مقدمة عامة

تضطلع البنوك بدور هام في الحياة الاقتصادية، إذ تقوم بمنح الائتمان في صور متعددة يطلق عليها في العمل اصطلاحا((التسهيلات الائتمانية))[1]. ويمثل هذا الدور أساس عمل البنوك وإليه ترجع معظم أرباحه، ويعتبر الوظيفة المقابلة لتلقيها الودائع [2].

وتتعرض البنوك – وهى بصدد ممارسة دورها في منح الائتمان المصرفي– لمخاطر ائتمانية عديدة، بحجم تسهيلاتها الائتمانية. وفى هذا الصدد عرفت لجنة الخدمات المالية بالولايات المتحدة الأمريكية Financial Services Roundtable (FSR)[3] تلك المخاطر بأنها " احتمال حدوث خسارة إما بشكل مباشر في نتائج الأعمال أو خسائر في رأس المال، لوجود قيود تحد من قدرة البنك على تحقيق أهدافه وغاياته، وبالتالي تضعف قدرته على الاستمرار في تقديم أعماله وممارسة نشاطاته أو هي، احتمالية التعرض إلى خسائر غير متوقعة وغير مخطط لها نتيجة تذبذب العائد المتوقع على استثمار معين، بمعنى انحراف الأرقام الفعلية عن الأرقام المتوقعة.

وتتمثل مخاطر الائتمان المصرفي في المخاطر التقليدية والتي تعنى عدم قيام العميل بسداد الائتمان عند حلول الأجل، إذ يعتبر ذلك، أيا كان السبب، أمرا واردا واحتمالا قائما. كما تظل هذه المخاطر قائمة دائما وحتى ميعاد الاستحقاق، لا ينفيها ما يجريه البنك من تحر عن الجدارة الائتمانية للعميل عند منح الائتمان، إذ

1– ينقسم الائتمان المصرفى الى عدة تقسيمات: بحسب مدة الائتمان، أو الغرض منه، أوالضمانات المقدمة له. وقد جرى العمل داخل القطاع المصرفى المصرى على تغليب تقسيم الائتمان بحسب الضمانات على التقسيمات الأخرى للائتمان المصرفى. وينقسم الائتمان الممنوح بضمانات عينية أو بدونها إلى قسمين: الأول، تسهيلات نقدية وتعرف بالقروض والسلفيات والثاني، تسهيلات عرضية وهى الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان. انظر أ /أحمد حسن قورة – الائتمان المصرفي ومعوقاته في الوقت الحالي – البنك المركزي المصري – معهد الدراسات المصرفية سنة 86 /87 . وتقتصر دراستنا على الضمانات المتعلقة بالنوع الأول فقط. وهى تتمثل في منح الائتمان بالضمان الشخصي أو المقترن بالضمانات الشخصية كالكفالة أو بالضمانات العينية على المنقول أو العقار.

2 – تتعدد تعريفات الائتمان المصرفي بحيث يمكن القول إنه لا يوجد تعريف جامع مانع حول مفهوم الائتمان المصرفي. فقد عرفه العديد ممن تختلف وجهة نظرهم بحسب المنبع الذي ينطلقون منه. فهناك، التعريف الاقتصادي، والمصرفي، والقانوني. للإطلاع بتفصيل أكثر راجع الدكتور على جمال الدين عوض الاعتمادات المصرفية وضماناتها دار النهضة العربية – ط 1994 ص 7 وأيضا راجع صبحي تادرس النقود والبنوك – دار الجامعات المصرية – الإسكندرية – 1986ص 30 وراجع أيضا الدكتور على جمال الدين – عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط 3 ستة 1988 دار النهضة العربية ص 781 وراجع أيضا الاستاذ / عبد الغنى جامع الائتمان المصرفي في البنوك التجارية ودور، في الاقتصاد القومي محاضرة معهد الدراسات المصرفية ديسمبر 1976– وراجع أيضا دكتور طلعت اسعد عبد الحميد –إدارة خدمات البنوك التجارية ط 9 سنة 1994 ص 142 – مكتبة عين شمس القصر العيني القاهرة وراجع أيضا الدكتور نبيل إبراهيم سعد الضمانات غير المسماة في القانون الخاص منشأة المعارف بالاسكندرية ص 17 وما بعدها.

3 - Financial Services Roundtable FSR- Guiding Principles in Risk Management for U.S. Commercial Banks, 1999,p.5[Available online]. Retrieved 30/11/2011 from http://www.federalreserve.gov/SECRS/2011/September/20110919/R-1411/R-1411_080111_86569_410806316110_1.pdf

وتمثل هذه اللجنة أكبر مائة شركة للخدمات المالية المتكاملة في التأمين والخدمات المصرفية والاستثمار ومهمتها تعزيز حيوية الاقتصاد والنظام المالي في الولايات المتحدة الامريكية.

أنها في النهاية تعتمد على تقديرات وتوقعات قد تصيب وقد تخطئ بدرجات واحتمالات مختلفة. ولا شك في أن تحقق تلك المخاطر من شأنه أن يؤدى إلى عدم استرداد البنك للائتمان المصرفي كليا أو جزئيا.

وبجانب تلك المخاطر التقليدية، هناك مخاطر أخرى لا تقل عنها أهمية مرتبطة بالائتمان المصرفي ذاته،ونعنى بها مخاطر السيولة والسوق. وتتمثل هذه المخاطر في تجميد أموال البنك نتيجة لتكوين مخصصات مالية لمقابلة وتغطية تلك المخاطر، والالتزام بمبدأ كفاية رأس المال لمقابلة طلبات العملاء طبقا لما تم إقراره بلجنة بازل [1]. بالإضافة إلى ما يكتنف ذلك من التعرض لمخاطر تقلبات سعر الفائدة على الودائع والقروض وما تؤدى إليه من خسارة البنك ونقص الأموال لديه [2].

وعلى الرغم من تعدد مخاطر الائتمان، فإن النظم القانونية في دول العالم- وعلى اختلافها- عملت على حماية الائتمان المصرفي في الحالات المرتبطة بالمخاطر التقليدية بتصميم الضمانات التقليدية المتمثلة في الرهون الحيازية منها وغير الحيازية [3]، ولم تلتفت إلى حماية الائتمان المصرفي من المخاطر الأخرى.

وعلى أي حال، لم تخرج هذه الضمانات- وفي مجملها- عن التقسيم الثنائي ما بين رهن غير حيازى,"Mortgage"- "Hypothec.ورهن حيازى"Pledge"- "Pignus، اللهم إلا الاختلاف الجوهري بين نظم القانون الانجلوأمريكى ونظم القانون المدني المتمثل فى نظام الفيدوسيا الروماني fiducia, حيث يتم نقل ملكية وحيازة الضمان للدائن أو نقل الملكية للدائن مع بقاء الحيازة للمدين إلى حين سداد الائتمان. فبينما يعد العمل بهذا النظام أمرا مستقرا فى النظم الأولى، فإنه لا يعتبر كذلك فى النظم القانونية الأخيرة[4].

---

[1]- لجنة بازل هى لجنة تأسست من البنوك المركزية لمجموعة الدول الصناعية سنة 1974 للرقابة المصرفية تحت اشراف بنك التسويات الدولية بمدينة بازل بسويسرا، وتعمل هذه اللجنة على خدمة البنوك المركزية فى سعيها لتحقيق الاستقرار النقدى، وتعزيز التعاون الدولي في تلك المجالات. ويتجسد ذلك، فى وضع معايير إرشادية من شأنها تعزيز التنظيم والإشراف على ممارسات البنوك فى جميع انحاء العالم.

http://www.bis.org/publ/bcbs264.htm

[2]-Comptroller of the Currency Administrator of National Banks, Mortgage Banking , Comptroller's Handbook Narrative - March 1996, Procedures - March 1998" Risks Associated with Mortgage Banking" Available online]. Retrieved 30 /8/2014 from http://msfraud.org/LAW/Legislative/OCC_Mortgage-Banking_Comptrollers-Handbook_1996-98.pdf

[3]- Yoram Keinan ,The Evolution of Secured Transactions- Public Disclosure Authorized (2004) [Available online]. Retrieved 30/8/2014 from World Bank Intranet or http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/IW3P/IB/2004/02/10/000265513_20040210164359/Rendered/PDF/wdr27827.pdf

[4]- Valerio Forti, Comparing American Trust and French Fiducie THE COLUMBIA JOURNAL OF EUROPEAN LAW ON LINE 28 (2011) 17 (Colum. J. Eur. L. F.) [Available online]. Retrieved 30/8/2014 from http://www.cjel.net/online/17_2-forti/

أدخلت فرنسا نظام الفيديوسا تشريعيا بعد تردد دام قرابة ثلاث وعشرين سنة من وقت التوقيع على اتفاقية لاهاى سنة 1984 وحتى إقرار بالجمعية الوطنية في سنة 2007.

وينعقد الإجماع على ضرورة وضع قواعد قانونية لضمانات الائتمان وتطويرها [1]؛ فتلك القواعد من الأمور الحيوية للتنمية الاقتصادية؛ إذ تعمل على عقد المزيد من القروض بتخفيض تكاليف الاقتراض، وهو ما يؤدى إلى زيادة كمية الائتمان المتاحة في الاقتصاد[2].

ولم يختلف الأمر لدينا في أهمية العمل بضمانات الائتمان، فقد جرت عادة البنوك على تطلب ضمانات إضافية موازية للدراسة الائتمانية وهى بصدد منح الائتمان [3]، تستوفيها بعناية عند طلب الحصول على أموال المودعين لاستثمارها؛ إذ لا يسعف البنك لمجابهة مخاطر الائتمان الاعتماد على الضمان العام للعميل وفقا للمادة 234 من القانون المدني، حيث أنه لا ينصب على مال معين من أموال العميل، كما أنه مقرر لكل الدائنين بالتساوي فيما بينهم.

وتتعدد ضمانات الائتمان المصرفي: فهناك الضمان الشخصي والضمانات الشخصية كالكفالة، والضمان الاحتياطي على الأوراق التجارية، وهناك الضمانات العينية ويمثلها رهن المنقول بكافة أنواعه من جهة، وكذلك الضمانة العقارية من جهة أخرى[4]. ويرجع اختيار البنك لنوع الضمانة المناسبة إلى طبيعة الائتمان الممنوح [5].

وتستخدم الضمانات لحماية الائتمان المصرفي، ولأغراض أخرى[6]. وأيا ما كان الأمر، فإن وجود وتقديم الضمان أصبح عنصرا أساسيا لإمكان منح الائتمان[7]، ولدور مسئولية موظف الائتمان. وتبرز أهمية

---

[1] – انظر في أهمية الضمانات التقليدية وتمايز الأنظمة القانونية بشأنها :-
Philip R.Wood, comparative law of security and guarantees, LONDON SWEET&MAXWELL 1995, printed 1996,1999. pp.1-9

[2]-**Yoram Keinan – op,cit.**

[3] – الدكتور محمد محيى الدين إسماعيل علم الدين – العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها – 1975 ص 623 –627

[4]– الدكتور على جمال الدين – عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط 1988 الناشر مكتبة النهضة العربية ص 682 وما بعدها. تعتبر صور الضمانات المذكورة هى ما يلجأ اليها البنك عموما وبالنسبة لأى حق ينشأ له قبل عملائه، ولا ينفى ذلك أن هناك صورا أخرى من الضمانات كأرصدة الحسابات الجارية، خاصة بنوع معين من العمليات الائتمانية كالاعتمادات المستندية وخطابات الضمان.

[5]– ينقسم التمويل الممنوح للعملاء من حيث الأجل والغرض من استخدامه إلى نوعين : النوع الأول، تمويل قصير الأجل وهو غالبا ما يكون لمدة سنة قابلة للتجديد لمدة أخرى أقل أو أزيد من العام بشهور. أما النوع الثاني فهو تمويل متوسط / طويل الأجل من سنتين إلى خمس أو خمس عشرة سنة (تمويل استثمارات أو إنشاءات). راجع في ذلك بشكل عام الأستاذ/ أحمد محمود عمارة – البنوك التجارية من الناحية العملية ط 2000.

[6]– تستخدم الضمانات من جانب البنك المركزي بهدف حماية السياسة الائتمانية كأحد أدوات الرقابة النوعية على الائتمان بتحديد النسب الواجب مراعاتها بين قيمة السلف والضمانات، وتحديد أنواع الضمان، وآجال الاستحقاق. وتستخدم الضمانات أيضا ضمن أدوات الرقابة العامة للتفتيش على البنوك، فيما يتعلق بفحص التسهيلات الائتمانية للتحقق من وجودها واستيفائها لأركانها وأسس تقويمها وكفاية مبلغ التأمين عليها، ومدى جدية ورقابة البنك وسيطرته عليها، ومدى إمكان تصفيتها في وقت مناسب. انظر في ذلك الأستاذ/ إبراهيم مختار إبراهيم أساليب الرقابة على البنوك محاضرة 1968 – مكتبة المعهد المصرفي بالقاهرة

[7]– يأتي التزام البنك في عملية الائتمان أولا ويتراخى التزام المستفيد منها فترة من الزمن يجعل من احتمال التعثروعدم الدفع أمر وارد برغم استيفاء البنك لعناصر الثقة في العميل، والتي تتمثل في السمعة، والمقدرة على الدفع، وحجم رأس المال؛ إذ لا تعتبر هذه العناصر بذاتها كافية لمنح الائتمان على الرغم من أهميتها. ومن ثم، تظهر أهمية ضمانات الائتمان.انظر لاحقا الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة

الضمانات في أنها توفر للبنك مصدرا قد يستطيع بالاعتماد عليه استرداد المبالغ الممنوحة في عملية الائتمان. الأمر الذي يمكن معه القول: إن أسباب عدم استرداد البنك لما أقرضه من أموال يرجع في النهاية إلى عدم كفاية حماية الضمانات للائتمان المصرفي [1].

فبينما تمثل الضمانات التقليدية أداة هامة للبنوك في تخفيف حدة المخاطر الائتمانية التي قد يتعرض لها البنك، فإن دورها الأساسي ينحصر في الاسترداد الآجل للائتمان، حينما تفشل عناصر منح الائتمان الاقتصادية. فلم يعن وجود هذه الضمانات انحسار مخاطر الائتمان المصرفي، حيث تبقى المخاوف من عدم الوفاء بسبب الإعسار أو الإفلاس أو التعنت بدون وجه حق، ويبقى البنك منتظرا حتى آجال الاستحقاق لاسترداد نقوده وتحرير المخصصات المالية لتلك المخاطر.

كما أن تلك الضمانات لا تتيح للبنك على الجانب الأخر التغلب على المخاطرالأخرى للائتمان المصرفي كمخاطر السيولة والسوق التي تظهر في حالة الركود الاقتصادي والأزمات الاقتصادية الحادة التي تنشأ في أسواق رأس المال، وتزداد عندما لا يتوافر للبنك الأموال اللازمة لمواجهة التزاماته المختلفة والتحوط لمواجهة الطلب على سحب الودائع، وتلبية طلبات الإقراض الجديدة. فالبنك عرضة – بجانب مخاطر تجميد بعض أمواله في الإقراض والبعض الأخر لمواجهة مخاطر الائتمان– لخطر تقلبات أسعار الفائدة على قروضه واقتراضه؛ فقد يؤدى تخفيض الفائدة على الودائع إلى هروب المودعين إلى أنشطة أكثر ربحية. كما أن قيام المقترضين بالوفاء مقدما بقروضهم، وارتفاع سعر الفائدة على اقتراضه، أو زيادة معدل التضخم يؤدى إلى اختلاف العوائد المتوقعة عن العوائد الفعلية.

فنحن إذن أمام مشكلة ثابتة وهى بقاء مخاطر الائتمان إلى حين استرداده. وتتبلور تلك المشكلة في تجميد بعض أموال البنك مع ما يكتنف ذلك من مخاطر، وحل غير كامل لمعالجة مخاطر الائتمان المصرفي يتمثل في الضمانات التقليدية للائتمان المصرفي على فرض فاعليتها في استرداد الائتمان، فإن كانت غير ذلك فهي تمثل مشكلة أخرى للائتمان المصرفي تتمثل في ضياع كلى أو جزئي للائتمان.

وتلك المخاطر المصاحبة للائتمان المصرفي، أيا كان مصدرها، يمكن أن توقف البنك عن متابعة نشاطه الائتماني – خاصة في حالة الإقراض طويل الأجل– وإقراض آخرين. ويتعارض ذلك مع طبيعة وهدف البنك كأي مشروع اقتصادي يسعى إلى تعظيم أرباحه باستغلال الموارد المتاحة.

وعلى الرغم من ذلك، لا يجب فهم المشكلة وكأنها مشكلة مدى تحقيق البنك لأرباحه، حيث أن دور البنك في منح الائتمان لا يقف أثر، عند ذلك المدى، وإنما يتجاوز، إلى إنه يلعب دورا مهما في الاقتصاد القومي عن طريق منح الائتمان،على نحو تتمكن به الدول من حل أزمات مالية ومجتمعية حادة قد تنشأ لظروف غير عادية.

---

[1]– يواجه البنك عند قعود العميل عن الدفع وبصدد التنفيذ على الضمانات الممنوحة، أمرين: يتعلق الأول منهما، بإمكانية أن يطول به أمد التقاضى للحصول على حكم قابل للتنفيذ، والأمر الثانيتعلق بإجراءات تنفيذ طويلة ومعقدة. ونتيجة لذلك، تتغير الظروف التي منح البنك ائتمانه في ظلها والتى تؤدى– حتما– إلى إنقاص قيمه الضمانة هذا إن سلمت الضمانة في ذاتها. وقد يتعرض البنك إلى ضياع الضمانة وبالتالى ضياع ائتمانه بالكامل؛ إذا أثيرت بشأنها مشاكل قانونية يمكن أن تؤدى إلى إزالتها من العملية الائتمانية؛ وكان التنفيذ عليها لاقتضاء الائتمان حتمى. انظر لاحقا الباب الثانى من القسم الأول من هذه الرسالة.

لذا، فقد بات التغلب على مخاطر الائتمان المصرفي أمرا ملحا، وخاصة تلك التي لم يلتفت القانون لحماية البنك منها، وبالتالي لم يضع بشأنها ضمانات قانونية. ويكمن الحل في توفير وسيلة يتمكن البنك بها من التغلب على القيود التنظيمية التي تكبله والتي تدفعه إلى تجميد الأموال، بإيجاد مصدر تمويل إضافي للحفاظ على ربحيته ومزاولة نشاطه بكفاءة وفعالية.

وإزاء ذلك، واستجابة للضغوط الاقتصادية والمجتمعية تمثل الحل في نظام التوريق[1] أى إمكانية تحويل القروض المضمونة بالتأمينات الفعالة إلى أوراق مالية قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية، بحيث يتم نقل المخاطر بتوزيعها على العديد من المستثمرين. ويحقق ذلك الحل للبنك تعجيل استرداد الائتمان على النحو الذى يمكنه من إعادة منح الائتمان مرة أخرى، فضلا عن تجنيبه التعرض لمخاطر التضخم وانخفاض سعر الفائدة على قروضه.

ويقتضى عمل هذا النظام أن يقوم البنك بحوالة حقوقه لدى الغير بما لها من ضمانات فعالة إلى ما يسمى الترست (Trust)، وهو أداة التوريق التعاقدية التي من خلالها تتحول محفظة حقوق البنك إلى أوراق مالية قابلة للتداول تباع في سوق الأوراق المالية ومن عائدها يسترد البنك ما سبق أن قام بمنحه، وبعض أرباحه قبل وقتها المحدد [2].

فالتوريق عملية إئتمانية يجتمع فيها الضمان والتمويل في آن واحد. ويتمثل التمويل في استرداد البنك لحقوقه لدى الغير، ويتجسد الضمان في حوالة حقوق البنك الشخصية وتأميناتها (محتوى محفظة الحقوق)، بما يعنى انتقالها إلى ذمة الترست، إذ لم يكن من الملائم رهن تلك الحقوق رهنا حيازيا [3] لصالحه وذلك للأسباب التالية :-

1- أن نقل حيازة الحقوق الشخصية طبقا للمادة 120 /3 تجارى والتى " تنص على إنه" تنتقل حيازة الحقوق بحيازة الصكوك الثابتة فيها. ... " لا يحقق هدف وغاية نقل الحيازة كما في رهن المنقول، فالحماية التى ابتغاها المشرع للغير والدائن المرتهن من وراء نقل حيازة الشيء المرهون فى الرهن الحيازى، والتى ينجزها ذلك النقل بفاعلية كاملة فى المنقولات المادية والعقارات، لا يمكن أن يقوم مقامها تسليم السند المثبت لتلك للحقوق، إذ لا يمنع هذا الرهن إمكانية تصرف المدين غشا وإضرارا بالدائن المرتهن، فمن الناحية العملية يصعب رفع يد المدين الراهن عن حقوقه بالشكل الحاصل فى رهن الأموال المادية[4]. وبينما يتطلب المشرع

1- قارن التوريق مع عقد أل factoring وهو عقد بمقتضاه يلتزم العميل بتحويل حقوقه على المدين لمؤسسة الشراء تحويلا ناقلا للملكية مقابل حصوله على قيمة هذه الحقوق إما معجلا أو عند الاستحقاق مع أداء عمولات وفوائد يحددها الطرفان في العقد. و يلتزم الوكيل (مؤسسة الشراء) بتحصيل هذه الحقوق من المدين، وضمان خطر عدم الوفاء بقيمتها عند الاستحقاق في حالة إعسار أو إفلاس المدين. ومن ثم، يفقد حقه في الرجوع على العميل. كما يلتزم الوكيل بتقديم خدمات أخرى، إدارية، وتجارية، ومحاسبية. راجع في ذلك د توريه توفيق – وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس ص 24

2 -Timothy A. Froehle, Standing in the Wake of the Foreclosure Crisis: Why Procedural Requirements Are Necessary To Prevent Further Loss to Homeowners [2011] [Vol. 96.IOWA LAW REVIEW,p.1719 "The Role of Securitization in Mortgage Lending" (Available online]. Retrieved 30/8/2014 from http://www.uiowa.edu/~ilr/issues/ILR_96-5_Froehle.pdf

3- الدكتور هشام فضلى- عقد شراء الحقوق التجارية رسالة دكتوراه- جامعة الإسكندرية – دار النهضة العربية القاهرة 1997 ص 17 " تعتمد هذه النظرة على أن الرهن الحيازى هو التأمين الوحيد الذى ورد فى التشريعين المصرى والفرنسى بشأن الديون"

4 – الدكتور هشام فضلى المرجع السابق ص 22-23 وراجع المادة 65 تجارى

لنفاذ نقل حقوق البنك في مواجهة المدين والغير اتخاذ إجراءات الإعلان المتطلبة في حوالة الحقوق المدنية لوجود شخص ثالث هو المدين[1]، فإن آثار هذا الإعلان تتنافى وطبيعة العمليات الائتمانية، فهى فضلا عن الجهد والوقت المتطلب فيها تزيد من تكلفتها المالية. 2- وإذ يختلف مفهوم الحيازة فى رهن الأموال المادية عنه فى رهن الحقوق الشخصية، فلا يتصور في رهن الحقوق الأخيرة أن يكون للمرتهن الجديد حق الحبس أو حق طلب التملك. فالحبس غير مقبول في حالة رهن هذه الحقوق لأنه يفترض حيازة المال، وهو شرط لا يمكن تحققه بالنسبة لها. كما أن حق طلب التملك يؤسس على الحيازة المادية للشيء محل الرهن. فحيث لا يوجد حق الحبس لا يوجد ذلك الحق[2]. وبينما تؤثر بعض الامتيازات المقررة لبعض الدائنين على تلك الحقوق كالدعوى المباشرة [3]، وكذلك استخدام حق المقاصة، وحق الحبس، وذلك بإنقاص الضمان العام للمدين مؤقتا بالنسبة للدائنين سواء أكانو عاديين أو مرتهنين، فإن حق الأفضلية المقرر للدائن المرتهن، كأصل عام، يكون مسبوقا بأنواع أخرى من الحقوق يأتي في مقدمتها المصاريف القضائية والحقوق الضريبية.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن طبيعة الرهن الحيازى للحقوق الشخصية لا تتلاءم مع توريق الأصول المالية، إذ تجعل البنك هو المدين الأول المنوط به ر. قيمة الائتمان، أما مدين البنك فهو المدين الاحتياطى في حالة عدم قيام مدينه برالائتمان [4]. ولذلك، كان نقل حقوق البنك لدى الغير بطريق حوالة الحقوق بالبيع أفضل لكونه يتلافى عيوب الرهن الحيازى لتلك الحقوق، إذ يقتضى نقل مخاطر الائتمان من البنك إلى الترست، تبعا لنقل حقوقه، أن يرجع الأخير على مدين البنك رجوعا أصليا لا رجوعا استثنائيا.

وإذ تجرى تلك الحوالة في نظام التوريق بشكل مختلف عن حوالة الحقوق في القانون المدني، فقد تم التغلب بصددها على مشكلة متطلبات نفاذ الحوالة ضد المدين والغير. فغالبا ما يقوم فيه البنك المحيل بالنيابة عن الترست بتحصيل التدفقات النقدية للأصول المالية من المدين، مما تنتفي معه الحاجة إلى إعلان الأخير بتلك الحوالة أو قبوله لها.

بيد أن نقل الأصول وإن كان يلعب دورا مزدوجا في عملية التوريق، فيسمح للبنك بالحصول على التمويل اللازم لحقوقه المنقولة، ويجنب الترست خطر إفلاس (البنك) منشئ الأصول أو ناقلها. إلا إنه لا يجنب

---

[1]- استوجب القانون المصري في المادة 1123 /1 مدني لنفاذ هذا الرهن في حق المدين إعلانه به أو قبوله وفقا للمادة 305 مدني التي تنص على أن " لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن به، على أن نفاذها قبل الغير يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ " كما أنه وفقا لذات المادة 1123 / 2 " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون وتحسب مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان أو القبول ".

[2] – الدكتور على البارودي والدكتور محمد فريد العريني – القانون التجاري – العقود التجارية والعمليات المصرفية ط 2012 ص 281- 311- لا يوجد ما يمنع باتفاق الفقهاء من تطبيق نص المادة 1211 /2 مدني على الرهن التجاري والتى تنص على أن، للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الإذن له بتملك الشيء المرهون وفاء لدينه على أن تحسب قيمته بمعرفة الخبراء. غير أن تطبيقه على الحقوق الشخصية اختلف بشأنه الفقهاء، والرأى الراجح هو إنكار حق طلب التمليك فى رهن الحقوق. انظر الدكتور هشام فضلى المرجع السابق ص 31- 32

[3]- نفس المرجع ص 26 " إذ يعطى القضاء الفرنسى أفضلية للمقاول من الباطن على الدائن المرتهن فى رجوعهما على رب العمل مدين المقاول الأصلى ومدين المدين الراهن"

[4]- نفس المرجع ص 32 " قرر الفقه الفرنسي عدم صلاحية الرهن الحيازى لمتطلبات الائتمان لتعارضه مع السرعة والبساطة اللازمين لتكوين العملية الائتمانية، ولعدم فاعليته في الحافظ على حقوق مانح الائتمان بالنظر لما تتعرض له من مخاطر جسيمة عند استرداد الائتمان.

الأخير خطر دفوع المدين المتعلقة بالحق المنقول، وكذا خطر مزاحمة الغير له في استيفاء قيمة الحق سواء في حالة يسار المدين أو في حالة إفلاسه. ومن ثم، فحوالة الحقوق الشخصية ونقل ملكيتها للترست لا تعنى شيئا، إذا لم تكن مضمونة بضمانات فعالة، وبدون ذلك لا تعنى تلك الحوالة سوى إحالته على الضمان العام لمدين البنك، وهو كما سنرى ضمان غير فعال من الناحيتين الاقتصادية والقانونية [1]. وتأتى من هنا، أهمية أن تكون الحوالة للحقوق الشخصية مضمونة بهذه الضمانات. فمما لاشك فيه أن للضمانات تأثيرا حاسما على حجم ومدة وتكلفة الائتمان، وهو ما أخذ به نظام التوريق.

فلئن كان نظام التوريق يعمل على توزيع المخاطر على عدد كبير من المستثمرين، إلا أن هذا لا يعنى أن هذه المخاطر ألغيت أو ضعفت، وإنما هي باقية وانتقلت إلى كل مستثمر وبقدر استثمار، فيما يكتتب فيه من أوراق مالية. وإذ يلعب المستثمرون في نظام التوريق دور المقرضين، فإنهم يعولون، بالإضافة إلى آليات عمل نظام التوريق في حماية استثماراتهم، على التدفقات النقدية المتولدة من الأصول المالية المضمونة بضمانات فعالة (محفظة الحقوق) لا اعتمادا على ذمة المحيل أو ذمة شركة التوريق. ومن ثم، لا يجب ترك هذه الأصول بدون حماية هذه الضمانات. فذلك مما يعرقل تكوين تلك العملية الائتمانية، ويقلص من فرص زيادة التمويل بتوريق الأصول.

فبينما يضمن التوريق المخاطر التقليدية للائتمان المصرفى، بجانب المخاطر الأخرى المتمثلة فى مخاطر السيولة والسوق، فإن الضمانات التقليدية تشكل محور حماية في عمليتي الائتمان المصرفي وتوريق الأصول المالية لبقاء تلك المخاطر التقليدية للائتمان المصرفي حتى آجال سداد الائتمان. ومن ثم، يمكن أن نقرر أن نظام توريق الأصول والضمانات التقليدية الفعالة للائتمان المصرفى يتكاملان فى العمل على مجابهة كل مخاطر ذلك الائتمان.

وإذا كان المشرع المصري طور الرهن العقارى، فأصدر قانون التمويل العقاري رقم 148 /2001 لكي يلائم ويلبى متطلبات التطور المرجو في الائتمان المصرفي استجابة لما نادي به رجال البنوك، فإن هذا فى حين أظهر تأكيده على تطوير فاعلية الضمانة العقارية (الرهن الرسمي) لحماية ذلك الائتمان، فإنه أكد على عدم تطوير فاعلية الضمانات الشخصية والضمانات العينية الواردة على المنقول إلى أبعد من التنظيم الذي نراه في القانون التجاري والقواعد العامة في القانون المدني.

وبينما اعتمد المشرع المصرى على الضمانة العقارية كضمانة فعالة لحماية الائتمان المصرفي فى مجال التمويل العقارى، فإن ذلك لم ينف بقاء البنك منتظرا إلى آجال الاستحقاق لاسترداد ائتمانه، وملتزما بالقيود التنظيمية، بالإضافة إلى ما يتعرض له من مخاطر ائتمانية متعلقة بالسوق والسيولة. ومن ثم، أدرك المشرع المصري أهمية العمل بنظام توريق الأصول، فأصدر تعديلا بالقانون رقم 143 / 2004 أضيف إلى قانون سوق رأس المال رقم 95 / 1992 أدخل به نظام التوريق في مجال التمويل العقاري. وكان من شأنه أن حقق للبنك أو لمنشئ القروض ما يرغب فيه من ضمان سرعة عودة أمواله، وجني أرباحه، ومثل وسيلة سحرية لنقل مخاطر الائتمان، وساهم بطريق غير مباشر في زيادة منح الائتمان المصرفي.

---

[1] -Timothy A. Froehle, op,cit.

وعلى ما تقدم، نعرض للضمانات التقليدية للائتمان المصرفي لنبين مدى قدرتها على حماية الائتمان المصرفي في الاسترداد الآجل للائتمان، إذ إنه بقدرة هذه الضمانات على تلك الحماية سيتحدد دورها في حل المشكلة الأخرى للائتمان المصرفي عن طريق نظام التوريق. فإذا كانت فعالة ستكون أساسا جيدا يمكن البناء عليه في ذلك النظام، وإن لم تكن كذلك سيتضاءل أهمية استغلالها أو الاعتماد عليها. وسنقوم بدراسة ذلك في القسم الأول تحت عنوان الضمانات التقليدية والاسترداد الآجل لائتمان (بقاء مخاطر الائتمان).

وإذا كان التوريق ليس، هو فقط، عقد حوالة الأصول المالية المضمونة من البنك إلى الترست، بل هو بناء متكامل له أدواته وآلياته التي تنصهر معا معطية له ذاتيته المستقلة كاعتماده على نقل ملكية حقوق البنك، وتمويل البنك بمدخرات المستثمرين فى الأوراق المالية، ووجود آلية قانونية تكفل للمستثمرين عدم تعرض الأداة القائمة على أمر استثماراتهم للإفلاس، فإن نشأته في الولايات المتحدة الأمريكية- إحدى بلاد القانون الأنجلوأمريكى- تشير إلى أن له تنظيما قانونيا يتلاءم مع ذلك النظام. وبينما يؤكد ذلك على عدم ملاءمة النظام القانوني في نظم القانون المدني، بما يحويه من قواعد عامة في تنظيم العقود والالتزامات لتنظيم هذه الصورة المستحدثة من العلاقات التعاقدية، فإن العمل جرى به فى فرنسا - إحدى بلاد القانون المدنى- ومن ينتمى إلى نظامها القانونى. لذا، فإننا سنفرد القسم الثاني لدراسة نظام توريق الأصول(الاسترداد العاجل للائتمان) في القانون المقارن للوقوف على المحددات الجوهرية لإشكاليات تنظيمه فى تلك النظم الأخيرة. وإذا كان المشرع المصرى عمل بالتوريق في إطار قانون التمويل العقاري، فإننا سندرس التوريق في القانون المصري للوقوف على مدى إمكانية احتوائه لنظام التوريق ضمن أنظمته القانونية .

وعلى ما تقدم تكون خطة البحث الإجمالية على النحو التالي

القسم الأول: الضمانات التقليدية والاسترداد الآجل للائتمان (بقاء مخاطر الائتمان)

القسم الثاني: نظام توريق الأصول المالية والاسترداد العاجل للائتمان (انتقال مخاطر الائتمان)