مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض في البيوع المعلقة على التمويل المصرفي

موساسب زهير
كلية الحقوق
جامعة الإخوة منتوري
قسنطينة

ملخص:
تواجه مؤسسات الائتمان و هي بصدد منح الائتمان، مخاطر تنشأ عن عجز المقترض على مواجهة الوفاء بأقساط القرض والفوائد المستحقة عنه، بسبب و جوده في حالة مديونية مفرطة، و عن احتمال تقرير مسؤوليتها نتيجة عدم التحلي بالحذر و هي بصدد اتخاذ القرار بخصوص منح الائتمان أو منعه أو وقفه أو الاستمرار فيه أو إنهاءه. و تعتبر هذه الدراسة محاولة لإبراز مخاطر الارتباط المتبادل بين عقد البيع و عقد القرض وفقا للتنظيم الذي وضعه المشرع الفرنسي، عندما توظف البنوك مدخراتها في منح القروض الاستهلاكية و العقارية، و مدى إمكانية تأثر القروض التي تمنحها البنوك في الجزائر بآثار هذا الارتباط المتبادل ، في حالة ما إذا تجسد عمليا من خلال اتفاق الأطراف على الربط بين تنفيذ عقد البيع و تنفيذ عقد القرض، على أساس من أحكام الالتزام المعلق على شرط واقف المنصوص عليه في المادة 203 من القانون المدني الجزائري.

Abstract:
Credit supply is an inherent activity of the bank. However, this exercise is fraught with the risk of the insolvency of the borrower and his incapacity to meet the deadlines for the payment of the credit tranches and its interests due to his over-indebtedness. Banks carry also the risk of their responsibility for imprudence in the granting, refusal, suspension, faulty maintenance and the breakdown of credit.

The present article attempts to provide insight into the risks that arise from the principle of interdependence consecrated in the French law when dealing with the relationship existing between the main contract and the credit contract, when the banks agree to grant their customers consumer loans or mortgages.

Besides, due to the absence of the consecration of the principle of interdependence of contracts in the Algerian legislation, the present research aims to study the impacts of such a principle in case it would be applied in the express agreement of the parties of the contracts of sale and loan on the basis of the suspensive effect of the conditional obligation, as stated by Article 203 of the Algerian Civil Law.

مقدّمة:

يساهم البنك بما يمنحه من قروض في الزمن المعاصر الذي تطغى عليه الأزمة الاقتصادية و البطالة في تمكين المهني من إدارة و تطوير ما يقوم به من نشاط، والشخص الطبيعي من الحصول على أنواع السلع و الخدمات، سواء تعلقت بمال منقول من أموال الاستهلاك أو بمال عقاري، لذلك نجد المستهلك وهو بصدد اقتناء سلعة أو خدمة من أجل تلبية حاجته الشخصية، أو حاجة شخص آخر غيره، يبرم عقدين مع شخصين مختلفين بحيث أنه يشتري و يبرم عقد ائتمان و هو لا ينوي الالتزام بأحد العقدين، إلا إذا تم إبرام العقد الآخر[1].

© جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر2017

وإذا كان المشرع الجزائري – إلى حد الآن على الأقل - لم يتعرض لتنظيم القرض المخصص prêt affecté لتحديد طبيعة التأثير الذي ينتج عن الارتباط المتبادل بين البيع و الائتمـــــــان، وما يتـــــــرتب على ذلك من آثار قانونية، فقد استقرت العادات المصـــــرفية للبنوك التجارية الجزائرية على إدراج بند في العقـــــد ، وعلى وجـــــه الخصوص في نمـــاذج عقود الائتمان العقاري التي يقترحها الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط (Cnep-banque) على زبائنه، يعطي للبنك الحق في فسخه في حالة عدم احترام الزبون لشرط التخصيص المتفق عليه بين الطرفين، و يحتفظ البنك لنفسه بالحق في مراقبة المقترض في أي وقت، و بأي وسيلة يراها ضرورية، ليتحقق من الاستعمال الفعلي للقرض، في تحقيق الغرض المحدد له بموجب عقد الائتمان.[2]

و تعتبر هذه العادة المصرفية التي درجت عليها البنوك في الجزائر، تطبيقا للقواعد العامة في مجال إبرام العقود، و لا سيما المبدأ الوارد في المادة 106 من القانون المدني والقاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وأن تعديله مرهون باتفاق الأطراف[3] ، كما أن مبدأ تخصيص الأموال لتحقيق الغرض المتفق عليه في العقد هو من الالتزامات التي تقع على عاتق المقترض، ومن الآثار المرتبطة بعقد الائتمان الذي يعتبر إبرامه شرطا واقفا، يتأيد بتحققه الوجود القانوني لعقد البيع، وبأثر رجعي[4]، نزولا عند مقتضيات المادة 203 من القانون المدني الجزائري.

و الغالب أن يلتزم البنك بمنح الائتمان للمقترض استنادا إلى الوعد بالبيع الذي يلتزم الواعد بموجبه بالبيع للمشتري[5]، بحيث يظل البنك ملتزما حياله بتمويل البيع خلال المدة التي يتفق عليها البائع و المشتري بشرط أن يتم تحويل الوعد بالبيع إلى عقد بيع نهائي، و أن يتم توقيع اتفاقية القرض خلال تلك المدة، فإذا انقضت هذه المهلة دون أن يتحول الوعد إلى بيع تام ملزم لكل من البائع والمشتري، أو إذا لم يتقدم المشتري للمطالبة بتعبئة دُفعات القرض لتنفيذ عقد البيع ، عُدّ البنك في حلّ من أي التزام تجاه كل من البائع و المشتري، دون أن يتحمل أية مسؤولية بسبب تحلله من الالتزام بتمويل البيع، و في نفس الوقت يمكن للبنك أن يتمسك بالتنفيذ العيني لعقد الائتمان بالرغم من غياب البيع ، و يطالب المقترض بالتنفيذ بتعويضه عن الضرر المحتمل اللاحق به بسبب عدم تعبئة دفعات القرض المخصصة له.

و في ظل هذه المعطيات يتبين "الاستقلال القانوني بين عقد القرض وبين عقد البيع أو تقديم الخدمات حسب القواعد العامـــة، بحيث أن عدم تجسيد إحـــــدى العلاقات التعاقدية، لا يحـول بالضرورة دون الاعتداد بوجود العقد الآخر، نزولا عند الأثر النسبي للعقود، على إعتبار أن إبرام كلا العقدين لا يتم في الأساس بين نفس الأطراف، وأن سبب التزام المقترض، هو وضع البنك الأموال الضرورية التي يتطلبها تمويل البيع تحت تصرفه [6]، و أن سبب إبرام عقد القرض لا يزول حتما بثبوت عدم تسليم المبيع.

وأمام التأثير الذي يمارسه كل عقد على الآخر، فلم يكن بوسع المشتري مواجهة البائع بطلب فسخ عقد البيع بالاستناد إلى قرار البنك القاضي برفض منحه القرض الذي تقدم بطلب للحصول عليه ، ومن جهة أخرى فان إخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع، لا يمكن إثارته من طرف المشتري في مواجهة البنك للمطالبة بإعفائه من تسديد القرض المخصص له لدفع ثمن المبيع.

لذلك، ومن أجل تجنب إلزام المشتري بدفع الثمن المحدد في عقد بيع لم يحظى بالتمويل من طرف البنك أو إرغامه على تحمل أعباء قرض لا يعود عليه بأية فائدة، استجاب المشرع الفرنسي لرغبة

المستهلك ووضع قواعد آمرة ، وردت ضمن مقتضيات المواد ق.311-20 وما بعدها من قانون الاستهلاك الفرنسي التي أنشأت روابط متبادلة، بين العقد الرئيسي وعقد الائتمان، وهما عقدان متوازيان يتبع أحدهما الآخر.

وبذلك تتجسد فكرة الارتباط المتبادل (Interdépendance) من خلال العلاقة القائمة بين عقد البيع الذي يأخذ في هذه الحالة تسمية العقد الرئيسي(contrat principal) ، وهو العقد الذي يريد به المستهلك شراء سلعة أو خدمة، و بين عقد الائتمان كوسيلة المستهلك المقترض لدفع ثمن السلعة أو الخدمة محل العقد الرئيسي، ولا يتحقق ذلك إلا إذا اشتمل عقد الائتمان على التخصيص المحدد له، بالإشارة إلى العقد الرئيسي و محله.

غير أن هذه العلاقة التبادلية بين العقدين لا تقوم بقوة القانون، بل يشترط لقيامها أن يتضمن العرض المسبّق الإشارة إلى السلعة، أو الخدمة التي يمنح التمويل المصرفي من أجلها[7]، و ما إذا كان خيار التمويل الجزئي أو الكلي عن طريق الائتمان المصرفي واردا في عقد البيع[8]، ولو أن موقف محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لغرفتها المدنية الأولى، يقضي بأن إغفال ذكر السلعة المشمولة بالتمويل في عقد الائتمان، لم يعد حائلا دون تنفيذ الآلية المنصوص عليها في المادة ق. 311-20 من قانون الاستهلاك، ما دام بإمكان المستهلك أن يقدم الدليل على وجود علاقة بين العقد الرئيسي و عقد الائتمان من خلال عناصر واقعية كالظروف المحيطة بإبرام العقد، أو استعمال البائع للمطبوع الخاص بعرض القرض الذي تضعه مؤسسة الائتمان تحت تصرفه[9].

وقد يواجه المقرض، سواء كان بنكا أو مؤسسة مالية، في ظل هذا الارتباط المتبادل بين العقدين بعض المخاطر التي تصدر عن الصعوبات المرتبطة بتنفيذ العقد الرئيسي(المطلب الأول)، كما أنه في ظل الفرضيات الخاصة بالقرض المخصص، و لا سيما في مجال الائتمان العقاري ، يمكن أن يكون الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي و عقد الائتمان مصدرا لنتائج لا يمكن تلافيها من طرف مؤسسة الائتمان في حالة فسخ العقد الرئيسي(المطلب الثاني).

المطلب الأول

المخاطر المرتبطة بتنفيذ العقد الرئيسي

يُبيح قانون الاستهلاك الفرنسي للمقترض في عقد الائتمان الاستهلاكي و في عقد الائتمان العقاري، متى توافرت بعض الشروط ، وقف تسديد أقساط القرض بسبب الصعوبات الطارئة التي تعرقل تنفيذ العقد الرئيسي، وينجر عن هذا الاحتمال مخاطر بالنسبة للمقرض بسبب توقف المقترض عن الوفاء في الآجال المحددة في الشروط الخاصة لعقد الائتمان، كما يواجه المقرض مخاطر تقرير مسؤوليته في حالة عدم تنفيذ العقد الرئيسي.

الفرع الأول

مشكلة تعليق التسديد في الآجال المحددة

إذا كانت المادة ق 311-20 و ما بعدها من قانون الاستهلاك الفرنسي، قد أنشأت نموذج جديد من العقود، اصطلح على تسميته بعقد الائتمان المخصص ، يجب ألا يسود الاعتقاد بأن عقود الائتمان الاستهلاكي تعتبر كلها عقود مخصصة، ذلك أن القرض الشخصي و عقد الاعتماد المتجدد عند استخدامهما من طرف المستهلك في شراء حاجياته من السلع و الخدمات،لا يمكن تصنيفها ضمن العقود

المخصصة، إذا كان عقد الائتمان خاليا من الإشارة إلى وجه الاستعمال الذي تخصص له الأموال المُقرضَة، وهو ما يؤدي إلى انتفاء شروط الارتباط المتبادل[10]، كما أن المادة ق.312-19 من نفس القانون تحصر فكرة الارتباط المتبادل على الأنشطة العقارية التي يتم انجازها في إطار تنفيذ عقود محددة، يمكن أن تكون سببا في وقف تنفيذ عقد الائتمان.

أولا: وقف تنفيذ عقد الائتمان الاستهلاكي

تعتبر قاعدة الارتباط المتبادل في مجال القروض الاستهلاكية من النظام العام، بحيث أن المستهلك و هو بصدد شرائه للسلعة أو اقتنائه للخدمة موضوع التمويل المصرفي، لا يمكن له الاستغناء عنها بأي حال من الأحوال[11]، بسبب الرابطة القانونية الوثيقة بين تنفيذ العقد الرئيسي، والتزام المقترض بتسديد أقساط القرض.

فقد تطرأ صعوبات تعترض تنفيذ العقد الرئيسي ، بحيث ينكر المشتري الذي يبرم عقد ائتمان مع البنك حسن تنفيذ البائع لعقد البيع، وفي ظل هذه الفرضية فإن المقترض لا يمكن له بمبادرته الخاصة أن يعلّق تسديد أقساط القرض التي حلّ أجل الوفاء بها، للاعتراض على سوء تنفيذ البائع للعقد.

فإذا كان وقف التسديد ممكنا بحسب مقتضات المادة ق.311-21 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، فإن اتّخاذ قرار بتعليق التسديد إلى حين الفصل في النزاع، تخضع ملائمته لتقدير القاضي، ولا يمكن للقضاء اتخاذ قرار بتعليق التسديد، إلا إذا كان المقرض قد تدخل في الخصومة، أو إذا كان قد تم إدخاله في الخصومة من طرف المشتري أو البائع[12]، و بالمثل يجب إدخال البائع في الخصام عندما يقع النزاع بين مؤسسة الائتمان و المقترض[13].

ويعتبر عقد الائتمان منفسخا، أو لاغيا بقوة القانون، إذا انتهى النزاع بصدور حكم، أو قرار يقضي بفسخ أو إلغاء العقد الرئيسي[14]، وذلك سواء كان الحكم بالفسخ أو بتقرير الإبطال راجعا إلى وجود عيوب خفية في المبيع أو عدم ملائمة المبيع للحاجة الشخصية للمشتري، أو بسبب عيوب شابت إرادة المشتري، أو أي سبب آخر يعتد به القانون، غير أن انفساخ عقد الائتمان بقوة القانون لا يسري في حق المقرض ، إلا إذا كان قد تدخل في الخصومة أو تم إدخاله فيها من طرف البائع[15]، لذلك فان المشتري لن يدّخر جهدا لإدخال المؤسسة المقرضة في الخصام، إذا تبيّن له أن البائع قد أهمل في القيام بهذه الشكلية الإجرائية، ليكون الحكم الصادر في الدعوى ملزما لها.

و يؤدي فسخ عقد البيع الذي يقرره القضاء، إلى إعادة الأطراف إلى الحالة الأصلية التي كانوا عليها قبل التعاقد، فيلتزم المشتري بأن يرد للمؤسسة المُقرضة ، نظرا لانفساخ عقد الائتمان بقوة القانون، المبالغ المدفوعة له أو المدفوعة لحسابه بين يدي البائع بموجب اتفاقية القرض ، نزولا عند القواعد العامة المنظمة لفسخ و بطلان العقود[16]، ما دامت مؤسسة الائتمان لم ترتكب أي خطأ يستوجب تقرير مسؤوليتها[17].

و يعتبر الرجوع إلى الحالة الأصلية هو القاعدة عندما يكون المقترض هو الذي تلقى المبلغ المقترض من مؤسسة الائتمان، و في هذا المقام تقرر المادة ق .311-22 من قانون الاستهلاك الفرنسي، أنه إذا كان الفسخ أو الإلغاء القضائي للعقد الرئيسي، راجعا لخطأ البائع، يمكن الحكم بإلزامه بناء على الطلب الذي يتقدم به المقرض بضمان تسديد القرض من طرف المقترض، وعندها فان المقترض لا يمكن له الاعتراض عن التزامه بتسديد المبالغ التي أقرضها له المقرض، حتى و لو تم دفعها مباشرة بين

يدي البائع[18]، غير أن التزام البائع بالضمان، يسمح له بمطالبة هذا الأخير بالتعويضات، متى أثبت أنه مرتكب لخطأ يستوجب تقرير مسؤوليته.

ومع ذلك فان الرجوع إلى الحالة الأصلية يكون مستعصيا في بعض الأحيان، عندما تقوم المؤسسة المقرِضة بتعبئة مبلغ القرض ودفعه إلى البائع مباشرة[19]، و في هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا كان المستهلك- المقترض ملزما بعد فسخ العقد الرئيسي بتسديد المبالغ المالية التي تكون مؤسسة الائتمان قد دفعتها للبائع ؟

إن التسليم بأن المستهلك- المقترض ملزم بتسديد القرض في هذه الحالة بالرغم من انفساخ عقد الائتمان بسبب عدم تنفيذ العقد الرئيسي، هو في الحقيقة بمثابة اعتراف للمستهلك بالحق في أن يسترد من البائع ما قبضه من الثمن دون وجه حق، على أساس من نظرية الإثراء بلا سبب، غير أن هذا التصور يعني أيضا فتح المجال لاحتمال تعرض المستهلك لمخاطر إعسار أو إفلاس البائع.

لقد قدرت محكمة النقض الفرنسية[20] بأن المستهلك- المقترض يجب عليه في حالة فسخ العقد الرئيسي أن يسدّد لمؤسسة الائتمان المبالغ المالية التي دفعتها لحسابه، و هو ما يفيد بأنه ملزم بالاستمرار في تسديد أقساط القرض المستحقة شهريا باستثناء الفوائد، بالرغم من عدم تسلمه للسلعة المتفق عليها في عقد البيع المفسوخ.

و تعقيبا على هذا الرأي الذي اهتدت إليه محكمة النقض الفرنسية، يذهب الفقيه RAYMOND Guyإلى القول **"بأنه إذا كانت القواعد العامة تقضي بإلزام المقترض بالتسديد، فان منطق النصوص المتعلقة بالائتمان الاستهلاكي يدفع إلى الجزم بانعدام التزام المستهلك بتسديد المبلغ المدفوع للبائع من طرف مؤسسة الائتمان، لأن عقد الائتمان الاستهلاكي و على وجه الخصوص في حالة القرض المخصص، ليس بعقد ثنائي الأطراف، بقدر ما هو عملية مركبة تجمع بين ثلاثة أطراف، بفعل التأثير الذي يلعبه مبدأ الارتباط المتبادل على كل من العقد الرئيسي، و عقد الائتمان"**[21].

وبحسبه فان هذا الرأي يجد تبريره في كون مؤسسة الائتمان لم تعد وكيلا عن المشتري، كما كان عليه الحال في الفترة السابقة عن التكريس القانوني لمبدأ الارتباط المتبادل بين العقود، بل أصبحت طرفا حقيقيا في العقد لأنها توجد في علاقة دائمة مع البائع، وأن ثمة اتفاقات أُبرمت بين مؤسسة الائتمان والبائع يتصرف فيها هذا الأخير باسمه و لحسابه الخاص.

و في هذا المقام بالذات فان الارتباط المتبادل بين عقد البيع و عقد الائتمان، و لئن كان لم يحظى باهتمام المشرع الجزائري الذي أحال على السلطة التنظيمية فيما يتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال قروض الاستهلاك[22]، فقد يتجسد عملا من خلال عقد مركب يربط بين التزامات الأطراف في كل من عقد البيع و عقد القرض الاستهلاكي، إلا أن هذا الارتباط الاتفاقي لن يسفر بالضرورة على نفس نتائج الارتباط القانوني الذي نظمه المشرع الفرنسي بنصوص صريحة، و أن غياب نصوص خاصة بشأنه لا تمنع المتعاقدين من إخضاعه لأحكام الالتزام المعلق على الشرط الواقف وفقا لنص المادة 203 من القانون المدني الجزائري.

وعلى ذلك فان عقد الائتمان الاستهلاكي، الذي يأخذ شكل القرض المخصص، ينشئ بين البائع و المشتري الالتزامات الخاصة بعقد البيع، وبين المشتري ومؤسسة الائتمان الالتزامات الخاصة بعقد القرض، وبين مؤسسة الائتمان و البائع تنشأ الالتزامات الخاصة بالوعد بالدفع ، و هو الوعد الذي

يقترن بشرط تنفيذ عقد البيع، و بالتالي فان البائع إذا لم يكن بحيازته هذا التعهد بالدفع من طرف مؤسسة الائتمان، وجب عليه الامتناع عن تنفيذ العقد الرئيسي، و أن مؤسسة الائتمان يجب عليها الامتناع من جانبها عن تنفيذ اتفاقية القرض إذا لم تحصل على شهادة من المشتري بتنفيذ البائع لعقد البيع.

و بالتالي فان مؤسسة الائتمان التي تُقْدم على دفع مبلغ القرض إلى البائع، استنادا إلى توقيع المقترض على شهادة تسليم المبيع، لا تتحمل أية مسؤولية تجاه المقترض إذا تبيّن أنه لم يستلم السلعة فعلا[23]، و هو الحل الأكثر اقترابا من الواقع، و الأكثر ملائمة لمصالح الأطراف المتعاقدة، و أن القول بغير ذلك يعني اعتبار مصلحة المقرض، هي نفس المصلحة التي يهدف إليها المقترض، مع أن الحقيقة تختلف عن ذلك تماما.

ثانيا: وقف تنفيذ عقد الائتمان العقاري

يمكن أن تؤدي الاعتراضات التي يُبديها المقترض في مجال الائتمان العقاري، بشأن تنفيذ العقد الرئيسي، و الحوادث التي تعترض تنفيذ أشغال عقارية، تتعلق بعقود الترقية، أو البناء، أو المقاولة إلى الأمر من طرف القاضي بوقف تنفيذ عقد القرض، الذي يثبت الارتباط المتبادل بينه و بين أحد هذه العقود، دون الإخلال بالحق المحتمل للمقرض في التعويض، على أن يكون هذا الأخير قد تدخل في الخصومة، أو تم إدخاله في الخصام من قبل أحد الأطراف[24].

وعلى ما يبدو، فان عقد الائتمان العقاري الذي قد تثور مشكلة وقف تنفيذه، هو العقد الذي يتوافر على علاقة الارتباط المتبادل بين ثلاثة أطراف هي المقترض، ومؤسسة الائتمان، والمحترف في مجال الانجازات العقارية سواء كان مقاولا، أو مرقيا عقاريا، أو حرفيا في فن العمارة والبناء، فإذا خالف المحترف في الانجاز العقاري التزاماته العقدية ، حَقّ للمقترض أن يطالب بوقف تنفيذ التزاماته إزاء مؤسسة الائتمان.

فالنزاع الذي يبرر وقف تنفيذ عقد الائتمان العقاري، يجب أن يكون قائما مباشرة بين المقترض و المتعاقد معه في العقد الرئيسي، وما دام القانون يحصر العقود الرئيسية في الترقية العقارية، أو البناء المعماري، أو المقاولة العقارية، وهي عقود تتعلق جميعها بانجاز بنايات جديدة في المستقبل،مما يجعل العقود الخاصة بشراء عقارات مبنية مستثناة من إمكانية المطالبة بوقف تنفيذ عقد الائتمان[25]، و بالتالي فان ظهور عيوب خفية في العقار الذي يشتريه المقترض بعد الانتهاء من انجازه، لا يمنح له الحق في وقف تسديد أقساط القرض التي حل أجل استحقاقها، و هو تباين في المعاملة لا يوجد ما يبرره.

وإذا استجاب القاضي لطلب المقترض بوقف تسديد القرض، فان قراره يكتفي بتأجيل التسديد لمدة تساوي المدة المحددة للمقترض لوقف تسديد أقساط و فوائد القرض التي حل أجلها، و هي عادة المدة التي يستغرقها النزاع حول تنفيذ العقد الرئيسي، فإذا انقضت المدة المحددة لوقف التسديد ، فان المؤسسة المقرضة لا يمكن لها المطالبة بالتسديد الفوري لأقساط القرض و فوائده، التي حلّ أجل استحقاقها خلال الفترة التي تقرر فيها تعليق التسديد[26] ، ويستقل قضاة الموضوع بتقدير كيفيات تسوية المستحقات التي توقف تسديدها بحسب الظروف الخاصة بكل قضية[27].

وخلافا لعقد الائتمان الاستهلاكي، فان وقف التسديد بسبب النزاع حول تنفيذ العقد الرئيسي، لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ عقد الائتمان العقاري، حتى في ظلّ احتمال كون المقترض ضحية لسوء تنفيذ العقد الرئيسي من طرف المتعاقد الآخر، و القضاء وحده هو الذي يقدر التأثير الذي يمارسه العقد

الرئيسي على تنفيذ عقد القرض،غير أن الاجتهاد القضائي يعترف بأن تلاشي العقد الرئيسي يستتبع زوال عقد الائتمان، على أساس أن العقد الأول هو السبب في وجود العقد الآخر[28].

و لما كان وقف تسديد عقد الائتمان العقاري، يؤثر مباشرة على حقوق مؤسسة الائتمان في قبض أقساط القرض و فوائده في الآجال المحددة لها ، وجب أن تكون طرفا في النزاع القائم بين المقترض و المتعاقد معه في العقد الرئيسي، إما بتدخلها في الخصام، أو بإدخالها فيه باعتبارها الممولة للعقد محل النزاع لتمكينها من الدفاع عن مصالحها، وفي غياب ذلك فان الترخيص للمقترض بوقف التسديد يكون في حكم المستحيل[29].

لذلك تحتفظ المادة ق.312-19 من قانون الاستهلاك الفرنسي للمقرض، بحق محتمل في التعويض لجبر الضرر الذي يلحق به بفعل التعليق المؤقت لتنفيذ عقد الائتمان أو بسبب الحكم بزواله نتيجة لتلاشي العقد الرئيسي، و يكون هذا التعويض بحسب الأحوال على عاتق محترف الانجاز العقاري، أو المقترض استنادا لحقيقة النزاع القائم بينهما بشأن تنفيذ العقد الرئيسي.

فإذا انتهى هذا النزاع الذي يحركه المقترض بصدور حكم في غير صالحه، وجب عليه تعويض المقرض بدفع الفوائد المستحقة خلال فترة وقف التنفيذ، والتعويضات المحكوم بها لمواجهة الأضرار اللاحقة به، و إذا انتهت القضية بالحكم لصالح المقترض و بثبوت مسؤولية الطرف الآخر في العقد الرئيسي، وجب على هذا الأخير تحمل مسؤولية ذلك، بدفع تعويض مناسب للمقرض دون الإخلال بالتعويضات التي يتعين عليه دفعها للمقترض عن كافة الأضرار التي لحقت به بفعل سوء تنفيذ العقد الرئيسي.

الفرع الثاني

مخاطر انعقاد مسؤولية المقرض بسبب عدم تنفيذ العقد الرئيسي

يمكن أن يترتب عن عدم تنفيذ البائع للعقد الرئيسي، مخاطر تكون نتيجتها تقرير مسؤولية المؤسسة المقرضة في عقد الائتمان، مع إعفاء المقترض من التسديد، وتتحقق هذه الفرضية إذا تزامن عدم تنفيذ العقد الرئيسي مع دفع المقرض مبلغ القرض للبائع مباشرة، بدون شهادة من المشتري بحسن تنفيذ البائع لعقد البيع، أو دون الاعتداد بالتعليمات التي يكون المقترض قد أصدرها له[30]، وعندها تكون مؤسسة الائتمان ملزمة بتحمل النتائج الضارة لإهمالها.

و قريب من ذلك، توجد الحالة الخاصة بتحمل الآثار الضارة لسوء تنفيذ العقد الرئيسي من طرف البائع بمفرده، عندما يُخضِع المُقرض عرض التمويل الذي يقدمه لبعض الشروط، كالتزامه بتسليم دفعة من القرض بشرط التزام المشتري- المُقترض بدفع جزء آخر من الثمن نقدا، وهي النسبة التي تشكل الفرق بين ما يلتزم البنك بدفعه، والثمن المحدد للسلعة محل التعاقد بين البائع و المشتري.

وتصدر هذه الحالة عن قضية كان فيها المقرض قد سلم شيكا بمبلغ القرض إلى البائع مباشرة، شريطة أن يقوم المشتري بدفع جزء من ثمن المبيع نقدا[31]، ولسوء حظ البائع تعذر على المشتري دفع النسبة المحددة له من ثمن المبيع بسبب إخضاعه لإجراءات التسوية القضائية، لذلك تقدم مباشرة أمام البنك لصرف الشيك المسلم له بالرغم من عدم تحقق شرط الوفاء الجزئي بالثمن من طرف المشتري،

وتبعا لذلك رفع المقرض دعوى ضد البائع يطالبه فيها باسترداد المبلغ المدفوع له و نسبة من الفوائد، فألزم القضاء البائع بالدفع على اعتبار أنه في ظل عدم قيام المشتري بدفع المبلغ التكميلي، يصبح عقد القرض منفسخا للإخلال بأحد شروطه.

و من جهة أخرى تقوم فرضية ثانية تتعلق بحالة مؤسسة الائتمان التي تنعقد مسؤوليتها إزاء المقترض بسبب إخلالها بالتزامها التعاقدي بتقديم النصح[32] ، إذا قامت علاقة الارتباط المتبادل بين عقد الائتمان و عقد بيع يبرمه المستهلك- المقترض مع بائع،لا تجهل أو لا يمكن أن تجهل نزاهته المشكوك فيها، و المخاطر التي تحيط بحالته المالية المزيفة، ذلك أنه بصفتها **مهني محذّر** professionnel) (avisé و بفعل اعتيادها على التعامل مع المستهلك المقترض الذي يضع فيها كل ثقته، كان يجب عليها أن تمتنع عن تشجيعه على الدخول في علاقة تعاقدية مجحفة، و جالبة للضرر.

ومع ذلك، فان المخاطرة الخاصة بانعقاد مسؤولية المقرض في هذه الحالة لا تقوم بشكل تلقائي، بسبب إمكانية التداخل و التعارض بين التزام البنك بالنصيحة لصالح المقترض، والتزامه بالحفاظ على السر المهني للبائع ،بحيث أن البائع أو مقدم الخدمة ، يمكن أن يكون هو الآخر زبون لنفس المؤسسة البنكية التي يتعامل معها المقترض، وعندئذ يثور التساؤل عن الموقف الذي يجب على المقرض أن يلتزم به لتفادي احتمال تقرير مسؤوليته؟

الحقيقة أنه أمام مثل هذا الاحتمال، فان المصرفي(Le banquier) الذي يضع نصب عينيه ضرورة التوفيق بين مصلحته المالية، التي تفرض عليه عدم تفويت الفرصة على نفسه في توظيف المدخرات المودعة لديه في قروض ستدر عليه فوائد تسمح له بمواجهة أعبائه، و بالزيادة في مردودية عملياته الائتمانية، و بين التزاماته المهنية التي تفرض عليه إبرام العقود، و تنفيذها بحسن نية لتفادي تقرير مسؤوليته، سيكون من الصعب عليه، إن لم يكن من المستحيل، الإشارة على المشتري بالعدول عن شراء السلعة أو الخدمة، في ظل وجود البائع في حالة مالية غير مستقرة، وفي هذه الحالة فلن يجد أمامه حلا آخر سوى منح الائتمان للمشتري في صورة قرض شخصي لا يتضمن شرط التخصيص لشراء سلعة محددة، لتلافي آثار الارتباط المتبادل بين عقد القرض وعقد البيع، بحيث يصعب على المقترض إثبات خطأ المصرفي.

المطلب الثانـي

آثار الارتباط المتبادل المقترن بفسخ العقد الرئيسي

تترتب عن الفسخ القضائي لعقد البيع آثارا ترتبط مباشرة بالترابط المتبادل بين العقد الرئيسي، و بين عقد القرض الاستهلاكي، و تتطلب تحديد الطبيعة القانونية للترابط المتبادل، كما أن المقرض أمام فسخ العقد الرئيسي وانفساخ عقد الائتمان تبعا لذلك ، يواجه صعوبة تتعلق بعبء بانخفاض قيمة السلعة التي كان تمويل شرائها سببا لانعقاد عقد القرض، و من المحتمل أن يكون أحد الأطراف في كلا العقدين، قد تصرف بسوء نية قصد الحيلولة دون استمرار الرابطة العقدية، و في هذه الحالة يمكن أن يتأثر المقرض بسوء نية بقية الأطراف كما يمكن أن يكون سوء نيته مصدر ضرر لغيره من المتعاقدين.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للارتباط المتبادل

يعتبر مصطلح الارتباط المتبادل مفهوم قليل الانتشار في اللغة القانونية، ويكاد يكون غير معروف على الأقل في النظرية الكلاسيكية للعقود، خاصة و أن تطبيقه لا تترتب عنه حتما آثار متطابقة، و ذلك لاختلاف الطبيعة القانونية التي يتم إنزالها عنه، من خلال مماثلته بمفاهيم عامة مستقرة في قانون العقود[33].

و بالنسبة للفقيه **بورست** BURST [34] فان "الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي و عقد الائتمان، يجد تفسيره في مفهوم عدم القابلية للانقسام أو التجزئة المنصوص عليه في المادة 1222 من القانون المدني الفرنسي" التي تقابل المادة 236 من القانون المدني الجزائري، على إعتبار أن غرض الأطراف ونيتهم انصرفت إلى أن تنفيذ الالتزام لا يقبل الانقسام.

و في نفس السياق، يذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي "إلى أن الترابط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد الائتمان، لا يعدو أن يكون تطبيقا لمفهوم عدم القابلية للانقسام، و هو مفهوم ذات طابع قانوني و موضوعي في نفس الوقت، و تكمن قانونيته فيما يفرضه تطبيق نص المادة ق.311-20 من قانون الاستهلاك التي تُخضع منح القرض لتحديد السلعة أو الخدمة التي يشملها التمويل، و هو ما يحمل في حد ذاته دلالة كافية على أن الأطراف قصدت بذلك إخضاع العملية التعاقدية للقواعد المنظمة للائتمان المخصص، أما طابعه الموضوعي فيجد تبريره في كون القضاء في حالة غياب النص على السلعة أو الخدمة موضوع التمويل في عروض الائتمان، يمكن له استخلاص التداخل بين عقد البيع و عقد الائتمان، بالاعتماد على معيار الارتباط المتبادل من خلال ما يلاحظه من دفع البنك لمبلغ القرض مباشرة بين يدي البائع، ومن خلال التطابق بين العقدين من حيث تاريخ الانعقاد، و من حيث توازنهما المالي"[35].

إلا أن هذا التفسير مردود عليه بأن عدم القابلية للانقسام تقترن بالتضامن السلبي بين المدينين للوفاء بالدين كاملا ، في حين أن التزامات الأطراف في ظل الترابط المتبادل، لا تقوم إطلاقا على التضامن بالرغم من الارتباط القائم بينها، وأن التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، يختلف بطبيعته عن التزام المشتري بتسديد أصل القرض و الفوائد لمؤسسة الائتمان.

و لعدم وجاهة هذا الرأي، ذهب رأي آخر إلى تفسير الارتباط المتبادل بين البيع والائتمان، بنظرية السبب[36] و بحسبه فان سبب عقد البيع يكمن في الحصول على الائتمان، لأن رفض الائتمان يعني غياب قصد الشراء لدى المشتري ، و بالمثل فان سبب عقد القرض يكمن في عقد البيع الذي انصرفت إرادة كل من البائع و المشتري إلى إبرامه، فإذا لم يتحقق البيع، أو لم يتم تقديم الخدمة، تزول الحاجة إلى الاعتماد على القرض لدفع ثمن المبيع، أو الخدمة محل التعاقد، كما أن سبب التزام المقترض بتسديد أصل القرض و الفوائد هو تسليم المبيع ،أو تنفيذ عقد تقديم الخدمة **(contrat de prestation de service)**، و أمام هذه السلسلة المترابطة من الالتزامات فان القاعدة التي تقضي بخضوع الفرع لحكم الأصل**(accessori séquitur principale)** تفرض فسخ أو إبطال عقد الائتمان بحسب الأحوال، تبعا لفسخ أو إبطال العقد الرئيسي، سواء تعلق بالبيع أو بتقديم الخدمة.

و يذهب رأي حديث للفقيه STEPHANE PIEDELIEVRE يعتبر من وجهة نظرنا الأقرب إلى الحقيقة القانونية إلى القول بأن "مبدأ الارتباط المتبادل بين القرض و البيع من الناحية القانونية، يعتبر امتدادا للارتباط الاقتصادي القائم بين العقدين، و هو مفهوم ابتدعه المشرع بهدف حماية الطرف

الضعيف في كلا العقدين، يصعب تصنيفه ضمن المفاهيم المستقرة في قانون العقود، بالرغم من غلبة فكـــرة شـــــروط الانعقـــاد و التنفيذ على هذا الارتباط"، بحيث يتجلى بوضوح " التمـــــاثل بين تبعيـــة القـرض للعملية المشمـــولة بالتمويل، و تبعية التزام المشتري بدفع الثمن، للقرض الذي يخصصه البنك للوفاء به"[37].

الفرع الثاني

عبء تناقص قيمة السلعة الممولة بالقرض

يطرح انفساخ عقد الائتمان تبعا لفسخ أو إبطال العقد الرئيسي، التساؤل عن الطرف المتعاقد الذي يجب عليه أن يتحمل عبء تناقص قيمة السلعة التي كانت محلا للتعاقد بين البائع و المشتري، والتي كان القرض المصرفي هو وسيلة المشتري لدفع ثمنها، وهو العبء الذي يشكل خطرا إضافيا بالنسبة للمقرض إذا أثبت الطرف المتضرر، أن الضرر اللاحق به بفعل فسخ أو إلغاء العقد الرئيسي، كان بسبب خطأ مؤسسة القرض؟

يبدو أنه في غياب سوء نية الأطراف، أو في ظل ثبوت سوء نيتهم جميعا، فان خطر انخفاض وتراجع قيمة السلعة التي كان القرض هو وسيلة المشتري في دفع ثمنها، يكون على عاتق البائع باعتباره الطرف الذي سيحتفظ بملكية تلك السلعة بعد فسخ العقد الرئيسي، كما أن تطبيق أحكام الإثراء بلا سبب، و على وجه الخصوص القواعد المنظمة للدفع غير المستحق ، يتطلب تحميل العبء للبائع الذي يظل مالكا لتلك السلعة، و الذي يجب عليه أن يتحمل بذلك خطر ضياعها أو تناقص قيمتها، و مع ذلك فان هذا الحل يصعب التسليم به بصفة مطلقة، لأن المشتري الذي يكون قد استفاد من تلك السلعة قبل إلغاء أو فسخ عقد البيع، يجب عليه أن يتحمل نسبة معينة من ذلك التناقص الذي طرأ على قيمة السلعة محل العقد المفسوخ.

فإذا أخذنا على سبيل المثال، وكالة بيع السيارات التي تكون طرفا في عقد بيع سيارة عن طريق قرض يمنحه البنك، و يتقرر فسخه أو إلغائه، فان الحل الأقرب لتحقيق العدل، هو إجراء كشف بعدد الكيلومترات المسجلة في العداد، مع تقييم الحالة العامة للسلعة، لتحديد المبلغ المعادل للإيجار الذي يجب أن يتحمله المشتري بالنسبة للفترة التي استغرقها استعماله لتلك السيارة، ، إلا إذا ثبت سوء نية البائع ويكون هذا الحل مستبعدا إذا كان المشتري على بينة من أمره، وكان يعرف مسبقا أنه يشتري تلك السيارة بشروط غير مشروعة.

غير أن خطر الخسارة المالية الذي يهدد البائع بسبب تناقص قيمة السلعة، يمكن أن يكون كذلك هو خطر يتحمله المقرض، ذلك أن المشتري الذي يلزم برد السلعة التي اشتراها عن طريق القرض، مع إلزامه بدفع تعويض إضافي يتناسب مع مدة استعماله لتلك السلعة، سيحاول الحصول على تعويض عن الضرر الناتج عن حرمانه من تلك السلعة بسبب إلغاء عقد البيع، و سيؤسس دعواه على محاولة إقامة مسؤولية من كان خطئه أو إهماله سببا في إلغاء عقد البيع، و إذا كان إلغاء العقد راجعا إلى عدم مطابقة عقد القرض بسبب خطأ من المؤسسة المقرضة، فانه يتعين المراهنة على أن تقوم مسؤوليتها على أساس من هذا الخطأ أو ذلك الإهمال.

و يثور هنا الاحتمال الخاص بعجز البائع أو مقدم الخدمة عن رد المبالغ المالية التي قبضها، و عندها يثور التساؤل عما إذا كان هذا الخطر المالي سيتحمل أثره المقترض أو مؤسسة القرض؟ و

بحسب قرار لمحكمة النقض الفرنسية ، فان المقرض هو الذي سيتحمل هذا الخطر، إذا ارتكب خطأ عند تسليم مبلغ القرض للبائع أو مقدم الخدمة[38]، و في غياب الخطأ من جانب المقرض، فان المستهلك- المقترض هو الذي سيتحمل مسؤولية ذلك[39].

و بحسب الفقيه PIEDELIEVRE ، فان تحميل المسؤولية للمستهلك، يجد تبريره في أن المقرض وقد

سلّم مبلغ القرض بطريقة قانونية، يكون قد أوفى بكافة التزاماته، و لا يمكن بذلك إلزامه بأن يتحمل مسؤولية التضامن السلبي الناتج عن عجز البائع أو مقدم الخدمة عن مواجهة التزامهما، و أن الخطر الاقتصادي يجب أن يتحمله المستهلك في نهاية المطاف، باعتباره الطرف الذي بادر بالعملية التي آلت إلى هذه النتيجة[40].

الفرع الثالث

سوء نية أحد الأطراف في أحد العقدين المرتبطين

يُحتمل أن تنعقد مسؤولية المقرض، إذا كان على علم بالممارسات المتحيزة أو غير المشروعة التي تصدر عن البائع، و تؤدي في النهاية إلى إبطال العقد، لتجاوزه للحد الأقصى للائتمان المسموح به، و يكون من الصعب عليه أن يتظاهر بجهله لهذه الممارسات، إذا ورد في عقد القرض، بيان صريح للتكلفة الإجمالية للسلعة التي تعتبر مبدئيا إلزامية لكافة الأطراف.

و تكمن الإمكانية الوحيدة للتخلص من المسؤولية بالنسبة للمقرض في إثبات وجود خطأ في التكلفة الإجمالية الوارد ذكرها في العقد، وأن الفرق بينها و بين مبلغ القرض، قد تم دفعه نقدا من طرف المشتري بالاتفاق مع البائع، وعندها سيكون من الواضح بأن المشتري لا يمكن أن يدعي بأنه يجهل الفرق بين الثمن الوارد في عقد البيع، و الثمن الذي يلتزم بدفعه فعلا، للمطالبة بإبطال العقد، بسبب الوقوع في الغلط.

غير أن كل من المشتري- المقترض و البائع يمكن أن يكون كلاهما ، مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بمؤسسة القرض، بسبب بطلان عقد القرض، الذي يمكن إيعازه إلى الاتفاق بين البائع و المشتري على تجاوز حد الائتمان ، و الذي يكون محل اتفاق بين المشتري و البائع و مؤسسة القرض، على أساس أن المشتري يكون في هذه الحالة متواطئا مع البائع المنشغل بالربح الذي يحققه له البيع، دون اكتراثه بمصلحة مؤسسة الائتمان، وهو ما يفرض تحديد طبيعة الجزاء الواجب توقيعه على مخالفة الأطراف لحكم القانون، و الحلول المقترحة للحسم في النزاع الذي ينشأ عن الاختلاف في مصالح كافة الأطراف.

أولا: جزاء مخالفة القانون في حالة الارتباط المتبادل

يثير موضوع تجاوز سقف القرض المسموح به قانونا أو ما يسمى بحد الائتمان، في ظل اختلاف الجزاءات التي يمكن توقيعها على التصرف المخالف للقانون، مسألة قانونية تعتبر مصدرا لجدال فقهي مستمر و متواصل بالرغم من قِدمِها، و في هذا المقام فان البطلان و عدم نفاذ التصرف تعتبر من بين أنواع الجزاء التي لا زالت تثير الكثير من نقاط الاستفهام و التردد[41].

فالبطلان يتميز بحسب ما استقرت عليه النظرية التقليدية، في كونه الجزاء الذي يتم توقيعه على التصرف القانوني الذي يوجد اختلال في أركانه و شروط صحته، و يؤدي إلى زواله و تلاشيه

بأثـــــر رجعي، أما عدم النفاذ فيعني اقتصار أثر العقد على أطرافه وعدم امتدادها إلى بعض الأشخاص بسبب إضرارها بحقوقهم[42].

و مع ذلك فان التفرقة بين المفهومين ليست دائما بالبساطة التي يوحي بها تصور النظرية التقليدية بسبب الصعوبة التي نلمسها في التطورات التشريعية و القضائية بالنسبة لتحديد الجزاء الواجب توقيعه على التصرفات المخالفة للقانون، فمن وجهة النظر التشريعية تتصدى عدة نصوص لتحديد الجزاء الذي يتعين توقيعه على مخالفة التصرف لحكم القانون[43]، كما أن الاختلاف في تصور حالات عدم نفاذ التصرف يجد مصدره في عمومية نطاق المادة 1167 من القانون المدني الفرنسي التي تقابلها المادة 191 من القانون المدني الجزائري[44]، و التي تعتبر من التطبيقات الأساسية للمبدأ المستخلص من القول المأثور في القانون على أن الغش يُفسد كل شيء" Fraus omnia corrumpit"، وأنه لا يمكن للشخص أن يستفيد من تصرفه الشائن [45].

و زيادة على ذلك، فان سنّ قوانين خاصة يؤدي إلى إحداث تطور تشريعي يسمح بملائمة الجزاء للأهداف المراد تحقيقها، و هو ما نصادفه في إجراءات الإفلاس و التسوية القضائية" حيث يقوم البطلان إلى جانب عدم النفاذ ، و يتحدد الجزاء الواجب التطبيق بحسب فترة القيام بهذه التصرفات من طرف المدين الخاضع لهذه الإجراءات[47].

و إذا كان عدم النفاذ في كل من القانون المدني الجزائري و القانون المدني الفرنسي، يكاد ينحصر على ما يبدو في النتيجة التي يمكن أن تسفر عليها الدعوى البوليانية (l'action paulienne) ، فان هذه الدعوى ليست سوى صورة من صور أخرى لعدم النفاذ التي تخضع لنظام قانوني مغاير تماما[48]، و أن البعض من هذه الصور فقط هو الذي يمكن أن يحدث تداخل بينه و بين البطلان، و هو ما يفرض التمييز بين صور عدم النفاذ المرتبطة بمخالفـــة شكل و تاريخ التصرفات القانونيـــة، و قـــواعد الإشهـــار القـــانوني و صور عدم النفاذ المرتبطة بالموضوع، والتي تعتبر بمثابة جـــزاء يتـــم توقيعه على التصرفـــات الاحتيالية و التصرفات المستترة أو الخفية(actes clandestins)، و على عدم مراعاة الحقوق المكتسبة[49].

ويعزى ظهور صور عدم النفاذ الخاصة بالشكل، إلى إرادة المشرع في تدعيم الأمان القانوني (sécurité juridique) عن طريق توقيع الجزاء عن مخالفة الشكليات المتعلقة بالإشهار القانوني الذي يعتبر شرطا أساسيا لجعل التصرف نافذا في حق الغير، على أساس أن ما ينشأ عن هذا التصرف من حقوق لا يكون نافذا إلا إذا كان الغير على علم بوجوده، وهو ما يضفي على عدم النفاذ الخاص بالشكل خصوصية تميزه تماما عن البطلان وتمنع كل تداخل بينهما، وذلك خلافا لعدم النفاذ المرتبط بالموضوع الذي قد يتداخل عملا مع البطلان النسبي نتيجة لوجود تصرفات مخالفة للقانون تستدعي تحديد الجزاء الملائم الواجب إنزاله على كل منها، وهو ما نصادفه عند مخالفة البائع و المشتري لحد الائتمان في ظل الارتباط المتبادل بين عقد البيع و عقد القرض.

ثانيا: الجزاء الملائم للحالة الخاصة بتجاوز حد الائتمان

تتطلب الحاجة المتنامية إلى الأمان القانوني الذي يعتبر "إسمنت الحياة الاقتصادية" حسب الفقيه **ديموج** Demogue إلى التمييز بين البطلان و عدم النفاذ، لتحديد مجال التطبيق الخاص بكل واحد منهما[50]، و في هذا المقام فان الجزاء الذي يتم توقيعه على التصرف المخالف للقانون يجد مصدره في

نص قانوني ذات تطبيق عام ، أو في نص وضعه المشرع لمواجهة حالات خاصة، غير أنه يصعب وضع تعريف لهذه الجزاءات يقتصر على المصدر الذي تصدر عنه، بالنظر لعدم الانسجام، الذي يترجم عملا بتطبيق البطلان و عدم النفاذ في غياب معيار محدد المعالم يبرر تطبيق أحدهما دون الآخر.

و على ذلك فان الغش الذي يقترن بإحدى التصرفات القانونية يمكن أن يطبق عليه الجزاء الذي يحدده القانون بشكل صريح، وفي غياب النص فان مخالفة التصرف للقانون تقع تحت طائلة المبدأ القانوني القاضي بأن الغش يفسد كل شيء (Fraus omnia corrumpit)، والذي يتعين بموجبه توقيع الجزاء على كل مناورة احتيالية يراد بها إلحاق الضرر بالغير، سواء كانت في شكل غش يصدر عن الإنسان لتضليل الغير(Fraus altérius)،أو في صورة غش نحو القانون(Fraus légis) [51].

والغش الذي يتعين إخضاعه للجزاء القانوني يجب ألا يصدر فحسب عن سوء نية صاحبه، بقدر ما يجب أن يكون كذلك نتيجة اتفاق بين شخصين من أجل الإضرار بشخص ثالث، مع العلم أن "استناد القاضي وهو بصدد توقيع الجزاء على مقولة أن الغش يفسد كل شيء يبقى احتياطيا، ذلك أنه يفضل عادة الاستناد إلى القانون كلما كان هناك نص صريح يحدد الجزاء الواجب التطبيق، نزولا عند دوره التقليدي القاضي بتطبيق حكم القانون عما يطرح من منازعات في ساحة القضاء"[52].

و بحسب الفقيه بورست Burst فان المبدأ القانوني القاضي بأن الغش يفسد كل شيء لا يجد تطبيقا له عند تجاوز حد الائتمان المسموح به إلا بشكل احتياطي، و بالتالي فان جزاء الغش نحو القانون الذي يصدر عن البائع في هذه الحالة لا يمكن أن يصل إلى حد تقرير البطلان، بل يقتصر على عدم النفاذ في حق الغير، الذي لا يسفر حتما على زوال التصرف، و قد كان ذلك بمناسبة تعليقه على قرار صادر من محكمة استئناف ريوم Riom الذي جاء فيه" **أنه في ظل تجاوز ثمن المبيع لحد الائتمان المسموح به و عدم التزام المشتري بدفع كامل الفرق بين القرض المسموح به، و ثمن المبيع ، فان عقد البيع يفتقد إلى ركن أساسي هو الثمن، وانتهى إلى الإعلان عن بطلان عقد القرض لعدم التناسب بين مبلغ القرض، و الثمن المعلن للبيع**"[53].

ويطرح تقرير البطلان ، إعتبار العقد كأن لم يكن، وإعادة الأطراف إلى حالتهم السابقة، وهو أمر غير ممكن من الناحية القانونية ، على أساس أن الطرف الذي يلحق به الضرر من جراء إلغاء العقد، لن يتردد عن المطالبة بالتعويضات.

فالبائع سيجد نفسه ملزما برد ما قبضه من ثمن إلى المشتري، بما في ذلك ما دفعه له هذا الأخير في شكل تسبيق لم يكن كافيا لتغطية الفرق بين ثمن المبيع و المبلغ المدفوع من طرف مؤسسة القرض بعنوان عقد الائتمان، و هو ما نلمسه مما ورد في قانون الاستهلاك الفرنسي ، من أنه لا يمكن للمشتري أن يتحمل بأي التزام حيال البائع، وأن هذا الأخير لا يحق له تسلم أية دفعات وقبول أي إيداع، قبل تعبير المستهلك عن قبوله الصريح للعرض المسبق الذي تتقدم به مؤسسة الائتمان[54]، و لا يمكن لعقد البيع أن ينعقد إلا بعد توقيع المستهلك على العرض المسبق، غير أن المستهلك يملك الحق في العدول خلال أجل السبعة أيام التالية للتعبير عن قبوله للإيجاب الموجه له من طرف مؤسسة الائتمان، وطوال هذه المدّة يبقى التزام المستهلك مقتصرا على دفع التسبيق المحدد في عقد البيع[55].

أما البائع فهو غير ملزم من جانبه بتسليم السلعة المتفق عليها في عقد البيع قبل انقضاء المهلة القانونية المحددة للمشتري لممارسة رخصة العدول[56]، وإذا حدث وأن تراجع البائع عن منح اعتماده

لشخص المقترض(renoncement à donner son agrément) ، أو إذا استعمل المقترض حقه في العدول، فان عقد البيع يصبح منفسخا بقوة القانون، و هو ما يفرض على البائع أن يرد للمشتري بناء على طلبه، المبلغ المدفوع بعنوان التسبيق عن الثمن،و هو المبلغ الذي يحقق للمشتري فوائد تأخير تحتسب بالسعر القانوني ابتداء من اليوم الثامن الموالي لتقديم طلب الاسترداد[57].

و يقضي المنطق القانوني بأنه في حالة عدم دفع ثمن السلعة من المقرض للبائع مباشرة فان البائع يرد المبلغ لا للمؤسسة المقرضة بل إلى المقترض، وإذا وجدت فرضيات يكون فيها الرد عينا غير ممكن فان القضاة يأمرون بالرد في شكل مقابل، وتكون الخبرة في أغلب هذه الأحوال ضرورية، ذلك أنه بحسب رأي الأستاذ مصطفى حجازي "إذا كان القانون لا يفرض على القاضي الاستعانة بالخبرة ، إلا أن طبيعة النزاع تجعل الخبرة أمرا واجبا من الناحية العملية"[58].

خاتمة

نخلص من هذه الدراسة إلى أن الشكلية الصارمة التي أحاط بها المشرع الفرنسي عمليات الائتمان الاستهلاكي، و ما كرسه من ارتباط متبادل بين العقد عقد القرض والعقد الرئيسي الذي يتخذ صورة بيع أو تقديم خدمات يعتبر مصدرا لعدم السداد ، و لاحتمال تقرير المسؤولية للبنوك باعتبارهما اثنان من المخاطر الرئيسية التي يتعرض لها المصرفي في علاقته بالمقترض- المستهلك، و أن السلطة المعترف بها للقاضي من أجل وقف تنفيذ عقد الائتمان تعتبر عاملا إضافيا يزيد من حدة المخاطرة الائتمانية.

و إذا كان المشرع الفرنسي في مجال الائتمان العقاري قد أنشأ روابط متبادلة بين العقد الرئيسي و عقد القرض ، إلا أن الارتباط المتبادل في هذه الحالة يخضع لقواعد أقل صرامة من تلك التي يخضع لها القرض الاستهلاكي، وهي قواعد تنحصر في مرحلة تكوين العقد، بحيث أن العقد الرئيسي(البيع) لا يتضمن بالضرورة شرط اعتماد المستهلك على الائتمان لدفع الثمن المتفق عليه في العقد الرئيسي، مع أن عقد الائتمان العقاري يعتبر بطبيعته قرضا يمنح بالتبعية لعقد البيع، و يحكمه المبدأ القاضي بأن الفرع يتبع الأصل في الحكم.

و تبعا لذلك فان القانون يكتفي بوقف تنفيذ عقد الائتمان الاستهلاكي، الذي لا نلمس فيه آلية من شأنها أن تجعل المستهلك ملتزما بعقد القرض، في الوقت الذي قد لا يتجسد فيه العقد الرئيسي الذي يطلب من أجله التمويل، لكون العقدين يبرمان من الناحية العملية في وقت متزامن، خلافا لعقد الائتمان العقاري الذي يكون فيه الخطر ملموسا،على إعتبار أن العقد الرئيسي لا يبرم في الحين، وقد لا يجد طريقه إلى الانعقاد لأسباب مختلفة لا يسع المجال لاستعراضها في هذا المقام.

و في ظل غياب تكريس قانوني صريح لعلاقة الارتباط المتبادل بين البيع و القرض في القانون الجزائري، و تأخر صدور النصوص القانونية المنتظرة منطقيا لضمان حماية فعالة للمستهلك في علاقته بالبنوك في مجال الائتمان الاستهلاكي و العقاري، وإحالة قانون حماية المستهلك و قمع الغش على السلطة التنظيمية فيما يتعلق بشفافية العرض المسبق، و طبيعة، ومضمون، ومدة الالتزام، و آجال تسديده ، فمن المتصور أن يتعامل البنك بصفته نائبا عن المشتري في الوفاء بثمن المبيع، دون الالتزام بشكلية صارمة كتلك التي يفرضها قانون الاستهلاك الفرنسي.

و يشتد بذلك احتمال نشأة منازعتان منفصلتان في العلاقة بين البائع و المشتري، وفي العلاقة بين البنك و المشتري بخصوص تنفيذ كل من عقد البيع و عقد القرض ، سيكون وطأها على مؤسسة الائتمان أخف من مخاطر الارتباط المتبادل الذي سنه المشرع الفرنسي لضمان حماية فعالة للمستهلك وهو ما يفيد بأن حماية المستهلك في مجال الائتمان الاستهلاكي و العقاري في القانون الجزائري، تكاد تكون منعدمة على إعتبار أنها تقتصر حاليا على القواعد العامة المقررة لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، و على السلطة المعترف بها للقاضي لمنح المدين مهلة الميسرة في علاقته بدائنيه بوجه عام، و في علاقته بالبنوك في مجال الائتمان بوجه خاص.

الهوامش المرجعية:

(1) د. بودالي محمد،حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة معمقة في القانون الجزائري مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2006، ص.579.

(2) المادة 3 من الشروط العامة، و المادتان 1 و 2 من الشروط الخاصة لنموذج اتفاقية القرض الخاص بالصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط (Cnep- banque)، الملحق بالدليل المرشد إلى أحكام النصوص التنظيمية المتعلقة بمنح الائتمان للخواص، منشور داخلي، 5 ديسمبر 2004.

(3) المادة 106 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج. ر.ج. ج عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975 .

(4) إبراهيم ممدوح زكي، الجوانب القانونية لعقود التمويل المصرفي(القرض- التسهيل الائتماني)، دار الفكر العربي، القاهرة 1998، ص 49.

(5) المادة 71 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(6) Cass 1ère civ, 17 février 1998 ; *RD banc et bourse* 1998, p 142, obs Crédot (Francis-J) et Gérard (Yves)

(7) PIEDELIEVRE(Stéphane), Droit de la consommation, Economica, Paris, 2008, p.266.

(8) المادة ق.311-23 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949، المؤرخ في26 جويليه 1993ج. ر.ج. .ف عدد 171 بتاريخ 27 جويليه 1993. Cass 1ère civ, 26 novembre 1991, Bull Civ., I, n° 336

(9) Cass 1ère civ, 7 février 2006, pourvoi n° 04-11.185 ; *Bull 2006*, I, n °58, (Céline); Contrats, p.58 ; *D* 2006, *act. jur,* p. 649, obs Rondey conc, consom. 2006, comm, 55, note Raymond (Guy).

(10) Cass 1ère civ, 26 novembre 1991; *Bull civ. I, n° 336.*

(11) Cass 1ere civ, 7 juillet 1992, *Bull civ* I, n°224, *JCP éd G* 1992, IV, n° 2641; D 1992, *inf rap*.p.214, Cass 1ere civ,17 mars 1993; *Bull civ. I, n°* 116; *D* 1993, *inf rap*.p.87.

(12) RAYMOND(Guy), Crédit à la consommation, *J.-CL.,* Banque – crédit – bourse, *fasc.*720, n°97, p. 63. www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do?(20/12/2006).

(13) Cass 1ere civ, 10 mai 1995 ; *Contrats, conc, consom*, 1995, comm n°174 ; FLORENCE (Auby), « les conséquences de l'interdépendance entre le contrat financé et le contrat de crédit », note ss Cass 1ere civ, 29 juin 2004, pourvoi n° 03-11.840, D, 2004, n° 35, pp.2565-2569.

(14) Cass 1 ère civ, 2 juillet 1991, *JCP éd G,* 1991, IV, P.345.

(15) Cass 1 ère civ, 31 janvier 1995 ; *Bull civ I, n° 65.*

(16) Cass 1 ère civ, 2 mai 1989, *Bull civ I*, n°181, p 120 ; *Quot jur* 1990, n° 121, p.11.

(17) Cass 1 ère civ, 8 novembre 1994, *Bull civ I*, n° 324, p. 235 ; Audijuris n° 50, février 1995, p.11, note Vigneau(Vincent) ; Cass 1 ère civ, 16 janvier 1996, *Contrats, conc, consom*, 1996, n° 47, obs Raymond(Guy).

(18) Cass 1ère civ, 9 novembre 2004*, Bull civ. I, n°* 263, p.219 *; RTD* com. janvier 2005, n°1, pp. 156-157, obs Legeais (Dominique).

(19) Cass 1ère civ, 2 mai 1989, *Bull civ. I, n°* 181; *D 1989*, somm, p. 338, obs, Aubert (Jean-Luc).

(20) Cass 1ere civ, 8 juillet 1994 ; *Contrats, conc, consom* 1995, comm, n° 213, obs, Raymond(Guy) ; Cass 1ere civ, 10 juillet 1995 *Contrats, conc, consom* 1995, comm n° 192, obs, Raymond(Guy).

(21) RAYMOND(Guy), Crédit à la consommation, *J.-CL.,* Banque – crédit – bourse, op-cit, p 65.

(22) المادة 20 من القانون رقم 03/09، المؤرخ في المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج. ر.ج .ج. عدد 15، بتاريخ 8 مارس 2009.

(23) Cass 1ère civ, 14 novembre 2001, *Bull Civ,* n° 280, p.178, *RTD Civ,* n°1, janvier-mars 2002, p.93, note Mestre (Jacques) & Fages(Bertrand) ; *Contrats, conc, consom,* février 2002, comm.n° 38, p.26, obs Raymond(Guy).

(24) المادة ق.312-19 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949، مرجع سابق.

(25) RAYMOND(Guy), Crédit immobilier, *J-CL*, Banque – crédit – bourse, *fasc*.721, n°65 p, 43. www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do?fileSize…(20/12/2006)

(26) CA Versailles, 31 janvier 1986 ; *D 1986, inf rap*, p. 393, obs Aubert(Jean-Luc), CA Riom, 21 juin 1989 *; JCP éd G*, 1990, IV, p.61.

(27) Cass 1ère civ, 19 juin 1990, *JCP éd E,* 1990, I, Art 20305.

(28) Cass 1ère civ, 26 mai 1994; *D.1994* ; *inf rap.* P.162 ; Cass 1ère civ, 1 mars 2005, pourvoi n° 03-10.456, comm, *net-iris « L'a*nnulation de la vente immobilière emporte annulation de plein droits des prêts bancaires » *a*ctualité n° 11771, 21 mars 2005, www.net-iris.fr

(29) RAYMOND(Guy), Crédit immobilier, op-cit, p.43.

(30) Cass 1ère civ, 28 janvier 1992, *Bull civ I*, n° 34, p.25 ; Cass 1ère civ, 8 juillet 1994 ; Contrats, conc, consom, 1994, Comm n°213.

(31) Cass com., 20 novembre 2001, D 2002, A J, p 325, obs Avena Robardet (V).

(32) CA Rennes, 1ère ch., section B, 6 juillet 1995 ; Contrats, conc, consom, 1995, comm n° 173, obs Raymond(Guy).

(33) RAYMOND(Guy), Crédit à la consommation, *J.-CL.,* Banque – crédit – bourse, op-cit, p.56.

(34) BURST (Jean-Jacques), « La nullité des ventes à crédit pour dépassement du crédit autorisé », D, 1970, chron. P.65.

(35) FLORENCE (Auby), note précitée, p. 2569.

(36) RAYMOND(Guy), « La protection du consommateur dans les opérations de crédit », Gaz. Pal, 1978, n°2, doctr. P.556.

(37) PIEDELIEVRE(S), op-cit, p.267.

(38) Cass.1ère civ, 28 janvier 1992, *Bull*, *civ. I,* n°34.

(39) Cass.1ère civ, 2 mai 1989, *Bull*, *civ. I, 1989, n*°181.

(40) PIEDELIEVRE(S), op-cit, p.269.

(41) FALAISE(Muriel), « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité), Les petites Affiches, 27 aout 1997, n° 103, p.5.

(42) BASTIAN(Daniel), Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, Thèse pour le doctorat en droit, Paris 1929, p.8.

(43) المواد 81، 83، 86، 88، 93، 94، 97 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، مرجع سابق.
المادة 2/544 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل و المتمم، ج. ر. ج .ج ، عدد 101، بتاريخ 19 ديسمبر 1975.

(44) JACOB (François) & autres, Art 1167 du code civil français, Collection code Dalloz annoté, 106ème édition, Paris

2007, p.1212.

المادة 191 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(45) MALAURIE(Philippe) & AYNES(Laurent), Droit civil, Les obligations, Cujas, Paris 1995-1996, p.601.

(46) PIZZIO-DELAPORTE(Corinne), « L'action paulienne dans les procédures collectives », *R.T.D. com.et de dr. éco.*1995, n°.715.

مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري ،الأوراق التجارية و الإفلاس، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت1993 ص. 402.

المادة 244 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل و المتمم، مرجع سابق.

(47) JACOB (F) & autres, Art 1422 du code civil français, op-cit, p.1558.

(48) SIMLER (Philippe), La nullité partielle des actes juridiques, L.G.D.J., Paris 1969, p.218 et s.

(49) FALAISE(M), op-cit, p.6.

(50) DEMOGUE(René), Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique, Paris, Rousseau, 1911, p.67 ; in BOUDOT(Michel), *Le dogme de la solution unique, contribution à une théorie de la doctrine en droit privé,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de droit, d'économie, et des sciences d'Aix-Marseille,1999,p.140.

(51) GESTIN(Jacques) & GOUBEAUX(Gilles),*Traité de droit civil, Introduction générale*,2 ème édition, L.G.D.J., Paris 1983, p.668 et s.

(52) STARCK(Boris), ROLAND(Henry), BOYER(Laurent), *Droit civil, Les obligations,* 5ème édition ,Litec ,Paris 1995, p.297.

(53) CA Riom, 17 novembre 1967, *D* 1968, somm, n° 30, obs, Burst(Jean-Jacques).

(54) المادة ق.311-23 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949، المؤرخ في26 جويليه1993 ، مرجع سابق.

(55) DUTILLEUL(François) & DELEBECQUE(Philippe), Contrats civils et commerciaux, 6ème édition, Dalloz, Paris, 2002, P.814 ; Cass.1ère civ, 23 juin 1987, Bull.civ., I, n° 208.

المادة ق.311-27 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949، المؤرخ في26 جويليه1993 ، مرجع سابق.

(56) المادة ق.311-24 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949، المؤرخ في26 جويليه1993 ، نفس المرجع.

(57) المادة ق.311-25 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949، المؤرخ في26 جويليه1993 ، نفس المرجع.

(58) د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري و الكويتي في ضوء آراء الفقه و أحدث أحكام القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004، ص 13، هامش3.