

جامعة سعد دحلب البليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

رسالة دكتوراه

الجوانب القانونية والعملية لعقد القرض العقاري

(دراسة مقارنة)

من إعداد الطالبة

بوحفص نعاة

أمام اللجنة المشكلة من :

أستاذ التعليم العالي ، جامعة سعد دحلب البليدة ، رئيساً	أ.د. محمودي مراد
أستاذ التعليم العالي ، جامعة سعد دحلب البليدة ، مشرفاً مقررًا	أ.د.بن شويخ الرشيد
أستاذ التعليم العالي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،عضوا مناقشا	أ.د.جعفور محمد سعيد
أستاذ محاضر، جامعة مولود معمري تيزي وزو، عضوا مناقشا	د. كتو محمد الشريف
أستاذ محاضر جامعة سعد دحلب البليدة عضوا مناقشا	د.رامول خالد
أستاذ محاضر جامعة الصديق محمد بن يحيى عضوا مناقشا	د. سمار نصرالدين

السنة الجامعية 2009/2008

ملخص

يعتبر قطاع الإسكان من أكثر القطاعات التي ترتبط بمستويات الدخل للفرد واستفادة من النمو والتنمية الاقتصادية في الدول .

لقد شهدت الجزائر إلى غاية التسعينيات ،استمرار السيطرة الكبرى للدولة على حركة النمو العقاري، لكن الانفتاح الاقتصادي في هذه الفترة الزمنية ساعد على رفع مستوى المعيشة ومستويات الدخل .

كان ذلك عاملا أساسيا على توسع الفجوة ،بين حجم الطلب والعرض في سوق العقارات خاصة في ظل التطلعات، التي مثلتها الطبقة الوسطى في المجتمع الجزائري

لإزالة العراقيل ذات الطابع القانوني والتنظيمي التي كانت تشكل مكبحا في التمويل العقاري ، ودفعا للجهد الوطني للحد من أشكال السكن، تدخلت الدولة بآليات أخرى.

قامت بدراسات تشخيصية وتحليل دقيق، للأنظمة المتعلقة بقطاع التمويل العقاري بكل جوانبه للنهوض بهذا القطاع، ليس من خلال تدخل الخزينة العامة ،إنما باشتراك الخواص في هذا المجال وحثهم على المساهمة للحد من هذه الإشكال .

يقصد بالخواص المؤسسات المصرفية، التي كانت بعيدة على تمويل العقارات، فبادرت الدولة بعدة عمليات:

- إجراء إصلاحات تشريعية ،خلال هذه الفترة التي أثرت بصورة نسبية على سوق الاستثمار العقاري كإصدار القوانين المتعلقة بالترقية العقارية والنشاط العقاري ونخص بالذكر القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04/03/1986.

شجعت أحكامه إنشاء مقاولات البناء والمنشآت العمومية ،الخاصة لبناء المساكن وتحفيز مشاركة المواطنين في تمويل سكناتهم .

إن النظام الذي جسدت تطبيقه الأحكام الخاصة بالترقية العقارية ،كان لا يختلف في بعض جوانبه عن الخدمة العمومية، حيث تدخلت السلطات المحلية في إطار الترقية العقارية دون أدنى احترام للشروط الاقتصادية، الخاصة بقانون العرض والطلب أو المخاطرة التجارية، فضلا على أن هذا النظام أدى إلى تضخم تكاليف السكنات المنجزة.

بحكم هذه السلبيات أصدر، المشرع الجزائري المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في

1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري

أضفى الصفة التجارية على المتعامل في الترقية العقارية، الذي يتوفر على الأهلية القانونية التجارية، فكان هذا القانون بمثابة وثبة نوعية في مجال تعبئة الاستثمار الخاص، في ميدان الترقية العقارية.

ظل الضغط على العرض في ميدان السكن متصاعدا بحكم ثقله الاجتماعي وقيمه السلعية. هو سلعة اقتصادية ضرورية، و خزان هام للشغل وعامل أساسي للتوازن داخل المجتمع، لذا أولته الدولة لتطويق أزمة إنجاز السكن، عناية خاصة ضمن مفهومها للسياسات العمومية. لخروج من الركود العقاري، الملاحظ رغم صدور النصوص القانونية السابقة، فقد تم إصدار قوانين منظمة لنشاط المؤسسات المالية، على أمل أن يحقق تدخل هذه المؤسسات توازنا في العلاقة بين العرض والطلب على السكنات العقارية.

كانت من أهم النصوص القانونية التي صدرت في هذا الشأن القانون رقم 86-12 المؤرخ في 19/08/1986، الذي حدد الإطار القانوني المشترك للنشاط البنكي لمختلف مؤسسات القرض ثم صدر القانون رقم 90/10 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بالنقد والقرض الذي بموجب أحكامه، نوعت مؤسسات القرض من نشاطاتها .

تدخلت بصورة محتشمة في تمويل القطاع العقاري بوصفها دائما ممتازا، ثم صدر الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض .

في نفس هذا المحتوى الفكري القانوني قامت الدولة، بإجراء دراسات شاملة للإطار النظامي والمؤسسي للإقراض العقاري وتحديد الأعمدة الرئيسية، لما يمكن أن نسميه بمنظومة الإقراض العقاري وهي السوق الأولية والسوق الثانوية والسلطة التنظيمية أو الإشرافية.

تم إنشاء منشآت مساعدة على منح القروض العقارية، وهو العامل الذي شجع المؤسسات المالية على الإقدام على تمويل القطاع العقاري، بعد إجماع على منح القروض والتسهيلات الائتمانية . كانت ترجع أسبابه في المحصلة، إلى اختلال في هيكلية السوق الإسكاني، حيث كانت تتشدد في الإجراءات المتعلقة بالضمانات المقدمة وطرق منح هذه القروض .

من المؤسسات الجديدة التي ظهرت ضمن، هيكل سوق الاستثمار العقاري في الجزائر نذكر، الصندوق الوطني للسكن Caisse nationale de logement صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية FGCMPI : fonds de garantie de caution mutuelle de la promotion

immobilière شركة ضمان القرض العقاري Societe de garantie des credits immobiliers

SG CI شركة إعادة التمويل الرهني SRH : Société de refinancement hypothécaire

انطلقت مؤسسات القرض في الجزائر، مطبقة العادات والأعراف المصرفية الخاصة بنشاط إقراض الأموال، لاستثمارها في شراء مسكن خاص أو بناء ذاتي أو ترميم وتوسيع المسكن القديم، بضمان رهن العقار رهنا رسميا .

لقد مكن تواجد هذه الهيئات، من إيجاد خطوط تمويل جديدة للقرض العقاري وأضحى من الضروري تنظيم وتقنين عمليات منح الائتمان ومنها القرض العقاري الذي يرفضه بعض المواطنين لأسباب دينية محضة لا اقتصادية.

كما منح المشرع الجزائري، كآخر لبنة لطرح تنظيم القرض العقاري، إمكانية مؤسسات الإقراض التي تمنح قروضا عقارية للمواطنين، من إحالة حقوقها الناشئة عن اتفاق القرض إلى شركة إعادة التمويل.

تباشر نشاط التوريق طبقا لأحكام قانون سوق المال العقاري الثانوية، المنظم بموجب القانون رقم 05/06-0 المؤرخ في 20 / 02 / 2006 الذي تضمن توريق القروض العقارية.

رغم كل هذا المجهود، فهل عقد القرض العقاري الذي يبرم بين مؤسسات القرض والمقترض، بحسب الأعراف والعادات التجارية المصرفية يوفر مقومات نظام جيد للتمويل العقاري وهل أصاب مشرعنا، في تطوير سياسات الإصلاح المؤسساتي لسوق التمويل العقاري؟.

إن السكن يمثل فعلا ضرورة وحاجة شخصية وعائلية، هو على هذا الأساس موضوع استهلاك، وإن أهم ما يميز عقد القرض العقاري هو اختلال التوازن بين طرفيه.

يبرم بين طرف ضعيف هو طالب القرض، وبين مؤسسة ذات خبرة وامتهان في المسائل التجارية والعقارية ولا شك أن آثار عدم المساواة، هذه تزداد خطورة مع تعقيد شروط العقد وأهمية المبالغ موضوع طلب الائتمان.

إن تدخل مشرعنا لتنظيم هذه العملية، في ظل اتساع الفجوة بين المطلوب والمعروض من المساكن الجاهزة أو العقارات الموجهة للبناء، عبر قوانين متفرقة غير متخصصة، أضحى له بعد نظري أكثر منه عملي تطبيقي حمائي.

إعادة التوازن في العلاقات التعاقدية الناشئة، عن عقد القرض العقاري، تقتضي وضع قواعد قانونية آمنة لحماية الطرف الضعيف من تجاوزات المتعاقد الممتن.

بالتعرف على العوامل التي تعوق أو يمكن أن تؤدي إلى إعاقة الإقراض العقاري والتي تؤثر سلبا في تطوير وتنمية سوق فاعل للتمويل الإسكاني.

التركيز على إرساء إطار قانوني ومؤسسي، يستجيب لاحتياجات السوق ويشجع الاستثمارات الخاصة ويوفر حماية لمصالح وحقوق جميع الأطراف، لذات العلاقة من مؤسسات مالية مقرضة ومقرين عقارين ومستهلكين وهي أهم محاور هذه الدراسة.

مبررات البحث

حاولنا من خلال هذه الدراسة الإجابة على إشكالية رئيسية السابقة التي تدور في أغلبها حول أساسيات عقد القرض العقاري من النظام القانوني له، شروط صحته، مجالات تطبيقه ونوعية الضمانات الكفيلة لإتمامه، ضمان حقوق والتزامات أطراف القرض العقاري، و في المخاطر الائتمانية المتعلقة بالقرض العقاري واحتمالات حدوثها و محاولة معالجتها.

إن هذه الدراسة نراها ضرورية وذات أهمية نظرا للفراغ القانوني في التشريع الجزائري بشأن نظام القروض العقارية وذلك للوقوف مدى مساهمته في تنمية الطلب على المنتجات العقارية وتنشيط السوق العقاري بالأنشطة المساندة لإتمام تنفيذ عقد القرض العقاري.

لما كان البحث القانوني أنيط به طرح مشكلة تواجه المجتمع واقتراح حلول لها ، اخترنا موضوع هذا البحث إن هذه الإشكالية التي حاولنا طرحها فيما سبق نرى فيها تمثيلا للخطوط العريضة لعناصر خاصة بمنظومة التمويل العقاري بأدواتها التشريعية والتنظيمية المحددة لنظام الائتمان العقاري في الجزائر ومن شأنها أن تعرفنا على الأسس الشرعية والاقتصادية للمصارف الإسلامية في تمويل الإسكان ومدى نجاح مشرعنا في توفير الشروط التشريعية والنظامية و الحمائية لتفعيل وتنشيط إبرام وتنفيذ عقود القرض العقاري.

إن التوجه الحكومي الجديد المتمثل في الانتقال من دور الدولة المنتج للسكن إلى دور المنظم، يعتبر خطوة سليمة في الاتجاه الصحيح.

لنجاح هذه السياسة لابد من توفير البيئة الملائمة، لهذا التشريع والقيام ببعض الإصلاحات كالإسراع في تجسيد وتفعيل سوق الأوراق المالية، وإنشاء سوق خاص بالقروض العقارية.

يحتاج التمويل في القطاع العقاري إلى:

- أموال كبيرة، وفترة سداد طويلة بينما التمويل المصرفي متاح حالياً يتسم بقصر آجاله.
- مراجعة القوانين والتشريعات المختلفة المعيقة لعمل هذا المشروع الجديد، بالتخفيف من الرسوم والتعقيدات الإدارية المؤثرة من قريب أو من بعيد على القطاع العقاري.
- العمل على وضع أسس وقواعد واضحة تساهم في تخفيض درجة المخاطرة، التي قد تتعرض لها البنوك والمؤسسات المالية في المجال العقاري.

-رفع القدرات المهنية للإطار المصرفي المتخصص بالتمويل العقاري.
-زيادة وتنويع الخدمات المصرفية المرتبطة بإبرام وتنفيذ عقود القرض العقاري وتحسين جودة الخدمات المتصلة به.

لقد لوحظ ميدانيا ولاعتبارات دينية بحتة، أن الكثير من المواطنين رغم حاجاتهم للسكن وإمكانياتهم لتسديد القروض العقارية، التي تمكنهم من تلبية هذه الحاجة، التي أصبح الحصول عليها ممكنا من المؤسسات الممولة، فإنهم يتجنبون طلبات القروض العقارية.

رأينا انه من الضروري لإثراء موضوع هذه الدراسة المقارنة ومن الإنصاف أن نبحث في موقف شريعتنا الغراء في أحكام عقد القرض بصورة عامة والقرض العقاري بصورة خاصة .

في سياق هذا طرح حرصنا على تبيان الجوانب الفقهية لعقد القرض العقاري بالتعريف به في الشريعة الإسلامية، الوقوف عند شروط صحته، و في أحكام الربا وأثرها على عقد القرض العقاري، في ضوابط العمل المصرفي الإسلامي و البديل الإسلامي المقترح للقروض العقارية. هناك إجماعا في الفقه الإسلامي، على تحريم أخذ فوائد على القرض العقاري، لأنه من قبيل الربا المحرم، في حين أجاز الفقهاء أخذ مصاريف إدارية .

تضاف لقرض التمويل و تكون بمثابة أجور للموظفين والعمال والمرافق التي يستخدمها المقرض.

هناك بدائل مشروعة، يجب أن تحل محل أخذ فائدة على القرض العقاري :

- قيام الممول ببناء المشروعات العقارية، بنفسه وبيعها بالتقسيط، عن طريق عقد الاستصناع الجائز شرعا، و أن أخذ الممول ضمانات تضمن له حقه، اتجاه المقرض أمر لا شبهة فيه وهو جائز شرعا.

-سمحت بعض الأساليب و الصيغ المقترحة، مثل المشاركة المتناقصة والإيجار والاقتناء بتوسع مجال استثمارات البنوك المصرفية في عملية تمويل المشاريع الإسكانية وتكييفها مع متطلبات السوق العقارية.

هذه البدائل تع تطبقا للأحكام التي تبناها مشرعا في بعض نصوصه:

-لمرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق ل 23 أبريل سنة 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك .

-المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

- المرسوم التنفيذي رقم 04-137 المؤرخ في أول ربيع الأول الموافق ل 21 أبريل سنة 2004 المتضمن شروط و كفيات شراء في إطار البيع بالإيجار السكنات، المنجزة بأموال عمومية أو موارد بنكية أو غيرها من طرق التمويل.

خصنا الفصل الأول من هذه الدراسة لماهية عقد القرض العقاري وقواعد إبرامه، بتناول ذاتية هذا العقد، ما يميزه عن غيره من المراكز القانونية، تتبع مراحل إبرامه ومعرفة ميكانزمات ربطه بالعملية القانونية المقصود تمويلها.

القرض العقاري هي التي تمنح بصفة اعتيادية للأشخاص الطبيعيين لتمويل عمليات اقتناء بالتملك أو بالانتفاع للعقارات المعدة للسكن والمصاريف المتعلقة ببنائها وإصلاحها وترميمها، أو صيانتها وشراء قطع الأرض لبناء العقارات المعدة للسكن.

لا تستفيد منها الأشخاص المعنوية العامة، كما لا توجه كيفما كان شكلها، لتمويل نشاط مهني للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين .

ما يميز عقد القرض العقاري أنه يرتبط بعناصر خاصة تتعلق بأطراف العقد وكذا بالأنشطة الممولة أي بسبب العقد، لكن يجمع بينها وحدة الهدف أو موضوع العقد نفسه، وهو المجال العقاري.

إن عقد القرض العقاري هو اتفاق من نوع خاص قد ينشأ بين طرفين هما المقرض والمقترض، وقد ينشأ بين ثلاثة أطراف هم البائع والمشتري والمقرض بوضع تحت تصرف أحد الشخصين مبالغ مالية تخصص بصف أساسية لتملك إحدى العقارات أو الاستثمار في البناء أو لغرض ترميم أو تحسين هذا العقار مقابل تسديد المستهلك

هو يختلف عقد القرض العقاري، عن الائتمان الاستهلاكي، المخصص للحصول على السلع الاستهلاكية من نواح عدة كما يختلف عن الاعتماد الإيجاري.

هو من العقود الممولة للبيع بناء على التصاميم كاتفاق ثلاثي الأطراف ، وقد اكتفى تنظيم المشرع الجزائري بتحديد الجهات التي يسمح لها بممارسة أنشطة التمويل العقاري فحصر، الأمر على البنوك التي تمارس بطريقة اعتيادية العمليات المصرفية.

إن هذا العقد هو من عقود المعاوضة التبادلي الزمني، ذا طبيعة تجارية، ملزم للجانبين يبرم لغرض سكني لا لأغراض مهنية و عملية مالية وائتمانية.

بهذا الوصف له طابع قانوني مميز بجوهر اقتصادي محدد ومنه بحثنا في رضائية وعينية عقد القرض العقاري .

لقد استقر العمل على أن الشروط الخاصة بعقد القرض العقاري تذكر كتابة في محرر يطلق عليه عقد القرض العقاري وتسميه المصاريف الإسلامية "عقد الاستصناع، وهو ما بحثنا عنه من خلال تحليل أحكام المرسوم التنفيذي 132/06 المؤرخ في 04/04/2006، المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى.

استلزم المشرع تحرير اتفاق القرض العقاري في وثيقة، تمكن المقرض في حالة عدم الوفاء بمستحقاته، بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق القرض، والأمر بالحجز على العقار الضامن تمهيدا لبيعها، وهو ما يقضي أن يكون الاتفاق موثقاً، أو مصدقاً على التوقيع فيه و تحديد تاريخ إبرامه. ان الكتابة، هي في الأصل شكلية إثبات وليست شكلية انعقاد و إن استبعاد مد نطاق الحماية القانونية المقررة لنشاط التمويل العقاري إلى القروض الموجهة، لتمويل أنشطة مهنية، و بصفة خاصة تلك التي يزاولها شخص طبيعي أو اعتباري على سبيل الاعتياد، يعود إلى الطابع الحمائي الذي يميز قواعده

تولى القوانين الحديثة، اهتماما كبيرا بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية، التي يدرجها المهني في نماذج العقود التي يطرحها على جمهور المستهلكين، لمنهج الذي تبناه مشرعنا من خلال أحكام القانون رقم 02/89 الملغى بموجب القانون 03-09 والأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والقانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لاسيما المادة 30 منه وأخيرا المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006.

تصدر القروض العقارية، بأسلوب موحد في شكل عقود نموذجية، معدة و مهياً مسبقاً لانطلاق مرحلة ما قبل التعاقد كعقد نموذجي.

ليس معناه أنه من العقود النموذجية الإدارية التي تتحدد، بنص قانوني أو تنظيمي، كوعاء تفرغ فيه العلاقة التعاقدية دون أدنى حق للإطراف في تعديل مضامينها .

يترتب على اعتبار عقد القرض العقاري من قبيل عقود الإذعان نتائج مهمة:

-تتصل خاصة بسلطة القضاء إزاء تفسير الشروط الغامضة وإلغاء أو إبطال الشروط

التعسفية .

-بهدف معالجة اختلال التوازن بين أطراف العلاقة القانونية.

-القضاء على المعوقات التي كانت تعترض سبيل اللجوء إلى مثل هذا النوع من الائتمان.

إن الوسائل المختلفة المستخدمة والمقترحة ،لحماية الطرف المذعن وإلغاء الشروط التعسفية، قد تناولها مشرعنا بالتنظيم ونص على مسؤولية المهني، وحدد العقوبات المترتبة قانونيا وحتى ميدانيا لا يوجد مبدأ عاما يضمن هذا التوازن .

لمكافحة عدم التوازن التعاقدى تناولنا أهمية الرجوع لضوابط أصولية مستمدة من المرجعية الشرعية المحددة تكون هي الأساس الذي يرد إليه دور القاضي في التعديل هذه القواعد، كمبدأ حسن النية وفكرة السبب وتجزئة العقد قاعدة والضرر يزال وأصلها قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار".

كحكم عام ينطبق على كافة المسائل الشرعية ،منع الشارع الإضرار بالغير منها الإضرار بمصلحة المقترض و قاعدة المشقة تجلب التيسير وأخيرا فكرة العدالة من خلال تتبع مراحل إبرام هذا العقد انطلاقا من لحظة الدعوة إلى التعاقد والتزام المقرض بعلانية اتفاق التمويل العقاري ودور عملية الإشهار إلى حين صدور قرار منح القرض .

إن مواجهة الإعلانات الكاذبة والمضللة على المستوى الأول بفرض عقوبات قانونية مدنية وجنائية و إجراء نوع من الرقابة والانضباط الذاتي من جانب أصحاب المهن لتسهيل هذه العملية. لتفعيل دور المركزية للأخطار الخاصة بالقروض الاستهلاكية،يمنع منح القروض للحالات التي ترتفع فيها المخاطر ولفئات ذات الدخل الضعيف، حتى يؤمن استيفاء مبلغ القرض في حالة عجز المستفيد،لان المتطلبات الأساسية للانطلاق في الدراسة تتمثل في التأكد من توفر معايير وكيفيات منح القرض العقاري، الذي ينبغي أن يخضع للقوانين والأنظمة المعمول بها ولسياسة القرض المطبقة في عمليات التمويل العقاري، التي تقتصر على المعاملات المحققة في السوق البنوية الابتدائية مدعمة بتقييم خاص للمخاطرة التي قد تنتج :

-عن تقلبات أسعار الفائدة سواء في السوق المالية أو في السوق الثانوية في مرحلة إعادة التمويل .

-المخاطرة غير المنتظرة وهي الجمع بين المخاطرة الناتجة عن التدهور في سعر الفائدة والمخاطرة الناتجة عن عدم الوفاء وكذا المتعلقة بالتغيير في معدلات الفائدة.

يلتزم المقرض بأن لا يطالب برد المثل بحسب جدول الاستحقاق المتفق عليه إلا في الأجل المحددة و بتبصير المقترض و الإفضاء إليه بالمعلومات .

الذي يقابله التزام المقرض بالوفاء، بالمستحقات وبتوابعها من فوائد وعمولات ومصاريف و استخدام القرض بحسب الغرض المخصص له، وكذا دفع مصروفات العقد و المحافظة على العقار الضامن.

تضاربت الآراء حول طبيعة الشرط الوارد في القرض العقاري الذي يوجب المقرض في حالة التسديد الكلي أو الجزئي المسبق بدفع تعويض مناسب، حيث اعتبر من قبل الشروط التعسفية إلا أن القضاء أكد على أن التعويض عن التسديد المسبق لا يعد شرطاً جزائياً.

هذا التعويض لم يقصد به ضمان تنفيذ التزامات المقرض بل تعويض المقرض في حالة التسديد المسبق، عن بقية الفائدة الوسطى للقرض التي لم يتقاضاها، بحكم هذا التسديد المسبق . أن هذه القاعدة تعد من النظام العام الواجبة الاحترام وهي تطبيق للقواعد الخاصة المنظمة للقرض العقاري الواجبة التفضيل عن القواعد العامة .

إن الخاص يقيد العام ومن ثم لا يحق للقاضي تخفيض مبلغ التعويض المحدد، ذلك انه إذا كان منطقياً لا يمكن معاقبة من أقدم على تنفيذ التزامه قبل حلول الأجل وإلزامه، بدفع تعويض على خلاف الوضع، عند التأخر في الوفاء، يمكن مع ذلك أن يسمح للمقرض بأن يشترط تعويضاً لا يتجاوز حداً معيناً .

أبرم القرض لتحقيق مصلحة المقرض الذي قد يتضرر، من الوفاء المعجل فتضيع عنه فرصة الحصول على حقه في الفوائد الغير المستحقة وتحمله لمصاريف تسيير إضافية . قد يكون عقد القرض العقاري بطبيعته قرصاً تكميلياً لعقد البيع أو البناء أو إصلاح مسكن أو إعادة هيكلته حيث لا يلتزم المقرض إلا إذا أبرم العقد الأول الأصل، فتنشأ روابط قانونية متبادلة بين عقد القرض العقاري وعقد البيع.

هذا التداخل بين العقدين ينظمه الشرط الواقف والشرط الفاسخ فبحثنا عن ميكانيزمات الربط بين عقد القرض العقاري والعملية القانونية المقصود تمويله

من باب الوضوح و تحديد طبيعة وآثار الالتزامات الناجمة عن هاذين العقدين نرجح بالفصل بينهما مع تنظيم جملة القواعد التي تحكم مسألة الارتباط بينهما، علاقة الترابط لا علاقة الدمج تحقق عدة فوائد.

تفرض خصوصية العقد تدخل المشرع للاهتمام أكثر:

بشكل ومضمون الإيجاب الصادر عن المؤسسات المقرضة.

-نوع البيانات الإلزامية وأيضاً الاختيارية التي يجب أن يتضمنها .

- عدم إغفال أهمية تنظيم عملية الإشهار والدعاية لهذا القرض .

- حق المقرض في حقي الإعلام والنصح وفي أهمية معرفته لالتزاماته بشكل واضح لاسيما فيما يتعلق بالقيمة الإجمالية الحقيقية للفائدة TEG ، لمحاربة الفوائد المجحفة.

تقترب إلى حد بعيد بالربا ،التي ينبغي أن تحارب بنصوص قانونية أمره وليس عن طريق الشروط البنكية مع هامش التصرف، الذي قد تستغله البنوك التجارية والمتخصصة .

- تفعيل دور المشرع خلال كل مراحل إبرام وتنفيذ عقد القرض العقاري لمنع كل وسيلة تسلكها البنوك مانحة هذه القروض وتكون هذه الوسيلة مسببة ضررا بمصالح المقرض أو مصحوبة بالغش أو التدليس أو بالاستغلال أو بالربا.

بحثنا في الفصل الثاني في الهندسة التنظيمية بشأن المخاطر الائتمانية التي تجعل مسألة استرداد القروض العقارية الممنوحة تصل إلى نسبة 100% ،بتدخل المؤسسات المسيرة للقروض العقارية كشركة إعادة التمويل أرهني وشركة ضمان القرض العقاري.

يعتبر الخطر في القرض العقاري عنصرا ملازما له ولا يمكن إبعاده بصفة نهائية من أجل زيادة الاحتياط، تلجأ مؤسسات القرض إلى طلب ضمانات ذات أهمية كبرى. تخضع البنوك بصفة عامة لعادات وتقاليد مكتسبة في شأن الضمانات في القرض العقاري كما سمحت التجارب والأعراف البنكية المتولدة عنها بخلق عادات وصيغ لاختيار الضمانات المناسبة . تسعى الجزائر إلى تحديد إطار عام لتنظيم عمليات التمويل العقاري، بخلق ثقافة عقارية في مجتمعنا من خلال آخر النصوص القانونية التي صدرت وخاصة تلك المتعلقة بتوريق القروض الرهنية والتأمينات.

التقنيات الجديدة التي استحدثها مشرعنا، من أجل إعادة تمويل القروض الرهنية ستعطي دفعا قويا في المستقبل للإقراض العقاري وعدم تردد مؤسسات القرض على منح القرض العقاري الذي أصبح الوسيلة القانونية الناجعة لتنشيط مجال التمويل العقاري والقضاء على مشكلة السكن.

إن برامج الإسكان في الجزائر، تعد جزءا لا يتجزأ من سياسة اقتصادية مترابطة تقوم على أساس اقتصاد السوق فتجعل الاستثمار أكثر أمانا والمنافسة تتزايد، ذلك أن مشكلة السكن نعم هي من المشكلات التي لها انعكاسات إنسانية وتأثيرات في مجال القيم والسلوك وإيجاد الدافع الذاتي للعمل والإبداع لكنها، أيضا تتعلق بتهيئة وحشد موارد مالية معتبرة..

تساعد عملية التوريق التي نظم أحكامها مشرعنا من خلال القانون 06-05 كأداة قانونية حديثة على تدوير جزء من الأصول السائلة الناجمة عن توريق أصول غير سائلة الضامنة لديون لدى الغير، دون أن يحتم ذلك زيادة في الجزء المخصص للمخاطر في ميزانية مؤسسات القرض. هو ما يشكل دفعا للسوق العقارية، فيساعد على تحريك الجهات التمويلية لتوسيع أعمال وزيادة عدد القروض العقارية الممنوحة.

ترتكز هذه الصيغ على الربط بين نوع الضمان ومدة القرض، لقلّة التحكم في تطورات المستقبل ومع ذلك فهذه الضمانات لا يجب أن تثقل كاهل المقترض ولا الضامن في حالة الضمانات الشخصية ومنه ضرورة تقرير النظام الحمائي للمقترض، حتى في حالة إقرار حق المؤسسات المقرضة في طلب حصولها على ضمانات عينية كانت أو شخصية أو غير عينية كالتأمين.

لتحليل الأحكام المنظمة لعقد الرهن الرسمي وخاصة منها الواردة في المادة 903 ق م أهمية بالنسبة للموضوع وكذا التطرق لفكرة محو وتطهير العقار من الرهن والأتعاب المتعلقة بهذه العملية والتي ينبغي تبسيطها أكثر وتخفيض تكاليفها وأتعابها.

أصاب المشرع الجزائري في تنظيم كثير من المسائل التي قصد بها حماية المدين الرهن ومع ذلك لا بد من إلزام مؤسسات القرض من خلال السلطة النقدية بإيضاح المسائل للمدين الرهن لإبرام العقد وهو على دراية وعلم بالآثار القانونية المترتبة والعمل كذلك على تبني مشرعا لما استحدثت في فرنسا من أحكام خاصة في مجال التأمينات العينية ومنها الرهن الرسمي و تقرير أنواع أخرى من الرهون منها الرهن القابل للتعبئة L'Hypothèque rechargeable والقرض الربحي الرهنّي Le prêt viager hypothécaire، وتشجيع حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على العقار بدل من الرهن الرسمي المقرر كشرط أساسي وإلزامي لمنح القرض العقاري.

يزيد اكتتاب التامين من أعباء و التزامات المقترض و من تكلفة القرض، فهو تامين يتعلق بشخص المقترض و كذلك بالمال العقاري الممول بالقرض محل الرهن العقاري و هو تامين من جميع الأخطار.

يخضع عقد التامين كعامل من عوامل تشجيع الائتمان و مواجهة المخاطر الائتمانية التي يتعرض لها المقرض للأحكام العامة، لإنشاء العقود و مع ذلك فهو يتميز ببعض الخصائص و الإجراءات الفنية والتقنية التي تفرضها الطبيعة المشتركة بين عقد القرض العقاري و عقد التامين باعتبارهما من عقود الإذعان.

تعتمد مؤسسات القرض في الجزائر، بطريقة آلية إلى المطالبة بالضمانات الشخصية دون

مراعاة:

- لمخاطر هذا الالتزام

- لتطبيق القواعد الشرعية

- للقاعدة العامة التي لا تجيز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد .

الكفالة التي تشترطها الهيئات المقرضة هي كفالة تضامنية محدودة غير قابلة للتجزئة

.Caution Solidaire Limitée Indivisible

منه أهمية إلزام المقرض :

* بواجب الإعلام وأخطار الكفيل بكل ما يتعلق بهذا القرض في فترة انعقاده

* طيلة فترة تنفيذه وخاصة عند حدوث عارض من عوارض الدفع .

* احترام مبدأ التناسب بين نطاق التزامات الكفيل ومداه خيله وأمواله التي قد تكون محل

تنفيذ.

* تكملة عقد الكفالة بإجراء شكلي، حتى ولو تم بالصيغة الرسمية للتنازل عن حق التجريد

والتزامه بالوفاء دون اشتراط رجوع الدائن المقرض على المدين الأصلي.

* تحديد نطاق التزام الكفيل بنطاق عقد القرض فلا يجوز تشديد التزاماته، لأن الكفالة حق

تبعي يرتبط بالدين الأصلي في مدته وطرق وفائه.

رغم الحرية العقدية إلا أنه لا بد من فرض حماية للكفيل بالنص في عقد الكفالة على

مسؤولية مؤسسات القرض في حالة الكتمان الذي يشكل تدليسا، والالتزام بمؤسسات القرض بتقديم

النصح. La mise a la charge du créancier d'une obligation de conseil de la caution

من الأعمدة الأخرى لما يمكن أن نسميه بمنظومة الإقراض العقاري التي من شأنها معالجة

المخاطر الائتمانية لهذا العقد لاسيما وأن الائتمان العقاري هو قاطرة النمو لكل اقتصاد، تم إنشاء

وتسيير وتنظيم الهيئات المدعمة والضامنة لعملية منح القروض العقارية، كشركة ضمان القرض

العقار التي تتكفل بحماية المؤسسات المقرضة المساهمة في التمويل العقاري ضد جملة من

الأخطار خاصة منها خطر عدم التسديد أو ما يعبر عنه بمخاطر العملاء و إعسار المقرض الوقتي

أو النهائي .

يعد تحسين مستوى تحصيل القروض من الانشغالات الدائمة، لكل البنوك المانحة للقروض خاصة العقارية منها وهي مسألة جد مهمة، لأنها تشكل معيارا لقياس الصحة المالية لكل مؤسسة. لذا ركزنا على الآليات القانونية لمعالجة المنازعات الناشئة عن تعثر المقرض.

عملت البنوك على خلق آليات لتسيير هذه الديون وتحصيلها حتى تتمكن من احترام القواعد الاحترافية لتسيير البنوك والمؤسسات المالية التي تهدف إلى تنظيم وتأطير Encadrement عملية توزيع القروض.

لا تقتصر مرحلة ما قبل النزاع وخلافا للاعتقاد السائد على إنذار المدين ومطالبته بالوفاء بدعوته عن طريق البريد، بل تضم الإجراءات المتخذة من قبل البنك لتذكير المدين بإخلاله . لا يعد الأعدار جزاءا في حد ذاته ، بل مقدمة لتوقيع جزاءات أشد و وضع المقرض موضع المقصر في تنفيذ الالتزامات ، المترتبة على عقد القرض .

الإنذار بالوفاء sommation de payer لا يوجه عن طريق البريد مع الإشعار بالوصول بل تطلب مؤسسة القرض لتبليغه تدخل المحضر القضائي، الذي يشتغل في دائرة اختصاص إقامة المدين كما يحق للبنوك والمؤسسات المالية بحكم الامتياز الذي تحضي به قانونا وبدون طلب قضائي حجز ما للمدين لدى الغير .

أما النوع الثاني من هذه الآليات فيتعلق بتحريك الدعوى القضائية ومع ذلك فكل شرط تعاقدية من شأنه منح الاختصاص لغير موطن المدعى عليه يعد باطلا، ومنه منح القاضي سلطة إثارة أوجه دفاع الطرف الضعيف في هذا العقد، الذي ينطوي على كل خصائص وعناصر عقد الإذعان، الذي يتجسد فيه التفاوت الاقتصادي بين المحتكر الفعلي والاقتصادي والطرف مدعن.

تجلت من آخر النصوص القانونية التي أصدرها مشرعنا، حماية مصالح المؤسسات المقرضة وقد نظم المشرع الجزائري الإجراءات العملية للتنفيذ على أموال المدين بعد عجزه أو التأخر عن الوفاء بالدين، تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 132/06 المؤرخ في 4 ربيع الأول عام 1427 الموافق ل 4 أبريل 2006 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى.

خصصنا الفصل الثالث للمخاطر الائتمانية للقروض العقارية بالنسبة للمقرض من حيث الوقاية والمعالجة للوقوف عند نوع الصعوبات التي قد تعترض المقرض في مواجهة المؤسسة المقرضة المخلة بالتزاماتها المهنية.

رغم التفوق من حيث القدرة الاقتصادية و الخبرة المهنية و التنظيم القانوني و التقني، لا بد من حصر الأسباب التي قد تكيف بأنها شرعية، والتي تبرر رفض مؤسسات القرض، طلبات القروض العقارية و إلزامها بجبر الضرر .

ركزنا في هذا الفصل على صعوبة مقاضاة مؤسسات القرض و جزاء إخلال المقرض بقواعد منح القرض العقاري، واليات الوقاية من حالة التدين و طرق معالجتها بتفعيل دور القضاء. العمل على ترسيخ جملة من الأدوات البديلة للمقرض، لمواجهة الطرف الثاني في العقد، و ممارسة حقه في الحماية القانونية تطبيقا للنظام الحمائي العام للطرف المدعن:

- توجيه الاحتجاج لمصلحة الزبائن ،

- الوساطة و الصلح ،

- طلب المساعدة القضائية التي يتكفل القضاء بتقديمها على مستوى كل محكمة في النزاعات القائمة بين المستهلك و المهني، على أن يمنح المحامون مكافئة مقابل ذلك و يترك أمر اختيارهم لشخص المدين،

- التأمين على الحماية القانونية L'assurance de protection juridique،

- إمكانية اللجوء للقضاء الاستعجالي، باعتبار أن الاستعجال هو الضرورة التي لا تحتل

التأخير .

لتجسيد هذه الآليات أكدنا على تطبيق فكرة حسن النية التي ترتب العديد من النتائج، فحسن النية التعاقدية ترتبط بها واجبات كثيرة:

- واجب الأمانة بين المتعاقدين،

- الامتناع عن الغش ،

- من خلال هذا المبدأ تقدير السلوك الأخلاقي للمتعاقدين ،

- واجب التعاون الذي يلزم المقرض بإخطار المقرض كطرف لا يتقن معرفة الجوانب القانونية و العملية لهذا العقد، دوريا بالبيانات المبهمة الخاصة بقيمة التمويل الأصلي، التكاليف الإجمالية، قيمة ما أداه المقرض من أقساط، من تكاليف حتى تاريخ الإخطار، كل التكاليف أو المصاريف التي تم خصمها من حسابه، و عموما بوجوب ضرورة أخطار المقرض للمقرض بكل شروط العقد، وبالتالي تهيئة البيئة المناسبة لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها المقرض و التغلب على قصور النظام الحمائي المعمول به حاليا.

يمكن مطالبة مؤسسة القرض قضائيا إما لتوقيع عقوبة إسقاط حق الفوائد أو المطالبة بإبطال العقد .

قد يكون سبب المنازعات التي تثور بصدد تنفيذ عقد القرض العقاري إخلال المقرض بالتزاماته التعاقدية التي يجب أن تحدد بنصوص قانونية خاصة لا بنصوص عامة وبالرجوع إلى قواعد التنظيم الجديد للنظام البنكي الجزائري الذي فتح المجال أمام المبادرة الخاصة والذي يعتمد على قواعد السوق ،تمارس السلطة النقدية مهمة الرقابة بآليات وهيئات متخصصة كاللجنة المصرفية .

للمقترض أن يتمسك بفسخ العقد أما تطبيقا للشرط الفاسخ الوارد في العقد أو عن طريق المطالبة القضائية مع تبسيط قواعدها الموضوعية والإجرائية خدمة للمقترض المستهلك وبتقوية دور جمعيات حماية حقوق المستهلكين العقاريين .

لقد ساهمت عملية منح القروض العقارية في بلادنا إلى حد ما في إنعاش الحركة العمرانية ولعل أكبر ضمان يقدمه المقترض بمجرد منح القرض العقاري هو رهن العقار لصالح مؤسسات القرض موضوع التمويل .

تتشرط مؤسسات القرض هذا النوع من التأمينات لتضمن المخاطر الائتمانية التي قد تتعرض لها وذلك بالتنفيذ على هذا العقار .

إن هذه العملية الأخيرة ليست بالأمر اليسير، حيث تستغرق عملية الحجز وبيع العقار العائد للمقترض المتأخر عن التسديد وقتا طويلا، تسجل فترة إتمام هذه الإجراءات القضائية،فوائد على المقترض و أيضا خسارة على مؤسسة القرض .

مبدئيا تسعى مؤسسات القرض في حالة العجز أو التأخير عن الوفاء بإعادة جدولة القروض الممنوحة وإعطاء فترة إمهال للتسديد على أمل أن يقوم المدين المقترض بالوفاء بالتزاماته .

لكن قد يتعرض المدين لأوضاع مالية صعبة، مردها أسباب شخصية أو صحية أو اقتصادية كفقده كفايته كما أنه بسبب التطور والتحسين الملاحظ نتيجة الحملات الإشهار والإعلام قد يضطر إلى التدين لاقتناء حاجيات أخرى أصبحت من الضروريات كالمواد الاستهلاكية .

لذا درسنا حالة التدين بين الوقاية والمعالجة في القرض العقاري وكيفية تنظيم هذه المسألة بقواعد تشريعية صارمة ، لقد خطت بعض التشريعات مؤخرا خطوات أبعد بتقرير نظام يقارب نظام الإعسار المدني وإعادة الاعتبار الشخصي للمدين .

لقد بدا لنا من الأهمية بمكان البحث في آخر المستجدات التشريعية المتعلقة بها، لإثراء أحكام القانون الجزائري خاصة تلك المتعلقة بتنظيم وتسير القرض العقاري وهي أحكام سيكون قضائنا حتما في حاجة إليها أمام اتساع دائرة لجوء الخواص المواطنين للقروض الاستهلاكية .
قد يصل المدين إلى حد حالة الإعسار وهو ما يعبر عنه بحالة التدين أو وضعية المديونية المفرطة للخواص Le surendettement des particuliers التي أصبحت مشكلا حقيقيا.
معالجة حالة التدين المفرطة للمقترض تعنى محاولة منحه أجلا للوفاء أو إبراء ذمته من الدين منعا من إعساره ومن ثم إعادة تصحيح ذمته المالية.

لا تعتبر حماية المدين إهمالا لمصالح مؤسسات القرض، التي تحمى هي الأخرى بصورة استطرادية أو احتياطية.

بشان شروط قبول طلبات معالجة حالة التدين لابد من تفعيل دور المجلس الوطني للاستهلاك وإنشاء لجنة تسمى بلجنة المديونية المفرطة يناط بها:

- معالجة وضعية المدينين حسني النية الذين يستحيل عليهم مواجهة مجموع ديونهم غير المهنية المستحقة أو المؤجلة .

- اقتراح التدابير الواجب اتخاذها في هذا المجال لحماية المستهلك المقترض ،

- التوفيق بين الأطراف من اجل الاتفاق على وضع خطة للتسوية بين المدين ودائنيه كتأجيل أو جدولة الديون أو الإبراء منها أو تخفيضها أو إلغاء سعر الفائدة أو إنشاء ضمانات أو تعويضها بضمانات أخرى .

ليس لحالة التدين تعريفا حسابيا إنما تعبر عن الوضعية الشخصية والعائلية والمهنية والمالية للمدين.

يقع على عاتق أعضاء اللجنة البحث عما إذا كان المدين يعاني فعلا من عجز طاهر للوفاء بديونه، يشكل إعداد جدول الأصول، إجراء ضروريا لوضع مخطط التقويم Le plan conventionnel de redressement أو الإصلاح .

يجب أن يكون المدين في حالة عجز مالي يجعله لا يملك الوسائل التي تمكنه من مواجهة ديونه المستحقة حالا ومستقبلا ولهذه اللجنة إمكانية طلب تدخل القاضي القائم على إشكالات التنفيذ لإجراء التحقيق في مختلف القروض بمعية المدين المقترض الذي له معارضة جدول الخصوم الذي اعتمده لجنة التدين.

يطلب بشكل خاص تدخل قاض الأمور الاستعجالية .

تشبه حالة التدين المفرطة إلى حد بعيد حالة التوقف عن الدفع بالمفهوم التجاري دون أن تختلط بها ومن المؤكد أن حالة التدين تؤدي بالضرورة إلى التوقف عن الدفع.

تفرض معالجة حالة التدين تقرير هذه الآليات بقواعد وأحكام، إلزام كل من القضاة واللجان بتعليل قراراتهم خاصة تلك التي تشير إلى انعدام حسن النية .

لقد سكت التشريع الجزائري عن بعضها وهو أمر يجب تداركه بتبني القواعد السابقة التي تخدم مصلحة المقترض العقاري و تتكفل بالمعالجة القانونية لحالة تدينه أو استدانته التي سيعرفها مجتمعنا بحكم التطورات الاقتصادية و الاجتماعية التي تشهدها وستشدها مستقبلا الجزائر .

في إطار مكافحة حالات الطرد التي قد يتعرض لها المدين المقترض وكذا الكفيل على مشرعنا أن يقضي صراحة بمنع الدائن المرتهن أو أصحاب حقوق الامتياز اللجوء إلى إجراءات نزع ملكية المدين كمسكن أصلي إلا بعد التنفيذ على المنقولات واثبات عدم كفايتها والتأكيد على الدور الايجابي الذي ستلعبه اللجان بتحديد نطاق سلطاتها و صلاحياتها التي قد تنتهي في أقصى حالات معالجتها لاستدانة المقترض العقاري إلى تقرير محو الدين أو إرجاع استحقاق الديون والالتزامات أي مورatorium لأجل معين . Moratorium Ajournement

يؤجل أداء الديون خلال هذه المدة وعند انقضاء هذا الأجل تتولى هذه اللجان النظر في وضعية المدين المالية ثانية فإن بدا تحسنا حق لها الأمر بالعودة إلى تنفيذ التدابير العادية و تجسيد علاقة التكامل بين دور هذه اللجان والقضاء بمنح قراراتها القوة التنفيذية.

يساهم القضاة في تسيير مرفق القضاء ويجب أن تكون لهم أيضا صلاحيات في معالجة حالة التدين لما يضطلع به القاضي من دور بارز في تعديل العقد، بما يحقق التوازن بين الالتزامات المتقابلة لأطرافه.

إذا ما جنح أحدهما و فرض شروطا جائزة ينوء بها الطرف الآخر أو كانت تمنعه من حق خوله إياه المشرع فان مثل هذه الشروط تكون غير جائزة وله سلطة إلغاء الشروط الفاسدة و تصحيح العقد بإلغاء الشروط الفاسدة التي هي ضرب من الضرر الذي نهى عنه الشارع و قضى بإزالته دون النظر إلى جانب المنفعة التي قد تعود على المشتري من شرطه فيجعله أهلا أيضا لنظرة الميسرة، فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحا .

إن تدخل القضاة في معالجة حالة تدين المقترض العقاري نعتبرها من أهم المسائل التي من شأنها أن تضمن حسن سير الإجراءات السابقة الواجبة التقرير بنصوص صريحة أمره وإعطاء المصدقية لقرارات اللجان الغير قضائية .

شكر و تقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور بن شويخ
الرشيد ، الذي قبل الإشراف على هذه الأطروحة
كما لا يفوتني أن انوه بكل من ساعدني في انجاز هذه الرسالة ،خاصة
الدكتورة محمدي فريدة، التي لم تبخل علي بملاحظاتها وتوجيهاتها القيمة، طوال مدة
إعدادي لهذه الرسالة.
أشكر كذلك أساتذتي الكرام ،أعضاء اللجنة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة.

إهداء

إلى روعي أبي الطاهرة

إلى أمي أطل الله في عمرها

إلى إخوتي

إلى أبنائي صارة ، احمد، وليد ، وفاء .

إلى هؤلاء جميعا ، اهدي ثمرة جهدي وعصارة فكري ، عرفانا بالجميل .

قائمة المختصرات باللغة العربية

ج ر : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .

ت م: التقنين المدني .

ت ت: التقنين التجاري.

ق ع : قانون العقوبات .

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق إ ج: قانون الإجراءات الجزائية .

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

Abréviations et mode de citation

- Bull.civ.** : Bulletin des arrêts de la cour de cassation , chambre civile
- Cass-Civ** : Cour de cassation, chambre civile, section civile.
- Cass-Com** : Cour de cassation, chambre civile, section commerciale
- CCF** : Code de la consommation français.
- Civ.1^{er} ...2^e** : Cour de cassation, 1^{er} chambre civile..., 2^e chambre civile...
- Com** : Cour de cassation, chambre commerciale
- CJCE** : Cour de justice des communautés européennes .
- D.** : Recueil Dalloz
- D.aff.** : Recueil Dalloz, droit des affaires.
- Fasc** : Fascicule
- Gaz.Pal** : Gazette du palais
- JCP** : Jurisclasseur périodique, Semaine juridique (édition générale).
- JCP.éd.E:** Jurisclasseur périodique, Semaine juridique (édition, entreprise).
- RD imm.** : Revue de droit immobilier
- RTD civ.** : Revue trimestrielle de droit civil.
- RTD com.** : Revue trimestrielle de droit commercial.
- TGI, TI** : Tribunal de grande instance, Tribunal d' instance.

الفهرس

-شكر وتقدير

-إهداء

-قائمة المختصرات باللغة العربية

- قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

-ملخص

-الفهرس

الصفحة

الموضوع

28مقدمة
33	1 . منظومة التمويل العقاري في الجزائر
34	1.1 . الأدوات التشريعية والتنظيمية لنظام الائتمان العقاري
34	1.1 .1 . الإطار التشريعي و التنظيمي لنظام التمويل العقاري
35	1.1 .1 .1 .1 .1 . الإطار التشريعي
38	1.1 .1 .1 .2 . المعايير التنظيمية العامة والخاصة لمزاولة نشاط التمويل العقاري
43	1.1 .1 .2 . هيكل سوق التمويل العقاري في الجزائر
44	1.1 .1 .2 .1 . البنوك التجارية
49	1.1 .1 .2 .2 . البنوك المتخصصة
55	1.1 .1 .2 .3 . الرقابة على النظام المصرفي وحماية المقترضين
59	1.2 .1 . المصارف الإسلامية والأسس الشرعية و الاقتصادية في تمويل الإسكان
60	1.2 .1 .1 . الجوانب الفقهية لعقد القرض العقاري
60	1.2 .1 .1 . تعريف عقد القرض العقاري شرعا وأدلة ثبوته
65	1.2 .1 .2 . أدلة تحريم الربا
69	1.2 .2 .1 . دور المصارف الإسلامية في تمويل الإسكان
69	1.2 .2 .1 . ضوابط العمل المصرفي الإسلامي و التمويل العقاري

75	1. 2. 2. 2. البديل الإسلامي للقروض العقارية
82	2. ماهية عقد القرض العقاري وقواعد إبرامه
83	2. 1. ذاتية عقد القرض العقاري وما يميزه عن غيره من المراكز القانونية ...
83	2. 1. 1. مفهوم عقد القرض العقاري وطبيعته القانونية
84	2. 1. 1. 1. تعريف عقد القرض العقاري
89	2. 1. 1. 2. ما يميز عقد القرض العقاري عن غيره من المراكز القانونية
89	2. 1. 1. 3. الطبيعة القانونية لعقد القرض العقاري
98	2. 1. 2. خصائص عقد القرض العقاري
98	2. 1. 2. 1. من العقود المالية النهائية ذات التنفيذ المستمر
102	2. 1. 2. 2. : من عقود الاستهلاك
110	2. 1. 2. 3. من عقود الإذعان
128	2. 2. : القواعد المنظمة لمراحل إبرام عقد القرض العقاري
129	2. 2. 1. : مرحلة ما قبل التعاقد
130	2. 2. 1. 1. : القواعد المنظمة لعملية الإشهار
135	2. 2. 1. 2. : الإجراءات العملية لمنح القرض العقاري
146	2. 2. 2. الجوانب القانونية المميزة للتراضي
147	2. 2. 2. 1. القواعد المنظمة للإيجاب
169	2. 2. 2. 2. قواعد صحة القبول وإثباته
179	2. 2. 3. القواعد الإجرائية المنظمة لمرحلة ما بعد التعاقد
180	2. 2. 3. 1. التزامات المقرض
185	2. 2. 3. 2. التزامات المقرض
198	2. 3. ميكانزمات الربط بين ع ق ع والعملية القانونية المقصود تمويلها
198	2. 3. 1. أثر شرطي الفسخ والوقف على تنفيذ عقد القرض العقاري
200	2. 3. 1. 1. اثر الشرط الواقف على تنفيذ التزامات المقرض
211	2. 3. 1. 2. اثر الشرط الفاسخ على تنفيذ التزامات المقرض
218	2. 3. 2. أحكام حوالة الحقوق الناشئة عن التمويل العقاري
218	2. 3. 2. 1. مضمون حوالة الحقوق الناشئة عن القرض العقاري

- 220 2. 3. 2. حالة وقف العقد العقاري وأثرها على تنفيذ عقد القرض
- 225 3. المخاطر الائتمانية للقرض العقاري بالنسبة للمقرض وطرق معالجتها
- 227 3. 1. الضمانات كمتطلبات للقرض العقاري
- 229 3. 1. 1. أحكام الضمان العيني في عقد القرض العقاري
- 230 3. 1. 1. شروط قيد الضمان لتحديد مرتبته، وتحرير قيمة القرض
- 241 3. 1. 1. 2. مناط نفاذ تصرف المقرض
- 257 3. 1. 2. الكفالة كضمان شخصي لمنح القرض العقاري
- 258 3. 1. 2. 1. نطاق التزام الكفيل في عقد القرض العقاري
- 264 3. 1. 2. 2. سبل واليات حماية الكفيل
- 276 3. 1. 3. التأمين كإحدى ضمانات القرض العقاري
- 277 3. 1. 3. 1. الإجراءات العملية لإبرام عقد التأمين كشرط للحصول على القرض
- 282 3. 1. 3. 2. أثر عقد التأمين الجماعي على سياسة الإقراض العقاري
- 289 3. 2. المؤسسات المسيرة للقروض العقارية
- 290 3. 2. 1. شركة ضمان القرض العقاري S. G .C .I
- 290 3. 2. 1. 1. : من حيث التعريف
- 290 3. 2. 1. 2. من حيث الصلاحيات
- 293 3. 2. 2. شركة إعادة التمويل الرهني SRH
- 294 3. 2. 2. 1. التعريف بشركة إعادة التمويل الرهني
- 295 3. 2. 2. 2. :صلاحيات شركة إعادة التمويل الرهني
- 297 3. 2. 3. عملية تسنيد الرهون العقارية
- 298 3. 2. 3. 1. دوافع عملية توريق القروض الرهنية
- 299 3. 2. 3. 2. الإطار القانوني
- 301 3. 2. 3. 3. القواعد الإجرائية لعملية تسنيد الرهون العقارية
- 311 3. 3. : الآليات القانونية لمعالجة المنازعات الناشئة عن تعثر المقرض
- 313 3. 3. 1. الآليات الغير القضائية الموجهة ضد المدين
- 313 3. 3. 1. 1. الإنذار
- 317 3. 3. 1. 2. الإنذار بالوفاء والحجز التحفظي

- 319 3. 3. 2. : الآليات القضائية.....
- 319 3. 3. 2. 1. أحكام الدعوى القضائية وحماية المقترض 319
- 324 3. 3. 2. الإجراءات العملية للتنفيذ على أموال المدين 324
- 328 4. المخاطر الائتمانية ع ق ع بالنسبة للمقترض من حيث الوقاية والمعالجة 328
- 330 4. 1. صعوبة مقاضاة المقرض وجزاء إخلاله بقواعد منح القرض العقاري ... 330
- 330 4. 1. 1. صعوبة مقاضاة مؤسسة القرض وآليات تجاوزها..... 330
- 331 4. 1. 1. 1. : نوعية الصعوبات التي تحول دون تحريك الدعوى القضائية 331
- 332 4. 1. 1. 2. : الآليات البديلة لمواجهة المقرض 332
- 340 4. 1. 2. الجزاء كأثر للإخلال بالقواعد الحمائية 340
- 340 4. 1. 2. 1. : القواعد الإجرائية لمقاضاة مؤسسات القرض 340
- 343 4. 1. 2. 2. : طبيعة الجزاءات الواجبة التطبيق 343
- 348 4. 2. حالة التدين بين الوقاية والمعالجة في القرض العقاري 348
- 350 4. 2. 1. الوقاية من حالة التدين 350
- 350 4. 2. 1. 1. منح المقترض مهلة التفكير 350
- 352 4. 2. 1. 2. مركزية مخاطر العائلات 352
- 353 4. 2. 1. 3. وسطاء التمويل والوقاية من حالة الاستدانة 353
- 355 4. 2. 2. طرق معالجة حالة التدين 355
- 357 4. 2. 2. 1. شروط قبول طلبات معالجة حالة التدين 357
- 364 4. 2. 2. 2. : الإجراءات المتبعة أمام اللجان المختصة بالنظر في حالة التدين 364
- 367 4. 2. 2. 3. طبيعة التوصيات الصادرة عن هذه اللجان 367
- 372 4. 3. صلاحيات القضاة في معالجة حالة التدين 372
- 373 4. 3. 1. نظرة الميسرة وضوابطها كآلية لمعالجة حالة التدين 373
- 373 4. 3. 1. 1. ضوابط نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي 373
- 375 4. 3. 1. 2. موقف التشريع الجزائري من نظرة الميسرة 375
- 378 4. 3. 2. تحقيق الديون و النظر في الاعتراضات 378
- 378 4. 3. 2. 1. إجراءات تحقيق الديون 378
- 379 4. 3. 2. 2. النظر في الاعتراضات 379

384	خاتمة.....
390	توصيات الباحث
	ملاحق البحث
	ملحق رقم (01). نموذج لاتفاقية القرض العقاري
	ملحق رقم (02) . نموذج لعقد قرض عقاري للبناء الذاتي
	ملحق رقم (03). عقد بيع مقترن برهن لفائدة المقرض
	ملحق رقم(04) أمر على ذيل عريضة مهور بالصيغة التنفيذية لصالح المؤسسة
	المقرضة
	ملحق رقم (05). نموذج لمحضر تبليغ أعدار بالدفع لعدم تسديد مستحقات قرض عقاري
	ملحق رقم (06). عقد تأمين جماعي بشأن عقود القرض العقاري
411	قائمة المراجع.....

مقدمة

يعتبر قطاع الإسكان من أكثر القطاعات، التي ترتبط بمستويات الدخل للفرد واستفادة من النمو والتنمية الاقتصادية في الدول .

إن الطلب على السكن، بشراء سكن جاهز أو بالبناء الذاتي، يمشي طرديا مع النمو في مستوى المعيشة، فنشاط الإسكان يعتبر من المحاور الرئيسية لحركة أي اقتصاد. كان قطاع السكن في الجزائر ومنذ الاستقلال حكرا على الدولة، فاعتبر مشكلا اجتماعيا، إذ عرفت الجزائر، خاصة في المدن الكبرى، أزمة سكنية حادة . اتجه المواطنون للتكدس في مناطق ذات كثافة سكانية عالية، فأشرفت الدولة على تمويل إنجاز السكنات وتوزيعها تخفيفا لهذه الأزمة.

إلى غاية التسعينيات، شهدت الجزائر، استمرار السيطرة الكبرى للدولة على حركة النمو العقاري، لكن الانفتاح الاقتصادي في هذه الفترة الزمنية، ساعد على رفع مستوى المعيشة ومستويات الدخل وكان ذلك عاملا أساسيا على توسع الفجوة بين حجم الطلب والعرض في سوق العقارات، خاصة في ظل التطلعات التي مثلتها الطبقة الوسطى في المجتمع الجزائري. لم يكن يعرف، بسبب النهج السياسي المتبع إلى غاية هذا العهد، سوى السكن الاجتماعي، الذي كان للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط دورا في تمويله، باستخدام ودائع وأموال المدخرين، فأسندت لهذه المؤسسة بموجب المرسوم رقم 213/80 المؤرخ في 13/09/1980 مهامها تلخصت أساسا في:

* منح القروض للخواص لبناء سكنات ذاتية فردية، أو في إطار تعاونيات للمدخرين وغير المدخرين، مع الفرق في نسبة الفائدة المطبقة على الفئتين.

* تمويل مشاريع الترقية العقارية، بالنسبة للمدخرين وكان المشرف على إنجاز السكنات المبرمجة في هذا الإطار، دواوين الترقية العقارية والتسيير العقاري OPGI، حيث كان التمويل مؤمنا بنسبة 75% من الخزينة العامة و 25% من طرف الصندوق.

لتأزم هذا المشكل، تخلت الخزينة العامة على تمويل السكنات الاجتماعية وفرضت كحل مؤقت، تمويل هذه السكنات، من طرف الصندوق، فكانت أغلبية القروض الممنوحة لتمويل البناءات التطويرية تستفيد منها المؤسسات التالية :

- فرع الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط الخاص بالبناء SPIE.

- مؤسسات ترقية السكنات العائلية EPLF.

- دواوين الترقية العقارية للبلديات.

لإزالة العراقيل ذات الطابع القانوني والتنظيمي، التي كانت تشكل مكبحاً في التمويل العقاري، ودفعاً للجهد الوطني للحد من أشكال السكن، تدخلت الدولة بآليات أخرى. قامت بدراسات تشخيصية وتحليل دقيق، لأنظمة المتعلقة بقطاع التمويل العقاري بكل جوانبه للنهوض بهذا القطاع ليس من خلال تدخل الخزينة العامة، إنما باشتراك الخواص في هذا المجال وحثهم على المساهمة للحد من هذه الإشكالات. يقصد بالخواص، المؤسسات المصرفية التي كانت بعيدة على تمويل العقارات، فبادرت الدولة بالعمليات التالية :

1- إجراء إصلاحات تشريعية خلال هذه الفترة، التي أثرت بصورة نسبية على سوق الاستثمار العقاري، كإصدار القوانين المتعلقة بالترقية العقارية والنشاط العقاري ونخص بالذكر القانون رقم 07/86 المؤرخ في 1986/03/04 الذي شجعت أحكامه، إنشاء مقاولات البناء والمنشآت العمومية الخاصة، لبناء المساكن وتحفيز مشاركة المواطنين في تمويل سكناتهم. إن النظام الذي جسدت تطبيقه الأحكام الخاصة بالترقية العقارية، كان لا يختلف في بعض جوانبه عن الخدمة العمومية، حيث تدخلت السلطات المحلية في إطار الترقية العقارية دون أدنى احترام للشروط الاقتصادية الخاصة، بقانون العرض والطلب أو المخاطرة التجارية، فضلاً على أن هذا النظام أدى إلى تضخم تكاليف السكنات المنجزة، والذي زاد تعقيداً في تطبيق هذا القانون هو أن الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، كان مسئولاً عن توزيع السكنات وليست المؤسسات المكلفة بالإنجاز EPLF.

بحكم هذه السلبات، أصدر المشرع الجزائري المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري، الذي أضاف الصفة التجارية على المتعامل في الترقية العقارية الذي يتوفر على الأهلية القانونية التجارية.

كان هذا القانون بمثابة، وثبة نوعية في مجال تعبئة الاستثمار الخاص في ميدان الترقية

العقارية.

ظل الضغط على الطلب في ميدان السكن متصاعداً، فالسكن بحكم ثقله الاجتماعي وقيمته السلعية، لأنه سلعة اقتصادية ضرورية، و خزان هام للشغل وعامل أساسي للتوازن داخل المجتمع، أولته الدولة لتطويق أزمة إنجاز السكن عناية خاصة، ضمن مفهومها للسياسات العمومية.

2 - للخروج من الركود العقاري الملاحظ، رغم صدور النصوص القانونية السابقة فقد تم إصدار قوانين منظمة لنشاط المؤسسات المالية، على أمل أن يحقق تدخل هذه المؤسسات توازناً في العلاقة بين العرض والطلب على الوحدات العقارية، فكانت من أهم النصوص القانونية التي صدرت في هذا الشأن :

* القانون رقم 86 - 12 المؤرخ في 19/08/1986 الذي حدد الإطار القانوني المشترك للنشاط البنكي لمختلف مؤسسات القرض .

* القانون رقم 10/90 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بالنقد والقرض الذي بموجب أحكامه نوعت مؤسسات القرض من نشاطاتها، وتدخلت بصورة محتشمة في تمويل القطاع العقاري بوصفها دائناً ممتازاً.

* الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض الذي تمت الموافقة عليه بالقانون رقم 03 / 15 المؤرخ في 25/10/2003.

بموجب أحكام هذا الأمر تقلصت الامتيازات الممنوحة لمؤسسات القرض، ولو أنها ظلت تتمتع ببعضها، تطبيقاً لأحكام القانون رقم 11/02 المؤرخ في 24/12/2002 المتعلق بقانون المالية لسنة 2003، لاسيما المادة 96 منه المعدلة بموجب المادة 56 من القانون رقم 05/16 المؤرخ في 31/12/2005، المتضمن قانون المالية لسنة 2006.

3 - في نفس هذا المحتوى الفكري القانوني، قامت الدولة بإجراء دراسات شاملة، للإطار النظامي والمؤسسي للإقراض العقاري، وتحديد الأعمدة الرئيسية لما يمكن أن نسميه بمنظومة الإقراض العقاري، وهي السوق الأولية والسوق الثانوية والسلطة التنظيمية أو الإشرافية وذلك بإنشاء منشآت مساعدة على منح القروض العقارية .

الأمر الذي شجع المؤسسات المالية و البنوك، على الإقدام على تمويل القطاع العقاري، بعد إحجام على منح القروض والتسهيلات الائتمانية، التي كانت ترجع أسبابه في المحصلة إلى اختلال في هيكلية السوق الإسكاني، فكانت تتشدد في الإجراءات المتعلقة بالضمانات المقدمة وطرق منح هذه القروض.

من بين المؤسسات الجديدة التي ظهرت ضمن هيكل سوق الاستثمار العقاري في الجزائر نذكر:

- الصندوق الوطني للسكن Caisse nationale de logement
 - صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية
 - FGCMPI : fonds de garantie de caution mutuelle de la promotion immobilière**
 - شركة ضمان القرض العقاري **SGCI : Société DE garantie DE CREDIT IMMOBILIER**
 - شركة إعادة التمويل الرهنى **SRH : Société de refinancement hypothécaire**
- انطلقت مؤسسات القرض في الجزائر، مطبقة العادات والأعراف المصرفية الخاصة بنشاط إقراض الأموال، لاستثمارها في شراء مسكن خاص، أو بناء ذاتي أو ترميم وتوسيع المسكن القديم وذلك بضمان رهن العقار رهنا رسميا .
- مكن تواجد هذه الهيئات من توفير خطوط تمويل جديدة للقرض العقاري، وأضحى من الضروري تنظيم وتقنين عمليات منح الائتمان، ومنها القرض العقاري الذي يرفضه بعض المواطنين لأسباب دينية محضة لا اقتصادية وستكون هذه المسألة جزءا من محاور هذه الدراسة .
- 4 - كآخر لبنة لطرح تنظيم القرض العقاري، أجاز المشرع الجزائري لمؤسسات الإقراض التي تمنح قروضا عقارية للمواطنين، من إحالة حقوقها، الناشئة عن اتفاق القرض إلى شركة إعادة التمويل، التي تباشر نشاط التوريق، طبقا لأحكام قانون سوق المال العقاري الثانوية المنظم بموجب القانون رقم 05/06-0 المؤرخ في 20 / 02 / 2006 الذي تضمن توريق القروض العقارية.
- يمثل السكن فعلا، ضرورة وحاجة شخصية وعائلية، وهو على هذا الأساس موضوع استهلاك.
- يتميز عقد القرض العقاري بعدم المساواة بين طرفيه، ولا شك أن آثار عدم المساواة هذه تزداد خطورة، مع تعقيد شروط العقد، وأهمية المبالغ موضوع طلب الائتمان.
- تقتضي إعادة التوازن في العلاقات التعاقدية الناشئة عن عقد القرض العقاري، وضع قواعد قانونية آمنة لحماية المقترض، من تجاوزات المتعاقد الممتن، بالتعرف على العوامل التي تعوق أو يمكن أن تؤدي إلى إعاقة الإقراض العقاري، والتي تؤثر سلبا في تطوير وتنمية سوق فاعل للتمويل الإسكاني، بالتركيز على إرساء إطار قانوني ومؤسسي يستجيب لاحتياجات السوق، ويشجع الاستثمارات الخاصة، ويوفر حماية لمصالح وحقوق جميع الأطراف لذات العلاقة من مؤسسات مالية مقرضة ومقرين عقارين ومستهلكين.

إن تدخل مشرعنا لتنظيم هذه العملية، في ظل اتساع الفجوة بين المطلوب والمعروض من المساكن الجاهزة أو العقارات الموجهة للبناء، عبر قوانين متفرقة غير متخصصة، أضى له بعدا نظريا أكثر منه عملي تطبيقي حمائي.

لذا نتساءل هل عقد القرض العقاري الذي يبرم بين مؤسسات القرض والمقترض، بحسب الأعراف والعادات التجارية المصرفية، يوفر مقومات نظام جيد للتمويل العقاري؟ وهل أصاب مشرعنا في تطوير سياسات الإصلاح المؤسساتي لسوق التمويل العقاري؟.

نحاول من خلال هذه الدراسة، الإجابة على هذه الإشكالية التي تدور في أغلبها حول النظام القانوني لعقد القرض العقاري، من الشروط الأساسية لصحته، ضمان حقوق والتزامات أطراف القرض العقاري، نوعية الضمانات الكفيلة لإتمامه، المخاطر الائتمانية المتعلقة به، احتمالات حدوثها و محاولة معالجتها و مدى مساهمته في تنمية الطلب على المنتجات العقارية وتنشيط السوق العقاري مدعما بالأنشطة المساندة.

إن هذه الدراسة نراها ضرورية وذات أهمية، نظرا للفراغ القانوني في التشريع الجزائري بشأن نظام القروض العقارية،.

لما كان البحث القانوني أنيط به طرح مشكلة تواجه المجتمع واقتراح حلول لها، اخترنا موضوع هذا البحث وهو الجوانب القانونية والعملية لعقد القرض العقاري، و اعتمدنا في دراسته على المنهج الوصفي التحليلي المقارن.

إن هذه الإشكالية التي حاولنا طرحها فيما سبق، نرى فيها تمثيلا للخطوط العريضة لما يمكن وضعه في صورة الخطة الإجمالية التي تتمحور في:

* فصل تمهيدي خاص بمنظومة التمويل العقاري بأدواتها التشريعية والتنظيمية المحددة لنظام الائتمان العقاري في الجزائر بما في ذلك، التعرف على الأسس الشرعية والإقتصادية للمصارف الإسلامية في تمويل الإسكان.

* الفصل الأول خصصناه لماهية عقد القرض العقاري وقواعد إبرامه، بتناول ذاتية هذا

العقد، ما يميزه عن غيره من المراكز القانونية وتتبع مراحل إبرامه ومعرفة ميكانيزمات ربطه بالعملية القانونية المقصود تمويلها.

* الفصل الثاني والثالث تناولنا من خلالهما المخاطر الائتمانية للقرض العقاري بالنسبة للمقرض والمقترض من حيث الوقاية وطرق المعالجة.

1. منظومة التمويل العقاري في الجزائر

إن المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان، بل إن المواثيق الدولية تعتبره من حقوقه الأساسية، فوجد أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر 1948، يعترف لكل شخص بالحق في مستوى معيشة كاف لتأمين صحته ورفاهيته، هو وأسرته، وخاصة تأمين مسكن مناسب.

إن ترجمة حق الشخص في مسكن صحي ومناسب من مجرد نصوص نظرية إلى واقع ملموس، يمكن أن يتحقق بوسائل عديدة.

تنتهج الدولة سياسات مختلفة هادفة إلى تشجيع تملك مسكن، فقد يتولى المستثمرون من الأفراد أو البنوك التجارية أو البنوك العقارية تقديم التمويل اللازم لشراء أو لبناء المساكن، ويتم سداده على أقساط متفاوتة، مع إضافة الفوائد والمصروفات.

تزاوّل البنوك التجارية والمتخصصة أنشطة منح القروض العقارية، وفقا للقواعد القانونية العامة، فتمنح القروض بهدف شراء عقار، أو انجاز عملية بناء على أرض يملكها المقترض، في مقابل تقرير حق رهن رسمي على العقار، إضافة إلى بعض الضمانات الأخرى.

تسدّد قيمة القرض على أقساط دورية تستغرق عدة سنوات، بحسب القيمة الإجمالية للقرض، واتفاق الأطراف، كما قد يفضل المرقي العقاري مباشرة عملية البناء، والتصرف في الوحدات السكنية للراغبين، الذين يقومون بتعجيل جزء من الثمن، ويتم سداد باقي الثمن على أقساط دورية.

قد يتم تملك المساكن عن طريق عقد الإستصناع أو المرابحة، أو غيرها من العقود التي تطرحها المصارف الإسلامية .

ما مدى نجاعة وكفاية هذه الوسائل والأدوات في بلورة ما يطمح إليه الأفراد في الحصول على مسكن صحي مناسب؟

ما هو الإطار النظامي والمؤسسي للتمويل العقاري في الجزائر و ما هي الصيغ التي يعمل بها خاصة وان الدولة، لم تستطيع بمفردها مواجهة هذه المعضلة، التي تفاقمت على مدى سنوات طويلة، وان المتدخلين من القطاع الخاص يحركهم الربح في المقام الأول، وغالبا ما

يغالون في الأسعار، ويتشددون في شروط إبرام العقود التي ليس بوسع الأفراد الوفاء بمبالغها دفعة واحدة؟

للإجابة على الأسئلة، ينبغي التركيز على تحديد هيكله منظومة التمويل العقاري بالجزائر من الناحية التنظيمية والمؤسسية ولذا سنقسم هذا الفصل التمهيدي إلى مبحثين على النحو التالي:

- الأدوات التشريعية والتنظيمية لنظام الائتمان العقاري
- المصارف الإسلامية والأسس الشرعية والاقتصادية في تمويل الإسكان

1.1.1. الأدوات التشريعية والتنظيمية لنظام الائتمان العقاري

حاول المشرع الجزائري عبر محطات مختلف، إقرار منظومة للتمويل العقاري، بوضع الإطار الأساسي لعمليات منح القروض العقارية، وتوفير الآليات المناسبة لتمويل الإسكان وضمان الحماية لجميع أطراف العلاقة. سعى بنصوص مختلفة إلى إكمال البنية التشريعية والإجرائية من أجل ضبط إيقاع السوق العقاري.

لكن هل نجح مشرعنا، في تحديد الإطار التشريعي والهيكلي والتنظيمي لإبرام وتنفيذ عقود القرض العقاري من مختلف جوانبه، لتطوير هذا القطاع وتمكين البنوك والمؤسسات المالية من المشاركة على نحو فعال في تمويله؟ وهل تمكن من إرساء إطار قانوني ومؤسسي فعال يستجيب لاحتياجات السوق وتشجيع الادخار وتوفير الحماية لمصالح وحقوق جميع أطراف هذا العقد؟

1.1.1.1. الإطار التشريعي والتنظيمي لنظام التمويل العقاري

إن المؤشرات الملاحظة تدل على عدم كفاية المبادرات الحكومية، والجهود لمواجهة الطلب على الإسكان الحالي والمتوقع، مما يتعين لتحقيق ذلك، وللوفاء باحتياجات المواطنين، اتخاذ إجراءات أخرى وإطلاق مبادرات جديدة تكفل، تطوير قطاع التمويل الإسكاني وتنميته على نحو مستدام

لقد وجد في الجزائر بعد التسعينات، اقتناع تام أن تشجيع المبادرات الفردية، وتضافر جهود القطاع الخاص، وإتاحة الفرصة للمؤسسات المالية، هي السبيل لوضع مبدأ توفير المسكن بالتملك موضع التنفيذ، فما هي الأدوات الفنية والقانونية التي تحقق تنظيم موضوع القرض العقاري؟

1.1.1.1. الإطار التشريعي

إن المشكلة السكنية في الجزائر ،ليست نتاج الحاضر، وإنما تعود إلى سنوات عديدة ماضية، ورغم المحاولات المتعددة لإيجاد حلول ناجعة لها، عجزت الدولة عن معالجة المشكلة. يعود انخفاض فعالية هذه السياسات المتبعة ،إلى التركيز على جانب العرض وإهمال جانب الطلب، وهذا ما تنبه إليه المشرع ، حيث عملت الحكومة على تغيير سياساتها والنصوص القانونية المتعلقة بها والانتقال إلى دعم الطلب ،على السكن وتنظيم سوق العقارات وطرق التمويل

زاد الاهتمام بقضية السكن وتأمينه للفئات الاجتماعية ذات الدخل المنخفض والمتوسط منذ منتصف التسعينيات ، حيث اعتبرت الحكومة ،أن الاهتمام بقطاع السكن يأتي في مقدمة أولويات السياسة الاقتصادية والاجتماعية .

كانت الدولة تتدخل بشكل مطلق في عملية بناء المساكن،وكانت تحتكر العرض العام احتكاراً شبه كامل، لكن منذ منتصف التسعينيات بدأت ملامح سياسة جديدة، بالظهور وأصبحت الدولة تلعب دور المنظم للسوق عوضاً عن دورها السابق المحتكر له، فأسهم هذا التطور في زيادة وتنويع صيغ عروض السكن والإعانات.

لقد اقتنعت الجزائر بضرورة تطوير وتنفيذ هذا الاتجاه، بفضل سياسة جريئة في ميدان القرض العقاري، تساهم فيها بصفة صارمة مجموع المؤسسات المالية ، بتسهيل إجراءات الاستفادة من القروض لبناء السكن أو لاقتنائه في ميدان الترقية العقارية مع العمل الجاد لخلق سوق عقارية تنافسية منظمة ، و تحقيق البعد الاجتماعي عن طريق تملك المسكن، مما يبيث الاستقرار و الأمان الأسري،ومنه تحقيق جملة من الأهداف الفرعية منها :

* خلق الطلب الفعال في السوق العقاري وتحقيق الفائدة لكل طرف من أطراف العقد .
* التركيز على مبدأ التخصص، بمعنى إلغاء التداخل في الأدوار وذلك بالنسبة لكل من له صلة بالسوق العقاري.

* تنشيط الاقتصاد بتوفير السيولة النقدية ،ودعم الائتمان و من ثم تفعيل الأنشطة والمهن المرتبطة بالنشاط العقاري.

*تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار .

*تحقيق المشاركة الفعالة من جميع أطراف منظومة التمويل العقاري ، في شحن قاطرة

النشاط العقاري.

ونلخص أهم محاور إستراتيجية الحكومة فيما يلي :

* توفير فرص تملك العقارات، بشكل ملائم و متاح لكل مستويات الدخل.

* خلق سوق فعال للقروض العقارية و قطاع إسكاني نشط يساهم ،بقوة في زيادة

معدلات النمو الاقتصادي.

* نظام رقابي، يتبع أحدث المعايير الدولية، يدعم تطوير السوق و يحقق الحماية الكافية

لجميع المتدخلين في إبرام وتنفيذ هذه العقود .

* تجسيد حرية اختيار العقار ،الذي يلاءم احتياجات المقترض، بأي مكان دون الالتزام

بموقع محدد.

* طول فترة سداد ممكنة بالمقارنة بأي نظام تمويل آخر.

* رفع نسبة التمويل المسموح بها التي قد تصل إلى حد معتبر من قيمة العقار بحسب

الأعراف المصرفية المطبقة.

* قيمة الأقساط الشهرية محددة مقدما.

* خلق فرص عمل جديدة في مختلف درجات الوظائف و الحرف المتصلة بالنشاط

العقاري.

* جذب استثمارات جديدة سواء أجنبية أو محلية إلى القطاع، و بمختلف الصناعات التي

تغذيه.

* توسيع قاعدة الملكية لدخول شرائح جديدة من المجتمع لديها القدرة على التملك على

فترات زمنية طويلة، ولم يكن متاح لها فرصة لتمكن وحدات سكنية.

في هذا السياق فإن برنامج الحكومة المصادق عليه من طرف المجلس الشعبي الوطني

في سبتمبر 2000 نص، على ضرورة تدخل البنوك في تمويل القروض العقارية ،بطريقة مهنية

ومحكمة خاصة وأن أزمة السكن في الجزائر، مع بداية التسعينات أصبحت تشكل الشغل الشاغل

للمواطن البسيط والدولة على حد سواء .

أصبح من غير السهل تحديد مستوى هذا العجز خصوصا عندما يتعلق الأمر بربط

الطلب على السكن بالقدرة الشرائية للمواطن وأثره على معدل الادخار وإمكانية تملكه للسكن.

أكد هذا البرنامج، على أنه يجب دعم تدخل البنوك في منح القروض العقارية ،كما يجب

أن تعزز احترافيتها في توزيع هذا النوع من القروض، بواسطة جهود مكثفة في التكوين والتجارب

كما يجب على القائمين بالترقية العقارية أو العمرانية تطوير كفاءاتهم في تحديد برامج السكنات وإنتاجها وتوزيعها.

إن العقبات التي كانت تحد من فاعلية الدور، الذي يجب أن يلعبه الجهاز المصرفي للتنمية الخاصة في هذا القطاع، اقتضت ضرورة علاجها بتغيير السياسة العامة المتبعة في تمويل السكن، فتخلت الدولة عن التدخل في تمويل مشاريع السكن، مع استمرارها في تقديم الدعم اللازم للعائلات التي شرعت⁽¹⁾ في بناء سكن ذاتي تقضي المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 146/91 المؤرخ في 1991/05/12 أنه: "رغبة في تحسين القدرة على الدفع لطالبي الحصول على ملكية سكن عائلي جديد تستفيد العائلات ذات الدخل الضعيف والمتوسط من المزايا التالية التي يتكفل بها الصندوق للسكن:

-مساعدة مالية

-تمديد مدة إعادة تسديد القرض

-تخفيض نسبة الفائدة

- تنوع طبيعة ومبلغ المزايا الممنوحة، من طرف الصندوق الوطني للسكن حسب مداخيل العائلات ومبلغ القرض."

من ناحية أخرى ظل الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط المحنكر الوحيد لعمليات تمويل السكن بجميع أشكاله .

شرع في إعادة هيكلة نظام التمويل لقطاع السكن في الجزائر الذي نتج عنه تحويل الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط إلى بنك تجاري متخصص في تمويل العقار، بجميع أنواعه والسماح للبنوك التجارية العامة والخاصة بتمويل السكن، وتقديم قروض متوسطة وطويلة الأجل إلى العائلات التي ترغب في إنجاز السكن أو شراء سكن جاهز،

أصبحت فكرة نظام التمويل في الجزائر، تقوم على البنوك التجارية التي تقدم قروضا عقارية بالموازاة مع نشاطاتها المصرفية الأخرى وبنك متخصص عقاري وإن كان هذا الأخير رغم طابعه تجاري، فنشاطه الرئيسي يرتبط بتمويل العقار.

(11) المرسوم التنفيذي رقم 146/91 المؤرخ في 1991/05/12، المنظم لكيفيات تدخل الصندوق الوطني للسكن في ميدان تدعيم الحصول على ملكية السكن، ج ر عدد 25 الصادر في 1991/05/29.

1.1.1.2 المعايير التنظيمية العامة والخاصة لمزاولة نشاط التمويل العقاري

إن المقرض هو الذي يزاول نشاط منح القروض، عن طريق تقديم قروض لطالبي القرض العقاري مقابل تقديمهم لضمان، غالبا ما يكون في صورة تأمين عيني، على أن يقوم المقرض بسداد مبلغ التمويل والفوائد والمصروفات على أقساط دورية، وفقا لمعايير مزاولته لنشاط منح القروض العقارية، خاصة.

- يحدد بنك الجزائر، قواعد الحذر والتسيير التي تستند إلى جملة من المعايير نذكر منها :
- النسب بين الأموال الخاصة والتعهدات .
- نسب السيولة
- النسب بين الأموال الخاصة والتسهيلات الممنوحة لكل مدين .
- النسب بين الودائع والاستثمارات .
- استعمال الأموال الخاصة، و بوجه عام كل المعايير التي تسمح بتقدير الخطر .
- هناك معايير عامة تحكم أداء المؤسسات التمويلية لوظيفتها، حيث:
- *- تأخذ في حسابها الاعتبارات القانونية، حتى لا يحدث تباين بين السياسة الخاصة بها والسياسة الائتمانية والقيود التي يضعها بنك الجزائر.
- *- تقرير حدود ومجال الاختصاص، بمنح القروض والتسهيلات، وتحديد أنواع القروض التي تمنحها، والتكلفة أي سعر الفائدة والمصاريف الإدارية.
- *- تحديد الشروط الواجب توافرها، لقبول طلب الحصول على القرض وإجراءات وخطوات الحصول على الائتمان، لأنها جهات تتبغى تحقيق النفع العام، لها قوانين داخلية، تنظم طريقة عملها.

- *- يمكن أن تتجمع عدة بنوك في تحالف (pool eriacnab) تحت قيادة إحداهما (chef ilef de) بهدف تأمين الأموال اللازمة لعملية تمويل عقار ضخمة.
- لا يستطيع أحد البنوك بمفرده- أو لا يرغب من باب المخاطرة - في الإنفراد بها، على أن يقتسموا نتيجة الصفقة ربحا وخسارة، ويمكن أن تكون كل المؤسسات البنكية ممثلة في عقد القرض العقاري في شكل كنستوريوم بحيث يظهر اسم كل منها باعتباره ممولا مقرضا، أو شريكا في القرض ، كما يمكن أن تكتفي هذه البنوك بأن يظهر اسم أحدها فقط كطرف في العقد.
- يقود هذا التحالف باعتباره ممولا مقرضا ، على أن تنظم العلاقة فيما بينها بعقد تفصيلي، يوضح حقوق و التزامات كل مؤسسة.

إلى جانب هذه المعايير العامة التي تحكم عمل المؤسسات المالية، لا بد من احترام جملة من المعايير الخاصة بمزاولة نشاط التمويل العقاري لاستجلاء رضا المقرض، تأمين ضمان كاف، توفير قدر من الثقة والأمانة بين الأطراف، و هذه المعايير هي:

* - أن تكون إجراءات منح القرض، واضحة، محددة على نحو يكفل معرفة المقرض بالتزاماته .

*تسليم للمدين صورة من النموذج، المتضمن للشروط الأساسية للعقد قبل توقيعه.

* - إمكانية التمويل بأكثر من نسبة معينة، من قيمة العقار بحسب الأعراف المطبقة.

*-تحديد قيمة العقار لأغراض التمويل بمعرفة أحد الخبراء العقاريين.

*-لا يجوز للممول المقرض توفير تمويل أو أكثر بما يجاوز نسبة محددة بشكل تنظيمي من رأس ماله، لمقرض واحد و زوجه وأقاربه حتى الدرجة الرابعة، تطبيقاً للقواعد الاحترازية الواجبة الاحترام في البنوك والمؤسسات المصرفية.

*- لا يجوز أن يزيد قسط التمويل على نسبة معينة، من مجموع دخل المقرض.

يؤدي إغفال ذلك من جانب المقرض، إلى تقرير بطلان عقد القرض العقاري أو إلزامه بالتعويض.

لتجسيد التطبيق الميداني لهذه المعايير الخاصة والعامة، ينبغي على البنك، رسم سياسة معينة للإقراض يثبت فيها اتجاهات، وكيفية استخدام الأموال والأسس التي تبنى عليها قرارات الإقراض ومتابعتها، قياساً بالسياسة المرسومة لها، ولا يمكن لأي بنك تحقيق أهدافه دون أن يرسم سياسته

وتتأثر السياسة الإقراضية بمجموعة من العوامل منها :

1 - رأس مال البنك :

يستخدم رأس المال واحتياطه كحاجز واقٍ لمنح القروض، في حدود حجم رأس المال واحتياطه، ومنه يمنع تسرب خسائر القروض إلى الودائع، فكلما زاد رأس المال والاحتياطيات زادت قدرة البنك على تحمل الخسائر، وهو الأمر الذي أكدته مشرعا من خلال حكم المادة 88 من الأمر رقم 03 - 11 المؤرخ في 26 أوت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض التي تقضي أنه " يجب أن يتوفر للبنوك والمؤسسات المالية رأس مال، مبراً كلياً ونقداً يعادل على الأقل المبلغ الذي يحدده نظام يتخذه المجلس⁽¹⁾ طبقاً للمادة 62 أعلاه "

تقضي المادة 62 من ذات الأمر ، بأنه: "يخول المجلس صلاحيات بصفته سلطة نقدية في الميادين المتعلقة بما يلي: شروط اعتماد البنوك والمؤسسات المالية وفتحها وكذا شروط إقامة شبكاته لاسيما تحديد الحد الأدنى من رأس مال البنوك والمؤسسات المالية وكذا كفاءات إيراثها".

2 - الظروف الاقتصادية العامة:

يتأثر الطلب على معظم أنواع القروض المصرفية بشكل مباشر بدورة النشاط الاقتصادي في المجتمع ومن ثم فالدولة تجيز للبنوك العمل على أساس ما تؤديه من خدمات مصرفية، فهذه الأخيرة مسؤولة عن تلبية طلبات الإقراض المستوفية للشروط.

3 - سياسات معهد الإصدار، بنك الجزائر، والسلطة النقدية :

تؤثر السياسات التي يتبناها بنك الجزائر، في تحديد نوعية وحجم القروض الممنوحة زيادة ضغط هذه المؤسسة⁽²⁾ على البنوك التجارية ، يدفعها للتقليص من قروضها وإلا فقدت

(1) هو مجلس النقد والقرض والذي يدعى في صلب النص المجلس الأمر 03-11 المؤرخ في 26-08-2003 المادة 58 ج ر عدد 52 .
(2) يجب التفرقة بين البنك والمؤسسة المالية البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 إلى 68 من الأمر المذكور آنفاً، بصفة مهنتها العادية فهي تتلقى الأموال من الجمهور وتقوم بعمليات القرض، وكذا بوضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل وتعتبر أموالاً متلقاة، من الجمهور الأموال التي يتم تلقيها من الغير لاسيما في شكل ودائع مع حق استعمالها لحساب من تلقاها، بشرط إعادتها وتعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل ومن بعض وسائل وطرق الدفع نذكر الشيك ، التحويل، الإقتطاع ، بطاقات الاعتماد والسحب أما المؤسسات المالية فهي لا تتلقى الأموال من الجمهور ولا تتولى إدارة وسائل الدفع أو وضعها، تحت تصرف زبائنها، في حين بإمكانها القيام بسانر العمليات الأخرى (مثل الخزينة العامة) établissements financiers فهي مؤسسات تقوم بأعمال تابعة للأعمال المصرفية دون أن تتخذ صفة البنك. فالاختلاف الحقيقي، بينهما يتعلق بمصادر الاستخدام والتوظيف، فالمعيار هو مصدر الأموال التي تقوم بتوظيفها.

احتياطاتها النقدية، أما في فترات السياسة النقدية الجيدة فإن البنوك تحاول زيادة قروضها عن طريق تخفيض شروط الإقراض ، ويتبع بنك الجزائر مجموعة من أساليب الرقابة الكمية والنوعية المؤثرة على حجم ونوعية الائتمان مثل التحكم في نسبي الاحتياط والسيولة القانونية وتحديد سعر الفائدة وسعر الخصم ، وهذا عموما ما أكده مشرعنا من خلال الصلاحيات العامة لمؤسسة الإصدار من خلال المادة 35 من الأمر المذكور أعلاه التي تقضي: " تتمثل مهمة بنك الجزائر في ميادين النقد والقرض والصرف في توفير أفضل الشروط والحفاظ عليها لنمو سريع للاقتصاد مع السهر على الاستقرار الداخلي والخارجي للنقد ، ولهذا الغرض يكلف بتنظيم الحركة النقدية ويوجه ويراقب بكل الوسائل الملائمة توزيع القرض ...".

4 - حجم الودائع ونوعيتها وطبيعتها :

تعد الودائع المصدر الرئيسي، الذي يعتمد عليه البنك في التوظيف ، فنجد بصفة عامة أن اتجاه الودائع إلى الارتفاع المستمر، يغري عادة البنك إلى زيادة توظيفها في الإقراض والاستثمار، وأيضا كلما كانت ودائع البنك مملوكة لعدد كبير، من نوعيات العملاء ،كلما زادت قدرة البنك في منح الائتمان طويل الأجل، كما تؤثر تواريخ استحقاق الودائع في حجم ونوعية القروض، فإدارة البنوك عادة ما تسعى إلى مقابلة القروض طويلة الأجل بودائع طويلة الأجل.

5 - احتياجات السيولة في الأجل القصير والطويل:

تعتبر السيولة من الأمور، ذات الأولوية، التي يسعى البنك لتحقيقها وإذا ما احتفظ البنك بالأموال سواء في صورة نقدية أو في صورة أصول سائلة أو قابلة للتحويل، فإنه بذلك يقلل من حجم الأموال المتاحة للقرض أو الإقراض فيتعين على البنوك، العمل بحكم المادة 97 من الأمر السالف الذكر التي تقضي: " على البنوك والمؤسسات المالية العمل وفق الشروط المحددة بموجب نظام يتخذه المجلس و احترام مقاييس التسيير، الموجهة لضمان سيولتها وقدرتها على الوفاء تجاه المودعين والغير".

نظم التشريع الجزائري، من خلال القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14-04-1990 في

الكتاب الخامس حماية المودعين والمقترضين *livre 5 protection des déposants et des emprunteurs* فأوجب، على البنوك والمؤسسات المالية باحترام نسبة تغطية توزيع المخاطر.من خلال المادة 159 منه.

يشكل هذا الحكم المعدل ضمانا ليس فقط للمودعين، و إنما أيضا للمقترضين .

6 - متطلبات الربحية:

يقوم البنك بصفة منتظمة، بأعمال تهدف إلى الأرباح، تسعى البنوك إلى زيادة أرباحها فتنتهج سياسية إقراضية متساهلة رغم ما يتحمله البنك لقاء ذلك من مخاطر إضافية، وعليه تدعيم احتياطاته الثانوية، وتقليل آجال استثماراته .

إن الذي يؤكد ضرورة احترام هذه المتطلبات طبقا للمادة 83 من الأمر السابق، هو تأسيس البنوك أو المؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري، في شكل شركات مساهمة أي شركة تجارية بحسب طبيعة نشاطها وموضوعها، طبقا لقواعد القانون التجاري، خاصة أحكام المادة 2 منه، وبحسب الشكل طبقا للمادة 3 من ذات القانون .

7 - تنافس البنوك:

كلما قلت المنافسة قلت فرص الحصول على القروض، ومالت تلك البنوك نحو التشدد وتتولى جمعية البنوك والمؤسسات المالية الجزائرية Association des Banques et Etablissements Financiers A.B.E.F وليس جمعية المصرفيين الجزائريين Association des Banques Algériennes حسب ما ورد في المادة 96 من الأمر السابق، بدراسة المسائل المتصلة بممارسة المهنة لاسيما تحسين تقنيات البنوك والقروض وتحفيز المنافسة ومحاربة العراقيل التي تعترضها.

أهم مكونات سياسات الإقراض القرار الخاص بتحديد أفضل أنواع القروض⁽¹⁾ [2]ص

238- 239، [3] ص 55 التي يمكن منحها، وأهم العوامل التي تؤخذ في الحسبان، عند تحديد هذه الأنواع التي هي من القروض طويلة الأجل، لا يمنحها إلا المؤهل قانونا لمزاولة نشاط منح القروض العقارية .

(1) تنقسم القروض وفقا لمدتها إلى قروض قصيرة الأجل CT توجه أساسا لتمويل النشاط الجاري للمؤسسة، شخصا طبيعيا أو معنويا مدتها أقل من سنة، قروض متوسطة الأجل CMT لغرض تمويل بعض عمليات المشاريع كاستكمال آلات المصنع أو إجراء تعديلات جوهرية أي بأغراض التوسع، وقروض طويلة الأجل من 05 سنوات إلى 20 سنة، تمنح بغرض تمويل مشروعات السكن والمشروعات العقارية، وبحسب الغرض نتحدث عن قروض إنتاجية وقروض تجارية وقروض استهلاكية

إن تحديد طبيعته يدفعنا تجسيدا للمعايير العامة والخاصة، السابقة إلى البحث في هيكلية سوق العقار بالجزائر.

2. 1.1. هيكلية سوق التمويل العقاري في الجزائر

لا تتمتع القروض طويلة الأجل بنفس سيولة القروض قصيرة الأجل ، وكلما زاد أجل القروض، زادت مخاطرها الائتمانية، ومن ثم حالات احتمال، نكول المقترض عن التسديد والشيء الذي يساعد البنك في تقليل خسائر القروض هو مركزه الاستراتيجي بالنسبة للعميل من حيث علاقته المستمرة به وتخصسه في مراقبة القروض بعد منحها.

يرتبط القرض العقاري بالقروض طويلة الأجل، من حيث المدة وبالقروض الاستهلاكية من حيث الغرض، فما هي المؤسسات التي يسمح لها بإدراج هذا القرض ضمن سياستها الاقراضية؟

كرس قانون النقد والقرض رقم 90/ 10 المؤرخ في 14/10/1990 المعدل والمتمم بالأمر 11/03 مبدأ وضع نظام بنكي على مستويين وذلك بالتمييز بين نشاط بنك الجزائر كسلطة نقدية، ونشاط البنوك التجارية كموزعة للقروض .

ألغى قانون النقد والقرض كل القوانين والأحكام التي تتعارض مع الأحكام الواردة به وألغى تلك الواردة في القانون رقم 12/86 المؤرخ في 19/08/1986 وكذا قانون 06/88 المؤرخ في 12/01/1988 كنصوص ذات مرجعية معينة، باعتباره القانون الوحيد الذي ينظم الوظيفة البنكية ويضبط قواعد العمل البنكي.

أدخلت تعديلات في هيكل النظام المصرفي الجزائري منذ صدور قانون 1990 وتعديله في عام 2003 سواء تعلق الأمر، بهيكل مؤسسة الإصدار أو بهيكلية البنوك التجارية والعقارية المتخصصة .

لكن هل التنظيم المعتمد، يكفي لمعالجة إشكالية التمويل العقاري بالجزائر خاصة و ان المادة 70 من قانون النقد والقرض، تشترط أن يتخذ المقرض شكل مؤسسة مالية لها سلطة مزاوله نشاط التمويل العقاري ؟

ألا يمكن الاستفادة من تجارب، ومنظومات التمويل العقاري في عدد من الدول يمكن اختيارها إما على أساس وضوح أنظمتها، ورياديتها في أنظمة التمويل الإسكاني، أو للتقارب

الاقتصادي والاجتماعي مع الجزائر، لما قدمته تجاربها من دروس خاصة، يجدر أخذها بعين الاعتبار، دون أن يكون الهدف من هذا المنهج، هو اقتباس نظام معين بأكمله.

إن منهج الاستيراد بالجملة نادر النجاح في مجرى الإصلاح التشريعي والمؤسسي، لكن يمكن الاستفادة من التجارب ومن الدروس المستخلصة، فما هي إذن الأعمدة الرئيسية لما يمكن أن نسميه بهيكل السوق العقارية لأولى في الجزائر؟

1.1.2.1. البنوك التجارية

تقاس فاعلية النظام البنكي في أي مجتمع بعنصرين أساسيين:

- قدرة هذا النظام على تعبئة الموارد المالية وبالأخص الموارد التي لا تأتي من الإصدار النقدي ،

- قدرته على تخصيص الأموال القابلة للإقراض وفق أفضل طرق ممكنة.

تتطلب هذه العملية وجود بنية ذات هيكل مناسبة، ومنها أن يتمتع المصرف بحرية الحركة واستقلالية القرار، فتخلق هذه المميزات أداء مهنيًا عاليًا، للنظام المصرفي بواسطة استغلال كل الطرق والأساليب والتقنيات الممكنة.

استعاد بنك الجزائر بعد الإصلاح البنكي لعام 1990 دوره كبنك للبنوك وأصبح يتكفل بالمهام التقليدية للبنوك المركزية ومن ثم الفصل بين بنك الجزائر كملجأ أخير للقروض وبين نشاطات البنوك التجارية .

لقد استعادت البنوك التجارية في الجزائر دورها في نظام التمويل بما فيه التمويل العقاري من خلال تعبئة الادخار وتوزيع القروض. [3] ص 194. إن مهمة تجميع المدخرات الوطنية وتشجيع المواطنين على ممارستها للقضاء على الاكتناز والتخطيط الاقتصادي لم تعتبر من

المهام الأساسية للجهاز النقدي والمصرفي⁽¹⁾. [4] ص 10

بعد التوجه الاقتصادي الجديد، حددت البنوك التجارية في الجزائر، سياساتها التسليفية ومراقبتها وفق مقتضيات التطورات الاجتماعية .

(1) تساعد هذه المدخرات، على امتصاص القدرة الشرائية المتوفرة لدى المواطنين، و تخفيض نسبة التضخم وتساوم في زيادة الدخل القومي :

كان يهدف التنظيم المصرفي الذي انتهجته البنوك التجارية، إلى تطوير عمليات المصارف وأساليب العمل فيها وإلى توجيه التخطيط المصرفي و استعمال القروض في الغايات المشروعة و التي قد ترتبط بالمستهلك مع احترام المبادئ التالية :

1 - مبدأ ارتباط القرض بالغرض المخصص له .
2 - مبدأ ضمان موضوع التمويل، لسداد القرض باشتراط ضمان عيني على العقار موضوع التمويل.

3 - مبدأ وجوب التسديد في المواعيد المحددة ، لتحقيق الانضباط المالي.

إن مشكلة السكن في بلادنا هي مشكلة هرمية، تتضخم في القاعدة التي تمثل المواطنين ذوي الدخل الضعيف والمتوسط وهي أيضا مشكلة موارد السكان وضعف إمكانياتهم المادية وعدم تناسبها مع العرض في سوق البناء والتعمير.

تدخل البنوك من خلال تأمين هذا الاحتياج بأقساط مريحة متناسبة مع دخل الفرد أصبحت فرصة للخواص لمنح القرض العقاري، مع تنظيم يناسب الوضع الاجتماعي والمالي للمقترض.

تخضع البنوك تجارية، طبقا لقانون النقد والقرض، ، لمبدأ الاستقلالية المالية والتوازن المحاسبي، كما أن نشاطها يخضع للقواعد التجارية ومبدأ الربحية المر دودية، فأصبحت لها مرونة

في تعبئة الموارد المالية ومنح القروض وفق قواعد تجارية [3] ص 195

أمام ابتعاد الخزينة العامة، عن منح القروض وتكليف البنوك بجمع الأموال وتوزيعها في شكل قروض، اندفعت البنوك التجارية في الجزائر إلى إعادة تكييف، منهاجها واستعمال الموارد المتاحة لها بعقلانية.

كما حاولت تجنب الإجراءات البيروقراطية، فأقدمت على منح القروض العقارية لتوسيع مجال تدخلها.

تتطلب هذه البنوك تأمينا عينيا من الدرجة الأولى، إلا أن هذا لا يمنع من أن تكون حذرة في تعاملاتها المالية للحفاظ على توازن هيكلها المالي ،والوفاء بالتزاماتها تجاه الغير من أصحاب الودائع .

تواجه البنوك التجارية، ميدانيا رغم كل هذا التأطير القانوني ، عدة عراقيل وقيود بيروقراطية في التمويل العقاري، منها مشكلة مرونة السوق العقارية كموضوع مضاربة ومزايدة ونقص فاعلية في التسيير .

يحتاج الاستثمار في ميدان السكن إلى أموال طويلة الأجل ، لا يحصل عليها إلا في إطار نظام مالي متطور، وسوق مالية معترف بها بالإضافة إلى مشكلة العقار وعدم قيده وعدم امتلاك بعض المواطنين لعقود ملكية قانونية .

هي من المشاكل الرئيسية التي ينبغي على السلطات العمومية أن توليها العناية الكافية لمحاولة حل مشكل السكن في الجزائر .

لتشجيع البنوك للإقدام على عملية القرض العقاري لأبد من الاهتمام بالملكية العقارية باعتبارها حجر الأساس لاستراتيجيات التنمية الشاملة، ذلك أن الملكية العقارية تعتبر مفهوما أساسيا في الكيان الاقتصادي والاجتماعي وهي حق خاص يؤدي وظيفة اجتماعية .

القيود والشهر العقاري بوجه عام هو نظام يتخذ من العقار أساسا لضمان الحقوق، وان مبدأ القوة المطلقة، للبيانات، الواردة في هذا الإجراء يوفر الحجية الكافية للتسجيلات العقارية ويشجع البنوك على منح الائتمان العقاري.

إن واقع البنوك التجارية يؤكد أنها :

- غير مستعدة للمساهمة في تطوير السوق العقارية أو سوق تمويل السكن، بتمكين العائلات ذات الدخل لمتوسط من الحصول على سكنات لائقة بمنحهم القروض العقارية، لقصر تجربتها في الوقت الحاضر، للاستثمار في ميدان السكن ، وتحمل بعض الجوانب من الأعباء التي تواجه القطاع بسبب وجود قطاعات أخرى، تعتبر في سياستها الإقراضية مغرية ومربحة أكثر على المدى القصير فتنتمك من استرداد المبالغ المقترضة في وقت قصير جدا وبمعدلات فائدة مرتفعة.

-لا زالت تتعامل مع المؤسسات العامة والخاصة ولكنها لم تكتسب بعد تجربة التعامل مع

المواطنين الخواص عندما يتعلق الأمر بالقروض الموجهة لبناء أو شراء سكن.

وضع إستراتيجية خاصة بتمويل الخواص أو بتمويل قطاع السكن، أصبح من الضرورات الملحة، إذا اعتبرنا أن قطاع السكن هو إحدى العوامل الرئيسية في الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي و هو القطاع الذي يجر وراءه كل العربات .

إن خيار تمويل السكن لا يجب أن يكون جدلا عديم الجدوى، ولكنه خيار استراتيجي لا بد لكل بنك تجاري أن يساهم في تحقيقه، لأن كل سكن أنجز يجلب من ورائه عدة نشاطات أخرى

بما فيها تحريك اليد العاملة و المصانع التي تصنع المواد الأولية بالإضافة إلى تحقيق الاستقرار الاجتماعي وهو شرط أساسي بعد الاستقرار السياسي والاقتصادي .

إن نظرة البنوك الجزائرية الحالية، لتمويل السكن في الجزائر ليست في المستوى المطلوب ولا بد من ترفيتها إلى نظرة إستراتيجية شاملة بعيدة كل البعد عن التفكير البسيط والنظرة الضيقة التي تنحصر في الربح السريع، على المدى القصير على حساب التوجه إلى المستقبل بنظرة

أفقية من شأنها القضاء إن لم نقل التقليل من مشكل الإسكان . [5] ص 5، [8] ص 6

لتأمين الأموال الكافية لتمويل المشاريع العقارية العمرانية، بأيسر الطرق وأقل التكاليف لا بد من تشجيع نشأة البنوك المتخصصة في التمويل العقاري، وسنعطي بشكل مختصر تعريفا لأهم البنوك التجارية في الجزائر التي تدمج ضمن سياستها الإقراضية منح القروض العقارية والتي عرفت تطورا في تنظيمها الهيكلي والبشري لتجسيد هذا الغرض .

1- القرض الشعبي الجزائري:

تم تأسيس هذا البنك بمقتضى الأمر المؤرخ في 14/05/1966 وهو ثاني بنك تجاري تم تأسيسه في الجزائر وقد تأسس على أنقاض القرض الشعبي للجزائر ووهران وقسنطينة وعنابة Caisse Populaire d'Alger ,Oran , Constantine, Annaba ثم اندمجت فيه بعد ذلك ثلاثة بنوك أجنبية وهي: شركة مارسليا للقرض - Societé Marseillaise de Credit والمؤسسة الفرنسية للقرض والبنك - Campagne Française de Credit et de Banque وأخيرا البنك المختلط الجزائر مصر .

ابتداء من عام 1971 أصبح هذا البنك، يمنح القروض المتوسطة الأجل تطبيقا لمبدأ التخصص البنكي ، تكفل القرض الشعبي الجزائري بمنح القروض للقطاع الحرفي والفنادق والقطاع السياحي.

فهو بنك تجاري كغيره، من البنوك التجارية في الجزائر المخول لها دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 و 68 وكذلك العمليات الواردة في المادة 72 من الأمر 03-11 المؤرخ في 24/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض، كعمليات الصرف والعمليات الواردة على الذهب والمعادن الثمينة وتوظيف القيم المنقولة واكتابها وشرائها وتسييرها وحفظها وبيعها والاستشارة والمساعدة في مجال تسيير الممتلكات والخدمات الموجهة لإنشاء المؤسسات أو التجهيزات وإنمائها ...

2- البنك الوطني الجزائري :

أنشأ في 13/06/1966 وهو يعتبر أول البنوك التجارية، التي تم تأسيسها وقد عوض

تأسيسه البنوك الأجنبية التالية :

القرض العقاري للجزائر وتونس Crédit Foncier D 'Algérie et de Tunisie

القرض الصناعي والتجاري Crédit Industriel et Commercial

البنك الوطني للتجارة والصناعة في إفريقيا

Banque Nationale Pour Le Commerce et L'Industrie en Afrique

Banque De Paris et des Pays Bas

بنك باريس وهولندا

Comptoir D'escompte de Mascara

مكتب معتمد للخصم

وتجدر الإشارة إلى أن إدماج هذه البنوك في البنك الوطني الجزائري، قد تم في أوقات

مختلفة.

يقوم البنك الوطني الجزائري بجميع العمليات المصرفية المتعلقة بالتجارة الداخلية أو الدولية كما أن دوره في منح القروض العقارية هو في تزايد مستمر، حيث أنشأ هذا البنك مديرية متخصصة في القروض الممنوحة للخواص والخاصة بتاريخ 11/04/2004 " Direction des " DCPS Credits aux Particuliers et Specifiques" و خصص هذا البنك غلafa للقروض العقارية، عرف ارتفاعا ملحوظا فخصصت إدارة هذا البنك لتمويل هذا القطاع حصة مالية قدرها

10 ملايين دينار جزائري في عام 2005. [3]ص188، [35]ص18

3- البنك الخارجي الجزائري :

تأسس في أول أكتوبر من عام 1967 بموجب الأمر 67-204 وهو يعد ثالث بنك

تجاري تم تأسيسه تبعا لقرارات تأميم القطاع البنكي. تم إنشاؤه على اثر تأميم 05 بنوك أجنبية وهي

القرض الليوني Crédit Lyonnais

الشركة العامة Société Générale

قرض الشمال Crédit du Nord

البنك الصناعي للجزائر والمتوسط

Banque Industrielle de L'Algérie et de Méditerranée

بنك باركليز Barclays Bank

يمارس البنك الخارجي الجزائري، كل مهام البنوك⁽¹⁾ التجارية بجمع الودائع الجارية والإقراض وكذا التكفل بتمويل التجارة الخارجية وبمنح قروض الاستيراد، وتدعيم المصدرين الجزائريين ماليا . [1]ص39

4- بنك التنمية المحلية: Banque de Développement Local BDL

تأسس هذا البنك بموجب المرسوم رقم 85/85 المؤرخ في 1985/04/30 وهو آخر بنك تجاري تم تأسيسه في الجزائر قبل الدخول في مرحلة الإصلاحات الاقتصادية والمصرفية بعد إعادة هيكلة بنك القرض الشعبي الجزائري .

يتولى بنك التنمية المحلية بجمع الودائع ومنح القروض العقارية إن الإستراتيجية الوطنية للسكن تضمنت جملة من الإصلاحات السياسية في المجال المالي والمصرفي، دفعت البنوك التجارية في الجزائر إلى المساهمة أكثر في تجسيدها بعد استعادة البنوك لوظيفتها التقليدية وهي منح القروض على أساس مفهوم الربح والنفع الاقتصادي. رغم ذلك نؤكد أن تدخل البنوك التجارية في مجال القروض العقارية، مازال محتشما رغم ما شاهده الساحة المالية والاستثمارية من تقدم ، فعليها إذن أن تدعم قوة أدائها لخلق نوع من التنافس بينها كما عليها بالإضافة إلى التمويل توفير خدمات متكاملة تحت سقف واحد.

1.1.2.2. البنوك المتخصصة

يكمن دور نظام تمويل السكن في استطاعة تحصيل الأموال الضرورية، ومنحها في شكل قروض للمقاولين والراغبين من الخواص المواطنين في اقتناء سكن عائلي.

(1) ترجع كلمة بنك إلى أصل الكلمة الفرنسية Banque والى أصل الكلمة الإيطالية Banca وتعني هاتان الكلمتان صندوق متين لحفظ النقائس وكذا مقعد طويل لشخصين أو أكثر Chest على التوالي وتصف هاتان الكلمتان الوظيفتان الأساسيتان اللتان تقدمهما البنوك التجارية حيث تعبر الكلمة الأولى Chest عن وظيفة الحماية وبمعنى آخر المكان الذي يحتفظ فيه بكل ما هو ذا قيمة مثلما الحال في خزينة الذهب وصندوق المجوهرات وتتمثل حماية البنك في محفظة أصوله الفعالة التي يقتنيها. تمثل تلك المحفظة قلب البنك النابض بحركته ونشاطه ،ان فهم كلمة بنك تدعو إلى التفكير في الودائع المصرفية التي تتحول إلى أصول مالية تمثل حقوقا لمجموع المودعين من الأفراد. هذا وفي القرن الثامن عشر أشارت الكلمة الإيطالية Bench إلى المنضدة أو مكان تغيير النقود ويشير هذا المعنى إلى وظيفة المعاملات، وبمعنى آخر تغيير النقود وسداد قيمة السلع والخدمات وعادة ما يتم السداد نقدا أو بالشيكات أو بالبطاقات الائتمانية وهي وسائل يتم استخدامها بمعرفة البنك كما نجد أن البنك يحظى بمثل هذه المناضد والشبابيك مثل منضدة فتح الحساب الجديد وشباك الصرف الآلي distributeur automatique وهذه الأماكن تساعد جمهور المتعاملين مع البنك من الاستفادة من وظيفتي الحماية والمعاملات.

أبرزت مختلف الدراسات المتعلقة بأنظمة تمويل السكن الموجودة في العالم، هناك اختلاف كبير في الهياكل والميكانيزمات المستعملة لهذا الغرض رغم الاختلاف القائم بينها فإنها تستجيب لبعض الانشغالات الخاصة، بالتقليل من المخاطر المالية بتكاليف مناسبة بالإضافة إلى الادخار ومنح وإدارة القروض العقارية. تتكفل بهذه المهام كلها في كثير من الدول، البنوك العقارية المتخصصة.

نعرف البنوك العقارية المتخصصة، بأنها تلك التي تقوم بمنح وإدارة القروض العقارية التي تكون مضمونة برهونات عقارية في شكل بناءات سكنية .

ينتمي البنك العقاري عادة إلى مجموعة المؤسسات المالية، التي تلعب دور الوسيط بين المستهلك والمستثمر، فيقدم القروض للمواطنين الذين هم في حاجة إلى امتلاك السكن والحصول في المقابل على رهونات من الدرجة الأولى .

فالمصرف العقاري هو مصرف متخصص، في تمويل عمليات القطاع السكني عن طريق تقديم تسهيلات مالية لبناء المساكن أو إكمالها أو توسيعها أو شرائها .

إن التجربة الوحيدة في الجزائر بالنسبة لهذا النوع من المصارف المتخصصة في التمويل العقاري، تمثلت في مهام الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط CNEP الذي تم تأسيسه في 10 أوت 1964 بموجب الأمر رقم 227/64.

تولى عند نشأته مهمة جمع الإذخارات الصغيرة وابتداء من 1971 تم تكريس نشاط الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، كبنك وطني لتمويل السكن.

في إطار برامج الصندوق وأمام حافز الحصول على سكن، زاد ادخار العائلات وارتفعت بالتالي موارده المالية، فقام بمنح قروض إما للبناء أو لشراء سكن جديد أو تمويل مشاركة

المقترض في تعاونيات عقارية. [1]ص32، [3]ص187

ساعدت الدولة ضمن التعاونيات العقارية الأفراد بإعفائهم ، من الضرائب الخاصة بالنشاط الصناعي والتجاري، كتحفيز للمساهمة في التقليل من إشكال السكن.

عرفت المادة 02 من الأمر رقم 92/76 المؤرخ في 1976/10/23 التعاونية بأنها " التعاونية العقارية هي شركة هدفها الأساسي المساعدة على الحصول على ملكية عقارات تخصص للاستعمال السكني، ويستبعد من نشاط التعاونية "وصلاحياتها المساعدة على الحصول على ملكية

محلات مهنية كما أنها تتكون من أشخاص مدنية تسعى لتلبية حاجاتها الشخصية كالإيواء". (ج.ر عدد 12)

أدى ضعف تجربة الجزائر في إقامة بنوك متخصصة و توسيع نشاطها ،إلى تدخل البنوك التجارية كمؤسسات مصرفية أخذت على عاتقها، تأمين مصادر التمويل، للنهوض بقطاع السكن .

إن مجمل العمليات الخاصة بالترقية العقارية، تحملها هذا الصندوق في الثمانينات وحتى بداية التسعينات بشكل احتكاري ، مما ترتب عليه ضعف انجاز الغرض وعدم التكيف مع متطلبات السوق ومن ثم ارتفاع سعر البيع .

من أهم الأسباب التي أدت إلى فشل هذه السياسة العمرانية المنجزة من قبل هذا الصندوق

المتخصص هي مشكلة الأرض. [5]ص48

إن الأرض تعتبر عنصرا هاما في حركة البناء، وهي كغيرها من العناصر تخضع لأسعار السوق، وإن عدم وجود عقارات منظمة في هذه الفترة صالحة للبناء أثر في بطء الحركة العمرانية وغلاء أسعار العقارات وندرتها للأسباب التالية :

- * غلاء سعر العقارات وانعكاس سعرها على سعر السكن .
- * تجميد بعض العقارات الصالحة للبناء بهدف ارتفاع أسعارها .
- * ارتفاع أسعار المواد الخاصة بالبناء، الذي اثر تأثيرا مباشرا على مشاريع البناء و التأخير في تنفيذها

* زاد في حدة هذه الموضوع سوء توزيع المواد وندرتها مما اوجد سوق سوداء لبعض المواد .

* ارتفاع أجور اليد العاملة ،في قطاع البناء وعدم كفاءتها،ونتيجة لكل ذلك أضحي التداول في العقارات بقصد الاتجار والمضاربة.

إن هذه المشاكل زادت من أزمة السكن تعقيدا، ثم إن الشروط التي كانت تتطلبها عمليات الادخار والتسويق جعلت أغلب المؤسسات المالية تبتعد عن هذا النشاط ما عدا الصندوق، والتي كانت المخاطرة بالنسبة إليه واضحة حيث كان يستعمل المبالغ المدخرة تحت الطلب في تمويل المشاريع، ومنه ظهرت الحاجة إلى المزيد من الموارد المالية لتمويل السكن .

لعدم قدرة الدولة في حل هذه الأزمة، في تلك الفترة ولا مستقبلا، بدا ضروريا اتخاذ إجراءات إضافية إستعجالية لتشجيع كل المتدخلين في الحياة المصرفية للمساهمة في التمويل. في 14/08/1995 اتخذ قرارا من طرف الحكومة، يقضي بإعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط كبنك، مهمته الأساسية منح القروض العقارية، بالإضافة إلى العمليات المصرفية الأخرى.

في هذا السياق نرى بضرورة إنشاء إضافة إلى هذا البنك أي Banque CNEP بنوك عقارية كما هو الحال في كثير من الدول واتخاذ وتنفيذ إجراءات التخصيص المصرفي في بلادنا وإحداث المصارف العقارية. [5]ص105

ان المصرف العقاري يشكل حلقة متميزة لهذا الجهاز، وأداة فعالة لتشجيع الادخار ولعل من الأسباب الموجبة لإحداثه :

- تشجيع قطاع البناء وتحقيق رغبة حقيقية من رغبات المواطنين
- دعم الحركة العمرانية في البلاد وتنشيط بناء السكنات والمنشآت السكنية .
- تحقيقا لهذه الغاية يجب أن يعمل بنك العقار الحالي والمصارف العقارية التي أصبح من الضروري التفكير في إنشائها على :
- تلبية متطلبات التسليف السكني، ذي الأجل المتوسط والطويل لإنشاء وإكمال وتوسيع البناءات عن طريق الإقراض ومنح التسهيلات المصرفية .
- تشجيع الادخار السكني بمختلف السبل .
- إيداء المشورات الفنية لأصحاب العقارات السكنية، عن طريق دراسة مشاريع البناء ومخططاتها وأساليب تمويلها .

لا يمنع هذا التخصص، تلقي هذه المصارف العقارية الودائع بفوائد أو بدون فوائد، تحت الطلب أو لأجل مسمى، والقيام بمختلف العمليات المصرفية المرتبطة ارتباطا مباشرا بتحقيق أغراض المصرف .

لإعادة الحياة لهذا القطاع الحيوي في الجزائر، لابد من البحث في مسألة إيجاد وتطوير واقع المصارف المتخصصة ومنها العقارية بالاهتمام بالبنك العقاري من الجوانب التالية:

- 1 - تزويده برأس مال معتبر، الذي إذا أضيف إلى ودائع المدخرين، يؤمن بعض احتياجات هذا القطاع .

- 2- أن يكون سعر الفائدة المطبق من المصرف، أقل من أسعار الفوائد لدى البنوك التجارية حتى لا يشكل هذا السعر عبئاً ثقيلاً على عاتق المقترضين .
- إن تقديم الدعم لأسعار الفائدة هو الأسلوب الأمثل، لأن المقترض سيرتبط بعلاقة تعاقدية طويلة الأمد، لمواجهة متطلبات الحياة، بدون مضايقات.
- 3- من أجل تبسيط عمليات التسليف ينبغي أن تكون طرق عمل المصرف العقاري، متطورة حتى لا يتحمل المقترض تكاليف إضافية .
- 4- إنشاء للبنوك العقارية المتخصصة فروعاً، خاصة في المناطق الأهلة بالسكان وتعميم خدماتهم .
- 5- إفساح الإمكانية أمام المصارف العقارية للاستفادة من تسهيلات المصارف الأخرى وتأكيد حقها في اللجوء لإعادة الخصم.
- 6- إمكانية تقديمه، لكافة أنواع الدعم والتشجيع للجمعيات التعاونية السكنية.
- 7- تشجيع الادخار السكني، ومنحه الإعفاءات من الضرائب والرسوم .
- 8- تبني سياسة طرح سندات عقارية، بفوائد مرتفعة بغية امتصاص الأموال الفائضة وزجها في القطاع، فتكون حصيلة هذه السندات لصالح المصارف العقارية .
- 9- الاستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية .
- لخلق جو من التنافس في أعمال المصارف، تتفرد هذه البنوك المتخصصة، بقطاع معين فنتمكن من أداء الخدمات بشكل أفضل، بجمع المعلومات الكافية عن النشاط الاقتصادي محور التخصص.
- إن حصر التعامل بمصرف متخصص، محدد السياسة الإقراضية التسليفية التي توجه وتراقب وفق مقتضيات مصلحة هذا القطاع، يحقق التوافق بين البيئة التسليفية والبيئة الاقتصادية ويكون هذا التخصص حلقة متممة للنظام المصرفي عندنا، مشجعا للادخار ووسيلة فعالة لتنشيط القطاع الإسكاني.
- لا تستنقي مواردها من الودائع، التي هي في الغالب ودائع تحت الطلب، ولكن من رأس مال البنك ومن سندات القروض العامة، التي قد تصدرها وقد تشترك فيها البنوك التجارية كنوع من أنواع الاستثمار.

يقتضي نظام البنوك المتخصصة، سن أحكام آمرة وشاملة ، خاصة بإنشائها وطرق أدائها، وقد تضيف إلى مهامها الأساسية المتمثلة في تقديم القروض العقارية عمليات الجمع بين الخدمات السكنية العقارية وخدمات التأمين، لكي تتمكن من زيارة نسبة نجاحها في السوق. يرتبط منح القرض العقاري بضرورة التأمين ضد المخاطر المتعددة للسكن أو التأمين من البطالة فيتولى البنك تقديم هاتين الخدمتين، بهذه الخدمة الإضافية تتمكن البنوك المتخصصة من تنويع خدماتها، ومنها إيراداتها.

إن استغلال الفهرس الخاص بالعملاء والنظام الإعلامي المستخدم من شأنهما، أن يسهلا عملية بيع هذا المن توج، بالإضافة إلى تقديم القرض العقاري فيتقرب البنك من العميل ليتعرف عن انشغالاته المالية، فالبنك المانح للقرض العقاري الطويل الأجل يكون أكثر حضورا واستماعا للعميل في حين غالبا ما يهمل هذا الجانب من قبل شركات التأمين حيث يظهر المؤمن له ،محل اهتمام عند إبرام عقد التأمين ثم يسقط في نطاق المجهول (l'anonymat).

تتطلب هذه الخدمة الإضافية والضرورية ،لإنجاح عملية القرض العقاري تكويننا خاصا

للموظفين و كذا إمكانيات حديثة. [6]ص225

Les Banques ont pu accroître rapidement leur part de marche en associant produits bancaires et produits d'assurance dans des packages du type crédit immobilier + assurance multi risque habitation + IDE (invalidité) + décès.

تنبهت البنوك العقارية في كثير من الدول كفرنسا ، لهذا الوضع فألزمت موظفيها بنوعية جيدة من الخدمات، عند استقبال المقترضين وتوجيههم وتقديم لهم الخدمة المتميزة . الانشغال الأساسي للبنك هو إخلاص المقترض La fidélisation فأضحت خدمة التأمين سبيلا لتطوير منتوجات البنوك وهي من العوائق التي قد يطرحها أو يتعرض لها المقترض.

إن البنوك المتخصصة هي المؤهلة دون غيرها:

-بوضع طريقة عمل شاملة لمساعدة المقترض ،باستراتيجية عمل تجمع بين قواعد منح القرض العقاري والتأمين ضد المخاطر التي قد يتعرض لها العقار وكذا تغطية المخاطر الشخصية التي قد تلحق بالمقرض، طوال فترة تنفيذ هذا العقد كالوفاة أو العجز أو فقدان منصب العمل.

-العمل على تشجيع وتعبئة وتسيير الادخار العام،لعملية الادخار:

* جانب تقليدي يتمثل في تعويد الفرد على الادخار، تنفيذًا لتعليمات الله تعالى ذلك أن الفرد في هذه العملية لا يسرف ولا يكتنز ويكون إنفاقه متوسطا بين الأمرين، مصداقا لقوله تعالى

بعد بسم الله الرحمن الرحيم "ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتعبد
لملوما محسورا" صدق الله العظيم. سورة الإسراء الآية 29.

*جانِب تربيوي يتمثل في أن البداية في عملية الادخار، هي القرار الذي يتخذه الفرد بأن
يجنب جزءا من دخله مؤجلا إنفاقه إلى وقت آجل .

عملية الادخار وإن بدت بسيطة إلا أنها تتضمن تدريبا من الفرد لنفسه على ثلاث عمليات
هي دراسة وتقدير الأمور والظروف المحيطة به ثم التخطيط للوصول إلى الهدف ثم التصرف
الإيجابي والإقدام على إيداع جزء من الإيرادات في الحسابات المخصصة.
تقيم البنوك سواء أكانت التجارية أو متخصصة تفضلا بين العملاء المدخرين وغير
المدخرين ويبرز ذلك في نسب الفوائد المطبقة على كل منهما، وكذلك بشأن الامتيازات التي تمنح
للمدخرين دون غير غيرهم، حيث وضعت وسائل متميزة للمتعاملين مع البنوك للاستثمار وتحقيق
الربح وتوفير الأمن من ناحية وتسهيل وتيسير سحب المبالغ المدخرة من ناحية أخرى.

1.1.2.3. الرقابة على النظام المصرفي وحماية المقترضين

على ضوء الهيكل التنظيمي، للسوق العقاري بالجزائر على النحو السابق تفصيله
الهيئات المتدخلة، هي بنوك تجارية أو متخصصة أو حتى بنوك إسلامية، وإن الحدود بين كل نوع
من هذه البنوك غير حاسمة وينظر لمعرفة، كل نوع منها إلى النشاط الأساسي وهذا التداخل في
الاختصاص ملحوظ في معظم البلاد.

تخضع البنوك التجارية منها أو المتخصصة أو الإسلامية لرقابة مبررة بطبيعة نشاطها
الذي يمس بمصالح جوهرية تفرض حماية موضوعها، تتداول النقود، الائتمان وحماية الطرف
الضعيف في العقد.

تستهدف هذه الرقابة، حماية مصالح كل من يلجأ إلى خدمات هذه المؤسسات، المودعين
أو المقترضين لحماية الائتمان الذي أصبح عصب الاقتصاد، بتنظيم شروطه والتأكد من سلامة
الأجهزة التي تقوم على منحه وتوزيعه .

ينبغي أن لا تغفل رقابة البنك، الذي يمنح القروض العقارية، أنه تاجرا يسعى للربح فلا
يفرض عليه تحمل الخسارة أيا كان الهدف حتى ولو تعلق الأمر بالقروض العقارية التي من
شأنها الحد والتقليل من أزمة السكن.

كمؤسسة ذات طابع اقتصادي، هو ملزم بأن يتبع أسلوبا معيناً في إدارته، يناسب نشاطه الجوهري وهو تقديم القروض، فتخضع هذه البنوك بالإضافة إلى القانون المصرفي والتشريع المنظم لقواعد المهنة إلى فرع آخر من التنظيم وهو مجموعة القواعد الصادرة عن جهات أو هيئات استناداً إلى سلطة تختص بتنظيم العلاقة بالعملاء، كالقرارات الصادرة عن بنك الجزائر لتنظيم عمليات معينة أو بوضع نمط معين للتعامل أو تحديد أثمان الخدمات المصرفية .

هذه القرارات متى كانت صحيحة تلزم كافة البنوك والمتعاملين معها من مودعين ومقترضين وللمقترض أن يتمسك بتطبيقها وبالمطالبة بإبطال كل اتفاق مخالف لها.

فكل قرار يستهدف تنظيم مرفق ما صادراً ممن له سلطة إصداره، فهو ملزم للكافة في حدود نطاق تطبيقه المنصوص عليه، و إن القواعد الخاصة بتحديد أثمان الخدمات المصرفية هي قرارات تلزم في جل صورها المصرف، فليس له أن يزيد عليها إجحافاً للمقترضين وهي المسألة التي تناولها نظام بنك الجزائر رقم 09-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1430 الموافق 26 مايو 2009 المحدد القواعد العام المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية (ج- ر عدد 53)

تفرض بعض البنوك المركزية من باب الرقابة، معيار كفاية رأس المال على المصارف الإسلامية بنفس الأسس التي تفرضه على البنوك التقليدية، مع أن اختلاف طبيعة الودائع والحسابات لدى المصارف الإسلامية يقضي بأن تكون الأسس المطبقة لهذا المعيار مختلفة، عن أسس تطبيقه على البنوك التقليدية.

تتولى مراقبة البنوك الإسلامية هيئة بالبنك المركزي، مؤهلة من الناحيتين الفنية والشرعية، وتختص بالرقابة والتفتيش على المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، ومنه ضرورة تبني معايير خاصة لقياس أنشطة المصارف الإسلامية وتقييم أدائها بصورة مختلفة عن تلك المتبعة يتبعها في تقييم أداء المصارف التقليدية، لتمكين المصرف الإسلامي من الاضطلاع بدوره في خدمة الاقتصاد الوطني، على ضوء منطلقا ته الأيديولوجية، قوامها ضوابط صحة هذه العقود شرعاً، بتوافر أركان وشروط دون أن يكون تركيبها حيلة للتعامل المحرم مثل الربا.

مثل هذه القرارات ، يصدرها بنك الجزائر الذي يباشر الاختصاصات والسلطات المخولة له بمقتضى الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض مع التذكير ، أن مجلس إدارة بنك الجزائر هو مجلس النقد والقرض و هو السلطة المختصة :

-بتصريف شؤونه والهيمنة على تنظيم السياسة النقدية و الإقراضية والمصرفية والإشراف على تنفيذها ،

-إصدار القرارات بالنظم التي يراها كفيلة بتحقيق الغايات والأغراض التي يقوم على تنفيذها ،

- التأثير في توجيه الائتمان من حيث كميته ونوعه وسعره بما يكفل مقابلة الحاجات الحقيقية لمختلف نواحي النشاط الاقتصادي ،

-تحديد أسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وأجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والقرض،

تتميز قواعد القانون المصرفي المنظمة لاحتكار البنوك التجارية والمتخصصة لممارسة القروض العقارية بخصائص، تفرضها طبيعة الموضوع الذي تنظمه فهي:

1- ذات طبيعة فنية تقنية لأنها تنظم موضوعا تقنيا خاصا.

2- تعتمد على أسلوب موحد في العملية الواحدة في كافة البنوك وعلى هذا فإن عمليات البنوك بما فيها القرض العقاري، لها وصف عقود الإذعان بحيث يتعذر على المقترضين مناقشة

معظم شروطها. [7]ص12

تملك البنوك في الجزائر زيادة على ممارستها احتكار اقتصادي في مجال الائتمان، احتكارا قانونيا في مجال العمليات المصرفية وإصدار القروض منها القروض العقارية.

يجد هذا الاحتكار مصدره في القواعد القانونية العامة والخاصة في آن واحد، حيث أنه طبقا لنص المادة 456 ق.م تختص مؤسسات القرض دون سواها، بمنح القروض النقدية بفوائد ومنه القروض العقارية التي هي قروض نقدية بمقابل فائدة.

أما عن القواعد القانونية الخاصة فتضمنها الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، حيث يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي القيام بالعمليات التي تجريها البنوك والمؤسسات المالية بشكل عادي، وتكلف في هذا الإطار تطبيقا لأحكام الأمر السابق للجنة المصرفية بما يلي :

*- مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة

عليها .

*- معاقبة الإخلالات التي يتم معابنتها .

*- تفحص شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية وتسهر على نوعية وضعياتها المالية .

*- السهر على احترام قواعد حسن سير المهنة .

*- مراقبة البنوك والمؤسسات المالية، بناء على الوثائق وفي عين المكان يكلف بنك الجزائر بتنظيم هذه المراقبة لحساب اللجنة، بواسطة أعوانه .

- إذا أخل بنك أو مؤسسة مالية بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه أو لم يذعن لأمر أو لم يأخذ في الحسبان التحذير، يمكن للجنة أن تقضي بإحدى العقوبات الآتية :

1- الإنذار

2- التوبيخ

3- المنع من ممارسة بعض العمليات وغيرها من أنواع الحد من ممارسة النشاط

4- التوقيف المؤقت لمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتاً أو عدم تعيينه

5- سحب الاعتماد

يمكن للجنة أن تقضي بدلا عن العقوبات المذكورة أعلاه، أو إضافة إليها، بعقوبة مالية تكون مساوية على الأكثر للرأس المال الأدنى⁽¹⁾. الذي يلزم البنك أو المؤسسة المالية بتوفيره، وتقوم الخزينة بتحصيلها

كان هذا الوضع العام المتعلق بالهيئات المالية المتدخلة في عمليات التمويل العقاري في الجزائر، حيث نلاحظ أن مشرعنا قد نجح في توفير الشروط التشريعية والنظامية لتفعيل وتنشيط إبرام وتنفيذ عقود القرض العقاري

ومع ذلك نؤكد على إن التوجه الحكومي الجديد المتمثل بالانتقال من دور الدولة المنتج للسكن إلى دور المنظم يعتبر خطوة في الاتجاه الصحيح، ولإنجاح هذه السياسة لابد من توفير البيئة الملائمة لهذا التشريع بالقيام ببعض الإصلاحات و اتخاذ إجراءات نذكر منها على سبيل المثال:

1- الإسراع في تجسيد وتفعيل سوق الأوراق المالية، وإنشاء سوق خاص بالقروض العقارية، لأن التمويل في القطاع العقاري يحتاج إلى أموال كبيرة وفترة سداد طويلة، بينما التمويل المصرفي متاح حالياً يتسم بقصر آجاله.

(1) النظام رقم 08-04 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1429 الموافق، 23 ديسمبر سنة 2008، لمتعلق بالحد الأدنى، لراس مال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر ج-ر عدد 77.

2- مراجعة القوانين والتشريعات المختلفة المعيقة لعمل هذا المشروع الجديد، والتخفيف من الرسوم والتعقيدات الإدارية المؤثرة من قريب أو من بعيد على القطاع العقاري.

3- العمل على وضع أسس، وقواعد واضحة تساهم في تخفيض درجة المخاطرة، التي قد تتعرض لها البنوك والمؤسسات المالية في المجال العقاري، التي تنتج عن انخفاض الطلب على العقارات على المدى المتوسط والطويل.

4- رفع القدرات المهنية للإطار المصرفي، المتخصص بالتمويل العقاري وزيادة وتنوع الخدمات المصرفية المرتبطة بإبرام وتنفيذ عقود القرض العقاري وتحسين جودة الخدمات المتصلة به.

إلى غاية عام 1997 كان الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، الوحيد الذي يمنح قروضا للسكن ثم انطلق بنك القرض الشعبي الجزائري، في منح القروض العقارية في عام 1999 وبنك التنمية المحلية في عام 2000 أما البنك الوطني الجزائري والبنك الخارجي الجزائري، فهما في مرحلة

الانطلاق. [8]ص02

لقد منحت البنوك التجارية السابقة الذكر حجما من القروض تزايدت بنسبة 39% من عام 2002 إلى غاية 2003 أي أن الرقم ارتفع من 14000 ملف قرض إلى 19500 ورغم ذلك فإن هذا الرقم لازال لا يعبر عن الطموحات العامة والخاصة، لدور البنوك التجارية والخاصة و المتخصصة في عملية التمويل العقاري.

2.1. المصارف الإسلامية والأسس الشرعية والاقتصادية في تمويل الإسكان

لا اعتبارات دينية لوحظ ميدانيا أن الكثير من المواطنين، رغم حاجاتهم للسكن وإمكانياتهم لتسديد القروض العقارية التي تمكنهم من تلبية هذه الحاجة، التي أصبح الحصول عليها ممكنا من المؤسسات الممولة، فإنهم يتجنبون طلبات القروض العقارية.

رأينا انه من الضروري لإثراء موضوع هذه الدراسة ومن الإنصاف أن نبحث في موقف

شريعتنا الغراء في أحكام عقد القرض بصورة عامة والقرض العقاري بصورة خاصة.

في سياق هذا الطرح، سنبحث في المطلب الأول من هذا المبحث في الجوانب الفقهية

لعقد القرض العقاري بتعريف عقد القرض في الشريعة الإسلامية وشروط صحته، و منه في أحكام

الربا وأثرها على عقد القرض العقاري و في المطلب الثاني في ضوابط العمل المصرفي الإسلامي

و البديل الإسلامي المقترح للقروض العقارية .

1.2.1 الجوانب الفقهية لعقد القرض العقاري

لبعض الاعتبارات يجري التمييز أحيانا بين القروض الاستهلاكية والقروض الإنتاجية ويميز أيضا في القروض الاستهلاكية بين قروض الاستهلاك الضروري وقروض الاستهلاك غير الضروري.

القروض الاستهلاكية هي القروض الممنوحة لسد الحاجات الاستهلاكية كالغذاء والسكن أما القروض الإنتاجية أو التجارية فهي القروض الممنوحة لأغراض الإنتاج والتجارة كتمويل رأس المال الثابت أو تمويل رأس المال العامل.

من جملة الاعتبارات التي جرى لأجلها ، التمييز بين القروض الاستهلاكية والقروض الإنتاجية أو التجارية ما وصل إليه في وقت مضى بعض الكتاب لاستباحة الفائدة المحرمة فزعموا أنه لا بأس في حرمة الفائدة على قروض الاستهلاك الضرورية الممنوحة للمضطرين أما حرمتها على قرض الإنتاج فلم يسلموا بها، وقد تعرض للرد على هذا التيار الهادف إلى استباحة الفائدة على هذا النوع من القروض، كل من الشيخ محمد أبو زهرة في بحوث في الربا ، حيث ذهب إلى أن الربا المحرم هو ربا الاستهلاك لا الاستغلال والإنتاج والشيخ أبو الأعلى المودودي في الربا بصورة غير مباشرة بصدده بحثه على المبررات المزعومة للربا، والدكتور محمد عبد الله العربي في المعاملات المصرفية المعاصرة ورأي الإسلام فيها، كلمة مبدئية عن الربا في القروض

الإنتاجية. [9]ص21، [10]ص33

نحاول فيما يلي التعريف شرعا بعقد القرض العقاري وأركانه في الفرع الأول ثم في أثر الربا على عقد القرض العقاري في الفرع الثاني .

1.2.1.1 تعريف عقد القرض العقاري شرعا وأدلة ثبوته

العقد في اللغة هو الربط والشد ويقال عقد الحبل أي شده وقد استعمله العرب في الاعتقاد الجازم والتصميم وفي اللسان. وقالوا عقد العهد أو اليمين يعقدهما عقدا وكلمة العقد (بفتح العين وسكون القاف) العهد والضمان ويجمع على عقود ومنه قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا

أوفوا بالعقود "سورة المائدة الآية (1)

قيل هي العهود وقيل هي الفرائض التي ألزم الله سبحانه وتعالى بها عباده وقال الزجاج في تفسير هذه الآية الكريمة " خاطب الله المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين وقال الله تعالى : " **أوفوا بالعقود** **إن العمد كان مسئولا** ". سورة الإسراء الآية (34)

وقال سبحانه وتعالى : " **أوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها وقد جعله الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون** ". سورة النحل الآية (91)

وقال تعالى: " **إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين** ". سورة التوبة الآية (4)

إن العقد في الاصطلاح الشرعي هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل وقد عرفه مرشد الحيران بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد

العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه. [11]ص19

ونستخلص من تعريف الفقه الإسلامي للعقد ثلاثة أمور:

1- أن الفقه الإسلامي يميل إلى النزعة الموضوعية ولا يأخذ بالنزعة الذاتية التي تسود الفقه الغربي وإن الفقه الإسلامي لا يعول على توافق الإرادتين وإنما يعتد بما يظهر من أثر لتوافق هاتين الإرادتين بين العاقد والمعقود عليه وما نستنتجه كذلك أن الفقه الإسلامي يأخذ بالإرادة الظاهرة ولم يعول على الإرادة الباطنية.

2- إن كل إرادتين متطابقتين تعتبران عقدا ولا تعتبر الإرادة المنفردة عقدا.

3- إن العقد يتدخل في عموم التصرفات القانونية ولما كان التصرف القانوني تعبيراً عن الإرادة أو هو إرادة محضة لذلك كان العقد فرعاً عن التصرف القانوني.
وبعد هذا التمهيد لتعريف العقد نتساءل عن مدلول عقد القرض شرعا.

إن القرض في اللغة القطع وهذا هو الأصل ثم استعمل في قطع السلف والمجازة يقال قرضه قرضا جازاه كقارضه مقارضة ومن هذا القول ابن الدرداء " إن قارضت الناس قارضوك وإن تركتهم لم يتركوك وإن هربت منهم ادر كوك " .

والقرض ما تعطيه من المال لتتقاضاه، فقد قال أبو إسحق النحوي في قوله تعالى " **من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا** " قال معنى القرض البلاد الحسن وأصل القرض ما يعطيه الرجل أو يفعله ليجازي عليه الله عز وجل، ولا يستقرض من عوز ولكنه يبلى عباده فالقرض كما يقول أبو إسحق اسم لكل ما يلتمس عليه الجزاء.

هذا وقد عرف الفقهاء المسلمون رحمهم الله تعالى عقد القرض تعريفات متعددة ونورد فيما يلي طرفا منها وهذا حسب مختلف المذاهب لنقف عند نظرة الشريعة الغراء حول هذا العقد: في المذهب الحنفي: عرف هذا العقد العلامة ابن عابدين بأنه ما يعطيه أحد الطرفين من مثلي ليتقاضاه.

في المذهب المالكي: القرض متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلا فقط (تفضلا)..
في المذهب الحنبلي: القرض هو دفع مال ، إرفاقا لمن ينتفع به ويرد بدلا له.
في المذهب الشافعي: القرض تمليك الشيء على أن يرد مثله.
في المذهب الشيعي الإمامي: حقيقة القرض التملك على وجه الترخيم لا مجانا.
في المذهب الظاهري: نسبة للشيخ ابن الحزم الطاهري القرض هو أن يعطي إنسانا بعينه

من مالك تدفعه إليه ، ليرد عليك مثله إما حالا في ذمته وإما إلى أجل مسمى . [9]ص92

على العموم فالقرض في لغة العرب القطع قرض الشيء يقرضه قرضا ومنه قرض الفأر للثوب إذا اقتطع منه جزءا ويقوم القرض في اصطلاح العلماء على دفع المال للغير لينتفع به ويرد بدله.

معناه أنه يجوز للشخص أن يقترض من الناس وأن المسلم يقترض عند الحاجة وقد فعل ذلك خير خلق الله صلوات الله وسلامه عليه، فاستدان واقترض ورد بأحسن الرد وأحسن القضاء. لا يجوز أخذ القرض من دون حاجة وهو لا يعلم أنه لا يسدد وقد بين النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام العواقب الوخيمة لمن يفعل ذلك فقال : " **من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله** " وبين النبي صلى الله عليه وسلم خطر الدين فقال كما في الحديث الصحيح : " **نفس المؤمن رهونة بدينه حتى يقض عنه** " فمن مات

وعليه دين فإن نفسه مرهونة بهذا الدين واختلف العلماء فقالوا إن الأصل في الرهن هو الحبس ومنه قوله تعالى " **كل نفس بما كسبت رهينة** " .

فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " **من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه** فمن كانت نيته سالحة وهمته صادقة في سداد الدين، فإن الله يعينه وييسر له ويفتح له أبواب الفرج. موقع إسلام وان لاين Internet

على العموم هناك تقارب بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي لعقد القرض الذي هو في نهاية المطاف اقتطاع جزء من مال المقرض ليسلمه إلى المقرض، والملاحظ كذلك أن التعريفات السابقة تؤكد أن عقد القرض شرعا هو عقد عيني وليس عقدا رضائيا فلا بد لإتمامه من تسليم المقرض النقود التي اقترضتها.

إن القرض هو دفع مال أو أي شيء آخر مشمول بشرط أن يكون متماثلا وأن يكون لمنفعة المقرض .

يدل ما سبق ذكره ، مشروعية القرض لأن النبي عليه الصلاة والسلام فعله وإن به ورغب فيه وناول فيما يلي الأصل في القرض من دليل الكتاب والسنة وإجماع العلماء رحمهم الله. لقد ثبت عقد القرض بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس:

1- الكتاب:

أما الكتاب فإن الله تعالى يقول : " **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبغض منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسئموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد " .سورة البقرة الآية (282)**

من خلال هذه الآيات الكريمة شرع الله سبحانه وتعالى المدينات وأمر أن يكتب الدين إذا كان لأجل، وقد أجمع المسلمون على أن هذه الآيات عامة في كل مداينة وقد استدلت بهذه الآيات بعض علماء المالكية على جواز التأجيل في القروض وفي هذه الآيات أمر بكتابة الدين سواء أكان بيعا أم قرضا ذلك لئلا يطراً عليه جحود، وفيه ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب، إن الأمر إذا كان قرضا إلى أجل ففرض على طرفيه أن يكتباه وأن يشهدا عليه عدلين فصاعداً أو رجلاً وامرأتين عدولاً فصاعداً.

إن هذه الآيات الكريمة نصت على مشروعية القرض والدين وكذلك في قوله تعالى : " **وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** " ، حيث دلت هذه الآية الكريمة على إنظار المعسر. والمعسر غالباً ما يكون في الديون إنما يقع إعساره وعوزه عن السداد للدين.

كما استدلت بعض الباحثين على مشروعية القرض بقوله تعالى : " **وافعلوا الخير**

لعلكم تهلمون " ومن أفعال الخير الإقراض لأن فيه تفريح كربة المعوزين وذوي الحاجات.]

159[11

2- في السنة:

أما بالنسبة للسنة فأحاديث صحيحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤكد أنه اقترض ورد القرض صلوات الله وسلامه عليه بأحسن منه وذكر المصنف رحمه الله حديث أبي رافع في الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم استلف بكراً فرده خياراً رباعياً. وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم "استلف من رجل فرد له السلف فأوفى وأحسن القضاء".

وكذلك صح عنه عليه الصلاة والسلام في الصحيح من حديث جابر بن عبد الله أنه استقرض منه ورد دينه بأحسن وأزيد مما اقترض منه صلوات الله وسلامه عليه. وفي قوله عليه الصلاة والسلام كما في حديث أبي هريرة في الصحيح " إن خياركم أحاسنكم قضاء "

وكذلك قوله في حديث أبي رافع **فإن خير الناس من أحسنكم قضاء**.

فهذا كله يدل على مشروعية القرض لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله وأذن به ورغب فيه لمن يستطيع إقراض الناس فقال " من نفس عن مسلم كربةً من كربة من كرب يوم القيامة " .

وأمر بالتوسعة على المقترض إذا ضاق عليه الحال فقال " ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة " .

فكل هذه الأحاديث تدل على مشروعية القرض والدين.

3- الإجماع والقياس:

اجمع العلماء رحمهم الله على مشروعية القرض إذا كان على السنن المشروعة ومنها قالوا يكون القرض مندوبا على الأصل إذا انتفت الدوافع الموجبة للجوب وانتفت الموانع الموجبة للتحريم والكرهية. أما القياس فيرى في القرض دفعا لحاجة المحتاجين وتنفيسا للكرهات وعونا للضعفاء المقترضين إذن هو تعاون اجتماعي عظيم.

2.1. 2. أدلة تحريم الربا

يصح قرض النقود أي كان نوعها، إذ بواسطتها تعرف قيمة الأشياء وعليها تدور عجلة الحياة الاقتصادية و بها تقضى أكثر مصالح العباد ، لهذا فهي أغلب ما تكون محلا للقرض ولا يحق للمقرض شرعا ، أن يسترد أكثر مما أعطي لأنها تدخل في دائرة الربا المحرم .
إن الربا في القرض ، هو أي زيادة على رأسمال أي قرض ولم تفرق نصوص القرآن والسنة في الربا بين القرض الإنتاجي والقرض الاستهلاكي.

لا شك أن فقر الشخص والإيغال في معدل الربا يزيدان في الحرمة بلا ريب ولكن غنى الشخص وقلة المعدل لا يعني الحلية.

و الدليل على أن هناك ربا يسير وآخر فاحشا وكلاهما حرام قوله صلى الله عليه وسلم :

" الربا ثلاثة وسبعون بابا أيسرها مثل ... " . [10]ص33

إن العلماء من عهد النبي صلى الله عليه وسلم وحتى يومنا هذا لم يفرقوا بين قرض استهلاكي وقرض إنتاجي فلم يجيزوا الربا على واحد منهما ويجمعون على أن كل قرض جر للمقرض نفعا مشروطا فهو ربا.

إن هذا التفريق في الربا بين الاستهلاك والإنتاج جاد في عصر متأخر تحت وطأة انتشار

الربا ومحاولة إباحته بشتى الرذائع والحيل. [12]ص77

قد يقال أن هناك قروضا لأغراض استهلاكية غير ضرورية فلا هي إنتاجية فنطبق عليها القراض، ولا هي استهلاكية ضرورية فنطبق عليها القرض الحسن، ذلك أنه ليس من المرغوب التوسع في القرض، لأغراض كمالية فمن أراد ذلك فليعتمد على موارده الخاصة بل إن الشريعة ندبتنا إلى عدم الإسراف فضلا عن أن نفترض لأجل الإسراف، ومن معاني الإسراف أن تتجاوز في الإنفاق قدرتك عليه، هذا من ناحية الكم أما من ناحية الكيف فمن الإسراف أن يوضع عقد القرض في غير موضعه فالمسلم يرى ألم منة الاستقراض أشد من لذة إشباع ما لا ضرورة له.

[10]ص45

جاء في كتاب جامع الأصول لابن الأثير: " عن رجل أدان معرضا فأصبح قديرين به أي معرضا عمن يقول له: لا تستدين ودين به أي علاه الدين وغطاه وأوقع فيما لا يستطيع الخروج منه " رغم هذه الأدلة العامة لتحريم الربا ومع ذلك وقبل أن نعطي أدلة تحريم الربا في القرآن والسنة.

نؤكد أن كثيرا من رجال القانون والشريعة بحثوا في مسألة الفائدة الربوية، في المصارف فهناك من قال أن الفائدة الربوية لا يستغنى عنها في العمل المصرفي وأن العمل المصرفي لا يستغنى عنه في أي مجتمع معاصر حتى ذهب بعضهم أن الفائدة المصرفية لازمة من لوازم العصر. Qui

مع ذلك هناك وهم كثيرون من أعتبر أن المصرف ليس إلا وسيطا يقترض المال من ذوي الفائض (هم أصحاب الفائض لعجزهم عن استثماره أو حفظه بأنفسهم) ليستغله بنفسه فيقرضه إلى ذوي العجز، فالإقراض هو شرعية المضاربة، يعني أن رب المال إذا لم يرغب في أن يكون مقرضا يمكنه أن يكون شريكا في شركة قراض مضاربة، فيشترك في الربح ويتحمل الخسارة إذا

وقعت. [10]ص34، [13]ص13

إن العلماء منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم، لم يجيزوا لرب المال في شركة القراض أن يحصل على مبلغ مقطوع، ورأوا أن هذا يقطع الشركة ويخل بمبدأ العدالة .
للقرض لما كانت الفائدة عليه ممنوعة في الإسلام خدمة مزدوجة.

* يقدم لصاحب المال الضمان فيكون ماله مضمونا في ذمة المقترض سواء ربح هذا أو خسر وسواء تعدى أو لم يتعد ولو لم يقدمه قرضا لبقى المال عنده ولتحمل أخطار ضياعه وتلفه أي لبقى مضمونا عليه لأنه مالكة.

* يقدم للمقترض إمكانية استغلاله ويكون الربح له في مقابل لأن ضمان الخسارة عليه. انتهى كثير من الفقهاء، إلى التأكيد على أن القرض الربوي محرم، دون التفريق بين الأموال الممنوحة للمصرف والأموال الممنوحة من المصرف، ولا ريب أن القرض بفائدة يعتبر قرضا ربويا ولا يصح أن يسمى قراضا وإن حرمة الربا، كفرض الزكاة شعيرتان بارزتان من شعائر الإسلام وإن الفائدة على جميع القروض محظورة، بما فيها القرض العقاري محور هذه الدراسة وهذا بإجماع العلماء الذين يعتد برأيهم ولا عبرة لقول من قال بخلافه. [13]ص15، [12]

[ص65، [10]ص47، [14]ص24

الشيخ محمد أبو زهرة أكد أنه قد ورد تحريم الربا في القرآن وفي السنة وأجمع على تحريمه السلف الصالح والعلماء المجتهدون ومن بعدهم، وتضافرت القرون حقبة بعد حقبة على ذلك الإجماع. نبحث فيما يلي بشكل مختصر في الأدلة على ذلك:

I- أدلة تحريم الربا ⁽¹⁾ في القرآن الكريم :

أ- قوله تعالى " وما آتيتهم من ربا ليربوا في أموال الناس فلا يربوا عند الله وما آتيتهم من زكاة يريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون "سورة الروم الآية(39) وقوله تعالى : " من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه الله له أضاعفا كثيرة والله يقبض ويبسط وإليه ترجعون " .سورة البقرة الآية. (245)

(1) الربا اسم مقصور وحكي مده وهو شاذ ويكتب بالألف ، وقد وقع في المصحف بالواو على لغة من يفخم وأجاز الكوفيون كتبه بالياء غير أن البصريين خطأوا الكوفيين في هذا. وتأتي كلمة الربا في اللغة العربية لمعان كثيرة يقال ربا : زاد ونما ، والرابية : علاها و بالكسر : العينة والرابية ما ارتفع من الأرض وأخذة رابية : شديدة و قد إشتمل القرآن الكريم على كثير من هذه المعاني ، فقوله تعالى : " فإذا أنزل عليها الماء اهتزت وربت " أي علت وارتفعت وقوله تعالى : " يحق الله الربا ويربي الصدقات " أي يضاعفها وينميها وقوله تعالى : " فأخضعهم أخضة رابية " أي شديدة زائدة الشدة وقوله تعالى : " أن تحون أمة هي أربي من أمة " أي أزيد عددا وأوفر مالا وقوله تعالى : " فاحتمل السيل دحبا رابيا " أي طائفا فوق سطحه وقوله تعالى : " وأوينمنا إلى ربوة خاضة فرار " أي أرض مرتفعة

ب- قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفةً واتقوا الله لعلكم تفلحون واتقوا النار التي أعدت للكافرين وأطيعوا الله والرسول لعلكم ترحمون " سورة آل عمران الآية . (130.131.132)

ج - وقال الله تعالى في النهي عن الربا في الآيات التالية وهي آخر القرآن الكريم " الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يمحق الله الربا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فآذنوا بحربه من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما حسبت وهم لا يظلمون " سورة البقرة الآية.(275 إلى الآية 281)

يقول الشيخ محمد أبو زهرة أن في هذا النص الكريم التحريم القاطع، الذي لا مجال للريب فيه وقد اقترن التحريم بثلاثة أمور في هذه الآية الكريمة :

- 1- إن المشركين كانوا يحتجون في تسريع الربا بأن الكسب فيه كالكسب في البيع .
- 2 - إن النهي عن الربا اقترن بالأمر بالصلاة والزكاة وذلك إشعار بأن ذلك ركن من أركان الإسلام .

3 - إن الآية الكريمة حددت الربا المحرم بأنه ما يزيد على رأس المال .

يقول الشيخ محمد أبو زهرة أن كلمة الربا لها مدلول لغوي عند العرب وأن هذا المدلول هو زيادة الدين في نظير الأجل، وإن كون الربا يؤدي إلى أداء الديون مضاعفة واضح كل الوضوح في حال عجز المدين عن الأداء وتوالي ذلك العجز سنة بعد سنة ثم تباع أموال المدين بأبخس الأثمان فتكون الخسارة مضاعفة في الدين وفي الأداء معا.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ألا إن ربا الجاهلية موضوع عنكم كله لكم رؤوس أموالكم ولا تظلمون ولا تظلمون ... "

قال أيضا صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري في صحيحه: " الربا في النسيئة " و ربا النسيئة هو الربا المنصوص على تحريمه في القرآن الكريم وهو أن يزيد المدين في الدين نظير التأجيل فهو زيادة بسبب النسيئة أي التأجيل. [14]ص62، [13]ص15، [12]ص41

2.1.2. دور المصارف الإسلامية في تمويل الإسكان

في جميع أنحاء العالم لا يمثل السكن مكانا للسكن فقط ولكنه أيضا للسكنة فالسكن هو المكان الذي يشعر فيه الإنسان بالأمان، ويتمتع فيه بالخصوصية والائتمان وأنه بصفة عامة، المكان الذي يجد الأفراد فيه أنفسهم ويحققون احتياجاتهم البيئية والاقتصادية والأمنية . يعتبر المسكن ،من أهم المكونات الإستراتيجية الوطنية ،لأي دولة إسلامية أو غير إسلامية.

يواجه التمويل المصرفي لعملية الإسكان في الدول الإسلامية، معوقات تتعلق بهيكل الاقتصاد والجهاز المصرفي والأوضاع التشريعية والقانونية، لهذا سنبحث فيما يلي في نوعية الضوابط التي تلتزم بها المصارف الإسلامية في نشاط منح القروض العقارية، ما يميزها عن تلك المطبقة في البنوك التقليدية، كما نعرض البديل الإسلامي المقترح من صيغ للتمويل العقاري ألا ربوي، وتبيان دور البنوك الإسلامية في تمويل الإسكان بإجازة بدائل مشروعة .

2.1.2.1. ضوابط العمل المصرفي الإسلامي و التمويل العقاري

البنوك الإسلامية هي التي تزاوّل الأعمال المصرفية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، هي مؤسسات الوساطة المالية التي لا تعمل بالفائدة .

إن الذي يسهل تمويلها للإسكان و يؤكد دور البنوك الإسلامية على خلق أرضية ممهدة لانطلاق مثل هذا النوع من التمويل ، وجود عدة صيغ إسلامية ملائمة لاقتناء السكن.

الواقع أن هناك عدة ظروف وعوامل إيجابية دعت إلى توجه جديد وعاجل للمصارف الإسلامية للاستثمار في تمويل الإسكان في الدول الإسلامية، من أهمها:

- إن التمويل العقاري يمثل تغطية حاجة أساسية من احتياجات المجتمع الإسلامي.

- يشكل في حد ذاته انحيازاً لأهداف الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، وللشعاعات التي طرحتها البنوك الإسلامية، باعتبارها بنوك تنمية و إعمار تساهم في إطار سعيها للربحية - في تلبية الاحتياجات الملحة للمسلمين، وهو ليس بهدف ترفيهي ولكنه من صميم آليات البنوك الإسلامية. وجدت المصارف الإسلامية تعاطفاً واسعاً ومساندة، من المشرع في بعض الدول الإسلامية، ودعمًا من السلطات النقدية حيث تتفرد في تقديم الخدمة المصرفية بعيداً عن ما اصطلح على تسميته ب (الفائدة المصرفية) التي اعتبرت من الربا المحرم شرع.

ظهر اختلاف واضح بين طبيعة الأنشطة التي تمارسها المصارف الإسلامية، عن تلك التي تمارسها المصارف التقليدية من حيث مصادر الأموال واستخداماتها على حد سواء و منه تبني معايير خاصة، لقياس أنشطة المصارف الإسلامية وتقييم أدائها، بصورة مختلفة عن تلك التي يتبعها في تقييم أداء المصارف التقليدية و تمكين المصرف الإسلامي من الاضطلاع بدوره في خدمة الاقتصاد الوطني على ضوء منطلقاته الأيديولوجية.

يتمثل الفرق الأساسي بين المصرف الإسلامي والمصرف التقليدي في أن الأول ينهض بوظيفة الوساطة المالية دون عزل للمخاطرة، كما يفعل البنك التقليدي، فالمدخرين الذين أودعوا أموالهم على أساس المضاربة، إنما يتحملون مخاطرة المستخدم النهائي للأموال إذ أن وظيفة البنك هي "العمل" (بلغة المضاربة) أو الإدارة (بلغة المصارف) الحديثة وان المصرف يحصل في واقع الأمر على رسوم مقابل إدارته .

تبني نموذج المصرف الإسلامي في الواقع، الاتجاه الحديث الذي اتجهت إليه البنوك وهو توفير الفرصة للمدخرين بتحمل المخاطر مباشرة.

تؤسس البنوك الإسلامية نشاطها اعتماداً على الصيغ الشرعية المعروفة مثل المضاربة والمشاركة والإجارة والسلم و الاستصناع وغير ذلك من العقود المستحدثة التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية .

تتمثل الأعمال المصرفية الإسلامية، في قبول الودائع وإصدار سندات المقارضة وأعمال التمويل وقد أجازت قوانين بعض الدول للبنوك الإسلامية وضع ضوابط ونسب خاصة بها يجب مراعاتها عند ممارسة أعمالها، فعلى البنك مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية وتجنب التعامل بالفائدة المصرفية بنوعها فائدة الديون وفائدة البيوع .

إن تأسيس نظام مصرفي إسلامي، لا بد أن يكون منسجماً مع أحكام الشريعة و أن عملية انتقال الأموال من فئة الفائض، (1) إلى فئة العجز (2) كانت تتم بناء على صيغة المضاربة .
عندما سعى المسلمون لإيجاد صيغة بديلة للبنك التقليدي تنهض بوظيفة الوساطة المالية دون أن تكون معتمدة على صيغة الاقتراض من المودعين ثم الإقراض للمستثمرين والعمل بالفائدة، وجدوا في المضاربة قاعدة صلبة يمكن أن يؤسس عليها هذا النموذج.
إن جميع صيغ التمويل المقترحة لعمل البنوك كالمرابحة والمضاربة والمشاركة ... الخ كانت - وعلى مدى التاريخ الإسلامي كله - أدوات عمل التجار وصيغ التعامل في أسواق السلع وقد ارتبطت على الدوام بالتجارة كأهم نشاط اقتصادي ومالي في مجتمعات الإسلام .
نلخص ضوابط عمل البنوك الإسلامية فيما يلي:

*- الاحتفاظ بمخصص للمخاطر لأن الودائع الآجلة في المصرف الإسلامي يتم النظر إليها على أنها مساهمات أو محافظ استثمارية، تشارك في الربح والخسارة، يديرها البنك لصالح أصحابها وعلى مسؤوليتهم الخاصة، ودون ضمان من البنك برد هذه الأموال، فضلاً عن أرباحها. تعتبر كأموال المساهمين ولكنها مؤقتة ونظراً لطبيعتها هذه، فإنه لا يجوز شرعاً ضمانها أو ضمان جزء منها، ولا يجوز حجب جزء منها على الاستثمار، إلا بموافقة جميع أصحاب الحسابات.
*- تعتبر الودائع الركن الركين في مصادر أموال المصرف الإسلامي والبنك التجاري على حد سواء، وبينما تعامل ودائع المتعاملين في البنك التجاري على أنها أموال "مقترضة" من المودعين مقابل سعر فائدة محدد سلفاً، بغض النظر عن نتائج أعمال البنك.
تعامل الودائع في المصرف الإسلامي على أنها أموال "مضاربة" في عمليات التمويل مقابل حصولها على نصيب الأرباح إن تحققت، وخضوعها للخسائر.
*- أما الحسابات الجارية، فيمكن إخضاعها لوعاء الاحتياطي النقدي، لأنها لا تشارك في الربح والخسارة، ولأنها خاضعة للطلب في أي وقت، ويتم استثمار المصرف لجزء منها على مسؤوليته بصفقتها (أمانة) مأذون للمصرف بتوظيفها، وفق قاعدة شرعية مفادها "الخراج بالضمان"
*- ودائع التوفير، يمكن إخضاعها لوعاء الاحتياطي النقدي، على الرغم من كونها تشارك في الربح والخسارة، وذلك لأنها خاضعة للطلب في أي وقت شأنها في ذلك شأن الحسابات الجارية.

(1) مجموعة الأفراد والمؤسسات التي تمتلك من الموارد المالية ما يفيض عن حاجتها الآتية .

(2) تلك المجموعة التي تحتاج من الموارد المالية ما يزيد على ما تمتلكه .

*-إن المصارف الإسلامية لن تستفيد من هذا الاحتياطي ، (بعكس البنوك التقليدية) لا من حيث تقاضي فائدة عليها، ولا من حيث الاستفادة من عمليات الخصم وإعادة الخصم، لما في ذلك من مخالفة شرعية.

لأن المصارف الإسلامية لا تساهم أصلا في عملية توليد النقود فإنه يمكن تحقيق أهداف تنظيم السيولة المحلية عن طريق توزيع استخدامها للأموال، بالشكل الذي يوفر أفضل تنظيم ممكن للسيولة.

يختلف التمويل العقاري في البنوك الإسلامية عن التسهيلات الائتمانية في البنوك التجارية اختلافا جوهريا، من حيث طبيعة كل منهما، فبينما ينظر إلى التسهيلات الائتمانية على أنها قروض للمتعاملين واجبة الرد بسعر فائدة محدد مسبقا بغض النظر عن نتائج أعمال المقترض فردا كان أو شركة، يتخذ التمويل العقاري في المنظور الإسلامي عدة صور نتطرق إليها في الفرع التالي.

ترتب قيام البنك ومتعامله بالمشاركة في تمويل مشروع معين مع متعامل أو أكثر سواء كانت المشاركة ثابتة حتى انتهاء الصفقة أو المشروع، أو مناقصة منتهية بالتمليك، اشترك الطرفان في دفع رأس المال واقتسام نتائج الأعمال ربحا أو خسارة بالنسب المتفق عليها.

واضح أن مثل هذا التمويل، لا يترتب عليه أي ذمم أو ديون على المتعامل (الشريك) تجاه البنك، وبالتالي لا يمكن إخضاع هذه الصورة من الاستثمار لمتطلبات، نسبة الائتمان إلى الودائع أو أي نسب تتصل بالائتمان التي تفرضها البنوك المركزية، ومنه استبعاد الودائع الآجلة في المصارف الإسلامية من وعاء الاحتياطي النقدي لمنح القروض العقارية ، وذلك للاعتبارات التالية:

* في حال قيام البنك المركزي بدفع فوائد على جزء من أرصدة الاحتياطي النقدي الخاصة بالبنوك، يجري تعويض المصارف الإسلامية عن طريق قيام البنوك المركزية باستثمار أرصدة المصارف الإسلامية المحلية لدى واحد أو أكثر من المصارف الإسلامية في الخارج، ويوزع العائد على الطرفين أو يتقاضى البنك المركزي نسبة معينة من عائد المضاربة، وتدفع باقي الأرباح المحصلة للمصارف الإسلامية المحلية كل حسب أرصدته.

* البنك المركزي هو الملجأ الأخير للإقراض على المصارف والمؤسسات الإسلامية أيضا، ومنه تطبيق مبدأ إيداع البنك المركزي للمبالغ اللازمة لاحتياجات السيولة لدى المصرف الإسلامي مقابل مشاركة الوديعة في أرباح المصرف.

* تفرض بعض البنوك المركزية، معيار كفاية رأس المال على المصارف الإسلامية بنفس الأسس التي تفرضه على البنوك التقليدية، مع أن اختلاف طبيعة الودائع والحسابات لدى المصارف الإسلامية، يقضي بأن تكون الأسس المطبقة لهذا المعيار مختلفة عن أسس تطبيقه على البنوك التقليدية.

* تتولى إدارة مراقبة البنوك الإسلامية، هيئة بالبنك المركزي، تكون مؤهلة من الناحيتين الفنية والشرعية، وتختص بالرقابة والتفتيش على المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية. لقد أظهرت الممارسات العملية للبنوك الإسلامية كما تدل الدراسات والأبحاث التي اهتمت بها، سواء من المدافعين أو العارضين لها أن هذه البنوك تمكنت من اختراق أسوار النشاط المصرفي التقليدي، واستطاعت بآلياتها وأدواتها المستحدثة أن تدخل في دائرة هذا النشاط فئات من المدخرين لم يكن لها نصيب فيه قبل ذلك، ومنها فئة المدخرين الذين كانوا يرفضون التعامل بالفوائد، ولا يجدون مبررات بالبنوك التقليدية لذلك.

لقد شجع قيام البنوك الإسلامية هذه الفئة التي لم تكن البنوك التقليدية تظن أن لها أهمية أو توليها اهتماماً، ولا يستطيع أحد أن يشك في هذه الحقيقة أمام النمو المتزايد في الموارد المالية التي تتلقاها البنوك الإسلامية من هذه الفئة.

أتاحت البنوك الإسلامية تمويلاً لم يكن متاحاً من قبل في ميدان الإسكان، لإيجاد مخرج قانوني واقتصادي لمشكلة، تمويل مشروعات الإسكان الاقتصادي لمحدودي الدخل .

- تهدف سياسة التمويل العقاري على النمط الإسلامي عموماً إلى تحقيق عدة أهداف، منها:
- * - تدبير التمويل لمحدودي الدخل للحصول على وحدات سكنية للراغبين في الحصول عليها.
- * - حل مشكلة المتجمد الكبير من الوحدات السكنية بالسوق العقاري.
- * - تمويل الركود الحقيقي في السوق العقاري ومحاولة تحريكه.

تتضمن عملية التمويل العقاري على هذا النموذج ، ثلاث معاملات متصلة ببعضها هي: شراء العقار، إقراض الممول للمشتري، ثم رهن العقار محل البيع لصالح المقرض، وبالتالي فهي اتفاقية تحتوي على ثلاثة عقود: البيع، والقرض، والرهن. وهي ما يطلق عليها فقهاً "بالعقد المركب".

كما توجد ضوابط لصحة هذه العقود شرعاً، منها ضرورة توافر أركان وشروط كل عقد من العقود الداخلة في الاتفاقية، وألا يكون التركيب حيلة للتعامل المحرم مثل الربا. بالنظر إلى القواعد القانونية لعقد القرض العقاري وفكرتها الرئيسية يرى الفقهاء أن:

*- شرط اجتماع الرهن مع القرض، جائز شرعاً حيث يقول الفقهاء في ذلك "وله (أي للمقرض) شرط رهن وكفيل وإقراره بالقيود في الشهر العقاري لأن ذلك توثقه للعقد لا زيادة فيه.

* - شرط اجتماع بيع العقار مع حصول المشتري على قرض من طرف ثالث، يدفع للبائع ثمناً للعقار أمر جائز شرعاً، لا يندرج ذلك في النهي الوارد من حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - **في النهي عن بيعتين في بيعة، وصفقتين في صفقة، وبيع وسلف، وبيع وشرط**.. أخرجه أبو داود والترمذي، ذلك لأنه إذا اشترك القرض أو السلف مع البيع كان ذلك ذريعة للربا بحصول المقرض على أكثر من حقه مندمجاً في ثمن البيع، أما اشتراط أن يكون المقرض شخصاً ثالثاً فإن التهمة تنتفي، وقد قال الفقهاء: "لو قال بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دارهم ففعل المشتري ذلك صح البيع"، مع مراعاة أن يكون ذلك في القرض الحسن. الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي Isegs.com، الدكتور محمد القرى

www.Elgari.com لأستاذ سعد علي منتدى النوادي Alnawady . com

ما يزال مع ذلك، على البنوك الإسلامية طريقاً تقطعه في سبيل إتمام أهدافها والمساهمة بشكل قوي في تمويل القطاع العقاري وان نجاح هذه البنوك في خدمة تنمية التمويل العقاري لن يتحقق إلا بشروط ثلاثة:

*- تطوير مستمر لآلياتها وأدواتها التمويلية، بما يزيل عنها أي لبس من حيث هويتها

الإسلامية

*- ارتفاع كفاءتها من جهة تعبئة واستخدام مواردها التمويلية، بما ينعكس على مستويات

ومعدلات أرباحها المحققة .

*- زيادة إسهامها في عملية التمويل العقاري، ببعديها الاقتصادي والبشري.

نتناول فيما يلي أهم الأدوات التمويلية التي اعتمدها البنوك الإسلامية وكيفية تطويرها لخدمة القطاع.

2.1.2.2. البديل الإسلامي للقروض العقارية

الزيادة على القرض التي تسمى فائدة في القانون، تعتبر ربا وهي محرمة شرعا وإن المصارف الإسلامية⁽¹⁾ تقوم على مبدئين أساسيين، أولهما التحريم القطعي والواضح للربا، والثاني لا فارق بين الربا والفائدة الإسلامية .

فبالنسبة للأساس الأول، فإن فاعلية المعاملات الربوية لا تسقط المسؤولية عن الإنسان المسلم كفرد أو كأمة و كدولة ولا تبيح له التنازل عن حدود الله بحجة استئناس العالم كله بها وتبنيها هذا التحريم أساسه تحريم المعاملات المبنية على الغرر أي مساعلة مال قار⁽²⁾ بمال متغير. الإسلام لا يقر إلا معادلة القار بالقار أو المتغير بالمتغير، أي اقتسام المتغير من الربح أو المتغير من الخسارة .

البعد الثاني لهذا التحريم هو خلقي اجتماعي، حيث أن عملية التعاقد التي تنفي أساسا أقسام الربح والخسارة تعني حتما وجود تمانع بين الناس أي تأسيس المعاملات على فردية المصالح وبالتالي لا بد من تبني مبدأ التكافل وتقاسم المصلحة لتحقيق بناء الأمة الإسلامية.

أما بالنسبة للمبدأ الثاني فالشريعة الإسلامية، لا تفرق بين الفائدة والربا أي بين نسبة فائدة عالية ونسبة فائدة معتدلة وذلك قياسا على المبدأ الشرعي الذي يؤكد أن ما حرم قليله فكثيره حرام حتى لا يفتح باب التحايل، على الحدود الإسلامية .

الممنوع هو مبدأ الغرر في المعاملات الربوية وليس مستواه والمحارب هو مبدأ التمانع في المعاملة وليس مستواه وبالتالي فليس من مهمة المبدأ التكيف مع الواقع، بل على الواقع أن يتكيف مع المبدأ .

لا تسمح أحكام الشريعة الإسلامية ببيع وتداول القروض الرهنية منها، فضلا عن إصدارها وفق آلية سعر الفائدة تفاديا لمشاكل التوقف عن السداد وعدم القدرة على فرض غرامات التأخير و منه توصيات الندوة الدولية للأساليب المصرفية الإسلامية في تمويل الإسكان و احترام وتفهم صيغ التمويل الإسلامي من مشاركة وإستصناع .

(1) يعرف المصرف الإسلامي على النحو التالي: المصرف الإسلامي مؤسسة تسعى لتقديم خدمات استثمارية ومصرفية، متميزة عقائديا لعملائها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، من خلال فريق عمل نزيه ولاء وكفاءة والتزام ذاتي ، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية والتكافل الاجتماعي، داخل مجتمعات الأمة الإسلامية .

(2) - قرض محدود وبنسبة فائدة محددة.

- قرض محدد وبنسبة ربح مجهولة

تعمل البنوك الإسلامية على تمويل المشاريع الإسكانية مع محاولة تجاوز صيغة المرابحة إلى صيغ أخرى أكثر ربحاً و نجاعة في تمويل مثل هذه المشاريع، وهو ما تؤكد من مضمون القرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق ل 14 مارس 1990 .

بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها واستماعه للمناقشات التي دارت حول الموضوع قرر ما يلي:

أولاً: إن المسكن من الحاجيات الأساسية للإنسان، ينبغي أن يوفر بطرق مشروعة وبمال حلال وأن الطريقة التي تسلكها البنوك العقارية والإسكانية ونحوها من الإقراض بالفائدة قلت أو كثرت هي طريقة محرمة شرعاً لما فيها من التعامل بالربا.

ثانياً: هناك طرق مشروعة يستغنى بها عن الطرق المحرمة في تأمين المسكن بالتملك فضلاً عن إمكانية توفيره بالإيجار ومنها:

* أن تقدم الدولة للراغبين في تملك المساكن قروضا مخصصة لإنشاء المساكن تستوفيتها بأقساط ملائمة بدون فائدة سواء كانت الفائدة صريحة أم تحت ستار واعتبارها (رسم الخدمة) ، إذا دعت الحاجة إلى تحصيل نفقات تقديم عمليات القروض ومتابعتها، وجب أن يقتصر فيها على

التكاليف الفعلية لعملية القرض، [15] عدد 06،05

* أن تتولى الدولة القادرة، إنشاء مساكن وتبيعها للراغبين في تملك مساكن بالإيجار والأقساط وبالضوابط الشرعية .

* أن يتولى المستثمرون من الأفراد أو الشركات الخاصة، بناء مساكن تباع بالأجل.

* أن تملك المساكن عن طريق عقد الإست صناع، فيتم شراء المسكن قبل بنائه بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المفضية للنزاع دون وجوب تعجيل جميع الثمن بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الإست صناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم .

* يوصى بمواصلة النظر لإيجاد طرق أخرى مشروعة توفر تملك المساكن للراغبين في الحصول عليها.

أدخلت المصارف الإسلامية على النحو السابق، أساليب حديثة على العقود التقليدية لتمويل السكنات مثل المشاركة المتناقصة والإيجار والافتناء وهو ما سمح بتوسع مجال استثمارات البنوك المصرفية في عملية تمويل المشاريع الإسكانية وتكييفها مع متطلبات السوق العقارية. المشاركة المتناقصة هي المشاركة المنتهية بالتملك والإيجار والافتناء وهو كذلك الإيجار الذي يحتمل الانتهاء بالتملك.

فيما يلي شرحاً يفصل الجانب العملي والتطبيقي، للبدائل المقترحة لتمويل الإسكان من قبل المصارف الإسلامية حيث أن البند الثامن من توصيات الندوة الدولية للأساليب المصرفية الإسلامية في تمويل الإسكان، يؤكد على الإسهام في المحفظة سكنية بالمشاركة أو المضاربة. تقوم هذه الصيغة على إسهام الراغب في الحصول على السكن بشراء حصص معينة في محفظة مخصصة لتمويل المساكن على أساس المشاركة أو على أساس شركة المضاربة.

يحق له عندئذ الحصول على المسكن الذي تم بناؤه من المؤسسة بتكلفة قليلة بعد أن يطالب المستفيد بتسديد بقية ما يتطلبه بناء المسكن من مبالغ، أو أن يعتبر مستأجراً للحصة الباقية على ملك المؤسسة (مشاركة في الملك) وتتناقص هذه الشركة حسبما سبق في الشركة المتناقصة. مع مراعاة كون حصص المساهم شائعة، وعدم تداولها إلا بعد وجود أعيان ومنافع، وأن يكون لها نصيب من الربح أو الخسارة.

فتتم عملية القرض العقاري في صورة بيع بالتقسيط ورهن العقار بالثمن، ويتم ذلك في اتفاقية واحدة: بأن يشتري المقترض -البنك العقاري - الوحدة السكنية من البائع ويسلم له الثمن، ثم في نفس الاتفاقية يبيع الوحدة إلى المشتري بالأجل على أقساط، ويثمن يزيد على ثمن الشراء مع تعهد المشتري برهن الوحدة لصالح الممول البائع ضماناً لسداد الثمن.

كما قد تتم عملية التمويل العقاري في صورة تأجير تمويلي، تتضمنها اتفاقية تنص على أن يشتري الممول العقار من البائع، ويؤجره للعميل في صورة عقد تأجير تمويلي مقابل أقساط يراعى في تحديدها - بجانب تغطية مقابل الانتفاع - استرداد الممول لثمن العقار، وبحيث يمتلك العميل العقار في نهاية المدة، ويسمى هذا "بالإجارة المنتهية بالتملك".

قد يتم التمويل في إطار عقد "الاستصناع"، يقوم على طلب شخص من شخص آخر إنشاء مبنى مقابل ثمن معين دون شرط تعجيل الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها.

فيما يلي شرحاً من الناحية التطبيقية لأساليب التمويل العقاري، على النمط الإسلامي

البديل:

1- شهادات التأجير

يقوم البنك أو البنوك الإسلامية وبناء على رغبة جهة ما، بتمويل مجمع سكني محدد مثلاً، تم تأجيره على تلك الجهة مقابل أجره محددة أو متغيرة لفترة محددة تؤول في نهايتها ملكية المجمع إلى تلك الجهة.

ثم يقوم البنك بإصدار شهادات كحوص في ملكية المجمع الذي تؤول ملكيته جزئياً أو بالكامل لحاملي تلك الشهادات ويصبح دوره في حالة بيع الشهادات بمثابة مدير بعمولة للعملية، وبالطبع فإن حاملي شهادات التأجير تسري عليهم التزامات البنك تجاه الجهة طالبة العملية.

بدأت العملية من الناحية الشرعية ، بعملية إنشاء مبنى ثم تأجيره للغير، ورغم أن ملكية المنفعة آلت إلى طرف ثالث إلا أن ملكية العين وهي ملكية رقبة ظلت في يد المالك الأصلي ولا يحول تأجيره للمنفعة دون حقه في التصرف فيه بمختلف أنواع التصرفات الشرعية الممكنة، ببيعه لآخرين أو مشاركتهم فيه بشرط، علمهم بمختلف التعاقدات التي تمت حوله، وموافقتهم على ذلك واتفقهم على كيفية وضعية حقوقهم اللاحقة في العين ،طوال فترة تأجيرها.

حاملي شهادات الإيجار هم شركاء في ملكية المبنى كل بحسب حصته فيه، فلا مانع شرعي من أن يتصرف كل حامل شهادة في حصته بالبيع لآخرين يحلون محله في ملكية حصته من المبنى وبذلك يمكن تداول هذه الحصص بين المدخرين والمشتريين.

2- شهادات الاستصناع

أما بالنسبة للصيغة الثانية فهي المطالبة بمساكن تحت التشييد ،حيث أن بعض السكنات تكون قد شارفت على الاكتمال فإن هذا يدل على أن شهادة الإست صناع تسندها ممتلكات حقيقية كما أن تداول هذه الشهادات في الأسواق القانونية مسموح به وهو من الصيغ الشرعية

تنشأ هذه الشهادات عندما تطلب جهة ما من البنك الإسلامي تمويل إنشاء مجمع عن طريق عقد الاستصناع، ويتفق على تكلفة العملية بمبلغ معين، ثم يقوم البنك بالاتفاق مع شركة مقاولات لتنفيذ المجمع مقابل مبلغ اقل، ولأن البنك قد لا يملك مبلغ العملية كاملاً فإنه يقوم بإصدار شهادات استصناع، ويقتسم أصحاب هذه الشهادات أرباح العملية البالغة بعد خصم مقابل إدارة العملية لصالح البنك. وبالطبع فإن البنك سوف يحتفظ في محفظته بجانب من هذه الشهادات، وقد يتعهد بإعادة شراء هذه الشهادات من أصحابها، بعد وضع أسس للتخارج.

3- شهادات الإسكان

مقابل مشروع جماعي محدد للسكن، يتم إصدار سندات ، والسند الواحد تغطيه مساحة من شقة في مشروع معين ،وتصدر هذه السندات لمدة معينة لحاملها وقابلة للتداول في السوق الثانوية.

وفيما يلي أهم الملامح لشهادات الإسكان:

- تتمتع السندات بقيمة مبدئية (إصداريه)، يتم إعادة حسابها على أساس دوري شهري بواسطة الإدارة. وتعلن القيمة للجميع ويعتبر السعر المعلن ساري المفعول ويبنى تقدير القيمة (النقدية) المستحقة على ظروف العرض والطلب (التكلفة) السائدة في قطاع التشييد (وليس على ظروف العرض والطلب في السوق لسندات الإسكان).

يعكس الثمن المعلن الظروف الحقيقية للسوق وقد يشكل نوعاً " من السعر المرجعي " للتعامل التجاري في السوق الثانوية.

- يتم صرف الشهادات إلى نقد بواسطة البنوك المصرح لها ،عند الطلب بمقتضى آخر سعر معلن للسند.

- تتعهد الإدارة بإكمال بناء الوحدات السكنية في غضون مدة معينة عقب إصدار هذه الشهادات.

- على حاملي السندات الراغبين في شراء شقة من هذه المباني، أن يجمعوا عدداً كافياً من السندات مقابلة للدفع المبدئي، وأن يدفعوا الحساب المتبقي نقداً أو بواسطة سندات تعادل المبلغ المتبقي.

تمثل السندات التي أصدرت تملك (عن كل سند) جزاً من شقة تقدر بأدنى الأثمان [من حيث الموقع] وأتاعب إضافية تدفع إذا ما طلب حامل السندات شقة بخلاف الشقة المقدرة بأدنى الأثمان.

إن حاملي السندات، منذ البدء، لا يعرفون على وجه التحديد أي شقة سوف يشترون ولكنهم يعرفون أنهم سوف يشترون شقة مقدرة بأدنى الأثمان، وينبغي أن يدفع فوقها أتاعب إضافية، في حالة شراء شقة أفضل.

تتكفل الإدارة بتسليم الشقة في ظرف مدة من تقديم طلب الشراء ويمكن لحاملي الأسهم، الذين لم يتقدموا بطلب الشراء في ظرف فترة البيع التي أعلنت عنها الإدارة، أن يستخدموا سنداتهم في ما بعد، أما في نفس مشروع الإسكان الجماعي، أو في مشروع آخر، شريطة أن يساواوا الفروقات الناجمة في الأسعار.

أما عن تلك السندات التي لم تستخدم في شراء شقة في نهاية فترة المشروع فإن الحصيلة (القيمة النقدية التي بلغها السند في نهاية الفترة) تحتفظ بها الإدارة وتصرف لحامل السندات عند تقديمه لطلبه التالي.

4- صيغة المشاركة أو المضاربة

المشاركة في الربح والخسارة التزاما بالقاعدة الشرعية **الغنم بالغرم**، أي أن رأس المال المتداول هو رأس مال مخاطرة توزع نتائجه مبدئيا بعد عملية الإنتاج لا قبل هذه العملية مثلما يحدث في عملية التمويل بالفائدة .

يمكن تجاوز هذا المشكل الأخير، باستخدام صيغة المشاركة بحيث يكون نصيب الجهة الممولة مؤمنا ضد التضخم إلا أن صيغة المشاركة نفسها لا تسلم من مخاطر النسبة القانونية وانخفاض سعر العملة الذي لا تنشط فيه البنوك الإسلامية وحرية تحويل رأس المال والأرباح .

تقوم هذه الصيغة على إسهام الراغب في الحصول على السكن، بشراء حصص معينة في محفظة مخصصة لتمويل السكن على أساس المشاركة أو على أساس المضاربة بحيث يحق له عندئذ الحصول على المسكن الذي تم بناؤه من المؤسسة بتكلفة قليلة بعد أن يطالب المستفيد بتسديد بقية ما يتطلبه بناء المسكن من مبالغ، وأن يعتبر مستأجرا للحصة الباقية على ملك المؤسسة (مشاركة في الملك) وتتناقص هذه الشركة .

هناك إجماعا في الفقه الإسلامي على تحريم أخذ فوائد على القرض العقاري، لأنه من قبيل الربا المحرم، وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي، أخذ مصاريف إدارية تضاف إلى قرض التمويل تكون بمثابة أجور للموظفين والعمال والمرافق التي يستخدمها المقرض . [16]ص113

هناك بدائل مشروعة يمكن أن تحل محل أخذ فائدة على القرض العقاري مثل قيام الممول ببناء المشروعات العقارية بنفسه وبيعها بالتقسيط، وذلك عن طريق عقد الاستصناع الجائز شرعا وقد أكد العلماء أن أخذ الممول ضمانات تضمن له حقه، اتجاه المقرض أمر لا شبهة فيه وهو جائز شرعا.

أكد مجمع الفقه الإسلامي على ضرورة تدخل الدولة بكل إمكانياتها لمساعدة المحتاجين في الحصول على مسكن ملائم عن طريق مشروعات عقارية تقيمها الدولة أو تمكن الممول من القيام بها، ثم بعد ذلك تبيع الوحدات العقارية في هذه المشروعات إلى المحتاجين بقروض ميسرة على أقساط مناسبة دون أخذ أي فائدة أو ربح من هؤلاء المحتاجين.

نرى في هذا رأى شخصي تمثيلا لبعض الأساليب و الصيغ المقترحة في الجزائر
تطبيقا للأحكام التي تبناها مشرعنا ونص على تطبيقها في:

- المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري.
- المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق ل 23
أبريل سنة 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار
وكيفيات ذلك.

- المرسوم التنفيذي رقم 04-137 المؤرخ في أول ربيع الأول الموافق ل 21 أبريل
سنة 2004 المتضمن شروط و كيفيات شراء في إطار البيع بالإيجار السكنات المنجزة بأموال
عمومية أو موارد بنكية أو غيرها من طرق التمويل. (ج-ر عدد 27)

2. ماهية عقد القرض العقاري وقواعد إبرامه

هو الأداة القانونية التي تنظم العلاقة بين طالب التمويل (المقترض) وبين المؤسسة المالية التي تتولى عملية منح القرض، وبين أطراف أخرى قد تتدخل في هذه العملية كبائع العقار، حيث يلتزم البائع بحوالة حقوقه في أقساط الثمن إلى المقترض وبالشروط التي يتفقان عليها .

ما طبيعة القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد والمحددة لحقوق والتزامات أطرافه، خاصة وأنها تتصل بالمصالح الاجتماعية والاقتصادية، وتهدف إلى إقامة التوازن بين أطراف العقد، وإسباغ أشكال الحماية على المقترضين لأغراض عقارية؟ ما الذي يميزه عن غيره من المراكز القانونية التي قد تقترب أو تختلف عنه ؟

ما هي سبل الموازنة ما بين مصالح أطراف هذا العقد، بحيث يكون بوسع المقترض الحصول على القرض اللازم لتمويل العملية القانونية موضوع العقد ، ويكون المقترض على ثقة من استرداد مبلغ القرض وملحقاته ؟

للإجابة على هذه الإشكاليات الفرعية سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث على النحو

التالي:

- ذاتية عقد القرض العقاري و ما يميزه عن غيره من المراكز القانونية.
- القواعد المنظمة لمراحل إبرام عقد القرض العقاري
- ميكانيزمات الربط بين عقد القرض العقاري والعملية القانونية المقصود تمويلها.

2. 1. ذاتية عقد القرض العقاري وما يميزه عن غيره من المراكز القانونية.

ينصب موضوع عقد القرض العقاري، على نشاط التمويل لاقتناء أو بناء عقار لإغراض سكنية لا مهنية، حيث تتولى مؤسسات وأشخاص اعتبارية مؤهلة منح هذه القروض بصورة اعتيادية.

دراسة ذاتية عقد القرض العقاري تمكننا من الوقوف عند مفهوم هذا العقد، وطبيعته القانونية وهو ما نبخته في المطلب الأول، ولأن نظامه الخاص، يتطلب حماية المقترض بقواعد متميزة، ينبغي البحث فيما يتميز به القرض العقاري من أحكام، الموجه لتمويل العقارات، ذات الاستعمال السكني أو تهيئتها أو ترميمها، عن غيره من المراكز القانونية، بدراسة خصائص عقد القرض العقاري في المطلب الثاني .

2. 1. 1. مفهوم عقد القرض العقاري وطبيعته القانونية

لم ينظم المشرع الجزائري عقد القرض العقاري في قانون مستقل قائم بذاته، لكن تناول أحكامه بقواعد خاصة في كل من قانون النقد والقرض والقانون التجاري، بالإضافة للأحكام العامة مضمون المادة 54 إلى 123 من التقنين المدني، في حين تناول التشريع الفرنسي أحكامه في عدة قوانين صدر أولها تحت رقم 12/78 في 04 جانفي سنة 1978، المتعلق بتنظيم المسؤولية والتأمين في نطاق أعمال البناء relative à responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction وقد طبق هذا القانون اعتبارا من 01 جانفي 1979 بعد أن أدرج في القانون المدني الفرنسي تحت عنوان قانون التأمين والبناء والسكن .

ثاني هذه القوانين هو رقم 596/79 الصادر في 13 جويلية سنة 1979 المتعلق بإعلام وحماية المقترض في نطاق اتفاق التمويل العقاري relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier وقد أدرج هذا القانون في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949/93 الصادر في 26 جويلية 1993 في المواد 01/312 وما يليها .

اعتبرت هذه القوانين الأحكام المنظمة لهذا العقد، من النظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفتها وقد ذكر ذلك صراحة في المادة 16/312 من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما أن محكمة النقض الفرنسية قضت في كثير من أحكامها، بحرية الأطراف في إخضاع عقودهم لأحكام قانون الاستهلاك (Cass .1er civ) لأن أصل قواعد هذا القرض هي القواعد العامة الواردة في نظرية الالتزام. 23/03/1999 BULL CIV I No 108 D Affaires 1999 P.754 obs Guy Raymond-

لا يختلف إذن ،موقف التشريع والقضاء في فرنسا⁽¹⁾ عن مسألة تنظيم عقد القرض العقاري من قبل مشرعنا، واعتماده على القواعد العامة والخاصة .
فما المقصود بمفهوم عقد القرض العقاري و ما طبيعته القانونية؟

2. 1. 1. 1. تعريف عقد القرض العقاري

إن عقد القرض العقاري هو عقد قرض وتسليف نقود ،التي تعتبر من عقود الاستهلاك ويخضع بالإضافة للأحكام العامة الواردة في التقنين المدني ل،أحكام خاصة نظمها مشرعنا في قانون النقد والقرض.

يحكم مبدئياً عقد القرض العقاري القانون المدني في قواعده المتعلقة بالقرض الاستهلاكي حيث تقضي المادة 450 ق م ، تقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي ،المادة 1892 و 538 ق م المصري و 684 ق م العراقي و 684 قانون الموجبات والعقود اللبناني، و 1819 من التقنين الإيطالي

" أن قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل للمقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقترض، عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة ."

يتضح من خلال التعريف الوارد في هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أكد على أن عقد القرض الاستهلاكي هو عقد رضائي فهو ينعقد إذا تلاقى الإيجاب والقبول.

أما التسليم فلا يعد ركنا من هذا العقد إنما هو التزام في ذمة المقرض ويخضع في إثباته للقواعد العامة وإن كان يتميز بأنه مضمون برهن تأميني أو رهن رسمي .

يترتب على رضائية عقد القرض العقاري، إلزامه للجانبين، لضمان حماية مصالح طرفي العقد وخاصة المقترضين منهم ضد كل تعسف، وإن اختلفت هذه الإرادة في قواعد تجسيد هذه الحماية .

إن هذا العقد محور هذه الدراسة هو من العمليات التي تدخل ضمن التنظيم المصرفي حيث تتضمن العمليات المصرفية، تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض وقد عرف مشرعنا

(1) Le crédit immobilier est régi par les articles L 312 / 1 et suivants du code de la consommation FRANCAiS issu de la loi N° 79 – 596 du 13/07 /1979 relative a l'information et la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier et par les articles R 312/01 A R 312/04 du même code issu du décret 80 / 473 du 28/06/1980 .

عقد القرض من خلال المادة 68 من القانون الخاص بالنقد والقرض⁽¹⁾: "بأنه يشكل عملية قرض في مفهوم هذا القانون 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...".

يطابق هذا النص في شطره الأول المادة 112 من القانون رقم 90/10 المؤرخ في 10/1990/04، المتعلق بالنقد والقرض.

ما يميز عقد القرض العقاري من خلال التعريف السابق، أنه يرتبط بعناصر خاصة تتعلق بأطراف العقد وكذا بالأنشطة الممولة أي بسبب العقد، و من ثم قد نعطيه عدة تعريفات، بعضها موسع، وبعضها محدد، لكن يجمع بينها وحدة الهدف أو موضوع العقد نفسه، وهو المجال العقاري.

فهو كل نشاط تمويلي في مجالات شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن، وذلك بضمان حق الامتياز على العقار أو رهنه رهنا رسميا، أو غير ذلك من الضمانات التي يقبلها المقرض الممول.

هو النشاط الذي تباشره البنوك و المؤسسات المالية، بهدف منح الائتمان في مجال إنشاء أو تملك أو تجهيز أو صيانة أو إصلاح المساكن، أو القيام بأعمال البناء لعقارات مخصصة لتمتلك من قبل الأفراد.

هو اتفاق من نوع خاص، قد ينشأ بين طرفين هما المقرض والمقترض، وقد ينشأ بين ثلاثة أطراف هم البائع والمشتري والمقرض بوضع تحت تصرف أحد الشخصين، مبالغ مالية تخصص بصف أساسية لتملك إحدى العقارات أو الاستثمار في البناء أو لغرض ترميم أو تحسين هذا العقار مقابل تسديد المستهلك لهذا القرض وفوائده في المدة المتفق عليها ويجب أن يتراضوا على هذا الاتفاق، لأنه سيلقي على عاتق كل منهم التزامات.

يعد من قبيل القروض العقارية العقود الممولة للبيع بناء على⁽²⁾ التصاميم ومن ثم فهو اتفاق ثلاثي الأطراف بمقتضاه يلتزم المقرض بأن يضع تحت تصرف المقرض مبلغ من المال للوفاء بالتزاماته الناشئة عن عملية قانونية تتعلق بعقار، وذلك إلى المستفيد في مقابل التزام

(1) الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج-ر عدد 52 الصادر في 27/08/2003.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 07/03/1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية. ج ر عدد 13 الصادر في 09/03/1994.

المقترض بسداد مبلغ التمويل، بالشروط المتفق عليها والقيام بكافة الأعمال القانونية اللازمة لضمان حقوق المقرض⁽¹⁾.

أما من الجانب التطبيقي فهو عقد طرفاه هما المقرض والمقترض.

المقرض هو كل شخص معنوي يمنح بصورة اعتيادية، قروض من أجل تمويل عمليات عقارية، ولهذا يشترط أن يكون المقرض ممن يمتنح منح القروض كالمؤسسات المصرفية لا يزال منح القروض العقارية حكرا على البنوك المخولة دون سواها للقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 إلى 68 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض على أن تمارس هذه العمليات بصفتها مهنتها العادية.

بالنسبة لهذا الطرف من أطراف عقد القرض العقاري، فإن القضاء الفرنسي أخضع المؤسسات المتخصصة في جمع ادخار العمال للبناء، لأحكام عقد القرض العقاري. اتخذت محكمة النقض، هذا الموقف بالنسبة لهذه المؤسسات، ليس لكونها مؤسسات قرض ولكن بسبب صفة الاعتياد وامتثال هذه المهنة .

Cass – 1° Civ – 11/12/1986 J.C.P G.1987 II 20.808 note Prevaut

Cass – 1° Civ – 10/06/1987 J.C.P N.1987 II p 311 note Raffary D1987 p 457-03 Obs J.L Aubert

Cass 1° Civ – 29/10/2002 Jurisdata N° 2002 – 016159 Société de crédit fonciers TGI Laon

المقصود بالاعتياد هو الامتثال والاحتراف فلا تطبق أحكام عقد القرض العقاري على القروض العارضة التي تمنح لأفراد العائلة ولا تطبق على عمليات القرض المؤجلة إذا كانت مقترنة بقروض مسبقة Crédit différé associé a un crédit d'anticipation لا شك أن هذا الشرط أي الاعتياد والاحتراف، متوفر بالنسبة للمؤسسات المالية التي تقوم بنشاط التمويل العقاري مثل

البنوك وصناديق التوفير. [18]ص1194

عند تحديد الجهات التي يسمح لها بممارسة أنشطة التمويل العقاري، حدث اختلاف بين التشريع الفرنسي والجزائري، فبينما فتح القانون الفرنسي الباب على مصراعيه لجميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين لممارسة هذا النشاط، بشرط أن يمارس بطريقة اعتيادية، حصر القانون الجزائري الجهات التي يسمح لها بممارسة هذا النشاط في البنوك والمؤسسات المالية .

(1) نظرا لاختلاف الأطراف المتدخلة في الحالة الثانية يستحسن استعمال اصطلاح الاتفاق بدلا من العقد

نص على شرط الاعتياد كشرط لازم لممارسة هذا النشاط، وهو أمر بديهي لأن الذي يقوم بنشاط التمويل العقاري وفقا للقواعد العامة، هم أشخاص اعتبارية مالية معينة يفترض فيها أنها تمارس هذا النشاط بطريقة اعتيادية وعلى سبيل الامتهان .

بمقتضى المادة 70 من قانون النقد والقرض فإن البنوك مخولة دون سواها ، بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 إلى 68 أعلاه بصفتها ، مهنتها العادية، فتنظيم المشرع الجزائي اكتفى بتحديد الجهات التي يسمح لها بممارسة أنشطة التمويل العقاري فحصر، الأمر على البنوك التي تمارس بطريقة اعتيادية العمليات المصرفية التي عرفها مشرعنا في المادة 66 من الأمر السابق والتي تتضمن تلقى الأموال من الجمهور وعمليات القروض وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل .

تمنح القروض العقارية أشخاص اعتبارية معينة هي البنوك التجارية والمتخصصة التي يفترض فيها أنها تمارس هذا النشاط بطريقة اعتيادية وعلى سبيل الاحتراف ومن ثم نقترح الاستغناء عن العبارة الأخيرة الواردة في المادة 70 المذكورة أعلاه.

بصورة عامة ، يعد قرضا عقاريا كل تمويل ، أيا كانت صفته أو تقنيته سواء أكان بموجب قرض بنكي أو قرض اتفاقي أو قرض ادخار وتوفير الذي يمنح بمقابل، من قبل مهني يمتن على سبيل الاعتياد منح القروض بنكا أو صندوق توفير وأن يوجه إلى تمويل شراء عقار سواء كان سكنا أو لبناء هذا السكن أو شراء قطعة ارض للبناء، وكل النفقات المتعلقة بهذه العمليات

من توسيع أو ترميم . [16]ص37. على أن يتم هذا الشراء بموجب عقد ملكية وان يكون لاستعمال شخصي سكني ، وان يمنح هذا القرض العقاري لشخص طبيعي أو لأشخاص طبيعيين يسمون بالخواص أو المستهلكين دون علاقة بنشاطهم المهني، أما القروض التي تمنح والتي تعقد من أجل بناء ملحقات مسكن رئيسي كالمرآب فإنها تخضع لأحكام هذا العقد تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضى بان الخاص يتبع العام في الحكم *accessorium sequitur principale*

cour appel, COLMARE du 16/06/1995, BULL civ. N° 1995.22532 .

يمكن عقد القرض العقاري، من اكتساب ملكية ولفظ الاكتساب يعني أن أحكام عقد القرض العقاري لا تطبق على العمليات التي لا تكون بعوض كتبادل السكن إذ لا بد من ضرورة الملكية التامة أو التملك المطلق للعقار محل التمويل.

بالنسبة للعمليات المتعلقة بالأشغال العقارية، فيجب مراعاة وقت ونتيجة العمليات فإذا كان القرض لإصلاح وتحسين أو صيانة عقارات سابقة على طلب تقديم القرض فإن حماية المقترض لا تراعى إلا إذا كانت النفقات المصروفة وليس المبلغ المقترض معتبرة. يندرج ضمن نفقات الخدمات العقارية أتعاب المهندسين المعماريين التي تندمج في كلفة البناء الممول بموجب عقد القرض العقاري.

انطلاقاً من التعريف السابق يمكننا تصنيف موضوع ألوعد بالبيع من قبل العمليات التي تخضع لأحكام القرض العقاري ومن ثم إلى الحماية القانونية التي يجب تقريرها لمصلحة المقترض لتعلق هذه العملية بعقار، ذا طابع سكني أو بطابع مزدوج سكني مهني. حدد مشروعنا من خلال المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق ل 2001/04/23 شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية، في إطار البيع بالإيجار كصيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد قرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب (ج ر عدد 25)

تقضي المادة 06 من ذات المرسوم التنفيذي على أنه: "يتاح البيع بالإيجار لكل شخص لا يملك أو لم يسبق له أن تملك عقارا ذا استعمال سكني، ملكية كاملة ولم يستفد من مساعدة مالية من الدولة لبناء مسكن أو لشراؤه ولا يتجاوز مستوى مداخله 5 مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون، لا تتاح الاستفادة من البيع بالإيجار المنصوص عليه بموجب أحكام هذا المرسوم إلا مرة واحدة لذات الشخص."

أخيرا و من الناحية الفنية وبصياغة دقيقة ن، عرف عقد القرض العقاري بأنه اتفاق من نوع خاص تنحصر مجالات تطبيقه في القروض الموجهة لتمويل الأنشطة التالية:

* شراء عقار أو حق انتفاع عليه وذلك بقصد استعماله لغرض السكن أو لغرض مهني وسكني معا.

* عمليات البناء والتحسين والمحافظة على العقار.

* شراء أرض بقصد البناء عليها.

ويستطيع مزاولة نشاط التمويل موضوع هذا العقد، هيئات اعتبارية مثل البنوك والمؤسسات المالية وصناديق التوفير وليس أشخاص طبيعيين.

أما المقترض الطرف القانوني الثاني في هذا العقد، فهو في الغالب شخصا يلجأ لتفعيل هذا العقد والاقتراض للحاجة وليس للاستثمار فهو المستهلك، محل حماية التشريع.

2.1.1. 2 ما يميز عقد القرض العقاري عن غيره من المراكز القانونية

يختلف عقد القرض العقاري، عن الائتمان الاستهلاكي، المخصص للحصول على السلع الاستهلاكية من نواح لعل أهمها، يتمثل في محل الاتفاق ونوعية الضمانات المقدمة، والهدف المقصود من وراء العملية القانونية برمتها.

غالبًا ما يكون عقد القرض الاستهلاكي قصير في مدته، منخفض في قيمته، يهدف إلى تمويل حاجات الأفراد من السلع الاستهلاكية، كما يكتفي فيه بالضمانات الشخصية التي تقدم من جانب من حصل على القرض أو من جانب الغير.

يستغرق تنفيذ عقد القرض العقاري مدة متوسطة أو طويلة، كما أن قيمة القرض تكون مرتفعة، لوقوعه على العقارات، ومنه ضرورة تقديم ضمان عقاري، أو ضمان آخر، ليكون بمنأى عن المخاطر التي تحيط بهذا النوع من القروض.

يختلف عقد القرض العقاري عن الاعتماد الإيجاري، فهذا الأخير هو عبارة عن عملية أيجار لمدة، لسلع تجهيزات أو أدوات إنتاج، يبقى المؤجر مالكا لها ويلتزم المستأجر بدفع أقساط دورية للمؤجر، مع إمكانية اكتساب كل أو جزء من السلع المؤجرة عند نهاية العقد، في مقابل سعر مناسب، يأخذ في الحسبان الأقساط المدفوعة.

أما في عقد القرض العقاري فإن ما يدفعه المقترض هو سداد لإقساط القرض، كما انه يحتفظ بكل عناصر حق الملكية، ويكون بإمكانه التصرف في العقار موضوع العقد، في حدود الشروط التي يتضمنها العقد، وهو ما يقتضي إعطائه تعريفا منضبطا بحيث يحدد ذاتيته الخاصة به، ويميز عما قد يختلط به من أفكار قانونية أو اقتصادية، كما يبرز طبيعته القانونية.

2.1.1. 3 الطبيعة القانونية لعقد القرض العقاري

من مضمون الأحكام الواردة في المادة 450 ت م والمادة 68 من قانون النقد والقرض نستخلص أن عقد القرض العقاري، يتميز بكونه من عقود المعاوضة، تبادلي، زمني، ذا طبيعة تجارية.

هو عقد ملزم للجانبين يبرم بين أحدهما وهو الممول والآخر هو المقترض يستخدم لغرض سكني لا لأغراض مهنية، فهو عملية مالية وائتمانية، وبهذا الوصف له طابعه القانوني المميز بجوهر اقتصادي محدد.

موضوعه عقد قرض لمبلغ من النقود، مضمون برهن عقاري أو بحق امتياز، أو بغير ذلك من الضمانات، يقع الضمان العقاري على ذات العقار موضوع القرض العقاري. يترتب على هذه الحقيقة نتيجة مفادها أن العقار الذي قدم القرض لشرائه تنتقل ملكيته - بكامل عناصرها - إلى المشتري (المقترض) من البائع مباشرة، دون أن تمر بذمة المقترض. إذا كان القرض لغرض الترميم أو التحسين، فإن الملكية لا تزول عن المقترض، الذي حصل على القرض، بل تظل الملكية له غير منقوصة، ولا ينال من ذلك أن يقرر المشتري أو المقترض تأميناً عينياً على عقاره لصالح المقترض، ضماناً للوفاء بالحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد القرض العقاري.

لا ينال من ثبوت حق الملكية للمشتري أو المقترض، أن يتضمن الاتفاق بندا يمنع بمقتضاه التصرف في العقار الضامن خلال مدة محددة، إذا أن هذا المنع لا يتقرر إلا لمدة محددة، ورعاية لمصلحة جدية ومشروعة.

إذا كانت الملكية بكل عناصرها تتقرر للمقترض، فإنه يتحمل تبعه هلاك العقار أو تلفه، سواء كان الهلاك أو التلف راجعاً لإهماله أو خطئه أو بسبب أجنبي لا يد له فيه، كما يعد مسئولاً

عن الأضرار التي تحدث للغير بسبب العقار باعتباره حارساً له. [16]ص 23، [19]ص 19

يجمع هذا العقد بين أوصاف، مستمدة من القواعد العامة وأخرى من التقنيات التي تحيط بممارسته وكذا من الطبيعة الخاصة لأطرافه.

لتحديد طبيعته القانونية، نتساءل هل عقد القرض العقاري هو عقد رضائي أم عيني؟ وهل هو عقد شكلي؟ وما مدى تجاربه؟

1- عقد رضائي :

ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، إن نقل ملكية المال إلى المقترض وتسليمه إياه ينشأ به عقد القرض هو التزام في ذمة المقترض ولا يعد ركناً في العقد ذاته.

استعمل التشريع الجزائري لفظ "نقل" و يفهم منه أنه اعتبر عقد القرض العقاري عقداً عينياً لا يتم إلا بتسليم الشيء المقترض، أي النقود إلى المقترض ونقل ملكيتها إليه أو وضعها تحت تصرفه.

نقل مشرعنا هذا الموقف عن القانون الفرنسي، الذي هو الآخر نقل عينية القرض عن

القانون الروماني وكانت هذه العينية مبررة آنذاك لأن العقود كانت شكلية. [71]ص 421

تمسك جمهور الفقهاء في فرنسا بتقاليد القانون الروماني فيما يخص فكرة عينية عقد القرض رغم أن التشريعات بما فيها التشريع الجزائري قد اعترفت للإرادة المنفردة بقدرة إنشاء التزامات وروابط قانونية.

يجب التأكيد على الأهمية العملية وحتى القانونية من إعتبار هذا العقد القرض رضائي وعيني في ذات الوقت، فهو عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم رغم أن الرضائية هي الأصل في التعاقد وأن التسليم ليس إلا اثر من أثار العقد فنرى بضرورة اعتبار عقد القرض العقاري من العقود الرضائية العينية لأنه بالضرورة عقد ملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة .

الالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض هي نقل ملكية المال إلى المقترض، بوضعه يرضه تحت تصرفه ولا يسترده منه إلا وفقا لجدول الاستحقاقات المتفق عليه و من الالتزامات المقابلة في جانب المقترض، دفعه للفوائد المشترطة وتقديم العقار موضوع التمويل كرهن أو ضمان عيني.

إذا أخل المقترض بالتزاماته، جاز للمقرض فسخ عقد القرض وجعل المستحقات حالة الوفاء يفسر هذا الحكم بما انعقد عليه الإجماع بأن قاعدة الفسخ تسري على القرض العقاري الذي في الغالب يتضمن الشرط الفاسخ وتبقى إمكانية الفسخ قائمة على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد القرض العقاري ولو كان عقدا عينيا.

تدخل المشرع بنص أمر مؤكدا إلزامية تسليم أو وضع تحت تصرف المقترض مبلغا من المال، من باب حماية مصلحة المقترض وهو ما يستخلص بشكل صريح من القانون الخاص بالنقد والقرض وبالضبط من خلال حكم المادة 68 منه التي تقضي بأنه: "يشكل عملية قرض في مفهوم هذا القانون 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 ...".

نؤكد إذن على رضائية وعينية عقد القرض العقاري وهو موقف مدعم بنص قانوني خاص يقيد القاعدة العامة وبالطابع الحمائي لقواعده التي توجب الأخذ بهذا الحكم، رعاية للطرف الضعيف (المقترض) وعدم إهدار مصالحه .

كما أن الإقرار برضائية وعينية عقد القرض العقاري، من شأنها فرض رقابة إدارية مشددة على البنوك والمؤسسات المالية المانحة للقروض العقارية وعلى العقود التي تبرمها، والنماذج التي تطرحها على طالبي القرض العقاري.

2- عقد شكلي :

استقر العمل على ذكر الشروط الخاصة بعقد القرض العقاري، كتابة في محرر يطلق عليه عقد القرض العقاري، وتسميه المصاريف الإسلامية "عقد الاستصناع. تتولى المؤسسة المالية إعداده و طرحه على طالبي القرض من العملاء المحتملين، و يشتمل على كل بنود العقد المزمع إبرامه بين الطرفين.

يستفاد من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 132/06 المؤرخ في 04/04/2006. ج ر عدد 21 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، أن المشرع أوجب تحرير اتفاق القرض العقاري في وثيقة .

كما يستفاد من هذه الأحكام أن للمقرض في حالة عدم الوفاء بمستحققاته، أن يطلب من القضاء وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق القرض، و الأمر بالحجز على العقار الضامن تمهيدا لبيعه، و هو ما يقتضي أن يكون الاتفاق موثقا، أو مصدقا على التوقيع فيه، كما أن توثيق العقد والتصديق على توقيعات أطرافه يسمح بتحديد تاريخ إبرامه.

أما المشرع الفرنسي، فقد ألزام المقرض صراحة، بإصدار الإيجاب مكتوبا مسلما إلى المقترض المحتمل وكفلائه، أو موجهها إليهم بالبريد المسجل مع علم الوصول، وأن يكون ذلك مجانا ودون تحصيل أية مصروفات، المادة [5] من قانون 13 يولييه 1979 و المادة 7-312 L من تقنين الاستهلاك الفرنسي

هدف هذه الشكلية الالزامية، هو حماية المقترض والغير الذي يؤثر العقد على حقوقه، إذ أن الكتابة تيسر أمر الاطلاع عليه، وتمكن من الإحاطة بمضمونه، ومناقشة بنوده، والحفاظ على مصالح ذوي الشأن، كما أن توثيق العقد يفيد المقرض عند مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار.

إن كتابة عقد القرض العقاري و توثيقه، وإن كان من الممكن أن يلعب دورا مهما فيما يتعلق بإثبات حقوق و التزامات أطرافه، إلا أن الهدف الرئيسي هو ليس الإثبات، ، إذ يمكن من وجهة نظرية على الأقل إثبات عقد القرض العقاري بشتى طرق الإثبات، بيد أن مقتضيات حماية المقترض، أوجبت فرض رقابة من السلطات العامة ومن القضاء على بنود عقود القرض، الأمر الذي لا يتحقق إلا إذا كان الاتفاق محررا في وثيقة، صادرة من المؤسسة المقرضة ومشملة على بياناته.

لكن هل اشتراط صدور الإيجاب مكتوبا ومصدقا على توقيعات أطرافه ينال من رضائية العقد، بحيث ينقلب إلى عقد شكلي يتعين كتابته في محرر وتوقيع الأطراف عليه، وإلا عد باطلا

فيصبح عقدا شكليا لا يتم إلا بالكتابة، و لا يكون له أثرا إلا إذا وقعه الأطراف، و من تاريخ هذا التوقيع إذا كان ثابتا؟.

صدور الإيجاب في صورة مكتوبة يهدف معرفة مضمون الإيجاب وتيسير مهمة مراقبة الشروط الواردة به، كما أن الالتزام بإعطاء العقد تاريخا ثابتا و التصديق على توقيع أطرافه يقصد منه تحديد موعد إتمام العقد على وجه الدقة وحماية حقوق المقرض.

يبقى عقد القرض العقاري عقدا رضائيا، يكفي تبادل الإيجاب والقبول لإبرامه، دون الحاجة إلى أن يتخذ الإيجاب والقبول شكلا خاصا، فالأصل في العقود إنها رضائية، و إذا أراد المشرع أن يعتبر عقدا ما شكليا، فله أن ينص على ذلك صراحة.

عمليا و رغم الأصل الرضائي لهذا العقد ، قد يشترط لصحته، احترام شرط الكتابة بخط المتعاقد وبتحرير نسختين أصليتين الأولى يحتفظ بها الدائن المقرض والثانية يحتفظ بها المدين على أن يحدد المقترض في الاتفاق نطاق التزامه ،حرفيا وبالأرقام متبوعا بعبارة تفيد اعتماد

المدين التزامه Bon pour، [21]239

لا ينال من رضائية عقد القرض العقاري، ما يضعه المشرع من أحكام تتضمن قيودا على مبدأ الحرية التعاقدية، أو ما يوجبه من أن يتضمن العقد بنودا معينة، بقصد تحديد التزامات كل طرف ، و تنبيه الأطراف بالقدر الكافي إلى مدى خطورة هذه الالتزامات.

إذا كان الأصل -وفقا لمبدأ الرضائية- أن يتم إبرام عقد القرض العقاري بمجرد تمام تراضي الأطراف عليه، إلا أن هذه القاعدة ليست متعلقة بالنظام العام، إذ يجوز للأطراف الاتفاق على عكسها، و اشتراط إبرام العقد كتابة، أو تعليق تمام إبرامه على قيام أحد الأطراف بإجراء معين ، و بذلك يصبح العقد شكليا أو عينيا بحسب كل حالة .

في غياب نص تشريعي ينظم هذا العقد، يفترض في عقد القرض العقاري ، تطبيق مبدأ

الرضائية.

إن طريقة إبرام هذا النوع من العقود، تبعث على التساؤل عن مدى رضائيته ، فهو يصدر في شكل مكتوب، فهل يعتبر هذا اتفاق بين الأطراف ولو بشكل ضمني أنه عقدا شكليا أم يتعلق الأمر بمجرد سند أو محرر، الغاية منه توفير وسيلة إثبات للأطراف ؟

يمكن القول بأن الشكلية المتبعة في عقد القرض العقاري هي في الأصل، شكلية إثبات

وليست شكلية انعقاد و هذا لسببين :

- غياب نص قانوني أو تنظيمي يقضي بوجوب إبرام عقود القرض العقاري في شكل محرر أي كان نوعه كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين أو عقد بيع العقار أو الرهون الرسمية .

- غياب أي اتفاق بين الأطراف - مؤسسة القرض والمقترض - على جعل عقد القرض العقاري عقدا شكليا ، فان كان هذا النوع من الشروط ، جائزا وممكنا وفقا لمبدأ حرية التعاقد إلا أنه يقتضي أن يكون صريحا لأنه في حالة السكوت يطبق مبدأ رضائية العقود .

إذا اشترط الطرفان تدوين تصرفهما في ورقة رسمية أو عرفية ، ففي هذه الحالة يجب البحث عن نية المتعاقدان، فإذا اتضح أنهما قصدا أن تكون الكتابة شرط انعقاد، فان العقد لا يقوم إلا بتوافر الشكل المطلوب، أما إذا اتضح أنهما أرادا باشتراك الكتابة الحصول على وسيلة إثبات فان تخلف الكتابة لا يمنع من انعقاد التصرف.

من المؤكد أن الشكلية في عقد القرض العقاري تلعب دورا هاما ، يتجسد فيما يلي :

- توفير وسيلة، لإثبات حقوق الأطراف، وفقا لنص المادة 333 من التقنين المدني الجزائري .

- توفير الحماية اللازمة لمصالحهم، حيث أن انعدام هذه الكتابة قد يؤدي إلى تسرع وتهور المتعاقد في إبرام العقد دون أن يقدر الأمور حق تقديرها ويعي بحقيقة الالتزامات التي ستقع على عاتقه .

- تمكن الكتابة في عقد القرض من تفادي الأضرار التي قد تلحق بكل من الطرفين بسبب سوء الإعلام و الاستعلام، فالتروي في إبرام العقد وتحريره كتابة يضمن للأطراف أخذ المعلومات الكافية عن بعضهم البعض من جهة وعن شروط عقد القرض العقاري و ظروف تنفيذه من جهة أخرى .

3- عقد تجاري:

يعتبر عقد القرض العقاري بالنسبة للمؤسسة المقرضة دوما عملا تجاريا، تطبيقا للقواعد العامة والخاصة ، منها أحكام المادة 110 من قانون النقد والقرض المعدلة بالمادة 66 من الأمر 03 - 11 .

هو عملية مصرفية ، مما يدخل في صميم نشاط مؤسسات القرض من بنوك ومؤسسات مالية ، فيعتبر دوما تجاريا بالنسبة للمقرض لأن ذلك يدخل ضمن عمليات البنوك التي تعتبر تجارية بحكم القانون تطبيقا للمادة 2 الفقرة 14 من القانون التجاري التي تعتبر عمليات البنوك والسمسرة من الأعمال التجارية بحسب موضوعها .

على ضوء هذه الأحكام الخاصة تعتبر القروض التي تعقدتها البنوك في نطاق نشاطنا المعتاد، عملا تجاريا مهما كانت صفة المقترض ،وأيا كان الغرض الذي خصصت له .

يأخذ المقرض شكل شركات مساهمة، التي تخضع أساسا لأحكام القانون التجاري وهي أشخاص اعتبارية تتمتع بالأهلية القانونية التجارية الكاملة.

يتحمل البنك المقرض عادة في سبيل الحصول على الأموال التي يلبي بها حاجات أو طلبات المقترضين أعباء أشد صعوبة من تلك التي يتحملها المقرض العادي، كما أن مؤسسات القرض عند موافقتها لمنح القروض العقارية تتحمل مخاطر من طبيعة مميزة ،علما أن المخاطرة هي من صميم الأعمال التجارية، فهو من القروض الطويلة الأجل التي يؤدي منحها إلى حرمانها من أموال كان بإمكانها استثمارها في وجوه أخرى من القروض غير القرض العقاري .

فالقرض العقاري يعد عملية مصرفية تجارية ،تخضع بالإضافة إلى قانون النقد والقرض إلى القانون التجاري كما أنها تخضع للأعراف والعادات التجارية المصرفية التي تبيح، تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد وتجاوز مجموع الفوائد رأس المال .

يتولى بنك الجزائر تحديد أسعار الفائدة الدائنة منها والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة كل عملية، وأجلها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والقرض، تطبيقا لحكم المادة 35 من الأمر 11/03 الموافق عليه بموجب القانون رقم 03 / 15 المؤرخ في 25 / 10 / 2003: تتمثل مهمة بنك الجزائر في ميادين النقد والقرض والصرف في توفير أفضل الشروط والحفاظ عليها لنمو سريع للاقتصاد، مع السهر على الاستقرار الداخلي والخارجي للنقد ولهذا الغرض يكلف بتنظيم الحركة النقدية ويوجه ويراقب بكل الوسائل الملائمة توزيع القرض.

إن كل العمليات المصرفية، تتم وفق ضوابط تحددها السلطة النقدية والقرض التي تتسم بالمرونة تجسيدا لسياسة النقد والقرض، موضوع تخطيط مسبق لمواجهة ما يستجد من ظروف اقتصادية .

يخضع بنك الجزائر في علاقته مع الغير للقانون التجاري على نحو ما أكدته حكم المادة 09 من الأمر 03-11 المذكور أعلاه.

هو مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ،ويعد تاجرا في علاقته مع الغير ويحكمه التشريع التجاري ما لم يخالف ذلك أحكام هذا الأمر ويتبع قواعد المحاسبة التجارية⁽¹⁾ ولا يخضع لإجراءات المحاسبة العمومية ومراقبة مجلس المحاسبة.

(1) وردت بعض هذه الأحكام في المادة 13 من القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض.

من ناحية أخرى فإن القروض العقارية المبرمة بين مؤسسات القرض والمتعاملين في الترقية العقارية، هي دوما عقود تجارية إذا كان الغرض منها انجاز وتجديد الأملاك العقارية وبيعها وتأجيرها، لأن كل من المتعامل في الترقية العقارية ومؤسسة القرض يحمل صفة التاجر، وهو الحكم المؤكد بنص المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري الذي صنف المتعاملون في الترقية العقارية من التجار، باستثناء الذين يقومون بعمليات الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة أو حاجة المشاركين في ذلك.

أما القرض العقاري الذي يمنح للخواص aux particuliers فالراجح في القضاء الفرنسي أنه عقد تجاري بالنسبة لطرفيه.

في الواقع يجب مراعاة صفة المقترض المدنية أو التجارية لتكييف طبيعة القرض ذلك أن ترجيح الصفة المدنية، قد يفوت المنافع المقررة للبنوك كتطبيق الأحكام الخاصة بالفوائد المقررة للديون التجارية و الاستفادة من الحرية التي يقرها القانون للدائن التجاري بالنسبة لسعر الفائدة وجواز رسملة الفوائد و، إذا اعتبرنا عقد القرض العقاري عقدا تجاريا بالنسبة للمدين المقترض فسوف نفوت عليه فرصة الاستفادة من مزايا حرية اختيار الاختصاص القضائي وسوف نخضعه لأحكام الإفلاس.

رأينا أن عقد القرض العقاري قد يكون تجاريا أو مختلطا استنادا إلى الطبيعة القانونية لصفة المتعاقدين والغرض موضوع العقد.

في غير حالات القروض الممنوحة للمتعاملين في الترقية العقارية الذين لهم صفة التاجر، فإن عقد القرض العقاري هو من العقود المختلطة، فهو تجاري بالنسبة لمؤسسة القرض ومدني بالنسبة للمستهلك المقترض ومن ثم يحق لهذا الأخير كطرف مدني محل حماية في العقود المختلطة أن يتمسك بحرية الإثبات بكافة الطرق اتجاه مؤسسات القرض في حين أن هذه الأخيرة تلتزم بالإثبات المقيد أي بالكتابة في اتجاه الخواص.

يشترط على المقترض دفع فوائد معينة، مقابل القرض فضلا على الضمانات العينية والشخصية التي تشترط لإبرامه وان هذه الفوائد لا تجب إلا إذا اشترطت صراحة في اتفاق القرض العقاري الموثق ذلك.

الأصل في عقد القرض أن يكون تبرعا فطبقا لأحكام التقنين المدني فإن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك إلا أنه وبموجب أحكام المادة 456 ت - المعدلة بموجب القانون رقم 21/84 المؤرخ في 1984/12/24 المعدل والمتمم للتقنين

المدني ، أجاز المشرع لمؤسسات القرض أن تمنح قروضا بصدد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني وأن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

القروض الاستهلاكية المدنية المبرمة بين الأفراد هي دائما قروض مجانية ويعتبر الحكم الوارد في هذه المادة من النظام العام ،بدليل أن مشرنا أكد على أنه يقع باطلا كل نص يخالف ذلك.

ليست القروض الاستهلاكية التي تبرم تطبيقا لما ورد في المادة 456 ت.م بين المؤسسة المالية والفرد كطرف مقترض، قروضا عادية ،بل تندرج ضمن طائفة القروض المصرفية، ذات الطبيعة التجارية ،قوامها تحصيل الفوائد ،وانعدام نية التبرع .

ترد على النقود والائتمان ومن ثم فعقد القرض العقاري، الصادر عن مؤسسة القرض هو من القروض التجارية بالفائدة بقوة القانون والأعراف والعادات المصرفية.

بالنسبة للمقرض فان القرض لا يعد عملا تجاريا بطبيعته، لكنه يكتسب الصفة التجارية إذا قام به البنك الذي يؤسس أعماله على الوساطة في التداول والمضاربة فيعتبر القرض عملا تجاريا بالنسبة للمقرض المهني أما بالنسبة للمقترض فيعد عملا مدنيا في الأصل لان المقترض العقاري هو من الخواص الغير المهنيين، فهو مستهلك.

إن الصفة التجارية لأي عمل تتقرر دوما بالنظر إلى الشخص الذي يقوم به والأصل أن القواعد التجارية تنطبق على الطرف الذي يعتبر العمل تجاريا بالنسبة إليه والقواعد المدنية على الطرف المدني ومنه تطبيق قواعد الإثبات التجارية في مواجهة المقرض كمؤسسة ذات نشاط مهني وإلزامه بإتباع قواعد الإثبات المدنية ومنه إفراغ هذا العقد في قالب الرسمي .

لعقد القرض العقاري إذن طابعه القانوني المميز، المستمد من جوهره الاقتصادي المحدد، و من الناحية الفنية، وبصياغة دقيقة وشاملة ،فأن عقد القرض العقاري هو عقد مختلط هو تجاري بفائدة بالنسبة للمقرض ومدني بالنسبة للمقترضين الخواص غير المتعاملين في الترقية العقارية .

يتميز عقد القرض العقاري عن غيره من الأدوات القانونية الائتمانية من حيث الوسيلة والآلية، ومن حيث الهدف والغاية، فالقروض العقارية هي التي تمنح بصفة اعتيادية و لا يستفيد منها الأشخاص المعنوية العامة كما لا توجه كيفما كان شكلها، لتمويل نشاط مهني للأشخاص الطبيعية أو المعنوية .

2. 1. 2 خصائص عقد القرض العقاري

يختلف عقد القرض العقاري، عن غيره من العمليات القانونية التي قد تقترب منه أو تختلط به، كالقرض الاستهلاكي، والاعتماد الإيجاري، فينفرد بخصائص تميزه عن غيره من المراكز القانونية، فهو، من العقود المالية النهائية ذات التنفيذ المستمر، و من عقود الاستهلاك والإذعان .

2. 1. 1 من العقود المالية النهائية ذات التنفيذ المستمر

يشكل الإطار القانوني، الذي يغلف العملية المقصودة التي تحتاج الى التدخل المالي. يبدو ذلك جليا، من خلال الالتزامات المتبادلة بين أطرافه ومن خلال طبيعة المؤسسات المخولة لمزاولة أنشطة منح القروض العقارية. من أهم البنود التي يجب أن يتضمنها العقد هو تحديد مبلغ القرض، عدد وقيمة أقساط القرض وشروط الوفاء بها.

إن الهيئات المقرضة هي في مجملها مؤسسات مالية تزاوّل نشاط التمويل والإقراض، وفقا للقواعد القانونية التي تنظم طريقة عملها والتي من المفترض أن تراعي البعد الاجتماعي وفي الوقت نفسه تسعى إلى تحقيق الربح من خلال الأقساط المدفوعة المستحقة عن فترة العقد.

كما أنها توفر الأموال الأزمة لعمليات الإقراض عن طريق الأدوات المالية المعمول بها إن عقد القرض العقاري في حقيقته، عملية مالية من حيث الفكرة والموضوع، وهو ائتمان نقدي، حيث يمنح في صورة نقدية، سواء مباشرة، بأن يوضع بين يدي المشتري ليسدد منه ثمن العقار في حالة شراء العقار أو بطريقة غير مباشرة، في شكل نفقات ترميمه أو تحسينه.

تترجم في النهاية هذه العملية في صورة دين بمبلغ من النقود، يلتزم المقترض بسداد أقساطه إلى المقرض، وفقا للطريقة والشروط التي يتفقان عليها.

محل عقد القرض العقاري هو مبلغ مالي معين أو قابل للتعيين يرتبط بفوائد محددة، كما أن لعقد القرض العقاري محلا آخر هو نسبة الفوائد المطبقة والمرتبطة بالعقد.

يلتزم البنك بتقديم القرض اى الوسائل المالية التي يضعها في خدمة العميل فإذا لم يرد به هذا التحديد كان المرجع هو العرف والعادات المصرفية كما ينشئ العقد التزاما على العميل بدفع العمولة.

لصحة الوعد بالعقد الذي ذكره المشرع في قانون النقد والقرض أوجب القاعدة العامة الواردة الذكر في المادة 71 ت.م. (1) أن يتفق في العقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وعلى المدة التي يبرم فيها العقد وان جاز تحديدها ضمنيا من الظروف.

أما بالنسبة للفوائد فلا تجب على المقرض حتى ولو كان القرض تجاريا، إلا إذا كان

هناك اتفاق ، كان يرد في عقد القرض شرطا يلزم المقرض بدفع فوائد نسبية، [71]ص443

يعتبر عقد القرض العقاري، عقدا نهائيا تترتب آثاره فور انعقاده وهو مستقل عن المعاملات التي تتم سواء من قبل العميل أو من قبل المصرف أو التي تمهد له كالعروض أو اللقاءات التي تتم بمناسبة تحديد الشروط.

ينعقد العقد بعد أن تحرر بينهما، كتابة أو مراسلات تحدد شروط هذا العقد خاصة ما يتعلق منها بقيمة القرض، كيفية إفادة العميل به ونسبة الفائدة المطبقة .

يكون عقد القرض العقاري مصحوبا بصفة عامة بتأمين عيني يوجب إتباع الإجراءات اللازمة لصحة هذا الضمان أو نفاذه دون أن يغير ذلك من الطبيعة الرضائية لعقد القرض العقاري. بحسب الأصل يستغرق تنفيذ هذا العقد فترة زمنية معتبرة قد تصل إلى 20 سنة وبالتالي فإن الزمن يلعب فيه دورا مهما، ومع ذلك فلا مجال لتطبيق، نظرية الظروف الطارئة لان المقرض يحتاط من الأخطار، التي قد تعترض تنفيذ هذا العقد، ليتجنب خطري تجميد أموال المصرف و ضياعها.

إن المصرف قد يتعرض لفقدان المال كليا أو جزئيا، والغالب أن سبب هذا الخطر يرجع لشخص المقرض، لهذا يشترط اكتتاب شهادة تأمين الحياة والعجز وتأمين القرض في حد ذاته بالإضافة إلى الضمانات العينية.

إن مثل هذا الاحتياط يجعل المقرض في وضع ممتاز يسمح له باستيفاء دينه بصورة مفضلة على سائر الدائنين الآخرين ،زد على أن حقه في فسخ العقد لا يرتب أثره إلا بالنسبة للمستقبل.

(1) تنص المادة 71 من التقنين المدني على انه : "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له اثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها وإذا اشترط القانون لتمام العقد شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالعقد."

إذا طلب المصرف فسخ عقد القرض العقاري لا يعد ذلك منه تنازلاً عن كل الآثار التي ترتبت في الماضي ولا عن التأمينات التي تقررت له ضماناً للعقد.

لكن هل معنى ذلك عقد القرض العقاري هو من عقود المدة أو ما هو متعارف عليه بالعقود الزمنية التي هي طائفة من العقود التي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها، إذ على أساسه تتحدد التزامات الأطراف الناشئة عن العقد، كما لا يمكن تصور وجود العقد دون أن تحدد له مدة، إذ تعتبر ركناً أساسياً من أركانه .

وهل يندرج عقد القرض العقاري ضمن عقود المدة، على اعتبار أنه ائتمان طويل الأجل، لارتباطه بالمدة الطويلة أو المتوسطة؟.

من بين الشروط التي يجب أن يتضمنها عقد القرض العقاري عدد وقيمة الأقساط وشروط الوفاء بها، على أن تكون محددة إلى حين استيفائها بالكامل .

لا يعد الزمن من عناصره ولا ركناً من أركانه ، فالمدة ليست من مستلزمات العقد، فمقدار التزامات كل طرف، لا تتغير بحسب المدة التي تستغرقها فترة السداد، وإن كانت تؤثر على قيمة الأقساط.

إن مبلغ القرض المتفق عليه يمكن أن يفي به المقرض في دفعة واحدة، أو أكثر، وفقاً لمعدل إنجاز أعمال البناء أو الترميم أو التحسين، ثم على المقرض أن يرد هذا المبلغ على أقساط متتالية، يتم الاتفاق على شروطها، قيمتها، مواعيد سدادها.

إن تحديد مواعيد الوفاء بالأقساط هو مجرد إجراء نظامي إذ يجوز للمقرض أن يعجل الوفاء بأقساط الثمن أو بالقرض كله أو بعضه، كما يجوز للمقرض في أحول معينة أن يطالب المقرض بكامل المبالغ المتبقية من أقساط الثمن أو باقي قيمة القرض، كما لو تسبب بفعله أو إهماله في نقص ضمان المقرض.

مقتضى إدراج عقد معين ضمن طائفة العقود الزمنية، ألا يكون للفسخ أثراً رجعياً، و عدم استرداد المنفعة التي حصل عليها أحد الأطراف ، الأمر الذي يستوجب الحكم بتعويض عادل.

إن عقد القرض العقاري يختلف عن ذلك تماماً، فيمكن إعمال الأثر الرجعي للفسخ بحيث يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها، قبل الارتباط بالعقد، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، حيث قررت أن عدم مراعاة الأحكام الخاصة بتبصير وحماية المقرضين في المجال العقاري، يؤدي ليس فقط إلى سقوط الحق في الفوائد، بل أيضاً بتقرير بطلان العقد الأمر الذي يترتب عليه التزام المقرض برد القرض، والتزام المقرض برد الفوائد و الأقساط.

ما نوع البطلان الذي يتهدد الشروط التي يتضمنها هذا العقد، هل يلحق البطلان كل البنود أم يقتصر على تلك التي تحرم طالب القرض، من ميزة أو حق تقرر له بمقتضى القانون، دون التي تعترف له بمزايا أفضل؟

يقتصر البطلان على الشرط المخالف، ويظل العقد الذي ورد به صحيحا، ما لم يتبين أن المتعاقد ما كان ليقبل العقد لو لا وجود هذا الشرط، عندئذ ينسحب أثر البطلان للعقد كله تطبيقا للقواعد العامة .

يتقرر بطلان العقد لعدم اشتغال الإيجاب على جدول استحقاق تفصيلي، يحدد مقدار الخصم الشهري من أصل الدين ومقدار الخصم من الفوائد.

لذا يمكننا تصنيف عقد القرض العقاري، ضمن طائفة العقود ذات التنفيذ المتتابع، ذلك أن الزمن أو المدة، ولو لم يكن ركنا جوهريا في هذا العقد، إلا أن له -ولاشك- دورا مهما في تحديد مقدار الأقساط التي يلتزم بها المقرض، فكلما زادت المدة قل مقدار القسط، وعلى العكس كلما قلت المدة زاد مقدار القسط، دون تغيير في مبلغ القرض أو التزامات المقرض.

إدراج عقد القرض العقاري ضمن العقود ذات التنفيذ المتتابع يرتب النتائج التالية :

- لكل قسط من الأقساط ذاتيته الخاصة به، فيتم الوفاء به في مواعده المحدد ، يخضع لمدة تقادم مستقلة عن الأقساط الأخرى، ومتميزة عن المدة اللازمة لتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد القرض العقاري.

-انقضاء اجل تقادم دعوى إبطال عقد القرض العقاري، يحول عند البدء في تنفيذ العقد، ولو جزئيا، بين المقرض وبين التمسك بالقاعدة التي تقضي بأنه إذا كانت الدعوى تقادم، فإن الدفع مؤبد، فلا يقبل إثارة الدفع بإبطال العقد خلال دعوى تقييمها المؤسسة المقرضة، للمطالبة بالوفاء بالأقساط المستحقة.

قررت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم في قضية تتعلق بعقد قرض عقاري أبرمه زوجان لتملك مسكن، لكنهما بعد فترة توفقا عن سداد الأقساط، فطالبهما المقرض، بسداد كامل القرض، دفعا أمام محكمة الموضوع ببطلان عقد القرض العقاري لمخالفته لأحكام قانون 13 يوليو 1979 المتعلق بتبصير وحماية المقرضين.

رفضت المحكمة الدفع، فطعنا في حكمها أمام محكمة النقض، على أساس أنه إذا كانت مدة تقادم دعوى إبطال العقد قد انقضت، فإن الدفع بالبطلان أبدى، لا يتقادم.

قررت محكمة النقض أن الدفع بالبطلان يمكن إثارته فقط بخصوص العقد القابل للإبطال الذي لم ينفذ بعد، (أي التنفيذ الكامل أو الجزئي)، أما العقود ذات التنفيذ المستمر، كعقد القرض

العقاري، والذي شرع في تنفيذه، بتسديد بعض الأقساط، فلا يقبل الدفع ببطلانه. [22]ص621
 بصدد العقود ذات التنفيذ المتتابع، نميز، بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، حيث يمكن إثارة الدفع ببطلان العقد بطلانا "مطلقا" لتعطيل أثره المستقبلية، في حين لا تقبل إثارة مثل هذا الدفع في حالة البطلان النسبي، كما هو الحال في هذه الدعوى وهو ما يؤيد موقف محكمة النقض الفرنسية، إذ من آثار بطلان العقد، أن يبقى كل شيء على ما هو عليه، ولا يمكن تصور، بقاء مبلغ القرض عند المقرض.

2.1.2 من عقود الاستهلاك

المقرض هو من حصل على القرض و قد يكون المشتري في حالة استخدام الائتمان في شراء عقار، وهو الذي تتم لحسابه عملية البناء، الترميم أو التحسين لبناء في غير حالة الشراء. فهو إذن الشخص الطبيعي الذي يتقدم بطلب القرض لتمويل عملية الحصول على عقار أو بنائه أو ترميمه أو تحسينه.

يتوجه إلى أي مؤسسة مالية مرخص لها بمزاولة نشاط التمويل العقاري، بطلب الحصول على قرض عقاري عارضا ما لديه من تأميمات و ضمانات للسداد، وتعمل التشريعات على إرساء قواعد التمويل العقاري خاصة لصالح الأشخاص ذوي الدخل المنخفض.

تمنح السلطات العامة في كثير من التشريعات تمويلا للأشخاص الطبيعيين الراغبين في تملك عقار لاتخاذ مسكنا، و الاستفادة من التسهيلات الائتمانية، تمنح دون فائدة للأشخاص على سبيل التعويض، نظيرا ما أصاب مسكنهم من أضرار، بسبب الكوارث الطبيعية و الظروف الطبيعية الطارئة، أن تكون الأضرار التي لحقت بالمسكن قد اقتضت الحصول على قرض بهدف القيام بعمليات تحسين المساكن، و أن يكون طالبها شخصا طبيعيا لا يتجاوز دخله حدا معيناً، يتم تعيينه بطريق تنظيمي، ليتناسب مع ارتفاع مستوى المعيشة و نسبة التضخم.

أكد المشرع بمقتضى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 11/06 المؤرخ في 16/01/2006، تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها مؤسسات القروض لإعادة بناء المساكن تعويضا للشلال يهات المنجزة على اثر زلزال 1980 وكيفيات منحه، كما حدد سقف القرض المستفيد من تخفيض نسبة الفائدة بمليون دينار (2000000د ج) مع نسبة فائدة مدينة قدرها نقطتان من النسبة

المئوية، يتحملها المستفيد وتتحمل خزينة الدولة الباقي بحيث لا يتحمل المستفيد من القرض إلا الفارق بين الجزء غير المستفيد من تخفيض نسبة الفائدة، ج ر عدد 03 الصادر في 2006/01/18 واضح أن قواعد القرض العقاري لا تسري على المهنيين، والمهني بمعناه العام هو الشخص الذي يتمثل نشاطه في مزاوله صناعة أو تجارة معينة، و يهدف من وراء حصوله على تمويل عقاري تملك بناء ليجعله محلا تجاريا، أو مقرا لشركته.

حماية للمقترضين لشأن عقاري ، فإن نطاق الحماية القانونية المقررة لنشاط التمويل العقاري لا يشمل القروض الموجهة ، لتمويل أنشطة مهنية، و بصفة خاصة ، تلك التي يزاؤها شخص طبيعي أو اعتباري على سبيل الاعتياد.

يعود استبعاد القروض العقارية التي تحصل عليها الأشخاص الاعتبارية العامة ، إلى الطابع الحمائي الذي يميز قواعده، وهذه الحماية موجهة أصلا للشخص العادي، في مواجهة المهنيين المزودين بوسائل و أدوات لا تتوافر لدى الطرف الآخر.

تطبيقا لذلك قرر القضاء الفرنسي أن النصوص المتعلقة بحماية و تبصير المقترضين لا يمكن إثارتها، من جانب الشركة التي تتخذ من شراء العقارات، (أو الحقوق العقارية) أو تملكها أو إدارتها أو استغلالها، بالتأجير، نشاطا لها.

يجوز للمهني في هذا الغرض أن يضمن عقد القرض العقاري بندا يقضي بخضوع الاتفاق للقواعد القانونية الخاصة بحماية المقترضين في المجال العقاري، بمد نطاقها لتشمل أطرافا وعلاقات قانونية كان من المفترض ألا تخضع لها.

تولى القوانين الحديثة ، اهتماما كبير بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية، التي يدرجها المهني في نماذج العقود التي يطرحها على جمهور المستهلكين.

تبنى مشرنا هذا المنهج في القانون رقم 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الذي ألغيت أحكامه بموجب القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (ج-ر عدد 15) ، والأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والقانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لاسيما المادة 30 منه و المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، الذي بمقتضى أحكامه تم تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية .

تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك تلك المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك ، والتي تتعلق بإعلامه المسبق ونزاهة وشفافية العمليات التجارية ومطابقة السلع أو الخدمات .

تتعلق العناصر الأساسية الخاصة بالقروض ومنها القرض العقاري ، بشروط تعديل البنود التعاقدية وشروط تسوية النزاعات ، و إجراءات فسخ العقد .

أوجب مشرنا العون الاقتصادي ، إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة و الخاصة بتأدية الخدمات و منحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه واعتبر أنها تعسفية كل البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي:

- *- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك .
- *-عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض .
- *-التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة ، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته .
- *-النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده .

- *-فرض بنود لم يكن للمستهلك على علم بها قبل إبرام العقد .
- *-الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه .

- *-تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ، دون أن يحدد مقابل ذلك التعويض الذي يدفعه العون الاقتصادي لعدم تنفيذ واجباته .
- *-فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك .

- *-الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق .
- *-يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته .
- *-يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته .

أوكل مشرنا مهمة النظر والتحقيق في مدى اعتبار بنود العقود الاستهلاكية، للجنة البنود التعسفية التي تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة وهي هيئة ذات طابع استشاري.

تكمّن صلاحيات هذه الهيئة في البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين عن البنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية .

تقوم كذلك بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين وتتكون من مختصين في قانون العمال و العقود، وأعضاء من الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة، وممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني .

دعم المشرع الجزائري من خلال هذه القواعد القانونية الأمرة حماية المستهلك عند إبرامه لعقود استهلاكية ، كما هو الشأن بالنسبة لعقد القرض العقاري وهو موقف لا يختلف عن موقف تشريعات الدول الصناعية حيث اصدر مجلس أوربا في نوفمبر 1986 قرارا يوصي فيه الدول الأعضاء باتخاذ كافة الوسائل الفعالة، القانونية وغيرها، لحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية.

نتيجة لنمو وعي المستهلكين بحقوقهم، وتحت ضغط جمعيات حماية المستهلك، استجاب المشرع الفرنسي للتوصية السابقة التي أصدرها مجلس أوروبا، فأصدر قانونا بشأن تبصير وحماية المستهلك (المواد 1-132.L وما بعدها من تقنين الاستهلاك)، ثم بشأن تبصر وحماية المقترضين في المجال العقاري (المواد 1-132.L وما بعدها من تقنين الاستهلاك)، والذي هدف إلى جعل التشريعات الفرنسية متوافقة مع التوجيهات الأوروبية الصادرة في 15 أبريل 1993، والمتعلقة بالشروط التعسفية.

يعتمد تحديد مفهوم عقود الاستهلاك، بشكل كبير على التعريف الذي يعتمد للاستهلاك تعرف على أنها العقود، التي يبرمها الشخص إشباعا لحاجاته الشخصية من الأموال والخدمات، فيدخل في هذا التعريف كل ما يبرمه الشخص من عقود بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الخاصة ، ويستبعد من نطاقها كل ما له صلة بالأنشطة المهنية للشخص. تراعى أهداف المتعاقد ومقاصده من إبرام العقد، لتحديد ما إذا تم إشباع حاجته الاستهلاكية الخاصة، أو على العكس كان لغايات مهنية.

تطبق الحماية القانونية المقررة لعقود الاستهلاك ، على العقود التي يكون أطرافها أفرادا "عاديين، خارج نطاق أي نشاط مهني،فتقتصر الاستفادة من الحماية القانونية إذن على من يتعاقد مع شخص مهني، إشباعا لحاجته الاستهلاكية الخاصة.

يؤخذ بعين الاعتبار ، طبيعة العلاقة بين أطراف العقد، درجة التوازن المحققة ، ليس فقط من ناحية القوة الاقتصادية لأطراف العقد، بل أيضا فيما يخص المعلومات التي يملكها كل منهم عن السلعة أو المال أو الخدمة موضوع العقد.

للشخص المهني الخبرات التي تؤهله للمحافظة على حقوقهم أصبح بوسع من تعاقد معه المستهلك ، الرجوع على المهنيين الآخرين الذين يكونون حلقات السلسلة التعاقدية-كالمنتج أو الصانع أو المستورد، ليحملهم نتائج تشديد الحماية التي خص بها المشرع المستهلك، أو بمعنى آخر، ليعكس التكلفة الاقتصادية لهذه الحماية المتزايدة على شركائه الاقتصاديين .بصفة عامة، فإن اختلال التوازن بين أطراف العقد، يثور أيضا فيما بين المهنيين، حتى لو كانوا جميعا من نفس

التخصص المهني، [19] ص 27

كان القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير 1987، والمتعلق بتبصير وحماية المستهلك، يقصر نطاق تطبيقه على العقود المبرمة بين المهني وبين الشخص غير مهني أو المستهلك." فهل استخدام هذا التعبير كان بهدف حرمان المهنيين من الاستفادة من الحماية القانونية المقررة لعقود

الاستهلاك، في حالة تعاقدهم بشأن، يخص المهنة التي يزاولونها؟ [23] ص 389

بعد أن قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1986 باستبعاد المهنيين من نطاق هذه الحماية، نجد أنها، ومنذ حكمها الصادر في 28 أبريل 1987، دأبت على تفسير هذه النصوص بما يحقق مصلحة المهنيين ضحايا الشروط التعسفية، إذ قررت في هذا الحكم رفض الطعن في حكم الاستئناف الذي قرر إلغاء ثلاثة شروط اعتبرها تعسفية-تطبيقا لنص المادة الثانية من المرسوم

الصادر في 24 مارس 1978، رغم أن ذلك كان لمصلحة إحدى الشركات، [24] ص 537

هذا التصور الموسع لعقود استهلاك والذي اعتنقه حكم النقض السابق، تبنته محاكم

الموضوع منذ هذا التاريخ، [82] ص 08،

نذكر أن التوجيهات الأوروبية الصادرة في 5 أبريل 1993، اعتنقت تصورا ضيقا لعقود الاستهلاك، حيث وضعت المادة الثانية تعريفا يحدد المستهلك بأنه كل شخص طبيعي يكون طرفا في أحد العقود التي تدرج ضمن نطاق هذه التوجيهات، والتي يدخل فيها متعاقدا تحقيقا لغايات لا تدرج ضمن أنشطة مهنية . أخذت بمضمون هذا التعريف محكمة النقض الفرنسية

فقررت غرفتها الأولى في عام 1995، أنه طالما كان موضوع العقد محل النزاع هو تمويل عملية شراء عقار مبنى ليستخدم كمكاتب إدارية، فلا محل لتطبيق أحكام قانون 13 يوليو 1979، أو أحكام قانون 10 يناير 1978، إذ لا يمكن اعتبار الشركة المقترضة، بمثابة المستهلك.

قد يبعث استعراض الأحكام السابقة على الاعتقاد بأن محكمة النقض الفرنسية تميل إلى اعتناق التصور الضيق لمفهوم عقود الاستهلاك، غير أن هذا الاعتقاد سرعان ما يتبدد إذا استعرضنا النصوص التشريعية السائدة أو الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن .

وفقا لنص المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر في أول فبراير 1995 (الفقرة الأولى من المادة L.132-1 من تقنين الاستهلاك) فإن نطاق تطبيقه يشمل العقود المبرمة بين المهنيين-والمستهلكين، وهذه الصياغة تواجه حالة المهني الذي يبرم عقدا لحاجات شخصية، أو لمتطلبات أنشطة المهنية، لكن بعيدا عن تخصصه المهني كما أننا نجد أحكاما قضائية قد مدت نطاق الحماية القانونية المقررة للمستهلك إلى المهنيين، ولم تستبعد سوى العقود الواردة على أموال أو خدمات ذات صلة مباشرة بنشاطهم المهني. TG I NANTES du 27/03/1996., R DI, 1996,p601

يتضح مما سبق أن القانون الفرنسي، لم يخالف التوجيهات الأوروبية الصادرة في 5 أبريل 1993، ذلك أن هذه التوجيهات قد نصت على الحد الأدنى للحماية، الواجب توفيرها للمستهلك مع ترك الحرية للدول الأعضاء، لتأمين مستوى أعلى من الحماية القانونية لعقود الاستهلاك، وفقا لنص المادة (8) من التوجيهات الأوروبية.

تطبيقا للمعايير السابق عرضها، وما انتهت إليه النصوص القانونية والأحكام القضائية،فإن عقود القرض العقاري تدرج في معظمها ضمن عقود الاستهلاك، هي جديرة، بالحماية التي يسبغها المشرع على تلك العقود وإذا كان المشرع الفرنسي لم يورد الأحكام المنظمة للتمويل العقاري ضمن قانون 10 يناير 1978، والمتعلق بتبصير وحماية المستهلك، إلا أنه سرعان ما أصدر قانون 13 يوليو 1979، الخاص بتبصير وحماية المقترضين في المجال العقاري، ويبدو التطابق بين عنوانين القانونيين المذكورين، ثم حسم هذا الأمر بإدراجه نصوص القانونين السابقين ضمن نصوص تقنين الاستهلاك.

للتأكيد على أن عقد القرض العقاري هو من عقود الاستهلاك رغم عدم وجود نصوص مماثلة عندنا نشير إلى:

* أن المقرض هو دائما مهني يتخذ من عملية منح القروض العقارية، نشاطا اعتياديا له .

*أن الطرف الآخر في عقد القرض العقاري هو المقترض، من حصل على القرض، ويشترط أن يكون شخصا طبيعيا-أو مستهلكا عاديا- ولا شك أن لهذا الرأي وجاهته ودوافعه الاجتماعية.

*عدم التسوية في المعاملة بين الشركات التي تستهدف الربح، وبين الجمعيات التي تبتغي خدمة أعضائها، بتوفير المسكن الملائم لهم، وهو ما يقود إلى حرمان الأشخاص الاعتبارية الخاصة والعامّة من الاستفادة مما تقدمه الدولة من تسهيلات في هذا الخصوص.

إن المقترض، مشتري العقار أو من تحصل على القرض في غير حالة الشراء يستفيد من الأحكام الخاصة بحماية الطرف الضعيف في العقد أو الطرف المذعن في عقود الإذعان المجسدة في القواعد العامة التالية :

-تفسير الشك الذي يحيط بعبارات العقد لمصلحته .

- الغموض الذي قد يغلب على الشروط التي يتضمنها.

- التعارض بين بنوده وتخفيف عبء الإثبات وتفسير النصوص القانونية التي تهدف إلى حمايته تفسيراً "موسعا" ، المواد 110/111/112 ت م.

- عدم التوسع في تفسير الشروط الواردة ضمن بنوده، التي تحرمه من ميزة معينة أو تحمله بالتزام لم ينص عليه القانون.

للقضاء دورا حيويا وجوهريا في هذا النطاق، نتيجة ازدياد وعمق التخصص لدى المؤسسات المقرضة والخبرة، التي يتمتع بها في مواجهة الأفراد العاديين، الذين يقبلون الدخول طرفا في عقد القرض العقاري، غير مدركين لمعاني بعض المصطلحات، أو لأثر بعض الشروط التي قد تعمد إلى تضمينها وثائقها.

يرد استثناءا يتعلق بالأحوال التي يكون فيها المقترض شخصا مهنيا كالمركبي العقاري، الذي يتخذ من مجال إنشاء المساكن والمباني نشاطا له، لما لديه من دراية وخبرة عريضة بمجال التأمين العقاري حيث اعتبر تاجرا بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري مثله في ذلك مثل المقرض فيخرج اتفاقهما من نطاق عقود الاستهلاك.

لا يكون بوسع المقترض المستثمر، التمسك بالأحكام السابقة في نزاعه مع المؤسسات المقرضة، إذ أن تخصصه وخبرته وإمكانياته في مواجهتها ، تسمح له بدراسة بنود عقود القرض العقاري، وتقدير خطورة ما تتضمنه من شروط.

اعتبر المشرع من خلال المادة 02 من القانون التجاري وأحكام المرسوم التشريعي المشار إليه أعلاه أعمالا تجارية بحكم غرضها، كل النشاطات لاقتناء أو للتهيئة العقارية قصد بيعها وكل النشاطات الوسيطية في الميدان العقاري كالبيع أو تأجير الأملاك العقارية وكذا أعمالهم في الإدارة والتسيير العقاري لحساب الغير ..

إن القروض العقارية يجب أن يكون طالبها شخصا طبيعيا، ويخرج من نطاق الحماية القانونية المقررة لأنشطة منح القروض العقارية، القروض الممنوحة للأشخاص الاعتبارية العامة، أو الخاصة، لتمويل أنشطتها المهنية، وبصفة خاصة تلك التي يزاولها الأشخاص الطبيعيون أو الأشخاص المعنوية، على سبيل الاعتياد، حتى لو كانت تابعة لأنشطة أخرى، أو كان النشاط الذي يزاولونه يتمثل في تملك العقارات، تحت أي صور، عقارات كاملة أو أجزاء عقارات، مشيدة أو معدة كامل التجهيز، بصورة مشتركة أو فردية، ملكية تامة أو مجرد انتفاع.

يستفيد من الحماية القانونية في عقود الاستهلاك الشخص الطبيعي الذي تحصل على القرض، بهدف إنشاء مبنى أو مسكن أو ترميمه أو إصلاحه طالما، كان ذلك لأغراض الاستعمال السكني فقط، بعيدا عن نشاطه المهني الذي قد يمارسه على سبيل الاعتياد.

إذا ثبت حصول القرض بهدف تمويل الأنشطة المهنية للمقترض، لا يحق له التمسك بقواعد الحماية التي تقرها النصوص التشريعية العامة والخاصة للمقترض المستهلك العادي.

يترتب على اعتبار عقد القرض العقاري من قبيل عقود الاستهلاك النتائج التالية :

1- إلزام المؤسسة المالية المقرضة بمنح المقترض المستهلك، مهلة كافية للتفكير في العقد المقدم له والرد عليه، لأنه لا يملك أجهزة متخصصة ، يمكن أن تسعفه بالمشورة التقنية والقانونية اللازمة .

2- إلزام المؤسسة المقرضة، بتبصير المقترض وإعطائه المعلومات الكافية حول مختلف جوانب العقد العقاري، مزاياه ومخاطره.

إيضاح شروط الاتفاق، وبيان مضمونها، وجزء مخالفتها وكل العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق خاصة بالأعلام المسبق للمستهلك.

3- أن تكون إجراءات القرض واضحة ومحددة على نحو، يكفل معرفة المقترض لجميع حقوقه والتزاماته،

يعد التبصير التزاما مستمرا على عاتق المقترض، بأن يخطر المقترض دوريا بالبيانات المتعلقة بقيمة القرض الأصلي، التكاليف الإجمالية المستحقة عليها منذ بداية القرض وحتى تمام

السداد، بكل التكاليف أو مصاريف تم خصمها من حسابه، تنفيذاً لنص القانون أو لشرط اتفاقي أو حكم قضائي، بما يطرأ من تغيير على عنوان المقرض و مقره الرسمي أو الفرعي، و بأيها معلومات تتصل بعلم المقرض، تتعلق بالضمانات المكتسبة.

قضت المحاكم الفرنسية، بأن الإعلانات المتعلقة بالقروض العقارية، يجب أن تشمل على كافة المعلومات والبيانات الضرورية لتبصير المستهلك حول المعطيات الأساسية للعملية القانونية المراد الإعلان عنها، وأمرت بالوقف الفوري للحملة الإعلانية، التي تستهدف الترويج لعقود التمويل العقاري التي طرحت على المقترضين المحتملين، تحت عنوان "أحصل على التمويل العقاري بطريقة مبتكرة لم يسبق لها مثيل" فقد لاحظت المحكمة أن الإعلان بشكله السابق يخالف نص

المادة (L.121-1) من تقنين الاستهلاك، [26] ص 504

إغفال المقرض، تضمين رسالته الإعلانية بالعناصر الأساسية التي تبصر المستهلك بشروط القرض، يخلق في تصوره فهم خاطئ للأدوات الحقيقية التي يمكن أن يحصل عليها من الارتباط بالعقد المقترح من شأن هذا النوع من الحملات الإعلانية، إفساد جو المنافسة المشروعة، وجذب جزء من العملاء المحتملين إلى المعطن بطريق غير مشروع.

إذا كانت حرية التعبير هي من المبادئ التي يجب أن تصان، حتى في مجال الإعلان عن السلع والخدمات، فإن هذه الحرية يجب أن تتوقف، حيث تبدأ حماية المستهلك، لتترك مكانها للقواعد والإجراءات الكفيلة بحماية هذا الأخير.

2. 1. 2. 3 من عقود الإذعان

يأخذ هذا العقد في الحقيقة صورة عقد نموذجي وهو أهم صور عقود الإذعان .
تتعلق عقود الإذعان، بسلع أو خدمات، تعد من الضروريات التي لا يمكن للمتعاقد أن يصرف النظر عنها، أو عن التعاقد بشأنها، كما تستلزم التسليم والرضوخ والإذعان من الطرف الضعيف إلى مشيئة الطرف الآخر، الذي يكون في مركز سيادي، يسمح له بأن يملي شروطه التعسفية، لكونه يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي.

يتميز عقد الإذعان بأنه يتعلق بسلعة أو بخدمة، مما يعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للجمهور، والتي لا غنى لهم عنها ولا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها بأن يكون أحد المتعاقدين محتكراً للسلعة أو الخدمة فتكون المنافسة بينه

وبين غيره في تقديم تلك السلعة أو الخدمة محدودة النطاق، وأن يقوم بعرضها ، وفق شروط مقررة سلفا، لا يمكنه رفضها، ولا تقبل مناقشتهم فيها .

إن القروض العقارية تصدر بأسلوب موحد في شكل عقود نموذجية، معدة و مهياً مسبقا لانطلاق مرحلة ما قبل التعاقد مع المقترضين وذلك لتحقيق الغايات التالية:

*ضمان السرعة في التعامل، عن طريق العقود النمطية الموحدة ، باعتبارها عقود نموذجية ذات طابع مهني تتكيف ،وحاجات التجارة الحديثة ودعامتها السرعة والائتمان .

*تكملة العقود النموذجية بشروطها المهيأة مسبقا، للقواعد العامة الواردة في المواد المدنية أو التجارية لمسائل تقنية تتكفل بتنظيمها العادات والأعراف المصرفية Règles et usages bancaires .

إن عقد القرض العقاري كعقد نموذجي، ليس معناه أنه من العقود النموذجية الإدارية التي تتحدد بنص قانوني أو تنظيمي⁽¹⁾ كوعاء تفرغ فيه العلاقة التعاقدية ،دون أدنى حق للإطراف في تعديل مضامينها كنموذج عقد البيع بناء على التصاميم .

من حيث الشكل فعقد القرض العقاري هو عقد نموذجي معد من قبل مؤسسة القرض ويخضع لشروط البنوك بنسبة الفائدة المطبقة والتي تلزم البنوك ولا يمكنها استبعادها تطبيقا لأحكام النظام رقم 13/94 الصادر عن بنك الجزائر في 02/06/1994 الذي يحدد القواعد المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية حيث تلزم المادة 05 من ذات النظام، البنوك والمؤسسات المالية أن تحترم بصرامة الشروط التي حددتها والمطبقة على العمليات المصرفية وقد عدل بالنظام رقم 09-03 المؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1430 الموافق 26 مايو 2009 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج- ر عدد 53

* الجزء الأكبر من مضمون العقود المصرفية بما فيها عقد القرض العقاري يتحدد بعبارة المحررات التي تفرغ فيها علاقة الطرفين وتكملها العادات المصرفية.

إن هذه الطريقة تحقق لأصحاب الشأن البساطة وسرعة التعامل ولهذا الأسلوب أثر على نشاط القضاء ،حيث أن المنازعات بشأنها تقل عكس ما قد يحدث لو أن كل عملية كانت محل مناقشة كاملة، ومن ثم كذلك تفادي الإدعاءات التي تركز على تفسير الإرادة، للبحث عن المقصود في كل عملية.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 07/03/1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية ج.ر عدد 13 ، الصادر في 09/03/1994

رغم تميز هذه العمليات المصرفية، سواء أ كانت التي تقوم بها البنوك التجارية أو البنوك المتخصصة فإنها تخضع بحسب الأصل للقواعد القانونية العامة في إبرامها و إثباتها ، تفسيرها أو تنفيذها.

لأهمية حصول المواطن ذي الدخل المتوسط على هذا القرض، فانه كثيرا ما يوقع على بيانات تفيد اطلاعه على شروط معينة و قبوله في حين أنه لم يدرك أبعادها، ولهذا كان ضروريا أن يتدخل المشرع لتأكيد نظام الحماية القانونية لهذا الطرف، فكثيرا ما يكون رضا المقترض مستمدا من مجرد تنفيذه للالتزام الناشئ عن العقد.

ترتب هذه الحماية مباشرة، تقرير المسؤولية المدنية وحتى الجزائية للبنوك التي تخضع للقواعد العامة ولكن وبسبب ظروف وطبيعة مهنتها، يجب إخضاعها لقواعد المسؤولية المهنية

responsabilité professionnelle، فينظر لنشاط البنك بوصفه مهنيا. [7] ص 35

يدفع هذا الوصف ، إلى التشدد في التزامات المقرض، ومعايير مساءلته، لأسباب أهمها:

- مهني محترف يكون أداءه متميزا
- مباشرته لهذه المهنة بإمكانيات مادية معتبرة .
- كفاءة الأشخاص الذين يستخدمهم في تقديم الخدمات، لا يتوقع منه عناية الشخص المعتاد في شؤونه الخاصة ولا عناية الرجل المعتاد في شؤون غيره، فهو يمارس عملا يمس بالمصلحة الاقتصادية العامة.

لكن ما مدى اعتبار عقود القروض العقارية، من قبيل عقود الإذعان، و الشروط التي قد تتضمنها شروطا تعسفية، هل يجب حذفها وإبطال مفعولها، أم تفسيرها لصالح الطرف المذعن ؟ يتولى القضاء أمر تقدير البند التعسفي ، ينبغي أن يقام الدليل على وجود البنود التعسفية، التي تنتافي وروح العدل، محدثة فوارق بين حقوق والتزامات الأطراف.

أتيح لإحدى المحاكم الفرنسية، أن تدلي برأيها حول مدى اعتبار عقد القرض العقاري من قبيل عقود الإذعان، وقد رفضت المحكمة، بعد تحليل طويل، إسباغ هذا الوصف على عقد

القرض العقاري محل النزاع، Cass. Civ 1er 3/05/1979 RTD Com 1980 p 140

إن الشروط الخاصة بمعدل الفائدة، تكون تعسفية إذا كان من شأنها أن تجعل تحديد ما يدفعه المستهلك مصدره إرادة المهني، سواء بطريقة مباشرة، أو من خلال تحديده للعوامل المؤدية لتغيير معدل الفائدة.

لتبني المفهوم الواسع لعقود الإذعان، يكتفي باشتراط وجود أحد طرفي العقد ، في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر، من حيث القدرة الاقتصادية أو الخبرة المهنية أو التنظيم الفني، وان يصدر الإيجاب عاما، في شكل عقد نموذجي.

إن تحديدا إذا كان محور العقد يتعلق بحاجة ضرورية أو كمالية، هي مسألة نسبية، لهذا يجب على القضاء أن يتبنى مفهوما مرنا لها، بمراعاة حاجة الشخص أو ظروف التعاقد، ومدى

حاجة الأنشطة الاقتصادية إلى منح القروض العقارية ، [19] ص46

للمقترض وتطبيقا لحرية التنافس بين البنوك والمؤسسات المالية، أن يرفض ما لا يناسبه من شروط، وأن يتعامل مع مصارف أو مؤسسات مالية أخرى ، بشروط تختلف عن الشروط المعروضة عليه.

إن استعراض الشروط الواردة ضمن نماذج العقود التي تطرحها مؤسسات المالية والبنوك على الجمهور، يظهر أن مضمونها واحد، وان اختلفت التعبيرات المستخدمة في صياغتها، مما يجعل حرية الاختيار شبه معدومة أمام جمهور المستهلكين، فلا يمكنهم في نهاية المطاف إلا التسليم بالشروط المعروضة عليهم، والخضوع لما بها من التزامات مجحفة، والإذعان لإرادة الطرف الآخر.

بسط المشرع رقابة السلطات العامة، على الجهات التي تزاول نشاط منح القروض، بحيث تكون إجراءات منح كل القروض بما فيها القرض العقاري واضحة ومحددة، على نحو يكفل معرفة المقترض بجميع حقوقه والتزاماته، ويكون من إجراءات عقد القرض تصريح المقترض انه يقر، كتابة باطلاعه عليها قبل توقيعه وهو ما دعمه المشرع من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

ويترتب على اعتبار عقد القرض العقاري من قبيل عقود الإذعان نتائج ، تتصل بسلطة القضاء إزاء تفسير الشروط الغامضة، وإلغاء أو إبطال الشروط التعسفية.

1- الشروط الغامضة:

- يجب أن تكون إجراءات إبرام هذا العقد واضحة على نحو يكفل معرفة المقترض بجميع حقوقه والتزاماته. وان تكتب البيانات الرئيسية بخط ظاهر. ولقد كان من الضروري على مشرعنا من خلال المرسوم التنفيذي السابق الذكر أن ينص صراحة على انه في حالة إذا ما كانت

العقود المعروضة، على المستهلك تتضمن شروطا مكتوبة، فإنها يجب أن تحرر بطريقة واضحة ومفهومة، فمن حق المستهلك أن تتاح له فرصة حقيقة ليحيط إحاطة كاملة بكل الشروط التي يتضمنها العقد، [23] ص 191

تعتمد المؤسسات المالية، في سبيل إغراء طالبي القروض العقارية وجذبهم، إلى تحرير العرض وإصداره بطريقة كثيرة الإبهام والغموض، بحيث لا يستطيع الموجه إليه العرض أن يحدد بصفة واضحة مقدار حقوقه والتزاماته.

نص المشرع في هذا الشأن من خلال حكم المادة 2/112 تقنين مدني أنه "لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن..."، إن تفسير الشرط الغامض الوارد في عقد القرض العقاري، يجب أن يتم ضد مصلحة واضعه أو مستعمله، كنوع من الجزاء، إذ هو الذي تولى صياغة العقد، فكان من الواجب أن يضمنه عبارات واضحة، وطالما لم يراع هذا الاحتياط، فإن مبدأ حسن النية الذي يسود العقود يقضي وبأن يتحمل المخاطر المترتبة على سلوكه، وهو نوع من الردع له اثر وقائي.

قد يتمثل الغموض في اشتمال العقد على عبارات غير مقروءة ونتيجة للحالة المادية للوثيقة، أو غير مفهومة نتيجة لسوء الصياغة.

يمكن أن يصرف طول النص وتفاوت الخط المكتوب به، طالب القرض عن قراءة الشروط المعروضة بطريقة غير واضحة، لأنها محررة بخط صغير، أو مدرجة على ظهر الوثيقة، دون أن تكون هناك إشارة لها في صلب الاتفاق، أو مكتوبة بلغة أجنبية، وغير مصحوبة بترجمة لها بلغة يفهمها طالب القرض.

هذا الوضع هو السائد في مؤسسات القرض بالجزائر، حيث أن اتفاقات القروض محررة باللغة الأجنبية وغالبا ما يكون طالب القرض من مستويات تعليمية محدودة .

يعتبر الشرط غامضا كذلك، إذا كان واردا ضمن ملاحق الاتفاق، دون إشارة لوجوده، حيث يستلزم القضاء للاعتداد بالشروط الواردة ضمن ملاحق الاتفاق شرطا مزدوجا:

- أن يكون الطرف الآخر وقت إبرام العقد على علم بوجوده.

- على معرفة تامة بمضمونه .

لمعالجة هذه الحالة ألزام المشرع، العون الاقتصادي بإعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة و الخاصة للعقود و منحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه وعدم فرض بنود لم يكن المستهلك، على علم بها قبل إبرام العقد .

2- البنود التعسفية:

لعل مجال إلغاء البنود التعسفية وإبطال آثارها يمثل الأرضية الخصبة التي نمت وترعرعت فيها سياسة المشرع ومنهج القضاء في حماية المستهلك-عامة-من الشروط الجائرة، التي يدرجها الشخص المهني في العقود، التي يعرضها على جمهور المستهلكين.

تتولى مؤسسات القرض، وضع الشروط العامة لعقد القرض العقاري بصورة منفردة، قبل أن تعرضها على المقترضين، ولا تقبل بشأنها مناقشة أو تعديلا.

بحكم خبراتها التقنية أو لعملية وأجهزتها الفنية، تتولى صياغة الشروط على نحو يحقق مصالحها، والتهرب من التزاماتها، كلها أو بعضها، عند استحقاقها، وذلك بما يفرض على المقترض من إجراءات ومواعيد وقيود، غالبا مالا يتنبه إليها عند التعاقد، ويتذكرها عند تحقق نتائجها.

منطقيا الشروط التعسفية، هي كل ما يدرج في نماذج العقود من الطرف القوي ذي الخبرة، تجعله في مركز أقوى.

عرفها المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في 10 يناير 1978، المتعلق بتبصير وحماية المستهلك وبموجب الفقرة الأولى من المادة (1-132 L) من تقنين الاستهلاك.

يتمثل موضوع وأثر هذه الشروط في إحداث إخلال صارخ بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، إضرارا بمصلحة غير المهني أو المقترض، ينظر للخاصية التعسفية للشروط وقت إبرام العقد، مع مراعاة كل الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، إذا كان إبرام هذا العقد أو تنفيذه يعتمد على عقد آخر، فإن مضمون العقدين يؤخذ في الاعتبار.

لم يعطي مشرنا تعريفا للبنود التعسفية، بل اكتفى بذكر بعض صورها من خلال أحكام المرسوم التنفيذي رقم 06-306، فاعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بتقليص العناصر الأساسية للعقود المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالأعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية .

وهنا تساءل هل ذكر مشرنا هذه البنود على وجه التحديد أم الحصر؟

يفهم من الحكم الوارد في المادة السابعة من المرسوم السابق الذكر، انه أوردها على سبيل المثال حيث كلف لجنة البنود التعسفية بالاطلاع على العقود، للبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين على البنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات بشأنها تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وفي هذا الشأن نرى بضرورة إعادة النظر في هذا المرسوم:

- لأهميته القصوى في حماية المستهلك

-تعريف ما يعتبر بنودا تعسفية

- بتوسيع صلاحيات الهيئة السابقة إلى حد إلغاء ما تعتبره بعد تحقيقاتها من قبيل البنود التعسفية، على أن يركز لتعريف البنود التعسفية كترجمة للمصطلح الفرنسي Clauses وليس شروط Conditions اللفظ الشائع الاستعمال من قبل رجال القانون على دعامتين هما التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي والخبرة العملية، والحصول على مراكز مغال فيها، بمعنى أن يعطي الاتفاق للمقرض المهني حقا لا يقابله التزام، و يتضمن أنواعا كثيرة من الشروط، لتشمل الشروط الجزائية، و المتعلقة بالاختصاص القضائي، والبطلان والسقوط، وبالجملة كل الشروط التي تطالب المقرض بالتزام غير مبرر، أو يتنافى مع طبيعة عقد القرض العقاري، أو يؤدي عدم قيامه بما يوجب الشرط إلى التأثير على الحقوق الناشئة.

ونذكر أن مشرنا قد قام في هذا الصدد، بتصنيف المخالفات التي تشكل ممارسات تعسفية في العقد و التي يمنع على المقرض القيام بها تحت طائلة توقيع العقاب المتمثل في غرامة مالية قدرها المشرع من 50000,00دح إلى 5000000,00 ج، دون تحديد دقيق لنوعية هذه الممارسات التي تعد تعسفية بالنظر إلى نوعية العقود المبرمة بين المؤسسات المهنية والمستهلكين أو الخواص.

عند تصفحنا للبنود الواردة في بعض اتفاقات القروض العقارية، انتهينا إلى تكييف بعضها بأنها تعسفية والتي نقترح بعدم إدراجها في عقود القروض العقارية إذا كان موضوعها أو الهدف منها ما يلي:

- 1- حرمان المقرض من مهلة التفكير التي يجب النص عليها بقاعدة قانونية أمره وكذا في حقه دون تعسف منه في رفض القرض المقترح عليه.
- 2- إعفاء مؤسسة القرض من دفعها للتعويض أو التأخير في دفعه للمستهلك عندما تبدي تعسفا في رفضها للإيجاب المقدم للمقرض، طبقا للشروط القانونية.

3- الحق في استرداد مبلغ القرض بدليل، تلقي المستهلك لعدة ردود سلبية من بعض المؤسسات لطلبات القروض التي تقدم بها من قبل لغيرها.

4- توكيل المقترض لمهني أو لمؤسسة قرض للبحث عن قروض لصالحه دون أن تكون هذه الوكالة خاصة، صريحة ومنتزعة لكل البيانات اللازمة لتحديد شروط العقد الذي يبرم بسمه ولصالحه.

5- تفرد مؤسسات القرض بحق تعديل وبشكل منفرد موضوع العقد وجعله يتناسب وشروط التمويل الناجمة عن الرفض الجزئي من قبلها للقرض المطلوب.

يجب مراعاة مثل هذه الشروط وتفادي إدراجها في عقد القرض العقاري، تحت طائلة توقيع الجزاء المتمثل في الغرامات المالية.

3- جزاء الشروط التعسفية:

إن النموذج التقليدي للعقد هو عقد المساومة فيه توافق الإرادتين نتيجة مساومة بين طرفين متساويين، يؤدي كل منهما دورا في إبرام العقد، مساويا أو يكاد يكون مساويا للدور الذي يؤديه الآخر، إلا أن عقد القرض العقاري لا يستجيب إلى هذا النموذج التقليدي فهو من قبيل العقود التي تكون من عمل طرف واحد يعرض على الجمهور، أعد من قبل، حيث يطلب المقترض الذي انفرد بوضع شروطه قبولا غير مشروط بحيث لا يكون للطرف الموجب له المقترض إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها، فليس له أن يناقش هذه الشروط أو يضيف إليها أو ينقص منها.

وقد نعتبر عقد القرض العقاري بأنه العقد الذي توضع شروطه سلفا بمعرفة أحد المتعاقدين (Contrat a preredaction unilatérale)، وهو ما يستنتج من دراسة الأحكام التي نص

عليها مشرعنا في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور أعلاه، [28] ص48

في هذا الضرب من العقود يجب التأكيد على مسائل ثلاث هي خصائصه والأساليب التي قد تتبع لإعادة توازن مراكز طرفيه وإلى طبيعته:

- يتميز عقد العقد العقاري بعمومية الإيجاب، أي لا يكون الإيجاب موجها إلى شخص معين بل إجابا موجها إلى جماعة المقترضين أو الراغبين في طلبات القروض فنتوفر فيهم صفات معينة.

- إن القبول ينحصر في مجرد التسليم بعقد نموذجي ذي نظام مقرر بطبيعة الموجب ولا يقبل مناقشة.

- عدم المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين المتعاقدين، ينشأ بقوة المقرض، احتكارا لهذه الخدمة أو المهنية بها دون المقرض الذي لا يعرف أنظمة العمليات العقارية والمصرفية. أمام المنافسة القائمة حاليا بين البنوك يحق للمقرض أن يتحصل على قروض بشروط أفضل من الشروط المقترحة من قبل أحد المصارف، ولو أنها تخضع جميعا للشروط العامة التي تضعها السلطة النقدية من خلال بنك الجزائر وهيئاته، كمجلس النقد والقرض . نتساءل عن كيفية حماية المقرض.

الجزء المقرر للشروط التعسفية، هو اعتبارها غير مكتوبة ويكون ذلك بأثر رجعي، فتعتبر ملغاة من العقد منذ تكوينه.

هذه الحيلة القانونية ستترك ولا شك فراغا في العقد، وعدم تكامل شروطه، الأمر الذي يمكن المقرض بأن يطالب بإبطال العقد بأكمله، على اعتبار أن الشرط الباطل قد عاب رضاه⁽¹⁾ ولا تبقى بعد ذلك سوى حالات استثنائية يكون فيها الشرط الملغى ضروريا لوجود العقد، وليس بالإمكان الاستغناء عنه، واللجوء إلى تكملة العقد من خلال القواعد الآمرة أو المكملة أو حتى بالعادات والأعراف المصرفية ، فلا مناص من القول إذن أن بطلان الشرط ينسحب على العقد ذاته، [19]ص57

تعديل البنود التعسفية أو إلغائها، هو حل علاجي، لكنه غير كاف لتوفير الحماية للأفراد العاديين ضد هذه الشروط، والتي باتت تمثل معضلة تشريعية خطيرة في بلدان عديدة. لن يتوقف المهنيون عن تضمين عقودهم شروطا تعسفية، اعتمادا على أن الطرف الثاني لن يثير حولها نزاعا، وإذا حدث فإن المهني لن يتضرر.

أصبح البحث عن طريقة للوقاية من الشروط التعسفية ومقاومتها أمرا ضروريا، بتدخل جمعيات حماية المستهلكين أو السلطات العامة.

بهدف معالجة اختلال التوازن بين أطراف العلاقة القانونية، والقضاء على المعوقات التي كانت تعترض سبيل اللجوء إلى مثل هذا النوع من الائتمان ولحل هذه المعضلة، فإن الوسائل المختلفة المستخدمة والمقترحة لحماية الطرف المدعن في عقود الإذعان وإلغاء الشروط التعسفية، قد تناولها مشرعنا بالتنظيم ، بل انه نص صراحة على مسؤولية المهني وحدد العقوبات المترتبة

على مخالفة الأحكام السابقة في القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

رغم الثغرات الملاحظة على هذا النص خاصة فيما يتعلق بصلاحيات لجنة البنود التعسفية، يجب أن يجتهد مشرعنا لرفع مستوى الحماية، سواء عن طريق تحديد مضمون العقد، أو تشديد الرقابة الإجرائية.

تطبيقا لنص المادة 70 ت.م نذكر أن عقد القرض العقاري يكيف على أنه من عقود الإذعان، حيث يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة سلفا، يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، ومن خصائصها أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ويكون فيها المحتكر لهذه السلع أو لهذه الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة .

يوجه الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير كافية، ولمواجهة هذه المظاهر من العقد التي لا تخدم المقترض العقاري ووفقا للسلطة التي حولها المشرع للقاضي في تعديل العقد فيمكن تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها بما تقضي به العدالة وتعتبر هذه السلطة متعلقة بالنظام العام إذ يبطل كل اتفاق على مخالفتها عملا بأحكام المادة 110 ت م. نصت هذه المادة على انه "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يتراوح الجزاء إذن، وفقا لأحكام التقنين المدني الجزائري، بين تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها كلية وإبطال مفعولها، دون أن يكون لذلك تأثير على العقد نفسه، والذي يظل صحيحا ومنتجا لإثارة بين الأطراف، ما لم يتبين أن العقد لا يمكن أن يستمر دون هذه الشروط، فينسحب تقرير إلغاء هذه الشروط على العقد بالتبعية.

نظم المشرع مسألة التكفل بحماية المقترض والتي تكون أنفع إذا أخذت الصور القانونية

الثلاث التالية:

- منح القاضي سلطة تعديل أو إلغاء كل شرط تعسفي كشرط إعفاء المقرض من المسؤولية أو منح المقرض حق الرجوع في العقد بعد انعقاده أو وقف تنفيذه أو كأن يلقي أعباء على عاتق المقترض كشرط الحرمان (Déchéance) أو تحديد حرите في التعاقد مع الغير أو الخروج على قواعد الاختصاص القضائي.

- منع الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة اعتمادا على الحرية التعاقدية .
 - تفسير ما هو غامض في العقد لمصلحة المقترض، فيفسر العقد بمعرفة القضاة ووفقا لما تقتضيه حسن النية والعلاقات الاقتصادية القائمة.
 يجب أن يكون هذا التفسير تفسيرا موضوعيا لا شخصا ،فلا يجوز أن يعتد القاضي بإرادة من وضع شروط العقد بل بما يقضي به القانون .
 إن إعداد مؤسسات القرض لنماذج العقود التي لا يجوز للعميل أن يناقشها، لا يعد أمرا غير مشروع لمجرد انه لا يسمح بالتفاوض في شروطه.
 عموما إن التسليم بالشروط الواردة في هذا العقد هو المعمول به في مؤسساتنا المقرضة ويشكل صورة القبول في عقد الإذعان وليس في هذا الصورة الخاصة خروجاً عن القواعد العامة للتعبير عن الإرادة، كما يعتقد بعض الفقهاء، [21] ص101

نص تقنين الاستهلاك الفرنسي، في الفقرتين السادسة والثامنة من المادة (1-132.L)، أن الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة وان العقد يظل صحيحا منتجا لأثاره ، ما عدا تلك التي تقرر أنها تعسفية.

لأهمية هذا العقد ولشدة التزامات المترتبة عنه وآثاره على المقترض ، يجب العمل على تحقيق توازن شروطه خاصة و أنه لا يوجد قانونيا ،مبدأ عاما يضمن بصورة مباشرة هذا التوازن، قد يكون ايجابيا لأحدهما وسلبيا للآخر ولأنه ينشأ باتفاق الإرادتين، فإن العقد أو الاتفاق يشكل قانون الطرفين والمفروض أن كل طرف يكون أفضل وأحسن قاض لنفسه من أجل الدفاع عن مصالحه، ومنه المقولة الكلاسيكية الشهيرة "التعاقد هو العدل".

لمكافحة عدم التوازن التعاقدية ،نقترح تبني بعض المواقف التي قد تستند إلى القواعد العامة للتعاقد أو وفقا لضوابط أصولية مستمدة من المرجعية الشرعية المحددة كأساس يرد إليه دور القاضي في التعديل هذه القواعد:

1 - مبدأ حسن النية :

يمكن اللجوء إلى هذا المبدأ لمعالجة اختلال التوازن في العقود بصفة عامة ،وعقد القرض العقاري بصفة خاصة ، فعند إبرام العقد يجب أن يكون الطرفان حَسَنِي النية، بمعنى آخر، يجب أن يلتزما بالأداب العامة.

الملاحظ أن الحكم المنصوص عليه في المادة 107 ت م يؤكد أن حسن النية التعاقدية ترتبط بها واجبات كثيرة منها واجب الأمانة بين المتعاقدين والامتناع عن الغش. من خلال هذا

المبدأ يمكن تقدير، السلوك الأخلاقي للمتعاقدين وإن واجب التعاون، هو تطبيق لذلك وهو موجود

في كثير من العقود ومنها عقد القرض العقاري ، [28] ص 67

إن حسن النية الوارد في التقنين المدني يخص تنفيذ العقود في حين أن المبدأ هو أكثر شمولية، وإن المحاكم يجب أن تستعمل هذا المبدأ بطريق مباشر لإزالة اختلال التوازن الأكثر إثارة للانتباه، دون تردد في تبني ذات الموقف .

مع التذكير، أن فكرة حسن النية، لم تشكل بعد تقنية قانونية مستقلة بذاتها، بعيدة عن تطبيق القواعد العامة .

2- فكرة السبب :

عرفت القوانين الوضعية، فكرة السبب كركن من أركان العقد، لا يتم بدونه و منها التقنين المدني .

السبب هو الغرض الذي استهدفه العاقد من وراء التزامه وهذا الغرض قد يكون مباشرا و هو ما يطلق عليه السبب ألقصدي وهو لا يختلف في النوع الواحد من العقود لأنه موضوعي لا يتغير ولا يؤثر فيه نوايا الملتزم.

في العقود الملزمة للجانبين، سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر إذ يمكن عن طريقة إبطال عقود لعدم مشروعية السبب، وعلى وجه العموم فإن التقنين المدني اعتنق فكرة السبب و نص في المادة 97 ت م على انه: "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام كان العقد باطلا" أن المشرع بهذا النص تبني فكرة السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد.

يقصد بالسبب بمعناه الحديث، الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة لا فرق في ذلك بين التبرعات و المعاوضات .

لم يشترط في السبب على هذا النحو سوى أن يكون مشروعاً و معلوماً من المتعاقد الآخر فإذا كان الباعث الدافع إلى التعاقد غير مشروع، و لم يكن المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث و ليس في استطاعته أن يعلم به، لم يعتد بالباعث و يكون العقد صحيحاً و أن شرط دخول الباعث في نطاق التعاقد أي علم الطرف الآخر به يتفق و استقرار المعاملات حتى لا يفاجأ بطلب بطلان عقد اطمئن إلى صحته و سلامته.

و يفهم من النص السابق أنه إذا انعدم السبب انعدم العقد، وهذه ألفكرة تعد أداة قضائية لإبعاد أو الحد من مسؤولية أحد الطرفين، لكن يجب عدم المبالغة في الإعتماد على هذه ألفكرة التي قد تؤدي إلى إلغاء بعض الشروط ، لكنها لا تؤدي إلى إلغاء كل الاختلال في التعاقد .
 للتذكير فإن المشرع الجزائري قد تناول ركن السبب في المادتين 97 و 98 من التقنين المدني، تحت عنوان : المحل، غير أن المحل والسبب ركنان مستقلان عن بعضهما البعض ، ويتم التمييز بينهما عادة بطريقة بسيطة وذلك بالإجابة على السؤالين التاليين:

- بماذا التزم المدين ؟ وهذا هو المحل ، [21] ص 187

- لماذا التزم المدين ؟ وهذا هو السبب.

إذا فرق الفقهاء بين سبب الالتزام وسبب العقد أي بين السبب القسدي أو الغرض المباشر والباعث للتعاقد وان السبب في عقد القرض العقاري هو الدافع الرئيسي والغاية من الاقتراض، ذلك أن المقترض يتعاقد من أجل الحصول على المال ويتعاقد المقرض من أجل الحصول على الفوائد.

بمعنى آخر فإن سبب التزام المتعاقد في عقد القرض العقاري كعقد تبادلي هو محل التزام المتعاقد معه ونشير أن المشرع يسعى لتوفير الحماية القانونية لكل الصفقات مدنية كانت أو تجارية بدلا من التوازن التعاقدية، إذا لا يمكن للشخص أن يتعاقد إذا كان العقد محل إعادة النظر من قبل الطرف الثاني.

إن هذه الفكرة قد تؤدي إلى جعل المتعاقدين الضعفاء تحت وطأة الأقوياء، ولعدم وجود مبدأ عام نلاحظ أن كثيرا من التشريعات تتضمن أحكاما خاصة بهدف واحد هو مواجهة هذا الخلل في التوازن التعاقدية.

لمواجهة عدم التوازن الذي يبرز في عقد القرض العقاري ، كعقد إذعان مبرم بين المهني والمستهلك يمكن تبني مبادئ أخرى ولو أنها تخضع للقواعد العامة ، كالتعسف في استعمال الحق، فإذا حق لكل شخص مهني أن يتوجه للجمهور ، لاقتراح إبرام عقود على أساس شروط محددة مسبقا كما هو الوضع في عقود القروض العقارية محررة مسبقا ، يعد متعسفا عند اقتراحه عقود شديدة اختلال التوازن معتمدا على جهل أو قلة خبرة المتعاقدين.

للقاضي دورا في تعديل العقد بإلغاء الشرط الباطل ، و هو يمارس هذا الدور إنما يلجأ للحد من بطلانه الكلي، فهو نوع من تجزئة العقد المعروف في القوانين أو إنقاص العقد مما شابه من شروط باطلة أو فاسدة ، لكن يلاحظ أن فكرة تجزئة العقد في القوانين الوضعية تعول بحسب الأصل على إرادة المتعاقدين أو نية الطرفين في استبعاد الشرط الباطل فينعد العقد على الرغم من إزالة الشق الباطل، [29] ص424

لقد أبطل الرسول صلى الله عليه وسلم شرط تملك الدائن المرتهن للشيء المرهون عند عجز المدين الراهن عن الوفاء ، مع الإبقاء على عقد الرهن صحيحا، يقول صلوات الله عليه و سلامه "لا يغلّق الراهن من صاحبه الذي رهنه، له غنيمه، و عليه غرمه" رواه الدار قطني و الحاكم و معنى يغلّق لا يستحقه المرتهن إذا عجز صاحبه عن فكه و الحديث ورد لإبطال الشرط الذي كان في الجاهلية من غلق الرهن عند المرتهن، و بيان أن زيادته للمرتهن و نفقته عليه. المنطق يقضي بإبطال الشرط الباطل وحده دون العقد ذاته لاستقرار المعاملات، ذلك أن المتعاقدين لو علما أن شروطها الباطلة مالها الإلغاء و الإبطال مع الإبقاء على أصل العقد فلن يضمنوا عقودها باطلة تخالف حكم الشرع، فلا معنى لوضع شروط تؤدي إلى الخصومة و يكون مصيرها الإبطال و عدم الاعتداد بها.

إذا كان الشرط الباطل يخل بمقصود العقد فهو يبطل العقد ذاته وهو ما عبر عنه القانون المدني بالشرط الدافع إلى التعاقد. ومؤدى ما تقدم أن القانون المدني يجعل الأصل في الشروط الإباحة ولا يحظر منها إلا ما خالف النظام و الآداب. (1)

لو طرأت لدى تنفيذ الالتزام ،ظروف استثنائية تجعل تنفيذه مرهقا والقاضي عندما ينهض بدوره هذا في تعديل العقد ،فإنه لا يمارس هذا الدور بطريقة تحكيمية لا ضابط لها و إنما يقوم بهذا الدور وفقا لضوابط محددة تكون هي الأساس الذي يرد إليه دور القاضي في التعديل .

(1) **النظام العام:** هو مجموع المصالح الأساسية التي ينهض بها كيان المجتمع سواء كانت اقتصادية أو أساسية أو اجتماعية وهذه المصالح تعلو على المصالح الفردية و تقدم عليها عند التعارض فلا نحفل بأي اتفاق يتعارض مع هذه المصالح العامة حتى ولو كان يحقق مصلحة فردية إذ أن رعاية الجماعة أولى من رعاية الفرد و لذلك تتسع فكرة النظام العام هذه و تضيق حسب الأفكار السائدة في المجتمع و تطورها.

الآداب: مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة و عصر معين بحيث لا يجوز للأفراد تجاوزها و هي بدورها فكرة مرنة تختلف من بيئة لأخرى و من عصر إلى عصر حسب التطور الاجتماعي و المفاهيم السائدة).

لقد اشتملت كتب الفقه الإسلامي على العديد من هذه القواعد الأصولية المستمدة من المرجعية الشرعية والتي تدرج تحتها صور الحلول الجزئية والتطبيقات القضائية لدور القاضي في تعديل العقد، وقد اضطلع بمهمة رصد هذه القواعد الأصولية نفر من الفقهاء الأقدمين الذين تطالعنا مؤلفاتهم بهذه القواعد الأصولية في غير موضع و لعل من أبرز هذه القواعد (1) ، قاعدة الضرر يزال و ما يتفرع عنها و قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة و ما يندرج تحتها و قاعدة الأعمال بمقاصدها و قاعدة المشقة تجلب التيسير وغيرها.

سنعرض للقواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية و ما يندرج تحت كل قاعدة منها من

تطبيقات على النحو التالي:

*قاعدة الضرر يزال

قاعدة الضرر يزال أصلها قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" (2) هذه القاعدة هي حكم عام ينطبق على كافة المسائل الشرعية، حيث منع الشارع الحكيم الإضرار بالغير في أي صورة من الصور ومنها الإضرار بمصلحة المقترض الطرف

الضعيف في العقد، [29] ص 500

قد يزال الضرر مع استمرار العقد، إن الزمن يعتبر عنصرا في هذا العقد تتحدد قيمة الاستحقاق الدوري بمقياس الزمن الذي يتفق عليه المتعاقدان في العقد، الذي ينتهي العقد بانقضائه إلا أن العقد قد يستمر العمل به دفعا للضرر و لما كان ضرر المقترض هو الأشد فإنه يدفع بالضرر الأقل جسامة مع تعويضه عن المدة التي امتد إليها العقد تحقيقا للتوازن في العلاقة التعاقدية و ينفذ حكم القاضي بامتداد العقد.

(1) القواعد جمع قاعدة و هي تطلق في لغة العرب على الأساس فقواعد البيت هي أساسه وفي القرآن الكريم "و إذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت و إسماعيل ربنا تقبل منا انك أنت السميع العليم"- البقرة الآية 127 أما في الاصطلاح الفقهي فإنها تنصرف إلى ضابط الأشياء. والضابط هو الحكم الكلي المنطبق على جميع جزئياته أي يندرج تحت هذا الضابط العديد من الأحكام المتشابهة و لا ينال من ذلك ورود بعض الاستثناءات عليها فذلك لا يؤثر في شموله القاعدة و عموميتها.

(2) الضرر ضد النفع يقال ضره يضره ضرا و ضارا و اضر به إضرار، و معناه لا يضر الرجل أخاه، فينقصه شيئا من حقه أو الضرر فعال من الضر أي لا يجازيه بإدخال الضر عليه فالضر ابتداء الفعل و الضرر الجزاء عليه و قيل الضر ما تضر بصاحبك و تنتفع أنت به و الضرر أن تضره من غير أن تنتفع و قيل هما بمعنى واحد والتكرار للتأكيد، و قيل لا ضرر خير بمعنى النهي أي لا يضر إنسان أخاه فينقصه شيئا من حقه و لا ضرار أي لا يجازي من ضره بإدخال الضر عليه بل يعفو .

و أصل هذه القاعدة قوله تعالى "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" سورة البقرة ، الآية 185، وقوله تعالى "و ما جعل عليكم في الدين من حرج" سورة الحج ، الآية 78 و قول الرسول صلى الله عليه و سلم "بعثت بالحنفية السمحة" أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله و من حديث أبي إمامة و روى الشيخان و غيرهما من حديث أبي هريرة و غيره "إنما بعثتم ميسرين و لم تبعثوا معسرين" وحديث "يسروا و لا تعسروا" و الواقع أن هذه القاعدة الأصولية تنظم كافة الأحكام التكليفية سواء في نطاق العبادات أو المعاملات إذ لا تكليف بمستحيل .

إذا انطوى التكليف على مشقة، في الأداء لظروف معينة كان التيسير قائما ويتخرج على هذه القاعدة، جميع رخص الشارع و تخفيفاته و في نطاق المعاملات تجد القاعدة تطبيقاتها في مشروعية الخيار.

مما لا خلاف فيه أن الوفاء بالدين يعتبر من الأحكام التكليفية، وحكمه هو الوجوب لأن الشارع طلب فعله على وجه ألحتم والإلزام و قد دلت الآيات القرآنية على ذلك وقد اعتبره الفقهاء فرض عين على كل مكلف .

إن هذا الحكم الشرعي الموجب للوفاء بالدين تدخله قاعدة المشقة تجلب التيسير و من هنا خص الشارع على نظرة الميسرة للمدين المعسر بقوله تعالى "و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" بل أن الشارع في مقام التخفيف عن المكلف أجاز التصالح على الدين و الإبراء منه.

سبق القول أن الكتاب الكريم أوجب الوفاء بالدين و دلت السنة النبوية على شدة أمر الدين و وجوب الوفاء به حتى أنه يظل عالقا بذمة المدين حتى بعد موته ما لم يبرئه منه الدائن أو يكلفه الغير و لما كان العسر هو ضرب من الشدة على المدين لذلك شرعت نظرة الميسرة تخفيفا على المدين و دفعا للمشقة و ذلك بإعطائه مهلة يستعيد فيها توازنه المالي و يتكسب خلالها و لا يجبر على التكسب عن طريق عمل يتأذى منه

إن صفوة القول أن القاضي يملك تعديل أجل الالتزام العقدي عن طريق منح المدين المعسر نظرة الميسرة حتى يستعيد توازنه المالي و ينهض بالوفاء بالدين، ذلك أن العسر نوع من المشقة التي تنقل كاهل المدين في الوقت الذي يعتبر الوفاء بالدين من الأحكام التكليفية

التي تفيد الوجوب فيرجئ المدين إلى ميسرة إعمالاً للقاعدة الأصولية أن المشقة تجلب

التيسير، [29] ص 511

4/ فكرة العدالة

إن فريقاً من الفقه قد اتخذ ضابطاً ترد إليه كافة السلطات التي يمارسها القاضي في تعديل العقد بوصف أن العدالة هي أساس سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه، بسبب الأعدار والجوانح وهي أساس لاستبعاد الشروط الفاسدة و تصحيح العقد وهي الأساس في منع الربا و محاربة الغبن و الغرر في كافة صورته وأشكاله .

مع تقديرنا لهذا الاتجاه إلا أننا نرى أن معيار العدالة معيار واسع ورغم اتساعه فإنه لا يستوعب كل صورة تعديل العقد، بل أن من صور التعديل ما يتناقض أصلاً و فكرة العدالة . العدل هو استواء كفتى الميزان، و لذلك يقترن ذكره بها فيقال ميزان العدل و ميزان العدالة ولذلك جرى استعمال لفظ العدالة للتعبير عن المساواة حتى و لو كانت هذه المساواة الظلم.

إذا أمعنا النظر إلى بعض التطبيقات القضائية في تعديل العقد نجد أنها لا تستقيم مع فكرة العدالة المطلقة و إنما تنطلق من أسس أخرى، أكثر انطباقاً و أوسع شمولاً و بالتالي يزال الضرر الأكبر بالضرر الأصغر و هي إحدى تفرعات قاعدة الضرر يزال أو لا ضرر و لا ضرار.

لو ضربنا مثلاً آخر بدور القاضي في تعديل عقود الإذعان وتخفيف الشرط الجائر أو إلغائه كلية نجد أنها ترجع لقاعدة الأصل في الإنسان براءة الذمة المتفرعة على قاعدة استصحاب البراءة الأصلية أو الأصل في الأشياء الإباحة، رغم أن العدالة كانت تقتضي أعمالها اتفق عليه العاقدان حيث بذل كلاهما العوض طائعا مختاراً من حيث الظاهر على الأقل.

إن العدالة تقتضي عدم منح المدين نظرة الميسرة نظراً لما يصيب الدائن من ضرر في تأخير الدين عن وفاء الدين حلول أجل الوفاء، إذا ربما عول على الدين في سداد ديون عليه حل أجلها أو إبرام صفقة بأن فكرة العدالة تظل رغم ذلك تبسط جناحها على كل هذه التطبيقات و تشع بنورها على مختلف التطبيقات القضائية في إطار تعديل العقد على نحو غير مباشر.

عموما، يخضع هذا العقد للقواعد العامة الواردة في الفصل الرابع من الباب السابع من التقنين المدني الخاص بالعقود المتعلقة بالملكية أي من المواد 450 إلى غاية المادة 458 ت.م أيضا وبالضرورة يخضع لأحكام الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض.

إن الدور الذي يمكن أن تضطلع به منظومة منح القروض العقارية بهيكلتها الحالية في الجزائر لتحقيق أهداف المجتمع الرامية إلى القضاء على مشكلة الإسكان، وتكريس حق المواطنين في السكن، يعتمد على مدى الحماية التي توفرها النصوص التشريعية للمقترض لاسيما وان الطرف الآخر يتخذ دائما شكل مؤسسة مالية، تتمتع بتفوق اقتصادي، وتنظيم إداري وفني يفوق بكثير الخبرات الموجودة لدى المستهلك، وهو الأمر الذي دعمه مشرعنا من خلال تنظيمه لهذا العقد كعقد استهلاك و إذعان بعدة نصوص قانونية ذات طابع وقائي ردعي وتفسير ما هو غامض في العقد لمصلحة المقترض وإزالة عدم التوازن، وفقا لما تقتضيه عدة مبادئ قانونية كفكرة حسن النية والسبب والتعسف في استعمال الحق، وحسن تنظيم وتنفيذ العلاقات الاقتصادية القائمة.

2.2 القواعد المنظمة لمراحل إبرام عقد القرض العقاري

يخضع عقد القرض العقاري في تكوينه وصحته للقواعد العامة وكذلك لتقنيات وأساليب فنية تحكمها العادات والأعراف المصرفية، وهو من العقود التي تبرم على مراحل لكل منها دورا مكملًا لضمان إبرام عقد صحيح لا يثير إشكالا عند التنفيذ.

تتعدد أنواع القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد وتختلف صورها فهي قواعد موضوعية وقواعد إجرائية أو الشكلية، وهناك القواعد المتعلقة بالجهة الإدارية المشرفة على أنشطة منح الائتمان الخاصة بالهيئات التي تزاول نشاط منح القروض العقارية كالبنوك والمؤسسات المالية، بالإضافة إلى القواعد التي تحدد وتنظم فئة المستفيدين من هذه القواعد كمشتري العقار أو من حصل على القرض في غير حالة الشراء.

لكن ما هو الهدف من ضرورة تنظيم قواعد القرض العقاري، هل هو فقط لتحقيق الموازنة ما بين مصالح طرفي العقد، حيث يكون بوسع المقترض الحصول على القرض اللازم لتمويل العملية القانونية، و في المقابل يكون الممول واثق من الحصول على مبلغ القرض، من خلال الضمانات التي يحصل عليها، في شكل تقرير حق امتياز أو رهن رسمي على العقار موضوع العقد.؟

هل يفضي قولنا بان عقد القرض العقاري يعتبر عقدا من عقود الاستهلاك ومن عقود الإذعان، إلى حق المقترض في التمسك بكل القواعد القانونية التي نص عليها المشرع وانتهى إليها القضاء بخصوص هذه العقود و أفراد المقترض برعاية خاصة متميزة، في مرحلة ما قبل إبرام العقد أو أثناء إبرامه و سريانه؟

من خلال تتبع هذه المراحل سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات للوقوف عند أهم المحطات انطلقا من لحظة الدعوة إلى التعاقد، والتزام المقرض بعلائية اتفاق التمويل العقاري ودور عملية الإشهار إلى حين صدور قرار منح القرض و هي محاور مرحلة ما قبل التعاقد والتي سنتناول أحكامها وقواعد تجسيدها في المطلب الأول .

يعقب ذلك إيجابا يصدر عن المقرض، فان الموجب هو الممول والقابل هو المقترض ،ولان عقد القرض العقاري هو اتفاق رضائي ينعقد برضاء أطرافه فقد خصصنا المطلب الثاني لمرحلة التعاقد والجوانب المميزة للإيجاب والقبول فيه وفي المطلب الثالث سنعرض ضمانات حسن سير العقد وهي مرحلة ما بعد التعاقد.

2. 1. مرحلة ما قبل التعاقد

إن الإقراض هو المحور الأساسي لعمل البنك، إذ تعتبر القروض المورد الرئيسي الذي يعتمد عليه في إيراداته فتمثل الجانب الأكبر في الاستخدامات، و هي التي تمكن من دفع الفوائد المستحقة للمودعين ومن تدبير قدر ملائم من الربح مع إمكانية الاحتفاظ بقدر من السيولة لمواجهة احتياجات السحب من العملاء .

فوظيفة البنك في الإقراض هي مد الغير برأس المال على هيئة نقدية أو في شكل ائتمان مصرفي Crédit. و يهدف البنك حين قيامه بعملية منح القرض إلى تحقيق:

1 - الثقة التي تكون للبنك في المقترض والتي تحمله على تقديم المبلغ المطلوب، وتعتبر هذه الثقة الركن الأساسي الذي تقوم عليه الأعمال التجارية والاقتصادية بوجه عام، فهذه العملية ليست إلا دليلاً على المفهوم الشخصي الأخلاقي للقرض ، [30] ص 03

2 - يلعب عامل الزمن دوراً هاماً في عمليات الإقراض ، لأن على المدة التي تعطى للمقترض لتسديد القرض، يتوقف قرار البنك في تقديم القرض أو رفضه أو تخفيض قيمته أو تعديل شروطه. ، [29] ص 233

يعتمد القرض العقاري على قدرة الفرد المستهلك للحصول على هذا القرض وعلى الثقة المرتقبة ومقدرته على الدفع، وهذه المقدرة تتوقف على مداخلة الشهرية وعلى ما يمتلكه .
للاعتبارات السابقة فإن مرحلة ما قبل التعاقد لا تعنى تفاوض بين المقرض والمقترض حول شروط العقد ، لأن عقد القرض العقاري هو من العقود النمطية إلى تحدد مضمونها المؤسسات المقرضة مسبقاً.

عملية الاستثمار عن طريق عقد القرض العقاري ليست من العمليات السهلة، حيث تواجهها عدة عراقيل يخص البعض منها ممرونة السوق العقارية موضوع المضاربة والمزايدة، بالإضافة إلى فقدان التسهيلات في التمويل من طرف البنوك الفاعلة في الساحة .

فما هي أحكام سوق التمويل العقاري في الجزائر؟ هل فعلاً البنوك الجزائرية بأنواعها مستعدة، لتخصيص جزء من رأس مالها لمنح القروض العقارية وتحمل بعض جوانب أعباء هذا القطاع لاسيما وأن هناك قطاعات أخرى مغرية ومربحة أكثر من القروض طويلة الأجل التي تحتاج إلى سيولة أكثر؟، هل واقع بنوكنا من حيث التنظيم والتنوع الحالي يجعلها ذات خبرة في

التعامل مع المواطن أي من الخواص أو من المستهلكين، عندما يتعلق الأمر بالقروض الموجهة لإنشاء مسكن أو بنائه أو ترميمه أو إصلاحه ومنه ما هي الأحكام المنظمة لعملية الدعوة إلى التعاقد أو عمليات الترويج والإشهار لإبرام هذا العقد؟

لا شك أن التعامل مع الخواص، فيما يتعلق بمنحهم القروض العقارية يشكل ثقافة جديدة يجب أن تعرف تنمية في الجزائر مما يؤدي إلى ترقية الخدمات المصرفية في هذا النوع من المعاملات ومن ثم استعداد محيطنا المصرفي، لمواجهة المنافسة الخارجية في مجال الخدمات المالية. من هذا المنطلق سوف نبحث في هذه المرحلة، عن القواعد المنظمة لعملية الإشهار

ومتطلبات قرار منح القرض، [5] ص 113

2. 1. 1. 2. القواعد المنظمة لعملية الإشهار

يعرف الإشهار من الناحية اللغوية بأنه هو ما ينشره التاجر وغيره في الصحف التي توزع على الناس أو على الجدران أو في أماكن أخرى، ويعلن فيه ما يريد إعلانه ترويجا له . ويعرف قاموس Le Robert الفرنسي الإشهار، بأنه النشاط أو الفن الذي يستهدف إحداث تأثير نفسي على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية .

أما قاموس Larousse الفرنسي فيعطي، تعريفا أكثر تحديدا حيث يعرفه بأنه مجموعة من الوسائل المستخدمة بقصد التعريف بمشروع صناعي أو تجاري أو امتداح منتج ما .

ليس هناك تعريفا محدد للإشهار التجاري وقد وضعت عدة تعريفات بهذا الشأن ، لكن معظم هذه التعريفات تركزت حول إعطاء معنى واسع بحيث يشمل كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية، يتضح انه يفترض لقيامه نوع من التكرار والإلحاح وتبسيط الفكرة على المتلقي، لاستخدام كل ما من شأنه الهام الخيال واجتذاب العين في نفس الوقت الذي يتم فيه إظهار محاسن الخدمة، بقصد حث المستهلك، تحقيقا لهدف تنشيط الطلب على الخدمات والوفاء بهذا الهدف يفترض نوعا من السعي الدعوي النشط .

فالإشهار هو رسالة من المعلن إلى الجمهور هدفها تغيير أنماط السلوك الاستهلاكي بحيث يسلك الجمهور السلوك الذي يقصده المعلن، أي الإقبال على المنتجات والخدمات موضوع الإعلان .

بالنسبة إلى المستهلك يساهم في تحقيق معرفة أفضل وأدق وأشمل بأنواع المنتجات والخدمات وظروف السوق ويتيح قدرا من البيانات والمعلومات التي تسمح له بحسن الاختيار بين المنتجات والخدمات المتنافسة.

يلعب دورا رئيسيا في تعريف مجموعات المستهلكين، بخصائص المنتجات والخدمات والتعرف على احتياجاتهم وكيفية إشباعها، وتزويدهم بمهارات جديدة ومفيدة فضلا عن تقديم خدمة ثقافية ، وترفيهية والارتفاع بمستوى جودة الخدمات المقترحة، [31] ص 93

ما علاقة الإشهار بصحة إيجاب المقرض، هل نكتفي بالقواعد العامة المتعلقة بصحة تفعيل الإيجاب وترتيب آثاره القانونية أم يجب ربطه بعوامل خارجية مؤثرة من شأنها التأثير على إرادة القابل في عقد يتميز بخصائص لها صلة بالعقارات كعوامل مؤثرة في سوق العرض والطلب وبحقوق الملكية والضمانات العقارية وبالذرة العقارية ؟

إن مرحلة الإعلان والإشهار لإبرام عقد القرض العقاري كأسلوب إعلامي أضحى ضروريا للترويج لهذا "المنتوج" سواء من قبل مؤسسات القرض أمام المنافسة الحادة التي تشهدها الساحة التجارية أو بالنسبة للمقترض حتى يكون رأيا حول نتائج الخدمة المقترحة .
إن قواعد الإشهار الخاصة بالقرض العقاري تخضع للأحكام الخاصة بالإشهار للقروض الاستهلاكية عموما إلا أنها، نظرا لطبيعة هذا العقد، تتميز ببعض الخصوصيات لذا يبدو ضروريا أمر توضيحها تقاديا لكل إشكالات قانونية.

تهدف القواعد العامة للإشهار كما أوردتها وثيقة غرفة التجارة الدولية الصادرة في 20/1937 إلى رفع المستوى الأخلاقي للإعلان، لذا يجب أن يكون مشروعاً وصادقاً و منقفاً مع القانون و ما توجبه المسؤولية الاجتماعية والحث الجماعي، ومبادئ المنافسة المشروعة على النحو الواجب في التجارة .

لا يصح أن يكون من شأن رسالة الإشهار، الإخلال بالثقة التي يوليها الجمهور للإعلان أو استغلال نقص الخبرة أو المعلومات لدى جمهور المستهلكين و الابتعاد عن الكذب ولو بطريق الترك أو الغموض أو المبالغة وكل ما من شأنه، بشكل مباشر أو غير مباشر تضليل المستهلكين خاصة ما يتصل بشروط الضمان ومداه .

لقد أوردت وثيقة غرفة التجارة الدولية المشار إليها قواعد خاصة ببعض أنواع السلوك الإعلاني كالقروض والاستثمارات .

كأن لا يتضمن الإعلان بشأن القروض والاستثمارات وتوظيف الأموال عموماً أي تضليل فيما يتعلق بالقروض أو الصكوك المعروضة أو سعر الفائدة أو شروط الاستهلاك .
 لصحة عملية القرض العقاري، لابد من ضرورة تحديد آجال الوفاء بالقرض والكلفة الإجمالية له وإذا تضمن الإشهار أرقاماً حسابية ينبغي تحديد النسبة الحقيقية الإجمالية المطبقة على هذا القرض.

إن هذا الإجراء لابد ، أن يمكن وتحت طائلة بطلان العملية من إعلام المقترض المترشح بجملة من الحقوق نذكر منها:

- *- عدم التوقيع على الإيجاب المقدم قبل انقضاء مهلة التفكير الممنوحة له .
- *- المطالبة بفسخ عقد البيع الأصلي إذا ما رفض القرض والعكس صحيح.
- *- إمكانية استرداد كل المبالغ المدفوعة في حالة رفض طلب القرض .
- *- إلزام القوائم بالإشهار في مثل هذه القروض وخاصة إذا قدم معلومات رقمية أو حسابية أن تكون واضحة ومقروءة .

*- عدم الإشارة إلى المساعدات التي قد يتلقاها المترشح للقرض من قبل مصالح الخدمات الاجتماعية لرب عمله أو التي تقدمها الدولة في إطار عمليات مساعدة المواطنين على الحصول على سكن، لأن هذه الالتزامات لا تتعلق بعقد القرض المبرم بين المدين ومؤسسة القرض.

*- إن المبلغ المحدد للقسط الواجب الوفاء به دورياً ليس بياناً إلزامياً، فيمكن الاستغناء

عنه في الإشهار، [32] ص 711

جملة هذه القواعد نقترح، تنظيمها في متن قانون الاستهلاك أو قانون الإقراض العقاري، وتأكيداً لهيئات الإدارة والإشراف على مستوى بنك الجزائر وإلزام بها البنوك التجارية الخاصة والعامّة وكذا البنوك المتخصصة وذلك لمنع عمليات إشهار وترويج لا تخدم الطابع الحمائي للقواعد المنظمة لهذا العقد ومواجهة خاصة الإعلان الكاذب .

يجب التسليم أنه يصعب أن يكون الإعلان صادقاً، بالمعنى المفهوم للغة للصدق لأنه حتى لو كانت الأوصاف التي يطلقها الإعلان على المنتج أو الخدمة صادقة في ذاتها، فهي لا تقدم إلا جانباً من جوانب هذا المنتج وهو الجانب الأفضل منه حتماً ولذا يستحيل عملياً أن يقدم المعلن على ذكر عيوب موضوعات الإعلان.

إن الحقيقة الموضوعية الكاملة غير موجودة ولذا فإن التشريعات المختلفة لا تطلب من المعلن سوى أن لا تكون إعلاناته كاذبة أو مضللة دون أن تطلب منه أن يقول الحقيقة كاملة ويكفي أن يكون الإعلان صادقا فيما يتعلق بالعناصر التي يتناولها وألا يضل المستهلك .

فالإعلان يجب أن يكون صادقا في حدود الممكن انتظاره إنسانيا ، من المعلن ما دام لا

يلحق الضرر بالمستهلك، فليست هناك حقيقة مطلقة في الإشهار، [31] ص 94

الإشهار المضلل هو الذي يكون من شأنه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك فقد لا يذكر بيانات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات تؤدي إلى خداع الجمهور .

إن التضليل لا يقوم إلا متى كان من شأن هذا الإعلان تضليل المستهلك العادي فيتضمن مثلا بيانات صحيحة في ذاتها ولكنه يعطي انطباعا إجماليا زائفا أو مخادعا .

قد يكون مضللا بطريق الترك بأن يغفل - عمدا أو سهوا - الإشارة إلى بعض البيانات الجوهرية في العقد الذي يراد حث الجمهور على إبرامه بشكل، تتضخم معه مزايا التعاقد بالنسبة للزبون أو للعميل أو تتجاهل بعض التزاماته أو يجعله ينتظر ما لن يقدمه المعلن بالفعل والتضليل بطريق الترك هو كذب ولكنه كذب سلبي على خلاف الكذب الإيجابي، الذي يتمثل في ذكر معلومات أو بيانات أو أوصاف أو خصائص أو وقائع غير صحيحة والأثر واحد في الحالتين إن مجرد ذكر وقائع صادقة عن المنتجات والخدمات لم يعد كافيا ، ولذا أصبح استعمال أساليب التضليل والمبالغة سلوكا شائعا من جانب التجار عند امتداح منتجاتهم وخدماتهم بقصد اجتذاب انتباه الجمهور .

أثبت التجربة أن الإعلان شأنه في ذلك شأن أمور كثيرة في حياتنا ، يمكن استخدامه استخداما حسنا فيحقق فوائد كبيرة ويؤدي وظائف جوهرية وقد يستخدم استخداما سيئا فيكون أداة خداع المستهلكين حول المنتجات والخدمات .

فالإشهار الكاذب أو المضلل فضلا عن جانبه الأخلاقي له جانب اقتصادي هام لان المستهلك صار في المجتمع المعاصر شريكا اقتصاديا وليس مجرد متعاقد.

يمثل الإعلان الكاذب أو المضلل إفسادا لاختيار المستهلكين وتأثيرا سلبيا عليهم وهو ما يلحق بهم ضررا محققا فلا يقتصر أثره على الإضرار بالمستهلكين بل يضر أيضا بالحياة الاقتصادية ويهدد فكرة المنافسة في أساسها ويزيف شروطها ويضر بنزاهتها.

إن عدم احترام القواعد الإلزامية السابقة الذكر المتعلقة بالإعلان عند انطلاق عمليات منح القروض العقارية تفرض على مشرعنا، صياغتها في نصوص أمرة تحت طائلة توقيع عقوبات خاصة قد تتمثل في غرامات مالية بالإضافة إلى عقوبات تكميلية في حالة الإشهار الكاذب.

ينكفل بمعاينة هذه المخالفات، أعوان مصالح المنافسة وقمع الغش، أو مصالح اللجنة المصرفية كما يمكن للقاضي أن يأمر بوقف عملية الإشهار⁽¹⁾ محل النزاع وكذا بنشر حكم الإدانة والإشهار المصحح أو المعدل على نفقة المحكوم عليه.

لابد من مواجهة الإعلانات الكاذبة والمضللة على المستوى الأول، بفرض عقوبات قانونية مدنية وجنائية وفي المستوى الثاني بإجراء نوع من الرقابة والانتداب الذاتي من جانب أصحاب المهن .

كما يمكن حماية المستهلك من الإعلان الكاذب أو المضلل، استنادا إلى القواعد العامة التي تجبر طلب إبطال العقد، للخداع إذا توافرت شروطه:

*- استعمال طرق احتيالية تحمل على التعاقد .

*- وجود نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .

*- أن يكون الخداع دافعا للتعاقد .

إن كتمان المعلومات يمكن اعتباره خداعا إذا توافرت فيه الشروط التالية:

*- أن يتعلق الكتمان بأمر ، خطير بحيث يؤثر في إرادة المستهلك الذي يجهله تأثيرا

جوهريا.

*- أن يعتمد الكتمان

*- أن لا يعرف المستهلك هذا الكتمان .

إذا كانت التشريعات المختلفة في كثير من الدول تتخذ موقفا تجاه الإعلانات الكاذبة أو المضللة فإنها مع ذلك تتسامح مع الإعلانات التي تتضمن قدرا من المبالغة . فالقانون يعرف منذ أقدم العصور ما يعرف بالغش المباح أي تقبل المبالغة إذا اتخذت صورة واضحة ولم تتضمن بيانات محددة ، تهدف إلى تضليل المستهلك المتوسط الذي هو عادة شخص متبصر

(1)" Constitue une publicité tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de ce faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service proposé , peu importe le support publicitaire ; c'est-à-dire le vecteur par lequel l'annonceur fait parvenir son message à des clients potentiels .

أخيراً لا تصح عملية الإشهار التي يكون موضوعها القرض العقاري إلا إذا حددت هوية المقرض بالكامل وطبيعة وموضوع العقد.

كما لا يعتد بالإشهار الصادر في الإقليم غير الوطني، ومن ثم لا أثر لإلمعية الإشهار التي تتم على التراب الوطني.

2. 1. 2. الإجراءات العملية لمنح القرض العقاري

يقوم عقد القرض العقاري في جانب منه على الاعتبار الشخصي، ذلك أن المصرف قد لا يكفيه التأمين العيني أو الشخصي بل عليه أن يراعي في قراره بمنح هذا القرض اعتبارات متعلقة بشخص المقرض كسنه ومدخله الشهرية واستقرار وظيفته وهي، عوامل تشكل جزئياً سبباً يجعل المقرض جديراً بالحصول على القرض.

بحكم الطبيعة الخاصة لعقد القرض العقاري ولأن الأزمات المفاجئة وغير المنتظرة التي قد تصيب فرعاً من فروع الفعاليات الاقتصادية بوجه عام، أمر يصعب معرفته والتنبؤ له بصورة مسبقة، فإن التحريات التي يقوم بها البنك قبل القرار بمنح القرض العقاري ولتفادي تعرضه للخطر تنحصر أساساً في النطاق الفردي، فيتولى المصرف بدراسة خاصة لملف طلب القرض.

طلب القرض هو طلب مكتوب، يقدمه المقرض يطلب فيه الحصول على مبلغ مالي معين لتمويل الشراء أو بناء أو تحسين عقار.

يعتبر هذا الطلب خطوة في سبيل إبرام هذا العقد وهو من قبيل الأعمال التمهيديّة، التي تسبق إبرام العقد والغرض من هذا الطلب هو وقوف كل الأطراف على حقيقة العملية القانونية التي سوف يقدمون عليها فيكونون على بينة من أمرهم.

يقف المقرض على الشروط الأساسية لهذا العقد في حين يقف المقرض على حقيقة المركز القانوني لطالب القرض، الاجتماعية و الوظيفية و حقيقة العقار الذي يريد إجراء، التمويل من أجله.

إذا اعتبر طلب القرض من قبيل أعمال التفاوض، فلا يترتب أية مسؤولية عقدية على عاتق طرفيه وأن كان من الممكن أن يترتب المسؤولية التقصيرية لأحدهما إذا شكّل خطأ سبب ضرراً لأحد الأطراف.

لتسهيل هذه العملية أوجب مشرعنا إنشاء مركزية خاصة، هي المؤسسة المركزية للأخطار الخاصة بالقروض الاستهلاكية بصورة عامة، بما فيها القرض العقاري.

يكيف قانونا المقترض في هذا العقد ، على أنه مستهلك فيتم جمع المعلومات المتعلقة بهذه القروض وتلتزم المصارف ضمن المهل المعقولة بتقديم، عدد من البيانات الخاصة بهذه القروض الممنوحة مقابل ضمان عيني من الدرجة الأولى .

يمنع منح القروض للحالات التي ترتفع فيها المخاطر بالإضافة و عدم تقديم قروض عقارية للفئات ذات الدخل الضعيف، حتى يؤمن استيفاء مبلغ القرض في حالة عجز المستفيد عن الوفاء ، هو الضمان الذي يؤمن الحد الأقصى للقرض، [34]ص16.

إن العناصر السابقة الذكر، هي التي يتمحور حولها الملف وتتعلق إجمالاً بالتقييم الكلي لمشروع البناء أو الشراء أو التوسيع ، و مدا خيل المقترض و آجال القرض ، فطلب القرض يجب أن يتضمن جملة من البيانات نلخصها على النحو التالي :

*- تعيين شخص المقترض .

*- توضيح مركزه المالي (الممتلكات و الحسابات البنكية) .

*- طبيعة و محل العملية القانونية موضوع التمويل .

*- إقرار من المقترض باطلاعه على الشروط الأساسية لهذا العقد .

فالمقترض أو الطرف الثاني في هذا العقد هو كل شخص طبيعي ذو دخل ثابت ووظيفة مستقرة يتمتع بصحة جيدة ولم يبلغ سنا معينة.

إن إخراج الأشخاص الاعتبارية من تطبيق أحكام هذا العقد مرده أن أحكامه قد وضعت لحماية الخواص Les particuliers⁽¹⁾ فيخرج من نطاق تطبيق أحكام هذا العقد، كل شخص مهني تقدم بطلب لشراء أو ترميم أو تحسين عقارات ذات طابع مهني . فالحماية المقررة تخص الشخص الطبيعي وليس بصفته مسيرا لمؤسسة أو شركة .

في إبعاد هذه الفئة القانونية ، ضمانا للاستقرار في القضايا العقارية ومنع التصرفات الاحتياالية غير المشروعة فلا يمنح هذا القرض الا للشخص الطبيعي الذي هو بحاجة إلى مسكن أو

(1)Le crédit immobilier destiné aux ménages est évalué sur la base de critères destinés à maitriser les risques encourus pour la banque à ce titre :

1 -le coût du projet immobilier permet de définir le niveau maximum qu'il pourrait consentir.

Le niveau varie selon les conditions de banque entre 50% du coût du projet pour les crédits à l'aménagement 80% du coût du projet pour les crédits à l'acquisition.

2 -Le revenu: ce dernier constituant l'élément essentiel de l'évaluation du crédit, le remboursement ne doit en aucun cas dépasser 40% du revenu mensuel du crédit.

3- La durée du crédit :les crédits immobiliers sont accordés pour une durée variant selon les conditions de chaque banque de 5 à 20 ans .

أراد تحسين مسكنه أو ترميمه كما يجب إخراج نشاط المتعاملين في الترقية العقارية promoteurs immobiliers الذين يتمتعون بصفة التاجر طبقا لأحكام المرسوم التشريعي 93/03 الصادر في أول مارس 1993 ، باستثناء الذين يقومون بعمليات الترقية العقارية لتلبية حاجتهم الخاصة، والذين يتصرفون في إطار مؤسساتهم أو تأدية نشاطاتهم المهنية .

يوجب كل شك حول صفة المقترض، الإثبات بأن الاقتناء للعقارات قد تم لأغراض مهنية وليست سكنية شخصية وهذا النوع من الأدلة يستخلص عادة من طبيعة العقد، المرتبط بالعملية العقارية المزمع انجازها .

لكن ما هي متطلبات تحضير ملف القرض العقاري ومن يصدر قرار منح القرض

العقاري ؟

أولا: متطلبات تحضير ملف طلب القرض العقاري

يفترض مسبقا أن يتوفر في المكلف بتحضير دراسة طلبات القروض العقارية الشروط

التالية:

1- درجة عالية من النزاهة وشخصية لائقة، لأن المقترض يعتمد كليا على الأشخاص المكلفين بتحضير الملف وذلك بإعطائهم المعلومات اللازمة وتقديم المبالغ التي يجب دفعها، إضافة إلى الشروط الأخرى للقرض التي يجب أن يطلع عليها . إن قرار إنشاء مسكن أو بنائه أو ترميمه يعد من أهم عمليات الاستثمار التي يقدم عليها الفرد.

2- إلمام واسع بالقوانين والتشريعات المتعلقة ، بالعقار و القدرة على إيصال المعلومات اللازمة، بصورة تدريجية.

3- الخبرة والقدرة على إقناع المقترض .

4- أن يكون هذا الموظف أميناً ، لأنه مكلف بدراسة وتحليل معلومات سرية ولأنه أيضا مكلف بتحديد درجة الخطورة بالنسبة للبنك عند إصدار القرار بمنح القرض.

لابد أن تتجلى في هذا الموظف المهارة في جلب اهتمام المقترض إلى موضوع محل الدراسة وإمكانية إقناع هذا الأخير بتنوع برامج القروض العقارية المطبقة سواء كانت بأسعار ثابتة أو بأسعار فائدة متغيرة وبرنامج تسديد القروض ، كبرنامج التسديد التدريجي وبرنامج ازدواجية الفوائد .

يشكل إلمام الموظف بكل هذه الآليات، وقدرته على إيصالها وشرحها، عنصرا هاما في

نجاح دراسة ملف القرض العقاري.

يطبق برنامج أسعار الفائدة الثابتة في الاقتصاد Taux interet fixe TIF الذي يتسم بنوع من الاستقرار، فتتحدد أسعار الفائدة الثابتة عند إبرام العقد فيتولى المقرض، تسديد مبلغ الفائدة وأقساط القرض الأصلي بمبلغ ثابت دورياً، ولا يمكن أن تتغير قيمة هذه الأقساط طيلة فترة الاستحقاق.

أما برنامج أسعار الفائدة المتغيرة فيخضع لمؤشرات السوق المالية.

توجد برامج تسدد فيها القروض على مرحلتين جزء هام يتم دفعه باستعمال سعر الفائدة الثابتة خلال الفترات المتفق عليها والجزء الآخر يتم دفعه باستعمال سعر فائدة متغير.

تسديد القروض العقارية تدريجياً وهو البرنامج الذي يناسب الأشخاص، الراغبين في تسديد مستحقاتهم، بمعدل أكبر في المستقبل، فيكون معدل التسديد ضعيفاً في السنوات الأولى ثم يبدأ تدريجياً في الارتفاع إلى حين تسديد القرض الكامل، وتحسب الزيادة في التسديد الشهري وفقاً

للزيادة في الدخل الشهري للمقرض في المستقبل. [5] ص 135

لتحسين مؤهلات موظفي البنوك في الجزائر، القائمين على دراسة ملفات طلبات القرض العقاري، وفي إطار مشروع المرافقة التقنية للبنوك في منح وتسيير القروض العقارية وتطوير مجالاتها في الجزائر، تم إبرام اتفاقية ثلاثية بين المديرية العامة للخزينة وشركة إعادة التمويل أرهني والمدرسة العليا للبنوك، في تاريخ 2003/01/19 بقصد:

- 1- تحسين البيئة القانونية، التشريعية والإدارية للقروض العقارية.
- 2- مراقبة استراتيجيات البنوك والمؤسسات الأخرى المهتمة بقضايا القرض العقاري.
- 3- التكوين المهني لتدعيم المؤهلات المهنية لموظفي البنوك في مجال منح القروض

العقارية، [59] ص 2، [34] ص 04

تعد هذه المتطلبات، أساسية للانطلاق في دراسة الملف، التي تنصب على التأكد من توفر معايير وكيفيات منح القرض العقاري، الذي ينبغي أن يخضع للقوانين والأنظمة المعمول بها ولسياسة القرض المطبقة في عمليات التمويل العقاري و التي تقتصر على المعاملات المحققة في السوق البنوية الابتدائية، كسواء مسكن والقيام بعملية البناء الذاتي أو الترميم .

يلتزم المواطن في إطار منحه للقرض العقاري، أن يلتزم بضمان شركة ضمان القرض العقاري، وإعادة التمويل لدى شركة إعادة تمويل الرهون العقارية وهي الهيئات المسيرة للقروض العقارية والتي سندرس صلاحياتها لاحقاً.

تقتضى دراسة الملف الخاص بطلب القرض العقاري، احترام الخطوات الأساسية التالية
1/ جمع معلومات أولية عن المقترض وعن الضمانات المقدمة.

تنصب المعلومات المتعلقة بالمقترض حول شخصية المستفيد، ووظيفته كالرتبة والاختصاص المهني ونوع العقد المبرم مع المؤسسة أو رب العمل ومعلومات حول الدخل الشهري التي تسمح بالوقوف على الدخل الحقيقي، وكذا معلومات حول الموجودات والديون وما له من حسابات جارية أي بنكية كحساب الادخار وحساب العملة الصعبة، وكذا عناوين البنوك التي يتعامل معها بالإضافة إلى التصريح الشرفي المصادق عليه، من قبل مصالح بلدية إقامة المقترض أو الإدلاء بجميع الديون التي لا زالت في ذمته ولم تسدد بعد.

على هذا الأساس فإن القرض العقاري، لا يمنح إلا إذا توفرت الشروط التالية:

- *- أن يكون طالب القرض من جنسية جزائرية.
- *- بلوغ سن الرشد عند تاريخ قرار منح القرض .
- *- سنه أقل من 65 أو 70 سنة بحسب القواعد الداخلية لكل بنك.
- *- تدير إقامة مستقرة بالجزائر .
- *- أن يكون الراتب مستقرا منتظما ومساويا على الأقل لمرتين للراتب الوطني الأدنى المضمون.

*- إبرام عقد بيع أو حجز على مخطط، مسلم من طرف مرقي عقاري
*- أن يكون حائزا على مساهمة شخصية تقدر ب 20% نقدا أو ما يقابلها عينيا من ثمن الملك، موضوع الرهن العقاري.

*- أن يكون حائزا لسند يثبت حق الملكية لقطعة الأرض بالنسبة للبناء الذاتي أو للتوسيع أو سند حق الملكية لاقتناء شقة جديدة.

وبالنسبة لهذا الشرط الأخير، ترجع البنوك إلى القواعد القانونية التي تضمنها خاصة القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري لاسيما الفصل الثاني منه بعنوان النظام القانوني والقيود الخاصة (المواد 27 28 29)، بالملكية العقارية وهي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية، من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها وغرضها ، علما أن الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية يضمنها الدستور وتخضع للأمر 75 - 58 المؤرخ في 25/09/1975 المتضمن التقنين المدني ولقد أكد المشرع بشكل واضح أن الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية تثبت بعقد رسمي يخضع لقواعد الشهر العقاري.

يلعب في هذه المرحلة، نظام الشهر العقاري دورا أساسيا في عملية تشجيع القروض العقارية، فهو ليس مجرد حماية للملكية العقارية فحسب، بل انه متعدد الأغراض حيث :

- يوفر بيانات ومعلومات عقارية شاملة تساعد على تقدير الآثار البيئية لأية تنمية مقترحة.

- يمكن من تحديد مواقع لمشروعات التنمية الجديدة.
 - تحليل البيانات الديموغرافية وتوقع النمو السكاني.
 - التخطيط للمرافق العامة .
 - تحسين عملية التخطيط الطبيعي بإعطاء معلومات جديدة وسريعة.
 - تسهيل إصدار رخص البناء ومتابعتها.
 - منع المضاربة العقارية والمساعدة على معرفة قيمة العقارات الحقيقية.
 - تنفيذ أنظمة البناء، وعموما يشكل لبنة رئيسية في منظومة تشريعات الملكية الوطيدة
- العلاقة بالقروض العقارية.

*- يمكن للزوج والفروع⁽¹⁾ والأصول أن يكونوا مقترضين مشتركين.

*-حائزا على رخصة بناء سارية المفعول لم يتجاوز أجلها 03 سنوات، عملا بأحكام الأمر 01-85 المحدد لقواعد شغل الأرض قصد المحافظة عليها وحمايتها L'occupation des sols en vue de leur preservation et leur protection انه لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عمومي لم يحصل مقدما على رخصة بناء سلمتها له السلطة المخولة لها قانونا أن يباشر أو يقيم أي بناء كيف ما كان موقعه أو ارتفاعه أو استعماله سواء تضمن أساسا أم لم يتضمنها وسواء أكانت الأشغال تستهدف تشييد منشأة جديدة أو توسيع بنائه أو زيادة في علوه أو تغيير وجهته أو توزيعه الخارجي و لا تحل أية رخصة إدارية كيفما كان نوعها ومهما كانت السلطة التي تسلمها محل رخصة البناء المذكورة و كذلك الأمر في رخصة تجزئة الأرض للبناء ولا تحل بأي حال من الأحوال محل رخصة البناء ولا تعوضها ne saurait se substituer au permis de lotissement

لقد نظم القانون رقم 02/82 المؤرخ في 06 فبراير 1982 رخصة البناء و حدد بموجب المادة الثانية منه صلاحياتها بأجل ثلاث سنوات وتدعم هذا النص في المجال الميداني بمقتضى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28/05/1991 الذي حدد كفاءات تحضير شهادة

(1) Le conjoint peut être Co-emprunteur.

التعمير ورخصة التجزئة ورخصة البناء وشهادة المطابقة و رخصة الهدم وتسليمها و عدلت أحكام هذه النصوص بالقانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها (ج-ر عدد 44)

2/مرحلة الاستعلامات

ينبغي على الموظف في هذه المرحلة، معرفة الغاية من القرض والإمكانات المادية لطالب القرض من حيث الدخل ونسبة المساهمة الشخصية في المشروع ،كما يتم توضيح رؤية طالب القرض فيزوده بنشرة منظمة لكل شروط وأحكام هذا العقد وعلى الموظف المختص على إثر ذلك أن يتولى القيام بما يلي:

- 1/- التأكد من استكمال الطلب لكافة الوثائق اللازمة.
 - 2/- التأكد من صحة الوثائق المرفقة بالطلب وشمولها لكافة المعلومات والتوقيعات والتواريخ والتصديقات المطلوبة وانسجامها مع أنظمة المصرف وتعليماته الداخلية.
 - 3/- يعطي طالب القرض نسختين من طلب القرض في شكل نماذج لمأها من قبله وعلى الموظف المختص تقديم المساعدة للمقترض في كيفية ملء الطلب.
 - 4/- التأكد من هوية طالب القرض من واقع الوثائق المؤيدة لهويته.
 - 5/- إذا كانت الغاية من القرض هو شراء سكن جاهز أو على هيكل مخطط فيجب التأكد من عدم وجود صلة زواج أو قرابة أصول أو فروع بين طالب القرض ومالك العقار المراد شراؤه.
 - 6/-توقيع الموظف الذي استلم الملف بما يفيد التأكد من عدم استفادة طالب القرض من أي قرض سابق من المصرف، وأنه ليس كفيلا لأي مقترض آخر أو عضوا في تعاونية عقارية وهذا بعد الاطلاع على فهارس المقترضين و الكفلاء الخواص المستفيدين من القروض.
- على سبيل المثال فإن من أهم الوثائق التي ينبغي إراجها ،في هذا الملف تتمثل بالنسبة للأجراء في شهادة عمل حديثة والبطاقات الثلاثة الأخيرة للأجرة.
- تقدم من غير الأجراء، شهادة جبائية ومستخرج للرواتب حديث من سجل الضرائب، وشهادة مشاركة وانخراط في صندوق التقاعد من قبل المتقاعدين ، وفيما يخص المقترضين المشتركين تقدم ذات المبررات، خاصة تلك التي تثبت حصولهم على راتب مستقر.
- يجب تقديم معلومات أولية حول الملكية بتقديم نسخة مصادق عليها من عقد الملكية كضمان للاستفادة من القرض العقاري وكذلك شهادة تثبت أن العقار محل التمويل غير منقل برهن

سابقة خاصة ،وأن الممول يشترط مبدئياً رهن رسمي من الدرجة الأولى Certificat négatif
• d'hypothèque

يعتبر التقييم الخاص بالملكية بطريقة موضوعية وواضحة، أمراً مهماً ، فيشترط البنك تقديم تقرير خبرة .

يؤكد هذا الإجراء مدى قناعة الموظف المختص، بقبول العقار كضمان أم لا فالمقرض من خلال خبير عقاري يحدد ويتنبأ للقيمة السوقية مع مراعاة الظروف الاقتصادية السائدة، للوصول إلى تقرير موضوعي ،لأن قيمة العقار تتغير حسب شروط السوق ووفق مؤشرات اجتماعية واقتصادية أو القانونية السائدة وقت إبرام العقد لهذا يثبت التاريخ،الذي تم فيه تحرير تقرير الخبير المقيم و تتم المصادقة على هذا التقرير.

7- على الموظف بعد التأكد من مطابقة الوثائق والمستندات المقدمة، بعد استلام الطلب وتسجيله إعطاء موعد للمقترض لإجراء الكشف الفني الأول في المكان ذاته،موضوع المشروع وفق برنامج يوضع بمعرفة مدير الوكالة والمسئول الأول عن الدراسات.

8- بعد إجراء الكشف الأولي، يحرر تقريراً بذلك.
على أساس عناصر التحليل التي تضمنها طلب القرض، والوثائق المكونة له ومن خلال تقدير الكفاءة في التسديد يتم الوقوف على درجة خطورة القرض وفرص تسديده.
ترتكز دراسة الخطر⁽¹⁾ على الوضعية الاجتماعية والمالية للمشتري أو صاحب مشروع البناء الذاتي.

يلتزم طالب القرض أن يقدم كل المعلومات والتوضيحات التي تخصه مباشرة أو التي تخص الكفلاء المصرح بهم، وكذا ما يتعلق بالعملية موضوع التمويل.
فالمقترض ملزم بواجب تقديم البيانات اللازمة والدقيقة، لا يشوبها أي غلط يمكن المقرض من فسخ العقد.

تصنف المعلومات الواجب التصريح بها إلى نوعين:

*معلومات متعلقة بشخص طالب القرض، تتلخص في معلومات خاصة بهويته ووظيفته، إقامته، حالته العائلية وموارده وديونه.

(1) La capacité de remboursement de l'emprunteur est évaluée sur la base des éléments d'analyse contenus dans la demande de crédit et des documents constitutifs du dossier, l'analyse du risque portera notamment sur la situation sociale et financière de l'acheteur ou de l'auto-constructeur. Y compris les revenus du conjoint s'il est Co-emprunteur.

*معلومات خاصة بالعملية موضوع القرض .

1.2 البناء الذاتي Auto construction أو التوسع أو التهيئة فيقدم الوثائق التالية:

- عقد رسمي للملكية.
- رخصة بناء تحدد نوع وطبيعة الأشغال.
- كشف تقديري لعملية البناء التي ستنتج، يعد من قبل مكتب دراسات أو مهندس معتمد
- 2.2 شراء مسكن من احد الخواص.
- نسخة من عقد الملكية للمالك السابق أو شهادة مرفقة بعقد ملكية الأرض.
- 3.2 شراء مسكن من متعامل في الترقية العقارية.
- عقد حجز موثق زائد شهادة استلام السكن.
- 4.2 شراء سكن في إطار البيع بناء على التصاميم VSP.
- عقد بيع محرر في الشكل القانوني المحدد بموجب المرسوم التنفيذي 58/94 السابق الذكر.

- شهادة ضمان للمتعامل مكتتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية [36] ص

83

5.2 شراء قطعة ارض لبناء سكن ذاتي

- شهادة منح أو عقد حجز لصالح المقترض الأصلي أو وعد بالبيع موثق ونسخة لعقد ملكية للمالك.

بعد أن يصبح الملف جاهزا، تقدم مختلف مستويات سلطات القرض في الوكالة ملاحظاتها وينتهي الأمر إلى تقديم توصيات من قبل الهيئة التي يصدر عنها القرار النهائي لمنح القرض بعد وصف المشروع الممول بالقرض العقاري بدقة مع إضافة وبشكل واضح الشروط الخاصة به.

يجب إضافتها مسبقا قبل تنفيذ أمر منح القرض، مع التأكيد على مبلغ القرض الذي يستحقه المقترض استنادا إلى دخله وكلفة مشروعه ولمدة القرض و هو ما يستخلص من واقع الوثائق المقدمة ومضمون بطاقة الاستعلامات المحررة لهذا الشأن .

تعد مرحلة اتخاذ القرار بمنح القرض العقاري ،أهم مراحل بداية حياة العقد ، لما لها من آثار قانونية خاصة، لذا سنتناولها ببعض التفصيل فيما يلي.

ثانياً: قرار منح القرض العقاري وآثاره

تستدعي مراجعة جميع المعلومات المتعلقة بقدرة المقترض على تسديد القرض، حسب المدة الزمنية المحددة وكذلك الوقوف بدقة على التفاصيل المتعلقة بالضمانات سواء أكانت عينية منها أو شخصية أو غير عينية.

أدنى شك في المعلومات أو التحاليل المقدمة، يؤدي إما إلى تأخير عملية منح القرض أو إلى إلغائها بالكامل أي أن إجراءات إصدار الموافقة مرتبطة باستكمال دراسة الطلب وتدقيقه وإنجاز الدراسة التحليلية.

تتم الموافقة بإصدار أمر إداري يعطى رقماً تسلسلياً خاصاً بالموافقات، الذي يبلغ، لمعرفة مدة سريان المهلة الممنوحة للانتفاع بالقرض، مع الملاحظة أن بعض البنوك في الجزائر تصرح بمنح هذا القرض دون إجراء عملية التبليغ.

تتم الموافقة بتوقيع المقترض، فيعد دليلاً على الإشعار بالتبليغ والموافقة أو يذكر في الأمر قبول الطلب و يعد التاريخ المدون بمثابة إشعار بالاستلام.

قد يشار إلى أن التبليغ قد تم بالبريد المسجل بعد إصدار الموافقة وتبليغها فتقيد العملية التي اقترن بها طلب القرض في سجل طلبات القروض الواردة، كما يسجل اسم المقترض في فهرس المقترضين، و يسجل كفيله في فهرس الكفلاء.

يجب التأكيد على أن تبليغ القرار بمنح القرض العقاري، لا بد أن يتم كتابياً (1) لطالب القرض، و هو ما يستدعي من المستفيد القيام بالإجراءات التالية:

- الاطلاع على التحفظات المتعلقة بهذا القرض إن وجدت
- فتح حساب صكي، لتقيد الإسهام الشخصي ليحول بعد ذلك إلى حساب داخلي خاص بالاستثمارات وهناك من المؤسسات المقرضة في الجزائر من تكتفي بقبول العقار موضوع عملية التمويل كإسهام شخصي الذي يبرر، بالمتطلبات المصرفية وكذا السياسة النقدية التي تسعى إلى تكثيف جهود الادخار ومواجهة التضخم المالي وتحميل المقترض بجزء من القرض ومن ثم نقل خسارة المقرض إلى المقترض في حالة عدم التسديد.

فعنصر الإسهام الشخصي يشكل ضماناً للطرفين وضرورة تقتضيها حماية مصالحهما وان كان يخدم بالدرجة الأولى المقترض.

(1) La décision d'accord de principe doit être notifiée par écrit au demandeur du crédit en mentionnant les essentielles réserves.

- التوقيع على الاتفاق la convention du credit immobilier المحرر في 05 نسخ ويلحق به وجوبا، جدول الاستحقاقات وسند أمر إجمالي يمثل أصل القرض الممنوح والفوائد وعلى أن يتم تسجيل هذه الاتفاقية لدى مصالح المالية التابعة للخزينة العامة، التي تحتفظ بنسخة من هذا الاتفاق.

- التوقيع على أمر التحويل الدائم.

- التوقيع على الالتزام العام بدفع المستحقات الشهرية إلى الحساب الشخصي لإجراء عملية الاقتطاع، ليضمن الأصل والفوائد وذلك بأيام قبل أجل الاستحقاق.

- إتمام إجراءات تحصيل الرهن الرسمي العقاري من الصنف الأول واكتتاب وثيقة التأمين للقرض العقاري لتحرير وصرف⁽¹⁾ الأموال.

- أما تحرير المبلغ موضوع القرض فقد يكون إجماليا و قد يكون على دفعات كما يمنح المقترض مدة إمهال للانطلاق في التسديد تكون في الغالب سنة بعد أول استعمال للقرض.

- الاستفادة من أجل، لاستعمال هذا القرض يمنحه البنك للمقترض محددًا في اغلب

البنوك بمدة 06 أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ قرار منح القرض.

إذن إن كل إشهار يتم إنجازه أو بثه أو مشاهدته أيا كانت وسيلته ، يتعلق

موضوعه بعمليات الائتمان العقاري لابد أن يتضمن:

1 . تحديد هوية المقرض وطبيعة وموضوع القرض .

2 . تحديد مدة العملية المقترحة ، وكذا تكلفتها الإجمالية والسعر الإجمالي للقرض .

3- تقديم هذه البيانات باللغة العربية وبطريقة واضحة ومقروءة ومفهومة للمستهلك.

نؤكد كذلك أن كل وثيقة إشهار وكل وثيقة إخبار التي تسلم للمقترض و يكون

موضوعها إحدى هذه العمليات يجب أن تشير إلى منح المقترض مهلة للتفكير ، وأن نفاذ عقد البيع معلق على الحصول على القرض وإلا فإن البائع يكون ملزما برد المبالغ المدفوعة له .

يمنع كل إشهار يعتبر أقساط التسديد الشهرية بمثابة كراء أو يحيل من أجل احتساب

الدفعات إلى إعانات اجتماعية غير مضمونة الأداء خلال مدة العقد .

(1) Les fonds ne sont débloqués qu'après signature de la convention du crédit et recueil de l'hypothèque de 1er rang et souscription d'une assurance crédit immobilier.

Sous peine d'annulation le délai d'utilisation du crédit est de six mois (06) maximum à compter de la date de notification du crédit.

نؤكد على نزاهة وكفاءة القائمين باتخاذ القرار النهائي لمنح القرض باعتباره أمرا هاما وفاصلا، لذا يجب على المصلحة المختصة:

- التأكد من أن كافة الوثائق المنصوص عليها في نظام العمليات والتعليمات المطبقة، مستكملة .

- مراجعة الوثائق المرفقة بطلب القرض والتأكد من أنها نظامية لا يوجد فيها ما يهدد حقوق المقرض وكذا المقترض.

- الانتباه إلى الإشارات والتحفظات المدونة عليها.

- التدقيق في تقرير الكشف الفني أو التقويمي للعقار .

- من باب التنظيم لابد من أن توضع الوثائق حسب شخص المقرض وشخص الكفيل والعقار موضوع القرض كعقد الملكية ورخصة البناء .

إن أي قرار يتخذ بمنح القرض، يجب أن يكون مدعما بتقييم خاص للمخاطرة، التي قد تنتج عن تقلبات أسعار الفائدة سواء في السوق المالية أو في السوق الثانوية في مرحلة إعادة التمويل، فالجمع بين المخاطرة الناتجة عن التدهور في سعر الفائدة والمخاطرة الناتجة عن عدم الوفاء تسمى بالمخاطرة غير المنتظرة .

2.2.2. الجوانب القانونية المميزة للتراضي

من خصائص هذا العقد أنه عقد رضائي ينعقد برضا أطرافه، فليس هناك نصا قانونيا ملزما، يقضي بإفراغه في شكل معين.

إن التراضي هو ظاهرة مركبة تقتضي وجود إرادتين متطابقتين على الأقل يتم التعبير عنهما وتبادلتهما من قبل الأطراف، فيتم تطابق الإرادتين بعد صدور الإيجاب ثم القبول.

عقد القرض العقاري هو عقد رضائي، فيشترط لانعقاده توافق الإيجاب والقبول الصادرين من المقرض والمقترض وتسري في هذا الشأن القواعد العامة الواردة في نظرية العقد من حيث طريقة التعبير الصريح عن الإرادة.

لكن ما يميز عقد القرض العقاري هو ارتباط صحته بعنصر هام غير الضمان العقاري هو الاعتبار الشخصي للمقترض، فيصبح العقد قابلا للإبطال إذا وقع البنك في غلط في شخص المقرض أو في صفة جوهرية فيه.

لا يعتد بوقوع المقرض أو مؤسسة لقرض في الغلط إلا بوجود ما يبرره، بعيدا عن إهماله وأخطئه المهني، كأن لم يقم الموظف المكلف بدراسة الملف بالتدقيق والتحريات اللازمة في الوثائق المقدمة.

تحرص المؤسسة المقرضة على مواجهة مخاطر عملية القرض العقاري الطويل الأجل بتدبير حصولها على الضمانات المناسبة، فهي لا تنفذ التزامها بصرف مبلغ القرض قبل تقديم هذا الضمان العيني وإتمام إجراءات صحته ونفاذه .

لتجسيد ميدانيا الهدف الحمائي بالدرجة الأولى الذي يميز القواعد الخاصة بركن التراضي في هذا العقد محور الدراسة نتساءل :

ما هي جملة الشروط الشكلية والموضوعية المؤكدة لصحة الإيجاب قانونا ثم لصحة القبول؟

كيف يمكن تحقيق مصلحة الائتمان العقاري لضمان نوع من التوازن بين مصالح أطراف عقد القرض العقاري بتوفير حماية الأول وكفالة تأمين حصول المقرض على حقوقه وعدم إهدارها؟.

هل يحق للمقترض التمسك بكل القواعد القانونية، التي نص عليها المشرع وانتهى إليها القضاء بخصوص القواعد المميزة المنظمة لركن التراضي في هذا العقد الذي اعتبرناه من عقود الاستهلاك، و الإذعان؟

لضمان صحة إبرام عقد القرض العقاري و الإحاطة بمعظم جوانبه القانونية نبحت في هذا المطلب، من خلال الإجابة عن الأسئلة السابقة في شكل البيانات الإلزامية للإيجاب، نوع القيود التي قد ترد عليها وطبيعة الجزاءات المترتبة على مخالفة القواعد المتعلقة به في الفرع الاول وكذا في القواعد القانونية المنظمة للقبول وما تثيره من إشكالات قانونية في الفرع الثاني.

2. 2. 1. القواعد المنظمة للإيجاب

الإيجاب في عقد القرض العقاري هو ما يصدر عن المؤسسة المالية، و يوجه في صورة عامة إلى من يرغب في التعاقد، ومن تتوافر فيه الشروط والضمانات التي يقبلها المقرض. يجب أن يكون الإيجاب بصورة مكتوبة وأن تكون بياناته وافية فيأتي الإيجاب واضحا مفصلا و شاملا.

إن شروط صحة الإيجاب كعنصر هام لإبرام عقد القرض العقاري، هي ذات طبيعة موضوعية وأخرى شكلية.

أولاً- الشروط الشكلية:

إن الإيجاب الصادر عن مؤسسة القرض يعد تمثيلاً أولياً للعقد الذي لم ينشأ بعد أو بالأحرى لم ينعقد بعد إلا بالقبول الصادر ممن وجه له الإيجاب. مبدئياً يشترط لانعقاد عقد القرض العقاري:

- أن يكون الإيجاب الصادر عن المقرض مكتوباً باللغة المعتمدة في التفسير، تطبيقاً للقاعدة الأصولية التي تقضى، بأن الشخص يخاطب باللغة التي يفهمها، كما يجب أن تكون الصياغة واضحة بعيدة عن التعقيدات في مستوى الشخص العادي، بحيث يستطيع المقترض فهمها بيسر، و إدراك مدى التزاماته و حقوقه الناشئة عن هذا العقد.

بموجب هذه الإجراءات يتم تحديد شروط العقد ومن ثم شروط الإيجاب الصادر عن مؤسسة القرض.

يكون احترام هذه القواعد ذات الطابع الحمائي، تحت طائلة توقيع الجزاء على المؤسسة المقرضة المخلة به، ما يمكن المقترض من تقدير طبيعة التزامه و بعده من الناحية المالية وإقدامه على تحمله، لذا :

- لا يعتد بالإيجاب المقترح شفهيًا.

- ترسل مؤسسة القرض طبقاً للتشريع المعمول به خاصة في فرنسا العرض L'offre أو الإيجاب مجانياً، للمقترض عن طريق البريد الموصى عليه مع الإشعار بالوصول، وكذا يوجه للكفيل أو الكفلاء المصرح بهم لضمان هذا العقد.

- تسلم الإيجاب، وقيام دليل يثبت الاستلام كالإشعار بالوصول أو إيصال وصول هذا البريد والعلم به. إن شرط إلزامية إرسال الإيجاب عن طريق البريد قد أثار مناقشة حادة وقد ثبت من خلال موقف القضاء في هذا الشأن أن توقيع المقترض على السجلات المتواجدة على مستوى مؤسسة القرض والخاصة بهذا النوع من القروض لا تفي بدور الإشعار بالوصول الذي يرتبط به إرسال

الإيجاب. L'offre. CA Paris du 15/09/1999، Cass .1er civ du 9/12/1997 jurisdata No 1997 004964.

يبقى هذا الدليل في حوزة المقرض وهو ما لا يخدم المقترض، بشكل إرسال الإيجاب عن طريق البريد، إجراء جوهريا لصحة إبرام عقد القرض العقاري وإن إرسال هذا العرض عن طريق نظام La Télécopie الذي لا يرتب تسليم إشعار بالوصول، لا يستجيب مطلقا للمقتضيات القانونية المتعلقة خاصة بمادة الإثبات.

ولقد تساءل الأستاذ GUY RAYMOND عن ضرورة الإبقاء على إرسال الإيجاب عن طريق البريد في عام 2003 ، ذلك أن مصدر النص الذي يلزم احترام هذا الإجراء يرجع إلى القانون الصادر في 1979/07/13 أي في وقت لم تعرف وسائل التكنولوجيا كآلات الفاكس وسبل الاتصال الرقمية

Methodes numériques التطور الذي تشهده حاليا، [37] ص 958

رغم منطقية هذا الطرح، إلا أننا نرى بأن سرعة التنفيذ لا تحول دون فاعلية إلزامية إرسال الإيجاب الخاص بالقرض العقاري عن طريق البريد وإيلاغ المقترض برسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام، بشروط العقد المقترح إبرامه وانطلاق مهلة التفكير الممنوحة لتقديم القبول أو الرفض.

إن التوقيع على الإشعار بالوصول دليل على عدم اعتراض انطلاق الأجل القانوني الممنوح ومن ثم لاحتساب الأجل المقرر قانونيا للتفكير. نعتقد أن أساس إلزامية هذا الإجراء هو مادة الإثبات .

لأهمية هذا الحكم الخاص بهذه المرحلة من مراحل إبرام عقد القرض العقاري نؤكد على أهمية إدراجه ضمن قانون الإفراض العقاري المقترح في التشريع الجزائري ونورد فيما يلي وفي الهامش النص الخاص بهذا الحكم الوارد في من المادة L 312/7، و L 312/8⁽¹⁾، من قانون الاستهلاك الفرنسي.

(1)-ART L 312/7 C.C. Français:

« pour les prêts motionnés à l'article 312/2 le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques ».

-ART L 312/8 : « L'offre définie à l'article précédent

1-mentionne l'identité des parties et éventuellement des cautions déclarées

2- précise la nature , l'objet , les modalités du prêt notamment celles qui sont relatives aux dates, et conditions de mise à dispositions des fonds , ainsi qu'à l'échéancier des amortissements .

3-indique le montant du crédit susceptible d'être consenti et le cas échéant celui de ses fractions périodiquement disponibles, son cout total , son taux défini ainsi que s'il y a lieu les modalités d'indexation

(بكيفيات الفهرسة)

4- Enonce en donnant une évaluation de leur couts , les stipulations , les assurances et les sûretés réelles ou personnelles exigées qui conditionnent la conclusion du prêt.

5- Fait états des conditions requises pour un transfert du prêt à une tierce personne .

6- rappelle les dispositions de l'article L 312/10 toutes modification des dispositions d'obtention du prêt notamment le montant ou le taux du crédit devra donner lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable .

من ناحية أخرى فإن التوقيع الإلكتروني الذي أضحي شائع الاستعمال مع انتشار طرق الدفع والوفاء الحديثة لم يعد يشكل حاجزا في عملية الإثبات ولهذا فبفضل التطورات التشريعية والتقنية الحديثة أصبح ممكنا للجوء مستقبلا إلى الوسائل الحديثة لإرسال الإيجاب الخاص بالقرض العقاري وعلى أساس هذا التوجه التشريعي والعملي الجديد يرى الأستاذ G . RAYMOND أن تعديل النص الوارد في قانون الاستهلاك الفرنسي المتعلق بهذا الشأن لا يبدو حتميا، ومنتساعا أليس هذا معناه، منح مهلة إضافية للتفكير لقبول هذا الإيجاب.

لانعدام النص القانوني المحدد لهذا الحكم ولا حتى العرف المصرفي لا زال إجراء إرسال الإيجاب الخاص بانعقاد عقد القرض العقاري عن طريق البريد لا يتم عمليا في مؤسستا. مؤسسات القرض لا تحترم عمليا هذا الإجراء القانوني الإلزامي، أمام عدم مطالبة احتجاج المتعاملين فإن خرق هذه القاعدة هو كثير الوقوع من الناحية العملية.

كتكملة للقاعدة الإجرائية الشكلية السابقة على المقترض أن يصرح في نهاية اتفاق القرض المكتوب وبخط يده، قراءته وموافقته على ما ذكر أعلاه من بنود في العقد ، إن هذا النوع من الإقرار الشخصي مصدره الأساسي هو الأعراف المصرفية.

إن العقد لا يتأثر ولا يلحق ضررا بطرفيه إذا أضيف البيان (Lu et approuvé) كما يمكن إضافة كل البيانات التي من شأنها ،توضيح شروط العقد كالتالي تمكن من تحويل مبلغ القرض لشخص آخر، كبائع العقار

أخيرا هل يجب تحرير هذا الإيجاب في أكثر من نسخة؟

كضرورة للإثبات جرى العمل على تقديم نسخة لكل طرف من أطراف عقد القرض العقاري بما فيهم الكفيل.

ثانيا/الشروط الموضوعية

إن الإيجاب الصادر من المقرض، باعتباره أساس عقد القرض العقاري و جوهره، يجب أن يحتوي على مجموعة من البيانات التي تستهدف تعيين أطراف العقد و تحديد نطاقه و ذكر التزامات كل طرف.

للضرورة الحمائية، يجب أن يضمن المقرض، الإيجاب الذي يصدر للمقترض المحتمل البيانات الآتية:

* تعيين أطراف العقد و الكفلاء المقبولين، عند الضرورة.

* طبيعة القرض وموضوعه وآلياته، وبصفة خاصة تاريخ وشروط وضعه تحت تصرف المقترض، وكذلك جدول مفصل يوضح الأقساط، ونسبة الخصم من رأس المال ومن الفوائد والمصروفات، في كل قسط على حده .

* تحديد المبلغ الإجمالي المتفق عليه للقرض، وعند الضرورة مقدار كل دفعة، إذا كان يقدم على دفعات، ونسبة الفوائد، و التكلفة الإجمالية للقرض.

* بيان تكلفة الاشتراطات، المتعلقة بإبرام عقود التأمين، أو تقرير تأمينات عينية أو كفلاء

شخصين، وما إذا كان إبرام الاتفاق معلقا على تقديمها. [19] ص12

* بيان الشروط الواجب توافرها لحالة القرض إلى شخص ثالث.

يندرج في هذا المقام ما نص عليه المشرع، من ضرورة التزام المقرض بالمعايير السابقة الأساسية لمزاولته لنشاط منح القروض العقارية، بما يكفل تناسب القرض مع المقدرة المالية لمشتري العقار أو لمن حصل على التمويل في غير حالة الشراء .

أكد القضاء الفرنسي في عدة أحكام، على أن كل تعديل في شروط الحصول أو منح القرض العقاري خاصة فيما يتعلق بقيمة أصل رأس المال وبنسبة الفائدة المطبقة، يتطلب إيجابا جديدا أو عرضا جديدا إلا إذا خضع العقد مبدئيا لنسبة فائدة متغيرة un taux d'interet variable إذا منح القرض ثم توقف تنفيذه لسبب من الأسباب، فإن إعادة تنفيذه من جديد بعد انعقاده لا يشترط إيجابا جديدا تماما كما في حالة تمديد أجله في حين إن هذا الإيجاب الجديد يعد ضروريا وإلزاميا بالنسبة لقرض الوصل الذي يمنح في انتظار الحصول على قرار منح قرض نهائي من أجل اقتناء المال لاقتناء العقار (credit relais)

Cassation première civil du 13/11/1996

Cassation première civil du 26/01/1999 .Cassation première civile du 06/01/1998

اشتراطت محكمة النقض الفرنسية، ضرورة تقديم إيجاب جديدا عند كل عملية يكون موضوعها إعادة التفاوض حول شروط عقد القرض العقاري، و نظرا للإشكالات واختلاف الآراء حول ضرورة أو انتفاء هذا الإجراء عند إعادة التفاوض حول شروط العقد، د أضيف حكما إلى قانون الاستهلاك الفرنسي وخاصة إلى المادة L 312/14 بموجب القانون رقم 99 / 532 المؤرخ في 1999/06/25 من خلال المادة 115 منه التي قضت في مضمونها، بأن كل تعديل في شروط

عقد القرض العقاري الأصلي، يتطلب بالضرورة التوقيع على ملحق معدل للعقد الأصلي avenant [54] ص 58.

لا يكون الإيجاب ملزما في حالة إعادة التفاوض حول شروط العقد، كما أن هذا الملحق يجب أن يتضمن جملة من البيانات الإلزامية التي من شأنها توضيح التزامات المقترض وجعله ينطلق في مرحلة إعادة التفاوض، وهو على بينة من طبيعة التزاماته، التي يتضمنها الإيجاب. من البيانات الإلزامية كذلك إرفاق الإيجاب بجدول الاستحقاقات، محددًا وبشكل دقيق وبالنسبة لكل استحقاق قيمة أصل الدين المتبقي للوفاء ونسبة الفائدة الإجمالية وقيمة القرض ويمنح للذي وجه له هذا الملحق أجلا زمنيا معينًا للتفكير لمعرفة، ما تبقى من أصل الدين ومن الفوائد والمصاريف أو لكل الدين المستحق في حالة التسديد المعجل. بمقتضى أحكام القانون السابق ثبت المشرع الفرنسي، بأثر رجعي وبتحفظ كل الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي التي عرفت القضايا الخاصة بها إعادة المفاوضات والتي لم تجسد ميدانيا في شكل تقديم إيجاب جديد و يقضي هذا النص المضاف للمادة L312/14 :

en cas de renégociation de prêts les modifications au contrat du prêt initial sont apportées sous la seule forme d'un avenant cet avenant comprend d'une part un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance...

بالنسبة للقروض العقارية ذات معدل الفائدة المتغير، يقع على المقرض التزاما بان يرفق بإيجابه بيانيا Notice présentant les modalités et les conditions de variation du taux لطرق وشروط تغيير معدل الفائدة .

أمام تعدد القضايا المتعلقة بهذه المسألة، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا مجال لتقديم إيجاب جديد إذا كان الأمر يتعلق بمسألة تمديد أجل القروض.

إن تقديم هذا الإيجاب وترتيب آثاره القانونية، يقتضي منح الطرف الثاني في العقد أجلا للتفكير لذا فإن التشريع الفرنسي ألزم المقرض بالبقاء على الشروط المقترحة خلال أجل 30 يوما يبدأ حسابه من تاريخ استلام أو تلقي الإيجاب.

لا يحق لمقدم الإيجاب الرجوع فيما اقترحه، من شروط خاصة فيما يتعلق بنسبة الفائدة الواجبة التطبيق الثابتة منها دون المتغيرة.

إن هذا الإيجاب يكون مجانيا وبدون مقابل، فلا يحق للمؤسسة المقرضة مطالبة المرشح

للقرض العقاري بأية عمولة كانت، طيلة الفترة الممنوحة للتفكير، [39] ص 182، [38] ص 852

يلتزم المقرض بالبقاء على الإيجاب المقدم وما تضمنه من بيانات حول شروط منح القرض العقاري، خاصة منها الأساسية المتعلقة بالمبلغ ونسبة الفائدة . كل تغيير يطرأ على هذه العناصر الجوهرية يقتضي إيجابا جديدا إلا إذا تعلق الأمر بقرض خاضع لنسبة فائدة متغيرة.

واضح مما سبق إن الإيجاب الواجب عرضه في القرض العقاري وتحت طائلة توقيع عقوبات جزائية يجب إن يتضمن جملة من البيانات بعضها إلزامي والبعض الآخر اختياري وهذه البيانات هي أمر ضروري لتوضيح المسألة للمقترض وما لحظناه عند استعمال التشريع الفرنسي للفظ خاصة "notamment" يدل حسب اعتقادنا، إلى أن التعداد الذي ذكر قد ورد على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

من أهم البيانات الإلزامية التي يجب أن تذكر بالضرورة في هذا الإيجاب، تلك التي تتعلق بجدول الاستحقاقات ونسبة الفائدة المقرر إخضاع القرض لها وكذا التأمينات التي تضمنه، وبتعيين طرفي العقد وكذا بالكفيل أو الكفلاء المصرح بهم، وطبيعة وموضوع وشروط منح القرض وما له علاقة بعملية الترويج له ،و بشروط وكيفيات وضع مبلغ القرض تحت تصرف المقترض. عمليا و إضافة إلى هذه البيانات يرفق بهذا الإيجاب، جدول الاستحقاقات مفصلا بالنسبة لكل اجل، بما يجب دفعه من أصل رأس المال المقرض والمبلغ الخاص بالفوائد وما تبقى من أصل وفوائد ومصاريف مع التذكير أن هذا الإجراء، لا يخص القرض العقاري الخاضع لنسبة فائدة متغيرة.

1/ جدول الاستحقاقات:

يقدم جدول الاستحقاقات رفقة الإيجاب التمهيدي offre prealable التي يمكن المقترض من تقدير الجهد المالي الواجب بذله، لتسديد الدين.

يحدد هذا الجدول تفصيلا العناصر المتبقية من القرض، موضوع هذا العقد بما فيه المصاريف التكميلية، ونقترح بعدم تقديم جدول الاستحقاقات إذا كان مبلغ القرض غير معتبر، فيترك الأمر للمقترض لإجراء الحسابات الضرورية لتحديد القيمة الإجمالية للقرض وقيمة الاستحقاقات الدورية.

لمواجهة هذا الجانب العملي المطابق للأعراف المصرفية في الجزائر يجب التشدد بالنسبة لهذه المسألة والحكم بسقوط حق المقرض في الفوائد إذا لم يراع تقديم جدول الاستحقاقات المفصل والدقيق لكل عناصر القرض.

لخطورة هذا الجزاء الذي قد يدفع بعض مؤسسات القرض إلى الإحجام لمبررات مختلفة عن منح هذا القرض، فإنه يمكن إجازة و تأكيد صحة التطبيقات العملية المتبعة التي لم تسلم للمقترض فيها إجابا مطابقا للمتطلبات القانونية للضرورة الحمائية.

نبرر هذا التراجع في الموقف الذي قد يتخذه مشرعنا بالنسبة للقضايا التي تقع أحداثها قبل فرض هذا الإجراء، بنصوص أمرة إلزامية بتقديم جدول الاستحقاقات المفصل والدقيق لكل عناصر القرض بالضرورات التالية:

1- توحيد منطوق الأحكام والحد من التفسيرات التي قد يلجأ إليها القضاة لفض المنازعات المطروحة عليهم.

2- إسقاط الحق في الفوائد كجزاء مدني واجب الحكم به ضد المقرض يترك أمر تقديره لسلطة القاضي.

3- إن المقترض عندما يطالب بإسقاط الحق في الفوائد عن المقرض إنما يتمسك بادعاء غير مؤكد النتيجة وغير منشأ لحق.

4- إن أحكام القانون الجزائي هي وحدها ذات الأثر الرجعي فهي وحدها ودون مخالفة للأحكام الدستورية تثبت لاحقا ممارسات مخالفة للقانون وبما أن الأمر بإسقاط الحق في الفوائد هو جزاء مدني بحت فإنه يترك أمر تقديره لسلطة القاضي.

لقد شهد القضاء الفرنسي غزارة في الأحكام القضائية الخاصة بجدول الاستحقاقات لمحكمة Saintes، اعتبرت أن القانون السابق لعام 1996 المؤكد لصحة التصرفات العملية المصرفية التي لم تسلم فيه البنوك جدول استحقاقات يعد مساسا باستقلالية القضاء وفيه إرغام للقضاة بإصدار أحكام تخدم أو هي في مصلحة المؤسسات البنكية ومن ثم فهو مناقض للحريات العامة وقد اتخذت هذا الاتجاه المعارض لبعض الهيئات القضائية الأخرى في فرنسا.

في قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسي ومراعاة منها للانتقادات الصريحة الموجهة لها من قبل بعض رجال القانون حاولت تبرير، موقفها والتأكيد على البعد من إصدار القانون وان المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية القاضية بضمان حقوق المتقاضين بصورة عادلة لم يكن الهدف من الحكم الوارد بها، منع المشرع الوطني من تغيير قواعد القانون الجوهري أو ليضمن للأطراف المساواة في المواجهة ونزاهة المرافعات إنما كان الهدف منه تصليح حالات قديمة من وجهة المصلحة العامة وتقليل المنازعات مع البنوك و الأضرار الاقتصادية الناتجة عن تطبيق بأثر رجعي هذا القانون.

خلصت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المادة 87 الفقرة الأولى من القانون 04/12/

1996 لم تتعارض مطلقاً والأحكام الواردة في المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان،]

[41] ص 670 [40] ص 521 Cass1erCIVdu 13/11/2002 EP.ACHACHE C/BNP Paris.

وكأثر لعدم احترام مقتضيات القواعد القانونية الخاصة بالقرض العقاري وبحكم التطورات الاقتصادية وكثرة الطلبات على هذه القروض فإن محكمة النقض الفرنسية قد حاولت ومن خلال غرفتها الأولى، تحديد نظام الجزاء لعدم احترام المتطلبات القانونية الخاصة بهذا النوع من العقود فقررت أن مؤسسة القرض تعتبر قد تجاهلت قاعدة أساسية بالنسبة للقرض موضوع النزاع في الحالات التالية :

1 - إذا لم تحترم قاعدة من النظام العام كتلك الخاصة، بمهلة التفكير الممنوحة للمقترض التي لم ترد ضمن الحالات التي يرتب عدم احترامها توقيع جزاء إسقاط الحق في الفوائد، فبينت في مثل هذا الوضع العقوبة المقررة بمقتضى القانون العام أي البطلان.

إن الأمر يخص قاعدة قانونية تتضمن حماية مصلحة الأفراد وان دعوى البطلان هذه تتقدم بمضي 5 سنوات يبدأ سريانها من يوم إبرام العقد أي من يوم قبول الإيجاب. لا يحتج بهذا البطلان عند تجاهل القاعدة الخاصة باحترام مهلة التفكير إلا بناء على دعوى تحرك من قبل الشخص المستفيد.

2- بموجب قرار آخر صدر بتاريخ 2002/10/29 قضت بإسقاط الحق في الفوائد لعدم احترام إجراء القبول للإيجاب الذي يجب أن يصل إلى البنك عن طريق البريد و يثبت طابع البريد تاريخ استلام القبول، واعتبر هذا القرار بمثابة قرار مبدأً Arrêt de principe، الذي كرس مبدأ

اعتبار إسقاط الحق في الفوائد جزاء لاختراق قواعد النظام العام. [42]، 04، [49] ص 454

Crédit immobilier à la consommation، sanction du non respect des exigences légales La déchéance est la seule sanction civile.

وما نلاحظه عن الحكمين السابقين أنهما غير متناقضين، لأنهما لا يتعلقان بذات القاعدة ففي الحالة الأولى لم تحترم أجل أو مهلة التفكير وهي قاعدة موضوع، أما في الحالة الثانية فيتعلق الأمر بخرق قاعدة ذات طابع شكلي وهي عدم احترام طريقة وصول قبول المقترض.

يتحدد نوع الجزاء بطبيعة القاعدة القانونية التي تم تجاهلها، وإن الجزاء المتمثل في إسقاط الفوائد عن البنك هو الذي يحقق أكثر حماية للمقترض منه عن البطلان أو على الأقل يسمح لهذا الأخير بممارسة حق الخيار بين الجزاءين، على أن يخصص مبلغ الفوائد التي يتم إسقاطها كلياً أو جزئياً وفي الحدود التي يقدرها القاضي عن مؤسسة القرض لتغطية جزء من القرض. لقد طرح كذلك تساؤلاً حول حكم عقد القرض العقاري، الذي يلتزم فيه المقترض بتسديده دفعة واحدة وبصورة نهائية فهل في هذا النوع من الاتفاقات يجب أن يرفق به جدول الاستحقاقات؟

اعتقادنا أنه لا مجال لجزاء إسقاط حق المقرض في الفوائد في هذه الحالة، لأن هذا الجدول لم يكن ليلحق بالإيجاب، فالأمر يتعلق بقرض التزم فيه المقترض بتسديده دفعة واحدة وبالتالي المقترض، ليس بحاجة إلى معرفة كيفية توزيع الوفاء بحسب رأس المال والفوائد والمصاريف، وقد اتفق الطرفان بصورة تعاقدية على رد القرض بصورة كاملة ومن ثم ليس هناك ضرورة قانونية ولا عملية لإرفاق الإيجاب بجدول الاستحقاقات.

2/: نسبة الفائدة:

ترتبط صحة الإيجاب وترتيب آثاره القانونية بضرورة تحديد نسبة الفائدة المطبقة، وتعمل البنوك في الجزائر بموجب الأعراف المصرفية على تطبيق هذا الحكم. ما لحظناه ميدانياً أن مؤسساتنا المانحة للقروض العقارية لا تذكر في اتفاق القرض نسبة الفائدة الحقيقية الإجمالية Le TEG بتفصيل عناصر هذه الفائدة من حيث المصاريف التابعة لعملية القرض، مع الإشارة إلى أن كل الأتعاب المرتبطة بإجراءات إتمام رهن العقار لا تدرج ضمن نسبة الفائدة ويتحملها المدين المقترض الراهن بصورة مستقلة تطبيقاً لأحكام التقنين المدني خاصة الوارد في المادة 883 ت م التي تقضي: " تكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفقا على خلاف ذلك ".

إذا كانت نسبة الفائدة المطبقة متغيرة فيجب إرفاق الإيجاب ليس بجدول الاستحقاقات إنما ببيان مفصل حول كيفية وشروط تغيير هذه النسبة .

إن آلية منح القروض العقارية بنسبة فائدة متغيرة، غالباً ما يلجأ إليها عندما تكون نسبة الفائدة المطبقة منخفضة وقد تعرف ارتفاعاً لعوامل خارجية ذات طابع اقتصادي ومالي و إن ارتفاع هذه النسبة بشكل معتبر قد يكون سبباً في عجز أو استحالة الوفاء.

نرى بضرورة النطق ببطلان العقد لنقص الإعلام حول الشروط الأساسية للعقد، إلا أن عدم احترام الإجراء السابق لا يشكل مبرراً جدياً مؤسساً قانوناً لطلب المدين المقترض ببطلان عقد القرض، الذي لم يخطر بشكل مفصل عن شروط تغيير نسبة الفائدة المطبقة.

إن الشروط المطبقة لا شروط تغيير هي التي يكون مصدرها السلطة النقدية أي بنك الإصدار والتي تعلم بها مؤسسات القرض في حين لا يمكنها أن تعلم بصورة رسمية و بصورة مسبقة بشروط وظروف تغيير نسبة الفائدة.

مع ذلك يجب إلزام مؤسسة القرض، عند تقديم الإيجاب وجدول الاستحقاقات بتذكير المقترض احتياطياً وتقديرياً وفي حينه بكل تغيير قد يطرأ على هذه النسبة دون ذكر أسباب تغيير هذه الشروط.

يعد ذكر الفائدة المطبقة في متن الإيجاب المقدم قاعدة من قواعد النظام العام التي يجب احترامها تحت طائلة عقوبة تخفيض نسبة الفائدة التعاقدية إلى النسبة القانونية المعمول بها. مع التذكير أن هناك اختلاف بين نسبة الفائدة والعمولة التي قد تتقاضاها مؤسسات القرض عند منحها للقرض العقاري محور هذه الدراسة.

تعرف نسبة الفائدة بسعر الفائدة، وهي تعني أجر كراء النقود، يلتزم المقترض بدفعه للبنك مقابل التنازل الوقتي على سيولته.

تدخل اعتبارات كثيرة في تحديد معدل نسبة الفائدة فمنها ما يرتبط بالقرض ومنها ما يرتبط بوضعية السوق النقدية بصفة عامة وهو مؤشر هام تقاس على أساسه تطورات العديد من المتغيرات الاقتصادية والنقدية.

يرتبط تحديد مستوى معدل نسبة الفائدة المطبق على القروض بما يلي من العناصر:

1-تكلفة الحصول على الأموال المستعملة لمنح القروض مثل الفوائد الدائنة التي تدفع لأصحاب الودائع.

2-معدل إعادة الخصم لدى بنك الجزائر.

3-معدل الفائدة المطبق في السوق النقدية إذا كانت هذه الأخيرة هي مصدر الأموال المستعملة لمنح القروض.

فالفائدة هي أجر رأس المال الذي يقدمه المصرف للمقترض، ويختلف سعر الفائدة حسب الوضع الخاص بالأسواق المالية والوضع الاقتصادي العام، ويلعب قانون العرض والطلب دوراً رئيسياً في تقديرها، لأن تحديد سعر الفائدة يتوقف على مقدار المطلوب من القروض ومقدار

المعروض من رؤوس الأموال، كما أن سعر الفائدة يختلف حسب طبيعة الأخطار التي تواجه فروع النشاط الاقتصادي .

أما العمولة فهي عبارة عن مجموع ما يتقاضاه البنك نظير الأتعاب التي يتحملها عند القيام بعملية منح القرض ويجب أن تكون موحدة ويعتمد في تحديدها على ما يلي:

1- طبيعة القرض والخصائص المرتبطة به كملغه ومدة سداده، [02] ص 648

فيرتفع مبلغ هذه العمولة بارتفاع مبلغ القرض وطول أجله وكذا إمكانية إعادة تعبئته لدى

معهد الإصدار Immobilisation au près de l'INSTITUT D'EMISSION

في حين تقل هذه العمولات إذا كانت هذه الإمكانيات متوفرة وترتفع إذا انعدمت.

2- طبيعة الأخطار الشخصية المرتبطة بالقرض

يمكن كاقترح أن يتولى مشرعنا صياغة هذه القواعد على النحو التالي :

* لتحديد السعر الفعلي الإجمالي للقرض ، تضاف إلى الفوائد ، المصاريف والعمولات أو المكافآت بما في ذلك المستحقة للوسطاء المتدخلين بأية طريقة كانت لمنح القرض حتى ولو كانت هذه المصاريف والعمولات أو المكافآت ذات طبيعة عينية .

* إن التكاليف المرتبطة بالضمانات المشترطة لمنح القرض وأتعاب الموثقين لا تدخل في السعر الفعلي الإجمالي ، إذا تعذر تحديد مبالغها بدقة قبل إبرام العقد بصفة نهائية .

* وفي القروض التي تكون موضوع تسديد مقسط ، فإنه يؤخذ بعين الاعتبار لاحتساب

السعر الفعلي الإجمالي طريقة تسديد الدين .

* يشار إلى السعر الفعلي الإجمالي في جميع المحررات المثبتة لعقد القرض وكل

مخالفة يعاقب عليه بغرامة مالية .

* يعتبر قرضا ربويا كل قرض اتفاقي يتجاوز سعره الفعلي الإجمالي عند إبرامه متوسط

السعر الفعلي المطبق من طرف مؤسسات الائتمان خلال الثلاثة أشهر السابقة للعمليات ذات الطبيعة الواحدة والمتضمنة مخاطر مماثلة .

* تسقط بقوة القانون التحصيل المفرط في الاتفاقات الربوبية من الفوائد العادية

المستحقة واحتياطيا من رأس مال الدين .

* إذا انقضى الدين يجب رد المبالغ المحصلة دون وجه حق بفوائدها القانونية

محسوبة من تاريخ الوفاء بها .

لن ننتهي من طرح ما تثيره هذه القواعد الموضوعية التي يجب احترامها في الإيجاب كركن من الأركان الموضوعية العامة لانعقاد عقد القرض العقاري ،دون التأكيد بأن الإيجاب في عقد القرض العقاري هو إيجاب مقترن بأجل، يتضمن إلزاميا على أجل للقبول، فيكون ملزما. لا يجوز للموجب أن يعدل عن إجابته ما لم ينقض، الأجل المحدد أو يعلن الموجب له عن رفضه ويترتب على هذا الالتزام انعقاد العقد إذا صدر القبول في الموعد المحدد وهو بعد انقضاء عشرة أيام المقررة في التشريع الفرنسي من استلام الإيجاب بالموصفات والشروط القانونية المحددة الواضحة الكفيلة ،بجعل الموجب له يقدر أبعاد وخطورة التزاماته.

نقترح النص على مثل هذا الحكم على أن يمدد في هذا الأجل إلى ثلاثين يوما فهذه المدة معقولة تحول دون تمسك المؤسسات المقرضة بمبررات في حالة إخلالها بالتزاماتها، ومن شأنها أيضا تمكين المقترض من التأكد أو استشارة غيره عن بعد وأهمية التزاماته. لحماية الموجب له من تعسف الموجب، ينبغي تحميله نتيجة عدم احترام هذه الموجبات الموضوعية، الزمنية والشكلية للإيجاب.

إن هذا الإيجاب المقترن بأجل ، يسقط إما لانقضاء الأجل المحدد للقبول دون ردّ للموجب له ونذكر هنا أن الموجب له غير ملزم بالرد على الإيجاب الذي وجه إليه ، وإما برفض الموجب له للإيجاب الذي وجه إليه ولو لم ينقض الأجل المعين للقبول.

ثالثا/ جزاء عدم صحة الإيجاب:

وضوح إجراءات القرض على نحو، يكفل معرفة المقترض بجميع حقوقه و التزاماته، من مستلزمات القرض التي لا يكتمل بغيرها ،إقرار من المقترض بأنه تسلم صورة من النموذج للشروط الخاصة بالعقد و اطع عليها قبل توقيعه .

فما نوع الجزاء الواجب تقريره في حالة عدم استجابة الإيجاب في عقد القرض العقاري لشروط الصحة المقررة طبقا لقواعد القانون العام أو طبقا للأحكام الخاصة بهذا النوع من القروض؟ ما هو الجزاء المقرر في حالة مخالفة المقترض للقواعد السابقة المنظمة للإيجاب ؟ دون إثارة موضوع الجزاءات الإدارية أو الجنائية، نتساءل عن مدى وجود جزاءات مدنية تطبق في حالة صدور الإيجاب دون مراعاة الشروط السابقة .

قبل تفصيل الإجابة ،تجب الإشارة إلى أن الإيجاب المقدم والمحترم للإجراءات الشكلية والقواعد الموضوعية لا يحول دون واجب مؤسسة القرض بالنصح والإرشاد والتأكيد على خطورة هذا القرض وعلى وضعية مديونية المقترض.

تؤثر الالتزامات الناجمة عن هذا العقد على مديونيته فلا تغطي مدا خيله المحدودة المصاريف والمستحقات المعتمدة الخاصة بهذا النوع من القروض.

لا زال النقاش فيما يتعلق بنوع الجزاء الواجب تقريره في هذا الشأن قائما على الأقل في التشريع والقضاء الفرنسي، الذي حدد مجمل الجزاءات المدنية والجزائية لتخلف هذه القواعد والإجراءات في المواد L 312/32 -33 du C C F:
1/ الجزاءات المدنية:

هل يقع العقد باطلا ؟ أم أن الأمر يقتصر على مجرد تعليق نفاذه على صدور من المقترض الإقرار بالاطلاع على شروط العقد.

إن القول ببطلان العقد يترتب عليه إعادة الحالة بين الأطراف إلى سابق عهدها و هو ما يفضى إلى إلزام المقترض برد قيمة القرض دفعة واحدة، وفي هذا إضرارا به، كما لا يمكن معالجة ذلك بالسماح للمقترض بالاحتفاظ بمبلغ القرض، إذ لا نص يخوله ذلك، فلا يبقى إلا القول بالتعويض، و قد يكون خير تعويض هو بقاء العقد والحكم بسقوط حق المقرض في الفوائد والمصروفات، على غرار ما يتبعه المشرع الفرنسي.

أما القول بتعليق نفاذ العقد على صدور هذا الإقرار عن المقترض، فإنه يسمح بنفاذ العقد

بمجرد أن يصدر عنه، و إن الجزاءات المدنية هي نوعان إسقاط الحق في الفوائد والبطلان، [19]

ص117

*/إسقاط الحق في الفوائد

لقد تشدد التشريع الفرنسي فيما يتعلق بأهمية التزام المقرض في تقديم الإيجاب بالشروط القانونية الشكلية و الموضوعية منها، فإن أخل بهذا الالتزام الذي قد يلحق ضررا بالطرف الثاني المقترض محل الحماية القانونية، وكجزاء مدني يمكن أن يفقد حقه في الفوائد المقررة سواء كانت

اتفاقية أو قانونية *La déchéance du droit aux intérêts aux taux conventionnels que légau*

تلتزم مؤسسات القرض عند منح أقرض العقاري بأن توجه عن طريق البريد الإيجاب الذي تتوفر فيه الشروط القانونية الكفيلة ليدرك المقترض أهمية وخطورة هذا القرض وذات الالتزام يترتب في مواجهة الكفيل أو الكفلاء المصرح بهم من قبل المقترض.

لإلزام مؤسستا بهذا الإجراء ولمراعاته عند إصدار الإيجاب، نقترح النص عليه في

القانون الخاص بالإقراض العقاري على النحو التالي:

- 1- إرسال الإيجاب عن طريق البريد بتحديد شروط العقد.
 - 2 أن يتضمن الإيجاب كل البيانات الكفيلة بجعل المقترض يدرك بعد وأهمية هذا القرض
 - 3- ذكر مبالغ المصاريف الخاصة بدراسة الملف وشروط منح هذا القرض.
 - 4 - ذكر تاريخ الإرسال دون أن يتضمن الإيجاب تاريخاً مزوراً.
- من ناحية أخرى وتخفيفاً على المقرض، نقترح بضرورة النص على حقه في إمكانية إدراج بعض أقيود على البيانات الواجب ذكرها في الإيجاب الصادر من المؤسسة المقرضة في الأحوال الآتية :

1- مد أجل القرض : إذا مدد المقرض أجل القرض، فإنه لا يحتاج إلى إصدار إيجاب جديد يرسله إلى المقترض لأن هذا المد يعتبر في مصلحة المقترض ويجوز له التنازل عنه طالما إن هذا التمديد لم يضيف أعباء جديدة للمقترض.

2- القرض ذا فائدة متغيرة : إذا كانت فائدة القرض متغيرة ، لا يستطيع المقرض أن يحدد نسبة تغيرها في بداية الاتفاق لذا يعفى من ذكرها في بيانات الإيجاب مع الإشارة إلى أن نسبة الفائدة المطبقة هي متغيرة Taux d'intérêt variable .

3- حوالة القرض بين المقترض والغير : في هذه الحالة لا يلتزم المقرض بإرسال إيجاباً جديداً إلى المحال له بل يكفي بالذي أرسل إلى المحيل.

هذا وان دعوى إسقاط الحق في الفوائد قد تثير تساؤلات حول مسألة إبعاد اختصاص قاضي الأمور الاستعجالية ؟

فكرة الاختصاص بالنسبة لهذه الدعوى تدفعنا مبدئياً إلى رفض فكرة عدم اختصاص قاضي الأمور الاستعجالية وإشكالات التنفيذ لأن إسقاط الحق في الفوائد لا يتعلق بأركان العقد وشروط صحته ولا بأصل الحق فالعقد، تضمن ولازال يتضمن النص على الفوائد المتفق على تطبيقها على رأس مال معين تم إقرضه.

إن التزامات طرفي العقد قد تم الاتفاق عليها، ثم إن تحريك دعوى إسقاط الحق في الفوائد من ناحية أخرى لا يسعى من ورائها المقترض إلى تغيير في ألفاظ العقد أو في شروطه إنما الادعاء بأن المقرض لم يحترم المتطلبات القانونية أو مقتضيات الواجب توفرها في الإيجاب ويطلب توقيع العقوبة المقررة قانوناً، تمسكا بالحماية القانونية المقررة له بشأن إبرام وتنفيذ عقد القرض العقاري.

ثارت مناقشة فقهية حادة في فرنسا تتعلق بأجل تقادم دعوى المطالبة بإسقاط الحق في الفوائد عن المؤسسة المقرضة.

نظرا للطبيعة الخاصة لهذا النوع من الجزاءات تناول القضاء في فرنسا مدة تقادم هذه الدعوى من حيث أجلها وكذلك انطلاق بداية احتسابها في حين ذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه الدعوى لا ترتبط ببطلان عقد القرض العقاري، فهي إذن غير مقيدة بأجل معين فيجب قبولها دون إجبار المقرض بالتقيد بالتقادم الخمسي الوارد في القانون المدني.

في آخر قرارات محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن الدعوى القضائية المحركة لأجل إسقاط حق المقرض في الفوائد تتقادم ب 10 سنوات وهذا عملا بآخر تعديلات للقانون التجاري الفرنسي L 110 / 4 C.C.F خاصة أن عقد القرض العقاري قد أبرم بين مؤسسة القرض ذات صفة التاجر وأعمالها تجارية بحسب الموضوع وغير التاجر المقرض والملاحظ أنه بعد إصدار قانون 1977/01/3 تم إخضاع كل الأعمال التجارية بما فيها المختلطة لهذا التقادم العشري .

إن هذا الأجل المقرر قانونا وقضاء أي مدة 10 سنوات قد كان محل نقاش من قبل بعض رجال القانون في فرنسا منهم الأستاذ Lagarde الذي اعتبر أن تفسير محكمة النقض الفرنسية يخدم بالدرجة الأولى مؤسسات القرض ومن شأنها التقليل من المنازعات. [44] ص 120

ترتبط هذه الدعوى بدعوى الوفاء التي قد تحركها المؤسسات وبالالتزام بالاحتفاظ بالمستندات الحسابية والدفاتر التجارية والواقع أن هذه الاعتبارات لا علاقة لها بعقد القرض العقاري الذي يمنح لأجل يفوق في جميع الحالات مدة 10 سنوات وأنه من الضروري المحافظة على وسائل الإثبات الخاصة به طيلة المدة المقررة للوفاء بالقرض .

بالنسبة لنقطة انطلاق احتساب هذه المدة، فإن محكمة النقض الفرنسية قد قررت بصورة ضمنية أن أجل تقادم هذه الدعوى يبدأ سريانه من يوم وضع مؤسسة القرض مبلغ القرض تحت تصرف المدين.

رغم عدم التصريح بهذا الموقف وإفراغه في نصوص قانونية، قد دفع الأستاذين Lagarde و G.Raymond بالتأكيد أنه للاحتفاظ بحق المقرض في الحماية المقررة له قانونا فإن مدة هذا التقادم لا تبدأ إلا من يوم ملاحظة المقرض لمثل هذه المخالفة.

كتعقيب لما سبق تحليله، نعتقد أن المقرض الذي أقدم على تنفيذ التزامه لمدة طويلة أكد أنه كان يجهل تواجد مثل هذه المخالفة، التي تثار في الغالب عند نشوب نزاع بين طرفي العقد لذا

نرجح أن يبدأ سريان مدة هذا التقادم ⁽¹⁾ من يوم اكتشاف المخالفة المرتكبة من قبل مؤسسات القرض خرقا للمتطلبات القانونية الواجب توفرها في الإيجاب المقدم قياسا على عيوب الإرادة كالغلط والتدليس وهو الحكم الذي ذكره صراحة التشريع الجزائري من خلال المادة 101 م. يمثل هذا الأجل مدة التقادم لا المدة الخاصة بعدم قبول الدعوى لانقضاء ميعاد رفعها ومن ثم فإن هذا التقادم يعرف بمقتضى القانون الوقف والانقطاع .

يجب التذكير أن مشرعنا نظرا للانتقادات الموجهة لأحكام القانون المدني الخاصة بهذه المدة والتي اعتبرت طويلة حيث كانت 15 سنة من يوم إبرام العقود 10 سنوات من يوم اكتشاف العيب وهو ما يتنافى و مبدأ استقرار المعاملات والمراكز القانونية والغاية التي وجد التقادم من أجلها، فقد قلص هذه المدة إلى 5 سنوات تحسب من اليوم الذي اكتشفت فيه هذا العيب. إن ميعاد التقادم في التشريع الجزائري ⁽²⁾ بحكم تعديل المادة 101 هو خمس سنوات من يوم اكتشاف العيب، بينما يسري ميعاد الإسقاط من يوم إبرام العقد.

لكن هل الدفع بقيام وتواجد هذه المخالفة والتمسك بها من قبل المقترض، يخضع لذات مدة التقادم الخاصة بدعوى إسقاط الحق في الفوائد لعدم احترام الشروط الضرورية في الإيجاب. الدفع هي وسيلة دفاعية هجومية، بحثة يرمي من خلالها المدعى عليه رفض طلبات المدعي أو تأخير الفصل فيها، ومن ثم نرى بأنه لا يجوز الجمع بين مدة التقادم وأجل سقوط حق المقترض في رفع دعواه لإسقاط حق المقرض في الفوائد لتخلف الشروط والبيانات الإلزامية في الإيجاب، [21] ص 209

عدم الجمع بين التمسك بتقادم دعوى إسقاط الحق في الفوائد، والدفع بتخلف الشروط والبيانات الإلزامية في الإيجاب من شأنه توفير نوع من الطمأنينة والاستقرار في هذا النوع من المعاملات ويشكل جزاءا وقائيا وردعيا لإهمال الدائن، فالدفع لا يخضع للتقادم لأنه من حق المدين وفي مصلحته .

(1) التقادم هو جزاء تهاون الشخص الذي امتنع مدة من الزمن عن التمسك بحقه كما يستدعي استقرار المعاملات أيضا إبقاء الأوضاع القانونية المكتسبة منذ مدة والتي لم يبادر صاحب الحق إلى إنهاؤها.

(2) تقضي المادة 101 بعد تعديلها بموجب القانون رقم 05/ 10 المؤرخ في 10 جوان (يوليو) 2005 ج رعد 44 الصادر في 06/26/ 2005 م بأنه :

" يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت إتمام العقد "

* / بطلان العقد:

القواعد القانونية المنظمة للقرض العقاري، هي من النظام العام بمعنى أن كل اتفاق مخالف لهذه القواعد يعد باطلا، فعلى المقترض أن يعترض على كل اتفاق مخالف لشروط العقد إلا أن هذا البطلان هو من نوع خاص.

يجب الفصل بين الجزاء المقرر عن مخالفة قواعد النظام العام والجزاء المقرر لمخالفة القواعد الخاصة بعقد القرض العقاري، وعدم الخلط بين دعوى البطلان ودعوى المطالبة بإسقاط الحق في الفوائد.

إن المقترض في القرض العقاري الطويل الأمد، يجهل القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد وعندما يتابع من قبل المقرض لأجل الوفاء، يدرك خطورة وضعه، ومن ثم ينطلق في البحث عن سبل لرد دعوى المدعي والاعتراض عليها.

إذا سلمنا بان أحكام عقد القرض العقاري آمرة متعلقة بالنظام العام فإن مفاد ذلك أن مخالفة هذه القواعد الأمرة يستتبع بطلان الشرط الذي جاء على خلاف القواعد الأمرة، و يقتصر البطلان على الشرط المخالف، دون العقد الذي أدرج فيه، ما لم يتبين أن الشرط المخالف كان الدافع و الباعث على التعاقد، وهو الحكم الذي نص عليه المشرع في المادة 104 ت م فإذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، ما لم يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله .

يشمل البطلان الشرط والعقد المدرج به، ما لم يتبين أن الشرط المخالف أكثر فائدة للمقترض، فيقع الشرط صحيحا نافذا كجزء يوقع على المقرض الذي أدرج الشرط ضمن الإيجاب الصادر منه.

يشتمل القانون الفرنسي، الصادر في 13 في يولييه 1979 الخاص، بتصبير و حماية المقترض لشأن عقاري، على نص تشريعي صريح أمر يؤكد ارتباط هذا القانون بالنظام العام، لذا قرر القضاء الفرنسي، بطلان الاتفاقات والشروط المخالفة لأحكامه.

كتقرير بطلان عقد القرض العقاري لعدم مراعاة الإيجاب للمدة اللازمة لصدور القبول، أو بطلان الشرط الذي يقضي بحرمان طالب القرض من التمسك ببطلان العقد، في حالة ما إذا لم إبرام عقد البيع -موضوع القرض- في غضون أربعة شهور من تاريخ الموافقة على منح القرض، بالمخالفة للمادة (9) من ذات القانون، المادة 12-312.L من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

قرر القضاء الفرنسي نفس الجزاء -أي البطلان- في حالة عدم اشتغال الإيجاب على جدول تفصيلي يحدد مقدار الخصم من أصل الدين و مقدار الخصم من الفوائد والمصروفات كل على حدة، لكن هذا المشرع تدخل بالقانون الصادر في 12 أبريل 1996، فقرر بمقتضى المادة(87) منه، تعديل المادة(5) من القانون 1 جويلية 1979(8- L.312 من تقنين الاستهلاك) فأصبح الجزاء يقتصر في هذه الحالة على مجرد تقرير سقوط حق الممول في الفوائد والمصروفات، وليس بطلان العقد كله، و هذا ما قضت به المحاكم الفرنسية فيما بعد، [56] ص 410

بعيدا عن هذا الجدل الذي عرفه الفقه والقضاء، نعتقد انه يجب ترجيح النوع الأول من الجزاءات المدنية، حيث أن إسقاط الحق في الفوائد يعد أفضل بالنسبة للمقترض، فالبطلان من شأنه أن يلزم المقترض برد كل المبالغ التي أخذها وهو ما يولد له مضايقات مالية هو في غنى عنها، خاصة وأن القواعد العامة تقضي بإعادة الطرفان عند بطلان العقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل، إن إسقاط الحق في الفوائد يعاقب فعلا المؤسسة المقرضة، المادة 1/103، ت م

إسقاط الحق في الفوائد لا يشكل بطلانا فهما جزاءان مختلفان من حيث الآثار القانونية فإسقاط الحق في الفوائد ليس جزاء تخلف ركن من أركان العقد كما أنه لا يعد عقوبة جزائية ومن ثم يمكن أن يقضى به كل من القاضي المدني أو الجنائي وكذلك قاضي الأمور الاستعجالية.

إسقاط الحق في الفوائد كجزاء، لا تطبق إلا على الفوائد الاتفاقية ولا يشمل المصاريف والفوائد القانونية المطبقة وأتعاب عملية إنذار المدين أو المقترض ومطالبته بالوفاء.

لأهمية الجزاءات المدنية وبهدف توفير الاحترام المطلوب للقواعد المنظمة لهذا العقد وتفعيل القواعد الحمائية الواجب تقريرها للمقترضين لإغراض عقارية، يمكن ترك أمر اختيار نوع الجزاء للمقترض، فله أن يطلب بطلان الاتفاق أو إبقاءه مع إسقاط حق المقرض في الفوائد.

2/ الجزاءات الجزائية :

طبقا للأحكام القانونية المعمول بها في التشريع الفرنسي، فإن المقرض المؤجر للأموال التي يمنحها في شكل قرض عقاري والتي قد يقوم عن قصد بتجسيده في شكل إيجاب غير مطابق للمتطلبات القانونية الشكلية والموضوعية منها يعاقب بغرامة مالية المادة L 312 /33 Cc F

ان هذه العقوبة الجزائية هي الأنسب، تطبيقا في مواجهة مؤسسات القرض في حالة تلقي المقرض من المقرض نفسه أو المحال إليه القرض ولحساب أحدهما ،دفعات أو ودائع أيا كانت

طبيعتها، ونقترح لتطبيق مثل هذه العقوبة الجزائية إجراء التعديلات اللازمة سواء على قانون النقد والقرض المنظم للبنوك وعملياتها أو القانون الجنائي عملاً بمبدأ الشرعية "لا جريمة ولا عقوبة بغير نص".

ينبغي النص في التشريع الجزائي وبشكل واضح على هذه العقوبة الجزائية المتمثلة في الغرامة المالية في الحالات التالية:

1 - القيام بحملات إشهار مخالفة للإيجاب المقدم على أن يتشدد الجزاء في حالات الإشهار الكاذب .

2 - تقديم إيجاب غير مؤرخ أو متضمن لتاريخ غير صحيح أو مزور .

3 - تلقي من المقرض مبالغ نقدية أو قيامه بسحبها من حسابه الشخصي بأية وسيلة كانت نقداً أو بحصوله على صك أو إذن بالاقطاع.

4 - الاقتراع من حساب المقرض أي مبلغ في حالة التسديد المسبق أو في حالة عجزه عن القرض الذي منح له، بدون إذن مسبق، وبمقتضى شروط العقد.

5- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه .

كيف مشرعنا مثل هذه التصرفات بالبنود التعسفية بمقتضى المرسوم رقم 303/06 المؤرخ في 10/09/2006 وقرر توقيع غرامات مالية في حالة معاينتها .

لم ينظم مشرعنا ولم يوضح جزاء مخالفة البيانات التي يجب ذكرها في الإيجاب الذي يشترط لصحته، أن يصدر في صورة مكتوبة وأن يرسل إلى طالب القرض وكفيله الشخصي عن طريق البريد دون أن يتحمل المقرض أي مصاريف مقابلة ذلك، فإنه يمكن الأخذ بطبيعة الجزاءات الجزائية بفرض غرامات مالية وهو ما يناسب طبيعة البنوك والمؤسسات المالية التي تمنح القرض العقاري.

في سياق هذا الطرح المتعلق بالقواعد الشكلية والموضوعية للإيجاب كعنصر أساسي في ركن التراضي نشير انه لا بد من الاهتمام و بموقف صريح من قبل مشرعنا، بشأن مسألة تنظيم شكل وبيانات الإيجاب في عقد القرض العقاري، وإلزام مؤسسات القرض بتوجيهه للموجب له إجاباً مكتوباً مع تفصيل بياناته، تفادياً لكل غموض لا يخدم المقرض المستهلك محل الحماية،

بتحديد بيانات بيع العقار وغيره من التصرفات المتعلقة ببناء أو تحسين أو ترميم عقار، لتساوي العمليات السابقة من الناحية القانونية والاقتصادية .

نؤكد على أهمية الجزاءات المترتبة على مخالفة القواعد المتعلقة بالإيجاب وذلك بإسقاط حق المقرض في الفوائد المترتبة على القرض والتي يكون لقضاء الموضوع سلطة تقديرها كما نؤكد على دور القاضي الذي قد يحكم ببطان العقد لصالح المقرض، أو بتوقيع الجزاءات المتمثلة في الغرامة المالية على مؤسسات القرض إذا خالفت القواعد الملزمة المنظمة للإيجاب التي سبق اقتراح بعضها.

يتمثل الجزاء المدني الذي يقع حال مخالفة القواعد المنظمة لعقد القرض العقاري ، يتمثل في:
- تقرير بطلان الشرط المخالف للقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، مع عدم نزول المقرض عن المزايا و الضمانات المقررة له بمقتضى القانون.

- سقوط حق المقرض في استحقاق الفوائد كلياً و جزئياً، عوضاً عن البطلان في بعض الحالات كعدم اشمال الإيجاب على جدول تفصيلي لمقدار الخصم من رأس المال و من الفوائد كل على حده بالنسبة للقسط.

- كما يأتي الجزاء المقرر لمخالفة أحكام عقد القرض العقاري إدارياً، و توقيع هذا الجزاء منوط بالجهة الإدارية التي تباشر الإجراءات الرقابية على البنوك والمؤسسات المالية، و هي اللجنة المصرفية.

إذا اكتشفت هذه الجهة الإدارية و هي تمارس مهمتها الرقابية، من خلال موظفيها، ارتكاب إحدى هذه البنوك لفعل أو امتناع أو القيام بنشاط يشكل مخالفة لأحكام قانون النقد والقرض أو القرارات الصادرة تنفيذاً له، أو يمثل خطراً يهدد استقرار ونظام حماية المقرضين ، لهذه الهيئة أن تتخذ ما تراه مناسباً من التدابير الآتية:

1/ توجيه إنذار بإزالة المخالفة خلال مدة محددة.

2/ وقف النشاط لفترة

3/ المنع من مواصلة النشاط، مع تحديد الإجراءات والتدابير اللازمة لمواجهة الآثار

المترتبة على المنع.

رغم أهمية الجزاءات المدنية والإدارية، و كفايتها في بعض الأحوال لتوفير الاحترام المطلوب للقواعد القانونية، إلا أن الجزاء الجنائي يظل من أكثر وسائل الردع فاعلية في حماية المقرضين خاصة في الإطار العقاري.

إيماناً بالحقيقة السابقة نص مشرعنا بطريقة غير مباشرة على جزاءات جنائية توقع على المخالفين :

-توجه العقوبات ضد المؤسسات المالية والبنوك التي تزاوّل نشاط القرض العقاري دون احترام لإحكام القانون السابق الذكر ، إلا أنها يمكن أن تطل من باشر نشاط منح القرض العقاري دون أن يكون مرخصاً له بذلك .

_ إن جرائم مخالفة أحكام قانون النقد والقرض ، تعتبر من قبيل الجرح وان العقوبات المنصوص عليها في القانون المشار إليه أعلاه يجب ان لا تخل بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر .

-بقصد حماية المستهلكين بطريقة مباشرة نرى بان هذه العقوبات تمثل الحد الأدنى لما يمكن أن يتعرض له المخالف من عقوبات بشأن خرق قواعد عقد القرض العقاري، كان تنشر إعلانات أو حملات دعائية خاصة بالقرض العقاري، لا تتوافر فيها الشروط المؤكدة للطابع الحمائي المتعلقة بتبصير وحماية المقترضين لشأن عقاري، و حماية المستهلك في مجال عمليات الائتمان لعقاري .

نؤكد في هذه الحوصلة إن المشرع الجزائري نظم هذه المسألة ليس بمقتضى قانون واحد ، إنما في نصوص عديدة :

- تناول رقابة البنوك و المؤسسات المالية في أدائها لمهام تلقي الودائع ومنح القروض من خلال أحكام الأمر 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض في الباب الثالث منه في المواد 105 إلى غاية المادة .

- نص في هذا المجال على تطبيق الأحكام التي أوردها في المواد 429 و 4/430 من قانون العقوبات المتعلقة بالمخالفات المرتكبة من قبل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد بواسطة بيانات كاذبة .

- أحكام المرسوم التنفيذي رقم 303/06 المؤرخ في 10/09/2006 الذي تقضي المادة 17 منه على ما يلي: "تتم المراقبة والمعائنة وكذا العقوبات المترتبة على مخالفة أحكام المادة 05 من هذا المرسوم طبقاً لإحكام القانون 02/04....." مع التذكير أن هذا النص الأخير حدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و منها الممارسات التعاقدية التعسفية وبين الجزاء الواجب التطبيق من خلال المادة 38 منه المتمثل في غرامة مالية تصل إلى 5000000 دينار جزائري .

لقد نص مشرعنا من الناحية الجزائية وبطريقة غير مباشرة على العقوبات المالية دون المساس بحق المقترض في المطالبة بإسقاط الفوائد أو إبطال الشرط المخالف للقواعد العقد بحسب اختياره كجزء مدني واجب التقرير بنصوص أمره .

2.2.2. قواعد صحة القبول وإثباته

القبول هو الرد على الإيجاب من طرف الموجب له، فهو تعبير عن الإرادة لذلك فهو يخضع للقواعد العامة التي تحكم الإرادة وكيفية إظهارها، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. هو العنصر الثاني من ركن التراضي في العقد، ويجب أن يكون مطابقا للإيجاب وأن يصدر قبل سقوط الإيجاب .

لكن ما طبيعة القواعد التي تميز القبول في عقد القرض العقاري وما حكم القبول الصادر عن المقترض و الكفيل في حالة التعديل الطارئ على شروط العقد ؟ هل ينبغي أن يكون القبول شاملا للعقد بالكامل بعد التعديلات التي أدخلت على شروطه؟

أولا/ - القواعد المميزة للقبول في عقد القرض العقاري

نوجزها فيما يلي :

- لا يحق للموجب له العدول عن القبول في مثل هذا العقد إذا تم إصداره .
- لا يجب أن يصدر قبل انقضاء أجل معين وهو مهلة التفكير في الإيجاب المقدم المحددة دون جهالة ، تُحسب انطلاقا من وصول واستلام هذا الإيجاب وفي هذه القواعد تطبيق بمفهوم المخالفة للأحكام التي تضمنتها المادة 63 ت م .
- إن قاعدة احترام هذا الأجل هي من النظام العام، فهي موجهة أصلا لصالح المقترض للنظر في العرض المقدم له وإجراء مقارنة بينه وبين كيفيات وشروط إبرام هذا العقد مع تلك التي يعمل بها في مؤسسات قرض أخرى .
- يُحسب هذا الأجل كمدة كاملة، فلا يحسب اليوم الأول للإرسال، فلا بد أن يمتد هذا الأجل من تاريخ تلقي الإيجاب واستلامه إلى حين الإعلان عن القبول وتلاقي الإرادتين وإبرام العقد، .

لا يُحسب ضمن هذه المدة القانونية كمهلة تفكير منحت للمقترض أول يوم لتلقي الإيجاب (le dies-aqua) في حين يحسب اليوم الأخير (le dies-ad-quem) ولا يكفي توجيه القبول أو الرد برسالة مؤرخة ومسجلة بل لابد من الإشعار بالاستلام للرد متضمنا تاريخا يفيد التسلم الفعلي

للإيجاب ، كما يشترط لاحتساب اليوم الأخير في مهلة التفكير، أن لا يصادف هذا اليوم الأعياد أو العطل السنوية .

- لا يجوز تحفيظ هذا الأجل ما لم يتفق على خلاف ذلك .

- لا يجوز تجديد قبول قُدم قبل انقضاء هذا الأجل القانوني ، مع ذلك فلا مانع من تقديم

القبول بموجب عقد رسمي في مدة لاحقة لانقضاء هذا الأجل .

- تطبيقا للقاعدة التي تفيد أن هذا الأجل هو من قواعد النظام العام فلا يحق للمقترض

التنازل عنه جزئيا أو كليا فالمدة المحددة لصحة القبول هي:

- مدة معينة من تاريخ استلام الإيجاب، وهذه القاعدة ينبغي تبنيها بنص واضح

واعتبارها من قواعد النظام العام ومن ثم عدم الاتفاق على مخالفتها .

- بعد أجل معين من تاريخ الاستلام، يلزم المقرض بالبقاء على شروط الإيجاب،

وبانقضاء هذا الأجل يسقط الإيجاب.

- للمقترض والكفيل أجل واجب التحديد، للموافقة على الإيجاب ويحق للمقرض التغيير

في إيجابه بعد انقضاء هذا الأجل، فيحق للمقرض إذن بناء على قرار ذاتي أو بطلب من المقترض

تقديم عرض جديد .

- إن تحديد هذا الأجل ضروري لكي يعلم به المقترض وكلاؤه في العرض الأول، وإذا

تضمن رد الموجب له إضافة أو حذف أو تغيير أي شرط ولو بسيط يعد رفضا للإيجاب الذي تلقاه.

- إن القبول هو تعبير عن الإرادة فيجب أن يتم بشكل صريح وهو يخضع من ثم

للأحكام المتعلقة بصحة الإرادة الواردة في نص المادة 60 من القانون المدني.

و ان المادة 63 ق.م لم تحدد طريقة حساب الأجل ولا نقطة سريانه ولكون مدة إبقاء

العرض قائما بشروطه لم تنظم بقوانين خاصة، فندعو المشرع الجزائري بجعل المدة المسموح بها

للقبول معقولة هي مدة تقع بين 10 أيام الى 30 يوما من تاريخ وصول الإيجاب أو استلامه أي من

علم المقترض به، بمعنى أن المقترض لا يستطيع أن يرد على الإيجاب بالقبول أو الرفض قبل

عشرة أيام من تاريخ وصول الإيجاب ولا يستطيع أن يرد بالقبول أو الرفض بعد مرور ثلاثين يوما

من تاريخ وصول هذا الإيجاب.

تخدم هذه المدة ،مصلحة كل من المقرض والمقترض حيث تدفع هذا الأخير إلى التروي

وعدم التسرع في الرد وتمكن الأول من عدم تعليق مصالحه لمدة كبيرة تكون مرتبطة بإرادة

المقترض .

- تطبيقاً للقواعد العامة فإنه لإبرام العقد يلتزم أطرافه بما ورد فيه، لا يجوز لأي طرف أن يغير في شروط العقد أو يتحلل من أثاره، إذ يعتبر ذلك تعديلاً للعقد بإرادة منفردة، و هو ما يتعارض مع أحكام نص المادة 106م التي تعتبر أن العقد شريعة للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا للأسباب التي يقرها القانون أو باتفاق الطرفين.

تمنع القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة السابقة من التقنين المدني، مثل هذا التدخل الانفرادي في تعديل شروط عقد القرض العقاري، لأن ذلك يمس عناصر الرضاء التي كانت أساس التزام المقرض بالعقد، الأمر الذي يستوجب صدور رضاء جديد ليس من جانب المقرض فقط، بل ومن جانب الكفلاء أيضا.

إذا لم تحترم القواعد السابقة التفصيل فإن اتفاق التمويل العقاري يقع باطلا، وهذا البطلان هو نسبي وليس مطلق يحكم به لمن قرر البطلان لمصلحته وهو بالطبع المقرض لأن هذه القواعد يجب إن تقرر أصلا من قبل المشرع لحماية أطراف عقد القرض العقاري ولا يقصد بها عملا تنظيميا يتعلق بهذا العقد.

ثانيا/ -عبء إثبات صحة القبول

يقع على عاتق المقرض أو كفيله الشخصي عبء إثبات صدور القبول منه ووصوله إلى المؤسسة المقرضة وله أن يستعين بالإيصال المسلم له من البريد بوصول إرساله إلى المقرض، وعادة ما يسجل الممول خطابات القبول التي وصلت إليه أو التي قدمت له في سجل معد لذلك، لكن هذا السجل لا يفيد المقرض في إثبات وصول الإيجاب إليه، فعبد إثبات وصول القبول يقع على عاتق المقرض.

لتأكيد صحة القبول من الناحية القانونية فإن مسألة إثبات واحترام الأجال القانونية، مبدئيا كدليل يقع على من يتمسك بعدم صحة القبول أي من يتمسك بالادعاء العكسي. يعود الأمر للمقرض ذاته أو ذوي الحقوق .

عمليا لا تلجأ مؤسسات القرض إلى إرسال الإيجاب عن طريق البريد وتتمسك بالدليل المسبق La prevue pré constituée - ، حيث يوقع المقرض على تسليم الإيجاب وكذلك عن قبوله في وثيقة مؤرخة ومحتفظ بها في ملف القرض.

يكون تعبير القابل دائما وبالضرورة واجب التسلم بمعنى أنه لا ينتج أثره إلا إذا وجه إلى شخص الموجب (Déclaration soumise pour réception) .

تعمل مؤسسات القرض على احترام هذا الإجراء العملي ، لعلمها أن كل مخالفة ترتب لا محالة مساءلتها المدنية وحتى الجزائية إذا ثبت أن التاريخ المبين في الإيجاب وكذا في القبول هما تاريخين غير صحيحين، ولقضاء الموضوع السلطة التقديرية في التحقق في مدى احترام هذه الأجال القانونية.

يجب إذن لصحة القبول أن:

1- يرسل إلى الموجب عن طريق البريد، وهذا الشرط من شأنه الموازنة، بين التزامي الموجب والموجب له، وقد أكد القضاء الفرنسي على ضرورة احترام هذا الشرط وأنه لا يعتد بتقديم ورقة عادية لان احترام شكلية الرد تثبت صحة القبول.

Jérôme Rabenom، Avertissement sur la fiabilité des textes : Tex – Inter – Net

Le droit sur Internet BERLIOZ CONSULTING

إن مؤسسات القرض التي تدفع بالمترا شح للقرض أو الكفيل لقبول إيجاب غير مؤرخ أو يتضمن تاريخا مزيفا يدفع بالاعتقاد بأنه قد تم بعد انقضاء الأجل المحدد قانونا ، تعاقب جزائيا بدفع غرامة مالية، كما قد تحرم كلياً أو جزئياً من حقها في الفوائد.

2- أن يكون قبول المقترض والكفيل شاملاً لشروط العقد كلها، ما تم تعديله منها، و ما لم يطرأ عليه تغيير. حتى تتاح للشخص فرصة معرفة جميع حقوقه والتزاماته و مقارنتها كذلك بالشروط الأساسية الواردة بالمحرر المقدم له .

3- تتاح للمقترض مهلة معقولة للتفكير بروية ، و تدبر في الإيجاب بعدما لحقه من تعديلات وهو ما يكفل توفير حماية أكبر للمقترض ضد ما قد يفرضه المقرض من شروط لاحقة على العقد الأصلي، كما يسمح للجهة الإدارية بممارسة رقابتها على الممارسات التعسفية التي قد تصدر عن المؤسسات المالية القائمة على تمنح القرض العقاري.

يقضى القانون الفرنسي بأن كل تعديل في شروط الحصول على القرض و بصفة

خاصة قيمة أو معدل الفائدة، يجب أن يسبقه صدور عرض جديد من جانب المقرض، [38] ص 3.

الهدف من صدور عرض جديد من جانب الممول، هو الحيلولة دون إتقال كاهل المقترضين وتعريضهم لصعوبات بقرار انفرادي من جانب المقرض بتعديل شروط العقد قبل صدور قبول المقترض للعرض المقدم له، ولقد جعل القضاء الفرنسي منه حكماً عاماً بهدف حماية المقترض بعد إبرام العقد و ليس قبله.

وسع القضاء الفرنسي ومد نطاق الحماية، لتغطي المراحل التمهيديّة التي تسبق إبرام العقد العقاري، و تلك التي تلي انعقاده و تعاصر تنفيذه.

يجب على المقرض الممول الانصياع لحكم القاعدة السابقة، فيبادر إلى إصدار عرض جديد لشروط التمويل المقترح، قبل أن يشرع في أي إجراء يمثل تعديلا لمبلغ القرض أو لمعدل الفائدة المستحقة عليه ولا يكفي، بان يعرض ذلك على المقرض و يحصل على رضائه بالتعديل، الذي قد يعد من قبيل التنازل عن التمسك بتلك القاعدة، فلا يجوز التنازل عن حكم القاعدة، الأمر المتعلق بالنظام العام، لأن هذا يعد بمثابة التنازل عن النص الأمر و هو ما لا يملكه الشخص الذي تقررت الحماية لصالحه، [54] ص 229.

يستوجب أي تعديل في شروط القرض، خاصة تلك المتعلقة بقيمة أو بمعدل الفائدة أن يسبقه عرض جديد من جانب الممول حيث تزداد قيمة المبالغ المطلوبة سدادها وكذلك لا يجوز التنازل، عن حكم مقرر بقاعدة أمره متصلة بالنظام العام.

Cass 1er Civ. 8/10/1996 ، Cass 1er Civ 6/01/1998

كل تعديل في تعريف و تحديد المخاطر المضمونة وآليات ضمان المؤمن لا يمكن الاحتجاج بها قبل المقرض الذي لم يصدر عنه قبولا جديدا.
لكن قد نتساءل هل كل تعديل في شروط القرض العقاري و صدور إيجاب جديد من جانب المقرض يخضع لقبول المقرض و الكفيل؟

إن تطبيق هذه القاعدة من شأنه ، توفير الحماية والاستقرار على الأقل بالنسبة للشروط الأساسية للقرض كمبلغ القرض كأصل ونسبة الفائدة دون آجال القرض.

يميل القضاء الفرنسي إلى عدم الحكم بالبطلان إذا اقتصر التعديل في شروط القرض على مدة السداد مع بقاء مبلغ القرض ومعدل الفوائد ثابتان دون تعديل، إذ اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن النصوص التي تستوجب صدور إيجاب جديد سابق على كل تعديل في شروط القرض لا تنطبق إذا ترتب على التعديل تغيير في مدة القرض ، حيث امتدت فترة السداد ،مع بقاء مبلغ القرض و معدل الفائدة و الشروط الأخرى كما هي دون تعديل.

إن أهم إجراءات الحماية التي تهدف إلى تأمين صدور رضاء المقرض بروية و تدبير، تتمثل في رأينا في مهلة التفكير في الإيجاب الصادر من المقرض لدراسته والرد عليه.

تعتبر هذه الإجراءات امتدادا للالتزام المقرض بالتبصير والإفصاء والتحذير، إذ يعتبر الأمران ضروريان لصدور رضاء المقرض وقبوله بصورة مستنيرة معبرة، غير مشوبة بما قد

يؤثر فيه أو ينال من فاعليته، و هو في الغالب لا يمتلك أجهزة فنية أو إدارية تتولى إجراء دراسات مسبقة عن جدوى إبرام عقد القرض العقاري، وكيفية مواجهة تكاليف السداد، و تدارك النتائج غير المرغوب فيها، الأمر الذي يوجب إتاحة الوقت أمامه لاستشارة ذوي الاختصاص، وتقدير الجوانب القانونية والاقتصادية للعقد الذي يسعى لإبرامه.

ميدانيا ورغم عدم وجود نص يذكر صراحة منح المقترض مهلة زمنية للتفكير في العرض والرد عليه، فإن المؤسسات المقرضة تعترف -ضمنيا- للمقترض طالب القرض بمهلة للتفكير في عرض القرض والرد عليه- تبدأ الإجراءات بأن تسلم لطالب القرض العرض الخاص بالعقد، مصحوبا بنموذج للشروط الأساسية، وبعد دراسته والتفكير فيه واستيفاء المستندات المطلوبة، يتم إبرام عقد القرض العقاري ويكون من بين مستلزماته، إقرار من المقترض وبخط يده، بأنه قد اطلع عليها قبل توقيعه.

يقع عبء تقدير كفاية هذه المهلة على القضاء، لوصول الإيجاب لطالب القرض ودراسته والتفكير فيه وتدبير المستندات اللازمة له، وهو ما يقتضي أن يكون تاريخ إرسال الإيجاب أو تسليمه لطالب القرض ثابتا ومعلوما، ويمكن التذليل على ذلك بتقديم إيصال تصدير العرض بالبريد أو توقيع طالب القرض على سجل يخصص لذلك لدى المصالح المختصة بمؤسسات القرض ويقدر القاضي ما إذا كانت المدة التي انقضت ما بين هذا التاريخ وبين الوقت الذي تم فيه إبرام عقد القرض العقاري والذي يجب أن يكون تاريخه ثابتا- كافية لطالب القرض للتفكير في العرض والرد عليه.

قد يستغني عن هذه السلطة التقديرية بالنص صراحة على، مدة التفكير التي يجب منحها للموجب له و كيفية تقديرها.

أكد القانون الفرنسي على التزام المقرض بالإبقاء على الشروط التي حددها خلال مدة لا يقل حدها الأدنى عن ثلاثين يوما، محسوبة من تاريخ تسلم المقترض للإيجاب. و يظل الإيجاب طوال هذه المدة صالحا لصدور قبول مطابق، من جانب المقترض ومن جانب الكفلاء الذين صرح بهم، إذا كانوا أشخاصا طبيعيين، وليس بوسع المقترض أو الكفلاء قبول الإيجاب قبل مضي عشرة أيام من تاريخ تسلمهم له، و يجب أن يكون قبولهم مكتوبا، و مرسلا بالبريد المسجل مع علم الوصول، أو أية وسيلة أخرى فاعلة في إثبات تاريخ الوصول، المادة 10-312.L من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

حسم المشرع الفرنسي موضوع تحديد المدة التي تمنح لطالب التمويل للتفكير في العرض و الرد عليه، و بذلك يلتقي الإيجاب بالقبول و يتم العقد. والحد الأدنى لهذه المدة لا يقل عن 30 يوما من تاريخ تسلم طالب القرض للإيجاب، فإذا تضمن الإيجاب شرطا يحدد مدة أقل كان الشرط باطلا، لكن دون مساس بالإيجاب نفسه، الذي يظل صحيحا.

تكون أمام طالب القرض مدة أقلها شهر لقبول الإيجاب، أما إذا تضمن الإيجاب بندا يسمح بمدة أطول لصدور القبول من جانب طالب القرض، كان الشرط صحيحا، والتزم المقرض بالبقاء على إيجابه المدة المحددة في الإيجاب، وليس له أن يعلن سحب إيجابه قبل انقضاء المدة المبينة فيه، و أساس التزام المقرض هذا هي إرادة المشرع المنصوص عليها في القانون.

إذا كانت مدة الثلاثين يوما ملزمة للمقرض ، فإنها لا تلزم طالب القرض ، إذ بوسعه أن يعبر عن إرادته قبل فوات هذه المدة، أو قبل فوات المدة المحددة في الإيجاب إذا كانت أطول من ذلك. غير أنه لا يمكن أن يصدر منه قبول صالح لان يقترن بالإيجاب و يتم العقد قبل فوات مهلة عشرة أيام من تاريخ تسلمه للإيجاب.

إذا صدر القبول قبل مضي مدة الأيام العشرة لم يكن هذا القبول صالحا لان يقترن به الإيجاب، فيبطل العقد كاملا، و لا يكون له أي اثر، فهذه القاعدة أمره متعلقة بالنظام العام.

أن هذا المنهج يراعى به مصلحة أطراف هذا العقد، حيث يسمح لطالب القرض و لكفلاء بالتفكير في العرض المقدم بتدبر في شروطه، دون خوف من سقوط العرض أو سحبه من قبل المقرض، ودون أن يكون هذا الأخير ملزما بالبقاء على إيجابية إلى ما لا نهاية، أو خلال مدة مسرفة في الطول، فإذا انقضت المدة التي حددها في العرض دون أن يصله قبول من جانب طالب القرض، كان هذا بمثابة رفض للعرض و يؤدي إلى سقوط الإيجاب أو سحبه من جانب المقرض، و

قد طبق القضاء الفرنسي المبادئ السابقة بهدف حماية المقترض [45] ص1850

le non respect de ce délai est sanctionne par la nullité relative de l'engagement de l'emprunteur ne peut être invoque que par la personne qu'elle a vocation de protéger cette règle protectrice d'un intérêt prive

في دعوى أقامها أحد الكفلاء، شخص طبيعي - ضد البنك الممول طالبا الحكم ببطلان تعهده بكفالة المقترض، على اعتبار أن موافقته قد صدرت قبل مضي مهلة العشرة الأيام المنصوص عليها، رفضت محكمة الموضوع دعواه، لأن مخالفة القاعدة السابقة، لا ترتب بطلان عقد القرض العقاري بقوة القانون، لكن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم على ساس أن

مخالفة الحكم الخاص بمنح المقرض و الكفيل مهلة للتفكير و هو حكم أمر متعلق بالنظام العام يرتب بطلان العقد بطلانا مطلقا، وان حضور الكفيل شخصيا و توقيعه أمام الموثق لا يرفع هذا البطلان، فإعادة صدور القبول من جانبه لا أثر له، إذا العبرة بالقبول الذي صدر منه أولا.

في دعوى أخرى حصل، زوجان على قرض عقاري، صدر الإيجاب من المؤسسة المقرضة في 31 مارس 1989، تم توقيع العقد في 13 أبريل 1989، عندما توقف الزوجان عن السداد، شرع المقرض باتخاذ إجراءات الحجز والتنفيذ على العقار، طعن الزوجان بأن عقد القرض العقاري باطل لمخالفته لقاعدة أمره متعلقة بالنظام العام، التي تقضي، بأنه لا يمكن قبول العرض قبل مضي عشرة أيام على الأقل من تاريخ تسلمه.

كررت محكمة النقض الفرنسية نفس القاعدة السابقة عندما عرض عليها النزاع ، التي تقضي بأن قضاة الموضوع ليس بوسعهم ،استبعاد الحكم بالبطلان على أساس أن القبول قد صدر مجددا بعد انقضاء مهلة الأيام العشرة، لكنها رفضت الطعن في الحكم لان قضاة الموضوع قد قرروا بسلطتهم التقديرية، أن القبول قد صدر بعد مضي عشرة أيام من تاريخ تسلم العرض. تقدير ما إذا كانت المهلة المحددة للتفكير قد انقضت ،يخضع لسطة قضاة الموضوع، وإذا كان الاتفاق يحمل تاريخين أحدهما مصحوبا بالتوقيع، فمن حقهم الأخذ بالتاريخ الأخير دون الأول، طالما قد اطمأنت المحكمة لذلك .

بالنسبة لتاريخ صدور الإيجاب من المؤسسة المقرضة وتسلمه من قبل طالب القرض يمكن إثباته بشتى الطرق، و لا يشترط أن يكون ذلك عن طريق إرساله بالبريد المسجل مع علم الوصول، حيث لا يشترط القانون ذلك إلا في القبول الذي يجب أن يكون مرسلا بالبريد المسجل مع علم الوصول.

يجوز أن يكون القبول عبارة عن توقيع بالموافقة على خطاب الإيجاب الذي أرسله الممول إلى المقرض، يمكن أن يرسل القبول بواسطة المقرض نفسه أو بواسطة وكيله ولكن يجب أن تكون الوكالة هنا وكالة خاصة تمنح الوكيل سلطة إبرام عقد القرض العقاري .

إن المدة المسموح بها للقبول هي مدة معينة ،من تاريخ وصول الإيجاب إلى علم المقرض بمعنى أن المقرض لا يستطيع، أن يرد على الإيجاب بالقبول أو الرفض قبل وصول الإيجاب ولا يستطيع أن يرد بالقبول أو الرفض إلا بعد أجل معين من تاريخ وصول الإيجاب إليه. يجب أن لا يتجاوز هذا الأجل 40 يوما كما حدده التشريع الفرنسي والذي يبدو معقولا مراعاة لمصلحة كل من المقرض والمقرض.

يمكن هذا الأجل المقترض من التفكير وعدم التسرع في الرد على الإيجاب المقدم له و المقرض أو مؤسسة القرض لا تعلق مصالحها مدة كبيرة بإرادة المقرض .

هذه المدة هي أطول من تلك الممنوحة للمستهلك، لإبداء القبول في عقود الاستهلاك وذلك نظرا لخطورة عقد القرض العقاري وضخامة مبلغ القرض محل هذا العقد.

نؤكد على أهمية الجزاءات المترتبة على مخالفة القواعد المتعلقة بالإيجاب وذلك بإسقاط حق المقرض في الفوائد المترتبة على القرض والتي يكون لقضاة الموضوع سلطة تقديرها كما نؤكد على دور القاضي الذي يحكم ببطالان العقد لصالح المقرض، أو بتوقيع الجزاءات المتمثلة في الغرامة المالية على مؤسسات القرض إذا خالفت القواعد الملزمة المنظمة للإيجاب التي سبق اقتراح بعضها. أما بالنسبة إلى القبول فيجب، أن يصدر في صورة مكتوبة، أن يرسل من المقرض إلى الممول عن طريق البريد بمعنى أنه يتخذ نفس شكل الإيجاب في اتفاق التمويل العقاري و أن يكون خطاب القبول موقعا عليه من المقرض ومن كفيله الشخصي الذي يلتزم معه، كما يمكن أن يرسل كل منهما خطابا منفصلا بالقبول إلى المقرض.

يستطيع من وجه إليه الإيجاب خلال مدة واجبة التحديد ودون أدنى مسئولية أن يرفضه، و لا يترتب على هذا الرفض استرداد المقرض أي مبلغ لأنه لم يشرع بعد في تنفيذ اتفاق التمويل، أما إذا حظي الإيجاب بالقبول خلال هذه المدة فلا يستطيع المقرض أن يتحلل من التزامه الذي يبدأ في إنتاج أثره .

يترتب على مخالفة القواعد السابقة جزاءا يوقع على المقرض، إذا تقاعس عن تنفيذ اتفاق التمويل العقاري بعد صدور القبول من المقرض بالصورة القانونية مع احترام وجوب تضمين الإيجاب في وثيقة مكتوبة وأن يكون واضحا مفصلا و شاملا، لصدور رضاء مستتير و مترو من المقرض، استخدامه أية وسيلة من وسائل الغش أو التزوير في إثبات سقوط حق المقرض في التمتع بالحماية التشريعية الخاصة بقبول المقرض للإيجاب.

بما أن عقد القرض العقاري ذا طبيعة خاصة يختلف عن غيره من العقود لاسيما إذا أصبح عدد أطرافه ثلاثة وأن الطرف القابل فيه هو المشتري (المقرض) وكذا المستفيد، فإن القبول لابد أن يصدر من كل من المشتري أي المقرض والمستفيد الذي هو بائع العقار إذا كان التصرف المطلوب تمويله هو شراء عقار، أما إذا كان التصرف المطلوب تمويله هو بناء أو ترميم أو تحسين العقار، فلا بد من تحديد الشكل القانوني لهذا القبول الذي يجب أن يكون مكتوبا، ويقع على عاتق القابل إثبات ذلك ، وإذا رفض أي منهما الإيجاب الصادر من الممول لا يبرم الاتفاق ولا

يترتب عليه أي أثر، أما إذا صدر قبول من كل منهما أبرم اتفاق التمويل وأنتج آثاره، والتزم كل طرف في هذه العلاقة القانونية .

تخضع المدة التي يصدر فيها القبول أو الرفض لسلطة قاضي الموضوع .

قد يفتح عدم التنظيم القانوني بنصوص إلزامية واضحة للإيجاب والقبول في عقد القرض العقاري مجالاً، لإثارة مشكلات تتعلق بتفسير هذا العقد .

لتفادي مثل هذه الصعوبات نطلب توضيح هذا الشأن في التشريع الجزائري بنصوص قانونية أمرة، لان القواعد المنظمة لعقد القرض العقاري هي قواعد متعلقة بالنظام العام، و يترتب على هذا التصنيف نتائج قانونية غاية في الأهمية على مختلف الأصعدة و الهادفة في مجملها إلى تحقيق نوع من التوازن بين مصالح طرفي العقد، وذلك بتوفير الحماية للمقترض و تقديم الضمانات للمؤسسات المقرضة ومنه نقترح أن تكون صياغة هذه القواعد في أحكام أمرة على النحو التالي:

* في القروض العقارية يجب على المقرض تحرير عرض يوجه مجاناً إلى المقرض

عن طريق البريد ، وعند الاقتضاء إلى ضامنيه متى كانوا أشخاصاً طبيعيين .

* يجب أن يتضمن العرض المذكور أعلاه ما يلي :

- 1 . هوية الأطراف والضامنين عند الاقتضاء .
 - 2 . طبيعة وموضوع وشروط عقد القرض، وخاصة آجال وشروط وضع مبلغ القرض تحت تصرف المقرض وكذا جدول التسديد .
 - 3 . مبلغ القرض وعند الاقتضاء أجزاؤه المستحقة بصفة دورية وتكلفته الإجمالية .
 - 4 . تكلفة التأمينات والضمانات العينية والشخصية المطلوبة لمنح القرض .
 - 5 . الشروط المتطلبة لأية حوالة محتملة للقرض للغير .
 - 6 . التذكير أن إرسال العرض يلزم المقرض بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم العرض من قبل المقرض .
- * أن يقدم العرض للمقرض والضامنين ولا يجوز لهم قبول العرض إلا بعد مرور عشرة أيام من تسلمهم له .

*-يتعين أن يصرح بالقبول بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل .

*-كل تعديل لشروط الحصول على القرض، وخاصة مبلغه وسعر فائدته يستوجب تسليم المقرض عرضاً مسبقاً جديداً مع الإشارة أن هذا الحكم لا يطبق على القروض ذات سعر فائدة متغير و تسليم المقرض بيان مرفق بالعرض المسبق بشروط وكيفية تغيير السعر .

* إلى أن يقع قبول العرض من طرف المقترض، فإن أي دفع تحت أي شكل كان لا يمكن أن يتم من المقترض لصالح المقرض.

* إلى أن يقع هذا القبول فإنه لا يجوز للمقترض أن يقوم بأي إيداع أو توقيع أو ضمان أية ورقة تجارية .

* إذا وقع المقترض الإذن بالافتتاح من حسابه البنكي أو البريدي فإن نفاذ هذا الإذن يتوقف على صحة عقد القرض .

2. 2. 3. القواعد الإجرائية المنظمة لمرحلة ما بعد التعاقد

من خلال استعراض الأحكام السابقة المنظمة لمراحل إبرام هذا العقد بيننا أن القرص العقاري الذي يكون بهدف شراء عقار، أو إقامة بناء على أرض يملكها المقترض أو تمويل عمليات الترميم أو التحسين لبناء قائم يملكه، يمثل الأداة القانونية التي تنظم العلاقة بين المقترض وبين المؤسسة المالية التي تتولى عملية منح القرض، بهدف منح الائتمان في مجال إنشاء أو تملك أو تجهيز أو صيانة أو إصلاح المساكن .

المقرض هو دائما مهني، يتخذ من عملية منح الائتمان بما فيها القرض العقاري نشاطا له، وهو الذي يتخذ دائما شكل مؤسسة مالية، تتمتع بتفوق اقتصادي، وتنظيم إداري وتقني يفوق بكثير خبرات الطرف الآخر، الذي يشترط فيه أن يكون شخصا طبيعيا، مستهلكا عاديا .

تضطلع منظومة القرض العقاري في الجزائر بدور الذي، يمكن أن به تحقيق أهداف المجتمع الرامية إلى القضاء على مشكلة الإسكان، وتكريس حق المواطنين في السكن، يعتمد بالدرجة الأولى على مدى الحماية التي توفرها النصوص، المتعلقة بها للفرد العادي المستهلك و بضرورة أن تكون القواعد الإجرائية المنظمة لمرحلة ما بعد إبرام عقد القرض العقاري محددة وملزمة خاصة بالنسبة للمؤسسات المقرضة .

فنتساءل من خلال هذا المطلب عن القواعد القانونية التي من شأنها أن تكون الإطار لحقوق والتزامات أطرافه، بعد تلاقي إرادتهما، فتبرز وبشكل دقيق التزامات المؤسسة المالية المقرضة وكذا المستهلك المقترض حتى لا يستطيعا التهرب من الخضوع لها، أو التعديل فيها، أو الخروج عن هذا الإطار القانوني والتنظيمي .

2. 2. 3. 1. التزامات المقرض

يعرف الفقهاء الاعتماد المصرفي عموماً بأنه العملية التي يقوم من خلالها البنك بوضع مبلغ من المال تحت تصرف شخص يسمى المقرض مقابل تعهد هذا الأخير بإعادة المبلغ المذكور مع الفوائد في الميعاد المتفق عليه، إن هذه القواعد تنطبق على عقد القرض العقاري محور هذه الدراسة وهو عقد يتطلب مبدئياً تدخل شخصين هما مؤسسات القرض والمقرض [02] ص 232.

إذا أبرم اتفاق القرض العقاري صحيحاً ووقع عليه الأطراف نتجت عنه التزامات تقع على عاتق المقرض بأن يدفع مبلغ القرض المتفق عليه، ولكن من جهة أخرى يقع على عاتقه التزام آخر هو إخطار المقرض، بصورة دورية ببعض البيانات، التي تفيده في تنفيذ التزاماته، وقد نقسم هذه الالتزامات عموماً إلى نوعين:

1 - الالتزام بنقل ملكية النقود إلى حساب المقرض

بمجرد توقيع عقد القرض العقاري بالتراضي، يتعهد المقرض بنقل ملكية النقود إلى حساب المقرض في الجانب الدائن منه ومن ثم يلتزم بضمان الاستحقاق ويصبح المقرض بمجرد إتمام العقد دائناً للمؤسسة المقرضة بهذا المبلغ، فيستطيع المقرض أن يطالب المقرض بهذا المبلغ شأنه في ذلك شأن سائر دائنيه.

كما يلتزم المقرض بأن لا يطالب برد المثل بحسب جدول الاستحقاق المتفق عليه إلا في الآجال المحددة وهذا الالتزام السلبي في جانب المقرض يفسر بوضوح كيف يجري فسخ القرض إذا أخل المقرض⁽¹⁾ بالتزاماته في دفع المستحقات الدورية والفوائد المشروطة. يقابل هذا الالتزام السلبي التزام المقرض بالوفاء بالمستحقات وبتوابعها من فوائد وعمولات ومصاريف، وإلا حق له أن يسترد القرض وتوابعه بمجرد الفسخ وقبل نهاية حلول أجل انتهاء العقد.

انطلاقاً من مضمون عقد القرض العقاري باعتباره عقد رضائي تبادلي فإن أول التزام يقع على المقرض مؤسسة القرض هو أن تضع تحت تصرف المقرض قيمة القرض الذي وعدت به ويتحدد التزام البنك من نواحي ثلاث: المبلغ المتفق عليه، الكيفية التي يستفيد بها منه، والآجل الذي ينتهي عنده العقد.

(1) الفوائد الاتفاقية التي يحددها أطراف الاتفاق، الفائدة القانونية التي تحددها النصوص القانونية الآمرة حماية للمقرض من الفوائد الفاحشة، بل إن بنك الجزائر هو الذي يحدد الهوامش المرجعية لمعمل الفائدة المطبق من قبل البنوك الابتدائية.

يلتزم المقرض بأن يضع المبلغ المتفق عليه تحت تصرف المقرض في دفعات على أنه يحق للمقرض أن يسحبها دفعة واحدة أو في دفعات متتالية بحسب احتياجاته.

نكيف التزام البنك في عقد القرض العقاري بأنه التزام بأداء عمل حتى ولو كان وعدا منصبا على وضع مبلغ تحت تصرف المقرض ، إذا امتنع دون مبرر شرعي مقبول عن تنفيذ التزامه أي عن تنفيذ العقد، الذي التزم بإبرامه ،جاز للمقرض أن يطلبه بالتنفيذ لأن التزامه هو التزام بأداء عمل وليس التزاما بدفع مبلغ من النقود حتى ولو كان القرض محله تقديم مبلغ نقدي وان التعويض الذي يحكم به عليه لا يتضمن الفوائد التأخيرية⁽¹⁾ بل يشمل كل الضرر طبقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، تطبيقا لأحكام المادة 176 ت م ،فالمؤسسة المقرضة تعد في هذه المرحلة مدينا ملزما بتنفيذ ما تعهد به.

بعبارة أخرى كل توقف أو امتناع عن تنفيذ التزامه، يكون محلا لإجباره على التنفيذ ويحق للقاضي أن يلجأ إلى توقيع الغرامة التهديدية والتعويض الذي يشمل كل الضرر فضلا على استرداده للعمولة والمصاريف التي كان قد دفعها.

هذا ويعتبر البنك مسئولا بمجرد طلب التنفيذ لأن طمأنينة المقرض المستفيد إلى حصوله على القرض لشراء سكن أو القيام بعملية بناء ذاتي أو ترميم أو إصلاح غاية جوهرية في العقد وقد يفسر هذا الحكم بالتعويض الكامل، على أساس العدالة التي توجب تعويض الدائن تعويضا

كاملا، [20] ص 457

إن المقرض ملزم بدفع مبلغ القرض، بعد توقيع عقد القرض العقاري و له أن يدفع هذا المبلغ للمقرض قبل إبرام العقد المراد تمويله، إذا كان عقد اقرض معلقا على شرط واقف لإبرام العقد المراد تمويله، فيلتزم بدفع قيمة القرض المتفق عليه حتى ولو كان يساوي قيمة العملية القانونية المراد تمويلها كلها.

يستطيع المقرض اختيار الوقت المناسب لدفع مبلغ القرض إلى المقرض، دون أن يزيد عن أجل معقول من تاريخ مطالبة المقرض لمبلغ القرض وذلك بعد تحقق الشرط الواقف المعلق عليه اتفاق التمويل وهو إبرام العقد المراد تمويله.

(1) تدفع الفوائد التأخيرية، عند التأخر في الوفاء بمبلغ القرض .

2- الالتزام بتبصير المقترض و الإفضاء إليه بالمعلومات .

من بين الالتزامات الأخرى التي تقع على عاتق المقرض نذكر الالتزام بإخطار المقترض دوريا بالبيانات المهمة الخاصة بالعقد.

يقصد بالبيانات المهمة تلك التي تؤثر على حقوق والتزامات أطرافه كقيمة القرض الأصلي ، قيمة الأقساط ، مصاريف العقد ونفقاته .

لم يعد الالتزام بالإفضاء للمتعاقد بكل المعلومات المتعلقة بالعملية القانونية المراد إبرامها، و تبصيره بمختلف جوانبها، و تحذيره مما قد يترتب عليها من نتائج، وما قد يعترضها من مخاطر، قاصرا على مجال دون آخر، وهو اتجاه تبلور في القوانين المعاصرة، بهدف حماية المستهلك في مواجهة من يتعامل معهم من مهنيين ، نتيجة توجه المجتمعات المعاصرة نحو التخصص، بحيث أصبحت المعارف العلمية والتقنية حكرا على المتخصصين المهنيين.

إن الالتزام بتبصير المتعاقد و الإفضاء إليه بالمعلومات الضرورية وتحذيره من بعض الأمور يكتسب خصوصية عندما يتعلق الأمر بعقد القرض العقاري الذي يتميز بطول اجل الوفاء به و بقيمة القرض.

لتعارض هذا الالتزام بالتبصير على عاتق المؤسسة المالية المقرضة مع واجبها بعدم التدخل في شؤون المقترض يميل القضاء الفرنسي إلى اعتناق رأي نسبي.

فلم يجعل من التزام المؤسسة المقرضة بالتبصير التزاما مطلقا من كل قيد، بل وضع له ضوابط ورسم له الحدود، بحسب شخص المقترض المتعاقد معه، هل هو مستهلك عادي ، أم مهني، لديه معرفة علمية و خبرة فنية، يفترض فيه أنه على بصيرة بما يقدم عليه وما يلتزم به،.

رفضت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بوجود التزام بالتبصير على عاتق البنك المقرض لصالح احد المهنيين، المقترضين الذين يفترض فيهم أنهم على دراية تامة بعملية التمويل

و بمدى الالتزامات المالية السابقة في ذمته [19] ص 128.

في هذا المقام وانطلاقا من هذا الموقف للقضاء الفرنسي نؤكد على ضرورة إثارة مسؤولية المؤسسات المالية للقرض في حالة الإخلال بالالتزام بالتبصير والإفضاء والتحذير، بترجيح تطبيق المبادئ التالية :

• في مواجهة الخير، تنعقد مسؤولية المؤسسة المصرفية وفقا للقواعد العامة للمسؤولية

التقصيرية القائمة على أساس الخطأ (المادة 124 ت م)

• في مواجهة الكفلاء ، فإن مسؤولية المؤسسة المصرفية تتعدّد كذلك بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ.

• بالنسبة لأطراف عقد القرض العقاري أنفسهم فيجب التمييز بين المرقي العقاري الذي يفترض فيه معرفة ودراية بما يقدم عليه وما يترتب عليه من نتائج و بين المستهلك المقرض العادي الذي يلتزم المقرض، في مواجهة أكثر من مجرد الإفضاء بمعلومات حول العقد حيث ينبغي أن يبصره ويحذره بطريقة محددة وواضحة، في حين انه لا يكلف ،بذلك في مواجهة المقرض المهني السابق الذي يتخذ من شراء وبيع وتأجير العقارات نشاطا اعتياديا له ، حيث يكون من حق المقرض أن يعتبر، أن المتعاقد معه ليس في حاجة إلى تحذير ، فتثار مسؤولية المقرض في الحالة الثانية دون الأولى.

إن هذا الالتزام بالتبصير والإفضاء بالمعلومات، يعد التزاما مستثمرا على عاتق المقرض، يمتد طوال الفترة المحددة لسداد الأقساط.

يعتبر إخطار المقرض بهذه البيانات من الالتزامات الملقاة على عاتق المقرض والتي تتولد كأثر لإبرام العقد ، إن إجبار المقرض بإخطار المقرض دوريا بقيمة التمويل ومصاريفه وفوائده يكون إلزاميا إذا كان الوفاء مستحقا شهريا.

يجب إذن على المقرض أن يخطر المقرض دوريا، بمقدار القسط وفوائده ومصاريفه كما يجب عليه أن يخطر المقرض، بأي تغيير يرد على عنوان المؤسسة وعلى بياناتها الشخصية. لا يستطيع المقرض أن يتحلل من هذا الالتزام بالإحالة إلى بيانات مماثلة سبق إعلانها للمقرض .

بالنسبة لشكل الإخطار فيجب أن يكون مكتوبا بطريقة واضحة وبأسلوب مفهوم وكذلك بلغة يعرفها المقرض وعلى العموم ينطبق على هذا الإخطار كافة القواعد السابق بيانها والمتعلقة بعلائية مراحل إبرام العقد من خلال احترام القواعد الإجرائية الشكلية والموضوعية لصحة الإيجاب وكذلك القبول .

يلتزم المقرض نظرا للطابع الحمائي لقواعد هذا العقد بدفع غرامة ، عند كل مخالفة وتمكين المقرض من حقه في طلب بطلان العقد لأن هذه القواعد قررت أصلا لمصلحته .

وقد نلخص البيانات التي يلتزم المقرض بإخطار المقرض بها وبحسب الأهمية والمتعلقة بالعقد محور التنفيذ على النحو التالي:

1 - قيمة القرض والتكاليف الإجمالية المستحقة منذ بداية منح القرض وحتى تمام التسديد.

2- قيمة ما أداه المقترض من أقساط السداد وما أداه من تكاليف حتى تاريخ الإخطار.

3 - قيمة الأقساط وتكاليف القرض المتبقية .

4 - أية رسوم أو تكاليف أو مصاريف يتم خصمها من حساب المقترض ولو كانت تنفيذا

لنص القانون أو لشرط اتفاقي أو لحكم قضائي .

5 - أي تغيير يطرأ على عنوان المقرض الذي يلتزم المقترض بالسداد لديه .

6 - أي تغيير يطرأ على كلفة القرض .

7- أية معلومات تتصل بعلم المقرض ما يمكن أن يؤثر على ضمانه.

أما فيما يتعلق بمسألة تنفيذ هذا الالتزام المتمثل في الإخطار الذي يجب على المؤسسة

المصرفية المقرضة توجبه دوريا للمقترض، فإنه يقع على عاتق مؤسسات القرض إثبات قيامها بهذا الالتزام دوريا، بتسليم وثائق داخلية تسحب بطرق الكترونية.

أخيرا نشير إلى عدم احترام مؤسسات القرض في الجزائر ميدانيا لهذا الالتزام مما

يفرض بالضرورة تدخل المشرع، لتقرير وبقواعد أمرة عدم جواز خرق القواعد الإجرائية التي تؤمن حماية المقترض .

يجب أن يكون المشرع حريصا على تقرير إجراءات تضمن احترام هذه القواعد و

تطبيقها بفاعلية، وإدراج مهمة التحقق من تنفيذه في إطار تطبيق نظام المراقبة على الجهات التي تزاول أنشطة منح القروض العقارية.

3- حفظ المعلومات الخاصة بعقود القرض العقاري

قد تتور إشكالات بمناسبة سير هذا العقد، يستفيد منها المقرض الذي يكون دوما في

مركز سيادي، يسمح له بأن يملئ شروطه لكونه يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي.

بهدف معالجة اختلال التوازن بين أطراف هذه العلاقة القانونية، والقضاء على المعوقات

التي تعترض سبيل اللجوء إلى مثل هذا النوع من الائتمان فإنه لابد أن تفرض على مؤسسات

القرض أنظمة موحدة لتسيير القروض الممنوحة للمستهلك المقترض الذي يعتبر بالنسبة إليه اقتناء

السكن، من الضروريات .

يقتضي حسن تسيير هذه القروض تحديد آجال للاحتفاظ بالمعلومات التي تذكر في الملفات وكذا حساب نسبة المخاطر المتعلقة بها، ذلك أنه لا يجوز الاحتفاظ بهذه المعلومات لفترة تفوق فترة تنفيذ العقد.

إذا لم يمنح هذا القرض يحتفظ بالبيانات الخاصة بالمقترض وخصائص القرض لمدة قصيرة ، من باب الالتزامات وكذا الاستطلاع.

2. 2. 3. التزامات المقترض

يحق للشخص الطبيعي -الفرد العادي- أن يتقدم لطلب إبرام عقد القرض .

إذا كان باستطاعة الحصول عليه، فإن القواعد القانونية التي تنظم هذا التصرف تلزمه بحسن تنفيذه تطبيقاً للقواعد العامة والخاصة المنظمة لهذا العقد.

نلخص التزامات المقترض في ما يلي :

1 - استخدام القرض بحسب الغرض المخصص له

يلتزم المقترض باستخدام القرض بحسب الغرض الموجه إليه وبحسب حاجته إليه فهو لا يلزم باستخدامه إلا للحاجة المخصص لها، وبما أن القرض العقاري يمنح من أجل استخدامه في غرض معين هو شراء سكن أو بنائه أو ترميمه أو توسيعه للبنك أن يراقب هذا الاستخدام بزيارات تبرمج عند كل دفعة، تقيد في الجانب الدائن للحساب الشخصي للمقترض، وله أن يقطع القرض إذا أخل العميل بهذا الشرط واستخدم القرض في غرض آخر.

إن استخدام هذا القرض أمر شخصي يمنح للمستفيد المباشر منه ، لذا لا يجوز لهذا الأخير أن يحيل حقه لشخص آخر بدون رضا المقرض، وإن وكل غيره في استخدامه، ظل مرتبطاً بالعقد .

إن الاعتبار الشخصي مسألة جوهرية في عقد القرض العقاري لذا لا ينتقل حق المقترض إلى الورثة كما أن المطالبة بتنفيذ عقد القرض المتفق عليه هي مسألة شخصية يرجع أمر تقديرها إلى المقترض المستفيد ، لا يجوز لدائنه حينئذ أن يحلوا محله في طلبها ولا أن يحجزوا على هذا الحق تحت يد البنك.

جرت الأعراف المصرفية⁽¹⁾ على أنه لا يجوز الحجز على القرض الذي لم يستخدم بعد، لأن الأمر لا يتعلق بمدى إتقان المقرض بتقديم المبالغ النقدية بشروط معينة فتظل المبالغ محل عقد القرض في ذمة المقرض إلى حين وقت دفعها فعلا إلى حساب المقرض، وعند ذلك فقط ينشأ مركز الدائن ومركز المدين ولذلك لا يقع الحجز على الأموال فهي ملك للمقرض كذلك لا يجوز استخدام الدعوى غير المباشرة من دائن المستفيد للمطالبة بها حيث أن هذه المطالبة هي من الحقوق المتعلقة بشخص المقرض.

2- رد مبلغ القرض

قد يتم تنفيذ هذا الالتزام بصفة دورية أو بطريقة معجلة وان الأسلوب الثاني هو الذي يثير أكثر الإشكالات لذا سنتناوله بشيء من التفصيل.

أولا / الوفاء المتتابع

إن الالتزام الجوهرى الذي يقع على عاتق المقرض، هو رد مبلغ القرض محل التمويل فإذا وفى بهذا المبلغ انعدمت الحاجة للجوء للضمانات التي يلتزم المقرض بتقديمها . يشمل رد مبلغ القرض، المبلغ الذي دفعه المقرض وكذا الفوائد المنفق عليها والمصاريف كالرسوم الإدارية ويسدد عمليا هذا المبلغ على أقساط شهرية قد تصل إلى عشرين عاما وأن المقرض قد يعجل في الوفاء بمبلغ القرض كله أو جزءا منه وذلك قبل الميعاد المنفق عليه . لا تبرأ ذمة المقرض من هذا القرض إلا برده كأصل وتوابعه، فإن مؤسسات القرض تقبل استثناء الرد الجزئي ومقاضاة المقرض بما تبقى.

تطبق البنوك التجارية، ما يسمى بشروط البنك الجديدة les nouvelles conditions de banque الواردة من بنك الجزائر في شكل منشور أو مذكرة⁽²⁾ تتضمن الشروط العملية المطبقة على كل عملية⁽³⁾ مصرفية المحددة لمكافأة القروض (الفوائد المدينة، العمولات، المصاريف، تواريخ القيمة، الرسوم المتعلقة بمختلف العمليات البنكية).

وبالنسبة للقرض العقاري محور هذه الدراسة فإن الشروط المطبقة على القرض العقاري

هي بنسبة 7 % و 8 % بحسب ما إذا كان العميل موفرا أو غير موفر.

(1) يقصد بالأعراف والعادات المصرفية، تلك التقنيات والأساليب التي تسرى واستقرى عليها التعامل في المجال المصرفي فتثبتت في أذهان المتعاملين مع البنوك، بأنها قواعد ملزمة واجبة الاحترام، فهي عبارة عن شروط تعاقدية ضمنية ذات قوة إلزامية.

(2) note.circulaire - ..Circulaire ou lettre circulaire .

(3) Intérêts créditeurs – agios – commissions –frais de gestion – dates de valeur- taxes concernant les opérations bancaires.

محل الالتزام في عقد القرض العقاري هو مبلغ من النقود وهي معلومة المقدار، فإذا تأخر المدين عن الوفاء به كان ملزماً بدفع تعويض عن التأخير في شكل فوائد يحددها الاتفاق في عقد القرض العقاري أو ينطق بها القاضي بحسب ما هو متعارف عليه ومعمول به في مؤسسات قرض أخرى .

في حالة ما إذا أغفل الحكم الفصل في الفائدة يمكن متابعة المدين قضائياً ، ذلك أن تنفيذ الحكم ، لا يعتبر تنازلاً عنها، فإذا أقام المقرض المدعي دعوى جديدة للمطالبة بها فإنها تسري اعتباراً من تاريخ إقامة الدعوى الأولى لأن إغفال الحكم بها لا يكون سبباً لسقوطها، فالفائدة هي من الأمور التبعية فلا يمكن أن تسقط بالتقادم إذا كان الالتزام الأصلي غير متقادم. تقوم الدعوى المؤسسة عند ذلك، على طلب الفائدة دون غيرها، لان الحكم السابق أغفل الفصل فيها .

استحقاق الفوائد التأخيرية، تجب فيه المطالبة القضائية ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك في عقد القرض وبشكل واضح.

أما إذا اتفق الطرفان على سريان الفوائد التأخيرية بالسعر الاتفاقي من وقت حلول أجل الدين، كان الشرط صحيحاً قانوناً وللمقرض مطالبة المدعي عليه بالفوائد التأخيرية دون حاجة إلى إجراء قانوني.

من ناحية أخرى فان عدم توضيح المدين المقرض المطالب بالوفاء لمقدار الفائدة الفاحشة التي قد تطبقها مؤسسة القرض المدعي عليها من أصل الالتزام توضيحاً كاملاً، لا يلزم محكمة الموضوع بالبحث عن هذا الدفع مراعاة لحماية مصالح المقرض الطرف الضعيف في عقد القرض العقاري.

ثانياً/ الوفاء المعجل

للمقرض أن يعجل الوفاء بأقساط القرض كله أو بعضه، فإذا رغب في التعجيل بالوفاء بكل أو بعض أقساط الثمن أو القرض وجب عليه إخطار المقرض الممول، بذلك قبل موعد السداد المعجل بفترة معقولة ويتم في هذه الحالة خفض الأقساط المستحقة عليه، وفقاً لجدول يرفق بعقد القرض، يحدد القيمة التي يتم الوفاء بها، بحسب التاريخ الذي يتم الوفاء فيه من سنوات أقساط القرض.

إذا كان تطبيقاً للقواعد السابقة، لا يجوز إسقاط حق المقرض في التعجيل بالوفاء أو الحد منه فإنه لا يجوز في المقابل مفاجأة المقرض بالرد المعجل لمبلغ القرض، بل يجب تنبيهه، لتدبير

أمره عن طريق إخطاره بالرغبة في تعجيل الوفاء و يجب أن يتم ذلك الإخطار قبل الموعد الاحتمالي للسداد المعجل بفترة .

ليس المقصود من الإخطار الحصول على موافقة المؤسسة المقرضة على تعجيل الوفاء بل هو إجراء لازم لصحة السداد المعجل وفقا للأعراف والعادات المصرفية.

لحماية الائتمان العقاري، ومصصلحة طرفي هذا العقد فقد أجاز القانون الفرنسي للمقترض وبالضرورة بناء على طلبه تعجيل الوفاء بالقرض كله أو بعضه كما سمح للمقرض أن يضمن عقد القرض العقاري بندا يمنع على المقترض تعجيل الوفاء بمبلغ يساوي أو يقل عن 10% من القيمة الأصلية للقرض ما لم يكن ذلك هو كل المبلغ الباقي من القرض.

إذا تضمن العقد بندا يجيز للمقرض المطالبة بتعويض نظيرا للفوائد التي لم تستحق بعد فإن هذا التعويض لا يجوز أن يزيد مقداره عن مبلغ معين يمثل نسبة محددة عن كل مدة زمنية من زمن القرض و إلا عد مخالفا للقواعد العامة وقد اضطلع التشريع الفرنسي بتحديد نسبة التعويض. ART L312/21 Loi No 99/532 du 25/06/1999 : L'indemnité ne peut excéder la valeur d'un semestre d'intérêt sur le capital remboursé au taux moyen du prêt sans Pouvoir dépasser 3% avant le remboursement du capital restant du ART L312/21 du C CF

لتفادي الإضرار بمصلحة المقترض، تناول هذا التشريع، فكرة تحديد التعويض الذي يعود للمقرض في حالة التسديد المعجل للقرض أو في حالة عجز المدين عن الوفاء بقيمة القرض. أوجب التشريع الفرنسي، تحديد هذه النسبة في العقد وهذا دون إجحاف أو ضرر بحق المقترض، حيث اعتادت مؤسسات القرض على النص في العقد على تعويضات مرتفعة لا تتناسب والضرر الحقيقي الذي أصابها من تعجيل الوفاء.

حدد بقواعد آمرة هذه النسبة الواجبة التطبيق في حالة التسديد المسبق للقرض، بحيث يجب أن لا تتجاوز قيمة سداسي من الفوائد وتحسب على أساس قيمة رأس المال المسدد بنسبة متوسط القرض دون أن يتجاوز هذا التعويض 3% من رأس المال الواجب الدفع أي المتبقي.

أما بالنسبة للقروض التي تخضع لنسب فوائد متدرجة Taux d'intérêts graduels فإن هذا التعويض يحسب بحسب فترات التسديد:

2% بالنسبة للسنة الأولى.

3% بالنسبة لأربع سنوات.

قد يضاف إلى التعويض مبلغ يقدر ب 5% كضمان للمقرض وهو ما يعبر عنه بالفوائد

التعويضية (Les intérêts compensatoires).

أقر القضاء الفرنسي، أن الفوائد التي يجوز للمقرض أن يطالب المقترض بها في حالة تعجيل الوفاء بالقرض، لا تعتبر من قبيل الشرط الجزائي ولا تسري عليها أحكامه و بالتالي لا يجوز للقاضي تخفيضها على أساس أن هذه الفوائد المقررة صراحة لا تعتبر في الحقيقة تعويضا عن عدم تنفيذ القرض ذلك أن العقد قد تم تنفيذه عن طريق الوفاء المعجل.

كما يجب على القاضي مراقبة كيفية احتساب هذه الفوائد والآليات المتبعة في حالة الوفاء المعجل إذا لم يكن ذلك موضحا في العقد الأصلي.

إن فكرة الفوائد التعويضية هذه التي نص عليها صراحة التشريع الفرنسي قد كانت محل رفض من قبل بعض رجال القانون، رغم أن المحكمة العليا بفرنسا قد قررت أن هذه الفوائد التعويضية التي حدد نسبتها المشرع لا تخضع لأي تخفيض لأن القصد من وراء تقريرها هو تقديم أجر للمقرض بشرط أن يعلم بها المقترض مسبقا عند تلقيه الإيجاب المتضمن لكل البيانات والمعلومات المحددة لكيفية وشروط حساب هذه الفوائد التعويضية، [52] ص 399

أكد بعض رجال القانون في فرنسا أن الفوائد التعويضية التي يلتزم بها المقترض ليست تعويضا بل تعد جزاء أو عقابا، وحسب اعتقادنا فإن الشرط الذي يقضي بهذه الفوائد التعويضية، الذي ينظم تعويض الضرر لا يعد شرطا جزائيا وإنما هو شرط التعويض الجزافي، وإن التحديد وبنص خاص وأمر من قبل مشرعنا لهذه الفوائد التعويضية من شأنه حماية المقرض وجعل أجر

القرض مطابقا لنسبة الفائدة المتفق عليها، [26] ص 511، [23] ص 475

يجب أن تذكر طرق حساب هذه الفوائد التعويضية بشكل واضح، في الإيجاب، و أن تبرز في جدول الاستحقاق المرفق بالإيجاب، ذلك أنه عند كل أجل يجب أن يحدد رأسمال كأصل الدين والفوائد المفصلة وهذا هو السبيل الوحيد لأعلام المقترض أنه يمنع عليه التسديد المعجل تحت طائلة تقديم فائدة تعويضية محددة عن الفوائد غير المستحقة .

بشأن التكيف القانوني لهذا التعويض، عن التسديد المسبق هل يعتبر شرطا جزائيا و هل يمكن تخفيضه من قبل القاضي؟ للإجابة ينبغي الرجوع لحكم الفقرة الثانية من المادة 184 ت.م.:"... يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كل مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

عرف الأستاذ CORNU الشرط الجزائي، بأنه شرط تهديدي بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين في حالة عدم تنفيذ التزامه الأصلي أو التأخير في تنفيذه بأن يدفع للطرف الثاني تعويضا في شكل مبلغ جزافي في الغالب يفوق قيمة الضرر الحقيقي .

هذه العقوبة المنصوص عليها Peine Stipulée لا يمكن أن تعدل أو ترفع قيمتها من قبل

القاضي إلا إذا كانت مجحفة أي مفرطا في تقديرها أو كانت زهيدة، [24] ص 112

لم يعرف مشرنا الشرط الجزائي، ولم يحدد القواعد التي تحكمه بل نص على أن التنفيذ بطريق التعويض يكون بموجب حكم، أي بتدخل القاضي وليس بموجب اتفاق بين الأطراف فقطت المادة 176 ت.م على أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم التنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

أصل الشرط الجزائي هو إرادة للمتعاقدين والظروف المحيطة بتنفيذ الالتزام ، فهو ضرب من الشروط المقترنة بالعقد، يتفق بمقتضاه الطرفان على تعويض يتحملة الطرف الذي أخل بالتزامه العقدي سواء تمثل هذا الإخلال في عدم تنفيذ الالتزام أصلا أو تنفيذه على الوجه المتفق عليه أو التراخي في تنفيذه .

لا يخالف هذا الشرط مقتضى العقد ولا يناقض أصلا شرعيا ، فيظل على الأصل العام في

الشروط وهو الإباحة.

إذا كان بعض الفقهاء قد قصر الضمان أو التعويض على إتلاف المال أو إهلاكه فإن الراجح أن الضمان يتسع ليشمل الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام العقدي في كل صورة ومن ذلك تعويض المنافع وحتى تكتمل عناصر المسؤولية العقدية فإنه لا بد من وقوع الخطأ المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام أو مجرد التراخي في التنفيذ أو تنفيذ على غير الوجه المتفق عليه وأن يكون هناك ضررا وأن يكون الخطأ هو سبب الضرر وهو ما يعرف بعلاقة السببية .

لا تقوم المسؤولية العقدية، إذا تخلف احد هذه العناصر و بالتالي لا تترتب آثارها

التمثلة في التعويض، إذا ورد الشرط الجزائي أو التعويض ألتفاقي في العقد ، كان للقاضي أن يثبت توافر عناصر المسؤولية فإذا وجد أن الخطأ الذي وقع لم يشكل ضررا بالدائن أو كان الضرر الذي وقع لا يتناسب مع قيمة التعويض المتفق عليه فإن إلزام المدين بالتعويض في الحالة الأولى أو بكل التعويض في الحالة الثانية يؤدي إلى ضرر بالمدين تجب إزالته، بعدم إلزام المدين

بالتعويض في حالة عدم وقوع ضرر بالدائن أصلاً أو بتخفيف مقدار التعويض ألتفاقي إذا كان الضرر يسيراً لا يتناسب مع قدر التعويض محل الألتفاق التعاقدي [29] ص 510.

في الوقت الذي تضاربت فيه الآراء حول طبيعة الشرط الوارد في عقد القرض العقاري الذي يوجب المقترض في حالة التسديد الكلي أو الجزئي المسبق بدفع تعويض مناسب، اعتبر من قبل البعض، بأنه شرط من الشروط التعسفية، إلا أن محكمة النقض في فرنسا حسمت الموضوع وأكدت على أن التعويض عن التسديد المسبق لا يعد شرطاً جزائياً، لأن هذا التعويض لم يقصد به ضمان تنفيذ التزامات المقترض بل تعويض المقرض في حالة التسديد المسبق عن بقية الفائدة الوسطى للقرض، التي لم يتقاضاها بحكم هذا التسديد المسبق. هذه القاعدة تعد من النظام العام الواجبة الاحترام وهي تطبيق للقواعد الخاصة المنظمة للقرض العقاري، الواجبة التطبيق عن القواعد العامة لأن الخاص يقيد العام ومن ثم لا يحق للقاضي تخفيض مبلغ التعويض المحدد مسبقاً

عن التسديد المعجل، [54] ص 217

نظراً لأهمية توضيح أمر هذا التعويض الذي قد يطالب به المقرض في حالة التسديد المسبق فإننا نقترح ما يلي :

- * ضرورة ذكره في عقد القرض.
- * معرفة المقترض للحد⁽¹⁾ الأقصى للمبلغ الذي يجب دفعه وطريقة حسابه.
- * ضرورة التمييز بين التعويض عن التسديد المسبق والشرط الجزائي الذي يلتزم بموجبه أحد طرفي العقد بدفع مبلغ كتعويض جزافي للضرر، الذي يلحق الطرف الثاني لعدم تنفيذ الألتزام الأصلي .
- * منح القاضي بقوة القانون أو بطلب من المدين، إمكانية الحكم بتخفيض قيمة هذا التعويض عن التسديد المسبق إذا كان التقدير مفرطاً أو وقع خطأ في حسابه.
- * تعديل نص المادة 176 ت م بالنص على انه إذا كان عدم التنفيذ وليس استحالته لايد للمقترض فيه، فلا يحكم عليه بالتعويض ذلك لان المقترض بالجوء إلى مكنة الوفاء المعجل يكون قد نفذ التزامه الأساسي وهو رد مبلغ القرض .

(1) في التشريع الفرنسي وبموجب آخر التعديلات فإن التعويض عن التسديد المعجل الكلي أو الجزئي لا يجب أن يتجاوز قيمة سداسي الفوائد المطبقة على رأسمال الذي تم رده الخاضع لنسبة الفائدة المتوسطة، دون أن يتجاوز هذا المبلغ 3% من رأسمال الواجب الدفع قبل التسديد .

عمليا و عن الوضع في الجزائر، تشير إلى أن المؤسسات المقرضة المانحة لقروض العقارية تسمح بأن يعجل بالوفاء بكل أو بعض أقساط ثمن العملية القانونية وسواء عجل بالوفاء بأقساط الثمن أو بالوفاء بأقساط القرض، ما يؤدي إلى تخفيض الأقساط المستحقة عليه في القرض وفقا لجدول الاستحقاقات، مع واجب إلزام المقترض بإخطار المقرض، قبل موعد السداد المعجل. يتم تخفيض الأقساط المستحقة عليه بما يتناسب مع تعجيل الوفاء وفقا للقواعد العامة، فإذا اتفق على الفوائد، كان للمدين أن يعلن عن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل من تاريخ هذا الإعلان، و في هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة.

عند النص في العقد على تعويضات مرتفعة لا تتناسب والضرر الحقيقي الذي قد يصيب مؤسسات القرض من تعجيل الوفاء، لقضاة الموضوع سلطة تقدير مدى ارتكاب هذه المخالفة ومنه تقدير العقوبة المالية التي تؤثر ايجابيا في ذمة المقترض، وكذلك تقدير إمكانية تحفيظ هذه النسبة إذا شككت إجحافا بحق المقترض، تطبيقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

لتأطير هذه المسألة، لا بد من النص على إلزامية، بيان نسبة الفوائد التعويضية في متن جدول الاستحقاقات المرفق بالإيجاب حتى يتعرف المقترض عن كل التزاماته، تفصيلا ك رأس المال الواجب الوفاء به وكذا كل أنواع الفوائد بقيمتها وطريقة حسابها.

لقد اخضع مشرنا عقد القرض العقاري إلى قواعد عامة وأخرى خاصة ومنها المنظمة للقرض الاستهلاكي.

الفائدة هي إذن ثمن تأجير النقود، فيلتزم المقترض بدفعه إلى المقرض مقابل تنازله عن ملكية هذه النقود، وهي أيضا ثمن الانتظار والاستخدام والانتفاع وهي حقائق تتعارض والوفاء المسبق.

يخدم اشتراط الفوائد بالدرجة الأولى مصلحة المقرض ولا يحق للمقترض أن يحرمه من هذا الحق بإرادته المنفردة وخروجا على هذه القاعدة كان ضروريا أن يذكر في القانون نصا صريحا يجيز الوفاء المسبق في القروض العقارية بإرادة المقترض على أن يرتبط هذا الوفاء الكلي أو الجزئي بموافقة الدائن المقرض.

لقد ذكر مشرنا بصورة عامة أنه لا يجبر المدين على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، المادة 277ت.م.

تحقيقاً للتجانس بين النصوص القانونية، فإن تطبيق الحكم الوارد في هذه المادة يقتضي نصاً خاصاً يرخص للمقترض وبمبادرة منه بالتسديد الكلي أو الجزئي للقرض قبل حلول أو انقضاء أجل الوفاء.

إذن يمكن للمدين بمبلغ من النقود (المقترض) وباتفاق مسبق أن يعجل الوفاء بالدين - كله أو بعضه - قبل الميعاد المتفق عليه وهذه قاعدة يجب اعتبارها آمرة متصلة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض في الرد أو الحد منه و ذلك لمساعدة المدين على التخلص من شدة الدين و التقليل من عبء الفوائد المترتبة عليه و تشجيع الائتمان.

ما يجب التأكيد عليه في هذا الشأن، انه لا يترتب على تعجيل الوفاء بمبلغ القرض كلياً أو جزئياً إعفاء المقترض كلياً من الفوائد المستحقة عن الفترة المتبقية من مدة القرض بل يقتصر الأمر على إجراء خفض للأقساط المستحقة وهذا التخفيض يتفاوت بحسب التاريخ الذي يتم الوفاء فيه. إجرائياً يرفق بعقد القرض العقاري المستند الذي يبين جدول الاستحقاق، الذي يحدد القيمة المخفضة التي يتم الوفاء بها .

المنطق يفرض عدم معاقبة من أقدم على تنفيذ التزامه قبل حلول الآجل، وإلزامه بدفع تعويض، على خلاف الوضع عند التأخر في الوفاء، مع قد يسمح للمقرض بأن يشترط تعويضاً لا يتجاوز حداً معيناً، على أساس أن القرض أبرم لتحقيق مصلحة المقرض الذي قد يتضرر من الوفاء المعجل فتضيع عنه فرصة الحصول على حقه في الفوائد الغير المستحقة، وتحمله لمصاريف تسيير إضافية، خاصة وأن المقرض غير متأكد من توظيف هذه المبالغ بنسبة فوائد تقارب نسبة الفوائد المطبقة على القرض موضوع التسديد المسبق.

من الضروري النص وبشكل صريح، على أن المقترض يعفى من هذا التعويض إذا كان التسديد المسبق أو المعجل مبرر ببيع المال العقاري موضوع التمويل، أو بسبب تغير محل النشاط المهني للمقترض أو لزوجته أو بسبب الوفاة أو التوقف الاضطراري لنشاطهما.

لا ننتهي من تناول هذه المسألة وما تثيره من إشكالات قانونية دون التطرق إلى ما يعرف بالمؤنات لأجل Provisions sur terme ، وهي التقنية التي تتلخص في إيداع المقترض لمبالغ مالية لدى المؤسسة البنكية مانحة القرض والتي تخضع لاقتطاعات شهرية لتغطية الاستحقاقات، إلى أن ينفذ هذا المبلغ المودع فيعود نظام الوفاء إلى المسار العادي المتفق عليه أصلاً. إن هذه التقنية التي قد تخدم في بعض الحالات المقترض قد اعتبرها بعض القضاء في فرنسا خرقاً لواجب الحماية المقررة قانوناً للمقترضين في القرض العقاري ورتب بطلانها.

يرى الأستاذ Guy raymond أنه إذا، ثبت إبعاد وبيد خاص حق الوفاء المسبق المقرر قانونا للمقترض مقابل الاتفاق حول المئونات لأجل التي لا يقبل بها إلا المقرض فإن العقد سيكون باطلا أما إذا كان الاتفاق المبرم حول المئونات لأجل لم يبعد قانونا أو فعليا حق التسديد المعجل وقد أبرم هذا الاتفاق عن علم ودراية، فإن هذا الاتفاق يعد صحيحا منتجا لكل آثاره القانونية، [43] ص 27

كأصل عام للمقترض مطلق الحرية في أن يعجل في الوفاء بأقساط التمويل العقاري كلها أو بجزء منها وذلك قبل الموعد المتفق عليه، وليس لمؤسسات القرض أن ترفض هذا الوفاء المعجل .

إن هذا الإجراء قد يحقق مصلحة المقترض، لكنه من جهة أخرى قد يتضرر منه المقرض، حيث ينشأ عنه ارتباك في مركزه المالي والقانوني، لذا نقترح تقييد، حرية التسديد المسبق بما يلي :

- حماية للمقترض ومنع لجشع بعض مؤسسات القرض، يجب النص على عدم منع المقترض عن الوفاء الجزئي الذي يمثل نسبة معينة من القرض إلا بوجود شرط خاص في العقد، يمنع الاتفاق على عدم الوفاء المعجل بأقساط القرض إذا كان هذا الوفاء يساوي أو يقل عن نسبة معينة من المبلغ الإجمالي للقرض

- خلو العقد من شرط يتعلق بمسألة التسديد المسبق، ليس من شأنه حرمان المقترض من اللجوء إلى هذا الوفاء المسبق إن توفرت دواعيه:

* حصول المقترض على موارد أخرى معتبرة تزيل الحاجة إلى القرض.
* إمكانية الحصول على ذات قيمة القرض وبشروط أقل شدة من الشروط التي يتطلبها المقرض.

* التخلي عن المسكن موضوع التمويل لظروف عائلية خاصة كالطلاق وتغيير مكان العمل.

- أن يدرج بندا في العقد يسمح للمقترض، بالحصول على تعويض في حدود النصاب المحدد مسبقا بنص تشريعي أمر لتغطية خسارته عن الفوائد المستحقة، على قرض التمويل التي تسقط بالوفاء المعجل، دون السماح بالاتفاق على تعويضات أخرى يدفعها المقترض للمقرض.

- أن يتخذ المشرع موقفا صارما ،أمرا لحماية المقترض بالنص على حق المقترض في تعجيل الوفاء ، و يمكن صياغة هذا الحكم على النحو التالي :

* يجوز للمقترض التسديد المسبق للقرض كله أو جزء منه قبل حلول الأجل المتفق عليه دون أي قيد أو شرط ودون أن يكون ملزما بأداء أي تعويض للمقرض، وكل شرط مخالف يكون باطلا بقوة القانون.

3- دفع مصروفات العقد

من التزامات المقترض ،تحمل مصروفات القرض ودفع المستحقات الدورية والفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها هي.

إن مصروفات القرض كالرسوم و تحرير العقد و الرهن العقاري الذي يضمن بحسب الأصل القرض هو الذي يتحملها، قياسا على مصروفات إنشاء عقد البيع حيث تقضي المادة 393 ت م: " إن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم يكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

يلتزم كذلك بمصاريف الإجراءات القانونية لتحصيل الدين والتنفيذ العقاري وأتعاب المحاماة وغيرها من المبالغ التي يحتمل إنفاقها للحراسة القضائية، وغير ذلك وإجمالا كل مبلغ يصرفه المقرض في سبيل تنفيذ هذا العقد.

4- المحافظة على العقار الضامن

لعل أهم ما يميز القروض العقارية عن غيرها من القروض، أنها تمتد خلال فترة زمنية طويلة، تستغرق عشرات السنين ،قد تطرأ خلالها حاجة للمقترض، تدعوه إلى التصرف في العقار موضوع عقد القرض العقاري، لأنه أضحى، يمثل عبئا ، كمسكن يفوق حاجته الشخصية. كما قد يحدث ما يؤدي إلى الانتقال من قيمة العقار الضامن، لسوء استعماله أو إهماله في الصيانة. ، فما هي الإجراءات المقترحة للمحافظة على الضمان العقاري؟ .

تضع القواعد العامة على عائق الراهن، التزاما بضمان سلامة الرهن، كما تخول الدائن المرتهن الحق في أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا.

له في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، و أن يرجع على الراهن بما ينفقه (المادة 898 ت م). فإذا لم تجد هذه الوسائل، و وقع حادث أدى إلى هلاك العقار الضامن

أو تلفه، مما أثر بشكل كبير في ضمان الدائن المرتهن، كان له- إذ نشأ الهلاك أو التلف بخطأ من الراهن- أن يختار بين مطالبة الراهن بتقديم تأمين كاف، أو أن يستوفي حقه فور.

إذا كان سبب الهلاك أو التلف راجعا إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، و لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان للمدين الخيار بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفي الدين فورا قبل حلول الأجل، (المادة 2/899 ت م)

إذا ترتب على هلاك العقار الضامن استحقاق الراهن لتعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، انتقل الرهن بمرتبته إلى هذا المال (المادة 900 ت م)

لمسألة الحفاظ على حقوق ومصالح المقرض أهمية ، إذا أخل المقرض بالتزاماته المترتبة على عقد القرض، والمتعلقة بالوفاء بالمبالغ المستحقة في مواعيدها، و الحفاظ على العقار الضامن من الهلاك أو التلف، للمقرض إلزام المقرض بالوفاء، وعند الضرورة- المبادرة إلى اقتضاء حقه جبرا ، و التمسك بمسئولية المقرض عن نقص قيمة العقار الضامن.

إن عقد القرض العقاري، الذي يجب أن يخصص لشراء أو تحسين عقار يستخدم لغرض سكني، يجب أن تحصر موضوعاته، حماية لمصالح المقرض كما يوجب على طرفيه احترام الالتزامات الناشئة عن هذا العقد طبقا لقواعد القانون العام وقانون النقد والقرض مع احتفاظهما بحرية تحديد طريقة تنفيذ علاقتهما خلال مدة العقد.

رغم هذه الحرية التعاقدية فهذا لا يمنع من تدخل المشرع، نظرا لطبيعة ونتائج هذا العقد بسن قواعد من شأنها تقييد حرية كل من المقرض والمقرض علما أن عقد القرض العقاري يلقي التزامات على عاتق كل منهما .

تعتبر التزامات كل طرف حقوقا للطرف الأخر وذلك بهدف معالجة اختلال التوازن بين أطراف العلاقة القانونية، والقضاء على المعوقات التي تعترض سبيل اللجوء إلى مثل هذا النوع من الائتمان.

إن نطاق التزامات طرفي العقد، تحدد أصلا بموجب الاتفاق وبما أن موضوع عقد القرض هو مبلغ من النقود، فإن المقرض ملزم برد المبلغ الذي اقترضه ولو كان عدم الوفاء سببه القوة القاهرة وإلا تتخذ الإجراءات التنفيذية لبيع العقار بالمزاد العلني.

هو ملزم بدفع الأقساط الشهرية مضافا إليها الفوائد التي تحدد أسعارها الدائنة منها والمدينة من قبل بنك الجزائر وهو تحديد ذا طابع إلزامي بالنسبة للطرفين على اعتبار أن هذه

الهيئة هي سلطة تنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها وتعد الأحكام الصادرة عنها من القواعد المتعلقة بالنظام العام.

نسبة الفوائد هي اتفاقية وأساس استحقاقها هو تراضي الدائن والمدين ومن ثم لا يحق للدائن رفع هذه النسبة وبالتالي يمنع الغلو أو الربا الذي قد يطبق على القروض العقارية، فيجب تطبيق النسبة الحقيقية الإجمالية TEG ولتحديد هذه النسبة يجب إعلام المقترض بكل ما تتضمنه وبالإضافة إلى الفوائد كل النفقات والمصاريف والعمولات.

إن تنوع قواعد الحماية التي يوفرها القانون للمقترض، تختلف بحسب ظروف التعاقد، هل هو شخص عادي، أو مهني يفترض فيه أنه على دراية ومعرفة بما يقدم عليه، كما تختلف بحسب المستوى الذي تتدخل فيه الحماية؛ هل هو عند إبرام العقد، أو أثناء سريانه، إذ يجب أن يقدم المدين المقترض على التعاقد و هو على بينة من أمره، كما يجب أن تتاح له الفرصة، حتى يصدر رضاه عن تدبر و ترو، كما يجب أن يظل على علم بتطورات موقفه التعاقدية طوال فترة السداد. لضمان حسن تأطير هذه الالتزامات نؤكد على دور الهيئات الرقابية كاللجنة المصرفية على مستوى بنك الجزائر ولجنة البنود التعسفية، ذات طابع استشاري على مستوى وزارة التجارة، التي تكلف بالبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين عن البنود ذات الطابع التعسفي.

للمقترض مطلق الحرية في أن يعجل الوفاء بأقساط التمويل العقاري كلها أو بجزء منها قبل الموعد المتفق عليه ولا يستطيع المقرض أن يرفض هذا الوفاء المعجل لأن في ذلك تحقيقا لمصلحة المقترض ولكون المقرض من جهة أخرى قد يتضرر من هذا الوفاء المعجل نقترح بتقييد حرية المقترض في الوفاء المعجل للأقساط المستحقة عليه على النحو التالي:

* - إلزام المقترض بإخطار المقرض قبل موعد السداد المعجل بفترة لا تقل عن مدة معينة تحدد بنص قانوني، نقترح أن لا تتجاوز الشهر.

*- الاتفاق بين الطرفين على عدم جواز الوفاء المعجل من قبل المقترض بأقساط القرض إذا كان هذا الوفاء يساوي أو يقل نسبة معينة من المبلغ الإجمالي للقرض على أن يتضمن عقد القرض العقاري صراحة مثل هذا القيد .

*- تعويض المقرض عن خسارته للفوائد المستحقة على قرض التمويل التي تسقط بالوفاء المعجل دون أن يتجاوز هذا التعويض حدا معيناً يتدخل المشرع بنص أمر لتحديده كما لا يسمح بالاتفاق على تعويضات أخرى يدفعها المقترض للمقرض.

*-يؤدي الوفاء المعجل إلى إسقاط حق المقرض في مطالبة المقرض بفوائد الأقساط التي عجل المقرض بدفعها طبقا لجدول الأقساط الملحق بالعقد دون أن يؤثر ذلك على أصل القرض.

2. 3. ميكانيزمات الربط بين عقد القرض العقاري والعملية القانونية المقصود تمويلها

قد تتدخل أطراف أخرى في عقد القرض العقاري، بمناسبة إبرامه أو تنفيذه، فيلقى العقد على عاتقهم بالتزامات، أو يقرر لهم حقوقا في مواجهة الأطراف الأخرى.

إذا كان القرض لغرض آخر غير شراء عقار قائم كبناء عقار على أرض يملكها المقرض، أو لغرض ترميم أو تحسين عقار يملكه، أو غير ذلك من المجالات، يكون العقد بين المقرض والمقرض المؤسسة الممولة إلا أن القرض العقاري في حالة شراء عقار يتم بين المقرض والمشتري -باعتباره المقرض- و بائع العقار فيلتزم البائع بحوالة حقوقه في أقساط الثمن إلى المقرض بالشروط التي يتفقان عليها.

تقي المؤسسة المقرضة للبائع بالثمن و تحل محله في حقوقه وامتيازاته على أن يلتزم البائع بنقل ملكية العقار باسم المشتري خاليا من أي حقوق عينية عليه للغير.

يكون عند ذاك عقد القرض العقاري بطبيعته قرضا تكميليا لعقد البيع أو البناء أو إصلاح مسكن أو إعادة هيكلته حيث لا يلتزم المقرض إلا إذا أبرم العقد الأول الأصلي فتنشأ روابط قانونية متبادلة بين عقد القرض العقاري وعقد البيع، وإن هذا التداخل بين العقدين ينظمه الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

ما مدى ارتباط عقد القرض العقاري بالعقد الأصلي؟ وما مدى انفصالهما؟ وما اثر

تحقق شرطي الفسخ والوقف على العقد المراد تمويله؟

للإجابة على هذه الأسئلة ، سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

2. 3. 1. أثر شرطي الفسخ والوقف على تنفيذ عقد القرض العقاري

لإتاحة الفرصة للمقرض، ومنحه مهلة للتفكير بروية و تدبر قبل الإقدام نهائيا على إبرام عقد القرض العقاري وعدم غل يديه وإجباره على الدخول في علاقة قانونية قد تتعارض مع مصالحه، كان لزاما أن يرتبط مصير عقد القرض العقاري بمصير العلاقة القانونية الأخرى التي يسعى لانجازها .

يشرع المقترض في طلب القرض العقاري بهدف تمويل شراء عقار أو إقامة بناء على أرض يملكها، أو ترميم و تحسين بناء قائم، يجد نفسه طرفا في علاقة قانونية تحمله بأعباء دفع الأقساط، والفوائد والمصروفات، في حين أن الهدف منها لا يتحقق لسبب أو آخر. تختلف وسيلة الارتباط ما بين كل من عقد القرض العقاري والعملية القانونية الأخرى المقصود تمويلها.

إذا كان القرض مطلوباً لتمويل شراء عقار ما، فإن عقد القرض العقاري يتم بين المقرض و المشتري (المقترض) وبائع العقار، حيث يتضمن الاتفاق الشروط الخاصة بالبيع، والشروط الخاصة بالقرض العقاري، وتعيين الضمانات الخاصة بالسداد ، فتنشأ وحدة زمنية بين هذه الأمور الثلاثة، و يتحدد الارتباط المطلوب بين الوسيلة (القرض والهدف (ملكية العقار). لا يبرم عقد القرض العقاري حين تعترض عملية شراء العقار عقبات، تحول دون إبرام عقد البيع، و العكس صحيح..

نفس الحكم يصدق بالنسبة للقرض لغرض بناء عقار على أرض يملكها المقترض ، أو لغرض ترميم أو تحسين عقار يملكه، أو غير ذلك من المجالات، حيث يتعين أن يكون القرض بموجب عقد بين المقترض و بين المقرض و بين أي طرف آخر يكون له شأن في العقد .

يترتب على هذا ارتباط نتائج مهمة، فإذا وجد عارض يحول دون صحة أحد أجزائها انعكس ذلك على العملية القانونية، ولا يمكن القول بأن البطلان يقتصر على هذا الجزء، وتصح العملية القانونية في شق دون آخر. كما أن العملية القانونية برمتها تؤخذ في الحسبان عند النظر في

أهلية الأطراف، [16]ص71، [19]ص141

غالبا ما يخصص القرض العقاري لتمويل عملية ذات طابع عقاري والمتمثلة في اقتناء مال عقاري بشرائه أو ببنائه، ورغم الاختلاف بين العقدين أي العقد العقاري والقرض العقاري، إلا أن الترابط بينهما قائم.

القول بوجود علاقة ترابط وتكامل بين العقدين تدفعنا إلى البحث عن سلطة مراقبة المقرض في استعمال القرض ومدى حريته في استعمال تقنية الشرط الفاسخ والواقف التي تفضي إلى سقوط أجل الوفاء والإزامية التنفيذ الفوري للقرض في حالة عدم انعقاد العقد العقاري أو انقضائه لسبب من الأسباب.

ما هي آثار هذه الأوصاف المعدلة للالتزام طرفي العقد على تنفيذ عقد القرض العقاري وما أثر هذه الآليات على المقرض ، فهل يشكل ترتيبهما حماية أم التزاما على عاتقه؟

2. 3. 1. 1. اثر الشرط الواقف على تنفيذ التزامات المقرض

بالنسبة للتصرفات القانونية، بما فيها الوعد الانفرادي بالبيع، إذا ذكر فيها أن الثمن يتم الوفاء به من خلال قرض أو أكثر، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، أو حتى في جزء منه، فإن التصرف القانوني أي العقد العقاري يعتبر مبرما تحت شرط واقف، وهو الحصول على قرض لتمويله، و يظل هذا الشرط قائما خلال مدة زمنية، محسوبة من يوم توقيع التصرف القانوني، أو من تاريخ إجراءات التوثيق التي يشترطها المشرع لصحة التصرف القانوني. في حالة عدم تحقيق الشرط تعين رد كل مبلغ دفعه المتعاقد المقرض كاملا في الحال، و دون أي تعويض للطرف الآخر.

من باب الوضوح وتحديد نطاق المسؤوليات يجب تحديد على سبيل التدقيق القواعد التي تحكم الشرط الواقف في عقد القرض العقاري و أجال و آثار تحققه.

أولا : القواعد المنظمة للشرط الواقف

إذا أبرم العقد العقاري المراد تمويله قبل إبرام عقد القرض العقاري فإن العقد الأصلي يعلق على شرط واقف هو إبرام عقد القرض العقاري خلال مدة معينة . إذا لم تحدد مدة في العقد العقاري تكون المدة لإبرام عقد القرض العقاري هي مدة العقد الأصلي.

إن مسألة الحصول على القرض، هي ذات أهمية في تحديد نوعية القواعد المنظمة للشرط الواقف .

قد تركز على فترة تلقي الإيجاب بالشروط القانونية السابقة الذكر والتي يتضمنها الطلب المقدم من قبل المقرض، وكأثر قانوني لذلك فإن المقرض الذي يرفض إبرام العقد الأصلي في الوقت الذي يكون قد تلقى الإيجاب من قبل مؤسسة القرض يفقد المبالغ التي دفعها والتي تم تقييدها في حسابه مسبقا وإن كانت تشكل العربون للبائع.

قد لا نركز على لحظة تلقي الإيجاب لأن مهلة التفكير تعد محورا رئيسيا للنظام ككل في منح القرض العقاري وكذا لإتمام عملية البيع والشراء موضوع التمويل.

يفقد ترجيح الحالة الأولى، المقترض الحماية القانونية المقررة ، لان المقترض قد يثير مبررا شرعيا خارجا عن إرادته قد يعود لظروف مالية معينة هي التي تدفعه لرفض القرض حتى ولو كان الإيجاب المقدم من قبل مؤسسة القرض مطابقا تماما لطلبه.

إذا بادرت المؤسسة المقرضة بسحب إيجابها لمجرد علم مصالحها بتسريح المقترض من منصب عمله، دون أن يقدم المصرف خدمة للمقترض وان القرض لم يتم الحصول عليه فإن هذا السحب يعد إجراء مخالفًا للطابع الحمائي الذي يحكم قواعد عقد القرض العقاري.

يرى الأستاذ Jean Calais Auloy أنه إذا كان يجب الاحتفاظ بالإيجاب لمدة معينة فان رفض القرض لا يقبل إلا لسبب شرعي ، فعلى المشتري⁽¹⁾ أن يثبت أن طلبه كان مطابقا لبند

الوعد بالبيع ، [23] ص 470

كما يمكن أن يشار في العقد الأصلي بأن الحصول على القرض يتم بقبول المقترض للإيجاب المطابق لطلبه.

على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري فان الحائز، المشتري المقترض قد يعاقب لخطئه فيطبق الحكم الوارد في نص المادة 119 ت.م التي تقضي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد بعد أذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

على أساس هذه القواعد العامة، فإن الحائز يمكن معاقبته لتصرف خاطئ صادر عنه فقد يتحقق الشرط الواقف، إذا تم منح أو الحصول على القرض و قد تهاون في طلب القرض أو طلب قرضا أعلى قيمة من القرض المتفق عليه وإن الجزاء يتمثل في فقدان أو عدم استرجاع المبالغ التي قد تم تسبيقها للبايع.

بعدم الحصول على القرض العقاري ، يصبح العقد العقاري الأصلي منعدما وكل مبلغ تم دفعه ، مسبقا من قبل الحائز للمتعاقد معه يسترجع تحت طائلة توقيع عقوبة تتمثل في غرامة مالية، وهذا الحكم المنطقي الذي يحمي المقترض يشجع سياسة الإقراض العقاري ويحمل مؤسسات القرض المهنية لمسؤولياتها وهو ما ذكر صراحة من خلال المادة 312/35 L من قانون الاستهلاك

(1) « Les attestations de refus de crédit ne prouvent pas que la demande a été faite conformément à la promesse ».

الفرنسي التي تحيل إلى الأحكام الأساسية الخاصة بتداخل هذه العقود مع عقد القرض العقاري وهي المواد L312/14 و L312/16 من ذات القانون.

يفقد الحائز المقترض هذه الحماية القانونية، عندما يصرح في العقد الأصلي أن الوفاء به سيتم دفعة واحدة ودون اللجوء إلى القرض، أو يعترف بمحض إرادته أنه لجأ إلى طلب القرض لتمويل العملية الأصلية وأنه يستغني برضائه عن هذه الحماية.

يحق للبائع، عندما يتم رفض طلب القرض، التنازل عن حق الاستفادة من الشرط الواقف ومن البطلان، لأن الأمر يتعلق بمسألة من النظام العام، مضمونها حماية المقترض أو المشتري أو الحائز أو كذلك التنازل عن هذا الحق عند تأخر المقرض في تقديم الإيجاب.

أكد القضاء الفرنسي على ضرورة إثبات ما يخالف صحة البيانات التي تؤكد تنازل

البائع عن هذه الحقوق، [49] ص 577

رغم أن هذا الشرط يحمي طرفي العقد البائع والحائز المقترض وكذا مؤسسات القرض التي من حقها إبعاد مسؤوليتها عن تنفيذ العقد إذا لم يحترم المقترض إجراءات الطلب المطابق لشروط عقد البيع، إلا أن البائع في العقد العقاري المرتبط بعقد القرض العقاري لا يكون في وضعية مريحة للمصير المجهول لإبرام أو عدم إبرام عقد البيع أو الوعد بالبيع.

ألا يمكن أن يتضمن العقد العقاري بنوداً من شأنها تنبيه الحائز، وتحديد له وبصورة واضحة جملة الإجراءات التي ينبغي عليه احترامها لإتمام العقد؟ وكذا تنبيه البائع لآثار عدم احترام مثل هذه الإجراءات؟

عدم الامتثال لمثل هذه الإجراءات، يرتب نتيجة اعتبار القرض قد تم الحصول عليه ومن ثم تأكيد مسؤولية الحائز.

يرتبط الأمر بالأجال التعاقدية التي تمنح للحائز، لتجسيد التزاماته وبعده الردود السلبية التي يتلقاها والتي تكون في صالحه أو على الأقل تنهي التزام المقترض المترشح ومن ثم يجب التأكيد على أن الحائز حسن النية لن يتحمل جزاء عدم تحقق سبب مانع، لم يكن له يد فيه كقرار متأخر لمنح القرض.

في غياب كل شرط تعاقدي، على المشتري تقديم الدليل على رفض طلب القرض الموجه لتمويل العقد العقاري.

في حالة خلو العقد الأصلي، من أي التزام من نوع خاص يقع على عاتق الحائز، لا يكون ملزماً بالاتصال بأكثر من مؤسسة، قرض للحصول على هذا القرض الضروري لتنفيذ العقد الأصلي.

الرفض الصادر عن إحدى هذه المؤسسات المؤهلة لمنح القروض العقارية يعد كافياً لإبعاد مسؤوليته كما أن العقد الأصلي لا يمكن أن يتضمن على وجه التحديد المؤسسات التي يجب أن يوجه لها طلب الحصول على القرض.

قد يسبق عقد البيع محل التمويل الموجه له القرض العقاري، عقداً أولياً بالحجز و إن هذا النوع الأخير من العقود لا يحقق الحماية الكافية للمالك المترشح ومن ثم طالب القرض.

لقد بدأ تناقضا في أحكام النصوص القانونية الفرنسية في هذا الصدد خاصة في القانون لعام 1979 حيث أكد أنه في حالة ما إذا سبق عقد البيع عقد تمهيدي فإن عقد البيع وحده هو الذي يخضع لأثر الشرط الواقف وبالتالي فإن الوديعة على سبيل الضمان تعاد للحاجز Le réservataire إذا لم يمنح القرض الموجه للتمويل.

أكدت محكمة النقض الفرنسية أن الحائز الذي لم يحصل على قرض إضافي لتملك العقار الذي لم يذكر في العقد الأصلي، يفقد حقه في استرداد الوديعة على سبيل الضمان ولاحظ الأستاذان Jean Calais et Frank Steinmetz أن النصوص القديمة كانت تمنح الحائز الذي لم يحترم الالتزامات الاتفاقية الإضافية الحماية القانونية على أن يلتزم:

- بإيداع طلب القرض

-تبرير تقديم الطلب في أقرب أجل، [50] ص120، [23] ص427قررت محكمة

النقض الفرنسية، بأن الحائز الذي لم يحترم ولم يستحب لهذا الإجراء لا يحق استرجاع الوديعة المقدمة على سبيل الضمان، رغم أن القرض قد طلب في الآجال التعاقدية لأن الأحكام القانونية الواردة في المادة L 312/1 لا تطبق إلا على عقد البيع الذي لم يبرم بعد.

واضح أن عقد البيع هو وحده الذي يخضع للحماية القانونية، لكن قد يفترض من الناحية التطبيقية أن الحائز طالب القرض يشرع في محاولة البحث عن القرض المناسب في مرحلة إبرام العقد الابتدائي ومن ثم يمكن للبائع كاقترح أن يشترط النقل الاتفاقي الصريح للنظام الوارد إلى

عقد الحجز، حتى لا يتأخر في إبرام عقد البيع، [36] ص83.

يجب أن يتجسد رفض القرض الذي تم تقديم الطلب الخاص به في الفترة بين العقد الابتدائي وعقد البيع في رد وديعة الضمان لأن النصوص التي تقضي بالحماية لا تقيم أدنى تفرقة بين تاريخ طلب القرض وعقد البيع الذي لم يبرم بسبب رفض طلب القرض.

يكن أفضل حل في النص على حماية الحائز في مرحلة العقد الابتدائي وفي انتظار ذلك ، وعمليا يمكن اشتراط النقل ألتفاقي الصريح لعقد الحجز خاصة وأن النظام العام للحماية القانونية للمقترض لا يعارض هذا الإجراء.

لضمان مصلحته قد يشترط الحاجز إبرام عقد البيع بشرط الحصول على القرض وبهذا الشرط الواقف يضمن حقه في استرداد وديعة الضمان.

لتفعيل آلية دمج الشرط الواقف والنظام الحمائي Le système protecteur في مرحلة العقد الابتدائي، خاصة في حالة عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية لا بد أن يتضمن العقد المبلغ الثابت والنهائي للشراء ، حتى يتسنى للحائز تقديم طلب القرض، للحائز التخلي بمحض إرادته عن الحماية القانونية.

من ناحية أخرى فان الشرط الواقف ألتفاقي يجب أن يرتبط بشكل واضح بالعقد الابتدائي وإلا فإن كل تفسير سيخدم المالك Le réservant وسيفقد الحاجز، حقه في الوديعة المسلمة على سبيل الضمان .

لحماية المقترض أصبح لقضاة الموضوع تحت رقابة محكمة النقض حق دراسة والتحقيق في محتوى الشروط والتأكد من صحة أو عدم صحة الإضافات التعاقدية. يقتضي الطابع الحمائي الذي يجب أن يغلب على تنظيم هذا العقد ، بأن لا يتضمن العقد شروطا من شأنها تحديد التزامات المقترض إلى حد البحث عن قروض.

يتحدد مضمون الشرط الواقف بالحصول على قرض لإبرام العقد العقاري، بواجبات تعاقدية وأخرى غير تعاقدية:

-الالتزام ببذل جهد للحصول على رد إيجابي لطلبه ،
-تحضير وتقديم الملف في أقرب وقت ممكن وإيداعه في أجل معقولة،
- بتبليغ الموظف القائم على مصلحة تلقي طلبات القروض بالإجراءات التي بادر بها ونتائجها ،

-أن يبرر في وقت قصير ما تلقاه من إيجاب ورفض كأثر لطلبه مع تسليم صورة لكل الوثائق والمستندات المسلمة او المرسله من قبل مؤسسات القرض.

لا يتعارض إسقاط الحق في الاستفادة من الشرط الواقف للحصول على القرض لعدم تقديم طلب القرض خلال مدة ، وحماية المقترض، مادام أنه قد تم احترام الأجل المعقول لتقديم الطلب.

قد يلجأ المقترض إلى تقديم عدة طلبات قروض لتمويل ذات العملية، وإن كل هذه الإجابات المتعلقة بهذه القروض يجب أن تقدم مقرونة بشرط واقف على منح بقية القروض، حماية لمصالح المقترضين، [26] ص 507.

lorsque l'emprunteur informe «ses prêteurs qu'il recourt a plusieurs pets pour la même opération chaque prêt» est conclu sous la condition suspensive» de l'octroi de chacun des autres prêts -

قد يحدث أن يكون تمويل شراء أو بناء مسكن مرتبط بالحصول على عدة قروض فإذا لم يتمكن من الحصول على إحدى هذه القروض فمن المؤكد أنه لن يتمكن من إنجاز هذه العملية فتصبح بقية القروض بدون فائدة، ولا يكون ملزماً إلا إذا أبرم كل عقد متضمناً الشرط الواقف على حصوله على بقية القروض، ولكي يرتب هذا الشرط الواقف آثاره القانونية يجب على المقترض:

1- إخطار بقية المقرضين بأنه سيلجأ لعدة عمليات قرض، لتمويل ذات العملية.
2- أن لا يطبق الشرط الواقف إلا على القروض التي يتجاوز مبلغها نسبة معينة من قيمة القرض الإجمالي.

3- إذا كان القرض أو القروض مرتبطة بعقد تأمين لضمان الوفاء، فإن رفض المؤمن لإبرام هذا التأمين يفسخ عقد القرض وكذا العقد العقاري.
أكد القضاء الفرنسي صحة الشرط الواقف إذا تلقى الحائز أو المشتري ثلاثة ردود سلبية من مؤسسات القرض، كما أن اشتراط الدليل المكتوب لرفض القرض من قبل مؤسسات القرض لا يشكل تشديداً في المتطلبات القانونية .

لم يجز هذه القضاء التصريح بعدم الاستفادة من الحماية القانونية المقررة للمقترضين العقاريين التي هي من قبيل قواعد النظام العام ولكن عملياً قد يتم التنازل عن آثار هذه الحماية.

Cass 1er civ 17/03/1998 juris data n°1998 00 1284 s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles.

إن الأحكام السابقة المنظمة لهذا الشرط الواقف، يجب أن تدفع بالحائزين إلى الانتباه للشروط التي قد ترد في مشاركة عقد البيع.

يتم الحصول على القرض دون تفهم لأحكام شروط العقد العقاري، خاصة وأنه قد لوحظ في بعض الدول أنه رغم حالات رفض منح القروض قد يسعى أصحاب الوكالات العقارية للحصول على قروض لصالح المستهلكين، لا تتناسب دائما وإمكانيات الحائز المالية وتتضمن شروطا في غير صالح المقترض، الطرف غير المهني .

ثانيا /أجال واثار عدم تحقق الشرط الواقف

إن تحديد أجل تحقق الشرط الواقف والآثار القانونية المترتبة على تحققه كانت محل مواقف متضاربة للفقهاء والقضاء في فرنسا ، وإن صبت كلها في اتجاه واحد ، هو توفير حماية المقترض العقاري.

قررت محكمة النقض الفرنسية أن الشرط الواقف المنصوص عليه بالمادة (17) من قانون 13 يوليو 1979 المشار إليه، يعتبر متحققا بمجرد حصول المشتري على إيجاب بالقرض من المقرض، حتى لو رفضه فيما بعد وبأن النص في اتفاق الوعد بالبيع ، بحق الواعد بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعها الطرف الآخر إذا لم يحصل هذا الطرف على رد من المؤسسة المالية المقرضة خلال مدة معينة هو أمر مخالف للنظام العام.

يتحقق الشرط، وفقا للقواعد العامة- في كل الأحوال - إذا حال المدين دون وقوعه، و لا يكون لطالب القرض أن يطالب باسترداد المبلغ الذي قدمه للواعد للبقاء على وعده بالبيع خلال مدة معينة، إذا قدم له عرض للقرض بالشروط التي تناسب ظروفه لكنه رفضه، أو لم يتقدم بالمرّة بطلب القرض، رغم التزامه بذلك في الوعد بالبيع، أو لم يكن حريصا في طلب القرض، إذا تقدم المقترض بطلب قرض، بمبلغ يفوق بكثير المبلغ المدون في الوعد بالبيع، أو كانت البيانات التي قدمها في طلبه غير كاملة أو غير صحيحة.

لقد نص المشرع الجزائري على أن الالتزام إذا كان معلقا على شرط واقف لا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري ، ولا للتنفيذ الاختياري، و يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ على حقه(المادة 206 ت م)

يثور الإشكال القانوني ، إذا كان العقد الأصلي ليس عقد بيع إنما وعدا بالبيع من طرف واحد، وتم قبول هذا الوعد فإن هذا العقد ينعقد صحيحا مع تضمنه لشرط صريح بالموافقة على الحصول على القرض لإتمام عملية البيع موضوع الوعد وإذا لم يتضمن العقد أجلا للحصول على

هذا القرض فلا يلزم الحائز، بأي أجل للمطالبة بالقرض [26] ص 507، [23] ص 477، [46] ص 305.

بصفة عامة فإن العقد الأصلي العقاري الذي يبرم متضمنا شرطا واقفا على الحصول على القرض يجب أن تتم الإشارة في منته ، أن المستهلك سيسعى للحصول على قرض عقاري للتمويل.

كما يجب أن يذكر في العقد الأصلي مدة صلاحية هذا الشرط الذي لا يجب أن يقل عن اجل معين لصعوبة تحديده، فإن بعض رجال القانون في فرنسا رفضوا تحديد أجلا للشرط الواقف في العقد الأصلي ، ومن ثم على المشتري الحائز تقديم طلب القرض أثناء فترة صلاحية العقد الأصلي فيبرم عقد البيع واقفا على شرط الحصول على قرض وليس بعد انقضاء الفترة المعينة بالشرط.

لقد اتفق كثير من الفقهاء في فرنسا ، على أنه يمكن للأطراف الاتفاق على المدة التي يتحقق فيها هذا الشرط دون الإخلال بالأجال المحددة قانونا وهي بمقتضى المادة 312/16 L من قانون الاستهلاك الفرنسي لا تقل عن 04 أشهر من تاريخ التوقيع على العقد أو من تاريخ تسجيله إذا كان عقدا عرفيا.

إذا لم يتفق الطرفان فلا وجود - في القانون الفرنسي على الأقل - ما يدل على تحقق أو عدم تحقق الشرط ، ومع ذلك فإن الفقهاء انقسموا إلى اتجاهين:

اعتبر أنصار الفريق فالأول أن الشرط الواقف يتحقق بمجرد قبول الإيجاب الخاص بالقرض فحاول مؤيدو هذا الاتجاه إيجاد نوع من التنسيق بين الحكمين اللذين من خلالهما قصد المشرع حماية المستهلك بإقرار حق رجوع في القرض الاستهلاكي ومهلة التفكير الإلزامية في القرض العقاري،

أما الاتجاه الثاني فيرى أنصاره أن الشرط يتحقق بمجرد تلقي المشتري لإيجاب خاص

بالقرض مطابق لطلبه. [51] ص 593، [52] ص 1225، [53] ص 283.

أظهرت محكمة النقض الفرنسية موقفها من خلال قرارين ، مختلفين من خلالهما تبنت موقف الاتجاه الثاني للفقهاء بالتأكيد أن الشرط لا يتحقق إلا إذا كان الإيجاب المقدم من قبل مؤسسة

القرض مطابقا للطلب، [54] ص 03.

إن الاتجاه الثاني المؤيد من قبل القضاء في اعتقادنا هو الذي من شأنه توفير حماية أكبر للمقترض لأن العقد محل هذا الشرط تذكر فيه وبشكل واضح كل التوقعات الخاصة بشروطه وبتنفيذه.

إذا خلا العقد من شروط القرض ، فإن المشتري يحتفظ بحقه في رفض الإيجاب المقدم له، فالشرط الواقف المتعلق بتمويل العقار يعد باطلاً:

- إذا لم يتم تحديد العناصر الأساسية المتعلقة بالقرض كالأجل ونسبة الفائدة المطبقة.
- إذا لم يتم تقديم طلب للحصول على القرض من قبل الحائز المقترض الذي يتوجب عليه أن يتقدم بطلب القرض للحصول على القرض وإن عدم تقديم هذا الطلب يحقق الشرط.
- إذا توجه الحائز بطلبه للحصول على قرضيين، رفض أحدهما وسحب الطلب الثاني فلا يتحقق الشرط.

فتحقق الشرط مرتبط بالبقاء على الإيجاب وعدم التراجع فيه، مع العلم أن مؤسسة القرض بعد تبليغ المقترض بإيجابها هي ملزمة بالبقاء عليه خلال أجل معين. كل تعديل في شروط منح هذا القرض خاصة فيما يتعلق بالمبلغ ونسبة الفائدة المطبقة

يقتضي بالضرورة تقديم إيجاب جديد، [54] ص 04

بمجرد إبرام عقد القرض المنصوص عليه كشرط واقف في العقد الأصلي ينعقد العقد العقاري وهذا هو الأثر القانوني المباشر العادي .

إن تنفيذ الشرط الواقف يعتبر نقطة الانطلاق لحساب مدة التقادم لكل الدعاوي الناشئة عن عقد البيع، قياساً على الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة 315 تم التي تقضي بأنه: "... لا يسري التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط واقف إلا من اليوم الذي يتحقق فيه الشرط ."

أما إذا تخلف هذا الشرط فإنه وعملاً بالقواعد العامة فلا تنشأ أي التزامات بل وتزول التزامات الطرفين فيعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ففي مجال عقد القرض العقاري إذا لم يبرم أي عقد قرض بسبب الشرط الوارد في العقد الأصلي فيعتبر الشرط كأنه لم يكن وكذلك عقد البيع.

إذا لم يتحقق الشرط الواقف، يعاد كل مبلغ دفع مسبقاً من قبل المشتري للبائع بدون أدنى اقتطاع أو تعويض أياً كانت صورته، وقد يعتبر هذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة وخاصة الواردة

في المادة 72 مكرر المتعلقة بدفع العربون وقت إبرام العقد(القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للتقنين المدني)

للمقترض الذي أبرم العقد، الواقف على شرط عدم استرداد المبالغ التي يدفعها كتسبيقات أن يستفيد من أدنى تسامح إذا تخلى عن التزامه بتقديم طلب القرض، أو تخلى عن القرض الذي منح له فلا يتخلص من الجزاءات الناجمة عن تنازله عن العقد الأصلي.

يعد الشرط الواقف شرطا إراديا، مع ذلك، يجب إخضاعه لرقابة قضاة الموضوع خاصة فيما يتعلق بالتعسف في استعمال حق التخلي الذي، قد يضر بمصالح مؤسسات القرض.

لكن ما مدى تأثير مسألة تأخير هذه العملية على القرض العقاري، حيث يسعى بعض المستهلكين لحيازة عقار ثم البحث عن إمكانية إبرام القرض العقاري للحصول على التمويل اللازم. لحماية الذين لا يسعفهم الحظ في الحصول على القروض المناسبة التي تكفل تمويل

العملية موضوع المشروع، يمكن أن نقترح موقفا وسطا ونتبنى فيما يلي القاعدتين التاليتين:

1- الإشارة إلزاميا ، إذا كان المبلغ أو الثمن موضوع العقد عقاري أو العقد الابتدائي سيدفع باللجوء أو بدون اللجوء إلى طلب القرض، وإلا اعتبرت العملية العقارية ممولة بقرض عندئذ نطبق الحكمين التاليين :

أ- إذا كانت العملية العقارية ممولة بقرض فلا تتحقق إذا لم يتمكن الحائز المشتري على شرط واقف، من الحصول على القرض أو القروض التي تم تقديم طلبات بشأنها، فيمنح الحائز أجلا ابتداء من تاريخ توقيع العقد العقاري ما لم يتفق على غير ذلك أي إطالة هذا الأجل للحصول على التمويل اللازم للعملية المقررة، وهنا يجب التمييز بين افتراضين :

*- إذا حصل المشتري خلال أجل معين على القرض أو القروض الضرورية فإن

الشرط الواقف يتحقق والعقد الأصلي يرتب كل الآثار القانونية.

*- إذا لم يتمكن الحائز خلال هذا الأجل من الحصول على القرض فلا يتحقق الشرط

الواقف ومن ثم يعتبر العقد العقاري كأن لم يكن.

إن الشرط الواقف للقرض يتحقق بمجرد تقديم إلى الموجب له إيجابا يتناسب وخصائص

التمويل الذي طلبه المقترض، والمبنية بشكل واضح في العقد العقاري وهذا الموقف يهمل مهلة التفكير وإمكانية رفض الإيجاب.

ب - عدم الحصول على القرض يفسخ عقد البيع وهو أمر يحمي بشكل أكبر مصالح

الحائزين.

إن لفظ الحصول على القرض يجب أن يفهم منه توافق إرادتي المقرض والمقترض وفي مثل هذه الفرضية فإن العقد العقاري يتحقق في فترة قبول الإيجاب من قبل المقترض، خلال أجل معين يلي توقيع العقد العقاري.

لا يحق للمقترض قبول الإيجاب قبل انقضاء مهلة التروي، بعبارة أخرى ليس للمقترض أن يكون سببا في عدم تحقيق الشرط برفضه ودون مبرر شرعي للإيجاب المقدم له، أو بعدم المطالبة أصلا بتلك القروض.

إذا قرر المقترض خلال مهلة التفكير عدم قبول الإيجاب لمبرر شرعي، لقلّة موارده فلا يتحقق الشرط الواقف وبالتالي فإن العقد العقاري أو العقد الابتدائي ينقضي بقوة القانون وكل المبالغ التي دفعها الحائز للبائع في أي شكل كانت Arrêtés , acomptes ,indemnités يجب أن ترد له إجماليا دون خصم للمصاريف، ومن ثم لا يحق للوكالة العقارية أن ترد للحائز التسبيق الذي دفعه لأنه رفض القرض أو طلب مبلغا يفوق المبلغ الذي تم الإشارة إليه في العقد العقاري.

-إذا لم يتم الحصول على قرض من هذه القروض خلال هذا الأجل أيّ كان مبلغه حتى ولو كان هذا القرض محل الرفض يساوي نسبة معينة من القرض الإجمالي، فإن العقد العقاري أو العقد الابتدائي ينقضي بقوة القانون والمبالغ التي دفعها الحائز تعاد إليه بصورة كاملة من قبل البائع خلال فترة تلي الطلب، بحسب الأعراف والعادات المصرفية غير المطبقة في الجزائر.

إن المبالغ المطالب بها، تمنح الحائز فوائد بالنسبة القانونية المطبقة مضافا إليها مبلغ التعويض الذي يعبر عن الخسارة التي لحقته من تجميد المبلغ .

للاستفادة من هذا الحكم ، يشترط ولكي ينقضي العقد العقاري بقوة القانون أن يكون موقعه قد راعى كل الإجراءات للحصول على هذا القرض ، وفي الآجال القانونية الممنوحة، وإذا تم رفض القرض أو القروض التي كانت محل الطلبات المقدمة من قبل المقترض، فلا يحق للبائع إلزام المستهلك بتقديم طلبات أخرى، لإبرام العقد الأصلي أو ينازعه لأنه لم يحقق مقتضيات العقد العقاري.

2-إذا كانت العملية العقارية غير ممولة بقرض، على الحائز الإشارة خطيا في العقد العقاري أو العقد الابتدائي تخليه، وعدم الاستفادة من الأحكام القانونية الخاصة بالقرض العقاري وحماية المقترضين.

تشجيعا للتعاملات العقارية و إذا تضمن الوعد بالبيع شرطا مطبوعا محررا بشكل مسبق يشير إلى أن المستفيد يصرح بأنه يملك التمويل الضروري، وأنه لا يعلق العقد العقاري على شرط

الحصول على القرض العقاري نقترح إبطاله بنص قانوني صريح ، لعدم مطابقته للأحكام القانونية لحماية المقترضين ، حتى ولو كان هذا الشرط مسبقا ببيان خطي ، يفيد تنازل الموعود له او المشتري الحائز بشرط واقف عن النظام الحمائي الواجب تقريره.

2. 1. 3. 2. اثر الشرط الفاسخ على تنفيذ التزامات المقرض

قد يلجا إلى الشرط الفاسخ كأداة قانونية لتحقيق الارتباط المطلوب بين القرض العقاري (الوسيلة) وبين شراء العقار المراد تمويله (الغاية).

نص القانون الفرنسي الصادر في 13 يوليو 1979، المتعلق بتبصير وحماية المقترضين على أن قبول المقرض للعرض الخاص بالقرض العقاري، يكون معلقا على شرط فاسخ، هو عدم إبرام العقد الذي من أجله تم الحصول على القرض، خلال أربعة أشهر محسوبة من تاريخ القبول، ما لم تتفق الأطراف على مدة أطول.

أقام هذا التشريع ارتباطا وثيقا، بين عقد القرض العقاري، و بين العقد الذي يراد الحصول على القرض لتمويله ، كدفع الثمن في عقد البيع حيث يعتبر القرض مبرما تحت شرط فاسخ هو عدم إبرام عقد البيع خلال أربعة أشهر من تاريخ قبول الإيجاب، في حين يعتبر البيع مبرما تحت شرط واقف هو إنهاء إجراءات القرض وفق الشروط التي تلاءم ظروف المقرض. يقبل الإيجاب في عقد القرض العقاري بشرط فاسخ يرتبط بإبرام العقد الأصلي وفي آجال معقولة لا تتعدى مدة معينة ابتداء من تاريخ قبول الموجب له وإن هذا الأجل قد يمدد باتفاق الطرفين.

إذا فسخ العقد الأصلي، وهو عقد البيع والشراء فإن عقد القرض العقاري هو الآخر يكون محله الفسخ بقوة القانون.

يفسخ كذلك عقد القرض العقاري بقوة القانون، إذا لم تمنح شركة التأمين موافقتها المبدئية لطلب المقرض في تأمين هذا العقد من مخاطر الوفاة والعجز، إن بطلان العقد الأصلي يرتب بطلان عقد القرض العقاري،

قد يبرم عقد القرض العقاري في مجال شراء العقار، بموجب اتفاق بين مؤسسات القرض والمشتري وبائع العقار يتضمن الشروط التي تم قبولها من البائع والمشتري بشأن بيع العقار بالتقسيط مع بيان الثمن وتحديد معالم العقار والمقدار المعجل .

إن الشرط الفاسخ لا يحول دون التنفيذ الفوري لعقد القرض العقاري لكن إذا لم يبرم العقد

الأصلي ينقضي عقد القرض العقاري بأثر رجعي. ، [26] ص 507

إذا كان البائع غير مالك للعقار محل التمويل فلا يحق له نقل ملكيته للمشتري وبالتالي

يكون عقد القرض العقاري واردا على ملك الغير لأن البائع لم يكن مالكا، [55] ص 33

بمعنى آخر فإن عقد القرض العقاري، قد يكون عقدا تكميليا لعقد بيع عقاري و أن القرض يفسخ إذا لم تحترم في العقد الأصلي موضوع التمويل ، الشروط القانونية الواجبة التطبيق على بيع العقارات .

من شأن هذا الحكم منع المستهلك المقترض المرشح من الإقدام ، على طلب قرض قد لا يؤدي إلى النتيجة المرجوة وهي اقتناء المسكن أو العقار.

إن عدم النص على إلزامية تطبيق واحترام هذه القاعدة، قد يدفع بالمؤسسات المقرضة إلى أن تلزم المقترض بدفع مصاريف و بالتوقيع على سفاتج أو سندات أمر ، كاعتراف بالدين ومنه يعد باطلا وعديم الأثر كل توقيع في مثل هذا الوضع.

إن فسخ عقد البيع يرتب بالضرورة رد المقترض للمبالغ التي دفعها له المقرض مع احتساب الفوائد المترتبة على ذلك.

إذا لم تدفع مؤسسات القرض أي مبلغ ، فإن المقترض ملزم مع ذلك بدفع أتعاب دراسة الملف والغالب أنها لا تتجاوز حدا معيناً تحت طائلة توقيع العقاب ضد المؤسسة المقرضة.

إن تدخل المشرع في هذا الشأن ضروري للنص على عدم جواز التنازل عن الحقوق و الضمانات المقرر بمقتضى القواعد القانونية ذات الطابع الحمائي، يجوز للطرفين أن يضمننا عقد القرض العقاري الشروط التي يتفقان عليها، شريطة أن تأتي هذه البنود في حدود المبادئ القانونية العامة، فلا تصطدم بنص أمر، ولا تمثل شروطا تعسفية بحق طالب القرض، و إلا كانت هذه الشروط باطلة.

لا يمكن الإدعاء بأن موافقة طالب القرض على هذه الشروط، يعتبر بمثابة تنازل من جانبه، لأنه لا يجوز التنازل عن الحقوق والضمانات المقررة بنصوص أمره ويقع هذا التنازل باطلا و لا أثر له، سواء كان بمقابل (في صورة صلح) أو تم دون مقابل (في صورة إبراء) وهو مجرد تطبيق للقواعد العامة، حيث تنص المادة 461 من التقنين المدني : أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام.... "

لكن هل التنازل الصادر من المقترض عن الحقوق و الضمانات المقررة بمقتضى القواعد العامة، أيا كان نوعها، يقع باطلا في جميع الأحوال، سواء أ وقع التنازل قبل ثبوت الحق ، أو تم بعد ذلك؟

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل البحث في الغاية التي يقصدها المشرع من وراء النص على هذه الحقوق والضمانات ، فالحقوق والضمانات المتعلقة بالنظام العام هي دوما لهدف حمائي ، فهي تتصل بالمصلحة العامة، و لا يصح النزول عنها بأي حال من الأحوال. تتعلق قواعد القرض العقاري بمصالح فردية، فيجوز التنازل عنها بعد استحقاقها أو ثبوتها ، أما قبل استحقاقها فإن النزول عنها لا يجوز، لأنه يعتبر نزولا عن القاعدة المقررة لها، و بالتالي تعطيلاً لمبدأ الحماية الذي يسعى المشرع لترسيخه بنصوص أمرة.

تطبيقاً للمبادئ السابقة، قررت محكمة النقض الفرنسية عدم جواز النزول عن الشرط الفاسخ الذي ينص عليه قانون 13 يولييه 1979، و الذي يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يتم التوقيع على عقد البيع، الذي أبرم القرض من أجله، في غضون أربعة أشهر، من تاريخ صدور القبول من جانب المقرض، لتعلق هذه القاعدة بالنظام العام، [82]ص04.

يترتب على عدم مراعاة المدة القانونية بين تسلم المقترض للإيجاب و صدور قبوله و موافقته عليه، المنصوص عليها بالمادة (7) من قانون 13 يولييه 1979 المعدلة بالمادة 10-312 من تقنين الاستهلاك الفرنسي) ، البطلان المطلق، لا يمكن تدارك هذا الحكم بإعادة صدور الإيجاب مرة أخرى من جانب المقترض، والإدعاء بالتنازل عن البطلان، الذي يشكل ضماناً قانونية مقررة لمصلحته، إذ يحمل في طياته التنازل مقدماً عن الحماية المقررة بالنص التشريعي، و هو أمر غير جائز.

طبقت محكمة النقض الفرنسي، بصدد قضية أخرى، المبدأ الذي يقضي بأنه إذا كان من غير الجائز التنازل مقدماً عن القواعد القانونية الحمائية المقررة بنصوص أمرة، فإنه يجوز التنازل عن الآثار اللاحقة المترتبة على تلك القواعد ، كانت الدعوى تتعلق بعقد بناء منزل خاص بين مقترض ومقاول، مبرم تحت شرط واقف هو الحصول على قرض بهدف التمويل العقاري، رفض طلب القرض ، و لم يخطر المقترض المقاول بذلك، بل تركه يمضي في أعمال البناء، قبل أن يعود و يخطره بقرار العدول عن مشروع البناء، وفسخ عقد المقاولة، تطبيقاً للقواعد الحمائية المتعلقة بالنظام العام.

رفضت المحكمة دعواه، استنادا إلى أن سلوكه يدل بصورة لا لبس فيها على تنازله عن الحماية القانونية، وهو في حقيقته تنازل عن الآثار المترتبة على القاعدة الحمائية، أمر غير محظور "قانونا"، لأنه يتعلق بسلطة كل شخص، في التصرف بمطلق الحرية في حقوقه.

أكدت المحكمة أن المقترض كانت لديه مكنه فسخ عقد المقاولة، المبرم تحت شرط واقف، هو الحصول على قرض عقاري وهو ما تم رفضه من جانب المؤسسة المالية.

كان بإمكانه في هذه الحالة المطالبة بالفسخ أو النزول عنه، أما وقد اختار النزول عن حقه في طلب فسخ عقد المقاولة، فلا رجعة في اختياره، والمطالبة مرة أخرى بالفسخ. فلم يعد

الأمر متعلقا بالنظام العام ومع ذلك لابد من وضع إجراءات لضمان فاعلية القواعد الحمائية، [56] ص 675 .

قد يهدف هذا العقد الملزم للجانبين، إلى تمويل عقد آخر محله عملية قانونية تتعلق بعقار، وقد يكون هذا العقد الآخر هو عقد شراء لعقار أو لبناء أو عقد مقاولة لتحسين أو ترميم لعقار يملكه المقترض، فيبرم عقد القرض العقاري لتمويل هذه العمليات القانونية لذلك فهو يرتبط بالعقد الأصلي ارتباطا وثيقا لكن، كل عقد يظل منفصلا عن الآخر.

إن الترابط بين العقد الأصلي العقاري وعقد القرض العقاري يحكمه شرطان: الواقف والفاسخ، ذلك لأن الإيجاب الموجه من قبل مؤسسات القرض، يبقى محل قبول لمدة معينة تحت طائلة فسخ العقد، إذا لم يبرم العقد الأصلي الموجه لتمويل القرض العقاري وهذا التداخل يستدعي التأكيد على ما يلي :

* - عندما يخطر المقترض مقرضيه بأنه سيلجأ لعدة قروض لتمويل ذات العملية فإن كل عقد يبرم لابد أن يكون متضمنا لشرط واقف للحصول على بقية القروض .

* - العقد الأصلي العقاري يجب أن يشير إذا كان مبلغ الوفاء، سيدفع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة باللجوء أو بعدم اللجوء إلى طلب القرض، ولذا يجب أن يشير الحائز خطيا أنه إذا لجأ إلى القرض العقاري لتمويل العقد الأصلي لن يستفيد من النظام الحمائي المقرر لمصلحة المقترض، فيقر إقرارا شخصيا سليما من كل عيب بتخليه عن الحماية القانونية التي يخص بها القانون المقترض العقاري الذي يلجأ إلى هذه الآلية لتمويل عملية اقتناء سكن أو عقار للبناء أو الترميم أو إعادة هيكلة مسكنه،

*- إذا أبرم العقد الأصلي دون أن يتضمن هذا الإقرار الخطي ودون الإشارة إلى أن مبلغ الوفاء سيدفع دون طلب قرض ومع ذلك تقدم بطلب للحصول على القرض ، فإن العقد الأصلي يعتبر أنه قد أبرم بشرط واقف هو الحصول على القرض العقاري.

* -إن فاعلية هذا الشرط الواقف لا تتجاوز مدة معينة من تاريخ إبرام العقد الأصلي و يرتبط تحقق الشرط منطقياً بمدة قبول الإيجاب من قبل الموجب له، وتقديم الموجب لإيجاب مطابق لخصائص القرض المراد الحصول عليه، من قبل المقترض والمحددة في العقد الأصلي، مراعاة لمبدأ حسن النية في المعاملات.

*_كأثر للعلاقة بين العقد الأصلي وعقد القرض العقاري فإنه إذا لم يبرم العقد الأصلي، التزم المقترض بأن يفي أو أن يرد للمقرض كل المبالغ التي دفعها له أو قيدها في الجانب الدائن من حسابه وكذا الفوائد المترتبة عنها، ومن باب الحماية يجب أن لا يطالب إلا بمصاريف دراسة الملف وهو مبلغ يجب تحديده بشكل تنظيمي.

*- إذا لم يبرم عقد القرض العقاري، فإن كل مبلغ دفع من قبل المقترض للطرف الثاني في العقد الأصلي ولحسابه يرد له مباشرة وبصورة كاملة دون أي اقتطاع أو تعويض ابتداء من اجل معين من التاريخ الموالي لطلب الرد، وابتداءً من هذا الأجل ، ينتج هذا المبلغ فوائد بالنسبة للقانونية المطبقة.

نؤكد كذلك أن:

*- علاقة الترابط بين عقد القرض وعقد العملية الممولة به ليست فقط ضرورة قانونية حيث أن العملية العقارية هي السبب في وجود القرض، بل هي ضرورة فعلية من الناحية العملية التطبيقية، لابد من إقرارها بالتأكيد على مجموعة القواعد السابقة وغيرها التي نكر منها :

*-حماية للمقترضين وتشجيعاً للمعاملات العقارية فإذا تضمن كل وعد بالبيع شرطاً مطبوعاً محرراً بشكل مسبق يشير إلى أن المستفيد يصرح بأنه يملك التمويل الضروري وأنه لا يعلق العقد العقاري على شرط الحصول على التمويل العقاري، لا يعد صحيحاً ومطابقاً للأحكام القانونية التي يقصد بها حماية المقترضين حتى ولو كان هذا الشرط مسبقاً ببيان خطي يفيد التنازل عن النظام الحمائي الواجب تقريره.

* -إذا أبرم العقد المراد تمويله قبل عقد القرض العقاري ، فإن هذا العقد يعلق على شرط واقف هو إبرام عقد القرض العقاري في خلال مدة معينة من تاريخ إبرام العقد الأصلي، وإذا لم تحدد مدة في العقد الأصلي تكون المدة لإبرام القرض العقاري هي مدة العقد الأصلي نفسه.

* - يقصد بهذه القواعد منح المقرض مهلة للتفكير قبل تنفيذ عقد القرض العقاري لكنه إذا أبرم عقد القرض ولم يبرم العقد الأصلي المراد تمويله تحمل المقرض، مصاريف عقد القرض العقاري. حيث تعتبر العملية القانونية وحدة واحدة.

يعتبر القرض مبرما تحت شرط فاسخ هو عدم إبرام عقد البيع خلال مدة من تاريخ قبول الإيجاب، في حين يعتبر البيع مبرما تحت شرط واقف هو إنهاء إجراءات القرض وفق الشروط التي تلاءم ظروف المقرض.

* - طبقا لأحكام عقد البيع بناء على التصاميم المعمول به في التشريع الجزائري نوكد على إدماج عقد القرض العقاري والعقد المراد تمويله فيشكلان معا اتفاقا واحدا يوقع عليه ثلاثة أطراف هم المقرض والمستثمر المقرض والمستفيد.

من باب الوضوح نحبذ تحديد طبيعة وآثار الالتزامات الناجمة عن هاذين العقدين بالفصل بينهما ، مع تنظيم جملة القواعد التي تحكم مسألة الارتباط بينهما، ذلك أن علاقة الترابط لا علاقة الدمج تحقق عدة فوائد بالنسبة للمقرض وكذا للمقرض نلخصها فيما يلي:

*محافظة المقرض على أهم الضمانات من خطر التعثر أو عدم التسديد وهو العقار موضوع العقد العقاري.

*بطلان ركن السبب في عقد القرض العقاري يرتب بطلان العقد في حد ذاته.

*صلاحية المقرض في مراقبة حسن سير وتنفيذ العملية العقارية و تجسيد سلطته في مراقبة استعمال المقرض للقرض العقاري.

*- إن العقدين منفصلين في مرحلة التنفيذ، إلا إذا حكم قضائيا بفسخ عقد البيع فإنه من المنطق أن يلقى نفس المصير عقد القرض العقاري وبأثر رجعي للفسخ، فإن عقد البيع يعتبر كأنه لم يكن، ومن ثم وكأنه لم يبرم .

تنظيم هذه العلاقة بقواعد قانونية واضحة كقواعد للنظام العام من شأنها تأكيد النظام الحمائي للمقرض وكذا تهذيب أخلاقيات سوق القروض بصورة عامة.

من باب التدقيق في الأحكام المنظمة للترابط بين العقدين نقترح أن يصيغها مشرعنا على النحو التالي :

*- يظل عقد القرض مقبولا تحت شرط فاسخ عند عدم إبرام العقد الذي طلب من أجله القرض ، وذلك خلال أجل يحدد بنص أمر ابتداء من تاريخ القبول ، غير أنه يمكن للأطراف الاتفاق على مدة أطول .

*- إذا أخبر المقرض مقرضيه بأنه يطلب عدة قروض لتمويل نفس العملية فإن كل قرض يبرم تحت شرط واقف، ويتوقف نفاذه على الحصول على كل القروض المطلوبة .

*- لا يطبق هذا الحكم إلا بالنسبة للقروض التي يتجاوز مبلغها نسبة معينة من مبلغ القرض الإجمالي .

*- إذا لم يبرم العقد الذي من أجله طلب القرض في الأجل المحدد ، فإن المقرض يصبح ملزماً برد مجموع المبالغ التي دفعها المقرض له أو أودعها لحسابه وكذا الفوائد المتعلقة بها *- لا يمكن للمقرض أن يحتفظ أو يطالب إلا بمصاريف الدراسة التي يحدد مبلغها الأقصى بنص تنظيمي .

*- إن مبلغ هذه المصاريف وكذا شروط تحصيلها يجب أن يشار إليها بوضوح *- التعديلات الواردة على عقد القرض الأصلي تعتبر ملحقاً لهذا العقد ، ويجب أن يتضمن الملحق جدولاً مفصلاً للتسديدات بالنسبة لكل دفعة ورأس المال المستحق في حالة الأداء المسبق ، والسعر الفعلي الإجمالي ، وكذا تكاليف القرض محسوبة على أساس التحصيل والتكاليف المستقبلية . وبالنسبة للقروض ذات سعر فائدة متغير، فإنه يجب أن يتضمن الملحق السعر الفعلي الإجمالي وكذا تكاليف القرض محسوبة على أساس التحصيلات والتكاليف المستقبلية إلى تاريخ مراجعة السعر، وكذا شروط وطرق تغيير السعر .

*- إذا كان موضوع العقد المحرر في ذلك الوعد بالبيع المقبول والصادر بإرادة منفردة ، فإنه يجب أن يتضمن ما إذا كان الثمن سيؤدى بواسطة قرض أو عدة قروض . *- عندما يتضمن العقد أن الثمن سيؤدى ولو جزئياً بواسطة قرض أو عدة قروض فإن العقد يبرم تحت شرط واقف وهو الحصول على القرض أو القروض الممولة له . *- لا يجوز أن تقل مدة صلاحية الشرط الواقف عن مدة معينة من تاريخ توقيع العقد أو تسجيله إذا كان التسجيل شرطاً لصحته .

*- إذا لم يتحقق الشرط الواقف فإن جميع المبالغ المدفوعة كتسبيق للطرف الآخر تصبح واجبة التسديد حالاً دون اقتطاع أو تعويض .

*- تنتج هذه المبالغ فوائد بالسعر القانوني ابتداء من الأجل الموالي لطلب التسديد . *- عند عدم وجود عقد مكتوب وموقع من الطرفين ، فإن الشرط الواقف ، لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا بإخطار مكتوب من رب العمل قبل البدء في تنفيذ الأشغال ، يشير فيه أنه يعترف الوفاء بثمن تلك الأشغال ولو جزئياً بواسطة قرض أو عدة قروض .

*-إذا تضمن عقد القرض أنه مخصص لتمويل أشغال البناء أو أية أشغال أخرى بواسطة عقد المقاولة ، للمحكمة في حالة النزاع أو وقوع أي حادث يؤثر في تنفيذ هذه العقود ، أن تأمر بإيقاف تنفيذ عقد القرض إلى حين حل النزاع دون الإخلال بحق المقرض في طلب التعويض .

*-لا تطبق هذه الأحكام إلا إذا تدخل المقرض في الدعوى أو ادخل فيها بطلب من أحد الأطراف.

2. 3. 2. أحكام حوالة الحقوق الناشئة عن التمويل العقاري

إذا تضمن عقد القرض العقاري ، التزام المقرض بدفع أقساط الثمن أو القرض للبائع الذي قام بتحويل حقوقه للمقرض، كنقل ملكية العقار للمشتري الذي يقرر امتيازاً عليه لضمان الوفاء للمقرض ، بأقساط الثمن التي تضمنتها الحوالة. فما هو مضمون حوالة الحق عند ترابط عقد القرض العقاري بالعقد العقاري ؟ وما هو اثر وقف تنفيذ العقد العقاري على عقد القرض في حد ذاته ؟

2. 3. 2. 1. مضمون حوالة الحقوق الناشئة عن القرض العقاري

قد يتضمن العقد قبول البائع ، حوالة حقوقه في تلك الأقساط إلى الجهة مانحة القرض بالشروط التي يتفق عليها إما في نفس الاتفاق التمويلي أو في اتفاق منفصل ، على أن يشار فيه إلى عقد القرض العقاري ويلتزم البائع بنقل العقار باسم المشتري خالياً من أي حقوق عينية كما يلتزم المشتري بقيد حق امتياز أقساط الثمن المحالة للمؤسسة المقرضة .

يتم أول قيد على لعقار ، بعد إبرام عقد القرض العقاري حتى يكون للمقرض الأسبقية في استيفاء حقوقه ، ولأي من الأطراف إثبات تاريخه ، في حالة تعدد القيد تكون الأفضلية لصاحب القيد الأسبق وليس لصاحب التاريخ الأسبق في إثباته .

إن مؤسسات القرض لا تقبل إلا القيد من الدرجة الأولى، فيتحول القرض العقاري إلى عقد حوالة الحق فيلجا المقرض في حالة عدم تسديد القرض (المادة 240 و 243 ت.م) ، بالشروط المتفق عليها إلى التنفيذ على العقار وفقاً للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات⁽¹⁾ المدنية والإدارية .

(1) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 ج-ر عدد 21

للدائن طبقاً للقواعد العامة أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا منع عن ذلك بنص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ولا تجوز حوالة الحق إلا إذا كان الحق قابلاً للحجز . تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز و رهون ورهن الحيازة كما تشمل ما حل من أقساط أي أن المشتري يصبح، مديناً للبائع بتلك الأقساط المضمونة بامتياز البائع، وقد اتفق كل منهما مع المقرض، على أن يقوم هذا الأخير بالوفاء بالأقساط للبائع على أن يحيل هذا الأخير حقوقه للمقرض وما يضمنها من تأمينات عينية ومن ثم بتوفر الاتفاق التمويلي على أركان عقد حوالة الحق، ينتقل حق البائع المتمثل في الثمن إلى المقرض بما يضمنه من امتياز [55] ص 31 .

تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والرهن ،ما حل من فوائد وأقساط ومن ثم يترتب على حوالة حق المقرض وانتقال كافة الضمانات التي رتبها عقد التمويل العقاري بقوة القانون إلى الجهة المحال إليها ،فينتقل مع الحق ضماناته ومنها الرهن الرسمي أو العقاري وإن وجدت الكفالة الشخصية يعلن الكفيل بحوالة إن لم يكن قد قبلها ،كما تنتقل كافة الدعاوي التي تؤكد الحق . للمحال له اتخاذ إجراءات التنفيذ العقاري على العقار الضامن ومن توابع الحق الأقساط التي قد تكون حلت بعد الحوالة وفوائدها ويجب أن يتضمن اتفاق حوالة الحقوق الناشئة عن اتفاق التمويل العقاري ما يلي:

*- قبول المقرض المؤسسة المصرفية حوالة حقوقها الناشئة عن اتفاق التمويل العقاري أي مبلغ القرض إلى المحال له.

*- بيان المقابل الذي التزم به المحال له مقابل الحوالة وشروط الوفاء بهذا المقابل.

* - بيان تفصيلي بالحقوق المحالة بما في ذلك الخاصة بكل عملية التمويل كالعقار الضامن لها وشروط الضمان وبيان علم المدين بها.

* - التزام المقرض بتحصيل الأقساط التي تمت حوالتها مقابل عمولة التحصيل يحددها الاتفاق. هل ينشأ عن عقد القرض العقاري علاقة قانونية بين المقرض و بين من انتقلت إليه ملكية العقار محل القرض، أو اكتسب عليه حق عيني قابل للرهن، خاصة في حالة إفلاس المقرض أو

عجزه عن السداد؟ [26] ص 507 .

هل يعتبر المشتري مجرد حائز للعقار وغير ملزم شخصياً بالسداد؟ أم يتحمل الالتزام المباشر بسداد الدين، عن الاشتراط صريح أو ضمني لمصلحة المقرض.

تظهر أهمية المسألة في حالة منح القرض لمرقى عقاري بغرض إقامة مساكن جماعية ثم توزيعها عليهم، أو إقامة بناء و التصرف في و حداته. قد يقوم المشتري بالوفاء بالثمن بين يدي المقترض، و الذي يعلن إفلاسه قبل سداد مبلغ القرض، و لما كان القرض مضمون برهن رسمي على العقار المباع، فإن المشتري قد يضطر لدفع الثمن مرة أخرى للمقرض. من المستقر عليه عمليا أن عقد القرض العقاري ، يتضمن اشتراطا لمصلحة الشخص الذي اكتسب ملكية العقار محل القرض، بمقتضاه يتعهد المقرض عدم الرجوع على مكتسب الملكية طالما وفى بالتزاماته تجاه المقرض.

حفاظا على حقوقها لجأت المؤسسات المقرضة إلى تضمين عقد القرض العقاري بندا يلزم من انتقلت إليه ملكية العقار موضوع التمويل أن يفي بالثمن إلى المقرض مباشرة. إذا اتضح أن العقد قد جاء خاليا من بند صريح بضرورة الوفاء بالثمن، التزم شخصيا في مواجهة المقرض، وإذا وجد هذا الشرط وخالفه المشتري، التزم شخصيا بالوفاء بالثمن مرة أخرى بين يدي المقرض، وهو منهج محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة، [47] ص 224 .

2. 2. 3. 2. حالة وقف العقد العقاري وأثرها على تنفيذ عقد القرض

إن القرض العقاري قد يرتبط في نشأته وتنفيذه بعقد عقاري آخر ولهذا ما يطرأ على تنفيذ العقد الأصلي يؤثر على عقد القرض العقاري وعلى أساس هذا التداخل بين العقدين فإنه لإيقاف تنفيذ القرض العقاري، لابد من توافر وضبط وقف هذا العقد ففيما تتمثل ؟ لإيقاف تنفيذ عقد القرض العقاري كأثر لعلاقة التداخل بين العقدين، أي بين العقد العقاري والقرض لابد من توفر الشروط التالية:

*-الإشارة في العقد الأصلي إلى اللجوء إلى القرض العقاري كوسيلة لتمويله.

*-تدخل المقرض في الدعوى أو مخاصمته من قبل احد طرفي النزاع.

*-أن يتعلق النزاع بتنفيذ العقد الأصلي.

إذن لكي يتوقف القرض العقاري لا بد من أن ينشأ نزاعا بين المقرض والمتعاقد معه أي البائع
Le vocabulaire du doyen Cornu .le terme de suspension للعقار فيؤثر ذلك على القرض العقاري.
désigne : « Une mesure temporaire qui fait provisoirement obstacle a l'exécution d'une convention

قد يحدث التوقف عن التسديد لمستحقات القرض إذا طرأت صعوبات من شأنها الحيلولة

دون تنفيذ العقد الأصلي الذي خصص لتمويله القرض العقاري، [37] ص 26 .

إن هذا النزاع لا يرتب فسخ القرض العقاري مباشرة حتى ولو ثبت أن المقترض كان الضحية والمتضرر من هذا النزاع .

لخطورة اثر هذا الفسخ على جميع الأطراف المتدخلة في هذين التصرفين فان المحكمة تظل المختصة في تقرير مدى تأثير هذا النزاع على سير العقد الأصلي أو القرض العقاري ولو أن القضاء في فرنسا من خلال عدة أحكام استقر على أن زوال العقد الأصلي يرتب زوال عقد القرض العقاري، تأسيسا على مبدأ السبب الذي يحكم العقدين.

إن المحكمة هي وحدها صاحبة السلطة عند النظر في النزاع، المتعلق بالعقد الأصلي وإلى حين الفصل في هذا النزاع قد تأمر بوقف تنفيذ عقد القرض .

إن أثر هذا الوقف القضائي Suspension judiciaire هو تأجيل اجل الوفاء المحدد إتفاقيا للقرض العقاري لفترة تتناسب وفترة الوقف المقررة فيفقد المقرض حقه في المطالبة بالمستحقات الخاصة بفترات الوقف.

فقضاة الموضوع هم الذين يقدرون ظروف الوفاء بالمستحقات الشهرية موضوع الأمر بالوقف بالنظر إلى الظروف الخاصة بالمقترض وأوضاعه المالية.

يجب توسيع سلطة قضاة المحاكم، لكي يكون لهم دورا في حماية المقترض من اثار سوء تنفيذ العقد الأصلي، كعقد البناء الممول بالقرض العقاري وإن للمقرض حق المطالبة بالتعويض المناسب وللقاضي سلطة تقرير من يتحمل مثل هذا التعويض، المقترض أو القائم بالبناء وهو أمر مرتبط بظروف القضية ومعرفة من بينهما يلتزم بتحمل اثر هذا الوقف.

من القواعد المنظمة لحالة وفق القرض العقاري نوكد مبدئيا، أن وقف التزامات المقترض تتميز تماما عن تمديد آجال الوفاء الذي قد يمنح للمدين المقترض، نظمها مشرعنا من خلال القواعد العامة الواردة في التقنين المدني على أساس نظرية الميسرة، فيؤجل القاضي أجل الوفاء، فيمنح تأجيلا للتنفيذ ويمهل المدين إلى اجل معقول، إلى أن يصبح قادرا على تنفيذ التزامه.

يرتبط منح المهلة القضائية للوفاء، بشرط تعرض المقترض لصعوبات مالية ظاهرة

تحول دون وفائه وكذا بحسن نية هذا المدين.

يترك أمر منح هذا التأجيل تطبيقاً للقواعد العامة لسلطة القاضي التقديرية على أن لا يتجاوز الأجل الممنوح مدة سنة بسبب مركز المدين ومراعاة لظروفه .

وفي حالة الاستعجال يعود أمر منح التأجيل لاختصاص قاضي الأمور الإستعجالية وهي الأحكام التي أكدها مشرعنا من خلال المادة 281 ت.م ولتدارك هذا التأجيل ولدفع الأقساط المؤجلة يتم إعادة الجدولة وتمديد الأجل المخصص للوفاء .

عملياً فإن اتفاق القرض، غالباً ما ينص في احد بنوده بأن المقرض يستفيد بعد تقديم طلب من فترة تأجيل للتسديد دون أن يتعدى هذا الأجل فترة 06 أشهر .

قد يعرف القرض العقاري خلال فترة تنفيذه عدة عوارض، ناجمة إما عن تصرفات المدين وإخلاله بالتزاماته التعاقدية أو عن مؤسسات القرض وإخلاله بالتزاماتها مرتبة مسؤوليتها المصرفية .

يدفع عجز المدين عن الوفاء بمستحقاته ، المقرض إلى التنفيذ على الضمانات المحصل عليها وبالدرجة الأولى مطالبة الكفيل بتنفيذ التزاماته وبعيدا عن الدعاوى والآليات القضائية وغير القضائية التي قد يلجأ إليها طرفي هذا العقد .

يحق للقاضي مراعاة منه لوضعية المدين وطلبات المقرض الدائن أن:

* يمنح نظراً لمركز المدين و لحالته الاقتصادية أجلاً ملائماً للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقف التنفيذ، مع إبقاء جميع الأمور على حالها أو أن يأمر بإعادة جدولة المبالغ المستحقة.

* يصدر حكماً خاصاً يأمر من خلاله بإخضاع المستحقات المؤجلة إلى نسبة فائدة منخفضة دون أن تقل عن النسبة القانونية وأن يوجه الوفاء بهذه المستحقات المؤجلة، لتغطية رأس المال خروجاً عن القاعدة التي تقضي، بأنه إذا كان المدين ملزماً بالوفاء بالمصاريف زيادة على الدين الأصلي وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات خصم ما أدى من حساب المصاريف ثم أصل الدين ما لم يتفق على خلاف وهو الحكم الذي تضمنته المادة 278 ت.م.

* يوقف حكم القاضي إجراءات التنفيذ التي اتخذت من قبل الدائن ، يربط تنفيذ هذه الإجراءات بقيام المدين بتصرفات من شأنها، تسهيل أو ضمان الدين .

في حالة إيقاف التنفيذ فإن الآجال المنصوص عليها، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي.

* للقضاء أن يحكم بعدم سريان الفوائد التأخيرية أو الجزاءات المالية الناجمة عن التأخير في تنفيذ الوفاء، خلال الأجل الممنوح من قبل القاضي.

*ميزة هذه التدابير، أنها ليست مرتبطة بإجراءات خاصة موجهة لرقابة ومعالجة الصعوبات المالية التي قد يعرفها المدين عند تنفيذ عقد القرض العقاري بصورة خاصة التي قد تقرر وتدرج ضمن إطار الوقاية من حالة التدين وكيفية معالجتها والتي نتناولها تفصيلا في الفصل الثالث من هذه الدراسة .

عقد القرض العقاري كغيره من العقود يقوم على ثلاثة أركان : التراضي، المحل والسبب ولكن باعتباره من القروض المصرفية فهو يتميز بخصائص وتقنيات خاصة.

إن هذه الخصوصية تفرض تدخل المشرع لتحديد تحت طائلة توقيع عقوبات مدنية وحتى جزائية :

- التزامات المقرض بنصوص تشريعية وحتى تنظيمية ، لحماية المقرض من كل شرط تعسفي .

-الاهتمام أكثر بشكل ومضمون الإيجاب الصادر عن المؤسسات المقرضة ونوع البيانات الإلزامية وأيضا الاختيارية التي يجب أن يتضمنها ،دون إغفال أهمية تنظيم عملية الإشهار والدعاية لهذا القرض .

-حق المقرض في حقي الإعلام والنصح وفي أهمية معرفته لالتزامه بشكل واضح لاسيما فيما يتعلق بالقيمة الإجمالية الحقيقية للفائدة TEG ، ومن ثمة محاربة الفوائد المجحفة التي تقترب إلى حد بعيد بالربا التي ينبغي أن تحارب بنصوص قانونية أمره وليس عن طريق الشروط البنكية مع هامش التصرف الذي قد تستغله البنوك التجارية والمتخصصة وهو ما حاول ضبطه المشرع من خلال قواعد النظام رقم 09-03 المؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1430 الموافق 26 مايو 2009 المحدد القواعد العام المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية .

سمح للبنوك و المؤسسات المالية أن تحدد بكل حرية معدلات الفائدة الدائنة و المدينة كذا معدلات مستوى العمولات المطبقة على العمليات المصرفية ، غير انه يمكن لبنك الجزائر أن يحدد معدل الفائدة الزائدة و لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تتجاوز معدلات الفائدة الإجمالية على القروض الموزعة من طرف البنوك و المؤسسات المالية معدل الفائدة الزائدة .

يجب على البنوك و المؤسسات المالية أن تحترم بصرامة الشروط التي حددتها والمطبقة على العمليات المصرفية في حدود معدل الفائدة الزائد الذي يحدده بنك الجزائر .

يجب تفعيل دور المشرع خلال كل مراحل إبرام وتنفيذ عقد القرض العقاري لمنع البنوك مانحة هذه القروض من كل تصرف، تلحق به ضررا بمصالح المقترض قد يكون مصحوبا بالغش أو التدليس أو بالاستغلال أو بالربا.

3. المخاطر الائتمانية للقرض العقاري بالنسبة للمقرض وطرق معالجتها

يعتبر تسديد القروض من أولى الأولويات، التي تركز عليها البنوك مانحة القروض بصورة عامة والقروض العقارية بصورة خاصة، من خلال الآليات والوسائل التقنية التي تعمل على توفيرها بالإضافة إلى إنشاء خلايا مكلفة بمتابعة تسديد القروض.

بهذه الاستراتيجيات المتبعة في أغلبية البنوك في الجزائر، تسعى إلى استرجاع مستحقات القروض و تسديد ها بشكل عادي، دون عارض ، وضمان حسن تنفيذ القروض العقارية.

لتسيير شروط الإقراض العقاري ، بالإضافة إلى تقديم ضمانات للممول سواء أكان بنكا تجاريا أو بنكا متخصصا بشأن المخاطر الائتمانية التي قد تنتج عن القروض الممنوحة للخواص ذوي الدخل المتوسط، سعى مشرعنا من خلال هندسة تنظيمية إلى جعل مسألة استرداد القروض العقارية الممنوحة تصل إلى نسبة 100% بتدخل المؤسسات المسيرة للقروض العقارية كشركة ضمان القرض العقاري وشركة إعادة التمويل ألرهنى.

إن العمليات التي تقوم بها البنوك العقارية أو البنوك التجارية، ليست سهلة فهي عمليات دقيقة تحتاج إلى تنظيم جيد وخبرة عالية في التسيير والتحليلات، الخاصة بالمخاطر سواء أكان ذلك فيما يخص الفوائد أو المستحقات الشهرية أو تحديد القيمة السوقية للعقار ، وهذه الإجراءات تتطلب الدقة والحذر خاصة وأن القرض العقاري يمنح لأمد طويل يتراوح بين 10 و 20 سنة.

تتطلب هذه المهنية من البنوك المانحة للقرض العقاري، تقييم مستوى المخاطر المتعلقة باسترداد القرض و تسيير حالات التعثر وعدم التسديد .

إن المقرض ملزم بانجاز عمل كبير في مرحلتي إبرام عقد القرض العقاري وتنفيذه ، فهو ليس حرا في منح الائتمان ،حيث يفرض عليه النظام المالي، المطبق والأعراف والعادات المصرفية التزامات ،تقتضيها ضرورة التحكم في المخاطر الائتمانية المرتبطة بهذا العقد.

في إطار التمويل العقاري ،تسمح كثير من المؤسسات المصرفية بالتسوية الودية عند حدوث عوارض الدفع، للتقليل من المنازعات، ومن تدخل الهيئات القضائية.يسمح هذا الأسلوب البديل، المرجح في كثير من البنوك، بتقديم مزايا للمقترضين المتعثرين.

يتم القرض العقاري باتفاق بين مؤسسة القرض والمقترض بموجب أحكام الأمر 03-11 المؤرخ في 26-08-2003 المتعلق بالنقد والقرض وكذا القانون رقم 02-11 المؤرخ في 24-12-2002 المتضمن قانون المالية لسنة 2003 وشروط البنك المعمول بها.

يشار في هذا الاتفاق، أنه في حالة إخلال المقترض بأي التزام يحتفظ البنك بحقه في التمسك بالامتيازات المخولة له بمقتضى التشريع المعمول به خاصة المواد 121 وما يليها من الأمر المذكور أعلاه، وكذا المادة 96 قانون المالية لسنة 2003 و تقضي المادة 121 منه : " تستفيد المؤسسات المذكورة من امتياز على جميع الأملاك والديون والأرصدة المسجلة في الحساب ضمانا لدفع كل مبلغ، يترتب كأصل دين أو فوائد أو مصاريف، كل الديون المستحقة للبنوك والمؤسسات المالية أو المخصصة لها كضمانة وإيفاء السندات المببعة لها أو المسلمة لها كرهن حيازي وكذا الضمان أي تعهد تجاهها لكفالة أو تكفل أو تظهير أو ضمان".

بالإضافة إلى هذه الامتيازات المقررة للبنوك وتطبيقا للقواعد العامة ، يحق للممول في حالة عدم وفاء المقترض بالمبالغ المستحقة أن يلجا للتنفيذ الجبري. يطلب من القاضي الذي يقع العقار بدائرة اختصاصه، وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل والأمر بالحجز على العقار الضامن، تمهيدا للبيع بالمزاد العلني،إعمالا للقاعدة العامة الواردة الذكر في المادة 119 ت م التي تقضي: " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

قد يتعذر على المدين الوفاء بالمستحقات بصورة منتظمة، فيعترض رده للقرض لعوارض وانطلاقا من خصائص عقد القرض العقاري نتساءل هل تنتقل مؤسسات القرض لإجراءات الحجز على العقار الضامن مباشرة أم تتولى تحريك دعوى الرجوع على الكفيل ومطالبته بتنفيذ التزاماته ؟ ثم ما هي الآليات الكفيلة لحماية المقرض و معالجة حالة إخلال المدين حسن النية بالوفاء بالتزاماته مع ضمان حماية المقترض وكفيله؟

دون التركيز على القواعد العامة نتساءل عن الأسباب الحقيقية والحالية التي قد تشكل خطرا على الائتمان العقاري وعن سبل معالجتها، فندرس فيما يلي أنواع الضمانات المقررة اتفاقا أو بنصوص قانونية للمقرض والقواعد القانونية الخاصة بنظام المؤسسات المسيرة للقرض، واليات حل مشكلة القروض العقارية المتعثرة فنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

- الضمانات كمتطلبات للقرض العقاري
- المؤسسات المسيرة للقروض العقارية
- الآليات القانونية لمعالجة المنازعات الناشئة عن تعثر المقترض

3.1. الضمانات كمتطلبات للقرض العقاري

لما كانت الطمأنينة والثقة أساس الائتمان بصفة عامة، فإن المشرع قد كان حريصا على بعث الطمأنينة في نفس الهيئات والمؤسسات المالية التي تزاول نشاط منح القروض العقارية، ظهر هذا الحرص جليا في تقرير تأمينات تضمن السداد في حالة عجز المقترض عن الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد، كما خول للمقرض الوسائل الكفيلة التي تؤمن له المحافظة على تلك التأمينات أثناء سريان العقد.

الأصل في كل عمليات الإقراض أنها تقوم على ثقة البنك في طالب القرض وإن كان مقدار هذه الثقة يختلف من عملية إلى أخرى، تبعا لظروفها وصيغتها و يركز في بعض هذه العمليات على موضوعها أو الضمانات التي تقدمها. ، [57] ص 876

يتميز القرض العقاري بطول أجل تسديده، فكل تأخير أو امتناع عن الوفاء يرتب ضررا خطيرا وإن كان تخلف العميل نهائيا عن الوفاء هو حادث متوقع.

لمواجهة المخاطر الائتمانية التي قد يتعرض لها المقرض فإن التأخر في تأدية المستحقات يجعل دراسة أهمية هذا القرض بالذات وظروفه مسألة دقيقة، لذلك فمن أهم جوانب تقدير المقرض وأساليب حذره هو اختيار الضمان المناسب.

لعل أهم الضمانات التي تتناسب ونوعية هذا العقد هي الضمانات العينية خاصة منها الرهن العقاري ذلك انه لا يلجا إلى الرهن العقاري إلا في القروض طويلة الأجل ذات القيمة المعتبرة بسبب كثرة نفقاته وصعوبة التنفيذ بمقتضاه.

كما قد يلجا المقرض إلى اشتراط ضمانات أخرى غير عينية شخصية كالكفالة التي تمتاز بسهولة إجراءاتها عند التنفيذ وعادة ما يقتضي الاحتياط كذلك أن يشترط في الكفالة أن يكون تعهد الكفيل تضامنيا وغير قابل للتقسيم بين الورثة.

يمكننا اعتبار التامين كضمان إلزامي يلجا إليه المقرض ليضمن حقه في التعويض والحلول عند تعرض المقترض لخطر من الأخطار موضوع عقد التأمين.

تعني التأمينات وفقا لمفهومها العام، الضمانات والوسائل التي يتقي بها الإنسان خطرا معيناً كالتأمينات التي يتم الاتفاق عليها مع شركات التأمين.

يقصد بالتأمينات بمفهومها القانوني الخاص مجموع الوسائل القانونية التي تهدف إلى ضمان تنفيذ التزام أي الضمانات التي تؤمن الدائن من خطر عدم أيفاء دينه، أو تتيح له استيفاء حقه عند حلول أجل الدين فهي بهذا المعنى تفيد الدائن والمدين معا .

تحقق للدائن الضمان وتوفر للمدين الائتمان ، بحيث يتمكن من الحصول على ما يحتاجه من مال وهذا ما يساعد على إنماء الائتمان والاقتصاد.

انطلاقا من أن عقد القرض العقاري يرتب حقوقا والتزامات فكان على المقترض أن يستجيب إلى عنصر المديونية في التزامه، فيؤدي للمقرض حقه طوعا أو اختياريا فإذا نكل عن هذا استطاع المقرض أن يحرك عنصر المسؤولية في الالتزام بالجوء إلى التنفيذ الجبري على أمواله . إن اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري على أموال المدين تحكمها قاعدة عامة هي أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ورغم الفكرة الإيجابية التي تحققها فكرة الضمان العام للدائنين في مجموعهم إلا أنها بالنسبة للمقرض العقاري تتطوي على سلبية ظاهرة.

لا يحق لهذا الدائن، عملا بفكرة الضمان العام في التتبع ولا حق له في الأفضلية وقد نص المشرع في التقنين المدني على الضمان العام في المادة 188 منه التي تقضي : "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع

الدائنين متساوين تجاه هذا الضمان"، [58] ص06

الفكرة العامة في التأمينات هي حصول الدائن على ضمان خاص يكفل له الوفاء بحقه، لهذا فمشرعنا خص الاهتمام بالتأمينات العينية و الشخصية كما أولى ذات الأهمية لنظام الشهر العقاري ،لما له من أثر في تثبيت الملكية العقارية التي تعتبر أساس الثروة الوطنية.

إن التأمينات العينية قد تكون عن طريق تقديم شيء للممول، لضمان الوفاء بمبلغ القرض ، كما قد يكون عن طريق تقرير حق عيني تباعي له على أحد العقارات المملوكة للمقترض أو شخص آخر يسمى كفيلا عينيا.

يمكن أيضا أن يكون عن طريق حلول المقرض محل بائع العقار في حقوقه و تأميناته، أو إبرام عقد تأمين لضمان مخاطر عدم السداد في أحوال معينة.

نتناول فيما يلي بعيدا عن القواعد العامة، الأحكام الخاصة بالرهن الرسمي كضمان عيني والكفالة كضمان شخصي والتأمين كضمان غير عيني الذي تشترطه البنوك إلزاميا لمنح القروض العقارية،و ما تثيره هذه الضمانات من إشكالات قانونية ذات علاقة بقواعد عقد القرض العقاري .

3. 1. 1. أحكام الضمان العيني في عقد القرض العقاري

لما كان اختيار نوع الضمان المقدم يخضع لسلطة المؤسسة المالية التي تزاوّل نشاط التمويل العقاري، وهي التي تتحمل مسؤولية اختيارها حيث لم يلزمها المشروع بنوع ما، فإن الممول المقرض ولا شك أنه يفضل الحصول على تأمين عيني - رهن أو امتياز - على أحد العقارات المملوكة لطالب القرض أو لغيره، أو تقرير الرهن أو الامتياز على العقار محل عقد القرض ذاته.

قد تتدخل ظروف إبرام عقد القرض العقاري في تحديد اختيار نوع الضمان العيني، وتوجه المقرض نحو نوع أو آخر من أنواع الضمان.

فعندما يكون القرض متعلقا بشراء العقارات فمن المتصور حلول الممول المقرض محل بائع العقار في امتياز الثمن المقرر للبائع، و يتم ذلك بموجب العقد الذي يبرم بين كل من المقرض و المشتري (المقترض) و بائع العقار، وأن يكون من بين بنود العقد:

*- قبول البائع حوالة حقوقه في أقساط الثمن إلى الممول المقرض بالشروط التي يتفقان عليها، ولما كانت حوالة الحق تشمل ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن (المادة 243 ت م)، فإن حوالة البائع لحقه في ثمن العقار، تشمل أيضا امتياز ما يستحق من الثمن وملحقاته (المادة 246 ت م) فيكتسب المقرض حق امتياز على العقار محل عقد القرض، ويصبح العقار الضامن لحقوق الممول المقرض.

ضمانا لفاعلية الامتياز المحال للمقرض، يجب أن يضمن عقد القرض بندا يلتزم بمقتضاه البائع بتوثيق العقار باسم المشتري (المقترض)، خاليا من أي حقوق عينية للغير بحيث يكون امتياز المؤسسة المقرضة من الدرجة الأولى و يستوفي حقه مقدما على الدائنين (أصحاب الديون العادية أو الديون المضمونة بتأمين عيني).

و يعتبر ثمن العقار وملحقاته من حقوق الامتياز الخاصة التي تقع على عقار، لذلك فإنه يخضع للقيود و يرتب آثاره من تاريخ قيده، (المادة 999 ت م)، وهو ما يتطلب التزام تعاون المقترض في إتمام إجراءاته بعد انتقال ملكية العقار إليه.

*أن يرد الرهن على العقار محل الترميم أو التحسين أو على الأرض التي يزمع المقترض إقامة البناء عليها بحيث تدخل هذه التحسينات أو الإنشاءات في ضمان المقرض تطبيقا لمبدأ شمول الرهن لملاحقات العقار المرهون، (المادة 887 ت م)

تتمثل أهم التأمينات والضمانات التي يلتزم المقترض بتقديمها في الرهن الرسمي فما مدى خضوع هذا الضمان لقواعد التقنين المدني وكيف يتأثر تأسيسه وتنفيذه بالقانون المصرفي والعادات والأعراف والممارسات المصرفية؟

3.1.1.1. شروط قيد الضمان لتحديد مرتبته، وتحرير قيمة القرض

إن العقد هو مصدر الرهن لذلك يقال على الرهن بأنه حق انفاقي ولا يتحرر بحكم القانون ولا بحكم المحكمة ومن ثم يجب لإنشاء عقد الرهن الرسمي أن تتوفر أولاً الأركان العامة اللازمة لكل عقد، فيجب لإنشائه من ناحية الموضوع توفر الرضا والمحل والسبب. [20] ص 265،290

يجب أن يكون رضا خاصة المدين المقترض خالياً من عيوب الإرادة الوارد أحكامها في المواد 82، 86، 88 و90 من التقنين المدني وذلك على التفصيل الذي تضمنته القواعد العامة. ضروري أن يفرغ عقد الرهن الرسمي العقاري في شكل رسمي وتعتبر الرسمية ركناً من أركان العقد وليس شرطاً لصحته أو دليلاً لإثباته ويحق لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان المرتب عن تخلف الرسمية فإذا انعدمت هذه الرسمية فلا يعد العقد العرفي وعدا بإبرام عقد رهن رسمي ذلك لأن الرسمية إذا وجبت بالنسبة للعقد فإنها تكون واجبة كذلك بالنسبة للوعد بهذا العقد [58] ص 139

إذا تضمن العقد العرفي وعدا من المدين بإنشاء عقد رهن رسمي ولم ينفذ التزامه فإنه لا يستطيع إلزام الطرف الآخر الموعد له بدفع مبلغ القرض. يشترط لإبرام عقد الرهن الرسمي و فيما يتعلق بعقد القرض العقاري تدخل السيد الموثق الذي بين مؤسسة Convention cadre يتولى تحريره في حدود سلطته واختصاصه بعد إبرام اتفاق إطار القرض والموثق المختار، لأن الرهن الرسمي، الواجب كضمان لعقد القرض العقاري هو رهن رسمي انفاقي [35] ص 01.

lorsque l'hypothèque est conventionnelle le contrat requiert pour sa validité l'intervention du notaire , le législateur a voulu par là que le constituant soit conscient de l'importance de son acte et qu'il soit renseigné sur les conséquences qui en découlent.

- les sûretés réelles : hypothèque et privilège

يبرم هذا الاتفاق الإطار بين مؤسسة القرض وكذا مكتب التوثيق المختار الذي يتولى تثبيت ما لديه أو ما تلقاه من مؤسسة القرض طبقاً للأشكال القانونية بمقتضى جملة من النصوص القانونية التي نذكر أهمها:

* أحكام الأمر 03-11 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض (ج ر عدد 14 الصادر في 08 / 2006/03)

* القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

* المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

* المرسوم التنفيذي رقم 91-145 المؤرخ في 27 شوال عام 1411 الموافق ل 12 ماي 1991 المتضمن تحديد القانون الأساسي للصندوق الوطني للسكن المتم والمعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 94-111 المؤرخ في 18/05/1994.

* المرسوم التنفيذي رقم 94-308 المؤرخ في 04/10/1994 المتضمن كفاءات تدخل الصندوق الوطني للسكن في ميدان تدعيم الحصول على السكن.

* المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07/03/1994 الخاص بنموذج عقد البيع بحسب المخطط في مجال الترقية العقارية.

ومن أهم المسائل الجوهرية المشار إليها في اتفاق اعتماد الموثق نذكر:

*- طبيعة الخدمات المطلوب تأديتها من قبل الموثق لصالح المقرض أو مؤسسة القرض.

*- التزامات طرفي هذا الاتفاق.

*- أجل صلاحية هذا الاعتماد.

*- طريقة الوفاء بالأتعاب ومقابل الخدمات مع التأكيد في احد بنود هذا الاتفاق وبشكل صريح بأن نفقات التسجيل والطابع والرسوم والإعلان العقاري وأتعاب الموثق وغيرها تكون على عاتق الحائز المقترض قياساً على أحكام عقد البيع خاصة المادة 393 ت م والمادة 883 / 2 والمادة (1) 906 ت م.

(1) المادة 393 ت م : "إن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما

لم يكون هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

- المادة 883 ت م : " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون .

وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك".

- المادة 906 ت م : " تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك".

إن الاتجاه العملي في هذا الاتفاق المطبق في مؤسسات القرض المانحة للقرض العقاري في الجزائر مرده أن للموثق واجب مهني وتعاقدي، فعليه أن يرشد المتعاقدين إلى ما ينبغي إتباعه من إجراءات وإلى القيمة الحقيقية للرهن و التأكد من باب المسؤولية هل هناك حقوق أخرى تنقل العقار المراد رهنه الضمان الأساسي للقرض العقاري .

إذا قصر الموثق في هذا الواجب المهني والالتزام التعاقدية تحمل المسؤولية قبل المضرور من المتعاقدين خاصة إزاء الدائن المرتهن وهو ما يبرر الإبقاء على ضرورة تدخل الموثق [58] ص 131.

إذا أنشأ الرهن الرسمي بتوكيل فيجب أن تكون الوكالة رسمية عملاً بأحكام المادة 574 ق م⁽¹⁾، فلا يكفي التوكيل العام لإبرام عقد الرهن كما يجب أن يكون هذا التوكيل رسمياً تماماً كالتصرف الوارد على التوكيل، وهو ما أكدته مشرعنا من خلال حكم المادة 572 ت م التي تقضي: " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقض بخلاف ذلك".

فالمدين الراهن هو صاحب المصلحة في إتمام الرهن، الذي بغيره ما كان المرتهن يقبل منحه قرضاً.

إذا تضمن التصرف الذي آل العقار بموجبه إلى الراهن، شرطاً مانعاً من التصرف كان الرهن باطلاً، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون أو أهلاً للتصرف فيه عملاً بأحكام المادة 884 ت م التي تقضي: " يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصاً آخر يقدم رهنًا لمصلحة المدين".

أما بالنسبة لخصائص هذا الضمان التي قد نستخلصها من التعريف السابق بالرهن الرسمي فهو وبشكل مختصر حق عيني عقاري تبعية وغير قابل للتجزئة يحفظ للمدين الراهن ملكية العقار وحيازته.

فهو حق عيني عقاري لأنه يعطي للدائن المرتهن حقاً عينياً عقارياً بكل ما لهذا الحق من مزايا و ضمانات عينية ويعطيه حق التقدم على دائنين العاديين من أصحاب الحق العيني المتأخرين عنه درجة ويعطيه حق التتبع وهو حق الملكية ذاته .

(1) تقضي المادة 574 ت م : " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما البيع والرهن والتبرع.....".

إن هذا الرهن لا يمنح صاحبه شيئاً من السلطات التي تمنحها الحقوق العينية الأصلية وهي سلطات الاستعمال والاستغلال⁽¹⁾ والتصرف ، لأن الرهن لا ينصب على ملكية العقار المنقل به بل على القيمة المالية لملكية هذا العقار.

فحق الدائن يخول له مباشرة الأفضلية على ثمن العقار أو على مبلغ الضمان في حالة

هلاكه أو تلفه أو التعويض، الذي يتقرر لقاء استهلاكه للمنفعة العامة [60] ص 26.

إن هذا الحق العيني العقاري تابع للدين فهو يتبع مصير الموجب فينتقل الى الشخص الذي أحيل إليه فهو بذلك ، لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون به ويسير مع الدين وجودا وعدما فالرهن الرسمي الشرط الرئيسي لمنح القرض العقاري هو حق عيني تابع ومرتببط بحق شخصي أصلي هو حق الدين.

هذا الحق⁽²⁾ هو غير قابل للتجزئة سواء بالنسبة للعقار الوارد عليه ، أم بالنسبة إلى الدين

المضمون.

إذا انتقل العقار موضوع التمويل العقاري إلى ورثة مالكه، أصبح كل وارث مسؤولاً عن جزء من الدين فإن الجزء من العقار الذي يملكه هذا الوارث يبقى مؤمناً عليه في كل الدين، فإذا وفى الوارث بجزء من الدين المسؤول عنه بقي الجزء من العقار الذي دخل في ملكه مسؤولاً عن باقي الدين ولا يصح شطب الرهن على هذا الجزء إلا بعد سداد الدين كله.

إذا كان العقار موضوع الرهن الرسمي، في نصيب أحد الورثة بقي الرهن عليه ولو سدد الوارث حصته من الدين بحيث يكون مسؤولاً عن الوفاء بكامل الدين في حدود قيمة العقار وإن كان لا يسأل شخصياً كوريث إلا عن جزء من الدين.

وعلى رأي بعض رجال القانون في فرنسا فإن وفاة المدين لا تقضي إلى تجزئة حق الرهن الرسمي بالنسبة لورثته إذ يبقى كل من هؤلاء مسؤول عن مجموع الدين تجاه الدائن على

نصيبه من التركة ، وهو الحكم الذي أكدته مشرعنا من خلال النص السابق. [60] ص 31

كحماية لحق الدائن المرتهن، فإنه يبدو ضروريا العمل بحكم المادة 885 ت م التي تقضي: " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند

(1) Abusus , Fructus, Usus.

(2) نصت المادة 892 ت م: " كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل دين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك".

ملكيتته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن".

خرج مشرعنا من خلال حكم هذه المادة عن القواعد العامة، التي تقضي بأن زوال التصرف بأثر رجعي، يزيل كل ما رتبته المتصرف إليه من تصرفات على العين فيظل الرهن الرسمي الذي يرتبه على من آلت إليه ملكية العقار، نافذا حتى إذا أبطل التصرف أو فسخ أو ألغي *Résolu , Résilie , Aboli* لأي سبب ويشترط لذلك:

1- أن تكون الملكية قد انتقلت إلى الراهن وقت انعقاد الرهن وأن يكون التصرف قابلا للإبطال أو للفسخ أو لغير ذلك من أوجه الإلغاء ذات الأثر الرجعي.

أما إذا كانت الملكية لم تنتقل للراهن، لانقضاء السند لصور يته المطلقة أو لتزويره أو لبطلته بطلانا مطلقا لانعدام الرضا فلا يستفيد الدائن من هذه الحماية المقررة طبقا لأحكام المادة السابقة.

2- أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت انعقاد الرهن بمعنى أن لا يكون العون القائم على منح القرض العقاري ودراسته، عالما بعيب سند الرهن فإن قصر في ذلك ولم يطلع على سند الملكية فلا يستفيد من هذه الحماية .

إن مسألة حسن النية هي أمر مفترض وعلى المالك وخلفائه إثبات سوء النية.

3- أن يكون عقد الرهن صحيحا مستوفيا لشروطه [58] ص 141 وقد تم مراعاة توفر

الشروط المقررة طبقا للقواعد العامة وكذلك مراعاة القواعد الخاصة بشأن انعقاد الرهن الرسمي كاشتراط مشرعنا قاعدة تخصيص الرهن (المواد 884، 886 ت م) والقواعد الخاصة بأهلية الراهن للتصرف وملكية العقار المرهون.

4- أن يكون الرهن مقيدا في وقت سابق على وقت زوال التصرف .

في هذا المقام يكتسب قيد الضمان العقاري أهمية حيوية بالنسبة للدائن، إذ به يمكن الاحتجاج بالرهن أو الامتياز قبل الغير، كما تكون مرتبة من تاريخ هذا القيد.

يقدم طلب الضمان العقاري من المقرض أو المقترض - تطبيقا لأحكام القانون - إلى مكتب الشهر العقاري الكائن في دائرة العقار محل التمويل، مرفقا به اتفاق القرض العقاري العقاري، و ضمان التمويل باسم المقرض - في حالة الشراء - أو سند ملكية العقار باسم المقترض في غير ذلك من الحالات و يجب أن يتضمن طلب قيد الضمان البيانات التالية:

- أسماء و بيانات كل من المقرض والمقترض

- قيمة الأقساط و الحقوق المضمونة.

- الموعد المحدد لانتهاء أقساط القرض.

بمجرد تقديم طلب القيد يتولى مكتب الشهر العقاري المختص التحقق من صحة حدود العقار و مواصفاته، الواردة بطلب العقد وسند الملكية المرفق به وله في سبيل ذلك تكليف الطالب بأن يستوفي ما يلزم من مستندات خلال مهلة معقولة.

يكون البت في الطلب أو التكليف باستيفاء المستندات خلال اجل من تاريخه ولا يجوز رفض الطلب إلا بسبب عدم استيفاء المستندات اللازمة لإجرائه.

في جميع الأحوال نقترح أن يكون إخطار الطالب بقبول أو استيفاء المستندات أو برفض الطلب مسيبا بخطاب مسجل بعلم الوصول.

إن قيد التأمين العيني -أو الضمان العقاري- يفترض أن الحق العيني قد نشأ بالفعل، فقيد الحق إجراء تال لوجوده.

إن النص المتعلق بالتزام المقرض بقيد حق الامتياز لصالح المقرض يكفي بذاته لحماية حقوق المقرض.

فالامتياز حق عيني تباعي ينشأ بنص القانون، كما أن القانون هو الذي يحدد مرتبته، فليس للأطراف دخل فيما يتعلق بقيد حقوق، الامتياز الخاصة الواردة على عقار - كما في الغرض الذي نحن نصدده- حتى تتحدد مرتبتها.

بمجرد اتفاق الأطراف و قبول البائع (في حالة التمويل لغرض الشراء) حوالة حقوقه في أقساط الثمن إلى المقرض فإن تلك الحقوق تنتقل إليه مع ضماناتها، ومنها امتياز الثمن، ولا يبقى إلا القيام بإجراءات قيده حتى تتحدد مرتبته.

يستطيع أن يباشر إجراءات القيد المقرض أو المقترض، غير أن الأمر يبدو مختلفا تمام الاختلاف إذا تعلق بالرهن الرسمي، فالنص على التزام المقرض بإنشاء رهن رسمي على عقاراته أو عقارات الغير، لا يكفي بذاته لحماية مصالح المقرض، و لا يؤدي في النهاية إلى إنشاء حق الرهن، بل هو لا يصلح إلا كمجرد وعد بالرهن الرسمي، و الذي يجب أن يتم في نفس الشكل الذي يشترطه القانون لتتمام العقد النهائي⁽¹⁾، على يد موظف عام مختص، ووفقا للإجراءات التي رسمها

(1) المادة (2/71) ت م تقضي: "..... وإذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد."

القانون، حتى يمكن في حالة تخلف الواعد عن إبرام العقد، أن يقوم حكم القاضي متى حاز قوة الشيء المقضي به - مقام العقد.

إذا لم يف المقترض بوعده بشأن الرهن الرسمي، فليس للمقرض اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مقام العقد، فلا يكون بوسعه إلا المطالبة بالتعويض، إذا كان له مقتضى و كانت الدعوى تتعلق بوعده بالرهن الرسمي لصالح أحد البنوك ضمانا لقرض حصلت عليه إحدى الشركات، [87] ص 402

إذا لم يتم إبرام عقد الرهن الرسمي، لتعاسس الواعد عن وعده، حصل البنك على حكم قضائي يلزم الواعد باحترام وعده و إبرام عقد الرهن، و إلا كان للبنك الحصول على ترخيص بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة الواعد.

ألغت محكمة النقض الفرنسية مثل هذا الحكم لمخالفته القواعد العامة و أكدت أن العقد المنشأ للرهن يجب أن يتم على يد موظف عام مختص (الموثق) و أن الوعد العرفي بإبرام هذا العقد لا يخول البنك إلا للمطالبة بالتعويض.

تجنباً لمثل هذه الصعوبات، فقد درجت عملياً نماذج اتفاقات القرض العقاري على ربط صرف مبلغ القرض بإتمام إجراءات قيد الرهن، حيث تنص على أن الطرف الأول (المقرض) لن يصرف ولن يحرر مبلغ القرض إلا بعد تمام قيد الرهن و تقديم الشهادات العقارية الدالة على عدم وجود أي حق عيني أو قيد أو تسجيل على العقار، حتى تكون مرتبة قيد الرهن من الدرجة الأولى يقع على عاتق مكتب الشهر العقاري المختص محلياً، مسؤولية التحقق من صحة حدود العقار و مواصفاته الواردة بطلب القيد و سند الملكية - المرفق به، و إذا كان هذا النهج منطقياً، إلا أنه يتطلب تعاون ذوي الشأن مع مكتب الشهر العقاري المختص في إنجاز هذه المهمة.

لذا أباح له المشرع تكليف طالب قيد الضمان العقاري، بأن يستوفي ما يلزم من مستندات، يكون وجودها ضرورياً للتحقق من حدود العقار و تتابع سندات الملكية. يهدف المشرع إلى التأكد من ملكية المقترض أو البائع - على حسب الأحوال - للعقار محل القرض، و من سلامة مركزه القانوني، و التحقق من مواصفاته و مساحته، لتجنب ما قد يشوب القيد من نقص، و ما قد يؤثر و ينعكس على العقد ذاته.

إن سرعة الإجراءات لضمان استقرار المراكز القانونية الخاصة بالأطراف، أمر ضروري حيث يعتبر قيد الضمان العقاري إجراءً محورياً لتحديد مرتبته، و شرطاً للبدء في صرف

قيمة القرض أو ثمن شراء العقار، ولهذا نرى بضرورة تحديد اجل معين لإتمامه لا يتجاوز الخمسة عشرة يوما.

يجب التأكيد في هذا المقام ، أن مكتب الشهر العقاري لا يعد جهة إشرافية تمارس رقابتها على عقد القرض العقاري من الناحية الموضوعية، بل تنحصر مهمته في التأكد من المستندات الخاصة بالعقار الضامن تمهيدا لقيد الضمان العقاري، و لا يجوز له رفض طلب القيد إلا بسبب عدم استيفاء المستندات اللازمة لإجرائه، أو عدم صحتها، أو وجود شك في المستندات، لعدم تناسقها، أو لوجود تعارض بينها.

إذا قرر مكتب الشهر العقاري رفض طلب القيد، فيجب أن يكون الرفض في صورة قرار يصدره المكتب، و يبلغه لذوي الشأن، يبين فيه أسباب الرفض.

لا يمنع صدور قرار مسبب برفض القيد، الأطراف من تجديد طلب القيد مرة أخرى، إذا تم تدارك سبب الرفض، و استوفيت المستندات الناقصة، و لا يشترط أن يقدم الطلب من قبل الطرف الذي باشر هذا الإجراء في المرة الأولى.

إذا صدر القرار من مكتب الشهر العقاري إيجابيا، أي بقبول القيد، وجب إخطار الأطراف أو مقدم الطلب، بخطاب مسجل مع علم الوصول، كما يجب أن يكون القرار مسببا حفاظا على مصالح الغير ممن تتأثر حقوقهم بقيد الضمان على العقار.

لأبد من النص على تحمل مكتب الشهر العقاري المسؤولية تجاه الأطراف و تجاه الغير، إذا ظهر أن هناك ما يشوب هذا القيد أو يؤثر في صحته.

تطبق بشأن مصروفات القيد، أو إجراءات تجديده أو شطبه أو إلغائه، القواعد العامة الواردة الذكر في المادة 906 ت م.

إذا خصص المال العقار الممول للوفاء بدين المؤسسة المقرضة فيستوفي الدائن المقرض حقه من هذا العقار قبل غيره من الدائنين ويتبعه في أي يد يكون وهذا النوع من التأمين يسمى بالتأمين العيني وهو يحقق للمقرض فائدة كبيرة وهي ضمان حقه قبل مدينه و له أيضا فائدة كبيرة للمدين فهو يمثل ثقة الدائن المقرض فيه، وبغير هذه الثقة لا يحصل المدين على ائتمان.

إن المشرع الجزائري قد ساعد على توسيع دائرة الائتمان لما له من أهمية في إنماء الحياة الاقتصادية فعمل على تنظيم التأمينات العقارية بجعله الملكية العقارية ثابتة ومستقرة أو ذات

قوة ثبوتية مطلقة عن طريق إصدار عدد من النصوص القانونية⁽¹⁾ ولاسيما منها الأحكام المتعلقة بالسجل العقاري.

نظرا لما يثيره التعامل بالعقارات والحقوق العينية العقارية من إشكالات قانونية، نوكد مقدما أن إجراءات الشهر العقاري هي ذات أهمية طوال مسار عقد القرض العقاري الذي يعتمد أساسا على عقد الرهن الرسمي أو العقاري.

فالعقارات بحكم طبيعتها وبما لها من حيز ثابت، تتمتع بنظام قانوني خاص يقضي بإخضاع التصرفات التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها لإجراءات شهر معينة، بحيث لا يتم أي إجراء من هذه الإجراءات إلا بإتمام الإجراءات المحددة بموجب الأمر 74-75 الذي بموجبه أحدثت المحافظات العقارية التي يسيرها محافظون عقارين مكلفون بمسك السجل العقاري وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري.

لقد أنشأت بموجب الأحكام المتعلقة بتأسيس السجل العقاري لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية، محافظة عقارية يسيرها محافظ عقاري.

إن الدور الرئيسي للمحافظات العقارية هو التحديد والعمل على معرفة طرق اكتساب الملكية والحقوق العينية الأخرى الموجودة على العقارات عن طريق الإشهار العقاري.

- بكتابة البيانات على السجلات العقارية الخاصة بالحقوق العينية والتكاليف العقارية المؤسسة على العقارات الخاضعة للإشهار وجميع الشكليات الملحقة لهذا الإشهار.

- بالمحافظة على العقود والمخططات وجميع الوثائق المتعلقة بالعقارات الخاضعة للإشهار.

- بإعطاء المعلومات الموجودة في وثائقهم والمتعلقة بالعقارات المذكورة إلى الجمهور.

(1) - الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 المؤرخ في 12/11/1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ج ر عدد 92.

- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري. ج ر عدد 49

- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ج ر عدد 52

- القانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 1/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير ج ر عدد 52

- المرسوم التشريعي رقم 73 - 32 المؤرخ في 5/1/1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة.

- المرسوم التشريعي رقم 76 - 62 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق 25/03/1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام (الدفتر العقاري).

- المرسوم التشريعي رقم 76 - 63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 30

- المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المؤرخ في 1/3/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14.

على هذا الأساس فإن هذه التأمينات خاصة الواردة على العقارات منها المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بإبرام وتنفيذ عقد القرض العقاري لها علاقة جد وثيقة بالشهر العقاري الذي يمكن من إثبات التصرفات القانونية المذكورة في سجلات يمكن الاطلاع عليها وأخذ إفادات بما جاء فيها من بيانات وقيود، [61] ص 11

فالعقارات موضوع التمويل العقاري هي محل لمختلف الحقوق العينية من أصلية كالملكية وما يتفرع عنها من حقوق الانتفاع أو التبعية كالرهن الرسمي، التامين في الاصطلاح اللبناني ترجمة لكلمة HYPOTHEQUE الفرنسية في المادة 2114 ، يقابل عبارة الرهن الرسمي في الاصطلاح المصري والجزائري ، المادة 1030 قانون مدني مصري و882 مدني جزائري إن الحق العيني بطبيعته نافذا ، في حق الكافة بمعنى يمكن الاحتجاج به على الجميع ولذلك كان من الواجب شهره أو الإعلان عنه لكي يتاح لكل ذي مصلحة العلم بوجوده ما دام هذا العقد نافذا في حقه حتى يعتد به ويدخله في حسابه عند إجراء أي تعامل على هذا العقار وعلى هذا النحو فإن نظام الشهر العقاري، يؤدي إلى منع الغش واستقرار المعاملات وصيانة الحقوق وتثبيت الملكية والقضاء على المنازعات، وفي هذا تشجيع للتعامل في العقارات وللائتمان العقاري. إن مؤسسات القرض المانحة للقرض العقاري ومن خلال اشتراط هذا النوع من التأمينات المناسبة لنوع القرض تتأكد من ملكية المدين المقترض للعقار وأنه غير منقل بأي رهن وتتأكد من مرتبته .

إن نظام الشهر العقاري له علاقة وطيدة بالقرض العقاري فهو يحقق المزايا التالية:

- 1- يوفر الطمأنينة لمؤسسات القرض التي تطلع على القيود والبيانات المدونة في السجل العقاري بما يضيفه على هذه القيود من حجية كاملة.
- 2- يجنب العيوب والأخطار التي قد تنجم عن تشابه الأسماء باعتماده العقار أساساً للتسجيل.
- 3- يصون الحقوق العينية العقارية من خطر اكتسابها بمرور الزمن (التقادم) لأن مرور الزمن لا يسري على الحقوق المسجلة في السجل العقاري.
- 4- يؤدي إلى تثبيت مساحة العقار ويضمن عدم التعدي عليه والاستيلاء على جزء منه كما يضع حداً للمنازعات التي يمكن أن تنشور.

5- يؤدي إلى استقرار الملكية وتوفير الثقة بها مما يشجع على التعامل في العقارات

ويعزز الائتمان العقاري، [61] ص 15

إن المحكمة العليا قد أكدت في القرار الصادر عنها بتاريخ 28/06/2002 بأن الدفتر العقاري المحرر على أساس مجموعة البطاقات العقارية للبلدية ومسح الأراضي يشكل المنطلق الوحيد لإقامة البيئة في نشأة الملكية العقارية، ولما لم يعتبر قضاة المجلس في قضية الحال الدفتر العقاري المستظهر سندا لإثبات الملكية يكونوا قد خالفوا القانون، الملف رقم 197920 قرار بتاريخ 28/06/2000 قضية (و.ر.م) ضد (و.ح.ر) المجلة القضائية عدد 2001/2

لا يريد المشرع من خلال هذه القواعد حماية الدائن المرتهن أي مؤسسة القرض فقط إنما حماية الحقوق العينية التي تم اكتسابها بحسن نية قبل زوال الملكية.

على مؤسسة القرض التنبه إلى الطبيعة القانونية لسند الملكية فإذا تضمن عقد البيع المسجل باق من الثمن بقيمة معينة فإن مؤسسة القرض يمثل هذا البيان بإمكانها أن تعلم دون جهالة أن هذا العقد مهدد بالزوال عن طريق الفسخ إذا ما تخلف المشتري الراهن الوفاء بما تبقى من المبلغ وان مؤسسة القرض في هذا الشأن تعتبر غير جديرة بالحماية المقررة في الحكم الوارد ذكره في المادة 885 ت م.

إن الهدف من ضرورة تنظيم قواعد القرض العقاري هو الموازنة ما بين مصالح طرفي العقد، حيث يكون بوسع المقترض الحصول على القرض اللازم لتمويل العملية القانونية، و في المقابل يكون الممول واثق من الحصول على مبلغ القرض، من خلال الضمانات التي يحصل عليها، في شكل تقرير حق امتياز أو رهن رسمي على العقار موضوع العقد.

إذا كان من الجائز رهن الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، شريطة أن تكون قابلة للبيع بالمزاد العلني وداخلة في التعامل، فما يجب التنكير به في هذا المقام ، أن الرهن الوارد على الملكية التامة، وهي حق دائم، يفوق في فاعليته وأهميته الرهن الوارد على الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن الملكية، لأنها حقوق مؤقتة بطبيعتها كما يمكن أن تنقضي قبل انتهاء الأجل المحدد لها في سند الإنشاء، المادة 2/847 ت م تتحدث عن انقضاء حق الانتفاع بسبب إساءة الاستعمال من جانب المنتفع، فلا يبقى إلا القول أنه لو قبل المقرض الالتزام بإقراض المقترض لتمويل الحصول على حق عيني متفرع عن الملكية، فإن بإمكانه أن يطالبه بتقديم ضمان آخر على عقار يملكه، أو تقديم كفيل عيني يضمن الوفاء بالدين.

إن القواعد التي تقرر حماية المقترض العقاري، تطبق على الطلبات التي تهدف إلى الحصول على عقارات لأغراض السكنية ، سواء كانت العقود تتعلق بالملكية التامة أو تقتصر على حق الارتفاق.

3.1.1.2. مناط نفاذ تصرف المقترض

يجب أن يتضمن عقد الرهن تحديدا دقيقا للعقار المرهون ببيان طبيعته (مسكن أو أرض للبناء) وبيان موقعه وبكفي التحديد الذي ينفي الجهالة كما يجب أن يكون العقار مما يجوز التعامل فيه أو بيعه بالمزاد العلني وهذه المسألة حددها مشرعنا من خلال المادة 886 ت م ، التي تقرر مبدأ تخصيص الرهن وتقضي، بأنه: " لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وأن يكون معنا بالذات تعينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه وأن يرد هذا التعيين أما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان الرهن باطلا."

المقصود بتخصيص الرهن أن يقتصر الحق على العقارات بالذات وليس على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية وذلك لما للرهن العام من أضرار بمصلحة المدين الراهن وحتى بالمصلحة العامة من خلال المساس بفكرة الائتمان في المجتمع وفي هذا التخصيص تنبيه للمدين بحقيقة التصرف المقدم عليه وكذا تطبيق قاعدة بطلان رهن مال المستقبل بصفة عامة.

إذا منح القرض العقاري لانجاز البناء الذاتي فإن الرهن المكتسب يشمل الأبنية المنجزة والتحسينات المحدثه في العقار المثقل بالرهن.

غالبا ما يدرج في اتفاق القرض صراحة أن جميع التحسينات اللاحقة لإبرام العقد وكذا المباني والإضافات التي تضاف إلى الأموال المرهونة مهما كانت الزيادة التي تطرأ على قيمة هذه الأموال نتيجة لذلك لا تخول الغير أي حق قبل المؤسسة المقرضة .،

إن هذه التحسينات والمباني والإضافات التي تعتبر تابعة للملك الأصلي يلحقها الرهن لصالح المقرض ويكون له عليها حق التقدم على الغير ،مهما كانت طبيعة حقوقهم .

لا يمنع هذا التخصيص ،المدين الراهن من التصرف في العقار المرهون وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن .

طبقا للقواعد العامة لا يفقد المدين الراهن في الرهن الرسمي ملكية العقار ولا حيازته ولا حق التصرف فيه فلا يجوز أن يتضمن عقد الرهن شرطا يمنع هذا التصرف و إلا كان الشرط باطلا.

فللراهن أن يبيع عقاره المرهون أو يرهنه رسمياً أو حياً زياً كما يجوز للراهن أن يرتب على العقار المرهون حق ارتفاق أو حق انتفاع وتكون هذه التصرفات صحيحة يتوقف نفاذها على أسبقية شهرها (1) . وما يلاحظ أن مشرعنا استعمل لفظ التسجيل في كثير من النصوص بدل القيد، نذكر منها النص الوارد في المادة 93 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 15 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري:

"- يمكن أن يطلب بمجرد تقديم الأصل أو صورة رسمية لحكم أو لعقد ينشئ امتيازاً أو رهناً ما يلي:

- تسجيلات الرهون العقارية.

- تسجيلات الامتياز أو الرهن القانونية من أجل الحصول على تسجيل هذه الامتيازات أو الرهون يودع الدائن إما بنفسه أو بواسطة الغير جدولين موقعين ومصححين بكل دقة ويكون أحد الجدولين محررين إلزامياً على استمارة تقدمها الإدارة. ويحتوي كل من الجدولين على الخصوص:

1- تعيين الدائن والمدين طبقاً للمواد 61 إلى 65، من ذات المرسوم، وهذا البيان الجوهري يمكن من التعريف بالدائن تعريفاً ينأى به عن التجهيل واللبس وكذا التعرف على المدين ومن ثم على المالك الذي رتب الحق على ملكه، فالمراد هو إظهار مالك العقار.

2- اختيار الموطن من قبل الدائن في أي مكان من نطاق اختصاص المجلس القضائي لموقع الأملاك، إن عدم توضيح محل إقامة الدائن أو محله المختار أي موطنه لا يؤدي إلى بطلان هذا الجدول تطبيقاً للقواعد العامة، لأنه يمكن إعلانه في المحل الأخير وهو الموطن الأصلي له.

3- ذكر التاريخ ونوع السند وسبب الدين المضمون بواسطة الامتياز أو الرهن، والبيان المطلوب هنا هو تاريخ السند والجهة التي تم أمامها أي ذكر تاريخ توثيقه أما سبب الدين أو مصدر الدين المضمون بالحق العيني ومقداره أي السبب المنشئ للدين وهو عقد القرض، فإذا وجد اختلاف في مقدار الدين الوارد في الجدول وفي سند الدين كانت العبرة بما تضمنه الجدول.

إذا تقرر للغير حق عيني تبعي أو اكتسب ملكية العقار المثقل بالحق العيني التبعي المشهر فإنه لا يحتج عليه إلا بمقدار الدين الوارد بالجدول حتى ولو كان أقل من الدين الثابت

(1) يشهر الرهن بالقيد بينما تشهر التصرفات الناقلة للملكية كالبيع بالتسجيل، فالقيد هو الإجراء اللازم لشهر الحقوق العينية التبعية بينما يكون التسجيل هو الإجراء اللازم لشهر الحقوق العينية الأصلية، فالقيد والتسجيل طريقان لشهر الحقوق العينية فيتعادلان في الأثر المترتب على كل منهما، وتقوم بهما قرينة قانونية قاطعة على تحقق علم الكافة بالتصرف الذي تم شهره بأي من الطريقتين.

بالسند ومن قام بالوفاء بما ذكر في الجدول، خلص له العقار مطهرا من القيد المشهر وطلب محوه اتفاقيا أو قضائيا، ولهذا تعدد المؤسسات المصرفية على إلزام العون المكلف بإتمام هذا الإجراء بالتدقيق في البيانات والتنسيق بين ما هو محل سند الدين وما ذكر في الجدول.

4- ذكر رأسمال الدين ولواحقه والفترة العادية لوجوب أدائه.

5- تعيين كل من العقارات التي طلب التسجيل من أجلها، فيجب أن يشتمل الجدول Le bordereau البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار من حيث موقعه ومساحته وحدوده، ولما كانت بيانات الجدول تنقل بإيجاز عن عقد الرهن فإنه يجب إن يكون العقد ذاته مشتملا على البيانات اللازمة لتعيينه تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه وإلا وقع عقد الرهن باطل عملا بالمادة 886م إغفال ذكر بيان من هذه البيانات لا يرتب بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضررا بالغير وطبعا لا يجوز إن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر، بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها وللمحكمة سلطة تقدير الضرر وطبيعته ومقداره و أثره على القيد.

ويرجع أحد الجدولين إلى المودع بعد أن يؤشر عليه المحافظ يثبت فيه تنفيذ الإجراء. بالإضافة إلى التصرفات السابقة يجوز للراهن أيضا إجراء تعديلات على العقار ما دامت لا تضر المرتهن ولهذا الأخير اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه فله أن يطلب تعيين حارس لمنع الراهن من إضعاف التأمينات. كما أن عقد الرهن لا يمس عناصر الملكية، فالمدين الراهن أن يسكن المنزل كما له أن يؤجره طالما لم يسجل الدائن تنبيه بنزع الملكية الذي هو بمثابة حجز عقاري.

يلتزم الراهن بمقتضى حكمي المادتين 894 و 898 ت م بضمان سلامة الرهن وللدائن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة، وأن يرجع على الراهن بما يتفق في ذلك. كما يجوز للراهن، أن يتصرف في العقار المرهون على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن.

فمفاد هذين الحكمين أن الراهن المدين يظل مالكا للعقار ويحق له التصرف فيه تصرفا ناقلا للملكية أو مرتبا لحق عيني تباعي بشرط أن لا يخل ذلك بالضمان الملقى على عاتقه وأن لا يؤثر في حق الدائن المرتهن .

متى التزم بذلك في تصرفه كان التصرف مشروعاً بريئاً من شائبة الخطأ التي قد تعلق بالتصرفات ومن ثم تنتفي مسؤوليته حتى ولو ترتب عليها الإضرار بالدائن المرتهن، طالما لم يكن

هذا الضرر (م 896 ت م) نتيجة خطأ مباشر من جانب المدين الراهن مثال، ذلك أن يبرم هذا الأخير رهنا لدائنة وبعد أن يقوم هذا الأخير بقيد هذا الرهن، يتصرف الراهن في العقار بالبيع ويتم تسجيل البيع بعد قيد الرهن ولا يقوم المرتهن بعد ذلك بتجديد القيد مما يؤدي إلى سقوطه ويخلص حين إذن العقار للحائز مطهرا من القيد ويفقد المرتهن حقه في تتبعه، ويتعذر عليه استثناء حقه من مدين.

في هذه الحالة يكون المدين قد قام بتنفيذ التزامه، قبل دائنيه فلم يقدم على التصرف إلا بعد قيد الرهن مما يعطي المرتهن الحق في تتبع العقار في أي يد يكون فإن قام الراهن بعد ذلك بالتصرف في العقار، فإنه يكون قد استعمل حقا قرره له القانون لمشروعية حق التصرف فلا يكون الضرر وليد خطأ ومن ثم تنتفي أركان المسؤولية.

تولي مؤسسات القرض أهمية، لهذه المسألة حيث تسعى عمليا عند إجراء القيد إلى التأكد على أنه يكون معفى من التجديد لمدة 30 سنة، فتحرص على إضافة القاعدة التي تدعم هذا القيد المعفى من التجديد لمدة ثلاثون سنة تطبيقا للفقرة رقم 07 من المادة 96 من القانون 02/11 المؤرخ في 2002/12/24 المتعلق بقانون المالية لسنة 2003.

ذات أحكام الرهن القانوني على الأملاك العقارية للمدين لفائدة البنوك والمؤسسات المالية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها، تطبق على الرهن الاتفاقي المتحصل عليه إلزاميا عند منح القرض العقاري.

وقد تناول القرار الصادر عن وزارة المالية المؤرخ في 24 شوال عام 1428 الموافق 5 نوفمبر 2007 نماذج المطبوعات المستعملة في ميدان إجراء الشهر العقاري و جدولي قيد الرهن و تجديده (ج-ر عدد 17 الصادر في 30 مارس 2008)

في سياق الأحكام المنظمة لإلتزام المدين الراهن بضمان المال العقار المرهون فإذا هلك أو تلف العقار بخطأ الراهن كان الدائن المرتهن مخيرا بين حقه الذي قد حل فورا فيقتضيه أو يطلب تأمين كاف يحل محل العقار المرهون أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل الغير أو قضاء وقدر كان المدين هو المخير بين وفاء الدين فورا قبل حلول الأجل بعد انتقاصه الفائدة محسوبة بالسعر القانوني عن المدة الباقية من الأجل إذا لم تكن هناك فائدة اتفاقية أو يقدم تأمينا كافيا وكل هذه الأحكام تتفق وما وارده مشرعنا في المواد 898 و 899 و 900 ت م.

تتفق هذه الأحكام مع المبادئ الخاصة بسقوط الأجل لإضعاف التأمينات الوارد ذكرها في المادة 211 ت م التي تنص بأنه: " يسقط حق المدين في الأجل إذا أشهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون،

إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين أما إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.

إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات".

إذا هلك العقار المرهون أو تلف واستحق الراهن المدين تعويضا من المتسبب أو مبلغ التأمين من شركة التأمين أو ثمن يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة، فإن الرهن ينتقل إلى هذا المبلغ ويستوفي الدائن المرتهن منه الدين، بحسب مرتبته بحكم الحلول العيني إذ ينتقل حق المرتهن من العقار إلى المبلغ المستحق وإذا قدم الراهن هذا المبلغ للمرتهن كان ذلك بمثابة تأمين كاف فلا يسقط أجل الدين وليس للمرتهن الاعتراض على ذلك، فلا يحل الدين إلا بحلول الأجل، عمليا وتطبيقا لقواعد عقد التأمين فإن الحلول العيني تشترطه مؤسسات القرض مسبقا.

يخدم هذا الحكم الذي مصلحة المقرض هو في صالح المقرض أيضا بحيث إذا استحق فيه تعويض من قبل شركة التأمين، فلا يؤدي ذلك إلى إسقاط أجل الدين وبالتالي لا يحل إلا بحلول أجله ولأن هذا حكم هو في مصلحة المقرض يجب بالضرورة التأكيد عليه ، صراحة في اتفاق القرض العقاري.

يكون الاتفاق باطلا إذا تضمن شرطا في الاتفاق ذاته أو في عقد الرهن الرسمي أو في ملحق له يؤكد الاتفاق بين طرفيه يمتلك الأول العقار في حالة عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله بئمن، هو مبلغ الدين أو بئمن آخر وهو الحكم الذي ذكر في المادة 903 ت م التي تقضي " يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم من أيا كان أو في بيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد هذا الرهن ، غير أن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه ".

لقد تنبه المشرع للظروف التي يبرم فيها عقد الرهن الرسمي فقد يقبل المدين هذا الشرط لحاجته الملحة لهذا المال فقضى المشرع ، ببطان هذا الشرط بطلانا مطلقا ولا يؤثر هذا البطلان على عقد الرهن نفسه فيظل العقد صحيحا.

وفي سياق حكم الفقرة الثانية من المادة 903 ت م فإنه متى حل الدين انتفت العلة التي أبطل المشرع الاتفاق على تملك المرتهن للعقار ، فأجار الاتفاق اللاحق لحلول الدين أو قسط منه إذا اشتمل على تملك العقار من قبل الدائن المرتهن وفاء لدينه فيكون ذلك وفاء بمقابل.

لما كان هذا الاتفاق ملحقا لعقد الرهن ، فيجب أن يكون رسميا وإلا كان باطلا ويبطل الشرط أي كانت صياغته.

قد يضطر المدين إلى إقرار معاصر لعقد القرض، يعطي تاريخا لاحقا لحلول الدين أو قسط منه ، يتضمن تنازله عن العقار المرهون وفاء لدينه وحينئذ يكون هذا الإقرار ، باطلا بطلانا مطلقا، إذ يعتبر ملحقا لعقد الرهن الرسمي مما يوجب صياغته في الشكل الرسمي وإلا كان باطلا وفقا للقواعد العامة، فإنه لا يجوز غل يدي المدين عن التصرف في أمواله، حتى لو كان دينه مضمونا برهن أو امتياز على أحد عقاراته، إذ يسمح للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، و أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن (المادة 894 ت م)، الذي قام بشهر حق الرهن قبل صدور التصرف من جانب الراهن.

لكن ما هي حدود سلطة المقرض في التصرف في العقار الضامن وما هي شروط التصرفات التي يجيز القانون للمدين القيام بها ؟ وما مدى استجابة الدائن المقرض لها؟

1- شروط التصرف الناقل للملكية في العقار الضامن:

قد تكون موافقة المقرض على التصرف في العقار الضامن مطلقة، كما قد تكون مفيدة بشرط معين، كتقرير رهن آخر على أحد عقارات المقرض أو عقارات الغير، أو استبدال العقار الضامن بأخر يحل محله، أو إقرار من المتصرف إليه بالحلول محل المقرض في الالتزام المترتبة على اتفاق التمويل.

إذا صدرت موافقة المقرض على التصرف في العقار الضامن مطلقة من كل قيد، بأن سمح له بالتصرف في العقار دون قيد أو شرط، انتقل العقار الضامن إلى المتصرف إليه محملا بالتأمين العيني وفقا للقواعد العامة، وكان المتصرف إليه في مركز الحائز للعقار المرهون، دون أن يكون مسئولا مسؤولية شخصية عن قيمة التمويل المضمونة بالتأمين العيني.

عندما يحل موعد سداد قيمة التمويل أو أحد أقساط الشراء، ولم يتم المقترض بالوفاء، فإن الدائن يباشر إجراءات التنفيذ على العقار الضامن و هو تحت يد المتصرف إليه (حائز العقار الضامن)، وذلك وفقا للمواعيد والإجراءات المنصوص عليها تبعا لأحكام القواعد العامة للحجز العقاري.

في حالة تعليق المقرض موافقته بالتصرف في العقار الضامن على تقرير رهن ثان على عقار مملوك للمدين أو للغير، فإن العقاريين يصبحان ضامنين لقيمة عقد القرض أو ثمن شراء العقار، وفقا لمبدأ عدم جواز تجزئة الرهن. فتتص المادة 892 ت م "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، و كل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك"

يجوز للمقرض، أن يبدأ بالتنفيذ على أي عقار منهما، العقار المحمل بالضمان الأصلي، أو العقار المحمل بالرهن الثاني، كما لا يجوز للحائز للعقار الضامن أن يتخلص من إجراءات التنفيذ على العقار، الذي انتقلت إليه الملكية، بأن يعرض جزء من الدين يتناسب مع قيمة عقاره إلى قيمة العقار الآخر والسبيل الوحيد أمامه للتخلص من تتبع المقرض لعقاره، هو سداد كامل الدين و تطهير العقار.

إذا جاءت موافقة المقرض على التصرف في العقار الضامن مشروطة بشراء عقار آخر يحل محله، و هو ما يعرف بشرط الاستبدال، انتقل التأمين العيني إلى العقار الذي حل محل العقار الأصلي، مع مراعاة إجراءات القيد.

إذا كان العقار محل التصرف محملا بامتياز الثمن لصالح المقرض و تم استبداله بعقار آخر، فإن التأمين العيني الذي يتقرر على العقار الآخر لن يكون حق امتياز، الذي لا ينشأ إلا بنص القانون، بل سيكون رهن رسمي، و ليس لاتفاق الأطراف إثر بالنسبة له، فلا قيمة لاتفاقهم لنقل محله من عقار إلى عقار آخر، و إنما يمكن في هذه الحالة الاتفاق على إبداله برهن رسمي

على العقار الذي يحل محل العقار الأصلي، [19] ص 172

لا يعتبر تحول التأمين العيني إلى العقار الآخر في حالة الاستبدال بمثابة تقرير تأمين عيني جديد لصالح المقرض، بل يعد امتدادا للتأمين العيني السابق، فلا يمكن الطعن فيه من قبل باقي الدائنين في حالة إعسار المقرض، بيد أن تطبيق هذا الحكم يفترض أن هناك مساواة شديدة

بين التأمين العيني القديم و الجديد في الطبيعة و النطاق، [56] ص 675

في حالة صدور إقرار كتابي من المتصرف إليه في العقار الضامن بالحلول محل المقترض في الالتزام المترتبة على عقد القرض العقاري، فإنه يصبح ملتزما شخصيا بسداد قيمة التمويل أو ثمن الشراء، و يكون التزامه عاما في كل أمواله، و لا يقتصر فقط على العقار الذي انتقلت إليه ملكيته، و لا يجوز له تطهير العقار أو التخلي عنه .
للمقرض عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به، مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار الضامن .

في حالة عدم كفاية الثمن المتحصل من بيع العقار في سداد مستحقات المؤسسة المقرضة ، لها أن ترجع على المتصرف إليه بمقتضى دعوى شخصية، تطالبه فيها بسداد باقي حقوقه، و يكون رجوعها كدائن عادي و ليس كصاحب تأمين عيني.
ليس بوسع المقرض أن يطالب المتصرف إليه شخصيا بالدين بدون الإقرار الصادر من المتصرف إليه، أو الشرط الوارد في التصرف في العقار الضامن بحلوله محل المقترض في الوفاء بالالتزامات المترتبة على عقد القرض، و تقتصر علاقته به كحائز للعقار الضامن، [47] ص 223 .

لتحديد مرتبة التأمين العيني جرى العمل على تضمين نماذج اتفاقات القرض العقاري بندا ينص على ضرورة أن يكون التأمين العيني الضامن لقيمة التمويل أو لثمن العقار من الدرجة الأولى، حتى تستوثق البنوك والمؤسسات المالية المقرضة من الحصول على حقها مقدما على غيرها من الدائنين، و تتخلص من مزاحمتهم لها.

لا صعوبة في الأمر في حالة ما إذا ابرم العقد بهدف تمويل شراء بناء لاتخاذ سكنا فإذا كان هذا العقار خاليا من أي حقوق عينية للغير، لم تكن هناك صعوبة في قيد الرهن في المرتبة الأولى، و في الفرض العكسي- حيث يكون العقار محل التمويل متقلا بحق عيني للغير، فيمكن تقرير الرهن على عقارات أخرى مملوكة للمقترض أو مملوكة للغير (كفالة عينية)، كما يمكن لصاحب المرتبة الأولى أن يتنازل عن مرتبته للمقرض باتفاق مع المدين، أو يبادر المقترض بسداد الدين المستحق لصاحب المرتبة الأعلى، فيصبح الأمر مواتيا لقيد رهن رسمي لصالح المقرض و يكون من الدرجة الأولى.

قد يرخص للمقترض التصرف في العقار الضامن بعد توافر شروط معينة، يأتي في مقدمتها ، موافقة المقرض الكتابية المسبقة و أن تصدر من المقرض بناء على طلب مكتوب يوجهه إليه المقترض قبل الموعد المحدد للتصرف بمدة .

إذا رغب المقرض في التصرف في العقار الضامن، سواء كان تصرفه معاوضة (كبيع أو مقايضة). أو كان تبرعا (كهبة)، و سواء كان ذلك التصرف ناقلا للملكية، أو اقتصر على ترتيب حق عيني على العقار الضامن كان لزاما عليه مراعاة أمور معينة حفاظا على مصالح المقرض و حقوقه:

1- الحصول على الموافقة المسبقة من المقرض، بالتصرف في العقار الضامن أو ترتيب حق عيني عليه، و استئذانه يمكن أن يأتي بعمل قانوني منفصل، كأن يرسل له المقرض يستأذنه الموافقة على التصرف، فيفيده أنه لا يمانع في ذلك، كما قد يأتي بمناسبة إبرام التصرف نفسه حيث يضمنه بندا يقضي بان ممثل المؤسسة المقرضة ، حضر إبرام العقد قد وافق على التصرف في العقار الضامن، و وقع على العقد بهذه الصفة.

فعلى المقرض الحصول على الموافقة من الهيئة المقرضة قبل الشروع في التصرف، إلا أن هذا الأمر لا يعد قاعدة حتمية ، إذ يمكن أن يجيز المقرض التصرف بعد صدوره، فتعتبر الشروط متوفرة، عملا بالقاعدة الأصولية التي تقول "أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق".

لكن هل يجب أن تكون موافقة الممول المقرض على التصرف في العقار الضامن كتابية؟ يستحسن من باب الائتمان أن تأتي موافقة المقرض على التصرف في العقار الضامن مكتوبة، وأن تكون بناء على طلب مكتوب يوجهه إليه المقرض، قبل الموعد المحدد للتصرف، وهو أمر متعلق بالإثبات، و ليس شرطا مطلوبا لصحة الموافقة الصادرة عن الممول.

2- إقرار كتابي من المتصرف إليه أو صاحب الحق العيني بالحلول محل المقرض (المتصرف) في الوفاء بالالتزامات المترتبة عن عقد القرض .

يجب أن يكون هذا الإقرار مكتوبا، و أن يرفق بطلب الموافقة على التصرف أو ترتيب الحق العيني كما يجب وفقا للقواعد العامة أن تتوافر في الذي صدر منه الإقرار (المتصرف إليه) الأهلية لذلك، إذا كان يتعاقد بشخصه، و أن تكون له سلطة إصداره إذا كان وليا أو وصيا أو وكلا عن المتصرف إليه.

بإقرار المتصرف إليه بالحلول محل المقرض في الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد يكون قد التزم شخصيا بالوفاء بمبلغ القرض، و يجوز تنفيذ هذا الالتزام جبرا على كل أمواله، و ليس فقط في العقار الضامن. و هو ما يعني أن المتصرف إليه يتمتع بمركز الحائز لعقار مرهون المنصوص عليه في القانون.

إن الشخص الذي انتقلت إليه، لأي سبب من الأسباب، ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسؤولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن، يعتبر حائزاً للعقار المرهون (المادة 901 ت م) ومنه عدم مسؤولية الحائز الشخصية عن الدين المضمون بالرهن، فلا يكون مسئولاً إلا في حدود العقار الذي انتقلت إليه ملكيته، و يتيح له القانون أن يطهر العقار المرهون، مما يتقله عن حقوقه عينية للغير، عن طريق عرض قيمته على الدائن، حتى لو لم تكن كافية لسداد الديون المحمل بها العقار فيعتبر العقار خالي من كل رهن.

لتوفير الائتمان العقاري الذي يشجع المؤسسات المصرفية على منح القروض العقارية نرى بضرورة الأخذ بالحكم الوارد في التقنين المدني من خلال المادة (1/935) التي تقتضي بأنه "لا يترتب على بيع عقار مرهون انتقال الدين إلى المشتري، إلا إذا وجد اتفاق صريح على ذلك".

للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود، كما يمكن أن يتخلى على العقار المرهون، للدائنين للتنفيذ.

إن صدور الإقرار من المتصرف إليه، يجرمه من التمسك بالقواعد العامة، و يجعله ملتزماً في مواجهة الممول بسداد قيمة القرض ليس فقط في حدود ثمن العقار الذي تملكه، بل في كل أمواله، و هو ما يوفر ضماناً هامة لحماية المؤسسات المقرضة، ويشجعها على منح الائتمان والحفاظ على حقوقها (المادة 914 و 915 ت م).

3- قد يشترط المقرض على المقترض، تقديم إقراراً بتضامنه مع المتصرف إليه في الوفاء بالالتزامات المترتبة على عقد القرض، وهو ما يجعل المقترض في مركز الكفيل المتضامن مع المتصرف إليه في الوفاء بتلك الالتزامات، فلا يجوز له أن يطلب تجريد المتصرف إليه فطباقاً للمادة 665 ت م، يحق للمقرض أن يرجع عليه مطالباً بالوفاء بالالتزامات المترتبة على اتفاق القرض، حتى قبل التنفيذ⁽¹⁾ على العقار الضامن.

إذا وفي المقترض بمبلغ القرض، كان له أن يرجع على المتصرف إليه، إذ هو الملتزم الأساسي بالوفاء بهذه الالتزامات تطبيقاً لأحكام المادة 668 ت م التي تقتضي بأنه: " إذا كان

(1) المادة 663 ت م التي تقتضي بأنه: " إذا كان هناك تامين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التامين أو معه أو لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التامين".

الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفي ادهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم " .

2- شروط السماح للمقترض بتأجير العقار ضامن

وفقا للقواعد العامة، فللراهن الحق في إدارة العقار المرهون و في قبض ثماره، إلى وقت التحاقها بالعقار، أي إلى تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية، حيث تلحق الغلة بالعقار، لتستخدم حصيلتها في سداد الدين و الفوائد و المصروفات(المادة 895 ت م)

لما كان الإيجار من أعمال الإدارة تسمح القواعد العامة للمقترض بتأجير العقار الضامن ، وعدم تقييد سلطته في ذلك إلا بما ورد بالمادتين (896 /897 ت م) من أحكام تتعلق بمدة الإيجار و بقبول المخالصة من الأجرة و حوالتها.

خروجا على هذه القواعد وبهدف رعاية حقوق المقرض و الحفاظ على مصالحه في الحصول على أقساط السداد، و لضمان الحفاظ على العقار الضامن وبقائه في يد المقترض، لابد من إلزام المقترض الذي ينوي تأجير العقار الضامن أو تمكين الغير من الانفراد بشغله، باحترام جملة من الشروط الخاصة رعاية لمصالح المقرض وتدعيما للثقة في الائتمان و نذكر منها:

*- موافقة المقرض الدائن المرتهن بتأجير العقار الضامن أو تمكين الغير من الانفراد بشغله، و تكون تلك الموافقة (بالإذن السابق أو الإجازة اللاحقة)

*- إحالة حقه في أجرة العقار أو مقابل شغله إلى المقرض وفاء لمستحقته وفقا لعقد القرض العقاري.

*- أن يرفق المقترض إقرارا مكتوبا بطلب الحصول على موافقة المقرض، لبث الثقة و الطمأنينة في نفسه، على أن تتوافر في المقرض أهلية خالية من العيوب.

*- يلتزم المقترض بأن يعلن المستأجر و شاغل العقار الضامن بحوالة حقه إلى المقرض، حتى تكون الحوالة نافذة في حقه تطبيقا للقاعدة العامة الواردة الذكر في المادة 241 ت م دون أن يشترط أن يصدر من المستأجر أو شاغل العقار قبولا بذلك ، فتتم الحوالة دون رضاء المدين كما أكدته حكم المادة 239 ت م.

تنتقل إلى هذا الأخير ضمانات الوفاء بالأجرة أو مقابل شغل العقار، كالكفالة و الامتياز بحسب ما قضت به المادة 243 ق م.

*- لا يترتب على موافقة المقترض على هذه الحوالة تحلله من التزامه بالوفاء بمستحقات المقرض وفقا لعقد القرض العقاري، بل يظل هو المدين و المسئول الأول قبل المقرض في الوفاء بهذه المستحقات.

*- يكون التزامه شخصيا، في كل أمواله و ليس في ثمن العقار الضامن.

إن حوالة المقترض لحقوقه في الأجرة أو مقابل العقار الضامن إلى المقرض تزيد في ضمان هذا الأخير، عن طريق إشراك المستأجر أو شاغل العقار في الالتزام بالوفاء بالمستحقات، و إن كان التزام هذا الأخير يقتصر على ما يكون مستحقا للمقترض من أجرة و ما حل من فوائد و أقساط (243 ت م).

لكن ما مدى رفض المقرض لهذا الطلب؟

لا يجوز له وفقا للمبدأ العام أن يرفض الطلب، و إلا فإنه يعتبر متعسفا ، إذ أن المشرع قد أحاطه بضمانات جدية للحفاظ على حقوقه و رعاية مصالحه.

لا يجوز له أن يغالي في رفضه، إضرارا بالمقترض ، خاصة إذا كانت هناك ضرورة تقتضي التصرف في العقار الضامن أو تأجيله.

إذا وجدت أسباب جدية تهدد بتعريض مصالحه و حقوقه للخطر، كأن يكون المتصرف إليه أو المستأجر غير موسر، أو يخشى من إهماله في صيانة العقار، أو إساءة استعماله، مما يؤثر بصورة كبيرة على العقار، و يؤدي إلى حدوث نقض مخل بالضمان، حق للمقرض رفض الموافقة على طلب المقترض في شغل العقار أو تأجيله للغير.

أما إذا كانت أسباب الرفض غير جدية، لم يبق للمقترض إلا أن يرفع النزاع إلى المحكمة المختصة، و هي المحكمة التي يقع دائرتها العقار الضامن و موطننا لمدعى عليه عملا بأحكام المادة 40 ق ا م ا.

3-مدى صحة تصرفات المقترض في العقار الضامن رغم معارضة المقرض

إذا تصرف المقترض في العقار أو رتب عليه حق عيني أو أجره أو مكن الغير من شغله دون طلب موافقة المقرض على ذلك، أو رغم معارضته فإنه يحرم من الأجل و يصبح الوفاء بكامل القرض واجبا.

للمقرض أن يطالبه بالوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد و دفع باقي أقساط الثمن أو باقي قيمة القرض دفعة واحدة، و يتم ذلك عن طريق إنذاره على يد محضر قضائي ، ويعين له أجلا ،

فإذا انقضت هذه المدة دون أن يبادر المقترض بالوفاء بما هو مطلوب منه، يجوز للمقرض أن يتخذ إجراءات الحجز والتنفيذ المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 132/06 المؤرخ في 04/04/2006 المتعلق بالرهن القانوني المقرر لصالح للبنوك والمؤسسات المالية.

إن المقترض لا يكون في حاجة إلى الحصول على موافقة المؤسسة المقرضة بالتصرف في العقار الضامن، ولا يمثل تصرفه فيه مخالفة للأحكام السابقة في حالة ما إذا كان تصرف المقترض في العقار الضامن يدخل في صميم وظيفته أو يكون جزءا من مهمته الاجتماعية، كالتعاونيات العقارية والمؤسسات التي تتولى الاقتراض لإقامة مشروعات سكنية، و توزيعها على أعضائها أو المنتسبين إليها.

قد تتوافر في المستفيد (المتصرف إليه)، شروطا معينة تجعله أهلا لتملك العقار الضامن، والحلول محل الجهة المقرضة في الوفاء بالالتزامات المترتبة على عقد القرض، و يكون التزامه شخصيا في كل أمواله، و ليس فقط في حدود العقار الضامن، [54] ص 474.

إذا تضمن عقد القرض العقاري شرطا، بمقتضاه يلتزم المقترض في حالة التصرف في العقار الضامن أن يستبدله بعقار آخر، وهو ما يسمى بشرط الاستبدال، حيث يحل العقار الجديد بديلا عن العقار محل التصرف في ضمان الوفاء بالالتزامات المترتبة على عقد القرض، لا بد من مراعاة الإجراءات الخاصة بقيد التأمينات العينية الضامنة للوفاء.

يتم الاستبدال إما عن طريق مبادلة عقار بعقار آخر (مقايضة)، أو التصرف في العقار الأول، و استخدام ثمنه في شراء عقار آخر يحل محله في ضمان الوفاء بالالتزامات المترتبة على عقد القرض العقاري، [19] ص 148، [55] ص 154.

يعترف القانون الفرنسي للمتصرف إليه الضامن، بمركز الحائز فيكون لديه الخيار على إثر إنذار الدائن له إما أن يعرض ثمن العقار، أو تركه للدائن ينفذ عليه، فإذا لم يختار أحد هذين الأمرين، كان بإمكان الدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار الضامن في مواجهة الحائز، دون حكم، بإلزام الحائز شخصيا بوفاء الدين المضمون بالعقار الذي اكتسب ملكيته.

لتجنب هذه الصعوبات، جرى العمل على تضمين عقد القرض العقاري بندا يلزم المتصرف إليه، بأن يدفع المبالغ المستحقة عليه، بمقتضى التصرف القانوني الذي نقل إليه ملكية العقار الضامن، أو حق عيني عليه، لحساب الموثق أو لأمر البنك المقرض.

للمقرض بموجب هذا البند أن يرجع على المتصرف إليه شخصيا ، ليطالبه بالوفاء بالالتزامات المترتبة على عقد القرض ، عن طريق دعوى شخصية، و ليس بموجب أحكام التأمين العيني (كحائز من الغير) .

يمنع على المتصرف إليه أن يمارس الخيارات المنصوص عليها بمقتضى القواعد العامة كعرض ثمن العقار أو تخليه، أو تحمل إجراءات نزع الملكية ، حيث أنه يتحمل شخصيا الالتزامات المترتبة على عقد القرض في مواجهة المقرض.

دقة موقف المتصرف إليه، و الذي قد يضطر لدفع ثمن العقار الضامن مرتين، مرة إلى المتصرف (المقترض)، و مرة أخرى إلى البنك المقرض إلا أنه من باب ضرورة بث الثقة و الطمأنينة في هذا المجال الحيوي، فإنه من الممكن تضمين العقد شرطا يلزم المتصرف إليه بالوفاء بالثمن إما إلى الموثق أو إلى المؤسسة المالية القائمة بمنح القرض ، و هنا يظهر دور الموثق الذي يبرم العقد، إذ يتوجب عليه جلب انتباه الأطراف إلى هذا البند، و توضيح مضمونه لهم.

إذا خلى عقد القرض من هذا الشرط، أو لم يتم إبرازه للأطراف بشكل كاف انعقدت مسؤولية الموثق المهنية في مواجهتهم و هو ما قد يستخلص بطريقة ضمنية من أحكام القانون 06/04 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق .

إذا قام المقترض بالتصرف في العقار الضامن و استبدله بعقار آخر يحل محله في ضمان الوفاء بالالتزامات المترتبة على عقد القرض ،لا تثار صعوبة ، بمراعاة إجراءات قيد الضمان العيني على العقار الجديد، على أن ألا يكون تطبيقا لحكم المادة 900 ت م الضمان الجديد أكبر قيمة من سابقه فلا بد أن تثبت المساواة.

من آثار هذا الضمان العيني كشرط أساسي لمنح القرض العقاري ما يتعلق بمحو القيد. إن اتفاق القرض يحدد مصاريف وأتعاب دراسة الملف والتسيير، والأتعاب المتعلقة بإنشاء الرهن التي تكون على عاتق المدين الراهن في حين أنه من الضروري أن تحدد القيمة الواجبة الأداء لإجراء محو القيد والتأكيد على أنها أيضا، تقع على عاتق المدين الراهن المقترض لا يحق للمدين الراهن التحلل من التزامه بالتذرع بسقوط القيد، طالما أن التزامه المترتب على عقد الرهن لم ينقض بسبب من أسباب الانقضاء منها التقادم المسقط.

فالرهن يسري فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى القيد وإلى تجديد هذا القيد ، لأن الغرض من هذا الإجراء هو نفاذ الرهن في حق الغير والمحافظة على بقاء هذه الحجية.

إن محو القيد⁽¹⁾ يتم بذات طريقة إنشاء الرهن الرسمي أي لا بد من عقد توثيقي يؤكد فيه الإقرار الصادر من الدائن.

أهمية محو القيد وتطهير العقار من هذا الرهن، كانت محل دراسة تمت في فرنسا بأشراف الأستاذ Grimaldi الذي ترأس مجموعة كان هدفها هو دراسة نظام الضمانات العينية ومحاولة تبسيطها وتطويرها وقد صيغت هذه الدراسة في أحكام الأمر المصادق عليه بالقانون رقم 346-2006 بتاريخ 23 مارس 2006 الخاص بالتأمينات والمنظم لأحكامها.

كان من نتائج هذه الدراسة :

- ضرورة تطوير نظام الرهن الرسمي وتخفيض تكاليفه وتبسيط إجراءاته وخاصة إجراءات التطهير ورفع اليد ،

- تقرير أنواع أخرى من الرهن منها الرهن القابل للتعبئة L'Hypothèque rechargeable والقرض ألرعي ألرهن Le prêt viager hypothécaire، وتشجيع حقوق الامتياز⁽²⁾ الخاصة الواقعة على العقار بدل من الرهن الرسمي المقرر كشرط أساسي وإلزامي لمنح القرض العقاري،

- تجميع كل قواعد التأمينات في كتاب واحد في القانون المدني، لتسهيل تنظيم وتطبيق الأحكام الخاصة بهذه التأمينات عينية كانت أو شخصية.

عموما إن العقار يظل متقلا بالقيد ويلزمه في أي يد يكون حتى يتم محوه وحينئذ يتطهر العقار Purge من هذا القيد فإذا ما انتقل بأي من التصرفات انتقل (نظيفا) بدون قيد ويتم المحو من الوقت الذي أجري فيه ويقتصر على حق الدائن الذي أقر به فإذا وجدت قيود أخرى ضلت عالقة

بالعقار حتى يتم محوها، [55] ص 86

(1) وبالنسبة للأحكام الخاصة لتنظيم القيد ومحوه تشير إلى أن مشرنا قد أعلنا إلى أحكام الإشهار العقاري حيث قضت المادة 905 ت م بما يلي : "تجري على إجراء القيد وتجديده وشطبه وإلغاء الشطب والآثار المترتبة على ذلك كله الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري"

(2) L'ordonnance du 23/03/06 :

-Amélioré la lisibilité du droit des suretés en regroupant l'ensemble de la matière dans un seul livre du code civil.

-Modernise le droit de l'hypothèque par un allégement de ses coûts et une simplification de la procédure de main levée et de purge.

واضح من الأحكام السابقة أن الرهن الرسمي المفروض إلزامياً وبطريقة مباشرة من قبل الدائن المقرض في عقد القرض العقاري هو النظام القانوني المتبع لتحسين الدائن المقرض ضد مخاطر عدم تنفيذ المدين، وخضوعه لقاعدة المساواة بين الدائنين وذلك بتزويده بحق عيني تبقي على العقار محل التمويل بواسطة تعاقد يتم بينه وبين المقرض، [60] ص 25، [62] ص 12 و [61] ص 147 .

يستطيع بمقتضى هذا الحق استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار المرهون في أي يد يكون .

أكد مشرعنا بشكل واضح في نص المادة 882 ت م على حق الأفضلية والتتبع للدائن المقرض، وأن المال المرهون يبقى عند المدين المقرض فلا يؤدي هذا التأمين العيني إلى نزع حيازة العقار من المدين المالك، خاصة، وأن المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/01/22 قد أكدت على المبدأ التالي:

عقد الرهن المنصب على القطعة الأرضية محل نزاع ضماناً للدين لا يعتبر وسيلة لنقل الملكية بمجرد عدم تسديد الدين عند حلول أجله، ملف رقم 239820 قرار بتاريخ 2003/01/22، (المجلة القضائية العدد 2001/1 ، ص 205 وما يليها).

يمكن إسقاط هذا المبدأ دون أدنى إشكال قانوني على الرهن الذي يتحصل عليه المقرض في عقد القرض العقاري كضمان لحقه في استرداد ما اقترضه بامتياز وأفضلية وحق تتبع تؤكد على أهمية الأحكام المنظمة لعقد الرهن الرسمي وخاصة منها الواردة في المادة 903 تم وكذا لأهمية التطرق لفكرة محو وتطهير العقار والأتعاب المتعلقة بهذه العملية والتي ينبغي تبسيطها أكثر وتخفيض تكاليف وأتعاب إنشاء ومحو قيد الرهن الرسمي ، حماية وخدمة للطرف الضعيف ومراعاة للظروف التي يبرم فيها عقد القرض العقاري والشروط المرتبطة به لإبرام عقد الرهن الرسمي فالمدین يقبل بهذا الشرط لحاجته الملحة لهذا القرض .

كل هذه الأحكام التي نظم بعضها التشريع الجزائي بشكل واضح ينبغي التأكيد عليها في اتفاق القرض ذاته المبرم بين مؤسسة القرض والمقرض ونذكر بأهمها:

- 1- إبطال شرط تملك المؤسسة المقرضة للعقار في حالة عدم الوفاء (المادة 903 ت م)
- 2- مشروعية حق المدين بالتصرف في المال العقاري المرهون (المادة 898 ت م.)
- 3- عدم قابلية الرهن للتجزئة وإعلام الورثة (المادة 892 ت م.)

4- تأكيد حق المقرض حسن النية بعد إبطال السند (المادة 885 تم)

5- إسقاط الأجل لأضعاف التأمينات (المادة 211 ت م)

مع التنكير أن المشرع الجزائري قد أصاب في تنظيم كثير من المسائل التي قصد بها حماية المقرض في العقد وهو المدين الراهن، ومع ذلك لا بد من إلزام مؤسسات القرض من خلال السلطة النقدية بإيضاح المسائل للمدين الراهن لإبرام العقد وهو على دراية وعلم بالآثار القانونية المترتبة والعمل كذلك على تبني ما استحدثت من أحكام خاصة في مجال التأمينات العينية ومنها الرهن الرسمي و تقرير أنواع أخرى من الرهون منها الرهن القابل للتعبئة L'Hypothèque rechargeable والقرض الرهني Le prêt viager hypothécaire، وتشجيع حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على العقار بدل من الرهن الرسمي المقرر كشرط أساسي وإلزامي لمنح القرض العقاري.

3.1.2. الكفالة كضمان شخصي لمنح القرض العقاري

الائتمان يقوم على الثقة، في شخصية المقرض، و في موضوع القرض و ان الأساس النظري لعملية الائتمان يجب أن يستند لفكرة الخطر.

كل ائتمان معرض لدرجة معينة من المخاطر، و لمواجهة تلجا المؤسسات المالية المقرضة لاشتراط تقديم الضمانات الشخصية أو التأمينات العينية للموافقة على منح القرض. يتمثل الضمان الشخصي أو الكفالة، في تعهد يصدر عن شخص أو أكثر قبل المقرض بسداد قيمة عقد القرض ، إذا لم يوف المقرض بالتزاماته في موعدها، و قد تكون الكفالة عادية أو تضامنية، وغالبا ما يقوم بها الأشخاص الطبيعيين.

المقرض كدائن مهني حريص، لا يكتفي في الواقع بالحماية السلبية التي يحققها الضمان العام لأنه يعرض مصالح مؤسسته لخطر مزدوج ، كتصرف المدين المقرض في ملكية العقار فتنتقل إلى شخص آخر كما قد يعتمد في زيادة حجم التزاماته.

يسعى المقرض العقاري للحصول على ضمان خاص، يكفل له الوفاء بحقه رغم إعسار المدين ويتحقق هذا باشتراط تقدم شخص آخر بجانب المدين المقرض يضمن الوفاء إذا عجز المدين عن الوفاء ويكون التأمين في هذه الحالة تأمينا شخصيا،الكفالة في القرض العقاري هي كفالة شخصية لا عينية.

عمليا تشترط المؤسسات المصرفية لمنح القرض العقاري أن يقدم المدين الأصلي كفالة شخصية من الزوج يضمن وفاء المقرض للالتزامات المتولدة عن عقد القرض العقاري.

بمقتضى هذه الكفالة ، يتدخل الكفيل لضمان الوفاء بالدين فيتم ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص ومن ثم يكون أمام الدائن ضمان عام على أموال المدين وآخر على أموال الكفيل (المواد 644، 648 ت م)

بالرغم من أن هذا القرض يمنح بمقابل ضمان خاص هو رهن العقار رهنا رسميا وأن هذا النوع من التأمينات العينية يخضع لضوابط تؤكد قواعدها قواعد الشهر العقاري والقيود إلا أن المؤسسات المقرضة قد تطالب بضمانات تكميلية ككفالة المدين الأصلي من قبل شخص أو أكثر.

ولتأكيد فاعلية هذا الضمان الشخصي غالبا ما يلزم المقرض الكفيل بالتخلي عن حقي التجريد والتجزئة مع أن الكفيل الشخص الطبيعي كثيرا ما يجهل مخاطر مثل هذه الالتزامات .

مما سبق تطرح إشكالية أخرى كإحدى محاور هذه الدراسة خاصة بطبيعة ونوع الأحكام الحمائية التي ينبغي على المشرع أن يوفرها لهذا الكفيل بنصوص منفردة بعيدة عن القواعد العامة. هل يجب سن أحكام خاصة لتوفير حماية هذا الضامن الشخصي لخطورة تصرفه، وللآثار القانونية والاجتماعية التي قد تترتب، عن عدم تسديد مستحقات القرض في مواعيدها ورجوع المقرض على الكفيل؟ ما هي الآليات القانونية الواجبة التقرير والكفيلة بتوفير هذه الحماية؟.

نتناول فيما يلي من خلال الفرعين التاليين تحديد نطاق التزام الكفيل عند تنفيذ عقد الكفالة وسبل حمايته على ضوء الأحكام القانونية والقضائية الحديثة.

3.1. 1. 2. 1. نطاق التزام الكفيل في عقد القرض العقاري

يجوز للمؤسسات المقرضة أن تطلب إضافة إلى التأمين العيني- تقديم ضمان شخصي لتأمين الوفاء بالالتزامات الناشئة عن عقد القرض العقاري.

إن مسألة الضمانات الغير عينية يتم تنظيمها- كقاعدة عامة- باتفاق بين المؤسسة المالية التي تتولى عملية التمويل وبين المقرض ، فيجوز للمؤسسات المالية المقرضة، أن تقبل ضمنا للقرض، كفالة شخصية من غير المقرض فيلتزم الكفيل في كل أمواله، وليس في مال معين بالذات.

إذا كانت الكفالة العينية لا تضع على عائق الكفيل، التزاما بالوفاء بكامل الدين في حالة عدم وفاء المدين، فلا يكون بوسع الدائن التنفيذ على عقار آخر غير العقار الذي رصد لقضاء دينه، فإن الكفالة الشخصية على النقيض تعطي للدائن الحق في التنفيذ على كل مال من أموال الكفيل.

لا يقتصر الفارق بين الكفيل الشخصي و الكفيل العيني على آية الوفاء بالالتزام، بل يمتد إلى ما عداه، فإذا كان سقوط أجل الدين بالنسبة للمدين يتبع سقوطه بالنسبة للكفيل العيني، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للكفيل الشخصي.

يستفيد الكفيل الشخصي من الأجل حتى نهايته، حتى لو سقط بالنسبة للمدين الأصلي تأسيساً على قواعد العدالة التي تقضي بعدم الإخلال بتوقعات الكفيل الشخصي، و بمفاجأته بطلب سداد الدين قبل مواعده، في وقت قد لا يناسبه، و هو أمر يتنافى أيضاً و القوة الملزمة لعقد الكفالة. تلتزم المؤسسات المقرضة بتسليم الكفيل عند وفائه للمدين بكل المستندات اللازمة لممارسة حقه في الرجوع على المقترض، بأصل القرض و الفوائد و المصروفات.

إن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل، الذي يلتزم أمام الدائن المكفول مما يفترض حتماً وجود التزام أصلي، فيكون التزام الكفيل ضماناً لتنفيذ هذا الالتزام وجوداً و عدماً ولهذا يجب أن يكون العقد الأصلي⁽¹⁾ صحيحاً ، دون أن تكون شروط الكفالة أشد من شروط الالتزام الأصلي. لضمان حماية الكفيل ، من تعسف الدائن و تقادياً لإلحاق الضرر بذمته المالية سنركز على

شروط متابعة الكفيل من قبل الدائن ونوع الدفوع التي يحق له التمسك بها عند مطالبة الدائن له،]

[63] ص 117 و [57] ص 1138

لتمكين الكفيل من إبرام العقد وهو على دراية بنطاق التزامه اشترط القانون إثبات الكفالة بالكتابة حيث تقضي المادة 645 ت م بأنه: " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

كما يجب أن تصدر الكفالة عن الكفيل ورضاءه خالياً من الغلط فتكون الكفالة قابلة

للإبطال:

- للغلط إذا وقع الكفيل في غلط جوهري خاصة فيما يتعلق بقيمة الدين الذي يكفله.

إذا شاب رضا الكفيل تدليسا كأن يوهمه الدائن ، غشا بوجود تأمينات أخرى للمدين يمكن

التنفيذ عليها عند الإخلال بالوفاء.

- إذا أجبر الزوج زوجته على الكفالة حينما تكون الكفالة قد عقدت بالإكراه .

(1) لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون.

عرض موضوع تحديد المقصود بالغش والتدليس على القضاء في فرنسا فأكد أن المصرف يكون مسئولاً إذا منح قرض لشخص لا يستحقه ولا تتوفر فيه شروط الملاءة وعلى هذا الأساس أبطل الكفالة للعيب في رضا الكفيل، الذي ألزم من باب الاحتياط من قبل المصرف أن يستكتب كفالة ويصدر عنه إقراراً بالعلم والموافقة بالدين محل الكفالة.

عملياً يركز كل طرف في عقد الكفالة على حسن نية الطرف الثاني عند إبرامه وتنفيذه مع مراعاة إلزام المقرض بأن يحيط الكفيل علماً بكل الظروف الخاصة بعملية التمويل وبتطور

سيرها وخاصة بحالات عدم الوفاء [64] ص 377 و [65] ص 381

لا يمكن مساءلة الكفيل إلا إذا أطلع في الوقت المناسب على تفاصيل، هذه العملية غالباً ما يتم تقديم في مؤسسات القرض في الجزائر الكفالة الشخصية للزوج أو الزوجة وتكون هذه الكفالة بعقد موثق ومسجل يشرف على تحريره وتسجيله مكتب التوثيق المختار على أن يكون الكفيل شخصاً موسراً ومقيماً بالجزائر (المواد 646 و 653 ت م)

تنصب الكفالة على الدين الأصلي و تشمل كذلك ملحقات الدين المضمون ومصروفات المطالبة وما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل.

يكفل هذا الأخير الالتزام المكفول بكامله دون نقصان أو زيادة ، حتى ولو لم يكن هناك اتفاق خاص حول ملحقات الدين. يشمل التزام المكفول الدين وملحقاته كذلك و فوائد الدين والتعويض عن عدم التنفيذ ومسؤولية المدين العقدية.

تتبع الكفالة الدين الأصلي ولتحديد مدى ونطاق التزام الكفيل نقول أن التزامه مطابق لالتزام المكفول مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعداً، ومكاناً للوفاء، وغير ذلك من العناصر التي يتحدد بها التزام المكفول.

أما المصروفات المتعلقة بالمطالبة بالدين فيضمنها الكفيل طالما أن الدائن ملزم أولاً بمطالبة المدين الأصلي بالدين.

المصروفات الأولى المتعلقة بمطالبة المدين الأصلي يكفلها الكفيل، أما ما يليها فلا يضمنها إلا إذا كانت قد صرفت بعد إخطاره من قبل الدائن بإجراء المطالبة الأولى، دون أن يكون مبالغاً

فيها، [57] ص 1147

ليتمكن الكفيل من معرفة مدى ونطاق التزامه فالمشرع الجزائري اشترط الكتابة لانعقاد الكفالة والقضاء الفرنسي خصص لهذه الوسيلة لانعقاد وإثبات عقد الكفالة أحكاماً كثيرة التي

اعتبرت في مجملها الكتابة كأداة تقنية لحماية الكفيل بالإضافة إلى ذلك أضاف وسائل تقنية أخرى من شأنها تأكيد هذه الحماية ومن شأنها تحديد وبشكل دقيق حدود ونطاق التزام الكفيل كإضافة العبارة المكتوبة بخط الكفيل ذاته ، تؤكد علم وإدراك الكفيل بموضوع الكفالة وبمبلغ الدين.

عدم دقة هذا الإقرار الخطي أو حتى انعدامه، يرتب عدم صحة عقد الكفالة فيعد عقداً

غير صحيح ويشترط لإثباته وسائل خارجة عن العقد [54] ص 188.

لأن الكفالة عقد رضائي فإن إثبات التزام المدين وعموماً كل التزاماته المضمونة بهذا العقد يكون بكل الطرق.

لا يعتد في عقد القرض العقاري بالكفالة المطلقة، التي ترد بعبارات عامة بل لا بد أن يتضمن التزام الكفيل على وجه دقيق جملة من العناصر نذكر أهمها:

*- أصل الدين المكفول، فالكفيل يكفل كل الدين دون زيادة أو نقصان فالالتزام الكفيل مماثل للدين المكفول في مقداره وشروطه وأوصافه.

*- ملحقات الدين كفوائده الاتفاقية أو القانونية والتعويضات الناشئة عن إخلال المدين بالتزامه سواء لعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخير في هذا التنفيذ كما يدخل في التعويضات ما يحكم به على المدين في حالة فسخ العقد.

*- يضمن الكفيل المسؤولية العقدية أي كافة الالتزامات الأصلية والتعويض المتعلق بها دون أن يضمن مسؤولية المدين التقصيرية، فالكفالة في عقد القرض العقاري تضمن التزامات المقترض الناشئة عن تنفيذ هذا العقد وحده فلا تمتد إلى الالتزامات التي كانت قد نشأت قبل منح القرض كأتعاب التسجيل.

*- المصروفات التي ينفقها الدائن في سبيل المطالبة بالدين ويجب التأكيد هنا وبحسب ما ذكر سابقاً فهي نوعان مصروفات المطالبة الأولى والمصروفات المتعلقة بالإجراءات اللاحقة فيلتزم الكفيل بالأولى منها لأنها خطوة ضرورية للرجوع بعد ذلك على الكفيل، وهي كل المصروفات السابقة على رفع الدعوى للمطالبة بالدين كالمصروفات المتعلقة بتوجيه الأعدار والتنبيه للمدين الأصلي للوفاء.

أما المصروفات اللاحقة للمطالبة الأولى فلا يضمنها الكفيل إلا إذا كان قد أخطر بها مسبقاً من قبل الدائن وأن هذا الأخير قد طالب المدين الأصلي بالوفاء.

إن الدائن ملزم، تحت طائلة ترتيب مسؤوليته وإبعاد مسؤولية الكفيل، بإخطار الكفيل برجوعه على المدين الأصلي فيتحمل الكفيل هذه المصاريف لأنه كان بإمكانه في حينها تفاديها بوفائه بالدين في مكان المدين الأصلي [63] ص 113.

نظرا لطبيعة التزام الكفيل يجب التحفظ في تحديد نطاق التزامه من خلال بنود عقد الكفالة، لأنه عمل تبرعي وهذا يستوجب التفسير الضيق لمصلحة الكفيل وتفسير عبارات الاتفاق لصالحه بوصفه المدين في الالتزام.

اتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى التضييق في تحديد مدلول الاتفاق، خاصة إذا ما تعلق الأمر بزيادة التزامات الكفيل أو إلى توسيع نطاق سلطة إرادته وذلك تيسيرا عليه سواء فيما يتعلق بوجود الالتزام أو بأوصافه أو نطاقه أو انقضائه أو حمايته فمطالبة الكفيل أصبحت مقترنة بشرط حسن النية، [26] ص 511

لابد من الإقرار وبنص أمر معاقبة كل تعسف من قبل مؤسسات القرض في متابعة الكفيل، بحيث تلزم بان لا تقدم على تحريك هذا الإجراء والرجوع على الكفيل، إلا في الوقت المناسب وتحت طائلة ترتيب مسؤوليتها العقدية .

فمن شروط مطالبة الكفيل بالدين إخلال ، المدين الأصلي بالتزامه هذا ما لم يتضمن العقد شرطا يلزم الدائن بمتابعة الكفيل في أجل مسمى، فلا بد عند ذاك أن يصبح الالتزام الأصلي حالا وغير مدفوع.

يلتزم الكفيل بالاطلاع وبشكل منتظم على الوضعية المالية للمدين المكفول ، كقاعدة عامة لكن النصوص القانونية خاصة في فرنسا ألزمت حاليا الدائن المقرض بأن يخبر الكفيل بكل ما تعرض له المدين المقترض من إشكالات في الوفاء وبتطورات مركزه المالي.

بمقتضى أحكام القانون رقم 98-658 المؤرخ في 29/07/1998، الخاص بالتوجيه لمكافحة حالات الطرد يلتزم الدائن بإخطار الكفيل بحدوث أول عارض من عوارض الدفع الذي لم يتم تسويته خلال أجل من حلول تاريخ استحقاقه وهذا الالتزام رتبته هذا التشريع علي الدائن المهني الذي يملك، كل الإمكانيات المادية والبشرية والذي يستفيد من كفالة اكتتبها شخص طبيعي.

إن عدم امتثال الدائن لهذا الالتزام، يعفي الكفيل من دفع الفوائد التأخيرية المترتبة منذ حدوث أول عارض للوفاء إلى حين إخطاره به، ويعد التزام المكفول غير مدفوع بمجرد توجيه الدائن إنذارا للمدين الأصلي وبقائه بدون أثر، [66] ص 1724

Loi du 29/07/1998 relative à la lutte contre les exclusions : La réforme du cautionnement par la loi du 29/07/1998 relative à la lutte contre les exclusions

إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين المقترض، فليس له أن يتمسك برجوع الدائن أولا على المدين كما ليس له أن يطالب أولا بالتنفيذ على أموال المدين الأصلي، لكن للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين كذلك لا ينطبق على الكفيل المتضامن الحكم الخاص بوجوب التنفيذ أولا على ما يوجد من تأمين عيني مخصص قانونا أو اتفاقا للدين المكفول (المواد 666 و 663 ت م)

عمليا عقد الكفالة يتم عن طريق عقد توثيقي، وأن الكفالة التي تطلبها مؤسسات القرض في الجزائر المانحة للقروض العقارية هي كفالة تضامنية محدودة غير قابلة للتجزئة CSLI .Caution Solidaire Limitée et Indivisible

فالكفالة المشترطة في هذا العقد، المنصب على قرض عقاري طويل الأجل تجعل، الكفيل متضامنا مع المدين و دينه غير قابل للقسمة بين ورثته أو خلفائه.

إن الدائن لا يستطيع أن يرجع على الكفيل بالمطالبة بالدين إلا عند إخلال المدين الأصلي بالوفاء، وإن الكفيل لا يلتزم بالوفاء إلا بعد احترام جملة من الأحكام التطبيقية نذكر منها :

*- حصول الدائن على سند واجب التنفيذ

ليسترد الدائن مبلغ القرض واقتضاء هذا الحق جبرا من الكفيل عليه أن يطالبه مطالبة قضائية لا تكون ذات قوة تنفيذية إلا بحصول الدائن أولا على سند تنفيذي في مواجهة المدين .

رغم تبعية التزام الكفيل إلا أن كل منهما مستقل عن الآخر في مرحلة التنفيذ.

Le créancier doit obtenir un titre exécutoire pour pouvoir engager une procédure de recouvrement forcé contre la caution

*- يستطيع الدائن المقرض ضمنا لمصلحته مطالبة قاضي الأمور الاستعجالية لاتخاذ

تدابير تحفظية كالمطالبة بالرهن القضائي أو بالرجوع إلى الدعوى البوليسية، إذا ثبت إفسار الكفيل فالدعوى البوليسية أو دعوى عدم نفاذ التصرف، تشتت مع الدعوى غير المباشرة في الهدف ألا وهو المحافظة على أموال المدين وفي حين أن الدعوى غير المباشرة يقصد منها تأمين الدائن ضد خطر إهمال المدين وتقصيره، إن الدعوى البوليسية تهدف إلى حماية الدائن من خطر أكبر ألا

وهو تصرفات المدين التي يجريها إضراراً به كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخس ثم يقوم بتهريب ما

قبض من ثمن وذلك فراراً من تنفيذ الدائنين على المال، [63] ص 09

*- إثبات علم وإدراك الكفيل للضرر، الذي لحق الدائن واثبات كذلك أنه في تاريخ المطالبة بالوفاء كانت وضعيته المالية تمكنه من الوفاء لصالح الدائن.

*- إذا حل التزام المدين الأصلي، قبل حلول أجل التزام الكفيل فلا يجوز للدائن إن يرجع على الكفيل لان التزام الكفيل يجب أن يكون أخف عبئاً من الالتزام الأصلي .

*- للكفيل أن يستفيد من الأجل المسموح به للمدين الأصلي، ما لم يتفق على خلاف ذلك، إن الكفيل لا يتمسك بالأجل الأصلي، المحدد في عقد القرض بين طرفي عقد القرض العقاري كاستثناء قد يتفق على تنازل الكفيل على هذا الحق.

إن الكفالة هي من الضمانات الشخصية ، ليست لها الصيغة الإجبارية في عقد القرض العقاري إلا لحماية المقرض من مخاطر التوقف عن الدفع أو لتقوية الضمانات ومن ثم زيادة قيمة القرض، شريطة أن تكون بين المقرض والكفيل رابطة عائلية مباشرة فلا يكفل المقرض إلا الأصول أو الفروع المباشرين أو الزوج، على أن يكتب الكفيل تأميناً على الحياة بقيمة القرض الممنوح.

*- تخضع للقواعد العامة إضافة إلى شروط خاصة فهي عقد يأخذ شكل عقد موثق أي

سندا تنفيذياً.

*- إن نطاق التزام الكفيل يتحدد بنطاق عقد القرض ولا يجوز تشديد التزاماته لأن الكفالة حق تبعي يرتبط بالدين الأصلي في مدته وطرق وفائه.

*- رغم هذه الحدود العقدية إلا أنه لا بد من فرض حماية للكفيل منعا من استغلال المقرض أو حتى من المدين الأصلي، بوضع آليات قانونية لممارسة هذه الحماية التي تؤكد تفاصيلها في الفرع الموالي:

3. 1. 2. 2. سبل واليات حماية الكفيل

إن تبعية الكفالة للالتزام الأصلي لا تمنع من انعقادها بشروط أخف . تقتضي قواعد تفسير عقد الكفالة ضرورة مراعاة التفسير الأصلح للكفيل ، بوصفه متبرعا من جهة ومدينا يفسر الشك لصالحه من جهة أخرى .

لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، فقاعدة احترام حدود اتفاق عقد الكفالة هي من قواعد النظام العام الواجبة الاحترام تحت طائلة ترتيب مسؤولية مخترقها.

إن مشرعنا رغم أنه نظم عقد الكفالة بنصوص واضحة، تضمنت كثير من الأحكام من خلال الباب الحادي عشر من التقنين المدني من المادة 644 إلى غاية المادة 673 ت م، إلا أن هذه المواد خلت من نص يشبه ما تضمنته المادة 2015 ق م فرنسي، التي إستند القضاء، إلى الحكم الوارد بها، لتفسير عقود الكفالة لصالح الكفلاء وحماية الكفيل، بالإضافة إلى إمكانية لجوء القاضي للقواعد الخاصة بتفسير العقود بصفة عامة إلا أن الحكم الوارد في نص المادة السابقة الذكر من القانون المدني الفرنسي كان له أكثر من فائدة، لإيجاد الحلول المناسبة في بعض عقود القرض التي تخدم مصلحة الكفيل بالدرجة الأولى.

Le cautionnement ne se présume point il doit être exprès et on ne peut l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté

فهذا النص يقضي بأن الكفالة لا تفرض بل لابد أن تكون صريحة وأن لا تتجاوز الحدود التي أبرم العقد من شأنها، فمسؤولية الكفيل في عقد القرض العقاري هي مسؤولية محدودة بالالتزام

الأصلي وتوابعه، [67] ص 125

يفرع عقد الكفالة في القرض العقاري موضوع هذا البحث في الغالب في شكل رسمي، حيث يتم تحريره بتدخل الموثق .

يرى الأستاذ Dominique Legeais أن الكفالة التي تقدم في الشكل الرسمي تمنح الكفيل الحماية الخاصة، لأنه يكون على علم بموضوع التزامه وأبعاده، ذلك أن مجرد التوقيع على هذا العقد الرسمي يرتب مسؤولية ويجعله ملتزماً بالوفاء في حالة إخلال المدين الأصلي بالتزامات

وهو ما أكده القضاء في فرنسا، من خلال عدة أحكام، [64] ص 377، [54] ص 118

في غير حالة الشكل الرسمي لعقد الكفالة فهناك بعض مؤسسات القرض في الجزائر التي تلجأ لتأكيد التزام الكفيل بالعقود العرفية و باستخدام وثائق أو محررات داخلية مع إضافة بيان إلزامي، عرفه مشرعنا العقد العرفي من خلال المادة 47 المعدلة للمادة 327 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للتقنين المدني المؤرخ في 20/06/2005 التي تقضي: " يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أما

ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق" (ج ر عدد 44 الصادر في 26/06/2005)

عند استعمال مؤسسات القرض لهذه المحررات العرفية⁽¹⁾ الداخلية تحتاط أكثر بإضافة بيان إلزامي يؤكد مسؤولية الكفيل مع ذكر المبلغ بالأحرف كما تعتمد مؤسسات القرض على أن يكتب الكفيل هذا البيان بخط يده وبشكل واضح.

يرتب عدم ذكر هذا البيان بطلان العقد كما لا يعتد به كوسيلة إثبات في مواجهة الكفيل في حالة مطالبته بالوفاء عند حلول أجل الدين و قد أخل المدين الأصلي بالتزامه.

بالإضافة إلى الكتابة وهذه البيانات الإلزامية التي من شأنها تنبيه الكفيل بحدود التزامه وطبيعته وتأكيدا لحق الكفيل يمكن إثارة عدم احترام الدائن لالتزامه بأخطاره وتقديم له ما هو ضروري من المعلومات حول حالة الدين المضمون.

لابد من الزام المؤسسات المقرضة بتقديم كل المعلومات للكفيل إذا كان القرض مضمونا بكفالة شخصية تضامنية ، بأن يمنح كل المعلومات ليس فقط عند إبرام عقد الكفالة ولكن أيضا أثناء وخلال فترة تنفيذ عقد القرض.

انطلاقا من هذا الالتزام بتقديم المعلومات فالمقرض ملزم بتقديم ما يجب معرفته وقبل نهاية كل سنة حول حالة القرض المكفول ومنحه المعلومات الخاصة بأجال إنهاء التزامه إذا كان محدد أو غير محدد المدة وإمكانية انقضائه وشروط هذا الانقضاء.

نعتبر هذا الالتزام بإخطار الكفيل من قواعد النظام العام ذلك، لأن الكفيل جدير بالرعاية لأنه يفي بدين ليس بدينه بل دين غيره ويريد بذلك عادة تقوية ائتمان المدين الأصلي، فيكون من العدل أن يسمح للكفيل بمطالبة الدائن لمعرفة وضعية الدين.

لا يشكل هذا الالتزام ضررا بالدائن، المؤسسة المالية المقرضة كهيئة مهنية تتوفر على كل الإمكانيات التقنية لاستتساخ بيانات توضح بها حالة القرض وما تم تسديده وما تبقى منه .

انطلاقا من طبيعة هذا الالتزام يمنع على مؤسسات القرض بأن تدفع الكفيل إلى التنازل عن حقه في الإعلام الذي يخضع للإحكام الحمائية التالية :

- إمكانية إثارة هذا الحق والتمسك به لإبعاد مسؤوليته، فيبقى ويظل الحق في الإعلام قائما إلى حين انقضاء الدين.

(1) En me portant caution de --. Dans la limite de la somme de---(en toutes lettres) couvrant le paiement des intérêts et le cas échéant des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de----je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens s'il n'y satisfait pas lui même .

- لا ينقضي هذا الالتزام بمجرد توجيه الإنذار للكفيل، فيظل قائماً إلى ما بعد إجراء المطالبة القضائية.

- يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين موضوع القرض، وعلى الدائن أن يثبت حسن تنفيذه لواجبه بالإعلام، فالمسألة تصبح عند ذلك، قانونية، موضوعية يجوز إثباتها بكل الطرق.

- على الدائن أن يثبت تقديمه للمعلومات للكفيل وليس له أن يثبت أن الكفيل قد تلقى فعلاً المعلومات المرسلة أو الموجهة إليه.

- للدائن أن يقدم الدليل على إرساله للمعلومات للكفيل وعلى الهيئات القضائية التي لم تتأكد من عدم تنفيذ واجب الإدلاء بالمعلومات الإشارة إلى القرائن التي تؤكد مسألة الشك في تأدية الدائن لواجبه في إرساله للمعلومات أو للرسالة المتضمنة مثل هذه المعلومات.

- للقضاء أن يثبت و يتأكد من أن الدائن قد أدى التزامه بالإعلام بل و أن الوثيقة المرسلة للكفيل تتضمن كل البيانات الإلزامية التي يجب أن يعلم بها الكفيل، ك مبلغ الدين المتفق عليه وأجاله وتوابعه من فوائد ومصروفات.

يجب سن أحكاماً تبين العقوبات الواجبة التقرير - لمعاقبة الدائن عن عدم تنفيذ التزامه بالإعلام، التي تكون من نوع خاص تتناسب وإخلال المقرض بهذا الواجب المهني، كإقرار إسقاط حق الدائن في المطالبة بالفوائد التأخيرية المستحقة من تاريخ أول عارض للدفع الذي لم يخطر به

الكفيل في حينه، إلى وقت علم الكفيل بهذا الإخطار، [26] ص 512 .

إن القانون النقدي والمالي بفرنسا بعد تعديل 1999/06/25، قضى بأن كل وفاء يقوم به المدين الأصلي يوجه أولاً للعلاقة القائمة بين الكفيل ومؤسسة القرض وذلك لإنهاء هذه العلاقة التعاقدية ومحو أصل الدين.

L'Art L 313/22 du code monétaire et financier précise que : les paiements effectués par le débiteur sont réputés dans les rapports entre la caution et l'établissement affectés prioritairement au règlement du principal de la dette .

في نطاق قواعد هذه الحماية المقررة للكفيل تؤكد على ضرورة:

- الاعتراف وتطبيقاً للقواعد العامة بالمسؤولية المدنية للدائن المخطئ.

- إلزامه بتعويض الضرر إذا أثبت الكفيل، أنه بسبب عدم إعلامه بحالة الدين وعوارض

الدفع لم يقم بفسخ التزامه.

- إذا ثبت خطأ المقرض الدائن الجسيم.

لحماية الكفيل لابد من وضع القواعد القانونية التالية في مواجهة الدائن المقرض بإلزام دائن كمهني بإخطار الكفيل عند إخلال المدين الأصلي بأول عارض من عوارض الدفع الذي لم يتم تسويته ،خلال أجل من تاريخ استحقاقه تحت طائلة إعفاء الكفيل من دفع الغرامات والفوائد التأخيرية المستحقة من تاريخ أول عارض للوفاء إلى تاريخ عدم الإخطار.

هذا الموقف المتشدد في مواجهة مؤسسات القرض، يشكل حماية أكيدة للكفيل يمكن من خلاله تجنب مواجهة خطر طرد من السكن العائلي، الذي قد يهدد الكفلاء لعدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على إبرام عقد القرض العقاري بعد إخلال المدين الأصلي بالوفاء.

نعتقد انه من الضروري أن يتضمن القانون الجزائي جملة من الأحكام تتضمن مسالة حماية هذا النوع من الضامنين في كل القروض وخاصة منها القرض العقاري:

- *- إقرار مسؤولية مؤسسات القرض التي لم تراعى و لم تحترم مبدأ التناسب.
- إذا وقع الكفيل التزاما ،غير متناسب مع وضعه المالي ومدى خيله وممتلكاته.
- *- إقرار حق الكفيل في المطالبة بتعويضات إذا ثبت خطأ الدائن المقرض و قد تكون موضوع مقاصة مع المبالغ الواجب الوفاء بها .

- *- فرض على عاتق مؤسسات القرض، واجب التحري حول الوضعية المالية للكفيل .
- *- تحديد نوعية الجزاء الواجب تقريره في حالة عدم التناسب والذي نقترح أن يتمثل في بطلان الالتزام الذي تفقد معه مؤسسة القرض كل حق في مواجهة الكفيل الذي قد يتابع إذا تحسنت وضعيته المالية ،هذا البيان يجب أن يكون صحيحا ،صادقا لا يشكل تحايلا على القانون.
- *- ضرورة تنبيه السادة الموثقين وإلزامهم بأهمية احترام مبدأ التناسب عند تحرير عقود الكفالة .

*- ترتيب المسؤولية التقصيرية للموظفين العموميين ،عند عدم احترام هذا المبدأ الذي قرر أصلا لحماية الكفيل.

إن المشرع من خلال ما ذكر كنماذج لبعض الأحكام التي ينبغي حياكتها في نص أمر ، تفرض على مؤسسات القرض خاصة في القرض العقاري عدة التزامات.

- *- الإقرار بأن كل إخلال من قبل الدائن بهذه الواجبات القانونية تبرأ ذمة الكفيل كليا أو جزئيا أو تؤكد أحقية الكفيل في الامتناع عن تنفيذ التزاماته.

للكفيل من ناحية أخرى حق التمسك بدفوع منها، إضاعة التأمينات بخطأ الدائن، وهو الحكم الذي نظمته مشرعنا من خلال المادة 656 ت م التي تقضي بأنه: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون".

عندما أصدر المشرع الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا لم يشترط هذه العملية عند منح القرض العقاري الذي يمول اقتناء عقار أو ترميمه أو توسيعه فتقضي المادة 01/01 من هذا الأمر بأنه: "يتعين على كل مالك لملك عقاري مبني يقع في الجزائر شخصا طبيعيا كان أو معنويا ما عدا الدولة أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من آثار الكوارث الطبيعية إن مثل هذا النقص يجب تداركه رعاية وبالدرجة الأولى لمصلحة المقترض والكفيل الضامن لمنحه فرص للحصول على هذا القرض (ج ر عدد 52 الصادر في 27/08/2003)

إذا كان الدين المكفول مضمونا بتأمينات كالرهن العقاري وتسبب الدائن في إضاعتها بخطئه فإنه يتحمل نتيجة تقصيره، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن منها أي بالقدر الذي لحق الكفيل من ضرر بسبب ضياع هذه التأمينات، التي تضمن له الرجوع على المدين لاستيفاء ما دفعه للدائن.

إن الكفيل إذا حل محل المدين الأصلي في الوفاء حق له أن يحل محل الدائن ويرجع على المدين بدعوى الحلول التي يستفيد منها بكل ما يضمن حق الدائن.

إذا كان هذا الأخير قد أضاع تأمينا من بين هذه الضمانات، فسوف يضعف فرصة الكفيل في استيفاء حقه كاملا من المدين ولذا كان واجبا أن يتحمل الدائن آثار هذا التصرف. إن محافظة الدائن على التأمينات، يعد شرطا أساسيا وضعه المشرع خصيصا لحماية الكفيل ولتأكيد حقه في الرجوع.

ويشترط لصحة التمسك بهذا الدفع حتى يرتب أثره ويؤكد براءة ذمة الكفيل ما يلي:

1- إضاعة تأمين خاص، واضح من خلال نص المادة 656 ت م أنه يقصد بالتأمينات كل التأمينات سواء أكانت شخصية أو عينية سواء أكان مصدرها الاتفاق أو القضاء أو القانون وسواء أكان التأمين الخاص مقدما من المدين أو غيره وكذا يشمل الحكم الوارد في هذه المادة كل

تأمين يخصص لضمان الدين سواء أكان موجودا وقت إبرام الكفالة أو تقرر بعدها ويشمل الحكم حتى التأمينات التي التزم الدائن بتأسيسها بصورة ضمنية.

2- أن يتمسك الكفيل بالدفع الخاص بإضاعة التأمينات التي كان ينبغي على الدائن كشخص حريص أن يطالب بها كما يمكن للكفيل أن يتمسك بحقه في الرجوع أو الحلول إذا اعتقد الكفيل بصورة مشروعة أن الدائن كان عليه أن يطالب ببعض الضمانات ولكنه قصر في المطالبة بها.

يتمثل خطأ الدائن في السلوك المغاير لما يجب أن يقوم به الرجل المعتاد في المحافظة على التأمينات الخاصة التي تضمن استيفاء حقه فقد يتخذ سلوك الدائن المخطئ مظهرا إيجابيا ومظهرا سلبيا، [65] ص 13

لا يسأل الدائن إلا على الأفعال التي تشكل خطأ سواء أكان الخطأ عمدي أو كان مجرد إهمال.

تقيم هذه الأخطاء بحسب التصرفات التي تشترط في الأب المعتاد المعنتي بشؤون أسرته. من التطبيقات التي يمكن ذكرها كأمثلة للسلوك الإيجابي الخاص الصادر عن الدائن تنازله عن رهن، عقد لضمان الدين وتقديمه شهادة رفع اليد *une attestation de main levee*، ومن أمثلة السلوك السلبي إهماله في المحافظة على التأمينات المقررة لضمان حقه كعدم قيده للرهن أو تجديده، *Le défaut d'inscription ou de renouvellement d'hypothèque* إهمال مسألة بيع العقار الواقع عليه الرهن دون المطالبة بحقه في الأولوية على الثمن أو تركه للعقار تنزع ملكيته أو يرسو عليه المزاد بثمن بخس دون إخطار الكفيل أو ترك الراهن يهدم العقار المرهون.

لتبرأ ذمة الكفيل نقترح بضرورة النص على هذا الحكم في عقد الكفالة ذاته ،

3- تبرأ ذمة الكفيل إذا أضع الدائن التأمين الخاص بسبب خطأ منسوب إليه شخصيا أو لمن ينوب عنه كالمحامي أو من هو مسئول عنه كتابعه، كما يعد خطأ من قبل الدائن عدم احترام الشرط الخاص بضرورة التنفيذ على الرهن قبل الرجوع على الكفيل،

4- الكفيل في عقد القرض العقاري هو كفيل متضامن مع المدين، فلا بحق له التمسك بوجود رجوع الدائن على المدين أولا ولا أن يتمسك بالزامية التنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أمواله،

5- عقد القرض العقاري هو اتفاق رضائي بطبيعته، فيحتفظ الكفيل بحقه في الدفع بالتجريد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية الكفيل في التخفيف من التزاماته، ولذلك اشترط المشرع صراحة تمسك الكفيل بهذا الحق فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق (المادة 660 ت م)

إن نوع الكفالة التي تشترطها عملياً مؤسسات القرض في عقد القرض العقاري هي كفالة شخصية تضامنية ومع ذلك فمن باب حماية الكفيل ولممارسة حق التجريد لابد من إضافة نصوص خاصة إلى القواعد العامة، لتأكيد إدراك الكفيل لالتزامه ونوعيته وطبيعته، باحترام هذه الشكلية عند إبرام عقد الكفالة، تحت طائلة إبطاله تضاف خطياً إلى عقد الكفالة ويوقع عليها الكفيل. هذا الإجراء الشكلي، من شأنه تأكيد حق الكفيل في تنازله عن طلب التجريد وضمنان حق مؤسسة القرض وبدون هذه الإضافة فلا يحق لمؤسسة القرض وحتى تطبيقاً للقواعد العامة الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين الأصلي.

Ce formalisme se traduit par une mention manuscrite qui doit précéder la signature de la caution et qui est exigée a peine de nullité de son engagement, cette mention devant être complétée par une autre lorsque le cautionnement est solidaire

"En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2021 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X _____ je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X -----"

رغم أن الكفالة في القرض العقاري هي كفالة شخصية وأن أموال الكفيل جميعها ضامنة للوفاء بالدين المكفول وان هذا الحكم الخاص، جاء لتأكيد القاعدة العامة الواردة في القانون المدني فإنه يحق للكفيل تقديم الدليل على أن دعوى الرجوع غير ممكنة للخطأ الصادر عن الدائن سواء بفعل إيجابي أو سلبي [26] ص 512.

يرجع أمر تقدير عناصر الأدلة المقدمة من قبل الكفيل للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع. للكفيل إثارة مسؤولية الدائن لتبرئة ذمته كلياً أو جزئياً ومن ثم عليه أن يثبت إضاعة الدائن للتأمين الخاص بخطئه، وإصابته بأضرار من شأنها تقليل احتمالات حصوله على حقه عن طريق دعوى الرجوع.

لا تبرأ ذمة الكفيل إلا بقدر الضرر الذي أصابه وعليه يقع عبء إثبات هذا الضرر الذي يجب أن يكون محققاً وليس محتملاً تطبيقاً للقواعد العامة.

إذا تنازل الدائن عن رهن العقار في حدود الربع، فذمة الكفيل لا تبرأ إلا في نطاق هذه الحدود كما لا تبرأ ذمة الكفيل إذا ثبت أن إضاعة التأمين كانت دون أثر على الدين موضوع التزام

الكفيل، وبما أن البينة على من ادعى، فعلى الدائن أن يثبت أن الحق الضائع المتمسك به كان دون فاعلية أو أثر على إلتزام الكفيل.

لتجسيد وبصورة إلزامية سبل حماية الكفيل في عقد القرض العقاري وتشجيع مؤسسات القرض على عمليات التمويل العقاري، لا بد من النص على إثبات الكفيل للضرر الذي لحقه وان ذمته لن تبرأ إلا جزئياً وبقدر الضرر الذي لحقه من إضاعة حق من حقوق الأفضلية والأولوية في تحريك دعوى الرجوع ف تقضي الفقرة الأولى من المادة 656 ت م : " تبرأ ذمة الكفيل بالقدر أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات..".

من خلال هذا التحليل، على الكفيل أن يتمسك بحقه في إضاعة الدائن للتأمينات الخاصة ولا تقع بقوة القانون براءة ذمة الكفيل، لأن الأمر لا يتعلق بالنظام العام بل بمصلحة خاصة هي مصلحة الكفيل لذا وجب عليه أن يتمسك بهذا الدفع، فلا تستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، مع إمكانية إيداء هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

غالبا ما يتمسك الكفيل ببراءة ذمته في صورة دفع يدفع به مطالبة الدائن له بالوفاء بالدين المكفول ويجوز له أن يرفع دعوى أصلية على الدائن ليطالب فيها بانقضاء التزامه بالكفالة. إن ذمة الكفيل لا تبرأ بمجرد أن الدائن قد تأخر في اتخاذ الإجراءات المناسبة ضد المدين الأصلي أو لمجرد أنه لم يتخذها.

لقد حدد المشرع أجلا لإبراء ذمة الكفيل في حالة تقصير الدائن، ذلك أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يتم الدائن، باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال 06 أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا(المادة 2/657 ت م)

إذا لم يتم الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على المدين لا يستتبع ذلك بالضرورة براءة ذمة الكفيل كقاعدة عامة أو لمجرد تأخره في اتخاذها، لأن للكفيل الحق في الوفاء بالدين ثم الرجوع على المدين لمجرد حلول الأجل .

لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تقاعس الدائن وليس له إلا المطالبة بالتعويضات عن الضرر الذي لحقه بسبب خطأ الدائن تطبيقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، لا يمكن الحكم ببراءة ذمة الكفيل إلا بشروط التي حددها مشرعنا من خلال الحكم الوارد في المادة 657 ت م.

1- إنذار الكفيل الدائن بوجوب اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين.

2- توجيه الإنذار عند حلول أجل الدين المكفول ولا يعتد بالإنذار الذي يوجه إلى الدائن

قبل حلول الأجل.

3-تقاعس الدائن عن اتخاذ الإجراءات التنفيذية ضد المدين خلال 06 أشهر من إنذار الكفيل له ويوجب المشرع على الدائن البدء في اتخاذ تلك الإجراءات خلال 06 أشهر من تاريخ وصول الإنذار إليه ويتحقق الانطلاق في الإجراءات بمباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ .

4- أن يملك سندا تنفيذيا صالح للتنفيذ بمقتضاه و هو حق مقرر لكل من الكفيل المتضامن وغير المتضامن.

يتعرض الكفيل المتضامن في القرض العقاري لخطر يلحق به، عند التنفيذ على مدا خيله وأمواله ولذا أصبح أمام اجتهاد القضاء،تدخل التشريع بالإضافة إلى تطبيق القواعد العامة محل رعاية وحماية خاصة لأنه يفى بدين ليس بدينه وبكفالاته يريد تقوية ائتمان المدين فيكون من العدل حمايته،[63]ص163.

إضافة للقواعد العامة والخاصة المنظمة لانعقاد وتنفيذ عقد الكفالة وحقوق والتزامات طرفيه فإن القضاة تحت طائلة ترتيب المسؤولية التقصيرية للدائن، يحق لهم الحكم عليه، بعقوبات من نوع خاص وهي إسقاط حقه في الفوائد التأخيرية إذا أخلت بالالتزامات التالية:

*- بواجب الإعلام أو إخطار الكفيل عن طريق البريد المضمون مع علم الوصول بصورة مبدئية ومسبقة بكل عارض من عوارض الدفع الذي قد يتعرض له المدين الأصلي .
يمكن للكفيل تحديد نطاق رجوع الدائن عليه، فهو غير ملزم بدفع الفوائد التأخيرية إذا أخل الدائن المقرض بالتزامه السنوي أو الدوري بالأخطار وبالإعلام عن حالة الدين لمعرفة ما تم دفعه وما تبقى دفعه.

*- إثبات حالة ، إخلال المدين الأصلي بالتزاماته بالوفاء بالدين أصلا وتوابعه، وذلك بوثائق ترسل في الوقت المناسب للكفيل الذي يجب أن تكون له طيلة فترة تنفيذ العقد فكرة عن مسار هذا التنفيذ ومن ثم تحديد ما تبقى عليه من التزامات.

إن الدائن لا يحق له متابعة الكفيل إلا باحترام التزامات العقد،الصريحة المتقابلة و للكفيل التمسك بمبادئ تفسير العقد.

*-إثارة مسؤولية الدائن المقرض لعدم احترام مبدأ التناسب أو لأخطاء ارتكبتها عند تقديم الدين أو القرض .

إذا ثبت الخطأ كركن لهذه المسؤولية فإن الدائن يلزم بالتعويض الذي قد يخضع لقواعد

المقاصة مع المبالغ المستحقة الدفع قبل الكفيل،[72]ص328.

*-النص صراحة في عقد الكفالة وتطبيقا للقواعد لتبرأ ذمة الكفيل كلياً أو جزئياً إذا كان الدائن بخطئه، قد تسبب في إضاعة التأمينات التي تمكن الكفيل من تحريك دعوى الحلول والمطالبة باسترجاع المبالغ التي يلتزم بالوفاء بها تطبيقاً لعقد الكفالة.

*- أخيراً إن أهم الإشكالات التي قد يثيرها هذا النوع من الضمانات الشخصية هو مسألة التحكم في تنظيم الكفالة التي يقدمها أحد الزوجين للآخر، عند إبرام عقد القرض العقاري فما مصير هذا الالتزام في حالة الطلاق وتطبيق قاعدة انفصال الذمم المعمول بها بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية و القانون المدني .

إن مؤسسات القرض في الجزائر تعتمد بطريقة آلية إلى المطالبة بهذا النوع من الضمانات، دون مراعاة لمخاطر هذا الالتزام ولتطبيق القواعد الشرعية والقاعدة العامة التي لا تجيز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد لاسيما وأن نوع الكفالة التي تشترطها الهيئات المقرضة هي كفالة تضامنية محدودة غير قابلة للتجزئة *Caution Solidaire Limitée Indivisible*

على المشرع الجزائري بالإضافة إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني المنظمة لعقد الكفالة أن يؤكد صراحة وبقواعد أمره :

- أهمية تطبيق واجب الإعلام وأخطار الكفيل بكل ما يتعلق بهذا القرض في فترة انعقاده وكذلك طيلة فترة تنفيذه وخاصة عند حدوث عارض من عوارض الدفع .

- ضرورة احترام مبدأ التناسب بين نطاق التزامات الكفيل ومداه وأمواله التي قد تكون محل تنفيذ.

-تكملة عقد الكفالة بإجراء شكلي، حتى ولو تم بالصيغة الرسمية للتنازل عن حق التجريد والتزامه بالوفاء دون اشتراط رجوع الدائن المقرض على المدين الأصلي.

-تحديد نطاق التزام الكفيل بنطاق عقد القرض ولا يجوز تشديد التزاماته لأن الكفالة حق تبعي يرتبط بالدين الأصلي في مدته وطرق وفائه.

-رغم الحرية العقدية إلا أنه لا بد من فرض حماية للكفيل منعا من استغلال المقرض أو حتى من المدين الأصلي، بالتاكيد على ضرورة حمايته وكذا بوضع آليات قانونية لممارسة هذه الحماية التي تؤكد تفصيلها فيما يلي:

*النص في عقد الكفالة على مسؤولية مؤسسات القرض في حالة الكتمان الذي يشكل تدليسا وعلى المدلس عليه الكفيل أن يثبت أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة

la caution recevable a poursuivre la nullité de son engagement pour réticence dolosive de la part du banquier

* يلزم الدائن بإخطار الكفيل بحدوث أول عارض من عوارض الدفع الذي لم يتم تسويته خلال أجل شهر من حلول تاريخ استحقاقه وهذا الالتزام يمكن ترتيبه علي الدائن المهني لأنه يملك كل الإمكانيات المادية والبشرية و يستفيد من كفالة يكتتبها شخص طبيعي.

* - عدم امتثال الدائن لهذا الالتزام يعفي الكفيل من دفع الفوائد التأخيرية المترتبة منذ حدوث أول عارض للوفاء إلى حين إخطاره به ويعد التزام المكفول غير مدفوع بمجرد توجيه الدائن إنذارا للمدين الأصلي وبقائه بدون أثر.

*. النص في عقد الكفالة على التزام مؤسسات القرض بتقديم النصح.

La mise a la charge du créancier d'une obligation de conseil de la caution وللتذكير فإن هذا الالتزام الذي يقع على عاتق مؤسسات القرض هو حديث النشأة حتى في التشريع و القضاء بفرنسا من خلال هذا البند يمكن اعتبار مؤسسة القرض مخطأة في حق المقترض وكذا الكفيل عندما تمنح قروضا تتجاوز قدرتهما على الوفاء، [69] ص 87، و [70] ص

1831

يرتب عدم احترام هذا الواجب، حق المطالبة بالتعويض، ما لم يشكل هذا التقصير في حد ذاته تدليسا.

إن التدليس هو واقعة مادية يمكن إثباتها بكل الوسائل ويتحمل المدلس عليه عبء الإثبات وإذا استطاع إثبات ذلك يبطل العقد ويمكنه أيضا الحصول على تعويضات طبقا للمادة 124 ت م فالتدليس هو في الأصل عمل غير مشروع وعليه يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي ينشأ عنه وإذا كان الفاعل هو المتعاقد فيعوض المدلس عليه هو المتعاقد فيعوض المدلس عليه عن طريق تخلصه من العقد ، وتقضي المادة 124 ت م المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 بأنه : "كل فعل أيا

كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، [21]

ص 133

هذه لأحكام وبالإضافة إلى القواعد العامة يجب أن تذكر صراحة في عقد الكفالة التوثيقي بإضافتها كبنود للعقد وكذا النص عليها صراحة إما في قانون الإقراض العقاري أو في قانون النقد والقرض باعتبارها التزامات تقع على عاتق مؤسسات القرض تحت طائلة إلزامها بتعويضات أو فقدان الحق في الفوائد أو بطلان عقد الكفالة في حد ذاته .

في غير هذه المجالات، يمكن النص على مثل هذه الأحكام في القانون الخاص بحماية المستهلك باعتبار أن المقترض وحتى الكفيل من قبيل المستهلكين أو من الخواص.

أخيراً إذا تقرر الكفالة كضمان إجباري للقرض العقاري يجب أن تلجا مؤسسات القرض إلى تحديد قيمة و مدة القرض بإضافة مدا خيل الكفيل و سنه، ومن ثم تمكن الكفالة المدين من أن يقترض مبلغا اكبر.

يخضع عقد الكفالة كضمان للقرض العقاري للقواعد العامة بالإضافة إلى بعض الأحكام الخاصة التي أكدنا على ضرورة تداركها من قبل مشرعنا بالنص عليها صراحة حماية لهذا الكفيل وتوقيا لحالة الطرد من المسكن العائلي.

3.1.3. التأمين كإحدى ضمانات القرض العقاري

يشترط الممول في القرض العقاري على المقترض بأن يؤمن لصالحه بقيمة حقوقه وفقا لعقد القرض العقاري ضد مخاطر الوفاة أو العجز وذلك تطبيقا للمادة 619 من التقنين المدني والمادة 02 من الأمر 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات(ج ر عدد 13 الصادر في 1995/03/08)

التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني هو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى. يعد التأمين ضمنا احتياطيا يلجأ إليه المقرض لضمان حقه في التعويض في حالة تعرض المقترض لخطر من أخطار محل عقد التأمين.

ما هي القواعد الخاصة لهذا الضمان التي تنثر بسبب طبيعة عقد القرض العقاري بعيدا عن الخطوط العريضة والمشاركة للقواعد العامة خاصة تلك الواردة في قانون التأمينات؟

أن عقد القرض العقاري على اختلاف الأحكام التي تنظمه والتي تجعل دراسته ليست بالأمر اليسير، يرتبط بقانون التأمين حيث تقدم المؤسسات المقرضة بإبرام عقد تأمين جماعي فيلتزم المقترض بالانخراط فيه ويتولى المؤمن بالوفاء لصالح المقرض بقيمة القرض في حالة وفاة المقترض أو عجزه أو فقدانه لمنصبه.

إن هذا التأمين إذا كان موجها أصلا لحماية المؤسسات المقرضة، فإنه يحمي بطريقة غير مباشرة المقترض والكفيل ولكن كيف يفسر تحميل المقترض لأتعاب ومصاريف وتكلفة عقد

التأمين ؟ هي إشكالية أخرى تثيرها هذه الدراسة، فكيف يمكن اعتبار عقد التأمين كضمان للمقرض في حين أنه وضع خصيصا لحماية المقرض ؟.

تتدخل الدولة لتشجيع إبرام عقود القرض العقاري، وتحقيق هدف مزدوج، تطوير عمليات البناء والحد من مشكلة السكن من جهة و تمكين ذوي الدخل البسيط من التملك والحصول على ملكية السكن من جهة أخرى.

بدون التعرض لدراسة خصائص هذا العقد وعناصره وتقسيماته وتنظيمه التشريعي عقد رضائي Consensuel، ملزم للجانبين Synallagmatique – aléatoire ومعاوضة a titre onéreux واحتمال وزمني a execution continue وهو من عقود الازدعان contrat adhesion ومن عقود حسن

النية de bonne foi، [88] ص 48، [20] ص 1138

نتساءل عن كيفية إبرام عقد التأمين من الناحية العملية، كشرط لمنح القرض العقاري وآثار عقد التأمين الجماعي على إبرام و تنفيذ عقد القرض العقاري؟

3. 1. 3. 1 الإجراءات العملية لإبرام عقد التأمين كشرط للحصول على القرض العقاري

عقد التأمين هو من العمليات الأساسية لإتمام إبرام عقد القرض العقاري بل هو شرط أساسي لإصدار القرار النهائي بمنح القرض العقاري، وقد يعتبر كضمان أساسي يدفع بمؤسسات للقرض للإقدام على تقديم هذه القروض التي تتميز بطول أجلها ومبالغها المعتبرة. ينظم علاقة قانونية بين طرفين يسمى أحدهما المؤمن وهو شركة التأمين ويسمى الآخر المؤمن له.

يفرض التأمين في عقد القرض العقاري تدخل طرف ثالث هو المستفيد من هذا التأمين هو مؤسسات القرض التي اشترط التأمين لصالحها.

يبرم إبرام عقد التأمين الجماعي كشرط لمنح القرض العقاري، بمراحل تبدأ بتقديم طلب التأمين ودراسة مذكرة التغطية والاتفاق النهائي بإمضاء وثيقة التأمين **Police d'assurance**.

لا يسعى المقرض أي طالب التأمين بنفسه إلى المؤمن، بل أن المقرض هو الذي يوضح أهمية هذا العقد ومدى ارتباطه بمنح القرض العقاري.

يتولى العون على مستوى مؤسسة القرض بتقديم المقرض طلبا مطبوعا يشتمل على ضرورة تقديم بيانات إلزامية التي يعتمد عليها أساسا لإبرام عقد التأمين، وخاصة الخطر المطلوب التأمين منه وجميع الظروف التي تحيط به ومقدار الأقساط الواجب دفعها ومواعيد الدفع.

يشترط المقرض على المقترض التأمين لصالحه، بقيمة حقوقه لدى إحدى شركات التأمين و ذلك ضد مخاطر عدم الوفاء بسبب وفاة المقترض أو عجزه.

نص القانون الفرنسي الصادر في 13 يولييه 1979، المتعلق بحماية و تبصير المقترضين بشأن القرض العقاري أنه يجب مراعاة الإجراءات التي يعرض فيها المقرض أو يشترط على المقترض، إبرام عقد تأمين، بهدف ضمان المخاطر المحددة في العقد، و التي قد يترتب عليها العجز، عن سداد مبلغ القرض كلياً أو جزئياً أو العجز عن سداد بعض الأقساط أو جزء منها:

* أن يرفق بعقد التأمين وثيقة تحدد المخاطر المضمونة، و تحدد حالات استحقاق مبلغ التأمين.

* كل تعديل لاحق على التعريف بالمخاطر المضمونة، أو بحالات استحقاق مبلغ التأمين، لا يمكن الاحتجاج به على المقترض، ما لم يقبله صراحة.

* إذا عرض منح الضمان اللازم على موافقة المؤمن له، و هذه لم تصدر الموافقة، فإن عقد القرض العقاري يعتبر مفسوخاً بقوة القانون، و بناء على طلب من المقترض، دون تحميله أية مصروفات أو شروط جزائية، على أن يعلن رغبته في طلب الفسخ خلال اجل من تاريخ إبلاغه برفض الموافقة.

يتم عقد التأمين بموجب اتفاق بين المقترض، باعتباره طالب التأمين أو المؤمن عليه وشركة التأمين.

ينشأ للمقرض باعتباره المؤمن له، حقا مباشرا، يخول له مطالبة شركة التأمين بدعوى مباشرة، في حالة تحقق المخاطر المؤمن عليها.

يلتزم المقترض بأداء قسط التأمين للشركة، وتقديم ما يفيد السداد إلى الممول، ضمانا للحفاظ على حقوقه لدى شركة التأمين، إذا أفضت الظروف باللجوء إلى المطالبة القضائية.

تلتزم شركة التأمين في المقابل بالمبادرة إلى سداد التأمين للمؤمن له المقرض بناء على شهادة وفاة المقترض، أو شهادة طبية بعجزه الكلي أو الجزئي.

يتضمن عقد التأمين تحديدا دقيقا للمخاطر التي يضمنها المؤمن، وإذا كان عمليا يتم التأمين ضد مخاطر عدم الوفاء بسبب وفاة المقترض أو عجزه الكلي أو الجزئي، إلا أنه يمكن الاتفاق على أن يغطي التأمين مخاطر عدم الوفاء بسبب فصل المقترض عن عمله، أو إعلان إعساره .

لا يجوز التعديل اللاحق في المخاطر، التي تؤدي إلى العجز عن الوفاء أو حالات استحقاق مبلغ التأمين، إلا بالموافقة الصريحة للمقترض، وتوافر نفس الشروط اللازمة لصحة عقد التأمين نفسه لأن هذا الأمر يتعلق بحالة من حالات سقوط الحق في مبلغ التأمين أو سقوط الضمان، و هو إجراء خطير بالنسبة للمقترض .

لا تخضع الوقائع المكونة لحالة من حالات تحقق ضمان المؤمن، والتي تمنح الحق في المطالبة بمبلغ التأمين، لرقابة المحكمة العليا، بل تترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. كانت محكمة النقض الفرنسية، و حتى عام 1998، تفرض رقابتها على تكييف قضاة الموضوع للوقائع بأنها مكونة لعجز كلي أو جزئي لدى المؤمن عليه، لكنها و منذ حكمين صادرين في 9 فبراير، عدلت عن هذا الاتجاه، وأصبحت تعتبرها من مسائل الواقع التي تخضع للتقدير المطلق لقضاة الموضوع.

يلتزم المؤمن له أساسا بمقتضى هذا العقد بأن يدلي بجميع البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه وقد يأخذ هذا الطلب صورة أيجابية على مجموعة من الأسئلة questionnaire مع الالتزام بتقديم إجابات كتابية صحيحة عن جميع الأسئلة.

يتلقى المقرض الرد من المؤمن بالموافقة على التأمين،متضمنا مقدار القسط المطلوب دفعه، فتقدر قيمة القرض على هذا الأساس،فيوجه المقرض مؤسسة القرض، إيجابا يطلب فيه إبرام العقد.

إن طلب التأمين غير ملزم لا للمؤمن أي شركة التأمين ولا لمؤسسة القرض ولا للمقترض،المؤمن له فلا يكون طلب التأمين ملزما لهم، إلا بعد إتمام العقد وان وثيقة التأمين هي عقد التأمين ذاته.

بما أن التأمين الذي يشترط لمنح القرض العقاري هو من التأمينات على الأشخاص أي التأمين على الحياة والتأمين من الإصابات، فمن بين البيانات الأساسية التي تذكر في هذه الوثيقة، اسم الشخص المؤمن على حياته، نوع الإصابات الدائمة المؤمن منها، وكذلك طبيعة المخاطر المؤمن منها، فالقرض العقاري يشترط لمنحه ونظرا للأمد الطويل المخصص للوفاء به تأمينا عن

تخضع إجراءات اكتتاب وكذا تفسير وثيقة التأمين المتعلقة بالقرض العقاري المبرمة مع شركة التأمين، لأحكام الفصل الثالث، المادة 60 من الأمر 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات.

إن التأمين على الأشخاص اتفاقية احتياط بين المؤمن له والمؤمن ويلتزم المؤمن بموجبها بأن يدفع للمكاتب أو المستفيد المعني مبلغا محددًا رأسمالا كان أو ريعا *capital ou rente* في حالة تحقق الحادث أو عند حلول الأجل المنصوص عليه في العقد ويلتزم المكاتب بدفع الأقساط حسب جدول استحقاق المتفق عليه.

قد يتخذ التأمين على الأشخاص شكلا فرديا أو جماعيا ، أما الأخطار التي يمكن تغطيتها في تأمينات الأشخاص هي على الخصوص:

1-الأخطار المرتبطة بمدة الحياة البشرية.

2-الوفاة إثر حادث.

3-العجز الدائم الجزئي أو الكلي.

4-العجز المؤقت على العمل .

التأمين في حالة الوفاة عقد، يتعهد بموجبه المؤمن بدفع مبلغ معين للمستفيد أو المستفيدين عند وفاة المؤمن له مقابل قسط وحيد أو دوري.

بعد التعديل الأخير لقانون التأمينات من خلال أحكام القانون 06-04 المؤرخ في 21 محرم عام

1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 (ج ر عدد 15 الصادر في 12 مارس 2006)

في سياقه لتشجيع التأمين من أجل إنماء الحياة الاقتصادية وتشجيع الائتمان اعتبر عقد التأمين على الأشخاص الذي يشترط، أساسا في عقد القرض العقاري أداة قانونية وعقد احتياطي يكتب بين المكاتب المؤمن و الذي يلتزم بواسطته بدفع مبلغ محدد في شكل رأسمال أو ريع في حالة وقوع الحادث أو عند حلول الأجل المحدد في العقد للمؤمن له أو المستفيد المعين، المادة 10 المعدلة للمادة 60 من الأمر 95-07.

يلتزم المؤمن المكاتب بدفع الأقساط حسب جدول الاستحقاق المتفق عليه كما أنه بموجب

التعديل الجديد لقانون التأمينات من خلال المادة 60 مكرر عرف مشرعا الرسملة بأنها عملية ادخار

يلتزم المؤمن من خلالها بدفع مبلغ محدد للمؤمن له أو المستفيد المعين (وهو مؤسسة القرض) في

شكل رأسمال أو ريع عند حلول الأجل المنصوص عليه في العقد، مقابل دفع قسط التأمين حسب

آجال استحقاق متفق عليها في العقد .

إن القرض العقاري مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمداخل المقترض الشهرية لذا فإن المصلحة الاقتصادية تبرر عقد التأمين على الأشخاص، الذي يشترط أساساً كضمان احتياطي لمنح القرض العقاري، فعندما يؤمن الدائن المقرض على حياة مدينه، فإنه يضمن بذلك حقه في أن يستوفي حقه من مبلغ التأمين إذا توفي المدين قبل أن يستوفي منه حقه.

التأمين الذي يشترط في القرض العقاري هو من قبيل التأمين لمصلحة الغير ولقد كان نص المادة 68 الفقرة الثانية، من الأمر 95-07 يجيزه بحكم واضح وصريح حيث كان يقضي هذا النص قبل تعديله بما يلي:

"...لا يصح اكتتاب التأمين للغير إلا في حالة تأمين الجماعات أو بين الدائن والمدين في حدود مبلغ الدين".

كان هذا النص أكثر تحديداً من النص المعدل الذي جاء عاماً في حكمه حيث قضت المادة 68 المعدلة بموجب المادة 13 من القانون 06-04 المتعلق بالتأمينات انه: "يمكن كل شخص أن يتمتع بالأهلية القانونية اكتتاب عقد التأمين على شخصه أو على الغير".

الغير هنا هي مؤسسة القرض، في حالة تأمين الجماعات وعلاقة الدائن بالمدين في حدود مبلغ الدين.

إن الحق الذي يكتسبه المستفيد مؤسسة القرض من عقد التأمين على الحياة المشترط لمنح القرض العقاري يستمد أحكامه من قواعد الاشتراط لمصلحة الغير. يكتسب المستفيد حقا مباشرا قبل المؤمن بتنفيذ الاشتراط فيستطيع أن يطالبه بالوفاء بالتزامه خروجاً عن القاعدة التي تقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الغير ويكتسب المستفيد هذا الحق من وقت إبرام عقد التأمين وليس من وقت موافقته على التعيين وهو حق خالص له، لا يمكن لورثة المؤمن له الادعاء به كما لا يمكن لدائني المؤمن له التنفيذ عليه (المواد 116-117-118 ت م)

كان هذا الحكم محل نقد وهو ما دفع بالمشروع إلى تعديله وتأكيد حق المستفيد قبل ورثة المؤمن له أو دائنيه .

من شأن هذا الحكم الصريح منح مؤسسات القرض ضماناً احتياطياً إضافياً يكون دفعا لها لعدم التردد في قرارات منح القرض العقاري، طالما تحصلت على موافقة شركات التأمين على إبرام عقد التأمين بما يناسب و مبلغ القرض العقاري.

نص المشرع من خلال المادة 71 المعدلة بموجب القانون 06-04 المتعلق بالتأمينات بأنه: "في حالة وفاة المؤمن له تدفع قيمة المبالغ المؤمنة لفائدة شخص أو عدة أشخاص معينين في العقد ويكتسب المستفيد حقا كاملا ومباشرا على هذا المبلغ".

أن هذا الحكم يقوي مركز المستفيد أي مؤسسات القرض ومن ثم يشجع حركة الائتمان بمنح القروض العقارية وهو حكم مغاير تماما لما كان معمولاً به بموجب الأمر 95 - 07 حيث كانت تقضي المادة 71 من هذا الأمر بما يلي: "في حالة وفاة المؤمن له، يصب مبلغ الأموال المؤمن عليها والمنصوص عليها في العقد في ذمة التركة ويوزع طبقاً لأحكام قانون الأسرة".

تجب التفرقة بين التأمين الجماعي الذي تشترط مؤسسات القرض على المقترض

الانخراط فيه Demande individuelle d'adhésion au contrat A Groupe

التأمين على الدين assurance Credit تتولى بمقتضاه مؤسسات القرض إبرام العقد الأول مع شركات التأمين في شكل اتفاق ثنائي، شركات التأمين ومؤسسات القرض لتغطية حالات الوفاة والعجز للمقترض أما التأمين الثاني فيتم بالاكنتاب في عقد التأمين الذي يبرم مع شركة ضمان القرض العقاري، سنتناول دراسته عند البحث في مهام هذه الهيئة ودورها في تفعيل سياسة منح القروض العقارية.

نعرض فيما يلي قواعد التأمين الجماعي الذي تسعى إلى إبرامه مؤسسات القرض

وأثاره على تنفيذ عقد القرض العقاري .

3. 1. 2. 3. أثر عقد التأمين الجماعي على سياسة الإقراض العقاري

تقضي المادة 62 من الأمر المشار إليه أنفاً بأنه: "يمكن أن يتخذ التأمين على الأشخاص

شكلاً فردياً أو جماعياً .

عقد التأمين الجماعي⁽¹⁾ المسمى تأمين الجماعات هو تأمين مجموعة من أشخاص تتوفر

فيهم صفات مشتركة..."

إن مشرعنا لم يدقق في المصطلحات التقنية المستعملة وأيضاً في تحديد نطاق الحكم

الوارد في هذا النص حيث حصر أثر التأمين الجماعة على المؤسسات و انخراط المستخدمين .

حاول تدارك هذا النقص من خلال التعديل الأخير لقانون التأمينات 06-04 ، المادة 12

المعدلة للمادة 62 منه ، حيث أصبح بموجب هذا القانون عقد تأمين الجماعة يكتب من قبل كل

(1) Contrat d'assurance collective dite assurance de groupe .

شخص معنوي أو رئيس مؤسسة بغية انخراط مجموعة من الأشخاص تستجيب للشروط متعلقة بالتأمين على الأشخاص ، ويشترط للتأمين الجماعة أن يكون للمنخرطين نفس العلاقة بالمكاتب .

يكون المكتب في تأمين الجماعة هو مؤسسة القرض أي دوما شخصا معنويا ويكون المؤمن عليهم مجموعة من الأشخاص الطبيعية وللمؤمن له المنخرط في تأمين الجماعة أن يعبر عن قبوله في الاستفادة من هذا التأمين بالتوقيع على استمارة الانخراط.

تحتسب أقساط التأمين على أساس عدد المستفيدين الذين يشملهم تأمين الجماعة لكن لا تتعدد الأقساط بتعدد الأشخاص بل تحسب على أساس جماعي ويساهم المنخرطون في هذا التأمين بجزء من الأقساط يقتطع من مرتباتهم ، على أنه تحدد في العقد طريقة حساب القسط الإجمالي .

يتعين على مكتب التأمين أن يقدم للمؤمن جميع البيانات الخاصة بالأشخاص الذين يشملهم تأمين الجماعة من حيث عددهم وصفاتهم وطبيعة الأعمال التي تدخل في مهماتهم والشروط التقنية التي يخضعون لها، [88] ص 294

يدلي للمؤمن بكل البيانات التي يتضمنها عقد التأمين لأنها نافذة في حقه،* تجد مؤسسات القرض مصلحة في الاكتتاب في تأمين الجماعة.

يتم الانضمام إلى تأمين الجماعة عن طريق طلب فردي للانخراط، لضمان تسديد القرض يتضمن جملة من البيانات :رقم العقد المبرم من قبل مؤسسة القرض ، هوية المتعاقد، الجماعة المؤمنة، اسم ولقب طالب الانخراط، العنوان بالكامل، رقم بطاقة التعريف، تاريخ ميلاد المؤمن له، المبلغ الأصلي المؤمن بالأرقام والأحرف Le montant initial a assurer ، مدة تسديد القرض مع ذكر مهلة الإعفاء من التسديد Le délai de différé .

يشترط أن يرفق جدول استهلاك القرض إجباريا بهذا الطلب مع تحديد طريقة دفع الأقساط سواء بقسط تأمين يدفع مرة واحدة أو بقسط تأمين سنوي يدفع خلال مدة أقل من مدة العقد .

يقدم الطلب الفردي للانخراط في عقد تأمين الجماعة، لتسديد القرض بعد الإجابة على كشف به الاستجواب الصحي الذي يتضمن أسئلة متعلقة بالحالة الصحية لطالب الانخراط وتكون الأجوبة مكتوبة بشكل كامل.

يتضمن هذا الطلب بعد دراسة الملف قرار شركة التأمين بالموافقة عليه أو برفضه .

فيما يلي أمثلة على الأسئلة موضوع الكشف المتعلق بالاستجواب الصحي:

- 1- التأمين سابق على نفس الإخطار؟ ذكر رقم العقد والمبالغ المؤمن عليها.
 - 2- رفض مؤسسة تأمين طلب للتأمين أو أجلته أو قبل مقابل قسط إضافي.
 - 3- الحالة الصحية الحالية.
 - 4- الحالة الصحية الحالية تسمح بممارسة النشاط المهني بصورة عادية ومنتظمة في حالة الإجابة السلبية يذكر وقت التوقف عن العمل.
 - 5- توقف سابق عن العمل بسبب مرض أو حادث مع ذكر نوع المرض أو الحادث، التاريخ ومدة التوقف.
 - 6- المعاناة من مرض حاد أو مزمن نوع المرض والعلاج الموصوف.
 - 7- إجراء عملية جراحية : نوعها ، التاريخ والآثار المترتبة عنها .
 - 8_الإصابة بعجز خلقي : نوعه ونسبته.
 - 9- الاستفادة من إيراد ريع Pension d'invalidité ، عن عجز مدني أو عسكري ذكر: سبب المنح ونسبة العجز .
 - 10- ذكر سبب الإعفاء من الخدمة الوطنية.
- كما يتضمن هذا الكشف بيانا من خلاله يرخص للطبيب المستشار لشركة التأمين الاطلاع على الملف الطبي لدى صندوق الضمان الاجتماعي وبيانا آخر يؤكد قبول طالب الانخراط بالخضوع للفحوصات الطبية الإضافية لدى الطبيب المستشار لشركة التأمين.
- يرسل هذا الطلب المصادق عليه من قبل طبيب محلف يختاره طالب الانخراط إلى شركة التأمين بواسطة مكتب عقد التأمين أي مؤسسة القرض.
- إذا كانت البيانات غير الصحيحة ترتب، العقوبات المقررة بموجب خاصة المادة 21 من الأمر 95 - 07 والتي لم تعرف تعديلا بموجب القانون 06 - 04 السابق الذكر .
- ينجرعن كل كتمان (1) أو تصريح كاذب متعمد من المؤمن له قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر، إبطال العقد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 75 من الأمر السابق.
- يقصد بالكتمان الإغفال المتعمد من المؤمن له للتصريح بأي فعل من شأنه أن يغير رأي المؤمن في الخطر.

(1) toute réticence ou fausse déclaration intentionnelle

تعويضاً لإصلاح الضرر تبقى الأقساط المدفوعة حقاً مكتسباً للمؤمن الذي يكون له الحق أيضاً في الأقساط التي حان أجلها مع مراعاة الأحكام المتعلقة بتأمينات الأشخاص ، وفي هذا السياق يحق له أن يطالب المؤمن له بإعادة المبالغ التي دفعها في شكل تعويض.

تضمنت المادة 21 تحفظاً بالنسبة للحكم المنصوص عليه في المادة 75 الخاص بالتأمين على الحياة. بالرجوع إلى ما الذكر في المادة 88 من نفس الأمر يبطل أي عقد من عقود التأمين لحالة الحياة أو حالة الوفاة إذا وقع خطأ في سن المؤمن له وكانت السن الحقيقية تتجاوز الحدود المبينة من قبل المؤمن لإبرام العقد.

إن الخطأ في السن يؤدي إلى بطلان العقد في حالة ما إذا تحقق المؤمن سواء كان ذلك قبل وقوع الوفاة أو بعده من أن السن الحقيقية للمؤمن تجاوز السن المحددة في وثيقة التأمين وهي السن التي لا يقبل المؤمن إبرام عقد التأمين فيما تجاوزها.

لو كان السن المحددة من طرف المؤمن هي (60) سنتين سنة وذكر المؤمن له أن سنه خمسة وخمسين 55 سنة وتبين أن هذا التصريح غير صحيح، فإن عقد التأمين يبطل في هذه الحالة وهذا البطلان ينتج الآثار المعروفة في القواعد العامة أي إرجاع الطرفين إلى ما كانا عليه قبل

التعاقد، [88] ص 126

إذا عرض المقرض على المقترض الموافقة على عقد التأمين الجماعي الذي أبرمه لضمان احد المخاطر المحتملة، المنصوص عليها في العقد و إما بالأداء الكلي أو الجزئي لمبلغ القرض المتبقي ، أو أداء كل جزء من اقتطاعات هذا القرض يجب وجوباً تطبيق الأحكام التالية :

1. إرفاق بالعقد بياناً يحدد المخاطر المؤمن عليها وطرق تنفيذ عقد التأمين
- 2 . كل تعديل لاحق لتحديد المخاطر المؤمن عليها وطرق تنفيذ التأمين ، لا يمكن أن يواجه به المقترض ما لم يوافق عليه صراحة .

3- يفسخ بقوة القانون عقد القرض، بطلب من المقترض بدون اي أداء أو تحمل أية إجراءات من أي نوع كانت ، إذا لم يمنح القرض، ويجب تقديم هذا الطلب خلال اجل من تاريخ الإخطار بعدم الموافقة على القرض .

كما تلزم مؤسسات القرض ، المقترض بإبرام عقد تأمين على الأضرار وهو عقد تأمين على المال الذي يستند إلى مبدأ التعويض ويتضمن التأمين من الحريق والأخطار الملحقة به وفي الغالب تشترط نوعاً من التأمين الشامل هو صورة التأمين المتعدد الأخطار السكنية Assurance

multirisque d'habitation. كتأمين مركب يجمع بين عدة أنواع من التأمين ويؤمن به على عدة أخطار ضمن وثيقة تأمين واحدة مع الحرص على منح حق الحلول في الحصول على التعويض لصالح مؤسسات القرض، بتفويض صريح وبموافقة من قبل شركة التأمين Delegation de police d'assurance. الاكتتاب في عقد القرض العقاري لهذا التأمين إلزامي على المقترضين.

تتعاهد مؤسسة القرض مع المؤمن فيقع على عاتقها جمع البيانات التي يرتبها العقد كالتصريح بالبيانات التي أدلى بها المؤمن لهم ودفع الأقساط المقطوعة من مبلغ المستحقات وأخطار

المؤمن منها، وتتلقى الأعذار والإخطارات المتعلقة بعقد التأمين، [88] ص 194

إن مؤسسات القرض هي المستفيد من العقد المكتتب، حيث يؤول إليها مبلغ التأمين من رأسمال كان أو أي مبلغ منصوص عليه في العقد.

بحكم التعديلات التي عرفها قانون التأمينات في فرنسا في 2003/08/01 التي تضمنتها المادة 5/87 تأكدت حرية المقترض في اختيار شركة التأمين وإلزام مؤسسات القرض بأن تشير وبشكل واضح إذا ما كان هذا التأمين إجباري أم اختياري .

إذا كان التأمين إجباريا تلتزم مؤسسة القرض، بتذكير المقترض بحق اكتتاب تأمين معادل

لدى مؤمن يتم اختياره بحرية مطلقة، [42] ص 787

أما الصورة الثانية للتأمين التي تشترطها مؤسسات القرض لمنح القرض العقاري ، فهو تأمين القرض العقاري.

ثار خلاف حول تأمين القرض أو الائتمان Assurance Credit وهو تأمين يقوم ، أساسا على خطر ضياع الدين ليس بسبب العجز أو الوفاة ولكن بسبب إفسار المدين، فهو نظام يمكن الدائن من ضمان الوفاء بالديون.

فالتأمين أو الائتمان على القرض، هو تأمين حقيقي يمارس من طرف شركات التأمين و يمتاز بالخصائص التي توجد في أي نوع من التأمينات وعلى الأخص المصلحة والخطر والقسط ومبلغ التأمين، إذا أعسر المدين استوفى الدائن حقه من المؤمن، وسنفضل القواعد الخاصة بهذا الإشكال عند دراسة مهام وصلاحيات الهيئات المسيرة للقروض.

يشترط المقرض على المقترض بان يؤمن لصالحه قيمة حقوقه وفقا لعقد التمويل ضد

مخاطر عدم الوفاء أو العجز و من شروط هذا الاتفاق :

* تتولى شركة التأمين بسداد التأمين للمقرض المؤمن له بناء على شهادة وفاة المقرض أو شهادة طبية لعجزه الكلي أو الجزئي الصادرة عن إحدى الجهات الطبية التي تحددها شركة التأمين.

* إضافة قيمة قسط التأمين إلى تكلفة القرض الذي يلتزم المقرض بسداده إلى المقرض الذي يتولى هو الآخر بسداده إلى شركة التأمين.

يزيد اكتتاب التأمين من أعباء و التزامات المقرض و من ثم من تكلفة القرض، فهو تأمين يتعلق بشخص المقرض و كذلك بالمال العقاري الممول بالقرض محل الرهن العقاري و هو تأمين من جميع الأخطار.

يخضع عقد التأمين كعامل من عوامل تشجيع الائتمان و مواجهة المخاطر الائتمانية التي يتعرض لها المقرض للأحكام العامة لإنشاء العقود و مع ذلك فهو يتميز ببعض الخصائص و الإجراءات الفنية والتقنية التي تفرضها الطبيعة المشتركة بين عقد القرض العقاري و عقد التأمين باعتبارهما من عقود الإذعان.

يعتبر الخطر في القرض العقاري، عنصراً ملازماً له ولا يمكن إبعاده بصفة نهائية واستبعاد إمكانية حدوثه. من أجل زيادة الاحتياط تلجأ مؤسسات القرض إلى طلب ضمانات ذات أهمية كبرى.

نؤكد على أنواع الضمانات التي كانت محل هذه الدراسة بما فيها التأمين على الحياة وتأمين القرض التي كلها تعطي فرصة أكبر لمؤسسات القرض في استنفاء حقوقها، خاصة وأن الأمر يتعلق بالقروض طويلة الأجل كالقرض العقاري.

تخضع البنوك بصفة عامة لعادات وتقاليد مكتسبة في شأن الضمانات في القرض العقاري كما سمحت التجارب والأعراف البنكية المتولدة عنها بخلق عادات وصيغ لاختيار الضمانات المناسبة .

ترتكز هذه الصيغ على الربط بين نوع الضمان ومدة القرض لقلّة التحكم في تطورات المستقبل، ومع ذلك فهذه الضمانات لا يجب أن تتقل كاهل المقرض أكثر مما هو عليه ولا الضامن في حالة الضمانات الشخصية ومنه ضرورة تقرير النظام الحمائي للمقرض حتى في حالة إقرار حق المؤسسات المقرضة في طلب حصولها على ضمانات عينية كانت أو شخصية أو غير عينية كالتأمين.

بالإضافة إلى كل هذه الضمانات، فإن التقنيات الجديدة التي استحدثتها مشرعنا من أجل إعادة تمويل القروض الرهنية لاشك أنها ستعطي دفعا قويا في المستقبل للإقراض العقاري وتحول دون تردد مؤسسات القرض على منح القرض العقاري الذي أصبح الوسيلة القانونية الناجعة لتنشيط مجال التمويل العقاري والقضاء على مشكلة السكن من خلال تمويل شراء العقارات أو بناءها أو ترميمها وتحسينها، بشرط أن تكون إجراءات التمويل واضحة ومحددة. مما يكفل للمقترض في هذا العقد غير المتوازن تعاقديا، معرفة جميع حقوقه والتزاماته وأن يتلقى إجابا بمواصفات قانونية وأن يطلع عليها وعلى نوع الضمانات المقررة قبل توقيع عقد القرض العقاري.

تعد برامج الإسكان في الجزائر جزءا لا يتجزأ من سياسة اقتصادية مترابطة تقوم على أساس اقتصاد السوق، فتجعل الاستثمار أكثر أمانا والمنافسة تتزايد، ذلك أن مشكلة السكن نعم هي من المشكلات التي لها انعكاسات إنسانية وتأثيرات في مجال القيم والسلوك وإيجاد الدافع الذاتي للعمل والإبداع، لكنها أيضا تتعلق بتهيئة وحشد موارد مالية معتبرة.

تساعد عملية التوريق التي نظم أحكامها مشرعنا من خلال القانون 06-05 كأداة قانونية حديثة تسمح بتدوير جزء من الأصول السائلة الناجمة عن توريق أصول غير سائلة الضامنة لديون لدى الغير دون أن يحتم ذلك زيادة في الجزء المخصص للمخاطر في ميزانية مؤسسات القرض ما يشكل دفعا للسوق العقارية، فيساعد على تحرك الجهات التمويلية لتوسيع أعمال وزيادة عدد القروض العقارية الممنوحة لوجود ضمانات واليات تعطي لها القدرة على منح قروض طويلة الأجل مع قدرتها على تسيل الحقوق المقررة لها، بموجب القروض العقارية .

هذه الجهود من الجانب القانوني غير كافية لضمان نجاح منظومة التمويل و تشجيع الائتمان العقاري لذا نؤكد على:

- ضرورة إصدار نظام شامل للتمويل العقاري الذي من شأنه أن ينظم بشكل واضح العلاقة بين المقرض والمستفيد ويضمن حقوق كلا الطرفين.

- تخفيض نسبة القروض المتعثرة، بتطوير إجراءات التحصيل وخلق مرونة في منح القروض العقارية بأسعار فائدة معقولة .

-الإطالة في مدة القرض وهو الأسلوب المناسب لدفع سوق العقار وحركته في الجزائر ومواجهة المخاطر الائتمانية لهذا العقد.

3. 2. المؤسسات المسيرة للقروض العقارية

بينت الدراسات التي أجريت حديثاً حول تجارب بعض الدول أن الأثر الذي يحدثه قطاع السكن على النشاط الاقتصادي ذو أهمية بالغة ويحتاج لدعم من طرف الدولة، وأن التدخلات غير المباشرة لتنشيط قطاع السكن لها أهمية أكبر من التدخلات المباشرة.

كان الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط مسيطراً على نظام القروض السكنية في الجزائر إلى غاية التسعينات وهو لم يغط إلى غاية 1999 إلا أقل من 5% من مجموع الطلب المعبر عنه من طرف المواطنين للحصول على القروض السكنية. [5] ص 49

أمام عجز هذه المؤسسة عن تلبية الحاجيات المتزايدة للسكن وتقديم التمويلات العقارية كان على السلطات، تشجيع إنشاء مؤسسات جديدة يوكل لها ضمان هذه القروض وإعادة تمويل الرهن العقاري. اتجه المشرع إلى دعم المؤسسات المالية، لتقديم قروض سكنية و خلق ضمانات خاصة قصد بها، وضع نظام جديد، يعرف بالقروض المدعمة سندياً ، الذي يسمح لصناديق

المعاشات وشركات التأمين باستغلال واستثمار أموالها بشكل مربح، [73] ص 04

أكد برنامج الحكومة المصادق عليه من طرف المجلس الشعبي الوطني في عام 1997 على أن الإصلاحات التي أدخلت على مستوى المنظومة المالية ينتظر منها بالدرجة الأولى مواجهة مشكل السكن وقد تعلق الأمر بتحويل الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط إلى بنك للسكن وإنشاء شركة إعادة التمويل و إنشاء شركة ضمان القرض العقاري.

لتشخيص المعوقات التي تعرقل توسيع عمليات منح القروض العقارية، نبحث فيما يلي عن الأعمدة الأخرى لما يمكن أن نسميه بمنظومة الإقراض العقاري التي من شأنها معالجة المخاطر الائتمانية لهذا العقد على الأقل بالنسبة للمقرض وتشجيعه من باب الضمان على منح القروض العقارية ، لاسيما وأن الائتمان العقاري هو قاطرة النمو لكل اقتصاد.

سنتناول فيما يلي الأحكام الخاصة بإنشاء وتسيير وتنظيم هذه الهيئات المدعمة والضامنة لعملية منح القروض العقارية، وتلك المسيرة لهذه القروض لاحقاً و كذا التنظيم القانوني لعملية تسنيد القروض العقارية.

3. 2. 1. شركة ضمان القرض العقاري S. G .C .I

في إطار الإستراتيجية الوطنية للسكن، تم إنشاء مؤسسات مهياً لدعم حركة السوق العقارية ومنها ما يضمن إعسار المدين المقترض، وهى شركة ضمان القرض العقاري فما هي القواعد المنظمة لهذه المؤسسة المالية من حيث الإنشاء والتسيير و الصلاحيات؟

3. 2. 1. 1. من حيث التعريف

هي شركة عمومية اقتصادية أنشأت في شكل شركة مساهمة في 1997/10/05 في الإطار العام لإعادة تنظيم القطاع المالي.

مساهميها البنوك التجارية وشركات التامين العمومية ومن أهدافها الأساسية ضمان القروض العقارية الممنوحة من طرف البنوك للخواص وبالإضافة إلى هذه المهمة الأساسية تسعى هذه الشركة إلى تحقيق أهداف أخرى وتتكفل بتجسيدها عمليا، تتمثل فيما يلي :

*- تسيير وبصفة ذاتية صندوق الضمان الممول من إسهامات المؤسسات المالية.

*- مراقبة ومساعدة المؤسسات المقرضة في مجال تسوية النزاعات التي قد تثار بصدد

تنفيذ وتسديد عقد القرض العقاري مع إمكانية إنابة المؤسسات في عمليات تغطية الديون المستحقة.

*-متابعة جميع عمليات القروض العقارية وكل العمليات التمويلية بهدف أساسي هو

محاولة التخفيف على الخزينة العامة في مجال تمويل السكن.

3. 2. 1. 2. من حيث الصلاحيات

تتكفل الشركة بحماية المؤسسات المفوضة المساهمة في التمويل العقاري ضد جملة من

الأخطار خاصة منها خطر عدم التسديد أو ما يعبر عنه بمخاطر العملاء⁽¹⁾ وإعسار المقترض الوقتي أو النهائي.

(1)le risque de clientèle appelé aussi le risque crédit , le risque des défaillances des clients ou le risque contentieux correspondant au risque de la défaillance d' un particulier , client , de la banque .

Ce risque peut être généré par :

une conjoncture économique , sociale difficile .

une absence de suivi des clients .

ce type de risque peut entraîner une perte de tout ou partie du capital prêté et des intérêts en fonction de la réalité des garanties et de la possibilité de les faire jouer .ce type de risque peut être maîtrisé par :

la prise systématique de caution et de garanties .la mise en place d'un service de centralisation de risques .

une amélioration de la qualité de recouvrement effective par le service contentieux et juridique .

Séminaire sur l'audit et le contrôle interne dans une institution financière

Alger du 17 au 19 / 02/ 2003 hôtel EL AURASSI Groupe Vipe Formation animée par Mr HENRI PIERRE MADERS consultant financier.

يتمثل ضمان هذه الشركة في تأمين القرض أي مواجهة عجز المدين المقترض المؤقت أو النهائي والدائم عن تسديد المستحقات .

إن تغطية خطر عدم الوفاء أو التسديد تظل قائمة وصالحة طوال المدة المقررة للقرض العقاري أصلا على أن لا تتجاوز مدة 20 سنة. لتفعيل تدخل هذه الشركة ومساهمتها في تنشيط التمويل العقاري تشترط شركة ضمان القرض العقاري من البنوك المانحة لهذا القرض ما يلي :

1- التوقيع على اتفاق الانضمام la convention d'adhesion

2- رهن رسمي من الدرجة الأولى.

3- أن لا تقل المساهمة الشخصية، للمقترض على نسبة 20% من المبلغ الإجمالي

للقرض.

4- عدم تجاوز القرض الذي منح نسبة 80 % من القيمة الإجمالية لسكن محل الشراء أو

البناء أو الترميم.

5- أن لا تقل القدرة الحقيقية لمديونية المقترض عن 30 % من دخله الشهري حتى

يتمكن من الوفاء بمستحققاته.

المؤسسة القائمة على منح هذا التأمين هي شركة ضمان القرض العقاري التي تشترط

مقابل هذا التأمين بالإضافة إلى دفع الأقساط واحترام الالتزامات المتبادلة والمترتبة عن عقد التأمين على أن يكون الدائن قد حصل على رهن عقاري من الدرجة الأولى.

يحتفظ هذا العقد بذاتية مستقلة عن عقد الكفالة حيث يتعهد الضامن بتأمين الدائن من

خطر إعسار المدين وهو لا يضمن يسار المدين بل يلتزم التزاما أصليا بموجب عقد التأمين لا بالوفاء بدين المدين ذاته بل بتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه نتيجة إعسار المدين.

فشركة ضمان القرض العقاري تقترح نوعين من التأمينات، الضمان البسيط لتغطية حالة

إعسار المدين، الدائمة والضمان الكلي الموجه لضمان حالة عدم الوفاء المؤقت لأربعة أجال استحقاق وكذا حالة الإعسار النهائي .

يغطي ضمان هذه الشركة نسبة 90% من رأسمال المتبقي للوفاء به بحسب رأسمال

الأصلي والفوائد السارية بعد خصم مبلغ العقار موضوع الرهن.

لم يستبعد مشرعنا من خلال الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات وكذا القانون 06-04

المعدل والمتمم لهذا الأمر من ميدان تطبيق أحكامه، تأمين القرض بنص خاص .

يبقى هذا العقد للتأمين مثل أي تأمين آخر خاضعا لهذا الأمر لأن محل كل تأمين يجب أن يكون مصلحة اقتصادية مشروعة وان الدائن له مصلحة في إن لا يعسر المدين المقترض فيؤمن على هذا الإعسار لأنه يخشى أن لا يستوفي الدين إذا وقع الخطر.

لأهمية تأمين القرض العقاري كان ضروريا أن ينص مشرنا على الأحكام المنظمة لهذا النوع من التأمين الذي تشترطه مؤسسات القرض كضمان احتياطي أو إضافي لمنح القرض العقاري.

لم ينظم مشرنا بحكم التعديل الأخير لقانون التأمينات 04-06، تأمين القرض بل انشأ ضمن الفصل الثاني من العنوان الأول من الكتاب الأول قسما سادسا عنوانه بتأمين الكفالة . L'assurance caution

قضت المادة 59 مكرر من القانون 06-04: بان "تأمين الكفالة هو عقد يضمن من خلاله المؤمن مقابل قسط تأمين للمؤسسة المالية أو المصرفية تعويض مستحقات بشأن عملية تجارية أو مالية في حالة إعسار المدين".

رغم أن هذا النص تحدث عن حالة إعسار المدين، لكنه قصد المدين التاجر الذي يتحصل من مؤسسات القرض على كفالة مصرفية و ليس المقترض العقاري.

بمقتضى هذا التأمين تضمن مؤسسات القرض، مقابل قسط يدفع لشركة التأمين لمواجهة خطر الوفاء على أن يدفع المؤمن للمؤسسات المصرفية تعويضا في حالة إعسار المدين الذي تحصل على كفالة مصرفية.

إن البنوك تمنح كافلات متعددة لصالح المقاولين المكتتبين في الصفقات العمومية لضمانهم أمام السلطات العمومية وتمنح عادة هذه الكافلات⁽¹⁾ لمواجهة أربعة حالات ممكنة:

كفالة الدخول إلى المناقصة- كفالة حسن التنفيذ- كفالة اقتطاع الضمان وكفالة التسبيق.
كما قد يقدم البنك كفالة من نوع آخر عندما يلتزم كتابيا يتعهد من خلاله بتسديد الدين الموجود على عاتق المدين في حالة عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته ويستفيد المدين من الكفالة في علاقته مع الجمارك أو إدارة الضرائب Caution de douanes et impots

(1) - Caution d'adjudication CS

-Caution de bonne exécution CBE
-Caution pour retenue de garantie C R GA
-Caution d'acompte

La Société de Refinancement Hypothécaire

تتخوف المؤسسات المصرفية الجزائرية من الإقدام على منح القروض العقارية لأنها تحتاج إلى رأسمال معتبر ولأنها تحتفظ بالقروض العقارية الممنوحة في محافظتها المالية لمدة طويلة مما يجبرها على استعمال ودائع قصيرة أو متوسطة الأمد.

في كثير من الدول تحتاج البنوك إلى رأسمال ضعيف، لأنها تقوم بالتمويل عن طريق اللجوء إلى السوق⁽¹⁾ المالية الثانوية.

إن عملية منح القروض وتخزينها إلى حين بيعها يحتاج إلى مدة زمنية معينة فخلال هذه الفترة لا بد أن يتوفر للبنك رؤوس أموال كافية لتوظيفها، يلجأ إما إلى الحصول على قرض تجاري أو إلى استعمال الودائع قصيرة الأجل.

لا تخدم هذه البدائل نشاط المصرف ولا الحركة العمرانية لذا أصبح ضروريا أن تلجأ مؤسسات القرض إلى السوق الثانوية العقارية.

تعرف السوق العقارية الثانوية بأنها السوق التي تتعامل بالقروض العقارية حيث يقدم المستثمرون على شراء وبيع القروض العقارية الموجودة في السوق.

وظيفة السوق الثانوية هي توفير السيولة التي توظف في منح القروض العقارية، وإذا كانت القروض تشكل نوعية جيدة فإنه بإمكان البنوك المانحة لهذه القروض بيعها عندما يستدعي الأمر ذلك وتأمين السيولة التي هي في حاجة إليها.

يمكن للمقرض سواء أكان تجاريا أو متخصصا من خلال هذه الميكانيزمات من بيع المحفظة العقارية للحصول على الأموال اللازمة وكذلك إتاحة الفرصة للمستثمر لشراء المحفظة واستثمار أمواله بضمانات أكبر.

بالموازاة مع السوق الثانوية توجد السوق الابتدائية، فالمتعاملون الرئيسيون في هذه السوق هم عادة البنوك التي تتعامل بالقروض العقارية أي السوق التي تمنح فيها القروض للمواطن لشراء أو بناء أو ترميم السكنات.

(1) فالبنك يقوم بعملية تجميع القروض الممنوحة التي تكون متجانسة من حيث النوعية ومدة الاستحقاق وسعر الفائدة ثم يقدم على تكوين محفظة عقارية تحتوي، على عدة قروض وبيعه في السوق الثانوية واستعمال المداخل المحصلة في منح قروض جديدة وهكذا تبدأ دورة منح القروض العقارية من جديد.

يحصل المواطن على القروض العقارية من السوق الابتدائية Marché primaire ممثلة في البنوك ومؤسسات الادخار، ثم تقوم هذه الأخيرة بإعادة تمويل القروض عن طريق اللجوء إلى السوق الثانوية و إلى المؤسسة المتخصصة بإعادة تمويل الدين هي مهام تقوم بها في الجزائر شركة إعادة التمويل الرهنى التي تلجأ هي الأخرى إلى عملية توريق الرهون العقارية. للإلمام بعملية القرض العقاري نتعرف فيما يلي على الأحكام القانونية المنظمة لإنشاء

وسير هذه الشركة وكذا نطاق صلاحيتها، [5]ص189

3. 2. 1. التعريف بشركة إعادة التمويل الرهنى

هي مؤسسة مالية تتدخل على مستوى السوق الثانوية ، تم اعتمادها من قبل مجلس النقد والقرض بالقرار رقم 98-01 المؤرخ في 06/04/1998 ،تتخذ شكل شركة مساهمة ذات طابع اقتصادي و تخضع من الناحية القانونية لأحكام النصوص التشريعية والقانونية التالية:

- الأمر رقم 75-59 الصادر في 26/09/1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 08/93 المؤرخ في 25/04/1993 والأمر 27/96 المؤرخ في 09/12/1996 المتعلق بالقانون التجاري.
- الأمر 03-11 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض.
- الأمر 01/04 المؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتنظيم وتسيير وخصوصة المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي.
- قرارات بنك الجزائر والقانون التأسيسي للشركة الموثق في 14/10/1997 المحرر من قبل السيد الموثق رزاق بارا علي.
- عدّل القانون التأسيسي للشركة بعد مصادقة مجلس النقد والقرض في دورته العادية بتاريخ 17/01/2002.

أنشأت شركة إعادة التمويل الرهنى من أجل إعادة تمويل محافظ القروض الرهنية المقدمة من قبل البنوك أو المؤسسات المالية التي يشار إليها بالوسيط المعتمد (و.م) في إطار تمويل السكن العائلي مقابل ضمانات كافية.

يمكن طلب ضمانات إضافية للطرف القائم بإعادة التمويل، تحسبا للتسديد المسبق أو لإهلاك القروض محل عملية إعادة تمويلها وهذه الضمانات قد تكون في شكل أذونات الخزينة أو أوراق مالية.

يتم تحديد قيمة إعادة التمويل، وفقا لنسبة قيمة القرض على قيمة الرهن أو الضمان العقاري التي لا تتجاوز 80 %.

تبدأ عملية التحصيل لمستحقات إعادة التمويل، خلال مدة زمنية لا تتجاوز شهرا واحدا بعد تقديم وثيقة الاعتراف بالدين من طرف الوسيط المعتمد أي البنك المانح للقرض.

بالنسبة لسعر الفائدة يتم تحديده وفقا للمعدل المتوسط لتكلفة الموارد التي تحصل عليها شركة إعادة التمويل من السوق المالية الثانوية بأكبر نسبة، بعد إضافة هامش يتراوح بين 0.5% و 1%.

لتحقيق هذه العملية أي إعادة التمويل التي تتولاها شركة إعادة التمويل ألرهنى، يعمل الطرفان، الشركة والبنك المقرض أو الوسيط المعتمد على توضيح كل المسائل القانونية والتقنية الخاصة بتطبيق اتفاق إعادة التمويل.

يتم توقيع الاتفاق على هذه العملية فورا إذا أخل الوسيط المعتمد بالتزاماته كما يتم إلغاء عملية إعادة التمويل إذا تجاوزت عملية التوقيف 30 يوما متتالية لعدم احترام شروط الاتفاق.

لا تمويل شركة إعادة التمويل ألرهنى إلا القروض الممنوحة فعليا أي بعد إبرام اتفاق القرض بين المقترض والمؤسسة البنكية المانحة للقرض العقاري وبعد احترام وإتمام إجراءات توقيعه وتسجيله لدى المصالح المالية المحلية وبعد صرف مبلغ القرض بصورة فعلية، أي تحريره، والالتزام بنقل ملكية مبلغ النقود للمقترض Mobilisation.

لا تمنح شركة إعادة التمويل الأموال، للمؤسسات المقرضة التي أبرمت معها اتفاق إعادة التمويل إلا بعد انقضاء شهرين من توقيع اتفاق إعادة التمويل.

تستمر عملية إعادة التمويل لمدة 05 سنوات قابلة للتجديد إلى حين الإهلاك الكلي للفترة الممنوحة من قبل مؤسسات القرض للمقترض العقاري.

لنتمكن شركة إعادة التمويل ألرهنى من إتمام هذه العملية تقوم بإصدار سندات استحقاق سجلت أول تجربة بالنسبة لشركة إعادة التمويل ألرهنى في إصدار السندات في عملية إعادة

أقر القانون الجزائري إنشاء سوق للسندات العقارية، ونظام للبنوك المرتهنة. من أجل تدعيم تنافسية السوق، بإدخال أدوات مالية مضمونة، وإنشاء سوق للسندات العقارية لخلق وضع تفضيلي لتمويل المساكن، وذلك عن طريق خفض تكاليف إعادة التمويل للمؤسسات المقرضة (الدائنة).

تعتبر البنوك التجارية وسيطا أوليا يحيل حقوقه الناشئة عن عقد القرض إلى شركة إعادة التمويل ألرهنى التي تباشر نشاط التوريق، و تلتزم هذه الشركة بالوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية التي تصدرها في تواريخ استحقاقها من حصيلة الحقوق المحالة. يستمر المقرض في تحصيل الحقوق المحالة و مباشرة الحقوق الناشئة عن عقود القرض العقارى، وذلك لصالح أصحاب الأوراق المالية التي يصدرها المحال له بصفته نائبا عنه، في الحدود التي يتضمنها اتفاق الحوالة .

عملا بحكم المادة 243 ت م، فإن حوالة الحق تشمل ضمانته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد و أقساط.

تدفعنا المعطيات السابقة إلى ضرورة التعرف، على عملية توريق الرهون العقارية كآلية قانونية مالية واهم دوافعها و كذا موقف مشرعنا من هذه العملية التي تشكل دفعا قويا لتفعيل حركية منح القروض العقارية محور هذه الدراسة.

3. 2. 3. عملية تسنيد الرهون العقارية

تقوم المؤسسات المقرضة المانحة للقرض العقارى من خلال هذه الآلية القانونية ببيع مجموعة من القروض العقارية المضمونة برهون عقارية من الدرجة الأولى، لشركة إعادة التمويل ألرهنى أي شركة التوريق.

تقوم هذه الأخيرة بمسك وتسيير هذه القروض وتمويلها عن طريق إصدار سندات مطابقة لاستحقاقاتها فتمكنها حصيلة السندات من شراء هذه القروض.

يتكون التوريق أو التسنيد من مجموعة من القروض العقارية، يتم إعادة تحويلها إلى المستثمرين عن طريق إصدار أوراق مالية عادة ما تكون في شكل سندات، ذات عائد دوري ثابت فيحصل المستثمر حامل السند على الفوائد الدورية، بالإضافة إلى أصل مبلغ السند ولهذا يجب أن تتوافق تواريخ استحقاقاتها أي السندات وعوائدها مع تواريخ استحقاق أقساط الديون وفوائدها وهكذا يتم خلق ما يسمى بالسوق الثانوي للرهن العقارى أو سوق السندات، الذي يمثل جانب الطلب فيه

شركات التأمين والتقاعد وصناديق الاستثمار وصناديق التأمينات والمؤسسات المالية والاستثمارية والأفراد المستثمرين في شراء سندات والذين يبحثون عن عائدات ثابتة.

تستفيد للبنوك المانحة للقروض العقارية بهذه الطريقة من الأموال الناتجة عن بيع الأوراق المالية بسوق القيم المنقولة فيتم إعادة توظيفها بمنح قروض عقارية جديدة.

إن هذه الأداة القانونية من شأنها عدم عرقلة أنشطة التمويل بشكل عام وتردد المؤسسات البنكية في منح القروض العقارية وعدم الإبطاء في دورة رأس المال والتقليل بالتبعية من أرباح

البنك. [74] ص 271. فما هي دوافع هذه العملية؟ ما هو إطارها القانوني وما هي القواعد الإجرائية لانجازها؟

3. 2. 3. 1. دوافع عملية توريق القروض الرهنية

يسمح التوريق بتدوير جزء من الأصول السائلة الناجمة عن توريق أصول غير سائلة الضامنة لديونه لدى الغير لإعادة توظيفها مرة أخرى.

من أهم دوافع عملية التسييد أو التوريق نذكر:

* رفع كفاءة الدورة المالية عن طريق تحويل الأصول غير السائلة إلى أصول سائلة لإعادة توظيفها، مرة أخرى مما يساعد على التوسيع في حجم القروض العقارية التي تمنح للمواطنين.

* تسهيل تدفق التمويل لعمليات الائتمان، بضمان الرهون العقارية.

* التقليل من مخاطر الائتمان للأصول.

* التقليل من احتمالات، تعرض المستثمرين المؤسسين للأخطار المالية وإنعاش سوق

الديون الراكدة.

* تخفيف وطأة المديونية مما يساعد على تحقيق معدلات أعلى لكفاءة رأس المال.

* تنشيط السوق الأولية أي قطاع النشاط العقاري.

* التوريق أداة تساعد على الشفافية وتحسين نوعية المعلومات، لأنه يتطلب العديد من

المعلومات في السوق ومن ثم تتدخل بنوك أخرى فنتشجع أمام هذه الميكانيزمات على منح القروض

العقارية، الدكتور سعيد عبد الخالق شركة لدس <http://Ladis.com>

3. 2. 3. 2. الإطار القانوني

لقد نظم المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23/05/1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة سوق رأس المال ووضع الضوابط اللازمة لمزاولة الأنشطة الخاضعة لأحكامه، حيث نصت المادة الأولى من هذا المرسوم على أنه: "تعد بورصة القيم المنقولة إطاراً لتنظيم وسير العمليات فيما يخص القيم المنقولة التي تصدرها الدولة والأشخاص الآخرون من القانون العام والشركات ذات الأسهم". (ج ر عدد 14)

على ضوء التغييرات التي عرفتتها الحياة الاقتصادية في بلادنا شجعت الدولة البنوك للدخول في عمليات واسعة لمنح القروض العقارية بتوفير جملة من الضمانات لتجسيدها، وأحدثت تعديلات تشريعية على هذا النص وكذا تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23/12/1995 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات.

يعتبر استحداث المؤسسات اللازمة لتنمية السوق العقارية، كشركة إعادة التمويل الرهنى من أهم سمات هذا التطور الذي شهدته هذه السوق في المراحل الأخيرة، سمح لهذه الشركة بأن تقوم بإصدار سندات بقيمة تعادل قيمة الديون موضوع التوريق، استناداً إلى ما يتوفر لهذه الديون من ضمانات (ج ر عدد 80)

تأكد اتجاه مشرعنا لتشجيع منح القروض العقارية عند تناول مجلس الوزراء في اجتماعه يوم 22/08/2005 بالدراسة والموافقة على مشروع قانون تمهيدي يتضمن توريق القروض الرهنية.

يهدف مشروع هذا القانون التمهيدي إلى ضبط النظام القانوني الذي ينبغي تطبيقه على التوريق على الأمدن المتوسط والبعيد للقروض الرهنية الموجودة بحوزة البنوك أو المؤسسات المالية المقرضة أي المانحة للقروض العقارية.

يرمي توريق القروض الرهنية أساساً، إلى تمكين المقرضين العقاريين كمؤسسات بنكية من حشد موارد تمويل جديدة لمضاعفة حجم القروض العقارية.

للاشراف على مجرى توريق القروض الرهنية، جاء النص لإنشاء هيئة خاصة مرخص لها باقتناء هذه القروض لدى البنوك أو المؤسسات المالية وكذلك هيئة ذات شخصية معنوية تتولى وظيفة المودع المركزي للسندات وضمن المحافظة عليها وإدارتها وتنقلها.

تم إصدار القانون رقم 05/06 الخاص بتوريق القروض الرهنية بتاريخ 21 محرم عام

1427 الموافق 20/02/2006 (ج ر عدد 15)

يتم إصدار أوراق مالية من خلال مجموعة من الديون، حيث تكون هذه الأخيرة في شكل قروض عقارية تسمى بالأوراق المالية المدعومة برهون عقارية وتصدر هذه الأوراق عادة في السوق المالية لفائدة المستثمرين.

بطريقة مبسطة يمكن شرح هذه العملية، بأنها تنطلق بقيام مؤسسة مالية البنك بمنح قروض عقارية للمواطنين الذين يرغبون في امتلاك سكن جديد أو قديم أو بناء أو ترميم مسكن بعد تقديم الضمانات اللازمة في شكل رهون عقارية.

يقوم البنك بجمع كل القروض التي منحت للمواطنين ويشكل منها محفظة مالية، يقوم ببيعها إلى مؤسسة مالية متخصصة هي شركة إعادة التمويل الرهني للتعامل بهذا النوع من القروض في السوق الثانوية بعد الاتفاق مع البنك البائع بإدارة محفظة السوق مقابل عمولة يتفق عليها في البداية.

بعد نجاح عملية الشراء من طرف SRH تقوم هذه المؤسسة المالية، بإصدار أوراق مالية مضمونة برهون عقارية، التي تتضمنها المحفظة العقارية وعندها تقوم باستعمال المبالغ المحصلة من إصدار هذه الأوراق في شراء المحافظ العقارية من البنوك المانحة للقروض العقارية

فتبدأ عملية البيع والشراء، [5] ص 206 و [8] ص 14

تتطلب عملية البيع والشراء تقنيات خاصة يتم تطبيقها من طرف مؤسسات متخصصة في مراقبة المداولة في السوق المالية.

تناول المشرع من خلال هذا القانون، الأحكام العامة والخاصة لهذه العملية فعرّفها وكذا المؤسسات المؤهلة لانجازها والمتدخلة في إنجازها، ثم الأحكام الخاصة بإصدار الأوراق المالية وكذا كيفية التنازل عن الرهن العقاري.

بمقتضى أحكام هذا القانون فإن التوريق هو عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية، وتتم هذه العملية عبر مرحلتين:

1- التنازل عن القروض الرهنية من قبل المؤسسات المقرضة المانحة للقروض العقارية لفائدة شركة إعادة التمويل الرهني.

2- قيام هذه الأخيرة بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في السوق ممثلة للقروض الرهنية. وقد أكد هذه القانون على تدخل ما يسمى بالمؤتمن المركزي على السندات Depositaire

central des titres الذي أنشأ بموجب المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23/05/1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة والذي أوكلت له في هذه العملية المهام التالية:

- المحافظة على الأوراق المالية.

- تداول الأوراق المالية بالدفع من حساب إلى حساب.

- إدارة الأوراق المالية.

بموجب هذا القانون يقصد بالقروض ما منح من قروض في إطار تمويل السكن، وينبغي على مؤسسة التوريق تسجيل الأوراق المالية التي قامت بإصدارها لدى المؤتمن المركزي على السندات ويتم إصدار الأوراق المالية مع أو بدون قسيمة بفائدة أو بخصم لحاملها أو اسمية وتكون قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.

3. 2. 3. القواعد الإجرائية لعملية تسديد الرهون العقارية

تخضع عملية إصدار واسترداد قيم الأوراق المالية من طرف مؤسسة التوريق لقواعد قانونية ملزمة لهذه الأخيرة ، الذين يقدمون على اقتناء مثل هذه الأوراق من مستثمرين. تكون ملزمة للغير في حالات التصفية والإفلاس دون المساس بحقوق الغير الذي لم يكن على علم بها.

يتم إثبات كل تنازل عن القروض الرهنية ،بين المؤسسة المتنازلة وهي المؤسسة المصرفية المانحة للقروض العقارية بواسطة جدول تنازل Bordereau de cession عن قروض ممنوحة في إطار التمويل العقاري ومؤسسة التوريق .

لا يمكن لمؤسسة التوريق شراء قروض إلا تلك التي تمنح من طرف المؤسسات المتنازلة ويجب ألا تكون هذه القروض العقارية متنازع عليها أو تتضمن خطر عدم التحصيل عند تاريخ التنازل.

يترتب على التنازل نقل الضمانات والتأمينات ،المتعلقة بالقروض فتكون ملزمة للغير ويمكن للمدين أن يتحرر قانونا من كل التزام اتجاه المؤسسة المتنازلة لها طالما لم يكن على علم بهذا التنازل أي له القيام بالوفاء لصالح المؤسسة التي منحت القرض العقاري رغم أن القروض المتنازل عنها أصبحت في الذمة المالية لمؤسسة التوريق.

بموجب تحرير وتوقيع جدول التنازل، تصبح عملية التنازل فعلية ، يتضمن جملة من

البيانات:

* - قائمة الديون المتنازل عنها والمتضمنة مبلغ الديون تاريخ الأقساط النهائية ونسب الفائدة .

*-مميزات الرهون ومرجع عقود التأمين.

تحل مؤسسة التوريق طبقا للمادة 15 من القانون السابق الذكر محل المؤسسة المتنازلة بقوة القانون فيما يخص القروض المتنازل عنها وكل إشكال يخص الضمانات المتعلقة بها. انطلاقا من التاريخ المبين في جدول التنازل يصير قبول الطرف الثالث ملزما، فتحمل مؤسسة التوريق آثار تسيير هذه القروض وكذا الضمانات و إشكالاتها .

أكدت المادة 16 من هذا القانون على الإجراء القانوني الخاص، بنقل التأمينات والضمانات لصالح مؤسسة التوريق فيتم تسجيل نقل الرهون الضامنة للقروض المتنازل عنها في إطار عملية التوريق طبقا لجدول إرسال من طرف المؤسسة المتنازلة وذلك عن طريق إرسال نسخة من هذا الجدول في ظرف مغلق مع إشعار بالاستلام للمحافظة العقارية المختصة إقليميا.

إن النسخة المستخرجة من الجدول السابق تتضمن البيانات التالية:

* - تعيين كل عقار مسجل ومثقل بالرهن الذي استخدم كضمان للقروض المتنازل عنها.

* - اسم وعنوان المؤسسة المتنازلة والمدين والمودع المركزي للأوراق المالية.

* - مرجع جدول الإرسال المتضمن التنازل عن القروض.

* - مرجع تسجيل الرهون المتنازل عنها.

* - مرجع مؤسسة التوريق.

* - مرجع اتفاقية القرض.

*-يوقع على النسخة المستخرجة من جدول الإرسال مسؤولي المؤسسة المتنازلة

ومؤسسة التوريق ويجب إيداع النسخة المستخرجة à la conservation foncière بالمحافظة العقارية المختصة، إقليميا في أجل أقصاه 30 يوما من تاريخ التوقيع على هذا الجدول.

* - تكون المؤسسة المتنازلة مسؤولة عن صحة المعلومات الواردة في الجدول.

*- على إثر هذا التنازل والتسجيل لدى المحافظة العقارية، تصبح مؤسسة التوريق حائزة لرهون عقارية من الرتبة الأولى⁽¹⁾ ويشترط في القروض المتنازل عنها أن تكون موضوع عقد تامين إذا كانت النسبة بين مبلغ القرض وقيمة السكن تتجاوز نسبة 60%

*- بالنسبة لإدارة القروض واستردادها، يمكن لمؤسسة التوريق أن تكلف المؤسسة المتنازلة أو أي مؤسسة أخرى باسترداد القروض الرهنية التي تم التنازل عنها واستخدام رفع اليد وكذا الإجراءات الأخرى المتعلقة بالتسيير لحسابها وفقا للشروط المحددة في اتفاق تسيير القروض واستردادها Convention de gestion et de recouvrement .

*- عند توقف المؤسسة المتنازلة المسيرة، أو أي مؤسسة أخرى مكلفة باسترداد القروض عن ممارسة نشاطها فأصبحت خاضعة للرقابة على التسيير، لإجراء قضائي مثل الإفلاس أو التصفية أو لأي سبب آخر يحق لمؤسسة التوريق المطالبة فورا بالمبالغ المستردة أو في طريق الاسترداد لحسابها قبل مباشرة هذه الإجراءات.

لمؤسسة التوريق أن تتفق مع مؤسسة أخرى، للقيام بالمهام السابقة إذا كانت مؤسسة مالية معتمدة على أساس اتفاق يوقع عليه الطرفان، إذا كانت المؤسسة المتنازلة محل إجراء من الإجراءات السابقة، ويبلغ المدين بهذا الإجراء عن طريق رسالة مضمونة من مؤسسة التوريق تخطر بالمؤسسة المالية الجديدة المكلفة بتسيير القروض.⁽²⁾

لتصبح الأحكام السابقة موضع تطبيق، لا بد أن يكون القرض قد منح بموجب اتفاق قرض سليم تطبيقا لأحكام المادة 96 من القانون رقم 11/02 المؤرخ في 24/11/2002 المتضمن قانون المالية لعام 2003.

من خلال هذا القانون المنظم، لمهام شركة إعادة التمويل ألرهنى كان على مشرعنا

الإشارة إلى أنواع أنظمة الأوراق المالية المدعومة برهن عقاري ومن بينها القابلة للتحويل الفوري]

(1) المادة 19 من القانون 05/06 السابق الذكر تقضي : "تصبح عملية التنازل عن مجموعة أو كتلة من القروض المضمونة بالرهون العقارية من الرتبة الأولى لفائدة مؤسسة التوريق ملزمة للغير وتأخذ الرتبة بمجرد تسجيلها في المحافظة العقارية ولا يلزم مثل هذا التنازل المدين المعني بالقروض الواردة في المجموعة أو الكتلة إلا ابتداء من تاريخ التبليغ عن طريق رسالة مضمونة مع إشعار بالاستلام ترسله المؤسسة المتنازلة على أن يكون هذا التنازل مؤشرا عليه في هامش النسخة الأصلية ليصبح نافذا" وهنا نتساءل ما الذي قصده مشرعنا بالنسخة الأصلية هل الأمر يتعلق بأصل جدول إرسال التنازل الأصلي أم الرسالة الموجهة للمدين التي تعلمه المؤسسة المتنازلة عن تنازلها للرهن المتحصل عليه عند منح القرض العقاري لا شك أن توضيحا في هذا الشأن ضروري لتفعيل هذا القانون

(2) المواد 22-23-24-من القانون رقم 05/06 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن توريق القروض الرهنية

[5] ص 207، وهي التي يتم إصدارها في السوق المالية، بعد القيام بوضع جميع القروض العقارية التي تم منحها والتي لها صفات مشتركة في مجموعة أو كتلة ثم يتم بيعها بسعر فائدة موحد في أسواق ثانوية .

يدعم الرهن العقاري هذا النوع من الأوراق المالية يكون له نفس الخصائص من حيث أسعار الفائدة المستحقة، الأقساط الشهرية، المدة الزمنية المخصصة لاستهلاك القرض بحيث يمكن اعتبار الكتلة كأنها قرض عقاري منفرد.

تتكفل المؤسسة القائمة بالإدارة، بعد التنازل، بتجميع المستحقات الشهرية التي تتمثل في مبلغ الفوائد والأقساط الخاصة برأس المال أو المبلغ المقرض وتحويل هذه المستحقات فوراً إلى صاحب الأوراق المالية العقارية، وذلك بعد استقطاع عمولة الإدارة أو بوليصة التأمين وكل الأعباء الأخرى المتفق عليها في عقد الإدارة.

من صفات هذا النظام، إمكانية إجراء عملية التسديد المسبق للقرض الفردي، المكون للكتلة بدون التعرض لدفع غرامات إضافية.

تسمح هذه المرونة في التعامل بتطوير المحافظ العقارية ومن ثم التشجيع على تنمية سوق القروض العقارية .

يعطي نجاح عملية توريق أو تسديد للقروض العقارية، دفعا قويا لمنح مثل هذه القروض شريطة توفير الإطار المؤسسي الكفاء الذي يتضمن:

1- وجود سوق قيم منقولة، نشيطة في مجال السندات. وقد عمد المشرع لتفعيل تنظيم سوق القيم المنقولة بأحكام جديدة، موضوع القانون رقم 03-04 المؤرخ 16 ذي الحجة عام 1423 الموافق 17 فبراير 2003 المعدل و المتمم للمرسوم التشريعي رقم 03-10 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 الموافق 23 مايو سنة 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل و المتمم (ج-ر عدد 11)

2- وجود شركات قادرة على اقتناء السندات وتنشيط السوق.

3- أساليب وميكانيزمات لتمكين المستثمرين من قياس مخاطر الأوراق المالية بدقة.

4-تفادي التصنيفات المعيبة و انتهاج الأساليب السليمة في تقييم العقار / التوريق بما

ينتجه : -من تضخيم لقيمة الديون

- ترتيب مديونيات متعددة على نفس العقار

- الإساءة في تقييم المخاطر المصاحبة لعمليات الإقراض العقاري حجر الزاوية في

حدوث الأزمة المالية لعام 2007 .

5- تطوير التشريع بإضافة أحكام جديدة وأدوات للرقابة والإعلام والتعريف بالسوق

وإجراءاته وأدواته ،بالتذكير بالأحكام الواجبة التطبيق من قبل مؤسسة التوريق التي تطرح للاكتتاب هذه الحقوق المالية المدعومة برهون عقارية خاصة الواردة منها في المادة 703 قانون تجاري والمواد 9 و10 و12 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438.

عملا بأحكام المادة 703 من التقنين التجاري، تقوم الشركة عند انطلاق الاكتتاب

بإجراءات الإشهار وبتحديد قواعد ومضمون المذكرات التي توجه إلى إعلام المستثمرين وشروط الحصول على تأشيرة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها⁽¹⁾ ، وكذا آجال تقديم مشروع المذكرة الإعلامية.

لتوضيح وتفعيل هذه العملية كان ينبغي الإشارة في القانون رقم 05/06 إلى قواعد

احترام نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها لكل عملية إصدار للسندات حيث لا يتم طرح أوراق مالية لأية شركة للاكتتاب العام للمستثمرين إلا بناء على نشرة الاكتتاب التي تكون معتمدة من الهيئة العامة لسوق المال ، و تحرير نشرة الاكتتاب وفق النماذج التي تعدها الهيئة العامة لسوق المال.

تطبيقا لهذه القواعد الإجرائية ، التي لم يؤكدتها مشرعنا بقانون ، فإن شركة إعادة التمويل

الرهنى تحصلت على تأشيرة إصدار سندات للاكتتاب وذلك لتوريق الرهون العقارية المتنازل عليها من قبل بنك التنمية المحلية رقم 01/03 المؤرخ في 03/07/2003 بعد ترخيص الجمعية العامة العادية لهذه الشركة .

بمقتضى المادة 715 مكرر 77 من المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25/04/

1993 الخاص بإصدار السندات، اجتمعت الجمعية العامة في 05/06/2003 ،لتفويض سلطاتها

(1) نظام ل ت م ع ب رقم 02/96 المؤرخ في 22/07/1996 يتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات أو الهيئات التي تلجأ إلى علانية الاذخار عند إصدارها قيما منقولة ج ر عدد 36 الصادر في 01/07/1997.

لمجلس الإدارة للحصول على رخصة إصدار للاكتتاب في سندات قيمتها ثلاث ملايين
3000000000 دج.

تمت دعوة المستثمرين للاكتتاب في هذه السندات بمذكرة، إعلامية تحمل تأشيرة لجنة
تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 03/01 وتضمنت هذه المذكرة الإعلامية وفقا لأحكام المادة
20 من المرسوم التنفيذي 95-438 البيانات التالية:

- 1- تسمية الشركة وموضوعها باختصار.
- 2- شكل الشركة وأجهزة إدارتها وتطوراتها.
- 3- مبلغ الإصدار.
- 4- القيمة الاسمية للسندات.
- 5- نسبة وطريقة حساب الفوائد ونمطها.
- 6- فترة التسديد.
- 7- قواعد النظام الجبائي خاصة المادة 63 من قانون المالية لسنة 2003.
- 8- طريقة المزايدة لمنح السندات
- 9- الضمانات
- 10- حملة السندات والتذكير بحقوقهم، حيث يكونون وفقا لأحكام المادة 715 مكرر 88
و89 من القانون التجاري وبقوة القانون جماعة لنفس الإصدار للدفاع على مصالحهم المشتركة.
تتمتع هذه الجماعة بالشخصية المعنوية و يمثل جماعة أصحاب سندات الاستحقاق وكيل أو عدة
وكلاء يعيّنون في جمعية عامة غير عادية.

حددت المادة 24⁽¹⁾ من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، الشروط التي يجب أن
يستوفئها وكلاء سندات الاستحقاق وكذا حقوقهم والقوانين الأساسية الخاصة بهم .
لا يمكن أن يتجاوز عدد الوكلاء 03 في حالة الاستعجال، تعيين ممثلي أصحاب سندات
الاستحقاق بموجب حكم قضائي بناء على طلب كل معني وهذا بموجب القاعدة الواردة في المادة

(1) لا يمكن أن تسند وكالة ممثل جماعة أصحاب سندات الاستحقاق المنصوص عليها في المادة 715 مكرر 89 من القانون التجاري إلا
للأشخاص الذين لهم الجنسية الجزائرية المقيمين بالجزائر وإلى الجمعيات والشركات التي يقع مقرها في التراب الوطني.

715 مكرر 92 من ق ت التي أوضحت كيفية تطبيق المادة 26⁽¹⁾ من المرسوم التنفيذي السابق الإشارة إليه.

من خلال المذكرة الإعلامية التي أعدت بشأن هذه العملية الأولى في تجربة توريق الرهون العقارية ببلادنا، عين بنك القرض الشعبي الجزائري CPA كمؤسسة مالية تتولى طرح الأوراق المالية وتنتقى الاكتتابات عملا بأحكام المادة 73 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

عين هذا البنك كوسيط بين المستثمرين وشركة إعادة التمويل الرهني التي طرحت الأوراق المالية المضمونة برهونات عقارية للاكتتاب .

بمقتضى أحكام المادة 04 من النظام الخاص ،بلجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، فإن تأشيرة اللجنة تضمن نوعية الإعلام المقدم ومطابقته للنصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول .فالمذكرة الإعلامية التي قدمتها شركة إعادة التمويل الرهني كأول تجربة لها بينت بشكل واضح الشركة مصدرة القيم المنقولة وتنظيمها ووضعيتها المالية، وتطور نشاطها وموضوع العملية المزمع إنجازها، بعد أن حضرت بموافقة من إدارة الشركة وكذا مندوبي حسابات الشركة.

إن هذه الهيئة المسيرة والقائمة بإعادة التمويل الرهني ،خاصة بعد القانون المتعلق بتوريق القروض الرهنية Titrisation des créances hypothécaires، لها دور خاص في تدعيم نشاط التمويل العقاري ذلك أن توريق القروض الرهنية من شأنه تدعيم السكن وتحفيز البنوك على مستوى السوق الابتدائية لمنح قروض عقارية.

(1) " يعين رئيس المحكمة الذي يفصل في القضايا المستعجلة ممثلي جماعة أصحاب سندات الاستحقاق في الحالة المنصوص عليها في المادة 715 مكرر 92 من القانون التجاري.

و تنتهي مهام ممثلي جماعة أصحاب سندات الاستحقاق المعينون طبقا للفقرة السابقة أثناء الاجتماع الأول للجمعية العامة العادية التي يعقدها أصحاب سندات الاستحقاق ويمكنها أن تعين الممثلين أنفسهم ."

هذا ويجب التأكيد على أن ممثل جماعة أصحاب السندات لا يمكن اختيارهم من:

- الشركة المدينة.
 - الشركات التي تملك على الأقل 10/1 عشر رأسمال الشركة المدينة أو تملك هذه الشركة المدينة نفسها على الأقل 10/1 رأسمالها.
 - الشركات التي تضمن كل التزامات الشركة المدينة أو بعضها.
 - القائمين بالتسيير والمتصرفين وأعضاء مجلس المديرين ومجلس المراقبة المديرين العامين ومندوبي الحسابات أو مستخدمي الشركات الذين يملكون 3/1 من الشركات المذكورة في الفقرتين 1 و3 وأصولهم وفروعهم وأزواجهم.
 - الأشخاص ممنوعين من ممارسة مهنة المصرفي أو الذين سقط حقهم في تسيير شركة أو في إدارتها أو في قيادتها بأية صفة كانت.
- المادة 25 من المرسوم التنفيذي 438/95.

تحول هذه الميكانزمات أو التقنيات الجديدة التي أكدها المشرع ، دون تردد المؤسسات المقرضة لرفض منح القروض العقارية بفضل إمكانية استرجاع الأموال التي منحتها للمقترضين بهدف شراء أو بناء أو توسيع المساكن عن طريق بيع هذه القروض في شكل محفظة

عقارية في السوق الثانوية. [75] ص 03

يقصد باتفاق الحوالة الناشئة عن القروض العقارية إلى الهيئة المرخص لها بمزاولة نشاط التوريق الذي تعده الهيئة العامة لسوق المال:

- *- أن يقوم الممول المقرض بحوالة حقوقه الناشئة عن القرض العقاري إلى المحال له.
- *- بيان المقابل الذي التزم به المحال له مقابل الحوالة وشروط الوفاء بهذا المقابل.
- *- بيان تفصيلي بالحقوق المحالة بما في ذلك الأقساط الخاصة بكل عملية تمويل والعقار الضامن لها وشروط الضمان وبيانات خاصة بالمدين بها وأية ضمانات أخرى.
- *- التزام المقرض بتحصيل الأقساط التي تمت، حاولتها بصفته نائبا عن المحال له، مقابل عمولة تحصيل يحددها الاتفاق.

لأهمية هذه العملية وحدثتها في نظام التشريع الاقتصادي والمالي بالجزائر نقف عند أهم جوانبها القانونية فيما يلي:

- *- تتم حوالة محفظة التوريق بموجب اتفاق بين المحيل المؤسسة المقرضة وشركة التوريق SRH المحال إليها وفقا لنموذج تعده هذه الشركة وهي عبارة عن جملة من سندات لأمر تتضمن بالإضافة إلى البيانات الإلزامية الواردة الذكر في المادة 465 من التقنين التجاري :

*- توقيع المدين بعيدا عن الطابع الجبائي

*- توقيع المستفيد على الطابع الجبائي TIMBRE FISCAL OBLITERE

*- إشارة للبيان صالح للمبلغ يذكر حرفيا bon pour

*- تاريخ إنشاء وأجال السند

*- أن يتضمن سند الأمر اجلا جديدا في حالة تحديده لرأس المال المتبقي.

- *- أن تكون الحوالة نافذة ومنجزة وغير معلقة على شرط وناقلة لجميع الحقوق والمستحقات أو الضمانات المحالة.

*- المحيل ضامنا لوجودها وقت الحوالة ، ولا يكون مسئولاً عن الوفاء بأي منها بعد

إتمام الحوالة إلى شركة التوريق.

*- يتولى المحيل تحصيل الحقوق والمستحقات المحالة ومباشرة حقوق شركة التوريق في مواجهة المدينين لصالح حملة السندات التي تصدرها الشركة بصفتها نائبا عنها فإن تم الاتفاق على غير ذلك تعين ما يلي :

* إخطار المدينين الملتزمين بالحقوق والمستحقات والضمانات المحالة بهذا الاتفاق بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول.

* تكون الحوالة في جميع الأحوال نافذة ومنتجة لأثرها دون اشتراط موافقة المدين أو إخطاره بها.

* يكون الوفاء بالقيمة الاسمية للسندات التي تصدرها شركة التوريق والعائد عليها من حصيلة محفظة التوريق في حدود الحصيلة ما لم يكن الوفاء مضمونا بضمانات أخرى.

* تلتزم شركة التوريق بإيداع المستندات الدالة على حوالة محفظة التوريق والمبالغ التي تم تحصيلها بعد خصم مستحقاتها ومصاريف عملية التوريق لحساب حملة السندات لدى المؤتمر المركزي على السندات le dépositaire central des risqué

* تصبح المبالغ والمستندات والأوراق المالية والتجارية المودعة لدى المؤتمر المركزي ملكا لحملة السندات لا تدخل في الذمة المالية لشركة التوريق ولا في الضمان العام لدائني المحيل المؤسسات المقرضة أو شركة إعادة التمويل الرهن.

* لا يشترك حملة سندات التوريق في التنفيذ على أصول شركة إعادة التمويل الرهن.

* على هذه الشركة بذل عناية الرجل الحريص للحافظ على حقوق حملة السندات.

*- يلتزم محيل المحفظة العقارية بذات العناية والاستمرار في تحصيل الحقوق المالية

لحساب شركة إعادة التمويل الرهني SRH.

*- تفصح البنوك المانحة للقروض ،لشركة إعادة التمويل الرهني عن المعلومات والبيانات التي تتضمنها محفظة، الرهون العقارية دون التقيد بالأحكام المتعلقة بسرية الحسابات وقانون بنك الجزائر وقانون النقد والقروض.

*- تبقى القروض الرهنية ضمن موجودات البنوك أو المؤسسات المقرضة أو الوسيط

المعتمد في إطار إعادة التمويل،مع حق الرجوع أو الاحتفاظ بالقروض وتحتفظ بحقها في إجراء مراقبة ميدانية.

*- الوسطاء المعتمدون الذين استفادوا، من عمليات إعادة التمويل ملزمون بتسديد الفوائد

وجزاء من المبلغ الأصلي بصفة مستمرة حتى ولو توجب إفلاس المدين في حالة إعادة التمويل مع

حق الرجوع Refinancement avec recours وإذ رغب الوسيط المعتمدون في إعادة التمويل بدون حق الرجوع فهم ملزمون بتوقيع عقد تسيير القروض الرهينة وعقد تنازل أو تحويل الدين وهذا قبل إعادة التمويل.

*- في حالة إعادة التمويل بدون حق الرجوع لمؤسسات القروض الحصول على المبالغ المطلوبة في إطار عملية إعادة التمويل للمحافظ العقارية التي تم تمويلها في إطار القروض السكنية بعد إتمام تحويل جميع الرهونات والضمانات الأخرى باسم شركة إعادة التمويل الرهني وقد تتحمل شركة التمويل الرهني جميع الأخطار المتعلقة بالديون التي تمت إعادة تمويلها بشروط هي:

- يتعهد الوسيط المعتمد بالاستمرار في إدارة القروض المتنازل عنها لفائدة شركة إعادة التمويل الرهني مقابل عمولة يتم الاتفاق عليها.
- يوقع الوسيط المعتمد مع شركة إعادة التمويل الرهني عقدا يقضي إدارة واسترداد المبالغ المستحقة من المقترضين.

- يوقع الوسيط المعتمد البنك المانح للقروض العقارية مع شركة إعادة التمويل الرهني عقدا، يتضمن عملية التنازل عن المحافظة العقارية
- تتم عملية إعادة التمويل على أساس ضمانات تتمثل في العقارات المرهونة من الدرجة الأولى أو ضمانات أخرى متساوية القيمة يتم تظهيرها لشركة إعادة التمويل الرهني مقابل إتمام عمليات التمويل.

- العقارات التي يتم تقديمها كرهونات يمكن أن تخضع لتقييم خارجي مستقل بطلب من شركة إعادة التمويل الرهني وقد تطلب هذه الأخيرة ضمانات إضافية تحسبا للتسديد المسبق .
- تفيد الرهونات المقدمة طبقا للإجراءات القانونية المطبقة على مستوى مصالح المحافظة العقارية المختصة.

- توافق مدة إعادة التمويل الرهني و مدة الاسترداد للأوراق المالية المحصل عليها من السوق المالية بواسطة عملية التوريق.

ان شركة إعادة التمويل الرهني، تهدف من خلال تدخلها في الحياة الاقتصادية عموما وقطاع التمويل العقاري خصوصا إلى:

- تطوير الوساطة المالية الموجهة لتمويل السكن لتخفيف العبء على ميزانية الدولة.

- المساهمة في تطوير السوق المالية بصفة عامة والسوق العقارية بصورة خاصة ومن ثم السماح للبنوك التجارية والمتخصصة CNEP Banque، لمنح القروض العقارية في ظروف ملائمة تتميز بالمنافسة الحرة.

- توفير السيولة للبنوك والمؤسسات المالية من خلال إعادة تمويل قروض سبق وأن قامت بمنحها لشراء أو لبناء أو ترميم السكنات.

- تمكن البنوك من إدارة موجوداتها ومطالبها بكفاءة وراحة.

أخيرا ولاكتساب الخبرة في ميدان إعادة التمويل الرهن العقاري تم الاتفاق مع الشركة الأمريكية المتخصصة في إعادة التمويل الرهني على مستوى السوق الثانوية FANNE MAE لتقديم المساعدة التقنية كتدريب الإطار.

ساهم البنك الدولي في تمويل نشاطات المؤسسة بموجب قرض مالي شمل هذا القرض المساعدة التقنية المقدمة من طرف مؤسسة FANNE MAE واقتناء التجهيزات اللازمة في ميدان الإعلام الآلي ووضع شبكة Net Work للاتصال بالعالم الخارجي.

للتحكم أكثر في تقنيات التمويل عن طريق الإقراض العقاري، في الجزائر أبرمت شركة إعادة التمويل الرهني، عقدا مع مؤسسة أمريكية Mortgage Banker Association of MBA America لواشنطن، نفذ في الفترة الممتدة من ديسمبر 1998 و عام 1999 لتدعيم نشاط التمويل

العقاري في الجزائر ، [5] ص 71

3.3. الآليات القانونية لمعالجة المنازعات الناشئة عن تعثر المقرض

يعد تحسين مستوى تحصيل القروض من الانشغالات الدائمة لكل البنوك المانحة للقروض خاصة العقارية منها وهي مسألة جد مهمة لأنها تشكل معيارا لقياس الصحة المالية لكل مؤسسة. عملت البنوك على خلق آليات لتسيير هذه الديون وتحصيلها حتى تتمكن من احترام القواعد الاحترافية لتسيير البنوك والمؤسسات المالية التي تهدف إلى تنظيم وتأطير Encadrement عملية توزيع القروض، التي تمثل وسيلة لتنظيم، ومراقبة الكتلة النقدية من جهة وكذلك لزيادة مردودية الربحية من جهة أخرى.

لأهمية هذه المهمة أنشأت البنوك مديريات عامة، تكمن مهامها الأساسية في متابعة وتحصيل الديون وتكفل هذه المديريات:

- إعداد كشوف و التصريح بالديون المتعلقة بالقرض العقاري .
- بمتابعة تحصيل الديون.

لتسيخ عملية التسوية الودية للقروض عمل بنك العقار في الجزائر - الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط - لاتخاذ إجراءات إضافية لتوفير خدمة أفضل ودفع المقترضين إلى الوفاء بالتزاماتهم.

من هذه الإجراءات ،خلق نقاط تحصيل لتقريب المقترض من البنك وإنشاء لجان للتحصيل، صلاحياتها الأساسية النظر في طلبات الإعفاء من الفوائد التأخيرية جزئيا أو كليا . كما قرر مجلس إدارة هذا البنك:

1- تخفيض نسبة الفائدة للقروض التي ،منحت في الفترة التي عرف فيها الاقتصاد الجزائري نسبة تضخم معتبرة .

2- منح المحامين المكلفين، بالملفات المتنازع فيها أ تعابا إضافية تتناسب وقيمة الديون التي يتم استردادها.

3-الإعفاء الكلي من الفوائد التأخيرية عن المستحقات التي لم يتم الوفاء بها والمتعلقة بالقروض العقارية.

4- إعادة الجدولة للديون بنسبة فائدة موحدة مطبقة على أصل رأس المال المتبقي إن القصد من هذه الإجراءات هو تطهير محفظة الديون، التي قد لا يتم تحصيلها وكذا التأكيد للمقترضين أن المؤسسة المقرضة مستعدة لإيجاد حل ودي للوفاء بالدين محل النزاع.

Règlement a l'amiable une normalisation prometteuse du portefeuille des créances.

عموما تلجأ البنوك من باب السرعة والتحكم في الملفات والاقتصاد في المصاريف عند إخلال المدين بالتزامه الرئيسي وهو الوفاء بالمستحقات الشهرية وتوابعها ،إلى سبل غير قضائية لحث المدين على تدارك التأخير وأداء ما عليه من وفاء . حالة فشل السبيل الودي، الغير القضائي تضطر في إلى إجبار المدين على الوفاء، بتحريك دعوى قضائية لاسترجاع المبلغ المقترض. إذا حل أجل الوفاء بالدين ولم يقم المدين بالوفاء اختاريا كان للدائن أن يتخذ إجراءات

التنفيذ على العقار المضمون لبيعه بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمن البيع، [77] ص15 و[34]

ص512

لا يحتاج الدائن صاحب الامتياز إلى استصدار حكم من القضاء، لأن عقد الرهن الرسمي يعد في ذات الوقت سنداً تنفيذياً يمكن بمقتضاه التنفيذ على العقار مباشرة وسنتناول فيما يلي

الإجراءات الغير قضائية وكذا القضائية المتبعة من قبل مؤسسات القرض في مواجهة المدين المقترض المتعثر.

3.3.1. الآليات الغير القضائية الموجهة ضد المدين

تسمى هذه المرحلة بما قبل النزاع، تتطلب التحكم فيها بشكل جيد لتفادي الوصول إلى أقصى مراحل النزاع بتحريك وانطلاق الدعوى القضائية والتنفيذ الجبري على أموال المدين. ان مرحلة ما قبل النزاع وخلافا للاعتقاد السائد، لا تقتصر على إنذار المدين ومطالبته بالوفاء بدعوته عن طريق البريد بل تشمل كل الإجراءات المتخذة من قبل البنك لتذكير المدين بإخلاله بالتزامه فيندرج ضمنها إجراءات ما قبل النزاع والإجراءات التحفظية les procédures précontentieuses et mesures conservatoires.

فما هي هذه الإجراءات الأولية وما طبيعة القواعد التي تنظمها ؟

3.3.1.1. الإنذار

للبنوك والمؤسسات المالية بمقتضى المادة 124 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض إذ لم يتم تسديد المبلغ المستحق لها عند حلول الأجل، بغض النظر عن كل اعتراض وبعد مضي 15 يوما بعد إنذار مبلغ للمدين بواسطة عقد غير قضائي الحصول بعريضة بسيطة، موجهة إلى رئيس المحكمة، على أمر لبيع كل رهن شكل لصالحها ومنحها بدون شكليات، حاصل هذا البيع تسديدا للرأسمال والفوائد وفوائد التأخير ومصارييف المبالغ المستحقة.

تتولى مصلحة الشؤون القانونية إرسال إنذار بشكل أولي في شكل برقية تهديديه une lettre comminatoire وتتخذ هذه البرقية شكل أندار mise en demeure ترسل برسالة مع الإشعار بالاستلام للمدين وكذا للكفيل لتذكيره بالتزاماته والجزاءات المنفق عليه سابقا . يمنح للمدين من خلال هذا الإنذار أجلا ليتمكن من الوفاء بالتزامه.

يعد هذا المبدأ إجراء أوليا ممهدا، للنظر في النزاع وفق إجراءات التقاضي المعتادة عملا بحكم المادة 119 ت م التي تقضي بأن: "في العقود الملزمة للجانبين إذ لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للتعاقد الآخر بعد أذاره⁽¹⁾ أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه .."

(1) الأذار: هو إجراء واجب لاستحقاق التعويض وإن المقصود منه هو وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه وقد شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه فإذا لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بان الدائن لم ينذره قبل رفع الدعوى فلا يقبل منه إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا.

فالإجراء الأول الذي يلجأ إليه الدائن في حالة تعرض مصالحه وحقوقه للخطر هو توجيه إنذار إلى الشخص المسؤول، أو إلى الشخص الذي يعتقد المقرض أن عمله أو تقصيره قد أدى إلى التأثير سلباً على ضمانه.

يوجه الإنذار في حالتين، لكل شروطها و أحكامها.

ففي حالة عدم الوفاء بالمبالغ المستحقة عليه بمقتضى عقد القرض العقاري يوجه الإنذار إلى المقرض، المسئول عن سداد المستحقات المترتبة على العقد.

لا يفتح الباب لتوجيه إنذار إلى المقرض عند كل تأخير عن الوفاء ، بل لابد أن يمضي على موعد الاستحقاق 15 يوماً على الأقل، إذا وجه المقرض الإنذار إلى المقرض قبل مضي المدة المحددة كان عديم الأثر.

بعد الإنذار المرحلة التمهيديّة ما قبل التنازع واتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار الضامن.

عملياً وقبل الانطلاق في مرحلة التنازع تضطر المؤسسات المقرضة من باب وضع المدين موضع التأخر، تلجأ لإعادة الإجراء مرة أخرى.

يتخذ هذا الإجراء في حالة حدوث نقص في ضمان المقرض، كتلف العقار الضامن أو تدمره أو إهمال صيانته، و يوجه الإنذار في هذه الحالة لمن بيده العقار الضامن، سواء كان المقرض أو شاغل العقار و يشترط لوجوب الإنذار في هذه الحالة توافر عدة شروط منها:

* وجود نقص مخل بضمان الدائن (المقرض المرتهن) بقيمة العقار الضامن، فليس كل نقص في قيمة العقار يكفي لتبرير إنذار المقرض أو شاغل العقار.

ينبغي تقسيم النقص، الذي يصيب الضمان إلى، نقص يسير، ونقص مخل، ونقص جسيم أو فاحش، فالنوع الأول، على عكس النوعين الآخرين، لا يستلزم إنذار المقرض أو شاغل العقار. لأن ذلك يفتح الباب أمام المقرض للتدخل في كل صغيرة وكبيرة من شئون العقار الضامن، مما يعيق استغلاله على الوجه الأكمل، وقد يؤثر على جهود المقرض بالوفاء بقيمة القرض، [19] ص

184، [116] ص 110.

* أن يحدث النقص المخل بالضمان بفعل أو إهمال المقرض أو شاغل العقار، كهدم جزء من أساسات العقار أو إهمال صيانته والعناية به، دون تمييز بين الفعل و التقصير في الحكم، لأن العبرة هي بالنتيجة النهائية المترتبة على السلوك الخاطيء.

إذا كان النقص المخل بالضمان قد نشأ عن سبب أجنبي، لا يد للمقترض فيه، فإن حكم القواعد العامة هو الذي يطبق .

* صدور حكم قضائي واجب النفاذ يثبت نسبة حدوث النقص المخل بالضمان إلى فعل أو إهمال المقترض أو شاغل العقار .

لا يجوز للمقرض أن يقرر من تلقاء نفسه أن هناك نقصا مخلًا بالضمان، وأن ذلك يرجع إلى فعل أو إهمال المقترض أو شاغل العقار، للدائن أن يوجه الأعدار إلى المقترض أو شاغل العقار إذا توافرت الشروط السابقة، الذي بالضرورة يجب أن يتضمن:

-التنبيه على المقترض بالوفاء أو بتقديم ضمان كاف بحسب الأحوال، وإمهاله مدة من تاريخ الإنذار ليقوم بذلك و أن يكون الإنذار على يد محضر .

- بيان بالأقساط الواجب الوفاء بها، أو بالضمان الذي يقبله المقرض.

- تحديد المدة التي يجب على المقترض خلالها الوفاء أو تقديم الضمان، على ألا تقل

عن اجل من تاريخ الإنذار.

- التنبيه على المقترض بأن انقضاء المهلة المحددة بالأعدار دون الاستجابة يترتب

عليها حلول آجال الأقساط المتبقية وفقا لعقد القرض العقاري.

لا يعد الاعذار جزاء في حد ذاته، يوقع على المقترض، بل مقدمة لتوقيع جزاءات أشد

ويهدف إلى وضع المقترض موضع المقصر في تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد القرض.

تعمل بعض مؤسسات القرض في فرنسا إلى طلب خدمات ما يعرف بأعوان تحصيل

الديون، لما لعون تحصيل الديون من قدرة في الإقناع وقد يلجأ هذا الأخير إلى طرق أكثر إقناعا من الرسالة الموجهة من مؤسسات القرض.

حاول التشريع في فرنسا فرض نوع من الحماية للمقترض بالتحكم في هذا الأسلوب

الأخير الغير متبع من قبل مؤسسات القرض بالجزائر، بإخضاع هؤلاء الأعوان للإحكام العامة لقانون العقوبات وتطبيق ضدهم العقوبات المقررة لجرائم النصب والاحتيال وانتحال الوظائف والألقاب.

تخوفا من تجاوزات هؤلاء باستعمال وثائق شبيهة بالعقود القضائية والغير قضائية اصدر

مرسوما بتاريخ 18/12/1996 ينظم بصورة خاصة مهنة الأشخاص القائمين بتحصيل ديون الغير

بأسلوب ودي فالزم العون القائم بالتحصيل الودي للديون لصالح الغير l'agent de بما يلي :

recouvrement

*- أثبات اكتتابه لتأمين المسؤولية وفتح حساب بنكي.

*-المنع من إتمام التسوية الودية إلا بعد إبرام وتوقيع اتفاق مع الدائن.

*-إرسال خطاب للمدين يتضمن إلزاميا جملة من البيانات التي من شأنها أن تخطر المدين وبدون جهالة عن هوية الدائن وسند الدين ومبلغ القرض بحسب الأصل والفوائد وغيرها من توابعه وكذا طرق الوفاء .

*-منح المدين وصلا يثبت كل دفع أو مخالصة، يؤكد الوفاء الكلي أو الجزئي، [23] ص

558

إن هذا الحكم الجزئي الأخير تناوله مشرعنا في المادة 284 ت م التي تنص: " يكون لمن قام بالوفاء بجزء من الدين الحق في مطالبته مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء وله أيضا الحق في مطالبة رد السند أو إلغائه. إن وفي بكل الدين ...".
يشكل في اعتقادنا هذا النص ،ضمانا كافيا يحمي المقترض عند الإقدام على الوفاء بكل أو جزء من الدين سواء ا كان الوفاء قد تم لمؤسسة القرض أو لمن ينوب عنها،مع تمييز بين النظام القانوني لكل من :

*-القائم بتحصيل القروض المتعثرة ،الذي يقدم خدمة للدائن المقترض

*- الوسيط العقاري وهو من يقوم بدور المرشد للمقترض، حينما يرغب في إبرام اتفاق التمويل، فهو الذي يحدد قيمة التمويل المناسب للإمكانيات المالية للمقترض، كما يمكنه من الاطلاع على الشروط الأساسية لاتفاق التمويل ويوضح له مميزات ،ومخاطر هذا الاتفاق ويتقاضى الوسيط أجرا أو عمولة ممن فوضه في السعي في إبرام العقد .

*- الوكيل العقاري وهو كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم ، بموجب وكالة و بمقابل اجر، بالقيام بخدمات ذات طابع تجاري،كوسيط في الميدان، العقاري أو في مجال الإدارة و التسيير العقاريين لحساب و لفائدة مالكين وقد نظم المشرع في الجزائر المهنة الأخيرة عبر جملة من النصوص نذكر منها :

*المرسوم التنفيذي رقم 09-18 المؤرخ في 23 محرم عام 1430 الموافق 20 يناير سنة 2009

المحدد للتنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري (ج ر عدد06)

*المرسوم التنفيذي 09-322 مؤرخ في 19 شوال عام 1430 الموافق 8 أكتوبر 2009 تنظيم مهنة

الوساطة "السمسرة" العقارية (ج-ر عدد 59)

*القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 19 رجب عام 1430 الموافق 12 يوليو سنة 2009 المحدد مبلغ و شكل الكفالة لممارسة مهنة الوكيل العقاري(ج-ر عدد 59)

3. 1. 2. الإنذار بالوفاء والحجز التحفظي

لا يوجه الإنذار بالوفاء La sommation de payer عن طريق البريد مع الإشعار بالوصول بل تطلب مؤسسة القرض، لتبليغه تدخل المحضر القضائي⁽¹⁾ بدائرة اختصاص إقامة المدين.

يحرر هذا الإنذار في 03 نسخ يسلم المدين الأصلية منها وتحتفظ مؤسسة القرض بالنسخة الثانية كوسيلة إثبات ويحتفظ بالثالثة.

يلجأ لهذا الأسلوب إذا بقي الإنذار البسيط بدون رد من قبل المدين.

لهذه الآلية من الناحية العملية التطبيقية أثرا نفسيا مؤكدا على المدين الذي يحاول اتخاذ الإجراءات المناسبة وبأقصى سرعة للوفاء بالتزاماته.

لا تصح مطالبة الدائن للمدين بالتعويض، إلا بعد إنذاره، يترتب على الإنذار أن يصبح المدين مسئولاً عن التعويض، للتأخير في تنفيذ الالتزام قبل مطالبته قضائياً.

أما الإنذار الاستجوابي La Sommation interpellative فيسلم شخصياً إلى المدين ويتولى المحضر الإشارة إلى رد المدين ومطالبته بالإقرار بهذا الرد بتوقيعه الشخصي.

إذا عارض المقترض، هذا الدين فإن هذا الإنذار الاستجوابي لا يكن له من الناحية القانونية إلا أثر الإنذار البسيط الموجه للمدين عن طريق البريد، أما إذا لم يعارض المدين الدين ولا قيمته، يستعمل هذا الإنذار الاستجوابي كأساس لإجراء طلب الأمر بالأداء.

(1) ورد في المادة 12 من القانون 06-03 المؤرخ في 20/04/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر إنه: يتولى المحضر القضائي :

- تبليغ العقود والسندات و الإعلانات التي تنص عليها القوانين و التنظيمات ما لم يحدد القانون طريقة أخرى للتبليغ .
- تنفيذ الأوامر والأحكام و القرارات القضائية الصادرة في جميع المجالات ما عدا المجال الجزائي و كذا المحررات أو السندات في شكلها التنفيذي .

- القيام بتحصيل الديون المستحقة وديا ، أو قضائيا أو قبول عرضها أو إيداعها .

- القيام بمعاينات أو استجوابات أو إنذارات بناء على أمر قضائي دون إيداع رأيه .

و زيادة على ذلك ، يمكن انتدابه قضائيا أو بالتماس من الخصوم للقيام بمعاينات مادية بحتة ، أو إنذارات دون استجواب ، أو تلقي تصريحات بناء على طلب الأطراف .

المادة 18 : يجب على المحضر القضائي أن يقوم بمهامه كلما طلب منه ذلك ، إلا في حالة وجود مانع .

و في هذه الحالة ، يمكن صاحب المصلحة أن يرفع الأمر لرئيس المحكمة المختصة الذي يبت فيه بأمر نهائي .

كما يلجأ المقرض في حالة تعثر المدين عن الوفاء إلى الإجراءات التحفظية كحجز ما للمدين لدى الغير . Saisies - arrêts

يحق للبنوك والمؤسسات المالية بحكم الامتياز الذي تحضى به قانونا وبدون طلب قضائي حجز ما للمدين لدى الغير .

تستفيد المؤسسات المانحة للقروض العقارية من امتياز على جميع الأملاك والديون والأرصدة المسجلة في الحساب، ضمنا لدفع كل مبلغ يترتب في هذا السياق كأصل دين وفوائد أو مصاريف كل الديون المستحقة للبنوك والمؤسسات المالية (المادة 121 من الأمر 03-11)

بحكم هذا الامتياز لا تحتاج البنوك لحجز ما للمدين لدى الغير لأمر من القاضي بل يكفي مجرد إرسالية توجه إلى البنوك والمؤسسات المالية الأخرى لترتيب الأثر المباشر لإجراء حجز ما للمدين لدى الغير .

- يرتب هذا الامتياز أثره فورا بعد امتيازات الأجراء والخزينة وصناديق التأمين الاجتماعي اعتبارا من:

*تبليغ الحجز برسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام إلى الغير، أو الذي يحوز الأموال المنقولة أو سندات الدين أو الأرصدة بالحساب .

*تاريخ الأعدار الذي يرسل حسب الأشكال نفسها المطبقة في الحالات الأخرى .

تعتبر مؤسسات القرض استرداد المستحقات غير المدفوعة أمرا هاما لذا تسعى إلى اتخاذ إجراءات عديدة مدعمة بمتابعة منتظمة، مرجحة الحل الودي واللجوء إلى الآليات غير القضائية التي سمحت بتحقيق نتائج مرضية .

لقد أضحت استرداد القروض غير المدفوعة بطرق غير قضائية من أولويات البنوك والمؤسسات المالية المانحة للقروض العقاري خاصة عن طريق الخلايا المكلفة بمتابعة تسديد القروض التي تتميز بالتكون القانوني لموظفيها .

إن أطراف عقد القرض العقاري طوروا ميدانيا لأنفسهم شكلا حديثا من أشكال العدالة الخاصة، لذا ففي الوقت الحاضر نقول أن مؤسسات القرض تفضل إلزام المدين بالتنفيذ باللجوء للإجراءات السابقة عن المطالبة القضائية وهي غالبا كذلك ما تلجا لوسائل ضغط ذات طبيعة قانونية متميزة كالشرط الجزائي والشرط الفاسخ الوارد ذكرهما كبنود في اتفاق القرض .

3.3.2. الآليات القضائية

إذا لم يستحب المقرض للإنذار ولم يبادر إلى الوفاء بالمبالغ المستحقة عليه أو تقديم ضمان كاف، و انقضت المدة المحددة في الإنذار، حل أجل الدين بكامله، وأصبح المقرض ملتزماً بالوفاء بكل المبالغ المتبقية، طبقاً لعقد القرض العقاري، وحق للمقرض أن يباشر إجراءات التنفيذ على العقار الضامن.

تبدأ هذه الإجراءات بطلب من ممثل المؤسسة المقرضة يوجه لهيئة القضاء، الذي يقع العقار في دائرة اختصاصها، بوضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل، والأمر بالحجز على العقار الضامن تمهيداً لبيعه.

يوجه المهني دعواه أمام المحكمة المختصة نوعياً ومحلها في المنازعات الناشئة عن القرض العقاري، التي يتسبب فيها المقرض بعجزه عن الوفاء، هي المحاكم المدنية فيعود الاختصاص لموطن المدعى عليه الطرف الثاني محل الحماية .

ما هي مراحل الدعوى القضائية التي تبدأ بمبادرة من المقرض وما نوع القواعد الموضوعية و الإجرائية للتنفيذ على العقار موضوع الرهن ؟

3.3.1. أحكام الدعوى القضائية وحماية المقرض

أولاً : من حيث الاختصاص

يعد كل شرط تعاقدى من شأنه منح الاختصاص لغير موطن المدعى عليه باطلاً، حتى ولو لم ينص التشريع على بطلان هذا الشرط فإن هذا الأخير يشكل خطراً على المدين ذلك أن المحكمة قد تقضي بعدم الاختصاص المحلي.

ليست قواعد الاختصاص المحلي من النظام العام فهي لا تثار بالتالي من قبل المحكمة من تلقاء نفسها بل لابد من طلب في هذا الشأن .

تعتمد المؤسسات المالية في الجزائر التي تمنح القروض العقارية على النص في متن اتفاق القرض على أن الاختصاص القضائي لتنفيذ العقد يعود لموطن الوكالة التي أصدرت قرار منح القرض العقاري.

يلحق لا ريب تنفيذ مثل هذا البند ضررا بالمقترض، لذا على الجمعيات المؤهلة لحماية المستهلكين أو جمعيات البنوك أن تطالب بإلغاء مثل هذا الشرط من نماذج الاتفاقات التي يعدها المقرض الذي يكيف بالمتعسف في مثل هذه الحالات.

يجب أن يتجه المشرع إلى حماية الطرف المدين فيحرص على أن لا يضطر الطرف المدني في العمل المختلط إلى الخضوع للقاعدة التجارية ليس لأن القاعدة المدنية هي الأصل العام و الأوسع تطبيقا وإنما لأنه في العلاقة المختلطة يكون الطرف المدني بصورة عامة هو الأجر بالحماية ويتضح ذلك خاصة في مسألة الاختصاص.

يملك المقترض في القرض العقاري بحكم التطور التشريعي الملاحظ بالإضافة إلى أوجه الدفاع المتعلقة بالموضوع وسائل دفاع أخرى تمكنه من مواجهة المهني .

له أن يتمسك بعدم احترام مؤسسات القرض لقواعد إبرام هذا النوع من العقود مما يؤدي إلى إبطال القرض أو بند من بنوده وقد يتمسك بتعسف شرط من شروط العقد أو يتمسك بعدم اختصاص المحكمة التي وجه إليها المقرض دعواه.

يبرم عقد القرض دون توازن بين طرفيه مما يحول دون تمكين الطرف الضعيف المدين المقرض من تنظيم دفاعه لعدم تأهيله من الناحية القانونية ولاستحالة الوفاء بأتعاب المحامين ومن ثم فاختلال التوازن في هذا العقد يظهر حتى على مستوى المحاكم.

رغم الحق الدستوري الذي منح للمتقاضين تطبيقا لمبدئي المساواة وحق التقاضي على مختلف الدرجات لأبد من توفير السبل والوسائل الكفيلة لتوفير الحماية للمقترض.

إن أهم اثر يترتب على تقديم الطلب القضائي هو تحريك النشاط القضائي وإنشاء الخصومة فهذا الإجراء الأولي ينشأ حالة قانونية مرحلة الخصومة.

تقرر هذه الحالة القانونية الجديدة للإطراف امتيازات وتحملهم بأعباء تحتم تدخل القاضي. تختلف سلطة القاضي عند النظر في المسائل القانونية عنه في المسائل المتعلقة بالوقائع المعروضة عليه، فإذا ارتبط الموضوع بمسألة قانون فإن التعرض لها واجب، فيثيرها من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك بها الخصوم أما مسائل الواقع فلا يمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه ما لم يتمسك بها الخصوم فيكيف ذلك، كتجاوز للسلطة التي يتمتع بها .

إن القاضي وحده هو الذي يتولى تكييف الوقائع وإبراز القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الطلب الذي نشر أمامه، فمن واجبه الحكم في الدعوى بناء على القواعد القانونية التي

تستجيب موضوعيا لوقائع النزاع ولا يلتزم القاضي بالوصف القانوني الذي يعطيه الخصوم للوقائع على أن يعيد تكييفها⁽¹⁾ تكييفاً صحيحاً، إن إعادة التكييف لا يعتبر تعديلاً للسبب

.IL faut donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux

وفي هذا المقام لابد من إثارة النقاش حول دور القاضي في المنازعات التي تنشأ بين الخواص والمهنيين.

نرى مسبقاً بضرورة تعديل بعض قواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والاعتراف للقاضي بدور ايجابي في الخصومة ،حيث يمنح صلاحية مراقبة الخصومة وتصحيح الأخطاء والأوضاع المخالفة للنظام العام، ذلك أن مصلحة الطرف الضعيف في عقد القرض العقاري لابد أن تصبح جديرة باهتمام المجتمع وحمايته لاعتبارات عدة ومن ثم يجب أن تلحق هذه القواعد بالنظام العام.

لضمان حماية المقترض نلح على منح المحاكم سلطة التدخل في المنازعات غير المتوازنة خاصة القائمة بين الخواص والمهنيين ومنح القاضي سلطة إثارة أوجه دفاع الطرف الضعيف في هذا العقد الذي ينطوي على كل خصائص وعناصر عقد الإذعان والذي يتجسد فيه التفاوت الاقتصادي بين المقرض المحتكر الفعلي والاقتصادي والمقترض كطرف مذعن.

لقد اتجه القضاء في فرنسا اتجاهها متميزاً حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا كان التشريع قد تضمن أحكاماً سنت بهدف الحماية فإن البطلان لا يمكن أن يثار إلا من قبل الشخص المستفيد من هذه الحماية ومنه يمنع القاضي من إثارته من تلقاء نفسه أو الحكم به تلقائياً في حين إن محكمة عدل الاتحاد الأوروبي قد اعترفت للقاضي بسلطة إثارة البطلان من تلقاء نفسه كلما بدت شروط

العقود المبرمة بين الخواص والمهنيين بطابع تعسفي،[78]ص321

لتأكيد هذه الحماية نقترح ضرورة صياغة قواعد قانونية أمره في هذا

الشأن تدرج بصفة إلزامية في عقد القرض العقاري يكون مضمونها كما يلي :

*تختص محكمة موطن المقترض أو مكان إبرام العقد بالبحث في النزاعات الناشئة عن

تطبيق مقتضيات عقد القرض العقاري .

(1) السبب هو مجموع الوقائع التي يبني عليها محل الدعوى القضائية أما الوسائل فهي الأدلة التي يؤدي بها الخصوم ادعائهم والتي يستندون إليها لإثبات محل طلباتهم.

ويجب ممارسة هذه الدعاوى خلال اجل معين من حدوث الواقعة المنشئة للنزاع وذلك تحت طائلة سقوط الحق في إقامة الدعوى .

ثانيا: من حيث مدة الإمهال وطلب الفسخ

إذا اخل المدين المقترض بالتزامه وتأخر عن الوفاء بالمستحقات الشهرية المتفق عليها أصلا حق له بصفته كمدین أن يطلب من المحكمة أجلا لتنفيذ العقد حيث يمنح القاضي عملا بحكم الفقرة الأولى المادة 119 وعلى ضوء ملابسات القضية ومصصلحة الأطراف مكنة منح المدين اجلا لتنفيذ التزاماته.

لا يتجاوز هذا الأمد أو الأجل حسب المادة 281 ت م سنة واحدة في حين ان القانون المدني الفرنسي حدده بسنتين مراعاة لمركز المدين ولحاجته. يمنح هذا الأجل بحسب كل حالة على حدي، عادة ما يطلب من المقترض الذي فقد منصب عمله.

يعد الأجل على النحو الذي حدده التشريع الجزائري غير كاف ولا يتناسب ونوعية هذا القرض الذي هو من القروض الطويلة الأجل .

لا يمنح القاضي هذا الأجل من تلقاء نفسه بل لا بد من المطالبة به لذلك فكثيرا ما تصدر أحكاما في حق المقترضين تكون غيابية فتحرمهم من حقهم في المطالب من هذا الإجراء، الذي قد يكون في صالحهم عند العجز المؤقت عن الوفاء *Défaillance temporaire* .

إن القاضي ملزم لتجسيد الطابع الحمائي للقواعد المنظمة لهذا العقد بتحديد هذا الأجل بشكل دقيق، فلا يجب أن يكون حكمه عاما.

إن إلزام القاضي بهذا الإجراء يعد وسيلة لحماية مصالح المقترض، ولتجسيد فائدته عمليا فعليه أن يوجه للمقترض رسالة يبين له فيها آثار عدم الحضور وفقدان حقه في مدة الإمهال .

ينبغي النص في التشريع على هذه صورة من صور الحماية التي تخدم المقترض وإلزام

قضائنا باحترام تطبيقها ميدانيا (ART 471 CPC , français)

أما بالنسبة لتقادم حق المقترض في المطالبة بديونه طبقا للقواعد العامة فليس للمحكمة أن تقضي به تلقائيا .

إن تخفيض المشرع لمدة التقادم بخمسة سنوات (05) من خلال تعديل المادة 101 ق م

المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2006، يعد ايجابيا لحماية المقترض في العقد،

ومع ذلك فإن مؤسسات القرض عند منحها للقرض العقاري تتحصل بصورة مباشرة على رهن رسمي يكون معفى من التجديد لمدة 30 سنة، ومن ثم تخرج عن تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالتقادم المسقط، التي قد يستفيد منها المقرض عند إثارة النزاع.

ثالثاً: إجراء الأمر بالأداء

يلجأ المقرض لهذا الإجراء المعمول به عملياً، خلافاً للقواعد العامة في رفع الدعوى أمام جهات قضاء موطن المقرض.

عند إخلال المدين المقرض بالوفاء بمسئقاته الشهرية، يصبح الدين حال الأداء وعلى خلاف الإجراءات المتبعة في دعاوي العادية فهذا الأسلوب للمطالبة له طابع خاص سواء من حيث الإجراءات أو من حيث موضوع الدعوى، لأن الأمر يتعلق بالمطالبة بدين ثابت بالكتابة معين المقدار وحال الأداء.

تستعمل مؤسسات القرض نماذج تملأ وترفق بصورة من اتفاق القرض الذي يؤكد توفر شروط للجوء إلى هذا الإجراء بعد إنذار المدين بأن يسدد ما في ذمته من دين وملحقاته من فوائد ومصروفات خلال ميعاد أقصاه 15 يوماً.

يأمر القاضي بتبليغ أمر الأداء بعد أن يطلع على العريضة والوثائق المرفقة .

يتم تبليغ المقرض بنسخة رسمية من الأمر بإنذار المدين بأن يسدد المطلوب الدائن وملحقاته من فوائد ومصروفات في ميعاد 15 يوم فضلاً عن تنبيهه إذا كانت له أوجه دفاع أن يرفع اعتراضه في أمر الأداء خلال 15 يوماً التالية للتبليغ الذي يتولى إجراءه السادة المحضرين بتكليف المدين بالأداء، (المادة 306 ق ا م إ)

إذا لم تحصل اعتراض في الميعاد المحدد يقرر القاضي تثبيت أمر الأداء بناء على طلب يقدمه الدائن بكتاب على أصل العريضة وعندئذ يترتب على أمر الأداء كافة آثار الحكم الحضوري، (المادة 308 ق ا م إ).

يتميز هذا الإجراء بقصر حياته حيث حدد المشرع أجل صلاحية أمر الأداء بسنة لا غير بحيث يسقط بعد فوات هذه المدة ولا يترتب عليه أي اثر وهذا وجه من أوجه النظام العام، مما يتعين على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه وتقضي المادة 309 ق ا م إ : "كل أمر أداء لم يطلب إمهاره بالصيغة التنفيذية خلال سنة واحدة من تاريخ صدوره يسقط ولا يترتب عليه أي أثر".

3. 2. 2. الإجراءات العملية للتنفيذ على أموال المدين

نستشف من آخر النصوص القانونية التي أصدرها مشرعنا حماية أكبر لمصالح المؤسسات المقرضة على حساب المدين المقترض رغم التفاوت والتباين الواضح بين مراكز طرفي هذا العقد الذي يمنح المؤسسة المقرضة احتكارا وحرية تعامل مطلقة والمدين المقترض الذي قد يعاني حالة تدين مفرطة.

نظم المشرع الجزائري الإجراءات العملية للتنفيذ على أموال المدين بعد عجزه أو التأخر عن الوفاء بالدين تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 132/06 المؤرخ في 4 ربيع الأول عام 1427 الموافق 4 أبريل 2006 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى.

اعتمد هذا النص من قبل السيد وزير المالية الذي اقترح أحكامه بناء على جملة من النصوص القانونية الخاصة التي نذكر منها:

1- أحكام الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

2- القانون رقم 11/02 المؤرخ في 24/12/2002 والمتضمن قانون المالية لسنة 2003 لاسيما المادة 96 منه.

3- القانون رقم 16/05 المؤرخ في 31/12/2005 المتضمن قانون المالية لسنة 2006 لاسيما المادة 56 منه.

4- القانون رقم 03/06 المؤرخ في 20/04/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

5- أحكام المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

يهدف هذا المرسوم إلى تحديد كفاءات تطبيق كل من المادتين 96 و56 من قانون المالية لعامي 2003 و 2006.

إن المادة 56 المعدلة للمادة 96 السابقة الذكر المعتمد عليها في تقرير أحكام هذا المرسوم التنفيذي، أسست رهنا قانونيا على الأملاك العقارية للمدينين لفائدة البنوك والمؤسسات المالية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها.

وقد حددت المواد من 02 إلى 07 من هذا المرسوم الإجراءات الواجب إتباعها أمام تعثر المدين عن الوفاء بالتزاماته والمتولدة عن القروض العقارية والغير العقارية .

تطبق هذه النصوص على حالات تحصيل القروض العقارية التي تقوم أساسا على تأسيس البنوك مانحة هذه القروض وكشرط أساسي لرهون عقارية موضوعها المسكن أو الأرض محل الاقتناء، البناء، الترميم، أو الإصلاح، ونلخص مراحل هذه الإجراءات فيما يلي:

*-يعاين المحضر القضائي عدم وفاء المدين بعد القيام بتبليغ أعدار بالدفع للمدين بطلب من مؤسسة القرض المانحة للقرض العقاري بعد تقديم شهادة معلومات للحساب محررة من قبل عون هذه المؤسسة، متضمنة لأقساط الدين الواجب الوفاء بها، المقدرة شهريا والمبلغ الإجمالي الممنوح، وكذا مبلغ الفوائد والتأمين (FG/SAA) ومبلغ ضريبة التأخير عن الدفع، والمبلغ الكلي بعد جمع كل هذه العناصر.

*-يؤكد هذا العون للقضاء أن الطالبة (مؤسسة القرض) وجهت الإذار من أجل تسديد مبلغ أقساط الدين وفقا للاتفاق المبرم وذكره أنه في حالة عدم الالتزام خلال شهر من تاريخ استلام هذا الإذار تحرك ضده دعوى قضائية.

*-يجدد الإجراء السابق بمقتضى المادة 03 من هذا المرسوم بعد مرور شهر من تاريخ التبليغ الأول من قبل نفس المحضر، فعند عدم الدفع في الأجل المحدد يبلغ أعدار ثاني للدفع للمدين بالصيغة أعلاه ويحدد له أجل جديد مدته خمسة عشر يوما (15) قبل اللجوء للمحكمة المختصة إقليميا.

*-بعد انقضاء هذه الآجال القانونية يتم تحريك الدعوى القضائية عند الامتناع عن الوفاء وذلك بتقديم طلب إلى السيد رئيس المحكمة مقر المجلس للحصول على أمر على ذيل عريضة لمنح الصيغة التنفيذية للرهن القانوني.

*-يؤول الاختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية للفصل دون سواها بموجب حكم قابل للاستئناف في المواد الخاصة بالحجز العقاري، وترفق العريضة إلزاميا بصورة من اتفاق القرض وكذا بصورة من جدول تسجيل الرهن العقاري المؤسس والموقع من قبل المحافظ العقاري المختص إقليميا، وكذا صور من أعدار المدين في الفترتين المحددتين قانونا.

ونقترح في هذا الشأن للتنسيق بين قواعد النظام الحمائي الواجب الأخذ به، ضرورة تعديل أحكام قانون الإجراءات المدنية وجعل الاختصاص للنظر والفصل في المنازعات بين المقترضين والمهنيين لمحكمة موطن المدين بصفته مدعي أو مدعى عليه .

*-يتضمن هذا الطلب القضائي الحصول على الصيغة التنفيذية التي تمكن من تجسيد إجراء الحجز العقاري، فيصدر رئيس المحكمة المختص إقليمياً أمراً لكاتب الضبط لدى المحكمة بمنح الصيغة التنفيذية.

*-يصدر كاتب الضبط الصيغة التنفيذية على ذيل العريضة المقدمة في هذا الشأن، ولقد اشترط المشرع من خلال المرسوم التنفيذي المشار إليه أعلاه أن تتضمن العريضة إزامياً البيانات التالية:

- هوية المدين.

- تعيين العقار المتقل بالرهن.

- مبلغ الدين وأجل استحقاقه ويلحق بالطلب الوثائق التي ذكرت سابقاً.

*- يتم تبليغ الممثل القانوني للمؤسسة المقرضة عن طريق المحضر القضائي السند الممهور بالصيغة التنفيذية المسلمة من قبل كاتب ضبط المحكمة المختصة نوعياً ومحلياً للأمر بالدفع في الحال.

*- يمنح هذا الممثل تفويضاً من قبل إدارة المؤسسة المقرضة لتمثيلها أمام محكمة المجلس القضائي المختص باستخراج الصيغة التنفيذية لجداول تسجيل الرهون.

- في حالة التعثر البارز للمدين يطلب من المحضر القضائي المخول بأمر من المحكمة بإشهار الأمر بالحجز خلال مدة شهر واحد بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً تطبيقاً لأحكام المادة 379 قانون إجراءات مدنية.

على ضوء تحليل الإجراءات السابقة نؤكد مرة أخرى على أن مشرعنا رجح مصالح المقرض كصاحب امتياز خاص على مصلحة المقرض الطرف الذي ينبغي كما هو الوضع عليه في كثير من التشريعات أن يكون محل حماية واهتمام أكبر.

للآثار المترتبة على عجز المقرض و تخلفه عن سداد أقساط القرض نقترح :

*- مد اجل القرض لمدة أطول من المدة المتفق عليها في اتفاق التمويل مقابل زيادة الفوائد المستحقة على هذا القرض بنسبة معينة لا تزيد عن مجموع الفوائد الأصلية دون حاجة لفسخ العقد.

*- يمكن لقاضي الموضوع أن يمدد أجل القرض إذا قدر أن ظروف المقرض تقتضى ذلك، على إن لا يتجاوز التمديد القضائي عن سنة، إلى حين تعديل نص المادة 281 ت م أو النص على حكم خاص ينظم هذه المسألة في قانون النقد والقرض.

*- إذا عجز المقرض أو تأخر في الوفاء بالمبالغ المستحقة عليه ومضى على هذا العجز أو التأخر ثلاثون يوماً من تاريخ استحقاقها فللمقرض أن ينذر المقرض بالوفاء أو بتقديم ضمان كاف بحسب الأحوال وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار .

*- إذا انقضت المدة المحددة بالإنذار دون قيام المقرض بالوفاء أو بتقديم الضمان كان ملتزماً بكامل المبالغ المتبقية طبقاً لأحكام عقد القرض العقاري .

*- لا تتخذ إجراءات التنفيذ على العقار أو التامين الشخصي إلا بعد تنبيه المقرض بما

يلي من البيانات :

- 1- الأقساط الواجب الوفاء بها أو الضمان الذي يقبله المقرض
- 2- تحديد المدة التي يجب أن لا تقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار والتي يلتزم المقرض خلالها بالوفاء أو بتقديم الضمان معادل .
- 3- حلول أجل الأقساط المتبقية بعد انقضاء المدة المحددة دون الاستجابة للإنذار .
- 4- تعيين موطن مختار للمقرض .

*- إذا عجز المقرض عن الوفاء ولم يتم مد أجل القرض قضاء أو اتفاقاً فللمقرض أن

يطالب بالتعويض دون أي حق في المطالبة بعقوبة جنائية

إن الهدف من الأحكام التي اقترحنا بعضها أعلاه هو توفير نظام حمائي لمصلحة المدين المقرض ، أمام قصور الأحكام العامة التي نظمها مشرعنا والمتعلقة بقواعد معالجة عجز أو تأخير المقرض عن الوفاء بأقساط القرض .

4. المخاطر الائتمانية للقرض العقاري بالنسبة للمقترض من حيث الوقاية والمعالجة

بعد ما تطرقنا لمراحل إبرام عقد القرض العقاري ونطاق التزامات طرفيه، نؤكد أن المستهلك الذي يمول سكنه عن طريق القرض العقاري، يتعرض لا محالة لخطر إبرام عقد مختل التوازن، ذلك أن شروط العقد تحدد مسبقاً، وهي في الغالب كثيرة التعقيد، حيث يصعب عليه تفهم وإدراك أبعادها.

لتفادي هذه الأخطار و توفير حمايته القانونية من مخاطر هذا الائتمان نتساءل هل يحق للمشرع التدخل في الحرية التعاقدية و الحد من الصعوبات التي تعترض المقترض في مواجهته للمؤسسة المقرضة، المخلة بالتزاماتها المهنية، لتفوقها من حيث القدرة الاقتصادية و الخبرة المهنية والتنظيم القانوني و التقني؟

هل يمكن حصر الأسباب التي قد تكيف بأنها شرعية، و تبرر رفض مؤسسات القرض، لطلبات القروض العقارية مع إلزامها بجبر الضرر أو بإجازة إعادة التفاوض في حالة انخفاض نسبة الفائدة المطبقة كسبب غير متوقع ، ؟

لحماية المقترض من الأخطار الائتمانية لهذا العقد ،هل نرجح :

-تبني النظام القانوني لدراسة ومعالجة حالة التدين والإشراف على تنفيذ فعاليات مخطط التقييم ألتفريقي أو التوصيات ، لإعلان حالة الإعسار ولتسوية أوضاعه المعمول به في كثير من الدول

-تطبيق نظام إعادة الاعتبار الشخصي للمدين حسن النية ، باقتباس أحكامه من نظام الإفلاس والتسوية القضائية المطبقة على التجار، أم نخص المقترض في القرض العقاري بقواعد متميزة تحميه من شدة قواعد الإفلاس ،بتدخل وسطاء لمحاولة إيجاد حلول وسطية مقابل عمولات يقدمها المدين المقترض ؟.

- تدخل القضاء بتطبيق النصوص الحازمة التي تضمن لمؤسسات القرض استرداد حقوقها في حالة إخفاق المقترض عن الوفاء ،بحيث تغطي على دعاوى مؤسسات القرض ومطالباتها وإجراءاتها التنفيذية والإدارية صفة الاستعجال وتكون الأحكام والسندات التنفيذية الصادرة لصالحها مشمولة بالنفذ المعجل؟

لتحديد نطاق المخاطر الائتمانية المتعلقة بالقرض العقاري بالنسبة للمقترض والوقاية منها والتصدي لمعالجتها والارتقاء بمستوى الحماية من حيث القواعد الإجرائية والوقائية التي يجب

أن نخص بها المستهلك المقرض العقاري، سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة الفرعية بتقسيم هذا الفصل على النحو التالي:

- صعوبة مقاضاة مؤسسات القرض و جزاء إخلال المقرض بقواعد منح القرض العقاري.
- الوقاية من حالة التدين في عقد القرض العقاري وطرق معالجتها.
- دور القضاة في معالجة حالة تدين المقرض العقاري.

4.1. صعوبة مقاضاة المقرض وجزاء إخلاله بقواعد منح القرض العقاري

قد يعود عدم تنفيذ القرض العقاري على النحو المتفق عليه، لأسباب يرجع بعضها إلى المقرض ذاته المانح للقرض العقاري، لعدم احترام مؤسسات القرض للأحكام والقواعد المنظمة لشروط صحة إبرام وسير عقد القرض العقاري .

إن المنازعات التي قد تنشأ في مواجهة هذا المهني، تعترضها صعوبات ذات طبيعة مختلفة ولحماية الطرف الضعيف الذي يصعب عليه إثارة نزاعات حولها يجب البحث عن الآليات القانونية البديلة عن المطالبة القضائية ونوع الجزاء الواجب تقريره بقواعد أمره في مواجهة المقرض تطبيقاً لقواعد حماية المقرض وكذلك الكفيل الشخصي .

4.1.1. صعوبة مقاضاة مؤسسة القرض وآليات تجاوزها

غالباً ما لا يتجرأ المدين المقرض على تحريك الدعوى القضائية في مواجهة المؤسسة المقرضة بالرغم من:

*تضرره عند تنفيذ شروط العقد المجحفة.

*- شدة الالتزامات التي تقع على عاتقه ، بحكم مهنية وتخصص الطرف الثاني في

المسائل العقارية .

* _ من وجود قواعد الحماية التي قررها المشرع بصورة عامة للطرف المدعى في

عقود الإذعان كما هو الحال في القرض العقاري وحقه في اللجوء إلى القضاء كحق دستوري.

فحق اللجوء إلى القضاء مضمون للجميع حتى يطمئنوا، على حقوقهم وهو المبدأ الذي يتصل

باحترام حرية الأشخاص ما لم تصطدم بالمصلحة العامة والنظام العام، [80] ص46

إن كل فرد في المجتمع يتمتع بكل حرية في اللجوء إلى القضاء كلما اقتضت الحاجة وهو

الحكم الوارد في المادة 32/31 من دستور 1989 . (1)

ما هي نوعية الصعوبات التي تحول دون مخاصمة مؤسسات القرض ومواجهة إخلال

المقرض بالتزاماته التعاقدية والمهنية ؟

(1) - المادة 31 من دستور 1989 : "الحرية الأساسية وحقوقي الإنسان والمواطن مضمونة".

- المادة 32 من دستور 1989 : " الدفاع الفرد أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية عن الحريات الفردية والجماعية مضمون".

ما هي الآليات القانونية البديلة والكفيلة بتشجيعه على مقاضاة الدائن المقرض، والمطالبة بتجسيد قواعد النظام الحمائي الذي أكد مشرعنا بعض جوانبه بقواعد عامة وخاصة؟

4. 1. 1. 1. نوعية الصعوبات التي تحول دون تحريك المقرض للدعوى القضائية

من أهم الأسباب التي قد لا تشجع المقرض على الإقدام لرفع دعوى قضائية ضد المؤسسة المقرضة وبكل حرية⁽¹⁾ نذكر:

*- العوامل النفسية وعدم معرفة الهيئة القضائية المختصة نوعيا ومحليا للنظر في طلباته.

*- تعقيد وبطء الإجراءات القانونية أو القضائية للنظر والفصل في الدعاوى.

*- عجزه عن معرفة اللغة القانونية L'ésotérisme de langage juridique فينشأ في

اعتقاد المقرض أن القضاء هو عالم مستقل تماما ولا يملك القدرات الشخصية ولا حتى المالية للإقدام على طرح نزاعه خاصة وأن الأمر يتعلق بالسكن كحاجة ضرورية لحياته وأسرته.

*- حالات الامتناع عن الحكم⁽²⁾ برفض القضاة، الفصل في العرائض المقدمة إليهم أو

إهمالهم الفصل في القضايا المهيأة، مع أن هذا يشكل إنكارا للعدالة، يستوجب إثارة مسؤولية القضاة * - تكلفة ومصاريف القضايا التي تشكل حائلا آخرًا يحول دون لجوء المقرض إلى

تحريك دعوى قضائية وممارسة حقه في اللجوء إلى القضاء رغم مجانيته .

*- أتعاب المحامين وربما الخبرة قد تحول بالإضافة للأسباب السابقة عن مقاضاة

المؤسسات المقرضة .

لمواجهة هذا الوضع، يجب أن نخلق في ذهنية المقرض ثقافة أخرى بضرورة التفكير

في أساليب أخرى، غير قضائية قد تحول دون إجحاف المقرض بفرض شروطه ومنعه من المطالبة بالفسخ أو تمديد اجل الوفاء .

للمقرض أن يسعى إلى تسوية الخلافات، الناتجة عن تنفيذ العقد، باتباع إجراءات

وآليات بديلة غير الدعوى القضائية في علاقته التعاقدية مع هيئة مالية لها إمكانيات مالية وبشرية ذات دراية بالعمليات العقارية.

(1) « Il s'agit la 'd' une liberté toute formelle dont l'exercice est entravé par le poids des réalités Le Friant de la justice » / D 1995 p 255 Ouvrage collectif Droits et libertés fondamentaux

(2) المقصود بالعرائض كل طلب يقدم إلى القاضي باعتباره مختصا بالفصل في مضمون العريضة أو الطلب ومن أمثلة ذلك الأوامر على نيل العريضة وأوامر الأداء وطلبات الحالة المدنية

4. 1. 1. 2. الآليات البديلة لمواجهة المقرض

من هذه الآليات التي ينبغي العمل على ترسيخها في قوانيننا ، كأداة بديلة للمقترض لمواجهة الطرف الثاني في العقد، و ممارسة حقه في الحماية القانونية التي يحض بها تطبيقا للقواعد العامة و الخاصة نذكر :

1- توجيه الاحتجاج لمصلحة الزبائن:

تدعيما للنظام الحمائي العام للطرف المدعن، في هذا العقد حيث تفرض مؤسسات القرض في منح القروض العقارية احتكارا قانونيا وفعليا لوجود بعض النصوص التشريعية والتنظيمية التي تركز مصالح هذا الطرف على حساب المقترض، فان أول إجراء ينبغي على المقترض القيام به لطرح انشغالاته بصدد تنفيذ هذا القرض المميز بخصائصه ، يتمثل في احتجاج في صورة تظلم يوجهه لمصلحة الزبائن التي تدرج ضمن التقسيم الإداري لكل وكالة.

خصصت البنوك التجارية في الجزائر التي، تمنح مثل هذه القروض لموظفيها القائمين بدراسة ملفات طلبات القروض العقارية ، تربصات خاصة لتلقي الزبائن ومحاولة دراسة انشغالاتهم.

ميدانيا، إن هذه المصلحة التي تشرع في التفاوض مع المقترض، لإيجاد حل ودي لانشغاله بصدد تنفيذ هذا العقد، لا تنتهي بتسوية هذا الخلاف لانعدام التوازن بين المصلحتين ولان العامل التجاري والربح يطغى على مهام مؤسسات القرض. فهي لا تبدي أي تنازل خاصة وان هذه المصلحة بموظفيها هي في خدمة المؤسسة المقرضة و منه ضرورة لجوء المقترض لسبل أخرى كالوساطة والمصالحة.

2-الوساطة والصلح:

ينبغي أن تتكفل بهذه المهمة جمعيات حماية المستهلكين فهذه الأخيرة بما لها من اثر على المستهلك يجب أيضا أن تؤثر على الطرف الثاني لهذا العقد وهو ما يجب التأكيد عليه في متن قوانيننا المنظمة لهذا العقد .

إن جمعية حماية المستهلك لما لها من استقلال عن أي نشاط مهني أو سياسي أو نقابي يمكنها ضمان و تسهيل حماية المنخرطين والدفاع عنهم ودعم إعلام المستهلك وتربيته وتوجيهه وتمثيله ومنه احترام حقوقه .

إن المقرض المهني خوفا من الآثار الإعلامية لتدخل هذه الهيئات غالبا ما يمتثل للاحتجاجات والتظلمات المقدمة من قبل هذه الجمعيات تمثيلا لمصلحة المقترضين المتضررين من الإجحاف الناشئ عند إبرام أو تنفيذ هذا العقد. لتشجيع حضور المحامين فقد صدر في فرنسا قانون بتاريخ 1998 /12/18 وسع من نطاق تقديم المساعدة القضائية لتشمل مرحلة الإجراءات الودية لتسوية الخلافات التي تنشأ بين المقرض والمقترض، Cette loi a ajoute a l'aide juridictionnelle

l'aide à l'accès au droit، [89] ص 220، [23] ص 541

يشترط للجوء للصلح كآلية بديلة من قبل المقترض وطلبه بتدخل هذه الجمعيات، موافقة طرفي النزاع، لأن هذا الإجراء غير إلزامي فهو ببساطة يهدف إلى حل الخلاف بسرعة وبصورة مجانية.

قد ينهي هذا الإجراء الخلاف، أو يؤدي إلى تقادي نشوب خلاف آخر وهو ما يستخلص من الحكم الوارد في المادة 459 ت م التي تقضي بأنه: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتقيان به نزاعا محتملا وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه" بمقتضى حكم نص المادة 461 ت م يمكن للجوء لهذه الآلية القانونية، لتسوية الخلاف الذي قد يثور بين المقرض والمقترض عند تنفيذ عقد القرض العقاري لأنه يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن حالة الأشخاص بشرط أن يكون الصلح مكتوبا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه.

وقد نظم المشرع هذه الطرق البديلة من خلال الكتاب الخامس من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من الماد 990 إلى المادة 995 (ج-ر عدد 21)

إن مثل هذا التنظيم قد لا يحقق الأهداف المرجوة في مثل هذه النزاعات موضوع هذه الدراسة، لأن التصالح في إطار هذا القانون، يكون بسعي من القضاء، مما يستدعي تحريك دعوى قضائية على النحو المبين في الماد 13 و ما يليها من القانون المذكور أعلاه، وهو ما لا يفضله كمرحلة أولية المقترض في هذا العقد الغير متوازن عقديا .

فهذا الصلح لا تتأكد فاعليته إلا بتدخل الجمعيات والهيئات المهنية كجمعية المصرفيين الجزائريين A B A التي ينبغي على كل البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر الانخراط فيها.

تحاول هذه التنظيمات المهنية فرض نوع من الانضباط في المهنة ، حفاظا على السمعة الأخلاقية التجارية للمؤسسات المصرفية في الجزائر حيث تلتزم البنوك والمؤسسات المالية باحترام توصياتها .

يتمثل هدف هذه الجمعية ، بحكم المادة 2/36 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض في تمثيل المصالح الجماعية لأعضائها لاسيما لدى السلطات العمومية وتزويد أعضائها والجمهور بالمعلومات وتحسينهم .

تدرس هذه الجمعية المسائل المتصلة بممارسة المهنة لاسيما تحسين تقنيات البنوك والقروض وتحفيز المنافسة ومحاربة العراقل التي تعترض المنافسة وإدخال تكنولوجيا جديدة وتنظيم خدمات الصالح العام وتسييرها.

كما لا تتأكد نجاعة هذه الحماية إلا بتدخل جمعيات المستهلكين لتطوير و ترقية السياسات الحمائية و قد تنبه المشرع لأهمية هذا الدور بتنظيمه لهذه الجمعيات بمقتضى أحكام المواد 21 الى 24 من القانون رقم القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (ج-ر عدد 15)

لوحظ في فرنسا تشجيع الوسائل الودية لحل الخلافات التي تنشأ بين المهنيين والمستهلكين حيث أنشأ هذا التشريع صندوقا بريديا وطنيا لتلقي تظلمات المقترضين ونص على تشكيل لجان محلية لتسوية هذه النزاعات .

إن تعدد هذه الآليات سعى من خلالها هذا التشريع لتأكيد وتجسيد حق المقترض المستهلك في الحماية القانونية، وان كان بعض رجال القانون قد استاءوا من تعددها وتداخل صلاحياتها

« Ce foisonnement est regrettable car le consommateur a du mal à trouver sa voix parmi toutes celles qui s'offre à lui »

بموجب النصوص القانونية الصادرة في 1989/12/31 و1995/02/8 أنشأت بفرنسا لجان هدفها إيجاد حلول ودية بين المقترض المدين ومؤسسة القرض في حالة الإفراط في تدنيه

بالتوصل إلى اتفاق بين المدين الذي يعيش حالة إفسار ودائنة المهني، [23] ص 541.

رغم إنشاء هذه الهيئات لتغليب الحل الودي على النزاعات القائمة بين المقرض والمقترض إلا أن التشريعات في أوروبا أكدت صراحة على حق المقترض المستهلك في اللجوء للقضاء للمطالبة بالحماية القانونية وطرح أي نزاع ينشأ بينه وبين المقرض المهني تنفيذا لعقود القرض بصورة عامة والقرض العقاري بصورة خاصة.

تأكد هذا المبدأ من خلال المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي خولت للمستهلك حق اللجوء إلى القضاء كلما كانت مصالحه محل ضرر.

ألزمت هذه الاتفاقية⁽¹⁾ الاستجابة لطلبات المقترض بصورة عادلة وعلنية في أجل معقول من قبل هيئة قضائية مستقلة وعادلة.

إن كل بند يرد في عقد القرض العقاري بهدف حرمان المقترض من حقه في اللجوء للقضاء نعتبره من قبيل الشروط التعسفية التي تعد باطلة والتي تجيز إبطال العقد وهذا لتوفير الحماية القانونية الكفيلة ، برعاية مصالح المقترض في هذا العقد الغير متوازن اقتصاديا.

يجب تقرير البطلان النسبي للعقد لصالح المقترض إذا ذكر فيه وبشكل صريح أو ضمني أي شرط من شأنه حرمان المقترض من استعمال حقوقه كالنص على أن كل نزاع ينشأ بمناسبة تنفيذ العقد يتم تسويته إجباريا و بطريق ودي.

مثل هذا الشروط هي ذات طابع تعسفي بالمعنى، الذي حدده مشرعنا بموجب المواد 03 و25 و30 من القانون 04-02 المؤرخ في 23/06/2004 المتعلق بقواعد الممارسات التجارية.

رغم دستورية حق اللجوء إلى القضاء فإن الاهتمام بتأكيد وضمان تطبيق القواعد السابقة واحترامها وتسهيل ممارستها يدفعنا للتأكيد من خلال هذه الدراسة على ضرورة النص على بعض الآليات القانونية الكفيلة بتجسيده و باحترامه والتي نذكر منها:

1-المساعدة القضائية: L'aide juridictionnelle et non judiciaire

يتكفل القضاء بتقديمها على مستوى كل محكمة في النزاعات القائمة بين المستهلك والمهني، على أن يمنح المحامون مكافئة مقابل ذلك ويترك أمر اختيارهم لشخص المدين.

نقترح الأحكام التالية لأدراجها ضمن القواعد المنظمة لإبرام وتنفيذ وتسيير عقد القرض العقاري و التي من شأنها مساعدة المقترض على مواجهة الدائن المهني المقرض:

*- يستفيد كليا أو جزئيا من المساعدة القضائية المستهلك المقترض العقاري الذي لا تكفي موارده المالية لتغطية تكاليف الدفاع عن حقوقه أمام القضاء .

*-تستفيد كذلك من المساعدة القضائية جمعيات المستهلكين التي لا تكفي مواردها لتغطية تكاليف التقاضي دفاعا عن المصالح الفردية والجماعية للمستهلكين بما فيهم المقترض العقاري.

(1) Toute personne à droit que sa cause soit entendue équitablement , publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant, et impartial établi par la loi.

* - يسري بقوة القانون مفعول المساعدة القضائية على جميع إجراءات تنفيذ الحكم لصالح المقترض سواء كان مدعياً أو مدعى عليه وتشمل كل مراحل الدعوى. هذه الاقتراحات قد تكمل ، القواعد التي حاول مشرعنا، ضبطها من خلال القانون الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش الذي مكن جمعيات حماية المستهلكين، من الاستفادة من هذا الإجراء، على حساب المستهلك، مما يضيق من نطاق السياسة الحمائية المرجوة. قضت في هذا السياق المادة 22 من هذا القانون: " بغض النظر عن أحكام المادة الأولى من الأمر رقم 57-71 المؤرخ في 5 غشت سنة 1971 و المتعلق بالمساعدة القضائية، يمكن أن تستفيد جمعيات حماية المستهلكين المعترف لها بالمنعة العمومية من المساعدة القضائية "

2- التأمين على الحماية القانونية L'assurance de protection juridique: يلتزم المؤمن في هذا النوع من التأمينات⁽¹⁾ بالتكفل بجميع مصاريف الإجراءات القضائية فيقدم كل الخدمات الضرورية ليسهل للمقترض حق اللجوء للقضاء الذي قد يصبح امراً ممكناً و بسيطاً بحكم هذه الآلية البديلة ، مقابل أقساط يدفعها المؤمن له للمؤمن.

تقاديا لكل لبس و تعسف، لابد من الفصل بين عقد تامين⁽²⁾ الحماية القانونية وعقود التأمين الأخرى التي قد يبرمها المقترض.

رغم تعديل قانون التأمينات في 20/02/2006 لم ينتبه إلى ضرورة تبني هذا الحكم وتنظيمه مما يضمن بطريقة فعالة حماية المقترض.

3- إمكانية اللجوء للقضاء الاستعجالي

إضافة إلى هذه الآليات القانونية فإن إمكانية اللجوء للقضاء الاستعجالي قد يجسد بعض مظاهر هذه الحماية على اعتبار أن الاستعجال هو الضرورة التي لا تحتل التأخير .

(1) L'assurance de protection juridique Article L 127/1 insère par la loi 89/1012 du 31/12/1989 en vigueur le 1er juillet 1990 /

« L'assurance de protection juridique est une opération d'assurance de protection juridique toute opération constituant moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue a' prendre en charge les frais de procédures ou a fournir des services découlant de couverture d'assurance en cas de différend ou de litige opposant l'assuré a' un tiers en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile , pénale , administrative ou autre contre une réclamation dont il s'agit ou obtenir réparation a l'amiable du dommage subi.

(2) Ce type d'assurance est apparu depuis quelques années et tend a se développer , _____ un assureur s'engage a' prendre en charge les frais de procédures et à fournir divers services à l'assuré
Loi du 31/12/1989 art L 127/1 à L127/7 Code des assurances.

يعتبر تقدير وجوده من عدمه مسألة واقع يستخلصها قضاة الموضوع من ظروف كل دعوى، فإن المنازعات التي قد تثور بصدد تنفيذ القرض العقاري قد تطرح أمام القضاء تطبيقاً للقواعد العامة للتقاضي وتحريك الدعاوى، المطبقة في القانون العام والتي تضمنها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

للمقترض أن يستعين بكل الإجراءات المبسطة التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كالقضاء الاستعجالي أو التصريح لدى كاتب⁽¹⁾ ضبط المحكمة المختصة محليا ونوعيا حيث قضى مشرعنا في الكتاب الثاني:الإجراءات أمام المحاكم: الباب الأول : رفع الدعوى وبالضبط في المادة 12 الفقرة الأولى على أنه : " ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله مؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط وإما بحضور المدعي أمام المحكمة .

يتولى في الحالة الأخيرة كاتب الضبط أو احد أعوان الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه انه لا يمكنه التوقيع وكأثر لهذا الإجراء يقيد كاتب الضبط الدعوى في سجل خاص حسب الترتيب لورودها مع ذكر أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة وبعد إيداع العريضة المكتوبة أو تحرير المحضر المتضمن تصريح المدعي يبلغ التكليف بالحضور للمدعي عليه أمام المحكمة ."

إن هذه الطريقة البسيطة التي قد تستجيب لمقتضيات سياسة القضاء في خدمة المتقاضين قد ألغيت في القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية في الوقت الذي لازلت تركز عليها كثير من التشريعات، كأداة إجرائية سهلة لتمكين المستهلك من عرض نزاعاته في مواجهة المهني على القضاء .

إذا كان خطأ المهني المقرض من طبيعة جزائية ينبغي تحديد الهيئة المختصة مع العلم أن القاضي الجزائي لا يحق له مدنيا، إلا الحكم بالتعويض دون بطلان أو فسخ العقد .

إذا ثبت الطابع الجزائي للمخالفة المرتكبة من قبل المقرض المهني وتسهيلا وحماية لهذا المدعي يجب منحه حق الاختيار بين القضاء الجزائي والمدني.

إذا انعدم هذا الطابع فلا يحرك المقترض دعواه إلا أمام القاضي المدني، الذي له سلطة الحكم بجبر الضرر تطبيقا لإحكام العلاقة التعاقدية.

(1) déclaration au greffe est un procédé simplifié de saisine.

في جميع الأحوال يجب احترام الإجراءات المتعلقة بقواعد الاختصاص النوعي التي هي من النظام العام لان المحاكم هي الجهات القضائية ذات الاختصاص العام وهي تفصل في جميع القضايا و تتشكل من أقسام .يوؤول الاختصاص الإقليمي للمحاكم بموجب حكم قابل للاستئناف في مواد الحجز العقاري سواء بالنسبة للإذن بالحجز أو للإجراءات التالية له ، أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها الحجز (المادة40 فقرة 7 من ق إ م إ)

إن اختصاص المحكمة النوعي *compétence rationne materiae* مرتبط أساسا بالاختصاص المحلي *compétence rationne loci* أي يتعين أن ينظر في النزاع بدائرة اختصاص تلك الجهة التي يثار أمامها النزاع بشأن عقاري،موضوع عقد القرض العقاري . على خلاف هذه القواعد العامة فان اتفاق القرض العقاري المبرم بين المقرض والمقترض الذي يمنح الاختصاص لمحاكم مقر مؤسسة القرض يجب أن يكيف على انه من قبيل الشروط التعسفية مما يفرض إبطاله.

يقع على عاتق جمعيات حماية المستهلكين و لجنة الشروط التعسفية المطالبة بإلغاء مثل هذه الشروط من نماذج اتفاقات القروض العقارية.

أما في مادة الإثبات فلا يجب أن نحمل المقترض أكثر من طاقته،فعلى الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه طبقا لأحكام القانون المدني مع مراعاة ما استحدثه مشرعنا من أحكام جديدة من خلال نص المادة 323 مكرر من التقنين المدنينم القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/07/2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975المتضمن القانون المدني ،ومسألة الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني التي تعد كإثبات بالكتابة،على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها ،تقابلها المادة 1316 قانون مدني فرنسي .

بالنظر إلى نوعية هذه النزاعات يجب العمل على تطبيق قاعدة البينة على من ادعى حماية المستهلك وتقرير على عاتق المهنيين مسألة الإثبات في عقود القرض المبرمة بينهم و بين

الخواص particuliers، [81] ص136.

إذا ما أخلت مؤسسة القرض بالتزاماتها التعاقدية سواء أكانت المخالفات المرتكبة ذات طابع مدني أو جزائي، للمقترض أساليب واليات متعددة يمكن تأكيدها بنصوص قانونية من شأنها تسهيل طرح انشغالاته حول تنفيذ عقد القرض العقاري.

تنظيم مشرنا لبعض هذه الآليات البسيطة هو جد محتشم لذا نصر على :

- ضرورة تحديد نوع المخالفات التي تسمح للمقترض بممارسة حقه في اللجوء إلى

القضاء .

-إلغاء كل شرط تعسفي يخص القواعد الإجرائية كقواعد تحديد الاختصاص الإقليمي

لمكان تواجد المؤسسات المقرضة .

-تعديل قانون التأمينات بإضافة جملة من القواعد الخاصة بتأمين الحماية القانونية

l'assurance de crédit لمصلحة المقترض.

- تدخل المحاكم المختصة لتقديم المساعدة القضائية للمقترض المهدد بالطرد من مسكنه

العائلي وكذا كفيله الشخصي، وضبط قواعد هذا الإجراء بأحكام واضحة يراعى عند وضعها توفير

الحماية الكافية للمقترض.

- إلزام مؤسسة القرض بتنفيذ العقد وبحسن نية

- إلزام المتعاقد المهني بما ورد في العقد وما هو أيضا من مستلزماته وفقا للقانون

والعرف والعدالة.

ترتب فكرة حسن النية الواجب التأكيد عليها بشأن القرض العقاري العديد من النتائج

فحسن النية التعاقدية ترتبط بها واجبات كثيرة منها:

- واجب الأمانة بين المتعاقدين والامتناع عن الغش ويمكن من خلال هذا المبدأ تقدير

السلوك الأخلاقي للمتعاقدين .

- واجب التعاون الذي يلزم المقرض بإخطار المقترض كطرف لا يتقن معرفة الجوانب

القانونية والعملية لهذا العقد، دوريا بالبيانات المبهمة الخاصة بهذا العقد كقيمة التمويل الأصلي

والتكاليف الإجمالية وقيمة ما أداه المقترض من أقساط، ومن تكاليف حتى تاريخ الإخطار وكل

التكاليف أو المصاريف التي تم خصمها من حسابه وعموما بوجوب ضرورة أخطار المقرض

للمقترض بكل شروط العقد .

عموما لأبد من تهيئة البيئة المناسبة لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها المقترض

والتغلب على قصور النظام الحمائي المعمول به حاليا.

فالعبرة ليست في وجود بعض الأحكام القانونية المتواجدة في التقنين المدني وقانون النقد و القرض و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي قصد المشرع من خلالها ضمان حماية الطرف المدعن المستهلك، إنما بتهيئة البيئة المناسبة لإنجاح هذا النظام الحمائي وتطبيقه والتعرف على العوائق التي قد تواجهه في المستقبل.

4. 1. 2. الجزء كأثر للإخلال بالقواعد الحمائية

على المقترض أن يدرك أن مطالبة مؤسسة القرض قضائيا إما لتوقيع عقوبة إسقاط حق الفوائد أو المطالبة بإبطال العقد يقتضي منه التوجه إلى الهيئة القضائية المختصة نوعيا ومحليا وأن يحرك دعواه في الآجال القانونية المناسبة.

4. 1. 1. القواعد الإجرائية لمقاضاة مؤسسات القرض

يتعين عند رفع الدعوى معرفة المحكمة المختصة التي ترجع لها الولاية في للنظر والفصل فيها .

يحدد هذا الاختصاص بمقتضى القانون فالمحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية والدعوى الاجتماعية التي تختص بها محليا. حددت المادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الاختصاص العام⁽¹⁾ للمحاكم لكونها

ذات أهلية للنظر في جميع القضايا التي يحكمها القانون العام، [80] ص 175، 153

هذا بالنسبة لقواعد الاختصاص النوعي أما المحلي فالاختصاص يعود إلى محكمة موطن المدعى عليه وفي الغالب هي محكمة تواجد العقار موضوع التمويل للبناء أو الترميم والإصلاح تطبيقا لأحكام المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والاستثناءات الواردة في هذه المادة، المعدلة بالمادة 37 من ق إ م إ .

تتقدم هذه الدعوى بمقتضى المادة 101 الفقرة الثانية ت م، المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، بمضي 05 سنوات، فيسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات.

(1) المقصود بالاختصاص، ولاية القضاء وهو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة منشورة أمام المحاكم وفقدان هذه السلطة يؤدي إلى عدم الاختصاص، - هو ولاية جهة قضائية ما للنظر قانونا في ...

تتضمن عقود القرض العقاري ، في الغالب بنودا خاصة تقضي بإسقاط أجل الوفاء إذا تخلف المدين عن تأدية استحقاقاته فتصبح واجبة الأداء بصورة فورية .

من باب الحماية واستقرار المعاملات والتقليل من النزاعات التي قد تثور بين المهنيين والمستهلكين، يحق للمقرض الاستغناء عن تنفيذ الشرط الجزائي، فيمنح المدين بدلا من تمسكه بإبطال العقد أو المطالبة القضائية بتوقيع الجزاء المدني أو الجزائي عملا بأحكام الأعراف المصرفية، لتمديد أجل القرض مع إضافة الفوائد، التي يلتزم بها المدين إلى حين العودة إلى المسار العادي للوفاء .

في حالة انعدام الاتفاق الودي بين طرفي العقد وخلو العقد من بند خاص ، يحق للقاضي منح مدة الإمهال *Délai de grâce* .

يكون منح الأجل في حالة الاستعجال، من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

لتجسيد النظام الحمائي للطرف الضعيف في العقد، لا بد من تأكيد وتوسيع السلطة التقديرية للقاضي في منح آجال للوفاء خاصة في حالتها الطرد من العمل والطلاق والمرض وغيرها من الحالات التي تراعى من قبل القاضي الذي ينظر في طلب منح مدة الإمهال بدلا من طلب الإبطال، (المادة 281 ت م)

قضى القضاء الفرنسي وفي كثير من أحكامه بأن مدة الإمهال لا تمنح في القرض العقاري الذي يمتاز بطول مدة الوفاء به وضخامة نفقاته، إلا إذا تضمن العقد على شرط فاسخ لكن محكمة النقض ولتأكيد حماية المقترض خرجت عن هذه القاعدة فنصت بأن وجود الشرط الفاسخ لا

يحول دون سلطة القاضي في منح مدة الإمهال للمقترض بدلا من إبطال العقد، [24] ص 318

للقاضي سلطة تقديرية في تحديد هذه المدة، بحسب وضع ومركز المدين وحالة تدينه.

نظرا لمركز المدين، يجوز للقضاة ومراعاة لحالته الاقتصادية، أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون إن تتجاوز هذه مدة سنة وان يوقفوا تنفيذ العقد مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

يخص هذا الأجل الدين العادي الذي يكون في الغالب قصير المدة ، وبما أن الأمر يتعلق بالقرض العقاري الذي أقصى أجل للوفاء به هو 30 سنة فإن المشرع الجزائري حماية لهذا المقترض عليه أن يسمح للقضاة بمنح مهلة للوفاء تتجاوز السنة دون المساس بالمهل التي تمنح من قبل الهيئات التي تنتظر في أمر معالجة حالة تدين المدين وتقرير الوقف القضائي.

بحكم سلطته التقديرية يحق للقاضي أن يأمر في القرض العقاري بوقف إنتاج الفوائد

عن الاستحقاقات المؤجلة وان توجه المبالغ التي يتم دفعها للوفاء بأصل القرض [23] ص 476.

يجوز للمقترض أن يلجأ لتفعيل الحكم الذي أورده المشرع في المادة 119 ت م في العقود الملزمة للجانبين، فإذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد بعد اعذرا المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع المطالبة القضائية بالتعويض في الحالتين إذا استدعى الأمر ذلك .

قد يلجا الدائن إلى الفسخ لمطالبة المدين، بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كما يستطيع المدين المقترض عن طريق الفسخ التخلص من هذه الالتزامات، إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر التزاماته يحق للمقترض إعمالا للفسخ باعتباره جزاء امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزامه أن يطالب به بشرط إخلال مؤسسة القرض بالتزاماتها.

إن عدم التنفيذ هو الانعدام الجزئي والكلي لتنفيذ الالتزام أو التأخير في التنفيذ وللمقترض أن يتمسك بفسخ العقد أما تطبيقا للشرط الفاسخ الوارد في العقد أو بالمطالبة القضائية عملا لحكم المادة 120 ت م .

قد يتضمن العقد على شرط يقضي بفسخ العقد لعدم التنفيذ، وبما أن القرض العقاري هو عقد ملزم للجانبين فقد يتضمن شرطا للفسخ الاتفاقي أو الشرط الفاسخ الصريح *Clause résolutoire* ou *pacte comissoire*

ليلحق الفسخ العقد دون حكم قضائي وحماية لمصالح المقترض، لا بد من مراعاة صحة إرادة طرفي العقد، التي ينبغي أن تكون واضحة في هذا الشأن فيجب أن لا تقتصر صياغة الشرط على تكرار أو تذكير بالقاعدة العامة.

بالإضافة إلى وجود اتفاق صريح بين المتعاقدين يقضي بفسخ العقد عند عدم تنفيذ احدهما لالتزاماته قد تتصرف إرادتهما بشكل صريح، إلى استبعاد الفسخ القضائي أي تجنب السلطة التقديرية للقاضي، فيقتصر دوره على معاينة مدى توفر الشروط التي وضعها المتعاقدان لتأكيد الفسخ وتثبيته.

يعتبر الحكم الذي يثبت الفسخ الاتفاقي حكما كاشفا له وهذا عكس ما يحصل في الفسخ

القضائي إذ يبقى العقد قائما إلى حين صدور الحكم، [21] ص 354

4. 1. 2. 2. طبيعة الجزاءات الواجبة التطبيق

فرض عقوبات مدنية وأخرى جزائية واجبة التنفيذ، على مؤسسات القرض التي لم تحترم القواعد الخاصة المنظمة لعمليات منح القرض العقاري، أصبح امرأ واجب، لتفعيل هذه السياسة الحمائية .

تكون مؤسسات القرض عرضة لعقوبات إذا لم تراعى عند منحها للقرض العقاري جملة من الإجراءات والأحكام الخاصة التي تؤكد على البعض منها فيما يلي :

كجزء مدني فإن مؤسسة القرض تفقد حقها في الفوائد سواء كانت نظامية أو اتفاقية ومن ثم لا يلزم المقرض إلا بالوفاء وتسديد أصل رأس المال موضوع القرض وفقا لجدول الاستحقاقات المتفق عليه.

لتفعيل هذه الآلية يجب أن تستند إلى نص قانوني أمر، لتمكين المقرض من مواجهة مؤسسات القرض ، لتحريك الدعوى القضائية.

لا يكون استعمال الدعوى القضائية ثابتا وقائما إلا إذا توفرت شروط معينة التي يباشر بواسطتها الطلب القضائي، يشترط في الشخص الذي يتخذ هذا الإجراء أن تكون له الصفة والمصلحة فمن يستعمل الدعوى القضائية يجب أن تكون له مصلحة ويعبر عن هذا، بأن المصلحة مناط الدعوى .

أساس المطالبة القضائية هو حق اللجوء إلى القضاء ،وهو عبارة عن رخصة مخولة للكافة، إذا استعملها المقرض ،يلتزم القاضي بالحكم بها، شرط المصلحة في استعمال الدعوى القضائية يقوم على عنصرين، أولهما الادعاء بحق يستند إلى القانون وثانيهما أن يكون الاعتداء على حق قائم ،فهو الحق المعترف به للمقرض ويشترط لممارسته مطالبة قضائية لإسقاط حق المقرض في الفوائد .

المصلحة هي الحاجة إلى الحماية القضائية فإذا اعتدى على حق المقرض أو كان حقه مهددا بالاعتداء عليه تهديدا جديا تحققت مصلحته في تحريك وقبول دعواه.

يجب النص بصريح العبارة، أن القواعد المنظمة لإبرام عقد القرض العقاري هي من النظام العام ومن ثم على المقرض المستهلك أن يرفض كل شرط يرد في العقد يكون مخالفا لنظام القرض العقاري وكذا قواعد الحماية الواجب تقريرها قانونا لصالحه.

يثبت حق المقرض في منازعة المؤسسة المقرضة والتمسك ببطلان العقد للصفة الآمرة للقاعدة القانونية التي يقصد بها حماية مصلحة عامة تتعلق بالنظام العام حتى وان تحققت تبعاً لذلك مصلحة خاصة للفرد.

سمح المشرع للمدين المقرض، بان يعدل عن العقد برد ما اقترضه والإعلان عن رغبته في إلغائه فهو الذي يملك الصفة وهو صاحب الحق محل الاعتداء.

يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من أجل تأكيد هذا الحق وحمايته، فيجوز للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه على أن يتم ذلك في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الإعلان، أما حق المقرض في الرد فلا يجوز إسقاطه أو تحديده (المادة 458 ت م)

رغم شدة هذا الحكم الذي وضع أصلاً لحماية المقرض و الذي يشكل صورة من صور الحماية فانه من الناحية العملية يحتاج إلى أحكام توضيحية و تطبيقية .

إن الجانب الميداني يعارض تماماً هذا الحكم ،الذي في الواقع لا يخدم المدين المقرض الذي بحكم هذه القاعدة ،يكون مضطراً لرد القرض وهو ما لا يسعى إليه أبداً المقرض العقاري في حاجة إلى القرض في حين أن إبقاء العقد وتوقيع عقوبات مدنية وجزائية على مؤسسات القرض يكون أفضل حماية له.

إن المقرض بحكم موضعه وحاجته إلى القرض والإذعان لشروط العقد ،لا يلجأ لتطبيق هذا الحكم الذي لا يخدم النظام الحمائي، الواجب التقرير. نرى بضرورة الاستغناء عن هذا النص بتقرير قواعد حمائية خاصة أخذت بها التشريعات الحديثة بما في ذلك حق منازعة مؤسسات القرض والمطالبة بحق إسقاط الفوائد المقررة لها كجزاء مدني.

إن المقرض وأمام شدة المنافسة يلجأ إلى أساليب متعددة لحث المقرض على إبرام عقد القرض العقاري، باللجوء إلى الحملات الدعائية و الاشهارية غير الصحيحة أو الكاذبة *Publicité trompeuse* ، أو لأساليب وحيل من شأنها ، دفع المقرض على قبول إبرام عقد القرض العقاري ، كأن يقدم إيجاباً بتاريخ غير صحيح أو أن يقبل من المقرض مبلغاً من المال على أي شكل يتم دفعه نقداً أو بصك أو برخصة اقتطاع من حسابه، و عدا منه بمنح القرض العقاري، [83] ص 125.

لتأكيد هذه الحماية لابد من النص على توقيع عقوبات اشد ذات طابع جزائي، إذا اقتطع المقرض لأي سبب كان من حساب المقرض أي مبلغ إلا ما تعلق بأتعاب ومصاريف دراسة ملف القرض العقاري.

كما يمكن له المطالبة بغرامة مالية كلما كان مضمون الإيجاب الذي يقدمه المقرض لا يتضمن البيانات الإلزامية التي يجب أن تحدد على سبيل الحصر.

إضافة إلى الغرامة المالية التي ينبغي أن تفرض على مؤسسات القرض لابد من تقرير إسقاط حقها في الفوائد بأمر من القاضي في الحدود التي يراها مناسبة إذ لابد أن يشار و بشكل واضح في الإيجاب إلى جملة من البيانات بعضها إلزامي :

* تعيين الطرفين وكذا الكفيل الشخصي.

* مبلغ القرض الممكن منحه، مبلغه الإجمالي، نسبة الفائدة وطريقة حسابه، وفهرسته.

* التأمينات مع ذكر طبيعتها و قيمتها.

* إمكانية تحويل مبلغ القرض إلى شخص آخر.

إن المنازعات التي تثور بصدد تنفيذ عقد القرض العقاري قد يكون سببها إخلال المقرض بالتزاماته التعاقدية التي يجب أن تحدد بنصوص قانونية خاصة لا بنصوص عامة كتلك كالمادة 458 ت م السابقة الذكر.

إن عدم وجود نصوص واضحة في هذا الشأن، يحول حاليا دون منازعة المقرض لمؤسسات القرض التي تخل بالقواعد العامة و الخاصة التي تنظم هذا القرض. تبقى الدعوى القضائية الوسيلة القانونية الوحيدة التي قد تستعمل لحماية حق الشخص المقرض، وهي السلطة التي يمنحها النظام القانوني للفرد لكي يطلب من القاضي أن يحكم له فيها بما يدعيه، ومع ذلك، يمكنه الرجوع إلى قواعد التنظيم الجديد للنظام البنكي الجزائري الذي فتح المجال أمام المبادرة الخاصة والذي يعتمد على قواعد السوق ، حيث تمارس السلطة النقدية مهمة الرقابة بآليات وهيئات متخصصة.

من أهم هذه الهيئات، نذكر دور اللجنة المصرفية التي حددت مهامها وصلاحياتها المادة

105 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض .

هي مكلفة بمراقبة حسن تطبيق القوانين والأنظمة التي تخضع لها البنوك والمؤسسات

المالية وبمعاينة المخالفات المثبتة التي تمت معابنتها.

"تتكون اللجنة المصرفية من قاضيين (2) ينتدبان من المحكمة العليا يختارهما الرئيس الأول لهذه المحكمة بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء.

إن هذه اللجنة وبحكم مهامها وطبيعتها تركيبتها البشرية خاصة بوجود قاضيين من المحكمة العليا. وأمام خلو تشريعنا من أحكام محددة للمخالفات التي قد ترتكبها البنوك بصددها للقروض بصورة عامة والقرض العقاري بصفة خاصة، لها وبشكل واسع سلطة معاينة المخالفات أو التصرفات التي قد تشكل خرقاً للأعراف والعادات المصرفية.

تقتضي المطالبة بتوقيع العقوبات سواء أكانت العقوبات المدنية أو الجزائية نتيجة اختراق مؤسسات القرض إما للقواعد الخاصة بالقرض العقاري التي يجب النص عليها وبشكل واضح أو القواعد العامة، المنظمة لنشاط البنوك والمؤسسات المالية، تحريك دعوى قضائية إما أمام القضاء المدني أو الجزائي، خاصة أن الدعوى القضائية هي السلطة القانونية التي تمكن صاحب الحق من الالتجاء إلى القضاء للحصول على حقه وحمايته، و بما أن الدعوى تحتاج إلى إجراءات تتخذ من

طرف من يسعى لاستعمالها حماية لحقوقه فلا بد من تقديم طلب قضائي إلى المحكمة، [80] ص 20.

يكون الادعاء إما أن من الضحية ذاتها المتضررة من هذه المخالفات أو من قبل الجمعيات والهيئات المؤهلة باعتماد خاص لحماية حقوق المستهلكين ومن ثم نؤكد عدم جدوى تطبيق حكم المادة 458 ت م السابقة الذكر.

يقصد بمنزعة مؤسسة القرض المطالبة بإسقاط الحق في الفوائد المقررة أصلاً اتفاقية كانت أو نظامية و من ثم يظل المقترض ملزماً بالوفاء بالتزاماته التعاقدية وخاصة الوفاء بأقساط القرض بحسب جدول الاستحقاق الأصلي.

إن إلزامية تنفيذ عقد القرض العقاري بعد حرمان المقرض من هذه الفوائد لا يعني التخلي عن الدفاع عن بقية حقوق المقرض لأن القواعد الحمائية التي توضع أصلاً لحماية الطرف المقرض تظل سارية المفعول.

غالباً ما تحدث مخاصمة المقرض بعد أن ينطلق المقرض في تسديد أقساط الدين ومن ثم فإن المطالبة بإسقاط الحق في الفوائد قد يعتبر من قبيل البطلان نسبي للعقد الذي يقرر لصالح المقرض.

يجب تحديد نوع الجزاء بحسب نوع المخالفة ولو اننا نرجح، الحكم بإسقاط الحق في الفوائد كعقوبة خاصة، لمخالفة المقرض لالتزاماته التعاقدية والقانونية وكعقوبة مناسبة يجب النطق بها ضد المهني دون الحكم ببطلان القرض الذي لا يخدم المقرض، [45] ص 1580.

Le législateur ferait bien de mettre un peu de l'ordre dans ces sanctions la sanction adéquate contre le professionnel prêteur est la déchéance aux intérêts et non la nullité, La cour de cassation associe nullité et déchéance du droit aux intérêts mais celle-ci n'est peut être que la conséquence de la nullité.

ينبغي على التشريع الجزائري أن يقضي بإسقاط حق المقرض في الفوائد رعاية وحماية لمصلحة المقرض بدلا من البطلان الذي لا يخدم هذا الطرف الضعيف الذي يسعى إلى الحصول على الائتمان العقاري، رغم الشروط غير الواضحة والمجحفة في بعض الأحيان فلا يراعي المقرض مسألة توضيح شروط وظروف إبرام العقد بتقديم إيجاب يتضمن كل الشروط القانونية الأساسية لصحته.

إذا لم يحترم المقرض مثل هذا الالتزام وجبت معاقبته حماية للمقرض بتحريكه للدعوى القضائية بنفسه أو من خلال جمعيات حماية المستهلكين حيث:

* يحق لجمعيات المستهلكين المصرح بها بصفة قانونية أن تمارس حقوق الطرف المدني المترتبة عن الوقائع والتصرفات الضارة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمقرضين العقاريين .

* يحق لجمعيات المستهلكين المعتمدة بصفة قانونية في حالة تعرض مجموعة من المستهلكين كل على حدة لأضرار مترتبة عن فعل نفس المهني وذات مصدر واحد أن تطالب قضائيا باسم هؤلاء المستهلكين بإصلاح الضرر إذا كانت موكلة من طرف شخصين اثنين على الأقل لهذا الغرض .

* يجب أن تعطى الوكالة كتابة من طرف كل مقرض مستهلك . و أن تشير صراحة إلى موضوعها فتخول للجمعية صلاحية وصفة القيام بكل الإجراءات القضائية بما في ذلك ممارسة طرق الطعن .

* تخضع العلاقة بين الجمعية كوكيل والمستهلكين الموكلين للقواعد العامة لعقد الوكالة

إذن ينبغي أن تكرر مقاضاة مؤسسات القرض المانحة للقرض العقاري، بقواعد قانونية

آمرة :

*كجزء مدني تفقد مؤسسة القرض حقها في الفوائد سواء كانت نظامية أو اتفاقية فلا يلزم المقترض بالوفاء إلا بأصل رأس المال موضوع القرض وفقا لجدول الاستحقاقات المتفق عليه.

*تقرير إسقاط حق المقرض في الفوائد بدلا من البطلان الذي لا يخدم المقترض

* منازعة المقرض عن طريق المطالبة القضائية.

* تأكيد و توسيع السلطة التقديرية للقاضي في منح آجال للوفاء خاصة في حالي الطرد من العمل والطلاق والمرض وغيرها من الحالات التي تراعى من قبل القاضي الذي ينظر في طلب منح مدة الإمهال بدلا من طلب الإبطال.

* الفسخ كوسيلة يلجا إليها المقترض لتخلص من التزاماته ، إذا اخل المقرض بالتزاماته.

*يتمسك المقترض بفسخ العقد أما تطبيقا للشرط الفاسخ الوارد في العقد أو بالمطالبة

القضائية التي يجب تبسيط قواعدها الموضوعية والإجرائية خدمة للمقترض المستهلك .

* الأحكام في هذا النوع من القضايا تصدر بقوة القانون، مشمولة بالتنفيذ المعجل.

4. 2. حالة التدين بين الوفاية والمعالجة في القرض العقاري

ساهمت عملية منح القروض العقارية في بلادنا إلى حد ما في إنعاش الحركة العمرانية. بواسطة هذه العملية تم تمويل الخواص سواء لاقتناء سكن أو لإتمام عمليات البناء الذاتي مقابل اكتتاب وثيقة تأمين القرض العقاري، لتغطية تأمين البناء أو السكن عن مختلف الأخطار والتأمين عن الوفاة وتأمين القرض.

يأخذ المستفيد من القرض على عاتقه أقساط التأمين وأتعاب الدين وعمولات التسيير ومصاريف الخبرة ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، ولعل أكبر ضمان يقدمه المقترض بمجرد منح القرض العقاري هو رهن العقار لصالح مؤسسات القرض موضوع التمويل.

تتشرط مؤسسات القرض هذا النوع من التأمينات لتضمن المخاطر الائتمانية التي قد تتعرض لها بالتنفيذ على هذا العقار وقد تستغرق عملية الحجز⁽¹⁾ وبيع العقار العائد للمقترض المتأخر عن التسديد وقتا طويلا.

(1) الفصل الخامس في الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية المشهورة من المواد 721 إلى 728 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

طيلة فترة إتمام هذه الإجراءات القضائية تسجل فوائد أكثر على المقترض و خسارة للمؤسسة القرض، لذلك تسعى مؤسسات القرض في حالة العجز أو التأخير عن الوفاء بإعادة جدولة القروض الممنوحة وإعطاء فترة إمهال للتسديد على أمل أن يقوم المدين المقترض بالوفاء بالتزاماته.

كما قد يتعرض المدين لأوضاع مالية صعبة ،مردها أسباب شخصية أو صحية أو اقتصادية كفقده لمصب العمل أو تسريحه، كما أن التطور والتحسن الملاحظ نتيجة الحملات الإشهار والإعلام قد يضطره إلى التدين لاقتناء حاجيات أخرى أصبحت من الضروريات كالمواد الاستهلاكية.

حاولت التشريعات الحديثة تنظيم ما قد يتعرض له المدين من وضع مالي صعب للأسباب السابقة ، بأحكام صارمة حماية لهذا الطرف الذي قد يعيش حالة استئانة أو تدين مفرطة مضرة بالأسر والاقتصاد الوطني معا.

خطت بعض التشريعات مؤخرا خطوات هامة بتنظيم هذه المسألة بقواعد تشريعية صارمة مدعمة بأحكام قضائية، وبتقرير نظام يقارب نظام الإعسار المدني وإعادة الاعتبار الشخصي للمدين.

بدا لنا من الأهمية بمكان دراسة هذه الأحكام والبحث في آخر المستجدات المتعلقة بها، محاولة لإثراء أحكام القانون الجزائري خاصة تلك المتعلقة بتنظيم وتسير القرض العقاري وهي أحكام سيكون قضائتا حتما في حاجة إليها أمام اتساع دائرة لجوء الخواص المواطنين للقروض الاستهلاكية لاقتناء السكن أولاً، بالإضافة إلى اقتناء ضروريات أخرى لإشباع حاجات تكميلية.

قد يصل المدين أمام درجة التدين هذه إلى حد حالة الإعسار ذلك أن مجموع هذه الديون قد يتراكم فتصبح مع الزمن تفوق قدرته على الوفاء وهو ما يعبر عنه بحالة التدين أو وضعية المديونية المفرطة للخواص *Le surendettement des particuliers* التي أصبحت مشكلا حقيقيا، إن الذي يعاني من مثل هذه الحالة ينتمي إلى مستويات اجتماعية بسيطة، غير قادر على مواجهة الوفاء

المطلوب منه، [84] ص 541 و 780

يوجه المقترض أكبر قسط من أجره للوفاء بهذه الديون وتوابعها، وتزيد نسبة التدين التي تتضخم بفعل الجزاءات الاتفاقية كنوع من الجزاءات التهديدية المتفق عليها ، التي تشكل فعلا عقوبات اتفاقية منصوص عليها *Des sanctions stipulées* .

لهذا نتساءل كيف يمكن الوقاية من حالة التدين المفرطة و ما هي طبيعة ونوع آليات معالجتها؟.

4. 2. 1. الوقاية من حالة التدين

جميع المؤشرات المقدمة من الهيئات المختصة تدل على عدم كفاية المبادرات المتخذة من قبل الحكومة لمعالجة الطلب على الإسكان الحالي و المتوقع .
لوفاء باحتياجات المواطنين في السكن الذي يعتبر من الحاجات الأساسية للإنسان، بل ومن حقوقه الأساسية ، تعين اتخاذ إجراءات أخرى وإطلاق مبادرات جديدة تكفل تطوير قطاع الحقل العقاري وتنميته على نحو مستدام.
تدخل القطاع المالي بتطوير آليات الاستجابة للطلب المتنامي على القروض العقارية ومنه تحركت البنوك والمؤسسات المالية بشكل مدروس لتقليص مخاطر القروض الشخصية ومنها القروض العقارية بالانطلاق من شبكة المعلومات الائتمانية لتخفيض نسبة القروض المتعثرة .
ما هي الآليات القانونية الكفيلة لتفادي حالة تدين المقترض في القرض العقاري ؟
ما موقف المشرع الجزائري من هذه القواعد التي قد ترتب أثارا قانونية على عاتق كل المتدخلين في هذه العملية وخاصة المقترضين منهم ؟
إن معالجة حالة التدين هي من الأمور، الصعبة من الناحيتين القانونية والاجتماعية ولذا يستحسن تجنبها بقدر الإمكان من خلال إعطاء الأهمية لمرحلة الوقاية أولا قبل المعالجة .

4. 2. 1. منح المقترض مهلة التفكير

يعد النص على هذا الحكم الخاص بمنح المدين المقترض أجلا للتفكير تحت طائلة توقيع عقوبات مدنية وأخرى جزائية على المؤسسة المقرضة ، أمرا مهما لضمان حسن تنفيذ هذا العقد المتميز بخصائصه المتعلقة، بقيمة القرض وأجال الوفاء.
يجب التأكيد على أن الإيجاب المقدم من قبل المقرض بشكل جازم لا بد أن يتضمن كل البيانات المتعلقة بهذا القرض ، فالعبرة بالإرادة القطعية للموجب في إبرام العقد وإنجازه، و لحماية المقترض ينبغي أيضا أن يكون مقترنا بأجل مسمى يحسب من وقت علم الموجب له.
يتضمن هذا الإيجاب أجلا للقبول، يكون ملزما ولا يحق للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم ينقضي الأجل المحدد، تقضي المادة 63 ت.م: " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل...."

يترتب على هذا الالتزام انعقاد العقد إذا صدر قبول المقترض في الموعد المحدد قانونا على أن يحتوي الإيجاب الذي يمنح فيه أجلا للتفكير، جملة من المسائل الرئيسية في المعاملة. إن المدة التي ينبغي احترامها تحت طائلة توقيع عقوبات على عاتق المقرض في القرض العقاري يجب أن تكون معقولة ليتمكن المقترض من التفكير في خطورة آثار هذا العقد والتمتع في الإمكانية والقدرة على رده و الالتزام بالوفاء. إطالة هذه المدة من شأنها أن تساهم في حسن تفكير المقترض ومن ثم تجنب حالة التدين و التأكد من مخرج للدين. نادرا ما يرفض المقدم له الإيجاب المتعلق بالقرض العقاري هذا العرض، لأهمية السكن للمواطنين خاصة ذوي الدخل المتوسط منهم . على المشرع والجمعيات المكلفة بحماية المستهلكين ،التدخل بشكل حازم لخلق ثقافة لدى المواطنين من شأنها حثهم على ضرورة التفكير قبل الإقدام على إبرام هذا العقد وكذلك إلزام مؤسسات القرض بالتأكد في اتفاق القرض، على هذه المهلة،[75]ص251.

تشكل مهلة التفكير التي تمنح للمقترض، حماية من نوع خاص تثار من قبل الشخص المستفيد من هذه الحماية، وإن اختراق هذه القاعدة يرتب البطالان النسبي للعقد لصالح الطرف المقترض وهو حق يتقادم بتطبيق للقواعد العامة،[78]ص163

نعتبر هذه القاعدة من النظام العام، وهي واجبة الاحترام تحت طائلة توقيع العقاب ،فيمنع على المتعاقدين مخالفة هذا الحكم الذي يعد من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفة حكمها. من المؤكد أن هذه المهلة تجعل المقترض يفكر بتأني في اتخاذ قرار الموافقة وتوقيع العقد الذي يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة، تبرر إرادته الجادة في انصرافها، لأحداث الآثار القانونية المترتبة عن هذا العقد ومن ثم تحمل واجب تنفيذه ، جبرا إذا اقتضى الحال ذلك.

لأهمية هذا العنصر في صحة إبرام عقد القرض العقاري والوقاية من حالة التدين التي يصعب في الغالب معالجتها وما يترتب على الإخلال بهذا الأجل من آثار بالنسبة لطرفي العقد فان مهلة التفكير تعد وسيلة وقائية يجب أن تكون موضوع اهتمام القضاة وهو ما برز بشكل واضح

في كثير من الأحكام القضائية أصدرتها محكمة النقض الفرنسية،[68]ص1580

- Cass. civ. 1er 9/12/1997 Madame Savoie contre banque SOVAC immobilier
- Cass. 1er civ. 20/06/2000 SA Crédit LYONNAIS contre époux saint ADAM
- Cass. 1er civ. 27/2/2001 Launey contre Cie Européenne d'opérations immobilières
- Cass. 1er civ. 29/10/2002 époux N diogou contre Crédit Foncier de France.

4. 2. 1. 2. مركزية مخاطر العائلات: C R M Centrale des Risques Ménages

يستطيع بنك الجزائر كهيئة تتمثل مهمتها الأساسية في ميادين النقد والقرض والصرف في توفير أفضل الشروط والحفاظ على نمو سريع للاقتصاد و السهر على الاستقرار الداخلي والخارجي للنقد تفادي حالة تدين الخواص .

ينظم بنك الجزائر ويسير مصلحة لمركزة المخاطر، تدعى مركزية المخاطر Centrale des risques تكلف بجمع أسماء المستفيدين من القروض، وطبيعة القروض الممنوحة وسقفها والمبالغ المسحوبة والضمانات المقدمة لكل قرض.

من كل البيانات التي ترد إليها ، من جميع البنوك والمؤسسات المالية، تنشأ شبكة للمعلومات الائتمانية لجميع المقترضين .

تتخرط في مركزية المخاطر البنوك والمؤسسات المالية و تزود هذه المصلحة إلزاميا ، بكل المعلومات المتعلقة بالقروض.

الملاحظ أن هذه المركزية التي يسيرها بنك الجزائر تنظم فقط العمليات المتعلقة بالقروض التجارية أما القروض الممنوحة للخواص أو الأسر لا يتولى الإشراف عليها حاليا بنك الجزائر بل تسييرها شركة آلية الصفقات بين البنوك والنقد **SATIM**: société d'automatisation de transactions interbancaires et de monétique لم تتطلق بعد هذه المصلحة بصورة فعلية في تجميع وإحصاء المعلومات المتعلقة بالقروض الممنوحة للخواص بما فيها القروض العقارية.

لقد اعتبرت بعض البنوك في الجزائر عدم الانطلاق الفعلي و عدم فاعلية هذه المصلحة سببا في تردها على منح القروض العقارية ومن ثم تفادي حالات التدين، التي قد تصبح شبعا يهدد في المستقبل القريب كثير من الأسر في بلادنا ، ومنه الاستقرار الاجتماعي وحتى الاقتصادي.

نؤكد على ضرورة انطلاق هذه المصلحة بصورة فعلية تحت وصاية بنك الجزائر ، الكفيل كهيئة نقدية بإلزام البنوك والمؤسسات المالية بتقديم المعلومات اللازمة لإنشاء الفهرس الوطني المتعلق بعوارض الوفاء وهو الأسلوب الذي من شأنه الحيلولة دون الوقوع في حالات تدين

بالإضافة إلى هذه الآليات التقنية ومن باب الوقاية من حالة التدين، يجب تقرير المسؤولية المدنية لمؤسسات القرض التي تقدم على منح القروض العقارية في الوقت الذي يكون فيه المقترض يعاني من حالة تدين بارزة تظهر من تسجيل العوارض الخاصة بالوفاء التي يتم الإعلان عنها من قبل مصلحة مركزية مخاطر الخواص .

إن عدم تبصر مؤسسات القرض بالتأكد من وجود أو عدم تواجد اسم المدين ضمن قائمة حالات عوارض الدفع يشكل خطأ يتطلب الإصلاح لأن قرار منح القرض العقاري يركز على شخص المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه.

إن الموقف الذي كان للقضاء في فرنسا والذي عرف تطورا ونشاطا ملحوظين في مواجهة مؤسسات القرض والحكم بمسؤوليتها المدنية ، سببا من أسباب تبصر مؤسسات القرض

عند منحها للقروض بصورة عامة والقروض العقارية بصورة خاصة، [23] ص 567

التدابير السابقة التي يجب إدراجها ضمن نصوص قانونية، تشكل آلية فعالة للتقليل من حالات تدين الخواص مما يستوجب تدخل المشرع بأحكام قانونية أمره لمواجهة هذه الحالة ومنع عمليات الإشهار لبعض القروض وإسقاط حق المقرضين غير المتبصرين من الفوائد المتولدة عن هذه القروض.

4. 2. 1. 3. وسطاء التمويل والوقاية من حالة الاستدانة

نظمت بعض التشريعات نشاط وسطاء التمويل العقاري و يعد وسيطا من يقترح خدمات ليس للمقرض إنما للمدين.

إن المدين الذي يعاني من حالة التدين المفرطة يصبح غير قادر على الوفاء بمستحقاته فيبحث عن كل السبل للحصول على أجل للوفاء.

تنبه بعض الوسطاء في فرنسا مثلا للدور الذي قد يلعبونه في مثل هذا الوضع ،فاقتروا للمدين مقابل أجر إمكانية التفاوض مع مؤسسات القرض إما لتخفيض مبلغ الدين أو الحصول على قرض آخر من مؤسسات مالية أخرى، يوجه لتسديد الدين الأصلي فأنشئوا ما يسمى بشركة تسيير الديون société de gestion des dettes.

إن تدخل هذه الشركات قد زاد من خطورة الوضعية المالية لبعض المدينين فوجهت لهذه المؤسسات انتقادات كبيرة دفعت بالمشرع بفرنسا إلى النص صراحة بموجب قواعد أمره تضمنها

القانون الصادر في 11/10/1985، الذي أدمجت أحكامه في قانون الاستهلاك⁽¹⁾ إلى إبطال كل وساطة مقابل أجر لوضع جدول استحقاق جديد أو الحصول على أجل مع إخضاع هذا الوسيط لعقوبات جزائية عند تلقيه اجرا مقابل هذه العمليات.

لقد حاول التشريع في فرنسا حماية المقترض من جشع بعض الوسطاء فأصدر قانونا اخر بتاريخ 11/12/2001 يلزم في كل إشهار يصدر عن هؤلاء الوسطاء الذين يقترحون خدمات للحصول على قروض من مؤسسات القرض أن يذكر فيه تحت طائلة توقيع العقاب الجزائي أن الأجر لا يقدم إلا بعد الحصول على القرض وكذا ذكر هوية المؤسسة المقرضة التي يتم التوسط لديها.

نظم كذلك التشريع المصري تدخل وسطاء التمويل العقاري ونظمت اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري المصري رقم 148 لسنة 2001 عمل وسطاء التمويل العقاري في المواد 9 إلى غاية المادة 52.

وسيط التمويل وفق التشريع المصري، هو شخص يقوم بدور المرشد للمقترض حينما يرغب في إبرام اتفاق التمويل فهو الذي يحدد قيمة التمويل المناسب للإمكانيات المالية للمقترض كما يمكنه من الاطلاع على الشروط الأساسية لاتفاق التمويل ويوضح له مميزات ومخاطر هذا الاتفاق، يتقاضى الوسيط اجرا أو عمولة ممن فوضه في السعي لإبرام العقد.

ينبغي على المشرع الجزائري إن ينظم هذا النوع من المهن التي قد تساهم في تجسيد

حماية المقترض العقاري قليل إن لم نقل عديم الخبرة والمعرفة بالشأن العقاري، [90] ص 57،

[16] ص 46

(1) *Art L 321/1 Loi No 2001-1168 du 11/12/2001

« Est nulle de plein droit toute convention par laquelle un intermédiaire se charge ou se propose moyennant rémunération :

- Soit d'examiner la situation d'un débiteur en vue de l'établissement d'un plan de remboursement
-Soit de rechercher pour le compte d'un débiteur l'obtention de délais de paiement ou d'une remise de dette .
-Soit d'intervenir sur le compte du débiteur sous quelque forme que ce soit pour les besoins de la procédure de surendettement.

*Art L 321/2 Loi No 2001-1168

« Toute publicité diffusée par ou pour le compte d'une personne physique ou morale qui apporte son concours a quelque titre que ce soit et de quelque manière que ce soit ,directement ou indirectement ,a l'obtention d'un ou plusieurs prêts d'argents par un particulier doit comporter, de manière apparente ,la mention suivante :

- Aucun versement de quelque nature que ce soit ne peut être exigé d'un particulier ,avant l'obtention d'un ou plusieurs prêts d'argent.

إن تنظيم هذه الخدمة بنصوص أمرية يقتضي تحديد التزامات هؤلاء الوسطاء وخاصة نطاق مسؤوليتهم المدنية وكذا الجزائية .

4. 2. 2. طرق معالجة حالة التدين

في حالة الإعسار ، يكون الشخص في ضيق وشدة وصعوبة مالية لا تمكنه من سداد دينه ومعناه ضد اليسر الذي هو ، عبارة عن راحة مالية وسهول .

تعنى معالجة حالة التدين المفرطة للمقترض محاولة منحه أجلا للوفاء أو إبراء ذمته من

الدين منعا من إعساره ومن ثم إعادة تصحيح ذمته المالية، [85] ص 31

تعد حماية المدين ضرورة في نظر المشرع وليس هذا معناه إهمال مصالح مؤسسات القرض التي تحمي هي الأخرى بصورة استطرادية أو احتياطية، فلا بد أن يعمل مشرعنا على اعتبار، المدين المقترض ، أهلا للحماية القانونية بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين في القرض العقاري.

لقد كان للسيدة نيرترت NEIERTZ كاتبة الدولة المكلفة في فرنسا بالاستهلاك الفضل في تنظيم الإطار القانوني لمعالجة حالات التدين المفرطة للخواص التي نظمت بموجب قانون الصادر في 31-12-1989.

وضع قانون SCRIVENER رقم 79-565 المؤرخ في 15/07/1979 الذي أدمجت أحكامه في قانون الاستهلاك الفرنسي لحماية المقترض المستهلك من مخاطر القروض العقارية فتناول هذا القانون القواعد المنظمة لعمليات الإشهار والإعلام ومن ثم حماية المقترض المترشح

للحصول على قرض عقاري تفاديا للتدين المفرط للخواص ، [23] ص 568

Le mot particulier a été préféré au mot consommateur dont il est proche «il désigne ici toute personne qui se trouve surendetté pour des dettes non professionnelles. »

منح التشريع الفرنسي من خلال هذه النصوص للمدين الخيار بالنسبة لإجراءات معالجة هذا التدين باللجوء إلى إجراء التسوية الودية أمام لجان غير قضائية أو التسوية القضائية المدنية التي يشرف عليها قاض التنفيذ، مع إمكانية تطبيق إجراء إعادة الاعتبار الشخصي الذي يشكل أهم "المنتجات" التشريعية في فرنسا قصد حماية المدين الذي يعاني من حالة تدين مفرطة.

جاء هذا الإجراء الأخير لتكملة الإجراء الكلاسيكي الأول الخاص بمعالجة تدين

الأشخاص على أمل مساعدة المدين على تجاوز الآثار التي قد تترتب عن هذه الحالة.

بالإضافة إلى هذا الإجراء الذي يقارب إجراء الإفلاس المدني يمكن أن يكون المدين محل تسوية قضائية و يمكن محو ديونه بصورة نهائية .

لاحظ بعض رجال القانون في فرنسا أن ازدواجية الإجراءات المقررة بمقتضى قانون 1989 قد أدى تطبيقها إلى إظهار كثير من السلبيات ، فلم يفهم كثير من الخواص الذين يعانون حالة التدين الإجراءات الواجبة الإلتباع، مما أدى إلى تراكم القضايا على المحاكم وبالتالي إطالة آجال النظر في مثل هذه القضايا و الفصل فيها.

لتبسيط الإجراءات أحدث التشريع الفرنسي ، تعديلات خاصة بالموضوع ، فأصدر في 1995/02/8 القانون المعدل للمادة 1331/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي وهذا إلى حين صدور مشروع قانون BORLOO المصادق عليه في 2003/08/1، المتعلق بإعادة الاعتبار الشخصي أو إجراء الحظ الثاني *Procédure de la deuxième chance*.

بموجب هذا التعديل اعتمد الإجراء الغير قضائي الذي يتم أمام لجنة تدين الخواص ، و لا يلجأ إلى القضاء إلا لمراقبة صحة تطبيق هذه الإجراءات.

رغم هذه النصوص القانونية التي وضعت أصلا لحماية المقترض إلا أنه أمام حملات الترويج الإعلامية وحرية الأشخاص في الاقتراض، والحاجة إلى السكن كضرورة اجتماعية زادت نسبة مديونية الأفراد .

إن الأوضاع الاقتصادية المتدنية ونسبة البطالة وثبات الأجور والرواتب وارتفاع أسعار السلع جعلت بعض المقترضين، يعيشون حالة صعبة تأزمت بالحصول على ديون أخرى .

استدعت حرية التجارة والمنافسة بين البنوك توفير حماية أوسع لهؤلاء المقترضين خاصة وأن سكناتهم العائلية هي موضوع رهن عقاري لصالح المؤسسات المقرضة وهي من الأسباب التي كانت دافعا إلى إصدار قانون أخر بفرنسا خاص بمكافحة الطرد، *Loi du 29/07/1998 relative à la lutte contre les exclusions.*

تعد دراسة وتحليل هذه الأحكام بشي من التفصيل في نظرنا،مسألة هامة من شأنها إثراء ولو جزئيا القانون الخاص بنظام الإقراض العقاري في الجزائر وتفاذي معاناة المقترضين لحالة التدين التي قد تؤثر سلبا مع الزمن على الأسر.

4. 2. 1. شروط قبول طلبات معالجة حالة التدين

مبدئياً نقترح أن تنشأ بالمجلس الوطني للاستهلاك لجنة تسمى بلجنة المديونية المفرطة

يناط بها:

1. معالجة وضعية المدينين حسني النية الذين يستحيل عليهم مواجهة مجموع ديونهم

غير المهنية المستحقة أو المؤجلة

2. اقتراح التدابير الواجب اتخاذها في هذا المجال لحماية المستهلك المقترض .

3. التوفيق بين الأطراف من اجل الاتفاق على وضع خطة للتسوية بين المدين ودائنيه

كتأجيل أو جدولة الديون أو الإبراء منها أو تخفيضها أو إلغاء سعر الفائدة أو إنشاء

ضمانات أو تعويضها بضمانات أخرى .

ينبغي أن تكون تشكيلة هذه اللجنة متميزة بنوعية تركيبتها البشرية وأن يكون أعضاؤها

من ذوي المعرفة بالمسائل المالية والاقتصادية.

تضم هذه اللجنة 9 أعضاء ، يكون رئيسها ممثلاً لوزارة المالية ونائب رئيسها ممثلاً

للخزينة العامة أما بقية الأعضاء فيمثلون مصالح الضرائب، بنك الجزائر وجمعية البنوك

والمصاريف وجمعيات حماية المستهلكين ، كما يمكن أن يعين هؤلاء الأعضاء نوابا عنهم، لهم خبرة

في مجال الاقتصاد الاجتماعي والعائلي و في المسائل القانونية، بصوت استشاري دائم عند دراسة

الطلبات الموجهة لهذه اللجنة.

يلتزم هؤلاء الأعضاء بواجب السر المهني عند دراسة هذه الملفات ومعالجتها وتتعلق

هذه اللجنة في مهامها من تاريخ تلقي الطلبات المقدمة كما يجب أن يمنح لهذه الهيئة غير القضائية

أجلاً معيناً⁽¹⁾ بنص قانوني صريح لدراسة الملف وتوجيهه.

نلخص مهام هذه اللجنة في معالجة حالة تدين الأشخاص الطبيعية وحالة تقديم كفالة

شخصية وتضامنية للوفاء بهذه القروض في ما يلي:

-تتعلق هذه اللجنة في إعداد تقرير عن حالة مديونية هذا المقترض الذي يلتزم بالتصريح

بماله وما عليه من ديون أي أصول وخصوم ذمته المالية، فإذا تبين للجنة أن الوفاء بدين أو ديون

مرتبط بضمان شخصي تتكفل اللجنة بإخطار الكفيل عن افتتاح هذا الإجراء ولهذا الأخير أن يقدم

ملاحظاته كتابة .

(1) حدد المشرع الفرنسي هذا الأجل بـ 06 أشهر من تاريخ إيداع الملف.

-يخطر المدين بقبول طلبه و يستدعى لسماعه كما يحق لهذه اللجنة السماع لكل شخص ترى في الاستماع إليه أمرا ضروريا، لدراسة وتوجيه الطلب بشرط أن يكون تدخل هذا الأخير بصورة مجانية.

-على هذه اللجنة أن تخطر المقرض بعد تصريح المدين، بمجموع خصومه مع تمكين هؤلاء بتقديم معارضتهم كتعقيب على تصريحات المدين المتعلقة بأصل الدين وتوابعه فتتلقى اللجنة ملاحظاتهم، ومبرراتهم، التي تثبت بمقتضى سندات دين .

يجب أن تراعي اللجنة في حالة عدم اعتراض الدائنين على المعلومات التي أدلى بها المدين أمر تأكيد دعوة المقرض للدائنين مرة ثانية .

لتفعيل دور هذه اللجان يجب أن يخص المشرع هذه الهيئات الغير قضائية بالصلاحيات المطلقة للتحري عن صدق المعلومات المتعلقة بحالة مديونية هذا المقرض، فلها أن تتقدم بطلب هذه المعلومات من المصالح العامة ومؤسسات القرض ومؤسسة الضمان الاجتماعي ومركزية المخاطر ولها إمكانية جمع كل المعلومات التي من شأنها منح هذه الهيئة معلومات دقيقة حول الوضعية المالية للمدين وكذا تطور إجراءات التسوية الودية الجارية Demande de renseignements

-إذا أثبت التحقيق موضوع الطلب أن المدين يعاني فعلا حالة تدين شديدة حق للهيئة بعد استدعاء المدين وحصولها على موافقته أن تلتزم تدخل القاضي لافنتاح إجراء إعادة الاعتبار الشخصي للمدين.

عدم رد المدين على طلب الهيئة، يعني رفضه لهذا الإجراء ومع ذلك لهذه الهيئة إعادة الاتصال به لدراسة الملف ثانية.

من باب السرعة قد يختص قاضي الأمور الاستعجالية بالنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات هذه اللجنة، فيما يخص قبول وتوجيه الملفات.

-يخطر المدين بعناصر جدول الخصوم الذي تم إعداده ويحق له الاعتراض على هذا الجدول خلال أجل معين فيطلب من اللجنة التماس تدخل القاضي للتحقق من مصداقية سندات الدين والمبالغ المطالب بها مع ذكر و على وجه التحديد الديون محل المعارضة ومبررات هذا الطلب.

يتولى القاضي طبقا للقواعد العامة مسالة التأكد من الوجود الفعلي للديون في ذمة المدين والتأكد من حلول أجلها ومن أسباب البطلان أو الانقضاء ويعرف ذلك بتحقيق الديون.

- بعد انقضاء هذا الأجل الذي ينبغي أن يحدد بنص قانوني يفقد المدين حق تقديم طلب

تحقيق الديون.

- من واجب اللجنة أن تذكر المدين بهذا الأجل حتى في حالة عدم تقديمه لهذا الطلب كما يحق لها ولذات الأسباب طلب تدخل القاضي.

ينطلق نشاط هذه اللجان ابتداء من تاريخ تلقي الطلب المقدم من قبل المدين الحسن النية الذي عجز وبشكل بارز وظاهر عن الوفاء بديونه الحالة أو إلى لم يحن أجلها بعد.
يشترط لقبول الطلب:

- 1- أن يكون المدين شخصا طبيعيا
 - 2- أن تكون الديون التي يعاني بسببها من حالة التدين قد ترتبت عن قروض عقارية بالدرجة الأولى مع إمكانية إضافة بقية القروض الاستهلاكية عموما .
 - 3- أن يكون المقترض حسن النية.
- وسنحاول فيما يلي شرح هذين الشرطين الأخيرين لما يثيرانه من إشكالات قانونية.

أولا: حالة التدين

ليس لحالة التدين تعريفا حسابيا إنما تعبر عن الوضعية الشخصية والعائلية والمهنية والمالية للمدين، ويقع على عاتق أعضاء اللجنة البحث عما إذا كان المدين يعاني فعلا من عجز طاهر للوفاء بديونه غير المهنية.

تقدم اللجنة على إجراء مقارنة بين أصول وخصوم المدين. إن إعداد جدول الأصول، يشكل إجراء ضروريا لوضع مخطط التقويم Le plan conventionnel de redressement أو الإصلاح فيجب أن يكون المدين في حالة عجز مالي يجعله لا يملك الوسائل التي تمكنه من مواجهة ديونه المستحقة حالا ومستقبلا ولهذه اللجنة إمكانية طلب تدخل القاضي القائم على إشكالات التنفيذ لإجراء التحقيق في مختلف القروض بمعية المدين المقترض.

يحق للمدين معارضة جدول الخصوم الذي اعتمده لجنة التدين فيطلب بشكل خاص تدخل قاض الأمور الاستعجالية في أجل من تاريخ التبليغ الذي تقوم به اللجنة . ينصب الطلب على ضرورة التحقيق في مجمل الديون التي هي في ذمة المدين وعلى هذا الأخير أن يحدد الديون التي هي محل معارضة وأسباب هذه المعارضة .

-إن حالة التدين المفرطة تشبه إلى حد بعيد حالة التوقف عن الدفع بالمفهوم التجاري دون أن تختلط بها ومن المؤكد أن حالة التدين تؤدي بالضرورة إلى التوقف عن الدفع.

إن التوقف عن الدفع في مجال الإفلاس يختلف عن الإعسار أو عدم الملاءة الذي يعني أن أصول الشخص لا تكفي لمواجهة خصومه ومع ذلك قد يستمر بطريق أو بآخر في سداد

ديونه، أما التوقف عن الدفع فيعني العجز عن الوفاء بالديون بغض النظر عن حالة الإعسار، فقد تفوق أصول التاجر خصومه لكنها أصول ثابتة، يعجز عن تسيلها لمواجهة ديونه النقدية فيكون

التاجر متوقفا عن الدفع بالرغم من عدم اعتباره معسرا، [86] ص 690

إذن قد يعاني الشخص من حالة التدين قبل أن يتوقف عن الوفاء بديونه في حين أن الذي يتوقف على الوفاء لا يعيش بالضرورة حالة تدين.

إن حالة التدين المفرطة تختلط بمصطلح عدم الملاءة فعدم الملاءة هو الوضع المالي للشخص الذي تفوق خصومه أصوله فيصبح مركزه المالي ميئوس منه.

هذا الخلط لاحظناه في التشريع الفرنسي باستعمال لفظ عدم الملاءة L'insolvabilité

بمعنى حالة التدين المفرطة أو الخطيرة surendettement aggravé.

إن عدم الملاءة تقدر بصورة فورية. في حين أن حالة التدين تتعلق بالوضع المالية

المستقبلية للمدين.

يراعى تقدير حالة التدين ليس فقط الديون الحالية ولكن أيضا الديون التي ستستحق

فيرتكز تقديرها على المداخل الحالية والمتوقعة كما يجب أن يكون الدين محققا وخاليا من كل نزاع ومعين المقدر ومستحق الأداء.

لابد من ثبوت المديونية وقيامها بصفة فعلية بحيث لا يثور بشأنها نزاع جدي، ذلك أن

النزاع الجدي يبرر امتناع المدين عن الوفاء إلى أن يرفع القضاء التجهيل الذي يلحق بالمراكز القانونية.

عند إعداد أصول وخصوم المدين ينبغي التركيز خاصة على القيمة السوقية لعقارات

المدين بما فيها السكن الرئيسي. [84] ص 211، 710، 256

إذا كانت المقارنة الإجمالية للمداخل بالنسبة للديون تبرز حالة تدين المدين الطاهرة وإذا

كان يكفي دينا واحدا لخلق حالة التدين، ففي الغالب تنشأ هذه الحالة عن تراكم هذه الديون.

يجب الاهتمام أكثر بالقيمة السوقية التجارية للعقار La valeur venale باعتبارها من

المداخل المتوقعة التي تنجم عن عملية البيع والتي يجب أن تبقى بعد البيع الإجباري، حدا أدنى من

الأموال لمواجهة المصارف اليومية الضرورية للمدين. Un reste à vivre au minimum vital.

أي كان مصدر التدابير ينبغي أن يبقى لهذا الأخير الموارد الضرورية لمواجهة المصاريف اليومية وأن هذه المسألة تعتبر مسألة موضوع يخضع القاضي فيها لرقابة المحكمة العليا.

أما عن آثار تعديل شروط تنفيذ القرض بفعل مخطط التقويم الذي يتم وضعه لصالح المدين من قبل اللجنة فنؤكد انه إذا تقدم المدين بطلب لمعالجة حالة تدينه ثم عارض مبلغ الدين الذي صرحت به مؤسسة القرض الذي منحته قرضاً عقارياً منذ سنوات، حق له أن يتمسك بالتعديلات التي لحقت بشروط العقد في مخطط التقويم الذي تقرر لصالحه والتي لم يسبقها إيجاباً مطابقاً للقواعد القانونية السابقة التفصيل المنظمة لصحة عملية منح القرض العقاري .

إذا كان الأمر، يتعلق بتعديلات شروط العقد نتيجة تدابير معالجة حالة التدين أكدت محكمة النقض الفرنسية، أنه فلا مجال لتوقيع الجزاء الخاص بإسقاط حق الدائن في الفوائد.

من ناحية أخرى انه ومنذ صدور قانون 1999/06/25 الخاص بالادخار و الأمان المالي بفرنسا Loi relative a l'épargne et la securité financiere فان قضية إعادة التفاوض في شروط عقد القرض العقاري وعلاقتها بدراسة ملف حالة التدين قد أثرت بحدّة.

عند الاتفاق على إجراء تعديلات على عقد القرض العقاري ومن باب التبسيط فإنه يكتفي بملحق يتضمن هذه التعديلات كبديل لتعديل العقد كله

ولكن هل مثل هذا الإجراء يعد ضرورياً وكاف لوضع مخطط للتقويم الذي من آثاره تعديل شروط العقد.

نتساءل هل وضع مخطط تقويم يستدعي تقديم إيجاب جديد وهل يمكن توقيع العقاب بإسقاط حق المقرض في الفوائد ؟

يغلب الرأي الذي يتجه إلى القول انه لا حاجة لهذا الملحق إذا كانت التعديلات قد تمت من أجل وضع مخطط التقويم ألتفاقي أو هي توصيات صادرة عن اللجنة أو بحكم قضائي وان جزاء تخلف الملحق يبقى امراً غير مؤكد بنص قانوني صريح في التشريع الفرنسي، [26] ص 516

[23] ص 582،

تطبيقاً للقواعد الإجرائية فإن توجيه طلب المدين لهذه الهيئات غير القضائية ليس له أثراً موقفاً لبقية الإجراءات التي قد شرع في إتخاذها لإلزام المدين بالوفاء بالدين، وهذا ما لم يتم الانطلاق بعد في إجراءات التسوية القضائية.

إن معالجة حالة التدين لا يشرع فيها إلا بعد توجيه المدين بطلبه للجنة وهو إجراء لا يحدث أي تغير لا في وضعية المدين ولا الدائنين فهو لا يلزم إلا اللجنة غير القضائية بالفصل في مدى قبول أو عدم قبول هذا الطلب، المرتبط أيضا بحسن نية المدين.

ثانيا: حسن النية

ما هي السبل القانونية التي تضمن حماية المدين خاصة الذي يعاني من حالة تدين مفرطة، إن هذا التدبير لا يجب إقراره ووضعه إلا لمصلحة الطرف الذي يستحقه فعلا؟
تعد مسألة حسن النية مفترضة لذا على أعضاء اللجان أو الدائنين إثبات عكس ذلك، فلا يستفيد من هذه التدابير إلا المدين حسن النية حتى ولو قدم الطلب من زوجين معا .
رغم تضارب الآراء الفقهية في فرنسا حول مدلول حسن النية كشرط لقبول طلب النظر ومعالجة حالة التدين ومن يتمسك به، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد فصلت في الموضوع

وأكدت على أن عنصر حسن النية هو مفترض، فالمدين لا يلزم بإثباته [84] ص 446-459

مع ذلك هل للقاضي أو اللجنة تقرير هذه المسألة بكل حرية وبحسب ظروف القضايا المعروضة، ليس للقاضي أن يثير هذه المسألة من تلقاء نفسه بل على الدائن الذي يعارض قبول هذا الطلب أن يقدم للجنة أو للقاضي، أدلة ينفي بها حسن نية المدين.
إن تقرير هذه الآليات بقواعد وأحكام لمعالجة حالة التدين تفرض إلزام كل من القضاة واللجان بتعليل قراراتهم خاصة تلك التي تشير إلى انعدام حسن النية.

ليس هناك تعريفا محددًا لفكرة حسن نية المدين وبالتالي فإن انعدام هذا الشرط لا تبرره إلا التصرفات الاحتمالية، كما أن مسألة وجود أو انعدام حسن النية لا تتأكد إلا من خلال التصرفات الصادرة عن المدين وليس بأي عنصر خارجي عنه.

كقاعدة عامة فإن تحلى المدين بحسن النية في تنفيذ عقد القرض العقاري يعد أمرا بالغ الأهمية يلعب دورا محركا في العلاقة التعاقدية وهي مفترضة كما سبق الإشارة إليه عند كل متعاقد ما لم يثبت عكس ذلك.

لحسن النية مظهران يتمثل المظهر الأول في نزاهة المتعاقد ويتمثل الثاني في تعاون كل متعاقد مع الطرف الثاني خلال عملية تنفيذ العقد.

يقصد بالنزاهة تنفيذ الالتزام بإخلاص فيمتنع عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذه عسيرا أو مستحيلا، ومن النزاهة كذلك أن لا يدفع المتعاقد بعدم التنفيذ طبقا للمادة 123 ت.م لمجرد أن

المتعاقد معه قد واجه بعض الصعوبات الموضوعية في تنفيذ التزامه بل يجب أن يستند دفعه

لا اعتبارات أكثر جدية، [21] ص 295

بصيغة أخرى فإنه لا يقبل طلب معالجة وتوجيه، ملف حالة التدين ما لم يكن المقترض قد احترم الأصول المتعارف عليها في العلاقات التعاقدية الخاصة بإبرام وتنفيذ القروض ، وقد تصرف بإهمال وطيش ، فيكيف عند ذلك بأنه كان سيئ النية خاصة إذا استدان لعدم تبصره وقلة تفكيره.

لا يجب أن يستفيد من هذا الإجراء إلا المدين من الخواص، الذي يقترض وقد تصرف كالأب المعتني بأمور أسرته وأن حالة تدينه نشأت عن ظروف غير متوقعة، كالتسريح من العمل أو المرض أو الطلاق .

نعتمد في هذا السياق أن مسألة حسن النية قد تتوفر ليس فقط لدى المدين الذي كان ضحية ظروف معيشية صعبة ولكن أيضا عند كل من استدان عن غفلة، وعدم تبصر وبطريقة غير مقصودة .

لا يعد سيئ النية إلا المدين الذي بمحض إرادته وبكامل إدراكه عمل على خلق أو زاد من خطورة حالة تدينه ولأعضاء اللجنة وكذا القاضي سلطة تقدير أمر توفر أو انعدام حسن نية المدين.

لا يطعن في قرار اللجنة الذي يجب أن يمهر بالصيغة التنفيذية إلا إذا استند إلى مبررات غير جدية وغير مؤسسة.

نظرا لأهمية هذا الشرط نتساءل عن الأسباب التي تعيق استعادة المدين من هذا الإجراء. ينبغي التفرقة أولا بين عدم قبول الطلب الموجه لهذه اللجان غير القضائية من جهة وبين سقوط حق المدين في الاستفادة من هذه التدابير الخاصة بمعالجة حالة التدين التي من الضروري أن تقرر أصلا لحماية ومساعدة المدين حسن النية.

سوء نية المدين هي مسألة ترتبط بظهور حالة التدين وتطورها أما الخطأ الذي يرتب حرمان المدين من الاستفادة من هذا الإجراء فإنه لا بد أن يرتكب عند افتتاح الإجراء أو أثناءه أو بعده أو حتى في مرحلة تنفيذ المخطط الاتفاقي للتقويم ، لذا فإن قرار قفل هذا الإجراء يمكن أن يكون موضوع طعن أمام القاضي المختص، بنص قانوني واضح الصياغة .

لا يستفيد المقترض العقاري من تدابير معالجة حالات التدين المفرطة تطبيقاً للقواعد العامة التي تحكم إبرام و تنفيذ العقود في الحالات التالية :

- الإدلاء عن وعي بتصريحات كاذبة أو تقديم وثائق غير سليمة من أجل الاستفادة من هذا الإجراء.

- لذات السبب أخفاء أو اختلاس أو محاولة اختلاس كل أو بعض أمواله إضراراً بالدائن العقاري.

- تأزم وضعيته المالية، وعناصر ذمته ويسعى عمداً دون موافقة دائنيه أو اللجان

المختصة أو القاضي للحصول على قروض جديدة، [84] ص 693

- افتراض علم المدين بهذه الأسباب .

نقترح لإتمام هذا الإجراء، عملياً أن يتم التصريح بجملة من البيانات وذلك بالإجابة على أسئلة ترد في استمارات تحرر لهذا الشأن تسحب من أمانة المجلس الوطني للاستهلاك .

2.2.4. الإجراءات المتبعة أمام اللجان المختصة بالنظر في حالة التدين

نلخص أهم الإجراءات الواجبة الاحترام من قبل اللجان وكذا طرفي العقد في ما يلي إن بعضها مستمد من التشريع والاجتهاد القضائي بفرنسا و البعض الآخر مصدره القواعد القانونية العامة :

* افتتاح الإجراء بطلب يقدم من قبل المدين مرفقاً بتصريح محدد لهوية المدين ووضعيته المالية مع كشف لمجمل إيراداته وكذا مداخله .

*تولي أعضاء هذه اللجنة إلزامياً بالتأكد من مدى قبول الطلب والتحقق من حالة عدم ملاءة المقترض وعجزه عن الوفاء بالأقساط المستحقة للتدين وكذا حسن نيته.

* اعتراض المدين في حالة رفض الطلب على هذا القرار ، الذي يوجه ،⁽¹⁾ إلى قاضي

الأمر الاستعجالية

(1) تقضي المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " في جميع أحوال الاستعجال و إذا أقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو أي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة ، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب وينادى عليها في أقرب جلسة يجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في أقرب الآجال

* تبليغ قرار اللجنة المعطل إلى كل من المدين والدائن وكذا مركزية المخاطر بالبنك المركزي من أجل تقييده في الفهرس الوطني لعوارض الوفاء، fichier national des incidents de paiement

* في حالة قبول الاحتجاج على قرار قبول جدولة القروض، وتمكين المدين من فرصة الوفاء يحق لمؤسسة القرض إعادة ، الاعتراض على حالة التدين وحسن نية المدين و من ثم عدم الامتثال لتطبيق هذا القرار .

* يختص قاضي الأمور الاستعجالية وإشكالات التنفيذ بالنظر والفصل في هذا الاعتراض ، فيصدر أمراً غير قابل للطعن، بعد احتياطات وجمعه لكل المعلومات عن المدين وكذا عن الدائنين إذا اقتضى الأمر ذلك .

* يعاد الملف مرفقا بصورة من الأمر للجنة التي كان قرارها محل طعن.

* إن مسألة تقييم وضعية المديونية المفرطة للمقترض وكذا مسألة حسن نيته تخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي ولا يخضع في هذه المسألة لرقابة المحكمة العليا لأنها مسألة واقع لا مسألة قانون .

* قياساً على أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وقد يستأنف حكم القاضي لعدم احترام قواعد إجرائية هامة كعدم حرصه على جمع وطلب توضيحات وملاحظات من قبل أطراف النزاع.

* يمنح شخص الكفيل عند الانطلاق في هذا الإجراء أجلاً لتقديم ملاحظات من شأنها إبراء ذمته.

* إن هذا الإجراء الذي تختص به هذه اللجنة غير قضائية ليس له أثر موقوف و لترتيب هذا الأثر لابد من التوجه إلى قاضي التنفيذ أو القاضي المشرف على عملية حجز العقاري من أجل إيقاف إجراءات التنفيذ المتبعة ضد المقترض ، وفي حالة الاستعجال يطلب تدخل القاضي بطلب من رئيس اللجنة أو نائبه أو من قبل الممثل المحلي للبنك المركزي أو من قبل المدين ذاته .

* إن قرار الوقف المؤقت ، لإجراءات التنفيذ يجب أن لا يتجاوز مدة معينة وهذا إلى حين الفصل في الاعتراض .

* بغير أمر من القاضي تغل يد المدين ويمنع عن كل تصرف من شأنه زيادة عدم ملاءته وسوء مركزه المالي كتقديمه لهبة أو الإبراء من الديون أو حوالة الحقوق دون عوض أو رد ما دفعه الكفيل ، كما يمنع من ترتيب أية تأمينات أو تقديم ضمانات.

*تسعى اللجنة بصفتها هيئة غير قضائية إلى إبرام صلح باتفاق الأطراف ، وهو عقد يبرم بين المدين الذي يشعر بحالة تدين مفرطة وعدم ملاءة ظاهرة والدائن المقرض وبموجب هذا الاتفاق يتنازل الدائن عن جزء من حقوقه أو يمنح المدين آجلا أو يخفض نسبة الفوائد أو يتم استبدال الضمانات وقد يتضمن الصلح الأمرين معا.

يصدر هذا الصلح في شكل مخطط اتفاقي للإصلاح

plan conventionnel de redressement يخضع للقواعد العامة في العقود وبالتالي ينعقد بتلاقي إرادة المقرض والمقرض ويترتب على إخضاعه للقواعد العامة أن لا يكون ملزما ومؤثرا إلا في مواجهة الدائن الذي قبله.

إن دور هذه اللجنة هو تقريب وجهة رأى الطرفين فهذه الهيئة الغير قضائية يقتصر دورها على وضع مخطط للصلح وتحديد إطاره على أن يؤرخ ويوقع من قبل الطرفين مع ضرورة احترام ما يلي من قواعد :

*- تطبيقا للقواعد العامة للصلح يمكن للمدين أن يطلب إعادة النظر في هذا المخطط لغموض نصه عند تحريره أو لأن إرادته شابها عيب من العيوب.

*- إن كل تعديل يطرأ على هذا الاتفاق يجب أن يشهر في الفهرس الوطني لعوارض

الوفاء.

*-في مقابل التنازلات التي قد تتحملها مؤسسات القرض عند توقيع مخطط الصلح عن جزء من الحقوق ومنح مهلة جديدة للوفاء أو تخفيض نسبة الفوائد أو استبدال الضمانات يلتزم المدين المقرض بتنفيذ عقد الصلح و الوفاء بالمبلغ المعدل .

*- يستفيد المدين وحده من مزايا وتسهيلات مخطط الصلح .

*- يخضع هذا الصلح للقواعد العامة لإبطال العقود أو فسخها فإذا تم إبطال عقد القرض أو تقرر إبطاله فإن هذا الصلح يزول بأثر رجعي ويزول أثر الإجراء أو أثر الآجال الجديدة الممنوحة للمقرض كما أن هذا الصلح يتضمن عادة منعا صريحا للمدين المقرض ببيع أو رهن العقار موضوع التمويل .

*- لا يكون المدين ملزما بالوفاء بديونه إلا في الحدود المتفق عليها والمبينة في اتفاق

الصلح.

*- إن المخطط الاتفاقي للصلح يترتب على عاتق المقرض التزامين أحدهما بالفعل

والآخر بعدم الفعل obligation de faire et de ne pas faire.

*- إن مخطط الصلح خلافا للقاعدة العامة التي أوردتها مشرعنا في المادة 654 ق.م يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين بحيث انه بالرغم من الطابع الطوعي للتنازلات التي قد يتحصل عليها المدين ، يحق للكفيل التمسك والاستفادة من هذه الاتفاقات الخاصة بالتنازل أو بتأجيل مهل الوفاء موضوع المخطط لأن الكفيل وتطبيقا لقواعد عقد الكفالة يحق له الرجوع على المدين بأصل الدين ومصروفاته.

* - لتأكيد الطابع الائتماني للقرض العقاري يعد هذا الكفيل طرفا في الاتفاق بالصلح و من ثم يجب إلزام المقرض الدائن بعدم الرجوع على الكفيل إلا إذا قبل هذا الأخير منح تسهيلات للمدين الأصلي.

قد يكون هذا الصلح الودي بين المقرض والمدين الذي يعاني من حالة التدين المفرطة محدود الفعالية ، يستمد قوته من توافق إرادة الأطراف وفي حالة انعدام تطابق إرادتهما وجب البحث عن مخرج قانوني آخر لمعالجة هذه الحالة.

*- إن هذا الاتفاق يصبح باطلا وعديم الأثر إذا لم ينفذ المدين إحدى الالتزامات الواردة به وذلك بعد اجل يحدد قانونا يحسب من تاريخ تلقى المقترض ،رسالة موسى عليها مع الإشعار بالوصول .

*- أن عدم الامتثال لهذه الالتزامات يؤدي إلى حرمان المدين من الاستفادة من هذا الإجراء مرة أخرى ما لم تستجد ظروف جديدة واجبة التحديد على سبيل الحصر ومن ثم يحق للدائن إعادة إجراءات المتابعة و المطالبة بالوفاء.

4. 2. 2. 3. طبيعة التوصيات الصادرة عن هذه اللجان

يحق لهذه الهيئة ،غير القضائية في حالة عدم اتفاق الطرفين على الصلح الودي وفشلها في تقريب وجهتهما و في إطار مهامها ومساعدتها تقترح جملة من التدابير التي من شأنها محاولة تقويم وإصلاح وضعية المدين المالية ومن ثم علاقتها بالمقرض مع إبداء الملاحظات التالية:

*- إن توصيات هذه اللجان لا تعد من قبيل الأحكام القضائية و لتحوز قراراتها القوة التنفيذية لابد من النص على تدخل القضاء، لامها رها بالصيغة التنفيذية .

*- لا يحق لها إصدار هذه التوصيات إلا بناء على طلب المدين ذاته، حيث يسمح له بعد أن يبلغ بفشل المصالحة وخلال أجل معين من تقديم طلب جديد ،مع مراعاة ظروفه المالية الجديدة *- عند تقديم هذا الطلب تقطع آجال التقادم تطبيقا للقواعد العامة .

*-قبل إصدار هذه التوصيات، يحق لهذه الهيئة غير القضائية استدعاء الأطراف المعنية لإبداء ملاحظاتهم مع ضرورة احترامها لمبدأ المواجهة والحضور،

Cass. 2ème civ 30/04/2003 lex inter net / Le droit sur Internet Répertoire jurisprudentiel
BERLIOZ consulting

تتخذ التوصيات التي تنتهي إليها هذه اللجنة في مواجهة مؤسسات القرض و لصالح المدين المقترض عدة صور نذكر بعضها فيما يلي:

1* إعادة جدولة الوفاء بالدين دون أن يتجاوز هذا التأجيل عدد معين من السنوات من الأجل المتبقي للوفاء حدد في التشريع الفرنسي ب 10 سنوات و نصف L331/7 C C F .
2* عند حلول الأجل فإن المدة التي يتم تمديدتها أو إعادة جدولتها قد تصل إلى نصف المدة المتبقية قبل حلول هذا الأجل.

3* خصم ما يتم وفاء به من أصل الدين خروجاً عن القاعدة العامة التي تقضي بأنه إذا كان المدين ملزماً بالوفاء بالمصاريف زيادة على الدين الأصلي وإذا كان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات خصم ما أدى من حساب المصاريف ثم من أصل الدين ما لم يتفق على غير ذلك.

4* إمكانية إخضاع المبالغ الواجبة الوفاء بها أو محل إعادة الجدولة لنسبة فائدة منخفضة على أن لا تفوق النسبة القانونية المعمول بها وقد تقل عن ذلك باقتراح خاص ومعلل.

5* في حالة البيع الإجباري للسكن موضوع التمويل فعلى اللجنة أن توصي باحتفاظ المدين بمبالغ معينة كحد أدنى يفي بما هو ضروري لعيشه هو وأفراد أسرته.

6* في حالة البيع الإجباري للسكن الرئيسي للمقترض قد يخفض ما تبقى من الدين الممنوح كقرض عقاري و باقتراح خاص ومعلل و توجه عائدات البيع لتغطية أصل الدين المتبقي في حدود اتفاق الوفاء المتضمن إعادة الجدولة .

7* نفس الحماية تقرر عند البيع الودي للعقار منعا للحجز العقاري، [26] ص 5163

تتقضي، الاستفادة من مزايا هذه القواعد، بعد اجل معين من تاريخ الإنذار الموجه للمقترض للوفاء بما تبقى من القرض العقاري ما لم يكن هذا الطلب قد وجه لهذه الهيئة خلال هذا الأجل.

في الوقت الذي أصبح فيه محدوددي الدخل محل اهتمام ورعاية وحماية خاصة، الذين قد تعترضهم صعوبات تتجم عن حالة تدينهم، سعت التشريعات الحديثة في كثير من الدول كفرنسا الذي قنن مشرعها بعض هذه الأحكام في المادة L331-7 من قانون الاستهلاك لحماية للطرف

الضعيف في العقد بصورة عامة، فإن التشريع الجزائري سكت عن بعضها وهو أمر يجب تداركه بتبني القواعد السابقة الشرح و التفصيل التي تخدم مصلحة المدين المقترض و تتكفل بالمعالجة القانونية لحالة تدينه أو استدانته التي سيعرفها مجتمعنا بحكم التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تشهدها وستشدها مستقبلا الجزائر .

نؤكد على ضرورة تعديل نص حكم الفقرة الثانية من المادة 721 ق.ا.م إ فالدائن المرتهن الحائز على سند تنفيذي في إطار عملية التمويل العقاري المدعمة برهن رسمي و اتفاق قرض، مسجل لدى مصالح الخزينة العامة يجب منعه من التنفيذ على مسكن المدين فينفذ أولا ، على منقولات المقترض إن وجدت قبل التنفيذ على العقار محل التمويل العقاري الموجه أصلا للحصول على سكن كحاجة أساسية، و هذا لمواجهة أخطار الطرد من السكن العائلي.

في إطار مكافحة حالات الطرد التي قد يتعرض لها المدين المقترض وكذا الكفيل ، على مشرنا أن يقضي صراحة بمنع الدائن المرتهن أو أصحاب حقوق الامتياز اللجوء إلى إجراءات نزع ملكية المدين كمسكن أصلي إلا بعد التنفيذ على المنقولات ويثبت عدم كفايتها .

يتم بيع العقار موضوع التمويل في غالب الحالات إجباريا وقد يتم بيعه كذلك بطريقة ودية وهذا من شأنه أن يقلل من المعلومات المتعلقة بالعقار ومن ثم قد يقلل من عدد المشتركين في عملية البيع بالمزاد.

الاتفاق على البيع الودي بين المقترض ومؤسسة القرض قد يفسح المجال للبيع بالغش والتحايل على القانون إضرارا بالمدين حيث يتم شراء المسكن العائلي بقيمة لا تعبر عن قيمته السوقية.

تدخل القضاء في فرنسا حماية للمقترض وسمح للجنة التي تنظر في حالة التدين بإعادة جدولة ما تبقى من قيمة القرض بعد البيع والوفاء الجزئي ، باقتراح خاص و معلل بل وقد يصل

تدخلها إلى حد تحفيظ مبلغ الدين المتبقي. ، [84] ص 711، 767

يراعى في تطبيق هذا الإجراء ، توفير التناسب بين قدرة المقترض المدين ومدا خيله الشهرية.

كما سمحت محكمة النقض الفرنسية للكفيل الاستفادة من هذا التخفيض.

من خلال هذا الموقف الصريح للتشريع المدعم باجتهد القضاء والذي يجب على

مشرنا أن يراعيه يمكن الحد من عمليات بيع العقارات الممولة بقروض عقارية بأثمان بخسة

رخصية تخدم مؤسسات القرض أكثر مما تخدم المدين المقترض ومن ثم إيقاف محاولات التواطؤ والغش والحد من المظاهر السلبية لعمليات بيع العقارات الممولة بقروض عقارية بأسعار غير متناسبة والقيمة الحقيقية للعقار

Les inconvénients de vente immobilière à vil prix/ Concert frauduleux

/ لتجسيد هذا الموقف الايجابي الذي يخدم مصلحة المقترض في العقد نرى بضرورة تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تتمثل جوانب هذا التعديل فيما يلي:
*تقرير حق المدين المحجوز على أمواله، لإجراء معارضة على المبلغ المقترح لإتمام إجراء البيع .

* منح القضاة سلطة واسعة للتدخل والنظر في هذا الاعتراض بمراعاة القيمة التجارية السوقية للعقار و يعتمد في تقدير هذا التقويم على ظروف السوق أو على خبرة تقنية و بوصف العقار وتبيان موقعه وحدوده ومساحته و تاريخ إنشائه وكذا حالة المرافق الداخلية به و تقييم العمر الاقتصادي و القيمة السوقية للعقار، وقت البيع على ضوء العقارات المماثلة في ذات المنطقة وتحديد الطرق التحليلية الخاصة بالكلفة والبيوع المماثلة والعائد الاقتصادي على العقار La plus value .

* حماية لهذا المدين المقترض الذي يعيش حالة تدين لا يتم البيع بالمزاد العلني للعقار ، موضوع التمويل العقاري إلا بعد حملة واسعة من الإشهار والإعلانات لضمان مشاركة أكبر عدد من المزايد.

من خلال التحليل السابق نلح على إقرار ووضع وتجسيد ميدانيا القواعد التالية:

- مواجهة الفراغ القانوني الذي يعرفه تشريعنا في هذه المادة والعمل على تجميع هذه الأحكام التي بينا بعضها أعلاه في قانون موحد خاص بالأحكام والقواعد المنظمة للتمويل العقاري انطلاقا من فترة إبرامه وتنفيذه وسيره إلى غاية انقضائه خلافا للوضع القائم في التشريع الفرنسي الذي تناول أحكام هذا العقد في عدة قوانين كالقانون المدني كشرعية عامة وقانون الاستهلاك وقانون البناء وقانون التأمين .

-تنظيم طرق معالجة حالة التدين التي ستعرف انتشارا في بلادنا لا ريب في ذلك بسبب الأوضاع الاقتصادية وتراكم الديون خاصة معالجة حالات التدين السلبية لقلّة الموارد.

_ التأكيد على الدور الايجابي الذي ستلعبه اللجان بتحديد نطاق سلطاتها و صلاحياتها التي قد تنتهي في أقصى حالات معالجتها لاستدانة المقترض العقاري إلى تقرير محو الدين

إرجاع استحقاق الديون والالتزامات أي مورatorium لأجل معين Moratorium
 Ajournement بحيث يؤجل أداء الديون خلال هذه المدة وعند انقضاء هذا الأجل تتولى هذه اللجان
 النظر في وضعية المدين المالية ثانية فإن بدا تحسنا حق لها الأمر بالعودة إلى تنفيذ التدابير العادية
 Le moratoire proposé par la commission pour les situations désespérés Lexinter.– NET
 Le droit sur Internet Berlioz Consulting

- تجسيد علاقة التكامل بين دور هذه اللجان والقضاء بمنح قراراتها القوة التنفيذية.
 - تقرير حق المدين في الاعتراض على التدابير المقترحة وبإخطاره بذلك برسالة
 موصى عليها مع الإشعار بعلم الوصول .

كان محور هذا الفصل، من هذه الدراسة الوصفية التحليلية المقارنة ، حماية مصالح
 المدين المقترض العقاري.

لذا نلح على أهمية احترام الإجراءات السابقة التي قد تصل إلى حد إلغاء كل الديون أو
 بعضها .

لا تشكل هذه النتيجة مساسا بالقوة الملزمة للعقود لعدم إطلاق تطبيقها، فلا تخضع لها إلا
 الحالات الميئوس منها بهدف مكافحة التهميش والطرده من السكن العائلي.
 لا يقبل طلب المقترض ولا تتم معالجته وتوجيهه ، إلا إذا احترم الأصول المتعارف
 عليها في العلاقات التعاقدية وكان حسن النية، كما أن هذا الإجراء لا يحدث أي تغيير لا في وضعية
 المدين ولا الدائنين .

مسألة حسن النية، نعتبرها متوفرة ليس فقط لدى المدين الذي كان ضحية ظروف
 معيشية صعبة ولكن أيضا عند كل من استدان عن غفلة، وعدم تبصر و لكن بطريقة غير مقصودة.
 لاستقرار المعاملات فإن إقرار الوقف المؤقت لإجراءات التنفيذ يجب أن لا يتجاوز مدة
 معينة إلى حين الفصل في الاعتراض الذي يقدم من قبل الدائن المقرض .

كما أن اللجنة بصفتها هيئة غير قضائية لا يحق لها إبرام الصلح إلا باتفاق الأطراف،
 باعتباره عقد يبرم بين المدين الذي يشعر بحالة تدين مفرطة وعدم ملاءة ظاهرة والدائن المقرض.

4.3. صلاحيات القضاة في معالجة حالة التدين

يساهم القضاة في تسيير مرفق القضاء حتى يقدم الخدمات المطلوبة التي تخدم مصالح أفراد المجتمع .

لاحظنا من دراستنا مدى ما يضطلع به القاضي من دور بارز في تعديل العقد بما يحقق التوازن بين الالتزامات المتقابلة لأطرافه إذا ما جنح أحدهما و فرض شروطا جائرة ينوء بها الطرف الآخر أو كانت تمنعه من حق خوله إياه المشرع فان مثل هذه الشروط تكون غير جائزة . للقاضي سلطة إلغاء الشروط الفاسدة و تصحيح العقد بإلغاء الشروط الفاسدة ما يخل بالتوازن العقدي أو يمثل إضرار بأحد المتعاقدين .

تكون المطالبة بالوفاء بها ضرب من الضرر الذي نهى عنه الشارع و قضى بإزالته . للقاضي دور واسع في إلغاء مثل هذه الشروط وتصحيح العقد حتى يعيد التوازن العقدي لأن الخلل في التوازن العقدي نوع من الضرر الواجب إزالته و لا ينظر إلى جانب المنفعة التي قد تعود على المشتري من شرطه طالما أن الوفاء بالشرط يسبب ضررا للطرف الآخر أو يمنعه من حق مقرر و بهذا فالشروط الفاسدة غير مؤثرة في العقد فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحا طالما كان العقد من غير عقود المعاوضة .

إن الشروط الباطلة وهي التي تصيب العقد بخلل في أوصافه أو ليس له فائدة لأحد المتعاقدين تعتبر لغوا يتم إلغاؤها و يبقى العقد صحيحا سواء من عقود المعاوضة أو غيرها لأنه إذا سقط الشرط أصبح العقد خاليا من الخلل في صفاته .

إن تدخل القضاة في معالجة حالة تدين المقترض العقاري نعتبرها من أهم المسائل التي من شأنها أن تضمن حسن سير الإجراءات السابقة الواجبة التقرير بنصوص صريحة أمره .

فما هي الصلاحيات القضاة لإعطاء المصادقية لقرارات اللجان الغير قضائية والتي تتميز بتركيبية بشرية تجمع بين الخبرة في المسائل القانونية والاجتماعية والمالية والتي يشرف على إنشائها ومراقبة سيرها المجلس الوطني للاستهلاك ؟

ما هو دور القضاة في مرحلة معالجة و تسوية حالة التدين بالتأكيد على الأحكام الشرعية المنظمة لهذه المسألة في الشريعة الإسلامية والتي سنتناول طرفا منها في المطلب الأول ونخصص المطلب الثاني لصلاحياته في التحقيق في الديون والنظر في الاعتراضات .

3.4 . 1. نظرة الميسرة و ضوابطها كآلية لمعالجة حالة التدين

لا تعني نظرة الميسرة للمدين المعسر إقالته من الدين بل هي لحمله على الوفاء بالدين بإعطائه مهلة يستعيد فيها توازنه المالي و يتكسب خلالها .

لا خلاف بين الفقهاء على منحها للمدين المعسر و أن اختلف الفقهاء في ضوابطها و الإجراءات التي تتخذ حيال المدين من حيث بيع أمواله و ما يباع منها و مدى إجباره على التكسب خلال الفترة التي يمنح فيها نظرة الميسرة وهو ما سوف نعالجه في الفرعين المواليين .

3.4 . 1. 1. ضوابط نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي

تجد نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي مصدرها الأساسي في الكتاب الكريم والسنة النبوية فأما الكتاب فقد قال تعالى "و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة و أن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون". (سورة البقرة الآية 280)

المقصود بالعسرة هنا ضيق الحال من جهة المال أما النظرة فهي التأخير. ومن ذلك أنظرتك بالدين أي أخرتك و منها قوله سبحانه "فأنظرنني إلى يوم يبعثون" وأما الميسرة مصدر بمعنى اليسر ووفرة المال وفي السنة النبوية فقد حضرت الأحاديث الثابتة عن رسول الله على نظرة الميسرة للمدين حتى يتبين يساره بل لقد دعا الرسول لفضيلة الأنظار بالدين وحبب ذلك للدائن فقد روى أبو جعفر الطحاوي عن بريدة بن الخصيب قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم "من انظر معسرا كان له بكل يوم صدقة" ثم قلت: بكل يوم مثله صدقة؟ قال: "بكل يوم ما لم يحل الدين فإذا أنظره بعد الحل فله لكل يوم مثله صدقة" و روى عن أبي قتادة انه طلب غريما له فتوارى عنه ثم وجده فقال: أنى معسر فقال: الله قال: فأنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسرا أو يضع عنه" وعن كعب بن عمرو انه سمع رسول الله يقول " من انظر معسرا أو وضع عنه أظله الله في ظله، [29] ص 447

لا خلاف عند المالكية في منح نظرة الميسرة للمدين المفلس أو المعسر طالما ثبت

إعساره بيقين و في ذلك يقول العلامة ابن رشد في بداية المجتهد "العدم له تأثير في إسقاط الدين إلى وقت ميسرة" و يعتبر المال عند المالكية هو ضمان دين الدائنين وليس لهم أكثر من ذلك و يقول الإمام مالك رضي الله عنه "الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر" لقول الله تبارك و تعالى " و أن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" و عن أبي

لهيعة عن زيد بن أبي حبيب أن عمر بن عبد العزيز قضى في رجل غرق في دين أن يقسم ماله بين الغرماء و يترك حتى يرزقه الله.

هذا ويجب أن تقوم البنية على إفسار المدين حتى ينظر إلى ميسرة لعدم الأضرار بالغرماء فإذا ادعى المدين الفس و لم يعلم صدقه يحبس عند المالكية حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين فإذا كان خلى سبيله .فإذا أخرج من محبسه بعد ثبوت عسرتة حيل بينه و بين ملازمة الغرماء له و لا يجوز حبسه بعد ذلك بل ينظر إلى ميسرة طالما أقام البنية على إفساره و يحلف على ذلك إذا طلب الغرماء.

يتجه المالكية مع جمهور الفقهاء عدا الأحناف إلى الحجر على المدين المفلس ومنعه من التصرف حتى لا يضر بالغرماء و له أن يبيع أمواله إذا امتنع عن بيعها. ويرى الإمام مالك بيع كل أموال المفلس سواء كانت عقارا أو عروضا ولا يترك له إلا ما يوازيه واختلف فقهاء المذهب ببيع كتب العلم عليه على قولين و هذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أو عدم كراهية ذلك

إعمالا لاتجاه المالكية في الحجر على المدين المفلس فإن تصرفاته لا تنفذ في أعيان ماله ببيع أو هبة أو عتق و لا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب أو بعيد إلا أن يكون لواحد منهم بينة على ذلك و إذا كان لديه سلعة و أركها صاحبها و لم يكن البائع قبض شيئا من ثمنها كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء فيفوز بأخذها دونهم إذا كان المفلس حيا فإذا كان قد

وجدتها صاحبها بعد موته فهو و باقي الغرماء فيها سواء،[29]ص454

تباينت آراء فقهاء المالكية حول تقسيم و تصنيف الغرماء و المستحق منهم لنظرة الميسرة فقد قسم الفقيه المالكي ابن جزى الغرماء من المدينين إلى ثلاثة أنواع الأول غريم ملئ لأي قادر على الدفع و لكنه يماطل في الوفاء وهذا لا يحل له المطل و يجبر على الأداء.والثاني غريم معسر غير عديم وهذا يستحب تأخيره وهو الذي يجحف به الأداء ويضر به. الثالث غريم معسر عديم و هذا يجب تأخيره إلى أن يوسر وكان حكمه في أول الإسلام أن يباع في دينه فنسخ ذلك بقوله تعالى "و أن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" ومن ناحية أخرى قسم الإمام ابن فرحون الغرماء إلى نوعين الأول الغريم المجهول الحال و هذا إذا ادعى الفقر لا يكلفه القاضي البنية بأنه لا مال له و إنما يسأل القاضي عنه أهل الخبرة به والمعرفة فإن لم يجد له مالا حلفه و خلى سبيله و الثاني معلوم الملاءة فلا تقبل منه بنية إلا بذهاب ما بيده.

بعد استعراض الاتجاهات الفقهية حول نظرة الميسرة يمكننا القول أنه هناك اتفاق في منح المدين المعسر نظرة الميسرة طالما ثبت إعساره بالبينة على ذلك وهذه النظرة للمدين المعسر في الفقه الإسلامي هي إحدى ضروب تعديل العقد في نطاق المدة التي اتفق عليها العاقدان للوفاء بالالتزام.

3.4. 1. 2. موقف التشريع الجزائري من نظرة الميسرة

أخذ مشرعنا بنظرة الميسرة و أعطى السلطة للقاضي في منح المدين أجلا معقولا للوفاء بالتزامه و يظهر ذلك من نص المادة 281 ت م التي قررت في فقرتها الأولى " يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك..." و جاء بالفقرة الثانية من المادة : "... غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة ..."

يستفاد من هذا النص أن المدين ملزم بالوفاء بدينه عند حلول أجل الوفاء فورا أو بمجرد ترتيب الالتزام نهائيا في ذمته.

أما نظرة الميسرة فهو ما أفصحت عنه الفقرة الثانية من المادة 281 ت م السابقة الذكر و قد نستخلص شروطا أربعة من هذه الفقرة لمنح المدين نظرة الميسرة بمعرفة القاضي هي:

1 - أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك بأن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء وعنده مال يكفي للوفاء بالتزامه لكن ليس تحت يده وقت الوفاء و ليس في مقدوره تدبيره كأن يتعذر عليه بيع عقارات أو منقولات فيطلب مهلة حتى يتسع له الوقت للتصرف فيها ، أو يكون له موارد لم ترد مواعيد استحقاقها فيطلب الأجل القضائي لحين الحصول عليها و لا يجوز منح الأجل إذا كان المدين معسرا و إلا فلا جدوى من منحه هذه النظرة.

2- ألا يصيب الدائن ضرر جسيم من جراء منح المدين نظرة الميسرة إذ ليس من

العدل كما يقول العلامة السنهوري إغاثة المدين عن طريق الأضرار البليغ بالدائن، [20]

ص1163

3- أن يكون الأجل معقولا لا يقدر بقدرة المدين على الوفاء بالدين و هذا الأجل يكون وقفا على المدين الذي منح الأجل دون غيره من المدينين المتضامنين معه و أيضا قاصرا على الدائن المحكوم به في مواجهته.

يلاحظ أن نظرة الميسرة يسقط بها الأجل ألتفاقي و ذلك بشهر إفلاس المدين و إعساره و أضعافه التأمينات و عدم تقديمه ما وعد به .

الأحكام السابقة الواردة بالمادة 2/281 ت م و هي تطبيق لنظرة الميسرة الممنوحة بمناسبة طلب تنفيذ الالتزام العقدي إلا أن هناك صورة أخرى من الأجل القضائي بمناسبة دعوى الفسخ نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 119 تم حيث قررت أنه : "و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات.

يعد نص المادة 2/281 ت م المتعلق بنظرة الميسرة في طلب التنفيذ استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في حين أن نص المادة 2/119 ت م هو أداة للحد من الفسخ والرغبة في الإبقاء على العقود .

نلاحظ اختلاف الأساس الذي تقوم عليه نظرة الميسرة في كل حالة و اختلاف سلطة القاضي في منح النظرة حسب اختلاف هذا الأساس فالحالة الأولى تنهض على أساس التخفيف من قسوة مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي يملك القاضي منح المدين المعسر أجلا أو أجلا متعاقبة يستطيع خلالها تنفيذ العقد أما الحالة الثانية فالهدف منها توقي فسخ العقد وبالتالي لا يملك القاضي أن يمنح المدين فيها إلا أجلا لمرة واحدة.

تضمن التقنين المدني نصوصا بإجازة نظرة الميسرة في مواضع أخرى غير تلك التي أشرنا إليها ومن ذلك نص المادة 210 التي تقضي: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

بعد استعراض الأحكام المتعلقة بنظرة الميسرة يمكننا القول أنه يمكن منح المدين المعسر نظرة الميسرة طالما ثبت إعساره بالبينة على ذلك. و هذه النظرة للمدين المعسر هي إحدى ضروب تعديل العقد في نطاق المدة التي اتفق عليها العاقدان للوفاء بشروط وضوابط هي:

*- أن يكون حق الدائن حال الأداء فإذا لم يكن الدين حال الأداء فإنه لا يجوز المطالبة به قبل حلول الأجل المتفق عليه للوفاء ، و لا تحل ديون المدين قبل حلول أجلها إلا في حالات معينة كالوفاء مثلا وهذا هو المفهوم من النصوص التي أوجبت نظرة الميسرة والتي تفترض حلول أجل الدين وعدم مقدرة المدين على الوفاء به لإعساره ، فيقوم القاضي

بأنظاره إلى حين ميسرة مدة معينة يستقل بتقديرها حسب ظروف المدين والدائن ومقدار الدين وغير ذلك من العناصر .

*-تحقق عسره، فيثبت أنه لا يملك مالا على الإطلاق إلا ما استثنى لحاجته الضرورية

فإن ادعى أنه معسرا و كان اليسار باديا عليه تقع عليه البنية أما أن كان ظاهر الإعسار قبل قوله بيمينه وللدائنين أن يقيموا البنية على صيرورته موسرا

يلاحظ أن القاضي حينما يمنح المدين المعسر الأجل القضائي بموجب نظرة الميسرة يكون الغرض من ذلك سعى المدين إلى التكسب والعمل الذي يستطيع من خلاله أن يفي بديونه.

*- ألا يكون عدم الوفاء رجعا لمماثلة المدين في الوفاء ذلك أنه إذا كان المدين

له مال فإن القانون يلزمه بالوفاء و هذا يقطع بوجود الوفاء بما ألزم به الشخص نفسه فإن كان المدين معسرا استحق انظاره إلى ميسرة أما لو كان قادرا على الوفاء كان سيء النية.

مما تقدم يمكن القول أن الأحكام السابقة التي أخذ بها المشرع الجزائري تتماشى

مع موقف الفقه الإسلامي لنظرة الميسرة و ضوابطها غاية ما هنالك أن فقه القانون المدني يتجه إلى منح نظرة الميسرة للمدين الذي لديه مال لكن ليس تحت يده وقت الوفاء و يتعذر عليه تدبيره.

فتكون المهلة لتدبير المال أما المدين المعسر الذي لا مال له فلا جدوى من منحه هذه المهلة .

نظرة الميسرة هي من الأمور الوجوبية على القاضي في الفقه الإسلامي لأنها حكم

الشارع المترتب على وجود السبب و هو الإعسار على حين نجد أن القانون المدني جعلها جوازية للقاضي إن شاء أمهل المدين و إن شاء لم يمهل كما أنها مقيدة من ناحية أخرى بعدم الضرر بالدائن بصورة أو بأخرى.

أخيرا إن إعسار المدين حيث تزيد ديونه عن أمواله يجعله أهلا أيضا لنظرة الميسرة

في الفقه الإسلامي و هو ما يجب ان يفصح عنه المشرع في القانون المدني في باب خاص

بالإعسار ودور القاضي و في كل حال قبل أن يشهر إعسار المدين ، أن يراعى في تقديره جميع

الظروف التي أحاطت به سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة ، فينظر إلى موارده المستقبلية

ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ،

وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر على حالته المادية .

4. 2.3. تحقيق الديون و النظر في الاعتراضات

على القاضي أن يستتبط الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يبني على أساسها موقفه، فعليه الاطلاع على أوراق الملف المحال إليه بحيث يستنفذ سلطته بالنسبة لهذه الحالة فما هي سبل ربط حالة التدين بعناصر الإثبات المقدمة ؟

3.4. 1. 2. 3. إجراء تحقيق الديون

من تاريخ انطلاق إجراء النظر وتوجيه الملف الخاص، بحالة التدين المقدم من قبل المقترض ذاته ،تمنح مؤسسة القرض حق التدخل بصفتها دائنا ممتازا لأنها من الدائنين ذوى الرهون أصحاب الامتيازات.

إن المقرض العقاري محاط بحماية شاملة، ليس للمقترض اى دور في تأسيسها ، ذلك أن القانون المصرفي في الجزائر المجسد من خلال قانون النقد والقرض قد اقر امتيازاً لجميع القروض التي تصدرها البنوك بما فيها القرض العقاري.

بموجب أحكام نص المادة 982 وما يليها ت م ، يرتب الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ،فلا يكون للدين امتيازاً إلا بمقتضى نص قانوني، فيتولى المقترض تقديم المستندات التي تؤكد حالة المديونية بعد تقديم شهادة معلومات للحساب محررة من قبل عون هذه المؤسسة، متضمنة أقساط الدين الواجب الوفاء بها، المقدرة شهريا والمبلغ الأصلي للقرض الممنوح، وكذا مبلغ الفوائد والتأمين (FG/SAA) ومبلغ ضريبة التأخير عن الدفع، والمبلغ الإجمالي بعد جمع كل هذه العناصر.

كما يلتزم بتقديم جدول ببيان الأوراق المقدمة والمبالغ الإجمالية المطالب بها مع ضرورة الإقرار بصحتها ومطابقتها.

عند ذاك تنطلق هذه العملية، حيث يقع على عاتق القضاة الالتزام بعملية التحقيق والتأكد من الدين الذي يطالب به المقرض.

نتناول فيما يلي الأحكام القانونية المنظمة لهذا الدور لأهميته في إقرار وتأكيد حماية المقترض العقاري.

للقاضي مهمة التأكد من الوجود الفعلي للقرض كعنصر يتقل ذمة المدين و التأكد من خلو هذا القرض من كل أسباب البطلان أو الانقضاء و هو ما يعرف بعملية تحقيق الديون .

تتم عملية تحقيق الديون بحضور المقترض شخصيا بعد استدعائه قانونا برسالة موسى عليها مع إشعار العلم بالوصول.

لتفعيل هذه الآلية لأبد من إعطاء المقترض أجلا لتقديم بيانات تكمليه كتابية أو شفوية،

لضبط كشف الديون التي يجري تحقيقها بعد تلقي ملاحظات الدائن المقرض.

على القاضي الانتقال إلى المرحلة المالية والتحقيق في مدى مطابقة التوصيات التي

أصدرتها الهيئة السابقة الغير قضائية مع النظام الحمائي الواجب توفيره لصالح المدين دون ممارسة

أية سلطة لتغيير أو تعديل أو تكملة هذه التوصيات بعد التأكد من عدم تقديم الدائن لأي احتجاج.

يصدر القاضي أمرا بمنح الصيغة التنفيذية للتوصيات مرفقا حكمه ببيان مفصل عن

التوصيات التي أصدرتها اللجان السابقة .

إذا تبين للقاضي عدم مطابقة التوصيات المقترحة، لنصوص القانون ونظرا للدور

الحمائي الذي يجب أن يودية لصالح الطرف الذي يعاني عمليا من الفوارق الاقتصادية والاجتماعية

الواضحة في هذا العقد يأمر بتقديم توصيات جديدة، لوجود مؤسسة القرض في مركز القوة

ولاحتكارها خدمة منح القروض بما فيها القروض العقارية ولامتلكها الإمكانيات المالية والتقنيات

الكفيلة بضمان مصالحها .

لا يقبل استئناف هذا الأمر لأن القاضي لم يمس بأصل الحق فطبقا للقواعد العامة يمنع

على القاضي المكلف بالقضايا المستعجلة⁽¹⁾ التعرض لموضوع النزاع وتقرير حق المديونية وإلزام

احد الطرفين بدفع تعويضات للطرف المتضرر.

3.4.2.2. النظر في الاعتراضات

يجوز للدائن الاعتراض على التدابير الموصى بها و قد يكون الاعتراض كذلك من

المدين ذاته.

1 / اعتراض المقرض

يحق للمؤسسة المقرضة أن تعارض فيما تقرر لغير مصلحتها بشرط أن تكون

المعارضة مسببة مع تبليغها للمدين .

لا يعتد بالمعارضة التعسفية ويجب أن يدلي الدائن بتصريحات لدى كتابة ضبط قاضي

الأمر الاستعجالية في آجال قانونية محددة أوجه الاعتراض وشرحا لبيان الديون .

(1) المادة 303 من ق إ م إ : "لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق و هو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن كما

انه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل ..."

ننتقل عندئذ من الإجراء البسيط إلى الدعوى القضائية التي تحكمها وتنظمها أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لان الإداء القانوني هو تأكيد من قبل المقرض أو المقرض لحقه أو لمركزه القانوني في مواجهة الطرف الآخر بناء على واقعة قانونية معينة هي عقد القرض العقاري وتحريك خصومة قضائية بين الطرفين، كمجموعة من الإجراءات التي ترمي إلى الفصل في الدعوى القضائية بمقتضى حكم ينهي النزاع.

لتأكيد نجاعة هذه الآليات التي يجب إفراغها في نصوص قانونية آمرة لابد من منح الدائن المقرض المعارض ميعادا يلتزم بتقديم خلاله الاعتراض للقضاء أو المطالبة برفع الوقف وتكملة إجراءات التنفيذ .

2 / اعتراض المدين المقرض

للمدين الحق في أن يعترض على نوعية التوصيات التي قد تصدرها هذه اللجان و منه المطالبة بحمايته وحفظ حقوقه، فيضمن على الأقل لنفسه ولأسرته جزءا من الأصول موضوع التنفيذ لاسيما وانه سيخضع جبرا لحالات سقوط الحق في بعض التصرفات المنصوص عليها قانونا:

- * كالتصرفات الناقلة للملكية المنقولة أو العقارية بغير عوض .
 - * كل عقد معاوضة يتجاوز فيه التزام المدين التزام الطرف الآخر.
 - * كل وفاء لدين غير حال .
 - * كل رهن اتفاقي عقاري من الدرجة الثانية .
- للقاضي أن يلتزم في هذه المرحلة من مراحل عقد القرض العقاري بما يلي:
- * التأكد من قطعية وجدية وثبوت المديونية و أن الدين محققا خاليا من النزاع ومعين المقدار ومستحق الأداء.
 - * صحة سند الدين.
 - * حسن نية المدين بالمعنى المنصوص عليه في القانون.
 - * وجود حالة مديونية بارزة تنقل كاهل المقرض وتعرضه هو وأفراد أسرته لأضرار .
 - وقد لا تتوفر لدى القاضي المعلومات اللازمة التي تبرر أحكامه لهذا لابد أن يلجأ إلى:
 - * الأمر بإجراءات التحقيق التي يراها مناسبة وضرورية.
 - * طلب كل المعلومات التي تمكنه من تقييم وضعية المدين المالية وتطورها.
 - * الأمر بالتنفيذ المؤقت لبعض التوصيات المقترحة.

* الأمر بإجراءات الصلح.

* في إطار المورatorium إلغاء كل أو جزء من الديون.

* تكليف اللجنة بمهمة الصلح بين الأطراف.

* يأمر بأن يحل الاتفاق الذي يشرف عليه محل اتفاق التقويم المقترح من قبل اللجنة.

إذا منح القاضي الصيغة التنفيذية للتوصيات الصادرة عن هذه اللجان وأيد قرار محو جزء من الديون فلا بد للوقاية و إعلام الغير أن تقيد هذه المعلومات في الفهرس الوطني لعوارض الدفع .

يترتب على هذا الحكم و طبقا للقواعد العامة الآثار التالية :

* يكون مشمولا بالإنفاذ المعجل

* بعد التبليغ القانوني يمنح الأطراف حق الطعن، الذي يحرك لأسباب قانونية

وموضوعية.

* إجرائيا لا يصدر حكمه إلا بعد انقضاء أجل معين من تاريخ التبليغ.

* له ذات صلاحية اللجنة بالنسبة للتحقيق وللتدابير التي قد يتخذها إلا أن مهامه أوسع من

ذلك لأنه ملزم بالنظر و الفصل في الاعتراض المقدم من قبل أحد الأطراف.

نشير إلى آخر إجراء استحدثه المشرع الفرنسي من خلال قانون 2006/08/1 المتعلق

بإعادة الاعتبار الشخصي و هو نظام تعرفه كثير من التشريعات في العالم ⁽¹⁾، الذي يرتبط أساسا

بإجراءات إصلاح حالة تدين المقترض ، وفقا للقواعد المنظمة لمعالجة حالة التدين .

إذا تبين أن المدين أصبح يعاني حالة مالية ميئوس منها وهو غير قادر على الوفاء بديونه

رغم التوصيات التي اتخذت لصالحه فإن القاضي إما بناء على طلب المقترض ذاته أو بطلب من

اللجنة يأمر بافتتاح إجراء إعادة الاعتبار الشخصي وهو نظام يقارب إلى حد بعيد نظام الإفلاس

المدني.

بانطلاق هذا الإجراء يبطل كل صلح أو التوصيات التي يتوقف تنفيذها.

(1) Cette loi introduit une procédure présentant des similitudes avec des mécanismes prévus par les législations de plusieurs états étrangers :

- Etats-Unis d'Amérique loi fédérale sur la faillite – fresh start- nouveau départ .

- Au Royaume Uni loi sur la faillite 1986.

- Au Danemark loi sur la faillite adoptée en 1984. Lexinter – NET Le droit sur Internet Berlioz Consulting.

للقاضي بعد تقييم الوضعية المالية الميئوس منها للمدين والتأكد من حسن نيته أن يصدر حكما لافتتاح إجراء إعادة الاعتبار الشخصي.

لهذا الحكم آثار قانونية على الدائن فهو يوقف كل إجراءات التنفيذ وتصبح مصالحه معرضة للخطر خاصة إذا انتهى الحكم بافتتاح هذا الإجراء والنظر في وضعية المدين والنطق بأمر افتتاح التسوية القضائية.

إن البحث في القواعد المنظمة لهذا الإجراء يجعلنا في الواقع أمام تطبيقات لأهم الأحكام التي تناولها مشرعنا من خلال الكتاب الثالث من القانون التجاري المتعلق بالإفلاس والتسوية القضائية ورد الاعتبار... المواد 215-388 من التقنين التجاري والتي ينبغي أن ينظم أحكامها كذلك في القانون المدني كما هو الشأن في التشريع المصري في الباب الثاني الفصل الثالث الخاص بالإعسار من المادة 249 إلى غاية المادة 264 وفي قانون الاستهلاك في التشريع الفرنسي .

على مشرعنا أن يسعى إلى تطوير الدور الإقراضي للبنوك التجارية والمتخصصة منها إلا أن هذا لا ينبغي أن يحول دون تقرير وبنصوص قانونية آمرة الحماية الضرورية للمدين المقترض فيجعله أهلا أيضا لنظرة الميسرة في الفقه الإسلامي و هو ما يجب أن يفصح عنه المشرع.

يعد نظام إعادة الاعتبار الشخصي للمدين الذي نظمته المشرع الفرنسي⁽¹⁾ وسيلة قانونية هامة لحماية المقترض وهو نظام تبنته وأخذت بأحكامه العديد من التشريعات وعلى مشرعنا أن يواكب هذه المستجدات القانونية بتنظيمه لهذه أحكام بما يتفق وتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية في بلادنا ومع احترام أحكام الشريعة الإسلامية.

لقد دخلت الجزائر السوق العقارية بمرحلة متميزة بما طرأت عليها من قرارات وأحكام جديدة وتحركات ستعمل على تنظيم أسس السوق العقارية والقروض العقارية بصورة أخص.

كشفت كثير من المصارف في الجزائر عن قرارات معالجة تعثر المقترضين وذلك قبل الانطلاق في إجراءات حجز الأموال العقارية ووضع اليد عليها، ومن خلال هذه المواقف العملية الغير مدعمة بنصوص تشريعية إذا استثنينا بعض الأعراف والعادات المصرفية تسعى البنوك

(1) Art L 331/07/02 loi du 01/08/2003 .

« Si au cours d'exécution du plan conventionnel ou de recommandations, il apparaît que la situation du débiteur devient irrémédiablement compromise dans les conditions prévues au troisième aliéna de l'article L 330/01 le débiteur peut saisir la commission afin de bénéficier d'une procédure de rétablissement personnel .

Après avoir constaté la bonne foi du débiteur la commission saisit le juge de l'exécution aux fins d'ouverture de la procédure, le plan ou les recommandations dont l'exécution a été interrompue , sont caducs.

الجزائية إلى تجسيدها عمليا بقصد استرداد الديون وكذا إعادة الروح والثقة في نفوس المقترضين. مثل هذه القرارات خاصة منها التي ترجح التسوية الودية ستساعد على تضميد الفجوة التي عانت منه السوق العقارية في فترة ما في بلادنا .

لأشك أن الأخذ بالتوصيات التي انتهينا إليها بهدف حماية المقترض المتعثر وخاصة باستعمال الإجراءات النظامية الخاصة بالرهن العقاري وسبل التنفيذ المقترحة ستشكل دفعا آخر للسوق العقارية بتحريك البنوك وتوسيع أعمالها في قطاع التمويل العقاري مع التأكيد على ضرورة إنشاء وتنظيم اللجان لحل مشاكل عجز المدين عن الوفاء.

إن محاولة إعادة النظر في أحكام الرهن العقاري الضمان الأساسي المطلوب لمنح القرض العقاري ولما لا الأخذ بالأنواع الجديدة من التأمينات التي لاحظنا تطبيقها في تشريعات أخرى سنقضي على مشكلة كبيرة لذوي الدخل المحدود في التملك وذلك بالحصول على القرض العقاري دون تكلفة عالية فيأخذ هذا التمويل العقاري دورته الاستثمارية العادية، بحفظ حقوق كلا الطرفين وتجسيد نوع من المرونة في هذا التمويل.

خاتمة

لقد ركزت هذه الدراسة على تناول القواعد والأحكام المنظمة لعقد القرض العقاري بجوانبه القانونية والعملية ولقد اتضح لنا من خلال ما سبق تفصيله أنه:

- لا يوجد في بلادنا مقومات نظام قانوني جيد للتمويل العقاري بوجود سوق أولية وسوق ثانوية منظمة، لها قواعد واضحة تحكمها.

- إن شح آليات القروض للإسكان في السوق يعود لعدم اكتمال البنية التشريعية والإجرائية في القطاع العقاري ، لذا فإنه من الضروري وضع سياسة من أجل إصلاح مؤسسات سوق التمويل العقاري .

بعبارة أخرى تعاني الجزائر من فراغ قانوني معتبر يتعلق بتنظيم عقد القرض بجوانبه القانونية والعملية التطبيقية ومنه نرى بضرورة إصدار قانون الإقراض العقاري على أن يحدد هذا القانون أحكام ومجال تطبيق القرض العقاري الموجه لأغراض شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن وأن تتم إجراءات منح القروض العقارية بوضوح وشفافية بما يكفل للمقترض معرفة جميع حقوقه والتزاماته و هو ما يؤكد فعلا أهمية هذه الدراسة ، الأهمية التي يمكن تلخيصها فيما يلي :

1- انتشار التعامل بهذا النوع من العقود خاصة بعد التعديلات التشريعية ذات صلة

بالتتمويل العقاري التي اشتمل عليها ، القانون رقم 09-01 المؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو سنة 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، و تفضيل المشرع للقروض العقارية عن قروض الاستهلاك و هو ما تؤكد من خلال أحكام المادة 75 منه التي قضت صراحة بأنه "لا يرخص للبنوك بمنح القروض للأفراد إلا في إطار القروض العقارية،(ج ر عدد 44)

2 - تشابك المنازعات الناتجة عن هذا العقد سواء أكانت من جانب الدائن المقرض بدعوى المطالبة بالتسديد عند التعثر الظرفي أو العجز الكامل أو كانت من جانب المقترض بدعوى استغلال ضعفه وحاجته الماسة لاقتناء السكن .

3 - إن هذا العقد يؤثر بشكل مؤكد على اقتصادنا ،حيث يمكن من التخفيف - إن لم نقل القضاء - على مشكلة السكن التي يعاني منها أفراد مجتمعنا منذ سنوات الاستقلال.

و كانت من أهم نتائج هذه الدراسة ما يلي

- 1 - دراسة وشرح الشروط القانونية لهذا العقد على ضوء التطبيقات العملية المتبعة على مستوى مؤسساتنا المالية والمصرفية وكشف الغامض منها ومحاولة تقويم هذه الصور التطبيقية ومقارنتها بما هو معمول به في غير الجزائر.
- 2 - إعطاء بروفيل عام لنظام تمويل السكنات في الجزائر ووضع الخطوط العريضة لقانون الإقراض العقاري المرتقب وعلاقة هذا الأخير بنظام توريق القروض الرهنية ودورها في إنعاش سوق القيم المنقولة في الجزائر.
- 3- الاطلاع على الظروف والبيئة التي يمارس فيها القرض العقاري واثبات الدور الكبير الذي يلعبه هذا العقد على المستويين الاقتصادي والاجتماعي بالنسبة للدولة والموطن الذي هو في حاجة لاقتناء سكن جاهز أو القيام بعملية البناء الذاتي أو الترميم والإصلاح لمسكنه، على حد سواء.

كانت من أهم نتائج هذه الدراسة ما يلي:

- 1 - أن عقد القرض العقاري هو من العقود الملزمة للجانبين المستمرة التنفيذ حيث يتفق بموجبه المقترض برد القرض على دفعات وأقساط دورية وتضاف إلى أصل رأس المال الفوائد والعمولات، و هو من عقود الإذعان والاستهلاك ومن ثم انتهينا إلى ضرورة تنظيمه بقواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لتوفير الحماية القانونية للمقترض باعتباره مستهلكا.
- 2 - كتابة العقد وإدخال الرسمية أمر ضروري لصحة ولضمان مصالح الطرفين وذلك بتحرير بياناته على الوجه المطلوب، وكل مخالفة ترتب حق المقترض في طلب بطلان العقد إن كتابة عقد القرض العقاري وإدخال الرسمية عند انعقاده من شأنها ترتيب مسؤولية السادة الموثقين في تحمل المسؤولية المترتبة على انعقاده، حيث يلتزم هؤلاء الموظفون العموميون من التأكد من خلو العقد من الشروط التعسفية المضرة بحقوق المقترضين ومن ثم حماية المقترض من الغش والتدليس وهي أيضا آلية يمكن بواسطتها، فرض رقابة، للتأكد من احترام ما يفرضه المشرع من قواعد صارمة.
- 3 - التزامات المقرض تتلخص في :
 - * تلقي الطلب، دراسة الملف و اصدار قرار المنح .
 - * إعلام المقترض بقرار منح القرض وبطريقة حساب المستحقات الشهرية من حيث التركيب من أصل وفوائد ومصاريف.

* إخطار المقرض دوريا بالبيانات المهمة الخاصة بسير عقد القرض

يقصد بهذه البيانات تلك التي تؤثر على حقوق والتزامات أطراف العقد ومن أمثلتها قيمة التمويل، مصاريفه وفوائده وإذا كان قسط التمويل مستحقا دوريا يجب على المقرض أن يخطر المقرض دوريا بمقدار القسط وفوائده ومصاريفه وكذا كل تغيير يرد على عنوان المقرض أو على بياناته الشخصية.

4 - التزامات المقرض الأساسية تتمثل في :

*الوفاء بمبلغ القرض في المواعيد المتفق عليها ، ذلك أن المؤسسة المقرضة التي تتولى الربح ، قد سمحت بتأخير رد المبلغ من زمن التعاقد بفترات دورية، مع حرية فرض فوائد مستحقة على القرض العقاري .

إن نسبة الفوائد تؤخذ على المبلغ الإجمالي على التمويل الذي يشمل المبلغ الفعلي للقرض والمصاريف الإدارية التي يتكفل بها المقرض في سبيل منح هذا القرض أما الفوائد فهي ، المبلغ الذي يقدمه المقرض مقابل استعمال المال محل الاقتراض خلال مدة معينة فهي ثمن الانتظار والاستخدام والانتفاع.

* أن يلتزم بعدم تأخير الوفاء وإلا تعرض للعقوبات المناسبة المنصوص عليها صراحة في اتفاق القرض .

*كضمان للوفاء يرتبط إبرام عقد القرض العقاري بتأسيس رهن رسمي على العقار المعين تعيينا دقيقا ينفي الجهالة والغرر وكذا بإحضار كفيل شخصي غارم للوفاء بحقه عند ماطلة المقرض وإعساره وقد اتفق القانون و القضاء على مسؤولية الكفيل في حالة تعثر المدين الأصلي المقرض أو إعساره. ومن ثم يقع على المقرض الالتزام بتقديم ضمانات كافية تضمن للمقرض حقوقه.

5- ضرورة تنظيم قواعد الإيجاب والقبول والبيانات التي يجب أن يتضمنها كل منهما وكذا جزاء تخلف هذه البيانات.

6- حلول مواعيد استحقاق باقي قيمة القرض عند تخلف المقرض عن السداد بشرط أن يتخلف عن دفع قسط واحد من مجموع الأقساط المتفق عليها ،موضوع جدول الاستحقاقات المصادق عليه من قبل المقرض وذلك دفعا للضرر اللاحق بسبب سقوط الأجل وحلول الأقساط .

7 - انتهينا إلى أنه يجب أن ينظر إلى حال المتأخر المقرض عن السداد فإذا كان معسرا رجح تطبيق نظام معالجة حالة التدين، فلا يحكم بحلول أجل قيمة الأقساط والفوائد الاتفاقية المقررة

أصلاً إلا في حالة عسر أما إذا كان موسراً فإنه يحكم بسقوط الأجل وحلول الأقساط لأنه مفروض غير معذور .

8 - يبقى المقترض المالك للعقار، ومن ثم تطبيق القاعدة العامة التي تخول للمالك حرية التصرف ، بشرط إخطار الدائن المقرض، ومع ذلك نرى أن إدراج شرط في العقد يمنع المقترض من التصرف في هذا العقار أمراً جائزاً بناء على جواز اشتراط شروط العقد التي لا تخالف القاعدة العامة ولا النظام العام ولا تخالف مقتضى العقد ومثل هذا الشرط نرى فيه أمراً يحقق مصلحة كلا الطرفين .

9 - لتشجيع المؤسسات المصرفية على الإقدام على منح هذا القرض انتهينا إلى ضرورة حماية المشرع للمقرض من ممانعة المقترض على السداد لذلك أكدنا على :

* صحة الشرط الفاسخ الذي يدرج في العقد لصالح المؤسسة المقرضة التي لها الحق في فسخ العقد بإرادة منفردة واسترداد مبلغ القرض في حالة ممانعة المقترض على السداد .

* تعويض المقرض عن الضرر للممانعة وعن التكاليف الناتجة عن المطالبة القضائية مع الحكم بتعويض مناسب لحجم الضرر منعا لكل إجحاف بحق المقرض ، وفقاً لشروط العقد وحسب فائدة التأخير المنفق عليها.

ففي حالة إعسار المقترض يمكن للمقرض المطالبة بتسديد رأس المال المتبقي وكذا الفوائد المستحقة ، وإلى أن يتم الأداء الفعلي فإن المبالغ المستحقة تنتج فوائد التأخير بسعر فائدة يساوي فائدة القرض .

10 - ضرورة حماية المقرض الطرف الضعيف في هذا العقد ولعل من أهم صور هذه الحماية نذكر :

* التطبيق الصارم للقواعد العامة للعقود كالقواعد المتعلقة بعيوب الإرادة خاصة استغلال الوضع الضعيف للمقرض والمداخل الغير الكافية ، ومنح القرض مع عدم احترام مبدأ التناسب .

* حماية المقرض من الإعلانات الخادعة بتنظيم مشرعنا لتلك الإعلانات التي يجب أن تتضمن جملة من البيانات التي تمكن المقرض من إدراك وفهم ما هو مقدم عليه ومنه بتنظيم مضمون الدعاية والإشهار للقروض العقارية بنصوص و أحكام أمرة.

* إلزام مؤسسات القرض بإعلام المقرض بشروط العقد وذلك باستخدام وسائل كفيلة كالرسائل الموصى عليها مع الإشعار بعلم بالوصول وبورود الموافقة لمؤسسة القرض وتأشير المقرض على دفاتر داخلية تنشأ لدى المصالح الخاصة بالقروض بشرط أن تكون دفاتر منتظمة

مرقمة مؤشرا عليها من قبل مديريات الوكالات المانحة لتمثل هذا القرض، فيتمكن المقترض من العلم علما كافيا بشروط العقد بعيدا عن كل إجحاف وإضرار بمصالحه .

11 - حماية للطابع الائتماني للعقد ، ورغم حرية الطرفان فيما يتعلق بتحديد شروطه ينبغي أن يتدخل المشرع ليفرض بعض القيود القانونية على حرية تصرف المؤسسات المقرضة تحت طائلة توقيع عقوبات مدنية وحتى جزائية تقرر من قبل لجنة المراقبة على مستوى بنك الجزائر وذلك بتعديل قانون النقد والقرض توكيا لاستغلال ضعف المقترض .

تلتزم بالضرورة بتحديد مبلغ القرض كأصل تحديدا دقيقا من حيث مدته وكذا مبلغ الفوائد وما نحوها، وممارسة هذه الهيئة لصلاحياتها إزاء هذه العملية بتحديد السعر الفعلي الإجمالي للقرض فتضاف إلى الفوائد ، المصاريف والعمولات .

12 - تمكين المقترض في حالة استحقاق الدين لأي سبب من الأسباب أن يطلب إقامته حارسا قضائيا على العقارات المرهونة وتسلمها إلى يوم بيعها بالمزاد وتسليمها إلى من يرسو عليه مزادها أو تعيين حارس قضائي عليها يختاره أو يوافق عليه لنفس الغرض بشرط قبول المقترض هذا الإجراء بمجرد إبرام العقد .

قبول اختصاص السيد قاضي الأمور المستعجلة في الفصل في طلب الحراسة ويحدث هذا الاتفاق آثاره ضد كل واضع يد احتمالي أو حائز للعقارات المرهونة أو أي خلف للمقترض دون ضرورة لإدخالهم في الدعوى .

13 - اعتبار جميع التعهدات التي يلتزم بها المدين المقترض في هذا العقد غير قابلة للتجزئة بين أفراد عائلته .

يمكنهم أن يقرروا أنهم متضامون متكفلون بالانفراد و الاجتماع فيما بينهم لأجل تنفيذ جميع تلك التعهدات و لا يكون لأحدهم في أي حال من الأحوال أن يتنزع بحق القسمة أو تجريد الآخرين ويظل التضامن والتكافل بالانفراد والاجتماع وعدم قبول التجزئة في مجموع التزامات هذا العقد قائما بين جميع ورثته وبين جميع ورثة من يتوفى ومن يظل باقيا على قيد الحياة .

14 - توقيع عقوبات مدنية كإسقاط حق مؤسسة القرض في المطالبة بالفوائد وكذا جزائية بالنص على غرامات مالية تطبيقا لأحكام المادة 38 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23-06-2004 المتعلقة بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حماية للمقترض و الائتمان العقاري الذي يمنح من طرف مؤسسات تقوم بعمليات منح الائتمان على وجه الاعتياد وبطرق

مهنية حيث تملك القدرات البشرية والتقنية للتحكم في المسائل العقارية أكثر من الطرف المستهلك المقترض من الخواص.

15- اعتبار الفائدة المستحقة التي ترد على عقد القرض العقاري وفقا لإجماع الفقه الإسلامي من قبيل الربا وذكرنا دون موقف خاص أحدث الآراء في الفقه الإسلامي حول هذا الموضوع والبدائل المطروحة.

توصيات الباحث

- امتدادا للدور المصرفي الرائد للبنوك في الجزائر لخدمة المجتمع والاقتصاد في إطار:
- خطة الدولة نحو تطوير وتحديث البنوك وفقا لسياسة مالية ونقدية متكاملة يقودها بنك الجزائر، بفكر مستنير .
 - تطوير السياسات الائتمانية
 - الإسراع في تطبيق حزمة من السياسات الرامية لمواكبة المعايير الدولية والتقدم التكنولوجي كل ذلك في إطار دعم الرقابة والإشراف على البنوك، نرى انه من الضروري تقديم جملة من التوصيات لتفعيل دور المؤسسات المقرضة في منح وتنفيذ وتسيير عقد القرض العقاري:
 - 1- سن قانون خاص بالإقراض العقاري من خلاله يمكن تحقيق منظومة متكاملة لجميع المتعاملين في سوق العقارات من مؤسسات القرض المختصة والمقترضين .
 - لا شك أن هذا القانون الذي لابد أن يتضمن أحكاما موحدة غير مبعثرة في قانون الاستهلاك ولا في قانون البناء والتعمير ولا في قانون المدني ولا في قانون النقد والقرض من شأنه تدعيم موقف المقترض ذي الدخل المحدود.
 - إن هذا القانون هو وحده الكفيل بإزالة الغموض واللبس عن العديد من الجوانب المتعلقة بعقد القرض العقاري، فهو الذي من شأن أحكامه تنشيط سوق العقارات.
 - أصدر مشرعا أحكام قانون توريق القروض الرهنية ، بفضل هذا القانون سيتم الإسراع في دورة رأس المال العقاري من ناحية وتنشيط حركة تقديم القروض العقارية على الخواص من ناحية أخرى فيسري هذا القانون على عمليات منح القروض العقارية للخواص لشراء أو لبناء او لترميم أو توسيع السكنات وذلك بضمان رهن العقار رهنا رسميا .
 - و يجب بالضرورة أن يحدد هذا القانون :
 - *الجهات القانونية المؤهلة لمنح هذا القرض وهي تتمثل خاصة في البنوك سواء أكانت تجارية أو عقارية في حالة تبني نظام تخصص بعض البنوك .
 - *قواعد منح هذا القرض وحدوده الائتمانية ونسبة القرض إلى قيمة العقار المقدرة بمعرفة خبير التقييم المعين من قبل مؤسسات القرض .

*أحكام اتفاق القرض وحقوق والتزامات الطرفين مع التأكيد على التزامات المؤسسات المقرضة في الإعلان وصحة الإشهار والإعلام وفق النموذج المحدد في اتفاق القرض بدلا من الاختلافات الملاحظة في اتفاقات القروض المعتمدة من قبل مؤسسات القرض.

*خطوات التنفيذ على العقار في حالة تعثر المقرض عن الوفاء بالمبالغ المستحقة من القرض من أصل الدين والفوائد التي لا يجب الشروع فيها إلا بعد مضي أجل معين من تاريخ الاستحقاق نقترح بان يحدد بثلاثين يوما بدلا من 15 يوم الذي يقضي به المشرع في القروض العادية طبقا لأحكام المادة 121 من قانون النقد والقرض، والمعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 132/06 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك...

*ضمانات اتفاق القرض العقاري غير الرهن العقاري الذي نعتبره من التأمينات الكلاسيكية فنقترح تطبيق تأمين الكفالة الذي أشار إليه بشكل مختصر مشرعا في المادة 8 من القانون 06 / 04 المؤرخ في 20/2/2006 المعدلة والمتممة للمادة 59 مكرر من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات .

وهو تأمين من خطر القرض الذي يشترطه المقرض لتغطية قيمة القرض وملحقاته ضد خطر عدم الوفاء ووفاء المقرض وعجزه أو فقدانه لمنصب عمله .

*التدابير الجزائية التي تتخذها الجهات المعنية خاصة منها لجنة المراقبة المصرفية على مستوى بنك الجزائر التي تتكفل بمراقبة مدى احترام مؤسسات القرض للأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة بعقد القرض العقاري والمعاقبة عن كل مخالفة يتم معابنتها،و تتكفل لجنة البنود التعسفية بتحديد جملة الشروط التي تكيف على أنها تعسفية والتي ينبغي على مؤسسات القرض إزالتها من اتفاقات القرض العقاري المبرمة مع الخواص.

*أحكام معالجة حالة التدين المفرطة التي قد يعاني منها بعض المقرضين الذين يعانون رغم حسن نيتهم من ظروف مالية صعبة.

ف يتم حصر أموال المدين والحجز عليها وبيعها لمحو ديونه بشرط أن لا يشرع في هذا الإجراء إلا بطلب من المدين نفسه أو من قبل اللجان التي نقترح تشكيلها التي تنظر في حالة التدين وطلب الإعفاء.

لتوفير خطوط تمويلية وللحد من أزمة السكن ومساعدة الدولة في حل هذا الإشكال نؤكد على ضرورة تقنين وتنظيم عملية القرض العقاري بإصدار هذا القانون الكفيل وحده بتحديد الخطوط العريضة لأسباب هذا العقد وفعالياته، وإحداث تحول في الاتزان القانوني في اتجاه المؤسسات المالية المقرضة بتوفير نوع من الضمانات المتميزة كتدخل الهيئات المساندة لتشجيعها على منح الائتمان. لا شك أن تحسين الوضع الاقتصادي المتوقع مستقبلا من شأنه أن يضمن سداد المواطنين المقترضين للأقساط المستحقة ومن ثم زيادة نسبة القروض الممنوحة وزيادة معدلات الدوران للاستثمارات العقارية وتنشيط سوق المال بضخ أوراق مالية جديدة للتداول .

إن هذا القانون من شأنه خلق بيئة تنافسية متميزة في سوق واعد لسوق العقارات.

2 - إجراء تعديلات على القوانين المتعلقة بالتأمينات خاصة منها الرهن الرسمي، انطلاقا من ضرورة تخفيض تكاليف هذا العقد والتقليل من أتعاب الموثقين المحررين والمشرفين على قيد وشهر هذه العقود علما أن عقد الرهن لا ينعقد إلا بعقد رسمي أو بحكم أو بمقتضى القانون وأن مصاريفه يتحملها المدين الراهن.

3 - إذا كان حاليا التمويل لإنشاء أو لاقتناء أو بناء أو ترميم مسكن يرتبط بالرهن العقاري كشرط أساسي فإننا نوصي بتطوير بدل هذا النوع من التأمينات العينية، نظام متميز للضمانات تشرف عليه هيئات متخصصة و قد تقترح:

* اللجوء إلى امتياز مقرض الثمن Le privilège de prêteur de deniers P.P.D

الذي ينص عليه القانون المدني .

يقترّب هذا الامتياز من حيث الآثار بالرهن الرسمي، لكنها تسري من تاريخ بيع العقار شريطة أن يكون قد تم تسجيله خلال شهرين وللتمسك بهذا الامتياز الخاص الوارد على العقار، يتوجب على الدائن المقرض أن يكون قد راعى إجراء توثيق عقد القرض .

من مزايا هذا الامتياز الذي يلجأ إليه كثيرا في غير الجزائر، الإعفاء من الرسوم العقارية، كما هو أقل كلفة من الرهن الرسمي، ولكنه خاص بحالة اقتناء العقار القائم فلا يطبق على القرض الموجه للبناء الذاتي أو أشغال الترميم .

*تطبيق نظام شركات ضمان القرض العقاري Sociétés de cautionnement التي تمنح

ضماناتها للخوارج عند منحهم قروضا عقارية ويساهم في هذه الشركات كمساهمين رئيسيين البنوك والمستثمرين المؤسسيين Investisseurs Institutionnels .

إن هذا الضمان البسيط السريع والقليل التكلفة يتم عن طريق عقد عرفي ومن ثم تفادي اللجوء إلى التأمينات العينية كالرهن الرسمي خاصة وهذا طيلة الفترة التي يفي فيها المقترض بمستحقاته وملحقاتها بصورة منتظمة ويمكن تفادي عوارض الدفع بإجراء دراسات مشددة للمخاطر الائتمانية قبل منح هذه الكفالة .

يمنح هذا الضمان للخواص العملاء، أصحاب حسابات الودائع بعد الاطمئنان على انتظامها و حسن مسكها.

لا تتردد شركة الضمان عند حدوث عوارض الدفع في إبرام وعودا بالرهن العقاري التي تتحول إلى رهون رسمية، إذا استمرت الصعوبات المالية للمقترض الذي يلتزم للاستفادة من هذا النوع المتميز من الضمانات، التي تقدمها مؤسسات مالية مشكلة في شكل شركات متخصصة في ضمان القروض العقارية :

- دفع عمولة الضمان مقابل الخدمة المقدمة .

- المساهمة في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة Fonds Mutuel de garantie.

- بموجب القواعد المنظمة لهذا النوع من الضمانات، يحق للمدين المقترض استرداد جزء من هذه المساهمة عند نهاية القرض أو عند التسديد الكلي المسبق.

هذه الكفالة قد تقدمها التعاونيات المهنية كتعاونيات التربية الوطنية.

قد يحفز إصلاح أحكام التأمينات على الإقدام لطلب الحصول على القرض، فبدلا من الكفالة الشخصية وما قد يتعرض له الكفيل من مخاطر تقدم الكفالة من قبل شركات متخصصة يساهم في تكوين رأسمالها البنوك والمؤسسات المالية أو الخزينة العامة وشركات التأمين.

لا يكون لهذه التعديلات الأثر المعتبر على سياسة الإقراض العقاري إلا باحترام درجة التوازن والتناسب ما بين متوسط دخل المقترض ومبالغ القروض التي تمنح .

4- لأهمية الضمانات في عمليات القروض و دون إهدار حق المقترض في الحماية

القانونية ولا بضرورة توفير حق المقرض الدائن في الأمان القانوني l'impératif de la sûreté juridique نقترح بدمج كل التأمينات عينية كانت أو شخصية أو غير عينية في باب مستقل في

التقنين المدني بدل من النصوص المتناثرة في فحوى هذا القانون مع إبداء الملاحظات التالية:

*- إن القاعدة في أحكام إنشاء الرهن التي نظمها القانون المدني تقضي بأن الرهن الرسمي على العقار غير قابل للتجزئة، بمعنى أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن

لكل دين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك

إذا انقضى جزء من هذا الدين يبقى العقار المرهون ضامنا لما بقي من الدين لكن خروجاً على هذه القاعدة يمكن الأخذ بما توصل إليه التشريع الفرنسي من خلال آخر تعديل للأحكام المتعلقة بالتأمينات العينية في 23/03/2006 حيث أقر بما يسمى بالرهون الرسمية القابلة للتعبئة Hypothèques Rechargeables حيث يمكن للمدين الذي قدم عقارا كضمان لقرض عقاري ألا يمنح ضمانا آخر لقرض جديدة يعقدها لاحقا وذلك في حدود ما انقضى من مبلغ الدين الأصلي فيتحرر الضمان الأول جزئياً ليضمن ديناً جديداً.

* - ضرورة النص في قانون التأمينات المتعلقة بالقرض العقاري على شروط رفع اليد وإنهاء الامتيازات ومقدار مصاريف رفع اليد أو شطب القيد .

يقر الدائن من خلال هذا التصرف القانوني بأن المدين قد قام بالوفاء بكامل دينه. إن هذا الإجراء يتم في كثير من التشريعات بصورة تلقائية بعد مدة من انتهاء الأجل القانوني للقرض، و بإعفاء شطب الرهن العقاري من جميع الرسوم المستحقة.

*- قبل حلول هذا الأجل وفي حالة بيع العقار موضوع التمويل يحق للحائز المطالبة بمحو قيد الرهن أو الامتياز مع بقاء حق المؤسسة المقرضة ، في إجراء البيع حتى ولو انتقلت الملكية لغير المقترض .

للتذكير فإن محو قيد الرهن الرسمي الضمان الأساسي للقرض العقاري، يتم بتدخل الموثق ومصالح المحافظة العقارية وإن مصاريف هذا الإجراء تكون على عاتق المقترض.

- إذا تعذر تأسيس ضمان عيني على العقار محل القرض ، إما لأنه غير مقيد باسم المقترض أو لعدم كفايته ، للبنوك والمؤسسات المالية أن تلجأ لآلية الخصم من الدخل أو الراتب أو ما قد يعبر عنه بالتفويض في السداد ونوجز الشروط اللازمة لصحة هذا الإجراء فيما يلي:

* يتم تحديده بالاتفاق بين المقرض و طرف آخر، كأحد البنوك أو الجهة التي يعمل لديها المدين.

* يذكر في العقد على تحويل راتب المقترض أو دخله إلى أحد البنوك، الذي يتولى عملية خصم قيمة القسط من راتب المقترض أو دخله و سدادة إلى المقرض مباشرة.

* يتم فتح حساب لدى البنك باسم كل طرف، فيقوم البنك بالتحويل من أحدهما للآخر.

*يجوز أيضا الاتفاق على أن تتولى الجهة التي يعمل لديها المقترض أو يحصل على مستحقاته منها باستقطاع قيمة القسط و سداده مباشرة إلى المؤسسة المقرضة. وتعتبر هذه العملية من الناحية القانونية بمثابة حوالة حق و تفويض في السداد.

* صدور إقرار من المقترض بالموافقة على الخصم من الراتب أو الدخل، و هذا الإقرار ضروري في العلاقة بين المقترض المدين و الجهة التي تتولى عملية الخصم البنك أو المصلحة التي يعمل لديها.

* إقرار المقترض و قبول الجهة الأخرى،التي تكون قد حصلت على تفويض من المقترض بسداد أقساط التمويل خصما من الراتب أو الدخل ، يفترض أن تتوافر لدى المقترض أهلية الإقرار بالموافقة على الخصم و السداد، و أن تكون إرادته خالية من العيوب.

* عدم تجاوز الخصم نسبة معينة من راتب المقترض أو دخله ، تحدها الأعراف المصرفية بما لا يجاوز حدا معين من الدخل كله.

عمليا يستحسن أن لا يتجاوز الخصم أربعين في المائة من مجموع دخل الشهري و ذلك بهدف ضمان التناسب مع المقدرة المالية المقترض وقيمة العقار أو لمن حصل على القرض في غير حالة الشراء، و عدم إرهاقه بالزامه بدفع قسط كبير يستنزف نسبة كبيرة من دخله، قد ينتهي الأمر بعجزه عن الوفاء بالتزاماته المترتبة على القرض، وهو ما يضر بالائتمان، ولا يخدم الأهداف المتبعة من إقرار هذا النوع من الخدمات المصرفية.

* إتباع مؤسسات القرض إجراء توطين الرواتب كحل جذري لمعاناة المواطنين للحصول على قرض وهي المشكلة الأساسية التي تعاني منها البنوك،فتوطين الرواتب يشجع على منح القروض ببسر وسهولة وخاصة وأن تحويل الاقتطاعات أو الدفع المباشر تعترضه صعوبات جمة منها التأخر من قبل المقترض أو التأخير في تحويل قيمة الاقتطاع .

*وضع آلية تحدد كيفية الوفاء بأقساط القرض في الحالة عجز المقترض أو وفاته أو فصله عن العمل، و إمكانية الخصم من مكافأة نهاية الخدمة أو التعويض عن إصابة العمل أو المعاش.

5- أن لا تتعارض أحكام القانون المنظم لعقد القرض العقاري و أحكام التقنين المدني وقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فلا بد أن يتضمن قواعد حازمة تضمن للمؤسسات المقرضة استرداد حقوقها عند تخلف المقترض مع ضرورة تنظيم معالجة حالة التدين على النحو المفصل في هذه الدراسة .

إن عقد القرض العقاري هو من القروض الاستهلاكية وليس الاستثمارية والمقترض يحتاج مالا لشراء سكن يؤويه فيلجأ للإقراض.

أما المقرض فهو الذي يستثمر وبفائدة محددة مسبقا وبالتالي لابد من تبني مبدأ الضرر بمعنى أن منح القرض العقاري هو عقد ضروري لمواجهة أزمة الحصول على وحدة سكنية أو القيام بإعمال البناء الذاتي أو الترميم وليس بقصد الترقية وهذا يؤثر لا محال على طبيعة عملية التنفيذ ومنح الائتمان .

6- إعادة الهيكلة المالية والإدارية للبنوك العامة كركيزة أساسية من ركائز إصلاح القطاع العقاري لخلق كيانات مصرفية قوية قادرة على المنافسة .

تتمثل الهيكلة المالية في زيادة رؤوس أموال تلك البنوك ليتناسب حجم الودائع وحجم التمويل العقاري الذي تقوم به.

أما فيما يتعلق بالهيكلة الإدارية فتتم عبر عدة محطات تتعلق خاصة بسياسات منح القروض العقارية نذكر منها ما يلي :

*-الاهتمام برفع كفاءات القائمين على دراسة ملفات طلبات القروض العقارية وصقل خبراتهم من خلال الدورات التدريبية المتخصصة في التمويل العقاري .

*- برمجة الدورات التدريبية والمتطورة في الداخل أو في الخارج وإعادة بناء الثقافة المصرفية لفهم احتياجات المقترضين وتنمية قدرات الموظفين على إدارة الحديث والتعامل معهم بعقلية المصرفي الواعي.

*-تطوير وتنمية تكنولوجيا المعلومات وربط الفروع بالمراكز الرئيسية لسرعة اتخاذ القرارات على أساس سلم منح القروض العقارية .

*-دعم وسائل الرقابة الداخلية السابقة واللاحقة لقرار منح القرض العقاري .

*- تفعيل إدارة المخاطر الخاصة بالقروض الممنوحة للخواص ،بهدف تقييم مختلف المخاطر بما فيها الائتمانية وتحسين أساليب وأسس تقديمها وإدارتها وإلحاق هذه الهيئة أي مركزية المستحقات غير المدفوعة للخواص ببنك الجزائر و تكلف هذه الهيئة بجمع من كل البنوك والمؤسسات المصرفية أسماء المستفيدين من القروض العقارية والمبالغ الممنوحة والضمانات التي تم تقديمها .

*الإلزامية انخراط البنوك والمصادقة على ميثاق هذه الهيئة Centrale des Risques des

(CRM) Ménages.

يعد مجلس النقد والقرض نظام سير مركزية المخاطر للخواص وتمويلها من قبل البنوك والمؤسسات المالية وكذا مركزية المستحقات الغير مدفوعة لتجنب حالات تدين الخواص و معالجة حالات التدين المفرطة للمقترضين و تحديد طريقة التعامل مع حالة إفسار المدين وتنظيم هذه المسألة بقواعد قانونية ذات طابع حمائي .

* أن ألا تقتصر وظيفة البنوك المانحة للقروض العقارية على التمويل بل ينبغي أن يمتد نشاطها إلى مجالات أخرى كإجراء الدراسات الفنية و الاقتصادية، تقييم الأراضي، المساهمة في تكوين جمعيات للإسكان، فتكون شريحة متنوعة من عروض التمويل، و تتبع من ثمة أسلوب تمييزي في منح القروض من حيث الأولوية، و أسعار الفائدة، و مدة السداد.

حتى يتحقق ذلك، فإن تنظيم المؤسسات المالية القائمة بالتمويل العقاري يجب أن يبتعد عن البيروقراطية كما ينبغي أن ينتهج أسلوب اللامركزية في الإدارة، و الانتشار الجغرافي.

7- في مجال التعامل مع الديون نقتراح تبني حزمة متكاملة من الإجراءات للتعامل مع هذه القروض حيث أنه من الضروري أن تسود روحا إيجابية جدية بين مؤسسات القرض والمقترضين العقاريين ونركز في المنطلق على الأساليب التي تبنى على الطرق الودية بدلا من اللجوء إلى الإجراءات القضائية بالزامية:

* استحداث في كل الفروع البنكية المانحة للقرض العقاري وظيفة خدمة العملاء لتسجيل ومتابعة إشكالات المقترضين العقاريين .

*فتح باب التفاوض الفعال مع المقترضين المتعثرين الجادين وإجراء دراسة شاملة لأوضاع المديونيات للتوصل أولا إلى جدولة أو تسوية بعضها وإعادة الجدولة تكون على آجال طويلة تتناسب و إمكانية المقترضين المتعثرين في الوفاء بالتزاماتهم.

*إمكانية الصلح بعد صدور الأمر بالحجز بشرط تسديد كامل مستحقات المقرض .

*إنشاء لجان تحكيم داخل بنك الجزائر لتسوية هذا النوع من الديون والحيلولة دون إجراءات الحجز والبيع بالمزاد العلني للعقار على أن تتشكل هذه اللجان من ذوي الخبرة والكفاءة العالية في مجال منح الائتمان وتسوية الديون من رجال القانون والاقتصاد.

*إنشاء وحدة لمعالجة التعثر ذات هيكل إداري مستقل، على مستوى كل مؤسسة مانحة للقروض العقارية، للتعامل مع حالة الإفسار ،ذلك أن العديد من المواطنين سيدفعون جل مداخيلهم لسداد القروض فبعضهم سيلتزم فعلا بتسديد القروض خوفا من البيع الجبري لمسكنهم ويعيشوا على مبالغ زهيدة لا تكاد تفي بالقدر اليسير من الاحتياجات، نتيجة ارتباطهم في بعض الحالات

بسداد هذا القرض و قروض أخرى استهلاكية . يعود هذا إلى تغير نمط الحياة وتحرك بعض الاحتياجات لترتفع إلى مستوى الضرورة وفي نفس الوقت لتدني مستوى الأجور وبقيائها مجمدة إلى فترات طويلة.

من واقع مسؤولية مشرنا تجاه مواطنيه ندعوه إلى التحرك من خلال أحكام قانون الإقراض العقاري لإيجاد حل للتخفيف من هذه الديون .

إن هذا الموقف ضروري لتبني نظام لجان معالجة حالة التدين أو نظام الإعسار والتسوية القضائية وإعادة الاعتبار الشخصي للمقترض، إن الدول تعمد إلى إلغاء الديون عن دول أخرى معسرة لا يربط بينها سوى الشعور الإنساني ، فكيف بمشرنا اتجاه مواطنيه. رغم أن طلب القروض حق شخصي يلزم طالبه، مع ذلك يمكن معالجة حالات استثنائية للحد من حالات الطرد من المسكن العائلي وإبعاد طلبات الإعفاء ممن تمت إدانتهم بجرائم الاختلاس والتزوير والتحايل على القانون.

8- تأكيد و إبراز دور القاضي في تعديل العقد خروجاً على القاعدة العامة التي تقضي بسلطان إرادة الأفراد في الدخول في العلاقة التعاقدية و إنشاء العقد و تحديد آثاره مع تتبع الحلول التي وضعها الفقه الإسلامي في نطاق دور القاضي في التعديل و ذلك لبناء نظرية متكاملة لها أصلها الثابت في قواعد الشرع الإسلامي الأصولية و مصادر أدلته الشرعية تكون تحت نظر المشرع بصدد تنقيته النصوص و الأحكام الواجبة التطبيق على هذا العقد و التي ينبغي أن لا تخالف الشرع أو تتعارض مع أحكامه ذلك أن :

*مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التعاقدية يعتبر من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي

و يكشف عن ذلك جملة النصوص القرآنية و الأحاديث النبوية التي جعلت من الرضا أساساً للمعاملات المالية إذ للإنسان الحرية المطلقة في إنشاء ما يرى إنشائه من عقود و أن يشترط ما يشاء من اشتراطات شريطة ألا يتعارض ذلك مع أصل من الأصول الشرعية.

*حث الناس على الوفاء بالعقود ،فالأصل إذن هو الحرية التعاقدية القائمة على الرضا والوفاء بالعهد و لا يقلل من طلاقة هذه القاعدة اشتراط إجراء معين بجانب الرضا كاشتراط الكتابة في الالتزامات المؤجلة كما هو الحال عليه في عقد القرض العقاري بقصد الإثبات، فيبقى التراضي هو الأصل الذي ينشأ على أساسه هذا العقد طالما توافرت صيغة الإيجاب و القبول بالشروط المعتبرة و كانت إرادة المقترض مبرأة من العيوب

*لما كان سلطان الإرادة هو المبدأ الذي يسود العلاقات التعاقدية فإن نطاق العقد تبعاً لذلك يتحدد على الوجه الذي اتفق عليه المتعاقدان و لا يجوز تعديل هذا الاتفاق أو نقضه إلا باتفاق الطرفين الذين رتبا آثاره و أحكامه ابتداء.

إلا أنه لما كانت العدالة تقتضي التوازن بين الالتزامات المتقابلة و منع الضرر الذي قد يصيب أحد الطرفين خاصة المقترض نتيجة شروط مجحفة قد تفرضها مؤسسات القرض فإن القاضي يتدخل بتعديل الالتزام العقدي بتخفيف الالتزام المرهق إعمالاً لدوره في إقامة العدل و صيانة الحقوق بتطبيق نظرة الميسرة في حالة إفسار المدين المقترض المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 281 ق م فيجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو أجل ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم.

*بالغاء الشرط الفاسد و تصحيح العقد خاصة وان المشرع الجزائي قد أقر صراحة اتفاق الأطراف على الفائدة مقابل تأخير الدين أو نظير الدين و الاستفادة به بل أن المشرع فرض فوائد قانونية في حالات عديدة (المادة 456 ت م) ومن ثمة لا بد أن يمنح القاضي سلطة تعديل الاتفاق العقدي إذا أنصب على فائدة تزيد عن الحد المعقول و الحيلولة دون إرهاب المدين و الإضرار به و تحقيق قدر من التوازن في العلاقة التعاقدية.

* للقاضي سلطة تعديل أجل الالتزام العقدي ذلك الأجل الذي اتفق الطرفان على تنفيذ الالتزام العقدي عند حلوله.

عند حلول أجل تنفيذ العقد يكون لزاماً على المدين أن يقوم بالوفاء إلا أن هذا التنفيذ قد يكون مرهقاً للمدين أو يسبب له ضرراً يجاوز ما يصيب الدائن من ضرر عند التنفيذ التي أعسر بها المدين وجعل مراعاة نظرة الميسرة وجوبية على القاضي إذا توافرت شروطها

*اعتبار التفسير كصورة من صور تعديل العقد من جانب القاضي إذا كان غموض العبارات أو اللبس في اللفظ يرجع لجهل المقترض العقاري أو بسوء نية المؤسسة المقرضة فراراً من أحكام العقد أو القانون فيكون التعديل هنا مردود إلى الإرادة الحقيقية التي أخطأت ومنه فإن التفسير قد يصل بالقاضي إلى تعديل العقد خلافاً للإرادة المشتركة.

9- توحيد مذكرات الائتمان العقاري و نماذج الاستعلامات لتتضمن حد أدنى من البيانات والمعلومات اللازمة لإجراء دراسة متكاملة لطلب القرض و إخضاع المؤسسات المقرضة لجهة رقابية.

فمسألة رقابة القروض العقارية تحتل أهمية متنامية حيث يتعين على بنك الجزائر وضع قواعد للرقابة والإشراف وتعيين ضوابط الحدود القصوى للتمويل العقاري ومراقبة قواعد الإفصاح عن البيانات الواجب نشرها وكيفية إتمامه.

* إن مشرعنا قد تطرق لفكرة الممارسات التعاقدية التعسفية من خلال الفصل الخامس من القانون 02/ 04 المؤرخ في 2004/6/23، والمرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، فحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، لكننا بحكم هذه الدراسة قد نكيف بعض الممارسات على أنها تعسفية التي ينبغي على لجنة البنود التعسفية أن تقف عندها وتصدر قرارا بإزالتها من نماذج إتفاقات القروض العقارية و نذكر فيما يلي نماذجنا عنها :

* إلزام المقترض بتسديد بعض المصاريف التي تعرضها مؤسسة القرض بشكل تقديري دون تبرير لضرورتها أو لطريقة وسلم تقييمها .

* تمكين المقرض من معاينة العقارات في أي وقت دون تحديد لشروط وأوقات ممارسة هذا الحق .

* تحميل المدين لمصاريف تحصيل الدين أو أتعاب الإجراءات التي يلجأ إليها.

* إحداث تغيير في نسبة الفائدة المطبقة بالزيادة أو النقصان مع إمكانية تغيير طرق الوفاء المتفق عليها باختيار إحدى الاقتراحات التي يقدمها المقرض دون تحديد للتاريخ الذي يلتزم فيه المقرض بإخطار المقترض ولا بالمعلومات التي تمكنه من ممارسة اختياره عن دراية وإدراك .

* إجراء المقاصة بين مستحقات القرض العقاري ومبالغ تلتزم مؤسسة القرض بتقييدها في حساب ودائع المقترض بغير توفر لشروط المقاصة .

* إلزام المقترض بدفع كل مداخله في حسابه المفتوح لدى مؤسسة القرض تحت طائلة إسقاط أجل الدين في الوقت الذي يكون فيها المقترض منتظما في الوفاء بمستحقاته .

* اختراق قواعد الاختصاص المحلي .

* النص على حق المقرض في التمسك بإسقاط آجال الدين عند عدم احترام أي التزام أو في حالة عدم التصريح بمعلومات لا علاقة لها بالعقد.

يجب أن تخول هذه اللجان سلطة إبداء الآراء والتوصيات لخدمة الصالح المشترك لطرفي العقد وإذا كانت هذه اللجان ليست ذات سلطة لإصدار القرارات ، فدورها يجب أن لا يقتصر على الطابع الاستشاري.

لها أمر إلغاء العمل ببعض الشروط كما أن أثر اجتهادها يتوقف حسب اعتقادنا على الدور الإعلامي لأرائها وتوصياتها ولعضويتها المتميزة و لعلاقة التشاور والتكامل بالهيئات القضائية والشركاء الاقتصاديين.

10 - لخطورة التنفيذ على العقار موضوع التمويل في حالة تعثر وإخفاق المدين المقترض في الوفاء بمسئقاته، نقترح تعديل نص المادة 721 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على النحو التالي:

" لا يتم البيع إلا بعد تعيين خبير التقييم العقاري لتحديد الثمن الأساسي للعقار محل التنفيذ قياسا على العقارات المماثلة في ذات المنطقة أو في منطقة مشابهة والتعديلات التي طرأت على العقار بعد شرائه وأثر معدلات التضخم على سوق العقارات".

* فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية للحجز العقاري نقترح بالإضافة إلى البيانات التي نص عليها مشرعنا، أن يتضمن أمر الحجز ما يلي :

*الإشارة إلى أن المدين المقترض يعاني من حالة التدين.

*إمكانية هذا الأخير من الاتصال بالهيئات غير القضائية المؤهلة لمعالجة حالة تدين الخواص و المطالبة بتمديد أجل التسديد أو إعادة الجدولة الدين .

*إمكانية المطالبة بالمساعدة القضائية l'aide juridictionnelle .

* ذكر هذه البيانات بشكل واضح تحت طائلة بطلان أمر الحجز .

*على ضوء ما ذكر أعلاه يمكن إضافة ما يلي من أحكام لنص المادة 740 من

الإجراءات المدنية والإدارية :

"يوجه الإنذار خلال 30 يوما التالية على الأكثر لإيداع قائمة شروط البيع إلى:

*- المحجوز على أمواله لشخصه في موطنه أو في محل إقامته .

*-ذكر اليوم والساعة المؤكدة أو الاحتياطية للنظر في الاعتراضات والملاحظات

المقدمة من قبل المدين .

*-يوم وتاريخ جلسة المزايادات في حالة عدم تقديم اعتراضات أو ملاحظات .

*- تحديد أجال بين الجلسة التي ينظر فيها لملاحظات واعتراضات المدين وتاريخ جلسة المزايمة.

*- الاعتراض على المبلغ الأساسي المقترح من قبل طالب التنفيذ لعدم الكفاية الظاهرة.

*- تختص المحكمة محليا بالفصل في هذه الاعتراض دون إهمال للقيمة السوقية للعقار و شروط السوق بعد استشارة أو خبرة.

*-تؤجل جلسة البيع إلى أجل مسمى إذا كانت مصلحة البيع تقتضي ذلك ومن ثم ضرورة توسيع نطاق النشر القانوني ".
11-

على البنوك الجزائرية التي اقتحمت مجال منح القروض العقارية بعد احتشام أن تجتهد في رسم سياسيات تسويقية لإيجاد أوعية ادخارية جديدة طويلة الأجل وإصدار سندات لزيادة رأسمالها.

لا يملك الجهاز المصرفي الحالي في الجزائر الإمكانيات اللازمة لتغطية تمويل النشاط العقاري لهذا نقترح، أن تتشكل في بلادنا شركات القرض العقاري Sociétés de financement Immobilier في شكل شركات أموال تساهم فيها البنوك وشركات التأمين والمستثمرين الأفراد والمؤسسات والصناديق الخاصة لأن الطلب سيزيد وهذه الطلبات تحتاج إلى موارد مالية معتبرة وتأمين طويل الأجل.

لإقبال الأفراد على هذا المنتج "ولتفعيل أكثر هذا النظام لا بد من العمل على تقليل عبء التمويل العقاري الضخم على البنوك.

12-إثراء قانون العقوبات بإجازة تحريك الدعوى العمومية في حالة المساس بمصالح المقترضين وتكييفها بالمخالفات من الفئة الثانية، المتعلقة بالنظام العام كالإشهار الكاذب .

*تحمي هذه الدعوى العمومية الصالح العام ومن ثم حماية المستهلكين المقترضين وقد نلخص مظاهر هذا الإجراء في ما يلي :

* تكون العقوبة المالية المطبقة على مؤسسات القرض ذات طابع ردي .

* إزالة أثر المخالفة بحكم القاضي كالأمر بوقف الإشهار المضر بمصلحة المقترضين .

* نشر حكم القضاء أو بث إعلانات مصححة كعقوبات تكميلية.

*تجسيد مبدأ المساءلة الجزائية للشخص الاعتباري الذي تبناه مشرعنا من خلال أحكام

القانون 15/04 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.(ج.ر عدد71)

*منح جمعيات حماية مصالح المقترضين العقاريين حق المشاركة في هذه الدعوى كطرف مدني إذا توفرت الشروط التالية:

*أن تكون المخالفة المرتكبة تمس بمصالح المقترضين العقاريين .

*أن تكون المخالفة ذات طابع جزائي، تخضع لقانون العقوبات .

*أن تلحق المخالفة المرتكبة ضرراً مباشراً أو غير مباشر بالصالح العام، وأن تتمحور طلبات جمعيات حماية المقترضين العقاريين حول إلغاء الشروط التعسفية التي قد ترد في عقد القرض العقاري وللقاضي الأمر تحت طائلة توقيع الغرامات التهديدية، إلغاء كل شرط تعسفي .

نتحدث في هذا السياق عن دعوى قد نصلح على تسميتها بدعوى إنهاء العمل بشرط أو بشروط تعسفية و الحكم بالتعويض لجمعية حماية مصالح المقترضين العقاريين التي تباشر دعوى الإلغاء لجبر الضرر الذي لحق بجماعة المقترضين العقاريين.

نفضل أن تكون القواعد التي يتضمنها قانون القرض العقاري المقترح المتعلقة بحماية الطرف الضعيف في عقد القرض العقاري ذات بعد وقائي وحماي مختلف عن قواعد التقنين المدني التي تتضمنها نظرية الالتزامات.

القصد هو إلغاء الشروط التعسفية قبل إبرام عقد القرض العقاري، فتكون القواعد التي ينص عليها قانون القرض العقاري، أمرة مبينة جزاءات مخالفتها ونتحدث عند ذاك عن قانون القرض العقاري المتشدد Hard Law.

13 - إلزام البنوك المانحة للقروض العقارية بالتخلي بالوضوح والشفافية في حملات الترويج الإعلامية خاصة بتحديد السعر الحقيقي للفائدة والرسوم وأقساط التأمين و بإصدار نشرات دورية تبين أسعار الفائدة.

14 - تهيئة سوق المال لاستيعاب عمليات ضخ أوراق الرهن العقاري ضمن تشكيلتها وتحفيز حجم الطلب عليها خاصة من قبل المؤسسات المالية، و تنشيط الكيانات الأخرى الضرورية لإنجاح هذا النوع من العقود كشركات التأمين وهي مسؤولة عن تأمين سداد القرض ضد خطر عدم الوفاء وشركات التوريق وهي التي تصدر الأوراق المالية فتنشأ العلاقة بين سوق الإسكان وسوق المال ، لتوظيف جزء من سوق المال لخدمة قطاع السكن من خلال توريق القروض.

يأتي التمويل الحقيقي من سوق المال وطرح السندات المشفوعة بأصول هي عقود الوحدات العقارية وليس رؤوس الأموال العقارية، إن القرض العقاري يخدم كل من السوق الأولية والسوق الثانوية للعقارات وهذا حسب المخطط التالي :

المقترض ← رهن عقاري ← مؤسسات القرض العقارية
 ← قرض ← شركات التوريق ← سندات ← سوق المال

15- الإسراع في بذل المزيد من الجهد في الجزائر لتفعيل نشاط التمويل العقاري وتذليل الصعوبات التي تعوق انطلاقه انطلاقاً قوية وعلى رأسها مشكلة انخفاض الملكيات المسجلة والمشهرة عقارياً.

إن سندات ملكية العقارات تشجع عمليات منح القروض العقارية و تساهم في :
 * توفير بيانات ومعلومات عقارية شاملة تساعد على تقدير الآثار البيئية لإنشاء مشاريع عقارية .

* تحدد مواقع المشروعات العقارية الجديدة.

* تسهل إصدار رخص البناء ومتابعتها.

* تمنع المضاربة العقارية والمساعدة على معرفة قيمة العقار الحقيقية.

* - إحصاء المعلومات الدقيقة عن العقارات المتوفرة وأسعارها وأماكنها.

6 1- تسهيل عملية تسجيل السكنات بمحافظات الشهر العقاري وتخفيض تكلفتها بما يدعم عملية إثبات الملكية وضمان الحقوق المرتبطة بها .

17 -السير إلى انخفاض أسعار الفائدة لتصبح معقولة والترخيص قانوناً للمقترضين القداماء من الاستفادة من هذا التخفيض بإعادة تمويلهم مرة أخرى حيث يتم تسوية ملف القرض الأول ومنحهم تمويلاً بالسعر الجديد مع إمكانية الحصول على تمويل من مؤسسة أخرى بسعر الفائدة الأقل و كذا القيام بالتسديد المعجل للقرض الأقدم والاستفادة من فوارق سعر الفائدة .

18 -إيجاد أسواق مالية متنافسة تؤدي إلى تعزيز عملية الائتمان وتنوع الأدوات المالية فضلاً عن توفير الإطار التشريعي المقترح الداعم للنظام بما يضمن احترام العقود المبرمة بين المؤسسات المقرضة والعملاء المستفيدين من هذا القرض وضمان حقوق الطرفين معا و توعية المواطنين حول كيفية التعامل مع مستحقات وشروط الاستفادة من هذا العقد وأهمية احترام الالتزامات الناشئة عنه .

19 - ترخيص وزارة المالية لتسيط مديونيات المؤسسات المصرفية على العاجزين عن الوفاء بها مع إمكانية الإعفاء منها بتوصيات من لجان معالجة حالة التدين و ذلك باحترام الإجراءات التالية.

* إنذار كتابيا المقترض إذا تأخر عن سداد أي من الأقساط المستحقة مع تجديد مرة واحدة الإجراء فإذا لم يتقدم للوفاء أو لم يقدم ما يثبت أسباب توقفه عن السداد يلغى التسيط وتصبح باقي الأقساط حالة الأداء .

* إذا استنفذت جميع الإجراءات المسموح بها قانونا طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وتعذر الاتفاق مع المدين على جدولة الدين على نحو يتأكد معه تعذر تحصيلها أو جزء منها أو عجز المدين عن السداد فإنه إذا قدم المدين إلى الجهة المانحة للقروض العقاري ما يثبت إعساره يتقدم إلى اللجنة التي تتأكد من سلامة الإجراء والوثائق المؤيدة لهذا الوضع.

لهذه الهيئة غير القضائية أن تصدر توصيات للدائن بالإعفاء من الدين أو من استرداده.

20 - تجاوز قيمة القروض العقارية المقننة التي لا تتناسب و الأسعار الحقيقية للمساكن مما يربك المواطنين، فيجب التفكير في زيادة حجم هذه القروض خاصة في حالة توافر دخل إضافي للمقترض .

21- اشتراك كل من وزارتي السكن والمالية في وضع سياسات الإقراض العقاري سواء من ناحية حجم القروض أو معدلات الفائدة فالموضوع جزء من مستلزمات تنفيذ الخطة والإستراتيجية السكنية بالجزائر.

22 - لتفادي الأضرار بمصالح الدائن المقترض نقتراح أن تمثل مساهمة المؤسسات المقرضة نسبة معينة من قيمة السكن موضوع الاقتناء ،بعد تقييمه من قبل خبير عقاري مختص محلف يعينه المصرف .

تتم دراسة قيمة التمويل على ضوء ما قدمه طالب القرض من مساهمة شخصية لتفادي حالات عدم ملاءة المقترض وتدينه أي ضمان مصدر السداد بالإضافة إلى تعهد الشركة أو المؤسسة التي يعمل بها المقترض بالالتزام بتحويل قيمة راتبه إلى المؤسسة المقرضة.

23 - تخفيض نسبة الفائدة المطبقة قياسا على تخفيض نسبة فائدة إعادة الخصم من قبل

بنك الجزائر

24-تحديث طريقة احتساب العمولات والفوائد وأقساط القروض العقارية ،فنجذ أن الشخص المقترض يجبر على دفع رسوم وعمولات مرتفعة جدا و يحتاج الوضع لتدخل مباشر من

قبل السلطة النقدية للحد من احتساب الرسوم والفوائد بالطريقة المركبة على الأقل بالنسبة لهذا النوع من القروض التي تعرف بطول اجل تسديدها و مبلغ القرض المعترف فيها ،ذلك أن المقترض يستمر في دفع عمولات وفوائد على مبالغ تم تسديدها.

25 - تعميم عملية منح القروض العقارية لعمال مؤسسات كبيرة ذات وضعية مالية حسنة فهذه الحالة المالية ،تعد ضمانا اعتباريا كافيا قد يشجع المؤسسات المقرضة علي منح القروض العقارية كعملية التمويل العقاري التي قام بها البنك الوطني الجزائري، لصالح عمال شركة سونلغاز SONELGAZ.

26 - منح القرض العقاري لحائز العقار وليس فقط للمالك فالملكية الخاصة العقارية هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري والحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها وغرضها .

تثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية أو الحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الشهر العقاري ومع ذلك ألا يمكن لشاغل العقار الذي لديه ما يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل أن يطلب قرضا عقاريا ؟.

يمكن للحائز بمقتضى الأحكام القانونية التي تضمنها القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 الخاص بالتوجيه العقاري خاصة المادة 44 منه أن يكون رهنا عقاريا صحيحا من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض وينطبق ذلك على العقار الذي ذكر في شهادة الحيازة كضمان للقروض المتوسطة وطويلة الأمد.

يجيز المشروع منح القروض العقارية بموجب هذا السند أي سند الحيازة وكسند الملكية كأصل عام وكشرط أساسي كما هو مطبق من قبل مؤسسات القرض المانحة لهذا النوع من القروض .

لتفعيل هذه التوصية نذكر بما ما أكدته المحكمة العليا بقرارها المتضمن المبدأ التالي: "من المقرر قانونا أنه عند وجود عقد الشهرة فان قضاة الموضوع ملزمين بمراقبة الشروط المتعلقة بالحيازة للتأكد من وجود تصرفات مادية للحيازة الممارسة طيلة عشرة سنوات لتمكين المحكمة العليا من ممارسة رقابتها".

تسلم شهادة الحيازة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي بناء على طلب الحائز أو الحائزين طبقا لكيفيات حددت عن طريق التنظيم .

إن شهادة الحيازة اسمية لا يجوز بيعها . Certificat de possession nominatif et incessible

إذا توفى أحد الحاصلين عليها تكون أمام الورثة أو المشاركين الآخرين في الحيازة إذا اقتضى الأمر مدة سنة ابتداء من تاريخ الوفاة لطلب تسليم شهادة جديدة ويمثل هذا التسليم حق الحلول قانونا محل الحاصل أو الحاصلين على شهادة الحيازة القديمة ، وإذا لم يقع الاختيار خلال الأجل المخصص ألغيت الشهادة المذكورة كما ، لا يترتب على تسليم شهادة الحيازة تغيير في الطبيعة القانونية للعقار .

إذا استتبنا التحويل المجاني يحق لمن يحوز قانونا شهادة الحيازة أن يتصرف تصرف المالك الحقيقي ما لم يقرر غير ذلك القضاء المختص .

من خلال هذه القواعد القانونية يمكن ليس فقط للمالك الحقيقي أن يحصل على قرض عقاري بل أيضا الحائز الذي يملك شهادة حيازة متحصل عليها طبقا للأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها .

نميز في هذا المقام بين شهادة الحيازة وآثارها القانونية و الملكية بحد ذاتها وبين دعوى صحة التوقيع في عقد البيع ودعوى صحة ونفاذ عقد البيع لتملك العقار الذي يمكن أن يكون محل تمويل عقاري .

ونعرف الملكية على أنها تملك الشخص لعقار بعقد شراء مسجل ومشهر في محافظة الشهر العقاري التابع له العقار حيث يتم تسجيل العقد وقيده برقم الشهر النهائي وهذه هي الملكية القانونية الكاملة للعقار الذي يمكن التعامل فيه من خلال إبرام عقد القرض العقاري .

أما دعوى صحة التوقيع فهي التي يكون الحكم فيها مقتصرًا على ثبوت صحة توقيع البائع على عقد البيع ولكنه لا يتعرض أبدا لموضوع العقار أو بنود عقد البيع بل ويجوز الطعن فيها بعد أن يعترض عليه البائع ولا يعد الحكم الصادر في صحة التوقيع حجة عليه في بيع العقار . ليس لهذه الدعوى صلة بنقل الملكية أو بإشهار عقد البيع ولا يجوز التعامل فيها .

أما دعوى صحة ونفاذ عقد البيع فهي التي يكون فيها الحكم الصادر بصحة نفاذ عقد البيع بمثابة إجراء قانوني صحيح لنقل الملكية ولكن مع أوجه اختلاف بسيطة عن إجراء التسجيل ونقل الملكية عن طريق المحافظة العقارية ويمكن التعامل بها بطلب القرض العقاري .

مع مراعاة بالنسبة لهذه التوصية ما استحدثه المشرع من تعديلات لإثبات الملكية ، خاصة بمضمون القانون رقم 07-02 المؤرخ في 9 صفر عام 1428 الموافق 27 فبراير سنة

2007 المتعلق بتأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري ، و كذا المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 13 جمادى الأول عام 1429 الموافق 19 مايو سنة 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية (ج ر عدد 26)

27- في انتظار صدور قانون كامل ينظم القروض العقارية يمكن الرجوع إلى قواعد وأحكام النصوص القانونية الأساسية كالقانون التجاري خاصة الأحكام المتعلقة منه بالشركات التجارية والقانون الخاص بالنشاط المصرفي وهو قانون النقد والقروض والقوانين المنظمة لاستثمار رأس المال الأجنبي على نحو ما تم تنظيمه في الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار في الجزائر المعدل بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 (ج ر عدد 47)، والقوانين الخاصة بالإئناء الإسكاني والنصوص القانونية المختلفة .

إن النصوص القانونية التي تناولت الجانب العقاري في بلادنا متعددة لذا نرى بوجوب إعادة صياغة هذه القوانين في قالب واضح ،منسجم وموحد منعا لأي تداخل في الصلاحيات والأهداف و مراجعة القوانين والتشريعات المختلفة المعيقة لعمل لتطوير هذا القطاع ، والتخفيف من الرسوم والتعقيدات الإدارية المؤثرة من قريب أو من بعيد على قرارات الاستثمار في القطاع العقاري.

28- إنشاء بنك إسكان الجزائر Banque d'habitat d'Algérie الذي يتولى منح هذا

النوع من هذه القروض بعد أن يمنح جملة من الامتيازات:

*- يعفى من أداء كافة أنواع الضرائب والرسوم كضريبة الدخل والأرباح وفوائد السندات التي يصدرها .

*- الإعفاء من كافة الرسوم والكافلات

*- اعتبار أموال البنك أموالا عامة تتمتع بحقوق أموال الخزينة العامة وامتيازاتها ومراتبها على أموال مديني البنك وكفلائهم وللبنك حق تحصيل ديونه وحقوقه طبقا للإجراءات التي تحصل بها أموال الحكومة وبالأولوية على ما عداها من ديون وحقوق أخرى للغير .

*- الأولوية لإخطاراته لدى المصالح الإدارية المختلفة فيما يتعلق بإجراءات التسجيلات

العقارية والتنفيذ في مواجهة مديني البنك وكفلائهم وحقوقهم لدى الغير كصفة الإخطارات الحكومية الرسمية .

*- إعطاء دعاوى هذا البنك وطالباته وإجراءاتها التنفيذية والإدارية صفة الاستعجال لدى المحاكم والمجالس القضائية كما يكون للأحكام والسندات التنفيذية الصادرة لصالح البنك صفة الاستعجال في التنفيذ .

وقد يتكون رأس مال هذا البنك من مساهمة الخزينة العامة على شكل قروض طويلة الأجل، وقد تتحدد لهذه القروض فائدة يقل سعرها عن سعر الفائدة التجارية السائدة في السوق إذا اقتضى الحال.

*-الحصول على ضمان الخزينة في سداد القروض والتسهيلات الائتمانية التي يحصل البنك عليها من الغير، على أن يتحمل هذا البنك في مقابل هذه المزايا والتسهيلات القانونية والضريبية جزءا من أنظمة منح القروض العقارية للمواطنين والمساعدات المالية الخاصة بالإسكان.

29- إنشاء هيئة عامة تتولى الإشراف على الإقراض العقاري، تتمتع بالشخصية الاعتبارية وبالاستقلال المالي والإداري وترتبط بالسيد وزير المالية، مهمتها تنظيم هذا القطاع .
لموظفيها صفة الضبطية القضائية، توصى بالجزاءات المناسبة عند التحقيق في الشكاوى التي تتلقاها من المقترضين، بسبب ارتكاب مؤسسات القرض لفعل أو امتناع عن القيام بنشاط يشكل مخالفة لأحكام القواعد المنظمة لإبرام وسير القروض العقارية تكون إجراءات الرقابة التي تفرضها وقائية و ذات أثر عقابي زاجر للمخالفين .

إذا كان بحسب الأصل تؤول الغرامات التي يحكم بها جنائيا إلى خزينة الدولة، فاستثناءا يمكن صبها في صندوق ضمان ودعم نشاط الإقراض العقاري أو الصندوق الوطني للسكن CNL بهدف مساعدة أصحاب الدخل المحدود على شراء المساكن والمساهمة في تخفيض فوائد قروض التمويل العقاري.

30- تفعيل النصوص القانونية التنفيذية للقانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش

31- تجسيد دور المجلس الوطني لحماية المستهلكين الذي قرر إنشائه بمقتضى المادة 24 من القانون 89-02 الملغى بالقانون المذكور أعلاه ، بإبداء الرأي واقتراح الترتيبات التي تساهم في تحسين الوقاية من المخاطر في مجال سلامة المنتجات والخدمات المقدمة للمستهلكين و التأكيد على دور جمعيات حقوق المستهلكين. مع الملاحظة ان القانون 09-03 الساري المفعول لم يتطرق لهذه الهيئة رغم أهمية تواجدها و دورها في هذا المجال .

تتخذ المساعدة على تفعيل حقوق المقترض في عقد القرض العقاري الصور التالية :

- *-إعلام المستهلك بحقوقه والتزاماته وإرشاده إلى الأجهزة المختصة لتمكينه من حقوقه
- *-المساعدة على إتمام جميع الإجراءات اللازمة بممارسة حق أو تنفيذ التزام قانوني
- *-إعطائه الاستشارات في المجال القانوني .
- *-المساعدة على تحرير وإبرام التصرفات القانونية .

نلخص مهام المجلس الوطني لحماية المستهلكين في :

- *-رصد كل المعطيات الكمية والنوعية بخصوص معيقات تفعيل حقوق المستهلك .
- *-وضع سياسة وطنية و محلية لتفعيل حقوق المستهلك
- *-اقتراح طرق تطبيق هذه السياسة على الجهات المختصة .

32- إلزام البنوك والمؤسسات المالية بالمحافظة على السرية التامة لبيانات عملائها

وعدم إفشاء أي معلومات عنهم إلى الغير بدون موافقة صريحة لهم وذلك باستثناء الحالات التي تلتزم فيها بتقديم معلومات للهيئة المركزية لبنك الجزائر أو الجهات الرقابية أو القضائية أو الجهات التي تباشر نشاط التوريق، وفقا لما تفرضه القوانين والأعراف والعادات المصرفية.

كما على البنوك أن تتخذ الإجراءات التي تكفل بإلزام موظفيها بالحفاظ على سرية هذه

البيانات والمعلومات.

« الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات »

قائمة المراجع

- 1- د /محمد سعيد أنور سلطان إدارة البنوك / كلية التجارة جامعة الإسكندرية 1993
- 2- د/ رزق الله أنطاكي الحسابات الاعتمادات المصرفية/دار الفكر- دمشق 1969
- 3 - الأستاذ/ الطاهر لطرش تقنيات البنوك / ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 2001
- 4 - / فايز تركي رجوب المصرف العقاري و دوره في حل أزمة السكن في القطر العربي السوري معهد التخطيط للتنمية الاقتصادية الاجتماعية.1983
- 5 - د/عبد القادر بلطاس الاقتصاد المالي والمصرفي السياسات والتقنيات الحديثة في تمويل السكن / ديوان المطبوعات الجامعية /- الجزائر 2001.
- 6- MONIQUE ZOLLINGER ERIC la marque Marketing et stratégie de la banque. 3emeédition DUNOD PARIS 1999
- 7-GALVADA (C) et STOUFFLET (J) Droit Bancaire Institution Comptes Opérations Services LITEC 5eme Edi 2002.
- 8- SOCIETE de REFINANCEMENT HYPOTHECAIRE /SRH
-Hypothécaire en quoi est il important ?Bulletin Mensuelle No 01Janv 2005
- Guide pratique pour le refinancement Bulletin Mensuelle No 02 Fév. 2005
-Emprunt obligataire Notice d'information No05 Juillet 2003
- 9- د. محمد عبد الله العربي، المعاملات المصرفية المعاصرة ورأي الإسلام فيها، في بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة، المنعقد عام 1965، نشر في مجلة الأزهر، القاهرة، عام 1965م.
- 10- د/ رفيق يونس المصري ربا القروض وأدلة تحريمه / دار المكتبي- دمشق 2001
- 11 - د/ علاء الدين خروفة عقد القرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة الطبعة الأولى/ مؤسسة نوفل - بيروت 1976.
- 12- د/ وهبي سليمان غاوجي كشف شبهات من زعم حل أرباح القروض المصرفية/ دار القلم دمشق 2000.
- 13- د/ علي أحمد السالوس معاملات البنوك في ضوء الإسلام/ دار الحرمين للنشر- الدوحة 1983.
- 14- الشيخ محمد أبو زهرة بحوث في الربا / دار البحوث العلمية- الطبعة الأولى 1970

- 15- مجلة مجمع الفقه الإسلامي /المؤتمر السادس جدة المملكة العربية السعودية 14 مارس 1990 -عدد05 الجزء الرابع / -عدد06 الجزء الأول
- 16- د/ أيمن سعد سليم مشكلات اتفاق التمويل العقاري دراسة مقارنة/ دار النهضة العربية القاهرة 2005.
- 17- قانون الاستهلاك الفرنسي -
- 18- REVUE de BANQUE -D Martin : La défense des emprunteurs dans le domaine immobilier *Revue de Banque Juin 1979*
- 19- د/ ثروت عبد الحميد اتفاق التمويل العقاري دراسة في أحكام قانون التمويل العقاري والتشريعات المقارنة/ مكتبة الجلاء الجديدة -المنصورة 2002
- 20 - د/عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني
- *- الجزء الخامس العقود التي تقع على الملكية، الهبة، والشركة و القرض .../ منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثانية - بيروت 1998.
- *-الجزء السابع المجلد الثاني عقود الغرر، المقامرة، المرتب مدى الحياة وعقد التأمين / دار إحياء التراث العربي - بيروت 1964.
- *- الجزء العاشر التأمينات الشخصية و العينية / دار إحياء التراث العربي
- 22- د/ علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد/ مطبعة الكاهنة-الجزائر. 1997-21
- REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL - Revêt -Une loi du 18/12/1998 a ajouté à l'aide juridictionnelle l'aide à l'accès au droit . / R.T.D.Civil 1999
- 23- Jean Calais Auloy FRANK Steinmetz /Droit de la consommation 6 eme édition DALLOZ 2003
- 24- Droit à la consommation :R.T.D.Civil 1987 / R.T.D.Civil 1988 /R T D Civil 1998.
- 25 -Obligations et Contrats spéciaux :R.T.D.Civil 1985. / R.T.D.Civil 1990
- 26- THIERREY BONNEAU Droit Bancaire MONTCHRESTIEN 5eme Edi 2003.
- 27- Institut technique de Banque Dossiers périodiques/le prêt d argent 1979/1980.
- 28 - الأستاذ/ إبراهيم سيد أحمد الشرط الجزائري في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي / المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية الطبعة الأولى 2003.
- 29- د/ فؤاد محمود معوض دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري/ الطبعة الأولى 1999

30- ALBERT CHAPIN and GEORGE HASSET Credit Collection High Books Company 1960.

31 - القاضي أنطوان الناشف الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد دراسة تحليلية شاملة/ منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان 1999 .

32 - BOUZA -Droit de la consommation . R.T.D.Com 1992

33 -CNEP NEWS.

-Le crédit immobilier un savoir faire plus que trentenaire

34 -Le crédit immobilier aux particuliers No 21 Novembre 2003

-Le crédit aux particuliers No 22 Décembre 2003

35-BNA FINANCE.

- Les surettes réelles :Hypothèques et privilèges

- Communication sur le crédit immobilier

No 09 Juillet/ septembre 2005

36- El watan ImmobilierNo83 du 15/12/2007

37 -Guy Raymond / Crédit immobilier

Juris classeur à jour au 1/04/2003 Fasc. 941/ Fasc. 958/Litiges de la consommation

/Juris classeur à jour au 10/09/2002 Fasc

38- GODE -Commentaire de la loi No 79.596 du 13/07/1979 relative à

l'information et la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier .

R.T.D.Com 1979

39-D.Ferrier / -Les dispositions d'ordre publique visant à préserver la réflexion du contractant. Dalloz 1980 CHRON

40- MARGUENAD Droit de la consommation /R T D Civil 1998

41- MOLFESIS Droit de la consommation / R T D Civil 2000

42 -Michel Cabrillac Dominique Legeais :

-Assurance – Groupe Loi du 01/08/2003 de Sécurité Financière R.T.D.Com No 04 Oct. / Décembre 2003.

43-G uy Raymond */Litiges de la consommation

Juris classeur à jour au 10/09/2002 Fasc. 982

Juris classeur à jour au 15/03/2003 Fasc. 940

Juris classeur à jour au 1/03/2003 Fasc. 954

/organismes de la défense des consommateurs

Juris classeur a jour au 1/09/2002 Fasc. 978

44- Xavier Lagarde l'endettement des particuliers étude critique Edition JOLY 2003

45- Pied de lièvre J C P 2001.

46 -FRANK STEINMEZ / L'acquéreur ,le vendeur , le prêteur et la condition suspensive de l'obtention d' un prêt 1995 p 350

47- HENRI HEUGAS DARRASPEN: REVUE de DROIT Immobilier

-Financement et crédit immobilier /No01 Janvier/Mars 2001

-Financement et crédit immobilier /No 02 Avril /Juin 2001

-Financement et crédit immobilier /Une offre de prêt remboursable in fine (Relais)
ne doit pas comporter un échancier des amortissements No 03 Mai /Juin 2002

-Paiement du solde d' un prêt accorde par un établissement de crédit par la caution
Avec subrogation de la dette /No 04 juillet /Août 2002

-Financement et crédit immobilier / N o 05 Septembre /Octobre 2002

48-Droit à la consommation :R.T.D.Civil 1987 / R.T.D.Civil 1988

49- DALLOZ 1987 a/ Morin

50- FRANK STEINMEZ J C P 1988

51-J – G Raffary et Cornille / -Obtention du prêt au sens de l'article 17 de la loi

SCRIVENER . /J.C.P N (Edi notariale) 1986 -393

52- Jean Louis Bergel / La condition suspensive de l'obtention des prêts
immobiliers J C P (E) 1988

53- L-Agnes / - La condition d'obtention d'un prêt dans une promesse unilaterale
de vente Dalloz 1988.

54 -A Gourio / -L'affaire du tableau d'amortissement épilogue législatif J.C.P

1990 /J.C.P 1991 /J.C.P N 1993 /J.C.P N 1996/ J.C.P 1997 /J.C.P N 1998

55-المستشار أنور طلبة شرح قانون التمويل العقاري/ المكتب الجامعي الحديث – الإسكندرية

.2004

56 - JEAN L OUIS BERGEL /- Promesse de vente sous condition suspensive N o
05 Septembre /Octobre 2002

Chronique Financement et crédit immobilier : La partie de l' échéance d'un prêt
correspondant a son remboursement périodique en capital n'est pas soumise a la
prescription de l'article 2277 C . Civil No04 Mars/Avril 2004.*RDI 1998

57-د/علي جمال الدين عوض عمليات البنوك من الوجهة القانونية / مطبعة مكبرة 1979.

58 - د/ سمير عبد السيد تناغو التأمينات الشخصية والعينية الكفالة الرهن الرسمي - منشأة

المعارف – الإسكندرية 1996.

59 -LA BNA et le crédit immobilier No02 Mars 2002

-Formation des formateurs en crédit hypothécaire No03/ 18/08/2003

60-د/ طارق زيادة التأمينات والرهن والامتيازات العقارية في ضوء التشريعين اللبناني

والسوري / دار النهار -بيروت.

61-د/ القاصي حسين عبد اللطيف حمدان

- أحكام الشهر العقاري / الدار الجامعية بيروت دون تاريخ الطبع.

62-د/ أسعد دياب أبحاث في التأمينات العينية/المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

بيروت 1988.

1983/- التأمينات العينية دراسة تحليلية مقارنة / الدار الجامعية- بيروت 1991

63-د/ محمد حسن منصور النظرية العامة للائتمان صور الائتمان و ضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته /دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية

64 -Dominique Legeais /Cautionnement formation

Juris classeur a jour au 22/05/2002 Fasc377

65- Dominique Legeais Juris classeur a jour 1/11/2002 Fasc. 381

66- Dominique Legeais -Reforme du cautionnement par la loi du 29/07/1998

67- Revue /banque 2002

68- J C P 2001

69- R T D Civil 1998

70- Dominique Legeais -L'obligation de Conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution .

71-د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني:

- الجزء الخامس العقود التي تقع على الملكية، الهبة، و الشركة و القرض .../ منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثانية - بيروت 1998 .

72- Michel Cabrillac Dominique Legeais Crédit a la consommation , la déchéance est la seule sanction civile./Sanction du non respect des exigences légales

R.T.D.Com No01 Janvier / Mars 2003. Législation et Réglementation Protection des Consommateurs

-Portée de la résolution du crédit suite a la résolution de la vente.

R.T.D.Com No03 Juillet / Sept 2003

-Dominique Legeais :

-L'option procédurale offerte à la caution invoquant la responsabilité du banquier
R T D Com 1999

-Date de naissance de remboursement d'un crédit immobilier ./

R.T.D.Com No 02 Avril / Juin 2004.

-Clause abusive / Renégociation des prêts immobiliers .

R.T.D.Com No 04 Oct / Décembre 2005

73- LE QUOTIDIEN EL WATAN 10/07/2005 Defeasance securitization /Dib Said Jurist Financier

74- BOUDINOT et FRADOT techniques et pratiques bancaires SIREY 4eme Edi 1982.

75- LE QUOTIDIEN EL WATAN -5/1/2006Pour mieux financer le logement

76 -La loi18/01/2006 sur les assurances et la titrisation un crédit immobilier facile

77 - CNEP NEWS-Le recouvrement des créances une nette progression -. No 08 Décembre 2001.

-Règlement à l'amiable une normalisation prometteuse du portefeuille des créances.

- Procédures précontentieuses et mesures conservatoires.

78- Xavier Lagarde J C P -E- 27/06/2000/Office du juge et ordre public de protection J C P (E) 2001/ -Prévenir le surendettement des particuliers J C P (E) 2002

79- Droits et liberté Fondamentaux Ouvrage Collectif Dalloz 1995 .

80- د/ الغوتي بن ملحة القانون القضائي الجزائري/ ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 1995

81- P FLORES et G BIARDEAU /le contentieux du droit a la consommation ENM4eme Edi 2001

82- Jacques Mestre-Obligations et Contrats spéciaux :R.T.D.Civil 1985. / R.T.D.Civil 1990

83- G Raymond Mélangé Pierre Couvrat /Crédit formalisme sanction en droit de la consommation éd PUF Publication de la faculté de droit et de sciences sociales de POITIER 2001

84 -Gilles Paisant / Surendettement des particuliers

- R.T.D.Com 1996 / No03 Juillet / Sept 1998

- R.T.D.Com No01 Janvier / Mars 2000 .

- R.T.D.Com No01 Janvier / Mars 2001.

- R.T.D.Com No03 Juillet / Sept 2001.

85- NEUVILLE / Le traitement planifié du surendettement

RTD Com 2001 Institut technique de Banque Dossiers périodiques/le prêt d argent 1979/1980

86- د/ هاني محمد دويدار النظام القانوني للتجارة - العقود التجارية المصرفية- الأسناد

التجارية- الإفلاس / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع -بيروت.

87- RDI 1993.

88- د/ عبد الرزاق بن خروف التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري ، الجزء الأول :

التأمينات البرية ، مطبعة حيرد ، الجزائر ، 1998 ، ص 48 وما يليها.

89-Revêt -Une loi du 18/12/1998 a ajouté à l'aide juridictionnelle l'aide à

l'accès au droit . / R.T.D.Civil 1999

90 - د/ اسامة احمد شتات قانون التمويل العقاري حسب احدث التعديلات - دار الكتب

القانونية القاهرة 2006 ص 57 .

ملاحق

ملحق رقم (01). نموذج لاتفاقية القرض العقاري

ملحق رقم (02) . نموذج لعقد قرض عقاري للبناء الذاتي

ملحق رقم (03). عقد بيع مقترن برهن لفائدة المقرض

ملحق رقم (04). أمر على ذيل عريضة ممهور بالصيغة التنفيذية لصالح المؤسسة

المقرضة

ملحق رقم (05). نموذج لمحضر تبليغ أعمار بالدفع لعدم تسديد مستحقات قرض

عقاري

ملحق رقم (06). عقد تأمين جماعي بشأن عقود القرض العقاري