

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

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

تبقى مخاطر الائتمان مصاحبة لعملية الائتمان حتى سداؤه، وما وجود الضمانات التقليدية إلا لضمان استرداد البنك ائتمانه حينما تفشل عناصر الدراسة الائتمانية التي تجرى على العميل.

وعلى الرغم من ذلك، فإن لهذه ضمانات تأثيرا مباشرا على ما يتم تجنبه من مخصصات مالية لمقابلة مخاطر الائتمان. فإذا كانت فعالة في استرداد الائتمان حينما يتقاعس العميل عن السداد، فإن ذلك ينعكس أثره على تقليل مخصصات مقابل هذه المخاطر مما يعنى تقليل تكلفة عملية الائتمان. وإذا كانت غير فعالة في استرداد الائتمان، فإن هذا يزيد من ناحية مخصصات البنك لمقابلة تلك المخاطر، ويرفع من ناحية أخرى تكلفة الائتمان.

ولئن كانت مخاطر الائتمان المصرفي تقتضى تخصيص ما سلف بيانه، فوق ما يجب أن يحتفظ به البنك وفقا لما يتقيد به من قيود تنظيمية طبقا لمبدأ كفاية رأس المال لمقابلة طلبات السحب من العملاء، فإن تعطيل هذا المال وذاك عن الاستثمار يمثل مخاطر ملازمة للائتمان المصرفي، بل قد تزداد تلك المخاطر خاصة في حالة الائتمان طويل الأجل إذ قد تحدث تطورت اقتصادية في غير صالح البنك تؤثر على جوهر الائتمان بتقليل أهمية الفائدة، أو تؤثر على قيمة الضمانة بشكل أو بآخر.

وإذا كان صحيحا أن الضمانات التقليدية لا يظهر دورها إلا عند بروز مخاطر الائتمان بالعمل على ألا تتحول هذه المخاطر إلى حقيقة واقعة لا مفر منها بعدم استرداده، فإنها لن تستطع، حتى مع فاعليتها، التغلب على كل مخاطر الائتمان. ومن ثم، كان الاستعانة بنظام التوريق للتغلب على مالم تستطع تلك الضمانات التغلب عليه ونعنى بها مخاطر السوق والسيولة.

وإذ لم يعتمد المشرع المصري في نظام التوريق على غير الائتمان المصحوب بالضمان العقاري من بين تلك الضمانات التقليدية لما رآه من فاعليته في حماية الائتمان، فإننا سندرس ضمانات الائتمان المصرفي غير العقارية (الضمانات الشخصية والضمانات العينية على المنقول) في باب أول للوقوف على مدى صحة ما رآه المشرع المصري بشأن عدم الاعتماد عليها في توريق الأصول المضمونة بها، ونفرد الباب الثاني لبيان مدى فعالية الضمانة العقارية لحماية الائتمان المصرفي.

وعلى ما تقدم نقسم الدراسة في هذا القسم كما يلي :-

الباب الأول : الضمانات غير العقارية وحماية الائتمان

الباب الثاني : الضمانة العقارية وحماية الائتمان

الباب الأول

الضمانات غير العقارية وحماية الائتمان

الباب الأول

الضمانات غير العقارية وحماية الائتمان

يحاول الدائن دائما الحصول على ضمان لائتمانه، وكلما ضاق ضمان عن حمايته التمس الضمان في شيء آخر. فبعد أن كان الضمان العام للمدين هو الضمان الأول في منح الائتمان لجأ الدائن إلى الكفالة الشخصية لتعزيز ضمانه وهي لا تعدو أن تكون إضافة ذمة شخص آخر إلى ذمة المدين الأصلي. وإذا لمس

الدائن نسبية حماية تلك الكفالة للائتمان لجأ إلى الضمانات العينية ففيها يخصص مال معين من أموال المدين يكون للدائن عليه حق التقدم والتتبع، وأصبح الدائن بذلك في مأمن من إفسار المدين بما له من حق التقدم ، وفي مأمن من غش مدينه، إذا تصرف في المال، بما له من حق التتبع.

وإذ يهمننا الوقوف على مدى فاعلية هذه الضمانات لحماية الائتمان المصرفي، فسندرسها بتقسيمها إلى فصلين كما يلي: الفصل الأول الضمانات الشخصية ثم نفرد الفصل الثاني للضمانات العينية على المنقول.

الفصل الأول

الضمانات الشخصية

نتناول في هذا الفصل دراسة الضمان الشخصي الذاتي للعميل والضمان الشخصي الخارجي (الكفالة الشخصية)، حيث يجمع هذين الضمانين أنهما متعلقان بالذمة المالية. فبينما يتعلق الأول بالذمة المالية للمدين يتعلق الثاني بالذمة المالية للكفيل إلى جوار الذمة المالية للمدين⁽¹⁾. ولكي نقف على مدى ما تحققه تلك الضمانات الشخصية من فاعلية في استرداد الائتمان ندرس الضمان الشخصي الذاتي في مبحث أول ثم ندرس الضمان الشخصي الخارجي في مبحث ثان.

المبحث الأول

الضمان الشخصي الذاتي

على الرغم من أهمية الضمانات التقليدية للائتمان المصرفي وهي أهمية لا تحتاج للتدليل عليها في ظل نسبية الدراسة الائتمانية التي تجرى على العميل طالب الائتمان، رأى البعض أن مسايرة اتجاه الحصول على ضمانات تغطي المخاطر الائتمانية يكون من شأنه حرمان كثير من المنشآت من الحصول على التمويل اللازم، وبالتالي عدم إمكانية تطويرها أو ربما توقفها نهائياً. كما أن غالبية التسهيلات، في الواقع العملي لأي نظام اقتصادي، لا تقابلها ضمانات بالمعنى المتعارف عليه، إذ لو طلبت المصارف الضمانات التقليدية لعجزت كثير من المشروعات عن تقديمها؛ ولأدى ذلك إلى توقف النمو الاقتصادي في الدولة.

بالإضافة إلى ذلك، فإن تلك الضمانات قد تدفع إلى عدم إجراء الدراسات الائتمانية بالدقة المطلوبة اعتماداً على أنها تغطي المخاطر الائتمانية، ثم يصطدم البنك وإبان التنفيذ عليها بالعقبات الكثيرة التي تنتهي

¹ - سنكتفي في دراسة الضمانات الشخصية بالكفالة الشخصية فهي النموذج التقليدي لها. ولا يفوتنا التنويه الى أن الضمان الاحتياطي للأوراق المالية وإن كان شكل من أشكال الكفالة الشخصية، إلا إنه يختلف عن هذه الكفالة كونه يطبق فقط في حالة الديون المرتبطة بالأوراق التجارية. كما أنه يختلف عنها في وجهين آخرين: الأول هو أنه التزام تجاري بالدرجة الأولى حتى لو كان مانح الضمان غير تاجر. ويرجع ذلك إلى أن العمليات التي تهدف الأوراق محل الضمان إلى إثباتها هي عمليات تجارية. أما وجه الاختلاف الثاني فيتمثل في أن الضمان الاحتياطي يكون صحيحاً و لو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً، ما لم يعتره عيب في الشكل.

في معظم الحالات بإعدام الدين، بعكس الضمان الشخصي الذي فيه تتم الدراسات الائتمانية الدقيقة وتمثل فيه نسبة إعدام الديون جانبا بسيطا (1).

كما أن الأصل في منح الائتمان أنه لا يتوقف على الضمان العيني، وأن العبرة في قرار المنح هو قدرة العميل على السداد وليست في نوعية الضمانات المقدمة. فالبك لا يمول ضمانا بل يمول غرضا. وهذا ما يتفق مع الأعراف الدولية المصرفية، وقرارات لجنة بازل، والقرار الوارد بمذكرة اتحاد بنوك مصر بقولها: أنه ليس من الضروري أن تكون كافة التسهيلات التي تمنحها البنوك مضمونة بضمانات عينية، وأن الضمانات وكفايتها ومنح تسهيلات بدون ضمان من اختصاص القائمين على إدارة الائتمان في نطاق العرف المصرفي والنظام المصرفي. والمعيار في ذلك أن تكون هذه القروض مستخدمة في تمويل نشاط حقيقي يولد موارد حقيقية تمكن المقرض من سداد الدين وفوائده (2).

وعلى الرغم من وجهة الآراء السابقة، فإن العمل أثبت أنه بدون ضمان مواز للدراسات الائتمانية التي تجرى على العميل تبقى مخاطر الائتمان ماثلة. فالائتمان الجيد هو الائتمان المضمون. وسيوضح ذلك من خلال دراسة قوام الضمان الشخصي الذاتي من الناحيتين الاقتصادية والقانونية وبيان نسبة فاعليته لحماية الائتمان المصرفي.

المطلب الأول

قوام الضمان الشخصي الذاتي من الناحيتين الاقتصادية والقانونية

يرتكز منح الائتمان على الثقة في شخص متلقيه، وهي ثقة تتأتى من تضافر مجموعة من العناصر كسمعة العميل، ومركزه المالي، القدرة على خلق الدخل، الظروف المحيطة بغرض القرض، والضمان. وهذه العناصر تمثل أمورا موضوعية تتعد بالثقة عن الجانب النفسي الذي توحى به هذه الكلمة. كما أن هذه الثقة الخاصة بالعميل متلقى الائتمان لا تخرج من الناحية القانونية عما يعرف بالضمان العام. ومن ثم، ندرس العناصر التي يقوم عليها قوام الضمان الشخصي من الناحية الاقتصادية، وما يمثل هذه العناصر من الناحية القانونية على فرعين كما يلي

الفرع الأول

قوام الضمان الشخصي الذاتي من الناحية الاقتصادية

يستند تحليل الثقة التي يجب أن يحظى بها العميل لمنحه الائتمان، وفقا للمستقر عليه من الناحية الاقتصادية (3)، إلى العناصر الآتية :- سمعة العميل character، ومركزه المالي capital، القدرة على خلق

¹ - أ كمال معوض - السياسات الائتمانية وما يجب أن تكون عليه مايو 1975 مكتبة المعهد المصرفي القاهرة أحمد حسن قوره المرجع السابق

² - الدكتور صلاح إبراهيم شحاتة ضوابط منح الائتمان المصرفي - رسالة دكتوراة ص 2008 ص 242

³ - الدكتور نبيل إبراهيم سعد - نحو قانون خاص بالائتمان - منشأة المعارف بالإسكندرية ص 26 . وانظر

الدخل capacity ، ومن الاقتصاديين من يضيف إليها الظروف المحيطة بغرض القرض conditions ، والضمان collateral. ويرى الاقتصاديون أن الغرض من تحليل عناصر الائتمان CREDIT ANALYSIS (1) هو الوقوف على إمكانية ورغبة المدين في رد ما حصل عليه من ائتمان في الأجل المحدد، بما يعنى أن من شأنها التأثير في اتخاذ القرار الائتماني بالسلب أو الإيجاب. وفي هذا الإطار نتناول تلك العناصر بالشرح والتعليق، وبيان علاقتها بالضمان للوقوف على أهمية دوره عند منح الائتمان.

- سمعة العميل character :

يقصد بالسمعة من وجهة النظر الائتمانية رغبة الشخص في سداد ما عليه من ديون وفي تاريخ استحقاقها. ويلزم للتعرف على مصداقيته في الوفاء بالتزاماته الوقوف على تعليمه، أمانته، وظيفته، وعاداته، ومدى ميله إلى المقامرة والتي تؤثر على سمعته حتى لو كان قادرا على دفع ديونه.

ويستند البنك إلى عدة مصادر للحكم على شخصية العميل، والوصول إلى كل ما يمكن أن يتعلق بانتظامه في سداد ما عليه من التزامات مالية للغير، فقد يكون العميل نفسه مصدرا وذلك من المقابلة التي يجريها البنك معه للتعرف على البيانات التفصيلية التي عليه استيفاؤها والمستندات المقدمة منه(2). وقد يعتمد البنك على البنوك الأخرى التي يتعامل معها العميل، أو الموردون الذين يقومون بالتوريد له، أو على شهادة من المحكمة التجارية التي يقع في دائرتها نشاط العميل تثبت عدم توقيع بروتستات عدم الدفع(3). وعلى أى حال، يبقى الحكم على شخصه وتقييمه مسألة قد لا تكون واقعية، فقد يكون الشخص معسرا فيما مضى ولكنه قد يصبح قادرا على الوفاء بما عليه في وقت لاحق، والعكس صحيح أيضا(4).

- القدرة على خلق الدخل أو الدفع capacity :

وتعنى القدرة على سداد الديون في مواعيد استحقاقها، وليست الرغبة في ذلك مع نقص المال أو عدم معرفة كيفية الحصول عليه (5). ويمكن الوصول إليها بالنسبة للفرد من تحديد صافى الدخل ومعرفة عدد أفراد أسرته، وصحته، وعمره ، واستقراره في العمل.

ويرتكز أساس القدرة على خلق الدخل بالنسبة للمشروعات الإنتاجية على نجاح النشاط وحجم الإنتاج ومعدل الدخل (6). ولذلك، يؤكد البعض على أهمية القدرة الإدارية لمدراء الشركات كعامل أساسي في تقرير منح الائتمان أو رفضه. ويتمثل هذا العامل في ملاحظة اختيار المدراء لمن يقومون بالعمل، والمواد الخام، ورأس المال الثابت الذي يسهم في إنتاج السلع والخدمات.

EDWARD W . REED & Edward K G ILL , COMMERCIAL BANKING FOURTH EDITION Prentice- Hall International Editions , 1989, P .216

² -الأستاذ / عبد الغنى جامع - المرجع السابق

³ -الدكتور طلعت أسعد عبد الحميد المرجع السابق ص 132

⁴ - EDWARD W . REED & EDWARD K G ILL , op. cit, pp. 282 -285

⁵ -الأستاذ / محمود حسن عبد الله التسهيلات الائتمانية المصرفية ومخاطرها- البنك المركزي المصري - معهد الدراسات المصرفية

مجموعة محاضرات العام الدراسي الثامن عشر 1971 - 1972

⁶ - الدكتور حسنى خليل محمد إدارة الائتمان المصرفي مع التركيز على المصارف العربية ص 27 - مجلة اتحاد المصارف العربية - أغسطس 1975 - مكتبة المعهد المصرفي بالقاهرة

ويمكن التعرف على نجاح الإدارة من مدى قدرتها على إدخال تعديلات مناسبة في الإنتاج استجابة للتغيرات المرغوبة في منتجات الشركة. وعلى أي حال، ينسب نجاح أو فشل الأعمال غالباً إلى عامل الإدارة⁽¹⁾. كما تتمثل القدرة في العائد المتوقع الذي سيحصل عليه المقترض من نشاطه التجاري. ويمكن التعرف عليها من عرض النشاط (المصادر التي سيصرف فيها الائتمان لتمويل سلع رأسمالية أو سلعة تجارية) ونوع السلعة التي سيتم الاتجار فيها، ومدى قابليتها للتلف، ومدى حاجة السوق إليها، وسعرها السائد، والربح المتوقع، وما إذا كان لها منافس في السوق، وحجم المنافسة.

- المركز المالي capital⁽²⁾

يعتبر المركز المالي عند البعض الضمان الذي يؤكد مقدرة العميل على الدفع في الأجل الطويل، إذا استبعد عنصراً السمعة والمقدرة على الدفع⁽³⁾. لذا، يجب الاهتمام بمعرفة ما يملكه المقترض من أصول ثابتة ومنقولة، وكذلك حقوقه لدى الغير الناتجة من النشاط الذي يمارسه.

وعادة ما تطلب البنوك للتعرف على المركز المالي، مجموعة من الحسابات المالية لعدة سنوات سابقة، وخاصة حساب المتاجرة والأرباح والخسائر والميزانية العمومية، حتى يمكن من خلالها تحليل قدرة المنشأة على السداد في المستقبل. وبجانب ذلك، يلزم التعرف على مركز العميل الضريبي، والتأميني، والاطلاع على موقفه لدى الإدارة المركزية لتجميع مخاطر الائتمان بالبنك المركزي.

- الظروف الاقتصادية conditions

يقصد بالظروف الاقتصادية الحالة الاقتصادية المحيطة والمؤثرة في نشاط العميل وفي مقدرة على سداد الائتمان. وتلعب الظروف الاقتصادية السائدة أثراً في قدرة ورغبة العميل في السداد. ولئن كانت الأنشطة التجارية تتفاوت في مدى تأثرها بالحالة السائدة، فإنه يتعين على الباحث الائتماني التنبؤ بظروف الصناعة أو النشاط الذي يعمل فيه العميل، في ظل تلك الظروف الاقتصادية السائدة.

وتعد من الظروف الاقتصادية القوانين والقرارات واللوائح المعمول بها، والتي لها تأثير مباشر على دراسة طلب الائتمان. وعلى الباحث الائتماني أن يلم بها حتى لا يقع في خطأ كأن يمنح ائتمان بضمان سلعة ممنوع الاتجار فيها مثلاً⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

قوام الضمان الشخصي الذاتي من الناحية القانونية

¹- Edward W. Reed & Edward k Gill , op. cit, p. 217

²- ((يستخدم اصطلاح رأس المال capital للإشارة إلى المركز المالي للعميل)) راجع دكتور منير إبراهيم هندي - إدارة الأسواق والمنشآت المالية ص 150-1997 ط - منشأة المعارف بالإسكندرية

³ - الدكتور / طلعت أسعد عبد الحميد المرجع السابق ص 134 وما بعدها .

⁴- الدكتور منير إبراهيم هندي المرجع السابق ص 151

الضمان الشخصي الذاتى للعميل هو ما يطلق عليه من الناحية القانونية الضمان العام. وقد وردت فكرته في المادة 234 مدني التي تنص على أن " 1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه 2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون "

وينصب الضمان العام للدائن على جميع أموال المدين، وينتظم كل ذلك فيما يعرف بالذمة المالية التي تتكون من الحقوق والديون ذات القيمة المالية التي ينظر إليها على إنها جميعا مندمجة في كل لا يتجزأ، فتفنى ذاتية هذه العناصر في المجموع الذي تكونه وتصبح كلها مجموعا من المال. وعندما ننظر إلى الذمة المالية باعتبارها كذلك، فإن التغيرات التي تطرأ على هذه العناصر والتي يكون من شأنها أن تزيد أو تنقص في القيمة الإيجابية أو في القيمة السلبية، لا أثر لها في كيان الذمة المالية ذاته الذي هو منفصل عنها.

وتفسر نظرية الذمة المالية أن أموال المدين جميعا الحاضر منها والمستقبل، ما وجد منها وقت نشوء الدين وما يوجد بعد نشوئه ضمانة لجميع ديونه دون تمييز بين دين ودين. فالذمة المالية هي الضمان العام لجميع الدائنين أو بعبارة أدق أن القيمة الإيجابية للذمة المالية هي ضمان للقيمة السلبية⁽¹⁾، فيستطيع الدائن أن ينفذ على عناصر الذمة المالية الإيجابية التي تضمن الدين ضمانا عاما.

وإذ يتساوى كل الدائنين فيما بينهم في الضمان العام بغض النظر عن تاريخ نشأة حقوقهم، فإنه إذا لم تكف العناصر الإيجابية للوفاء بحقوق الدائنين تقسم أموال المدين وقت التنفيذ على الدائنين قسمة غرماء أي بنسبة دين كل واحد منهم، وأساس ذلك هو فكرة الذمة المالية. فحق كل دائن يضمه المجموع المعنوي المجرد وهو الذمة المالية، وليس ما تتضمنه من أموال. ولئن ذلك، في حد ذاته، ليس سببا لإحجام الدائن الجديد عن التعامل مع المدين، فإن باب الائتمان يبقى مفتوحا أمام المدين.

كما تتيح فكرة الذمة المالية للمدين التصرف في أمواله كيفما يشاء، وليس من حق الدائن الاعتراض على تصرفات المدين إلا في أحوال معينة. فالدائن لا يستطيع من حيث الأصل منع المدين من التصرف في أمواله، إذ إن حقه في ذلك من النظام العام. ومن ثم، لا يجوز الانتقاص منه إلا بنصوص تشريعية استثنائية تمنعه من التصرف في أمواله كما هو الحادث بشأن المادة 208 مكرر⁽²⁾ من قانون الإجراءات الجنائية. ولا يكفل الضمان العام حق التتبع لأحد الدائنين، فعقد البيع الذي يصدر من المدين يسرى في حق الدائن فهو ممن يسرى في حقهم تصرف المدين كونه واقعة مادية أنقصت أو زادت في ضمانه العام، وليس تصرفا قانونيا انشأ حقا أو التزاما في جانبه⁽³⁾.

وإذ تعد حرية تصرف المدين في أمواله والتي يشملها الضمان العام من الأمور التي قد تفرغ هذا الضمان من فاعليته، فالذمة المالية التي لا تحتوى على عناصر ايجابية كافية لا تجدي نفعا للدائنين، فأموال

¹ - السنهوري الوسيط في القانون المدني - ج8 حق الملكية ط2 ص 287 وما بعدها

² - مادة 208 مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية مضافة بالقانون رقم 43 لسنة 1967 "يجوز للنائب العام إذا قامت من التحقيق دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة والهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لهما أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أن يأمر ضمانا لتنفيذ ما عسى أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجني عليها بمنع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات التحفظية"

³ - السنهوري الوجيز في شرح القانون المدني ج1 نظرية الالتزام بوجه عام ط2 ص 897

المدين التي لا تكفى لقضاء ديونه يضطر معها الدائن إلى الاقتصر على استيفاء جزء من حقه، بل قد يضيع عليه حقه، إذا تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين.

المطلب الثاني

مدى فاعلية الضمان الشخصي الذاتي في حماية الائتمان المصرفي

نتطرق في هذا المطلب الى تقييم عناصر عملية منح الائتمان الأربعة من الناحية الاقتصادية، وتقييم الضمان العام من الناحية القانونية، وعلاقتها بأهمية تقديم ضمان موازى (collateral) لضمان الائتمان المصرفي. وذلك، في فرعين كما يلي:

الفرع الأول

مدى فاعلية الضمان الشخصي الذاتي من الناحية الاقتصادية

تولد عملية منح الائتمان وتحمل معها مخاطرها⁽¹⁾، وتبقى موجودة إلى حين استرداد الائتمان. وتنشأ المخاطر من عدم رغبة المدين في الدفع أو عدم قدرته على ذلك. وتتم عملية قياس مخاطر الائتمان قبل منحه بدراسة العوامل المختلفة التي قد تؤدي إلى عدم السداد في ميعاد الاستحقاق. وعادة لا يمنح البنك ائتمانه إذا كان من المتوقع الرجوع للضمان، وإنما يمنحه على أنه سيسدد بالارتكان إلى الدراسة الجيدة لعوامل منحه⁽²⁾.

وفى بيان حقيقة أهمية الاعتماد على العناصر الاقتصادية التي يتحلل إليها الائتمان للوصول إلى ضمان استرداد البنك لأمواله، تبارى البعض في ترتيب وتقديم عوامل منح الائتمان من حيث الأهمية. فيتقدم عند البعض القدرة على الدفع على المركز المالي، ومنهم من اعتبر المركز المالي هو الضمان الأول مستندياً إلى أنه يوضح المقدرة المالية لعميل الائتمان وقدرته على الاحتفاظ بوضعه المالي الحالي، لحسن إدارته التي تمكنه من الوفاء بالتزاماته⁽³⁾.

وقورنت السمعة والمقدرة على الدفع: والرأي الراجح أنه من الأفضل أن يكون الشخص غير مكترث لديونه، ولكن لديه المال الذي يمكنه من الدفع، على أن يكون حسن السمعة وتنقصه القدرة على الدفع⁽⁴⁾. وبذلك احتلت السمعة المرتبة الأخيرة من بين عوامل منح الائتمان. ولكن التجارب العملية أثبتت أنه بدون سمعة جيدة فلا أهمية للقدرة على الدفع أو المركز المالي. وزاد البعض على ذلك بالقول: بأن تمتع المقترض بسمعة حسنة وقدرة على الدفع ومركز مالي جيد لا يعتبر كافياً لمنح الائتمان⁽⁵⁾.

¹ - الدكتور حياه شحاتة سليمان مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 1989 ص 31

² - الدكتور حسنى خليل محمد المرجع السابق ص 140 "أن الضمان مسألة ثانوية بجانب العناصر الثلاثة لمنح الائتمان وهي السمعة والمقدرة على الدفع وحجم رأس المال، وكلما راعى المصرف دقة الدراسة والاختيار تقل أهمية الضمان."

³ - دكتور/ طلعت أسعد عبد الحميد المرجع السابق ص 138، محمود حسن عبد الله - المرجع السابق فعندهما سلامة المركز المالي للمقترض من الناحية الائتمانية تعتبر الضمان الذي يؤكد مقدرة المدين على الدفع في الأجل الطويل .

⁴ - الأستاذ / محمود حسن عبد الله - المرجع السابق

⁵ - Edward w. Reed & Edward k Gill , op ,cit p.16-17 .

فالسمة، فضلا عن أنها حالة غير ملموسة، قد يخطئ بشأنها الباحث الائتماني، إذ قد يعتمد لمعرفة على مصادر كاذبة: فقد يكذب العميل نفسه، أو قد لا يستطيع ذلك الباحث أن يتوصل إلى معلومات بشأنها من الموردين الذين يتعاملون معه، والذين قد يدلون بأقوال كاذبة لمصلحه العميل ولمصلحتهم، أو قد يكون العميل حديث التعامل مع البنوك. وأخيرا قد لا تفيد تقديم شهادة من المحكمة التجارية بعدم توقيع بروتستو عدم الدفع، فيما إذا كان النشاط حديثا في مقر المحكمة التابع لها، إذ من المحتمل أن يكون العميل قد نقل نشاطه إلى دائرتها، أو غيره، هروبا من واقعة إفلاس ألتبته في دائرة أخرى.

أما من حيث المركز المالي، الذي يعده البعض الضمان الأول للبنك في استرداد أمواله، فتعتمد البنوك في شأنه، من الناحية العملية، على ما يعده المحاسبون لمن يرغب في الحصول على ائتمان، والذي اصطلح عليه بمحاسبة المركز المالي، وهو ما قد يعد خصيصا لتقديمه للبنوك، وقد يكون في صالح طالبيه ومؤدى أتعابه. لذا، لا تعتمد البنوك غالبا على ما ورد في المركز المالي، بل تقوم بمراجعته، وترتيب زيارة للعميل في محل نشاطه. وقد لا يساعدها ذلك أيضا في معرفة صحة المركز المالي المقدم، إذ قد يلحظ الباحث الائتماني كثرة البضائع التي تعزز ائتمان العميل وتؤيد مركزه المالي، في حين أنه قد يكون مصدر هذه البضاعة ائتمان آخر، من أي نوع يخفى على الباحث ولا يدلله عليه أحد.

كما أن القدرة على الدفع ليست بأحسن حال من السمة، إذ أنها تعتمد على عناصر قابلة للتغير بين يوم وليلة، وكلها تخضع للظروف: فمن حيث الشخص فالإنسان لا يملك من أمر نفسه شيئا، ومن حيث نجاح النشاط التجاري والوحدات الإنتاجية والدخل المتحصل منهما فيتأثران دائما إذا لم تتمكن الشركة من تطوير منتجاتها بما يتلاءم مع رغبة المستهلك، أو عند عجزها عن مجارة سلعة بديلة ورخيصة وجيدة في نفس الوقت. ومن الأمثلة الواقعية على ذلك ما حدث في مدينة 6 أكتوبر حيث منح أحد فروع بنك الإسكندرية ائتمانا لمصنع يعمل في تصنيع كوالين أبواب السيارات، اعتمادا على أنه يعمل بطاقة إنتاجية عالية لإقبال السوق على إنتاجه المطروح في السوق بسعر 450 قرشا للقطعة. وحدث أن قام أحد المستوردين باستيراد رسالة كوالين لأبواب السيارات من الصين وطرح الكالون في الأسواق بسعر 250 قرش بالإضافة إلى جودته عن الكالون المصري، فترتب على هذا أن انهيار المصنع، وفقد بالتالي القدرة على سداد الائتمان.

أما من حيث الظروف الاقتصادية، والتي لا يتحكم فيها العميل غالبا، فهي ولا شك تؤثر على قدرته في مواجهة التزاماته. فقد لا يستطيع الباحث الائتماني التنبؤ بها من قبل خاصة إذا كانت متقلبة بشدة، ومضطربة، ومتعلقة بضرورة الإلمام بالتشريعات الكثيرة، والقرارات التي تصدر بصورة شبه يومية، وتؤثر بشكل أو آخر على التسهيلات الائتمانية الممنوحة.

وقد لا يستطيع الباحث الائتماني كذلك التنبؤ بضمان القدرة التنافسية للمشروعات في ظل التطور التكنولوجي المتلاحق، الذي لا نستطيع مجاراته - لكوننا من البلاد المستوردة للتكنولوجيا - ومن شأنه التغيير في صفات وخصائص السلع المطروحة على المستهلكين بما يلاءم حاجاتهم.

ويبدو لي بعد ذلك أن عناصر منح الائتمان تتميز بالأهمية النسبية والاحتمالية في ظل ضعف عنصر أو آخر من العناصر الأساسية لمنح الائتمان في ظل الظروف المتوقعة، أو المتنبأ بها. وقد لا يكون لها أهمية على الإطلاق، إذا تغيرت الظروف التي من شأنها التأثير على العوامل السابقة، بما قد يفرغها من

مضمونها. وما يبقى بعد ذلك من أهمية ينصرف إلى عنصر الضمان الذي جرت العادة في البنوك على تطلبه. فهو العنصر الوحيد القادر على استرداد أموال البنك في حالة فشل العناصر الأساسية لمنح الائتمان.

لذا، قيل وبحق أن الائتمان الجيد هو الائتمان المضمون⁽¹⁾. وفي هذا الصدد تعتبر مؤسسات التقييم الدولية، والبنوك ذات التقييم المتقدم، بند الضمانات من بنود التقييم التي تمنح نسبة معينة عند تقييم الجدارة الائتمانية للعميل. كما أن هذه الضمانات تمنح البنوك القدرة على مواجهة وتخفيف المخاطر المحيطة بنشاط العميل في ظل الظروف غير المتوقعة.

الفرع الثاني

مدى فاعلية الضمان الشخصي الذاتي من الناحية القانونية

1- قصور حماية الضمان العام للدائن

لقد أعطى القانون للدائن، بما له من ضمان عام على أموال المدين، أن يتخذ طرقا للمحافظة على أموال المدين: ومن هذه الطرق ما هو تحفظي كأن يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه، أو تنفيذي كأن يحجز على أموال المدين ويبيعها ويوزع ما ينتج عن ذلك على كل دائن بنسبة حقه، ومنها ما يتجسد في دعاوى يدفع بها الدائن عن نفسه غش مدينه، وجميعها تهدف إلى بقاء المال في الضمان العام للدائنين. كما أعطاه القانون الحق في الحبس، وشهر إفسار المدين وهي تتطلب إجراءات تنفيذية للوفاء بحقه. وعلى الرغم من كل ذلك، يستطيع المدين أن يتصرف في أمواله غشا أو صوريا، ويمكن أن يهمل في تقاضى حقوقه. كما أنه يمكن أن يزيد في مديونيته إضرارا بالدائن.

ولا يكفي من الناحية العملية ما تقرر للدائن من ضمان عام على جميع أموال المدين، إذ لا تسعف الدائن الدعوى البوليصة، ولا الدعوى غير المباشرة، وكذلك دعوى الصورية، فضلا عن الشروط الكثيرة المتطلبة لمباشره أى منها، فإن عائدها في النهاية يتساوى فيه جميع الدائنين، ولا يستأثر به الدائن رافع الدعوى. لذا، فإن المستحسن للدائن أن يحصل على تأمينات خاصة سواء أكانت شخصية أو عينية لاستيفاء حقه من مدينه (مادة 234 / 2 مدني).

2- الانتقاص من فاعلية الضمان الشخصي الذاتي عندما يوجد دائنون في مركز متميز

الأصل العام أن جميع الدائنين متساوون في حق الضمان العام (مادة 234 مدني)، ما لم يكن لأحدهم حق التقدم على غيره بمقتضى اتفاق كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي، أو بناء على حكم قضائي كحق الاختصاص، أو طبقا لنص قانوني كحق الامتياز. غير أن هذا الأصل يمكن الخروج عليه نتيجة وجود أحد الدائنين في مركز متميز يتمكن بمقتضاه من استيفاء حقه دون أن يزاحمه غيره من الدائنين، ويتحقق هذا المركز في الحالات الثلاث الآتية: الدعوى المباشرة، المقاصة، الحق في الحبس.

¹ - EDWARD W . REED & EDWARDd K. G ILL. Op. cit, pp 216-217

أولاً - الدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة هي التي يقيمها الدائن باسمه للمطالبة بحق مباشر له، بطلب الحكم به لمصلحته لا لمصلحة مدينه. ولذا فهو يستأثر بما يقضى به في هذه الدعوى.

ولم يعرض التقنين المدني بنص عام لهذه الدعوى مقتصرًا على الحالات التي قرر فيها هذه الدعوى بنصوص خاصة. وهي حالات المؤجر مع المستأجر من الباطن (مادة 596 مدني)، المقاول من الباطن، والعمال مع رب العمل (المادة 662 مدني)، الموكل مع نائب الوكيل (مادة 708 مدني)، المضرور مع شركة التأمين⁽¹⁾.

وتعتبر الدعوى المباشرة ميزة خاصة منحت لبعض الدائنين الذين يستأهلون حماية خاصة. ومن ثم، فهي تمثل خروجًا على مبدأ المساواة بين الدائنين. وبينما تعطى هذه الدعوى للدائن مركزًا قانونيًا متميزًا على باقي الدائنين، فإنها لا تهدف إلى إعطاء صاحبها الأولوية على باقي الدائنين الذين يراحمونه. فالأولوية ليست جوهر هذه الدعوى حيث لا يوجد أصلاً تزامم بين الدائن صاحب الدعوى وغيره من الدائنين، فما تخوله هذه الدعوى للدائن من الرجوع على المدين جعل الدائن العادي يفلت أصلاً من مزاحمة باقي الدائنين له. لذا، فالأولوية تعتبر هنا اثر غير مباشر لممارسة الدعوى المباشرة.

ولأن الدعوى المباشرة تمثل استثناءً من القاعدة الواردة في نص المادة 145 / 1 مدني مصري، والمتعلقة بنسبية اثر العقود، والتي تقضى بأن العقد لا يكون سارياً إلا في حدود أطرافه، فلا يتعدى أثره إلى الغير، فإن المدعى في الدعوى المباشرة (الدائن) يعتبر من الغير بالنسبة للمدعى عليه مدين المدين، فمن حيث المبدأ يجب على الدائن أن يرجع على مدينه وهذا الأخير يستطيع بدوره أن يرجع على مدينه هو.

واستعمال الدعوى المباشرة محدود بحدين: الأول - هو أن صاحب الدعوى المباشرة لا يستطيع أن يطالب مدين المدين إلا في حدود ما هو مستحق له في ذمة مدينه. الثاني - أن مدين المدين غير ملزم في مواجهة الدائن إلا في حدود ما هو مستحق في ذمته للمدين. وما من شك في أن الدعوى المباشرة تنقص مؤقتاً من الضمان العام للدائنين العاديين الآخرين.

ثانياً - استخدام حق المقاصة

تقع المقاصة عندما يكون هناك شخصان كل منهما مدين ودائن للآخر في نفس الوقت، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما. والمقاصة ولو أنها بحسب الأصل طريق من طرق انقضاء الالتزام، إلا إنها عملياً قد تعتبر وسيلة ضمان فعالة. حيث تجنب كل من طرفيها مزاحمة دائني الطرف الآخر، فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه ثم الرجوع بماله على مدينه. ومن ثم، فالمقاصة تعطى للدائن العادي مركزاً قانونياً متميزاً يجعله يفلت من مزاحمة باقي الدائنين، وهو ما يعد خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين. وما من شك في أن أعمال المقاصة، في حال تحقق شروطها، تنقص مؤقتاً من الضمان العام للدائنين العاديين الآخرين.

¹ - السنهاوري - الوجيز في شرح القانون المدني المرجع السابق ص 910 وما بعدها

وللمقاصة ثلاثة أنواع، قانونية أو قضائية أو اتفاقية وكل منها تتطلب شروطا لإيقاعها (1). ولتحديد المدى الحقيقي لما يؤدي إليه استعمال المقاصة من أثر على الدائنين العاديين الآخرين نعرض لنطاق المقاصة ثم بعد ذلك لأثر الإفلاس على المقاصة.

1 - نطاق المقاصة

لا يقف نطاق المقاصة عند الديون التي يكون محلها نقد، وإنما تمتد إلى الديون التي يكون محلها أشياء مثلية متحدة في النوع والجودة (2). وتجد المقاصة مجالا خصبًا للتطبيق على نطاق واسع في العمليات المصرفية، وبصفة خاصة في الحساب الجاري

ويعد امتناع وقوع المقاصة اضرارًا بالغير من المبادئ الهامة التي يتقيد بها نطاق المقاصة، وقد طبقه المشرع بالنسبة للحجز الموقع من الغير، وبالنسبة إلى الحوالة بعد قبولها، وأخيرًا عند النزول عن المقاصة وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ - إذا وقع حجز تحت يد المدين ثم أصبح المدين دائنًا لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة اضرارًا بالحاجز (مادة 367 / 2 مدني)، ولا يبقى لهذا المدين إلا أن يحجز تحت يد نفسه فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول في اقتسام المحجوز عند التوزيع.

ب - وإذا قام أحد الدائنين على الرغم من توافر شروط إعمال المقاصة القانونية بين دينين بحوالة حقه إلى شخص آخر، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، امتنع عليه التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له، وتعين عليه الوفاء له بالحق المحال ثم الرجوع على المحيل بماله قبله (مادة 368 / 1 مدني)، ولكن إذا تمت الحوالة عن طرق إعلانها بها لا قبوله، فلا تمنعه الحوالة حينئذ من التمسك بالمقاصة.

ج - وإذا وفى المدين دينًا كان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز له أن يتمسك بالتأمينات التي تكفل حقه اضرارًا بالغير، إذ يعتبر أنه تنازل عنها، فليس له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار المرهون، وليس له أن يتمسك بالرهن اضرارًا بالدائنين التاليين له في المرتبة، إلا إذا كان مجهول وجود هذا الحق له (مادة 369 مدني).

2 - أثر الإفلاس على إجراء المقاصة

لا يحول عدم ارتباط الدينين المتقابلين كأن يكونا قد نشأ من نفس الرابطة القانونية، كما لا يحول اختلاف مصدرهما دون وقوع المقاصة، ولكن صدور حكم بإفلاس المدين يحول دون وقوع المقاصة، حيث تتحدد ذمة المدين بيوم صدور حكم افتتاح إجراءات التقلية. وبالتالي ينبغي ألا تعدل المقاصة من محتواها استنادًا لفكرة المساواة بين الدائنين. فإذا كان الشخص دائنًا ومدينًا لأحد التجار في حالة إفلاس فينبغي عليه أن يدفع بالكامل ما هو مستحق عليه، بينما لا يدفع له إلا جزء من حقه، لأنه سيخضع لقسمة الغرماء.

¹ - الدكتور نبيل إبراهيم سعد - الضمانات غير المسماة في القانون الخاص - منشأة المعارف بالإسكندرية ص 27

² - نفس المرجع ص 28

بيد أن تلك القاعدة العامة يرد عليها استثناءان: الاستثناء الأول، أن المقاصة القانونية تظل ممكنة إذا توافرت شروطها في خلال فترة الريبة - فيما عدا حالة الغش - وهي التي تبدأ من وقت التوقف عن الدفع إلى يوم صدور الحكم المعلن لحالة الإفلاس. وأما الاستثناء الثاني، فيتعلق بالديون المرتبطة وهي الديون التي تنشأ من نفس الرابطة كالحساب الجارى أو من نفس العقد كالعقد الملزم للجانبين، أوحى من عقدين مختلفين ولكن توجد بينهما رابطة قوية (1).

فبينما يؤدي صدور حكم إفلاس ضد أحد طرفي الحساب الجارى إلى قفله، وعليه يتمتع إجراء أي قيد جديد في جانب الأصول أو في جانب الخصوم، ويتحدد مركز الطرف المفلس في الحساب الجارى وقت صدور حكم الإفلاس. فإذا كان الرصيد دائنا وجب على الطرف الآخر أن يؤديه إلى أمين التفليسة، وإذا كان مدينا تقدم الطرف الآخر إلى التفليسة مطالبا به ضمن جماعة الدائنين ويخضع في ذلك لقسمة الغرماء ما لم يكن دينه مضمونا بضمان خاص. ومع ذلك فإن البنك الذى يرتبط مع عميله المفلس بحساب جار، والذى يعتبر دائنا عاديا، يتمتع بمركز متميز يتعارض مع مبدأ المساواة الذي يعتبر من أهم المبادئ التي تحكم سائر قواعد الإفلاس، ويفلت من مزاحمة باقي الدائنين العاديين له نتيجة المقاصة التي تتم بين جميع بنود الحساب (2)، فيغنى من الوفاء بالجانب المدين في الحدود التي يكون فيها دائنا ويدخل التفليسة ويتعرض لمزاحمة باقي الدائنين بقدر الرصيد الدائن. ويرجع ذلك إلى الحساب الجارى وقيامه على مبدأي الأثر التجديدي ومبدأ عدم التجزئة واللذان يجعلانه بوتقة يلقى فيها بالحقوق فتتنصهر ويذوب بعضها في البعض، وينتج منها شيء واحد هو دين الرصيد، وبفضلهما يتمكن البنك من الإفلات تماما من الحصار الذي تفرضه المادة 598 تجارى على تصرفات المدين في فترة الريبة والتي تقرر عدم النفاذ الوجوبى لوفاء الديون قبل حلول آجالها (3).

كما إنه بفضل الحساب الجارى يتمكن البنك في حالة إفلاس عميله في عملية خصم الأوراق التجارية، وعدم قيامه بسدادها في ميعاد استحقاقها، وبعد الإفلاس، من قيدها قيدها عكسيا بإلغاء المدفوع المقيد نتيجة لهذه العملية. وإذا لا يعتبر هذا الإلغاء قيد جديدا، فقد أمكن إجراء هذا القيد العكسي حتى بعد صدور حكم الإفلاس. وأجاز ذلك القضاء، وتبناه المشرع في المادة 375 / 1 من قانون التجارة والتي تنص على إنه ((إذا قيدت حصيلة خصم ورقة تجارية في الحساب الجارى، ولم تدفع قيمتها في ميعاد الاستحقاق جاز لمن خصم الورقة ولو بعد شهر إفلاس من قدمها للخصم إلغاء القيد بإجراء قيد عكسي)) (4) .

ثالثا - استخدام الحق في الحبس

1- الدكتور نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص 31

2- الدكتور على جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية دار النهضة 1969 ص 683 " يلجأ البنك للنجاة من نتائج انفصال الحسابات إلى الاتفاق مع العميل على اندماج الحسابات، ومقتضى هذا الاتفاق أن كل حسابات العميل تعد حسابا واحدا من الناحية القانونية وأن الحسابات المتعددة إنما هي فروع لحساب واحد عام. فإذا قفل وقعت المقاصة بين أرصدة الحسابات جميعا. وهذا الاتفاق صحيح لأنه لا يخالف أي قاعدة ملزمة. "

3- الدكتور على البارودي والدكتور محمد فريد العرينى المرجع السابق ص 281 - 311

4 - الدكتور على البارودي والدكتور محمد فريد العرينى المرجع السابق ص 297

وضع المشرع قاعدة عامة في الحبس ولم يكتف بإيراد تطبيقات خاصة ومتفرقة، كما فعلت بعض التشريعات⁽¹⁾، وصاغها في المادة 246 مدني والتي جاء نصها كالتالي " لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به، أو ما دام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا 2- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو اتفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع ". وقد أصبح الحق في الحبس من المبادئ المستقرة في التشريعات الحديثة بالرغم من خروجه على قاعدة أنه لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه.

وتدور شروط استخدام الحق في الحبس حول ثلاثة شروط : وهي 1- وجود التزام على الحابس بأداء شيء 2- حق للحابس مستحق الاداء 3- وارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء⁽²⁾. وبالنسبة للشرط الأول: وهو وجود التزام على الحابس بأداء الشيء، فإنه يستوي أن يكون هذا الشيء منقولاً أو عقاراً يملكه الحابس أو لا يملكه، ولكن يشترط ألا يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع، وألا يكون الشيء المحبوس من الأموال العامة أو الأموال التي لا يجوز الحجز عليها. أما بالنسبة للشرط الثاني : وهو وجود حق للحابس مستحق الأداء. وإذ يمثل الحق في الحبس وسيلة لضمان الوفاء بالحق، فإنه لا يلزم أن يكون حق الدائن مقدراً، ولا يلزم التناسب بين قيمة الشيء المحبوس وبين قيمة حق الدائن الحابس، فيجوز الحبس ولو كان التفاوت بين القيمتين كبيراً. كما يجوز الحبس ولو كان الدائن قد نفذ التزامه جزئياً. أما عن الشرط الثالث والأخير: وهو قيام الارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء: فإنه يعني أن يكون هذا الحق قد نشأ بمناسبة التزامه بأداء الشيء ومرتب به، حيث يستلزم استعمال حق الحبس أن تكون هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله. ويتخذ هذا الارتباط إحدى صورتين: الصورة الأولى، الارتباط القانوني والمعنوي، ويقوم هذا الارتباط إذا وجدت علاقة تبادلية بين الالتزامين أي كان مصدر هذه العلاقة. والصورة الثانية، هي، الارتباط الموضوعي أو المادي، وتتحقق في واقعة إحراز الشيء أو حيازته والإنفاق عليه بمصروفات نافعة أو ضرورية. وقد يجتمع الارتباط القانوني والمادي في حالة حبس المودع عنده للأشياء التي في عهده بحكم الوديعة إلى أن يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الأشياء.

ويتمثل جوهر حق الحبس في الامتناع عن تسليم الشيء، وهو لن يتحقق للحابس إلا من السيطرة الفعلية على الشيء. ولأن الحبس بذاته لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام، بل هو لضمان الوفاء بحق الحابس، فإن الحابس يحتفظ بالشيء المحبوس بصفة مؤقتة، وباعتباره دائناً لم يستوفى حقه. ويتربط على ذلك أنه إذا قام المدين بالوفاء للحابس، أو قام بعرض الوفاء عليه عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو بحكم نهائياً بصحته فقد الحابس حقه في الحبس. كما أن هذا الحق يفقد سبب وجوده إذا قام المدين بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه (مادة 246 مدني مصري) ويستوي في التأمين أن يكون عيناً كالرهن أو شخصياً كالكفالة.

¹ - السنهاوري الوجيز في شرح القانون المدني المرجع السابق ص 960

² - الدكتور نبيل سعد المرجع السابق ص 36

ويترتب على امتناع الحابس عن تسليم الشيء حتى استيفاء حقه نتائج تتمثل في التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس طبقاً للمادة 247 / 2 مدني ووفقاً لأحكام رهن الحياة. فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته للشيء المحبوس ما يبذله الشخص العادي من عناية، والمعيار في ذلك معيار موضوعي. وللحابس وبمقتضى التزامه بالمحافظة على الشيء المحبوس أن يحصل على إذن من القضاء ببيع الشيء المحبوس، إذا كان يخشى عليه الهلاك أو التلف، وفقاً لأحكام المادة 1119 مدني، وينتقل حقه بالحبس إلى الثمن (مادة 247 / 3 مدني). ويلتزم الحابس أخيراً بتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس، وليس على الحابس استثمار الشيء المحبوس، إلا إذا كان ذلك من مقتضى المحافظة على الشيء ذاته (1). وتقوم مسؤولية الحابس عن هلاك الشيء أو تلفه، إلا إذا أثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي. كما أن الحابس مسئول عما يحدثه الشيء المحبوس من ضرر وفق أحكام المسؤولية التقصيرية، بحسبان أن له توجيه ورقابه الشيء المحبوس والسيطرة الفعلية عليه.

ولأن الحق في الحبس يعبر عن موقف سلبي، فلا يعطى لصاحبه أية ميزة إيجابية، فلا يستطيع الحابس أن يستعمل الشيء الذي في حوزته، وليس له أن يستأثر بكل أو بعض منافع الشيء الاقتصادية. وإذا اشترك الحابس مع الدائنين الآخرين في التنفيذ على الشيء، فليس لهذا للدائن أن ينفذ على الشيء المرهون لاستيفاء حقه من ثمنه بالأفضلية على الدائنين الآخرين، فحق الحبس ليس حقاً عينياً، فمن الأفضل للحابس أن يتحصن بهذا الحق من أن يباشر التنفيذ على الشيء المحبوس، فإذا قام غير الحابس بالتنفيذ على الشيء المحبوس كان للحابس أن يحبسه عن الراسي عليه المزداد حتى يستوفى حقه، وحتماً سيحصل عليه خاصة، إذا كانت العين المحبوسة أكبر بكثير من دين الحابس (2).

وكذلك يستطيع الدائن الحابس أن يمتنع عن تسليم العين، إذا قام المدين بالتصرف في العين المحبوسة حتى يستوفى دينه. فالدائن الحابس يستطيع أن يحتج بحقه في مواجهة المدين الذي يطالبه بالتسليم، وله كذلك أن يحتج بهذا الحق في مواجهة خلفه العام ودائنيه العاديين، إذ ليس للخلف العام أو الدائن العادي أيأ كان تاريخ دينه أكثر مما للسلف أو المدين من حقوق (3).

وبذلك يكون الحابس في مركز متميز نتيجة الأفضلية الفعلية التي تمتع بها على إثر حبسه للشيء. ولئن كان الحق في الحبس قد أثمر كوسيلة للضمان وللضغط في حصول الدائن الحابس على حقه، إلا إنه سينقص انقاصاً مؤقتاً من الضمان العام لباقي الدائنين العاديين الآخرين.

المبحث الثاني

الضمان الشخصي الخارجي

¹ - السنهوري المرجع السابق ص 974

² - الدكتور نبيل سعد المرجع السابق ص 37

³ - الدكتور نبيل سعد المرجع السابق ص 39

لا يعدو الضمان الشخصي الخارجي إلا أن يكون إضافة ذمة شخص آخر إلى ذمة المدين الأصلي، وهو ما يتمثل في الضمانات الشخصية التي تعتبر الكفالة الشخصية النموذج التقليدي لها، وندرسها لبيان القواعد التي تحكمها باختصار، للوقوف على مدى الضمان الذي تحققه للائتمان المصرفي.

المطلب الأول

الكفالة الشخصية

الأصل في الكفالة أن يتقدم شخص غير المدين لضمان وفاء ما على المدين لدائنه، فيضم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان الدائن في تحصيل حقه، ويصبح بذلك للدائن حق الضمان العام ليس على جميع أموال مدينه فحسب، بل أيضا على جميع أموال الكفيل. وتسمى الكفالة في هذه الحالة كفالة شخصية لأنها تنشئ في ذمة الكفيل التزاما شخصيا ينفذ في جميع أمواله⁽¹⁾.

ولا نعني بالضمانة الشخصية (الكفالة) ما يعرف بالكفالة المصرفية وهي أن يضمن البنك عمليه بطرق عديدة منها قبول الكمبيالات أو تحويل الشيكات عليه. كما نستبعد من الكفالة الشخصية الكفالة العينية، فالكفيل العيني لا يلتزم التزاما شخصيا، بل يقدم مالا مملوكا له يرهنه لضمان حق شخصي على المدين، وتعنى الكفالة الأخيرة صورة مركبة من الكفالة والرهن⁽²⁾.

وقد ورد تعريف الكفالة الشخصية في المادة 772 مدني كما يلي " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف المدين نفسه " . وليست للكفالة شكل خاص أو عبارات خاصة، بل كل ما يدل على معناها يكون مقبولا، مع مراعاة ما تقضى به المادة 48 تجارى والمادة 779 مدني.

ويجب أن تقوم البنوك، وعلى سبيل الاحتياط، باستكتاب الكفيل عند قبوله إقرارا بأنه على علم تام بالمركز المالي الحالي للمدين. فلا يجوز للبنك باعتبار أن الكفالة في مصلحته أن يطلب كفالة مدين معسر بالفعل. فإذا كانت الكفالة هي تحوط لإعسار المدين في المستقبل، فإنه لا يجوز للبنك أن يدعى أنه لم يعلم بإعسار المدين لأن تقدير مركز العميل ومخاطر التعامل معه من الواجبات المهنية للبنك.

وإذا كان الغرض من الكفالة ضمان التزام المدين⁽³⁾، فإن التزام الكفيل يعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين الذي يعتبر الأصيل⁽⁴⁾، ويترتب على ذلك 1- أن التزام الكفيل يدور وجودا وعدما مع التزام المدين الأصلي، فلا تنعقد الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا 2- أن التزام الكفيل لا يجوز أن يتعدى التزام الأصيل ولا أن تكون شروطه أشد (مادة 780 مدني) وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأن التزام

¹ - الدكتور سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - في العقود المسماة المجلد الثالث عقد الكفالة ط الثالثة 1994

² - نفس المرجع ص 2 وأنظر المادة 1050 مدني

³ - Philip R Wood.op.cit, p.313 " Guarantees are usually taken to provide a second pocket to pay if the first should be empty. "

⁴ - ولا تأخذ الكفالة صفة الالتزام الأصلي من حيث أنه مدني أو تجارى، بل تحتفظ بصفاتها هي راجع في ذلك نص المادة 779 مدني

الكفيل - متضامنا أو غير متضامن - يعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين الأصلي، فلا يسوغ النظر في أعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي (1) .

وتحرص البنوك في الكفالة التي تقدم إليها أن تكون دائما كفالة تضامنية يتضامن فيها الكفيل مع المدين، وتضمن بذلك عدم جواز دفع الكفيل بوجوب مطالبة المدين أولا. فبينما يستطيع الكفيل أن يدفع في الدعوى التي يرفعها الدائن أو في إجراء التنفيذ الذي يتخذه ضده بتجريد المدين أولا (2) (مادة 788 مدني) (3) على أن يرشد على أموال للمدين تفي بالدين كله (4) ويترتب على قبول دفعه بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ المتخذة على أمواله وفقا مؤقتا إلى أن يتم تجريد المدين من أمواله (5)، فإنه لبلوغ الكفيل ذلك يجب ألا يكون متضامنا مع المدين (6).

المطلب الثاني

مدى حماية الكفالة الشخصية للائتمان المصرفي

إذا كانت البنوك تفرض على العميل استحضار كفيل شخصي لضمان تنفيذ التزاماته، فإنها تجرى عليه ذات الدراسة الائتمانية التي تجريها على العميل من ناحية التعرف على سمعته ومركزه المالي للتأكد من الملاءة المالية للكفيل، كما أنها تتحقق من صحة المعلومات والبيانات المقدمة وقدرته على السداد في حالة تقاعس المدين الأصلي عن السداد. لذا، يجب على البنوك استيفاء الاستعلام عن الكفيل من مصادر موثوقة فيها وفقا للنماذج المعدة سلفا والمعتمدة من مجلس إدارة البنك، مع مراعاة تجديدها عن عميل البنك وكفيله بشكل دوري وفقا للمادة 19 / ج من اللائحة التنفيذية لقانون البنك المركزي مرة على الأقل كل ستة أشهر. كما يجب أن يطلع البنك على البيان المجمع بالبنك المركزي لمعرفة موقف مديونيات الكفيل طرف الجهاز المصرفي.

¹ - نقض مدني في 18 فبراير سنة 1980 مج السنة 21 رقم 104 ص 534 نقلا من السنهوري المرجع السابق ص 36

² - وتخضع الكفالة لنصوص القانون المدني مع مراعاة أنها بوصفها كفالة تجارية يفترض فيها التضامن بين المدين والكفيل مما يستبعد حق الكفيل في الدفع بالتجريد المقرر له أصلا في الكفالة غير التجارية وقد جاءت المادة 47 / 1 تجاري فأكدت على تضامن الملتزمين معا بدين تجاري ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، ويسرى هذا التضامن في حالة تعدد الكفلاء كما نصت المادة 48 / 2 على حظر الدفع بالتجريد للكفيل بدين تجاري، ولو لم يكن متضامنا إلا في حالة الاتفاق على غير ذلك.

³ - المادة 788 مدني على أنه "لا يحوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين " فلا يجوز للدائن أن يبدأ بمطالبة الكفيل أولا أو أن يطالبه وحده بالدين".

⁴ - مادة 789 "لا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الاراضى المصرية، أو كانت أموالا متنازعا فيها.

⁵ - الدكتور سليمان مرقس المرجع السابق ص 129 - 136

⁶ - أما في الكفالة التجارية فلا يجوز أن يتمسك الكفيل الدفع بالتجريد ولو كان غير متضامن ما لم يتفق على غير ذلك. والكفالة التجارية كما نصت عليها المادة 48 تكون إذا نص القانون على ذلك، فكفالة الدين التجاري لا تعتبر عملا تجاريا بحسب الأصل، كما تكون كفالة الدين عملا تجاريا إذا كان الكفيل بنكا أو كان الكفيل تاجرا وله مصلحة في الدين المكفول (مادة 48 / 2).

وعلى أى حال، فالدائن المكفول دينه لا يخرج عن كونه دائنا عاديا يمارس حقه على الضمان العام بدون أولوية، ويتعرض لخطر قسمة الغرماء عندما يتعدد دائنى الكفيل. وقد ثبت من دراسة الضمان الشخصى الذاتى، وما جرى بشأنه من دراسة ائتمانية أنه غير فعال فى حماية الائتمان المصرفي من الناحيين الاقتصادية والقانونية كما قدمنا.

كما أنه إذا كان من حق الدائن المضمون مطالبة الكفيل بالدين المضمون برفع الدعوى عليه للحصول على سند تنفيذي بإلزامه بالوفاء بالدين، والتنفيذ على أمواله استيفاءا للحق المضمون، فإن للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن بجميع الأسباب التي ينقضي بها التزامه. فيستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول لإبراء ذمته من الكفالة كالدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام الأصلي، والدفع ببطلانه لانعدام الرضا أو المحل أو السبب أو لمخالفته للنظام العام والآداب، أو لعدم توافر الشكل الخاص الذي اشترطه القانون في العقد الذي انشأ ذلك الالتزام، أو انقضائه، أو الدفع بالمقاصة، أو تجديد الدين - على وجه الخصوص - أو الدفع بالإبراء، ويستثنى من ذلك الدفع بنقص أهلية المدين، فلا يجوز للكفيل الدفع بنقص أهلية المدين، إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد (مادة 782 مدني)(1).

بيد أن حق الكفيل لا يقتصر على ما سلف بيانه، بل أنه يستطيع أن يدفع كذلك بتأخر الدائن في مطالبة المدين تأخرا أضر به أو يدفع بإضاعة التأمينات، أو يدفع بالامتناع عن الوفاء إلى حين تسليمه مستندات الدين. كما يملك الكفيل الدفع ببراءة ذمته كليا أو جزئيا إذا تسبب الدائن في حرمانه من الحلول محله في الضمانات والتأمينات المقررة لضمان الدين المكفول، سواء كانت هذه الضمانات سابقة أو لاحقة على الكفالة. ومن ثم، يجب أن تحرص البنوك باعتبارها مستفيدة من الكفالة على ألا يؤدي مسلكها إلى إضاعة أو إضعاف هذه التأمينات على نحو يضعف مركز الكفيل عندما يقوم بالسداد، فإن ذلك يخوله الدفع ببراءة ذمته بقدر الضرر الذي ألحقه به الدائن (2).

وإذا كان بإمكان البنك، ولديه المختصين القانونيين، أن يتجنب دفع الكفيل التي ينقضي بها التزامه، أو التأخر فى المطالبة بالدين أو إضاعة التأمينات، إلا إن جدوى الكفالة، على أى حال، تتوقف على مدى يسر وملاءة الكفيل الذي قد يتعرض هو الآخر للإعسار، وهو ما يظهر نسبياً فاعليتها في حماية الائتمان.

¹ - الدكتور سليمان مرقس المرجع السابق ص 92 " ويرى أن مجرد علم الكفيل بنقص أهلية المدين لا تحرمه من التمسك بهذا الدفع ويقتصر تحريم هذا الدفع على الكفيل، إذا كانت الكفالة تمت بسبب نقص أهلية المدين (مادة 777 مدني)"

² - الدكتور سليمان مرقس المرجع السابق ص 100-111

الفصل الثاني

الضمانات العينية الواردة على المنقول وتطورها

تقوم فكرة هذه الضمانات على تخصيص مال معين لضمان الوفاء بالالتزام يكون للدائن عليه حق التتبع، فيستطيع التنفيذ على المال المرهون ولو تصرف فيه الراهن لآخر. كما يكون للدائن عليه حق التقدم، فيستطيع أن يقتضى حقه قبل سائر الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة. وإن كان يشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي في ذلك، إلا إنه في الرهن الأول يكون للدائن المرتهن حق حبس الشيء المرهون إلى حين استيفاء دينه (مادة 1096 مدنى).

وبينما نظم المشرع رهن المنقول رهنا تجاريا واستوجب انتقال حيازة المال المرهون من المدين أو الكفيل العيني إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان لإعلام الغير بالرهن ونفاذه، فإن التطور الاقتصادي كشف عن منقولات ذات قيمة كبيرة باعتبارها من أدوات الإنتاج كالسفن والمراكب النهرية والطائرات والمحال

التجارية وغيرها، وأن المدين لا يستطيع التخلي عن حيازتها لأنها من العناصر الضرورية لمباشرة نشاطه الاقتصادي. لذا، كان التطور في هذا الأمر مقتضاه الحفاظ على المصالح المتعارضة بأن يتم رهن المنقول دون نقل حيازته للدائن، وظهر نظام رهن المنقول دون انتقال الحيازة، واحتل مكانة هامة في القانون التجاري الحديث، وتعددت صوره وأنواعه في بعض الدول كفرنسا، وتوسع فيه بإتباع نظام القيد في سجل خاص، وتم هذا في الآلات والأدوات المستخدمة في الاستغلال الصناعي، بالإضافة إلى رهن السفن والطائرات والمحال التجارية. وقد سار المشرع المصري على ذات النهج وأخذ به في رهن المحل التجاري ورهن السفينة والطائرة والآلات... الخ. وسندرس في هذا الفصل رهن المنقول رهنا تجاريا عاديا والذي يتطلب انتقال الحيازة ثم تطور رهن المنقول والذي يتم فيه الرهن دون انتقال الحيازة وذلك في مبحثين كالتالي:

المبحث الأول

الضمانات العينية الواردة على المنقول

(الرهن الحيازي للمنقول)

وإذ يخشى الدائن دائما إفلاس مدينه أو التعرض لمزاحمة غيره من الدائنين، فإنه يشترط رهنا لصالحه يضمن له استيفاء حقه من ثمن الشيء المرهون بالأولوية على الدائنين الآخرين. ومن ثم، فقد أصبح للرهن التجاري دور هام في الحياة التجارية، مما دفع المشرع إلى تنظيم أحكامه بمراعاة السرعة والبساطة اللتين تتطلبهما الحياة التجارية.

ويعتبر تجاريا كل رهن يتقرر على مال منقول ضمانا لدين تجارى، ومتى كان الرهن تجاريا خضع لقواعد القانون التجاري، ولو كان عقد الرهن بالنسبة إلى أحد طرفيه مدنيا، فقد نصت المادة 2 / 2 من القانون رقم 88 / 2003 بشأن البنك المركزي الجهاز المصرفي والنقد على أن تسرى أحكام قانون التجارة على معاملات البنوك مع عملائها تجار كانوا أو غير تجار، وأيما كانت طبيعة هذه المعاملات. كما قضت محكمة النقض المصرية بأن قروض البنوك التي تعقدها في نطاق نشاطها المعتاد تعد عملا تجاريا مهما كانت صفة المقترض وأيما كان الغرض من القرض (1).

ويعتبر الرهن التجارى المتضمن نقل حيازة الشيء المرهون أقرب الصور إلى الرهن الحيازي. ويستند هذا الرهن أولاً إلى القواعد العامة فى الرهن الحيازي على المنقول (المواد من 1096 إلى 1113 ومن 1117 إلى 1129) وإلى القواعد الخاصة الواردة بالقانون التجارى (مواد 119 إلى 129) وهى قواعد تهدف إلى تسهيل إجراءات الاحتجاج به على الغير والتنفيذ على الشيء المرهون (2). وإذ يشترك الرهن التجارى والرهن المدنى فى كثير من القواعد العامة، فإننا سنقتصر هنا على تناول الأحكام الخاصة التى يقتضيها هذا الجو الخاص بالحرفة التجارية (3) ونحيل فيما يشتركان فيه إلى دراسة التأمينات العينية عدا إننا سنعرض باختصار

¹ - الطعن رقم 115 لسنة 28 مكتب فني 14 صفحة رقم 936 و الطعن رقم 0279 لسنة 33 مكتب فني 19 صفحة رقم 493 بتاريخ 05-03-1968 و الطعن رقم 1623 لسنة 46 مكتب فني 34 صفحة رقم 866 بتاريخ 31-03-1983

² - الدكتور على البارودي والدكتور فريد العرينى المرجع السابق ص 111

³ - نفس المرجع ص 111

لانعقاد الرهن برغم اتفاق الرهنيين بشأنه، بجانب اثبات ونفاذ الرهن التجارى تجاه الغير والتنفيذ على الشيء المرهون والذي يختلف فيهم ذلك الرهن عن الرهن المدنى وذلك فى المطلب الأول. وبينما تتعد صور الرهن التجارى المتخذة لضمان الائتمان المصرفى، فإننا سنكتفى بدراسة بعضها فى مطلب ثان، ثم نبين مدى فاعلية تلك الرهون فى حماية الائتمان المصرفى فى المطلب الثالث كما يلى:

المطلب الأول

القواعد العامة للرهن الحيازي للمنقول

بينما تتفق قواعد الرهن المدنى والرهن التجارى فيما يتعلق بانعقاد الرهن، فإن المشرع خص الرهن فى القانون التجارى بقواعد أيسر فيما يتعلق بإثباته ونفاذه تجاه الغير وكذلك فعل بإجراءات التنفيذ على الشيء المرهون. ومن ثم، نوزع هذا المطلب على فرعين كما يلى.

الفرع الأول

انعقاد الرهن وإثباته ونفاذه تجاه الغير

أولا - انعقاد الرهن

نصت المادة 1096 مدنى على أن "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم الى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه الراهن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء فى أى يد يكون".

وينعقد رهن المنقول بمجرد التراضي، ودون حاجة إلى تسليم المال المرهون إلى الدائن المرتهن. وإن كان انتقال الحيازة أصبح التزاما على الراهن يترتب علي انعقاد الرهن صحيحا وشرطا لسريان الرهن على الغير، فإن هذا لا يجعله عقدا عينيا، فلقد قضى القانون المدنى الجديد على فكرة العقود العينية⁽¹⁾، إذ لم يعد انتقال الحيازة ركنا فى العقد بل صار مجرد التزام يتولد من العقد بعد تمامه فى ذمة المدين⁽²⁾.

كما أن عقد الرهن عقد تبعى، فلا بد لصحته من أن يستند إلى التزام صحيح يراد أن يوفر الرهن ضمان تنفيذه. ويجب أن يكون الشيء المرهون مما يدخل فى دائرة التعامل، ومما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني، وأن يكون الراهن مالكا للشيء المرهون. وأن يكون اهلا للتصرف فيه. وإذا كان الرهن لا ينعقد إلا اذا كان بورقة رسمية (مادة 1031 مدنى)، فيجب إن أجراه وكيل عن الراهن، أن يكون بيده توكيل رسمي (مادة 700 مدنى)⁽³⁾. ولا خلاف فى كل هذه القواعد بين الرهن التجارى والرهن المدنى.

¹ - الدكتور على البارودى والدكتور فريد العرينى المرجع السابق ص 114

² - السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد التأمينات الشخصية والعينية ج 10 ص 740

³ - تنص المادة 700 مدنى على انه "يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك"

ثانيا - اثبات الرهن وشروط نفاذه تجاه الغير

يبدأ اختلاف قواعد الرهن المدنى والرهن التجارى عند اثبات الرهن وشروط نفاذه تجاه الغير وبهذا الصدد يجب أن نفرق بين رهن المنقول المادى ورهن المنقول المعنوى.

1 - رهن المنقول المادى:

أ- إذا كان الرهن مدنيا، فإن اثباته يخضع للقواعد العامة فى الاثبات. فيجب اثبات قيمة الشيء المرهون فيما بين المتعاقدين بالكتابة إذا كانت تزيد على الف جنية. أما بالنسبة إلى الغير فإن المادة 1117 مدنى تنص على أن " يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا، ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن "

ب - أما إذا كان الأمر يتعلق باثبات الرهن التجارى ونفاذه، فإن المشرع خرج عن القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى، فيجوز اثباته فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير بكافة طرق الاثبات أيا كانت قيمة الدين المضمون بالرهن (مادة 122 / 2 تجارى). كما لا يشترط لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون عقد الرهن مكتوبا أو أن تكون الورقة التى يدون فيها الرهن ثابتة التاريخ (مادة 122 / 1 تجارى)، بل يكفى لهذا النفاذ أن تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان، وأن يبقى الشيء المرهون فى حيازة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن (مادة 120 / 1 تجارى).

ج - نقل الحيازة فى المنقول المادى والغرض منه ومظاهرها : فى ظل التقنين المدنى الجديد أصبح رهن الحيازة عقدا رضائيا لا عقدا عينيا، فينعقد بمجرد تبادل ايجاب وقبول متطابقين، ولا يشترط فى انعقاده نقل الحيازة من الراهن، فقد أصبح تسليم أو نقل الشيء المرهون التزاما على الرهن لا ركنا فى العقد. ومن ثم، فقبل التسليم يتم الرهن ويترتب الحق العينى، ويبقى هذا الحق نافذا فيما بين المتعاقدين، ويستطيع الدائن عند حلول أجل الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائنا مرتثنا لا باعتباره دائنا عاديا، ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع لأن الرهن لا ينفذ فى حق الغير قبل التسليم.

ويحقق انتقال الحيازة كالتزام غرضين: إحداهما فيما بين المتعاقدين، إذ يتمكن الدائن المرتهن به من أن يقوم بالتزاماته نحو الرهن وأن يستعمل حقوقه كحق الحبس إلى حين استيفاء حقه. والثانى بالنسبة إلى الغير، إذ يعلن انتقال الحيازة الغير بوجود رهن حيازة على العين المرهونة⁽¹⁾.

مظاهر نقل الحيازة: توضح الفقرة الثانية من المادة 120 تجارى معنى حيازة الدائن المرتهن للمنقول المادى، فنصت على أن " يكون الدائن المرتهن أو العدل حائزا للشيء المرهون فى الحالات الآتية : أ- إذا وضع الشيء تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد بأن الشيء صار فى حراسته (الحيازة مادية). ب- إذا تسلم صكا يمثل الشيء المرهون، ويعطى حائزه دون غيره حق تسلمه " (الحيازة رمزية). ولذا، فإذا

¹ - السنهورى المرجع السابق ص 914

كان الهدف من نقل الحيازة شهر حق الدائن، فإنه يجب في، هاتين الحالتين، أن يكون نقل الحيازة ظاهرة واضحة كفيلا بأن ينبه الغير بوجود حق الدائن المرتهن.

د - مكنة الاستبدال

تنص المادة 124 تجارى على أنه "1- إذا ترتب الرهن على مال مثلى بقى الرهن قائما ولو استبدل بالشئ المرهون شئ آخر من نوعه. 2- وإذا كان الشئ المرهون من الأموال غير المثلية جاز للمدين أن يستبدل به غيره بشرط أن يكون متفقا على ذلك فى عقد الرهن وأن يقبل الدائن المرتهن البديل".

فللراهن فى الرهن التجارى وفقا لهذه المادة أن يستبدل بالمال المرهون شيئا آخر من نوعه أو من غير نوعه. فعندما يقع الاستبدال على رهن مال مثلى لا يتطلب شروط لوقوعه، وهو محض تطبيق لنظرية الحلول العيني. وإذا لم يكن الرهن على مال مثلى جاز للمدين أن يستبدله بشرط أن يكون متفقا على ذلك فى عقد الرهن، وأن يقبل الدائن البديل، وهو محض تجسيد لفكرة الالتزام البدلى الذي لا يصح إلا إذا تم الاتفاق عليه ابتداء (1). وفى جميع الأحوال، لا يترتب على رجوع المرهون لحيازة الراهن انقضاء الرهن، إذ إن سبب رجوع المرهون وهو استبداله ولا يقصد به انقضاء الرهن (المادة 1100 مدني). ويخضع المال الجديد المستبدل لنفس النظام القانوني الذي كان ساريا على الأموال المستبدلة، فتستمر الحيازة سارية ويظل الرهن المقرر عليها قائما بالنسبة للمال الجديد.

2 - رهن المنقولات غير المادية

يقصد بالمنقولات غير المادية أو المعنوية الحقوق بوجه عام سواء منها من كان ثابتا فى صك وتلك التى لا يمثلها أى صك. وعلى أى حال، يجب أن يكون الحق ثابتا فى كتابة يلزم تقديمها للمطالبة به، وإلا تعذر رهنه بسبب عدم إمكان نقل حيازته (2).

أ- فإذا كان الحق ثابتا فى صك تجارى: فقد يكون هذا الصك أسميا، أو للأمر، أو للحامل. ويتم رهن الحقوق الثابتة فى الصكوك كالسندات والأسهم متى كانت أسمية بحوالة يذكر فيها إنها على سبيل الرهن، ويتم قيدها فى دفاتر الجهة التى أصدرت هذه الصكوك، وينفذ هذا الرهن فى حق المدين دون حاجة إلى إعلان بالرهن أو قبوله (مادة 121 / 1، 3 تجارى). وفيما يتعلق بالصكوك الأذنية أو للأمر، فيتم رهن الحقوق التى تحتويها بالتظهير التأمينى، ويشترط لصحة هذا التظهير أن يكون موقعا من المدين الراهن، على أن يقترن توقيع بصيغة تفيد الرهن كعبارة " للرهن أو للضمان " أو أى عبارة أخرى تفيد هذا المعنى (مادة 121 / 2 تجارى) (3). أما الصك لحامله فيعتبر من قبيل المنقولات المادية (مادة 1118 / 1 مدني)، ولما كان الحق الذى يمثله الصك يندمج فيه، فإنه يلزم لنفاذ الرهن على الغير انتقال حيازة الصك عن طريق التسليم إلى الدائن المرتهن.

¹ - الدكتور على البارودى والدكتور فريد العرينى المرجع السابق ص116

² - الدكتور على جمال الدين المرجع السابق ص 240

³ - الدكتور على البارودى والدكتور فريد العرينى المرجع السابق ص 115

ب- أما إذا كان الحق عاديا لا يمثله أى صك ولا يجوز نقله بالمناولة أو بحالة تقيد فى سجلات أو بالتظهير، فقد سكت قانون التجارة الجديد عن حكم الرهن الذى يتقرر عليه. وتطبيقا لنص المادة 2 / 1 من تقنين التجارة الجديد يجب تطبيق أحكام القانون المدنى. ومقتضى ذلك، أن يتبع فى رهن هذه الحقوق رهنا تجاريا إجراءات حوالة الحق المدنية العادية، وتتخلص هذه الإجراءات فى ضرورة قبول المدين للرهن أو إعلانه به لكى ينفذ فى حقه، وفى وجوب أن يكون هذا الإعلان أو ذلك القبول ثابت التاريخ حتى ينفذ فى حق الغير مع ضرورة حياة الدائن المرتهن لسند الدين المرهون (المادتان 305 و 1123 مدنى).

ج - مظاهر انتقال الحياة فى المنقولات المعنوية

لا تستثنى المنقولات المعنوية من وجوب انتقال الحياة إلى الدائن المرتهن للاحتجاج بالرهن على الغير. والمقصود هنا هو حياة الصك أو السند المثبت للحق محل الرهن. وبينما من المتصور حياة هذه الحقوق حياة مادية بتسليم الصكوك الثابتة فيها، فإن حياتها حياة رمزية ظهر فيه خلاف فى الفقه والقضاء، وبدون التطرق لتفاصيل هذا الخلاف، فقد حسم المشرع هذه المسألة عندما نص فى الفقرة الثالثة من المادة 120 تجارى على أن " تنتقل حياة الحقوق بتسليم الصكوك الثابتة فيها. وإذا كان الصك مودعا عند الغير اعتبر تسليم إيصال الإيداع بمثابة تسليم الصك ذاته، بشرط أن يكون الصك معينا فى الإيصال تعيينا نافيا للجهالة، وأن يرضى المودع عنده بحياة الصك لحساب الدائن المرتهن" ويؤخذ من هذا النص أن المشرع اعترف بالحياة الرمزية فى رهن الحقوق الثابتة فى صكوك أو سندات ممثلة فى إيصال إيداع هذه الصكوك، إذا ما توافرت الشروط التى تطلبها فى هذا الصدد وهى تعيين الصك أو السند فى الإيصال تعيينا نافيا للجهالة ورضاء المودع بحياة الصك لحساب الدائن المرتهن⁽¹⁾.

الفرع الثانى

إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون

بينما تستلزم القواعد العامة لإمكان التنفيذ على الشيء المرهون أن يرفع الدائن المرتهن دعوى على المدين الراهن، وأن ينتظر حتى يصبح الحكم نهائيا لبدأ فى اتخاذ إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون، تقرر المادة 126 تجارى إجراءات مبسطة بقصد التيسير على الدائن المرتهن عند اقتضاء حقه، وتتمثل هذه الإجراءات فى أن للدائن المرتهن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى القاضي المختص بالمحكمة التى يقع فى دائرتها موطنه الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه ولا يجوز تنفيذ الأمر الصادر من القاضي ببيع الشيء المرهون إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تبليغه إلى المدين والكفيل إن وجد، مع بيان المكان الذى يجرى فيه البيع وتاريخه وساعته.

¹ - نفس المرجع ص 119

ويجرى البيع في الزمان والمكان اللذين عينهما القاضي وبالمزايدة العلنية، إلا إذا أمر بإتباع طريقة أخرى. وإذا كان الشيء المرهون متداولاً في سوق الأوراق المالية أمر ببيعه في هذه السوق بمعرفة أحد السماسرة المقبولين للعمل بها، ويستوفى الدائن المرتهن بطريق الأولوية دينه من أصل وعائد ومصاريف من الثمن الناتج من البيع. وإذا تقرر الرهن على عدة أموال كان من حق المرتهن تعيين المال الذي يجرى عليه البيع، ما لم يتفقا على غير ذلك، وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يشمل البيع إلا ما يكفي للوفاء بحق الدائن المرتهن (مادة 127 تجارى).

وإذا تمثلت الإجراءات الواردة في المادة 126 الحد الأدنى من الضمانات التي يجب توفيرها للمدين الراهن، بما يعنى أن النزول عنها يمثل اختلالاً في التوازن لصالح الدائن المرتهن، فإن المشرع في المادة 129 سارع إلى حماية المدين الراهن فأبطل كل شرط يرخص فيه للدائن بالبيع من غير مراعاة للإجراءات المقررة بالمادة 126، وهو ما يعرف بشرط الطريق الممهد. وكذلك أبطل كل شرط يقضى بتملك الشيء المرهون في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله (1).

غير أنه إذا كانت المادة 2/1121 مدني أجازت للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الإذن له بتملك الشيء المرهون وفاء لدينه على أن تحسب قيمته بمعرفة الخبراء، فلا يوجد ما يمنع من تطبيق هذا النص على الرهن التجاري باتفاق الفقهاء، إذ لا خوف من تعسف الدائن بالراهن؛ لأن تملك الشيء يتم بتدخل القاضي وهو ما يفرقه عن شرط الطريق الممهد الباطل (2).

المطلب الثاني

في بعض صور الرهن الحيازي

تتعدد صور الضمانات الواردة على المنقول (3) من رهن البضائع أو رهن صكوك الإيداع في المستودعات إلى رهن الأوراق التجارية ورهن الأوراق المالية، وغيرها. وندرس باختصار فيما يلي القواعد القانونية الخاصة بكل رهن من هذه الرهون في فرع مستقل.

الفرع الأول

¹ - الدكتور على البارودي والدكتور فريد العريني المرجع السابق ص120

² - نفس المرجع ص 121

³ - الدكتور على جمال الدين المرجع السابق هامش ص830 " ينطبق عليها جميع قواعد الرهن الحيازي الواردة في القانون التجاري والقواعد العامة في القانون المدني بما لا يتعارض مع أحكام القانون التجاري. كون هذه الرهون يضمها جميعاً فكرة العمل التجاري، وأياً كانت صفة المقترض."

رهن البضائع

يحتل الائتمان بضمان بضائع مكانا هاما في الائتمان المصرفي، نظرا لشيوع استخدامه على مستوى الجهاز المصرفي ككل، وهو صورة من صور الرهن الحيازي للمنقول (مادة 1096 مدني). وإذا كان رهن البضائع لضمان الائتمان يعد رهنا تجاريا (1) كما قدمنا، فإنه يخضع لأحكام القانون التجاري تكمّلها نصوص القانون المدني (2). وبينما يتنافى ذلك الرهن مع احتياجات التجارة لأن انتقال المال المرهون للدائن المرتهن يؤدي إلى تعطيل التاجر عن استخدامه في تجارته، فإنه يمثل ضمانا مادية هامة للبنوك.

وإذا تمثلت الحيازة المادية للبضائع الصورة المألوفة للرهن الحيازي طبقا لما نصت عليه المادة 1096 مدني، فإن العرف المصرفي جرى على أن ممارسة البنوك للرهن الحيازي على البضائع تتمثل في حيازة بضائع مودعة إما في مخزن مغلق أو مخزن مفتوح أو في مخازن مكشوفة مع ضرورة السيطرة على تلك المخازن لا سيما وأن شركات التأمين لا تغطي السرقات التي تحدث من المؤمن أو المؤمن له أو تابعيهم.

بيد أن الوفرة الهائلة في إنتاج البضائع جعلت من الصعب على التجار، وفي القلب منهم البنك، القيام بحيازة وصيانة البضائع المرهونة. لما كان ذلك وكانت البضائع من طائفة المنقولات المادية ولا تتضمن عناصر تعيين ذاتية، وإنه لا يمكن رهنها إلا بنقل حيازتها من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، فقد أصبح من الضروري تفعيل فكرة نقل الحيازة إلى أجنبي يعينه المتعاقدان. ونشأت من هنا، فكرة المستودع العام كضرورة فرضها الواقع قبل أن يعينه المتعاقدان.

والمستودع العام (3)، هو منشأة استيعاد توفر بناءا أو مكانا فسيحا يعد إعدادا صالحا لأن تحفظ فيه البضائع لحساب المودعين أو من تؤول اليهم ملكيتها أو حيازتها بمقتضى الصكوك التي تمثلها (مادة 130 /1 تجارى).

وبينما الأصل في المستودع العام أنه يقوم بدور المودع لديه فيؤدي خدمات الحفظ والصيانة لبضائع المودعين (4) وهي خدمات مادية لها قيمتها في ظل تعذر إتيان ذلك من التجار أنفسهم، فإن المشرع ألزم المستودع بإصدار صكوك تمثل هذه البضائع وهما إيصال الإيداع مرفقا به صك الرهن ، وتسليمهما للمودع، على أن يتضمنا البيانات الإلزامية التي عدتها الفقرة الأولى للمادة 136 تجارى. فتعين فيهما كمية البضاعة

¹ - تنص المادة 1122 مدني على انه ((تسرى الأحكام المتقدمة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول)) ويفهم منها انه إذا لم يوجد نص مما أشار إليه فان أحكام القانون المدني الخاصة برهن المنقول تنطبق.

² - انظر المواد 1096 إلى 1113 والمواد 1096 ومن 1117 إلى 1129 من القانون المدني وانظر أيضا القواعد الخاصة الواردة في القانون التجاري في المواد من 119 إلى المادة 120 وتتعلق هذه القواعد بما من شأنه دخول رهن المنقول إلى الجو الخاص بالحرفة التجارية.

³ - ولا يصدق وصف المستودع العام طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 130 تجارى إلا على منشأة الاستيعاد التي يكون من حقها إصدار صكوك تمثل البضاعة المودعة وتكون قابلة للتداول .

⁴ - وقد عرف قانون التجارة 17 / 1999 عقد الإيداع في المستودعات العامة في المادة 130 منه على أنه عقد يتعهد بمقتضاه مستثمر المستودع بتسلم بضاعة يحفظها لحساب المودع أو لحساب من تؤول إليه ملكيتها أو حيازتها بمقتضى الصكوك التي تمثلها.

وصنفها وغير ذلك من البيانات التي تكفل تعيينها على وجه اليقين، وعندئذ تتم حيازة هذه البضاعة بحيازة الصكوك التي تمثلها (1) ويكون حائزها حائزا قانونيا للبضاعة المودعة، بحيث يستطيع أن ينقل ملكيتها أو أن يرهنها بنقل ملكية الصك الممثل لها أو برهنه. فإذا أراد المودع أن ينقل ملكية البضائع عند تحرير الصك المزدوج فما عليه إلا أن يذكر أسم من يريد نقل ملكية الصك إليه مباشرة، أما بعد تحرير الصك المزدوج فإن ذلك يتم بالتظهير (2). فقد أجازت المادة 138 أن يصدر إيصال الإيداع أو صك الرهن بأسم المودع أو لأمره، بمعنى أن هذا الصك المزدوج قد يكون اسميا أو إنديا. وإذا كان إيصال الإيداع أو صك الرهن لأمر المودع جاز لهذا الأخير التنازل عنهما بالتظهير متصلين أو منفصلين، ويترتب على هذا التظهير نفس آثار تظهير الورقة التجارية وخاصة تظهير الدفع (مادة 65 تجارى) (3).

فإذا كان تظهير صك الإيداع وصك الرهن معا، فمعنى ذلك أن المودع ينقل ملكية البضائع خالية من الرهن. وإذا كان تظهير صك الرهن منفصلا عن صك الإيداع، فمعنى ذلك أن المدين أراد رهن البضاعة مع الاحتفاظ بملكيتها، ولا بد له عندئذ مراعاة الفقرة الثانية من المادة 139 تجارى (4). ويتمخض عن ذلك وسيلة ناجعة لشهر الرهن. فاحتفاظه، أى المودع، بسند الإيداع منفردا يعنى أن البضاعة محل هذا الإيصال مرهونة، ويستطيع الغير أن يطلع على مشتملات هذا الرهن لدى دفاتر المستودع العام. فقد أوجب المشرع على المظهر إليه قيد تظهير صك الرهن وبيانات التظهير فى دفاتر المستودع لإمكان الاحتجاج بحق الدائن حامل صك الرهن فى مواجهة الغير (مادة 139 / 2 تجارى).

وبينما يترتب على انتقال حيازة المال المرهون للدائن المرتهن أو للمستودع العام التزامهما بالمحافظة عليه، فإن مسؤولية ذلك الأخير عن البضائع أشد وطأة من تلك التى تقررها القواعد العامة (مادة 1/720 مدنى) فهي مسئولية مفترضة. ومن ثم، يتعين عليه إقامة الدليل على أن ما لحق بالبضائع بسبب أجنبى خارج عن إرادته (مادة 133 / 2 تجارى) (5). وإذا كان من الجائز فى الرهن التجارى للمدين الراهن أن يستبدل بالمال المرهون شيئا آخر (6)، فلا يجوز للمودع فى حالة البضائع المودعة لدى المستودع العام والمسلم عنها إيصال إيداع وصك رهن استبدالها سواء أكانت من الأشياء المثلية أو من الأشياء غير المثلية، إلا إذا كان منصوبا على ذلك فى إيصال الإيداع وصك الرهن (مادة 137 تجارى) وفى حالة جواز الاستبدال تنتقل جميع حقوق حامل الإيصال أو الصك وامتيازته إلى البضاعة المستبدلة.

¹ - الدكتور على البارودي والدكتور فريد العرينى المرجع السابق ص 137 " أن دور المستودع العام الذي يصدر الصكوك الممثلة للبضاعة قد تجاوز دور الحائز الأجنبى الذي يعينه المتعاقدان فهو لم يعد حائزا للبضاعة إلا حيازة عرضية مادية بحتة لحساب الحائز القانوني الذي يحوز الصك الممثل لها، أيا كان شخص الحائز. وبذلك يدخل رهن البضاعة المودعة فى المستودع العام مرة أخرى فى نطاق القواعد العامة لرهن المنقول المادى باعتبار أن حيازة الصك أصبحت تمثل للدائن المرتهن الحيازة الرمزية للبضائع المرهونة.

² - نفس المرجع ص 137

³ - نفس المرجع ص 144 - 151 تفصيل تداول الصك المزدوج

⁴ - نفس المرجع ص 146

⁵ - راجع المواد 1103 و 1126 مدنى والمادة 125 تجارى

⁶ - الدكتور على البارودي والدكتور محمد فريد العرينى - المرجع السابق ص 116

وإذا كان عدم جواز استبدال البضائع المرهونة والمودعة بالمستودع العام كأصل عام يجنب الدائن المرتهن خطر إفلاس عميله أو لأي خطر آخر قبل أن يحوز بالفعل البضاعة الجديدة وتدخل في ضمانه، فإنه لا يجنبه ذلك الخطر عند جواز ذلك الاستبدال. فليس هناك على سبيل المثال ما يمنع الغير في هذه الحالة من أن يكتسب على البضاعة المرهونة حقوقا بحسن نية.

وإذا يعمل المشرع على تيسر حصول الدائن المرتهن على ائتمانه من ثمن الشيء المرهون، فأجاز له ذلك إما قبل حلول أجل الدين أو عند عدم وفاء الراهن بالائتمان في ميعاد استحقاقه (التنفيذ على الشيء المرهون) على النحو التالي :-

- فأما عن اقتضاء المرتهن قيمة ائتمانه من الشيء المرهون قبل حلول الأجل فيتمثل في حالتين:

الحالة الأولى، يمكن أن نلاحظ بشأنها رؤيتين لسبب وكيفية حصول المرتهن على ائتمانه قبل حلول الأجل. فالرؤية الأولى، للقانون المدني عبرت عنها المادة 1119 مدني، وهي، إذا كان الشيء المرهون مهدد بالهلاك أو التلف أو بنقص القيمة، بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدمه بدله، جاز للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى الثمن. أما الرؤية الثانية فهي للقانون التجاري وفقا للمادة 128 تجاري وتتمثل في إنه فرق بين وضعين: 1- إذا نقص سعر الشيء المرهون في السوق بحيث إنه أصبح غير كاف لضمان الدين. 2- إذا كان الشيء المرهون معرضا للهلاك والتلف أو كانت صيانتة تستلزم نفقات باهظة. ففي الوضع الأول، يجوز للدائن أن يعين للمدين ميعادا مناسباً لتكملة الضمان فإذا رفض أو انقضى الميعاد دون أن يقوم بتكملة الضمان جاز للدائن أن ينفذ على الشيء المرهون بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 126 تجاري، وينتقل الرهن إلى الثمن الناتج من البيع. وفي الوضع الثاني، إن لم يكن لدى المدين ما يمكن تقديمه بدل الشيء المرهون جاز لكل من الدائن والمدين أن يطلب من القاضي المختص بأمر على عريضة الترخيص له في بيعه فوراً بأي طريقة يعينها القاضي، وينتقل أيضاً الرهن إلى الثمن الناتج من البيع. غير إنه في حالة البضائع المودعة لدى المستودع العام، يحق لمستثمر ذلك المستودع طبقاً للمادة 134 تجاري أن يطلب من القاضي المختص ببيع البضائع المودعة إذا كانت مهددة بتلف سريع ويعين القاضي كيفية إجراء البيع والتصرف في الثمن. ولعل هذا النص يأتي لمعالجة عدم جواز استبدال البضائع المودعة بالمستودع العام كأصل عام، فيما لو لم يكن هناك اتفاق على الاستبدال، وفي حالة تعرض تلك البضائع للتلف السريع.

الحالة الثانية، إذا تحقق نفع من بيع المنقول المرهون بأن وجدت فرصة طيبة لذلك، فعندئذ يجوز للدائن أن يطلب من القاضي الترخيص في بيعه، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في أمر إيداع الثمن (مادة 1220 مدني).

- وأما عن اقتضاء المرتهن قيمة ائتمانه من الشيء المرهون بعد حلول الأجل فيتمثل في التنفيذ على الشيء المرهون، ويهيمن عليها فكرة تبسيط إجراءات التنفيذ.

فقد وضعت المادة 126 تجاري إجراءات مبسطة وسريعة للتنفيذ على الرهن وهي تنطبق سواء أكان الرهن عادياً أو باستخدام المستودع العام (مادة 135 / 3 تجاري) مقتضاها أنه إذ لم يوف المدين الدين

المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتهن أن يتخذ الاجراءات القانونية حتى يستوفى بطريق الأولوية دينه من أصل وعائد ومصاريف من الثمن الناتج من البيع. وإذا تقرر الرهن على عدة أموال كان من حق المرتهن تعيين المال الذي يجرى عليه البيع، ما لم يتفقا على غير ذلك، أو كان من شأنه الحاق ضرر بالمدين. وفي جميع الأحوال، لا يجوز أن يشمل البيع إلا ما يكفي للوفاء بحق الدائن المرتهن (مادة 127 تجارى).

غير أنه يجوز لحامل صك الرهن للبضائع المودعة بالمستودع العام إذ لم تكف حصيلة البيع بدينه أن يرجع على المدين أو المظهرين (مادة 142 / 1 تجارى) فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ بيع البضاعة وإلا سقط حقه فى الرجوع. وفى جميع الأحوال يسقط هذا الحق إذ لم يباشر حامل صك الرهن إجراءات التنفيذ على البضاعة المرهونة خلال ثلاثين يوما من تاريخ استحقاق الدين (مادة 143 / 2 و 3 تجارى). وإذا كان هذا الحامل لصك الرهن ليس له إلا استيفاء دينه، فإنه إذا زادت ثمن البضاعة المباعة أو مبلغ التأمين عليها، فإنها تكون من حق حامل إيصال الإيداع سواء أكان هو المودع نفسه أو من ظهر إليه إيصال الإيداع منفردا .

الفرع الثاني رهن الأوراق المالية

رهن الأوراق المالية أي الأسهم والسندات عملية منتشرة لدى البنوك ⁽¹⁾ وهى رهون تجارية لكون القروض التي تقدمها دائما تجارية حسبما ذهبت محكمة النقض.

وقد فرض القانون رقم 93 / 2000 نظام الإيداع والقيود المركزي على جميع الأوراق المالية المقيدة في إحدى بورصات الأوراق المالية ⁽²⁾، وجميع الأوراق المالية التي تصدرها أي شركة إذا طرحت أوراقا مالية في اكتتاب عام. ويتم إيداع هذه الأوراق لدى شركة الإيداع المركزي عن طريق أحد أعضاء الإيداع المبنيين بهذا القانون. ويتولى حفظها وإدارتها أحد أمناء الحفظ المرخص لهم بذلك. وتقوم شركة الإيداع المركزي بنقل ملكيتها تنفيذا لعقود التداول في البورصة بالتحويل بين حسابات العملاء لدى أمناء الحفظ والمفتوحة لدى شركة الإيداع. وبذلك يكون قانون الإيداع والقيود المركزي المشار إليه قد غير من طبيعة تلك الأوراق إذ جردها من الدعامة المحسوسة إلى مجرد قيد حسابي ⁽³⁾.

وإذا كان المشرع لم يدخل نظام الإيداع والقيود المركزي إلا من أجل تحقيق سرعة دوران الورقة المالية وتقليل المخاطر التي تحيط بعملية التداول حماية للمستثمرين، فإنه أناط بشركة الإيداع اختصاصات كثيرة

¹ - مادة 324 من قانون التجارة 17 / 1999 تسرى على رهن الأوراق المالية قواعد الرهن التجارى والأحكام التالية ويعنى الاحكام الواردة فى المواد من 325 - 328

² - ويجوز أن يشمل نشاط الشركة الأوراق المالية الأجنبية شريطة أن تكون مقيدة في بورصة الأوراق المالية بالدولة التي صدرت فيها . مادة 9 من القانون القيد والإيداع المركزي 93 / 2000

³ - الدكتور هشام فضلى - تداول الأوراق المالية والقيود فى الحساب دراسة مقارنة فى نظام الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية ط 2005 ص 13

يظهر منها التغييرات العميقة التي أدخلها على عملية تداول هذه الأوراق ومن بين هذه الاختصاصات عملية قيد حقوق الرهن على تلك الأوراق المودعة لديها من خلال القيد الدفترى.

وقد أوضحت اللائحة التنفيذية للقانون 93 لسنة 2000 الخاص بإصدار قانون الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية والصادرة بقرار وزير التجارة الخارجية رقم 906 لسنة 2001 في المادة 42 الإجراءات المتبعة فى هذا الشأن ⁽¹⁾ وهى كما يلى :

تقوم شركة الإيداع والقيد المركزي بقيد حقوق الرهن على الأوراق المالية المودعة لديها من خلال القيد الدفترى بشرط تقديم المستندات الآتية 1- نسخة من عقد الرهن 2- موافقة المدين الراهن (المالك المستفيد) على الرهن 3- بيان موقع من الدائن المرتهن والمدين الراهن يتضمن الصلاحيات الممنوحة للدائن المرتهن على قيمة الأوراق المالية المرهونة وتوابعها والفوائد المستحقة عليها. ويجب أن يتم في خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تقديم هذه المستندات لشركة الإيداع والقيد المركزي.

ويكون الرهن نافذا في مواجهه الغير من تاريخ القيد في دفاتر شركة الإيداع المركزي. ولا يجوز للمالك المسجل بمقتضى المادة 44 من اللائحة التنفيذية المشار إليها رهن الأوراق المالية المملوكة لمستفيدين لديه أو ترتيب أي حق عليها أو الاقتراض بضمانها، إلا إذا وافق المالك المستفيد كتابة على ذلك.

ولأن قانون الإيداع والقيد المركزي رقم 93 / 2000 لم ينظم الآثار المترتبة على قيد حقوق الرهن على الأوراق المالية، فإن قواعد الرهن التجاري وقواعد رهن الأوراق المالية التي وردت في المواد من 324 - 328 من قانون التجارة الجديد (مادة 324) ⁽²⁾ تكون واجبة التطبيق في الحدود التي لا تتعارض فيها مع النظام الجديد لقيد الأوراق المالية حسابيا. كما تسرى نصوص القانون المدني المتعلقة بالرهن الحيازي، فيما لم يرد فيه نص خاص في القانون التجاري.

بيد أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم 93 / 2000 الخاص بالقيد والإيداع المركزي تدخلت بتنظيم بعض أحكام رهن الأوراق المالية في المادة 42 وحتى المادة 44، وهى، في مجملها، توضح حقوق والتزامات الراهن والمرتهن.

فإذا كان للدائن المرتهن في سبيل المحافظة على الأوراق المالية إدارتها، فإن تلك الإدارة تكون مماثلة للإدارة التي يقوم بها المودع لديه، وليست كالإدارة التي يقوم بها مدير محفظة الأوراق المالية. فلا يمكن الزام الدائن المرتهن بالتصرف فيها عندما تنخفض قيمتها السوقية وإحلال غيرها محلها، لأن ذلك يخرج عن حدود الحفظ الذي تحدثت عنه المادة 125 تجارى إلى نطاق الاستثمار. فهذه الإدارة الاستثمارية تظل في يد الراهن على الرغم من الرهن الوارد عليها، ولا تعد من قبيل التصرف المنهى عنه بموجب المادة 42 من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيد المركزي، مادام أن المدين يستبدل أوراقا جديدة بالأوراق المرهونة التي تم التصرف فيها فى سوق الأوراق المالية ⁽³⁾.

¹ - تنص المادة 2 من قانون رقم 93 / 2000 بإصدار قانون القيد والإيداع المركزي على أن نشاط الإيداع المركزي يشمل قيد حقوق الرهن على الأوراق المالية ..

² - تسرى على رهن الأوراق المالية قواعد الرهن التجاري والأحكام التالية. أى الأحكام الواردة في المواد من 325 - 328

³ - الدكتور هشام فضلى المرجع السابق ص 69

وقد نصت المادة 43 من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي على حق الدائن المرتهن في صرف العوائد الناشئة عن تلك الأوراق طوال فترة الرهن. وعلى حق شركة الإيداع ببيع الرهن لصالحه على أسهم مجانية تستحق للأسهم المرهونة وتخطره بذلك، على أن يتم قيد الرهن وإخطار كل من المدين والدائن به خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إخطار الشركة بالتوزيع المجاني. وذلك كله، مع عدم الإخلال بما يرد في عقد الرهن. وفي هذا الشأن تقرر المادة 125 تجارى الأحكام المتعلقة بمباشرة الدائن المرتهن للحقوق المتصلة بالأوراق المرهونة وحقوقه عليها. كما تنص المادة 328 من القانون التجارى بأن " يبقى امتياز الدائن المرتهن قائما بمرتبه فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير على عائد الورقة المرهونة وملحقاتها وعلى قيمتها عند استهلاكها وعلى الأوراق التى تستبدل بها "

ويحاول المشرع دعما للانتماء وتيسيرا على الدائن المرتهن التدخل لتمكينه من اقتضاء قيمته من الأوراق المالية المرهونة، وأجاز له ذلك إما قبل حلول أجل الدين أو عند عدم وفاء الراهن بالانتماء في ميعاد استحقاقه (التنفيذ على الرهن) على النحو التالى :

- اقتضاء قيمة الائتمان من الورقة المالية المرهونة قبل حلول الأجل، فيتحقق في حالتين:

الحالة الأولى، إذا نقص سعر الأوراق المالية في بورصة الأوراق المالية

فإذا نقص سعر الأوراق المالية في بورصة الأوراق المالية، بحيث أصبحت غير كافية لضمان الدين جاز للدائن المرتهن أن يعين للمدين ميعادا مناسباً لتكملة الضمان، فإذا رفض المدين ذلك أو أنقضى الميعاد المحدد دون أن يقوم بتكملة الضمان جاز للدائن المرتهن أن ينفذ على الشيء المرهون بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 128 / 1⁽¹⁾، وينتقل الرهن إلى الثمن الناتج من البيع.

كما يجوز للدائن المرتهن إذ لم تكن قيمة الورقة المرهونة مدفوعة بالكامل وقت تقديمها للرهن أن يطلب من المدين الوفاء بهذا الجزء قبل ميعاد استحقاقه بيومين على الأقل، فإذا لم يقدم النقود اللازمة جاز للدائن المرتهن أن يطلب بيع الورقة بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون التجارى، ثم يدفع من الثمن الناتج من البيع الجزء غير المدفوع من قيمة الورقة، وينتقل الرهن إلى الباقي من الثمن (المادة 327 تجارى).

الحالة الثانية، إذا ارتفع ثمن بيع الشيء المرهون مكونا صفقة رابحة

أجازت المادة 1120 مدني لمالك الأوراق المالية المرهونة (الراهن) أن يطلب من القاضي بيع هذه الأوراق إذا ارتفع ثمنها بحيث يكون البيع صفقة رابحة، ويؤدى البيع إلى حلول الثمن محل الشيء المرهون، وينتقل الرهن إلى الثمن. ولا ينتقص من ذلك، ما ورد في نص المادة 42 من اللائحة التنفيذية لقانون الإيداع والقيود المركزي والتي تنص على أنه " ويترتب على قيد الرهن عدم جواز التصرف في الأوراق المالية المرهونة لحين شطب الرهن بناء على طلب الدائن المرتهن أو انقضائه لأحد الأسباب المقررة قانونا، إذ إن

¹ - تنص المادة 128 / 1 من القانون التجارى على أنه " إذا نقص سعر الشيء المرهون في السوق بحيث أصبح غير كاف لضمان الدين جاز للدائن المرتهن أن ينفذ على الشيء المرهون بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 126 تجارى ، وينتقل الرهن إلى الثمن الناتج من البيع "

الحظر الذي يشمل النص يرد على التصرف الذي يصدر من المدين الراهن أو الدائن المرتهن دون ترخيص من القضاء (1).

- اقتضاء قيمة الائتمان من الورقة المالية المرهونة بعد حلول الأجل :

ويتمثل ذلك في بيع الشيء المرهون إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن، ولم يقدّم المدين الراهن بالوفاء به، فيكون من حق للدائن المرتهن اتخاذ إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون واستيفاء مبلغ الدين وباقي مستحقاته من قيمة الشيء المبّيع بالأولوية والأفضلية على أي مستحقات أخرى في مواجهة المدين الراهن.

وبينما الأصل أن يجرى التنفيذ على الأوراق المالية المرهونة في القانون التجاري بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 126 وبمراعاة المادة 129، فإن المشرع قد سلك مسلكاً مغايراً بأن جعل التنفيذ على الورقة المالية يتم وفقاً للمادة 105 من قانون البنك المركزي رقم 88 / 2003 والتي تقضي بأنه في حالة وجود اتفاق يعطى البنك بصفته دائناً مرتتهناً الحق في بيع الأوراق المالية المرهونة، إذ لم يقدّم المدين بالوفاء بالمستحقات المضمونة بالرهن عند حلول أجلها، يجوز للبنك بيع تلك الأوراق وفق الأحكام المنظمة لعملية تداول الأوراق المالية في البورصة. وذلك، بعد مضي عشرة أيام عمل من تكليف المدين بالوفاء بموجب ورقة من أوراق المحضرين، ودون التقيد بالأحكام المنصوص عليها في المادتين 126 و129 من قانون التجارة والمادة 8 من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون 95 / 1992 والمواد 59، 60، 61، 61 مكرر (1) ومكرراً (2) ومكرراً (5) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه.

وبذلك، يكون المشرع قد خرج بهذه المادة على إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في المادة 126 تجارياً إذا كان الدائن المرتهن بنكاً، إذ أعطته الحق في بيع الأوراق المالية بعد عشرة أيام عمل بعد تكليفه بالوفاء على يد محضر. فلا داعي للحصول على أمر من القاضي ببيع الأوراق المالية المرهونة كلها أو بعضها، بمراعاة أن البيع يتم وفقاً للأحكام المنظمة لعملية التداول حماية للمدين الراهن.

كما خرج المشرع بشأن التنفيذ على تلك الأوراق على نص المادة 129 تجارياً والتي حظرت شرط تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء والاتفاق بين المرتهن والمدين الراهن على بيع المال المرهون دون إتباع للإجراءات التي فرضها القانون في المادة 126 تجارياً. فقد أجازت المادة 105 من قانون البنك المركزي والنقد تملك الأوراق المالية المرهونة دون حاجة للالتزام بأحكام قانون سوق المال ولائحته التنفيذية المتعلقة بالشفافية والإفصاح والتي تفرض على من يرغب في عقد عملية يترتب عليها تجاوز ما يملكه 10 % من الأسهم للشركة أن يخطر الشركة بالصفقة المزمع إبرامها (2).

1- الدكتور هشام فضلي المرجع السابق ص 69

2- الدكتور هشام فضلي المرجع السابق ص 77 وقد رأى أن المادة 105 من القانون 88 / 2003 وإن كانت تثير شبهة عدم الدستورية بإعطاء البنك امتيازاً لا يتوفر لغيره من الدائنين المرتهنيين والمستثمرين في أسواق المال، وهو ما يفتح الطريق للاتفاقيات الخفية للالتفاف على القانون، فإنها حملت العديد من الضمانات التي تحمي مصالح المدين الراهن ابتداءً من مدة التكليف ببيع الأوراق المالية وإتمام ذلك وفق الأحكام المنظمة لتداول الأوراق المالية. إلا إن اللجوء إلى إجراءات التنفيذ التي فرضها القانون التجاري تشكل حماية أكبر للمدين الراهن، لتدخل القضاء، والتحقق من حلول أجل الدين المضمون بالرهن قبل البيع ومن أن البيع يتم بأفضل الأسعار، وفي الوقت الملائم لظروف السوق.

الفرع الثالث

رهن الأوراق التجارية

عادة ما يلجأ المستفيد من الورقة التجارية إلى رهنها، عندما يكون بحاجة عاجلة للنقد وتكون الورقة التي بيده مستحقة الدفع بعد مدة قصيرة. فبدلاً من خصمها الحامل - أي يتخلى عن ملكيتها فوراً نظير قيمة الحق الثابت فيها كاملاً - يكتفي بأن يقترض المبالغ الذي يحتاجه ويرهن الورقة (أي الحق الثابت فيها) ضماناً للقرض. ويحصل ذلك عادة عندما تكون حاجته إلى مبلغ بسيط بالنسبة إلى قيمة الورقة ولمدة أقل بكثير من أجلها ، فحتى لا يفقد جزءاً كبيراً من قيمة الورقة (تكاليف الخصم وهي تقدر بحسب قيمة الورقة وأجل استحقاقها) يفضل الحامل رهن الورقة والاحتفاظ بملكيتها.

وقد أورد القانون التجاري المصري تنظيمًا شاملاً للأوراق التجارية، دون أن يحدد المقصود بهذه الأوراق، ولكنه أشار ضمناً إلى وظيفتها الأساسية والتي تجعل الوفاء بأوراق تجارية مماثلاً للوفاء بالنقد⁽¹⁾. وذكرت المادة 378 تجارى الكمبيالة والسندات لأمر والشيكات على سبيل المثال للأوراق التجارية وأعقبت ذلك بعبارة وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى، أي كانت صفة ذوى الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها.

ولقد عالج المشرع في القانون التجاري الكمبيالة بوصفها نموذجاً للأوراق التجارية ولم يتكلم عن السند الأدنى والسند لحامله إلا في المادتين 468، 469 مكتفياً بشأنهما بالإحالة على قواعد الكمبيالة، وبما لا يتعارض مع ماهية السند لأمر (المادتين 470، 471 تجارى) .

وعلى أى حال، يتم رهن الورقة التجارية عن طريق ما يعرف بالتظهير التأميني وهو التظهير الذي يهدف إلى رهن الحق الثابت في الكمبيالة ضماناً لدين المظهر إليه على المظهر، ويذكر فيه ما يفيد أن القيمة للضمان أو القيمة للرهن. ويشترط في المظهر أن يكون أهلاً للتوقيع على الورقة التجارية لأنه يصبح ضامناً للوفاء بقيمتها تجاه المظهر إليه. كما يجب أن يكون التظهير مستوفياً لجميع البيانات المقررة للتظهير الناقل للملكية (مادة 399 تجارى) أي يجب أن يكون مشتملاً على التاريخ واسم المظهر إليه مقترناً بشرط الأذن وتوقيع المظهر. فإذا كانت الكمبيالة لحامله، فإنه يكفي اتفاق الطرفين وتسليم الورقة للدائن المرتهن فهو ما يمكن المرتهن في هذه الحالة من تحصيل الحق المرهون من المدين به استيفاء لدينه وتنفيذاً لما توجبه المادة 125 تجارى.

ولقد أعطى المشرع للدائن المرتهن صفتان، عند استعمال الكمبيالة كضمان للائتمان. أما الصفة الأولى فصفتها في علاقته بالراهن، وفيها ، لا يعدو أن يكون دائناً مرتهناً ولا تنتقل إليه بسببها سوى حيازة الكمبيالة (الورقة التجارية) (مادة 125 تجارى) وتبقى ملكية الحق الثابت فيها للراهن. وبمقتضى ذلك، يلتزم المظهر إليه (الدائن المرتهن) بتحصيل قيمتها، وله في سبيل ذلك أن يقوم بتظهيرها إلى الغير بتظهير توكيلياً (مادة 399). ويلتزم المظهر إليه بالمحافظة على الدين المرهون (مادة 1126 / 2مدنى). فإذا تخلف المدين في الورقة التجارية عن الوفاء وجب على المظهر إليه إثبات احتجاج عدم الوفاء والرجوع على المدين والضامن وفق الشروط والمواعيد القانونية المقررة (مادة 429 تجارى). أما الصفة الثانية، التي يمنحها المشرع للدائن

¹ - الدكتور مصطفى كمال طه القانون التجاري الأوراق التجارية - العقود التجارية - عمليات البنوك - الإفلاس ط 1988 المقدمة

المرتهن تجاه المدين بها (الغير)، فهي صفته كمالك، ويكون حكم التظهير التأميني أنه تظهير ناقل للملكية. ويترتب على ذلك نقل الحق الثابت في الكمبيالة من المظهر إلى المظهر إليه وينتقل مع هذا الحق ما يتبعه من التأمينات الشخصية أو العينية دون حاجة إلى نص خاص في الورقة لأن هذه التأمينات لم تتقرر للمستفيد بصفة شخصية، وإنما لتداول الكمبيالة والحق الثابت فيها (1). كما حصنه بتظهير الورقة من الدفوع بحيث لا يجوز لهذا المدين التمسك في مواجهة المظهر إليه حسن النية بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المظهر، وذلك حماية لمصلحة المرتهن الخاصة المنفصلة عن مصلحة المظهر الراهن (2).

وهناك ثلاث حالات لحلول أجل الدين المرهون بالورقة التجارية كما يلي :

1- قد يحل أجل الدين المضمون في ذات موعد استحقاق الورقة المرهونة. فإذا قبض الحامل قيمة الورقة استوفى من قيمتها حقه وفوائده والمصاريف ورد الباقي إلى الراهن. 2- إذا حل ميعاد استحقاق الورقة المرهونة قبل حلول أجل الدين المضمون كان للدائن أن يحصل وحده على قيمتها، وإن استبقى المبلغ عند كضمان، فإنه يلتزم بفوائده بالسعر القانوني حتى موعد رد الباقي إلى الراهن، ولا يسقط باستيفائه قيمة الورقة أجل الدين المضمون بمعنى أنه لا يكون للمدين أن يلزم الدائن باستيفاء حقه ورد الباقي، وذلك ما لم تتجه إرادة الطرفين إلى غير ذلك. 3- إذا حل أجل الدين المضمون قبل ميعاد استحقاق الورقة المرهونة ووفى المدين، فإنه يسترد الورقة وينقضي الرهن. فإن لم يف كان للدائن المرتهن أن يطلب إلى القاضي أن يأذن له ببيع الورقة أو تملكها (1121 مدني) ومتى بيعت الورقة استوفى الدائن حقه ورد باقي قيمتها إلى الراهن، وإذا كانت الورقة التي حل أجلها لا تكفي لسداد الدين كله وكان الدين مضموناً بأوراق أخرى، كان للدائن أن يحتفظ بالأوراق الأخرى ضماناً لدين تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن (المواد 1041 1089 مدني).

المطلب الثالث

مدى فاعلية الرهن الحيازي للمنقول في حماية الائتمان

قدمنا في المطلب السابق بعض صور الرهن الحيازي للمنقول وفي هذا المقام نعرض لمدى فاعلية تلك الرهون في حماية الائتمان المصرفي على النحو التالي:

أولاً- مدى الحماية التي يحققها رهن البضائع للائتمان المصرفي

على الرغم من سهولة تكوين الرهن الحيازي على البضائع والتطور الذي لحق به باستخدام فكرة المستودع العام، وبساطة اقتضاء الائتمان من ثمن الشيء المرهون، فإن الائتمان برهن البضائع يعترضه نوعان من المعوقات التي من شأنها أن تقلل من الاعتماد عليه في الائتمان المصرفي.

ويتمثل النوع الأول من المعوقات في عدم وجود خبرات فنية للحكم على السلع من ناحية المواصفات الفنية، وصعوبة تحديد التكلفة نتيجة لتغيرات سعر العملة، واختلاف قيمة البضائع بحسب منشئها، وعدم دقة أسعار السوق. بالإضافة إلى الصورية التي يمكن أن تشوب مستندات البضاعة المقدمة كضمان، كل ذلك ينعكس أثره على صعوبة تقييم تلك البضائع. لذا، فقد وضع البنك المركزي ضوابط لمنح تسهيلات بضمان

¹ - الدكتور مصطفى كمال طه المرجع السابق ص 76

² - نقض 16 يونيه 1956 مجموعة النقض عدد 7 ص 719 نقلاً من الدكتور على جمال الدين المرجع السابق ص 850

بضائع⁽¹⁾ ومنها أن يقتصر الإقراض على البضائع الجديدة، وأن يقتصر منح هذه القروض على أنواع البضائع التي يسهل تمييزها أو يتوافر للأجهزة المختصة بالبنك خبرة كافية بها، وعلى البضائع التي يسهل تصريفها وبيعها. وإنه يجب تقييم البضائع المرهونة وفقا لقاعدة التكلفة أو السوق أيهما أقل، ولا يجوز تحريك أسعار السلع المرهونة حتى ولو زادت قيمتها في السوق.

ويتمثل النوع الثاني من المعوقات في أن عدم توافر المخازن المناسبة قد يضطر البنوك إلى التخزين في مخازن العملاء، وإذا كانت ضوابط البنك المركزي قد أوجب أن تودع البضائع داخل مخازن البنك المغلقة أو في مخازن يكون للبنك عليها سيطرة فعلية. فلا يوجد، على أى حال، ما يمنع الغير الذي اكتسب حقا على المنقول المرهون وحازه أن يحتج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. ومن ثم، قد تبقى إحاطة الغير علما بأن البضاعة ليست في حيازة المدين ضرورة عملية⁽²⁾. وبينما حل نظام المستودع العام مشكلة المرتهن في الاحتفاظ بالبضاعة وما يقتضيه ذلك من عبء المحافظة عليها أو حل مشكلة المرتهن والراهن فيما يتعلق بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الحائز، إذ يتفادى الأخير باستخدام ذلك النظام نقل حيازة البضائع الى الدائن المرتهن فلا يضطر إلى نقلها إليه طبقا للقواعد العامة، فإنه لم يصبح بعد نظاما مألوفاً لدى التجار. كما أنه - في الغالب - ما يكون في المناطق الجمركية، وعادة ما تودع به البضائع المستوردة إلى حين التصرف فيها.

وعلى أى حال، فذلك النظام ليس له دور في مسألة قيمة البضائع المودعة، وخاصة فيما يتعلق منها بصعوبة تقييمها، فيما لو اعتمد البنك علي رهنها لتقرير ائتمانه. فالأمر فيها يحتاج الى تدخل عوامل كثيرة لضبط قيمة تلك البضائع المودعة.

ثانيا- مدى الحماية التي يحققها رهن الأوراق المالية للائتمان المصرفي

وإذ يراعى البنك عند منح ائتمان بضمان أوراق مالية أن تكون لشركات ذات مراكز مالية ممتازة، وأن يكون عليها تداول في البورصة⁽³⁾. وهى، إن كانت ضمانات جيدة تمكن البنك من استرداد مديونيته في حالة عجز المدين عن السداد لسهولة تسيلها في أي وقت⁽⁴⁾، فإن الاستثمار في تلك الأوراق يصاحبه دائما مخاطر ناشئة عن انخفاض قيمتها السوقية، حيث تتقلب أسعار الأسهم في بورصات الأوراق المالية نتيجة التغيرات الاقتصادية والسياسية. بالإضافة إلى خضوع أسعارها لتقدير وتوقعات المتعاملين في الأسواق المالية. كما تتأثر القيمة السوقية للسندات بالتغيرات التي تطرأ على أسعار الفائدة.

¹ - الدكتور صلاح إبراهيم شحاتة المرجع السابق ص 242 وما بعدها وراجع الأستاذ/ أحمد حسن قوره -المرجع السابق" من معوقات الائتمان برهن بضائع عدم قدرة البنك على التصرف في البضائع المرهون إلا بعد اتخاذ إجراءات مطولة وصعوبة تقييم البضاعة ومردده عدم دقة أسعار السوق أو صعوبة مستندات البضاعة المقدمة.

² - الأستاذ/ أحمد حسن قوره المرجع السابق. وتطبيقا لذلك، يجرى العمل على نقل حيازة البضائع المرهونة أو المنقولات المادية للبنك بوضعها وإبقائها في مخازن العميل مع وضع لافتة على مخازن البنك بحيث يحيط الغير علما بأن السيطرة على المخازن وعلى ما فيها إنما هي للبنك.

³ - راجع المادة 17 و18 من القانون رقم 95 / 1992 قانون سوق رأس المال المعدل بالقوانين أرقام 10 لسنة 1995 و89 لسنة 1996 و158 لسنة 1998

⁴ - أعطى قانون البنك المركزي 88 / 2003 وفي المادة 105 الحق في بيع الأوراق المرهونة في حالة وجود اتفاق يعطى البنك بصفته دائما مرتهنا الحق في بيع الأوراق المرهونة ، ودون التقيد بأحكام المادتين 126 و129 من القانون التجاري.

وعلى الرغم من قيام البنوك بانتقاء الأنواع الجيدة من الأسهم والسندات، وإتباع قاعدة التنويع وعدم التركيز، إلا إن هذا يقلل فقط من مستوى أو درجة هذه المخاطر. ويرجع ذلك إلى استحالة التنبؤ الدقيق بالقيمة السوقية لهذه الأوراق، وصعوبة اتخاذ القرار السليم بالاعتماد على المراكز المالية للشركات من واقع الميزانيات المنشورة⁽¹⁾.

ثالثاً - مدى الحماية التي يحققها رهن الأوراق التجارية للائتمان المصرفي

على الرغم من سهولة رهن الأوراق التجارية واقتضاء الائتمان من قيمتها، فإن الائتمان برهن تلك الأوراق، وخاصة الكمبيالة تعترضه معوقات من شأنها أن تصعب من الاعتماد عليه في الائتمان المصرفي. وتتمثل هذه المعوقات فيما قد يشوب الكمبيالات من صورية وتعرضها لأن تصدر على سبيل المجاملة كما لو استهدف من يوقع على ورقة المجاملة تمكين الساحب (أو المستفيد) من الحصول على ائتمان وهمي زائف⁽²⁾. وإذ يفضل مدينو الكمبيالات عدم الإفصاح عن معاملاتهم مع الدائنين، فإن الأمر يمثل صعوبة في تحديد حد المخاطرة لمديني تلك الكمبيالات.

لما كان ذلك، فقد أصدر البنك المركزي كتاباً دورياً رقم 289 في 17 سبتمبر 1987 مفاده أنه يجب أن تراعى البنوك عند إعطائها ائتمان برهن الأوراق التجارية جدية المعاملات التي نشأت عنها هذه الأوراق، ووجود مقابل للوفاء. وأنها لا تستطيع منح ائتمان برهنها، إلا لعملاء تتطلب طبيعة أنشطتهم منح ائتمان تجاري لعملائهم المدينين في الأوراق التجارية التي تقبل كالضمان. كما أوجب الالتزام بعدم قبول شيكات تحمل تواريخ لاحقة كالشيكات المسطرة أو أي شيكات أخرى ضماناً للائتمان الممنوح للعملاء، حيث إن الشيك أداة وفاء وليس أداة ضمان. وأن الأصول المصرفية السليمة تقضى بضرورة تقديم ما يقدم للبنوك من شيكات للحصول فوراً⁽³⁾. وعلى أي حال، فقد أدى انخفاض عمولة تحصيل الكمبيالات بالمقارنة بتكلفة تحصيلها إلى ندرة تعامل بعض البنوك برهن الكمبيالات كضمان⁽⁴⁾.

المبحث الثاني

تطور الضمانات العينية الواردة على المنقول

(الرهن غير الحيازي للمنقول)

يتطلب الرهن العادي أو الرهن التقليدي انتقال حيازة المال المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان. وفي كثير من الحالات يكون من الصعب بل من المستحيل على المدين أن يقبل التجرد من حيازة المنقولات لأنها أدوات الإنتاج الضرورية لنشاطه الاقتصادي. كما أن انتقال حيازتها قد يثقل كاهل الدائن المرتهن بأعباء كثيرة، لعل من أهمها واجب حفظ الشيء المرهون والعناية به، ناهيك عن

¹ - الأستاذ أحمد حسن قوره المرجع السابق

² - الدكتور مصطفى كمال طه المرجع السابق ص 113

³ - الدكتور صلاح إبراهيم شحاتة المرجع السابق ص 269

⁴ - أحمد حسن قورة المرجع السابق

مصرفوات انتقال الحيازة وما يستغرقه هذا الانتقال من وقت. ومن ثم، وجب البحث عن وسيلة للحصول على الائتمان بضمان أدوات الإنتاج دون التجرد من حيازتها.

وبينما يؤدي انتقال الحيازة في الرهن العادي وظيفتين لا غنى عنهما لاستقرار الائتمان: الأولى، هي، حماية الغير وهم الدائنون الآخرون للراهن والمشترون الاحتماليون للشيء المرهون بإعلامهم بتخصيص الشيء المرهون لضمان حق الدائن المرتهن. والثانية، هي، حماية الدائن المرتهن من خطر تصرف المدين في الشيء المرهون لشخص آخر حسن النية يكون من حقه الاحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، فإن تحقيق الهدف من نقل حيازة الشيء المرهون، بحماية الغير عن طريق القيد في سجلات خاصة، وتقدير عقوبات جنائية توقع على الراهن حماية للدائن المرتهن عند التصرف في الشيء المرهون من شأنه إزالة العقوبات القانونية التي تحول دون تقرير رهن المنقول دون حيازة، ونشأة فكرة تنظيم نوع من رهن المنقول تظل فيه الحيازة للمدين الراهن⁽¹⁾.

وإذا كان من الصعب تنظيم شهر فعال لجميع المنقولات، نظرا، لكثرتها، وتمائلها، وسرعة انتقالها من يد إلى أخرى ومن مكان إلى آخر، فإنه لا مناص من أن يقتصر هذا النوع من الرهن على المنقولات التي يقل تداولها وتتمتع بذاتية خاصة تسمح بشهر التصرفات الواردة عليها. وهذا هو الشأن في السفن والطائرات والمراكب النهرية والمحال التجارية فهي منقولات ذات قيمة مادية كبيرة، وليست محلا للتداول السريع، ويوجب القانون شهر التصرفات الواردة عليها في سجلات خاصة مما يجعلها شبيهة بالعقارات. ولا تخضع، لذلك، لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، مما يعني أن يكون للمرتهن عليها حق التتبع. وقد طبق المشرع المصري الرهن دون انتقال الحيازة على المحال التجارية وهي منقولات معنوية وعلى السفن والطائرات وهي منقولات مادية. وسنتناول في مطلبين القواعد القانونية الحاكمة لهذه الرهون باختصار ثم نبين مدى فاعليتها في حماية الائتمان.

المطلب الأول

رهن المنقولات المعنوية

نظم القانون رهن المحل التجاري بوصفه مالا منقولا معنويا رهنا دون انتقال حيازته إلى الدائن المرتهن مع ضمان نفاذه تجاه الغير بإتباع نظام الشهر ب مكتب السجل التجاري. وللوقوف على مدى فاعلية هذا الرهن لحماية الائتمان المصرفي نعرض باختصار لقواعده، ثم نبين مدى فاعليته في ذلك في فرعين كالتالي.

الفرع الأول

رهن المحل التجاري

¹ - الدكتور على البارودي والدكتور فريد العريني المرجع السابق ص 108

تقوم البنوك (1) بمنح عملائها قروض بضمان الرهن التجاري للمقومات المادية والمعنوية لمنشأتهم المختلفة، ويتم قبول هذا النوع من الضمان عادة مقابل الائتمان قصير ومتوسط الأجل.

ويجب أن يراعى البنك في رهن المحل التجاري توافر كافة الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الرهن: من توافق الإيجاب والقبول، وصحة الرضاء، وتوافر الأهلية لإبرام الرهن بالنسبة للراهن والمرتهن، وملكية الراهن للمال المرهون. وكذلك يجب أن يراعى توافر كافة الشروط الشكلية (2) من كتابة الرهن في محرر رسمي أو عرقي مقرون بالتصديق على التوقيعات، وأن يحرص على أن يحصل من الراهن على إقرار بخلو المحل المرهون من حق امتياز البائع، ومن وجود أي حق عيني عليه بوصفه عقارا بالتخصيص، كما يجب أن يشمل الإقرار على اسم الشركة التي أمن عليه لديها من خطر الحريق.

وقد بينت المادة 9 / 1 من من القانون 11 لسنة 1940 على سبيل الحصر الأشياء التي يشملها الرهن، وهي العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمة التجارية والأثاث التجاري والمهمات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل ولو صارت عقارا بالتخصيص، والعلامات التجارية والرخص والإجازات وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة به، ولم يرد في هذا البيان ذكر البضائع، وبذلك لا يمكن أن يشملها رهن المحل التجاري حماية للضمان العام للدائنين العاديين، فإذا تضمن عقد رهن المحل التجاري البضائع الموجودة بالمحل التجاري كان الاتفاق باطلا (3) وصح الرهن بالنسبة للعناصر الأخرى.

ولئن كان المحل التجاري مالا منقولاً، إلا أن رهنه تجاه الغير لا ينفذ بانتقال حيازته للدائن المرتهن أو عدل، بل بشهر عقد الرهن في سجل خاص بمكتب السجل التجاري بالمحافظة أو المديرية التي يوجد في دائرتها المحل التجاري (4)، وإذا اشتمل رهن المحل التجاري على علامة تجارية، فلا يكون رهنها حجة على الغير إلا بعد التأشير والإشهار المنصوص عليهما بالمادة 20 من قانون العلامات التجارية.

1- المادة العاشرة من القانون 11 لسنة 1940 تتضمن أنه لا يجوز رهن المحال التجارية إلا لأحد البنوك أو بيوت التسليف التي يرخص لها بذلك وزير التجارة والصناعة بالشروط التي يحددها بقرار يصدره. وذلك، حماية لهم من المربين من التجار الجشعين. ويجوز رهن المحال التجارية لدى البنوك الأجنبية ومؤسسات التمويل الدولية ضماناً للتمويل والتسهيلات الائتمانية التي يجرى استخدامها في جمهورية مصر العربية.

2- المادة 37 تجارى / 1 قد نصت على أن " كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه... يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً "

3- راجع في ذلك المذكرة التفسيرية لمشروع قانون بيع المحل التجاري ورهنه الدكتور على يونس - المحل التجاري ص 296 مطبعة دار الفكر العربي. وراجع الدكتور على البارودي والدكتور محمد فريد العريني المرجع السابق ص 130 ، وراجع أحمد حسن قوره - المرجع السابق.

4- ويجب إجراء هذا القيد في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العقد وإلا كان القيد باطلاً (م 12) ، ولا يمس بطلان القيد بصحة العقد ويظل الرهن الجارى قائماً ومنتجا لكافة أثارة لمدة خمس سنوات، ويحق لبنك تجديده دون الرجوع للعميل المدين الراهن، طالما بقيت التزامات القروض قائمة بدون سداد كلياً أو جزئياً .

وإذ تبقى للمدين الرهن حيازة المحل التجاري، واستغلاله، فإنه يلتزم بالمحافظة على المقومات المرهونة بحالة جيدة دون أن يكون له الرجوع على الدائن بشيء في مقابل ذلك (مادة 13) وفي حالة الإضرار عمدا بها يعاقب بالعقوبات المقررة قانونا لخيانة الأمانة (1).

ونظرا لاعتماد قيمة المحل في كثير من الأحيان على موقعه ألزمت المادة 24 المدين الذي يرغب في نقل المحل التجاري أو الأثاث أو الآلات التي بالمحل المرهون أن يخطر الدائن بذلك بخطاب موصى عليه بعلم الوصول في ميعاد شهر على الأقل قبل النقل. فإذا لم يتم إخطار الدائن المرتهن بالنقل في الميعاد المحدد أو اخطر وأبدي عدم موافقته على النقل بخطاب موصى عليه خلال خمسة عشر يوما التالية، وترتب على ذلك النقل انخفاض قيمة المحل التجاري، فإن الدين يصبح حال الأداء تطبيقا للقواعد العامة الواردة في المادة 273 / 1 مدنى.

وبينما لا يترتب على رهن المحل التجارى انتقال حيازته للدائن المرتهن، ويستطيع الرهن التصرف في المحل التجارى بالبيع أو بترتيب رهون أخرى، فإن ذلك لا يؤثر في وجود حقه ولا في سريانه على الغير ما دام قيد رهنه وفقا للقواعد العامة، فللدائن المرتهن فضلا عن حق الاولوية، حق التتبع .

وإذا كان للدائن المرتهن استيفاء دينه بالأولوية التى تثبت له من تاريخ قيد الرهن، فإنه قد يتزاحم مع مرتهن العقار بالتخصيص، كالأثاث والمهمات أحد عناصر المحل التجارى. فإذا تم قيد الرهينين فى يوم واحد تقدم مرتبة الرهن العقارى على مرتبة رهن المحل التجارى.

وإذا تزامن الدائن المرتهن مع مؤجر المكان الذى يوجد به الأثاث والألات المرهونة التى تستعمل فى استغلال المحل التجارى، فإن هذا المؤجر لا يباشر امتيازاه فى مواجهة الدائن المرتهن لأكثر من قيمة إيجار سنتين.

إلا إن الدائن المرتهن قد يتعرض لخطر قد يزيل رهنه من الأساس، وهو إقدام مؤجر المكان الذى يوجد به المحل التجارى على فسخ عقد الإيجار، وذلك فى حالة تأخر المستأجر الرهن فى سداد الأجرة. وفى هذه الحالة توفر المادة 26 حماية للدائن المرتهن فقد تضمنت ضرورة أن يقوم المؤجر بإخطار الدائن المرتهن برغبته فى الفسخ، وذلك فى المحل المذكور فى قيد الرهن ؛ إنما بشرط أن يكون الدائن المرتهن قد سبق له أن أبلغ المؤجر كتابة بوجود الرهن. كما تضمنت إنه لا يجوز أن يصدر الحكم بالفسخ قبل شهر من تاريخ هذا الإخطار وأنه لا يصبح الفسخ بالتراضى أو بحكم القانون نهائيا إلا بعد شهر من تاريخ إخطار الدائن المقيد فى محله المختار.

بيد أن تلك المادة لم تعالج حالة الفسخ لتكرار التأخير فى سداد الأجرة. فإذا كان الرهن سبق أن توقي فسخ عقد الإيجار فى دعوى موضوعية رفعت عليه، بسبب التأخير فى سداد الأجرة، بدفع الإيجار المتأخر

¹ - تنص المادة 341 عقوبات على أن " كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضرار بمالكها أو أصحابها أو واضعي اليد عليها وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم إلا على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت له بصفته كونه وكيلًا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحم عليه بالحبس ويجوز أن يزداد عليه غرامة لاتتجاوز مائة جنية مصري "

والمصروفات، فإن المؤجر لا يلتزم في دعوى الفسخ للتكرار بإخطار المستأجر بالتكليف بالوفاء، فيجوز رفعها مباشرة أمام المحكمة بدون هذا التكليف، وبالتالي لا يكون المؤجر بحاجة إلى إخطار المرتهن، إذ لا ينفع توقى الحكم بالإخلاء في هذه الدعوى سداد الإيجار المتأخر فيه، فيجوز الحكم بالإخلاء رغم الوفاء بالأجرة المتأخر فيها أثناء سير الدعوى⁽¹⁾.

وتضمن مرتبة الرهن أصل الدين المضمون وفوائده لمدة سنتين (مادة 23) وحق الدائن المرتهن لا يتجزأ فيظل قائما الى حين تسديد الدين المضمون جميعه وينتقل حق الدائن المرتهن في الأولوية بنفس المرتبة إلى المبالغ الناشئة عن التأمين على المحل التجاري، إذا تحقق سبب استحقاقها (مادة 15).

ولأن للدائن المرتهن حق التتبع، فيستطيع الحجز على المتجر تحت يد الغير الحائزين له تمهيدا لبيعه ومباشرة حقه في الأولوية عند استيفاء دينه من الثمن. فلا يستطيع الحائز حسن النية أن يحتج بحيازنه للمحل التجاري كمنقول معنوي لأنه في مقدوره أن يعلم من السجل كافة القيود والحقوق التي تثقل المحل التجاري، ولا يستطيع الاحتجاج بحيازنه حتى بالنسبة للمنقولات المادية كالأثاث، لأنها جزء من المتجر. غير أنه إذا تصرف المدين في المقومات المادية على انفراد، فإنها تصبح ملكا للمشتري بحسن نية ملكية خالصة من القيود لأن الأمر لا يتعلق عندئذ بمحل تجارى، بل بمنقولات مادية لا تخضع لقواعد الشهر أو القيد⁽²⁾.

وإذا عمل المشرع على تيسير حصول الدائن المرتهن على ائتمانه وجعله أكثر فاعلية، فقد عدل من إجراءات التنفيذ⁽³⁾ على المحل التجاري المرهون كما يلي:

لقد كان تنفيذ البنوك على المحال المرهون عندما يحل أجل استحقاق دينها، ويتحقق عدم وفاء الراهن به، يجرى بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 14 من القانون الخاص برهن المحال التجارية. فتبدأ بإندار المدين على يد محضر، وبعد فوات ثمانية أيام وعدم وفاء الراهن تتقدم لقاضى الأمور المستعجلة في المحكمة الكائن بمقرها المحل التجاري بطلب الأذن ببيع المحل التجاري المرهون لاقتضاء ائتمانها من ثمن البيع. وإذا اعتادت المحاكم على رفض الأذن بالبيع، فلم تجد هذه البنوك إلا التظلم بالدعوى أمام المحكمة الابتدائية من رفض الإذن والتماس القضاء لها مجددا ببيع المحل التجاري. وبينما ترى المحكمة المتظلم أمامها - غالبا - أن التظلم في أمر رفض البيع استنادا لما يقوم به البنك من إجراءات، وما يقدمه من مستندات قائما على أساس مستوفيا شرائطه القانونية، وتقضى بإجابة البنك المتظلم لطلباته وإلغاء الأمر تأسيسا على أن صدوره قائما على غير أساس من الواقع أو القانون، فإن المشكلة بشأن التنفيذ على المحل المرهون لا تقف عند ذلك الحد، فغالبا ما يتم استئناف الحكم الصادر للبنك بالأذن بالبيع، وقد تحال الدعوى إلى خبير حسابي.

¹- وطعن 940 س 50 ق يناير 1981 وطعن رقم 834 س 44 ق 9 / 2 / 1083 نقلا عن المستشار عزمى البكرى موسوعة

لفقة والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الاماكن الخالية ج 1 ص 715 وما بعدها

²- الدكتور على البارودي والدكتور فريد العرينى المرجع السابق ص 135

³- الدكتور على البارودي والدكتور فريد العرينى المرجع السابق ص 135 يشترك البائع الذى لم يستوف الثمن مع الدائن المرتهن فى التنفيذ على المحل التجارى فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة 14 أما غيرهم من الدائنين فلا بد أن يقوموا بإجراءات الحجز العادية، وفقا للقواعد المقررة فى قانون المرافعات.

وكل ذلك قد يستغرق ما بين سنتين إلى ثلاث سنوات على الأقل⁽¹⁾ حتى يتم التنفيذ على المحل المرهون واقتضاء الائتمان.

لذا، فقد تدخل المشرع مرة أخرى لتيسير إجراءات التنفيذ على المحل التجاري، وخلص البنك من لدن الخصومة - واختصر الوقت الضائع في الطلب وما ينبني عليه من الدعاوى القضائية- واعتبر أن عقد الرهن التجاري بمثابة سند تنفيذي يتمكن بمقتضاه البنك من التنفيذ على المحل التجاري (دونما حاجة إلى استصدار أمر على عريضة من قاضي الأمور الوقفية طبقا للمادة 14 من القانون رقم 11 لسنة 1940) فنصت المادة 104 من قانون البنك المركزي على أنه "يعد عقد الرهن التجاري للمحال التجارية التي تقدم ضمانا للتمويل والتسهيلات من أحد البنوك بعد توثيقه سند تنفيذي في تطبيق أحكام المادة 280 مرفعات.

ليس هذا فقط، بل تدخل المشرع بالقانون رقم 120 / 2008 بشأن انشاء المحاكم الاقتصادية وجعل الاختصاص بمنازعات التنفيذ الوقفية والموضوعية فيما يتعلق بالتنفيذ على المحل التجاري لهذه المحاكم، دون غيرها. وبهذا الشأن أصدر وزير العدل قرارا بتنظيم عمل تلك المحاكم في الاختصاص بتنفيذ رهن المحل التجاري واشترط أن يتوفر في ذلك العقد لمنحه الصيغة التنفيذية ثلاثة شروط وهي 1 - أن يكون ضمانا للتمويل أو لتسهيلات ائتمانية 2 - أن يكون صادرا لأحد البنوك 3 - أن يكون موثقا⁽²⁾.

الفرع الثاني

مدى حماية رهن المحل التجاري للائتمان المصرفي

على الرغم من متابعة المشرع للواقع العملي بشأن التنفيذ على المحال التجارية واتجاهه إلى التغلب على كل ما يعرقل اقتضاء الائتمان، إلا إن رهن المحل التجاري لم يكن، بما عليه، ملبيا لحماية الائتمان. حيث إنه لا يقع على البضائع وهي تمثل قيمته الحقيقية في ظل غياب تلك القيمة- في الغالب- عن العناصر الأخرى للمحلات التجارية المصرية؛ إذ أنه من النادر أن تجد لدينا أسماء تجارية هامة أو علامات تجارية ذات قيمة. فإذا تعرضت المنشأة للبيع بسبب التعثر أو التوقف فهناك صعوبة في تحديد قيمة المقومات المعنوية؛ وانخفاض في قيمة المقومات المادية نتيجة للتلف أو الضياع أو السرقة وصعوبة تتبعها.

كما تبقى هناك إمكانية لأن يتصرف الراهن في المقومات المادية للمحل التجاري استقلالا عن باقي عناصر المحل التجاري، بالرغم من العقوبات الجنائية الواردة بنص المادة 341 عقوبات. فإذا كسب الغير حقا عليها وكان حسن النية، فإن ذلك يمكنه من التمسك بقاعدة الحياة في المنقول سند الحائز. وأخيرا قد تمثل مسألة إمكانية فسخ عقد إيجار المحل المرهون خطرا كبيرا ومشكلة عملية للدائن المرتهن كما تقدم.

¹ - راجع الحكم رقم 247 / 2003 ت ك دائرة رقم 4 قلم محكمة إسكندرية الابتدائية ، استغرق الفصل فيها منذ يناير سنة 2001 وحتى سنة 2003 ، الحكم رقم 409 لسنة 2003 ت ك د 17 واستغرق الفصل فيها منذ يناير سنة 2000 وحتى سنة 2003 والحكم في الدعوى رقم 1765 لسنة 2000 ت ك واستغرق الفصل فيها من يوليو 2000 حتى 2003 وكذلك الحكم في الدعوى رقم 1738 لسنة 2000 استغرق الحكم فيها ثلاث سنوات ففصل فيها نهاية سنة 2003 وأيضا الحكم في الدعوى رقم 283 / 2001 صدر الحكم فيها في سنة 2003 جميع هذه الأحكام محفوظة في حفظ محكمة إسكندرية الابتدائية.

² - كتاب دوري رقم 1 لسنة 2010 بشأن تنفيذ عقد رهن المحل التجاري وزارة العدل مساعد وزير العدل لشئون التفتيش القضائي

المطلب الثاني

رهن المنقولات المادية

تتعدد صور المنقولات المادية التي يرد عليها الرهن ضمانا للائتمان المصرفي، فهناك إلى جانب رهن السفن والطائرات رهن المراكب النهرية ورهن الآلات وغيرها. وسنقصر دراستنا في هذا المقام على صورتين من صور هذا الرهن وهما رهن السفينة والطائرة فهي منقولات ذات قيمة كبيرة، وليست محلا للتداول السريع. ويوجب القانون شهر التصرفات الواردة عليها في سجلات خاصة مما يجعلها شبيهة بالعقارات. ولا تخضع لذلك لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، مما يعنى أن يكون للمرتهن عليها حق التتبع.

الفرع الأول

السفينة

للقوف على مدى فاعلية رهن السفينة لحماية الائتمان المصرفي نعرض لقواعده باختصار، ثم نبين مدى فاعليته في ذلك في فرعين كالتالي.

الفصل الأول

رهن السفينة

بينما تطلبت صعوبة الشهر في المنقول نقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن كأداة لشهر الرهن، فإن هذه الصعوبة لا توجد بالنسبة للسفن. فهي وإن كانت من المنقولات، إلا إنها تخضع لنظام التسجيل، فيمكن شهر ما يرد عليها من رهون في سجل السفن⁽¹⁾. وقد نص المشرع في قانون التجارة البحري رقم 8 / 1990⁽²⁾ أن الرهن الوارد على السفن هو رهن رسمي، كما لو كان يرد على العقار⁽³⁾.

ويجب أن يتوفر في عقد الرهن البحري الشروط الموضوعية العامة لتكوين العقد من رضي ومحل وسبب، وطرفا عقد الرهن البحري هما الراهن والدائن المرتهن. ويجب أن يكون الراهن مالك للسفينة المرهونة أو موكل في ذلك توكيلا خاصا.

ويرد محل الرهن على السفينة ذاتها أو على حصة شائعة منها أو عليها باعتبارها ملكية شائعة، ويمكن رهنها وهي تحت البناء، ويمتد نطاق الرهن إلى حطامها (المادة 43 / 1)، إلا إن رهن السفينة لا يسرى على أجرة النقل أو الإعانات والمساعدات التي تمنحها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو مبالغ التعويضات المستحقة للمالك عن الأضرار التي تلحق بالسفينة أو بمقتضى عقود التأمين، ومع ذلك

¹ - راجع في تسجيل السفينة الدكتور على يونس - القانون البحري السفينة 1961 ص 90 وما بعدها - دار الفكر العربي

² - ويراعى في هذا الصدد أن القانون رقم 35 لسنة 1951 لا يزال ساريا ويجب العمل باحكامه تطبيقا للمادة الأولى من قانون إصدار قانون التجارة البحرية الجديد لسنة 1990 ، وذلك في المسائل الواردة به والتي لم يعرض لها قانون التجارة البحرية الجديد، بالتالي لم تتعرض للإلغاء الضمني .

³ -prof.dr.Matthias E. STORME -PROPERTY LAW IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE KULeuven-Centre for Advanced Legal Studies - Spring 2002 .p.4 "Some very specific movable things, such as ships (and sometimes airplanes), are subject to similar rules as land. Systems such as e.g.Dutch law will therefore use a single category for both (namely "goods subject to registration ") "

يجوز الاتفاق فى عقد الرهن صراحة على أن يستوفى الدائن حقه من مبلغ التأمين بشرط قبول المؤمنين لذلك كتابة أو اعلانهم به.

وقد نظم المشرع أحكام القيد على نحو دقيق نظرا لأهميته فى مجال الرهن البحرى. ويترتب على قيد الرهن صيrote نافذا فى مواجهة الغير، وبالتالي يحق للدائن المرتهن الاحتجاج ازاء الغير بما يخوله الرهن البحرى من حق الأولوية فى استيفاء حقه وحق تتبع السفينة فى أى يد تكون.

الفصل الثانى

مدى فعالية رهن السفينة لحماية الائتمان المصرفى

يخول الرهن البحرى للدائن المرتهن حق الأولوية فى استيفاء حقه من ناتج بيع السفينة المرهونة بالمزاد العلنى، كما أنه يخوله حق التتبع عليها فى أى يد تكون. ونظرا لما قد يلاقيه الدائن المرتهن من إرهاب فى تتبع رهنه بحسب طبيعة السفينة كمنقول معد للانتقال بين الدول مما يتعذر توقيع الحجز التنفيذى عليها، فقد فرض المشرع جزاء البطالان على بيع السفينة اختياريا إلى أجنبى (مادة 57)، وفرض جزاء جنائيا على ذلك البيع أو تأجيرها لمدة أكثر من سنتين بدون إذن الوزير المختص (مادة 12 / 1). كما اعطاه حق الحجز على السفينة أو على الجزء المرهون منها أو على حصة فيها، ورتب على قيد محضر الحجز فى سجل السفن عدم جواز التصرف فى السفينة المرهونة (مادة 51) ويشمل الحظر كافة التصرفات الناقلة للملكية. ويترتب على ذلك عدم جواز الاحتجاج بالتصرف فى مواجهة الدائن المرتهن. ومؤدى ذلك حرمان المتصرف إليه من الحقوق التى يقررها القانون لحائز السفينة عند توقيع الحجز على السفينة تمهيدا لبيعها بالمزاد العلنى، فلا يتم توجيه الإجراءات إلا فى مواجهة الراهن أو آخر حائز للسفينة قبل قيد محضر الحجز.

بيد أن ممارسة الدائن المرتهن لكل هذه الإجراءات بالرغم بما فيها من إرهاب ومصرفات وإن كانت تحافظ على المال المرهون، فإنها تصب فى صالح كل الدائنين الممتازين والدائنين المرتهين، بل والدائنين العاديين. فلا يستأثر بنتيجتها الدائن المرتهن وإنما يشترك معه آخرون يتقدم على بعضهم ويتقدم عليه البعض الآخر. ومن ثم فالامتيازات التى تتقدم على الدائن المرتهن تحد من فاعلية حماية الائتمان بذلك الرهن، كما يسهم فى ذلك أيضا انحسار محل الرهن عن بعض المبالغ ونبين ذلك فيما يلى:

1- الامتيازات البحرية تحد من فاعلية رهن السفينة فى حماية الائتمان

وإن كان حق الدائن المرتهن يسبق حق الدائن العادى، وكان ما يحدد مرتبة الرهن إزاء الرهون الأخرى هو تاريخ قيده بصرف النظر عن تاريخ عقد الرهن ذاته، إلا إن حقوق الامتياز البحرية (1) تتقدم عليه فى أولوية استيفائها من حصيلة بيع السفينة بالمزاد العلنى. فتنص المادة 50 من قانون التجارة البحرية على أن الرهن يكون تاليا فى المرتبة للامتياز. وإذ لا تخضع حقوق الامتياز تلك لأى اجراء شكلى أو لأى شرط خاص بالاثبات (2) فلا عبرة بتاريخ نشأة هذه الحقوق الممتازة ، فيمكن أن تنشئ قبل قيد الرهن أو بعده. كما لم

¹- راجع أحكام حقوق الامتياز على السفينة المواد من 29 وحتى 40 من قانون التجارة البحرية رقم 8 / 1990

²- نفس المرجع المادة 30

يفرق المشرع مطلقا بين حقوق امتياز تأتى قبل الرهن فى المرتبة، وحقوق أخرى تأتى بعده. ولذلك، فإن جميع حقوق الامتياز تسبق الرهن البحرى فى المرتبة. كما أن لصاحب حق الامتياز حق تتبع السفينة فى أى يد تكون (مادة 35)، حتى لو انتقلت حيازتها إلى حائز حسن النية برغم مخالفة ذلك لنص المادة 1133 مدنى والتي تنص على أنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز منقولا بحسن نية. وإذ لا يقتصر محل حق الامتياز على السفينة، بل يشمل أيضا الأجر وكذلك ملحقات السفينة وأجرة النقل، فإن لصاحب حق الامتياز الحق فى تتبع هذه العناصر عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير، إذا كانت الأجرة أو هذه العناصر فى يد الريان، أو ممثل المالك (1).

لذا، قد تتسبب الامتيازات البحرية العديدة وأحكامها فى نسبية فاعلية حماية رهن السفينة للائتمان المصرفى، إذ قد تستغرق ثمن السفينة المرهونة ويخرج المرتهين على أثرها صفر اليدين برغم رهونهم الثابتة عليها.

2- قصور محل الرهن

وما يتسبب أيضا فى نسبية فاعلية رهن السفينة يتأتى من أن محل الرهن لا يقع على أجرة النقل أو الإعانات والمساعدات التى تمنحها الدولة أو أحد الاشخاص الاعتبارية العامة، ولا يقع من حيث الأصل على مبالغ التعويضات المستحقة للمالك عن الأضرار التى تلحق بالسفينة أو بمقتضى عقود التأمين.

فلئن كانت حكمة رهن السفينة رهنا لا يخرجها عن حيازة الراهن، وبما يتقرر له من ضمان استغلالها الاستغلال الأمثل والاستفادة منها هى من دعت المشرع إلى استثناء تلك الأموال من محل الرهن وبغير ذلك يفقد رهن السفينة مضمونه، فإنه قد فطن إلى أن استثناء مبالغ التعويضات المستحقة للمالك عن الأضرار التى تلحق بالسفينة أو بمقتضى عقود التأمين من محل الرهن يمثل إجحافا بحقوق الدائن المرتهن الذى يفقد ضمانه العينى دون أن يكون له يد فى ذلك. ومن ثم، أجاز الاتفاق فى عقد الرهن على أن يستوفى الدائن حقه من مبلغ التأمين (مادة 43 / 2) للحفاظ على مصالح المرتهين.

بيد أنه وبدلا من أن يسلم المشرع المصرى بذلك للدائن المرتهن بدون قيد أو شرط، وهو ما فعله المشرع الفرنسى (2)، خاصة وأن ذلك الدائن لا يتعرض لمزاحمة دائنين ممتازين بشأن تلك المبالغ، إذ لا يرد

1- الدكتور فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص 146

2- الدكتور هانى دويدار القانون البحرى الجزء الاول السفينة ط 1993 ص 225 " اخذ القانون الفرنسى بالحلول العينى للدائن المرتهن على المبالغ المستحقة لمالك السفينة على سبيل التعويض وبالتالي يقرر الحلول سواء قام المسئول عن الضرر بأداء التعويض أو قامت شركة التأمين بدفعه ودون حاجة إلى اتفاق على ذلك أو ضرورة علم المؤمن بالحلول:

علي هذه المبالغ الامتياز البحري (مادة 32 / 3)، تطلب توافر شرطين 1- الاتفاق الصريح على ذلك بين الراهن والدائن المرتهن، وأن يقبل المؤمنون كتابة قبول حلول الدائن المرتهن محل المؤمن له في استيفاء مبلغ التعويض منهم أو إعلانهم بذلك الحلول. ويترتب على نفاذ حلول الدائن المرتهن في مواجهة المؤمن استيفاء حقه طبقا لمرتبة رهنه في حالة تعدد الرهون الواردة على السفينة، وبشرط أن يكون حلول الدائنين المرتهنين الآخرين نافذا أيضا في مواجهة المؤمن ⁽¹⁾. ونتصور أن الاستغناء عن تلك الشروط هو ما من شأنه أن يخلص الدائنين المرتهنيين من الإجراءات المعطلة لاستيفاء حقهم من مبلغ التأمين، ويبعث على الاطمئنان عند عقد القروض بضمان رهن السفينة.

الفرع الثاني الطائرة

للقوف على مدى فاعلية رهن الطائرة لحماية الائتمان المصرفي نتعرف على قواعده باختصار، ثم نبين مدى فاعليته في ذلك في فرعين كالتالي.

الفصل الأول رهن الطائرة

تتميز الطائرة عن غيرها من المنقولات بأنها ذات طبيعة خاصة نظرا لأهميتها الاقتصادية. وقد أخضعتها التشريعات الوطنية لنظام إداري اقتضى تسجيلها في سجلات خاصة وإضفاء جنسية معينة عليها حتى تخضع للنظام القانوني للدولة المسجلة بها. ويتم رهن الطائرة كضمان للائتمان دون نقل حيازتها فتظل حيازتها للراهن. ولقد أخذ المشرع المصري بنظام الرهن الرسمي للطائرات وذلك بالقانون 26 / 1976

وعقد رهن الطائرة كأى عقد رهن ينشأ بين طرفيه باتفاق يجب أن يتوافر فيه الشروط المقررة في القواعد العامة لانعقاد العقد من رضا صحيح ومحل وسبب مشروع، بالإضافة إلى الأهلية. وإلى جانب هذه الشروط الموضوعية هناك شروط شكلية لهذا العقد تتمثل في أن رهن الطائرة ينقذ بورقة رسمية تحرر أمام الجهة الإدارية المختصة بتسجيل الطائرات.

وينصب محل رهن الطائرة على الطائرة كلها أو على حصة شائعة منها المادة 28 / 1 من القانون رقم 26 لسنة 1976 أو على الأسطول الجوي (مادة 29)، فينصب على كل أو جزء من أسطول جوى لنفس الشخص المالك، بشرط أن يتضمن العقد في هذه الحالة بيانا مفصلا بالطائرات التي يتكون منها الأسطول والتي يشملها الرهن. كما ينصب الرهن على أجزاء الطائرة (مادة 30) وتعنى أجزاء الطائرة بمعناها الفني الدقيق العناصر التي ترتبط بالطائرة ارتباط عضوي ولا يمكن فصلها عنها دون تغيير. كما ينصرف هذا النص

¹ - الدكتور هانى دويدار المرجع السابق ص 226

إلى الملحقات وهي تشمل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الطائرة. ومن ثم، فـرهـن الطائـرة يشـمـل محـركـاتها ومـراوـحها وأجـهـزتها ومـعداتها، ولا ينـقـضـى الرهن بـتـحوـل الطائـرة إـلى حطام، إذ ينـتـقل الرهن فـى هـذه الحـالـة إـلى هـذا الحطام (1).

إلا أن محل رهن الطائرة لا يشمل (المادة 31) ما تغله الطائرة من إيرادات كالأجرة التي تستحق لمالك الطائرة أو تجهيزها في نظير نقل البضائع أو الأشخاص أو أجرتها، إذا كان قد تم تأجيرها. كما يخرج من نطاق الرهن ما يكون قد تم منحه لمالك الطائرة من مساعدات أو إعانات تقوم الدولة بدفعها. كما لا يسرى الرهن على ما يحصل عليه مالك الطائرة من مكافآت أو تعويضات أو أى مبالغ أخرى ومثالها مكافأة الإنقاذ التي تستحق نظير المساهمة في إنقاذ طائرة أخرى.

ولئن كان محل الرهن لا يقع من حيث الأصل على مبالغ التأمين التي تستحق لمالك الطائرة عند هلاكها أو إصابتها بأضرار معينة مؤمن عليها، إلا إن المشرع في المادة 31 / 1 أجاز أن يتفق في عقد الرهن على أنه إذا هلكت الطائرة انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب لمالكها على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين.

غير أن رهن الطائرة قد يرد على قطع الغيار الطائرة (مادة 32)، إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الرهن، وبشرط أن تكون مملوكة للمدين الراهن وأن تعيين تعيينا دقيقيا، ويجوز استبدالها بقطع أخرى مماثلة دون المساس بحق الدائن المرتهن .

وإذ تنص المادة 37 على " أنه لا يكون الرهن نافذا في حق الغير، إلا إذا قيد الرهن قبل أن يكتسب هذا الغير حقا عينيا على الطائرة"، فالقيد هو وسيلة إعلام الغير بالرهـن ومتى حصل في سجل الطائرات أمكن الاحتجاج به على الغير.

الفصل الثاني

مدى حماية رهن الطائرة للائتمان المصرفي

تظل حيابة الطائرة في يد المدين الراهن وله أن يباشر عليها كل سلطات المالك، فله أن يقوم باستغلالها طالما أن هذا الاستغلال لن يترتب عليه الانقاص من قيمة الطائرة. ولن يضار الدائن المرتهن بما يجريه المدين الراهن على الطائرة من بيع أو إيجار، فالرهـن الرسمى على الطائـرة يخول للدائن المرتهن سلطة تتبعها في أى يد تكون (مادة 35 / 1 من القانون 26 لسنة 1976).

وبينما يخول الرهن الدائن المرتهن حق الأولوية في استيفاء حقه من ناتج بيع الطائرة المرهونة بالمزاد العلنى، وحق التتبع عليها في أى يد تكون لاستيفاء حقه (مادة 41) (2)، فإن لأصحاب حقوق الامتياز حقا عينيا يمكنهم أيضا من تتبع الطائرة (مادة 50 من ذات القانون) (3).

1- الدكتور محمد فريد العرينى و الدكتور جلال وفاء محمدين القانون الجوى ط 1998 دار المطبوعات الجامعية ص 169

2- تنص المادة 41 من القانون 26 / 1976 على انه " للدائنين المرتهنين لطائرة أو حصة فيها أن يتتبعونها في أى يد تكون ولهم أن يستوفوا حقوقهم قبل الدائنين العاديين بحسب حصة كل منهم ولو كانوا قد اجرو القيد القيد في يوم واحد "

3- تنص المادة 50 من ذات القانون على أن " تتبع الحقوق المبينة في المادة السابقة الطائرة في ايد يد كانت "

وإذ تضمن القانون رقم 26 لسنة 1976 الإجراءات التى يتعين على الدائن المرتهن اتخاذها لممارسة حق التتبع من أجل التوصل إلى التنفيذ على الطائرة. فللدائن المرتهن وبعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على الطائرة المرهونة ويطلب بيعها وفقا للأوضاع والإجراءات المقررة في الفصل الثاني من الباب الأول من القانون المذكور.

وعلى أى الأحوال، فإن ما ينتج عن بيع الطائرة المرهون لا يستأثر به الدائن المرتهن. فبينما يكون للدائن المرتهن حق التقدم على الدائنين العاديين وعلى الدائنين المرتهنين التاليين له بحسب تاريخ قيد رهنه، فإن الدائنين الممتازين يتقدمون على الدائنين المرتهنين آيا كان تاريخ قيد امتيازهم. وذلك، إذا ما وقعت امتيازاتهم ضمن الامتيازات الثلاثة الأولى المنصوص عليها فى المادة 49 من القانون 26 / 1976 والخاصة بالمصروفات القضائية للتنفيذ على الطائرة، والامتياز الخاص بالديون المتعلقة بمكافآت الانقاذ والمصروفات غير العادية على الطائرة، وأخيرا الامتياز الخاص بالتعويضات المستحقة عن الأضرار التى تلحق الطائرة بالغير على السطح.

بيد أن الدائنين المرتهنين، آيا كان تاريخ قيدهم للرهون يتقدمون على أصحاب الامتياز الرابع المنصوص عليه فى المادة 49 من القانون المذكور وهو الامتياز الخاص بالديون المتعلقة بأخر رحلة قامت بها الطائرة. وكذلك يتقدم حق الدائنين المرتهنين امتياز بائع الطائرة المقرر فى المادة 35 من ذات القانون.

وإذ لا يرد فقط محل الامتياز على الطائرة وملحقاتها بحالتها وقت التنفيذ عليها، بل يرد على حطام الطائرة حال تعرضها لحادث أدى إلى تحطيمها، كما نصت المادة 50 من ذات القانون "بأن تتبع الحقوق المبينة فى المادة السابقة الذى يترتب لملكها عن هذا الهلاك كالتعويض ومبلغ التأمين " ، فإن ذلك يعنى أن الامتياز يشمل أيضا مبالغ التعويضات ومبلغ التأمين المستحق عن هلاك الطائرة بحسب القانون المصرى، وينبنى على ذلك أن محل الامتياز يكون أوسع نطاقا من محل الرهن (1).

بيد أن المشرع أجاز الاتفاق فى عقد الرهن على إنه إذا هلكت الطائرة انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب لملكها على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين. كما أن جميع وثائق التأمين الخاصة بالطائرات المرهونة يدرج بها شرط الرهن ومقتضاه أن يكون المستفيد بالوثيقة الدائن المرتهن ولا يمكن فسخ عقد التأمين دون موافقته (2).

ولا يشمل حق الامتياز قطع غيار الطائرة التى تكون من نفس طراز الطائرة والمملوكة للمجهز، إلا إذا تم اعتبارها من توابع الطائرة. لذا، فإنه يتعين أن يتم الاتفاق على أن الرهن يشمل قطع غيار الطائرة المرهونة، ويتطلب ذلك أن يكون رهن الطائرة ذاتها سابقا أو متعاصرا مع رهن قطع الغيار وأن تكون مملوكة للمدين الراهن.

1- الدكتور محمد فريد العرينى و الدكتور جلال وفاء محمددين المرجع السابق ص190

2- الدكتور فرج سيد سليمان - قانون الطيران المدنى مكتبة حقوق اسبوط ص 115

كما لا ينصب الامتياز إلا على الطائرة التي ينشأ الدين بسببها دون الطائرات الأخرى التي تكون مملوكة للمستثمر الجوى بغض النظر عن الغرض المخصصة له⁽¹⁾، فإن المادة 29 من القانون 26 / 1976 نصت على أنه يجوز أن يترتب الرهن بعقد واحد على كل أو جزء من أسطول جوى لنفس المالك بشرط أن يتضمن العقد فى هذه الحالة بياناً مفصلاً بالطائرات التي يتكون منها هذا الأسطول والتي يشملها الرهن". ومن ثم، فإن انعقاد الرهن صحيحاً وفق هذه المادة يترتب عليه أن الدين يكون مضموناً بكل الطائرات المرهونة. وبالتالي فإن هذا النوع من الرهن من شأنه زيادة ائتمان الدائن المرتهن بالحد من المخاطر التي يتعرض لها بتركيز محل الرهن على طائرة واحدة.

ومما سبق، يتبين أن المشرع راعى التوازن بين مصالح الدائنين المرتهنين وغيرهم من أصحاب حق الامتياز. فلم تستغرق الامتيازات محل الرهن، كما أنه لم يتطلب حلول رهونهم على مبلغ التأمين أى شروط على عكس ما فعل بهذا الشأن فى رهن السفينة. ومن ثم، نرى أن رهن الطائرات يبدو ذو فاعلية، ولكنها ترتبط على أى حال بالاسترداد الأجل للائتمان، ويبقى البنك بصددها متعرضاً لمخاطر السوق والسيولة.

خلاصة الباب الأول:

وبينما بدت عدم قدرة الضمانات التقليدية الشخصية بحسب طبيعتها على مواكبة ما يتطلبه الائتمان المصرفي. وعدم إمكانية تطويرها لوقوف منتهاه إلى ذلك الحد من التنظيم الذي نراه في القانون التجاري والقواعد العامة في القانون المدني، فإن بعض الضمانات العينية على المنقول ظهرت فاعليتها فى حماية الائتمان المصرفي كرهن الطائرة. وإن كان رهن البضائع قد تطور باستخدام فكرة المستودع العام، فإنه لم يعد بعد نظاماً مألوفاً لدى التجار، وإن طور المشرع إجراءات التنفيذ على المحل التجاري، فالعبرة بالمنفذ عليه. كما أن رهن السفينة وrehن الأوراق المالية وrehن الأوراق التجارية بدت نسبية فاعليتها فى حماية الائتمان. وإجمالاً أكد الواقع العملي، على أنه مع وجود تلك الضمانات بغرض تمكين البنك من استعادة ائتمانه. فإنه قد لا يستطيع استرداد ائتمانه كله أو بعضه، فأضحت تلك الضمانات مع إمكانية استيفائها من العميل غير مشجعة لمنح الائتمان؛ لنسبية فعاليتها فى حمايته

وإزاء ذلك، اتجه المشرع المصري إلى تطوير الضمانة العقارية فأصدر القانون رقم 148 / 2001، ولما لا ؟ والعقار يعد من الثروات الحقيقية للدول. وفى هذا الصدد أكد تقرير البنك الدولي على أن مصر بها ثروة عقارية تقدر بالمليارات إذا أحسن استغلالها⁽²⁾. كما يعد العقار الضمانة الأوسع بين الضمانات المصرفية، فبينما نجد الضمانات العينية الواردة على المنقول خاصة بفئات محددة من المجتمع، فإن الضمانة العقارية يمكن أن تأتيتها الشركات، والأفراد، وكافة شرائح المجتمع⁽³⁾. ومن ثم، ندرس في الباب القادم مدى فاعلية

¹ - الدكتور محمد فريد العرينى و الدكتور جلال وفاء محمدين المرجع السابق ص190

² -Ahmed Galal and Omar razzaz - Reforming Land and Real Estate Markets No 2616, [Policy Research Working Paper Series](http://www.worldbank.org/policyresearch/workingpaper/paper/wbkwrwps/2616.htm) from [The World Bank](http://www.worldbank.org/) 2001 [Available online]. Retrieved 30/8/2014 from <http://econpapers.repec.org/paper/wbkwrwps/2616.htm>

³ - الدكتور محمد حسين منصور شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي منشأة المعارف بالإسكندرية ص 60 وما بعدها حيث يقرر "أنه ليس من السهل دائماً، الحصول على تلك التأمينات. حيث يصعب على المدين غالباً تقديمها، سواء لعدم توافرها، أو