

# مجلة جامعة الشارقة

دورية علمية محكمة

للعلم  
الشرعية  
والقانونية



المجلد 11 ، العدد 2

صفر 1436 هـ / ديسمبر 2014 م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 1996-2320

# القرض المصرفي بين «العينية و الرضائية» (دراسة قانونية مقارنة)

فائق محمود الشماع

كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط

عمان - الأردن

تاريخ القبول 2013-09-25

تاريخ الاستلام 2013-05-08

## ملخص البحث

بوحى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (م/ 711)، تميز قانون المعاملات التجارية الاتحادي بتكريس رضائية القرض المصرفي (م/ 409). وبهذا يكون المشرع الإماراتي قد اختار موقفاً مخالفاً للاتجاه التشريعي التقليدي الموروث عن القانون الروماني والمقرر عينية عقد القرض (كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي)، ولكنه منسجم مع الاتجاه التشريعي الحديث (كالقانون المدني السويسري والقانون المدني المصري)، كما أنه يجد دعماً في التطبيقات الحديثة للقضاء الفرنسي التي استقرت حالياً على اعتبار القرض البنكي عقداً رضائياً، وذلك بالرغم من نصوص القانون المدني والاعتراضات الفقهية المطروحة بهذا الصدد للدفاع عن عينية القرض. هذه الاعتراضات سيتم بيانها في الفصل الأول من هذا البحث لغرض تقويم حجج خصوم رضائية القرض المصرفي في الفصل الثاني، وصولاً لتأصيل التطور القانوني لهذه العملية المصرفية الشائعة.

## تقديم:

- رغم شيوع القرض المصرفي حالياً، لم تحظ هذه العملية المصرفية بتنظيم تشريعي إلا من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993، وذلك بوحى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لعام 1985. ومن ثمّ، خُصِّعَ القرض المصرفي في أغلب الأنظمة القانونية الأخرى لقواعد القرض العادي الذي اختلفت التشريعات بشأن تكوينه على اتجاهين.

الاتجاه الأول، وهو القديم، يُعتبر القرض عقداً عينياً لا يكفي الاتفاق لتكوينه، بل لا بد أيضاً من قيام المقرض بتسليم المال، محل القرض، إلى المقترض لكي ينشأ القرض، وهذا هو مذهب القانون الروماني ووريثه التشريع الفرنسي النافذ<sup>(1)</sup>، كما تبنى هذا الاتجاه القانون المدني المصري القديم<sup>(2)</sup>. وهذا هو مذهب القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951<sup>(3)</sup>

الاتجاه الثاني، وهو الأحدث، يُعتبر القرض عقداً رضائياً يكفي الاتفاق على تكوينه بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، أما تسليم المال، محل القرض، إلى المقترض فهذا التزام يرتبه عقد القرض في ذمة المقرض وليس ركناً في العقد ذاته. وهذا هو مذهب قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 المتضمن بأن «يملك المقترض القرض ملكاً تاماً بالعقد ولو لم يقبضه من المقرض، ويقضى له به إذا امتنع المقرض عن تسليمه له، ولا يبطل القرض إذا حدث للمقترض مانع من موانع التصرف في المال قبل قبض المقترض له»<sup>(4)</sup> وهذا هو أيضاً مذهب القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948<sup>(5)</sup> المتضمن بأن «القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته». وبهذا الاتجاه أخذ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976<sup>(6)</sup> المتضمن بأن القرض «تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدراً ونوعاً وصفة إلى المقترض عند نهاية مدة القرض».

وهكذا، يتأرجح القرض المصرفي، في ظل القوانين المقارنة المذكورة، بين العينية والرضائية حسب اختلاف التشريعات المذكورة.

- ولكن، من الملاحظ أن الصفة الرضائية للقرض المصرفي تحظى باهتمام أحدث. فمثلاً، يُلاحظ أن قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 نص صراحة على أن «القرض المصرفي عقد بمقتضاه يقوم المصرف بتسليم المقترض مبلغاً من النقود على سبيل القرض.....»<sup>(7)</sup>، بمعنى أن التسليم للنقود هو أثر للعقد وليس ركناً لتكوينه.

والأكثر حداثة يتمثل بالاتجاه المعاصر لمحكمة النقض الفرنسية التي جرت- منذ عام 2000-

على التمييز بين القرض العادي والقرض الذي يمنحه ممتهن منح الاعتماد (Professional de l'octroi de credit)، مثل البنك أو المصرف. فقد استقر القضاء الفرنسي على الحكم بأن هذا القرض، أي المصرفي، «لا يُعد عقداً عينياً وإنما عقداً رضائياً ملزماً للجانبين»<sup>(8)</sup>. ويترتب على ذلك- طبقاً لقرارات محكمة النقض- نتيجتان: فبموجب أثر الاتفاق «يلتزم المقرض بتسديد (Paiement) المبلغ المتفق عليه من جهة<sup>(9)</sup>، ويلتزم المقرض برد المبلغ المقرض من جهة أخرى<sup>(10)</sup>. وهكذا، لم يعتبر للتسليم دوراً جوهرياً في تكوين القرض المصرفي<sup>(11)</sup>.

- هذا التصور الحديث للقرض المصرفي صار موضوع نقاش واعتراض من جانب بعض الفقهاء، وذلك لما يترتب على هذا التطور من نتائج متباينة بشأن هذه العملية المصرفية في ظل الاتجاهين المذكورين، خاصة من حيث مسؤولية البنك عن تنفيذ الاتفاق على القرض النقدي: فرضائية هذا الأخير ترتب ولادة التزام البنك بتسليم المبلغ النقدي المتفق عليه بمجرد إبرام الاتفاق، ومن ثم لا يتمكن البنك الرجوع عن هذا الالتزام؛ لأن للمقرض الحق في مطالبته بدفع كامل مبلغ القرض<sup>(12)</sup>، ودون أن يكلف هذا المقرض بإثبات تضرره من عدم الدفع<sup>(13)</sup>؛ لأن الضرر مفترض في حالة الإخلال بالالتزام النقدي<sup>(14)</sup>، وهذا بخلاف حالة القرض العيني حيث إن امتناع البنك عن تسليم المبلغ لا يُعتبر إخلالاً بالالتزام بالقرض لعدم تكوين القرض إلا بعد التسليم، وإنما يُعتبر هذا الامتناع إخفاق في تنفيذ التزام بعمل يخول طالب القرض المطالبة بالتعويض عما يلحقه عن هذا الامتناع من ضرر، ويقدر هذا الضرر - إن وجد - بمعنى أنه لا يستحق التعويض إلا بإثبات الضرر الذي يلحقه من امتناع البنك من التسليم المتفق عليه<sup>(15)</sup>.

هذا التباين لمدى مسؤولية البنك في ظل الصفة العينية أو الرضائية للقرض المصرفي يبرر أهمية تدقيق الحجج المذكورة بهذا الصدد بعد عرضها أولاً، وذلك الآتي:

المطلب الأول: حجج خصوم «رضائية» القرض المصرفي.

المطلب الثاني: التقييم القانوني لحجج خصوم «رضائية» القرض المصرفي.

## المطلب الأول

### حجج خصوم «رضائية» القرض المصرفي

يرى جانب من الفقه أن اعتبار القرض المصرفي عقداً رضائياً يستند إلى تصور غير دقيق لمفهوم اتفاق القرض من حيث التراضي، ومن حيث السبب:

أ. فمن حيث التراضي: يقول أنصار هذا الاتجاه، إن اعتبار القرض المصرفي عقداً رضائياً ينطوي على مبالغة مفرطة في مفهوم التراضي، وذلك على الصعيدين النظري والعملي.

1. على الصعيد النظري، يشير أحد أنصار هذا الرأي<sup>(16)</sup> إلى أن الاتفاق على قرض النقود - إذا كان عينياً - فهو لا يشمل كامل عملية القرض التي لا تتحقق إلا بتسليم المبلغ المتفق على إقرضه، بمعنى أن الاتفاق على القرض العيني ينظم في الأصل ظاهرة الاسترداد التي تمثل المرحلة الثانية في عملية القرض، أما إذا كان الاتفاق المذكور رضائياً، فإن هذا الاتفاق يتسع ليغطي كامل مراحل عملية القرض، أي مرحلة تسليم المبالغ التي تمثل مضمون التزام المقرض، ومرحلة الاسترداد للمبالغ المقترضة التي تمثل مضمون التزام المقرض. بمعنى أن نطاق الاتفاق الرضائي أوسع من نطاق الاتفاق العيني. وبهذا، فإن القرض الرضائي يكاد يتجاوز إرادة الطرفين اللذين يتفقان على أساليب الرد ويتركان تسليم المبالغ خارج الاتفاق. وبقينا، يقول أنصار هذا الاتجاه: إن الاسترداد لا يتصور بدون استلام المال مقدماً، ولكن من الممكن الاتفاق على الاسترداد دون جعل تقديم المال مضموناً وفحوى للالتزام العقدي بموجب القرض. صحيح إن الالتزام بالرد يقتضي استلام المال، ولكن الاتفاق على الرد لوحده صحيح وكاف لتكوين عقد القرض.

وهكذا، يقول خصوم رضائية القرض المصرفي، إن القرض الرضائي لا يجسد جميع الاتفاقات الإرادية لعملية القرض؛ لأنه أوسع بكثير من حالة اتفاق الطرفين على اقتصار العقد على تنظيم مرحلة الاسترداد و من ثم الحفاظ على الصفة التقليدية للعقد. وبعد ذلك، فإن القرض العيني لا يُعد ممنوعاً، فالرضائية الجديدة للقرض لا ترمي إلى تقليص حرية الاتفاق. ففي الزمن الذي كانت الصفة العينية تمثل القاعدة في القرض، كان من الممكن الاتفاق على القرض الرضائي باعتباره عقداً غير مسمى. واليوم- بالمقابل- يجب صيانة الاتفاق على القرض الذي لا ينسجم مع الإطار النظري الجديد لمجرد أن هذا الاتفاق لا يتناول سوى معالجة الاسترداد.

وفي ضوء ما تقدم، يرى أنصار هذا الاتجاه، أنه من غير الدقيق القول بأن القرض المصرفي ليس عقداً عينياً؛ لأن صفة عقد القرض لا تخضع لاجتهاد القاضي، وإنما تخضع أساساً لإرادة طرفي العقد. فالمشكلة الأساسية بهذا الصدد تكمن في الكشف عما إذا كان طرفا العقد قد اتفقا على اعتبار التسليم للنقود مضموناً للالتزام ينشأ من اتفاق القرض. والحال إن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى اتجاه معاكس حيث استنتجت التزام البنك بـ «التسليم» من الصفة الرضائية للقرض. وبهذا تكون المحكمة المذكورة قد أكدت على وجود أمر هو بحاجة إلى إثبات، أي إثبات اتجاه الإرادتين إلى اعتبار «التسليم» أثراً للعقد وليس شرطاً لتكوينه.

2. وعلى الصعيد العملي، يشير أيضاً أنصار هذا الرأي إلى أن الصفة العينية للعقد تتلاءم مع توجهات ومصالح طرفي القرض المصرفي. فمن جهة البنك، يلاحظ أن مصلحة هذا الأخير تقتضي بقاءه بعيداً عن الالتزام بالتسليم لحظة الاتفاق على القرض، وذلك لمجابهة التغيير السلبي لمركز طالب القرض تجنباً للتعرض إلى المخاطر. فرضى البنك بالإقراض هو مجرد رضى أولي لا يمثل إرادة قاطعة، وإنما رضى مبدئي يتأكد عند تسليم المبالغ النقدية. وهذا الموقف - كما يقولون - مبرر؛ لأنه يهدف إلى تخفيف عدم التوازن الطبيعي للصيق بالقرض: فالمقرض يتعرض دائماً لاستحصال أقل مما يقدم من مال، في حين لا يتعرض المقترض مطلقاً إلى رد أكثر مما استلم من مال. ومن جهة طالب القرض فإن هذا الأخير يهدف - من خلال التراضي - الوصول إلى مركز ثابت بأسرع وقت وقيل تحقق ظاهرة استلام المال محل القرض؛ لأنه بحاجة إلى معرفة ما يجب أن يلتزم به، بسبب ارتباط ذلك بتحديد رصيده المالي. ومن ثم، فإن ظاهرة «استلام» محل القرض تُعتبر عنصراً خارجاً ولاحقاً للتراضي، وبتحققه - عندئذ - يتحقق القرض.

ب- ومن حيث السبب، فيلاحظ خصوم رضائية القرض المصرفي أن هذه الصفة ترتب نكوصاً في دور السبب في تكوين عقد القرض: فقد تنبأ البعض أن تكريس رضائية القرض المصرفي قد يؤدي مستقبلاً إلى اختفاء دور السبب في المنظور القانوني الحديث<sup>(17)</sup>، أو في الأقل، يؤدي إلى الابتعاد عن المفهوم الحديث الشخصي لنظرية السبب، كما يتضح ذلك من ملاحظة بعض التطبيقات الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية. فقد أصدرت هذه المحكمة قراراً في 5/7/2005 زرع الاضطراب في الفقه، حيث تضمن هذا القرار الإشارة إلى فكرة «الاعتبار» وليس إلى فكرة «السبب»<sup>(18)</sup>. وتأثراً بهذا القرار الأخير، قضت المحكمة المذكورة بأن «التزام المقرض بالرد يُعد مسبباً، أي تحقق سببه، طالما أن التسليم قد تم إلى الشخص الذي عينه

القرض المصرفي بين «العينية و الرضائية» (دراسة قانونية مقارنة) (177-198) المقترض»<sup>(19)</sup>.

هذا الحكم، كما أشار أحد الباحثين، فسح المجال للبعض للتصور بأن القضاء يجنح إلى تكريس المذهب الموضوعي البحت لسبب القرض البنكي مفهوماً من خلال تسليم المبالغ للمقترض<sup>(20)</sup>. وهذا ما ورد لفظاً في قرار صادر عن محكمة الاستئناف Riom التي رفضت الطعن في حكم المحكمة الدنيا على أساس أن هذه الأخيرة لم تثبت من وجود سبب للقرض البنكي محل النزاع؛ إذ قالت محكمة Riom : إن «سبب القرض يكمن في التسليم للمبالغ الذي تم تنفيذه»<sup>(21)</sup>. وأكثر من هذا، يشير أنصار هذا الاتجاه إلى أن محكمة النقض الفرنسية جرت على تكرار العبارة الآتية في أحكامها: «حيث إن القرض البنكي لا يُعد عقد عينياً، فإن التزام المقترض يجد سببه في التزام البنك المقرض....»<sup>(22)</sup>، وهذا تكريس واضح للمفهوم الموضوعي للسبب، كما يشير إلى ذلك خصوم رضائية القرض البنكي؛ إذ يُعتبر التزام أحد الطرفين في العقد سبباً لالتزام الطرف الآخر، أي بعيداً عن الاعتماد بالبواعت والغايات لطرفي العقد.

## المطلب الثاني

### التقييم القانوني لحجج خصوم رضائية القرض المصرفي

لدى تدقيق حجج خصوم رضائية القرض المصرفي، يلاحظ هشاشة اعتراضاتهم لعدم دقة تحليلاتهم بشأن التراضي والسبب في ميدان هذا العقد المصرفي، وذلك على التفصيل الآتي:  
أ. من حيث التراضي، يلاحظ أن الاعتراضات موضوع التدقيق لا تجد لها سنداً على صعيد التحليل العلمي والتكريس التشريعي والتطبيق القضائي.

1. على صعيد التحليل العلمي، يلاحظ أن اعتراضات خصوم رضائية القرض المصرفي تتمثل بجملة افتراضات نظرية تصّيق من أبعاد الاتفاق على تنظيم مرحلة تسديد القرض دون بيان المانع القانوني من توسيع الاتفاق ليشمل تنظيم كامل عملية القرض المصرفي، خاصة وأن هذا الأخير يُعتبر عملية تباشرها المصارف التجارية حالياً في ظروف وأساليب مختلفة كلياً عن التعامل بالقرض العيني الموروث من القانون الروماني.

فنظرياً، لم يُعد هناك مبرر لتبني «عينية» القرض؛ لأن الاتجاه الحديث يميل إلى «رضائية» العقود. وهذا ما أشار إليه المرحوم العلامة السهوري؛ إذ كتب قائلاً: إن

«ورث عينية عقد القرض عن القانون الروماني دون مبرر. فالفد كانت هذه العينية مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية، ثم استُغني عن الشكل بالتسليم في العقود العينية ومنها القرض. أما اليوم فقد أصبحت القاعدة أن التراضي كاف لانعقاد العقد، فلم يُعد هناك مقتضى لإحلال التسليم محل الشكل، إذ لم تُعد في حاجة لا إلى الشكل ولا إلى التسليم. وهذا هو اتجاه التقنيات الحديثة، فإن تقنين الالتزامات السويسري (م 321، 329) جعل القرض عقداً رضائياً، وعلى نهجه سار التقنين المدني المصري الجديد. وعينية عقد القرض في القانون الفرنسي ينتقدها الفقه بحق، إذ هي كما قدمنا ليست إلا أثراً من آثار تقاليد القانون الروماني بقي بعد أن زال مبرره»<sup>(23)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم، ونظراً لتباين القرض التقليدي عن القرض المصرفي، فإن القاضي ملزم بتكييف العلاقة القانونية المعروضة عليه لتحديد طبيعتها وصولاً لتعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع، طالما أن البنوك تباشر عمليات القرض بشروط وظروف تختلف كلياً عن تلك المتبعة بشأن القرض التقليدي من حيث الصور والهدف والأشخاص والأسلوب والمبلغ وعدد العقود المبرمة يومياً. ومن ثم من غير المعقول تطبيق قواعد قديمة دون تطوير أو تغيير على القرض المصرفي، خاصة في غياب الحاجة إلى أعمال القواعد التقليدية للقرض الموروثة من زمن قديم.

وعملياً، لا توجد حاجة لاعتبار القرض المصرفي عقداً عينياً، وذلك لسببين:

فمن جهة، لئن كان القرض العيني يؤسس على فكرة أن المقترض لا ينبغي أن يلتزم برد الشيء المقترض إلا بعد أن يقبض هذا الشيء، فإن هذه الفكرة يُرد عليها بالإشارة إلى عدم وجود ما يمنع من أن يتحقق وجود القرض قبل أن يتولد في ذمة المقترض التزام برد المثل، ثم يتولد هذا الالتزام بعد أن ينفذ المقرض التزامه بإعطاء الشيء إلى المقترض<sup>(24)</sup>. وهذا هو الذي يحدث في عقد الإيجار، فإن المستأجر لا يلتزم برد العين المؤجرة إلا بعد أن ينفذ المؤجر التزامه بتسليمها إياه، ومع ذلك يتكون عقد الإيجار قبل هذا التسليم إذ هو عقد رضائي بدون شك<sup>(25)</sup>.

ومن جهة أخرى، لا توجد أهمية عملية من القول: إن القرض المصرفي- أو حتى القرض العادي- هو عقد عيني لا يتكون إلا بالتسليم، ما دامت الرضائية هي الأصل في التعاقد. ففي ظل القانون الفرنسي بالذات، وهو القانون المقرر لعينية عقد القرض، يمكن أن يحل محل القرض العيني وعد بالقرض رضائي ينتهي إلى ذات النتيجة التي ينتهي إليها



القرض العيني. وما على المتعاقدين إلا أن يتعاقدا على وعد القرض، فيعد أحدهما الآخر أن يقرضه مالياً، وينشأ الوعد في هذه الحالة بمجرد التراضي. وعند ذلك يستطيع الموعود له أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده، فيتسلم منه الشيء أو المال الموعود بقرضه، فيصل بذلك عن طريق الوعد بالقرض إلى القرض الكامل<sup>(26)</sup>.

2. على صعيد التشريع، نكرر الإشارة إلى قانون المعاملات التجارية الإماراتي الذي عرف القرض المصرفي بأنه «عقد بمقتضاه يقوم المصرف بتسليم المقرض مبلغاً من النقود على سبيل القرض...»<sup>(27)</sup>. وفي ميدان القانون المدني، نصيف هنا التأكيد على الإشارة إلى القانون المصري الذي ينص على أنه «يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقرض...»<sup>(28)</sup> ويؤكد القانون الأردني على أنه «يتوقف تمام عقد القرض على قبض المال أو الشيء المستقرض...»<sup>(29)</sup>، بمعنى أن القرض ينشأ بالتراضي ويتم بالتسليم والقبض، فهذا الأخير هو شرط تمام، وليس ركن انعقاد للقرض<sup>(30)</sup>. ولعل من المهم الإشارة هنا إلى القانون المدني الذي ينص على أنه «إذا هلك العين بعد العقد وقبل القبض، فلا ضمان على المستقرض»<sup>(31)</sup>، بمعنى أن القرض ينشأ كعقد قبل القبض بموجب صريح النص المذكور.

ولا غرابة في هذا الموقف الذي ينسجم مع حكم التنزيل الكريم إذ يقول تعالى: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بِيَدِكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ لَهُهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَآمْرَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشُّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهُ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَقَلُّوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»<sup>(32)</sup>، وفي هذا النص إشارة واضحة لغياب «التسليم» كشرط لنشأة الدين، وصورته القرض<sup>(33)</sup>. ولهذا، يرى بعض من الفقهاء المسلمين بأن القرض عقد غير لازم قبل القبض، بمعنى أن القبض ليس شرطاً لانعقاده. وأكثر من ذلك يرى البعض الآخر من الفقهاء بأن القرض عقد لازم بملك المال محل القرض بمجرد العقد ملكاً تاماً ولو لم يُقر بقبضه<sup>(34)</sup> وكل هذا تطبيق للحديث الشريف القاضي بأن المؤمنين عند شروطهم إلا شرطاً

أحل حراماً أو حرم حلالاً، بمعنى أن العقود رضائية، ومنها القرض، طالما لا يوجد نص يلزم بأن يكون القرض ركناً لوجوده.

3. وعلى صعيد التطبيق القضائي، تجدر الإشارة ابتداءً إلى أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية الذي استهل بتكريس لفظ نص القانون أولاً وصولاً لاستنتاج الصفة الرضائية لعقد القرض. فقد جاء في هذا القرار بان المادة (637) من القانون المدني نصت صراحة على أنه يتوقف تمام عقد القرض على قبض المال والشيء المستقرض. وحيث لم يثبت أن الميزة قامت بتسليم المال محل القرض للمميز ضده ولم يقبضه وفقاً لأحكام القانون ومتطلبات شروط التمويل، الأمر الذي يجعل الميزة غير محقة بدعواها<sup>(35)</sup>. وواضح من هذا القرار أن المحكمة تؤكد على أن التسليم هو شرط تمام لعقد القرض الذي يوجد بالتراضي، وليس ركناً لوجود هذا العقد<sup>(36)</sup>، خاصةً وأن المحكمة لم تقر بطلان العقد لعدم التسليم لمبلغ القرض، وإنما قررت فقط بأن الميزة غير محقة بدعواها<sup>(37)</sup> ودون تمييز بين قرض عادي أو مصرفي.

القضاء الفرنسي يتبنى التمييز بين القروض، فهو يؤكد على أن القرض العادي يُعد عقداً عينياً، بينما القرض المصرفي يُعد عقداً رضائياً. وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على هذا الاتجاه مع التركيز على النتائج المترتبة بهذا الصدد. فطبقاً لقرارات هذه المحكمة العليا، فإن

القرض البنكي لا يُعتبر عقداً عينياً وإنما عقداً رضائياً ملزماً لجانبين<sup>(38)</sup>. وتترتب على ذلك نتيجتان: فموجب آثار العقد، يلتزم البنك المقرض بتسديد (paiement) المبلغ المتفق عليه<sup>(39)</sup> من جهة، وبالمقابل يلتزم المقرض برد المبلغ المقترض، من جهة أخرى<sup>(40)</sup>. ومن ثم كما لاحظ ذلك (Grua)، لم يُعد للتسليم دور جوهري في تكوين العقد<sup>(41)</sup>. لهذا، رفضت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة استئناف (Riom) الذي تضمن أن «سبب القرض يكمن في التسليم للمبالغ الذي تم تنفيذه»<sup>(42)</sup>، لأن هذه العبارة تؤكد على أن التسليم ركن في القرض المصرفي، بينما هو ليس كذلك في منظور محكمة النقض الفرنسية<sup>(43)</sup>. ولهذا السبب نفسه، قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر بأن القرض الممنوح من ممتن عمليات الاعتماد (أي البنك) لا يُعتبر عقداً عينياً بحيث إن إثبات هذا العقد يقتضي فقط تقديم الدليل على اتفاق الإرادتين، أو تراضيهما<sup>(44)</sup>.

القرض المصرفي بين «العينية و الرضائية» (دراسة قانونية مقارنة) (177-198)

ب- من حيث السبب، يلاحظ أن خصوم رضائية القرض المصرفي بعيدون عن الاستناد السليم والصحيح إلى القرارات القضائية ذات الصلة من جهة، الأمر الذي رتب تصوراً غير دقيق لمفهوم سبب القرض المصرفي في القرارات المذكورة من جهة أخرى، وذلك على التفصيل الآتي:

1. على صعيد القرارات القضائية، يلاحظ أن خصوم رضائية القرض المصرفي يستندون استناداً غير دقيق إلى التطبيقات القضائية. فالتنبؤ باختفاء دور السبب لا يصلح حجة بهذا الصدد؛ لأنه يخالف الواقع الفعلي لقرارات القضاء الفرنسي، وخاصة في ميدان القرض المصرفي كما سيذكر أدناه تفصيلاً. يضاف إلى هذا، فإن الاستناد إلى موقف إحدى محاكم الاستئناف (Riom) المرفوض من قبل محكمة النقض الفرنسية لا يصلح هو الآخر حجة بهذا الشأن؛ لأنه يقوم على تأسيس مجتزأ لا يمثل موقف القضاء الفرنسي، حيث إن قرار الاستئناف المذكور رفضته محكمة النقض. ويضاف إلى ذلك، أن قرار النقض الصادر من محكمة النقض أشار صراحة إلى أن هذا الرفض مبني على سوء فهم محكمة الإستئناف (Riom) لدور السبب في القرض المصرفي، وذلك في قرار النقض الصادر بتاريخ 7/4/2009 بشأن النزاع الذي نشأ عن قرض بنكي منح لغرض تمويل عملية شراء محل تجاري، ومع ذلك، لجأ البنك المقرض إلى توظيف المبلغ المقترض لغرض آخر هو تغطية قيمة ناتج سحبها المقترض.

لهذا اعترض المقترض على هذا الاستعمال للمبلغ المقترض ونشأ النزاع بين الطرفين بهذا الصدد. وعرض هذا النزاع على القضاء الذي تولى النظر بطلب المقترض بإبطال عقد القرض لتخلف تحقق وجود سبب العقد؛ لأن المقرض استعمل المبلغ المقترض لغاية أخرى غير المتفق عليها. ولكن، محكمة الموضوع رفضت هذا الطلب لأن «سبب القرض يكمن في التسليم للمبلغ الذي تم تحققه، ومن ثم، وفق تعبير محكمة الموضوع، فإن القرض يستند إلى سبب موجود».

طعن المقترض بهذا الحكم الأخير لدى محكمة النقض التي قضت أن القرض المصرفي لا يُعد عقداً عينياً، وأن سببه لا يكمن في تسليم المبالغ، وحيث إن محكمة الموضوع استندت إلى غير ذلك لرفض طلب الإبطال للطاعن، فإنها تكون قد خالفت المواد 1131 و 1134 من القانون المدني<sup>(45)</sup>.

ومن مجمل هذه الوقائع، يلاحظ بوضوح أن محكمة النقض الفرنسية لم تغفل أو تهمل

التثبت من وجود سبب القرض البنكي، كما أنها ترفض اعتبار «التسليم» للمبالغ المقترضة سبباً لهذا القرض الرضائي، على خلاف ما قال به أنصار الصفة العينية لهذا العقد. ولكن بأي مفهوم لهذا السبب؟ هل هو المفهوم الموضوعي أم المفهوم الشخصي للسبب؟

2. على صعيد مفهوم السبب في القرارات القضائية، تجدر الإشارة إلى أول تعليق على قرار محكمة النقض الفرنسية في 7/4/2009، إذ أشار المعلق إلى أن «قرار الغرفة التجارية الناقض لحكم محكمة الاستئناف (Riom) لا يقتصر على تحليل موضوعي بحت ومجرد للسبب»<sup>(46)</sup>.

ويؤيد هذا التصور ما ورد في الإيضاحات التي تقدم بها المحامي العام (-Mm. Ba. tut) في محكمة النقض. فقد دعا المحامي العام إلى نقض قرار محكمة الاستئناف (Riom) بالاستناد إلى القرارات السابقة لمحكمة النقض (الصادرة في 5/7/2006 و 19/6/2008) والتحليلات العلمية السائدة في الفقه بهذا الصدد. ويمكن إجمال هذه التبريرات في الآتي:

فابتداءً، أشار المحامي العام إلى أن موقف محكمة النقض بهذا الصدد يستند بصورة ضمنية إلى القضاء المعتمد بشأن السبب الظاهر، وبوجه خاص إلى قرار الغرفة المدنية الصادر في 4/2/1975، كما أن هذا الموقف ينسجم مع الاتجاه الفقهي السائد بشأن السبب: فالبروفسور Ghestin يفضل الركون إلى فكرة «المقابل المتفق عليه» (La contrepartie convenue) التي تتيح الأخذ بنظر الاعتبار ببواعث ومبررات المقترض طالما أنها كانت قد زجت في المقابل المتفق عليه<sup>(47)</sup>. أضف إلى ذلك، يقول المحامي العام: إن الباحث (Constantin) أشار إلى أن تأكيد رضائية القرض البنكي من قبل محكمة النقض يكون بدون معنى إذا كانت هذه المحكمة ترى أن التزام المقترض بالرد يجد سببه دائماً في تسليم المبالغ للمقترض المبالغ، حيث لا يجوز اختزال سبب التزام المقترض بمجرد عملية التسليم، خاصة وأن هذا السبب يجب تقديره وجوداً وصحةً في زمان إبرام عقد القرض<sup>(48)</sup>. وهذا ما يؤكد الفقيه Ghestin إذ أشار إلى أن التزام المقترض يجد سببه حينما يتم فعلاً تسليم هذه المبالغ للمقترض أو تخصص للاستعمال المتفق عليه. ولكن، يضيف هذا الفقيه، أن تحليل سبب القرض باعتباره المقابل المتفق عليه، الذي يتجاوز المفهوم الموضوعي المجرد لالتزام المقرض بالتسليم، يتيح تضمين مفهوم سبب القرض الجانب الشخصي المتمثل ببواعث الطرفين حينما تكون هذه البواعث قد زجت في الميدان العقدي بموجب اتفاق صريح أو ضمني<sup>(49)</sup>.

القرض المصرفي بين «العينية و الرضائية» (دراسة قانونية مقارنة) (177-198)

في ظل هذه التبريرات، استنتج المحامي العام عدم صحة قرار محكمة الاستئناف المطعون فيه والمتضمن اعتبار سبب القرض كامن في تسليم المبالغ المقترضة؛ لأن هذا التصور يُعد قديماً لا ينسجم مع التطور الحديث لقواعد العقود.

وبأفكار مستوحاة، بل وبعبارات مقتبسة، من التبريرات المذكورة أعلاه، طالب المحامي العام بنقض قرار محكمة الموضوع. وقد استجابت محكمة النقض الفرنسية لهذا الطلب وقررت نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على أن هذا الأخير قد خرق المواد (1131-1134) من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بدور السبب في العقد، وذلك بقرار النقض الصادر في 7/4/2009 كما أشرنا إلى عبارات القرار آنفاً.

ومما تقدم يتضح أن القرارات القضائية المشار إليها لم تغفل الاعتداد بالبواعث الشخصية لطرفي القرض طالما أنها داخلة في نطاق الاتفاق الصريح أو الضمني لعقد القرض. وهذا هو تطبيق جلي للمفهوم الشخصي، وليس للمفهوم الموضوعي البحت<sup>(50)</sup>، لسبب العقد، على خلاف تصور خصوم رضائية عقد القرض المصرفي.

## الخاتمة

في خاتمة هذا البحث، فإن صفوة القول تتمثل بالإشارة إلى أن رضائية عقد القرض المصرفي لا تصطدم بأي مانع قانوني يحول دون تكوين هذه العملية المصرفية لا من حيث التراضي ولا من حيث السبب. فإرادة الطرفين تتولى تنظيم كامل هذه العملية المصرفية، ابتداءً بمرحلة تسليم البنك للمبالغ المقترضة وانتهاءً بمرحلة استرداد هذه المبالغ. ولا غرابة في اعتبار الالتزام بالتسليم سبباً للالتزام بالرد، لأن الالتزامين يتتاليان في الدور، بحيث يكون الأول سبباً للثاني على غرار عقد الإيجار الذي لا ينكر أحد صفته الرضائية، علماً بأن مفهوم السبب يتسع ليشمل البواعث الذاتية لطرفي القرض الداخلة في نطاق العقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني.

أ- هذه الخصيصة الرضائية للقرض المصرفي ترتب النتائج الآتية:

1. انعقاد عقد القرض المصرفي بمجرد اتفاق الطرفين.
2. صحة القرض، وجوداً ومشروعية، تقيماً انطلاقاً من زمان الانعقاد.
3. تترتب آثار القرض بمجرد الاتفاق بحيث يلتزم المصرف المقرض بتسليم مبلغ القرض نظير التزام المقرض فيما بعد برد المبالغ المستلمة عند الاستحقاق.

4. لا يجوز للمصرف المقرض رفض تسديد مبلغ القرض كلاً أو جزءاً بذريعة المقاصة مع حقوق للمصرف في ذمة المقترض ما لم يتفق على ذلك، حيث لا يجوز للمقرض استعمال مبلغ القرض لغرض آخر غير الغرض المتفق عليه صراحةً أو ضمناً.
5. المصرف المقرض يُعد ملتزماً بتسليم مبلغ القرض باعتباره مديناً بتسديد دين نقدي قابل للتنفيذ جبراً على المدين، ولا يُعد المصرف المقرض مجرد مدين بالتزام بعمل كما هو الحال مع الوعد بالقرض.

ب- ودعماً للخصيصة الرضائية للقرض المصرفي، نقترح التوصيات الآتية:

1. النص في التشريع بوضوح على رضائية عقد القرض المصرفي.
2. التزام المصرف بدراسة دقيقة لواقع طالب القرض قبل إبرام القرض لتحاشي احتمالات الإخفاق عملاً بمبدأ الوقاية خير من العلاج.
3. تكريس الاتفاق على القرض بأسلوب كتابي واضح كلما كان ممكناً مع:
  - بيان الغرض من منح القرض بغية تقييد استعمال المبلغ المقترض للغرض المتفق عليه.
  - تحديد واضح لشروط الاتفاق بما يضمن حقوق والتزامات طرفي القرض.

### الهوامش:

1. لاحظ تأريخ هذا الاتجاه: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، ط3، منشورات الحلبي، بيروت، عام 2000، ص419، بند 365.
2. لاحظ المواد (465-665) من التقنين المدني المصري القديم.
3. لاحظ المادة (686 / 1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
4. لاحظ المادة (711) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.
5. لاحظ المادة (538) من القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948
6. لاحظ المادة (636) من القانون المدني الأردني رقم 40 لسنة 1976.
7. لاحظ المادة (409) من المعاملات التجارية الإماراتي الذي جاء منسجماً مع حكم المادة (711) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المتضمن النص صراحة على أن «يتملك المقترض القرض ملكاً تاماً بالعقد ولو لم يقبضه المقترض، ويقضى له به إذا امتنع المقرض عن تسليمه».
8. راجع:

- Cass. 1er. civ. 28 mars 2000: Bull. civ. 1, n. 105; JCP 2000, II, 10296, concl. J, Saint- Rose; D. 2000. Jur. p. 482 note S. Piedelièvre;

- Cass. 1er. civ. 27 nov. 2001,; D. 2002, Jur. p. 119 note Chartier; JCP 2002, II, note Piedelièvre.

- Cass. civ 27 Juin et 5 Juill. 2006 n. 05-16.905 et 4-12-588. D. 2007. Jur. 50 note Ghestin.

- Cass. 1er. Civ. 14 Janv. 2010: JCP E 2012. 1465 note N. Disaux.

ثم لاحظ قرارات أخرى سيشار إليها لاحقاً.

9. لاحظ:

- Cass. 1er. civ. 28 mars 2000: précité.

10. لاحظ:

- Cass. 1er. civ. 27 nov 2000: précité.

11. راجع:

F. Grua: "Le prêt d'argent consensuel" D. 2003. p.1492.

12. لاحظ قرار محكمة أبو ظبي الاستئنافية في الاستئناف رقمي 130، 111/79 في جلسة 27/2/1979، أشار إلى ذلك د. عبد الله حسن محمد: العمليات المصرفية في قانون وقضاء دولة الإمارات العربية المتحدة، ط/ الأولى، عام 2001، ص 187.

13. لاحظ المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988.

14. لاحظ المادة (229) من القانون المدني السوري والمادة (228) من القانون المدني المصري والمادة (171) من القانون المدني العراقي.

15. راجع:

Cass. civ. 20 Juill. 1981: Bull. civ. I. n. 267; RTD. civ. 1982 p.427 n.1, obs. Ph.Rémy; Gaz. Pal. 1982, pan. p 93 obs. I. Dupichot-Add. H. Capitant: les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 11 e. éd. par. F. Terré et Y. Lequette, 2000, t. 2, § 264.

ثم لاحظ ما يأتي تفصيله بشأن الوعد بالقرض ما يأتي تفصيله في الصفحة 10، 11، والهامش 26 من هذا البحث

16. راجع:

F. Grua: "Le prêt d'argent consensuel". D. 2003 Ch. p. 1492.

17. راجع:

Dominique Legeais: "L'obligation de l'empreteur trouve sa cause dans l'obligation du prêteur". RTD. com. 2010 p.602.



القرض المصرفي بين «العينية و الرضائية» (دراسة قانونية مقارنة) (177-198)

18. لاحظ:

Cass. 1er. civ. 5 Juill. 2005: RTD. com. 2006. p.887 obs. D.L;  
Banque et droit. nov- déc. 2006 p.22 obs. T. Bonneau; D. 2007,  
Jur. p. 50 note J. Ghestin.

19. لاحظ أيضاً:

Cass. 1er. civ. 6 déc. 2007: RTD. com. 2008 p. 400 obs. D.L.

20. لاحظ:

X. Delpech: Observation in D. 2008, AJ. 1825.

21. وردت الإشارة إلى هذا القرار في:

- La Semaine Juridique Entreprise et Affaires N. 44, 29 oct 2009,  
Droit bancaire, Crédit- n- 14. commentaire J. Stoufflet.

22. راجع:

- Cass. 1er. civ. 5Juill 2006: Bull. civ. 1n. 358; D. 2007, Jur, 50  
note J. Ghestin; RTD. com. 2006 p. 887 obs. D. Legeais; RTd.  
civ. 2007 105 obs. J. Mester et B. Fages.

- Cass. 1er. civ. 19 Juin 2008: JCP. 2008. II. 10150 obs. A. Con-  
stantin; Gaz. Pal. 2008. 5. 3398 obs. A. piedelievre.

ولاحظ أيضاً:

- Cass. 1er. civ. 14 Janv. 2010: D. 2010 AJ.

- Cass. 1er. civ. 14 Janv. 2010: D. 2010. AJ. 259 obs. V. Avena-  
Roboradet.

23. راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج/5، ط/3،  
منشورات الحلبي 2000، بيروت، بند (266)، ص421. وللزيادة في بيان تطور القانون  
الفرنسي نحو رضائية القرض والرهن راجع:

R. Demogue: Traité des obligations en général, Rousseau & Cie.t. 2. 1923 n. 502.

24. السنهوري: المرجع المذكور، بند 66، ص422.
25. لاحظ بشأن التزام المؤجر بتسليم المأجور (م/ 742 مدني عراقي)، و(م/ 677 مدني أردني).
26. السنهوري: المرجع المذكور، بند 66، ص422.
27. (27) لاحظ المادة 409 من قانون المعاملات التجارية لسنة 1993
28. لاحظ المادة (539) من القانون المدني المصري وكذلك المادة (565) من القانون المدني لدولة قطر.
29. لاحظ المادة (637) من القانون المدني الأردني.
30. راجع: د. نسرین سلامة محاسنة، «عقد القرض في القانون المدني الأردني»، مجلة مؤتة، المجلد/23، العدد (5) سنة 2008، ص 185 وبوجه خاص صفحة 196-197. وبهذا الاتجاه لاحظ في ميدان القانون الإماراتي :- دكتور عادل إبراهيم مصطفى ، الوجيز في قانون المعاملات التجارية ج1 ( العقود التجارية والعمليات المصرفية ) ، ط 2/ عام 2008 الصفحات ( -377 374 ).
31. لاحظ المادة (686/2) من القانون المدني العراقي. والمادة (2 /637) من القانون المدني الأردني.
32. الآية رقم (282) من سورة البقرة.
33. راجع: المصباح المنير لأحمد بن محمد علي الفيومي، ط/ بيروت، 987، ص-78 وانظر أيضاً: لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، 3/167، مادة الدين. وكذلك: القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/2، ص1546، وأيضاً: مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المكتبة العصرية، لبنان، 2009، كلمة دين، ص110.
34. للزيادة في التفصيل، راجع د. محمد علي أحمد البناء: القرض المصرفي، دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط/ 2006، دار الكتب العلمية، ص-147

35. راجع: التمييز الأردنية، حقوقية، رقم 3124/2001 (هيئة خماسية) تأريخ 6/1/2002، منشورات مركز عدالة وفيما يأتي خلاصه عن وقائع هذا القرار:-

بتاريخ 24/6/1986 تقدم (ص) بطلب شراء شقة محددة رقما من مؤسسة مالية عقارية , كما قام (ص) في نفس التاريخ بإبرام عقد التمويل المرن مع شركة ريفكو لتمويل شراء الشقة المذكورة . وبتاريخ 10/12/1988 تم تحويل عقود الاقتراض التي أبرمتها شركة ريفكو مع الغير لصالح المؤسسة العامة المالية العقارية المتمثلة بشركة بنك الشرق الأوسط للاستثمار المساهمة المحدودة . وبتاريخ لاحق , تقدمت هذه الشركة الأخيرة بدعوى لدى محكمة بداية عمان مطالبة الحكم بإلزام المدعي عليه وكفيله بالمبلغ المدعي به وقدره (28902.761) دينارا . وقد تم قبول طلب المدعية وجرت المحاكمة وأصدرت محكمة البداية حكما قاضيا برد الدعوى. لم ترتض المدعي عليها بهذا الحكم فطعننت فيه لدى محكمة الاستئناف التي أصدرت قرارها برد الاستئناف , طعننت المدعية بقرار الاستئناف لدى محكمة التمييز الأردنية مؤسسة الطعن على سببين هما :

1. أخطأت محكمة الاستئناف حينما استندت إلى قرارها المميز أن الممييزة ( المدعية ) لم تقم بنقل ملكية الشقة للميز ضده ( ص ) .
  2. أخطأت محكمة الاستئناف ومن قبلها محكمة البداية عندما اعتبرت أن الممييزة ( المدعية) لم تسلم قيمة القرض للمميز ضده ( ص ) .
- ولدى التدقيق , لاحظت محكمة التمييز ما يأتي :

1. إن عقد التمويل تضمن شرطا يقضي بان تكون قيمة الدين قرضا بذمة الفريق الثاني (ص).
2. إن البينة المقدمة تثبت أن الشقة محل القرض تعود لشخص آخر ولا تزال مسجلة باسمه. ومن ثم, قضت محكمة التمييز رد التمييز مؤسسة حكمها كالاتي : " وحيث إن القاعدة القانونية المقررة في اعتبار المشتري مستلما المبيع إذ تم التسليم بتسجيل المبيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي. وحيث لم يثبت أن الممييزة ( المدعية ) قامت بتسليم المال محل القرض للمميز ضده ( المدعي عليه ) ولم يقبضه وفقا لأحكام القانون ومتطلبات شروط عقد التمويل الأمر الذي يجعل الممييزة غير محقة بدعواها.

فائق محمود الشماع (177-198)

وحيث توصلت محكمة الاستئناف لهذه النتيجة التي نقرها عليها وفق ما لها من صلاحيات في وزن البينة المقدمة في الدعوى وتقديرها فيكون قرارها المميز دائماً في محله وسببها التمييز لا يردان عليه مما يستوجب ردهما. وحيث ان الحكم المميز موافق لأحكام القانون وسببي الطعن لا يردان عليه لذا نقرر رد التمييز وتأييد الحكم المميز“ و صدر القرار بتاريخ 6/1/2002 .

ومن جانب آخر , تجدر الإشارة إلى قرار تمييزي آخر جاء فيه «إذا لم يقدّم الدليل على استلام المميز للمال المقترض فإن عقد القرض يكون قد اختل ركنه المنصوص عليه بالمادة (637/1) من القانون المدني». (تمييز حقوقية رقم (2004 /4009 بتاريخ 9 /3 /2005) ويلاحظ أن هذا القرار لا يمكن تبريره لمخالفته لصريح نص القانون كما أشارت إلى ذلك الدكتورة نسرين محاسنة حيث كتبت« إن المحكمة قد عاملت القبض في قرارها هذا معاملة الركن في العقد واستندت إلى نص المادة 637/1 رغم أن النص لم يقل ذلك، حيث إن القبض وفقاً للنص شرط لزوم وليس ركن انعقاد. (لاحظ البحث المذكور آنفاً ص 197).

36.د. نسرين محاسنة، المرجع السابق، ص 197.

37. لاحظ بهذا الاتجاه قرار التمييز الأردنية المتضمن بأن «مسؤولية البنك (المقرض) بفرض قيامها هي مسؤولية عقدية وهذه المسؤولية تقوم حين لا يفي البنك بأي التزام من الالتزامات الواردة في العقد (القرض) المبرم بينه وبين عميله»، التمييز، حقوق رقم 2005 /2100 (هيئة خماسية) تاريخ 22 /11 /2005، منشورات مركز عدالة

38.راجع:

- Cass. 1er. civ. 28 mars 2000: Bull. civ. I n. 105; JCP, 2007. II, 10296, concl. J. Saint- Rose; D. 2000, Jur. p. 482 note S. Piedelièvre.

- Cass. 1er. civ. 5 Juill 2006: Bull. civ. I. n. 358; D. 2007 Jur. p. 50 note J. Ghestin, et pan. 735 spéc. 759 obs. D. R. Martin; RTD. com. 2006, 887 obs. D. Legeais; RTD. civ. 2007, 105 obs. J. Mestre et B. Fages.

- Cass. 1er. civ. 19Juin 2008: D. 2008. AJ. 1825 obs. X. Depech; RTD. com. 2008. 602 obs. D. Legeais; JCP 2008. II. 10150 ob.

195

شعبان 1435 هـ يونيو 2014 م مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية المجلد 11 العدد 1

القرض المصرفي بين «العينية و الرضائية» (دراسة قانونية مقارنة) (177-198)

A. Constantin.

39. لاحظ:

- Cass. 1er. civ. 28 mars 2000: arrêt précité.

40. لاحظ:

Cass. 1er. civ. 27 nov. 2001: D. 2002. Jur. p.119 note Chantier;  
JCP 2002, II, 10050 note Piedelièvre: Defrénois 2002. p. 259  
obs. Libchaber.

41. راجع:

Crua: art. préci.

42. وردت الإشارة إلى هذا الحكم في قرار لمحكمة النقض / الغرفة التجارية في 7/4/2009 كما  
ذكر ذلك في البحث التالي لأحد أساتذة جامعة باريس:

Jacque Ghestin: “La définition de l’absence de cause dans les  
contats consensuels de prêt”. Rec. Dalloz 2009, p. 2080.

لاحظ أيضاً الإشارة إلى هذا الحكم في:

J. Stoufflet: commentaire in La Semaine Juridique, Entreprise et  
Affaires, n. 4, 290 Oct 2009, p.7.

43. راجع:

Cass. com. 7 avril. 2009 n. 08-12.192: JurisData n. 2009 –  
047786: JCP G 2009 n. 27 p. 27 note J. Lasserre Capdeville;  
Banque et droit 2009 n 126 p. 14 obs . Bonneau.

44. وردت الإشارة إلى هذا القرار في بحث لأحد أساتذة جامعة باريس- ديكارت:

Jérôme Françait: La prevue de la remise des fonds dans les  
contrats de prêt d’ argent réels et consesuele. Rec. Dalloz 2010,  
p. 620.

فائق محمود الشماع (198-177)

45. لملاحظة تفصيلات هذا القرار راجع:

J. Ghestin: art. précité.

46. لاحظ:

Avena- Robardet: D.2009. AJ. 1203.

47. الإشارة هنا إلى:

J. Ghestin: commentaire in D. 2007. Jur. 50.

48. راجع:

A. Constantin: Observation sous Cass. 19 Juin 2008: JCP 2008.  
II. 10150.

49. راجع:

J. Ghestin: "Cuase de L'engagement et validité du contrat",  
LEDJ, n. 586 et 590.

50. لاحظ بهذا الاتجاه:

Didier R. Martin: Opération de erédit- cause de pêrt, Commen-  
taire, Recueil Dalloz 2010 p. 1043- voir surtout p.12.

## **In-kind and Consensual Banking Loans A Comparative Legal Study**

**Faek M. Al-Shammaa**

*Faculty of Law - Middle East University*

*Amman - Jordan*

### **Abstract**

In light of the Emirati Civil Transactions Law (Article 711), the Federal Emirati Commercial Transactions Law distinguished itself by reiterating the consensual nature of the banking loan contract (Article 409). Thus, the Emirati legislator chose an adverse position from the traditional path inherited from the Roman law that adopted the real or in-kind nature of loan contract (such as the French civil law and Iraqi civil law). However, the Emirati law runs in line with the modern legislative jurisprudence (like the Swiss civil law and Egyptian civil law) and it finds support in the modern application of the French courts which settled the issue and considered loan contract as consensual. This is despite the provisions included in the civil law and objections of legal scholars which defend the real or in-kind nature of the loan contract. These objections will be discussed in the first section of this article for the purpose of evaluating the rationale against the consensual nature of the loan contract in the second section. The goal is to articulate legal developments of this commonly-used banking transaction.