبنكي مسؤولية ردعية، لأن الخطأ فيها يعتبر على درجة من الجسامة تفوق الخطأ في المجال المدني، وكما أن المهني يطلب منه درجة أكبر من اليقظة وذلك لوجود اختلاف في موازين القوى بينه وبين المستهلك.

[2]) حيث نصت عليه المادة 164 من الامر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق: " يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا".

[3]) كأن يكون البنك قد تسبب بأفعاله او عدم احترامه للتدابير الاحترازية الى تأزم الوضعية المالية للمقترض وآثارها على حياته الاقتصادية والاجتماعية.

[4]) أنظر المادة 182، أمر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[5]) تقول في هذا الصدد الاستاذة « Clémentin Loyel » " إن تحليل النظام القضائي يسمح بالتأكد من أن الضرر الذي لحق بالمقترض هو الذي يحدد مبلغ التعويض وليس خطأ المقرض هو من يحدد هذا المبلغ"، اي يرمي هذا القول الى عدم جدوى المسؤولية العقدية وانما يجب تطبيق فكرة المسؤولية التقصيرية، وأن المسؤولية تتحدد على اساس الضرر وليس الخطأ.

« L'analyse de régime jurisprudentielle permet d'affirmer que c'est le préjudice subi par l'emprunteur qui vient moduler le montant de l'indemnisation, et non pas la faute de préteur », Clementine Loyel, op.cit. P.180.

- **الطابع الفردي للمسؤولية المدنية:**

يقصد بالطابع الفردي للمسؤولية المدنية وحدة المصلحة المحمية عن طريق هاته المسؤولية وهي مصلحة الطرف المضرور، ووحدة المصلحة المضرورة بالإخلال الواحد لمرتكب الخطأ، وكذا الطابع الحصري لهاته المسؤولية[1]، ويقصد بذلك عدم تقاطع أصناف هاته المسؤولية في الفعل الواحد، فلكلاها مجال خاص[2].

في حين أن المسؤولية الواجب الاعتراف بها في المجال البنكي ينبغي أن تكون حماية ذات طابع جماعي، لأن المصلحة المحمية بموجب القواعد الموضوعية التي تم الإخلال بها هي مصلحة جماعية، سواء من حيث الأشخاص المعنيين بها فالأحكام الموجهة لحماية المقترض مثلا هي أحكام موجهة أيضا لحماية دائني المقترض وكافة عملاء البنك لان وقوع مشكل مع مقترض له آثار على باقي العملاء[3]، أو من حيث تعدد المصالح التي يمسها الاخلال الواحد للبنك ومن تم وجب توفير الحماية لكل هاته المصالح، فقد تتعدد بين مصلحة الزبون، مصلحة البنوك الأخرى كأن يضر الفعل بقواعد المنافسة بين البنوك أو الاعتداء على مصلحة بنك آخر، مصلحة الزبائن الآخرين كالمودعين اللذين يتعامل البنك بأموالهم، وقد يصل الأمر الى مصلحة الاقتصاد ككل نظرا للدور الذي تلعبه البنوك في تحريك الاقتصاد، وسواء من حيث أصناف المسؤولية التي قد تقوم في حق البنك بسبب الفعل الواحد فقد تكون عقدية، تقصيرية، تأديبية تباشرها هيئات الاشراف والرقابة على النشاط البنكي، كما قد تكون جزائية وهذا ما يضفي خصوصية أكبر على المسؤولية البنكية.

ب) مسوغات فكرة المسؤولية البنكية:

لابد من أجل تقرير جدوى فكرة المسؤولية البنكية دراسة كل من الإمكانية القانونية والعملية، فالأولى نتطرق لها من خلال دراسة مدى ملائمة البنية القانونية لاحتضان هاته المسؤولية أو مدى

---

[1]) فلا يجوز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية حتى وإن توفرت في الفعل الواحد أركان كلى المسؤوليتين، ولا الجمع بين خصائص كلى المسؤوليتين، وكذلك لا تجوز الخيرة بين المسؤوليتين.

[2]) أنظر السعدي محمد صبري ،الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 12، 13، 14.

[3]) Johan Prorok, op.cit. p.56.

كفاءة البدائل المتاحة لتعويضها ولقد تطرقنا اليها في العنوان السابق من خلال دراسة مدى ملائمة فلسفة المسؤولية المدنية لإقامة الدعوى في المجال البنكي، والثانية وهي الإمكانية العملية ويقصد بها مدى توفر المسوغات والمبررات التي تجعل من فكرة المسؤولية البنكية ضرورة وهي ما سنتطرق له في العنوان الموالي من حيث دراسة تعدد الالتزامات الملقاة على عاتق البنك وتعدد مصادرها، والحاجة إلى نظام مسؤولية مشدد.

- **<u>تعدد الالتزامات الملقاة على عاتق البنك وتعدد مصادرها:</u>**

تعدد الالتزامات الملقاة على عاتق البنك في العمليات البنكية بصفة عامة وبعمليات القرض بصفة خاصة هو أمر يمكن إرجاعه الى أسباب عدة، منها الطابع المركب لهاته العمليات[1]، طابع التقنية الذي يصطبغ على هاته العمليات، أهمية الآثار التي ترتبها على مختلف الأصعدة[2]، ضخامة الأرصدة المالية الموجهة لها وغيرها من الأسباب، كما تتعدد أيضا مصادر هاته الالتزامات، فبالإضافة الى الالتزامات المتعارف عليها في القواعد العامة، تفرض العمليات البنكية التزامات إضافية ذات طبيعة مهنية والتزامات قانونية أخرى، لذلك يجب تقسيم الخطأ في المجال البنكي الى أخطاء عقدية وأخطاء مهنية، وهذا التقسيم يؤدي بالضرورة إلى تعدد أصناف المسؤولية[3].

---

[1]) وهذا سبب تسميتها بالعملية بدل تسميتها بالعقد حيث تنص المادة 66 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض على " تتضمن العمليات المصرفية تلقي الاموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هاته الوسائل ".

[2]) على المستوى الاقتصادي لاسيما من خلال توفير الدعم المالي للدورة الاقتصادية في الدولة واعادة بعث النشاطات الراكدة، وعلى المستوى الاجتماعي من خلال تقديم خدمات اجتماعية للمواطنين لاسيما في مجال السكن ورفع القدرة الشرائية، ويعتبر عدد العمليات البنكية مؤشر هام لقياس التطور الاقتصادي للبنك وقياس تطور النشاط البنكي في الدولة بصفة عامة.

[3]) يقول في هذا الصدد الأستاذ « Andri Tonic » في تحليله للحقوق في العقود المهنية "لا يقتصر التزام المهني على تنفيذ العقد بالعناية اللازمة (عناية الأب الحريص)، بل يمتد الى ما يطمح اليه الجمهور الذي يصطدم بتقنية المهني الذي يجب أن ينفذ العقد برعاية المهني الحريص"

« Ne limite pas l'obligation du professionnel à exécuter le contrat avec tous les sous d un bon père de famille mais étend celle-ci se fondant sur l'ambition du public provoquée par la

بعبارة أخرى فإن مسؤولية المهني على خلاف مسؤولية الشخص العادي لا تنتهي بمجرد ان ينفذ التزاماته بحسن نية وبدون تأخير ولكن عليه التزامات أخرى ذات طابع مهني تفرض عليه، يبررها التفوق والتقنية اللذان يتصف بهما النشاط المهني، وفي المجال البنكي فمسؤولية البنك أو المؤسسة المالية المقرضة لا تخلى بمجرد استيفاء الشروط التي ينص عليها عقد القرض فقط وإنما تحدد بمدى استيفائه لكافة الالتزامات الأخرى مهما كان مصدرها[1]، وهذا ما يجعل المسؤولية العقدية قاصرة على تأطير كافة الإخلالات التي قد يقدم عليها البنك وتشكل الإطار العام لها، وهذا ما يدفع الى تبرير فكرة المسؤولية البنكية.

ففي عقد القرض البنكي لا يخضع البنك فقط للالتزامات التي نصت عليها المادة 68 من الامر رقم 11/03[2]، ولا تخلى مسؤوليته بمجرد أن يضع الأموال المتفق عليها وفي المدة المتفق عليها تحت تصرف المقترض، وإنما يخضع لالتزامات مهنية أخرى ذات مصادر متعددة، قد تكون عرفية كأن يكون مصدرها العادات المصرفية، أو تنظيمية كأن تكون أنظمة بنك الجزائر، وقد تتعلق لاسيما بوجوب مراعاة تدابير الحذر ومراعاة الشروط المطبقة على العمليات البنكية لاسيما معدلات الفائدة، ورصد الضمانات الكافية، وجوب احترام ارادة المقترض لاسيما احترام تدابير العرض المسبق للقرض، منح فترة التراجع للمقترض وغيرها من الالتزامات، وكل هاته الالتزامات لا تقع تحت نطاق صنف واحد من أصناف المسؤولية.

- **<u>الحاجة الى نظام مسؤولية مشدد:</u>**

قانون الاستهلاك يدير نظاما خاصا للحماية فيتطرق الى احكام لا تنص عليها القواعد العامة مثل الحماية ضد المديونية المفرطة، الحق في الاعلام، الحق في الاختيار، كما يختلف اساس العقاب

---

technicité du professionnel qui doit exécuter le contrat avec tous les soins d'un bon professionnel » Hammoud May, op.cit. p.264.

[1]) عطشان خالد، عزارة الظفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض، دراسة في القانون الفرنسي والكويتي، مجلة الشريعة والقانون، عدد 49، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2012، ص 414.

[2]) حيث تنص على انه " يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الامر، 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".

في قانون الاستهلاك عنه في القواعد العامة اذ يعاقب على مجرد خرق القواعد الشكلية التي قررت خصيصا لحماية المستهلك[1]، وبعبارة اخرى يعاقب قانون الاستهلاك على مجرد ارتكاب الخطأ ولا يشترط الضرر في حين لا تعاقب القواعد العامة الا اذا وجدت رابطة السببية بين الضرر والخطأ[2].

الحال نفسه فيما يخص الجزاء في كل من القواعد العامة والقانون البنكي، فالجزاء في القواعد العامة ذو طابع إصلاحي يهدف الى جبر الضرر المترتب عن الخطأ، في حين يهدف الجزاء المترتب عن الخطأ في مادة القرض والمتمثل في فقدان الحق في الفوائد[3]، الى ردع البنك وهو جزاء لا يأخذ في الحسبان الضرر اللاحق بالمقترض، وبذلك فمنطق الجزاء في القانون البنكي يختلف عنه في القواعد العامة، فهو ذو طابع ردعي اكثر منه اصلاحي فهذا الجزاء يطبق حتى لو لم يصاب المقترض باي ضرر ولا يراعى في تحديده حجم الضرر اللاحق بالمقترض ولا مساهمة هذا الأخير في تفاقم الضرر، وهذا ما يدفع الى القول بضرورة الاعتراف بفكرة المسؤولية البنكية، وبعدم ملائمة قواعد المسؤولية في القواعد العامة.

من تم تظهر الحاجة إلى نظام مسؤولية مشدد في المجال البنكي، فكل أنظمة المسؤولية تقف موقف الحياد بين الاطراف، وذلك ما يبرر بتساوي مراكز الأطراف، غير ان الأمر يختلف في المجال البنكي الذي يختلف فيه مراكز المتعاقدين والتزاماتهم، ومن تم فمن البديهي أن تختلف درجة مساءلة كل منهما، فأحدهما يملك من الخبرة والقوة الاقتصادية ما يمكنه من تخطي الالتزامات المولدة للمسؤولية وتجاوز آثارها مقارنة بالطرف الثاني والمتمثل في المستهلك، الذي تعوزه الخبرة والقوة الاقتصادية، ومن تم فتطبيق قواعد المسؤولية التقليدية على وجه الحياد

---

[1]) من أمثلتها في عقد القرض الذي يشكل محور دراستنا شكليات العرض المسبق للقرض، والصيغ الواجب اتباعها، والوثائق الواجب ارفاقها بالعقد والخاصة بالحق في التراجع ...الخ.

[2]) Climentine Loyel, op.cit. p.178.

[3]) Art L.311-48 alinéa 02, C. Conso, op. cit « lorsque le préteur n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L.311-8 et L.311-9 il est déchu du droit à l'intérêt en totalité ou dans proportion fixée par le juge ».

والمساواة بين المستهلك والمهني قد يذهب بالجدوى من هاته المسؤولية من اساسها ويجعلها غير فعالة.

من تم فالخبرة التي يحوزها المهني تفرض عليه التزامات إضافية لا يخضع لها المستهلك، وبذلك يجب ان تعتبر عنصرا مشددا في المسؤولية[1] فالحرص على صحة اركان العقد والحرص على تلبية الخدمة أو السلعة للرغبة المشروعة للمستهلك، وتنوير ارادة المستهلك وجعلها تتعاقد عن بينة وتوفير الإعلام الكافي له، كلها التزامات لصيقة بالمهني في عقود الاستهلاك وبالبنك في عقد القرض بفعل الخبرة التي يتمتع بها، ومن تم فالمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها ينبغي ان يتحملها وحده ولن تكون لها تبعة على المستهلك المقترض، ومن هنا يظهر قصور قواعد المسؤولية المدنية في تأطير مسؤولية المهني بصفة عامة، وتظهر الحاجة الى نظام مسؤولية مهنية.

كما ان معظم الاحكام القانونية في المجال الاستهلاكي أو في المجال البنكي هي أحكام آمرة، فالمسؤولية الناجمة عن مخالفة أحكام قانونية آمرة يجب ان تختلف عن المسؤولية الناجمة عن مخالفة أحكام تعاقدية، سواء من حيث أركانها او من حيث آثارها، فمن هاته الأحكام ما يقع مخالفتها تحت طائلة المسؤولية الجزائية وفي الوقت ذاته تحت طائلة المسؤولية العقدية لمخالفته لأحكام تعاقدية[2]، وهذا ما يدعو إلى ضرورة توحيد إجراءات المسؤولية في المجال البنكي، حتى لا يتكبد المستهلك عناء اتباع إجراءات مختلفة امام صنفين من القضاء واتباع صنفين من الاجراءات عن نفس الاخلال ونفس المطالب.

---

[1]) وهي الفكرة المعروفة فقط في مجال المسؤولية الجزائية عن طريق تطبيق الظروف المشددة للمسؤولية كالعود، وسبق الإصرار والترصد في جرائم الاعتداء على الأشخاص، أنظر في هذا الصدد فرج رضا، شرح قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الجزء الأول، دون سنة نشر، ص 94-95.

[2]) بذلك تتشتت المطالبة أمام نوعين من الإجراءات تتمثل الاولى في التأسيس عن طريق الاجراءات الجزائية التي يتولى السير فيها وكيل الجمهورية عن طريق المتابعات الجزائية بتحريك الدعوى العمومية إذا وقعت الافعال المرتكبة ضمن نطاق القواعد القانونية التي تجرم المخالفات التي قد تمس بمصلحة المستهلكين، وتتمثل الثانية في التأسيس عن طريق الإجراءات المدنية التي يتولى تحريكها وتسييرها المستهلك.

المبحث الثاني: مسؤولية البنك عن الاخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض

قد لا تفلح المعالجة الودية للنزاعات التي تنشا بين البنك والعميل في وضع حد للنزاع القائم واسترجاع الحقوق المسلوبة للمستهلك المقترض، ويكون ذلك عند اخلال البنك بأحد التزاماته القانونية او أكثر، ومن تم تظهر الحاجة حينئذ الى إثارة مسؤولية البنك، والتي يقصد بها تلك النتائج المترتبة عن إخلال البنك بالتزاماته، سواء كان ذلك في المرحلة القبلية لإبرام عقد القرض أو المرحلة البعدية، وبعبارة أخرى الجزاءات التي يتحملها البنك جراء هاته الاخلالات، والتعويضات الممكنة للمستهلك المقترض.

غير ان هاته المسؤولية ليست على درجة واحدة فهي تختلف من حيث اسبابها واحكامها ونتائجها، اختلافا يبرره الاهتمام التشريعي بإرساء قواعد واسس النشاط البنكي وتعدد مصادر الاحكام القانونية التي تحكم النشاط البنكي بصفة عامة ونشاط منح القروض بصفة خاصة، فمنها الأحكام ذات الطابع الجزائي، ومن تم تستوجب مخالفتها قيام المسؤولية الجزائية للبنك، وهي الأحكام التي تحدد الأفعال التي تشكل وصفا إجراميا ومن تم تستوجب تطبيق العقوبات الجزائية المقررة قانونا على البنك، ومنها الأحكام ذات الطابع التعاقدي التي تحدد مجموع الالتزامات التعاقدية التي على كلى طرفي العقد الالتزام بها، وأي إخلال بهذه الالتزامات من كلا الطرفين يستوجب قيام المسؤولية المدنية، وهي الاحكام التي تحدد النتائج المترتبة عن قيام هاته المسؤولية بتوافر أركانها، والحقوق المترتبة عنها لكلى الطرفين، كما تحدد ايضا اسس المسؤولية التقصيرية التي قد تنجم عن اي فعل يقدم عليه البنك ويلحق ضررا بالمستهلك المقترض خارج الإطار التعاقدي وفي إطار الالتزام بعدم الإضرار بالغير.

كما تشكل الالتزامات ذات الطابع المهني حيزا واسعا ضمن التزامات البنك، وهي مجموع الاحكام التي تفرضها المهنة البنكية، والتي تتشكل خصوصا من الانظمة التي يصدرها مجلس النقد والقرض، والاعراف البنكية، والتي تستوجب مخالفتها قيام المسؤولية التأديبية للبنك، ومن اجل

توضيح أكثر حول مسؤولية البنك وأصنافها وشروطها، نتطرق أولا الى المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض (مطلب اول)، ونتطرق ثانيا الى المسؤولية التأديبية والجزائية للبنك عن الإخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض (مطلب ثان).

المطلب الاول: المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض

نظرا للدور المحوري والاستراتيجي الذي تلعبه البنوك سواء على المستوى الاقتصادي بتوفير الأرصدة المالية ولعب دور الوسيط بين مختلف الفاعلين في المجال الاقتصادي، او على المستوى الاجتماعي عن طريق تلبية مختلف الرغبات الاستهلاكية للأفراد، والمساهمة في تقليل الفوارق الاجتماعية عن طريق خدمة القروض البنكية، وأمام هذا الدور كان لزاما على المشرع أن يولي عقد القرض البنكي اهتماما خاصا سواء عن باقي العقود والخدمات البنكية أو عن باقي العقود المعروفة في القانون الخاص، وهذا ما يتجلى في شتى مراحل ابرامه، عن طريق جملة من القواعد القانونية الآمرة[1].

هذا الاختلاف في التنظيم نتج عنه اختلاف في احكام المسؤولية الناتجة عن الإخلال بأي من هاته القواعد، فقد سن المشرع قواعد خاصة للمسؤولية المدنية 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...الخ)، كما أنها مسؤولية تفضيلية إذ تراعي مصلحة المقترض كونه الطرف الضعيف في العقد.

غير أن الممارسات العملية والسوابق القضائية أوضحت أن مسؤولية البنك لا تقوم فقط أثناء منح القرض أو بمناسبته، وإنما قد تقوم أيضا بسبب عدم منحه، وهي المسألة التي أثارت اشكالات

[1]) ما وصل حد الدفع الى التشكيك 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، حيث يكون تسيير الاخطار في العقود الاخرى عن طريق الاحكام العقدية.

فقهية تدور لاسيما حول تعارض هاته المسؤولية مع مبدأ حرية البنك في منح القرض من عدمه، وبعبارة اخرى هل البنك ملزم بمنح القرض بمجرد توافر المقومات والشروط القانونية لمنحه ومن تم تقوم مسؤولية البنك في حالة عدم منحه، او يبقى البنك حرا في منح القرض وفق ما يتناسب مع سياسته الاقراضية وله كامل الحرية في اختيار المتعامل معه، لاعتبار عقود القرض من عقود الاعتبار الشخصي التي يتوقف منحها على شخصية الطرف المتعاقد معه، ومن أجل الإحاطة بذلك نتطرق للمسؤولية المدنية للبنك في حالة عدم منح القرض للمستهلك (فرع أول)، ونتطرق ثانيا إلى المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالتزاماته في حالة منح القرض للمستهلك (فرع ثان).

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للبنك في حالة عدم منح القرض للمستهلك

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 الاولى ومصلحة الطرفين بالدرجة الثانية وخاصة مصلحة المقترض كونه الطرف الضعيف في العقد، والذي تنطلق حمايته من المرحلة التحضيرية للعقد عن طريق حماية حقه بالحصول على القرض بالأساس، وذلك ما لا يتحقق إلا بفرض الرقابة على قرار منح القرض، وهي الفكرة التي تثير عدة اشكالات تتعلق لاسيما بحرية البنك في التعاقد وبطابع الاعتبار الشخصي لعقد القرض اضافة الى إشكالات أخرى تتعلق لاسيما بمشروعية فكرة الرقابة الإدارية على عقد مبرم بين شخصين من القانون الخاص، ومن أجل توضيح ذلك سنحاول التطرق اولا الى التأسيس القانوني للرقابة على منح القرض من عدمه (اولا)، ونتطرق ثانيا إلى صور مسؤولية البنك في حالة عدم منح القرض (ثانيا).

أولا: التأسيس القانوني للرقابة على منح القرض من عدمه

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 والاجتماعية واقتراب مفهومها من مفهوم المرفق العام إضافة 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 اتخاذ قراراته إلا انه يجب أن يخضع للرقابة وذلك حرصا على حماية المهنة البنكية بصفة عامة وتشجيع نشاط منح القرض بصفة خاصة، ومنه ظهر التوافق حول فكرة الرقابة على قرار البنك بمنح القرض او عدم منحه، غير أن الاختلاف ظهر حول التأسيس القانوني لهاته الرقابة، فمن الدارسين من استند الى فكرة الارادة ليست المصدر الوحيد للعقد (1)، ومنهم من استند الى فكرة خدمة المساواة العقدية (2)، ومنهم من استند على فكرة محاربة المخاطر البنكية (3).

1) الاستناد الى فكرة الارادة ليست المصدر الوحيد للعقد:

نستهل عرضنا لهاته الفكرة بقول الفقيه الفرنسي « plagnole » "بلانيول" في هذا الصدد " **كل الالتزامات تصدر من مصدرين فقط هما العقد والقانون، فالإرادة هي من تنشأ الالتزام وهي من تحدد نطاقه، والمشرع لا يتدخل الا لتوقيع الجزاء على تصرفات الافراد ووضع حد لحريتهم عن طريق وظيفتي المنع والبطلان، وفي غياب العقد فإن ميلاد الالتزام لا يمكن أن يكون الا بالقانون**"[1].

انطلاقا من هذا القول تتضح لنا معالم الفصل بين دور كل من الارادة والقانون 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 والتي غالبا ما تتعلق بالمصلحة العامة (الحفاظ على الاقتصاد الوطني، تشجيع الاستثمار، تنفيذ مخططات اجتماعية...الخ).

بتطبيق هذه المعطيات على عقد القرض البنكي يمكن تبرير الرقابة على قرار منح القرض أو عدم منحه بالرقابة على احترام الالتزامات القانونية التي وضعها المشرع في عقد القرض ويحرص على

---

[1]) Frédric Tiberghien, La loi et le contrat, revue cairn, N° 03, 2008, p.19-23, disponible sur le site https// :www cairn. Infos.

تطبيقها، والتي قد يكون من بينها الالتزام بالتعاقد وحماية الطرف الآخر من خلال عدم تفويت الفرصة عليه في التعاقد، وليس فقط الرقابة على اشتراطات الاطراف أو حماية حقوقهم.

2) الاستناد الى فكرة خدمة المساواة العقدية:

القانون هو ارادة عليا تسمو فوق كل ارادة، وتصبو الى تحقيق غايات واهداف عامة تتعلق لاسيما بالمساواة، التضامن، والحرية تضمن تحقيق الاهداف الخاصة وتأطيرها، فالقانون هو أفضل وسيلة لضمان المساواة بين الاطراف في حد ذاتهم واحرص على حقوقهم منهم أنفسهم[1].

وتدخل المشرع لحماية المساواة العقدية التي تتفاوت من عقد الى آخر باختلاف اتجاه ونظرة المشرع، ففي عقد القرض البنكي محل دراستنا يظهر تدخل القانون بجلاء بفعل أهميته وحرص المشرع على تأطيره، وذلك بدءا بالمرحلة 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....الخ) لينتقل الى مرحلة تنفيذ العقد ويحدد التزام البنك بمراقبة تنفيذ العقد ومراقبة ملاءة العميل.

بالتالي يمكن تبرير شرعية الرقابة على قرار البنك بشأن منح القرض من عدمه بالاستناد الى فكرة خدمة المساواة العقدية كأسمى مبتغى يسعى المشرع الى تجسيده، وضمان عدم طغيان احدى الإرادتين على الاخرى، ومن تم تعد الرقابة خطوة شرعية وضرورية من أجل ضمان تطبيق القانون وتحقيق المساواة بين الافراد.

3) الاستناد الى فكرة محاربة المخاطر البنكية:

رغم الصلة الوثيقة لمصطلح المخاطر بالعمليات البنكية، غير ان مصطلح الخطر مصطلح معروف في كافة انواع العقود، ولقد وضع المشرع قواعد وقائية لتفادي المخاطر في كافة أصناف العقود، ومن أمثلة الشروط التي كرسها المشرع في القواعد العامة للرقابة على المخاطر شرط القوة

1) Frédric Tiberghien, op.cit, p.19-23.

القاهرة حين سمح للقاضي أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول[1] أو شرط زيادة ضمان العيوب الخفية للمبيع أو الحد منه[2]، وبالتالي ففكرة المخاطر ليست مقتصرة فقط على العقود البنكية وإنما حتى على العقود الأخرى، وان تدخل المشرع لوضع قواعد حمائية للوقاية من المخاطر ليست مقتصرة فقط على المخاطر البنكية، وإنما تدخل لوضع قواعد حمائية ضد المخاطر في باقي العقود، وان قواعد المسؤولية كما يتم تفعيلها عند المساس بالأخطار البنكية يتم تفعيلها عند المساس بباقي الأخطار.

من تم فالمشرع يراقب كافة أنواع المخاطر التي قد تمس كافة العقود، ويكمن الاختلاف فقط في طريقة تدخل المشرع في الرقابة على المخاطر في العقود البنكية، الذي يكون صارما وجليا ويشمل كافة مراحل العقد وحتى المرحلة قبل عقدية، ومن بين مبررات هذا التدخل في عقود القرض البنكي:

* مقتضيات تتعلق بالنظام العام واهمها "مبدا المساواة"، فالأشخاص مقيدين بعدم الإخلال بهذا المبدأ في حين يجوز للمشرع تجاوزه، ومثاله في العقد البنكي التراجع عن العقد فيجوز للمقترض التراجع عن العقد دون البنك، اي تمكين احد اطراف العقد من أحد الامتيازات دون الطرف الآخر، وهذا ما يشكل شرطا تعسفيا لو تم ادراجه من طرف احد المتعاقدين[3]، لكن التكريس التشريعي له نفى عنه هذا الوصف.

---

[1]) حيث تنص المادة 107 فقرة 03، أمر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق على" غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[2]) حيث تنص المادة 384 أمر 58/75، متضمن قانون مدني، مرجع سابق على انه " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقط هذا الضمان، غير ان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

[3]) أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق، والمادة 29 من القانون رقم 02/04، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

* الحرية التعاقدية وما تتيحه من حرية الاشتراط العقدي وإيراد أي شرط مشروع قد تشكل في حد ذاتها خطرا على إدارة وتسيير المخاطر، كالحد من المسؤولية أو التشديد فيها فقد تؤدي الى المساس باقتصاديات العقد وتلحق ضررا بأحد الأطراف وتجعل تنفيذ العقد بالنسبة اليه بدون معنى، فمثلا لو سمح للبنك بإيراد بنود للحد من مسؤوليته او مسؤولية المقترض او التشديد فيها على هواه فيما يخص تعويض القرض او عن كيفيته أو أي أمر آخر قد يؤدي ذلك الى آثار سلبية على مديونية المقترض[1].

خلاصة الامر، المخاطر البنكية ليست مجرد خلل يشوب العقد، وإنما هي خلل يشوب المعاملات البنكية او النظام البنكي برمته، ومن تم فتدخل المشرع للوقاية والحماية ضد المخاطر ألزم عليه التدخل في الرابطة العقدية التي تجمع البنك بالمقترض، ومن تم يمكن القول بان الباعث لرقابة المشرع لقرار منح القرض هو فرض الرقابة على المخاطر البنكية من أجل تفادي منح قروض لأشخاص غير جديرين بها أو لا يتوفرون على المقومات الكفيلة لتعويضها، بالإضافة الى ما يشكله ذلك من خطورة 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، ما من شانه أن يمس النظام البنكي برمته.

خصوصا أمام اتضاح فشل التسيير العقدي للمخاطر الذي اتضح انه غير مجدي في المجال البنكي، وأن تسيير الاخطار البنكية لا يكون إلا وفق استراتيجية محددة مسبقا، فآثار الاخطار البنكية تتعدى اطراف العلاقة العقدية في عقود القرض، ولا تكفي لتسييرها مجرد تدابير او شروط عقدية، وخلاصة القول تظهر الحاجة الملحة الى الإشراف الإداري على تسيير المخاطر البنكية، وذلك لالتصاق فكرة المخاطر البنكية بفكرة النظام العام، نظرا للدور الذي تلعبه البنوك في حماية الاقتصاد الوطني، ومنه تظهر الحاجة الملحة أيضا على الرقابة على قرار البنك بمنح القرض من عدمه.

---

[1]) Mehela Vernav, op.cit. p.49.

ثانيا: صور مسؤولية البنك في حالة عدم منح القرض

أتفق 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 وحاجته للتعاقد، غير أنهم اختلفوا في طبيعة هاته المسؤولية فهي يمكن أن تكون ذات طبيعة عقدية في حالة وجود عقد قائم بين البنك وعميله، وقد تكون ذات طبيعة تقصيرية، اي ناتجة عن إلحاق البنك لضرر بطالب القرض ومخالفة الالتزام العام بعدم الإضرار بالغير، ومن أبرز صورها نتطرق اولا الى المسؤولية عن الرفض التعسفي لمنح القرض(1)، المسؤولية عن الإخلال بالوعد بمنح القرض(2)، مسؤولية البنك بسبب بعثه الى الاعتقاد بموافقته على طلب القرض(3)، المسؤولية عن الفسخ التعسفي للقرض(4).

1) المسؤولية عن الرفض التعسفي لمنح القرض:

يجد الرفض التعسفي للبيع أو أداء الخدمة بصفة عامة اساسه في نص المادة 15 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي جاء فيها " **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"، وبذلك يمكن تطبيق هذه المادة على البنك باعتباره يدخل تحت مفهوم العون الاقتصادي الذي عرفته المادة 03 فقرة 01 من الامر رقم 03/03 أنه "**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[1].

تجدر الإشارة الا ان هاته المادة تنص على منع تعسف البنك في عدم منح القرض وليست أساسا لالتزام قانوني للبنك بالاستجابة الى طلبات الجمهور بمنح القرض أو معاقبة البنك عند الرفض،

[1]) عاقبت على هذا الرفض المادة 35 من القانون رقم 02/04، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق، والتي جاء فيها " تعتبر ممارسات تجارية غير شرعية، مخالفة لأحكام المواد 15،16،17،18،19،20 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من مائة ألف دينار (000 100 دج) الى ثلاثة ملايين دينار(000 000 3 دج)".

لكن اساس هذا التعسف يجب أن يحظى بخصوصية تتلاءم مع خصوصية النشاط البنكي بصفة عامة وعملية منح القروض بصفة خاصة لاسيما ما يتعلق بالطابع الشخصي للعملية، والأخطار التي تحيط بها وواجبات الحيطة والحذر الواجب مراعاتها.

كما أن طبيعة نص المادة 15 من القانون رقم 02/04 ذات طبيعة جزائية فهي تقيم جزاءا 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**"، فينبغي أن يكون غرض البنك من وراء رفضه لتقديم الخدمة غرض تمييزي أو بمبرر غير شرعي، ليترك بعد ذلك المجال مفتوحا لتقدير شرعية هاته الأسباب في نطاق اعراف وأحكام المهنة البنكية، ويخضع لتقدير قاضي الموضوع[1].

يثور اشكال يتمثل في مدى امكانية اعتبار المنع البنكي سببا لرفض البنك منح القرض للمستهلك، وللإجابة على هذا التساؤل يجب النظر الى الغرض من وراء المنع البنكي في حد ذاته هل هو الاحتراز من الشخص باعتباره أصبح يشكل خطرا على النشاط البنكي أم هو عقاب للشخص المعني عن أفعال أقدم عليها، ومن أجل البحث عن هذا الغرض ينبغي البحث عن الأسباب التي تقود إلى المنع البنكي، وبتعداد هاته الأسباب يتجلى أنها على نوعين، أسباب تتعلق بالشخص كقيامه بأفعال غش أو التصريح الكاذب أو إخفاء معلومات مهمة عن البنك، ومن تم تجعل من الأجدر القول بأن المنع جاء إحترازا من الشخص ومن تم يمكن اعتباره ممنوعا كذلك من القروض الموجهة للاستهلاك، واسباب تتعلق بنشاط المعني كإفلاسه أو تعرض تجارته لصعوبات مالية،

[1]) قريمس عبد الحق، المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2011/2010، ص 24.

ومن تم تجعل منعه من القرض الموجهة للمستهلكين إجحافا في حقه، وحرمانا له من الأحكام الحمائية لهذا النوع من القرض[1].

2) المسؤولية عن الاخلال بالوعد بمنح القرض:

عرفت المادة 71 من القانون المدني الجزائري الوعد بالتعاقد أنه "**الاتفاق الذي يعد له كل من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها**" ويشترط في الوعد بالتعاقد مجموعة من الشروط:

- أن تتوافر في الوعد شروط الانعقاد والصحة اللازمة في كل عقد بصفة عامة (الرضا، المحل، السبب)
- أن يتضمن الوعد طبيعة العقد الموعود بإبرامه.
- أن يتضمن الوعد جميع المسائل الجوهرية للعقد.
- أن يستوفي عقد الوعد الشكل الذي يتطلبه القانون في العقد الأصلي الموعود به.

توفر هاته الشروط في الوعد الذي يمنحه البنك للمستهلك وأحجم بعد ذلك عن تنفيذه، يعد سببا لقيام مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزاماته العقدية، وأجازت المادة 72 من القانون المدني الجزائري للقاضي بعد التأكد من توفر كل الشروط المطلوبة في عقد الوعد بالتعاقد أن يحكم بتنفيذ العقد، حيث 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 متوافره، قام الحكم مقام العقد**" وإذا كان هذا التنفيذ مستحيلا أو أصبح غير مجديا، يكون بذلك ملزما بتعويض المقترض الموعود له عن الضرر اللاحق به.

غير أنه يطرح التساؤل حول إمكانية طلب القاضي تنفيذ عقد الوعد بالقرض نظرا للطابع الشخصي لهذا العقد، حيث تثير مسألة الوعد بالقرض نقطة مهمة تتعلق بتغير الوضع المادي

[1]) هذا في ظل غياب أي نص تشريعي أو تنظيمي يتطرق لهاته المسألة وتبقى هذه مجرد آراء تستنبط من طبيعة احكام القروض الموجهة للمستهلكين التي وضعت من أجل مصلحة الطرف الضعيف في عقد القرض واستجابة لمتطلبات الحاجة الاستهلاكية بغض النظر عن أية اعتبارات اخرى.

للموعود له بالقرض في الفترة الممتدة بين الوعد والتنفيذ[1]، حيث يقع البنك بين التزامين جوهريين الأول هو "العقد شريعة المتعاقدين"، والثاني هو الالتزام بفحص الملاءة واحترام قواعد الحذر في منح القروض، فلا يمكن للبنك أن يمنح القرض إذا وصلت مديونية طالب القرض الى درجة أن أصبح وضعه المادي ميؤوس منه، كما لا يمكنه أن ينكل عن وعده لوجود عقد صحيح يجب عليه تنفيذه.

من أجل تجاوز ذلك اعتمد المشرع في الوعد بالتعاقد في مجال القرض البنكي أساس آخر، حيث اعتبره بمثابة عقد تام[2]، حيث تنص المادة 68 من الامر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض على انه " **تشكل عملية قرض في مفهوم هذا الامر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع اموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع**" وتقابلها في التشريع الفرنسي المادة L.313-1 من القانون المالي والنقدي، وبذلك يلزم البنك بتنفيذه وتؤخذ لحظة ابرام الوعد هي المرجع لفحص المديونية[3].

3) مسؤولية البنك بسبب بعثه إلى الاعتقاد بموافقته على طلب القرض:

يرجع أساس هذه المسؤولية إلى الضرر الذي قد يلحق بالمستهلك طالب القرض جراء الاعتقاد الخاطئ الذي بعثه البنك في ذهنيته بأنه سيحصل على قرض أو بأنه مؤهل للحصوص على القرض، أو القيام بتصرفات توحي بأنه سيمنح القرض، ويشترط لقيام هاته المسؤولية أن يتوفر

---

[1]) من جهتنا نرى انه ينبغي في هاته الحالة ألا تكون دراسة المديونية، وفحص الملاءة لحظية وإنما يكون على اساس الفترة المرتقبة بين الابرام والتنفيذ ويمكن للبنك ان يضع الاشتراطات على طالب القرض اتباعها تحت طائلة تحمله المسؤولية، والكفيلة بالحفاظ على وضعية ملاءته، ويعتبر ذلك جائز لأنه يدخل في إطار حرية الاشتراط العقدي، ويمكن للبنك طلب الفسخ لعدم استيفاء المقترض لالتزاماته العقدية إعمالا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

[2]) يلاحظ أن الوعد في المجال البنكي يشكل صورا لعقود مسماة مستقلة قائمة بذاتها وتختلف عن الوعد في القواعد العامة، إذ أن 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، أو تحقق الواقعة التي يتحقق عندها التزام البنك.

[3]) يترتب عن ذلك أنه إذا تغيرت الوضعية المالية للمستفيد من الوعد بالقرض بعد الوعد وقبل التنفيذ فإن ذلك لا يغير من التزام البنك بمنح القرض ويبقى مسؤولا عن منح القرض، كما يجب ان يخضع الوعد بالقرض لنفس القواعد الاحترازية التي يخضع لها عقد القرض، وبذلك يكون المشرع احترم كل من قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"، وقواعد " الحذر في منح القروض".

ركن الضرر لدى طالب القرض، كأن يقبل طالب القرض على إبرام التزامات لم يكن ليقبل على إبرامها لولا اعتقاده بالحصول على القرض، ويعد هذا الأمر شائعا في مجال القروض للشركات، أما في القروض الموجهة للمستهلك، فتضمن الشكليات الحمائية المكرسة له بشكل كبير عدم وقوع أمر كهذا لاسيما اشتراط تقديم العرض المسبق للقرض، الموافقة الصريحة والكتابية على منح القرض، أجل التراجع، غير أنه يبقى أمرا وارد الوقوع.

حيث تثير هذه المسألة نوعا من الخصوصية فيما يخص القروض الموجهة للمستهلك فيمكن القول أن قيام مسؤولية البنك عن البعث الخاطئ للاعتقاد بمنح القرض لا يؤسس بالدرجة الأولى على التصرفات التي توحي بمنح القرض في حذ ذاتها، ولا على أساس الضرر اللاحق بطالب القرض، ولكن ترتكز على إخلال البنك بالشكليات القانونية لمنح القرض لاسيما العرض المسبق للقرض، القبول الكتابي، وأي عمل يقوم به البنك دون إتباع هاته الإجراءات يعد موجبا لقيام مسؤوليته، وما الضرر الذي لحق بالمستهلك الا عنصرا ضروريا من أجل حصوله على التعويض[1].

ينبغي في هذا الصدد الإشادة بموقف للمشرع الجزائري فيما يخص القرض الاستهلاكي، حيث منع على المستهلك طالب القرض أن يكتتب أي التزام تجاه البائع إلا بعد تحصله على الموافقة المسبقة للقرض، كما الزم البائع بعدم تسليم السلعة محل القرض الا بعد إخطاره من قبل المستهلك بالحصول على القرض[2]، وهذه خطوة مهمة قد تساهم في تقليل إمكانية وجود التباس بين نية البنك في منح القرض من عدمه ونية المستهلك كذلك في الحصول عليه من عدمه، إذ عمد إلى

[1]) هذا يعتبر ميزة في قانون الاستهلاك بصفة عامة فالمشرع يفترض أن الاضرار بالعميل في المجال الاستهلاكي يكون دائما نتيجة خرق للأحكام الحمائية له والاجراءات التي وضعت خصيصا لحمايته وهذا ما يشكل امتيازا له، إذ بمجرد ان يتم خرق هاته الالتزامات والشكليات من طرف البنك يعتبر بذلك مخطأ، ويكفي فقط أن يلحق به هذا الخطأ ضررا حتى يستحق التعويض.

[2]) المادة 10 فقرة 01، من المرسوم التنفيذي رقم 114/15، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مرجع سابق، تنص على انه " لا يمكن اكتتاب اي التزام من طرف المشتري تجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي مالم يتحصل هذا الاخير على الموافقة المسبقة للقرض"، وتنص المادة 11 من ذات المرسوم على انه " لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصله على القرض".

فرض التزام ثلاثي فعلى المستهلك أن لا يبرم أي التزام، وعلى البنك أن يقدم موافقته أو رفضه بصفة صريحة، وعلى البائع أن لا يسلم السلعة إلا بعد حصوله على الإخطار بمنح القرض.

4) المسؤولية عن الفسخ التعسفي لعقد القرض:

يعرف الفسخ أنه حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه، فالفسخ هو جزاء إخلال المتعاقد بالتزامه ليتحرر المتعاقد الآخر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد[1]، ولقد نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري[2] تقابلها المادة 1224 من القانون المدني الفرنسي[3]، وبذلك فالمبرر الوحيد للفسخ حسب القواعد العامة هو امتناع الزبون عن تنفيذ التزاماته العقدية، ولا يمكن لهذا الفسخ أن يكون أبدا عن طريق الإرادة المنفردة للبنك، ولكن على البنك أن يقدم طلب الفسخ للقاضي الذي له وحده أن يصدر الحكم بالفسخ، والذي يجوز له أيضا أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات[4]، ومن تم تعد هاته الحالة الوحيدة التي يجوز للبنك فيها طلب فسخ العقد وأي فسخ للعقد خارج هاته الحالة يعتبر تعسفيا.

يثور التساؤل حول إمكانية تأسيس هذا الفسخ على أساس فقدان الثقة بين البنك وعميله لاسيما توافر نية الاضرار بالبنك لدى المقترض أو تعمده إخفاء معلومات ضرورية عن البنك، نظرا للطابع الشخصي المتجذر في عقود القرض وفي العقود البنكية بصفة عامة، وبعبارة أخرى هل للثقة موضع في اكتمال العقد وصحته، وذلك لسكوت المشرع عن توضيح هاته المسألة سواء

---

[1]) أنظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 371، 373.

[2]) المادة 119 فقرة 01، من الأمر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق، التي جاء فيها "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

[3]) Art 1224, Code civil, op.cit. « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ».

[4]) حيث تنص المادة 119 فقرة 02، من الامر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، على انه " يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوفي به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات".

الجزائري أو الفرنسي[1]، في حين تطرق له هذا الأخير في حالة القروض للشركات، حيث منحت المادة L.313-12 فقرة 02 من القانون المالي والنقدي الفرنسي للبنك حق إبطال عقد القرض محدد المدة أو غير محدد المدة في أي وقت دون رأي مسبق وذلك في حالة السلوك الخطير للمقترض أو قيامه بسلوك لا رجعة فيه يمس بالعقد ومنه فللثقة موضع في ابطال العقد الموجه للشركات[2].

غير أننا نرى أن المشرع حتى وإن لم ينص على باعث انعدام الثقة بصفة مباشرة لطلب إبطال العقد فإنه اعتمد على مبرر الامتناع عن تنفيذ الالتزامات العقدية وهو أوضح صور انعدام الثقة، وما اللجوء إلى القاضي إلا لمراقبة وتأطير ممارسة الحق في الفسخ، ومن تم من المرجح القول باعتبار الثقة مبرر كافي لطلب الفسخ، وذلك بالقياس على قيمة عنصر الثقة في تأسيس البنك لقراره بمنح القرض أو عدم منحه، لذلك يجب تمديد العمل بعنصر الثقة طيلة مدة العقد، فمعايير الثقة هي الفيصل حال توافرها في قرار البنك بين فكرة " **حرية البنك في التعاقد واختيار المتعاقد**

---

[1]) يمكن الاستناد في الإجابة على هذا التساؤل على حكم لمحكمة النقض الفرنسية في المجال الاجتماعي لوجود تقارب بين عقود القرض الموجهة للمستهلك وعقود العمل من حيث الاعتبار الشخصي، حيث أقرت أن التسريح لسبب متصل بشخص الأجير يجب أن يتم تأسيسه على عناصر موضوعية، ولا يكفي مبرر فقدان الثقة من أجل تبرير الفسخ:

Cass. Soc, 29 mai 2001, bull. civ. v, N° 183, D.2001, P.921, « La perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des élément objectifs, que seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur », cité par Marie Nécolle, Essai sur le droit au crédit, thèse de doctorat, droit privé, faculté de droit, université paris Descartes, 2014, p.127.

[2]) Art L.313-12 alinéa 02, CMF, op.cit. « L'établissement de crédit ou la société de financement n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise ».

معه" وفكرة " **الرفض التعسفي للعقد**"، ومن تم يجب أن تبقى هي أيضا الفيصل بين فكرة" **الفسخ الشرعي للعقد**" وفكرة " **الفسخ غير الشرعي للعقد**"[1].

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالتزاماته في حالة منح القرض

إن تحميل البنك للمسؤولية، وتحديد أحكامها وشروطها وأصنافها بطريقة محكمة هي الضمان الوحيد لإرساء سياسة الدولة في مجال القرض من جهة، وحماية حقوق المستهلكين من جهة أخرى، فإن تحققت المساءلة بطريقة متوازنة، تحققت هذه الأغراض وتفشل بعدم تحققها، كما يعد من واجب الدولة الحفاظ على نشاط منح القرض وتفادي مخاطره، وذلك بمسائلة البنوك والمؤسسات المالية التي لا تحترم قواعده، فإن فشلت في أداء هذا الدور ونتج عن هذا الفشل ضرر ما فمن المنطق القول بفشل السياسة الحمائية للمستهلك المقترض برمتها، ولتوضيح أكثر نتطرق أولا إلى المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالالتزامات العامة للبنك (أولا)، ونتطرق ثانيا إلى المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالالتزامات الخاصة بعقد القرض (ثانيا).

أولا: المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزامات العامة للبنك

يرتب عقد القرض في ذمة البنك مجموعة من الالتزامات منها ما يفرضه النشاط البنكي، أي تفرض على البنك كمحترف للعمليات البنكية بغض النظر عن طبيعة العقد المبرم وصنفه، من أجل الحفاظ على صلابة وتماسك النشاط البنكي وتوفير حد أدنى من الحماية لزبائن البنوك والمؤسسات المالية، كما يرتب أيضا في ذمته التزامات خاصة بكل عملية بنكية بما يتناسب والغاية من العقد وتوفير الحماية للمستهلك المقترض، وللإحاطة أكثر بهذه الالتزامات، نتطرق أولا إلى المسؤولية المدنية للبنك في المجال الإعلامي (1)، ونتطرق ثانيا إلى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بعدم التدخل في شؤون المستهلك المقترض (2)، ونتطرق ثالثا إلى المسؤولية المدنية عن الإخلال بواجب الحيطة والحذر (3).

---

[1]) هذا فيما يخص القروض محددة المدة، أما القروض غير محددة المدة فيمكن للبنك فسخ العقد في أي وقت، وأن الفسخ في هذه الحالة لا يمكن أن يؤسس على فقدان الثقة، وانما يؤسس على مبدأ " منع الالتزامات المؤبدة"، غير أن البنك مقيد في هذا الفسخ بعدم التعسف ويخضع لرقابة القاضي في هذه المسألة.

1) المسؤولية المدنية للبنك في المجال الإعلامي:

تشكل المعلومة في المجال البنكي عنصرا حساسا، ويمكن تفسير ذلك بخطورة النشاط البنكي والحاجة إلى نظام إعلامي مدعم، أو بالطابع الشخصي للعقود البنكية الذي يفرض توفر كلا المتعاقدين على القدر الكافي من المعلومات من أجل تأسيس قناعته حول الطرف الآخر وجدارة التعاقد معه، كما يمكن تفسير ذلك أيضا بالثقة الواجب توفيرها للمتعاملين من أجل استقرار المعاملات البنكية، وذلك ما يستنبط من كثرة الأحكام الحمائية المتعلقة بالمعلومات وأشكالها سواء منها ما يتعلق بتوعية الزبون وحماية إرادته (الالتزام بالإعلام والاستعلام...) أو ما يتعلق بحماية خصوصيته (أحكام السر البنكي، وأحكام المعالجة الآلية للمعلومات الشخصية...)، وتكريس المشرع لهاته الأحكام، دفعه إلى تحميل البنك للمسؤولية عن الإخلال بها من أجل ضمان فعاليتها، وللإحاطة بأحكام هاته المسؤولية نتطرق أولا الى المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالإعلام (أ)، ونتطرق ثانيا إلى المسؤولية عن إفشاء السر البنكي (ب).

أ) المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالإعلام:

ينظر المشرع إلى الالتزام بالإعلام أنه التزام ممتاز، ليس على البنك فقط الوفاء به ولكن على البنك ضمان فعاليته، عكس ما هو عليه الحال في القواعد العامة، اين يعتبر المكلف بالالتزام بالإعلام أنه أوفى به بمجرد أن يقدمه ويفترض في المتعاقد الآخر أنه يفهم محتوى ونطاق العقد الذي يوقعه بمجرد التعاقد، ومن تم يعتبر العقد صحيحا ولو كان المتعاقد أميا[1]، وهذا ما لا يوجد في عقد القرض لأنه يوجد عرض مسبق للقرض يصادق فيه المقترض أنه قرأ محتوى العقد واستوعبه، ولا ينتهي الأمر هنا بل على البنك أن يثبت كفاية هذا الاعلام في تنوير إرادة المقترض.

فالشكلية الإعلامية هي الوسيلة المفضلة لحماية المستهلك، وذلك لأنها تمنح المستهلك وقت كافي لتقديم رأيه من أجل حماية التراضي وبالتالي فلهاته الشكليات دور وقائي عكس عيوب الرضا التي

[1]) لقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية عدم وجود رضا من أساسه في حالة الأمية:

Cass. Civ. 3eme, N° 1999.1038, 15 décembre 1998, cité par Eric Bertrand – Nemadeu Djuitchoko, op.cit. p.76.

لها دور علاجي فلا يمكن تفعيلها إلا بعد إبرام العقد وإثبات المتعاقد أنه تعرض لإحداها، كما أن الجزاء المترتب عنها والمتمثل في طلب الإبطال غير ملائم لعقد القرض ولا يمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض الا بعد طلب الإبطال، غير أن دور هاته الشكليات الى جانب نظرية عيوب الرضا أصبح موقع شك، فيطرح التساؤل هل تعتبر بديلا أم تعتبر مكملا لها، خاصة وأن تقديم الدليل من طرف المستهلك على وقوعه في عيب من عيوب الرضا بعد استحداث هاته الشكليات الحمائية للتراضي أصبح صعبا[1]، غير أننا نجيب أن فعالية هاته الشكليات مقارنة بفعالية نظرية عيوب الرضا تدفع الى القول بأنها حل بديل، وذلك كون الأخيرة أصبحت غير فعالة، ولكن لا يمكن استبعادها باعتبارها حماية قاعدية ويمكن للمقترض إثارتها[2].

ويثار التساؤل ايضا حول ماهي الوسائل التي على البنك أن يقدم بواسطتها المعلومات الكافية للمقترض ويعد بذلك مستوفيا لالتزامه بالإعلام وماهي الوسائل التي يعد تقديمه للإعلام بها غير كافيا وتستوجب قيام مسؤوليته، فالنشاط البنكي أغلق الجدال بشكل كبير حول مدى جواز الكتابة في الإعلام ودورها وما إذا كانت وسيلة انعقاد او وسيلة إثبات بفرضه لتقنية النمذجة التي تفرض على الأطراف التعامل وفق نماذج معدة مسبقا متفق عليها قد يكون مصدرها هيئات التنظيم البنكي أو الهيئات النقابية للنشاط البنكي في إطار ما يسمى بالعادات المصرفية.

يجدر الاستحسان في هذا الصدد بموقف للمشرع الفرنسي حيث اشترط أن يكون مبلغ الفائدة في عقد القرض مكتوبا إذا كان اتفاقيا، وذلك في المادة 1907 من القانون المدني الفرنسي[3]، وذلك حتى يضمن للمقترض إعلاما فعالا ويمنع أي احتيال محتمل للمقرض، كما يوجد أيضا قرار

---

[1]) أي أصبح من الصعب على المقترض أن يثبت انه وقع في غلط أو في تدليس بعد ما أقر له المشرع الشكلية الإعلامية لاسيما تقديم العرض المسبق للقرض على دعامة مكتوبة ومنحه أجل التراجع وغيرها من الشكليات، وهذا بفعل الطابع الوقائي لها.

[2]) Eric Bertrand – Nemadeu Djuitchoko, op.cit. p.77.

[3]) Art 1907, Code civil, op.cit. « L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas.

Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit »

لمحكمة النقض الفرنسية ذهب إلى أبعد من ذلك حيث اعتبر أن اشتراط الكتابة في عقد القرض يعتبر شرطا لسريان استحقاق الفوائد[1]، ومنه فالكتابة لاتعد وسيلة إثبات ولا وسيلة انعقاد، ويعتبر هذا الشرط جزاءا بديلا للجزاءات التقليدية في القواعد العامة على غرار البطلان والفسخ التي لاتعد في مصلحة المقترض، إذ يلزم البنك بإدراج هذا المبلغ كتابة نظرا لأهميته، ومنع المقرض من إغفاله إضرارا بالمقترض تحت طائلة عدم استحقاقه للفوائد.

في حين يعتبر الحكم الوارد في المادة 333 من القانون المدني الجزائري التي تنص على اشتراط الإثبات بالكتابة عندما يتعدى مبلغ التصرف القانوني 000 100 دج قصورا، لأنه يمنع المقترض من إثبات حقه ولا يتيح له طريقا آخر لإثباته ولا يوجد أي إلزام للمقرض بأن يلجأ إلى الإعلام الكتابي للمقترض ولا يوجد كذلك أي جزاء له على ذلك، ومن تم يعتبر هذا الحكم حلا في مصلحة البنك وليس المقترض لأنه سيحرمه من الإثبات.

اما فيما يخص جواز الإعلام عبر الطريق الإلكتروني فرغم اعتراف المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية والمساواة بينها وبين الكتابة العادية غير أنه لم ينص على جوازها في كل المعاملات، حيث تنص المادة 223 قانون مدني على انه "**يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها**" فهذا لا يعني إجازة الطرود الإلكترونية في المادة البنكية، فالمادة تؤكد على مجرد المساواة في طرق الإثبات بين الدليل الإلكتروني والكتابي ولم ينص كذلك على المعاملات التي يجوز الإثبات فيها بالدليل الإلكتروني عكس المشرع الفرنسي الذي أجاز في المادة 1369-2 من القانون المدني، تبادل الرسائل الإلكترونية بصفة عامة في كافة المجالات مالم يرد نص خاص يمنع ذلك، وبذلك فهي جائزة في المجال البنكي بشرط قبول الطرف الآخر التعامل بهذه الوسيلة[2].

---

[1]) Cass. Civ. 1er, du 24 juin 1981. Bull. civ, 1981. I. N° 233.

نقلا عن مجور وليد، مرجع سابق، ص 164.

[2]) Art 1369-2, Code Civil, op.cit. « Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent

ب) المسؤولية عن إفشاء السر البنكي:

يعتبر الالتزام بالسرية البنكية من أهم التزامات البنك، حيث يساهم في حماية خصوصية الزبون وكسب ثقته نظرا للكم الهائل للمعلومات التي يتوصل إليها البنك عن زبونه، ونظرا لأهمية هاته المعلومات بالنسبة للبنك وبالنسبة للزبون نفسه إذ يؤدي الإفصاح عنها إلى تسهيل عمل البنك وتسهيل الحصول على الخدمة المرغوبة وبالقدر الذي يضمن السلامة، لذلك سعى المشرع جاهدا إلى تأطير هذا الالتزام بالشكل الذي يضمن تحقيق هاته الغاية، عن طريق تفعيل المسؤولية المدنية[1] للبنك عن إفشاء أية معلومات حول زبونه، وهي مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية، إذ يلزم البنك بتعويض المقترض عن الأضرار اللاحقة به نتيجة إفشاء البنك لمعلومات عنه.

حيث فرض هذا الالتزام على كل شخص أطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المتعلقة بحسابات العملاء[2] ويستحسن على المشرع توسيعه لنطاق حماية السر البنكي من خلال توسيعه لنطاق المسؤولية عن إفشاءه من حيث الأشخاص، فلم يقصر المشرع الجزائري الالتزام بالسر البنكي على أعوان البنوك التجارية والمؤسسات المالية، حيث تشمل المسؤولية أيضا أعضاء هيئات الرقابة، المتمثلة في مجلس النقد والقرض حيث يلتزم بالسر البنكي كل شخص شارك أو يشارك في رقابة البنوك والمؤسسات المالية[3]، واللجنة المصرفية التي تتولى مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها الإخلالات التي تتم معاينتها، وكذلك مجلس إدارة بنك الجزائر[4].

être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen ».

[1]) تجدر الإشارة أيضا الى إمكانية المساءلة الجزائية، أنظر المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري.

[2]) أنظر في شرح المقصود بالمطلع بحكم وظيفته، والمطلع بحكم مهنته، والمطلع بحكم عمله، بوزيدي إلياس، مرجع سابق، ص 153.

[3]) أنظر المادة 117 من الأمر رقم 11/03، المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[4]) حيث تنص المادة 25 فقرة 01 أمر 11/03 متعلق بالنقد والقرض، مرجع نفسه على انه " **لا يجوز لأعضاء مجلس الادارة أن يفشوا بصفة مباشرة أو غير مباشرة وقائع أو معلومات أطلعوا عليها في إطار عهدتهم، وذلك دون المساس بالالتزامات المفروضة عليهم بموجب القانون وماعدا الحلات التي يدعون فيها للإدلاء بشهادة في دعوى جزائية**".

كما تشمل المسؤولية عن إفشاء السر البنكي الأشخاص اللذين يمارسون مهام بنكية دون أن يتم اعتمادهم وذلك ما يفهم من نص المادة 105 فقرة أخيرة من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض " **كما تعاين عند الاقتضاء، المخالفات التي يرتكبها اشخاص يمارسون نشاطات البنك أو المؤسسة المالية دون أن يتم اعتمادهم، وتطبق عليهم العقوبات التأديبية المنصوص عليها في هذا الأمر دون المساس بالملاحقات الاخرى الجزائية والمدنية**" وبذلك يمكن أن يعاقب هذا الشخص من طرف اللجنة المصرفية كما يمكن أن يتابع أيضا مدنيا أو جزائيا عن إفشاء معلومات حول زبائنهم، وعن إمكانية مطالبة العميل للطرف الآخر بالتعويض عن الضرر المترتب عن إفشاء أسراره، يثور التساؤل هنا حول اشتراط حسن النية لديه، أي بحث ما إذا كان يعلم أم لا يعلم بممارسة المتعامل معه للأعمال البنكية دون اعتماد، والأغلب القول باشتراطها، لعدم منطقية الرأي القائل بتوفير الحماية لشخص سيئ النية.

وتشمل المسؤولية كذلك حسب المادة 61 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض أي شخص يمكن ان يلجأ اليه مجلس النقد والقرض لأي سبب كان حيث تنص على انه " **يلزم اعضاء المجلس بالواجبات المنصوص عليها في المادة 25 اعلاه، كما يلزم كل شخص يمكن أن يلجأ إليه المجلس لأي سبب كان**" وكل شخص يلجأ إليه مجلس الإدارة، حيث تنص المادة 25 فقرة أخيرة من نفس الامر على انه " **يلزم بنفس الواجب كل شخص يلجأ اليه مجلس الادارة في سبيل تأدية مهامه**" لكن لم يعمم ذلك على باقي الاشخاص الذين يلجأ اليهم هيئات أخرى على غرار اللجنة المصرفية.

يستحسن على المشرع المصري عدم اقتصاره على تحديد النطاق الشخصي للالتزام بالسرية المصرفية وتحديده للنطاق الموضوعي لها من خلال بعض الأفعال لتي تعتبر افشاءا للسر البنكي عكس نظيره الجزائري والفرنسي، ويعتبر هذا التدقيق أمرا إيجابيا خاصة امام الطبيعة الجزائية للإفشاء وعدم جواز توسيعه، حيث نص على " **يحظر على رؤساء واعضاء مجالس ادارة البنوك ومديرها أو العاملين بها اعطاء كشف أو أية معلومات أو بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الامانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم في شأنها أو تمكين**

الغير من الاطلاع عليها في غير الحالات المرخص بها بمقتضى أحكام هذا القانون، ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على المعلومات والبيانات والمعلومات المشار اليها"[1].

2) المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بعدم التدخل في شؤون المستهلك المقترض:

يقصد به ضرورة احترام البنك لخصوصية المستهلك المقترض واحترام استقلاليته وعدم التدخل إلا بالقدر الكافي لتطبيق الأحكام القانونية والتعاقدية الضرورية لتنفيذ العقد، ولا يجوز له توجيه أية تعليمات أو أوامر خارج هذا النطاق، ومن جهة أخرى فالبنك يكون في مواجهة دائمة مع أشخاص قد يرتكبون أخطاء من كل الأصناف، يجب عليه أن يسهر على عدم إضرارهم به وبالنظام البنكي وبأنفسهم بحد ذاتهم، وبذلك يجد البنك نفسه ملزما بالتدخل وإلا يتحمل نتائج تفوق المسؤولية التي يتحملها عند تدخله في شؤون عميله، وبذلك فالإشكال ليس في التدخل وإنما في كيفية التدخل وفي حدود هذا التدخل، وهنا تظهر ضرورة تحديد نطاق هذا التدخل الذي يعتبر إخلالا بالالتزام بعدم التدخل في شؤون العميل، ومن تم تحديد نطاق المسؤولية المترتبة على ذلك (أ)، وتحديد الأساس القانوني لهاته المسؤولية (ب).

أ) نطاق مسؤولية البنك في إطار الالتزام بعدم التدخل في شؤون المستهلك المقترض:

يقضي مبدأ عدم التدخل حياد البنك أو المؤسسة المالية، وعدم تدخلها في شؤون العميل، غير أن هذا الحياد لا ينبغي أن يكون مطلقا إذ تعترضه مقتضيات أخرى لاسيما الالتزام بالاستعلام والالتزام بالحيطة والحذر، وهو أمر طبيعي أن يبقى البنك الذي يمنح قرضا لشخص بأموال معتبرة من أموال مصدرها الادخار يراقب كيفية استغلال هاته الأموال قصد التدخل لاتخاذ أي إجراء يضمن استردادها في حالة ملاحظة وجود أي إشكال أو فعل قد يلحق به ضررا، فالبنك سيكون قلقا على إمكانية رد القرض من طرف المقترض من عدمه عند حلول موعد استحقاق القرض،

[1]) المادة 100 من القانون رقم 2003/88، المتضمن قانون البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي والنقد، موجود على الموقع:

https://www.cbe.org.eg.

وهذا ما يمنح البنك مبرر متابعة ومراقبة القرض ومآله عن كثب، وحتى مراقبة التوازن المالي للمستفيد منه ومدى استقراره[1].

ومنه تتحدد مسؤولية البنك عن بتعيين الحدود الفاصلة بين عدم تدخله استيفاء للالتزام بعدم التدخل في شؤون العميل وبين استيفاؤه لالتزاماته القانونية بالتدخل، فالبنك بما أنه مهني في النقود والتقنيات البنكية يجب أن يشارك في عملية مراقبة شرعية العمليات المالية للزبائن وصحتها وهي وظيفة مكلف بها قانونا، وذلك بفضل موقعه وتكوينه ووضعيته، فتدخل البنك من شأنه أن يمنع وقوع المقترض في صعوبات مالية ويوفر الأمان الكافي لنشاط منح القروض.

فلا يجب أن ينظر لتدخل البنك أنه تدخل سلبي أو تدخل ضار بالمقترض، فيمكن للبنك أن يرتكب عمليات غير شرعية دون أن يتدخل في شؤون عميله، وهذا أمر بديهي لأنه ليس كل الانتهاكات تتم عن طريق التدخل في شؤون العميل، وتحكمها قواعد أخرى للمسؤولية البنكية، غير أن التدخل في شؤون العميل يمكن أن يزيد من حدة هذا الإخلال فقط، ومنه يمكن القول أن منع التدخل يشكل حد أدنى أو حماية دنيا له حتى لا يزيد إخلال البنك وطأة على حقوق العميل.

من جهة أخرى فالبنك عندما لا يتدخل في شؤون عميله لا يمكنه أن يقدر مدى ملائمة القرض المراد إبرامه لوضعية المقترض، وبذلك لا يمكن مساءلته عن المنح السيء للقرض، لذلك يجب البحث عن متى يعتبر البنك متدخلا في شؤون عميله، ومتى يعتبر تدخله مجرد تنفيذ لالتزام بالتدخل يطلب منه بحث مدى ملائمة القرض للزبون، وإلا يتحول هذا الالتزام بعدم التدخل الى دريعة للبنك من أجل التملص من مسؤوليته عن التزامات أخرى، وبعبارة أخرى الالتزام بعدم التدخل لا يجب أن يمس بمسؤولية البنك عن العمليات غير الحذرة[2].

---

[1]) منى بن لطرش، مرجع سابق، ص 199.

[2]) Oualid Madjour, la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit–etude de droit comparé francais algerien, these de doctorat, faculté de droit, université JeanMoulin, Lyon 3, 2009, p.108.

كما يمكن النظر إلى أن الالتزام بعدم التدخل فيه حد لمسؤولية البنك، لأن عدم تدخله قد يجعله يخفي معلومات مهمة لأنه مهني ولأنه الطرف القوي ويملك معلومات مهمة قد تلعب دورا مهما في تغيير منحى العقد وحماية الزبائن، يؤدي إخفاؤها إعمالا لمبدأ عدم التدخل الى إلحاق أضرار بالزبون، وخلاصة القول أن التدخل المقصود هو التدخل الاحتيالي والتدليسي للبنك في شؤون عميله، وعدم احترام إرادته أو حلول ارادة البنك محلها أو انتهاك سرية عملياته، أو تقزيم ارادة العميل، وليس التدخل تلبية لالتزامات قانونية أو عقدية.

ب) التأسيس القانوني لمسؤولية البنك عن الإخلال بالالتزام بعدم التدخل:

اختلفت الآراء المقدمة من أجل التأسيس لمسؤولية البنك عن الإخلال بالالتزام بعدم التدخل، فهناك من يبرره على أساس القواعد العامة للمسؤولية فيرون أن خطأ البنك لا يمكن أن يقوم إلا في حالة قيام البنك بنشاط يسبب ضررا لزبونه أو لشخص آخر وذلك بارتكابه خطأ شخصي يوجب قيام مسؤوليته، وذلك لن يتحقق إلا في إطار المسؤولية التقصيرية، ولا يوجد اي أساس قانوني آخر يمكن بموجبه مسائلة البنك عن تدخله، ومن تم إذا تدخل البنك بخطئه في شؤون عميله مخالفا بذلك النصوص القانونية والتنظيمية وسبب بذلك ضررا تقوم مسؤوليته عن تعويض الضرر اللاحق بالمستهلك المقترض.

من أجل ذلك يجب لتقرير قيام مسؤولية البنك من عدمها عن إخلاله بالالتزام بعدم التدخل، يجب النظر إلى سلوك البنك ما إذا كان نشاطا عاديا يدخل في إطار استكمال مهامه بحسن نية ووفق ما يتطلبه السير الحسن للنشاط البنكي أو مرتكبا لخطأ تدليسي أو تقصيري يوجب قيام مسؤوليته وفق أحكام المسؤولية، ومن تم لا يقاس التدخل بمجرد قيام البنك بأفعال تدل على التدخل كطلب توضيحات أو تقديم مشورة، وإنما يقاس على أساس تدخله التدليسي رغبة في تحقيق غايات غير مشروعة وإلحاق الضرر بالمقترض[1].

فحسب أصحاب هذا الرأي فإن فكرة المسؤولية المدنية هي الفكرة الوحيدة التي لا تعتمد في منع التدخل على معايير جامدة وإنما تركزه على الخطأ الذي يترك لتقدير قضاة الموضوع، غير أن

[1]) Oualid Madjour, Op. Cit. P110

هاته الفكرة قد تبدو قاصرة لشرح فكرة الحذر وكيفية تبرير تدخل البنك في إطار رقابة الحذر، كما يبقى الإشكال قائما فيما يخص تحديد الحدود بين التدخل تنفيذا للالتزام بالحذر وعدم التدخل في شؤون العميل، ويبقى تأسيس هاته النظرية صحيحا فقط إذا ارتكب البنك خطأ، أي تدخل في شؤون عميله حين لا يجب عليه ان يتدخل أما مجرد التدخل فلا يعد بالضرورة إخلالا بالالتزام بعدم التدخل.

هناك من يبرره على أساس الالتزام باحترام الحياة الخاصة[1]، غير أن هذا التأسيس لمبدأ عدم التدخل قد يصطدم بعدة حقائق فعبارة " الحياة الخاصة" صعبة التعريف لأن لها مفاهيم مختلفة تتأثر بالعادات والتقاليد والدين وتختلف باختلاف الأشخاص والبلدان والعصور، كما أنه كيف تفسر فكرة الحياة الخاصة فيما يخص الأشخاص الاعتبارية[2].

بإتباع هاته الفكرة يصبح الالتزام بعدم التدخل التزاما مطلقا ولا يجوز أن يرد عليه أي استثناء لأن مبدأ حماية الحق في الحياة الخاصة هو مبدأ وحق دستوري لا يجوز مخالفته أو إيراد عليه أية استثناءات[3]، والأمر نفسه في التشريع الفرنسي فيكفي الرجوع الى المادة 09 قانون مدني فرنسي

---

[1]) تعرف حرمة الحياة الخاصة بأنها "حق الشخص في أن يحترم الغير كل ما يعد من خصوصياته، مادية كانت أو معنوية، أو تعلقت بحرياته، على أن يتحدد ذلك بمعيار الشخص العادي وفقا للعادات والتقاليد والنظام القانوني القائم في المجتمع ومبادئ الشريعة الاسلامية، أي أن يترك الشخص وشأنه في أن يعيش حياته في هدوء وسكينة"، عاقلي فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، حقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012/2011، ص 92.

[2]) في فرنسا أقصت السوابق القضائية الفرنسية منذ سنة 1987 الحالة المالية « la situation patrimoniale» من نطاق الحياة الخاصة.

CA. Paris, du 12 octobre 1988, D.1988.IR.p.296 / Cass.Civ.1er. 20 nov.1990, bul civ.1990.I. N° 257.

نقلا عن:

Oualid Madjour, op cit, p 113

[3]) نصت عليه المادة 47 من المرسوم الرئاسي 442/20، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020، مرجع سابق " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه".

لتبرير التزام البنك بعدم التدخل في شؤون العميل[1]، في المقابل لا ينبغي على البنك أن يتدرع بحماية الحق في احترام الحياة الخاصة من أجل التهرب من مسؤوليته لما يطالبه الغير بمعلومات حول زبائنهم في إطار الالتزام بالاستعلام، أو إحدى الإدارات التي لها الحق في الحصول على هاته المعلومات كإدارة الضرائب.

3) المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بواجب الحيطة والحذر

لقد أدى ارتفاع عدد الدعاوى المرفوعة فيما يخص المستحقات غير المدفوعة أمام المحاكم المدنية والتجارية في مختلف الدول، إلى ضرورة الالتفات إلى إلزامية وضع شروط محكمة لمنح القروض وإجراء موازنة من جهة بين الحاجة الملحة للقروض المصرفية، وبين ضرورة ترشيد استخدامها حتى لا تؤدي إلى وضع مثير للقلق نظرًا للعجز عن تسديدها وسوء استخدامها، أو منح القرض من قبل البنك دون الحيطة التي تتطلبها المهنة، أو حتى بدون دراسة متأنية لملف القرض، مما يترك المقترض في مواجهة صعوبات واضحة عند السداد.

من بين الأسباب الهامة للزيادة في الديون غير المسددة الاعتمادات الممنوحة بشكل مفرط، أو الائتمانات غير الملائمة مع قدرة المقترض على السداد، بالإضافة إلى الأسباب الأخرى بصفة ثانوية التي قد تكون ذات طبيعة اجتماعية أو اقتصادية، أو تعزى إلى التطورات التشريعية في الدولة أو إلى بعض الفراغ القانوني، وبالتالي فتكريس المشرع لضرورة احترام قواعد الحذر هو حماية لمصلحة كل من المستهلك المقترض والبنك، لذلك سعى الى إقرار مسؤولية البنك عن أي إخلال بهذه الاحكام، وذلك إما في مواجهة المقترض نفسه بتعويض الضرر الذي قد يلحقه، وفي

[1]) Art 09, Code Civil, op.cit. « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent. Sans préjudice de la réparation du dommage subi. Prescrit toute mesures. Telles séquestre saisie et autres. propre à empêcher ou faire cesser une atteinte à intimité de la vie privé : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé »

مواجهة سلطات الرقابة اين تقوم مسؤوليته المهنية وتطبق في حقه العقوبات التأديبية المنصوص عليها قانونا[1].

ثانيا: المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالالتزامات الخاصة بعقد القرض

تأخذ الحماية التي يوفرها المشرع في المجال الاستهلاكي منحى يختلف عنه عن باقي المجالات، حيث ترتكز على الحماية القبل عقدية بالإضافة إلى الحماية البعدية، ودليل ذلك سعي المشرع إلى تدعيم إرادة المستهلك بالتزامات قبل عقدية غير معهودة في باقي العقود، والتي سبق التطرق إليها في الفصل الأول من هاته الدراسة، ومن أبرزها العرض المسبق للقرض، الحق في التراجع عن العقد، وضمان فعالية هاته الالتزامات لن يتحقق إلا بإرساء قواعد المسؤولية قبل عقدية التي تكفل احترام البنك لهاته الأحكام، لتأتي بعد ذلك الحماية البعد عقدية والتي لا تقل أهمية عن سابقتها وتخص تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه ووفقا لما يفرضه القانون، والتي يتحمل البنك المسؤولية عن أي إخلال بها وفق ما ينص عليه القانون، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا إلى ضرورة تفعيل فكرة المسؤولية قبل عقدية (1)، ونتطرق ثانيا إلى أصناف المسؤولية المدنية للبنك في مجال القرض البنكي (2).

1) ضرورة تفعيل فكرة المسؤولية قبل عقدية في عقود القرض البنكي:

يقصد بها المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات القبل عقدية، أي الآثار القانونية التي يرتبها القانون عن عدم احترام الأحكام الآمرة للقانون التي تؤطر المرحلة التمهيدية للعقد، وليس الأحكام العقدية لأن العقد لم ينشأ بعد، غير أن تأسيس هاته المسؤولية والأحكام التي تنظمها أمر مختلف فيه، فهناك من ينادي بأنها مسؤولية تقصيرية لتوافر كافة أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، كما أنها المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالواجب القانوني العام بعدم الإضرار بالغير وبالالتزام بحسن النية، وهناك من ينادي بضرورة تمديد المسؤولية العقدية لما قبل العقد نظرا للصلة الوثيقة بين الخطأ المرتكب والعقد.

---

[1]) Zakaria Bouabidi, Le contentieux de l’impayé : approche comparative entre la France et le Maroc, Thèse de Doctorat, Droit Privé, département des sciences juridique sociales et économique, université de tendja, 2013, p01.

فالخطأ ما كان ليرتكب لولا الرغبة في إنشاء الرابطة العقدية، بالإضافة إلى ما توفره المسؤولية العقدية من حماية للطرف المضرور، وخاصة في عقد القرض البنكي الموجه للمستهلك، فلن يكون هذا الأخير في مأمن من تصرفات البنك إلا بتطوير أحكام المسؤولية على الشكل التي تشمل كافة مراحل الإبرام منذ تقدم المقترض إلى شبابيك البنك وإلى غاية إبرام العقد وتنفيذه، ومن أبرز صور المسؤولية قبل عقدية التي يجب أن يتحملها البنك نذكر المسؤولية عن مخالفة الأحكام المتعلقة بالعرض المسبق للقرض (أ)، المسؤولية عن الخطأ عند التفاوض على القرض (ب).

أ) المسؤولية عن مخالفة الأحكام المتعلقة بالعرض المسبق للقرض:

يلعب الالتزام بالعرض المسبق للقرض أهمية بالغة كالتزام قبلي في عقد القرض نظرا لدوره في تنوير إرادة المقترض وتسهيل مقارنة العرض المقدم له بالعروض الأخرى، غير أن المشرع الجزائري تطرق له في ثلاثة مواد فقط وهي المواد من 05 الى 07 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[1] ولم يتطرق للأحكام المترتبة عن مخالفته كما لم يتطرق إلى صنف المسؤولية المترتبة على ذلك، غير أنه من الأجدر أن تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية مادام العقد لم ينشأ بعد، وبذلك على المستهلك أن يثبت خطا البنك ويثبت الضرر الذي لحقه والعلاقة السببية بينهما من أجل مطالبته بالتعويض عن الضرر اللاحق به، وهذا ما يعد مرهقا وصعب المنال بالنسبة للمستهلك المقترض والظروف التي تحيط به من نقص الخبرة وضعف مركزه التعاقدي.

لذلك سنتولى دراسة أحكام وصور مخالفة هذا الالتزام والمسؤولية المترتبة عنه في التشريع الفرنسي، حيث أقر له المشرع جزاءات خاصة، حيث تنص المادة L.311-33 من قانون الاستهلاك الفرنسي على تحميل البنك الذي لا يقدم للمقترض عرضا مسبقا موافقا للنصوص

[1]) حيث نصت المادة 05 منه على ضرورة تضمين عرض القرض لمعلومات صحيحة ونزيهة حول عناصر القرض وكيفيات الحصول عليه وحقوق وواجبات أطراف العقد، وأقرت المادة 06 بضرورة تسبيق عقد القرض بعرض مسبق للقرض من أجل السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكن اكتتابه وشروط تنفيذ العقد، ونصت المادة 07 على المعلومات الواجب توفيرها في العرض المسبق للقرض.

القانونية خسارة مبلغ الفائدة، ولا يلتزم المقترض سوى برد الرأسمال المقرض وفقا لجدول التسديد، وفيما يخص مبالغ الفوائد المدفوعة فيلتزم البنك بردها أو تخصم من مبلغ الاقساط[1].

يعد جزاء فقدان البنك للفوائد الحل الأمثل، لأنه الأكثر شدة وتأثير على المقرض الذي سيتحمل جزاء اقتصادي مهم، لأن القرض سيصبح في كله أو في جزء منه مجاني، وذلك وفقا للرأي الفقهي القائل بضرورة التناسب بين جنس العقوبة وجنس الجريمة[2]، كما أن المشرع حدد نطاق تطبيق جزاء فقدان البنك للحق في الفوائد بقانون 01 جويلية 2010[3]، فيما يخص مخالفة احكام العرض المسبق للقرض ويكون على الأفعال التالية:

* إبرام القرض دون أن يعلم المقترض بالمعلومات السابقة للتعاقد، ودون تقديم ورقة معلومات إلكترونية إلى المقترض[4] ليصادق على محتواها إلكترونيا من طرفه لكي تساهم في تقدير الملاءة من طرف المقرض وتكون موضع تصريح شرفي بصحة المعلومات الواردة فيها، وتحفظ من طرف المقرض طيلة فترة العقد، وإذا تجاوز مبلغ القرض قيمة محددة بمرسوم يجب أن ترفق هاته الوسيلة بوثائق ثبوتية تحدد قائمتها أيضا بمرسوم[5].

* عدم تقديم المُقرض أو وسيط الائتمان للمقترض التفسيرات التي تسمح له بتحديد ما إذا كانت اتفاقية الائتمان المقترحة مناسبة لاحتياجاته ووضعه المالي، أو لم يلفت انتباهه إلى الخصائص الأساسية للائتمان المقدم له والى العواقب التي قد تترتب على وضعه المالي، بما في ذلك في حالة

---

[1]) Art L.311-33, C. Conso, op.cit.

[2]) لكن تجدر الاشارة أن هذا الجزاء لا يمكن تطبيقه على القروض المجانية، وهي القروض التي تمنح عادة للمقترض من أجل جذبه لإبرام قروض في المستقبل، أو تمنح له كشرط من أجل منحه القرض الاساسي ثم يعمد البنك الى رفع نسبة الفائدة في هذا الاخير حتى يسترجع مالم يقبضه في القرض الاول المجاني.

[3]) Loi N° 2010/737, portant réforme du crédit à la consommation, op.cit.

[4]) نصت عليها المادةL.312-17 من قانون الاستهلاك الفرنسي وتقدم هاته الوثيقة في حالة ابرام القرض في محلات البيع او بواسطة وسيلة اتصال عن بعد، يوضح فيها أعباء ومداخيل المقترض والقروض المبرمة من طرفه وتسمح للمقترض بتحديد اولوياته وفهم محتوى التزامه بوضوح، ويجب ان تختلف هاته الوثيقة عن وثيقة العرض المسبق الموضحة في المادة L.313-12 من قانون الاستهلاك.

[5]) Art L.341-3, C. Conso, op.cit.

التخلف عن السداد، ويتم تقديم هذه المعلومات عند الاقتضاء، على أساس الأولويات التي يعبر عنها المقترض[1].

* كما نصت المادة L.341-4 قانون استهلاك فرنسي على فقدان المقترض للحق في الفوائد كليا إذا أبرم قرض غير مطابق للشروط المنصوص عليها في المواد التلية:

- المادةL.312-18 نصت على وجوب تقديم عرض مسبق للمقترض على دعامة ورقية أو على دعامة ثابتة بعدد الأطراف والضامنين، يلزم المقرض بالإبقاء على عرضه لمدة 15 يوم من إرسالها إلى المقترض،
- المادة L.312-21 نصت على وجوب إرفاق عقد القرض بوثيقة منفصلة للتعبير عن الرغبة في التراجع من طرف المقترض،
- المادة L.312-29 نصت على أنه إذا قدم العرض المسبق للقرض عرض تأمين يجب أن تقدم للمقترض وثيقة على دعامة دائمة يوضح فيها مستخلص الشروط العامة للتأمين (اسم المؤمن وعنوانه، مدة التأمين، الأخطار المغطاة...)، وإذا تم اشتراط التأمين من طرف المقرض من أجل الحصول على التمويل فعلى عقد القرض والعرض المسبق للقرض أن يوضحا أن المقترض له الحق في اكتتاب تأمين مماثل لدى مؤمن من اختياره، وإذا كان التأمين اختياري يجب أن يذكر عرض القرض الآليات التي يمكن بموجبها المقترض ألا ينخرط في التأمين،
- المادة L.312-85 نصت فيما يخص عمليات المكشوف التي تزيد مدتها عن شهر وتقل عن ثلاثة اشهر على ضرورة منح المقرض للمقترض على دعامة دائمة المعلومات التي تسمح له بفهم محتوى التزامه بوضوح، وتحدد قائمة هاته المعلومات بموجب مرسوم[2].

* كل الحالات السابقة نص المشرع الفرنسي فيها على جزاء فقدان الحق في الفوائد الكلي، ونصت المادة L.341-4 فقرة 2 من قانون الاستهلاك على حالة للفقدان الجزئي للفوائد وتخص حالة عدم

1) Art L.341-2, Conso, op.cit.

2) Art L.341-4, Conso, IBID.

ذكر أو الذكر الخاطئ للمبلغ السنوي الفعلي للقرض، ويكون هذا الفقدان وفق النسبة التي يحددها القاضي بالنظر إلى الضرر اللاحق بالمستهلك[1].

ب) المسؤولية عن الخطأ عند التفاوض على القرض:

يقصد بالمفاوضات تلك المرحلة السابقة عن التعاقد والتي تعتزم بموجبها الأطراف بوضع ميلاد لعقد جديد من خلال مجموعة من الترتيبات والمحادثات حول عدة نقاط من خلال تبادل الآراء، المعاينات والمساومات وغيرها، يقدم فيها كلا طرفي العقد نظرته الأولية حول رغبته والشروط التي يقبل التعاقد بها وتطلعاته المشروعة من هذا التعاقد، وبما أن المبدأ هو حرية التعاقد فيشمل كذلك هذا المبدأ مرحلة التفاوض، فالأصل حرية الدخول في المفاوضات والخروج منها، غير أن ذلك مرتبط بمجموعة من الضوابط تحت طائلة قيام مسؤولية الطرف المعني به، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا الى ضرورة احترام مبدأ حرية المفاوضات، ونتطرق ثانيا إلى التأسيس القانوني للمسؤولية عن القطع التعسفي للمفوضات من طرف البنك.

- **ضرورة احترام مبدأ حرية المفاوضات:**

تشكل مرحلة المفاوضات مرحلة مهمة في العملية التعاقدية إذ من خلالها يتضح مصير العقد ونطاقه، لذلك كان حريا الاعتراف فيها بحرية الاشتراط الذي يعد من أبرز مبادئ العقد، ومن تم الاعتراف بحرية قطع هاته المفاوضات وعدم استكمالها إذا ما تبين عدم جدواها أو عدم ارتضاء الأطراف بما توصلوا اليه، فلكلا الطرفين عدم اتمامها والحق في إنهاءها قبل التعاقد من جانب واحد، حيث يجب أن تسمح لهم بتغيير رأيهم في أي وقت وذلك وفق مبدأ "حرية المفاوضات"[2].

خلاصة القول أن المبدأ يجب أن يبقى لكل فرد الحرية في قطع المفاوضات[3] طالما لم يتم تشكيل العقد بشكل نهائي من خلال اجتماع العرض والقبول، وهذا تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية الذي

---

1) Art L.341-4, C. conso, Op. cit..

2) Radu Stancu, l'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle, comparisons entre le droit civil français et le droit civil romain a la lumière du droit européen, thèse de doctorat, science politique et histoire, université de strasbourg, 2015, P.31 .

3) كما يترتب على هذا المبدأ أيضا القول ان الدخول في المفاوضات أيضا حرية ولا يمكن إلزام أي شخص على الدخول في المفاوضات.

يقضي بأن يحتفظ المفاوضون بحرية عدم التعاقد، وبذلك فالأصل هو حرية قطع المفاوضات لأنه لا يوجد أي التزام قانوني بالتعاقد، وبمعنى آخر فبما أن عدم التعاقد هو حرية فإن قطع المفاوضات يجب أن يكون كذلك حرية، ومن تم فقطع المفاوضات في حذ ذاته لا يعتبر خطأ، وانما يعتبر تطبيقا من تطبيقات حرية التعاقد[1].

لكن رفض التعاقد ليس أمرا مطلقا وانما ترد عليه قيود، فقد يكون قطع المفاوضات خطأ، وذلك بالنظر إلى الظروف المحيطة بالتفاوض، كأن توشك المفاوضات على الانتهاء ويعتقد الطرف الآخر أن إبرام العقد سوف يتم، أو في حالة إخلال أحد الأطراف بواجب حسن النية، غير أنه يثور إشكال قانوني يتعلق بمدى صحة القول بقيام مسؤولية الطرف المتسبب في الضرر، طالما أن العقد لم ينشا بعد ومن تم لا يمكن الحديث عن مسؤولية عقدية، وطالما أن المبدأ هو حرية قطع المفاوضات في أي وقت لأنها ليست حق ومن تم لا يمكن الحديث عن المسؤولية على أساس التعسف في الحق، ولذلك سنحاول التطرق في العنوان التالي إلى إمكانية إقامة المسؤولية عن قطع المفاوضات وما هو التأسيس القانوني لذلك.

- **<u>التأسيس القانوني للمسؤولية عن القطع التعسفي للمفوضات من طرف البنك:</u>**

لقد أختلف الفقه في تقديم التأسيس القانوني لفكرة الخطأ عند التفاوض، ومنه اختلفوا في تقديم التأسيس القانوني للمسؤولية عن القطع التعسفي للمفاوضات، ويمكن جمع مختلف الآراء القائلة في هذا الشأن فيما يلي:

* هناك من أسسها على أساس مبدأ حسن النية، حيث يلعب هذا المبدأ دورا مهما في مرحلة المفاوضات التعاقدية، فهي تنطوي على قدر كبير من الخطورة ففيها قد يفصح الأطراف على أسرار لم يكونوا سيفصحون عنها لأي شخص، بالإضافة إلى المصاريف التي قد يبدلها الأطراف سعيا في المفاوضات، لذلك فمن الحكمة أن يشترط المشرع حدا من الاخلاص لهاته المساعي حفاظا على حقوق الأطراف وحفاظا على الثقة في المعاملات التعاقدية، ومن تم يجب أن يتحمل الطرف المخل بأحكامها المسؤولية عن أخطائه جبرا للأضرار اللاحقة بالطرف الآخر.

[1]) Radu stancu, op.cit. p.29.

لا يثور الإشكال في التشريع الفرنسي الذي نص بالإضافة إلى ضرورة توافر حسن النية في تنفيذ العقد على ضرورة توفرها أيضا في مرحلة التفاوض حسب نص المادة 1104 من القانون المدني[1]، عكس المشرع الجزائري الذي اشترط توفر حسن النية عند تنفيذ العقد فقط، إذ نصت الفقرة في المادة 107 من القانون المدني على انه " **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية**"، غير أنه يجب أن يلتزم المفاوضين به منذ بداية المحادثات، فمبدأ حسن النية هو أحد موجبات القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي تعد المرجع عند غياب مصادر القانون الأخرى[2]، وإلا فما الغاية منه عند تنفيذ العقد إذا لم يفرض خلال مرحلة المفاوضات، ومن تم يشكل حسن النية حدًا لحرية المفاوضين الذين لا يستطيعون إساءة استخدامها تحت طائلة قيام مسؤوليتهم، وتكون المسؤولية في هاته الحالة تقصيرية لعدم وجود عقد قائم بين الأطراف.

* وهناك من أسسها على أساس التعسف في استعمال الحق في عدم التعاقد، فهم يرون أن القطع التعسفي للمفاوضات هو تعسف للمتعاقد بحقه في عدم إتمام العقد وإخلال بالحق في التعاقد للطرف الآخر، فحرية عدم التعاقد لا تعني بصفة مطلقة حرية قطع المفاوضات، وإبرام العقد هو نتيجة للمفاوضات لكن ليست حتمية، وفي المقابل عدم استكمال المفاوضات يمنع الأطراف من الوصول إلى الاتفاق، ومن تم فالقطع التعسفي للمفاوضات يعتبر منعا تعسفيا من الحق في التعاقد، ويصنف من قبيل التعسف في الحق في التعاقد، وبعبارة أخرى لا يجب النظر الى قطع المفاوضات من عدمه باعتبار ذلك أمرا مشروعا ولكن بالنظر إلى ظروف هذا القطع ما إذا كانت

---

[1]) Art 1104, Code Civil, Op.Cit. « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public ».

[2]) حيث تنص المادة الاولى من الامر 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق على " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

تعسفية أم لا، فإذا كانت كذلك فسبب المنع أو قيام المسؤولية هو الإخلال بالحق في التعاقد واستعمالا تعسفيا للحق في عدم التعاقد[1].

* كما هناك أيضا من ذهب إلى اقتراح فكرة " اتفاقية التفاوض" من أجل تأطير مرحلة التفاوض، والتي تقضي بأن يكون التفاوض عقدا مستقلا عن العقد الأصلي ويختلف عنه، له أحكامه وشروطه، ينص لاسيما على كيفية التفاوض مكانه ومدته، ومن يتحمل التكاليف الناتجة عنه لا سيما تكاليف دراسة الملف، والاستشارات وغيرها، ووسائل التعبير عن الإرادة وكيفية انطلاقه، وكيفية انتهائه وشروط قطعه، وفي المجال البنكي وإن لم يوجد أي حكم على إمكانية إبرام هذا العقد فإن الأعراف والعادات البنكية عملت على رسم شروط وكيفيات التفاوض وتحديدها بدقة.

بإسقاط هاته الأحكام على المفاوضات بين البنك والمستهلك المقترض، فالأصل أنه لكلاهما حرية الدخول في المفاوضات والخروج منها بإرادته المنفردة، غير أن خصوصية النشاط البنكي وما يتطلبه من شكليات إجرائية وحمائية تضفي خصوصية أكبر على مبدأ "حرية المفاوضات"، فيمكن للبنك رفض منح القرض حتى وإن كان قد منح موافقته المبدئية للتمويل، فهاته الموافقة تلزم البنك فقط بمباشرة المفاوضات بحسن نية، ولا تلزمه بمنح القرض إلا بعد الاطلاع على شروط العقد والتأكد من ملاءة المقترض واستيفاء الشكليات الاحترازية التي يتطلبها القانون.

بعبارة أخرى توجد مجموعة من الالتزامات والضوابط الشخصية والموضوعية يجب على البنك مراعاتها في مرحلة التفاوض على القرض لاسيما واجب الاستعلام على الزبون من أجل التأكد من سمعته وقدرته على التعويض ومراسلة هيئة مركزية المخاطر ومركزية المبالغ غير المدفوعة للتأكد من ذلك، معاينة الضمانات المقدمة والتأكد من صحتها وكفايتها، ومن تم فحرية البنك في التفاوض على منح القرض ليست مطلقة وإنما مقيدة باستيفاء هاته الإجراءات، غير أنه ليس هناك ما يلزم البنك بمنح القرض، ماعدا الالتزام بحسن النية وان حدا عن ذلك تقوم مسؤوليته عن الخطأ في التفاوض.

[1]) Radu stancu, op.cit. p.30.

ومن أبرز صور الخطأ في التفاوض أن يرفض البنك منح القرض على أساس 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[1].

2) أصناف المسؤولية المدنية للبنك في مجال القرض البنكي:

تعرف المسؤولية المدنية أنها جزاء الإضرار بالمصالح الخاصة ولذلك يكفي لحمايتها أن يتحمل المسؤول التعويض الذي يتساوى مع الضرر الذي ألحقه بتلك المصالح، عكس المسؤولية الجزائية التي تعد جزاء للإضرار بمصالح الجماعة ويجب لحمايتها توقيع عقوبة على المسؤول ردعا له، وتنقسم المسؤولية المدنية نفسها إلى عقدية وتقصيرية، فالمسؤولية العقدية هي التي تترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه بشكل غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، أما المسؤولية التقصيرية فهي التي تنشأ عن الإخلال بالتزام فرضه القانون وذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن هذا الضرر وبين المضرور.

---

[1]) CA Paris, 18 janv 1996, D. Affaires 1996. 292 : « Chacun est libre de rompre les négociations tant que le contrat n'est pas définitivement formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation; cette liberté n'est toutefois pas absolue, et la rupture peut être fautive, notamment si elle intervient lorsque, compte tenu des circonstances, l'autre partie pouvait légitimement croire que l'accord était sur le point de se conclure, ou si l'un des partenaires a failli à son obligation de loyauté et de bonne foi; Il s'agit dans ce cas d'une responsabilité délictuelle fondée sur les art. 1382 s. C. civ.; Toutefois, la responsabilité encourue peut aussi être de nature contractuelle lorsque, pour faciliter la conclusion du contrat, les parties passent des accords dits de négociation, tendant à les obliger à entreprendre, à poursuivre ou à organiser cette négociation. » cité par Radu Stancu, op.cit. p.30.

يختلف كلا الصنفين عن الآخر في عدة نقاط لاسيما شروط تحققها والأهلية الواجبة لقيامها وكيفية إثباتها وطريقة التعويض عنها، ومدة تقادمها وغيرها من النقاط[1]، وكلا الصنفين محتمل الانطباق على المجال البنكي وعلى نشاط منح القرض، فقد يقبل البنك على الإخلال بالتزاماته التعاقدية أو تنفيذها بشكل غير مطابق للعقد، كما قد يقبل على الإضرار بالمقترض بسوء نية أو استغلال مركزه التعاقدي، وذلك ما سنتطرق له فيما يلي من خلال التطرق أولا إلى المسؤولية العقدية للبنك عن الإخلال بالتزاماته التعاقدية (أ)، ونتطرق ثانيا إلى المسؤولية التقصيرية له عن الإضرار بالمستهلك المقترض (ب).

أ) المسؤولية العقدية للبنك عن الإخلال بإلتزاماته التعاقدية:

هي الإطار القانوني الذي سعى المشرع من خلاله إلى فرض سلطان العقد وضمان تنفيذه والاعتراف بقوته القانونية، فإذا كانت المسؤولية الجزائية هي الوسيلة الكفيلة بضمان وصون الحقوق والحريات العامة والدفاع على حق المجتمع وأمنه، والمسؤولية التأديبية هي الوسيلة الكفيلة بفرض الآداب والأخلاقيات المهنية لقطاع معين، فإن المسؤولية العقدية هي الوسيلة الكفيلة بحماية الاشتراطات العقدية وصيانة الحقوق الخاصة المترتبة عنها، باعتبار العقد كما هو الحال في القانون أحد مصادر الالتزام إذا ما نشأ صحيحا.

في مجال القرض البنكي تفرض المسؤولية العقدية خصوصية تتجسد لاسيما في كثرة الأحكام القانونية الآمرة الى جانب الاشتراطات العقدية، والاختلاف البارز في مراكز القوة بين طرفي العقد سواء من حيث الخبرة او من حيث القدرة المادية، ومن أجل توضيح معالم هاته الخصوصية وتأثيرها على القواعد المعروفة للمسؤولية العقدية نتطرق أولا إلى نطاق المسؤولية العقدية للبنك في عقد القرض الموجه للمستهلك، ونتطرق ثانيا إلى الأفعال المحركة للمسؤولية العقدية للبنك في عقد القرض الموجه للمستهلك.

[1]) السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام ـ الواقعة القانونية (العمل غير مشروع ـ شبه العقود ـ القانون)، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، سنة 1991، ص ص 12ـ 14.

- **<u>نطاق المسؤولية العقدية للبنك في عقد القرض الموجه للمستهلك:</u>**

يتحدد نطاق المسؤولية العقدية بالدرجة الأولى بمبدأ حسن النية إذ يعد الإطار العام لتنفيذ أي بند من بنود العقد، حيث نصت عليه المادة 107 فقرة 01 من القانون المدني إذ جاء فيها " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"[1]، وهو المبدأ الذي يعرف أنه وفاء المتعاقدين بما التزموا به بأمانة وإخلاص بشكل يحقق الغاية المقصودة من العقد، والتعامل بصدق واستقامة مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعادلة التي أنشأ من أجلها، والتزام كل من طرفي العقد بها حيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع[2].

يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه وأن يرجع عدم التنفيذ هذا إلى خطأ البنك، أي يجب أن لا يكون للطرف الثاني يد في هذا الخطأ، وعن آثار المسؤولية العقدية هو الحكم على المدين بالتعويض لجبر الضرر اللاحق بالدائن، ويجد ذلك أساسه في القواعد العامة في المادة 176 قانون مدني التي تنص على" **إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه**".

أما في المجال البنكي فمبدأ حسن النية يعتبر أيضا مبدأ جوهريا باعتباره مبدأ عام ينطبق على كل المعاملات العقدية، غير أن المشرع سعى إلى فرضه بنفسه من خلال مجموع القواعد الآمرة التي تدخل بموجبها(لاسيما من خلال الالتزام بالإعلام وصوره المختلفة، تمكين المقترض من الالتفاف

---

[1]) لمبدأ حسن نية اعتبارات عدة للمشرع في تقرير مسؤولية الأطراف، ومثاله نص المادة 147 من الأمر 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق " إذا كان من تسلم شيء حسن النية فلا يلزم أن يرد إلا ما تسلم"، وافتراض حسن النية في الحيازة كحد من المسؤولية عن الاعتداء عن حق الغير، حيث تنص المادة 824 فقرة 01 قانون مدني " يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم".

[2]) عسالي صباح، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، عدد 03، المجلد 14، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2021، ص 722.

على أي تلاعب من البنك من خلال الحق في التراجع، البنود الالزامية وغيرها) وبذلك ضيق من هذا الالتزام، وبعبارة أخرى اتجه المشرع من تكليف الأفراد بالالتزام بحسن النية إلى فرض الالتزام بحسن النية عليهم، غير أنه يبقى التزاما قائما على البنك عدم الحياد عنه تحت طائلة قيام مسؤوليته.

هناك من الفقه من ينادي بفكرة المسؤولية العقدية المشددة للبنك وذلك استنادا إلى صفة المهني التي تلزمه بحرص الشخص الممتهن بالنظر إلى إمكانياته المالية والتقنية، هاته المسؤولية تنتج عند إخلال البنك بالتزاماته التعاقدية أو امتناعه عن تنفيذها، سواء تلك المرتبطة بالشروط المنصوص عليها في العقد، أو تلك التي يمكن استنتاجها من الأعراف والعادات المصرفية والمبادئ القانونية العامة[1].

من بين أوجه قيام مسؤولية البنك ما نصت عليه المادة 12 من النظام رقم 01/20، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية " **يترتب على كل تأخير يحدث في تنفيذ عملية مصرفية بعد مضي تاريخ تحديد القيمة المذكورة أعلاه تقديم تعويض يدفع للزبون من قبل البنك أو المؤسسة المالية المعنية**"، كما يمكن أن يلحق بالزبون ضرر جراء عدم تنفيذ البنك لالتزاماته فيجب على المستهلك أن يثبت الالتزام العقدي وتحديد مضمونه فإذا أثبت عدم التنفيذ أو التأخر فيه يكون قد أثبت الخطأ العقدي، فإذا أثبت الضرر أستحق التعويض مالم ينفي البنك علاقة السببية المفترضة بإثبات السبب الأجنبي، ويشترط أن يكون الضرر مباشرا ومتوقعا ويستوي أن يكون الضرر ماديا أو معنويا حاضرا أو مستقبلا متى كان محققا.

كما يشترط وجود علاقة سببية بين الضرر الذي لحق المستهلك المقترض وخطأ البنك بحيث يتعين على المستهلك المتضرر إثبات أن خطا البنك كان السبب المباشر لإحداث الضرر له، وللبنك أن ينفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر عن طريق إثبات السبب الأجنبي استنادا إلى نص المادة 127 من القانون المدني، بحيث قد تتمثل في قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو ترجع لخطأ الزبون نفسه أو بفعل خطأ الغير، فإذا انقطعت الصلة بين الخطأ والضرر فلا محل لقيام

[1]) مصعور جليلة، مرجع سابق، ص 135.

المسؤولية[1]، وعلى المقترض أن يثبت أن البنك ارتكب خطأ في تنفيذ التزاماته أو لم يقم بها على الوجه المحدد قانونا أو القيام بممارسة لا تتوافق مع أعراف المهنة البنكية.

كما يمكن لنطاق المسؤولية العقدية للبنك أن يتحدد بإدراج شروط الإعفاء والحد من المسؤولية، والتي يمكن جمعها في الشروط العقدية والشرط الجزائي، ففيما يخص الأولى تنص المادة 178 فقرة 01 و02 من القانون المدني على انه " **يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.**

وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير انه يجوز للمدين ان يشترط اعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"، وهي شروطا تضع سقفا للمسؤولية وهذا يدخل في نطاق الحرية التعاقدية، غير أن هذا مشروط بان لا تشكل هاته الشروط شروطا تعسفية.

وتتمثل الثانية في الشرط الجزائي، حيث تنص المادة 183 من القانون المدني على انه " **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 الى 181**"، غير أن هذا التعويض لن يكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض بما يتلاءم والضرر الذي لحق الدائن [2].

- **<u>الأفعال المحركة للمسؤولية العقدية للبنك في عقد القرض الموجه للمستهلك:</u>**

تقوم المسؤولية العقدية للبنك على ثلاثة صور الأولى وهي عدم تنفيذ العقد، وذلك بإحجام البنك عن تنفيذ الالتزامات العقدية التي يفرضها عليه العقد، والثانية هي التأخر في تنفيذ العقد، والثالثة وهي التنفيذ المعيب للعقد ويكون بتنفيذ البنك لالتزاماته لكن بشكل يخالف ما تم الاتفاق عليه أو

[1]) السعدي محمد صبري، الجزء الثاني (العمل غير مشروع ـ شبه العقود ـ القانون)، مرجع سابق، ص ص 110 ـ 113.

[2]) المادة 184 من الأمر رقم 58/75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق.

يخالف الالتزامات التي يضعها القانون[1]، فعن الصورتين الأولى والثانية فلا إشكال يقوم حولهما حيث تقوم مسؤولية البنك بمجرد عدم تنفيذه لالتزاماته أو التأخر في تنفيذها عن الموعد المتفق عليه، وبتوفر الشروط المذكورة أعلاه، لكن عن الصورة الثالثة والمتمثلة في التنفيذ المعيب يجب توضيح المعايير التي يعتبر التنفيذ بتوافرها معيبا، والصور المحتملة لهذا التنفيذ المعيب في عقد القرض البنكي، والتي سنحاول جمعها في صورتين وسنتولى توضيحها فيما يأتي:

الصورة الأولى: استقبال أموال من المقترض قبل الإبرام النهائي للقرض:

هو التزام مباشر لالتزام آخر وهو ربط المشرع لعقد القرض بالعقد الأصلي المراد تمويله، أي ربط وضع الأموال تحت تصرف المقترض بحصوله على الموافقة على العقد الأصلي، أي ربط نفاذ القرض البنكي بالعقد الأصلي المراد تمويله، ويتمثل الهدف من هذا الحظر في حماية المستهلك وضمان جدوى القرض بالنسبة له، وحمايته من الآليات الخطيرة للنشاط البنكي والتي يجهل تفاصيلها بشكل عام، ومخالفة التحصيل المسبق للأموال قبل الإبرام النهائي للقرض، يمكن أن يأخذ ذلك شكلين:

* فقد تأخذ شكل طلب أو استقبال من المشتري أو من المقترض أي دفع تحت أي شكل كان[2]، حيث يمنع على المقرض أو على البائع أن يستقبل بعنوان الدفع أو الإيداع أي مبلغ من جانب المقترض قبل اعتبار العملية مبرمة نهائيا، فإذا تم إمضاء ترخيص بالاقتطاع البنكي أو البريدي، فإن نفاذة وأثره يلحق بنفاذ عقد القرض، وفي إطار تطبيق هذا المنع قضت الغرفة الجزائية لمحكمة

[1]) تجدر الإشارة في هذا المقام أن الإقرار بقيام المسؤولية المدنية أو العقدية للبنك لا يعفيه من تحملها وفق صور أخرى لا سيما المسؤولية التأديبية والجزائية.

[2]) أي ان المشرع لم يشترط فقط أن يكون الدفع نقديا فقد استوعب في الدفع نفسه آليات أخرى تشكل خطرا على المستهلك واعتبرها تقوم مقام الدفع لا سيما توقيع اقتطاعات بنكية أو بريدية، ولقد نص عليه كل من المشرع الجزائري في المادة 13 من المرسوم التنفيذي 114/15، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي والمشرع الفرنسي في المادة L.311-50 من قانون الاستهلاك.

Art L.311-50, alinéa 03, C. Conso, op.cit « celui qui fait souscrire, ou accepter, ou avaliser par l'emprunteur ou l'acheteur des lettres de change ou des billets à ordre »

النقض الفرنسية بتأييد قرار قضاة الموضوع الذين حكموا على المدير التجاري لشركة الذي قبض شيك بمبلغ 2000 فرنك على مشتري عن طريق البيع بالقرض لسيارة، وبعد استعمال المقترض للحق في التراجع رفض المدير استرجاع المبلغ، حيث أقرت محكمة النقض في هذا القرار ان مجرد تسليم الشيك يشكل دفعة، أي يدخل تحت وصف " بأي شكل من الأشكال " بالمعنى المقصود في النص، وبالتالي فليس من الضروري أن يحصل المقرض الشيك، فمجرد وضع الشيك بين يديه كافي لاكتمال وصف المخالفة[1].

* وقد تأخذ شكل طلب أو استقبال أي دفع نقدي عن الجزء المشترط دفعه نقدا بالإضافة إلى القرض، ففي هذه الحالة البائع أو مقدم الخدمة لا يمكنه أن يستقبل من طرف المشتري أي دفع تحت أي شكل من الأشكال ولا أي إيداع لجزء السعر الذي وافق المشتري على دفعه نقدًا، طالما لم يتم إبرام العقد المتعلق بعملية القرض بشكل نهائي، وإذا تم التوقيع على ترخيص الخصم المباشر من البنك أو الحساب البريدي من قبل المشتري، فإن صلاحيته ودخوله حيز التنفيذ يلحقان بعقد البيع، وفي حالة دفع جزء من الثمن نقدا فعلى البائع أو مقدم الخدمة أن يمنح للمشتري وصل يقابل المبلغ المدفوع[2].

الصورة الثانية: إعاقة تراجع المقترض أو إنهاء العقد:

يقصد بها عدم احترام البنك لحق المقترض في التراجع عن القرض، أو إعاقة هذا التراجع بأي شكل من الأشكال لا سيما الضغط عليه من أجل عدم التراجع، ويعتبر هذا حقا للمقترض من أجل تدعيم إرادته، ويمكن أن يكون لهاته المخالفة شكلين:

* عدم استرجاع الأموال: الأصل أن المستهلك غير ملزم بأي دفع كان قبل فوات أجل التراجع ولا يمكن إلزامه بهذا الدفع سواء كان نقديا أو عن طريق اكتتاب أي تعهد بالخصم أو بأي طريقة

---

[1]) Cass. Crim. N° 90-87.170, du 12 décembre 1991, www.Légifrance.fr. : « La simple remise d'un chèque constituant le paiement sous quelque forme que ce soit au sens du texte précité ».

[2]) المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مرجع سابق.

كانت، وإذا حدث وأن تلقى المقرض أي دفع يلزم برده مباشرة بعد إبداء المستهلك لرغبته في التراجع بالإضافة إلى أعباء التسليم بدون أي تأخير غير مبرر وكآخر تقدير خلال الـ 14 يوم تحسب من تاريخ إعلامه من طرف المستهلك بتراجعه، وفيما يخص عقود بيع السلع ومالم يقترح المهني أن يسترجع السلع بنفسه يمكنه أن يؤجل تعويض المبالغ المدفوعة إلى غاية تقديم المستهلك للدليل بإرسال هاته السلع، وعلى المهني أن ينفذ هذا التعويض بنفس وسيلة الدفع التي استعملها المستهلك في العملية الأصلية، إلا في حالة الاتفاق الصريح للمستهلك باستعمال وسيلة دفع أخرى، وفي الإطار الذي لا يؤدي به هذا الدفع إلى إضافة تكاليف أخرى على عاتق المستهلك، ويعفى المهني من دفع التكاليف التكميلية إذا اختار المستهلك صراحة طريقة تسليم أكثر تكلفة من الطريقة المقترحة من طرف المهني[1].

ولا يمكن إثارة مسؤولية المستهلك إلا في حالة هلاك السلع نتيجة قيامه بمناورات بخلاف تلك اللازمة لطبيعة هذه السلع وخصائصها وتشغيلها بشكل صحيح، بشرط أن يكون المحترف قد أبلغ المستهلك بحقه في الانسحاب[2]، ولا يتحمل المستهلك كذلك إلا الأعباء المباشرة لإرسال السلع، إلا إذا قبل المهني أن يتحملها هو أو امتنع عن إعلام المستهلك بأن التكاليف على عاتقه، وبالنسبة للعقود المبرمة خارج أماكن العمل عندما يتم تسليم البضائع إلى منزل المستهلك وقت إبرام العقد يستعيد المحترف البضائع على نفقته الخاصة إذا لم يكن من الممكن إعادتها عادةً بالبريد بسبب طبيعتها[3].

* وضع اسم المقترض المتراجع ضمن قاعدة بيانات: ويمثل الشكل الثاني لإعاقة تراجع المقترض عن التعاقد، فحتى يتمكن المستهلك في عقد القرض من إعطاء موافقة مدروسة بعناية، يجب أن يمنح له أجل للتراجع عن العقد يحدد فيه بكل حرية وبدون أدنى مضايقات مدى ملائمة العقد لمصالحه، ولممارسة هذا الحق من الضروري للغاية أن يتمكن من التراجع بسلام دون خوف من وضعه في القائمة السوداء في المستقبل كجزاء قصد اتخاذ اجراءات استثنائية في حقه لاحقا، وفق

1) Art L.221-23, C. Conso, op.cit.

2) Art L.221-23 alinéa 03, C. Conso IBID.

3) Art L.221-23 alinéa 02, C. Conso IBID.

هذا المنظور تحظر المادة 50-311 .L، فقرة 05 من قانون الاستهلاك الفرنسي فعل التسجيل أو التسجيل على ملف اسم الأشخاص الذين يستخدمون حق التراجع، دون ان ينص المشرع الجزائري على هذا الفعل.

ب) المسؤولية التقصيرية للبنك عن الإضرار بالمستهلك المقترض:

تعرف المسؤولية التقصيرية انها المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بالتزام فرضه القانون، وذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن هذا الضرر وبين المضرور[1]، وللإحاطة بصفة أوضح بأحكام المسؤولية التقصيرية في مجال القرض البنكي وتطبيقاتها نتطرق أولا إلى نطاق المسؤولية التقصيرية للبنك في عقد القرض الموجه للمستهلك، ونتطرق ثانيا إلى تطبيقات المسؤولية التقصيرية للبنك في مجال القرض البنكي.

- **نطاق المسؤولية التقصيرية للبنك في عقد القرض الموجه للمستهلك:**

يوجد الأساس التشريعي للمسؤولية التقصيرية للبنك في المادة 124 من القانون المدني التي تنص على التزام أي شخص بإصلاح الضرر الذي تسبب فيه، وبالتالي على البنك أن يلتزم بإصلاح الضرر الذي تسبب فيه إما للزبون ذاته خارج مجال المسؤولية العقدية كما تم توضيحه سابقا، أو للغير أو حتى لأحد عملائه بغض النظر عن العلاقات التعاقدية القائمة بينهم، فالمضرور هنا لا يدعي وجود خرق تعاقدي للبنك بل يدعي ضررا مستقلا مرتبط بسلوك غير مستقيم للبنك ولا يتعلق مباشرة بعدم تنفيذ التزام تعاقدي[2].

---

[1]) السعدي محمد صبري، الجزء الثاني (العمل غير مشروع ـ شبه العقود ـ القانون)، مرجع سابق، ص 12.

[2]) في إطار التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وضعت الأستاذة« Fabre » معيارا لرسم حدود جديدة بين المسؤوليتين، حيث تقول أن "المسؤولية المترتبة ستكون تقصيرية إذا كانت تتعلق بالتعبير عن موافقة مستنيرة في أي وقت من العقد وتكون تعاقدية إذا كان الأمر يتعلق بضمان أداء مرضٍ للالتزامات التعاقدية"

Mm Fabre: « la responsabilité encourue sera délictuelle s'il s'agit d'exprimer un consentement éclairé (à un moment quelconque du contrat) et contractuelle s il s'agit d'assurer une exécution satisfaisante des obligations contractuelles » Hammoud May, op.cit. p.261.

وبذلك تختلف المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية فالثانية تنتج عن عدم تنفيذ تصرف قانوني أما الأولى فتنتج عن فعل قانوني، يعني فعل ربط له القانون أثرا منتجا لالتزام مستقل عن ارادة الأطراف، ويرى اغلبية الفقهاء أن الاختلاف الوحيد بين المسؤوليتين هو المصدر، فتتميز المسؤولية العقدية بمصدر خاص هو العقد، ولا يوجد اختلاف من حيث الطبيعة، وكذا من حيث الأركان فكلاهما يتطلب وجود خطأ، ووجود ضرر ووجود علاقة سببية بينهما[1].

غير أن الملاحظ أنه تقوم فكرة المسؤولية التقصيرية للبنك بصفة أبرز على فكرة الضرر فوقوع الضرر هو المسوغ للمضرور بالمطالبة بالتعويض، أي هو المحرك لمسؤولية مرتكب الخطأ، ولا محل لمطالبة المضرور إذا لم يلحقه ضرر من الفعل الذي قام به مرتكب الخطأ، لكن هذا لا يعني أن الخطأ لا يشترط في المسؤولية التقصيرية وان كان يستبعد في عدة حالات[2]، وهذا يعني أن الضرر هو الميزة الاساسية للمسؤولية التقصيرية، في حين تقوم المسؤولية العقدية بالدرجة الاولى على فكرة الخطأ، فهو على علاقة مباشرة بمصلحة المضرور كونه ينصب على عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه بشكل معيب، ومن تم فالضرر يكاد يكون مفترض لأن عدم تنفيذ العقد او التأخر في تنفيذه لاشك يلحق ضرر بالطرف الآخر.

وفيما يخص تأسيس المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ فيوجد في هذا الصدد نظريتان، فيما الأولى وهي النظرية الشخصية تركز على مرتكب الخطأ وما إذا كان له نية ارتكاب هذا الخطأ ام لا، فلا يعتبر خطأ إذا لم يرتكب عمدا أي يشترط الخطأ العمدي، وفي التشريع الجزائري لم توضح المادة 124 من القانون المدني باعتبارها الشريعة العامة للمسؤولية التقصيرية ما إذا كان الخطأ المطلوب عمدي ام غير عمدي، وكان حريا به أن ينص على الخطأ الناتج عن اهمال حتى يوسع من نطاق الخطأ التقصيري ويجعل المضرور من عمل البنك يستفيد احسن، كما فعل المشرع

---

[1]) Johane Prorok, op.cit. p.13.

[2]) يقصد بها حالات الخطأ المفترض، والذي يقصد به الخطأ المرفق بقرينة تفترض صحته وتعفي بذلك المضرور من عبء إثبات وجود الخطأ، ويقع على الطرف الآخر إثبات انه قام بما يوجبه عليه القانون أو ان الضرر تحقق بفعل سبب اجنبي أو حادث فجائي او بسبب المضرور ذاته، ومن تطبيقاته في التشريع الجزائري كل من المادة 134 من القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية عن عمل الغير، والمادة 138 من نفس القانون المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء.

الفرنسي الذي ساوى بين الخطأ العمدي والخطأ الناتج عن إهمال أو عدم الحذر[1]، أما النظرية الموضوعية فتهتم بالنتيجة المترتبة على الفعل المعتبر خطأ فعدم تنفيذ الفعل يعتبر خطأ بغض النظر ما إذا كان عدم التنفيذ هذا عمدا أم لا.

ولقد انخفضت أهمية فكرة الخطأ نتيجة ظهور وتطور التصنيع في نهاية القرن 19 والأخطار الناجمة عنه، حيث تبين أن الخطأ غير كافي لحماية الافراد، ما دفع الفقه إلى البحث عن أساس جديد للمسؤولية، وهو ما قادهم نحو فكرة الخطر والتي تقضي بأن أي شخص يمارس نشاطا ويجني منه ربحا أو فوائد هو ملزم بتحمل أخطاره، وهذا ما أدى الى الاعتراف بفكرة "موضوعية المسؤولية المدنية" وفكرة "المسؤولية بدون خطأ"، حيث تطورت أحكام المسؤولية المدنية حتى كادت تخرج عن مفهوم المسؤولية في حد ذاته الذي يقتضي البحث عن الشخص المسؤول عن الضرر لتحميله التعويض[2].

من هنا ظهرت فكرة الدعوى إلى استبدال فكرة مسؤولية البنك بفكرة الحق في إصلاح الضرر، أي يصبح إصلاح الضرر حقا للمستهلك وواجبا على البنك لذلك يجب أن لا يكون مطلقا، أي الدعوى إلى إعادة النظر في دور الخطأ كركن في المسؤولية المدنية للبنك، فبما أن البنك مهني محترف فيقع عليه التزام بحماية حقوق زبائنه[3]، وأي ضرر يلحق بهؤلاء الزبائن ينشأ افتراضا في ذمته بعدم أداء هذا الالتزام كما ينبغي، وهذه الفكرة هي توطيد لفكرة المرفق العام البنكي ولفكرة البنوك وسيلة الدولة في تحقيق سياساتها المختلفة، لكن هذا لا يعني إقصاء فكرة الخطأ وإنما التركيز فقط

---

[1]) Art 1383 code civil, op.cit. « Chacun est responsable du dommage qu'il cause non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

[2]) Johane Prorok, op.cit. p.15.

[3]) حيث أصبح كل من الفقه والتشريع يدعو إلى فكرة «la socialisation des risque»، أي ينظر للضرر من زاوية المضرور ويؤخذ شخص المضرور في الحسبان ما إذا كان مستهلكا او شخص عادي أو بالنظر الى مركزه في العلاقة بصفة عامة، وهذا نتيجة تطور مبادئ ومفاهيم التضامن الوطني والحماية الاجتماعية وذلك من اجل تجاوز الاخطار العالية.

على ايديولوجية الإصلاح، فالضرر لم يلغي الخطأ إطلاقا وانما جاء لينافسه كأساس للمسؤولية وبالتالي فهو معه في وضعية علائقية وليس اقصائية[1].

كما يمكن للبنك أن يسبب أضرارا للمتعاقد خارج أي إطار عقدي، لذلك فالمسؤولية العقدية غير كافية لتأطير مسؤولية البنك، ومنها المسؤولية أثناء التفاوض أو الضرر الذي يسببه البنك لدائني المقترض نتيجة المنح التعسفي للقرض، وبصفة عامة كافة الأفعال التي تلحق ضررا بالغير خارج أي خطأ عن تنفيذ العقد، كما يمكن أن يكون الخطأ مستقلا تماما عن النشاط البنكي أو عن المهنة البنكية، كأن يتجاوز البنك حدود الالتزام بعدم التدخل ويتسبب في ذلك بأضرار للعميل، لذلك تظهر ضرورة اللجوء الى المسؤولية التقصيرية[2].

بالإضافة الى المسؤولية عن الفعل الشخصي للبنك، يكون مسؤولا عن الأفعال المرتكبة من طرف الأشخاص اللذين يخضعون لسلطته داخل محلات البنك وفي زمان أداء وظائفهم، كما يجب أن تدخل الأخطاء المرتكبة ضمن نشاط أعوان البنك، وذلك في إطار المسؤولية عن فعل الغير والتي نصت عليها المادة 136 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني التي جاء فيها " **يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.**

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الاخير يعمل لحساب المتبوع".

كما يمكن أن يسأل البنك في إطار المسؤولية عن الأشياء التي نصت عليها المادة 138 من القانون المدني[3] بشرط أن تتوفر علاقة السببية بين الشيء والضرر، ولا يهم ما اذا كان الشيء

---

[1]) Johane Prorok, op.cit. p.15.

[2]) Loulla Chaminah, La responsabilité civile du banquier en droit malgashy, thèse de doctorat, faculté de droit, université de paris 1 panthéon Sorbonne, 2015, p.78.

[3]) حيث تنص على انه " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

فيه عيب أم لا، فالمسؤولية لا تتعلق بالشيء في حد ذاته وانما تتعلق بحارسها، فيمكن أن تثار مسؤولية البنك عن الأفعال التي تسببها الأشياء التي تستعمل في النشاط المهني للبنك، ففي حالة البطاقة البنكية البنك مثلا يكون مسؤول عن الاضرار التي تسببها الآلات الأوتوماتيكية[1].

- **تطبيقات المسؤولية التقصيرية للبنك في مجال القرض البنكي:**

تتمثل المسؤولية التقصيرية للبنك كما سبق توضيحه بحق المقترض في التعويض عن الضرر الناشئ عن خطأ البنك أو مخالفته للقانون خارج الإطار العقدي، وهاته المسؤولية كما تثار من طرف المقترض نفسه قد تثار أيضا من طرف الغير عن الضرر اللاحق بدائني زبون البنك نتيجة منح البنك قرض لزبون في وضعية مالية صعبة، ويتمثل هذا الضرر في المساس بالحق في الحجز العام على أموال المدين، ومن تم يستوجب التعويض عن هذا الضرر، وسنحاول فيما يأتي ذكر صورتين عن اوجه قيام مسؤولية البنك والتي تثار من طرف المقترض ومن طرف الغير على الترتيب.

الصورة الاولى: إخفاء البنك معلومات مهمة عن المقترض:

الالتزام بعدم إخفاء البنك لأية معلومات مهمة عن المقترض ينصب على معلومات ليس ملزما بإعلامه بها في الأصل، ومن تم لا يعد إخفاءها إخلالا بالتزام عقدي، غير ان إخفاء هاته المعلومات من شانها ان تلحق ضررا بالمقترض في ظروف استثنائية، ومن تم يعد البنك مخلا بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير ومن تم تقوم المسؤولية التقصيرية في جانبه، ويدعم ذلك أن البنك شخص محترف عكس المقترض ومن تم يفترض علمه بهذه المعلومات ومجرد كتمانها يعد تعمدا، ويختلف هذا الالتزام عن الالتزام بالإعلام الذي ينصب على المعلومات الضرورية لإبرام العقد وشروط التعاقد، كما يختلف عن الالتزام بالإعلام الذي يدخل في إطار تقدير الملائمة وفحص المديونية.

في فرنسا قضت محكمة النقض ان البنك المقرض والذي في نفس الوقت مسيرا لحسابات المستفيد من القرض، يملك المعلومات التي تسمح بتحديد افضل لمعلومات حول الوضعية المالية للزبون،

[1]) Loulla Chaminah, op.cit. p.80.

فالمحكمة هنا تفترض ان البنك بمجرد ان يمسك حسابات عميله فهو يتوفر على المعلومات الكافية للوضعية المالية لزبونه حتما، وبمجرد إخفائها يعد مرتكبا لغش ومتعديا على القواعد المتعلقة بتسيير المخاطر وقواعد الحذر، وأي ضرر يلحق بالمقترض يعد هو المسؤول عنه، وبالتالي اعترفت ان البنك مسير لحسابات زبونه المقترض يخضع لالتزام مشدد بالإعلام، والمسؤولية هنا تقصيرية لعدم مخالفة البنك لأي التزام تعاقدي، وإنما التزام فرضه المنطق السوي والعادل الواجب للبنك ان يتبعه وإلا عد مخلا بأحكام حسن سير المهنة البنكية[1].

ومنه نستنتج ان الغاية من هذا الالتزام ليس اعلام الزبون حتى يكون متيقنا بكافة التزاماته او تجعله يتخذ قراره بمنح القرض من عدمه، وانما هو التزام اضافي يقع على عاتق البنك حتى لا يوفر له الغطاء للتملص من إخطار زبونه بمعلومات يعلمها مسبقا وجعله يدخل في مديونية مفرطة تتوفر مسبباتها منذ منح القرض، لان البنك قد لا يرغب في إخطار عميله بأخبار سلبية حول وضعيته المالية، وبذلك يعد مرتكبا لغش.

ولا يعد جهل المقترض لوضعيته المالية مبررا لقيام مسؤولية البنك، كما ان عدم تقديم هاته المعلومات للمقترض من طرف البنك حول وضعيته المالية ليس مبررا لقيام مسؤولية البنك أيضا (ماعدا المعلومات الالزامية التي تدخل في إطار الحق في الاعلام والتي تشمل اعلام المقترض بالتزاماته ومبلغ القرض والقيام بالإجراءات الضرورية لفحص الملاءة)، وإنما عدم إفصاح البنك عن هاته المعلومات وهو على دراية بها هو من يستوجب قيام المسؤولية، فمحكمة النقض تشجع الافصاح البنكي وليس الاعلام البنكي، فالمقترض يعتبر محذر بمجرد استيفاء البنك التزاماته القانونية بالإعلام، كما تحاول محاربة الغش البنكي أكثر من حماية المقترض من خلال تعزيز الحق في الاعلام[2].

وذلك ما اقرته في قرار آخر لها، حيث ايدت قرار مجلس قضائي رفض الاعتراف بمسؤولية البنك بحجة ان المقترض لم يتمسك بامتلاك البنك لمعلومات حول الوضعية المالية للمقترض يجهلها

---

[1]) Cass. Civ. 1er, N° 03.10.115, du 12 juillet 2005, www.Légifrance.fr.

[2]) Oualid Madjour, Op. Cit, p.52.

بحد ذاته، وبذلك اخلت محكمة النقض مسؤولية البنك ليس لقيامه بواجب الاعلام كما ينبغي وإنما لعدم تكتمه على معلومات يعلمها هو ويجهلها المقترض حول وضعيته المالية[1].

الصورة الثانية: مسؤولية البنك عن عدم مراعاة الإجراءات الاحترازية:

إن حماية المقترض في إطار مراقبة السلطة التقديرية للبنك في منح القرض لا تتجلى دائما في صورة المنح أي 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 إلى ضرورة فرض الرقابة على المنح التعسفي للقرض من طرف البنك دون احترام سياسة تسيير المخاطر[2].

وهي الحالة التي يمنح فيها البنك القرض لمقترض رغم توفر الدلائل الكافية على الوضعية المالية الصعبة لهذا الأخير وعدم قدرته على تعويض القرض الذي تحصل عليه، لذلك يكون البنك مسؤولا تجاه من ألحق بهم هذا المنح ضررا، على غرار دائني المقترض، وهي المسؤولية التي يمكن أن تؤسس على مساهمة البنك في خلق وضع ظاهر بالملاءة ومن تم خلق ثقة غير حقيقية لديهم ما دفعهم للتعاقد، لذلك على البنك ان يتحمل التعويض عن الضرر اللاحق بهم.

---

1) Cass. Cvi. 1er, N° 03.10.770, du 12 juillet 2005, www.Légifrance.fr.

« … la cour d'appel a écarté les arguments invoqués par M. X… pour prétendre à l'existence d'une contre-lettre qui aurait conféré à ladite société la qualité d'emprunteur de cette somme; qu'ensuite, c'est à bon droit que l'arrêt énonce que, ne prétendant pas que le Crédit lyonnais aurait eu sur sa situation financière des renseignements que lui-même aurait ignorés, M. X…, emprunteur averti, ne peut faire grief à cette banque de lui avoir accordé un prêt qu'il avait lui-même sollicité ; qu'aucun des griefs n'est donc fondé ; »

2) 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.

تجدر الإشارة ان للمنح التعسفي للقرض الموجه للمستهلك مقاربة خاصة تختلف عنه في القروض الموجهة للشركات، فالقرض التعسفي هو قرض ممنوح لمقترض لا يستحقه، وذلك يعني مقترض لا تسمح له وضعيته المالية باسترجاع القرض، أو يزيد منح القرض من سوء وضعيته المالية، وهي غاية مقصودة في القروض الموجهة للشركات فالمبدأ السائد هو مبدا عدم المسؤولية، وهذا المبدأ جاء حماية للشركات التي تعاني من صعوبات مالية لان القرض هو الوسيلة المفضلة لإعادة انعاشها[1]، وتحميل البنك المسؤولية عن منح قروض لشركات في حالة ضعف مالي لن يؤدي الى هذا الغرض ويجعل هاته الشركات تعاني من صعوباتها المالية وهذا ما يؤثر سلبا على الاقتصاد، بل أكثر من ذلك يمكن للبنك أن يقترح على الشركة منح قروض إضافية من أجل تسهيل تجاوزها لهاته الصعوبات[2]، ولا تقوم مسؤولية البنك الا في حالات استثنائية[3].

لكن الامر يختلف في القرض الموجه للمستهلك، فغاية هذا القرض غاية استهلاكية يحميها المشرع ويمنح لها أولوية على حاجيات أخرى، وهو في الأصل أوجد من أجل سد حاجيات استهلاكية استعصى على المستهلك توفيرها دون اللجوء الى القرض، ولا محل للحديث عن انتاجية القرض وعن دور البنك في تسيير هذا القرض او توظيفه او منحه قروضا جديدة، وإن كان منح القرض

---

[1]) وذلك بهدف الحد من النتائج السلبية لإفلاس الشركات وأثرها الاقتصادي، حيث يوجد مبدأ في القانون التجاري هو "مبدأ استمرارية العقود السارية « le principe de la continuation des contrats en cours » فالمشرع أصبح ينظر فيما يخص القروض للشركات أن البنك هو الجيب العميق (الملاذ الاخير) لها، فهو مكلف بإدارة المخاطر بعد وقوعها باعتباره دائن مليء وليس باعتباره المسؤول عن وضعية المدين، فبموجب وجهة النظر هاته، فالبنك في حالة وقوع مخاطر هو من سيتولى إعادة الأمور الى نصابها وهو من يتولى مساعدة هاته الشركات حتى تخرج من ضائقتها المالية.

[2]) Anne-Laure Capoen, la responsabilité bancaire a legarde des entreprises en difficulté, thèse de doctorat, science sociales, spécialité droit, université de toulouse, 2008, p.35.

[3]) وهي حالة الغش والتدخل في شؤون المدين، أو إذا كانت الضمانات المقدمة غير متناسبة مع مبلغ القرض.

Art 126 alinéa 01, Loi N° 2005-845, du 26/07/2005, relative à la sauvegarde des entreprise, JORF, du 27/07/2005 : « Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contre partie de ces concours sont disproportionnées a ceux-ci »

يمكن ان يكون له تأثير على دائني المقترض أو على نشاطاته، لكن هذا التأثير يكون ثانوي ويتمثل في الزيادة في مديونية المقترض ومزاحمة البنك لهم.

من أجل تجاوز ذلك يجب أن تكون المعايير التي يعتبر منح القرض فيها تعسفيا أو مجحفا وتستوجب قيام مسؤولية البنك، في القرض الموجه للمستهلك مختلفة عن القروض الموجهة للمهنيين، والتي تفترض توفر نية الإضرار لدى البنك بدائني المقترض ومنها:

- ضرورة الحاجة الاستهلاكية مقارنة بالوضع المالي للمستهلك، وهنا يتم النظر الى طبيعة الحاجة الاستهلاكية أساسية أو ثانوية مقارنة مع مداخيل المقترض،
- مدى استفادته من قروض مشابهة مسبقا،
- عدم اعلام المستهلك بوضعيته المالية وبالصعوبات التي قد تنجم عن منحه القرض،
- تعمد تقديم معلومات خاطئة.

أخيرا تجدر الإشارة الى انه رغم وضع القواعد القانونية لمساءلة البنك عن المنح التعسفي للقرض وجبر الضرر اللاحق بالمقترض، غير انه يبقى مشكل التعثر وعدم جدوى القرض قائما، لأن البنك ليس المتسبب الوحيد في تعثر المقترض، ويمكن الاستشهاد في هذا الصدد بقضية تعود وقائعها الى زوجين اقتنوا شقة عن طريق قرض بنكي، لم يتمكنوا فيما بعد من تسديد ثمن الشقة، تم بيع الشقة واستوفى البنك حقه من ثمنها ولم تتمكن نقابة الملكية المشتركة (Syndicat des copropriétaires) من الحصول على دينها، رفعت دعوى ضد البنك مطالبة بقيام مسؤوليته عن منح قرض تعسفي للمقترض، قضت المحكمة ان سبب التزام الزوجين بدفع اعباء التعاضدية هو الحصول على القرض، وان وضعية الزبائن كانت مثقلة ومعروفة لدى البنك وهو ما يشكل رابطة سببية مباشرة بين الحصول على القرض والتوقف عن اعباء الشقة[1].

[1]) Cass. Civ. 2eme. du 02 juillet 1997, N° 95.10.377, www.légifrance.fr. : «...l'obligation au paiement des charges de copropriété était directement liée à l'acquisition du bien immobilier et que lors de l'octroi du prêt la situation des débiteurs était déjà obérée et connue de la banque, ce dont il résultait un lien de causalité direct entre l'octroi du prêt et le défaut de paiement des charges de copropriété,... »

المطلب الثاني: المسؤولية التأديبية والجزائية للبنك عن الإخلال بإلتزاماته تجاه المستهلك المقترض:

إن المسؤولية هي الضمان الفعال لإرساء سياسة الدولة في مجال القرض البنكي الموجه للمستهلكين، فهي من تحمي المستهلك المقترض وتصون حقه بدءا من الحصول على القرض مرورا إلى كفالة استفادته من الحقوق التي يقررها له القانون وحماية إرادته التعاقدية وصولا الى ضمان حقه في المطالبة برفع أي انتهاك محتمل قد يتعرض إليه من البنك، كما أنها هي أيضا من تحمي النشاط البنكي برمته من أن يستغل استغلالا يضر بالاقتصاد الوطني، وتحمي وتسهر على تحقيق البنوك والمؤسسات المالية للغايات التي تسعى الدولة الى تحقيقها نظرا لكونها الأداة الفعالة التي تعول عليها الدولة في تحقيق مختلف الغايات الاجتماعية والاقتصادية.

من تم فالمسؤولية هي الوسيلة الوسطية التي يحقق بها المشرع الموازنة بين هذين النقيضين حقوق المستهلك المقترض من جهة وتقدم البنك وفعاليته الاقتصادية من جهة أخرى، ومنه فإذا نجح في وضع أسس وتقنيات هاته المسألة نجح في تحقيق ما يسمو اليه وإن فشل فيها ضاع ما يسمو إلى تحقيقه وضاعت الحاجيات والغايات التي يسعى إلى تحقيقها.

ومن المعروف تعدد أوصاف المسؤولية، التي قد تكون مدنية وقد عرضنا لها في المطلب الأول من هذا المبحث، وتعرفنا على صورها وآثارها، وقد تكون أيضا مسؤولية تأديبية أو جزائية، فالأولى هي مجموع الشكليات والاحترازات الواجب تطبيقها على البنك المخل بأخلاقيات المهنة أو النظام الداخلي لها، وتسهر على تطبيقه هيئات الإشراف والرقابة على النشاط البنكي والتي تبدأ بالمعاينة والرقابة الدورية لتنتهي بإقرار الإخلال وتوقيع الجزاء التأديبي، أما الثانية فهي الآثار المترتبة عن إتيان البنك لأفعال ذات طبيعة جزائية، أو هي الحماية التي يقرها المشرع لحماية النشاط البنكي والمستهلك من الأفعال ذات الوصف الجرمي، ولتوضيح أكثر نتطرق اولا الى المسؤولية التأديبية للبنك عن الإخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض(الفرع الأول)، ونتطرق ثانيا إلى المسؤولية الجزائية له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية التأديبية للبنك عن الإخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض

مما لا شك فيه أن مجهودات المشرع التي بدأت بوضع ترسانة محكمة ومتكاملة من النصوص التشريعية والتنظيمية في مجال القرض البنكي وتحديد شروطه وأهدافه وحقوق أطرافه بصفة دقيقة، وضبط آليات الرقابة والتفتيش وتحديد صلاحيات هيئات الرقابة والإشراف على نشاط البنك وتدعيمها، يجب ان تتوج بآليات تأديبية من اجل ضبط نشاط البنك وتطويعه مع ما ينص عليه القانون وجعله يؤدي الغرض المنشود منه، وهي ما يطلق عليها بالخصومة التأديبية.

يؤخذ على المشرع الجزائري سهوه في تأطير الخصومة التأديبية طيلة مدة 20 سنة[1] منذ صدور القانون رقم 10/90 الذي لم يتطرق فيه ولا في الامر 11/03 لهذا التأطير، إلا في سنة 2010 بتعديله للأمر 11/03 بالأمر 04/10[2]، وسنحاول فيما يلي التطرق لأحكام هاته المسؤولية، فنتطرق أولا الى الإطار الإجرائي للخصومة التأديبية (أولا)، ونتطرق ثانيا الى الإطار الموضوعي للخصومة التأديبية للبنك (ثانيا).

أولا: الإطار الإجرائي للخصومة التأديبية للبنك

منح المشرع للجنة المصرفية الولاية العامة لمراقبة البنوك ومعاينة مدى احترامهم للنصوص التشريعية والتنظيمية، ومن اجل تمكينها من القيام بذلك في إطار احترام حقوق البنك وتمكينه من الدفاع عن نفسه وعدم انتهاك مصالحه كان لزاما عليه ايضا ان يحدد الاطار الاجرائي للخصومة التأديبية بدقة، فالمشرع كان عليه الموازنة بين ضرورة التدخل وتطبيق عقوبات تأديبية صارمة من اجل تأطير نشاط البنوك والمؤسسات المالية نظرا لخصوصية نشاطهم وللدور الذي تلعبه في تطوير الاقتصادي وبين حماية البنوك ضد نظام تأديبي قد يكون جائرا أو يعصف بحقوقه ما

---

[1]) كان تنظيم سير الخصومة التأديبية يتم بالقرار رقم 01/93 المؤرخ في 06 ديسمبر 1993، ليتم إلغاؤه وتعويضه لاحقا بالقرار رقم 04/05، يتعلق بقواعد تنظيم وعمل اللجنة المصرفية الصادر في 20 أفريل 2005 رغم أن المشرع لم يمنحها هاته الصلاحية.

[2]) المادة 114 مكرر، أمر رقم 04/10، مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 50، مؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

يشكل بحد ذاته ضررا وإخلالا جسيما بالنشاط البنكي ومنه بالنشاط الاقتصادي[1]، وفيما يلي نذكر أهم الإجراءات السابقة للنطق بالعقوبة التأديبية ضمانا لحقوق البنوك والمؤسسات المالية، فنتطرق اولا الى فتح الخصومة التأديبية(1)، ونتطرق ثانيا الى التبليغ (2)، ونتطرق ثالثا الى الحق في الدفاع (3)، ونتطرق رابعا الى التقرير والمداولة (4).

1) فتح الخصومة التأديبية:

يتحدد الاختصاص التأديبي للجنة المصرفية بنطاق الصلاحيات الرقابية المخولة لها باعتبارها الهيئة المكلفة بالسهر على احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تنظم المهنة البنكية والتي نص عليها المشرع في المادة 105 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، ويمكن جمعها في:

* رقابة المطابقة ويقصد بها مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية وكذا الأنظمة الصادرة عن بنك الجزائر.

* مراقبة احترام شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية والسهر على وضعياتها المالية، ويتمثل الهدف منها في اتخاد التدابير المناسبة في الوقت المناسب لاسيما حول عملية توزيع القروض واعادة التمويل واحترام معدلات التغطية وتشغيل الاحتياطي لتغطية مخاطر القرض وغيرها.

* السهر على احترام قواعد حسن سير المهنة، وهي مجموع القواعد التي تشكل الحد الادنى لتسهيل النشاط البنكي والحفاظ على صلابته وسمعته، لاسيما تلك المتعلقة بحالات التنافي والشروط الواجب توفرها في المؤسسين[2].

انطلاقا من هذا النطاق الرقابي لمجال اختصاص اللجنة المصرفية، ينطبق الدور الرقابي للجنة على البنوك والمؤسسات المالية اثناء أدائها لوظيفتها الرقابية سواء على اساس الوثائق أو على اساس الرقابة في عين المكان، مع وظيفتها التأديبية على الإخلالات التي قد ترتكبها هاته

[1]) خاصة وان العقوبات التي يمكن للجنة المصرفية النطق بها تبدأ بالإنذار والتوبيخ وقد تصل حتى الى سحب الاعتماد والوضع قيد التصفية.

[2]) المادة 105 من الأمر رقم 11/03، متعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

المؤسسات في مجال القرض البنكي لاسيما عدم مراعاة قواعد الحذر والمنح التعسفي للقروض، مخالفة نسب تغطية المخاطر، مخالفة القواعد المتعلقة بالتعريفات والفوائد وغيرها من المخالفات المحتملة في مجال منح القروض.

في التشريع الفرنسي يتم فتح الإجراء التأديبي من طرف لجنة المراقبة التابعة للجنة البنكية وفق ثلاثة حالات:

- بالنظر الى ما توصل اليه تقرير الرقابة في عين المكان الذي قررته الأمانة العامة للجنة البنكية.
- بالنظر الى ما توصلت اليه الرقابة على اساس الوثائق الذي قامت به هيئات الرقابة التابعة للجنة رقابة الحذر.
- بطلب من البنك المركزي الأوروبي إذا كانت الأفعال المعاينة تدخل ضمن اختصاصه[1].

يتم اتخاد قرار فتح الإجراء التأديبي في حالة عدم احترام الأشخاص الخاضعين لرقابة اللجنة البنكية لتنظيمات وتدابير الضبط الإداري المقررة من طرف هيئة الرقابة أو عدم احترامهم لشروط الاعتماد أو للالتزامات المقررة بموجبه، ولقد وسع المشرع الفرنسي من قائمة الأفعال التي تستوجب عقوبات تأديبية، وبالتالي يوسع من دائرة اختصاص اللجنة المصرفية، فبالإضافة الى إخلال البنك بنص تشريعي او تنظيمي متعلق بنشاطه وعدم الاستجابة لتوصية او لم يأخذ في الاعتبار تحذيرا، يضيف عدم احترام الشروط الخاصة المفروضة والالتزامات التي تم التعهد بها فيما يتعلق بطلب الترخيص او التفويض او الامتياز المنصوص عليه في الأحكام التشريعية أو التنظيمية السارية على مؤسسات الائتمان وشركات الاستثمار[2].

---

[1]) https//acpr.banque.france.fr, consulté le 24/11/2021 a 20 :00.

[2]) Art L.613-12, CMF, op.cit. « si un établissement de crédit ou une personne mentionnée au première alinéa de l'article L.613-2 a enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité, n'a pas répondu à une recommandation ou n'a pas tenu compte d'une mise en garde ou encore n'a pas respecté les condition particulière posées ou les engagement pris a location d'une demande d'agrément ou d'une autorisation

وإذا رأى أحد اعضاء لجنة المراقبة فتح اجراء تأديبي يقوم رئيسها بإبلاغ التظلمات إلى الأشخاص المعنيين، ثم يرسل هاته التظلمات إلى لجنة العقوبات مع إخطارها بفتح الإجراء التأديبي[1]، التي يعين رئيسها عضوا من أعضائها كمقرر لغرض اتمام اجراءات التحقيق، يتم بعد ذلك إستدعاء الأطراف الى جلسة الاستماع وعند الانتهاء تتداول الهيئة بشأن الادعاءات وما دار في الجلسة وإذا قررت وجود إختلالات تصدر عقوبات، ويمكن الطعن في قرار لجنة العقوبات أمام مجلس الدولة.

تجدر الإشادة بموقف المشرع المغربي بعدم تخويله صلاحية البحث والتحري عن الجرائم في المجال الاستهلاكي والتي من ضمنها المجال البنكي الى ضباط الشرطة القضائية فحسب، بل يمارس هذه المهام كذلك الباحثون المنتدبون خصيصا لهذا الغرض من قبل الادارة المختصة وهم موظفين ذوي خبرة في المجال الاقتصادي والمالي[2]، وهاته السلطات الممنوحة في التشريع المغربي لموظفين مختصين في التحري عن الجرائم في المجال البنكي أو في مجال حماية المستهلك المقترض لا توجد في التشريع الجزائري، وربما يرجع السبب الى أن هذا الاخير لم يعتبرها من الجرائم الاقتصادية، بل تخضع لاختصاص أعوان اللجنة المصرفية فقط، وهذا ما يضيق فرصة الكشف عن المخالفات البنكية ومعاقبة مرتكبيها.

لكن يثار التساؤل حول تخصص اعوان حماية المستهلك وقمع الغش بالتحري عن الجرائم في القروض الموجهة للمستهلك، مثال من يمكنه إثبات جريمة الإشهار الكاذب ومن يمكنه التحري

---

ou dérogation prévue par les dispositions législatives ou réglementaire applicables aux établissement de crédit et aux entreprises d'investissement , la commission bancaire peut prononcer l'une des sanctions disciplinaires suivantes … ».

[1]) Art L.612-38, alinéa 01, CMF, op cit « lorsque l'une des formations du collège décide l'ouverture d'une procédure de sanction, son président notifie les griefs aux personnes concernées. Il transmet la notification des griefs à la commission des sanctions ».

[2]) حيث تنص المادة 166 من القانون رقم 31/08، المتعلق بترتيبات حماية المستهلك المغربي، مرجع سابق " علاوة على ضباط الشرطة القضائية يكون الباحثون المنتدبون خصيصا لهذا الغرض من قبل الادارة المختصة مؤهلين للقيام بأعمال البحث عن المخالفات لأحكام هذا القانون واثباتها ".

كطلب جميع العناصر الكفيلة بتبرير الادعاءات أو البيانات أو العروض الاشهارية أو مطالبة المسؤول عن الاشهار بوضع الرسائل الاشهارية التي تم بثها تحت تصرف الجمهور، ورغم عدم وجود أي نص يمنحهم هاته الإمكانية فإنه لا يوجد كذلك نص يمنعها عليهم، لذلك حريا بالمشرع التنصيص على إجراءات للتنسيق بين مصالح التجارة باعتبارها صاحبة الولاية العامة بالكشف عن المخالفات في المجال التجاري، واللجنة المصرفية باعتبارها صاحبة التخصص في الكشف عنها في المجال البنكي.

2) التبليغ:

سعى المشرع لتمكين البنك المتابع من طرف اللجنة المصرفية من تقديم دفوعه بشأن المآخذ المسندة اليه، في التقرير الذي اعدته الجنة، فحتى وإن كان قد أعد من طرف خبراء في المجال البنكي والمالي وبناء على رقابة مسبقة ومتأنية غير أنه يحتاج من أجل ترسيخه الى سماع الطرف المعني وذلك لا يتحقق الا بتبليغ الشخص المعني، ولم يكن المشرع ينص على هذا الإجراء الا بتعديل قانون النقد والقرض بالأمر رقم 04/10، وذلك بإضافة المادة 114 مكرر التي تنص في فقرتها الأولى على انه "**عندما تبث اللجنة المصرفية، فإنها تعلم الكيان المعني بالوقائع المنسوبة اليه عن طريق وثيقة غير قضائية أو بأي وسيلة أخرى ترسلها الى ممثله الشرعي**".

3) احترام الحق في الدفاع:

حيث يجب أن تحرص الجنة المصرفية احتراما للحق في الدفاع على احترام مبدأ الوجاهية، فيجب عليها تبليغ والاستماع الى كل شخص ورد اسمه في الإخطار الوارد من لجنة المراقبة، حيث تنص الفقرتين 02 و03 من المادة 114 مكرر من الامر رقم 11/03 على انه " **كما تنهي الى علم الممثل الشرعي للكيان المعني بإمكانيه الاطلاع بمقر اللجنة على الوثائق التي تثبت المخالفات المعاينة.**

يجب ان يرسل الممثل الشرعي للكيان المعني ملاحظاته الى رئيس اللجنة في أجل اقصاه 08 أيام ابتداء من تاريخ استلام الارسال"، وأي شخص يتم استدعائه، له الحق في الاستعانة أو التمثيل بمساعد من اختياره، وذلك ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 114 مكرر من الأمر

رقم 11/03 المذكورة اعلاه التي جاء فيها " **ويستدعى الممثل الشرعي للكيان المعني بنفس القواعد المتبعة سابقا للاستماع اليه من طرف اللجنة ويمكن أن يستعين بوكيل**" وتقابلها في التشريع الفرنسي المادة L.612-38 من القانون النقدي والمالي[1].

وفي التشريع الفرنسي يمكن للرئيس أن يستمع لأي شخص يرى استماعه ضروري، كما يمكن للشخص المعني أن يطلب ان لا تكون جلسة السماع عامة، كما يمكن لرئيس لجنة العقوبات أن يمنع على الجمهور الدخول الى جلسة الاستماع سواء كلها أو في جزء منها بهدف النظام العام، أو الأمن العام، أو لحماية سرية الأعمال أو أي سر آخر محمي من طرف القانون[2]، ويمكن للشخص محل الإجراء التأديبي أن يطلب استبعاد أي عضو في لجنة العقوبات إذا كان هناك سبب جاد للشك في حياد هذا العضو[3].

ويتدخل حسب المادةR.612-48 من القانون النقدي والمالي على التوالي أثناء جلسة السماع، عضو لجنة العقوبات المعين كمقرر والذي يعرض شفهيا التقرير المعد، مدير الخزينة العامة، مدير الضمان الاجتماعي أو من يمثلهم عند الاقتضاء والذي يمكنه تقديم ملاحظات، عضو لجنة

---

1) Art L.612-38 alinéa 02, CMF, op.cit. « La commission des sanctions veille au respect du caractère contradictoire de la procédure. Elle procède aux communications et convocations à l'égard de toute personne visée par la notification de griefs. Toute personne convoquée a le droit de se faire assister ou représenter par un conseil de son choix. La commission des sanctions dispose des services de l'Autorité pour la conduite de la procédure ».

2) Art R.612-47, CMF, op.cit. « Un personne mise en cause peut demander que l'audience ne soit pas publique .

Le président de la commission des sanctions peut interdire au public l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public, de la sécurité nationale ou lorsque la protection des secrets d'affaires ou de tout autre secret protégé par la loi l'exige ».

3) Art L612-38 alinéa 05, CMF, op.cit. « La récusation d'un membre de la commission des sanctions est prononcée à la demande d'une personne mise en cause s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité de ce membre ».

الإشراف التابعة لهيئة رقابة الحذر، ليأتي دور الشخص المعني مع مستشاره لتقديم دفاعه ويكون صاحب آخر كلمة في كل الأحوال[1].

4) التقرير والمداولة:

تعد المرحلة الإجرائية الاخيرة للخصومة التأديبية للبنك أو المؤسسة المالية، وضمانا من المشرع لمصلحة الطرف محل الإجراء، لم يجعل تحديد مآل الإجراء ما إذا كان تثبيت الادعاءات المنصوص عليها في مقرر الإحالة إلى اللجنة ومن تم تقرير ما تراه مناسبا في حق البنك أو المؤسسة المالية، أو نفيها ومن تم إخلاء مسؤوليته متوقفا على رأي شخص واحد وإنما أشترط أن يتم النطق به عن طريق إجراء مداولة وتطبيق الرأي الغالب.

يتم النطق بالقرار الذي تتخذه اللجنة بعد الاستماع الى المعني وأخد رأي أعضاء اللجنة عن طريق أغلبية الاعضاء الحاضرين، غير انه تجدر الإشارة الى حكم أتى به المشرع الفرنسي بخصوص النصاب القانوني لانعقاد اللجنة حيث أشترط الاغلبية المطلقة للأعضاء عند الاجتماع في إطار رقابي لكن يشترط حضور كافة أعضائها عند الاجتماع في إطار تأديبي، وهذا حرصا منه على ضمان مشاركة كافة الأعضاء في اتخاذ قرار الإدانة أو التبرئة وحرصا على إثراء لجنة المناقشة والاستماع ومن تم الحفاظ على مصداقية الخصومة التأديبية[2].

في التشريع الفرنسي كذلك أورد المشرع حكما من شأنه تعزيز رأي الهيئة المداولة وموقفها بشأن الإجراء التأديبي المفتوح من جهة، والحفاظ على نزاهتها وحيادها من جهة أخرى، ويتمثل في استدعاء عضو لجنة المراقبة الذي قرر فتح الاجراء التأديبي الى جلسة الاستماع دون ان يكون له صوت تداولي ويمكنه تقديم ملاحظات واقتراح جزاء معين، وهذا حفاظا على مبدأ الفصل بين جهة

---

[1]) https//acpr.banque.france.fr, consulté le 24/11/2021 a 20 :00.

[2]) Art L 613-4, CMF, op. cit « la commission bancaire délibéré valablement lorsque la majorité absolue des membres qui la composent sont présents ou représentés, sauf s'il Ya urgence, elle ne délibéré valablement en qualité de juridiction administrative que lorsque la totalité de ses membres sont présent ou représentés ».

المراقبة والتحقيق وجهة التداول وتطبيق العقوبة، وإثراء للمناقشة أثناء التداول باعتبار هذا الشخص أكثر الأعضاء اطلاعا وإلماما بالإجراء التأديبي[1].

ثانيا: الإطار الموضوعي للخصومة التأديبية للبنك:

يقصد بالإطار الموضوعي للخصومة التأديبية للبنك، محل هاته المسؤولية وما تنصب عليه والنتائج المترتبة عنها، وبعبارة اخرى مسوغات قيام هاته المسؤولية وجعل البنك يتحمل عواقبها، أي هي مجموعة الإخلالات التي قد يقدم عليها البنك في إطار منح القرض، والنتائج التي يتحملها جراء ذلك، ومن أجل توضيح ذلك نتطرق أولا الى الإجراءات الاولية للخصومة التأديبية (1)، ونتطرق ثانيا الى العقوبات التأديبية (2).

1) الإجراءات الأولية للخصومة التأديبية:

يقصد بها مجموعة من الإجراءات الوقائية يهدف من ورائها المشرع تأطير نشاط البنك او المؤسسة المالية قبل اللجوء الى فرض العقوبة، وقد تساهم في إرشاد البنك وثنيه عن الاستمرار في السلوكيات المنافية لأخلاقيات المهنة البنكية ومن تم تجنبه العقوبة التأديبية، ولتوضيح ذلك نتطرق اولا الى إجراء التحذير(أ) ونتطرق ثانيا الى الأوامر (ب).

أ) إجراء التحذير:

نصت عليه المادة 111 من قانون النقد والقرض التي جاء فيها "**إذا اخلت إحدى المؤسسات الخاضعة لرقابة اللجنة بقواعد حسن سير المهنة، يمكن اللجنة أن توجه لها تحذيرا، بعد إتاحة الفرصة لمسيري هذه المؤسسة لتقديم تفسيراتهم**"، ويلاحظ على هاته المادة نوع من المرونة حيث توسع مجال رقابة اللجنة المصرفية ومجال تدخلها، إذ لم يحدد المشرع مفهوم مصطلح " **حسن سير المهنة**" ونطاقه الذي قد يعد مفهوما مرنا يختلف من منظور الى آخر فقد تكون رؤية

---

[1]) Art L 612-38 alinéa 03, CMF, op.cit. « Le membre du collège désigné par la formation qui a décidé de L'ouverture de la procédure de sanction est convoquée à l'audience. Il y assiste sans voix délibérative. Il peut être assisté ou représenté par les services de l'Autorité. Il peut présenter des observations au soutien des griefs notifiés et proposer une sanction ».

اللجنة المصرفية لهاته القواعد من زاوية وينظر اليها البنك من زاوية اخرى[1]، ولا حبذا لو استعمل المشرع لفظ "**الإخلال بالقواعد القانونية والتنظيمية التي تحكم المهنة المصرفية**"، لان مصطلح قواعد حسن سير المهنة قد يتسع ليشمل أخلاقيات المهنة البنكية واعرافها وتقاليدها وهي مفاهيم متغيرة باستمرار وذلك ما من شأنه أن يعيق نشاط البنوك والمؤسسات المالية وتقدمهم[2].

وللأمر صلة بمبدأ الشرعية المكرس في قانون العقوبات التي يقضي بألا "عقوبة ولا جريمة ولا تدبير أمن بدون نص قانوني يحدد نطاق الجريمة واركانها"، فمفهوم التحذير يقترب كثيرا من مفهوم تدابير الامن، لأنه إجراء قسري موجه حصرا لمنع البنك من إجراء أو تصرف معين قد يكون مشروعا وقد تترتب عليه آثار سلبية على البنك، كما انه يعتبر أيضا إجراء ابتدائي لتطبيق العقوبة التأديبية في حالة لم يدعن البنك لمحتوى التحذير وما يزيد الامر تعقيدا عدم قابلية هذا الإجراء لأي طعن.

ب) الأمر:

لا تكتفي اللجنة المصرفية بتوجيه تحذير الى البنك حول إجراء او عمل محدد، وإنما تتدخل لأمره بما يجب لتدارك الإخلالات المرتكبة، وهنا يفتح الباب للتساؤلات حول صحة فكرة الأمر في نشاط تجاري وربحي، ومدى تأثير هاته الاوامر على نشاط البنك ووضعيته وما إذا تسببت في حد ذاتها في خسارة للبنك، وقد نصت عليه المادة 112 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض "**يمكن للجنة ان تدعو أي بنك، أو مؤسسة مالية عندما تبرر وضعيته ذلك، ليتخذ في أجل معين، كل التدابير التي من شانها ان تعيد أو تدعم توازنه المالي**"، ومن امثلة الاوامر التي قد توجهها اللجنة المصرفية للبنك في مجال القرض البنكي فرض شروط معينة في العقد او طلب ضمانات إضافية على صنف معين من القروض... إذا ما رأت تأثيره السلبي على توازن البنك.

---

[1]) كما لم يحيل صلاحية تحديد قواعد حسن سير المهنة الى جهة معينة إلا بعد صدور الأمر رقم 04/10 المعدل لقانون النقد والقرض، وذلك بتعديله المادة 62 التي حددت صلاحيات مجلس النقد والقرض حيث جاء في الفقرة "ن" قواعد السير الحسن واخلاقيات المهنة المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية.

[2]) بلطرش منى، مرجع سابق، ص 96.

غير أن الأمر الذي يدعو للتساؤل هو مدى إمكانية تدخل اللجنة المصرفية بأوامر في العقود الفردية المبرمة مع المستهلك كأمره بتصحيح إجراء معين أو أمره بتمكين المستهلك من حق من حقوقه، والإجابة على هذا التساؤل تنطلق من مدى إمكانية المستهلك التظلم لدى اللجنة المصرفية، للأسف لا توجد أي مادة تنص على ذلك كما لا يوجد أي نص صريح حول اختصاص اللجنة المصرفية بالدفاع عن حقوق المستهلكين، فالمشرع لم ينص في المادة 105 المحددة لاختصاصات اللجنة المصرفية على حماية حقوق الزبائن كما نص عليه بالنسبة الى مجلس النقد والقرض[1]، غير انه نص بصفة عامة على اختصاصها بالرقابة على احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها والمعاقبة على الاخلالات المعاينة والتي من اهمها الاحكام المتعلقة بحماية المستهلكين في المجال البنكي.

2) العقوبات التأديبية:

هي الأثر المترتب عن فتح الإجراء التأديبي أو الغاية المرجوة من المتابعة التأديبية للبنك او المؤسسة المالية المخلة بأحكام المهنة البنكية، فالمشرع يهدف الى ردعها عن هذا الإخلال ودفعها الى احترام شروط ممارسة المهنة واحكامها، وليس مجرد معرفة وضعيتها تجاه هاته الاحكام فقط، بل تعد نتيجة للإجراءات الاولية المذكورة أعلاه كالتحذير والأوامر، وكذا عمليات التحقيق والرقابة التي تقوم بها اللجنة المصرفية، وسنحاول فيما يلي التطرق لهاته العقوبات مع التركيز على العقوبات التي تمس بصفة مباشرة البنك كشخص معنوي والإشارة فقط الى العقوبات التي تمس الاشخاص الطبيعيين المساهمين او المسيرين فيه فقط، فنذكر أولا الإنذار والتوبيخ (أ)، ونذكر ثانيا المنع من ممارسة بعض الأعمال أو الحد من ممارسة نشاط معين (ب)، ونذكر ثالثا سحب الاعتماد (ج)، ونذكر رابعا العقوبات المالية (د).

[1]) المادة 62 فقرة "ط" من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق التي جاء فيها " **حماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية لاسيما في مجال العمليات مع هؤلاء الزبائن**".

أ) الإنذار والتوبيخ:

هما عقوبتان يوجهان للبنك كشخص معنوي يغلب عليهما الطابع المعنوي وتهدف اللجنة المصرفية من ورائهما الى خلق نوع من الحذر لدى البنك او المؤسسة المالية، وانها المرحلة التحضيرية لاتخاذ عقوبات حقيقية في حق البنك في حالة استمراره في الانتهاك المرتكب للنصوص التنظيمية والتشريعية التي تحكم النشاط البنكي او تكراره، أو عدم الانصياع لأوامر وتحذيرات اللجنة المصرفية، غير أنه لا يوجد أي نص قانوني يشترط أن تسبق العقوبة التأديبية للبنك أو المؤسسة المالية بهاتين العقوبتين، فقد تقرر اللجنة المصرفية مباشرة عقوبة أشد إذا كان الإخلال الذي اقبل عليه البنك جسيما ولا يحتاج لتحذير أو توبيخ، كما أنه ايضا لا يوجد أي نص يشترط ان تكون العقوبة اللاحقة للإنذار والتوبيخ عقوبة أشد، فيمكن ان توجه للبنك عدة انذارات، وبعبارة اخرى ترك المشرع للجنة المصرفية سلطة الملاءمة لاتخاذ الجزاء المناسب في حق البنك.

هاته العقوبات اقرتها المادة 114 من قانون النقد والقرض، وهي نفسها تقريبا المادة L.613-12 من القانون النقدي والمالي الفرنسي، غير أن المشرع الفرنسي أضاف في الفقرة الأخيرة من هاته المادة، انه بإمكان اللجنة البنكية ان تأمر بأي إجراء لنشر قراراتها متى رأت ذلك لازما على نفقة البنك في الجرائد او المناشير التي تحددها، إذا كان هذا النشر لا يهدد باضطراب شديد للسوق المالي أو يسبب ضررا لا يتناسب مع الإخلال المرتكب[1].

ب) المنع من ممارسة بعض الأعمال أو الحد من ممارسة نشاط معين:

هو اجراء تأديبي يعد بمثابة سحب اعتماد جزئي، حيث تلزم اللجنة المصرفية البنك بالتوقف عن ممارسة نشاط معين إذا رأت مصلحة في ذلك حتى للبنك نفسه في استعادة توازنه المالي او ردعه ومنعه من الاقبال على الإخلال المرتكب مرة أخرى، كأن تلزم البنك بالتوقف عن منح صنف محدد من القروض، كمنح القروض على المكشوف أو المنع من تمويل بعض أو كل انواع التجارة

[1]) غير اننا نرى ان هاته العقوبة قد تكون شديدة الخطورة إذ قد تتعدى في خطورتها آثار العقوبة التأديبية المتخذة في حق البنك، وقد تعد حتى بمثابة عقوبة سحب الاعتماد، وذلك لطابع الاعتبار الشخصي وطابع الثقة الواجب توافره، فيمكن لهذا النشر ان يؤدي الى فقدان ثقة المتعاملين مع البنك.

الخارجية، ويكون ذلك في حالة مخالفة البنك او المؤسسة المالية لقواعد تنظيمية او تشريعية تخص هذا النشاط، وتجدر الإشارة الى انه على اللجنة المصرفية عند اتخاذ هذا القرار التأديبي يجب ان يكون الإخلال المرتكب ضمن الأنشطة التي يحق للبنك ممارستها قانونا فإذا ما تعدى البنك حدود اختصاصه ومارس نشاطات أخرى يجب ان تكون العقوبة مختلفة حتى تكون ذات أثر.

ج) سحب الاعتماد:

سحب الاعتماد من أخطر العقوبات التأديبية التي يمكن ان تتخذ في حق البنك، إذ يؤدي توقيعه الى وقف نشاط البنك ووضعه قيد التصفية، كما ان منح اللجنة المصرفية سلطة سحب الاعتماد أمر إيجابي اذ يكرس مبدأ الفصل بين الجهة المانحة للاعتماد والجهة الساحبة له في إطار تقاسم المهام بينها وبين مجلس النقد والقرض.

رغم ان الاختصاص الأصيل بالأمر بهذه العقوبة يعود للجنة المصرفية غير ان المشرع منح لمجلس النقد والقرض صلاحية سحب الاعتماد في اربعة حالات نصت عليها المادة 95 من قانون النقد والقرض، تثير إحداها لبسا في إمكانية التداخل مع صلاحية اللجنة في اتخاذ هذا الإجراء كإجراء تأديبي، وهي الحالة التي لم تعد الشروط التي يخضع لها الاعتماد متوافرة، لأن عدم توفر هاته الشروط قد يكون بخطأ من البنك أو مخالفته للأحكام التشريعية والتنظيمية للمهنة البنكية، ومن تم يشكل سحب الاعتماد هنا تداخلا في اختصاص اللجنة المصرفية[1].

د) العقوبات المالية:

أقر قانون النقد والقرض كنوع من المسؤولية التأديبية إمكانية توقيع عقوبة مالية على البنك او المؤسسة المالية إذا خالف قواعد ممارسة النشاط أو لم يدعن لأمر أو لم يأخذ التحذير الموجه له بعين الاعتبار حيث نصت المادة 114 فقرة أخيرة منه على انه " **وزيادة على ذلك يمكن اللجنة أن تقضي إما بدلا عن هذه العقوبات المذكورة اعلاه، وإما إضافة اليها بعقوبة مالية تكون**

[1]) في حين تتمثل الحالات الثلاثة الأخرى في طلب البنك أو المؤسسة المالية، أو عدم استغلالها للاعتماد لمدة 12 شهرا، او توقفها عن النشاط لمدة 06 أشهر، وهي حالات لا تثير إشكالا او لبسا بشأن تداخلها مع اختصاص اللجنة المصرفية لأنها بعيدة عن أي خطأ تأديبي للبنك.

مساوية على الأكثر للرأسمال الأدنى الذي يلزم البنك أو المؤسسة المالية بتوفيره، وتقوم الخزينة بتحصيل المبالغ الموافقة".

غير ان صياغة هاته الفقرة تثير اشكالا متعلقا بالطبيعة القانونية لهاته العقوبة فعبارة "بدلا عن هذه العقوبات المذكورة أو إضافة اليها" يدفع بالقول بالطبيعة المختلفة لهاته العقوبة، خاصة وانه اشترط بالنسبة للعقوبات الاخرى أن تتخذ واحدة فقط منها، وهذا ما قد يؤدي الى القول بتدخل اللجنة محل القضاء ومنحها سلطة الملاءمة في توقيع الجزاء واتخاذ عقوبات مالية وهذا امر غير مسوغ[1].

في التشريع الفرنسي أضاف المشرع جزاء آخر وهو نشر القرارات الصادرة عن لجنة الجزاءات التأديبية في السجل الرسمي للهيئة، ويمكن نشرها أيضا في المطبوعات أو الصحف أو وسائل الإعلام التي تحددها، بشكل يتناسب مع الخطأ المرتكب والعقوبة المفروضة وتكاليفها، ويتحمل الشخص الخاضع للعقوبة تكاليف هذا الاعلان في ظل ظروف معينة، ويجوز نشر قرار اللجنة في شكل غير إسمي[2].

الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية للبنك عن الاخلال بالتزامات المستهلك المقترض

تعرف المسؤولية الجزائية أنها الالتزام بتحمل الآثار القانونية المترتبة على توافر أركان الجريمة في فعل ما، وموضع هذا الالتزام فرض عقوبة، أو تدبير احترازي حددهما المشرع الجزائي في حالة قيام مسؤولية أي شخص عن الجريمة[3]، وبعبارة أخرى هي مساءلة مرتكب الجريمة عما ارتكبه من سلوك مناقض للنظم السائدة في المجتمع، ثم التعبير عن ذلك الرفض الاجتماعي لهذا السلوك بإعطائه مظهرا محسوسا في شكل عقوبة أو تدبير احترازي ينزله القانون بالمسؤول عن الجريمة[4]،

---

[1]) https//acpr.banque.france.fr, consulté le 24/11/2021a 20 :00.

[2]) Art L.612-39, L.612-40, L.612-41, CMF, Op.Cit.

[3]) سرور أحمد فتحي، الوسيط في شرح قانون العقوبات ـ القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص 493.

[4]) الخطيب عدنان، موجز القانون الجنائي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة جامعة دمشق، الجزء الاول، سنة 1993، ص 457.

وبذلك فإن كانت المسؤولية المدنية هي التزام الشخص بتعويض الضرر الذي لحق بالغير، أي جبر وإصلاح الضرر الذي لحق بالغير، وكانت المسؤولية التأديبية هي الآثار المترتبة على الإخلال بواجب مهني، فالمسؤولية الجزائية هي الأثر المترتب عن الإخلال بحق المجتمع.

في هذا الصدد يثور التساؤل حول خضوع البنك لهاته المسؤولية من عدمه، متى عرفنا الصلة الوثيقة للبنوك بالنظام العام الاقتصادي الذي يعتبر أحد فروع النظام العام، والتطور الذي يشهده تطور آليات البنوك والمؤسسات المالية وتعدد أشكال وآليات تدخلها في الحياة العامة، وأمام هاته الأهمية كان حريا بالمشرع أن يجد للمسؤولية الجزائية منفذا للمجال البنكي وبالتحديد مجال القرض البنكي نظرا لتفاوت الاخلالات المحتملة للقواعد التشريعية والتنظيمية التي تحكم هذا العقد وجسامة آثارها، غير أن هذا الجواب يبقى قاصرا مالم نستطلع رأي الفقه المهتم في هذا الشأن وموقف المشرع الجزائري من هاته المسألة، ولتوضيح ذلك نتطرق اولا الى تقييم فكرة المسؤولية الجزائية للبنك (أولا)، ونتطرق ثانيا الى نطاق المسؤولية الجزائية للبنك وصورها (ثانيا).

أولا: تقييم فكرة المسؤولية الجزائية للبنك

ننطلق في هذا التقييم من التساؤل حول نطاق المسؤولية الجزائية للبنك انطلاقا من الجدل الفقهي القائم حول المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، فنظرا لتضارب الآراء حول جواز مساءلة البنك باعتباره شخصا اعتباريا لاوجود مادي له ولا إرادة، ونظرا للأهمية القانونية والعملية للاعتراف بجواز مساءلته جزائيا، إنقسمت الآراء القائلة في هذا الشأن بين مؤيد ومعارض سواء على المستوى الفقهي أو التشريعي، وذلك ما سنتطرق له فيما يلي فنذكر أولا الموقف الفقهي من المسؤولية الجزائية للبنك (1)، ونذكر ثانيا الموقف التشريعي منها(2).

1) الموقف الفقهي من المسؤولية الجزائية للبنك:

إن كانت المسؤولية المدنية للبنك وللشخص المعنوي بصفة عامة لا تثير جدلا وذلك انطلاقا من الاعتراف بفكرة المسؤولية عن فعل الغير، وكذا إمكانية تنفيذ العقوبة المدنية على الذمة المالية

للشخص المعنوي[1]، فإن المسؤولية الجزائية تثير عدة إشكالات وذلك فيما يخص إمكانية تنفيذ العقوبة الجزائية عليه بالمعنى المتعارف عليه، بالإضافة إلى الإشكال المتعلق بفكرة شخصية العقوبة، التي تقضي بفكرة تطبيق العقوبة على مرتكبها دون أي شخص آخر، وبالتالي فكيف يمكن مساءلة الشخص المعنوي الذي يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن أفعال جرمية أقدم عليها مسيروه؟، وهذا التساؤل الذي سنحاول الإجابة عليه من خلال التطرق أولا للرأي القائل بعدم جواز المساءلة الجزائية للبنك (أ)، والتطرق ثانيا للرأي القائل بجواز ذلك (ب).

أ) الرأي القائل بعدم جواز المساءلة الجزائية للبنك:

ذهب أنصار هذا الرأي والذين من أهمهم الفقهاء (GARRAUD, VIDAL, MAGNOL, ROUX) إلى القول أن الشخص المعنوي لا يمكن أن يكون محلا للمساءلة الجزائية، فهذا الشخص افتراض قانوني عديم الإرادة لا يمكن أن يصدر منه نشاط ذاتي، بل أنه يتصرف بواسطة من يقوم بتمثيله قانونا، ويجوز أن يدعى عليه ماديا في شخص ممثله، كما أن معظم العقوبات الجزائية لا يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي كالسجن والإعدام، والقول بوجود عقوبات قابلة للتطبيق على الشخص المعنوي كالغرامة والمصادرة يؤدي إلى المساس بمبدأ شخصية العقوبة الذي يوجب توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة دون غيره، فالفعل الجرمي قد يرتكب من طرف المسيرين له لكن تنفيذ العقوبة على الشخص المعنوي يعني تنفيذها في حق الأشخاص الطبيعيين المؤسسين له أو المساهمين فيه والذين لم يرتكبوا جرما يحاسبون عليه، فالشخص المعنوي وفقهم له الأهلية القانونية الكاملة بالنسبة للمسائل المدنية لأنها تدخل في إطار نشاطه، ومن تم له الأهلية في تحمل المسؤولية المدنية، لكن ليس له الأهلية في ارتكاب أفعال جزائية ومن تم ليس له الأهلية في تحمل المسؤولية الجزائية[2].

[1]) يعرف الشخص المعنوي أو الاعتباري أنه مجموعة من الاشخاص أو الاموال تتمتع بالشخصية القانونية ويعترف لها القانون بجميع الحقوق المدنية فله ذمة مالية مستقلة واهلية قانونية وله حق التقاضي.

[2]) فرج رضا، مرجع سابق، ص 393.

كما أن الهدف من العقوبة ينتفي فيما يخص الشخص المعنوي، فالهدف منها هي إصلاح الجاني واعادة تربيته وزجر غيره حتى لا يرتكب الجريمة، وهي أهداف لا يتصور تحقيقها عند توقيع العقوبة على شخص معنوي، فهو ليس له إدراك ولا إرادة، ومن تم لا يمكن رجاء إصلاحه أو زجره، وإنما يمكن زجر الاشخاص الطبيعيين والمسيرين له بردعهم وإصلاحهم بتوقيع عقوبة شخصية عليهم.

ب) الرأي القائل بجواز المساءلة الجزائية للبنك:

أما بخصوص الرأي الثاني القائل بجواز المساءلة الجزائية فيذهب فريق آخر من الفقهاء والذين من أهمهم (PLANIOL, RIPERT, BOULANGER) إلى القول بإمكانية قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وردوا على ادعاءات الفريق الاول بما يلي:

* ففيما يخص الادعاء القائل بأن الاعتراف بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية فيه مساس بأشخاص لم يرتكبوا الجريمة وفيه مساس بمبدأ شخصية العقوبة، فهو قول مردود عليه بأن المساس بهذا المبدأ يكون إذا وقعت العقوبة مباشرة على غير مرتكب الفعل الجرمي، وليس إذا تعدت آثارها إلى أشخاص المساهمين أو المؤسسين، لأن ذلك أيضا متوقع حتى عند تطبيق العقوبة على الأشخاص الطبيعية فحبس الجاني مثلا قد يلحق أضرارا بعائلته أو الأشخاص الذين يعيلهم[1].

* أما بخصوص القول بأن العقوبات المطبقة على الشخص الطبيعي ليست قابلة للتطبيق على الشخص المعنوي فهو غير كافي لإنكار تحميل الشخص المعنوي للمسؤولية الجزائية، وذلك لإمكانية تطويعها وتعويضها بعقوبات أخرى، فعقوبة الحبس أو الحد من الحرية تقابلها عقوبة الوضع تحت الحراسة، أو تضييق دائرة النشاط المسموح به للشخص المعنوي فهي عقوبة سالبة للحرية للشخص المعنوي، أما عن عقوبة الإعدام فتقابلها عقوبة الحل التي تشكل إعداما لنشاط الشخص المعنوي والقضاء على وجوده.

[1]) فرج رضا، مرجع سابق، ص 395.

كما ان انكار مسؤولية الشخص المعنوي فيه إهدار لمصلحة المجتمع خاصة وان الأشخاص المعنويين لهم دور رئيسي في المجتمع وذلك لأنهم أوجدوا من اجل الانشطة التي لا يمكن للأشخاص الطبيعيين القيام بها، فتطبيق العقوبة على الممثل القانوني له او المسيرين فيه وتركه بدون عقوبة فيه إهدار لمصلحة المجتمع لأنه سوف يستمر في الاعتداء لعدم تعرضه لأي ردع.

2) الموقف التشريعي من المسؤولية الجزائية للبنك:

تبقى الآراء الفقهية مجرد آراء وأفكار مطروحة للدراسة والنقاش ولن تكون ملزمة إلا بعد التبني التشريعي لها، كما قد يكون الموقف التشريعي مدعما للفكرة الفقهية ومحورا لها وفق ما يتماشى والسياسة التي يتبعها المشرع، لذلك كان حريا بنا التطرق للموقف التشريعي من المسؤولية الجزائية للبنك، وارتئينا التطرق أولا لموقف المشرع الجزائري (أ)، والتطرق ثانيا لموقف المشرع الفرنسي (ب).

أ) موقف المشرع الجزائري من المسؤولية الجزائية للبنك:

لم يرد في قانون العقوبات الجزائري اي نص يعترف صراحة بمسؤولية الشخص المعنوي إلا بعد تعديله بالقانون رقم 15/04[1] واستحداث المادة 51 مكرر التي تنص في فقرتها الأولى على انه " **باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك**".

ونص على العقوبات المطبقة عليه باستحداث الباب الأول مكرر بعنوان العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية، من الكتاب الأول (العقوبات وتدابير الأمن)، من الجزء الأول (المبادئ

[1]) القانون رقم 15/04، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 71، مؤرخة في 10 نوفمبر 2004.

العامة ـ أحكام تمهيدية) من قانون العقوبات، والذي أورد فيه أربعة مواد هي المواد من 18 مكرر الى 18 مكرر 3 والتي نص فيها على العقوبات التي يمكن ان تطبق على الأشخاص المعنوية[1].

ب) موقف المشرع الفرنسي من المسؤولية الجزائية للبنك:

لم يضع المشرع الفرنسي كما هو الحال مع نظيره الجزائري قاعدة قانونية صريحة تقضي بالاعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، ولقد ظل القضاء الجزائي الفرنسي يقضي بتوقيع العقوبات الجزائية على ممثل الشخص المعنوي فكان هو الذي يسال عن الجرائم التي يرتكبها الشخص المعنوي كما لو ارتكبها باسمه ولحسابه[2]، ولقد ظلت هاته الفكرة سائدة الى ان صدرت لاحقا بعض التشريعات تقضي بتوقيع بعض العقوبات على الاشخاص المعنويين ومنها الامر رقم 920/45 الصادر في 5 ماي 1945 بشأن مؤسسات الصحافة والنشر[3]، والامر رقم 1483/45 الصادر في 30 جوان سنة 1945 بشأن

[1]) والمتمثلة في الغرامة من مرة واحدة (1) الى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في مواد الجنح والمخالفات بالإضافة الى امكانية الحكم بإحدى العقوبات التكميلية او أكثر في مواد الجنح والمتمثلة في حل الشخص، غلق المؤسسة او الاقصاء من الصفقات العمومية لفترة لا تتجاوز 5 سنوات، المنع من مزاولة نشاط او عدة أنشطة لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، مصادرة الشيء المستعمل في ارتكاب الجريمة، نشر وتعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

[2]) Cass. Crim, Du 7 mars 1918, www.Légifrance.fr. « Attendu que la peine de la fermeture de l'établissement, qui est l'objet de cette action, affecte l'établissement même trouvé en délit ; qu'elle doit être prononcée, dès que l'existence de la contravention est constatée, quel que soit le propriétaire de l'établissement et alors même que ce propriétaire ne serait pas en cause comme pénalement ou comme civilement responsable ; que conséquemment la circonstance que la partie poursuivie est une société, être moral, ne saurait, à raison de la nature de cette peine, mettre obstacle à son application »

[3]) Ordonnance, N° 45/920, du 05 mai 1945, Relative à la poursuite des entreprises de presse, d'édition, d'information et de publicité coupables de collaboration avec l'ennemi, JORF, du 06 mai 1945.

تحديد الأسعار[1]، ورغم صدور هاته التشريعات فان المشرع الفرنسي لم يعترف كقاعدة عامة بمبدأ المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنويين[2].

يلاحظ في التشريع الفرنسي أن العنصر المادي للجرائم الماسة بحقوق المستهلك، يتشكل غالبا عن طريق الامتناع، وليس عن طريق الارتكاب، أي هو فعل سلبي وليس إيجابي، وفي هذا الصدد تتجسد نظرته حول الحماية الجزائية للمستهلك، وبالتالي فإن القانون الجزائي للقرض الموجه للمستهلك ينأى بنفسه عن القانون الجزائي التقليدي، الذي وضع لحماية الحرية الفردية التي تحمى فقط من حيث المبدأ من الأفعال الايجابية وليس من الافعال السلبية، وهذه ميزة تميز قانون الاستهلاك أو أحكام القروض البنكية بصفة أدق عن غيرها من المجالات، ما يعني أن الأحكام الجزائية لقانون الاستهلاك هي أحكام حمائية بالدرجة الأولى للمستهلك المقترض عكس أحكام قانون العقوبات التي توجه بالدرجة الأولى إلى حماية النظام العام والآداب العامة.

انطلاقا من هذا الموقف للمشرع الفرنسي يمكن القول بالطبيعة الخاصة للمساءلة الجزائية للبنك عن الإخلالات التي يرتكبها للأحكام الحمائية للمستهلكين، وذلك للاختلاف في طبيعة الركن المادي لهاته الإخلالات، واختلاف النص التجريمي المتمثل في قانون الاستهلاك بدلا من قانون العقوبات، والاختلاف في المصلحة المحمية والمتمثلة في حقوق إضافية مستحدثة قررت حماية للمستهلك بالنظر الى خطورة العملية او بالنظر الى وضعيته أو اي اعتبار آخر، وقد لا تعتبر مصالح بهذا القدر من الاهمية ولا تحظى بهذا القدر من الحماية في مجالات أخرى، وعكس المصالح التقليدية المحمية بموجب قانون العقوبات والثابتة بتغير الأزمان والمجالات كحماية النفس والمال والعرض، وذلك ما يضفي خصوصية أكبر حول امكانية ارتكابها من طرف شخص معنوي ليس له ارادة ذاتية[3].

---

[1]) Ordonnance, N° 45/1483, du 30 juin 1945, Relative au prix, JORF, du 08 juillet 1945.

[2]) فرج رضا، مرجع سابق، ص 396.

[3]) Guillaume Royer, op.cit. p.25.

ثانيا: نطاق المسؤولية الجزائية للبنك وصورها

بعد أن سلمنا في العنوان السابق لفكرة جواز المساءلة الجزائية للبنك، نظرا لإمكانية إتيانه لأفعال موصوفة بأنها جرائم، ونظرا لمساسها الجسيم بالسير الحسن للنشاط البنكي وأمن المتعاملين معه، ونظرا لقصور أحكام المسؤولية المدنية والتأديبية في تأمين الجزاء الفعال لهاته الخروقات والإصلاح الفعال لهاته الإختلالات، ينبغي تحديد نطاق المسؤولية الجزائية للبنك وصورها على النحو الذي يفي بالغرض من تقريرها، وهو ضمان سلامة العمليات البنكية وأمن المتعاملين مع البنوك والمؤسسات المالية خاصة المستهلكين منهم، نظرا لوضعيتهم ومركزهم في العلاقة التعاقدية في مختلف المراحل التعاقدية، سواء القبل عقدية منها أو البعد عقدية، ولتوضيح ذلك سنتطرق أولا إلى المسؤولية الجزائية للبنك في المرحلة التحضيرية لعقد القرض وصورها (1)، ونتطرق ثانيا الى المسؤولية الجزائية للبنك في المرحلة البعد عقدية لعقد القرض وصورها (2).

1) المسؤولية الجزائية للبنك في المرحلة التحضيرية لعقد القرض وصورها:

اهتم المشرع الفرنسي بالمرحلة التحضيرية لعقد القرض الموجه للمستهلك عكس المشرع الجزائري، حيث ينظر لمخالفة القواعد التشريعية والتنظيمية التي تحكم المرحلة التحضيرية لهذا العقد من وجهة نظر قمعية، وهذا ما يشكل حماية فعالة للمستهلك المقترض خلال هاته المرحلة نظرا لأهميتها، ونظرا لكثرة الالتزامات الملقاة على عاتق المقرض وما تؤدي به احتمالية المساس بها الى الإضرار بالمستهلك المقترض، ولتوضيح اكثر نتطرق أولا الى جريمة بيع أو تقديم خدمات بدون طلب مسبق من المستهلك (أ)، ونتطرق ثانيا الى الإكراه والضغط على المقترض (ب).

أ) جريمة بيع أو تقديم الخدمات بدون طلب مسبق من المستهلك:

في كثير من الأحيان العرض هو من يخلق الطلب وبذلك أصبح كل من العرض والطلب في يد المحترف، حيث يمكن لهذا الأخير أن يخلق خدمات وسلع جديدة ويعرضها على المستهلك الذي يجد نفسه مرغما على إقتنائها تحت تأثير جهله أو عدم وعيه، أو تحت تأثير الدعاية الإعلامية، وحتى دون الحاجة الى أن يقدم المستهلك طلبا، وبالتالي فالمستهلك لم يعد يتحكم حتى في طلبه وفق المعايير التي يريدها، فحتى الطلب يكاد يكون تلقائيا، لذلك فعلى الأقل يجب أن تتم حمايته

من خلال اتخاذ قراره بشأن العروض التي يتلقاها بشكل عام من المؤسسات البنكية، والتي عادة ما تكون شروط عامة تم وضعها من قبل المحترف وتعرض على المستهلكين دون امكانية التفاوض.

يتمثل الركن المادي لهاته الجريمة التي قد تنصب على بضائع أو خدمات، ففي حالة البضائع يشترط أن يطلب المهني الدفع الفوري أو المؤجل للسعر، أو مطالبة المهني للمستهلك بإعادة إرسال الشيء المورد دون طلب على نفقة المستهلك، او المطالبة بالاحتفاظ به، اما ما يخص الخدمات فنظرا للطابع غير الملموس لها يتحقق الركن المادي لها فقط بطلب المهني من المستهلك دفع الثمن، بالإضافة الى عدم وجود أي طلب من المستهلك بالحصول على هاته السلع أو الخدمات[1].

يرجع الغرض من التجريم في هاته المخالفة إلى أن تقديم السلع والخدمات دون أمر مسبق من المستهلك فيه تعدي على إرادته وحريته في التعاقد بالإضافة الى ما قد تسببه الأعمال المختلفة التي يقوم بها المحترف، من ضغط على شخص المستهلك وبالتالي تقويض لرغبته في عدم التعاقد، وفي التشريع الجزائري لم ينص المشرع صراحة على هذا الفعل[2]، واكتفى بالنص على الحالة العكسية وهي حالة رفض البيع او تأدية الخدمة بدون مبرر[3]، غير أنه نص على البيع المشروط المنصوص عليه في المادة 17 من القانون رقم 02/04 إذ الغاية واحدة وهي حماية رضا المستهلك وفرض احترامه بقوة القانون، أي حماية المستهلك من الحصول على منتجات أو

---

[1]) Thibaut Aznar, la protection pénale du consentement donné par le consommateur, thèse doctorat, droit privée sciences criminelles, faculté de droit, université de perpignan via domita, 2017, p.30.

[2]) رغم ان المشرع الجزائري لم يجرم هاته المخالفة غير انه نص في القانون المدني عدم اعتبار السكوت تعبيرا عن الإرادة إلا في ثلاث حالات استثنائية، ولا يمكن خارجها اعتبار السكوت تعبيرا عن الارادة حيث تنص المادة 68 من القانون المدني على انه " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على ان الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه اليه".

[3]) انظر المادة 15 من القانون رقم 02/04، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

خدمات لا يرغب فيها وتمكينه فقط من الحصول على المنتجات التي يرغب فيها[1]، عكس المشرع الفرنسي الذي نص عليها في المادةL.121-12 من قانون الاستهلاك[2].

في المجال البنكي أو مجال القرض البنكي بالتحديد الذي يشكل محور دراستنا يعد المكشوف المجال الخصب لإرتكاب هاته المخالفة، إذ قد يعمد البنك في سبيل إختبار ثقة عملائه او كجزاء لهاته الثقة وكأسلوب غير مباشر للترويج لخدماته بصب مبالغ مالية في شكل دفع على المكشوف دون أن يسبقها طلب بذلك من العميل[3]، كما تقوم كذلك المخالفة في حالة تعديل البنك لشروط

---

[1]) المادة 17، قانون رقم 02/04 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق التي جاء فيها " يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة او اشتراط البيع بشراء سلع اخرى او خدمات وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة اخرى او بشراء سلعة".

[2]) Art L.121-12 première alinéa, C. Cons, op.cit « est interdit le fait d'exiger le paiement immédiat ou différé de biens ou de services fournis par un professionnel ou s'agissent de biens, d'exiger leur renvois ou leur conservation, sans que ceux-ci aient fait l'objet D'une commande préalable du consommateur ».

ولقد اورد استثناءا على هاته المقتضيات في المادةL.121-12 فقرة 02 من قانون المستهلك، ويخص الامر عقود توريد الماء أو الغاز أو الكهرباء بكميات غير محددة، والعقود التي توفر محتوى رقميًا دون دعم مادي، وذلك نظرا لطبيعة هاته الاخيرة وعدم امكانية تحديد الطلبات مسبقا والحاجة الماسة لهاته المنتجات، غير انه إذا قدم المهني هاته السلع الى المستهلك دون طلب ولأول مرة يعد مرتكبا لمخالفة، ويتحمل عقوبة السجن لمدة عامين وغرامة قدرها 300000 يورو.

[3]) وحتى يكون الدفع على المكشوف صحيحا ولا يعد البنك مرتكبا لمخالفة تقديم خدمة دون طلب، يجب أن ينفذ وفق الشروط المحددة في إتفاقية فتح الحساب أو اتفاقية فتح الإعتماد والتي تتعلق بمبلغه أو طريقة حسابه، وكيفية تسديده ومدته ...الخ.

Art L.121-13, C. Cons, op.cit. « Les disposition de l'article L.121-12 ne font pas obstacle à la perception d'intérêts, de commissions ou de frais au titre de facilités de caisse ou de découverts bancaire prévus par la convention de compte instituée à l'article L.312-1-1 du code monétaire et financier qui précise le montant ou le mode de calcul de ces rémunérations. Il en est de même dans le cas ou une modification des conditions initiales du contrat résulte de la mise en œuvre d'une clause de révision dont les modalités ont été expressément définies et ont recuelli l'accorde des partie au moment de la signature du contrat ».

العقد الابتدائي المبرم مع العميل في حالة وجود بند التعديل مخالفا بذلك شروط هذا التعديل والمتفق عليها وقت إبرام العقد، ويمكن رد علة التجريم هنا الى إمكانية زيادة التزامات العميل الى الحد المرهق بالإضافة الى المساس بالرغبة في التعاقد التي تعتبر الركيزة الأساسية لأي تعاقد.

ب) الإكراه والضغط على المقترض:

يقصد به كافة الأشكال التي يحاول بموجبها المقرض التأثير على إرادة المقترض وحمله على التعاقد متجاهلا بذلك رغبته الفعلية ومحاولة التأثير في قراراته، ويجد الإكراه أساسه في التشريع الجزائري كأحد صور عيوب الرضا في المادة 88 من القانون المدني التي تنص على " **يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.**

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو في الجسم، أو الشرف، أو المال"، وفي مجال القرض نصت المادة 20 من الأمر رقم 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بصفة غير مباشرة على منع الإكراه والضغط على المقترض وذلك بنصها على وجوب استجابة عروض القرض للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدة الالتزام وكذا آجال تسديده، ومن أبرز صور احترام الرغبة المشروعة للمقترض عدم تعرضه لعدة إملاءات مهما كانت طبيعتها.

ينظر من أجل تحديد مدى قيام اركان جريمة الإكراه والضغط على المستهلك الى الظروف التي تعتبر فيها الممارسة اكراها وهي إذا تمت عن طريق الإلحاح المتكرر والإكراه المادي والمعنوي لاسيما إذا كان من شأنها ان تغير أو من المحتمل أن تغير بشكل كبير حرية المستهلك في الاختيار، يعيب أو من شأنه أن يعيب رضا المستهلك، او المساس بأي حق من الحقوق التعاقدية المعترف بها للمستهلك [1].

[1]) من أجل تحديد ما إذا كان تصرف المهني ينطوي على المضايقة أو الإكراه، يأخذ في الإعتبار:

ـ الزمان والمكان الذين يتم فيهما تنفيذ الممارسة وطبيعتها واستمرارها؛

في التشريع الفرنسي نجده نص في قانون الاستهلاك على مجموعة من الأفعال التي تعد من قبيل أشكال الضغط والإكراه، حيث اعتبر أن الاتصالات المتكررة للمهني للانخراط في طلبات متكررة وغير مرغوب فيها عبر الهاتف والفاكس والبريد أو أي أداة اتصال أخرى عن بعد، أو الزيارات المنزلية بدون طلب تشكل إحدى صور الضغط والإكراه على المستهلك[1]، تدخل المشرع الجزائي هنا كان لحماية موافقة المستهلك من الضغوطات المحتملة من المهني وتأثيراتها المحتملة على قراره في التعاقد من عدمه ومنع بلورة قراره على النحو الذي يرغبه المهني، فهاته التدخلات حالة محتملة من حالات مضايقة المستهلك، ومن اوجه الإكراه أيضا إقناع المستهلك أنه في حالة عدم التعاقد يتم قطع مصدر رزقه أو أي منفعة أخرى، أو ترك انطباع لديه بالفوز بشيء معين في حالة التعاقد أو أنه لا يوجد سعر أو أي ميزة معادلة أخرى، ويعاقب مرتكب هاته الافعال بالحبس لمدة عامين وغرامة 300000 اورو[2].

ونصت المادة L.121-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي على منع التعسف في استغلال ضعف او جهل اي شخص من اجل حمله على التعاقد او الاكتتاب عن طريق الزيارات المنزلية او

ـ استخدام التهديدات الجسدية أو اللفظية؛

ـ استغلال أي مصيبة أو ظرف معين ذو طبيعة خطيرة من المحتمل أن يغير قرار المستهلك،

ـ أي عقبة غير تعاقدية كبيرة أو غير متناسبة يفرضها التاجر عندما يرغب المستهلك في تأكيد حقوقه التعاقدية، ولا سيما حق إنهاء العقد أو تغيير المنتج أو المورد؛

ـ أي تهديد باتخاذ إجراء عندما يكون هذا الإجراء غير ممكن قانونيًا.

Art L.121-6, C. Conso, op.cit.

[1]) Art L.121-7 alinéa 02, C. Cons, op.cit. « Sont réputées agressives au sens de l'article L. 121-6 les pratiques commerciales qui ont pour objet :

2- D'effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si la législation nationale l'y autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle ».

[2]) Art L.132-11 alinéa 01, C. Conso, op. cit « Les pratiques commerciales agressives mentionnées aux articles L. 121-6 et L. 121-7 sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros ».

الاعتمادات النقدية او قروض تحت اي شكل من الأشكال عندما يظهر من الظروف ان هذا الشخص لم يكن في وضع يسمح له بتقدير نطاق الالتزامات الواقعة عليه أو اكتشاف الحيل التي لجأ اليها المهني لإقناعه بالتعاقد[1].

2) المسؤولية الجزائية للبنك في المرحلة البعد عقدية لعقد القرض وصورها:

يقصد بها الأفعال المولدة للمسؤولية الجزائية للبنك بعد إبرام العقد وهي متعددة تعددا يبرر ضرورة تدخل المشرع بقواعد آمرة من أجل ردع البنك عن إتيان هاته الأفعال نظرا للأضرار التي تلحقها بالمستهلك المقترض وتوفير الثقة التي يتطلبها النشاط البنكي، ولتوضيح هاته الافعال نتطرق أولا إلى الجرائم المتعلقة بنزاهة الممارسات البنكية (أ)، ونتطرق ثانيا إلى الجرائم المتعلقة بالمعلومات والتي اهمها افشاء لسر البنكي (ب)، ونتطرق ثالثا الى جريمة الاخلال بأحكام الوقاية من تبييض الأموال عند منح القرض (ج).

أ) المسؤولية عن الجرائم المتعلقة بنزاهة الممارسات البنكية:

للممارسات التجارية غير الشرعية أو غير النزيهة تأثير مزدوج، فقد تلحق المستهلك من جهة في إطار العلاقات العقدية، كما قد تلحق المنافسة من جهة أخرى عن طريق الإخلال بالتوزيع الأمثل لموارد السوق بين المتعاملين وتطبيق شروط غير متكافئة بين المتعاملين في السوق، ومن تم فهي تؤثر على مصلحة خاصة ومصلحة عامة، ومن تم فالمسؤولية الناتجة عن الممارسات التجارية غير النزيهة قد تكون مسؤولية مدنية كما قد تكون جزائية، كما قد تكون من طبيعة اخرى، ولتوضيح ذلك نتطرق أولا الى التأسيس القانوني للمسؤولية في مجال الممارسات غير النزيهة، ونتطرق ثانيا الى صور الممارسات التجارية غير النزيهة المولدة للمسؤولية الجزائية للبنك.

---

[1]) Art L.121-8, C. Conso, IBID « Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ».

- **<u>التأسيس القانوني للمسؤولية في مجال الممارسات غير النزيهة:</u>**

هناك من يؤسسها على أساس فكرة المسؤولية الخاصة، فهم يرون أنها تشكل مفهوما مستقلا للخطأ ومفهوما مستقلا للضرر، وبعبارة أخرى فإن الممارسات التي اعتبرها المشرع غير نزيهة هي التي ترسم حدود الخطأ الذي يستوجب قيام المسؤولية، ويترتب عنها ضررا من طبيعة خاصة يلحق المستهلك والمنافسة على وجه السواء، وانطلاقا من وجهة النظر هاته فان الممارسة حتى وإن سببت ضررا للمستهلك لا يمكنه بالضرورة رفع دعوى على اساس الممارسة غير المشروعة، وإنما يرفعها على أساس المسؤولية التقصيرية، ومنه فالمسؤولية عن الممارسات التجارية غير النزيهة تختلف عن المسؤولية المدنية لأن مفهوم الخطأ المكرس في الأولى يختلف عن مفهوم الخطأ المكرس في الثانية[1].

الحال نفسه في ما يخص مفهوم الضرر، فالضرر التنافسي مثلا يعتبر مشروعا إلا إذا كانت الممارسة غير شرعية، وتكون كذلك إذا كانت تضليلية، مخلة بقواعد العلامة أو تمس بالحقوق المعترف بها للمنافس أو للمستهلك، او عندما يعتبر غير شرعي فيما يتعلق بالسلوك في حد ذاته أو احتمالية التأثير على الشخص أو الجمهور المستهدف، أو عندما تصنف القوانين الممارسة انها غير شرعية، وبالتالي يظل الخطأ التنافسي مشروعا إلا إذا ارتكبت إحدى الأفعال المنصوص عليها على سبيل الحصر، وبالتالي فرفع الدعوى وفق هذا المنحى لا يخدم المستهلك لأنه لا يستطيع الحصول على تعويض ولو لحقه ضرر، ومنه نستنتج ان دعوى المسؤولية عن الممارسات التجارية التضليلية لا تخدم المستهلك ولم توضع خصيصا له.

غير أنه هناك من يستند في تأسيس المسؤولية عن الممارسات التجارية غير النزيهة على أساس المسؤولية التأديبية، فيرون ان الدعوى في الممارسات التجارية التضليلية تهدف الى فرض أخلاق معينة (ممارسات مهنية)، وبالتالي فهي من طبيعة تأديبية، لذلك فهي أيضا لا تخدم المستهلك بالدرجة الاولى، فالطابع التأديبي للمسؤولية عن الممارسات التجارية غير الشرعية تجعل هاته

[1]) Christophe Ferreira, Les pratiques commerciales déloyales, a la une des droits Anglo-Américains- approche comparative, thèse de doctorat, droit privé, université de perpignan, 2015, p.307.

المسؤولية ترتكز عن الفعل وليس على الضرر، فالمسؤولية التأديبية لا تفترض الضرر، ويتم تقدير ملائمة هذا النوع من المسؤولية للمستهلك من الإجابة على هذا التساؤل، هل من العادل ان يستفيد المستهلك من تعويض عن خطأ للمهني لم يسبب له ضررا، لذلك فدعوى المسؤولية عن الممارسات التجارية غير النزيهة وفق هذا الرأي اعدت بالدرجة الاولى لمصلحة المتنافسين[1].

غير ان ذلك لا يمنع المستهلك إذا تعرض الى ضرر من رفع الدعوى الخاصة بالمنافسة، إذا أن الشرط الوحيد لرفع الدعوى هو الصفة والمصلحة، وان قواعد الاختصاص لا تمنع من رفعها من طرف المستهلك لعدم وجود محاكم تختص بدعاوى المهنيين او بأمور المنافسة، كما يمكنه رفع الدعوى وفق القواعد العامة للمسؤولية العقدية.

هناك رأي آخر يرى ضرورة إزالة التجريم فيما يخص الممارسات التجارية غير النزيهة، وتعويضها بدعوى مدنية وتحل الآليات الادارية والمدنية محل الآليات الجزائية، فالعقوبات الملحقة في المسؤولية الجزائية تخضع لمبدأ الشرعية ومن تم يقيد القاضي، اما في المجال المدني فيمكن للقاضي ان يأمر بما يشاء من أجل إنصاف المستهلك (تعديل العقد، استرداد المبالغ المدفوعة بغير وجه حق، إزالة الشروط التعسفية...)، كما ان المسؤولية الجزائية تشترط توفر القصد الجزائي ومرتبطة بمبدأ نسبية العقوبة والجريمة ومبدأ شخصية العقوبة، وكلها مبادئ تعد في غير مصلحة المستهلك.

كما أن أساس المسؤولية الجزائية هو أساس شخصي وردعي، ولا يأخذ في الحسبان الضرر الذي لحق المستهلك ولا يتم على اساسه التعويض عكس المسؤولية المدنية، ومن جهة أخرى فإن محاولة ايجاد اساس للممارسات التجارية غير النزيهة في القانون المدني لا يخلو من الصعوبات، فالقواعد العامة تم تعديلها بصفة جوهرية من طرف قانون الاستهلاك لاسيما فيما يخص مبادئ التراضي وحرية التعاقد، حيث اصبحت مقيدة بقانون الاستهلاك الذي يفرض التزامات لاسيما ما يتعلق بإعلام المستهلك، القوة الملزمة للعقد تم المساس بها وفق قانون المستهلك لاسيما عند

1) Christophe Ferreira, op.cit. p.307.

إدخال مفهوم الشروط التعسفية والحق في التراجع، وذلك ما يصعب الاعتماد عليها للتأسيس للمسؤولية عن الممارسات غير النزيهة[1].

لكن لا ينبغي تجاهل القواعد العامة التي تساهم في تطوير قانون السوق فهو يشكل قاعدة آمان مقارنة بقانون الاستهلاك التي لم تتضح معالمه بعد كونه حديث النشأة وغير ناضج إضافة الى الطبيعة المجزأة للأوضاع التي يغطيها، فأهم الصعوبات المتعلقة بقانون الاستهلاك، أن قواعده نادرا ما تنص على المحظورات وتحدد جزاءات جزائية لهاته المخالفات، ونادرا ما تورد جزاءات مدنية لهاته المخالفات، كما ان قانون الاستهلاك يتدخل لمواجهة سلوكيات محددة خاصة ولا يضع قواعد عامة، لذلك فهو يواجه تخوفات متعددة ويحاول ان يضع لها حلولا، في حين ان القانون المدني من خلال قابليته للتطويع وعالميته يمكنه سد هاته الثغرات.

- **<u>صور الممارسات التجارية غير النزيهة المولدة للمسؤولية الجزائية للبنك:</u>**

سنحاول فيما يلي تعداد هاته الصور والجزاءات المقررة لها دون شرحها لأنه سبق التطرق لها في العنوان المتعلق بالإخلال بالتوازن العقدي في عقد القرض الموجه لمستهلك، فبالنسبة للبيع المشروط نصت عليه المادة 17 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والبيع بعمولة نصت عليه المادة 15 من نفس القانون وعاقبت على كل منهما المادة 35 من نفس القانون أيضا بغرامة من 000 100 دج الى 000 300 دج حيث جاء فيها " تعتبر ممارسات تجارية غير شرعية، مخالفة لأحكام المواد 15، 16، 17، 18، 19 و20 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من مئة ألف دينار (000 100 دج) الى ثلاثة ملايين دينار (000 300 دج)" [2].

---

[1]) Christophe Ferreira, op.cit. p.311.

[2]) هاته الأفعال متعلقة برفض البيع دون مبرر (م 15) والبيع بمكافأة (م 16)، والبيع المشروط (م 17) وممارسة نفوذ على عون اقتصادي بخلاف ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة (م 18)، والبيع بأقل من سعر التكلفة على الترتيب (م 19).

في التشريع الفرنسي عاقبت المادة L.351-1الفقرة 2 من القانون النقدي والمالي بالغرامة المنصوص عليها في جرائم الدرجة الخامسة، أي 1500 يورو بالنسبة للشخص الطبيعي وغرامة قدرها 7500 يورو بالنسبة للشخص المعنوي، المهني الذي يتجاهل أحد الالتزامات المذكورة في المادة L.312-2-1 المتعلق بالمبيعات المجمعة، المادة L.312-1-2 المتعلق بالبيع بعلاوة، بغض النظر عن شكل العلاوة مالي أو غير مالي [1].

هدف المشرع هو حماية موافقة عميل البنك، الذي يجب ألا يصرف انتباهه عن تقديره للقيمة مقابل المال للمنتج أو الخدمة من خلال عرض ثانوي، ومع ذلك فإن هذا الحظر ليس في مأمن من جميع الصعوبات، لا سيما فيما يتعلق بتحديد مفهوم العلاوة، ومع ذلك يمكن للسوابق القضائية المقدمة أن تلقي الضوء بشكل مفيد على محتوى هذا المفهوم، ويظل من المؤكد في ضوء نص المادة L.312-1-2 أن تخفيض السعر أو الحسم لا يمكن أن يشكل علاوة محظورة بالمعنى المقصود في القانون مهما كان المبلغ[2].

ب) إفشاء السر البنكي:

يعرف السر البنكي على انه التزام قانوني يقع على عاتق البنك بحفظ أسرار زبائنه المهنية سواء التي وصلت الى علمه من طرف العميل او من طرف الغير، لكن الأخذ بالسرية المصرفية لم يكن متفق عليه فقهيا وتشريعيا، فنجد اتجاها يقر ويؤكد على السرية البنكية مستندين في ذلك على حق الشخص في الخصوصية المرتبطة بمعاملاته البنكية دون تدخل الغير واطلاعهم على خصوصياته، واتجاه آخر يرفض فكرة السرية المصرفي كليا نظرا إلى أن العميل قد يستغل هاته السرية للقيام بمعاملات بنكية

---

[1]) Art L.312-1-2 alinéa 02, C. Cons, op. cit « Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de prestations de services faite au client et donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime financière ou en nature de produits, biens ou services dont la valeur serait supérieure à un seuil fixé, en fonction du type de produit ou de service offert à la clientèle, par un règlement pris par arrêté du ministre chargé de l'économie, pris après avis du comité consultatif institué à l'article L. 614-1 ».

[2]) Jérôme Lassere Capdeville, op.cit. P.116.

مخالفة للقانون كالقيام بجريمة تبييض الاموال استغلالا لعدم امكانية اطلاع الغير على هاته المعلومات.

بالرجوع الى المشرع الجزائري نجد انه قد جاء بين الاتجاهين، فأقر السرية البنكية كأصل عام ولكن أورد عليها استثناءات أقرها القانون على سبيل الحصر والتي من بينها الإخطار بالشبهة، فيعاقب البنك الذي يفشي الأسرار المهنية لعملائه حسب نص المادة 301 و303 من قانون العقوبات الذي يعاقب على افشاء السر المهني بصفة عامة، وأقرت ان الجزاء يكون وفق المادة 18 مكرر قانون العقوبات، وبالتالي تكون العقوبة هي الغرامة من مرة الى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي وبالتالي تكون من 000 100 دج الى 000 500 دج أما العقوبات التكميلية فقد تكون وجوبا بإحدى العقوبات التالية:

- حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة او فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- المنع من ممارسة نشاط مهني أو اجتماعي نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- نشر وتعليق حكم الإدانة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات [1].

ج) الإخلال بأحكام الوقاية من تبييض الأموال عند منح القرض:

يعد الالتزام بالوقاية من جريمة تبييض الاموال من أبرز الالتزامات المهنية للبنوك والمؤسسات المالية، وتعد العمليات البنكية المجال الخصب لهاته الجريمة والتي اهمها عملية القرض البنكي، حيث يمكن ان يكون وسيلة للقيام بجريمة تبييض الأموال، كأن يلجا البنك الى تقنية القرض الوهمي والتي مفادها قيام الشخص المبيض بتواطؤ مع البنك بطلب قرض مع استخدام الأموال غير المشروعة كضمان لهذا القرض، وبعدها يمتنع عن سداد هذا القرض فيلجأ البنك الى التنفيذ على هاته الأموال غير المشروعة، ولهذا يجب إلزام البنوك ليس بالتأكد من مصدر الأموال المقدمة لها كودائع ولكن ايضا من الاموال

[1]) المادة 18 مكرر من الأمر رقم 156/66، متضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

المقدمة لها كضمان، وبذلك يعتبر البنك شريكا في جريمة تبييض الاموال لأنه لم يقم بالإجراءات القانونية لمنع وقوع جريمة تبييض الأموال[1].

وعن الجزاء المطبق فقد حددته المادة 389 مكرر 7 من قانون العقوبات بغرامة لا تقل عن 4 مرات الحد الاقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، ولقد نصت المادة 389 مكرر 1 عن الغرامة المقررة للشخص الطبيعي بـ 000 000 3 دج فغرامة الشخص المعنوي تكون ابتداء من 000 000 12 دج فما فوق، وترك الحد الأقصى مفتوحا، وبالتالي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في حدود المادة 18 مكرر من قانون العقوبات التي حددت الغرامة المطبقة على الشخص المعنوي بـ 5 مرات الحد الأقصى للعقوبة المقررة للشخص الطبيعي.

وعن العقوبات التكميلية فتوجد عقوبات وجوبية وهي مصادرة الممتلكات والعائدات التي تم تبيضها، مصادرة الوسائل والمعدات التي استعملت في ارتكاب الجريمة، وإذا تعذر تقديم أو حجز الممتلكات محل المصادرة، تحكم الجهة القضائية المختصة بعقوبة مالية تساوي قيمة الممتلكات، وعقوبات جوازية تتمثل في المنع من مزاولة نشاط مهني او اجتماعي لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، حل الشخص المعنوي.

[1]) تدريست كريمة، دور البنوك في مكافحة تبييض الأموال، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2013 /2014، ص 100.

خاتمة

يعد المستهلك بصفة عامة الحلقة الأساسية في الدورة الاقتصادية كونه المحرك الرئيسي للإنتاج، وتلعب القروض الموجهة للمستهلك دورا اقتصاديا فعالا في توسيع دائرة الاستهلاك، ويستتبعها اتساع دائرة النشاط الانتاجي، واقصاء المستهلكين من الحصول على القروض يؤدي الى تقليص قدرتهم الشرائية ومن تم اختلال الدورة الاقتصادية هذا من ناحية الدور الاقتصادي له، أما من ناحية مركزه في هاته الدورة فيبدي خصوصية أخرى كونه أضعف حلقة في هاته الدورة، وذلك ما يظهر من خلال طبيعة الحاجة الاستهلاكية وما ينبغي ان تحظى به من عناية، وكذا من خلال نقص خبرته وضعف قدرته الاقتصادية مقارنة بالمتعامل المهني.

من هنا تظهر ضرورة توفير حماية كافية للمستهلك بغض النظر عن مجال تعاقده تقوم على اسس وأسانيد تضمن له بالدرجة الأولى سد حاجته الاستهلاكية بدون اي تمييز أو ارهاق، وتضمن له بالدرجة الثانية التعاقد وفق شروط عادلة ومتكافئة مع المتعامل المهني، وتزداد هاته الضرورة في المجال البنكي وفي مجال القرض محل دراستنا على وجه الخصوص، بالنظر الى الطابع التقني والمعقد لهذا العقد وكثرة الالتزامات والقوة الاقتصادية للبنك، كلها مقتضيات أخدها المشرع في الاعتبار وسعى الى تقرير حماية فعالة لمواجهتها، وهو ما تم التطرق اليه بالتحليل والتمحيص في موضوع البحث محل الدراسة، لذلك توصلنا الى العديد من الاستنتاجات خاصة تلك المتعلقة بتوفير الحماية ومدى أهميتها وكفايتها، وتتمثل اساسا في ما يلي:

* ان بتحديد مفهوم المستهلك المعني بالحماية في مجال القرض البنكي له أهمية في تحديد نطاق الحماية، ومنه تم تقييم مدى شموليتها وكفايتها لتغطية أكبر فئة ممكنة من المستهلكين والتي تم التوصل فيها الى تضييق المشرع لمفهوم المستهلك المقترض مقارنة بالمفهوم الوارد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

* تحديد المشرع للمتعاملين الذين تكون منتجاتهم مؤهلة للقرض الاستهلاكي وتقييدها من حيث السلع المحلية وتحديدها بأصناف معينة من الصناعات شكل أيضا تقييدا لمفهوم المستهلك الوارد في القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ومن تم يعد هذا تضييقا لفئة المستهلكين المشمولة بالحماية التي يقررها المشرع للقرض الاستهلاكي.

* الشروط التي أوردها المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي للاستفادة من هذه القروض والتي تتعلق بوجوب استجابة السلعة الى معدل ادماج معين ووجوب اقتصارها على السلع المحلية تبين أن المشرع يسعى بالدرجة الاولى من وراء هذا الصنف من القروض الى أهداف اقتصادية لاسيما تشجيع السلع الوطنية واستقرار الاسعار وتشجيع المؤسسات، وليس تسهيل حصول المستهلك على السلع الضرورية أو الأساسية.

* مفهوم القرض حدده المشرع وفق معيار موضوعي هو وضع الأموال تحت تصرف الجمهور حسب المادة 68 من قانون النقد والقرض، ووفق معيار الدفع على اقساط حسب المادة 02 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي وليس وفق معيار شخصي، ومن تم لم يجعل المشرع عملية منح القروض للمستهلكين حكرا على البنوك والمؤسسات المالية وهذا ما من شأنه توفير حماية أكبر للمستهلك.

.* ينبغي أن يلعب البنك في القروض الموجهة للمستهلك دورا اجتماعيا بالإضافة الى دوره الاقتصادي، حيث يلعب دور المستشار والوسيط والوصي على المقترض عن طريق الحرص على الحصول على القرض وتوافقه مع الوضعية الاجتماعية للمقترض وتبسيط اجراءات التسديد، على عكس القروض الاستثمارية التي يكون فيها في نفس وضع المقترض فكلاهما تاجر ومستثمر ويسعى الى تطوير تجارته واستثماراته.

* ان التذكير بضرورة توفير حماية أكبر للمستهلك في القروض العقارية نظرا لخصوصيتها، حيث اعتمد المشرع مقاربة مختلفة تقوم على جعل سوق القرض العقاري سوقا متعدد الاطراف من اجل التغلب على عقباته، فالدولة من جهة عن طريق تخفيضات جبائية وجمركية وتوفير الاراضي، والمرقين العقاريين من جهة عن طريق خفض تكلفة الانتاج مقابل الامتيازات التي استفادوا منها، والبنوك عن طريق تخفيض معدلات الفائدة ورفع مدة التسديد.

* يتطلب منح الائتمان العقاري خبرة كبيرة في المجال العقاري تتعلق خصوصا بالتقييم التقني والمالي للعقار ودراسة التطور الاقتصادي للمناطق المحددة لإقامة العقار وملائمته لمخططات

التوسع العمراني في المنطقة، لذلك فهو يختلف عن باقي القروض ويتطلب بنوكا اكثر تخصصا سواء من حيث امكانياتها المالية أو من حيث خبرتها في المجال العقاري.

* الارتباط الوثيق لنشاط منح القروض بالنظام العام وبفكرة المرفق العام جعل المشرع يحرص على ضمان سيره بانتظام واطراد من خلال ضمان القدرة المستمرة للبنك على منح القروض، حيث تعتمد هيئات الرقابة على تقنيات غير مباشرة للتأثير على النشاط الاقراضي للبنوك وفرض الرقابة عليها، من خلال التأثير لاسيما على معدلات الفائدة تحقيقا لغايات محددة تصب في صالح المستهلك وتسهيل حصوله على قروض لاقتناء حاجياته الاستهلاكية والتي أبرزها سياسة السوق المفتوحة وسياسة اعادة الخصم وسياسة الاحتياطي الالزامي.

* تم الاستنتاج بأن هناك تداخل كبير بين الأحكام القانونية والأحكام العقدية في القروض الموجهة للمستهلك وطغيان الطائفة الأولى على الثانية بشكل غير معهود في القواعد العامة وفي العقود الأخرى، وهو التداخل الذي يفسر بضرورة توفير حماية قصوى للمستهلك من خلال التضييق من مجال السلطة الارادية للبنك باعتباره الطرف القوي في العقد وجعل الحقوق المعترف بها للمستهلك من النظام العام.

* إن توفير الحماية للمستهلك المقترض استدعت تقييد الحرية التعاقدية للبنك وسلطته التقديرية وحرية الاشتراط العقدي والتقليل من القواعد المكملة وتعويضها بقواعد آمرة من النظام العام، وذلك من اجل تخفيض مجالات النقاش بين البنك والمقترض من أجل تضييق نطاق فرض البنك لسيطرته على المستهلك المقترض وتسهيل المراقبة على الشروط العقدية وتوفير الحماية للمستهلك، من خلال منع البنك من اضافة شروط اضافية قد لا تكون في مصلحة المقترض أو تؤدي الى تعمد اخفائه بعض حقوق المستهلك.

* سعى المشرع في إطار تعزيز حماية المستهلك المقترض من الناحية المعرفية الى اعتماد مقاربة خاصة للالتزام بالإعلام بموجب قانون الاستهلاك مقارنة بالقواعد العامة، تنطلق من اعتباره وسيلة لاستعادة التوازن المفقود للعقد وضمان استفادة المستهلك من الحقوق المقررة له وتحقيق أهداف ذات صلة بالنظام العام، لاسيما الحفاظ على صحة المستهلك وسلامته الجسدية والحفاظ على

توازن وضعيته الاقتصادية، ومن تم فهو اعلام يكرس حماية موضوعية ولا يقتصر دوره فقط على مجرد الاعلام الشكلي بشروط العقد وبنوده باعتباره وسيلة للتعبير عن الارادة وانتاج أثرها.

* بالإضافة الى الاعلام الموضوعي يسعى المشرع في العقود الموجهة للمستهلك الى اعتماد فكرة الالتزام المدعم بالإعلام من خلال التركيز على الاعلام الشخصي للمستهلك، اي الاعلام الذي يورد للمستهلك حسب حاجته ووفقا للغرض الذي يريده، عن طريق اثارة انتباهه بالأخطار المحيطة بعملية منح القرض عن طريق الالتزام بالتحدير والالتزام بالنصيحة، غير أنه ينبغي الحفاظ على استقلالية البنك وعدم تحويله الى مستشار مالي للمقترض، لذلك فلا يجوز أن تقوم مسؤوليته إلا عن الأخطاء الناتجة عن تعمد منح معلومات ناقصة للمقترض أو تقديم نصائح في غير محلها، أو منح القرض رغم وجود دلائل قوية على ضعف المركز المالي للمقترض.

* لم تكتف النظرة الحمائية للمستهلك المقترض عند حد تدعيم الحقوق المعروفة في القواعد العامة وضمان تطبيقها، فقد أدى التفاوت الاقتصادي الصارخ بين البنك والمقترض الى ضرورة اعادة التفكير في فكرة "الحرية التعاقدية للإرادة" من اجل عدم السماح لطرف قوي باستغلال طرف ضعيف ومن تم تفادي ظهور فكرة "تكريس اللاعدالة الاجتماعية برعاية القانون"، الى التفكير في فكرة "نسبية الإرادة" والتي أدت الى فكرة " الحد من الارادة لصالح القانون" وبالتالي إقرار الدور التدخلي للدولة في العلاقات التعاقدية من أجل حماية أحد أطراف العقد.

* من أبرز اوجه الدور التدخلي للقانون في مجال المعاملات العقدية إقرار فكرة الحق في التراجع، والتي تسمح للمقترض بالعدول عن تعبيره عن الإرادة ومنع انعقاد العقد واعتباره كأن لم يكن رغم ما تشكله الفكرة من خطورة على أهم مبدأ من مبادئ القانون المدني وهو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وذلك من أجل منح المقترض فرصة لمراجعة قراره والتأكد من مدى قدرته على الوفاء بالتزاماته.

* توصل المشرع الى قناعة عدم كفاية الحماية المقررة للمستهلك في مجال القرض في إطار الخدمات البنكية عن بعد وذلك للحاجة الملحة للحماية بصفة أكبر من باقي القروض، فوسائل

الاتصال المستعملة في التعاقد قد تزيد من احتمالية تضليله وانتهاك حقوقه، كاستعمال معلوماته الشخصية دون موافقته وتسهيل امكانية التستر على صاحب العرض وعدم التعرف عليه.

* من أبرز صور الحماية الاضافية في الخدمات الالكترونية ضرورة الموافقة المسبقة للمستهلك قبل ارسال اي عروض تجارية عبر الطريق الالكتروني، وامكانية المعارضة المجانية على استخدام البيانات الشخصية دون اذن، ومنع تقديم عروض في بعض العمليات البنكية نظرا للخطورة التي تنطوي عليها.

* فيما يتعلق بفكرة المخاطر، فبالرغم من انها فكرة معروفة ومحتملة في كافة اصناف العقود إلا أنها ذات تأثير كبير في المجال البنكي على وجه العموم وفي عقد القرض خاصة، حيث تتنوع مسببات المديونية والمخاطر البنكية بين مسببات ذاتية سببها أطراف العقد كعدم احترام البنك لقواعد تسيير الأخطار وعدم دراسة ملاءة المقترض، أو عدم احترام شروط منح القرض أو التوقف الارادي للمقترض عن الدفع، أو اسباب اجتماعية أو اقتصادية لاسيما مشكلة السكن وضعف الأجور وضعف انظمة التأمين الاجتماعي.

* لقد اتضح فشل التسيير العقدي للمخاطر وأنه غير مجدي في المجال البنكي وان تسيير الاخطار البنكية لا يكون الا وفق استراتيجية محددة مسبقا، لأن آثار الأخطار البنكية تتعدى أطراف العلاقة العقدية في عقود القرض ولا تكفي لتسييرها مجرد تدابير أو شروط عقدية، ومن تم تظهر الحاجة الملحة الى الإشراف الاداري على تسيير المخاطر البنكية وذلك لالتصاق فكرة المخاطر البنكية بفكرة النظام العام.

* سياسة تسيير المخاطر البنكية في التشريع الجزائري تسيطر عليه السلطة التقديرية للبنك حسب قدراته المالية وسياساته البنكية كما للبنك كامل الحرية في تحديد سياسة منح القروض لديه وتوجيهها دون اية ضوابط ماعدا الضوابط التي يفرضها القانون أو النظام العام والمتمثلة في احترام قواعد الحذر في التسيير، ما ينتج عنه تعدد سياسات تسيير المخاطر داخل النظام البنكي للدولة ويقتصر دور هيئات الاشراف البنكي على تأطير هذه السلطة والاشراف عليها.

* منح القرض من طرف البنك ليس آليا وانما يجب أن يخضع لضوابط معينة، فلا يجب ان يمنح إلا بعد تقييم الجدارة الائتمانية للمقترض عن طريق تقييم ملائته وقدرته على التسديد وتحليل الوضعية المالية له، لاسيما من حيث مدى تعرضه لحوادث بنكية ومدى خضوعه لأي منع بنكي.

* ان الحماية المقررة للمستهلك ضد الشروط التعسفية باعتبار العقود الاستهلاكية المجال الخصب لهاته الشروط بفعل التفاوت الواضح بين مركز طرفيها، لذلك فانه يلاحظ في معالجة المشرع الجزائري للشروط التعسفية أنها تهدف الى محاولة إعادة التوازن للعقد وليس حماية الطرف الضعيف، وذلك ما يفهم من تحديد هاته الشروط عن طريق مرسوم وعلى سبيل الحصر وعدم النص على كيفية التعامل معها ومآل العقد، وحصرها فقط في العناصر الاساسية للعقد رغم امكانية الحاق الشروط التعسفية التي تمس البنود الاخرى للعقد ضررا بالمستهلك.

* اما عن الإطار المؤسساتي المكلف بالوقاية من الشروط التعسفية في مجال القرض البنكي الموجه للمستهلك، فاللجنة المصرفية غير مؤهلة للنظر في الشروط التعسفية التي قد تنطوي عليها العقود المبرمة بين البنوك والمستهلكين، وما يشكل عائقا في ذلك عدم الزام البنوك والمؤسسات المالية بإرسال العقود لها وعدم النص على امكانية اخطارها بذلك من طرف المستهلك، لتبقى الهيئة الوحيدة صاحبة الاختصاص الاصيل هي لجنة الشروط التعسفية والتي لا تضم ضمن تشكيلتها اي متخصص في المجال البنكي وذلك ما ينقص فعاليتها في مجال العقود البنكية المبرمة مع المستهلكين.

* الفصل في النزاعات التي قد تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض ورغم الاختصاص الأصيل للقضاء، غير أنه نظرا لتكلفة القضاء، وبطئ الإجراءات المتبعة أمامه، ضرورة المساواة بين الأطراف، ضرورة احترام حقوق الدفاع، بالإضافة الى الصعوبات التي تعترض تنفيذ الاحكام القضائية لاسيما اشكالات التنفيذ، مدة التنفيذ، عدم تخصص القضاة، ضرورة احترام الآجال القانونية، ظهرت الحاجة الى استحداث آليات جديدة قضائية أو غير قضائية قانونية أو اتفاقية لحل النزاعات في المجال البنكي تتوافق مع النشاط البنكي وما يتميز به من ثقة وسرعة.

* الطرق البديلة للقضاء ليست منافسا للقضاء وليست بديلا له بل جاءت مكملة ومعززة لاستقلاليته ومساعدا للأطراف لإيجاد الحل الأمثل للنزاع الذي يراعى مصلحة كلا الطرفين، فالقاضي يتدخل في كافة الوسائل البديلة لحل النزاعات، فالقاضي هو من يأمر بالصلح، والوساطة تتم امام القاضي، والحكم التحكيمي لن يكون قابلا للتنفيذ الا بعد ان تصادق عليه المحكمة، ومن تم فهي اساليب قضائية وفق نظرة موضوعية مختلفة، حيث تم استبدال الطرق والآليات التي يستخدمها القضاء في حل النزاعات بوسائل وآليات اخرى تتلاءم ومتطلبات حسن سير العدالة.

* لا يوجد اي نص قانوني حول اختصاص اللجنة المصرفية بالدفاع عن حقوق المستهلك، ولا يوجد اي نص يتيح للمستهلك التظلم لدى اللجنة المصرفية، وهذا ما يحول دون امكانية اللجنة التدخل على مستوى العقد المبرم بين البنك والمستهلك، أو أمر البنك بتصحيح اجراء معين، أو تمكين المستهلك من حق من حقوقه، واكتفى بالنص فقط في المادة 105 من قانون النقد والقرض على اختصاص اللجنة بالرقابة على احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها والمعاقبة على الاخلالات المعاينة.

* احكام المسؤولية هي الضمان الفعال لإرساء سياسة الدولة في مجال القرض البنكي الموجه للمستهلك، وهي من تحمي المستهلك وتصون حقه بدءا من الحصول على القرض الى ضمان استفادته من الحقوق التي يقررها له القانون وحماية ارادته التعاقدية، وذلك لن يتحقق الا بتطوير احكام المسؤولية على الشكل الذي تشمل كافة مراحل الابرام منذ تقدم المستهلك الى شبابيك البنك والى غاية ابرام العقد وتنفيذه، لذلك تظهر ضرورة تمديد المسؤولية العقدية لما قبل العقد نظرا للصلة الوثيقة بين الخطأ المرتكب والعقد، فالخطأ ما كان ليرتكب لولا الرغبة في انشاء الرابطة العقدية.

* قصور فكرة المسؤولية المدنية للبنك في توفير الحماية للمستهلك المقترض لأنها لا تراعي جسامة الاخلال الذي أقدم عليه البنك، وتكتفي بتعويض المقترض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب فقط وذلك في حالة عدم الوفاء بالالتزام او التأخر في الوفاء به دون باقي الالتزامات الاخرى، فهي نظام يقف موقف الحياد بين الاطراف وذلك بمبرر تساوي مراكز الاطراف، غير أن

الامر مختلف في العقود البنكية حيث تختلف مراكز المتعاقدين من حيث الخبرة والقوة الاقتصادية ومن حيث التزاماتهم.

* فكرة المسؤولية في القروض البنكية تستلزم ضرورة اختلاف درجة مساءلة كل من المقرض والمقترض، ومن تم تظهر الحاجة الى نظام مسؤولية مشدد في المجال البنكي لأن تطبيق قواعد المسؤولية على وجه الحياد والمساواة قد يذهب بالجدوى من هاته المسؤولية من أساسها ويجعلها غير فعالة، فينبغي أن تكون المسؤولية في المجال الاستهلاكي والبنكي مسؤولية ردعية لأن الخطأ فيها يعتبر على درجة من الجسامة لا تتوفر في الخطأ في المجالات الأخرى، فالمهني يتطلب منه درجة من اليقظة وذلك لوجود اختلاف في موازين القوى بينه وبين المستهلك.

* عدم فعالية الجزاءات التقليدية في عقد القرض البنكي الموجه للمستهلك، فالبطلان ليس اجراءً حصريا لإصلاح الضرر اللاحق بالأطراف، فهو جزاء آلي قد يؤمر به ولو كان العقد مجديا لكلى الطرفين وقد يؤمر به بغض النظر عن مصلحة المستهلك وغالبا ما تكون اسباب البطلان أخطاء شكلية، ولا يكون البطلان وغيره من الجزاءات التقليدية فعالا الا في الحالة التي يصبح فيها العقد لا يشكل فائدة بالنسبة للمستهلك، وإلا فقد يكون في مصلحة المخالف اكثر منه في مصلحة المستهلك وقد يسبب له اضرار قد لا تسببها حتى الإخلالات التي أقدم عليها البنك.

* نظرية عيوب الرضا نظرية غير مجدية في المجال البنكي فالحل الوحيد التي تتيحه هو طلب ابطال العقد دون ان تتيح حلولا اخرى كإبطال الشروط والابقاء على العقد، ومن تم فهي ليست بالضرورة في مصلحة المستهلك الذي يرغب في استمرار العقد وليس ابطاله، خاصة إذا لم يرد العيب على جزء جوهري في العقد.

من خلال النتائج المتحصل عليها في دراسة موضوع حماية المستهلك في إطار القرض البنكي والدراسة والتحليل لمختلف جوانب الموضوع، وكذا مختلف الاحكام التشريعية الخاصة به، تم التوصل الى العديد من النقاط التي تعتبر في نظرنا نقائص تشوب عملية حماية المستهلك في القروض البنكية، والار يعود خاصة الى قصور النصوص التشريعية من جهة وعدم تفعيل اليات

حقيقية لتوفير الحماية، مما يدفعنا الى اقتراح مجموعة من الاقتراحات والتي تصب على وجه الخصوص في مسعى ترقية حقوق المستهلك المقترض وتعزيز موقفه في مواجهة البنك المقرض:

1) ضرورة استبدال المشرع لعبارة " المستهلك" في مجال القرض البنكي بعبارة "غير المهني" لتفادي ربط مفهوم المقترض بمفهوم المستهلك كونه مفهوم مرن ويتغير باستمرار، فهذا الربط يؤدي الى تغير مفهوم المستهلك المقترض على إثر كل تغيير لمفهوم المستهلك، فعبارة غير المهني تجعل المقترض يخضع للحماية في كل مرة لا تتطابق فيها على الشخص شروط المهني باعتبار مفهوم المهني مفهوم واضح وثابت نسبيا سواء على المستوى الفقهي أو التشريعي.

2) ضرورة التخلي عن شرط الاعتياد في تحديد شخص المقرض في عقود القرض الموجهة للمستهلك، لان هذا يؤدي الى الاعتراف بالحماية لزبائن البنوك والمؤسسات المالية فقط دون اي شخص آخر، وهذا من شانه تضييق نطاق الحماية الممنوحة للمستهلك، ومن الاجدر تطبيق نظرية "المقرض الفعلي" اي تطبيق الأحكام الحمائية للمستهلك على كل قرض يكون أحد أطرافه المستهلك بغض النظر عن وظيفة وصفة المقرض، أي الاعتماد في تحديد القروض الاستهلاكية على موضوع القرض ومجال استعماله أو شخصية المستفيد منه بالدرجة الأولى وليس شخص المقرض.

3) تعديل نص المادة 02 من القرار الوزاري المشترك الذي يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي نصت على اختصاص البنوك دون المؤسسات المالية بمنح القروض الاستهلاكية، والذي يفهم من عبارة " .... التقرب من بنك تختاره لإتمام الاجراءات اللازمة للاستفادة من القرض الاستهلاكي"، ومنح المؤسسات المالية أيضا حق منح هاته القروض باعتبار أن عملية منح القروض يعد من أهم أنشطتها.

4) إعادة النظر في تعريف القرض وفق المادة 02 فقرة 01 المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي الذي ربط عقد القرض بعقد البيع دون باقي الصور المحتملة للقرض، ومن تم قصر القرض الاستهلاكي على فئة القروض المخصصة وذلك ما من شأنه تضييق فئة القروض التي تخضع للحماية والتضييق على البنوك في منح

القروض الاستهلاكية وفق ما يتلاءم ووضعيتها، لذلك تظهر ضرورة توسيعها لتشمل كل تسهيل بنكي مهما كان شكله يمنح للمستهلك.

5) تشجيع القروض الادخارية الاستهلاكية كونها من أبرز اشكال القروض التشاركية بين البنك والمقترض التي تسمح لأصحاب الحسابات المفتوحة لدى البنك بالحصول على قروض بشروط تفضيلية كالتخفيض في نسب الفوائد، وذلك كتحفيز للادخار وضمان للبنك من جهة اخرى.

6) تأطير القروض المجانية وايلائها عناية خاصة كونها تنطوي على خطورة أكبر بالنسبة للمستهلك، حيث تعد حافزا للمديونية أو سببا للتستر عن اعباء اضافية يتحملها المقترض، كرفع سعر البضاعة المباعة أو الخدمات المقدمة، كما يستلزم فرض المساواة بين المبالغ المدفوعة نقدا والمبالغ المدفوعة عن طريق القرض.

7) ارساء قواعد فعالة ضد مخاطر المعاملات الالكترونية لاسيما حق المستهلك في عدم تلقي اي اشهار أو استعمال معلوماته الشخصية باي شكل من الاشكال دون موافقته المسبقة وتمكينه من الحق في المعارضة، وليس الاهتمام فقط بتوفير المعلومات الضرورية للمستهلك المقترض وجعله يتخذ قراره على بينة.

8) منع المستهلك من الافصاح عن ارادته قبل انقضاء اجل معين من يوم استلام عرض القرض قصد ضمان استفادته من اجل التفكير واتخاذ قراره بروية ومنع اية ضغوط عليه بقبول القرض في أقرب وقت من طرف المقرض، وتحديد مدة يلزم خلالها المقرض بالإبقاء على عرضه كما هو وعدم الغائه أو تعديله.

9) انشاء نظام لمقارنة العروض يضم مختلف البنوك يمسك من طرف البنك المركزي أو هيئات الاشراف التابعة له يحدد كافة المعلومات الضرورية لإبرام القروض كالتعريفات الرئيسية المقدمة بغرض تسهيل المقارنة على المقترض الذي يطلع عليها بمجرد تصفح هذا البرنامج من جهة، وتمكين هيئات الرقابة من فرض رقابتها على الشروط التي تطبقها البنوك في مجال التعريفات من جهة أخرى.

10) تعزيز الاعلام الموضوعي للمستهلك المقترض في إطار الوقاية من المخاطر، من خلال تحميل البنك مسؤولية عدم فعالية المعلومات التي قدمها في إطار التزامه بتوعية المقترض وعدم الاكتفاء بالإعلام الشكلي أي الاكتفاء فقط بتقديم المعلومات، وعدم تمكينه من التملص من المسؤولية إلا بعد اثبات أن سبب عدم فعالية هذه المعلومات يرجع لحدث لم يكن يعلم به.

11) ضرورة إنشاء هيئات تعنى بالتدخل مباشرة على مستوى العلاقة الثنائية بين البنك والمستهلك المقترض وفحص العقود المبرمة بينهما ومدى احتوائها على شروط تعسفية او غير مشروعة، والتأكد من مطابقة مختلف التعريفات المطبقة والتعويضات للأنظمة المعمول بها، خصوصا وأن الحماية التي يوفرها مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية ليست حماية موجهة بالدرجة الأولى للمستهلك، فهي موجهة لحماية النظام البنكي وضمان تمويل الاقتصاد وان كانت توفر له حماية بصفة غير مباشرة.

12) ضرورة عدم ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان وجعلها تشمل كافة عقود الاستهلاك حتى لا يؤدي ذلك الى التضييق من مجال الحماية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية، ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الطابع التعسفي لأي شرط وفي اي صنف من اصناف العقود.

13) إلزام البنك بتسبيب قراره بعدم منح القرض، من أجل تمكين القاضي من فرض رقابته على قرار البنك وضمان حق المقترض في الحصول على القرض بدون تمييز أو غش، بالإضافة الى إتاحة الفرصة للمقترض للاطلاع على المعلومات التي بنى عليها البنك قراره والتي يصل اليها البنك من مصادره المختلفة، لاسيما عن الوضعية المالية والمهنية والعائلية والاعباء المختلفة للمقترض، لان المشرع منح له فقط الحق في الاطلاع على المعلومات التي تقوم مركزية المخاطر بمعالجتها.

14) وجوب عدم التركيز فقط عند تقدير ملائمة منح القرض على القدرة على الدفع والتركيز أيضا على الرغبة في الدفع، من خلال التركيز على شخصية المقترض، فالسلطة التقديرية للبنك لا ينبغي أن تشمل فقط على العناصر المادية لوضعيته وإنما أيضا على العناصر الشخصية التي تتجسد في معيار الثقة، لأنها تشكل معيارا حاسما في تمكين البنك من استرجاع امواله.

15) ضرورة تدخل هيئات الإشراف البنكي ووضع معايير ثابتة يحدد وفقها البنك سياسته في تسيير المخاطر لاسيما تحديد مبلغ المديونية الذي يمنع معه منح القرض، أو اشتراط وثائق ثبوتية معينة في حالة بلوغ حجم المديونية الى مبلغ محدد أو عند وجود قروض سابقة.

16) ضرورة انشاء هيئة مختصة برقابة المخاطر داخل البنك وتوكيلها بتحليل اسعار المنتجات والخدمات البنكية ومدى مطابقتها مع الاستراتيجية العامة المتبعة في تسيير المخاطر وتقديم التوجيهات المناسبة لمجلس ادارة البنك، وبعبارة أخرى تجسيد رقابة داخلية خاصة بالمخاطر وذلك اقتداء بالمشرع الفرنسي.

17) منح هيئة مركزية مخاطر المؤسسات والأسر صلاحية التعرف على الاخطار البنكية واعلام البنوك بها مثلما كان ينص عليه النظام رقم 01/92 الملغى وعدم جعل دورها يقتصر على جمع ومعالجة المعلومات حول القروض البنكية واعادتها الى المؤسسات المصرفية، ومنحها سلطة التدخل بشأن قرار البنك بمنح القرض من عدمه أو مراقبة هذا القرار على الأقل وجعلها تطلع بتسيير فعلي وتوجيه تعليمات ومرافقة البنوك والمؤسسات المالية عند منح القروض مثلما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي.

18) توحيد المعالجة الإيجابية والسلبية للمعطيات المتعلقة بطالب القرض، وذلك باستبدال هيئة مركزية مخاطر المؤسسات والأسر ومركزية حوادث الدفع بسجل الكتروني للقروض يضم كافة القروض الممنوحة والضمانات المقدمة لها والقروض المتوقف عن دفعها، يسمح للبنك بالاطلاع عليه تحت رقابة هيئات الإشراف البنكي قصد تزويده بالمعلومات الضرورية لاستغلالها كمؤشر للملاءة عند منح القروض وتفادي تكاليف التسيير المادية والبشرية للمركزيات.

19) ضرورة تنصيب هيئة مستقلة لمراقبة الحذر ومنحها كافة الصلاحيات اللازمة للتدخل والمراقبة لدى البنوك ومنحها سلطة اتخاذ الاجراءات الضرورية لإزالة اي اخلال محتمل للنصوص التشريعية والتنظيمية في مجال ادارة وتسيير المخاطر.

20) تكريس مفهوم حسن النية لدى المقترض كشرط للاستفادة من الحماية المقررة واضفاء الطابع الاخلاقي على المسؤولية عن طريق إلزامه بتقديم معلومات صحيحة حول وضعيته المالية بصفة تسمح للبنك بتقدير امكانية منح القرض من عدمه وتقدير الضمانات الكافية، وكذا إلزامه الحفاظ على وضعيته المالية بشكل يتماشى والالتزامات التي يتحملها بموجب عقد القرض.

21) التقليل من الدور التحكمي للبنك في مواجهة المديونية المفرطة لاسيما ضرورة الحصول على تقرير مفصل حول وضعية المقترض من لجنة مركزية المخاطر أو باقي الهيئات التي يتم الاستعلام على مستواها، او إلزامه بتقديم استفسار تحليلي للملاءة في بعض طلبات القرض التي تزيد عن مبلغ محدد، أو إلزامه بتسبيب قراره بمنح القرض إذا تجاوز الجانب السلبي في ذمة المقترض حدا معينا، وتحديد مدة زمنية معينة تبدأ من تاريخ نشوء حادث الدفع يجب على البنك خلالها بمطالبة المقترض لتفادي تفاقم وضعيته المالية.

22) ضرورة منح اللجنة المصرفية امكانية التدخل في العلاقة بين البنك والمقترض أثناء وقوع الأخير في صعوبات مالية واقتراح حلول من أجل تجاوز هاته الوضعية، لاسيما اقتراح تقديم خدمات بنكية جديدة للمقترض أو اقتراح تخفيض معدلات الفائدة أو مبالغ القرض.

23) استحداث هيئة وتكليفها بتسيير وضعية المديونية المفرطة للمقترض من أجل تأطير المقترض ومساعدته على الخروج من المديونية المفرطة ولعب دور الوسيط بين المستهلك المقترض والبنك المقرض من اجل الوصول الى حلول والتقليل من تأثير المديونية المفرطة على المقترض لاسيما فيما يخص وضعية الاقساط غير المدفوعة واعادة جدولة الديون، وذلك بعد فشل القواعد التشريعية والتنظيمية الجامدة في تأطيرها واختلاف سياسة تسيير المخاطر من بنك الى آخر حسب قدراته المادية وسياسته.

24) ضرورة تمكين اللجنة المصرفية من حل النزاع بين البنك وزبونه كتأسيس غرفة تأديبية أو تحكيمية، بعد معاينة قصور دور اللجنة المصرفية في حماية مصلحة المستهلك المقترض حيث يقتصر دورها في معاينة الاخلالات التي قد تقبل عليها البنوك ومعاقبتها دون ان تملك صلاحيات

التدخل ومحاولة ايجاد تسوية للنزاع القائم بين البنك والمقترض، وعدم وجود أية آلية ادارية من آليات حل النزاع في التشريع الجزائري.

25) ضرورة خلق هيئة مختصة ذات صلاحيات عقابية بجانب اللجنة المصرفية لتطبيق العقوبات بصفة مستقلة عن اللجنة المصرفية، وتتولى هاته الأخيرة وظيفة الرقابة فقط، لان جمع اللجنة المصرفية لمهام الرقابة والمتابعة والتحقيق والمعاقبة يعد مساسا بمبدأ النزاهة والاستقلالية، ويعد تجاهلا لمبدأ الحياد ما يعد تشكيكا في دستوريتها.

26) وجوب مراعاة الرقابة البنكية لاستقلالية البنك واحترام الحرية التعاقدية له، من خلال ضمان حريته في اختيار عملائه واختيار الشروط التعاقدية وتوجيه سياسته الاقراضية بسرية دون تجاوز الحدود اللازمة لاستقرار النشاط البنكي أو المساس بالأحكام الحمائية للمستهلك.

27) وجوب فرض الرقابة على معدل الفائدة الذي يفرضه البنك على القروض الموجهة للمستهلك لتفادي حدوث اضطرابات في السوق البنكي، وجعله سوقا مسيرا يمكن للمشرع التدخل فيه من أجل احداث آثار مقصودة تحقيقا لأغراض اقتصادية واجتماعية، كتحسين القدرة الشرائية من خلال تسهيل الاقتراض وعدم اخضاعه للفكرة التقليدية التي تحكم السوق والمتمثلة في قانون العرض والطلب.

28) ضرورة ربط عقد التأمين بعقد القرض وتعليق ابرام أحد العقدين بالآخر نظرا للغاية المشتركة بينهما، وعدم امكانية قيام أحدهما دون الآخر نظرا للترابط الوثيق بينهما من حيث الغاية منهما، وضرورة احتساب مبلغ التأمين ضمن المبلغ الاجمالي للقرض وأخذه في الاعتبار عند تقييم ملاءة المقترض باعتباره عبئا ماليا اضافيا على المقترض يؤدي الى زيادة اعباءه.

29) ضرورة تشجيع التأمين الجماعي الذي يكتتب من طرف المقرض نفسه لحساب المقترضين لديه نظرا للضمانات التي يقدمها، خاصة قلة تكلفته وارتكازه على مبدأ التعاون في ادارة المخاطر مقارنة بالتأمين الفردي الذي يكتتبه كل مقترض على حدى لدى مؤمن من اختياره قد لا يوفر الحماية المطلوبة.

30) اعادة النظر في احكام الاثبات ولاسيما قاعدة البينة على من ادعى حماية لمصلحة المستهلك ونقل عبء الاثبات الى المقترض، لاسيما فيما يخص اثبات عدم وجود الشرط التعسفي في حالة النزاع، واثبات انه قام بالالتزام بالإعلام وبفحص ملاءة المقترض.

31) تفعيل المسؤولية قبل عقدية للبنك من أجل منع البنك من التملص من المسؤولية، نظرا لخطورة بعض الافعال التي يقدم عليها بالمساس بحق المقترض وجدارته بالحصول على القرض وعدم امكانية قيام مسؤوليته العقدية لأن العقد لم ينشأ بعد.

32) وجوب اعادة النظر في بعض القواعد الاجرائية لقانون الاجراءات المدنية والادارية خاصة تلك البتي لها علاقة بالجانب الاجرائي لدعوى حماية المستهلك، لأنها ليست في مصلحة المستهلك، لاسيما مبدأ عدم جواز حكم القاضي بما لم يطلب منه أو بأكثر مما طلب منه، لأنها قد تحرم المستهلك من حق منحه اياه القانون بمجرد عدم طلبه وذلك ما قد يكون بسبب حالة الجهل التي يتواجد فيها، ومنح القاضي امكانية تأسيس قراره على اية واقعة يتأكد من صحتها بغض النظر عن مصدرها من أجل توفير حماية اكبر للمستهلك، لان تحديد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم ليس في مصلحة المستهلك نظرا لحالة الضعف المعرفي التي تعتريه.

33) وجوب اعادة النظر في جزاء البطلان وشروط تطبيقه باعتباره من أهم الجزاءات التقليدية بما يتلاءم والمجال البنكي او مجال القرض البنكي الموجه للمستهلك، فيجب النطق بالبطلان عند الاخلال فقط بالأحكام الحمائية للمستهلك في عقد الاستهلاك دون باقي الاحكام الاخرى خاصة الشكلية منها، ومنح القاضي سلطة تقديرية في تحديد تأثير الاخلال بالأحكام القانونية على رضا المستهلك ليقرر بعد ذلك الجزاء المناسب.

34) وجوب الأخذ بجزاء فقدان الحق في الفوائد باعتباره أكثر فعالية في حماية مصلحة المستهلك لأنه يعمل على الابقاء على العقد قائما، ويردع البنك المخل بالالتزامات ويصلح الضرر اللاحق بالمستهلك من خلال اعفائه من دفع الفوائد المتفق عليها كمقابل لما لحقه من ضرر.

35) ضرورة تقييد مطالبة البنك للمستهلك المقترض من حيث الزمن وعدم تركها خاضعة للإرادة المنفردة له، لأن الدعوى المتأخرة للبنك قد تساهم في تأزيم وضعية المديونية لدى المقترض وذلك من خلال وضع أجل أقصى يجب على البنك رفع الدعوى خلاله يسري من يوم وقوع الحادث الذي أدى الى النزاع.

36) وجوب ضمان تنفيذ الحكم لمصلحة المستهلك المقترض ومنح القاضي صلاحية تنفيذ الحكم المنطوق به ولا يتخلى القاضي عن الحكم بمجرد صدوره، وذلك بخلق منصب قاضي التنفيذ الذي يكلف بالنظر في الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ والتدابير التحفظية ومنح المدين اجلا للدفع وحق اللجوء الى القوة العمومية من اجل تنفيذ قرار المحكمة.

37) إلزام البنوك والمؤسسات المالية بإنشاء خلية أو نظام داخلي على مستوى البنك نفسه لمعالجة النزاعات بينه وبين عملائه يضمن معالجة فعالة وشفافة للشكاوي، من اجل التمكن من حل النزاع بكيفية اسرع وتخفيف العبء على باقي الاجهزة كالقاضي وهيئات الاشراف البنكي، بالإضافة الى ضرورة تفعيل دور البنك في تزويد المستهلك بالمعلومات الضرورية حول آلية معالجة النزاع المتاحة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولا: الكتب

1. أبو الفتح احمد، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبعة النهضة، مصر، الطبعة الثانية، سنة 1992.

2. الأهواني حسام كمال الدين، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

3. ألبنا محمد علي محمد احمد، القرض المصرفي، دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2006.

4. المنتصر سهير، الالتزام بالتبصر، دار النهضة العربية، مصر، 1990.

5. المغربي عبد الحميد عبد الفتاح، الإدارة الاستراتيجية في البنوك السلامية، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب، السعودية، 2004.

6. السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري– النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول (التصرف القانوني ـ العقد والإرادة المنفردة)، دار الهدى، الجزائر، 1992.

7. السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام ـ الواقعة القانونية، الجزء الثاني (العمل غير مشروع ـ شبه العقود ـ القانون)، دار الهدى، الجزائر، 1991.

8. العجلوني محمد محمود، البنوك الإسلامية، دار المسيرة، الأردن، 2008.

9. الرفاعي أحمد محمد، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

10. الشواربي محمد عبد الحميد، إدارة المخاطر الائتمانية من وجهة النظر المصرفية والقانونية، منشأة المعارف، مصر، 2002.

11. الخطيب عدنان، موجز القانون الجنائي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، الجزء الاول، مطبعة جامعة دمشق، 1993.

12. الخفيف علي، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثالثة، مطبعة أنصار السنة المحمدية، مصر، 1947.

13. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، مصر، 2004.

14. زين العابدين صالح مروة، الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الانترنت بين القانون الدولي الاتفاقي والقانون الوطني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.

15. كيلاني عبد الفتاح محمود، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.

16. منصور محمد حسين، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

17. مفتاح صالح، النقود والسياسة النقدية، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2005.

18. سرور أحمد فتحي، الوسيط في شرح قانون العقوبات ـ القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.

19. عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك ـ دراسة مقارنة ـ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

20. عبد الفضيل محمد أحمد، الاعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1999.

21. عبد الفضيل محمد أحمد، الأوراق التجارية وعمليات البنوك طبقا لأحكام القانون رقم 17 لسنة 1999، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.

22. فرج رضا، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الاول، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر.

23. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، المكتبة العصرية، لبنان، 2003.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

أ/ رسائل الدكتوراه

1. آيت وازو زاينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في ظل القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013/2012.
2. أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2007/ 2008.
3. أرتباس نذير، العلاقة بين السر المصرفي وعمليات تبييض الاموال ـ دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017/2016.
4. بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية ـ دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017.
5. بحري فاطمة، الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012.
6. بلطرش منى، المسؤولية في مجال القرض البنكي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قسنطينة01، 2012/2011.
7. بن بعلاش خليدة، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الإستهلاكية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في حقوق، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018/2017.

8. دموش حكيمة، مسؤولية البنوك بين السرية المصرفية وتبييض الاموال، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2017.

9. زوبة سميرة، الاحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017/2016.

10.زرواق عائشة، حماية زبائن البنك في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019/2018.

11. يوسفي محمد، القرض العقاري كآلية لتمويل مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع السكني في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020/2019.

12.مكدال سعدية، التمويل البنكي لقطاع السكن في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019/2018.

13.مناع إبتسام، النظام القانوني للقرض العقاري في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل رسالة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2017/2016.

14.مصعور جليلة، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2016/2015.

15.سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013.

16. عاقلي فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة ـ دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012/2011.

17. قريمس عبد الحق، المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2010/ 2011.

18. تدريست كريمة، دور البنوك في مكافحة تبييض الأموال، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/2013.

ب/ مذكرات الماجستير

1. الدباس أسامة محمد سليمان، الواقعة الشرطية في القانون المدني الأردني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الاوسط، الأردن، 2013/ 2014.

2. العبيات محمد خير خلف، إجراءات التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، سنة 2019.

3. العيطاوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2011/2010.

4. بوشارب ايمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2012/2011.

5. طالي لطيفة، القرض العقاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001.

6. صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قسنطسنة1، 2017/2016.

ثالثا: المقالات

1. المسلومي منى، دور بنك المغرب في حماية مستهلك مؤسسات الائتمان، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، تنسيق محمد بوجنون وكريم الصبونجي، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مطبعة فارير سطات، 2020.
2. بوحفص جلاب نعناعة، الابتكارات المالية وتفعيل نظام القروض السكنية في الجزائر، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 05، 2010، ص 354 ـ ص 379.
3. بوحفص جلاب نعناعة، القروض العقارية وأثرها في تفعيل الترقية العقارية بالجزائر، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضاري وأثرها على التنمية في الجزائر، طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، منعقد يومي 17 و18 فيفري 2013، ص 126 ـ ص 148.
4. بوشارب إيمان، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 04، سنة 2017، ص 92 ـ ص 118.
5. بوشيخي بوحوص، نحو نظرية جديدة لتفسير اعمال البنوك، النظرية العامة الجزائرية البنكية للتنمية الشاملة، مجلة الآفاق للدراسات الاقتصادية، جامعة العربي التبسي، تبسة، عدد05، سنة 2019، ص 11 ـ ص 27.
6. بوخرص عبد العزيز، الاستعلام المصرفي وسيلة للحد من المخاطر البنكية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد 04، سنة 2017، ص 71 ـ ص 107.
7. بريش عبد القادر، خلدون زينب، الابتكار المالي في التمويل واهميته في تحقيق كفاءة وفعالية أداء البنوك الاسلامية، مجلة الاقتصاد والمالية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 03، 2016، ص 32 ـ ص 41.
8. زرواط نصيرة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 7، العدد 01، سنة 2019، ص 28 ـ ص 43.

9. طباش عز الدين، الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري دراسة في ظل قانون 07/18 المتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 02، سنة 2018، ص 26 ـ ص 60.

10. معيزي قويدر، تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي في ظل إقتصاد السوق، مجلة الإقتصاد الجديد، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، العدد 08، سنة 2013، ص 135 ـ ص 158)

11. مغراوي هاجر، تجربة القروض المجمعة في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، العدد 01، 2010، ص 92 ـ ص 108.

12. عطشان خالد، عزارة الظفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض، دراسة في القانون الفرنسي والكويتي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 49، 2012، ص 407 ـ ص 480.

13. علي عماد محمد أزهر، آلية نظام الرقابة الداخلية في البنوك المصرفية (دراسة حالة البنك الكويتي المركزي)، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، عدد 17، سنة 2020.

14. عسالي صباح، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 14، العدد 03، 2021، ص 719 ـ ص 732.

15. عراب عبد الغني، الاشهار في التشريع الجزائري بين الاطر التنظيمية والقانونية، مجلة الآفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 11، 2018، ص 55 ـ ص 62.

16. فضل المولى ابراهيم، الطاهر الفاتح الشريف يوسف، دور الاستعلام الائتماني في الحد من تعثر التمويل بالمصارف التجارية العاملة بالسودان ـ دراسة ميدانية، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، العدد 02، 2015، ص 1 ـ ص 19.

17. شويعر ابراهيم، الحماية الجنائية للمستهلك المقترض، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، تنسيق محمد بوجنون وكريم الصبونجي، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مطبعة فارير، سطات، 2020.

18. خليفة عرفة محمد، ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الاذعان من اجل حماية واسعة للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 04، 2017، ص 53 ـ ص 64.

رابعا: النصوص القانونية

أ/ الدساتير

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 27-12-1996، ج ر عدد 76 لسنة 1996، متمم بالقانون رقم 03/02 مؤرخ في 10-04-2002، ج ر عدد 25 لسنة 2002، معدل بموجب القانون 08-19 مؤرخ في 15-11-2008، ج ر عدد 63 لسنة 2008، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 01/16، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016، ج ر عدد 14، مؤرخة في 07 مارس، 2016.
2. مرسوم رئاسي رقم 442/20، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج ر عدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

ب/ النصوص التشريعية

1. قانون 227/64، مؤرخ في 1964/08/10، متضمن القانون الاساسي للصندوق الوطني للتوفير والإحتياط، ج ر عدد 26، مؤرخة في 25 أوت 1964.
2. أمر 154/66، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج ر عدد 47، مؤرخة في 09 جوان 1966، ملغى.
3. أمر 156/66، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، مؤرخة في 18 جوان 1966، م م.
4. أمر 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، م م.
5. قانون 12/86، مؤرخ في 19 أوت 1986، متعلق بنظام البنوك والقرض، ج ر عدد 34، مؤرخة في 19 جويلية 1986، ملغى.
6. قانون 02/89 مؤرخ في 07 فيفري 1989، متعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06، مؤرخة في 08 فيفري 1989، ملغى.

7. مرسوم تشريعي 10/93، مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 34، مؤرخة في 23 ماي 1993.

8. قانون 07/95، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13، مؤرخة في 08 مارس 1995.

9. أمر 03/03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، مؤرخة في 20 جويلية،2003، م م.

10. قانون 02/04، مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004.

11. قانون 15/04، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 71 مؤرخة في 10 نوفمبر 2004.

12. قانون 01/05، مؤرخ في 06 فيفري 2005، متعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الارهاب، ج ر عدد 11، مؤرخة في 09 فيفري 2005.

13. قانون 05/06، مؤرخ في 20 فيفري 2006، متعلق بتوريق القروض الرهنية، ج ر عدد 15، مؤرخة في 12 مارس 2006.

14. قانون 09/08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 مؤرخة في 23 أفريل 2008، م م.

15. أمر03/09، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 مؤرخة في 08 مارس 2009.

16. قانون 09/09، مؤرخ في 30 ديسمبر 2009، يتضمن قانون المالية لسنة 2010، ج ر عدد 78، مؤرخة في 31 ديسمبر 2009.

17. أمر 04/10، مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 50، مؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

18. قانون 02/17، مؤرخ في 10 جانفي2017، متضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج ر عدد 02، مؤرخة في 11جانفي 2017.

19. قانون 05/18، مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، مؤرخة في 16 ماي 2018.

20. قانون 07/18، مؤرخ في 10 جوان 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر عدد 34، مؤرخة في 10 جوان 2018.

ت/ النصوص التنظيمية

1. مرسوم تنفيذي 90/ 39، مؤرخ في 30 جانفي 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر عدد 05، مؤرخة في 31 جانفي 1990، ملغى.

2. مرسوم تنفيذي 144/91، مؤرخ في 12 ماي 1991، متضمن اعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط وامواله وانشاء الصندوق الوطني للسكن، ج ر عدد 25، مؤرخة في 29 ماي 1991.

3. مرسوم تنفيذي 132/06، مؤرخ في 03 أفريل 2006، يتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات اخرى، ج ر عدد 21، مؤرخة في 05 أفريل 2006.

4. مرسوم تنفيذي 306/06، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006.

5. مرسوم تنفيذي 120/10، مؤرخ في 2010/04/21، يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/132 الذي عنوانه " صندوق تخفيض نسب الفوائد على القروض الممنوحة للعائلات لاقتناء وبناء أو توسيع السكن وكذا المرقين العقاريين في إطار البرامج المدعمة من طرف الدولة"، ج ر عدد 27، مؤرخة في 25 أفريل 2010.

6. مرسوم تنفيذي 355/12، مؤرخ في 02 اكتوبر 2012، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، ج ر عدد 56، مؤرخة في 2012/10/11.

7. مرسوم تنفيذي 378/13، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، مؤرخة في 18 نوفمبر 2013.

8. مرسوم تنفيذي 114/15، مؤرخ في 12 ماي 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 24، مؤرخة في 13 ماي 2015.

ث/ القرارات الوزارية

1. مقرر 01/98، مؤرخ في 06 أفريل 1998، يتضمن اعتماد شركة اعادة التمويل الرهني من طرف مجلس النقد والقرض، ج ر عدد 27، مؤرخة في 03 ماي 1998.

2. قرار وزير المالية، مؤرخ في 18 ماي 1999، يتضمن اعتماد شركة ضمان القرض العقاري، ج ر عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 1999.

3. قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 31 ديسمبر 2015، يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 01، مؤرخة في 06 جانفي 2016.

ج/ أنظمة بنك الجزائر

1. نظام 01/92، مؤرخ في 22 مارس 1992، يتضمن تنظيم مركزية المخاطر وعملها، ج ر عدد 08، مؤرخة في 07 فيفري 1993.
2. نظام 02/92، مؤرخ في 22 مارس 1992، يتضمن تنظيم مركزية المبالغ غير المدفوعة وعملها، ج رعدد 08، مؤرخة في 07 فيفري 1993.
3. نظام 08/11، مؤرخ في 28 نوفمبر 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر عدد 47، مؤرخة في 29 أوت 2012.
4. نظام 01/12، مؤرخ في 20 فيفري 2012، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها، ج ر عدد 36، مؤرخة في 13 جوان 2012.
5. نظام 03/12، مؤرخ في 28 نوفمبر 2012، متعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، ج ر عدد 12، مؤرخة في 27 فيفري 2013.
6. نظام 02/18، مؤرخ في 04 نوفمبر 2018، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، ج ر 73، مؤرخة في 09 ديسمبر 2018.
7. نظام 01/20، مؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر عدد 16، مؤرخة في 24 مارس 2020.

8. نظام رقم 02/20، مؤرخ في 15 مارس 2020 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج ر عدد 16، مؤرخة في 24 مارس 2020.

ح/ النصوص القانونية الأجنبية

1. قانون رقم 2003/88، المتضمن قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري، موجود على الموقع: ***https://www.cbe.org.eg***

2. قانون أساسي 63/04، مؤرخ في 27 جويلية 2004، يتعلق بحماية المعطيات الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 61، مؤرخ في 30 جويلية 2004.

3. قانون 67/06، مؤرخ في 19 ماي 2006، متعلق بحماية المستهلك المصري، ج ر عدد 20 مكرر، مؤرخة في 20 ماي 2006.

4. قانون 02/08، مؤرخ في 10 مارس 2008، يتعلق بحماية المستهلك السوري، متوفر على الموقع: ***http://wipolex-res.wipo.int***

5. قانون 31/08، مؤرخ في18 فيفري2011، متعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03، ج ر عدد 5932، مؤرخة في 07 أفريل2011.

6. قانون103/12، متعلق بمؤسسات الائتمان المغربية والهيئات المعتبرة في حكمها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 193. 14. 1، مؤرخ في 24 ديسمبر2014.

7. قرار رقم 822/19، صادر عن رئيس الوزراء المصري، يتضمن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018، ج ر عدد 13 مكرر (أ)، مؤرخة في 01 أفريل 2019.

باللغة الأجنبية

I/ Ouvrages

1. Bruno moschetto, André Plagnol, Le crédit consommation, deuxième édition, presses universitaires de France, paris, 1985.

2. Calais Auloy, Droit de la consommation, 3éme édition, Dalloz, paris, 1992.

3. Céline Castets- Renard, Commerce électronique, Dalloz, paris, 2016.

4. Christophe Bourgeois, Christophe Duchesne, Marie Hélene Manczyk, Marché bancaire des particuliers, foucher, 2012.

5. Denis Mazeaud, Crédit immobilier, Dalloz, paris, 2012.

6. Eric bazin, Le droit de repentir en droit de la consommation, Dalloz, paris, 2008.
7. François Bordas, Crédit- Banque, éditions juris-classeur, paris, 2011.
8. Geneviève Pignarre, Prêt, répertoire de droit civil, Dalloz, paris, 2016.
9. Guillaume Royer, Crédit, répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, paris, 2011.
10. Hubert Balaguy, Le crédit à la consommation en France, presses universitaires de France, paris, 1996.
11. Jérôme Lasserre, Banque, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, paris, 2018.
12. Philippe le Tourneau, De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil, 1987, disponible sur le sit: https:// tel. Archives-ouvertes.fr
13. RabihChendeb, Le régime juridique du contrat de consommations, étude comparative (droit français, libanais et égyptien), édition Alpha, paris, 2010.
14. Stéphane Piédelièvre, Crédit à la consommation, répertoire de droit civil, Dalloz, paris, 2018.
15. Vassili Christianos, Le consommateur, répertoire de droit européen, Dalloz, paris, 2003.

II/ Thèses

1. Anne-Laure Capoen, La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté, thèse de doctorat, science sociales spécialité droit, université de Toulouse, 2008.
2. Christophe Ferreira, Les pratiques commerciales déloyales, a l'aune des droits Anglo-Américains, approche comparative, thèse de doctorat, droit privé, université de perpignan, 2015.
3. Claire- Marie peglion–zika, La notion de clause Abusive au sens de l'article L 132-1 du code de la consommation, thèse de doctorat, droit privé, faculté de droit, université panthéon Assas, 2013.
4. Climentine Loyel, Les mesures de prévention du surendettement des particuliers : à la croisée des chemins des droits commun et spécial, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, faculté de droit, science politique et de gestion, université de la rochelle, 2014.
5. Eric Bertrand Nemadeu Djuitchoko, Le traitement du contentieux bancaire, thèse de doctorat, faculté de droit, université jean Monet, Saint-Etienne, 2011.

6. Hammoud May, La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, Thèse de doctorat, faculté de droit, Université panthéon- Assas, paris 2, 2012.

7. Jennifer Chossis, Le refus du banquier, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, faculté de droit, université Montpellier, 2015.

8. Johan Prorok, La responsabilité civile sur les marchés financiers, thèse de doctorat, faculté de droit, université panthéon- assas, paris 2, 2016.

9. Loulla chaminah, La responsabilité civile du banquier en droit malgashy, thèse de doctorat, faculté de droit, université paris 1, panthéon Sorbonne, 2015.

10. Marie Nécolle, Essai sur le droit au crédit, thèse de doctorat, droit privé, faculté de droit, université paris Descartes, paris, 2014.

11. Mehela Vernave, La gestion des risques juridiques bancaires, étude appliquée aux obligations d'information, de mise en garde, de conseil, thèse de doctorat, faculté de droit, université paris1, panthéon Sorbonne, 2014.

12. Mohamed Fethi Hattou, Les déterminants d'accès au financement bancaire pour les PME: le cas de l'Afrique de l'est, mémoire Comme Exigence partielle de la maitrise en administration des affaires, Université du Québec, Septembre 2016, disponible sur le site https://depot-e.uqtr.ca.

13. Natalia Douche- Doyette, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat, droit privé et science criminelles, faculté de droit, université de lorraine, 2012.

14. Oualid Madjour, La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit-étude de droit comparé français algérien, thèse de doctorat, faculté de droit, université Jean Moulin, Lyon 3, 2009.

15. Patricia Franc, La réception par la jurisprudence de la législation sur le crédit à la consommation, thèse de doctorat, droit privé, faculté de droit, université Jean Monet de Saint-Etienne, 2015.

16. Radu Stancu, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle, comparaisons entre le droit civil français et le droit civil romain a la lumière du droit européen, thèse de doctorat, science politique et histoire, université de Strasbourg, 2015.

17. Sabine Bourrel, Le consommateur d'immeuble. Thèse de doctorat, faculté de droit, Université de reins champagne- Ardenne, 2015.

18. Thibaut Aznar, La protection pénale du consentement donné par le consommateur, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, faculté de droit, université de perpignan, 2017.

19. Wassim Abou Nader, L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, thèse de doctorat, faculté de droit, université paris 2, 2008.

20. Zakaria Bouabidi, Le contentieux de l'impayé : approche comparative entre la France et le Maroc, Thèse de Doctorat, Droit Privé, département des sciences juridiques sociales et économiques, université de Tandja, 2013.

III/ Articles

1. Anne Defossez, Le surendettement et le crédit à la consommation : quelques recommandations concrètes pour lutter contre le crédit facile, disponible sur le site http://www. Médiation de dettes.be,

2. Charles Penglaou, La technique de l'assurance et la distribution du crédit par les banques, journal de la société statistique de paris, tome 75,1934, disponible sur le site www.numdam.org.

3. Frédric Tiberghien, La loi et le contrat, revue cairn, N 2008/03, disponible sur le site https// www. cairn. Infos.

4. Héléne Bricks, Les clauses abusives, Faculté de droit, université Laval, 1986, disponible Sur le site : https//www.érudit. ORG/Fr.

5. Hélène Ducourant, Crédit à la consommation et endettement des individus des idées reçues et des outils pour les combattre, revue française de socio économie,cairn info, 2012.

6. Hélenlefebvre, NataliaMuradova, Etude droit bancaire et financier, disponible sur le site : https://www.FVLD fisher.com.

7. Hubert Balaguy, Le crédit à la consommation en France, presses universitaire de France, disponible sur le site https://wwweyrolles.com.

8. Jean Stoufflet, Banque - Crédit – Bourse,JurisClasseur, Cote 05, 2002.

9. Jean Laurence Girard, Paquita Camel, réformer le crédit à la consommation, 2009, disponible sur le site https://tnova.fr.

IV) DOCUMENTS :

1. Le system bancaire islamique, guide a l'intention des petites et moyennes entreprises, centre de commerce international, Genève 2009, disponible sur le site https://www academia.edu.

2. Michele André. Nicole Bonnefoy , rapportd'information fait au nom de la commission des affaires économique, rapport sénat session ordinaire de 2012/2013, enregistré à la présidence du sénat le 22 janvier 2013, disponible sur le sitehttps://www.senat.fr.

3. Conférence des nations unies sur le commerce et le développement, Manuel sur la protection du consommateur, 2017, Disponible sur le site : https://unctad.Org.

4. Rapport annuel de commission des clauses abusives, 2018, disponible sur le sitehttps://www.clauses abusive.Fr.

5. Rapport arbitrage en matière bancaire et financière du haut comité juridique de la place financière de paris, 31 janvier 2020, p.08, disponible sur le site https://www.banque-france.fr

IV- TEXTE JURIDIQUES :

A/ Résolutions et Directives du Conseil de l'Europe

1. Résolution CE: 39/248, du 16 avril 1985, De l'Assemblée Général des Nations Unies, relative aux principes directeurs des nations unies pour la protection des consommateurs, disponible sur le site : https://www.un.Org.
2. Résolution CE: 25 juin 1987, JOUE, N° C 176, 4 juillet 1987.
3. Résolution CE: 9 novembre 1989, JOUE, N° C 294, 22 novembre 1989.
4. Résolution CE: 13 juillet 1992, JOUE, N° C 186, 23 juillet 1992.
5. Directive N°93/13/CE, 05 avril 1993, Concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOUE, N° L95, 21 avril 1993.
6. Directive N° 05/29/CE, 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOUE, N° L149, 11 juin 2005.

B/ Textes Législatifs :

1. Code monétaire et financier Français
2. Code des postes et des communications électronique Français.

3. Code de procédure civil Français.
4. Code de régulation judiciaire Français.
5. Loi du 29décembre 1934, relative à la règlementation de la vente a crédit des véhicules ou tracteurs automobiles, JORFN°0001, 01 janvier 1935.
6. Ordonnance, N° 45/920, du 05 mai 1945, Relative à la poursuite des entreprises de presse, d'édition, d'information et de publicité coupables de collaboration avec l'ennemi, JORFN°0107, 06 mai 1945.
7. Ordonnance, N° 45/1483, du 30 juin 1945, Relative au prix, JORFN°0160, 08 juillet 1945.
8. Loi N° 78/22, du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JORFN° 0009, 11 janvier 1978.
9. Loi N°79/ 596, du 13 juillet 1979, relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, JORFN°0162, 14 juillet 1979.
10. Loi N° 84/46, du 24 janvier 1984, relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, JORFN° 0021, 25 janvier 1984.
11. Loi N° 89/1010, du 31 décembre 1989, relative à la prévention et aux règlements des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, JORF N° 0001, 02 janvier 1990.
12. Loi N° 95/125, du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF N° 0034, 09 février 1995.
13. Loi N° 2004/575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, JORF N° 0143, 22 juin 2004.
14. Loi N° 05/845, du 26 juillet 2005, relative à la sauvegarde des entreprise, JORF N° 0173, 27 juillet 2005.
15. Loi N° 10/737, du 01 juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, JORF N° 0151, 02 juillet 2010.

C/ Textes Réglementaires :

1. Décret N° 10/ 1221, du 18 octobre 2010, relative à l'organisation et au fonctionnement de l'institut national de la consommation et des commissions placées auprès de cet institut, JORF N° 0243, 19 octobre 2010.

2. Décret N° 17/159, du 09 février 2017, relatif aux prestations de publicité digitale, JORF N° 0036, 11 février 2017.

3. Décision N°11/200 QPC, du 02 décembre 2011, concernant le pouvoir disciplinaire de la commission bancaire, JORF N° 0280, 03 décembre 2011.

V/ Jurisprudences (Française)

A/ Jurisprudence Constitutionnel:

- C. Cons, QPC, N° 2011-200, 02 décembre 2011, JORF, N° 0280, du 03 décembre 2011.

B/ Jurisprudence Administratif:

- CE, N° 329384, du 08 novembre 2010, www.légifrance.fr

C/ Jurisprudences Judicaires:

- Cass. Civ, 1re, du 22 février 1956, Bull. civ. I, N° 90
- Cass.Com, N° 15839, du 17 janvier 1968, www.légifrance.fr.
- Cass. Civ. 1er, N° 76-14.087, du 01 février 1978, www.légifrance.fr
- Cass. Com, N° 78- 16088, du 22 juillet 1980, Bull IV N° 317
- Cass.Civ. 1er, N° 1986-118, du 09juillet 1985, WWW.légifrance.fr.
- Cass.Civ. 1er, du 15 avril 1986, bull. civ, 1986, I, p.91
- Cass. Civ. 1er, N° 85-15.839, du 10 mars 1987, www.Légifrance.fr
- Cass. Civ. 1er, du 28 avril 1987, bull, civ, 1987, I, P.103
- Cass. Crim. N° 90-87.170, du 12 décembre 1991, www.Légifrance.fr.
- Cass. Civ. 1er, N° 93-13-653, du 16 mai 1995, www.Légifrance.fr
- Cass. Com, N° 93-16 317, du 13 juin 1995,www.Légifrance.fr.
- Cass. Civ. 1er, N° 92-19212, du 27 juin 1995, bull 1995, I, N° 287.
- Cass.Com, N° 94-17612, du 09 juillet 1996, www.légifrance.fr
- Cass. Civ. 1re. N° 94-18.017, du 18 février 1997, www.Légifrance.fr.
- Cass. Civ. 1re, N° 94-17529, du 29 mai 1997, www.légifrance.fr.
- Cass. Civ. 1er, N° 95-14456, du 10 juin 1997, www.Légifrance.fr.
- Cass. Civ. 2eme.N° 95.10.377, du 02 juillet 1997, www.légifrance.fr.
- Cass.Civ. 1er, N° 95 11500, du 8 juillet 1997, www.Légifrance.fr
- Cass. Com, du 12 novembre 1997, bull. civ. 1997. IV. N° 284, P.247.
- Cass. Civ. 1re, N° 96-04.172, du 09 décembre 1997,www.légifrance.fr.
- Cass. Civ. 1er, N° 97-04073, du 04 mai 1999, www.Légifrance.fr.

- Cass. Civ. 1er, N° 97-14949, du 23 novembre 1999, www. Légifrance.fr.
- Cass. Civ. 3eme, N° 98-10.766, du 08 Décembre 1999,www.légifrance.fr
- Cass. Civ. 1re, du 28 mars 2000, Bull. civ. I, N° 105, p 482.
- Cass.Civ. 1er, N° 98-13784, du 23 mai 2000, www.Légifrance.fr.
- Cass. Civ. 1er, N° 01-14.618, du 06 juillet 2004, www.Légifrance.fr
- Cass.Civ. 1er, N° 03 -10921, du 12 juillet 2005, www.légifrance.fr.
- Cass. Civ. 1er, N° 03.10.115, du 12 juillet 2005, www.Légifrance.fr.
- Cass. Cvi. 1er, N° 03.10.770, du 12 juillet 2005,www.Légifrance.fr.
- Cass. Civ. 1er, N° 02-13.935, du 27 septembre 2005, www.légifrance.fr
- Cass. Civ. 1re, N° 08-20.403, du 14 janvier 2010,www.légifrance.fr
- Cass. Civ. 3eme, N° 12-29.021, du 20 Novembre 2013, Bull Civ, N°09, 2013, p.152,
- Cass. Civ. 1er, N° 17-22581, du 09 janvier 2019, www.légifrance.fr

VI- Dictionnaires:

1. **A.REY& J.REY-DEVOB**, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, 1988
2. **(H) CAPITANT, (G) CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association **Henri CAPITANT**, PUF, Paris, 2008.
3. **GUINCHARD Serge & MONTAGNIER Gabriel**, *Lexiques des termes juridiques*, 15e éd., Dalloz, Paris, 2005.

VII) Sites WEB:

A/ Sites WEB ALGÉRIEN:

1. https ://www.bank-of- algeria.dz.
2. https://www.asjp. Cerist.dz, consulté le 30/08/2020 a 10 :00.

B/ Sites WEB ETRANGERE :

1. https://economie.fgov.be, consulté le 08/09/2019 a 12 :00.
2. http://www.capgemini- consulting.com, consulté le 20/02/2020 a 17 :00.
3. https:// www. Droit.univ-paris5.fr, consulté le 05/05/2021 a 18 :00.
4. https://www.journaldunet.fr, consulté le 13/05/2021 a 15 :00.
5. http://www.alukah.net, consulté le 10/07/2021 a 16 :00.
6. http://www.abusives.fr, consulté le 11 /08/2021 a 15 :00.
7. https//acpr.banque.france.fr, consulté le 24/11/2021 a 20 :00.

8. https://www academia.edu, Consulté le 20/02/2022 a 17 :00.
9. https:// www. Consumersinternational.org, consulté le 10/03/ 2022 a11 :00.
10.https://www juritravail.com, consulté le 04/03/2022 a 15 :00.
11. https :www.cpas-egypt .com, consulté le 20/03/2022 a 15 :00.
12.https://www.inc-conso.fr, consulté le 28/03/2022 a 15 :00.

فهرس

المحتويات

العنوان **الصفحة**

قائمة المختصرات .....
مقدمة **01**
الباب الاول: ضرورة حماية المستهلك في إطار القرض البنكي..... **10**
الفصل الأول: نطاق الحماية القانونية للمستهلك في إطار القرض البنكي **12**
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لحماية المستهلك في إطار القرض البنكي..... **13**
المطلب الأول: المستهلك المقترض المعني بالحماية..... **13**
الفرع الأول: التعريف التشريعي للمستهلك المقترض..... 14
أولا: التعريف بالمستهلك وفق قانون حماية المستهلك وقمع الغش..... 14
ثانيا: التعريف بالمستهلك في المجال البنكي..... 16
1) المستهلك المعني في إتفاقية فتح الحساب..... 17
2) المستهلك المعني في مجال السر البنكي..... 18
3) المستهلك المعني في مجال تبييض الأموال وتمويل الإرهاب..... 19
4) المستهلك المقترض المعني في مجال القرض البنكي 20
أ) المستهلك المقترض وفق المرسوم التنفيذي 115/14 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي 21
ب) المستهلك المقترض المعني في نصوص قانونية أخرى متعلقة بالقروض الموجهة للخواص من أجل اقتناء منقولات أو عقارات..... 23
الفرع الثاني: التعريف الفقهي للمستهلك المقترض 25
أولا: التعاريف المقدمة للمستهلك المقترض 25
1) التعريف الضيق للمستهلك المقترض 26
2) التعريف الموسع للمستهلك المقترض 27
ثانيا: المعايير الفقهية المعتمدة لتحديد المستهلك المقترض 28
1) معيار الكفاءة التقنية للمقترض 29
2) معيار الغاية من القرض..... 31
3) موقف الفقه والقضاء من الاستعمال المختلط للقرض 32
المطلب الثاني: القروض البنكية المعنية بالحماية **33**
الفرع الأول: القروض البنكية المعنية بالحماية من حيث الأشخاص..... 33
أولا: المقرض في القروض البنكية الموجهة للمستهلك 34
1) الشروط الضرورية لمنح القروض للمستهلكين 34

أ) ضرورة توفر شرط الإعتياد والميزة الإحتكارية للبنوك والمؤسسات المالية في منح القروض 35
ب) عدم ضرورة توفر شرط الإعتياد والتخصص وزوال فكرة الإحتكار البنكي للبنوك والمؤسسات المالية في منح القروض 37
2) الأشخاص المؤهلين بمنح القروض للمستهلكين 39
أ) البنوك والمؤسسات المالية 39
ب) المتعاملون الإقتصاديون 40
ثانيا: المقترض في القروض البنكية الموجهة للمستهلك 41
1) المقترض في القروض الممنوحة للأشخاص الطبيعية..... 41
2) المقترض في القروض الممنوحة لأشخاص معنوية 43
الفرع الثاني: القروض البنكية المعنية بالحماية من حيث الموضوع 46
اولا: التعريف بعقود القرض البنكية الموجهة للمستهلكين 47
1) تعريف عقد القرض بصفة عامة 47
أ) تعريف القرض عند فقهاء الإقتصاد والقانون 48
ب) مفهوم القرض عند فقهاء الشريعة الإسلامية..... 49
ج) التعريف التشريعي للقرض 49
2) تعريف عقود القرض البنكية الموجهة للمستهلكين 52
أ) التعريف الفقهي لعقود القرض الموجهة للمستهلك..... 52
ب) التعريف القانوني لعقود القرض الموجهة للمستهلك..... 53
ثانيا) أصناف القروض الموجهة للمستهلكين..... 56
1) القروض الموجهة للمستهلكين لإقتناء منقولات 56
أ) القرض المخصص 57
ب) القرض الشخصي..... 58
ج) القرض مع خيار الشراء 58
2) القروض الموجهة للمستهلكين لإقتناء عقارات 59
أ) التردد الفقهي حول إنتماء العقار لدائرة المواد الإستهلاكية 59
ب) التعريف بالقروض العقارية الموجهة للمستهلكين 61
المبحث الثاني: الإطار الموضوعي لحماية المستهلك في عقد القرض البنكي..... 62
المطلب الأول: خصوصية القروض الموجهة للمستهلك..... 62
الفرع الاول: خصوصية القروض الموجهة للمستهلك من حيث أشخاصها 63
أولا: خصوصية مديونية المستهلكين 63
ثانيا: الطابع الاجتماعي للقروض الموجهة للمستهلك 64

ثالثا: إنجاح القروض الموجهة للمستهلك مسؤولية مشتركة بين المقرض والمستهلك 65
الفرع الثاني: خصوصية القروض البنكية الموجهة للمستهلك من حيث موضوعها 65
أولا: خصوصية القروض البنكية الموجهة لاقتناء منقولات..... 66
1) خصوصية القروض البنكية من الناحية الاجتماعية 66
2) خصوصية القروض البنكية من الناحية الاقتصادية 68
أ) القروض الموجهة للمستهلك وسيلة للقضاء على القرض الموازي 69
ب) القروض الموجهة للمستهلك وسيلة لتشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة 70
ج) القروض الموجهة للمستهلك وسيلة لتشجيع الإنتاج الوطني 71
ثانيا: خصوصية القروض العقارية الموجهة للمستهلكين..... 72
1) دواعي توفير الحماية للمقترض في القروض العقارية..... 73
أ) مدة القرض العقاري 73
ب) تكلفة القرض العقاري 74
ج) نقص تخصص البنوك 74
د) العراقيل التنظيمية..... 75
2) ضرورة تقديم ضمانات إضافية للمستهلك في القروض العقارية 75
أ) تنويع أصناف القروض العقارية..... 76
ب) إضفاء الطابع التشاركي على القروض العقارية..... 76
المطلب الثاني: نطاق الحماية في القروض البنكية الموجهة للمستهلك..... 77
الفرع الاول: القروض البنكية التقليدية..... 78
أولا: خصائص القروض البنكية الموجهة للمستهلكين 78
ثانيا: تمييز القروض البنكية الموجهة للمستهلكين عما يشابهها من عقود..... 81
1) عقد القرض الموجه للمستهلك وعقد التبادل 81
2) عقد القرض الموجه للمستهلك وعقد الإيجار 82
3) عقد القرض الموجه للمستهلك وعقد الوديعة..... 82
الفرع الثاني: القروض البنكية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية 82
أولا: الإطار المفاهيمي للقروض البنكية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية 83
1) التعريف بشبابيك الصيرفة الإسلامية 84
2) أهمية شبابيك الصيرفة الإسلامية 85
ثانيا: أصناف القروض البنكية المبرمة وفق الشريعة الإسلامية..... 87
1) المرابحة 87

2) الإستصناع 89
3) الإجارة 90
الفصل الثاني: مضمون الحماية القانونية للمستهلك في إطار القرض البنكي 91
المبحث الأول: الحماية القبلية لإبرام عقد القرض البنكي 91
المطلب الأول: تكريس مفهوم مدعم للإلتزام بالإعلام في القروض البنكية الموجهة للمستهلك 92
الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للإلتزام المدعم بالإعلام 93
أولا: التعريف بالإلتزام بالإعلام 93
1) تعريف الإلتزام بالإعلام 93
2) التطور التاريخي للإلتزام بالإعلام 94
أ) مرحلة عدم الإعتراف بالحق في الإعلام للمقترض 94
ب) مرحلة الإعتراف بالحق في الإعلام للمقترض 97
3) تمييز الإلتزام بالإعلام عما يشابهه من الالتزامات 98
أ) الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالتحذير 98
ب) الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالنصيحة 99
ثانيا: طبيعة الالتزام بالإعلام 100
1) الإلتزام بالإعلام إلتزام قانوني 101
2) الإلتزام بالإعلام إلتزام عقدي 103
الفرع الثاني: أشكال الإلتزام بالإعلام 104
أولا: الإشهار 105
1) التعريف بالإشهار 105
2) المعلومات الواجب توفرها في الإشهار 108
3) صور خاصة بالإشهار 110
أ) إشهار القروض المجانية 110
ب) الإشهار المقارن 112
ج) الإشهار الإلكتروني 113
ثانيا: العرض المسبق للقرض 116
1) التعريف بالعرض المسبق للقرض 116
2) المعلومات الواجب توفرها في العرض المسبق للقرض 120
3) شكل العرض المسبق للقرض 123
المطلب الثاني: وجوب إستيفاء الشكليات الإحترازية 124

الفرع الأول: واجب الإستعلام عن العميل وتوعيته 125
أولا: واجب الإستعلام عن العميل 125
1) ضرورة تطوير تبادل للمعلومات بين البنك وعميله في المرحلة قبل العقدية 126
أ) وجوب تفعيل إلتزام المقترض بالإفصاح عن كل حادث سواء قبلي أو مستقبلي 127
ب) تقنيات تبادل المعلومات بين البنك والمقترض 128
2) تفعيل وتسهيل تقنية تبادل المعلومات بين البنوك 129
ثانيا: واجب توعية العميل 130
1) الإلتزام بالشرح والتسبيب 131
2) الإلتزام بالنصيحة 132
3) الإلتزام بالتنبيه 134
الفرع الثاني: الإلتزام بفحص ملاءة المقترض 135
أولا: وجوب إحترام قواعد الحذر عند منح القروض 136
1) وجوب إحترام سياسة تسيير المخاطر البنكية 136
أ) المقصود بمخاطر القرض 137
ب) المقصود بسياسة تسيير المخاطر 138
2) وسائل تجسيد الحماية ضد أخطار القرض 140
أ) الرقابة الداخلية 141
ب) أنظمة قياس المخاطر 142
ج) تقنيات تقييم استحقاق المقترض للقرض 143
ثانيا: هيئات الإشراف على إدارة مخاطر القرض في التشريع الجزائري 146
1) اللجنة المصرفية 147
2) المركزيات التابعة لبنك الجزائر 149
أ) مركزية مخاطر المؤسسات والأسر 149
ب) مركزية عوارض الدفع 154
المبحث الثاني: الحماية البعدية لإبرام عقد القرض البنكي الموجه للمستهلك 156
المطلب الأول: الالتزام بمراعاة الخصوصية لدى المستهلك المقترض 157
الفرع الأول: حماية المستهلك المقترض عن طريق الإلتزام باحترام السر البنكي 157
أولا: التعريف بالالتزام باحترام السر البنكي 157
1) التعريف الفقهي للالتزام باحترام السر البنكي 158
2) التعريف التشريعي للالتزام باحترام السر البنكي 159

ثانيا: نطاق الالتزام باحترام السر البنكي..... 161
1) النطاق الشخصي للالتزام باحترام السر البنكي 161
أ) الطرف الدائن بالالتزام باحترام السر البنكي 161
ب) الطرف المدين بالالتزام باحترام السر البنكي..... 162
2) النطاق الموضوعي للالتزام باحترام السر البنكي..... 163
أ) المعايير الفقهية لتحديد الواقعة السرية 163
ب) شروط خضوع السر البنكي للحماية..... 166
الفرع الثاني: حماية المستهلك المقترض أثناء المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية 167
أولا: الإطار القانوني لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القرض 167
1) مفهوم المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي 168
أ) التعريف بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي..... 168
ب) مبررات حماية معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض 169
2) ضوابط معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي واسقاطاتها في مجال منح القروض..... 171
أ) وجوب مراعاة متطلبات الجمع المشروع للمعطيات ذات الطابع الشخصي 172
ب) وجوب مراعاة حقوق المقترض عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي 172
ثانيا: تقييم آليات معالجة المعطيات الشخصية في مجال منح القروض 175
1) تقييم احكام معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض 175
أ) تعدد الهيئات المسؤولة عن معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض..... 176
ب) المنح الكلي للمعطيات الشخصية للبنوك من طرف مركزية مخاطر المؤسسات والأسر 178
ج) محدودية فعالية المعالجة التي تقوم بها مركزية مخاطر المؤسسات والأسر 179
2) تقييم الرقابة على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال منح القروض 180
أ) صلاحيات السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي واللجنة المصرفية..... 181
ب) تقييم العلاقة بين السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي واللجنة المصرفية 182
المطلب الثاني: الالتزام بمراعاة التوازن الاقتصادي للعقد..... **184**
الفرع الاول: حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير تكلفة القرض..... 185
أولا: حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير احكام الفوائد..... 185
1) حرية البنك في تحديد مبلغ الفائدة..... 186
2) ضرورة فرض الرقابة على معدلات الفائدة..... 187
أ) مبررات فرض الرقابة على معدلات الفائدة..... 188
ب) وسائل وأساليب الرقابة على معدلات الفائدة..... 189

ثانيا: حماية المستهلك المقترض من حيث تأطير المبلغ الاجمالي الفعلي للقرض 193
1) حماية المستهلك المقترض عن طريق ضبط تقنيات تحديد تكلفة القرض 194
2) حماية المستهلك المقترض عن طريق تأمين القرض 197
الفرع الثاني: حماية المستهلك المقترض من حيث ضمان مشروعية القرض 200
أولا: الحماية ضد الممارسات التجارية غير النزيهة في مجال القرض البنكي 200
1) منع التمييز بين العملاء المقترضين 201
2) منع التقديم المشروط للقرض البنكي 202
أ) البيع أو تقديم الخدمة المشروط بمكافأة مجانية 203
ب) البيع او تقديم الخدمة التلازمي 205
3) منع الاشهار التضليلي في عقد القرض البنكي 208
4) منع الممارسات التجارية التضليلية الاخرى في عقد القرض البنكي 210
أ) المقصود بالممارسات التجارية التضليلية 210
ب) تطبيقات الممارسات التجارية التضليلية في مجال القروض 212
ثانيا: آليات تدعيم النزاهة في مجال القرض البنكي 213
1) تدعيم النزاهة اثناء دراسة طلب منح القرض 214
أ) وجوب مراعاة حرية البنك في منح القرض 214
ب) وجوب مراعاة حاجة المستهلك المقترض للقرض 217
2) تدعيم النزاهة أثناء تنفيذ عقد القرض 223
أ) الالتزام بعدم التدخل في شؤون المستهلك المقترض 223
ب) الالتزام بالتدخل حماية لمصلحة المستهلك المقترض 225
الباب الثاني: آليات حماية المستهلك في إطار القرض البنكي 227
الفصل الاول: الآليات الوقائية لحماية المستهلك في إطار القرض البنكي 229
المبحث الأول: آليات حماية المصلحة الجماعية للمستهلكين في إطار القرض البنكي. 229
المطلب الأول: الحماية المؤسساتية لحقوق المستهلك في مجال القرض البنكي 230
الفرع الأول: الهيئات التي تعنى بحماية المستهلك بصفة عامة 230
أولا: المجلس الوطني للاستهلاك 230
ثانيا: لجنة الشروط التعسفية 232
1) تشكيلة لجنة الشروط التعسفية 233
2) اختصاصات لجنة الشروط التعسفية 235
أ) الاختصاص الشخصي لجنة الشروط التعسفية 235

ب) الاختصاص الموضوعي للجنة الشروط التعسفية 236
3) الطبيعة القانونية للجنة الشروط التعسفية..... 241
ثالثا: جمعيات حماية المستهلكين 242
1) التعريف بدور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك المقترض 243
2) تقييم دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك المقترض 245
الفرع الثاني: الهيئات التي تعنى بحماية المستهلك في مجال القرض البنكي..... 247
أولا: بنك الجزائر 248
1) مجلس النقد والقرض 248
2) اللجنة المصرفية 249
ثانيا: لجنة المديونية المفرطة..... 252
المطلب الثاني: الحماية القانونية لحقوق المستهلك في مجال القرض البنكي..... 253
الفرع الاول: الحماية القانونية لحقوق المستهلك في مجال الشروط التعسفية 254
أولا: مفهوم الشروط التعسفية 254
1) المفهوم الفقهي للشروط التعسفية 255
أ) التعريف الفقهي للشروط التعسفية 255
ب) معايير تحديد الشروط التعسفية 256
ج) الاتجاهات الفقهية القائلة حول الشروط التعسفية 258
2) المفهوم التشريعي للشروط التعسفية 262
أ) مفهوم الشروط التعسفية في التشريع الجزائري..... 262
ب) مفهوم الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي..... 266
ثانيا: الإطار القانوني لمواجهة الشروط التعسفية في مجال القرض البنكي 268
1) تطبيقات الشروط التعسفية في مجال القروض البنكية 269
أ) الشروط التي تمنح للمهني امتيازات منفردة 269
ب) الشروط ذات التنفيذ الاختياري من طرف البنك..... 271
ج) الشرط الجزائي التعسفي 273
2) سبل مكافحة الشروط التعسفية في القروض البنكية..... 274
أ) القواعد العامة والقواعد التكميلية للإرادة كوسيلة لمحاربة الشروط التعسفية 274
ب) الجزاء المترتب عن الشروط التعسفية 276
الفرع الثاني: الحماية القانونية للمستهلك في مجال المديونية المفرطة 277
أولا: الإطار العام للحماية ضد المديونية المفرطة في مجال القرض البنكي 278

1) تعريف المديونية المفرطة 278
2) أسباب المديونية المفرطة 279
ثانيا: اجراءات الحماية ضد المديونية المفرطة 281
1) ضرورة توزيع الادوار بين البنك والمقترض في محاربة المديونية المفرطة..... 281
أ) ضرورة التقليل من الدور التحكمي للبنك في مواجهة المديونية المفرطة..... 282
ب) منح المقترض دور ايجابي في محاربة المديونية المفرطة 283
2) الحاجة الى نظام اعلامي محكم 284
3) ضرورة الحرص على تقديم ضمانات كافية 285
4) التنظيم المؤسساتي للمديونية المفرطة..... 286
المبحث الثاني: آليات حماية المصلحة الفردية للمستهلكين في إطار القرض البنكي 287
المطلب الاول: حماية المصلحة الفردية للمستهلك المقترض بصفة عامة 288
الفرع الأول: تكريس قواعد مستحدثة لحماية التراضي في عقد القرض الموجه للمستهلك 288
أولا: تعديل قواعد التعبير عن الارادة في عقود القرض الموجهة للمستهلك..... 289
1) التضييق في مجال السلطة الارادية للبنك..... 290
2) استحداث تقنيات جديدة للتعبير عن الإرادة 291
أ) كيفية تعبير البنك عن ارادته 291
ب) كيفية تعبير المقترض عن ارادته..... 293
ثانيا: تعديل مبدأ القوة الملزمة للإرادة في عقود القرض الموجهة للمستهلك 293
1) مفهوم الحق في التراجع 294
أ) التعريف بالحق في التراجع 294
ب) ضمانات ممارسة الحق في التراجع..... 297
ج) تمييز اجراء التراجع عما يشابهه في القواعد العامة..... 298
2) الطبيعة القانونية للالتزام بالتراجع..... 300
أ) الحق في التراجع هو مرحلة تحضيرية لإبرام العقد 301
ب) العقد المقترن بالحق في التراجع عقد معلق على شرط فاسخ 301
ج) الحق في التراجع حكم غير شرعي واخلال بالقوة الملزمة للعقد..... 302
الفرع الثاني: تدعيم حقوق المستهلك المقترض..... 303
اولا: الحق في الدفع المسبق للقرض 303
1) مفهوم الدفع المسبق للقرض ومبرراته..... 304
2) شروط الدفع المسبق للقرض 306

ثانيا: الحق في تعليق عقد القرض لحين ابرام العقد الرئيسي 307
1) مفهوم الحق في تعليق عقد القرض لحين ابرام العقد الرئيسي 308
2) الحق في تعليق العقد الرئيسي لحين ابرام عقد القرض 310
المطلب الثاني: حماية المصلحة الفردية للمستهلك المقترض في بعض اصناف القروض 313
الفرع الاول: حماية المستهلك المقترض في العمليات البنكية عن بعد 313
أولا: الإطار المفاهيمي للمستهلك المقترض في العمليات البنكية عن بعد 313
ثانيا: آليات حماية المستهلك المقترض في العمليات البنكية عن بعد 315
الفرع الثاني: حماية المستهلك المقترض في القرض العقاري 319
أولا: ضرورة توفير الحماية للمستهلك في القروض العقارية 320
1) تطور الاهتمام التشريعي بعقد القرض العقاري 320
أ) انشاء الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط 321
ب) انشاء شركة ضمان القرض العقاري 322
ج) انشاء شركة اعادة التمويل الرهني 324
2) آليات تشجيع القرض العقاري 325
أ) تقنية توريق القروض العقارية 325
ب) تقنية القروض المجمعة 327
ج تامين القروض العقارية 328
ثانيا: آليات توفير الحماية للمستهلك في القروض العقارية 330
1) تأطير القرض العقاري من حيث تكلفته 330
2) تأطير القرض العقاري من حيث المديونية المفرطة 331
3) تأطير القرض العقاري من حيث التنفيذ المسبق للقرض 335
الفصل الثاني: الآليات العلاجية لحماية المستهلك في إطار القرض البنكي 337
المبحث الاول: تسوية النزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض 337
المطلب الأول: التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض 338
الفرع الأول: مفهوم التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض واسسها. 339
أولا: مفهوم التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض 340
1) التعريف بالطرق غير القضائية لحل النزاعات 340
2) مبررات اللجوء الى الطرق غير القضائية لحل النزاعات 342
ثانيا: أسس ومقومات التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض 343
1) الحفاظ على السرية والخصوصية 344

2) المرونة الإجرائية 345
3) اشراك الأطراف في الحل 345
الفرع الثاني: آليات التسوية غير القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض 346
أولا: الطرق البديلة لحل النزاعات 347
1) التحكيم 347
2) الصلح 349
3) الوساطة 350
ثانيا: الحل الإداري للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض 354
المطلب الثاني: التسوية القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض 356
الفرع الأول: تقييم التسوية القضائية للنزاعات التي تنشأ بين البنك والمستهلك المقترض 357
أولا: قصور دور القاضي والحاجة الى قضاء أكثر مرونة في مجال الاستهلاك 358
1) الدور السلبي للقاضي في القضايا المدنية 358
2) موضوع النزاع يتحدد بواسطة طلبات الأطراف 359
3) عدم جواز تأسيس القاضي حكمه على وقائع خارج الدعوى 361
4) إضفاء القاضي للوصف القانوني للأفعال محل النزاع دون الوقوف على الوصف الذي يقدمه الأطراف 362
ثانيا: مدى ملائمة جزاءات القواعد العامة للحماية الواجب توفيرها للمستهلك المقترض 363
1) الطابع النسبي للجزاءات التقليدية في عقود الإستهلاك 364
أ) فعالية البطلان كأساس لإصلاح الضرر اللاحق بالمستهلك 365
ب) فعالية الجزاءات التقليدية الأخرى كأساس لإصلاح الضرر اللاحق بالمستهلك 367
2) الحاجة الى جزاءات خاصة في عقود القرض الموجهة للمستهلك 368
أ) ضرورة إعادة النظر في الجزاءات التقليدية 368
ب) فقدان الحق في الفوائد كجزاء مستحدث في عقود القرض 370
الفرع الثاني: الحاجة إلى قضاء بنكي متخصص 376
أولا: جدوى إقامة قضاء بنكي متخصص 376
1) مقومات إقامة قضاء بنكي متخصص 377
أ) تسهيل الدخول الى العدالة 377
ب) تقديم الاعلام الكافي للمستهلكين المتقاضين 379
ج) تبسيط إجراءات التقاضي 380
2) الصعوبات التي تعترض إقامة قضاء بنكي متخصص 382
ثانيا: الوسائل القانونية الضرورية لحل النزاعات في المجال البنكي 383

1) إقرار الدور التدخلي للقاضي في المجال البنكي 384
2) جدوى فكرة المسؤولية البنكية..... 386
أ) مدى ملائمة فلسفة المسؤولية المدنية لإقامة الدعوى في المجال البنكي 387
ب) مسوغات فكرة المسؤولية البنكية 389
المبحث الثاني: مسؤولية البنك عن الإخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض..... 394
المطلب الأول: المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض 395
الفرع الأول: المسؤولية المدنية للبنك في حالة عدم منح القرض للمستهلك 396
أولا: التأسيس القانوني للرقابة على منح القرض من عدمه 396
1) الاستناد الى فكرة الارادة ليست المصدر الوحيد للعقد..... 397
2) الاستناد الى فكرة خدمة المساواة العقدية..... 398
3) الاستناد الى فكرة محاربة المخاطر البنكية..... 398
ثانيا: صور مسؤولية البنك في حالة عدم منح القرض 401
1) المسؤولية عن الرفض التعسفي لمنح القرض..... 401
2) المسؤولية عن الإخلال بالوعد بمنح القرض 403
3) مسؤولية البنك بسبب بعثه على الاعتقاد بموافقته على منح القرض 404
4) المسؤولية عن الفسخ التعسفي لعقد القرض 406
الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للبنك عن الاخلال بالتزاماته في حالة منح القرض..... 408
أولا: المسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزامات العامة للبنك..... 408
1) المسؤولية المدنية للبنك في المجال الإعلامي..... 409
أ) المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالإعلام 409
ب) المسؤولية عن إفشاء السر البنكي 412
2) المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بعدم التدخل في شؤون المستهلك المقترض 414
أ) نطاق مسؤولية البنك في إطار الالتزام بعدم التدخل في شؤون المستهلك المقترض..... 414
ب) التأسيس القانوني لمسؤولية البنك عن الاخلال بالالتزام بعدم التدخل في شؤون المستهلك المقترض..... 416
3) المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بواجب الحيطة والحدر 418
ثانيا: المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزامات الخاصة بعقد القرض..... 419
1) ضرورة تفعيل فكرة المسؤولية قبل عقدية في عقود القرض البنكي 419
أ) المسؤولية عن مخالفة الاحكام المتعلقة بالعرض المسبق للقرض 420
ب) المسؤولية عن الخطأ عند التفاوض على القرض 423
2) اصناف المسؤولية المدنية للبنك في مجال القرض البنكي 427

أ) المسؤولية العقدية للبنك عن الإخلال بالتزاماته التعاقدية 428
ب) المسؤولية التقصيرية للبنك عن الإضرار بالمستهلك المقترض 435
المطلب الثاني: المسؤولية التأديبية والجزائية للبنك عن الإخلال بالتزاماته تجاه المستهلك المقترض 444
الفرع الاول: المسؤولية التأديبية للبنك عن الإخلال بإلتزاماته تجاه المستهلك المقترض 445
أولا: الإطار الإجرائي للخصومة التأديبية للبنك 445
1) فتح الخصومة التأديبية 446
2) التبليغ 449
3) إحترام الحق في الدفاع 449
4) التقرير والمداولة..... 451
ثانيا: الإطار الموضوعي للخصومة التأديبية للبنك..... 452
1) الإجراءات الاولية للخصومة التأديبية..... 452
أ) إجراء التحذير 452
ب) الأمر 453
2) العقوبات التأديبية 454
أ) الإنذار والتوبيخ 455
ب) المنع من ممارسة بعض الأعمال أو الحد من ممارسة نشاط معين 455
ج) سحب الإعتماد 456
د) العقوبات المالية 456
الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية للبنك عن الإخلال بإلتزاماته تجاه المستهلك المقترض..... 457
أولا: تقييم فكرة المسؤولية الجزائية للبنك 458
1) الموقف الفقهي من المسؤولية الجزائية للبنك 458
أ) الرأي القائل بعدم جواز المساءلة الجزائية للبنك 459
ب) الرأي القائل بجواز المساءلة الجزائية للبنك 460
2) الموقف التشريعي من المسؤولية الجزائية للبنك..... 461
أ) موقف المشرع الجزائري من المسؤولية الجزائية للبنك 461
ب) موقف المشرع الفرنسي من المسؤولية الجزائية للبنك 462
ثانيا: نطاق المسؤولية الجزائية للبنك وصورها 464
1) المسؤولية الجزائية للبنك في المرحلة التحضيرية لعقد القرض وصورها 464
أ) جريمة بيع أو تقديم الخدمات بدون طلب مسبق من المستهلك 464
ب) الاكراه والضغط على المقترض..... 467

2) المسؤولية الجزائية للبنك في المرحلة البعد عقدية لعقد القرض وصورها 469
أ) الجرائم المتعلقة بنزاهة الممارسات البنكية 469
ب)افشاء السر البنكي 473
ج) الإخلال بأحكام الوقاية من تبييض الاموال عند منح القرض 474
الخاتمة 477
قائمة المراجع 494

الملخص

تحتل ضرورة توفير حماية للمستهلك في عقد القرض البنكي مرتبة مهمة ضمن اهتمامات المشرع، باعتبار المستهلك الطرف الضعيف في العقد بسبب عدم توازن مراكز القوى بينه وبين البنك، لذلك ظهرت الحاجة إلى أحكام حمائية بالدرجة الأولى تراعي مصلحة المستهلك المقترض وتساهم في تقليل مخاطر هذا التفاوت، وهي الحماية التي تنطلق من ضمان حق المستهلك في الحصول على القرض ومنع تعرضه لأي تمييز أو عراقيل، مرورا بتكريس حقوق تساعده في تجاوز التفاوت الاقتصادي للبنك، والتي تتمثل على وجه الخصوص في الحق في الإعلام وحماية التراضي وضمان جدوى العقد بالإضافة إلى حقوق غير مألوفة في عقود القانون الخاص قد تصل إلى حد المساس بالقوة الملزمة للعقد والمتمثلة في الحق في التراجع، لتنتهي هذه بدراسة مدى صلابة تأطير مسؤولية البنك عن الإخلال بالالتزامات السابقة وما توفره من ضمانات للمستهلك .

الكلمات المفتاحية: البنك، المستهلك، عقد القرض، المسؤولية، الضمانات، الحق.

Résumé

La nécessité d'assurer la protection du consommateur dans le contrat de prêt bancaire occupe une place importante dans les préoccupations du législateur en tant que partie faible dans ce contrat en raison du déséquilibre de pouvoir entre lui et la banque, d'où la nécessité d'une protection de la partie faible (le consommateur) et la prise en compte de l'intérêt de celui-ci, notamment la consécration de clauses exceptionnelles impactant le principe de la force obligatoire du contrat telle que le droit de la rétractation. En définitive, cette étude se focalise principalement sur l'efficacité de l'encadrement de la responsabilité de la banque dans l'enfreinte des-dites garanties pour le consommateur.

Mots clés: Banque, Consommateur, Contrat, Prêt, Responsabilité, Garanties, Droit

Abstract:

The need to ensure the protection of the consumer in the bank loan contract occupies an important place in the concerns of the legislator as a weak party in this contract due to the imbalance of power between him and the bank, hence the need for protection of the weaker party (the consumer) and taking into account the interest of the latter, in particular the consecration of exceptional clauses impacting the principle of the binding force of the contract such as the right of withdrawal. Ultimately, this study focuses mainly on the effectiveness of the supervision of the bank's liability in the breach of the so-called guarantees for the consumer.

Key-words: Bank, Consumer, Contract, Loan, Liability, Guarantee, Right