جامعة وهران – 2 – محمد بن أحمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

رسالة دكتوراه في العلوم في القانون الخاص

الضمانات من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية

مقدمة للمناقشة من طرف الطالب:

خالدي ثامر

إشراف: أ. د. **زعنون فتيحة**

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

اللقب والاسم	الرتبة	المؤسسة الأصلية	الصفة
أ. تراري ثاني مصطفى	أستاذ	جامعة وهران 2	رئيسًا
أ. زعنون فتيحة	أستاذة	جامعة وهران 2	مشرفًا ومقرّرًا
أ. بلخير هند	أستاذة محاضرة أ	جامعة وهران 2	عضوًا مناقشًا
أ. بوسماحة الشيخ	أستاذ	جامعة تيارت	عضوًا مناقشًا
أ. مقني بن عمار	أستاذ	جامعة تيارت	عضوًا مناقشًا
أ. بقنيش عثمان	أستاذ	جامعة مستغانم	عضوًا مناقشًا

السنة الجامعية: 2017–2018

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

– أمي الحنون – حفظها الله – «الجنة تحت أقدام الأمهات» **حديث شريف.**

– والدي العزيز– حفظه الله – «رضا الرب من رضا الوالد وسخط الرب في سخط الوالد» **حديث شريف.**

– إلى نعم السند زوجتي– حفظها الله– «وخلقنا لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها» **آية.**

– إلى أبنائي فلذات كبدي – حفظهم الله – أسماء، أحلام، إبراهيم، إلياس، والصغيرة أماني. «المال والبنون زينة الحياة الدنيا» **آية.**

– إلى كل إخوتي، وأصدقائي، وإلى كل من علمني حرفا، خصوصا، الأستاذة الدكتورة فتيحة زعنون التي استفدت من توجيهاتها في انجاز هذه الرسالة فحفظها الله، وسدد خطاها، وجزاها عني خير الجزاء. كما أتوجّه بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة وللمجهودات المبذولة من طرفهم في تقييمها.

ملخص: الضمانات من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية

إنّ التمويل عملية هامة بالنسبة للبنك وللمؤسسة الاقتصادية. فبالنسبة للبنك هو من صميم وظائفه، أمّا المؤسسة الاقتصادية به تسير عملية الانتاج. لكن ذلك لا يخلو من مخاطر. أبرزها خطر عدم التسديد وخطر سعر الفائدة وسعر الصرف وخطر السيولة.

لذلك جرت العادة أنّ البنك متى قام بعملية التمويل فإنّه يطلب ضمانات تقليدية؛ الضمانات الشخصية والضمانات الحقيقية. إلى الضمانات المستحدثة؛ التأمين وخطاب الضمان والضمان المالي وحق الملكية كضمان. فالضمانات بمعناها الواسع؛ وهي كل آلية يمكن للبنك استعمالها لحماية ائتمانه؛ القواعد الاحترازية وآلية الرقابة المصرفية.

إنّ آليات التمويل في تطور،وبالمقابل المخاطر المرتبطة بها هي كذلك في تطور، لذلك يجب أن تكون وسائل الحماية هي كذلك في تطور مستمر، وهذا لما تتعرض له البنوك من أزمات حتى أصبحنا أمام أزمات مالية تنذر بإفلاس دول وليس بنوكا ومؤسسات مالية فحسب هذا من جهة، ومن جهة ثانية لما تعرفه الضمانات التقليدية من أزمة، أصبحت بموجبها لا تحقق الفعالية المنشودة في حماية الائتمان، فهي اليوم مجرد وسيلة تهديد المدين أو مخرج انقاذ، لذلك لابد من إحداث تغييرات على الضمانات التقليدية بما يخدم مصلحة الدائن كما فعل المشرع المصري والفرنسي.

الكلمات المفتاحية: مؤسسة اقتصادية; بنك; تمويل; مخاطر; الضمانات الشخصية; الضمانات الحقيقية; القواعد الاحترازية; الرقابة المصرفية.

Abstract: Guarantees against the risks of financing the economic enterprise

Financing is an important process for the Bank and the Economic enterprise. For the bank is at the heart of its functions, and the economic society is in the process of production. But that is not without risks. Most notably the risk of non-payment, interest rate risk, exchange rate and liquidity risk.

There fore, it is customary that the bank, once it has carried out the financing process, requires traditional guarantees, personal guarantees and real guarantees. and new guarantees; insurance; the guarantee letter; the financial guarantee; and the right of title as collateral. Guarantees in their broadest sense, any mechanism the bank can use to protect its credit, prudential rules and banking supervision mechanism.

The mechanisms of finance are developing, and the risks associated with them are also in development. Therefore, the means of protection must also be in constant development. This is because the banks are exposed to crises until we are facing financial crises that threaten the bankruptcy of countries, not only banks and financial institutions. , And on the other hand, what traditional guarantees of a crises is are known to mean that they do not achieve the desired effectiveness in the protection of credit. Today they are merely a means of threatening the debtor or a bailout.Therefore, it is necessary to make changes to traditional guarantees in the interest of the creditor as did the Egyptian and French legislators.

Keywords: economic enterprise; bank; financing**;** risks; personal guarantees; real guarantees; precautionary rules; banking supervision.

Résumé : Garanties contre les risques de financement de l'entreprise économique

Le financement est un processus important pour la Banque et l'entreprise économique. Car la banque est au cœur de ses fonctions, et l'entreprise économique est en cours de production. Mais ce n'est pas sans risques. Plus particulièrement le risque de non-paiement, le risque de taux d'intérêt, le taux de change et le risque de liquidité.

Par conséquent, il est habituel que la banque, une fois qu'elle ait procédé au processus de financement, exige des garanties traditionnelles ; des garanties personnelles et des garanties réelles. et nouvelles garanties ; L'assurance, la lettre de garantie, la garantie financière et le droit de propriété en garantie. et Garanties dans leur sens le plus large, tout mécanisme que la banque peut utiliser pour protéger son crédit, ses règles prudentielles et son mécanisme de supervision bancaire.

Les mécanismes de financement se développent et les risques associés à eux sont également en développement. Par conséquent, les moyens de protection doivent également être en constante évolution. Les banques sont exposées à des crises jusqu'à ce que nous traversons des crises financières qui menacent la faillite des pays, pas seulement les banques et les établissements financières. Et, d'autre part, quelles sont les garanties traditionnelles d'une crise qui signifient qu'elles n'atteignent pas l'efficacité souhaitée dans la protection du crédit. Aujourd'hui, elles ne constituent qu'un moyen de menacer le débiteur ou un plan de sauvetage. Par conséquent, il est nécessaire d'apporter des modifications aux garanties traditionnelles dans l'intérêt du créancier, tout comme les législateurs égyptiens et français.

Mots-clés : entreprise économique ; banque, financement, risques; garantie personnelle; garantie réels; Règles prudentielles; controle bancaire.

مقدمة

إنّ المؤسسة الاقتصادية هي ذلك الكيان المادي والبشري القائم على جمع عناصر الإنتاج وتحويلها من أجل الحصول على سلعة أو تقديم خدمة لتلبية حاجيات ورغبات المجتمع[1]، وهذا الكيان يتنوع حسب المعيار القانوني أو حجمه أو طابعه الاقتصادي او تبعًا لطبيعة الملكيّة. [2]

ومهما يكن نوع المنشأة الاقتصادية، فإنها تسعى دائما إلى تحقيق الأرباح الممكنة، وتحقيق الأهداف الاجتماعية والتكنولوجية، والبقاء على الساحة الاقتصادية، ولكن لا يتأتى لها ذلك إلاّ بحصولها على عوامل الإنتاج المختلفة، والتي أهمها على الإطلاق رؤوس الأموال التي يتم الحصول عليها عن طريق التمويل، الذي هو عملية إمداد الغير بالأموال اللّازمة لتسيير مؤسسته، سواء أكان هذا الإمداد ذاتيا داخليا، وهذا عندما تمول المؤسسة الاقتصادية ذاتها بذاتها، ولكن هذا غير كاف وخاصة في حال تمويل نشاطات الاستثمار[3]، فيتم اللّجوء إلى مصادر خارجيّة أهمها على الإطلاق البنوك باعتبارها وسيط فعال بين المدّخرين والمستثمرين وهذا مقابل حصولها على أرباح إذا كنّا أمام بنوك إسلامية أو فوائد إذا كانت بنوك كلاسيكية، حيث تقوم بتوزيع هذه الأموال على المؤسّسات التي هي بحاجة إلى ذلك لفترة معيّنة، فهنا الأموال تنتقل من أصحاب الفائض المالي إلى أصحاب الاحتياجات الماليّة، وهذا ما يعبّر عنه بالوساطة المالية[4].

ومهما تكن آلية التمويل المعتمدة، فإن هذه العملية حيويّة وخطيرة في آن واحد، فحيويّة لأن المؤسسة المموَّلة تحتاج إلى ذلك لتسيير عجلة الإنتاج أو القدرة على تقديم الخدمات، ومن جهة المؤسسة المموِّلة (البنك) فإنّ عملية التمويل هي من صميم وظائفها وأولاها، لأنها تقوم بضمان تمويل هذه المؤسسات الاقتصادية المنتجة، فتلعب دور وسيط فعّال بين الادخار والاستثمار مقابل حصولها على فوائد.

1- هناك عدة تعريفات للمؤسسة الاقتصادية، راجع ناصر دادي عدون، اقتصاد المؤسسة، دار المحمدية العامة، الجزائر، الطبعة الثانية، 1998، ص9-10. محمد حبار، محاضرات تمويل المؤسسة، ماجستير قانون المؤسسة، جامعة وهران، 2006.

2- فبالنّظر للمعيار القانوني، فهي تصنّف إلى مؤسسات فردية وشركات. أمّا حسب معيار الحجم، فهي تقسم إلى مؤسسات صغيرة ومتوسطة، وكبيرة. وأمّا فيما يخص طبيعة الملكية، فتكون عمومية أو خاصّة أو مختلطة. وتبعا لطابعها الاقتصادي أو لطبيعة النّشاط الذي تمارسه، فتكون إمّا مؤسسة صناعية أو فلاحية أو تجارية أو مالية أو خدماتيّة، ناصر دادي عدون، المرجع السابق، ص56-72

3- نشطات الاستثمار: هي كل العمليات التي تقوم بها المؤسسة الاقتصادية من2سنتين فما فوق حسب طبيعة الاستثمار الممول، وهي تخصص لتمويل الجزء الاعلى من الميزانية، والقروض الموجهة لها تسمى قروض الاستثمار، راجع: الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2007، ص 57-73.

4- نفس المرجع، ص7.

فالتمويل يحقق الفائدة للبنك الدائن وللمؤسسة الاقتصادية المدين، فالأول يمثل أهم عملياته باعتباره يأخذ مدخرات الغير من أجل منحها للمحتاجين إليها لتسيير مشاريعهم مقابل أرباح أو فوائد، أمّا الثانية فيه تستطيع الاضطلاع بمهامها وهي تسيير نشاطاتها مقابل الحصول على أرباح.

أمّا خطورتها فتظهر من خلال ما يحيط بعملية التمويل من مخاطر أبرزها على الإطلاق مخاطر الائتمان، والتي تتمثل أساسا في عدم قدرة المؤسسة الممولة على السداد في الوقت المحدد، وبالتالي تكون أمام حالة عدم القدرة على دفع مستحقاتها والذي تنجرّ عنه مخاطر أخرى، خطر سعر الفائدة وخطر سعر الصرف وخطر عدم السيولة وخطر التجميد وخطر العميل، هذه المخاطر قد تؤدي إلى الإفلاس. أمّا بالنسبة للمؤسسة الممولة (البنك) فإنّ عملية التمويل تعني بالنسبة لها رهن أموالها لفترة محدّدة قد لا تستطيع استعادتها في الوقت المناسب، وخاصّة في فترة مطالبة المودعين بأموالهم التي تكون إمّا تحت الطلب أو لأجل، قد تصل إلى الإفلاس، أو فقدان الثقة بها، وهكذا يبقى الخطر مرتبطا دائما بعملية التَّمويل، يجب وضعه في الحُسبان من الطَّرفين. وما الآليات التي وضعتها القوانين الوطنية والدولية، والتي تسمى بقواعد التنظيم التحويطية لخير دليل على ذلك، حيث أنَّ صندوق النقد الدولي يعترف صراحة بهذه المخاطر، ويرى أنَّه بالإمكان تجنبها والتّعامل معها عن طريق الحيطة والحذر[1]، خاصة ونحن اليوم أمام ما يسمى بالعولمة المالية، التي كثيرا ما أدّت إلى أزمات مالية مكلِّفة تلوح بإفلاس دول، وليس مؤسسات فحسب.

وأمام التطورات التي تعرفها المؤسسات الاقتصادية، وكذا آليات التمويل وازدياد درجة المخاطرة، بات من الضروري التفكير في القيام بإصلاحات جذرية، على مستوى هذه العناصر الثلاثة السالفة، والجزائر وعلى غرار بقيّة الدول قامت بجملة إصلاحات اقتصادية أفرزتها التّغيرات الاجتماعية والسياسية والدولية.

ففي ظل النظام الاشتراكي كانت الملكية جماعية لوسائل لإنتاج، كما كانت المؤسسات عمومية، وكان الاعتماد على المؤسسات الاقتصاديَّة الكبرى، ولم تكن هناك المؤسسات الخاصة، ولا المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلا نادرا وشكليا فقط. فكانت الدولة في ظل هذا النظام متدخلة في كل كبيرة وصغيرة، وكان إنقاذ المؤسسات الاقتصادية العمومية من أيِّ عجز مالي من أولوياتها، لأنّ السائد آنذاك لا إفلاس ولا حجز على

1- أمير السعد، قضايا نظرية في العولمة المالية، مجلة التواصل، عنابة، عدد 15، 2005، ص35.

هاته المؤسسات، لأنّ عملية التمويل مضمونة بالنسبة لهاته الأخيرة ولو كانت عاجزة على سداد الدين، نتج عنه مؤسسات اقتصادية هشّة، غير قادرة على الإنتاج كمّا ونوعا إلا القليل، كما نتج عنه بنوكا تمول مؤسسات غير قادرة على السّداد في كل مرة تموَّل فيها، وهذا لأنها مجبرة على ذلك، وكذا أموالا مجمّدة لدى هاته المؤسسات لا تستطيع الحصول عليها، لأنّ هذه الأخيرة غير قادرة على ذلك[1]، والدولة تدعمها. وحتى اتخاذ أي إجراء تحويطي ضدّها غير ممكن، لأنها تمثل مؤسسات الدولة، وآليات التمويل لم ترق إلى المستوى المطلوب سوى عمليات القروض الكلاسيكية[2]. وحفاظا على سمعة هاته المؤسسات لم نكن نسمع بمخاطر تعرّضت لها، لأن الدولة كانت تتدخل في كل مرّة لإنقاذها، كما لم نكن نسمع بدخول مؤسسات منتجة أو ممَوّلة (بنوك) في حالة إفلاس أو وجود إمكانية للحجز عليها، إذ أنّ ذلك كان ممنوعا قانونا، حتّى وإن كلّف الدولة الكثير من أجل إنقاذها.

أمّا في ظل النظام الرأسمالي الحر، والذي تبنته الجزائر بعد 1988، وفتح المجال للحرية الاقتصادية، والملكية الفردية لوسائل الإنتاج، والقانون 88-01 جعل المؤسسات العمومية كباقي المؤسسات الأخرى تخضع للقانون التجاري، كما يمكن شهر إفلاسها والحجز عليها[3]، كما تم إنشاء مؤسسات صغيرة ومتوسطة، والتي بدأت تعرف رواجا كبيرا سنة 1993 بإنشاء وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في جويلية 1993 بعد أن كان سائدا فكرة الأكبر هو الأفضل[4]. هذا الواقع جعل من الضروري القيام بإصلاح جذري على البنوك بموجب قانون النقد والقرض 90-10[5]. الذي أعطى للبنوك دورا أساسيا في دفع عجلة النّمو، وترقية الاستثمار الأجنبي، وكذا تخفيض المديونية، وإدخال منتجات مالية جديدة[6]، فضلا عمّا تمّ استحداثه من مؤسسات التي توفر للبنوك الثقة والائتمان، بوضع ميكانيزمات جديدة لسياسة منح القروض، والضمانات

1- معمر سعدوني، الحماية القانونية ضد المخاطر البنكية في ظل التحول نحو اقتصاد السوق، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 34 -35.

2- نفس المرجع، ص 36- 37.

3- القانون التوجيهي رقم 88-01 الصادر في 12 جانفي 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد2، الصادر في 13 جانفي 1988.

4- ليلى لولاشي، التمويل المصرفي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة بسكرة، 2004-2005، ص69.

5- القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، العدد16، المؤرخ في 18أفريل 1990.

6- محفوظ لعشب، القانون المصرفي، سلسلة القانون الاقتصادي، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية الحديثة، الجزائر،2001، ص26

المطلوبة، لتمكين البنوك تجنب بعض المخاطر المتوقعة. كما عرفت هذه الفترة ظهور أدوات مالية إسلامية بتأسيس بنك البركة الإسلامي في 06 ديسمبر1990، وهذا بعد أشهر قليلة من صدور قانون النقد والقرض[1]، واستحداث آليات تمويل جديدة منها، القرض الايجاري أو الاعتماد الايجاري[2]، وكذا تأسيس العديد من البنوك الخاصة، التي عرفت أزمات وإفلاسات كثيرة في الفترة ما بين 2001 و2002 حيث الإعلان عن إفلاس بنك الخليفة، والبنك الجزائري الصناعي والتجاري[3].

ولقد شهدت سنة 2003 صدور الأمر المتعلق بالنقد والقرض المعدِل[4]، في الوقت الذي يبقي فيه على تحرير القطاع المصرفي مع فرض شروط التأسيس وإحكام الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية، إلاّ أن مسلسل إفلاس البنوك الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري بقي متواصلا، ففي الفترة ما بين 2004 و2005 عرفت الساحة الاقتصادية إفلاس 05 خمسة بنوك ومؤسسات مالية خاصة منها، البنك الاتحادي، والبنك الجزائري الدولي، وبنك موناء، ومنه لم تبق أية بنوك خاصة في الساحة[5]، وهذا كله يعود إلى المخاطر المرتبطة بعملية التمويل، من الخطر البشري المتمثل أساسا في سوء التسيير، ونقص الخبرة في مجال المهنة المصرفية، وخطر السيولة، وهذا لعدم وضع الاحتياطات اللازمة، وعدم تمكنها من اللجوء إلى السوق ما بين البنوك لاقتراض الأموال لدى البنوك، وخطر عدم التسديد، وذلك لمنح قروض دون الاكتراث لقاعدة توزيع المخاطر، وقاعدة

1- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص203.

2- الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، الجريدة الرسمية، العدد3، المؤرخ في 14 جانفي 1996.

3- صوريا قاصدي، قواعد الاحتياط من المخاطر البنكية في النظام المصرفي الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2004-2005، ص148-150.

4- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، العدد52، المؤرخ في 27 أوت 2003. المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 10-04 الممضي بتاريخ 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرّخ في 01 سبتمبر 2010، ص11.

5- صوريا قاصدي، نفس المرجع، ص 151-152. وآخر إحصائية، وبناء على منشور من بنك الجزائر، فإن هناك اليوم 29 بنكا ومؤسسة مالية معتمدة في الجزائر، من بينها 6 بنوك عمومية و9 مؤسسات مالية، وهي: بنك الجزائر الخارجي، البنك الوطني الجزائري، القرض الشعبي الجزائري، بنك التنمية المحلية، بنك الفلاحة والتنمية الريفية، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، بنك البركة الجزائري، سيتي بنك الجزائر، المؤسسة العربية المصرفية، نتيكيس الجزائر، سوسيتي جنرال، البنك العربي، بي أن بي باريباس، ترست بنك، بنك الأكسان للتجارة والتمويل، بنك الخليج، فرنسا بنك، كيردي أغريكول، اتش ا س بي سي، مصرف السلام.

أما المؤسسات المالية فهي: شركة إعادة التمويل الرهني، الشركة المالية للاستثمار والمساهمة والتوظيف، الشركة العربية للإيجار المالي، ستيلام الجزائر، الصندوق الوطني للتعاضدية الفلاحية، الشركة الوطنية للإيجار المالي، إيجار ليزينغ الجزائر، الجزائر إيجار. جريدة المساء، 23 جانفي 2017. والمقرر رقم 17-01 مؤرخ في 02جانفي 2017، يتضمن نشر قائمة البنوك وقائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر، الجريدة الرسمية، العدد02، المؤرخ في 11 جانفي2017. وهو موجود بالملاحق، في نهاية هذه الرسالة.

متابعة القروض، والاعتماد على المجاملات، والثقة المفرطة، والعشوائية في منح القروض بدل الاعتماد على آليات الضمانات ودراسات الجدوى، وبصفة عامة عدم احترام قواعد المهنة المصرفية.

وبذلك عرفت الجزائر تدابير جديدة في مجال الإشراف والرقابة على المخاطر المصرفية خصوصًا السيولة والعمل على الاستقرار المالي من خلال التسيير الحذر لاحتياطات الصرف ومواجهة العوامل والظروف الخارجية خاصة بعد الأزمة المالية العالمية لسنة 2007 فكان على الجزائر أن تحتاط لذلك من خلال تكوين مصارف ومؤسسات مالية قادرة على الصمود في وجه هذه الأزمات والتي يشكلها الخطر النظامي، وتفادي الضعف الذي عرفته هذه المؤسسات في ضل تشريعات السابقة وإثر ذلك فإنّه أصبح اليوم لبنك الجزائر الصلاحيات الواسعة من حيث رقابة البنوك والمؤسسات المالية الناشطة على الساحة الاقتصادية وهذا لجعلها أكثر قدرة على التحكم في المخاطر[1] من خلال احترام الأحكام القانونية بما فيها القواعد الاحترازية وتفعيل آليات الرقابة المصرفية[2]، وهذا كله من أجل حماية المال العام واموال المودعين والحفاظ على استقرار البنوك والمؤسسات المالية وتفادي حدوث الازمات المالية التي قد يكون لها تداعيات خطيرة على الاقتصاد ككل.

فالبنوك تلعب دورا بارزا في الاقتصاد، فهي تسهل التعاملات التجارية سواء داخل البلد أو خارجه، وذلك بفضل تمويل المشاريع للقطاعين العام والخاص بواسطة منح القروض أو ضمان التسديد، ومن أجل بلوغ مستوى عال من التطور الاقتصادي خارج قطاع المحروقات، فازدادت أعباء البنوك والمؤسسات المالية في مجال تمويل النشاطات المنتجة مع الأخذ بعين الاعتبار التحسين المتواصل لمناخ الاستثمارات وهذا ما تبناه المشرّع الجزائري عندما أحدث جملة من التغيرات في مجال القوانين وخاصة قانونا الاستثمار الجديد وقانون الجمارك خلال 2016 مع التدابير المتعلقة بدعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في أي مرحلة خصوصًا عند حلول آجال تسديد الديون، ويظهر ذلك الدعم في الإجراءات المتعلقة بإعادة جدولة ديون هذه المؤسسات مع تأجيل في التسديد لمدة 03 سنوات وهذا انتظارا لارتقائها وتحسّن حالتها المالية وخلالها تتكفّل الخزينة العموميّة بتسديد الفوائد على ديون هذه المؤسسات.

1- المادة 02 من النظام رقم 11-08 المؤرخ في 28 نوفمبر 2011 المتضمن الرقابة الداخلية، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخ في 29 أوت 2012.

2- المواد 98 و100 و102 و108 من الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، العدد 50 المؤرخ في 01 سبتمبر 2010، ص11.

هذه التدابير ستكون بمثابة دعم لهذا النوع من القطاع الاقتصادي، من خلال تخفيف الأعباء المالية عليه وذلك بإعادة جدولة ديونها وتكفّل الدولة بتسديد فوائد ديونها وتأجيل التسديد وتخفيض الفائدة على القروض الممنوحة لها[1].

أما اليوم، وكما هو معلوم، فالجزائر تمر بأزمة سيولة خانقة، لذلك فالمسؤولون يبحثون عن آليات تمويل جديدة للخروج من هذه الضائقة المالية. حيث تم اقتراح أمام البرلمان اللجوء إلى طريقة التمويل غير التقليديfinancement non conventionnel. والذي يعني أنه على البنك المركزي خلق كمية معتبرة من العملة لتمويل الخزينة العمومية، التي تعاني نقصا كبيرا في السيولة، وتمويل الصندوق الوطني للاستثمار. بدل اللجوء للاستدانة الخارجية. ولتطبيق هذا الإجراء كان لابد من تعديل قانون النقد والقرض رقم 03-11 خصوصا المادة 45 منه[2]، وهو بالفعل ما جاء به مشروع القانون المعدل في المادة 45 مكرر[3]. فالتعديل مس مادة واحدة فقط، والتي من خلالها يمكن تطبيق الأداة الجديدة في عملية التمويل، والتي تسمى بالتمويل غير التقليدي. هذا من شأنه السماح لبنك الجزائر القيام بشراء سندات الخزينة العمومية لتغطية عجز ميزانية الدولة[4].

إن أزمة السيولة لم تسلم منها حتى كبريات الدول، فآلية التمويل غير التقليدي استعملت لأول مرة من طرف اليابان في التسعينات بعد احجام البنك المركزي الياباني ولفترة طويلة عن طبع الين الياباني. ولجأ إلى ذلك مضطرا نتيجة معاناته من ضائقة مالية، وهذا بكمية محدودة ولمدة محددة. كما استعملت أيضا في

1- عبد الحزيز خنفوسي، عيسى لعلاوي، مداخلة : البيئة المصرفية الجزائرية ومدى تناغمها مع إصلاحات2010، موقع الكتروني، الجزائر، ماي 2016، ص06-07.

2 – المادة 45 من قانون النقد والقرض رقم 03-11 تنص:" يمكن بنك الجزائر، ضمن الحدود ووفق الشروط التي يحددها مجلس النقد والقرض، أن يتدخل في سوق النقد وأن يشتري ويبيع على الخصوص سندات عمومية وسندات خاصة يمكن قبولها لإعادة الخصم أو لمنح التسبيقات. ولا يجوز، بأي حال من الأحوال، أن تتم هذه العمليات لصالح الخزينة والجماعات المحلية المصدرة للسندات. "

3 – المادة 45 مكرر من مشروع التعديل تنص:" بغض النظر عن كل حكم مخالف، يقوم بنك الجزائر ابتداء من دخول هذا الحكم حيز التنفيذ، بشكل استثنائي، ولمدة 5خمس سنوات، بشراء مباشرة عن الخزينة السندات المالية التي تصدرها هذه الأخيرة من أجل المساهمة على وجه الخصوص في: – تغطية احتياجات تمويل الخزينة،

– تمويل الدين العمومي الداخلي،

– تمويل الصندوق الوطني للاستثمار.

تنفيذ هذه الآلية لمراقبة تنفيذ برنامج الاصلاحات الهيكلية الاقتصادية والميزانية والتي ينبغي أن تفضي في نهاية الفترة المذكورة أعلاه كأقصى تقدير . . . ".

4 – سميرة بلعمري، تعديل قانون النقد والقرض يلزمه شراء سندات الخزينة، يومية الشروق، العدد 5571، الصادر في 09 سبتمبر 2017، الجزائر، ص3.

الولايات المتحدة الأمريكية ثم في أوربا بعد الأزمة المالية العالمية التي برزت سنة 2007[1] .

فالمصرفي عند توظيف أمواله للقيام بعملية بنكية فإنّه يعتمد أولا على الثقة والتي تعني أنّ الأموال التي يقرضها سوف تعود إليه في الآجال المتفق عليها لأنّ أساس الائتمان هو الثقة، أضف إلى ذلك فإنّ هذه الأموال هي أموال المودعين التي هي تحت الطلب أو لأجل لذا يجب أن تعود لأصحابها عند المطالبة بها، ومنه فالبنك لا يقدم على عملية التمويل ما لم يجد الثقة التي يوحيها صاحب المشروع من حيث مركزه المالي واحترامه للتعهدات والالتزامات ومدى فعالية الضمانات التي يكون على استعداد لتقديمها كضمان للوفاء بالالتزامات، وهذا يعني أنّ البنك وللقيام بعمليات مالية فإنّه يسعى إلى توظيف أمواله في مشاريع مربحة من جهة وقلة المخاطر أو انعدامها والتي يتعرض لها ائتمانه[2]، ابرزها خطر عدم التسديد الذي قد يؤدي إلى خطر السيولة هذا الأخير تعاني منه حتى بنوك الدول المتقدمة والذي أدّى إلى إفلاس العديد منها.

إنّ السّبب في اللجوء إلى طلب الضمانات هو تعدد المخاطر وتشعبها، وعليه فالضمان هو إجراء قانوني وتعاقدي يتم بمقتضاه الحصول على وعد بالوفاء، سواء من طرف المدين نفسه أو بواسطة الغير بفضل آليات قانونية مختلفة، من حق الامتياز، الضمانات الشخصية من كفالة وضمان احتياطي، وضمانات عينية من رهن للمنقولات والعقارات المملوكة للمنشأة الاقتصادية المموَّلة. والغاية من ذلك كله هو تنفيذ الالتزام في الآجال المحددة في حالة إعسار المدين، وبمعنى آخر، تجنبا للمخاطر المحتملة المرتبطة بعملية التّمويل.

حيث إذا لم يتم تنفيذ الالتزام يجد البنك الدائن إمّا مدينا آخر ينفذ التزامه مكان المدين باعتباره كفيلا أو ضامنا احتياطيا قدّم ضمانا شخصيّا او عينيّا لمصلحة المدين الأصلي، أو أن يجد أموالا حقيقية على شكل عقارات أو منقولات وله بمقتضاها أن ينفذ عليها ويستوفي حقه منها بالأولوية وذلك بالحجز عليها وبيعها بالمزاد العلني. وللمحافظة على هاته الضمانات فإنّ له إمكانية التأمين عليها لدى شركات التأمين، بحيث إذا ضاعت أو فقدت أو تلفت كان للدائن بمقتضى ذلك اللجوء إلى هذه الشركات لاستيفاء حقه من مبلغ التامين.

1- نور الدين جوادي، طبع الدينار آلية فعالة، وليس لها بالضرورة آثار سلبية على الاقتصاد أو على القدرة الشرائية للمواطن الجزائري، يومية التحرير الجزائري، العدد 1275، الصادر في 21 سبتمبر 2017، الجزائر، ص4.

2- زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، الطبعة6، دار الصفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص132.

إنّ موضوع الضمانات المصرفية تحكمه القواعد العامة في القانون المدني، ضمانات شخصية وضمانات عينية، هذه الأخيرة تمنح البنك حق الأفضلية وحق التتبع في استيفاء الدين، بالإضافة لأحكام القانون المصرفي (المواد من120 الى 124) من الامر المتعلق بالنقد والقرض، وأحكام القانون التجاري.

فالضمانات هي ما يمكن للمؤسسة أن تكون على استعداد لتقديمه للبنك كضمان سواء تعلّق الأمر بطرف يكون على استعداد لضمان المدين، فهنا يكون أمام البنك مدينان أصلي هو المدين وتبعي هو الكفيل أو الضامن الاحتياطي، أو ما تقدمه من أشياء ملموسة تكون له بمقتضاها التنفيذ عليها واستيفاء حقه منها بالأولوية إذا ما حدث خطر الائتمان، كلّ هذا مقابل الحصول على التمويل. فالضمانات تمثّل فائدة مزدوجة للبنك الدائن وللمؤسسة المدين، فالأول يحمي ائتمانه والثانية تتحصّل على الأموال اللازمة لتسيير عملياتها.

وتعود جذور الضمانات إلى الزمن القديم، حيث كانت المجتمعات الأولى تتعامل بالضمانات الشخصية، حيث أن الأسرة والقبيلة كانت تسودهما روح التضامن فتسهّل للمدين الحصول أمام الدّائن على من يتقدّم لكفالته، إضافة إلى العقارات، التي كانت تعود ملكيتها للقبيلة أو الأسرة، فإن هذا الأمر أدّى إلى صعوبة التّصرف فيها، أعاق ذلك ظهور الضمانات العينية، كما أنّ المنقولات كانت قيمتها تافهة ممّا جعلها غير مقبولة كضمان[1]، وهكذا كانت الضمانات الشخصية في تلك الفترة الوسيلة الوحيدة للدّائن حتى يستطيع بموجبها ضمان استيفاء حقه. وبعد مرور فترة زمنية طويلة مليئة بالتغيرات والتطورات الاقتصادية والاجتماعية، زالت ملكية الأسر والقبائل للعقارات وتملكها الأفراد، مما شجع ظهور الضمانات العينية، وسرعان ما انتشرت، وأصبح التعامل بها في الوقت الحاضر كبيرا جدا، إذ أنّ المدين يقدم للدائن ما لاً يخصصه للوفاء بحقه، وهذا الضمان العيني يمنحه حق التّقدم، وحق التتبع.

حيث أنّ أول ضهور للتأمينات العينية عندما كان المدين يقوم بنقل ملكية الشيء المرهون إلى الدائن هذا الأخير يتعهد بإرجاعها له عند استيفائه لحقوقه، ونتيجة لعيوب هذا التصرّف ظهرت إمكانية أن ينقل المدين حيازة الشيء المرهون إلى الدائن مع بقاء احتفاظه بالملكية، وهنا ظهر الرهن الحيازي، ثمّ نطوّر الأمر إلى

1- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، توزيع منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص 10.

إمكانية وجود رهن دون نقل الحيازة فظهر ما يسمى الرهن الرسمي وعرف بمصدرين فقط هما الرهن الرسمي الاتفاقي والرهن القانوني فالأول كان يتقرّر دون الحاجة إلى الإجراءات الرسمية أمّا الثاني فيتقرّر بقوة القانون[1].

ولم يقف تطور الضمانات عند هذا الحد، حيث نظرًا لتطور المعاملات المصرفية من جهة، ونظرًا لتطور المخاطر وتنوعها من جهة ثانية ظهر على الساحة ضمانات مستحدثة يسعى من خلالها الدائن لحماية ائتمانه بأية وسيلة قانونية فكان التأمين وخطاب الضمان والضمان المالي وحق الملكية كضمان وتطور القواعد الاحترازية وآليات الرقابة كضمانات بمعناها الواسع.

إنّ الضمان هو آلية قانونية تمثل حماية قانونية صلبة، ويضمن التنفيذ على حق ثابت، فهو يعمل مسبّقا على تغطية مخاطر الائتمان، نظرا لإمكانية حدوث خطر عدم القدرة على السداد، ومن ثمّ فإنّ الاختيار الحسن لنوع الضمان وقيمته يجعل عملية التمويل في مأمن من المخاطر، وبالتالي يجعله أمام حماية قانونية ومنه في حالة أفضل[2].

وقد أصبح هذا الإجراء أكثر من ضروري، لأنه مهما كانت الاحتياطات المتّخذة مسبقا على عملية التمويل إلا أنّ البنكي يجد نفسه معرضا لمخاطر عدّة، ومن أبرزها خطر عدم التّسديد، والذي قد يعود للمؤسسة الاقتصادية في حد ذاتها، أو لظروف اقتصادية، أو سياسية داخلية، أو خارجية. . .

وبما انّ الخطر لا يمكن فصله عن عملية التمويل فهو متوقع الحدوث، مادامت هناك فترة انتظار، وأمام هذا الواقع يتعين على البنكي طلب ضمانات كافية من المؤسسة الاقتصادية المموَّلة، وهذه الضمانات تدخل فيها عدّة اعتبارات[3]، إذ يجب أن تكون هذه الضمانات ذات قيمة، بحيث تكون مساوية أو تفوق المبلغ المقترَض. غير أنه، مع تغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية قد يفقد الضمان قيمته مستقبلا.

أمّا الاعتبار الآخر فيتمثل في اختيار الضمانات، حيث إذا كانت التمويلات قصيرة الأجل وقليلة المبلغ، هنا يمكن للبنك الاكتفاء بضمانات شخصية، فهي تمثل ما يقدمه الغير لفائدة المدين، لأنّ درجة الخطر تكون أقل. أمّا إذا كانت التمويلات طويلة الأجل أو متوسطة، حيث تكون آجال التسديد بعيدة، فيمكن أنْ

1- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص50.
2- عبد المعطي رضا أرشيد ومحفوظ أحمد جودة، إدارة الائتمان، دار وائل للنشر، الأردن، 1999، ص 64.
3- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 164 -165.

تتأثر بالمتغيرات السالف ذكرها، ومن هنا يتعين عليه اختيار ضمانات ذات أشياء ملموسة تكون عبارة عن منقولات أو عقارات تقدم على سبيل الرهن، وللدائن إمكانية التنفيذ عليها لاستيفاء حقه من ثمنها بالأولية في حال تحقق خطر عدم التسديد.

كما يمكن للبنك أن يوسع من دائرة الضمانات لحماية ائتمانه وذلك بعد الاكتفاء بالضمانات التقليدية، فيلجأ إلى الضمانات المستحدثة التي منها ما هو منصوص عليه قانونا بعد أن فرضتها الأعراف والمعاملات البنكية واللجوء إلى قواعد الحيطة والحذر والرقابة. وهي آليات يمكن ان تلعب دورا هامًا في تحقيق الحماية للبنك باعتباره صاحب الائتمان والذي تجب حمايته لما يحيط به من مخاطرة كثيرة ومتنوعة قد يكون لها التأثير الكبير على الائتمان في حدّ ذاته وعلى الضمانات التي أخذها من اجل الحماية.

وعليه لتحديد الضمانات المرتبطة بمخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية، نطرح الإشكالية التالية:

- ما هي أنواع الضمانات كآلية قانونية للحماية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية؟
- وما مدى فعالية هذه الضمانات في الحماية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية؟
- وهل أنّ هذه الآلية القانونية كافية وحدها للحد من مخاطر تمويل المؤسسة، وتحقيق الائتمان البنكي؟
- وما هو الضمان المؤكد والأنجع للبنك الدائن؟
- وما هو واقع البنوك الجزائرية في استعمال الضمانات كآلية قانونية للحماية من مخاطر تمويلها للمؤسسات الاقتصادية؟

أمّا عن اختيارنا لهذا الموضوع (الضمانات) فكان بدافع إبراز أهمية هذه الآلية القانونية التي وضعها المشرع بين يدي البنك المموِّل للاستفادة منها واستخدامها استخداما جيدا لحماية نفسه من أي خطر يتعرّض له جرّاء عملية التمويل التي هي عملية محفوفة بالمخاطر، تجعل البنكي يرهن أمواله التي هي أموال الغير، لدى المنشأة الاقتصادية لفترة زمنية، قد تكون مدتها طويلة أو متوسطة أو قصيرة تجعل إمكانية عدم استرجاع أمواله واردة، بالإضافة إلى إخراج الضمانات من طابعها المدني الجاف إلى توظيفها في المجال المصرفي العملي، وربطها بالائتمان البنكي. وتقدير مدى فعالية هذه الآلية القانونية في الحماية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية، ومدى قدرة هذه الأخيرة على تقديم الضمانات الكافية والمطلوبة للحصول على التمويل المطلوب للاضطلاع

بالمشاريع الاستثمارية، وتحقيق الأهداف المرجوّة منها، وأنّ الإحاطة بكل هذه الجوانب أمر فيه صعوبات عدّة تتمثل في:

- نقص المراجع المتخصصة حول هذا الموضوع (الضمانات من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية)، فهناك دراسات عامّة وغير منظمة جلها تخص القانون المدني.
- تشعب موضوع الضمانات لأنها آلية قانونية تمس الحدود المشتركة لعدة فروع من القانون (القانون المدني، القانون التجاري، القانون المصرفي، والقانون البحري، وقانون الصفقات العمومية، إلى الإجراءات المدنية).
- صعوبة الجانب التطبيقي من خلال الوصول إلى المعلومات الكافية، وهذا لحساسية المهنة المصرفية، ووجوب الحفاظ على أسرار المتعاملين مع البنك[1].

ولدراسة المشكلة المطروحة موضوع البحث، وللإجابة على كل التساؤلات القانونية المطروحة، فانّ الدراسة تعتمد على المنهج الوصفي، والتحليلي والمقارن أحيانا، وذلك من خلال عرض جميع المعلومات، وفحصها، وكذا تفسيرها، وتحليلها، واستخلاص الملاحظات والنتائج.

وبما أنّ الموضوع ذو طابع عملي تطبيقي، سوف نتطرق إلى واقع البنوك الجزائرية في تعاملها مع هذه الآلية القانونية (الضمانات) الممنوحة لهم لحماية أنفسهم من مخاطر التمويل المرتبطة بهذه العملية الحيويّة.

أمّا عن سبب اختياري لهاته الخطّة، فهو الإلمام بجميع جوانب الموضوع بما فيها آليات التمويل، والمخاطر المرتبطة بها، الذي كان أمرا لابدّ من الإحاطة به قبل الدخول في صميم الموضوع، فكان ذلك في فصل تمهيدي. لنخصص الباب الأول للضمانات التقليدية، حيث الفصل الأول منه للضمانات الشخصية والثاني للضمانات العينية، أما الباب الثاني فكان للضمانات المستحدثة، حيث الفصل الأول للضمانات الناشئة عن الأعراف والممارسات البنكية أما الثاني فكان حول الضمانات بمعناها الواسع. أمّا الخاتمة، فكانت عبارة عن نتائج واقتراحات.

1- المادة 169 من قانون النقد والقرض رقم 90-10 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 117 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض السالف ذكره.

فصل تمهيدي: أساسيات عن مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية والضمانات

إنّ التمويل هو عملية إمداد المؤسسة الاقتصادية بالمال اللازم لتسيير عجلة الإنتاج والقدرة على تقديم الخدمات، وهذه العملية يمكن أن تكون داخلية ذاتية، وهذا عندما تمول المنشأة الاقتصادية نفسها بنفسها عن طريق جملة من مختلف الآليات[1]، ولكن هذا غير كاف، وخاصة في حالة تمويل نشاطات الاستثمار، فتلجأ إلى المصادر الخارجية، التي يقسمها الفقهاء والباحثون إلى آليات تمويل تقليدية وآليات تمويل مستحدثة، وأخرى تنفرد بها البنوك الإسلامية، ولكن رغم ما لهذه العملية الحيوية من أهمية على مختلف الأصعدة، سواء على الصعيد الاقتصادي عامة، أو على المؤسسة الاقتصادية المموّلة والبنك الممول لها بصفة خاصة، لأن بدونها تبقى المشاريع الاستثمارية حبرا على ورق، إلا أنها تبقى محفوفة بالمخاطر، يجب على جميع الأطراف الفاعلة فيها أخذ الحيطة والحذر، لأن هذه المخاطر نتائجها وخيمة على جميع الأطراف بما في ذلك المودعون، حيث أن أقلها اهتزاز الثقة بالبنك، وأخطرها التوقف عن الدفع، وبالتالي حالة الإفلاس ومنه الخروج من الساحة الاقتصادية، والاختفاء نهائيا[2]، وهذه المخاطر تتنوع وتختلف من حيث الطرف المرتبطة به، فهناك مخاطر تعود للمؤسسة الاقتصادية المموّلة، وأخرى تعود للبنك الممول، وأخرى تنفرد بها البنوك الإسلامية، وهذا نظرا لآليات التمويل التي تعتمد عليها، والتي تختلف عنها في البنوك الكلاسيكية، من مرابحة، ومضاربة، ومشاركة.

وللتعرف أكثر على آليات التمويل المختلفة للمؤسسة الاقتصادية ومخاطرها ومفاهيم أولية عن الضمانات قبل الدخول في التفاصيل، فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث: الأول حول نظام التمويل، والثاني حول مخاطره، والثالث أساسيات عن الضمانات.

1- التمويل الذاتي يشمل آليات مختلفة وهي: الاهتلاكات التي هي مبالغ سنوية مخصصة لتعويض النقص الذي يحدث على عناصر الاستثمارات. والمؤونات التي هي مخصصات مالية تحتجز لمواجهة خسائر محتملة، أما الأرباح المحتجزة فهي الأرباح التي تحققها المنشأة ولم تقم بتوزيعها. أحمد بوراس، تمويل المنشآت الاقتصادية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2008، ص28-31.

2- القراران الصادران من اللجنة المصرفية، الأول رقم 2003/03 الصادر من اللجنة المصرفية، في29-5-2003، يقضي بسحب الاعتماد الممنوح لبنك الخليفة ووضعه في حالة تصفية وتعيين مصفي للقيام بعملية التصفية، والقرار الثاني رقم 08-2003 الصادر من الجنة المصرفية، في21-8-2003 يقضي بسحب الاعتماد الممنوح للبنك التجاري والصناعي الجزائري ووضعه قيد التصفية وتعيين مصفي للقيام بذلك، الملحق رقم 1 المتعلق ببلاغ اللجنة المصرفية بالعربية. عن صوريا قاصدي، المرجع السابق، الملاحق.

المبحث الأول: أساسيات عن نظام تمويل المؤسسة الاقتصادية

حتى يتم بلوغ الأهداف التي تسعى إليها المؤسسة الاقتصادية، سواء أكانت اقتصادية أو اجتماعية أو تكنولوجية، كان لا بد من إيجاد الأساليب التمويلية الكفيلة برفع الكفاءة الاقتصادية، وزيادة الطاقة الإنتاجية، من خلال الاستخدام الأمثل للموارد المتاحة، وسد العجز الذي قد تعاني منه المؤسسات نتيجة نقص أو انعدام السيولة المالية، لأنه إذا كان العجز هو الداء، فإن التمويل هو الدواء، لأن تغطيته هو الهدف الرئيسي، ولكن مع المفاضلة بين عدة مصادر متاحة، والاختيار يكون لأقل تكلفة، وهذا تجنبا لإثقال كاهل المؤسسة بالديون، التي أمامها أساليب تمويلية مختلفة منها: الكلاسيكية، والمستحدثة، وآليات تمويلية تنفرد بها البنوك الإسلامية.

المطلب الأول: آليات التمويل التقليدية

يمكن تصنيف هذه الآليات إلى: تمويل قصير الأجل وهو عادة ما يكون موجها لتمويل نشاطات الاستغلال، وإلى تمويل متوسط وطويل الأجل وهو الذي يكون موجها لتمويل نشاطات الاستثمار.

الفرع الأول: التمويل قصير الأجل (Le financement à court terme)

التمويل قصير الأجل هو مجموعة الأموال المستخدمة من قبل المؤسسة الاقتصادية من أجل تمويل احتياجاتها الجارية والتي لا تتعد ى عادة السنة المالية الواحدة، ولكن أحيانا قد تصل إلى السنتين[1]. فهذا النوع من التمويل موجه لتمويل نشاطات الاستغلال، آلياته تتمثل في الائتمان التجاري، القروض العامة، والقروض الخاصة.

أولا: الائتمان التجاري (Le crédit commercial)

يعتبر الائتمان التجاري أحد أنواع التمويل قصير الأجل، وتتحصل عليه المؤسسة من الموردين، ويتمثل في قيمة المشتريات الأصلية للسلع التي تتاجر فيها، أو التي تستخدمها في عملية الإنتاج.

ولعب الائتمان التجاري دورا بالغ الأهمية في تمويل الكثير من المؤسسات خاصة التجارية، والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، التي تجد صعوبة في الحصول على القروض البنكية ذات التكلفة المنخفضة، أو تعاني من عدم رأسمالها[2].

1-نفس المرجع، ص36. والطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 57.

2- جميل أحمد توفيق، وعلي شريف بقة، الإدارة المالية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998، ص. 388.

وتعتمد المؤسسات على هذا النوع من التمويل أكثر من اعتمادها على الائتمان المصرفي نتيجة المزايا التي يتمتع بها هذا النوع من الائتمان:

أ-سهولة الحصول عليه:

فهو لا يتطلب الإجراءات المعقدة والمتعددة التي يتطلبها الائتمان البنكي، وعادة لا توجد طلبات رسمية للأبد من تحريرها، أو مستندات يجب توقيعها، بل نجد المورد ين على استعداد لإعطاء عملائهم مهلة للسداد، إذا كانت ظروفهم المالية لا تسمح بالدفع، مع عدم المطالبة بضمانات عادة ما تكون غير متوفرة لدى المؤسسة الاقتصادية الممولة.

ب-المرونة:

إنّ الائتمان التجاري مصدر من مصادر التمويل، حيث تستعمله المؤسسة كلما أرادت ذلك وبالكيفية التي تحتاجها، كما أن استخدامه يترك أصول المؤسسة دون مساس، لأن المورد نادرا ما يطلب ضمانات مقابل الحصول على الائتمان.

وتبرز ظاهرة الائتمان التجاري بشكل واضح عند ما يتعلق الأمر بتعامل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مع المؤسسات الكبيرة، فهذه الأخيرة عادة ما تكون على قدر كاف من السيولة في الآجال القصيرة، تسمح لها بمنح آجال معتبرة للمؤسسة واضعة ذلك نفسها موضع البنك في تمويل نشاط الاستغلال[1]، غير أنه قد يتحول إلى تمويل مكلف للغاية إذا لم تحسن المؤسسة المموّلة استخدامه، فعدم قيامها بسداد مستحقات الموردين في الوقت المناسب قد يترتب عليه الإساءة إلى سمعتها في السوق بشكل قد يصعب معه الحصول على احتياجاتها بشروط معقولة، وهذا الأمر إذا طال أمده قد يفقد المنشأة مركزها التنافسي، بل وقد يخرجها نهائيا من السوق[2].

ثانيا: القروض العامة (Les crédits globaux)

توجه هذه القروض لمواجهة بعض الصعوبات التي قد تعاني منها المؤسسة الاقتصادية، ويمكن تقسيمها إلى تسهيلات الصندوق وسحب على المكشوف وقروض الموسم[3]:

1- عبد الجليل بوداح، مداخلة حول، بدائل التمويل الخارجي في المشروعات الصغيرة والمتوسطة، 2003ص. 20.

2- أحمد بوراس، المرجع السابق، ص 37.

3-الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص58-61.

أ- تسهيلات الصندوق (Crédit par caisse)

هي آلية لمواجهة صعوبات السيولة المؤقتة التي تعترض المنشأة الاقتصادية بسبب اللّاتوازن بين الإيرادات والنفقات، ويسمح البنك في هذه الحالة للمؤسسة بسحب مبلغ يتعدّى رصيدها لأجل تسديد ما عليها من التزامات عاجلة، وتكرار هذه الآلية يؤدي إلى خطر التجميد[1] وعادة ما يَلجئ إلها في نهاية الشهر حيث تكثر التزامات المؤسسة من دفع أجور العمال والالتزام بتسديد ما عليها من مصاريف ودفع مبالغ الفواتير[2].

ب- السحب على المكشوف (Le découvert)

يقصد بالسحب على المكشوف أن يسمح البنك للمؤسسة بسحب مبلغ يزيد عن رصيدها الدائن، على أن يفرض البنك فائدة تتناسب والفترة التي تم خلالها السحب، ويتوقف البنك عن حساب الفائدة بمجرد أن يعود الحساب إلى حالته الطبيعية[3]. وهذا النوع من التمويل يستعمل لاستغلال المؤسسة لضرف ما يسمح لها بتوفير مبالغ مالية نظرًا لانخفاض مواد أوّلية تستعملها في آلية الإنتاج، أو نظرا لما قد يطرأ لظروف يجعلها غير متوفر في السوق، فتحتاج المؤسسة لسيولة مؤقتة لاستغلال هذه الفرص التي لها تداعيات إيجابية عليها من خلال شراء كميات كبيرة منها مادامت متوفرة[4]، أو تحقيق عملية مربحة للمؤسسة لم تكن متوقعة، وهذا النوع من التمويل فيه مخاطر تتمثل في خطر التجميد، وخطر عدم التسديد، فالأول يتحقق عندما يجد البنك أمواله مجمدة لفترة معينة، هذا يؤثر على سيولته، وبالتالي على القيام بعمليات قرض أخرى، ونظرا لأن العمليات المموَلة عن طريق هذه الآلية تحتاج إلى قدرة للقيام بتصريفها، وبالتالي القدرة على تحقيق الربحية، وإذا لم يتحقق ذلك تكون المؤسسة والبنك أمام الخطر الثاني، ومادامت هذه المخاطر قائمة يمكن للبنك حماية نفسه عن طريق طلب ضمانات من المؤسسة، والقيام بتحليل جيد عندما يقدم على منح القرض لهذه الأخيرة.

ج- قروض الموسم (Crédits de campagne)

هي قروض تتحصل عليها المؤسسة من البنك في بعض المواسم التي تزيد فيها احتياجاتها للتمويل المؤقت، نظرا لزيادة الطلب على منتجاتها، وإلزامية الإنتاج بكمية أكبر، والبنك في هذه العملية لا يقوم بتمويل كل

1-Gérard afonsi, Pratique de gestion et d'analyse financière, édition d'organisation, paris,1984, p. 360.

2- أحمد بوراس، المرجع السابق، ص 40.

3- شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 98.

4- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 59.

التكاليف الناجمة عن هذا النشاط، وإنما يقوم فقط بتمويل جزء من هذه التكاليف، لكن قبل الإقدام على منح هذا النوع من القروض على المؤسسة أن تقدم مخططا يبين نفقات وعائدات النشاط الذي من أجله تمّ المطالبة بهذا النوع من القروض لأنّ التسديد يكون على أساس ما تحصل عليه المؤسسة من إيرادات بيع المنتوج، الذي يكون بيعه واسعا لانّ المناسبات التي يتحقّق فيها ذلك هامّة ولها دور في تصريفه وتحقيق عائدات معتبرة يمكن من خلالها للبنك استيفاء حقه منها[1].

ثالثا: القروض الخاصة (Les crédits spécifique)

وتتمثّل في التسبيقات على البضائع والخصم التجاري والاعتمادات بالتوقيع والاعتماد المستندي.

أ- تسبيقات على البضائع (Avances sur marchandises)

إنّ التسبيقات على البضائع أو المخزونات لها مقابل مادي هو المخزون من البضائع والمنتجات التامة الصنع، والنصف المصنعة، فهي بذلك تسبيقات مالية الى المؤسسات مقابل مخزون يوضع في مخازن المصرف كضمان أوكرهن لديه.

ومن هذا القرض توجد تقنية سند الخزن (Warrant) وكشف رهن، يمكن لصاحب المخزون من تقديمه كضمان عند طلب القرض عن طريق خصمه لدى المصرف التجاري، وهو بذلك ورقة تجارية يمكن إظهارها عدة مرات في إطار عملية الرهن، ويتم خصم سند الضمان بحصول المودع على المخزون ويبقى تحت تصرف صاحبه في انتظار عملية تصريف المخزون، وعند سداد التسبيق ترجع الوثيقة إلى مالك المخزون، الذي يمكن أن يسحب مخزونه عن طريق وصل الإيداع، حيث يبقى المخزون كرهن خلال مدة القرض، ثم يدفع المدين فائدة على القرض، وفي حالة عدم تسديد المبلغ يمكن للدائن أن يبيع المخزون الذي يتمتع بحق الملكية مادام لديه سند الضمان، فيتحصل على قيمة القرض المقدم، والباقي يرجعه لصاحب المخزون[2]، وتهدف هذه التسبيقات إلى تمويل مخزون سلع المؤسسة مقابل رهن هذه السلع للبنك، وهنا تكمن الصعوبة فيشرط تحقق الحيازة للسلع المرهونة لهذا الأخير، حيث أن معظم المصارف تكتفي بأخذ الرهن بدون حيازة السلع المرهونة، هذا يضعف من قوة الرهن وحجيته

1-Ammour, Ben Halima, Pratique des techniques bancaires, édition Dahleb, Alger ,1997, p. 63.
2-Ibid, pp. 65-69.

القانونية، ولتفادي هذا الإشكال طُور أسلوب سند الخزن[1]، الذي يمكن من تداول السلع وحقوق الرهن المرتبطة بها، حيث هناك بعض الأنظمة تحرر فيها المخازن العمومية وثيقتين في آن واحد: الأولى وتعبر عن ملكية البضاعة، والوثيقة الثانية تمثل سند الرهن، وفي أثناء المعاملات يقدم صاحب البضاعة سند الرهن كضمان للبنك الممول، بينما يحتفظ بسند الملكية[2].

ب- الخصم التجاري (Escompte commercial)

يمثل الخصم التجاري شكلا من أشكال القروض القصيرة الأجل التي تمنحها البنوك، وتعد عملية الخصم بالنسبة للمؤسسة وسيلة من وسائل الدفع، فالمنشأة ولغرض إثبات ديونها على الغير تتعامل بالأوراق التجارية، كالسفتجة والشيك والسند لأمر، وتنتظر الحصول على قيمة الورقة التجارية في الموعد المحدد،

لكن ضرورات نشاط الاستغلال كثيرا ما تجعل المؤسسة حاملة الورقة التجارية بحاجة إلى المال لتسوية التزاماتها، فتلجأ إلى تحصيل قيمتها في شكل سيولة من خلا ل خصمها لدى البنك[3]، ويعتبر أكثر أشكال القروض قصيرة الأجل استعمالا.

وتعتبر عملية الخصم قرضا باعتبار أن البنك يعطي مالا إلى حاملها، وينتظر تاريخ الاستحقاق لتحصيل هذا الدين، كما يمكن لهذا الأخير إعادة خصمها لدى البنك المركزي إذا احتاج البنك حامل السند إلى السيولة، وهذا مقابل ثمن يسمى سعر الخصم[4].

ويشكل هذا النوع من القروض مخاطرة كبرى بالنسبة للبنك، إذا كان هناك إصدار شيك بدون رصيد، يرجع الشيك المخصوم غير مدفوع، إذا كان المستفيد من الشيك غير قادر على الدفع يتحمل المصرف النتائج المالية، في مثل هذا يكون ضحية جريمة نصب واحتيال التي يمكن أنتكون مدبرة بين صاحب الشيك والمستفيد بهدف الحصول على سيولة على حساب البنك، فإذا أخذ المصرفي الشيك بكل ثقة من أجل الخصم، لا يكون

1-المادة 543مكرر2من القانون التجاري الجزائري تنص: "سند الخزن هو سند يسمح للمودع بالاقتراض على قيمة البضائع المودعة بالمخزن. . . وتشكل البضاعة المودعة حينئذ ضمان تسديد المبلغ المقترض عند الاستحقاق. "

2-A. ben Halima, op.cit., p. 64.

3-فريدة بخراز يعدل، تقنيات وسياسات التسيير المصرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة3، 2005، ص 21.

4- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 66، والمادة 02 النظام رقم 01/2000 المؤرخ في 13 فيفري 2000، يتعلق بإعادة الخصم والقروض الممنوحة للبنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، العدد 12، المؤرخ في 12 مارس 2000، ص21. والمادة 41 من الامر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.

مسئولا، أمّا إذا تصرف بإرادة مبيتة لتبديد أموال البنك لصالح الغير فهذه جريمة، ويتبين هذا إذا واصل البنكي خصم الشيكات التي رجعت غير مسددة، أو لازالت تمنح لزبائن تسببوا في إلحاق الضرر بالبنك[1].

ج- الاعتمادات بالتوقيع (Les crédits par engagement)

قد يقوم البنك بدور الكفيل للمؤسسة أمام دائن ما، وقد تتخذ الكفالة صورة ابتكرها العرف المصرفي، فلا تخضع لما تعرفه الكفالة من أحكام، فقد يكون البنك بمناسبة سحب ورقة تجارية من جانب المؤسسة، البنك بقبول هذه الورقة تيسيرا لتداولها، فيمكن الزبون عندئذ من خصمها بسهولة والحصول على ما يريد من نقود لدى البنك الذي يقوم بخصمها[2].

وقد تشتبه الكفالة بالمعنى المتقدم مع عملية أخرى قريبة يقوم بها البنك أو شركات التأمين وهي تأمين القرض، ووجه الشبه بينهما: أن عدم وفاء المدين بالدين يحرك التزام كل من الكفيل والمؤَمن، لكن بين العمليتين فروقا كبيرة؛ فالهدف من كل منهما هو تأمين أو ضمان القرض وفاء الدين، تفادي خطر عدم السداد، ولكن الكفيل اذ يتدخل فهو يساعد المدين ويقوي ائتمانه بالحصول على ما يريد من النقود لأجل، كونه هو الذي يبرم التأمين، ويؤمن نفسه ضد مخاطر تخلف المدين عن الوفاء، كما أنه في الكفالة يتعهد الكفيل بعلم المدين أو بغير علمه[3].

وقبل أن يقبل البنك كفالة المؤسسة الاقتصادية عليه أن يدرس مخاطر هذه الكفالة من عدة جوانب، ومن ثم وجب عليه التحقق من[4]:

- المركز المالي للمؤسسة التي تطلب كفالتها، ولذلك عادة ما يلجأ البنك إلى الاطلاع على الوضعية المالية للمؤسسة (الميزانية، الأرباح والخسائر).
- المؤسسة طالبة الكفالة من حيث يسرها وأمانتها وكفاء ة مسيريها.
- الالتزام المتخذ من طرف البنكي ينصب على مبلغ محدد ومدة محددة.

1- سعدوني معمر، المرجع السابق، ص 17. والمادة 374 من قانون العقوبات: (يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن قيمة الشيك).
2- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، مصر، 1993، ص 559.
3- نفس المرجع، ص 561.
4- سعدوني معمر، المرجع السابق، ص 20.

فهذا النوع من القروض يشكل توقيع البنك لضمان التزامات المؤسسة اتجاه الغير في حدود مبلغ معين ولمدة معينة مقابل عمولة.

د- الاعتماد المستندي (Le crédit documentaire)

مجال استعماله هو تمويل العمليات التي تقوم بها المؤسسة مع الخارج على المدى القصير، وهي مرتبطة أساسا بشراء المواد الأولية الضرورية للعملية الإنتاجية من مورّد خارج الوطن، ودور البنك هنا هو وسيط فعّال بين المنشأة والمورد. وهو يتخذ شكل وثيقة مصرفية يرسلها المصرف بناء على طلب من زبونه إلى مصرف آخر في الخارج، وهو يتولى مباشرة عقد البيع بين الزبون (المؤسسة المستوردة) والبائع(المورّد)، ويهدف هذا الاعتماد الى تسديد ثمن الصفقة للبائع الأجنبي إذا قام هذا الأخير فعلا بتجهيز البضاعة[1]، الذي بدوره يتسلّم المبلغ في بلده من المصرف الموجود في دولته، وهو مراسل المصرف الأول الذي تعهد بالدفع[2].

والاعتماد المستندي لم يكن محلاً لتنظيم تشريعي حتى يومنا هذا، وإنما تحكمه الممارسات والعرف والقضاء، وهو ليس له صفة الإلزام بل يستمد قوته من اتفاق الأطراف، المشتري والبائع والبنك[3].

وفي مثل هذا النوع من الاعتمادات قد يطلب البنك من المؤسسة المستوردة تقديم ضمانات، وتختلف الضمانات المطلوبة باختلاف وضعية المؤسسة تجاه البنك، فقد تكون قيما منقولة كالأوراق المالية أو التجارية، أو تكون عبارة عن عقارات أو جزء من المخزون، كما قد تطلب توقيع طرف ثالث كضامن للتعاقد، أو تطلب سداد الفائدة مقدما، مع سداد قيمة القرض على دفعات[4].

الفرع الثاني: التمويل متوسط الأجل (Le financement à moyen terme)

يقصد بالتمويل طويل الأجل تلك الأموال التي تحصل عليها المؤسسة من باقي المتعاملين الاقتصاديين، سواء في صورة أموال نقدية أو أصول، والتي عادة ما تكون مدة استحقاقها تتراوح ما بين 2الى7سنوات، وتكون

1- قرار المحكمة العليا، قضية بنك التنمية المحلية ضد شركة الهندسة والدراسات، المجلة القضائية، العدد2، 2007، ص342: "وحيث أنه بالرجوع للعقد المبرم بين الطرفين، يتبين أن البنك القائم بتحويل الأموال تنفيذا لقرض مستندي غير مسؤول على مواصفات السلع ولا على مطابقتها ووزنها.. ".

2- زياد رمضان، المرجع السابق، ص 189.

3- مصطفى كمال طه، البنوك، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1991، ص 431.

4-أحمد بوراس، المرجع السابق، ص 40.

هذه القروض موجهة لتمويل نشاطات الاستثمار، فهي موجهة لشراء وسائل الإنتاج[1]، وفي هذا النوع من التمويل يكون البنك معرّضا لنوعين من المخاطر: خطر التجميد، وخطر عدم السداد. فالأول يتحقق لأن البنك بذلك قد جمد أمواله لفترة زمنية معينة، حيث لا يمكن استعمالها في تمويل عمليات أخرى، لأنه رهن أمواله لدى المنشأة الاقتصادية لفترة ليست بالقصيرة، وأن احتمال عدم السداد ممكن وبالتالي يتحقق الخطر الثاني، فالفترة طويلة قد تحدث فيها متغيرات، ونجد ضمن هذه الآلية من التمويل، قروض المدة، وقروض التجهيزات.

أولا: قروض المدة (Crédit de terme)

هي قروض متوسطة الأجل تتراوح مدتهامابين3و7سنوات، الأمر الذي يعطي المؤسسة المموّلة الاطمئنان والأمان، ويقلل من مخا طر التمويل، لأن درجة المخاطرة في التمويل قصير الأجل تكون عالية بالنسبة للمؤسسة الاقتصادية، لأنه إذا وصل تاريخ استحقاق القرض فإنّه من المحتمل ألا يوافق البنك على تجديد القرض، أو أن يجدد بشروط قاسية، كأن يكون معدّل الفائدة مرتفعا، حيث يفرض معدّل الفائدة على أساس المدة التي أُستخدم فيها القرض، أمّا تجديده فيتم على أساس أسعار الفائدة السائدة في السوق[2].

أمّا من جهة البنك الممول فهو معرض لخطر تجميد الأموال، وخطر عدم السداد، حيث هذه الفترة طويلة نوعا ما يمكن أن تحدث فيها متغيرات سواء تعلّقت بالمؤسسة الاقتصادية في حد ذاتها، أو متغيرات خارجية تؤثر على نشاطها وبالتالي على ربحيتها، ومن ثمّ على قدراتها على الوفاء بالتزاماتها، هذا يجعل البنك كذلك معرّضا لخطر نقص السيولة، ويمكن أن يتفادى ذلك بإمكانية إعادة خصم هذه القروض لدى مؤسسة مالية أخرى أو لدى البنك المركزي. حيث يسمح هذا للبنك بالحصول على السيولة في حال الحاجة اليها دون انتظار أجل استحقاق القرض الذي منحه للمؤسسة الاقتصادية[3].

تسدد قروض المدة عادة على أقساط دوريّة متساوية، وأن القرض يتم تسديده من التدفقات النقدية الناتجة عن الأصل الذي موّله البنك[4]، وفي هذا تخفيض من احتمالية الخطر على كل من المؤسسة الاقتصادية من حيث

1-شاكر القزويني، المرجع السابق، ص 106.

2- محمد أيمن عزت الميداني، الإدارة التمويلية، مكتبة العبيكان، السعودية، الطبعة الثانية، 1999، ص 502.

3- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 75.

4- محمد أيمن عزت الميداني، الإدارة التمويلية في الشركات، جامعة الظهران، السعودية، 1993، ص ص. 472-473.

تخفيف عبء الدفعات على المقترض، كما تؤمن للبنك استرجاع أمواله تدريجيا[1].

ثانيا: قروض التجهيزات (Crédits d'équipements)

عندما تقوم الشركة بشراء آلات أو تجهيزات فإنها تستطيع الحصول على تمويل متوسط الأجل بضمانة هذه الموجودات، حيث الجهة المموّلة(البنك) يمول مابين70و80%من قيمة التجهيزات وتبقى20الى30 % تدفعها الشركة المموّلة[2]، ويوجد شكلان يمنح بموجبهما قروض التجهيزات وهما:

أ- عقود البيع المشروطة (Des contrats de vente conditionnelles)

في ذا النوع من القروض يقوم البنك بالاحتفاظ بملكية التجهيزات إلى أن تقوم الشركة بتسديد كافة الأقساط المطلوبة، فتقدم دفعة أوليّة عند الشراء وتصدر كمبيالات بقيمة الأقساط المتبقية من قيمة الأصل، وعندما يتم التسديد بالكامل يقوم البنك بنقل ملكية الأصل إلى الشركة، أمّا إذا تخلفت عن السداد فانه يمكن للبنك الاستيلاء على التجهيزات وبيعها إلى عميل آخر.

ب- القروض المضمونة (Les crédits garantis)

ويكون ذلك في حال استخدام التجهيزات كضمانة للحصول على قرض بنكي فيتم ذلك عن طريق رهن التجهيزات لصالح البنك المموّل، مع وضع حجز على التجهيزات تمنع الشركة المقترضة من إمكانية التصرف فيها، ذلك كضمان للبنك في الحصول على التجهيزات وبيعها في السوق إذا تخلّفت الشركة عن تسديد دفعات القرض[3].

الفرع الثالث: التمويل طويل الأجل (Le financement à long terme)

انه غالبا ما يحدث وأن تكون المؤسسة الاقتصادية في حاجة إلى الأموال من أجل التوسع في نشاطها، أومن أجل قامة استثمارات جديدة، هذا كله يحتاج لأموال كثيرة ولمدة طويلة كافية لتحقيق العوائد المتوخاة. هذه المدة قد تتجاوز7سنوات لتصل الى 25 سنة أو أكثر في بعض القطاعات الضخمة، وعادة ما تطلب البنوك ضمانات نتيجة لارتفاع درجة المخاطرة في مثل هذه الآليات من التمويل، ويتخذ إجراءات وقائية، لأن البنك في هذه الحالة

1-عبد الغفار حنفي، أساسيات الاستثمار والتمويل، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2000، ص. 457.

2-منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، مركز الدالتا للطباعة، الإسكندرية، مصر، 1996، ص. 120.

3- محمد أيمن عزت الميداني، المرجع السابق، ص 502. وعبد الغفار حنفي، المرجع السابق، ص 172.

يرهن أمواله لدى المؤسسة الاقتصادية لمدة طويلة تحدث خلالها متغيرات داخلية أو خارجية، فتكون احتمالية عدم التسديد ممكنة، أو يكون هناك تأخر في السداد، ومن هذه الآليات نجد: التمويل عن طريق الأسهم والسندات، والقروض طويلة الأجل.

أولا: التمويل عن طريق الأسهم (Le financement par les actions)

أ- الأسهم العاديّة (Les actions ordinaires)

تعتبر من مصادر التمويل الداخلي المرغوب فيها، لأنها تجعل منشآت الأعمال أقل عرضة للضرر الناتج عن انخفاض المبيعات والمكاسب، وعند إصدار المزيد منها يخفض نسبة الاقتراض، إلاّ أن إصدار الأسهم العاديّة يعني زيادة عدد المساهمين في المؤسسة، وبالتالي المزيد من التدخل والرقابة في تسيير المؤسسة[1]، ومنه صعوبة اتخاذ القرار. إلا أن مخاطرها جلية على المؤسسة، من حيث أسعارها المستقبلية والأرباح التي تحققها، فشراء السهم هو عملية مخاطرة على رأس المال وعلى المداخيل.

أما بالنسبة لحملة الأسهم لا يمكن مكافأتهم إلا إذا حققت المؤسسة أرباحا صافية، يضاف إلى ذلك أنّ حملة الأسهم العاديّة يأتون في ذيل القائمة في حصولهم على نصيب في صافي التصفية في حال إفلاس المؤسسة التي أصدرت الأسهم العاديّة.

ب- الأسهم الممتازة (Les actions privilégiées)

تعتبر الأسهم الممتازة بديلا من بدائل التمويل التي يمكن أن تعتمدها بعض المؤسسات، وذلك بسبب المزايا التي يمكن أن تتحصل عليها من خلالها، لأنها غير ملزمة قانونا بإجراء توزيعات، وأنّ التوزيعات محدودة، وليس لحملة الأسهم الممتازة الحق في التصويت، وبالتالي ليس لهم تمثيل في مجلس إدارة المؤسسة[2]، وأنّ إصدار المزيد من الأسهم الممتازة يساهم في تخفيض نسبة الأموال المقترضة، إلا أنّ ما يعاب عليها ارتفاع تكلفتها نسبيا، لأنها لا

1-المادة715مكرر42 من القانون التجاري الجزائري:"الأسهم العادية هي الأسهم التي تمثل اكتتابات ووفاء لجزء من رأسمال شركة تجارية وتمنح الحق في المشاركة في الجمعيات العامة والحق في انتخاب هيئات التسيير أو عزلها والمصادقة على كل عقود الشركة أو جزء منها وقانونها الأساسي أو تعديله بالتناسب مع حق التصويت الذي يحوزها بموجب قانونه الأساسي أو بموجب القانون. وتمنح علاوة على ذلك الحق في تحصيل الأرباح عندما تقرر الجمعية العامة توزيع كل الفوائد الصافية المحققة أو جزء منها. "

2- محمد أيمن عزت الميداني، المرجع السابق، ص. 511.

تحقق وفرات ضريبية للمؤسسة، وأنّ حملة الأسهم الممتازة يتعرضون لمخاطر أكبر من تلك التي يتعرض لها المقرضون الذين يتحصلون على فوائد ثابتة[1].

ثانيا: التمويل عن طريق السندات (Le financement par les obligations)

وهنا نكون أمام أسلوب من الاقتراض تلجأ فيه المؤسسة إلى الغير لاقتراض مبلغ مالي يوزع على أساس قيم متساوية، فالسند اتفاق تعهدي مكتوب مفوض بختم الطرف الذي أنشأه، يتعهد فيه بد فع المبلغ المالي المحدد بهذا الاتفاق مضافا إليه فائدة دورية مع دفعها لصاحبها في تاريخ استحقاقه[2]، وهذا النوع من القروض له مزايا منها:

- استغلال أموال الغير لمدة طويلة في الدورات الاستثمارية دون إشراكهم في القرارات الإدارية.
- زيادة وسائل التمويل المتاحة للمؤسسة.
- تحقيق وفرة ضريبية، لأنّ السندات تعتبر دين على المؤسسة.
- وبمقارنة السند بالسهم فانّ السند أقل خطورة، فالمداخيل المنتظرة سنويا معروفة مسبقا، على عكس مداخيل السهم تتميز بالعشوائية، حيث يمكن أن ينتج عن السهم خطر يتمثل في إمكانية إفلاس الجهة التي أصدرته، وبالتالي يكون استيفاء صاحب السند حقه قبل صاحب السهم.

د- القروض طويلة الأجل (Les crédits à long terme)

إنّ التمويل عن طريق القروض هو تنازل مؤقت من أحد الطرفين للآخر على المال على أمل استعادته منه فيما بعد مع الفوائد، وإلى حين تحقق ذلك فإنّ القروض تشكل واحدا من مصادر التهديدات بالنسبة للبنك، تتمثل في التغيرات التي قد تطرأ بين لحظة منح القروض ولحظة استرجاعها، التي في هذا النوع من القروض درجة المخاطرة عالية لطول الأجل، فكل حادث أو تعثر في تنفيذ المشروع في مرحلة من مراحله قد يؤدي إلى تقليص حظوظ تسديد أقساط التمويل في آجالها، وعليه فانّ المصرفي يلجأ إلى طلب ضمانات عينية لضمان استرجاع

1-أحمد بوراس، المرجع السابق، ص. 55. وعثمان رفعت إسماعيل، تمويل المشروعات، مطبعة العابدين، القاهرة، مصر، 1996، ص 11.
2- محمد حبار، المرجع السابق، ص. 11.

تمويله أصلا وفوائدا[1]. وعادة ما يتم الاتفاق بين الشركة والبنك المقرض لها على معدل الفائدة، وتاريخ الاستحقاق وطريقة السداد، وما إذا كان مرة أ وعلى دفعات.

المطلب الثاني: آليات التمويل المستحدثة

في أواخر القرن العشرين ظهرت بعض أساليب التمويل التي أصبحت تعتمد عليها المؤسسات بغرض الحد من بعض المخاطر والتي كانت تواجهها في إطار الآليات التقليدية كمخاطر التقادم التكنولوجي، مخاطر التخلف عن السداد ومن هذه الآليات المستحدثة نجد، الاعتماد الايجاري، عقد تحويل الفاتورة، ورأس مال المخاطر.

الفرع الأوّل: الاعتماد الايجاري (Le crédit-bail)

جاء هذا النوع من التمويل للتخفيف من أعباء المؤسسة عند قيامها بالاستثمار لأول مرة، ووفقا لهذا النظام يقوم المؤجر–وعادة ما يكون بنكا أو مؤسسة مؤجرة متخصصة بإعطاء المستأجر معدّات معينة، وإذا اطمأنّ المؤجر إلى سلامة المركز المالي للمؤسسة وخبرتها يقوم بإبرام عقد الإيجار، حيث من خلاله يؤجر البنك هذه المعدات مع حساب تكاليف الشراء وعائد مناسب، ولا يتحمل أية تكاليف للصيانة أو الإصلاح أو التأمين أو الضرائب أو المخاطر، حيث يتحملها المستأجر بالكامل[2]، ويتاح للمستأجر في العقد فرصة الشراء للمعدات في نهاية عقد الإيجار مقابل ما تبقى من تكلفة الشراء[3]، حيث يتم السداد بواسطة أقساط – تسمى ثمن الإيجار[4]– عند نهاية العقد. وفي هذه الحالة تنتقل الملكية القانونية للمعدات للمؤسسة المستأجرة، وأمّا أن تطلب هذه الأخيرة تجديد عقد الإيجار وفق شروط جديدة كخيار ثان، وبالتالي تستفيد لفترة أخرى من حق استعمال هذا الأصل دون أن تكتسب ملكيته، وأمّا أن تمتنع عن تجديد العقد، وتمتنع عن الشراء كخيار ثالث، وبالتالي إرجاع العين المؤجّرة إلى البنك[5].

1–المادة 112 من قانون النقد والقرض 90–10 المعدلة والمتممة بالمادة 68 الفقرة 01 من الأمر 03–11 تنص: "تشكل عملية قرض في تطبيق هذا القانون كل عمل لقاء عوض، يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه ولمصلحة الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة، أو الضمان. "

2–محمد أيمن عزت الميداني، المرجع السابق، ص505.

3–المادة 68 من الأمر03–11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10–04 المتعلق بالنقد والقرض تنص: "تعتبر بمثابة قرض، عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار للشراء لاسيما عمليات القرض مع إيجار. ".

4– المادة 14 من الأمر 96–09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، الصادر في 10 يناير 1996 تنص: ". . . سعر شراء الأصل المؤجر مقسما الى مستحقات متساوية المبلغ تضاف اليها القيمة المتبقية التي يجب دفعها عند مزاولة حق الخيار بالشراء. . . "

5–المادة 16 من الأمر السابق.

انطلاقا من الدوافع السابقة تبقى المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وبقدراتها المالية المحدودة هي الأكثر استخداما لهذا الأسلوب من التمويل، الذي له أشكال تختلف باختلاف مدة ومصير عقد الائتمان ونوعية وموضوع السلع محل الائتمان.

أولا: الاعتماد الايجاري العملي (Crédit-bail opérationnel)

في هذا النوع من التأجير يستخدم المستأجر الأصل خلال مدة زمنية قصيرة مقارنة بالعمر الإنتاجي له، لهذا فانّ ملكية الأصل تبقى في حوزة البنك المؤجر، ويكون هذا التأجير مرفقا بتوفير خدمات أخرى، أي ما يعرف باستئجار الخدمات.

فهنا البنك المؤجر يتحمل مسؤولية الصيانة وتوريد قطع الغيار للمنشأة المؤجرة[1]، حيث أنّ هذا الأصل لا يتم اهتلاكه بالكامل، حيث يتجه البنك المؤجر بعد ذلك إلى تأجيره أو بيعه بعد استعادته من المؤسسة المستأجرة في نهاية فترة التأجير، لذا فانّ إجمالي أقساط الاستئجار لا تساوي تكلفة محل التأجير[2].

ثانيا: الاعتماد الإيجاري المالي (Crédit-bail financier)

حسب نص المادة 2 الفقرة 2 من الأمر السابق: "تدعى عمليات الاعتماد الإيجاري (باعتماد ايجاري مالي) في حالة ما إذا نصّ عقد الاعتماد الإيجاري على تحويل لصالح المستأجر، كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر المرتبطة بملكية الأصل المموّل عن طريق الاعتماد الإيجاري، وفي حالة ما إذا يضمن هذا الأخير للمؤجر حق استعادة نفقاته من رأس المال والحصول على مكافأة على الأموال المستثمَرة. . . ".

هذا يعني أنّ هذه العملية تعاقدية بمقتضاها يقوم مالك الأصل محل العقد بمنح المنشأة حق الانتفاع من أصل معين تختاره، خلال فترة زمنية محددة مقابل مبلغ تدفعه بشكل دوري يضاف إليه مكافأة هذه الأموال المستثمرة، وتتحمل الأعباء بما فيها المخاطر المرتبطة بهذه العملية[3].

1-المادة 2 فقرة 3: "تدعى عمليات الاعتماد الإيجاري (باعتماد ايجاري عملي) في حالة ما إذا لم يحول لصالح المستأجر، كل أو تقريبا كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر المرتبطة بحق ملكية الأصل المموّل، والتي تبقى لصالح المؤجر وعلى نفقاته. "

2- محمد كمال خليل الحمزاوي، اقتصاديات الائتمان المصرفي، منشأة المعارف، طبعة2 الاسكندرية، مصر، 2000، ص. 423.

3- الواسعة زرارة صالحي، مقال: عقد الاعتماد الإيجار للأصول المنقول، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 27-28، نوفمبر 2012، ص 355-356.

ثالثا: القرض الايجاري للمنقول (Crédit-bail mobilier)

القرض الايجاري للمنقول هو تصرف قانوني يشمل ثلاثة أطراف، البائع، البنك المشتري، والمنشأة المستأجرة، فالبنك يقوم باقتناء مال منقول تجهيزات، معدات مهنية، سيارات، أجهزة، وذلك بغرض تأجيرها، وبانقضاء مدة الإيجار المتفق عليها بين البنك والمنشأة، هذه الأخيرة لها الخيار في الشراء بثمن يتفق عليه في العقد[1]، إنّ مدة هذا العقد تقيد على المدى المتوسط، ويجب التمييز هنا بين الاعتماد الإيجاري والبيع والإيجار، فالاعتماد الإيجاري هو ائتمان باعتباره يتضمن تسليم مال دون استيفاء كل ثمنه في الحال، وهو ليس بيعا محضا لأنّ حقوق التملك لا تنتقل بمجرد إتمام العقد، وهو ليس إيجارا محضا لأنّ الأقساط هنا مرتفعة[2]، أمّا فيما يخص حقوق والتزامات الأطراف في مثل هذا النوع من القروض، فآثاره تظهر باعتباره آلية من آليات التمويل وضمان في نفس الوقت وبالتالي فهو يضمن للمستأجر الانتفاع بالعين المؤجّرة وللمؤجر حق الملكية على الشيء المؤجر أو انتقالها للمستأجر إذا رغب هذا الأخير في ذلك[3].

أ- حق المستأجر على الشيء

المستأجر له الحق في استعمال الشيء محل القرض الإيجاري، ولكن مقتضيات العقد تمنع عليه أن يعيد إيجاره للغير[4]، وأنّ عدم احترام ذلك ينتج عنه جريمة خيانة الأمانة.

ب- حق المستأجر تجاه البنك

في حالة عدم التسديد الجزئي في آجال الاستحقاق المتفق عليها في العقد، فإن العقد ينص عادة على الفسخ الاتفاقي للعقد مع استرجاع الأصل المؤجّر محل القرض، إضافة إلى ذلك تقوم المؤسسة المستأجرة بتقديم تعويض، وعندما يتم عدم التسديد في بداية تنفيذ العقد، فان صاحب الملكية (البنك) يسترجع عتاده، ويستفيد إضافة إلى ذلك من مبلغ إيجار عدة سنوات[5].

1- المادة 7 من الأمر السابق.
2- الواسعة زرارة صالحي، المرجع السابق، ص345-346.
3- الواسعة زرارة صالحي، نفس المرجع، ص352.
4- المادة 9 من الأمر السابق.
5- المادة 13 من الأمر السابق.

رابعا: القرض الايجاري للعقار (Crédit-bail immobilier)[1]

إنّ هذا النوع من القروض يشبه إلى حد كبير القرض الايجاري للمنقول، إلاّ أنّ الاختلاف يكمن في:

- محل القرض الايجاري العقاري يرد على العقارات.
- مدة القرض الإيجاري العقاري طويلة تتراوح بين 10سنوات إلى 25سنة.

ويخضع هذا النوع من القرض للإشهار العقاري.

الفرع الثاني: التمويل عن طريق عقد تحويل الفاتورة (Le factoring)

لقد اختلف فقهاء القانون في إعطاء تعريف موحد وشامل لمفهوم تحويل عقد الفاتورة[2]:

- حيث عرفته الغرفة التجارية الوطنية للمستشارين الماليين بفرنسا: "تحويل للحقوق التجارية من مالكها للوكيل أو الوسيط الذي يتحمل مهمة تحصيلها وضمان الوفاء النهائي في حالة الإعسار المؤقت أو النهائي للمدين مقابل عمولات هذا التدخل. "
- كما عرفه بعض الفقهاء: "أسلوب تحصيل وضمان خطر عدم الوفاء وتمويل بواسطة تحويل الحقوق."
- أما المشرع الجزائري، فانّ هذا النوع من التمويل لم يقرر إلاّ مؤخرا بصدور المرسوم التشريعي 93-08المؤرخ في25أفريل1993المتضمن القانون التجاري الجزائري. [3]

فعقد تحويل الفاتورة هو آلية تمويل قصيرة الأجل مستحدثة يمكن للمؤسسة الاقتصادية استخدامها من أجل الحصول على قيمة فواتيرها الآجلة من بنك أو مؤسسة مالية متخصصة تتولى عملية تحصيل قيمة هذه الفواتير الآجلة وتتحمل مخاطر عدم التسديد مقابل أجر، فهنا البنك يحل محل المنشأة بمقتضى اتفاق مبرم بين الطرفين[4].

1- المادة 8 من الأمر السابق.

2- أحمد بوراس، المرجع السابق، ص. 111.

3-المادة 543 مكرر 14 من المرسوم السابق تنص: "عقد تحويل الفاتورة هو عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى "وسيط" محل زبونها المسمى "المنتمي" عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد وتتكفل بتبعة عدم التسديد، وذلك مقابل أجر. "

4-Francoise, Dekeuner, droit bancaire, France, édition Dalloz, 1999, p. 108.

ويسمى البنك الذي يقوم بالفاكتورينغ خدمة للمؤسسات المستفيدة من هذه الآلية ب(الفاكتور) الذي يعتبر الوسيط في هذه العملية، والمؤسسة الاقتصادية التي بحوزتها الحسابات المدينة التي يشتريها الفاكتور مقابل أجر يسمى(المنتمي) والطرف الآخر ويسمى العميل، وهو الطرف المدين للمؤسسة الاقتصادية.

أولا: حقوق أطراف عقد تحويل الفاتورة

أ- حقوق الفاكتور (البنك)

- يقوم الفاكتور بتحصيل قيمة الحقوق موضوع الفواتير المحوّلة اليه[1]، حيث بمقتضى هذا التحويل يصبح الفاكتور مالكا لهذه الحقوق التي يجوز له التصرف فيها والاستفادة من ضماناتها[2].
- من حق الفاكتور مراقبة المنتمي والعميل، حيث يسمح لها هذا الحق الاطلاع على مركز، العميل فيكون على علم بكل ما يطرأ من تغيرات ممّا يجعله يتخذ الإجراءات الوقائية لحماية مصالحه، ولتفادي المخاطر التي ممكن أن تنجم عن استمرارها في التعامل مع هذا العميل.
- وللفاكتور الحق في العمولة نظير ما تقدمه من خدمات للمنتمي، ونظير ضمان خطر عدم الدفع في حال إعسار المدين، بالإضافة إلى نسبة الفائدة كتعويض عن عملية التمويل المقدّم والمدة التي تمتد من تاريخ تحويل الفواتير إلى تاريخ استحقاقها[3].
- لكن قبول الفاكتور تحويل بعض الفواتير معناه ضمان تحصيلها من العميل (مدين المؤسسة الاقتصادية)، حيث إذا تعذر عليه ذلك بسبب إعسار أو إفلاس المدين فلا يمكن للفاكتور الرجوع على المنتمي(المؤسسة)، لأنّ عقد تحويل الفاتورة ينص على أنّه إذا حدثت خسائر في التحصيل فهي عادة ما تكون على الفاكتور، فهو الذي يتحمل عبء خطر عدم السداد[4].

1-المادة 543 مكرر17 من المرسوم السابق: "ينظم الوسيط والمنتمي بكل حرية، وعن طريق الاتفاق، الكيفيات العملية لتحويلات الدفعات المطابقة لحواصل التنازل. "

2- المادة 543 مكرر 18: "يترتب عن تحويل الديون التجارية، نقل كل الضمانات التي تتضمن تنفيذ الالتزامات لفائدة الوسيط. "

3-تتراوح نسبة العمولة عادة بين 0. 1% و2. 5%، أمّا نسبة الفوائد فتتراوح بين 2. 5% و4%، عبد الجليل بوداح، المرجع السابق، ص. 8.

4-المادة 543 مكرر 14 السالفة الذكر.

ب- حقوق المنتمي (المؤسسة الاقتصادية المموّلة)[1]

- يعتبر الهدف الأساسي من إبرام عقد تحويل الفاتورة هو الحصول على اعتمادات تضمن للمؤسسة المنتمي الحصول على احتياجاتها من السيولة على اعتبار أنّ هذه العملية آلية تمويل قصيرة الأجل موجهة لتمويل نشاطات الاستغلال، هذا يعطي للمؤسسة الاقتصادية المستفيدة من هذه الآلية فرصة مواجهة التزاماتها اتجاه الغير في آجالها، دون انتظار تسديد مدينيها للفواتير في آجال لاحقة.
- كذلك من حقوق المنتمي تكليف الفاكتور بالاستقصاء عن بعض المعلومات التي يراها تهمه، أو طلب بعض الاستشارات قبل إجراء أيّة صفقة تجارية، هذا حتى يكون على اطلاع بأحوال السوق، وعلى دراية بأحوال المتعاملين.

ثانيا: خدمات الفاكتورينغ[2]

- توفير التمويل اللازم للورّد أو المصدّر الذي باع الفواتير إلى الفاكتور مقابل سحب مبلغ نقدي قبل حلول أجل استحقا ق هذه الفواتير مقابل نسبة الفائدة.
- توفير الحماية الائتمانية عن طريق تحمل عبء المخاطر التجارية الناتجة عن عدم سداد مدين المؤسسة للفواتير.
- قيام الفاكتور بأعمال التحصيل للمستحقات لدى الغير في تواريخ استحقاقها، ومتابعة تحصيلها في حالات التأخر عن الدفع.

ومع ذلك يعاب على هذه الآلية بأنّها مرتفعة التكلفة، لوجود نسبة فائدة ونسبة عمولة قد تصل إلى 4%من رقم الأعمال الناتج عن عملية التصدير[3]، وحسب الضمانات المرتبطة بالدين، إضافة إلى جهل المتعاملين الاقتصاديين لمضمون هذه الآلية أدى إلى قلة استعمالها[4].

1-أحمد بوراس، المرجع السابق، ص 119.

2- صليحة بن طلحة، وبوعلام معوشي، دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل وتحصيل الحقوق، الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات، جمعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، نوفمبر 2006.

3-J. Peyrard, Finance internationale d'entreprise, Vuibert, paris,1988, p. 159.

4- سعدوني معمر، المرجع السابق، ص30.

الفرع الثالث: التمويل عن طريق رأس المال المخاطر (Le capital-risque)

رأسمال المخاطر آلية تمويل مستحدثة، لا تقوم على تقديم الأموال فحسب، بل أيضا تقوم بتقديم المساعدة في إدارة الشركة بما يحقق لها التطور[1].

والبنك أو المؤسسة المالية التي تقْدم على تقديم رؤوس الأموال لاستثمارها بمخاطر مرتفعة تتوقع تحقيق عائد مرتفع قد يصل الى30%أو40% في الدول الكبرى، ولكن مع تحمل المخاطر كليا أو جزئيا في حال فشل المشروع المموّل ومن دون تقديم أي ضمان من المنشأة الاقتصادية المموّلة، فهذا العقد عبارة عن مشاركة، فشركات رأس المال المخاطر تقوم على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر، أي المشاركة في تحمل المخاطر وتحمل التكاليف واقتسام الأرباح، فهذه المؤسسات المالية وعن طريق هذه الآلية تقدم للشركة المموّلة المال والخبرة الفنيّة والإدارية لتطويرها وإصلاحها، كما أنّ مؤسسات رأسمال المخاطر تدعم ماليا وفنيا المشروعات الناشئة، لما تتميز به من قدرة على التعامل مع المخاطر دون أن يتطلب ذلك ضمانات التي قد تكون مكلفة، أو غير متاحة لدى المنشآت الصغيرة والمتوسطة، إذ تشير الإحصاءات إلى أنّ نسبة التعثر داخل المشروعات التي تمولها مؤسسات رأس المال المخاطر منخفضة إذا ما قورنت بالإخفاقات التي تعرفها إذا ما تمّ تمويلها عن طريق القروض[2]، ويرجع ذلك إلى أنّها تنتقي بعناية المشروعات ذات الآفاق المربحة مع وجود المشاركة والكفاءات القادرة على التصدي لكل أنواع المخاطر بكل فاعلية، ودون إرهاق للمؤسسة الاقتصادية بطلب ضمانات مرتفعة، أو فوائد عالية، ولكن مع متابعة المشروع عن كثب، لأنه يجب أن تطمئن مؤسسة رأس المال المخاطر على حسن سير المشروع وفق الخطة التي وضعت حين تم إنشاؤه، فذلك سيسمح باكتشاف المصاعب التي تواجهه في الوقت المبكر وإيجاد حلول ملائمة لها، ومنه حماية مصالح المموّل نفسه، ولذلك جرى العمل في هذه الآلية أنّ البنك متى موّل مشروعا يعين ممثلا عنه في مجلس إدارة المؤسسة لمتابعة مسيرة المشروع[3]. لكن هذه الميزة تشكل عبئا على المنشأة[4] من خلال المشاركة في قرارات المشروع والتدخل في توجيه مساره، كذلك المطالبة بمبالغ مرتفعة في حال نجاحه لاسترداد حصص

1- مبارك بلالطة وسليمان بلعور وعبد الوهاب دادن، مداخلة: الآليات المعتمدة من طرف الجزائر في تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر، 2003، ص. 6.

2- عبد الباسط وفا، مؤسسات رأس المال المخاطر ودورها في تدعيم المشروعات الناشئة، دار النهضة العربية، مطبعة الإسراء، الأردن، 2001، ص. 97.

3-محمد حبار، المرجع السابق، ص. 12.

4-أحمد بوراس، المرجع السابق، ص. 129.

المخاطرين، وهذه نتيجة حتمية وعادلة لأنّهم قد يفقدون أموالهم التي شاركوا بها في المشروع، إذا تعرض هذا الأخير لمخاطر تؤدي لفشل المشروع، لأنّ في ذلك مخاطرة كبيرة، إلاّ أنّ تدخل مؤسسة رأس المال المخاطر في إدارة المشروع ضمانة كبيرة لنجاحه لما يملكه المختصون فيها من قدرة على التعامل مع المخاطر، واتخاذ الإجراءات الكفيلة بالحد منها والتصدي لها في الوقت المناسب.

المطلب الثالث: آليات التمويل الإسلامية

إنّ البنوك الإسلامية هي بنوك حديثة النشأة تسعى إلى التخلي عن سعر الفائدة حيث لها مفهومها الخاص عن المعاملات المصرفية، فهي تقبل الودائع تحت الطلب وودائع الادخار والاستثمار طبقا لمبدأ المشاركة في الربح، أوفي ظل صيغ أخرى من التمويل، كالمرابحة والمضاربة[1]، ويعد بنك البركة النموذج لهذا النوع من البنوك في الجزائر، والذي يتولى كل العمليات المصرفية وفقا للشريعة الإسلامية[2].

وعموما، فانّ تمويل المؤسسات الاقتصادية بصفة عامة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بصفة خاصة عبر آليات التمويل الإسلامي يكون كما يلي[3]:

الفرع الأول: المضاربة

وهي أن يعطي البنك المال للمؤسسة الاقتصادية (المضارب) مع اقتسام نتائج المشروع بنسب متفق عليها، فهذه الصيغة التمويلية تسمح بإيجاد تدفقات نقدية للمؤسسة الاقتصادية، بشرط أن توضع لها شروط تضمن الاستخدام الأمثل للموارد المالية الذي يتصوره البنك المموّل وللمؤسسة المموّلة قبول أو رفض ذلك، وفي حال وقوع خسارة، فالذي يتحمل ذلك هو البنك مالم يثبت أنّ المنشأة أخلّت بشروط استخدام رأس المال الذي يمكن أن يكون ملكا للبنك أو عبارة عن ودائع للغير.

الفرع الثاني: المشاركة

المشاركة هي أسلوب تمويلي قائم على مشاركة البنك للمؤسسة الاقتصادية في تقديم المال اللازم لمشروع ما، ويوزع الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه، أمّا الخسارة فبنسبة تمويل كل منهما، ولا تكون مشاركة البنك في

1-سيد الهواري، إدارة البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 1983، ص. 4.

2-Ammour Ben Halima, op.cit, p. 104.

3-رابح خوني، مداخلة، آفاق تمويل وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، سطيف، 2003، ص. 16-18.

الإدارة إلاّ في حدود ما يحفظ حقوقه، والاطمئنان إلى عدم حدوث إهمال أو تقصير، فأحيانا تكون هذه المشاركة[1]:

- دائمة إذا اتفق الطرفان على ذلك (الشركة والبنك الممول لها) وهذا في حال ما إذا أصبح كل مشارك ممتلكا لحصة في رأس المال بصفة دائمة ومستحقا لنصيبه من الأرباح، وتستمر المشاركة الى حين انتهاء العمر الإنتاجي للمشروع أو الاتفاق على حله، أو في حال تنازل أحد الأطراف عن حصته في رأس المال أو بيعها للطرف الثاني.
- منتهية بالتمليك في حال ما إذا لم يقصد البنك البقاء والاستمرار في الشراكة إلى حين انتهاء الشركة.

ومن مزايا هذا الأسلوب من التمويل أنه لا يطلب أسعار فائدة مرتفعة ترهق كاهل المؤسسة، ولا يعتمد كثيرا على الضمانات التي أحيانا لا تكون متاحة أمام المنشأة الاقتصادية، يقف ذلك عائقا أمام المستثمر في الحصول على الاحتياجات التمويلية في الوقت المناسب، وهذا ما نجده في نظام التمويل التقليدي.

الفرع الثالث: المرابحة

المرابحة عقد بين المؤسسة والبنك يتضمن قيام هذا الأخير بيع سلعة للمؤسسة مقابل هامش ربح يضاف الى الثمن الذي اشتراها به، وبعد ا ستلام الطرف الثاني للسلعة يمكن أن يسدد ما هو مستحق عليه فورا أو على مدى فترة ملائمة من الزمن مرة واحدة أو على أقساط.

يعتبر أسلوب المرابحة أسلوبا مناسبا للمشروعات الصغيرة والمتوسطة، لأنّه يساعد على الحصول على مختلف الآلات والتجهيزات والمواد الأولية، مع الموارد المالية التي يمكن أن تحتاجها هذه المؤسسات دون دفع فوري، لأنّه كثيرا ما تكون السيولة غير متاحة أمامها أو غير كافية، وبالتالي فانّ هذا الأسلوب يساعدها كثيرا على دفع ما عليها في شكل أقساط مستقبلية، وهذا الأسلوب يناسب البنك لأنّه يحصل على عائد مع ضمان استرداد ماله، لأنه يحقّ له أن يطلب ضمان طرف ثالث في حالة البيع بالمرابحة (ضمانات شخصية)إذا كانت المؤسسة لا تتمتع بوضعية ائتمانية جيدة. وبالتالي تتيح لها وفْرات مالية تستخدمها في شؤون أخرى، وللبنك الممول عائدا مناسبا.

1-إبراهيم مختار، التمويل المصرفي منهاج لاتخاذ القرارات، مكتبة الأنجلو، القاهرة، مصر، الطبعة2، 1987، ص267.

الفرع الرابع: الإجارة

وهو أن يقوم البنك باقتناء آلات ومعدات وعقارات، ثم يقوم بتأجيرها للمنشأة الاقتصادية حسب احتياجاتها لمدة متفق عليها، وأثناء مدة الإيجار يظلّ الأصل ملكا للبنك، وأجرة يتفق عليها طرفا العقد[1].

إنّ عقد الإجارة مناسب جدا لمساعدة المؤسسات الاقتصادية في الحصول على احتياجاتها من رأس المال الثابت دون إرهاق لها، فالمؤسسة تستطيع أن تدفع ايجارا على المكان الذي تمارس فيه نشاطها دون تكليف لميزانيتها، وهذا لا يقارن ا طلاقا بتكاليف شراء المكان، كما تستطيع المؤسسات الاقتصادية أن تحصل على الآلات والمعدات التي تحتاجها بصيغة الإجارة أيضا، ومن فائدة المنشأة أن يكون مالك العين المؤجرة مسئولا عن صيانتها، كما أنّ لها خيار امتلاك العين المؤجرة أو إعادتها إلى البنك المؤجر، ومنه يمكن تقسيم الإجارة إلى[2] نوعين، الإجارة التمليكية، والإجارة التشغيلية.

أولا: الإجارة التّمليكية

تعتبر الإجارة التمليكيّة أو المنتهية بالتمليك من الأساليب الجديدة استحدثتها البنوك الإسلامية، وهي تتميز بكون البنك لا يقتني الموجودات والأصول نظرا لدراسة السوق ووجود رغبات لها، بل انّه يشتريها استجابة لطلب أحد عملائه لتملك تلك الأصول، وعليه فإنّها لا تبقى في ملكية البنك بعد نهاية عقد الإجارة وإنما تنتقل إلى ملكية المستأجر، ويحسب البنك الأجرة الإجمالية غالبا على أساس تكلفة الموجودات بالإضافة إلى ربحه، وتقسط الأجرة بعد ذلك على فترات يُتفق عليها.

ثانيا: الإجارة التشغيلية

يقوم البنك بموجب هذه الصيغة باقتناء موجودات وأصول مختلفة تستجيب لحاجيات المستخدمين، وتتمتع بقابلية جيد ة للتسويق سواء على المستوى المحلي أو الدولي، ويتولى البنك إجارة هذه الأعيان لأية جهة ترغب فيها بهدف تشغيلها واستيفاء منافعها خلال مدة محددة يُتفق عليها، وبانتهاء المدة تعود إلى حيازة البنك، ليبحث من جديد عن مستخدم آخر يرغب في استئجارها.

1-ميلود مهدي، أدوات التمويل المصرفي اللا ربوية ودورها في دعم المؤسسات الاقتصادية، الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، نوفمبر2006.

2-محمد بن بوزيان وخديجة خالدي، التمويل الإسلامي فرص وتحديات، الدورة التدريبية الدولية حول: تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتطويرها في الاقتصاديات المغاربية، كلية العلوم الاقتصادية، بسكرة، 2006، ص. 8-10.

ويتميز هذا الأسلوب ببقاء الأعيان المؤجرة تحت ملكية البنك الإسلامي الذي يقوم بعرضها للإيجار مرة أخرى، ويتحمل بذلك خطر ركود السوق، وانخفاض الطلب على تلك المعدات، ممّا يؤدي إلى خطر عدم استغلالها.

المطلب الرابع: الإجراءات العملية لعملية التمويل

مهما يكن نوع البنك كلاسيكيا كان أو إسلاميا، ومهما تكن صيغة التمويل، فإن في عقد التمويل وحفاظا على أموال البنك فالبنود التي ينص عليها العقد يجب أن تكون في صالح البنك[1].

- الاستعلام عن المؤسسة طالبة التمويل لدى مصلحة مركزية المخاطر، ثم القيام بتشخيصها[2] من خلال التحليل المالي والمحاسبي بواسطة الميزانيات والوثائق المحاسبية، ومقارنة حالة المؤسسة بالنسبة إلى المؤسسات الأخرى من نفس الحجم تمارس نفس النشاط، والاطلاع على إطارها القانوني، وهذا يفيد البنك في التعرف على نوع الشركاء ومسؤولياتهم وتحديد الإجراءات والوسائل التي يجب اتخاذها في حالة اللجوء إلى العدالة لاسترجاع الدين، والتعرف على قدرات المؤسسة المالية والاقتصادية للاطمئنان على تسديد الائتمان الممنوح في الأجل المحدد.
- تقديم التمويل المطلوب للمؤسسة، يكون ذلك بعد دراسة ملف طلب التمويل المحتوي على كل البيانات والمعطيات الخاصة بالمشروع الممول، وبعد إعداد حساب لتقدير حاجيات المشروع المالية على مستوى البنك، ليتم توفير التمويل اللازم للمؤسسة مع القيام بكافة التصرفات القانونية لتعبئة الدين من جهة ووضع المال المطلوب تحت تصرف المؤسسة من جهة ثانية[3].
- تقديم الضمانات من المؤسسة، طبقا لقاعدة أن "كل تمويل يقابله ضمان" فإن للبنك حق الاستفادة من كل الضمانات سواء أكانت عينية و/أو شخصية التي قدمتها له المؤسسة كضمان لتسديد مبلغ التمويل،

1-ما نلاحظه أن الالتزامات الملقاة على عاتق المؤسسة من عقد التمويل قد تكون في كثير من الأحيان أكبر من الحقوق التي تتحصل عليها، وهذا يدل على أن عقد التمويل يميل إلى عقد الإذعان (Contrat d'adhésion) حيث أن البنك يضع شروطا في إطار نماذج معدة مسبقا وما على المؤسسة المستفيد من التمويل إلا قبولها، المادة 70 من القانون المدني الجزائري.

2- ناصر حيدر، مداخلة حول: مساهمة بنك البركة في دعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر، 28 ماي 2003، ص 7.

3- فتيحة حزام، عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص. 106.

مع التزام البنك بقيدها حفاظا على حقوقه، لكن هناك من يرى أن هذه نظرة خاطئة[1] ولا تتلاءم مع نظرة المصرفي فالضمانات مهما كان نوعها ومهما كانت قيمتها ما هي إلا ملحقات للائتمان، لأن المقياس الأساسي لمنح التمويل هو مردودية المؤسسة وقدرتها على تسديد ديونها في ميعاد استحقاقها.

- القيام بعمليات التفتيش، حيث ومحافظة من البنك على أمواله المقدمة في التمويل يتوجب عليه القيام بعمليات التفتيش عبر كل مراحل تنفيذ المشروع حتى يطمئن على سير المشروع وفق الخطة التي وضعت حين إنشائه، ولذا يتوجب على المؤسسة تمكينه من القيام بكل الإجراءات الكفيلة بالاطلاع على الوثائق والمستندات التي يطلبها من وثائق مالية ومحاسبية[2].
- فرض غرامات التأخير، إن كل البنوك الكلاسيكية تلجأ إلى الفائدة المركبة في حالة التأخير في تسديد مبلغ التمويل، أي سداد القرض ونسبة الفائدة على القرض وعلى الفائدة في حد ذاتها[3]، أما البنوك الإسلامية وبما أنها لا يتعامل بالفائدة فإنها تلجأ إلى فرض غرامات التأخير تجاه المؤسسة المموَّلة المماطلة من أجل تحصيلها لأموالها ومستحقاته[4]، كما أنه من حقه استرجاع أمواله والأرباح لأن البنك الإسلامي غرضه من التمويل ليس الفائدة وإنما الأرباح، أو اللجوء إلى المطالبة بالاستحقاق المسبق في حال الإخلال بالالتزامات أو وجود حالة إفلاس، وهذا ما تنص عليه كل البنوك في اتفاقية القرض[5].
- الحق في التنفيذ على الضمانات، ولا يكون ذلك إلا في حالة تأكد البنك من عدم قدرة المؤسسة على التسديد عند حلول الأجل، لذا على البنك الالتزام بمتابعة عملية تسديد أقساط التمويل وفوائده إن كان بنكا كلاسيكيا، والتمويل وأرباحه إن كان بنكا إسلاميا، هذا وفقا للشروط المتفق عليها، لأن هذه العملية هي أحد مراحل التمويل تلزم بها كل البنوك حفاظا على حقوقها، فإذا تخلفت المؤسسة المموَّلة على الوفاء

1- ناصر حيدر، المرجع السابق، ص6.

2- اتفاقية قرض بين بنك بدر ومؤسسة اقتصادية، البند رقم 12 من العقد، تحت عنوان رقابة القرض، الملاحق رقم 3و4.

3- البند 14من العقد، تحت عنوان جزاءات التأخير، الملاحق السابقة.

4- فتيحة حزام، المرجع السابق، ص. 110.

5- البند 11 من اتفاقية القرض، تحت عنوان شروط الفسخ، الملحق السابق.

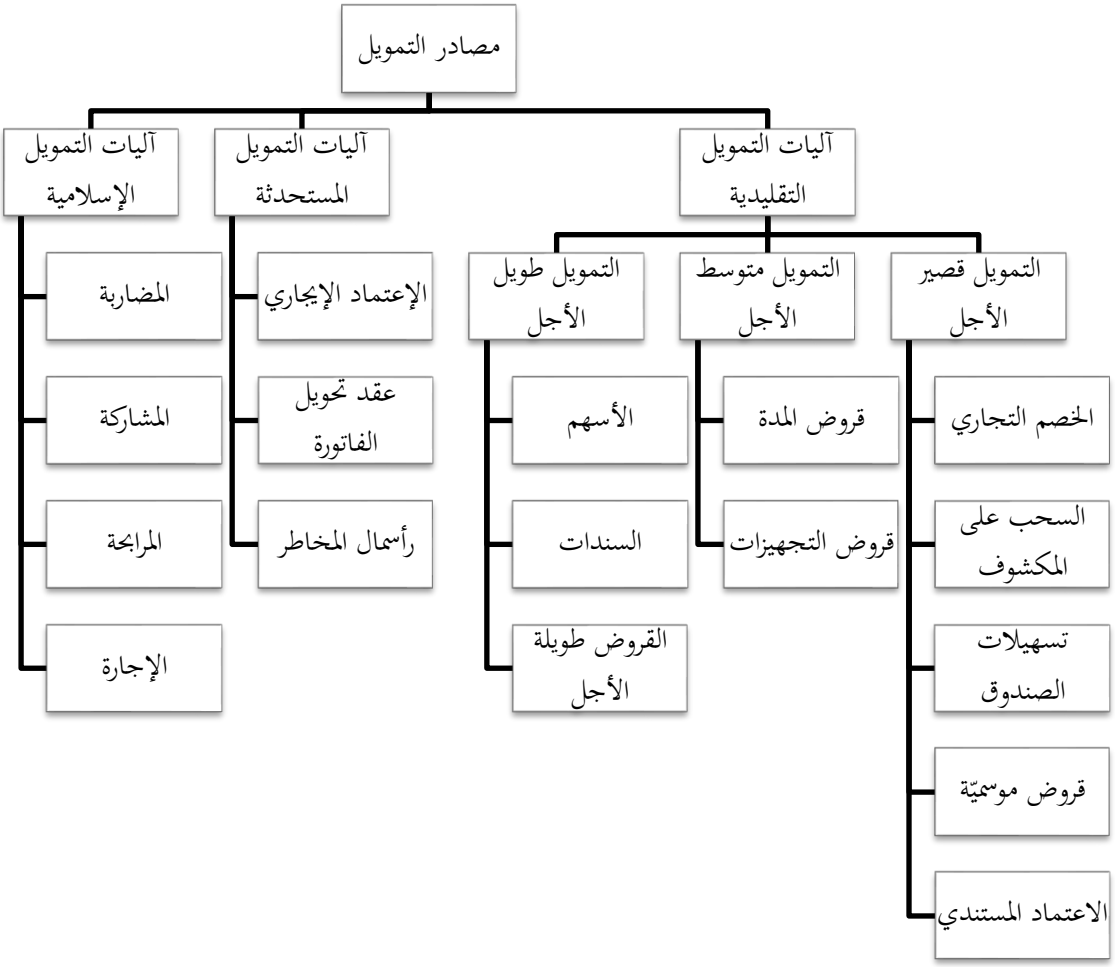
كان بإمكان البنك المموِّل التنفيذ على الضمانات وفقا للإجراءات المطلوبة قانونا من إجراءات الحجز والبيع بالمزاد العلني[1]، مع مراعاة الامتيازات التي يمنحها قانون النقد والقرض للبنوك.

- التزامات المؤسسة، إن عقد التمويل يلقي التزامات على عاتق المؤسسة هي من مصلحة البنك المموِّل لها، أخذ الضمانات التي تحمي البنك من المخاطر التي قد تنجر عن عملية التمويل والتي قد تكون خارجة عن نطاق المؤسسة، لذا لا يجب على المصرفي الاكتفاء بالثقة والتشخيص بل المطالبة بضمانات حقيقية وصلبة تساوي أو تفوق مبلغ التمويل، وإن كان يعتبره البعض إجحافا في حق المؤسسة لأن الضمان لا يمكن أن يتجاوز مبلغ التمويل المطلوب[2]، لكن لا يوجد قانون يحدد قيمة الضمان، فهناك من البنوك من يشترط ضمانات تفوق نسبة 100% من مبلغ التمويل، والالتزام بالمحافظة على مبلغ التمويل واستعماله فيما أعد له، تمكين البنك من الرقابة والاطلاع على سير المشروع مع تزويده بالوثائق اللازمة لذلك، والالتزام بالتأمين على الأخطار التي قد تنجر على المشروع مع إعفاء البنك من أي رجوع عليه، وإخطاره بالحوادث حتى يمكنه التدخل في الوقت المناسب[3].

1- البند 8 من اتفاقية القرض، تحت عنوان الضمانات، والبند 16 من اتفاقية القرض، تحت عنوان تسوية المنازعات، الملاحق السابقة.

2- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 164.

3- البند 13من اتفاقية القرض، تحت عنوان التزامات المقترض، الملاحق السابقة.



مخطط من إعداد الطالب

المبحث الثاني: أساسيات عن مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية

إنّ عملية التمويل مهما كانت آلياتها- تقليدية كانت أو مستحدثة أو صيغ تمويل إسلامية- محفوفة بالمخاطر، مادام هناك فترة انتظار بين منح التمويل وسداده، حيث تحدث متغيرات وخاصة على المدى الطويل أو المتوسط قد تكون داخلية مرتبطة بالمؤسسة الاقتصادية، أو خارجية سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو حتى دولية، نظرا لما يسمى اليوم بالعولمة، أو بسبب الأعمال الموكلة للبنك مهما كان نوعه، لأنّ كلا من البنوك الكلاسيكية والبنوك الإسلامية عرضة لمثل هذه المخاطر الكثيرة والمتنوعة، وهذا رغم الاختلاف الكبير بينهما من حيث صيغ التمويل، حيث أنّ الأولى هد فها من التمويل هو الحصول على فوائد لقاء هذا الانتظار، بينما الثانية هدفها الحصول على الأرباح من خلال المشاركة في المشروع بعيدا عن نسبة الفائدة التي ليست من معاملاته.

لذلك سنعالج في هذا المبحث ثلاثة مطالب: الأوّل حول المخاطر المرتبطة بالمؤسسة الاقتصادية، والثاني حول المخاطر المرتبطة بعمل البنك، والثالث حول المخاطر المرتبطة بصيغ التمويل الإسلامية.

المطلب الأول: المخاطر المرتبطة بالمؤسسة الاقتصادية

تحتاج المؤسسة الاقتصادية إلى أموال للنهوض بمشاريعها، وتتعدد المصادر التي تلجأ إليها للحصول على ذلك، فترتبط بذلك مخاطر تكون المشاريع هي السبب، إمّا على مستوى تأسيس المؤسسة، أو ما يتعلق بالحالة الاقتصادية والتكنولوجية للمؤسسة. كما أنّه غالبا ما يتسبّب في هذه المخاطر مسيّروها وهذا لضعف قدراتهم وإمكانياتهم الفنيّة وخبراتهم في الاضطلاع بالمهام وعدم دراسة المستقبل بشكل صحيح[1].

الفرع الأول: الخطر القانوني (Le risque juridique)

يرتبط هذا الخطر أساسا بعدم معرفة الوضعية القانونية للمؤسسة، وكذا نوع النشاط الذي تمارسه[2]، فالبنك متى موّل مؤسسة اقتصادية، فانّه عليه مراعاة هذه الجوانب الهامة وإلاّ عر ض أمواله للخطر، التي هي أموال المودعين.

1- زاينة آيت وازو، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية، رسالة دكتوراه علوم، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص73.
2-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 36.

فالمؤسسة الاقتصادية مهما كان نوعها، ومهما كانت طبيعة النشاط الذي تمارسه، يجب أن تؤسس على أسس صحيحة منصوص عليها قانونا، فكل طابع تتحدد به المؤسسة، وتعرف من خلاله يجب أن يكون وفقا للقانون وإلاّ اعتبرت باطلة.

فالقانون التجاري الجزائري أصبحت خاضعة له كل المؤسسات الاقتصادية سواء أكانت عمومية أو خاصة بعد صدور القانون التوجيهي 88-01 ينص على: "يحدد الطابع التجاري لشركة إمّا بشكلها أو موضوعها."

أولا: مراعاة الشكل القانوني للمؤسسة

فإذا أردنا البحث عن المؤسسات بحكم شكلها ومهما يكن نشاطها نجد أنّ القانون التجاري ينص على اتخاذ الأشكال القانونية التالية: شركات التضامن، شركات التوصية البسيطة، شركات التوصية بالأسهم، شركات ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء، والمؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة، وشركات المساهمة[1]، أمّا عن المؤسسة والتي تقاس بموضوعها وليس بشكلها، نجد أنّ المشرع نصّ على مؤسسة واحدة هي شركات المحاصة حيث إذا اتخذت أية مؤسسة شكلا غير الذي نص عليه المشرع، فإنّها تكون باطلة بطلانا مطلقا وغير معترف بها قانونا، كما أنّ الغرض من تحديد هذه الأشكال هو تحديد مسؤولية أصحاب المؤسسة، فإذا كنّا أمام شركات أموال فانّ المسؤولية تكون محدودة بحسب ما تمّ تقديمه من أموال[2]، وهذا كله حماية لصاحب المؤسسة نفسه، وحماية للمتعاملين معها، فأي مؤسسة تتجاوز هذا فهي غير مؤسسة قانونا، وبالتالي لا يمكن حمايتها ولا التعامل معها، وكل من تعامل وخاصة الطرف الممول فانه عرضة للمخاطر، لأنّ أي مشروع استثماري تقوم به يكون غير معترف به ما لم يتم في إطار قانوني شكلا ومضمونا.

ثانيا: مراعاة الشروط الموضوعية

يجب مراعاة مدى توفر المؤسسة الاقتصادية على الأركان الموضوعية العامة والخاصة[3]، وهذا يعني أن تكون متوفرة على الأركان اللازمة في العقود عامة وهي: الرضا، الأهلية، والمحل، والسبب.

- فالرضا يجب أن يكون خاليا من كل العيوب كالإكراه والتدليس والغلط، وإلاّ كان العقد قابلا للإبطال.

1-المادة 544، من القانون التجاري الجزائري.

2-المواد 551 و563 مكرر 1 و564 و592 من القانون التجاري الجزائري.

3-عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، الطبعة 2000، ص 148.

- والأهلية التي يجب أن تتوفر في المؤسسين، لأنّها تمنح لهم حق التصرف والالتزام، لأنه إذا تبين أنه غير أهل لذلك كان عقد المؤسسة باطلا بالنسبة إليه، وتختلف الأهلية اللازمة في المؤسس باختلاف نوع المؤسسة، فإذا كنّا أمام مؤسسة اتخذت شكل شركة أشخاص والمسؤولية فيها شخصية وتضامنية وغير محدودة، فانه يجب على المؤسس أن يتوفر على أهلية الاتجار، وبالتالي يجب أن يكون راشدا أو مرشدا، عكس ما إذا كنّا أمام مؤسسة اتخذت شكل شركة أموال، حيث تكون المسؤولية فيها محدودة، ومنه يمكن للقاصر أن يكون عضوا فيها.
- أمّا المحل فهو النشاط الاقتصادي الذي قامت من أجله المؤسسة، أو المشروع الذي سوف تنفذه، والذي يجب أن يكون ممكنا وجائزا قانونا، فإذا ما وجد مانع قانوني أو مادي يحول دون ذلك فالمؤسسة باطلة، والبنك الممول لها عرضة للخطر، فالاستحالة تكون قانونية كاحتكار الدولة لبعض الصناعات لا يمكن لأي مؤسسة اقتصادية أخرى القيام بها، واستحالة مادية كأن تحاول مؤسسة ما استثمار مشروع معين وتبين فيما بعد أنّه غير قابل للاستثمار فيه، أو رغبة الدولة في تشجيع أو الحد من تمويل بعض الأنشطة الاقتصادية[1]. كما يجب أن يكون النشاط الممارس مشروعا وغير محظور لمخالفته النظام العام والآداب العامّة، وإلاّ كان المشروع باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية المحل.
- وركن السبب يعني الغرض الذي قامت من أجله المؤسسة والذي يجب أن يكون مشروعا، فهو يتمثل في انجاز النشاط بغية تحقيق الأرباح عن طريق القيام بمشروع مالي، واستغلال فرع من فروع النشاط التجاري أو الصناعي.
- بالإضافة إلى الأركان الموضوعية العامة، يجب توفر الشروط الخاصة في المؤسسة الاقتصادية، وهي توفرها على مؤسسين ماعدا في المؤسسة ذات الشخص الواحد التي يكفي أن تتوفر على مؤسس واحد، وتقديم الحصص التي يلتزم بها كل مؤسس، وذلك من خلال تقديم نصيب معين من المال أو عمل أو عين، بالإضافة إلى نيّة الاشتراك وما لها من دور بالرغم من أنّ المادة 416 من القانون المدني أغفلتها. كما لا يجب إغفال ركن اقتسام الأرباح والخسائر الناتجة عن المشروع، إلاّ انّه يمكن اللجوء إلى احتجاز بعض

1-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 47.

الأرباح وإعادة استثمارها، وهي إمّا احتياطات قانونية أو نظامية، وهي تلعب دورا هاما في تمويل احتياجات المؤسسة[1].

ثالثا: مراعاة الشروط الشكلية

لم يكتف المشرع بالأركان الموضوعية، بل اشترط لانعقاد العقد أن يفرغ في الشكل الكتابي الرسمي[2]. وعملا بهذه الأحكام فانّ الكتابة ركن من أركان العقد لا تنعقد أية مؤسسة بدونه، وليس وسيلة للإثبات، كما اشترطت المادة 548 من القانون التجاري الجزائري أنْ تثبت الشركة بعقد رسمي وإلاّ كانت باطلة، إلا هذا البطلان من نوع خاص، لا تطبق عليه النظرية العامة للبطلان بحذافيرها[3].

فيجب أن يتضمن عقد الشركة حدا أدنى من البيانات على وجه الخصوص، نوع الشركة، وموضوعها، ورأسمالها، وعنوانها، ومدتها، وأحيانا نظام توزيع الأرباح وسلطة المديرين، ويجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنشر حسب الأوضاع الخاصّة بكل شكل من أشكال الشركة، وإلاّ كانت باطلة[4].

فعند توفر الشروط الموضوعية والشكلية فانّه يمكن الحكم على مدى أهلية المقترض، وصلاحيته للاقتراض، لأنّه من الطبيعي أن يطمئن البنك على أنّ المتعاقد على القرض له الحق في تمثيل المؤسسة المقترضة، وحقوق وسلطات المديرين في الاقتراض، وفي حالة عدم وجود نص في عقد الشركة ينظم ذلك يتعين توافر موافقة الجمعية العامة، ويجب على البنك المموّل أن يقف على حدود صلاحية ممثل المؤسسة على التعاقد، وذلك بالاطلاع على التفويض الممنوح له في هذا الشأن، والشروط التي يمكن التعاقد على أساسها، حتى يمكن الاطمئنان على عدم مجاوزة الحدود المفوّض فيها.

1-محمد حبار، المرجع السابق، ص. 9.

2- المادة 418 فقرة 1 من القانون المدني: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا، وإلاّ كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات، إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد. "

3-عمورة عمار، المرجع السابق، ص. 170. وقرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، ملف 58829، في 09-07-1991، العدد1، ص. 80: "حيث وإن كان قضاة الموضوع قد نطقوا ببطلان عقد الشركة تطبيقا للمادة 545 من القانون التجاري من عدم إفراغه في الشكل الرسمي فإنه كان يتعين عليهم استخلاص جميع النتائج المترتبة على هذا البطلان. . . "

4-المادة 546 من القانون التجاري الجزائري، المادة 563 مكرر 2 من نفس القانون.

رابعا: دراسة الجدوى القانونية

دراسة الجدوى القانونية "هي تلك الاختبارات والتحليلات والاستنتاجات والتقديرات التي يقوم بها خبراء مختصون في مجال قوانين وتشريعات الاستثمار للوصول إلى ما يعود على المشروع من مزايا وتدفقات نقدية داخلية وما يتحمله من أعباء، وتدفقات خارجية، وتحديد الشكل القانوني الأنسب للمشروع الذي يعظم أهدافه. "[1].

فعلى مسئولي البنك التحقق من التطبيق الصارم للقوانين والأنظمة السارية المفعول داخل البلد، وإلاّ أدّى ذلك إلى عدم إمكانية المؤسسة المموّلة من الوفاء بتعهداتها اتجاه البنك من عقود وتقديم ضمانات، فالعمليات البنكية لها أسس قانونية إمّا تشريعية أو عرفية نتيجة الممارسات المتكررة لها، كما أن للمنشأة شروطا وأركان يجب احترامها، وفي حال الإخلال بها، فانّ البنك والمؤسسة يتعرضان لمخاطر قانونية قد تؤدي بهما لأزمات مهلكة واهتزاز المتعاملين بهما، وتدهور مصداقيتهما.

فبالنسبة للبنك المموّل الخطر القانوني يتحقق بسبب وجود خطر عدم إمكانية مواجهة الأحكام الصادرة ضدّه، بسبب إخفاق تابعي البنك في الحصول على أحكام لصالحه، أو إهمال الإجراءات الواجب إتباعها لدى الجهات القضائية، أو بسبب خطر عدم إمكانية استرداده لحقوقه نتيجة انتكاس وتخلف مدينيه عن الوفاء بالتزاماتهم، أو لصعوبة التنفيذ على الضمانات المقدمة في هذا العقد، كأن تكون متنازع عليها، أو لعدم التأمين عليها ضد أي تقلبات أو حوادث.

كما عرّف المشرّع الخطر القانوني على أنّه النزاع أو النزاعات التي يمكن أن تحدث بين البنك الممول والعميل ناجم عن أي غموض أو خلل، وهذا بموجب العمليات المالية التي يضطلع بها البنك او المؤسسة المالية[2].

لذا يجب دراسة القوانين، وذلك بالبحث في قوانين وتشريعات الاستثمار الأساسية والمكملة، كما تتمثل هذه القوانين في التشريع المالي والضريبي، وتشريعات العمل والتأمينات الاجتماعية المؤثرة على فعالية المشروع، وعلى عملية التمويل، بحيث يترتب عن القوانين آثار ايجابية ومن ثمّ تدفقات نقدية داخلية قد تكون ممنوحة من

1-محمد سلامة، دراسة الجدوى والمشروعات الصناعية، مكتبة غريب، مصر، (ب. س. ن)، ص. 82.

2- المادة 02 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

طرف الدولة للمشروعات الاستثمارية تدخل في تشجيع الاستثمار في مجالات معينة، ويكون لزاما على المهتمين معرفة هذه المجالات في القوانين والتشريعات التي تنطوي على مزايا معينة[1].

كما أنّه يجب على الدارسين للجدوى القانونية الانتباه إلى أنّه أحيانا القوانين تضيف تكاليف وأعباء قد تؤثر بشكل مباشر على المشروع وبالتالي على التدفقات النقدية الخارجية، فقد يكون أحد الأهداف التي تسعى السياسة الائتمانية العامة إلى تحقيقها، كتشجيع الصادرات عن طريق خفض أسعار الفائدة، أو التخفيف من الضرائب، أو وجود إعفاء ضريبي مؤقت، وأحيانا يكون الحد من بعض السلع الكمالية عن طريق رفع أسعار الفائدة أو الرفع من الضريبة على هذه السلع[2]. لذا يجب على المؤسسة الاقتصادية والبنك التنبه إلى مثل هاته الحالات[3]. وأكثر من ذلك ما نجده اليوم من دعم الدولة لبعض القطاعات دون الآخر، وخاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المنتجة من خلال تخفيف في الفوائد على القروض المتعلقة بالاستثمار ووجود جدولة ديونها وتأجير التسديد لمدة 03 سنوات مع احتساب أصل الدين دون الفوائد هذه الأخيرة تتكفّل بها الخزينة العمومية[4].

الفرع الثاني: الخطر البشري (Le risque d'humain)

ويتمثل هذا الخطر في عدم كفاءة الموارد البشرية المكرسة لإنجاز المشروع وعدم أهليتهم، ممّا يترتب عليه عدم استغلال الأموال المقترضة بكفء، أو استغلالها بصفة سيئة، أو خطر سوء تسيير المشروع من طرف مسيري المؤسسة، وهي مخاطر مرتبطة مباشرة بالقرارات المتخذة من طرف المسئولين الذين تسند إليهم مهمة توجيه السياسة الفعلية للمؤسسة، وتحديد الاستراتيجية المثلى لتنميتها واستمرارها.

أولا: حالات الخطر البشري

عادة ما تسند المهام إلى الإدارة العليا، فقد تترجم في شكل سوء تحديد للأهداف أو عدم تلاؤمها مع ظروف البيئة الاقتصادية والاجتماعية المستقبلية، أو لعدم تماشيها ومتطلبات الزبائن، أو لإتباع خطة لا تسمح

1- راجع الفصل الثاني المتعلق بالمزايا، القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، المؤرخ في 03 أوت 2016

2- راجع الأحكام الجبائية والجمركية، القانون رقم 16-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2016، المتضمن قانون المالية لسنة 2017، الجريدة الرسمية، العدد 77، المؤرخ في 29 ديسمبر 2016.

3- سليمان مرزاق، دراسات الجدوى كأداة لاتخاذ القرار الاستثماري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر،2006، ص75.

4- عبد العزيز خنفوسي، عيسى لعلاوي، المرجع السابق، ص07.

بتحقيق الأهداف، أو حتى لعدم كفايتها أو غيابها أصلا، كما أنّها مخاطر سببها تلك البيئة الاقتصادية التي تسودها المنافسة الشديدة، والتطور المستمر، والارتباط الوثيق بالسوق، هذه العوامل وغيرها يجب على المسيرين متابعتها باستمرار لرسم الخطة الصائبة التي تسمح بتحديد التصرف الأمثل، والاتجاه الأفضل لتحقيق المر دودية، فكل تصرف أو موقف غير موافق لمتطلبات السوق يعرض المنشأة الاقتصادية المموّلة والبنك المموّل لها لخطر استراتيجي، ولخسائر كبيرة أكثر من الأرباح التي كان من الممكن تحقيقها لو لم يقع المسيرون في الخطأ.

إنّ القرارات التي يتخذها المسيرون، والتي تكون متباينة، ولا تتماشى والظروف الاجتماعية والاقتصادية تعتبر من أهم الأخطار التي تهدد المؤسسة، فيفشل البنك في استثمار أمواله المقترضة، ويتسبب ذلك في اختلال الوضعية المالية للمؤسسة قد تصل إلى حد الإفلاس ممّا يستدعي ضرورة الاحتياط منها[1].

ثانيا: مسؤولية الإدارة

ينتج عن الحكم الرشيد[2] مؤسسة أكثر صلابة، تتميز بتفتح روحها وفكرها وكذا نمط مسئوليتها، والتي تكون دوما في ترابط مع روح التغيير وإثراء الرفاهيات الكبرى المطلوبة من طرف المجتمع، وكذا تفادي الوقوع في الأزمات الداخلية، فمجلس الإدارة يضمن ويقوم بمسؤوليات حرجة وحساسة فيجب أن يأخذ بعين الاعتبار إدارة المؤسسة بروح المسئولية من منطلق المردودية المحصل عليها، ويتم ذلك عبر إعداد إطار للتقييم الفعال سواء على مجلس الإدارة أو المدير العام[3].

حيث أن المسؤولية الرئيسية لمجلس الإدارة تتمثل في التسيير الحسن للموارد المالية للمؤسسة، وهو يأتي بفائدة كبرى للمؤسسة من خلال استثمار رؤوس الأموال للحصول على عائد على الاستثمار، حيث أنّ لأخطاء الإدارة آثارا سلبية على نتائج أعمال الشركة وبالتالي على العوائد، فاتخاذ قرارات نتيجة معلومات خاطئة نتيجة أو غير مكتملة أو غير دقيقة قد تؤثر على أرباح الشركة، فهناك الكثير من المؤسسات المالية والاقتصادية تعرضت للإفلاس بسبب الفشل في الوفاء بالتزاماتها نتيجة سوء الإدارة.

1-صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 20.

2-الأخضر أبو العلا، وغالم جلطي، الحكم الرشيد وخوصصة المؤسسات، مجلة الجندول، الجزائر، العدد27، 2006، ص. 30.

3-إدارة شركة المساهمة وتسييرها، القسم الثالث من القانون التجاري الجزائري.

ولذلك على هذه الأخيرة أن تسعى دائما إلى تحقيق الفعالية الإدارية[1]. إذن فالخطر البشري يتعلق بمدى كفاءة وقدرة المقترض، فإذا تبين أنّ هذا لا يملك خبرات جيدة، هذا يؤدي إلى عدم الاستغلال للأموال المقترضة، ولا شك أنّ توافر الخبرة الفنية والإدارية، والقدرة على التنظيم لدى مديري المؤسسات، وتفهم لأهمية التخطيط المالي، هي من المقومات التي تطمئن البنك إلى مقدرة المقترض إذا ما صاحبتها النوايا الحسنة للسداد، ويؤكد ذلك أنّ هناك مشروعات يقوم بإدارتها رجال تتوافر الأخلاق القويمة ولكن ليس لديهم الخبرة، فكان مصيرها الفشل بسبب سوء التنظيم الإداري والمالي، وعدم قدرتهم على تسييرها في الإطار السليم ومواجهة المشكلات والتحديات التي تحتاج إلى الحلول المناسبة وفي الوقت المناسب، وتجنب التعثر المالي[2]، لذلك دأبت بعض البنوك على تتبع المشروع عند تمويله، وتعيين ممثلين عنها في مجلس إدارة المؤسسة المموّلة.

ثالثا: مراعاة الخطر البشري

يجب مراعاة الخطر البشري على المؤسسة والبنك، بمعنى اختيار مسيرين من المستوى المطلوب، فهناك من الاقتصاديين من يعتبر أنّ الموارد البشرية أصبحت أكثر أهميّة من الموارد المادية، على اعتبار أنّ كفاءة وخبرة الأولى هي التي تخلق الثانية، وأنّ سوء التسيير ونقص في الخبرة وضعف في الكفاءة هو الذي يؤدي إلى المخاطر، وبالتالي فقدان الثانية، من خلال تبديدها وعدم استعمالها بعقلانية وفي الأوجه الصحيحة لها، وبالتالي حتى حرمان المنشأة من الحصول على أموال من جهات خارجية، متى كان هناك سوء إدارة وضعف في التسيير، الذي يؤدي الى عدم الاستغلال الأمثل للأموال المقترضة لأن من المبادئ الأساسية لمنح القرض الأمان، ويتحقق ذلك إذا مُنح لعميل تتوافر فيه الخبرة الكافية والكفاءة الإدارية والفنية للقائمين بإدارة المنشأة، وما يتمتعون به من قدرات في مجال التنظيم والإدارة، أمّا لم يتوفر ذلك فذلك يشكل خطرا على البنك المموّل من خلال عدم التسديد في الآجال المحددة، لذلك فالبنك قبل تمويله لأية منشأة فانّه يقوم بدراسة شاملة حولها بما في ذلك مدى كفاءة مسيريها ومدى أهليتهم للاقتراض، والشّيء نفسه يقال على البنوك[3].

1- حسين علي خربوش، الاستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق، عمان الأردن، 1990، ص. 47.

2-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص 62.

3-إن أزمة 2003 المالية في الجزائر وإفلاس كل البنوك الخاصة، وخاصة بنك الخليفة والبنك التجاري والصناعي الجزائري لخير دليل على سوء تسيير هاته البنوك، وتبديد أموالها، وعدم وجود دراسة فنية وعلمية للمشاريع الممولة، فأدى ذلك إلى أزمة سيولة حادة لدى هاته البنوك.

فعلى البنك التعرّف على السلطات الممنوحة للمديرين في مسألة الاقتراض، وذلك من خلال الاطلاع على عقد الشركة أو من خلال موافقة الجمعية العامة أو جمعية الشركاء ومنه إلزامية وجود تفويض صادر من جهة إدارية خاصة للمفوض له وحدود هذا التفويض، والذي على أساسه يتم التعاقد وتجنّب تجاوز حدود التفويض، لأنّه متى حدث ذلك فإنّه يشكّل خطرًا على ائتمان البنك، على أساس أنّه يمكن أن يتعاقد مع شخص ليست له أي صلاحيات للتعاقد مع الغير.

وحتى تستطيع المؤسسة التحكم في التسيير الجيد بمختلف جوانب نشاطها ابتداء من تحديد استراتيجيتها، عليها أن تبحث عن عناصر تتمتع بخصائص وقدرات إدارية عالية، بإمكانها التحكم في قيادة وتوجيه المؤسسة في محيط يتميز بالقيود الداخلية والخارجية بما فيها المنافسة، ومتطلبات السوق، وقلة الموارد المالية، وخضوعها لقيود أكثر صعوبة مع التطورات السريعة في التكنولوجيا، والعولمة المالية، وتغير القوانين، والأنظمة الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية.

لذلك يمكن تحديد شروط مسبقة على أساسها يتم اختيار أعضاء مجلس الإدارة من طرف مالكي المؤسسة، أمّا في جمعية المساهمين أوفي جمعية الشركاء، وهذا حسب الشكل القانوني للمؤسسة، وأن تخضع هذه الشروط للجانب العلمي والتقني، وكذلك الخبرة للعناصر التي تريد الالتحاق بالإدارة.

وفي الجزائر – وحتى تتمكن مؤسساتنا من تحقيق قفزة نوعية في إدارتها وبالتالي تحقيق قفزة نوعية في مشروعاتها من خلال تحقيق الأرباح، والقدرة على المنافسة، والحفاظ على بقائها على الساحة الاقتصادية – فانّه يمكن أن تستعين بعناصر أجنبية في حالة مشاركة مؤسسات اقتصادية أجنبية، نظرا لما يتوفر عليه إداريوها من العقلانية والجدية والشفافية والمرونة في التسيير والإدارة، وما لهم من خبرة وتجربة في ميادين إدارية تعتبر جديدة لدى المؤسسات الجزائرية، كالتسويق، والتعامل مع السوق الخارجية في إطار عمليات الخوصصة وضمن استيراد تكنولوجيا الإدارة والتسيير[1].

ويقوم الكثير من الباحثين في هذا المجال بتقديم سيناريوهات مختلفة لوصف المراحل التي تمر بها المؤسسة قبل أن ينتهي بها الأمر بالخروج من الساحة الاقتصادية، هذا يكون نتيجة للفشل الذي أصابها، وهو عملية تستغرق

1-ناصر دادي عدون، المرجع السابق، ص240.

عدة سنوات تمر فيها المؤسسة بمراحل متعاقبة قبل أن تصل إلى ذلك الحدث الذي ينهي حياتها وهو العسر المالي، أي عدم القدرة على سداد الالتزامات، والذي يرجع للعيوب التي تتركز في إدارة المؤسسة، وخاصة في المستويات العليا منها، ومن أهمها أن يكون المدير العام ذا سلطة مطلقة[1] تهمش وتلغي دور بقية المدراء التنفيذيين، أو أن يجمع شخص واحد بين منصبي المدير العام ورئيس مجلس الإدارة، فذلك تجسيد للسلطة المطلقة التي تجمع بين التنفيذ والرقابة كذلك أن تعاني المؤسسة من ضعف على مستوى الإدارة المالية، أو أن تكون غير قادرة على التكييف مع المستجدات من الظروف التي تحيط بها.

وكنتيجة لارتكاب الأخطاء السابقة فإن المؤسسة تكون قد بدأت بالسير في طريق الانهيار للدخول في مرحلة العسر المالي، الذي هو عملية تستغرق عدة سنوات تتراوح بين 5و10سنوات[2].

أما عن أسباب التعثر المالي[3]، فتعود إلى سوء الإدارة التي تؤدي إلى عدم استغلال الطاقة الإنتاجية بالكامل، ضعف إنتاجية العامل بالساعة، هدر المواد الأولية، الإنتاج الرديء، وضعف الرقابة، عدم إجراء دراسات جدوى لمشاريع الاستثمار والاعتماد على الحدس والتخمين، إتباع سياسة تمويلية تعتمد أساسا على الاقتراض. هذا يؤدي إلى ارتفاع نسبة المديونية وانخفاض في الأرباح. لذا هناك احتمالا كبيرا بألا تتمكن المؤسسة من تغطية التزاماتها المالية، أي الفائدة على الدين ودفعات تسديد القروض، مما قد يعرضها للإفلاس.

الفرع الثالث: الخطر المالي (Le risque financier)

إنّ لنوع المؤسسة وطبيعة نشاطها وحجمها دورا هاما في إعطاء الوضعية المالية المناسبة لها والتي تتماشى مع ذلك، فإذا كنا أمام شركات أموال، أو مؤسسات كبيرة الحجم ذات مشاريع كبرى، أو مؤسسات عمومية، فإنّها تحتاج إلى أموال كثيرة من أجل القيام بمشاريعها الاقتصادية، وتحقيق التنمية، ومنه فإنها بحاجة إلى تمويل ضخم ولآجال متوسطة أو طويلة.

حيث وبعد تحديد الحاجات التي تريدها المنشأة من أموال من خلال برامجها وخططها الاستثمارية، وكذا برامج تمويلها، يأتي القرار باختيار أحسن الإمكانات والبدائل التي تسمح لها بتحقيق خططها مع الأخذ بعين

1-Farha Zéraoui, La répartition des pouvoirs généraux entre le conseil d'administration et son président : quelle solution ? Revue entreprise et commerce, Edik oran, No1-2005, P29-36.

2- ريحان الشريف، التعثر المالي: المراحل، الأسباب والطرق وإجراءات المعالجة، مجلة التواصل، المرجع السابق، ص118.

3- ريحان الشريف، المرجع السابق، ص 127.

الاعتبار عامل الزمن، وحتى تصل الى تغطية حاجياتها المالية، فإنها تسهر على اختيار المزيج المالي الملائم من أموال خاصة، وديون مختلفة الذي يحقق لها أحسن مردود بتكاليف أقل مع العمل على إنفاق هذه الأموال بطرق عقلانية لتحقيق الأهداف المرجوة، وإذا لم يراع كل ذلك فان المنشأة تكون عرضة لمخاطر مالية والبنك المموّل لها كذلك.

أولا: اعطاء المؤسسة وضعية مالية تتماشى وحجمها

إنّ حجم الأموال التي تحتاجها المؤسسة تختلف من مؤسسة لأخرى، حيث لا يمكن تصور مؤسسة كبيرة الحجم تكون لها نفس الوضعية المالية مع أخرى صغيرة، فالأولى تحتاج إلى تجهيزات ضخمة ومواد أولية كثيرة، مقارنة مع الثانية التي تحتاج إلى تجهيزات أقل ويد عاملة محدودة. كما أنه لا يمكن أن تكون نفس الوضعية المالية لمؤسسة اتخذت شكل شركة مساهمة مع مؤسسة اتخذت شكل مؤسسة فردية، فالأولى تحتاج إلى رأس مال ضخم لا يقل عن1مليون دينار في حالة اللجوء العلني للادخار، و5مليون دينار في حالة اللجوء إلى الجمهور، أمّا الثانية فتتميز بضعف رأسمالها، ولذلك نجد أنّ مشرعنا في القانون التجاري قد حدد الحد الأدنى لرأس مال بعض الشركات، فنجده نص على الحد الأدنى لرأسمال شركة المساهمة، وشركة المسئولية المحدودة[1]. ولم ينص على ذلك في شركة التضامن، وهذا لأنّ المسؤولية غير محدودة التي يتميز بها الشركاء في هذا النوع من الشركات.

فحجم المؤسسة يقاس بعدة مؤشرات، أهمها رأس المال وخاصة رأس المال الدائم، الذي يتكون من مجموع رأس المال الذي تأسست به المؤسسة (رأس المال القانوني) بالإضافة إلى كل الاحتياطات والديون لأجل طويل، حيث تؤثر هذه العناصر في مجملها في تكوين أصول المؤسسة، كما أنّ رأس المال الدائم يؤثر تأثيرا مباشرا على الوضعية المالية للمؤسسة وعلى إمكانية اللجوء للاقتراض وتوسعها[2].

ثانيا: اعطاء المؤسسة وضعية مالية تتماشى وطابعها الاقتصادي

إذا نظرنا إلى المؤسسات الاقتصادية تبعا لطابعها الاقتصادي نجد المؤسسات الصناعية، والفلاحية، والتجارية، والخدماتية، والمالية، وكل نوع منها يحتاج إلى وضعية مالية تتماشى وطبيعة نشاطه، فإذا نظرنا إلى

1-المادة 566 تنص: "لا يجوز أن يكون رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة أقل من100ألف دينار جزائري. . . "، وتنص المادة 594:"يجب أن يكون رأسمال شركة المساهمة بمقدار 5 ملايين دينار جزائري على الأقل إذا ما لجأت الشركة علنية للادخار أو 1 مليون دينار جزائري على الأقل في الحالة المخالفة. "

2-ناصر دادي عدون، المرجع السابق، ص 62.

المؤسسة الصناعية مقارنة بالفلاحية نجدها تحتاج إلى رأسمال ضخم يتماشى وطبيعة هذا النشاط، كما انّ المؤسسات المالية تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة تتماشى والمهام التي تضطلع بها، وهذا لأنّها قد تمول مشاريع ضخمة، ومنه فانّ هذه المنشآت يجب أن تكون على شكل شركات مساهمة، حتى أنّه في إطار المنشأة الواحدة تحتاج لأموال لتمويل نشاطات الاستغلال، أو تمويل الاستثمار، فالأول يحتاج لأموال أقل ولآجال قصيرة، أماّ الثاني يحتاج لأموال كثيرة ولآجال متوسطة أو طويلة، ومخاطرها تكون أكثر. حتى أنّه في إطار النشاط الواحد نجد الاختلاف، فالأموال الممنوحة لمنشآت الصناعات الثقيلة تختلف عنها في منشآت الصناعات الخفيفة، فالأولى تتطلب أموالا كثيرة وكفاءات عالية مقارنة بالثانية التي لا تحتاج إلى كفاءة عالية ولا إلى أموال ضخمة.

ثالثا: مظاهر الخطر المالي

الخطر يظهر عندما تعطى للمؤسسة، أو لأي مشروع استثماري وضعية مالية لا تتماشى مع حجم المشروع، ولامع نوع النشاط، فذلك يؤدي إلى تبديد هذه الأموال، أو عدم الاستفادة منها، وذلك بعدم تسييرها بطرق عقلانية، ومنه الو صول إلى حالة عدم القدرة على الوفاء بالالتزامات نتيجة عدم تحقيق العائدات المناسبة من الأموال المستعملة في المشروع، والتوقف عن التسديد لأي مؤسسة يعني الوصول إلى حالة الإفلاس التي لها آثار سلبية على كل من له علاقة بالمشروع، بما في ذلك البنك الذي موّله.

وإعطاء المؤسسة الاقتصادية أموالا أقل لا تكفي بالنهوض بالمشروع المراد تنفيذه نتيجة لضخامته، يؤدي إلى تعثره، وبالتالي عدم تحقيق الأرباح المنتظرة منه، وما اختفاء الكثير من المؤسسات، وإخفاق الكثير من المشاريع الهامة إلا بسبب عدم حصولها على تمويل، أو حصولها على تمويل بكمية غير مناسبة لأنّ توفر الأموال التي تتناسب وطبيعة المؤسسة يمكن من تقليص المخاطر الناجمة عن الاستثمار، وتأثيراتها على وضعية المؤسسة والبنك الممول لها.

ويترتب الخطر المالي عن مدى قدرة المؤسسة على تحقيق المردودية، وعلى تحقيق تدفقات نقدية صافية ايجابية تسمح لها بالوفاء بالتزاماتها، وخاصة تلك الالتزامات الناجمة عن عملية الاقتراض.

فالخطر المالي يتحقق على مستويين: مستوى الإنتاج، ومستوى الوسائل المالية، بمعنى أن يكون الإنتاج يتماشى وقدرات المؤسسة، وأن يمكن لهذه الأخيرة من استرجاع الأموال التي صرفتها، وحصولها على وسيلة تمويل،

التي لا يمكن للبنك منحها الا بعد دراسة شاملة ومعمقة عن وضعية المنشأة المالية، من خلال الاطلاع على بعض الوثائق والسجلات التي تحتوي على ميزانية المنشأة، وعادة ما يطلب البنك ميزانية ثلاث سنوات سابقة، لأنّ ذلك يساعد على معرفة المركز المالي للمنشأة وملاءمتها، ومدى توازن هيكلها التمويلي، وكفاية رأس المال لتحقيق أغراضها، ومبلغ القرض، ومدى مناسبته لا شبا ع الاحتياجات التمويلية، ومصادر سداده، ومدى مقدرة المؤسسة على الوفاء بما عليها من التزامات[1].

الفرع الرابع: الخطر الاستراتيجي (Le risque stratégique)

قبل القيام بتنفيذ أي مشروع استثماري يجب دراسة كل الجوانب المتعلقة به، سواء من طرف المؤسسة الاقتصادية القائمة على المشروع، أو من طرف البنك الممول لها، وهذا حتى يمكن التقليص من احتمالات عدم التأكد، وبالتالي التقليص من المخاطر الناجمة عن الاستثمار وتأثيراتها على وضع المؤسسة والبنك الممول للعملية، والتأثير على المتعاملين مع المؤسسة، وهذا الخطر قد يترجم في شكل سوء تحديد للأهداف، أو لعدم تماشيها ومتطلبات الزبائن، أو المنافسة الشديدة، أو تأثير السوق المحلي أو الخارجي على المؤسسة، سواء بالنسبة للسلعة المنتجة من طرفها، أو السعر، أو تصريف السلع.

إلا أنّ هذه الدراسة وغيرها غير كافية للتحلل من المخاطر التي يمكن أن تواجه المنشأة الاقتصادية، والتي لا يمكن استبعادها عند تنفيذ أي مشروع استثماري، فهذا الخطر موجود مادام هناك مستقبل لا يمكن التحكم في كل متغيراته، وإنّما على الأقل التخفيف من حدته في المستقبل. كأن يكو ن هناك كساد في المنتجات لعدم الإقبال عليها من طرف المستهلك لوجود بدائل أخرى أجود، أو أقل سعرا، أو بمواصفات معينة، فيحدث من خلال هذا أن تكون التكاليف أكثر من العائدات، هذا يؤدي إلى حدوث خسائر، ومنه عدم القدرة على السداد، لذلك يجب أن تتوفر المنشأة على خبرة ومعارف حول السوق الذي تعمل في إطاره، هذا قد يساعد ها على امكانية تحملها لأي هزات منتظرة، والتي عادة ما تكون خارجة عن إطارها، كتأثير الحالة الطبيعية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، وحتى السياسية السائدة، وخطر السوق (Le risque de marché) الذي تعاني منه مؤسساتنا وخاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، من خلال نقص الكفاءات التسويقية، وعدم الاهتمام بالبحوث

1-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 45.

التسويقية، ونقص المعلومات عن حاجات السوق في ظل المنافسة الشديدة على المستوى المحلي، وفي إطار السوق الخارجية[1]، ووجود منتجات بديلة باستمرار وبأقل تكلفة. هذا من شأنه أن يؤثر على تصريف منتجات المؤسسة، وبالتالي لا يجعلها تحقق العائدات المنتظرة، فتقع في خسائر، ومن ثمّ تزيد أعباؤها المالية التي تجعلها غير قادرة على تسديدها، فأصبح اليوم من المعترف به الاهتمام بمجموعة عمليات تخص السوق من خلال السلعة المراد تسويقها، وسعرها، وبيعها[2].

فبالنسبة للسلعة والتي تمثل ما تقدمه المؤسسة، وهي تمثل أداة وصل بين المؤسسة والمستهلك، الذي لا يشتري إلاّ بعد مقارنة بين أكثر من سلعة من عدة جوانب، لذا فانّ المؤسسة المنتجة تعمل على مراعاة العناصر التي تفيدها في اختيار السلعة الأكثر تقبلا من المستهلك.

أمّا بالنسبة للسعر فهو من المؤشرات الهامة في نجاح عملية البيع، إذ له دور في رفع حجم المبيعات، وإقبال المستهلك عليها، والسعر تتحكم فيه أسعار سلع المنافسين، ومدى وجود سلع بديلة وبأسعار أقل، ولمعرفة ذلك فانّ المؤسسة تقوم بإجراء اتصالات مع الموزعين والمستهلكين للاستفادة من آرائهم.

أمّا بالنسبة للبيع فهذه المرحلة هامة وخطيرة في آن واحد، فهامة إذا تمكنت المؤسسة من تصريف منتجاتها، وخطيرة إذا كان هناك كساد لعدم الإقبال عليها، فمن خلال هذه العملية يمكن إيصال المنتج للمستهلك، ومن خلالها يتم اختيار الطريقة الملائمة للقيام بعملية البيع، واختيار منطقة البيع، واستمرارية المؤسسة في تصريف منتجاتها في السوق مرهون باستمرارية وفاء زبائنها، وذلك بإرفاق المبيعات بخدمات تقنعهم أفضل ممّا تقدمه المؤسسات المنافسة.

فالمخاطر المتعلقة بالمؤسسة الاقتصادية تظهر كذلك من خلال المقدرة الإنتاجية، ويتم الوقوف على ذلك من خلال مدى كفاءة المؤسسة على الاستخدام الأمثل لعناصر الإنتاج المختلفة، والأسلوب المتبع في الإنتاج، ومدى جودته، وتقبل السوق له، والتوسع في النشاط مستقبلا، ومدى قرتها على تصريف منتجاتها، ومعرفة

1-عبد الرحمان بن عنتر وعبد الله بلوناس، واقع مؤسساتنا الصغيرة والمتوسطة وآفاقها المستقبلية، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، العدد1، 2002، ص. 5.

2-ناصر دادي عدون، المرجع السابق، ص. 328.

منافسيها[1]. حيث إذا لم يصرف المنتج لعدم تقبله فذلك من أسباب انهيار المؤسسة، فمعرفة الشراء والبيع أصبح أكثر أهمية من معرفة التصنيع.

فالمخاطر الاستراتيجية هي تلك المخاطر الحالية والمستقبلية التي يمكن لها التأثير على إيرادات البنك وعلى رأس ماله نتيجة لاتخاذ قرارات خاطئة أو التنفيذ الخاطئ للقرارات وعدم التجاوب المناسب مع التغيرات في القطاع البنكي، ويتحمل مجلس إدارة البنك مسؤولية كاملة عن هذا النوع من المخاطر وكذلك الإدارة العليا في البنك التي تتمثل مسؤوليتها في ضمان وجود إدارة مخاطر استراتيجية مناسبة في البنك[2].

إن السياسات المتعلقة بالاستراتيجيات هي حاسمة لمعرفة القطاعات التي يقوم البنك بالتركيز على تمويلها على المدى القصير والطويل، وبالتالي لابد من وجود توجيهات تبين توقيت وإجراءات مراجعة استراتيجية البنك، ومن أجل وجود إدارة مخاطر استراتيجية قوية لابد من توفر أنظمة معلومات كي تتمكن الإدارة من المراقبة والتنبؤ بالظروف الاقتصادية المستقبلية كالنمو الاقتصادي والتضخم وسعر الصرف والفائدة. . . كذلك تحتاج البنوك لأنظمة رقابة داخلية تضمن عدم تعرض البنك لمخاطر استراتيجية.

إنها مخاطر لا يمكن حصرها، سببها تلك البيئة المصرفية خاصة والاقتصادية عامة تسودها المنافسة الشديدة، والتطور المستمر، والارتباط الوثيق بالسوق[3]، هذه العناصر وغيرها يجب على البنك متابعتها عن كثب وباستمرار لرسم الخطة الناجعة التي تسمح بتحديد التصرف الأمثل لتحقيق المر دودية، فكل تصرف غير موائم لمتطلبات البيئة يعرض البنك لخطر استراتيجي ولخسائر كبيرة أكثر من الأرباح التي كان من الممكن أن يحققها لوكان القرار مدروسا.

الفرع الخامس: خطر عدم التسديد (Risque de non remboursement)

أول ما يواجه المصرفي هو عدم التزام المتعاقد معه بتنفيذ العقد، إمّا لعدم القدرة على الوفاء، أو للإعسار، أي بصفة غير عمدية، أو بسبب الامتناع عن التنفيذ أي بصفة عمدية، بحيث قد لا يدفع أصل الدين وفوائده

1-الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 140.

2-إبراهيم الكراسنة، أطر أساسية ومعاصرة في الرقابة على البنوك وإدارة المخاطر، معهد السياسات الاقتصادية، صندوق النقد العربي، أبو ظبي، 2006، ص 37.

3-Eric Lamarque, gestion bancaire, édition person-éducation canada, 2003, P67.

كلها أو جزء منها، أو أن يتأخر في الدفع[1]. وقد عرّفه المشرّع على انّه الخطر الذي يمكن التعرض له في حالة عجز طرف مقابل أو أطراف مقابلة[2].

وبصفة عامة يتحقق هذا الخطر في حالة اختلال الوضعية المالية للمؤسسة، بحيث أنّ مجرد تسجيل حالة العجز لديها يعني ظهور خطر عدم التسديد، ولا يرتبط هذا الخطر بالضرورة بتحقيق الخسارة، ويتضاعف هذا الخطر بتعدد المقترضين، إلا أنّه يتحقق بمجرد ثبوت الحالة في أحد ها وإخلاله بالتزامه، ولا يشترط تحققه في الجماعة كلها، لأنّ تحقق هذا الخطر في مدين واحد يضع البنك في موقف حرج مع مودعيه، لعدم قدرته على مواجهة طلبات السحب، ممّا يسبب الاختلال في ميزانيته، وقد يصل إلى حد التوقف عن دفع مستحقاته وإفلاسه. وهذه الحالة تمس أيضا بالمؤسسة الاقتصادية، فلا يمكنها تسديد ديونها، وهذا عندما يحدث تفاوت بين مصروفاتها وإيراداتها، وبالتالي تأخر في عملية تحصيل الحقوق مقارنة مع تسديد الديون، هذه الوضعية ينتج عنها عجز في خزينة المؤسسة، وتزداد أعباؤها المالية، وتتسبب قابلية عدم التسديد في افلاسها نتيجة توقفها عن الدفع. فأمانة العميل في التعامل المالي تعدّ أمرًا ضروريًّا لأنّ الضمانات وحدها لا تكفي، حيث يمكن أن تكون له سوابق في مسألة التماطل في السداد، وأنّه لا يفي باستحقاقاته إلّا بعد ممارسة الضغوطات عليه، والتأكد من حسن نواياه في مسألة السداد وهذا كله لا يتأتى إلا بالاستعلام عنه ومعرف سمعته الائتمانية عن طريق السوق ومن الأجهزة الرقابية. ومصدر هذا الخطر قد يكون داخليا خاصا بالمؤسسة الاقتصادية المموَّلة، أو خارجيا خارجا عن نطاقها.

أولا: المخاطر الخارجية (Les risques externe)[3]

المخاطر الخارجية قد تكون متعلقة بالعوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للبلد (خطر عام)، أو بقطاع نشاط المؤسسة الاقتصادية (خطر مهني)، أي أنّ هناك المخاطر التي تنشا لأسباب خارجية عن المؤسسة وتتمثل في المخاطر السياسية وتقلبات أسعار الفائدة وتغير القوانين والسياسة النقدية السائدة في البلاد والظروف

1- قضية بين البنك الوطني، و(ش. ذ. م. م(ع))، حكم صادر في 13-07-2008:". . . وحيث أن المحكمة تستخلص من خلال وقائع الدعوى أن هناك علاقة قرض بين الطرفين بموجب اتفاقية القرض المبرمة بينهما، وأن المدعي عليها رغم إعذارها بتسديد أقساط القرض تبعا لاتفاق الطرفين، لكنها لم تستجب، لهذه الأسباب فالنزاع يقع حول طلب فسخ اتفاقية القرض وإلزام المدعى عليها بتسديد الدين الواقع في ذمتها. . . ".

2- المادة 02 أ من النظام رقم 11-08 السالف الذكر.

3- أحمد غنيم، صناعة قرارات الائتمان والتمويل في إطار الاستراتيجية الشاملة للبنك، مطابع المستقبل، مصر، الطبعة1، 1998 ص. 24. وإبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 49.

الاجتماعية وتغير الأوضاع الاقتصادية وحتى الظروف الطبيعية، خاصة في الدول الكبرى. كما أنّ هناك مخاطر تنشأ بسبب المؤسسة نفسها وتتمثّل في عدم القدرة على الوفاء وضعف التسيير والتلاعب بالائتمان بعدم استعمالية في الغرض الذي منح من أجله. لذلك على البنك أن يكون على علم بالوضعية العامة للمؤسسة الاقتصادية إداريًّا وماليًا، وذلك بتشخيص وثائقها المالية والمحاسبية ومعرفة المؤشرات المالية المختلفة التي تبيّن مدى وجود توازن في الهيكل المالي للمؤسسة[1].

أ- الخطر العام (Le risque général)

ويعد انعكاسا لأوضاع مفاجئة لها تأثير على العلاقة التي تربط المؤسسة مع البنك، ويكون هذا الخطر ناجما عن الظروف المحيطة، تأثير الحالة الطبيعية كالزلازل ومختلف الكوارث الطبيعية، والاقتصادية كالأزمات المالية السائدة داخليا أو خارجيا مثل الأزمة المالية العالمية وتداعياتها على مختلف البنوك والمؤسسات الاقتصادية، من هبوط في قيمة العملة، والنقص الحاد في السيولة، وكساد المنتجات لعد م الإقبال عليها لضعف القدرة الشرائية، أو استصدار قرارات اقتصادية ومالية قد تؤثر أحيانا على بعض الأنشطة في الدولة[2].

أمّا المخاطر السياسية فتظهر من خلال ما ينشأ عن التبعية الاقتصادية لدولة أجنبية، وما ينجم عن مخاطر الحروب وقطع العلاقات مع دول معينة وإقامة الحضر على السلع، أمّا المخاطر الاجتماعية كالإضرابات التي لها تأثير على نشاط المنشأة الاقتصادية، وعلى مقدرتها على سداد ما عليها من مستحقات[3]. والخطر القانوني الذي يظهر من خلال صدور تشريعات التي قد تؤثر على توزيع الدخل بين فئات المجتمع، وبالتالي التأثير على القدرة الشرائية لهاته الفئات، أو صدور بعض التشريعات التي قد تسمح بتأجيل بعض الديون المصرفية الممنوحة لبعض المؤسسات، وأخصّ بالذكر الامتيازات الممنوحة للمشاريع التي يقوم بها الشباب والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالإضافة إلى بعض المؤسسات العمومية الحساسة.

1- إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 37.

2- إبراهيم مختار، المرجع نفسه، ص. 48.

3- منير إبراهيم هندي، الإدارة المالية مدخل تحليلي معاصر، المكتب العربي الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة1، 1999، ص. 440.

هذه العوامل التي تخرج عن إرادة المؤسسة الاقتصادية المموّلة تؤدي إلى حدوث خسائر معتبرة، فيؤدي بها الأمر إلى عدم قدرتها على تسديد الديون التي استفادت منها، فهده المخاطر من الصعب التنبؤ بها وحصرها، ومن ثمّ من الصعب التحكم فيها[1].

ب- الخطر المهني (Le risque professionnel)

يرتبط هذا الخطر بالتطور الحاصل للعوامل والشروط التي تتحكم في نشاط المؤسسة، وكذا التحول في شروط الاستغلال، وطرق الإنتاج الناتجة عن التطور التكنولوجي، ظهور منتجات بديلة بأسعار أقل، ندرة المواد الأولية، ضعف القدرة التنافسية للنشاط المموَّل، وكل ما من شأنه أن يؤثر سلبا على نشاط المؤسسة موضوع التمويل من طرف البنك، وكل تلك المظاهر تشكل أخطارا مهنية بالنسبة للمؤسسة، وبالتالي التأثير على من مولها، ممّا يجعل هذا الأخير يحجم على المخاطرة بأمواله في نشاطات تكون عرضة لعدم القدرة على السداد[2].

كما أنّ الخطر يظهر من خلال طبيعة النشاط الاقتصادي للمؤسسة حيث إذا كنّا أمام نشاط زراعي فإنّه يتأثّر بالظروف المناخية ومدى وفرة المياه والتعرض للآفات الزراعية ومدى الإقبال على هاته المنتوجات الزراعية من طرف الزبائن، لأنّه كلما كان هناك ضعف في الإقبال عليها كانت العائدات ضعيفة. كما أنّه إذا كنّا أمام عر لإنتاج صناعي أو خدماتي فإنّ الخطر يظهر من خلال نقص الطلب عليها خصوصًا إذا كانت منتجات كمالية. فالسوق ونوع المنتج واختلاف أذواق المستهلكين له تأثير على المنتجات التي تقدمها المؤسسات الاقتصادية ومن ثمّ التأثير على ائتمان البنك من خلال إمكانية عدم القدرة على السداد لعدم تحقق العائدات الكافية[3].

ثانيا: المخاطر الخاصة (Les risques propres)

أو ما يسمى كذلك بالمخاطر الداخلية (Les risques internes) وهي المخاطر المرتبطة بالمؤسسة الاقتصادية ويمكن تقسيمها إلى:

1- زاينة آيت وازو، المرجع السابق، ص74.

2-عبد الحق بوعتروس، الوجيز في البنوك التجارية، دار النشر، قسنطينة، 2000، ص. 52.

3- شريف مصباح أبو كرش، مداخلة: الاستثمار والتمويل في فلسطين بين آفاق التنمية والتحديات المعاصرة، المؤتمر العلمي الأول، كليّة التجارة، جامعة الخليل، فلسطين، 08-09 ماي 2005، ص08.

أ- مخاطر متعلقة بالمؤسسة نفسها (Risques liés à l'entreprise)

ويرتبط هذا الخطر بأهلية المقترض وصلاحيته للاقتراض، ومدى كفاءة وقدرة مسيري المؤسسة، حيث أنّ نجاح المؤسسة مقرون بمدى كفاءة وخبرة مسيريها، ويرتبط هذا الخطر كذلك بالسمعة الائتمانية للمؤسسة المقترضة، وهذا لمدى احترامها لتعهداتها ووفائها بالتزاماتها في مواعيدها[1].

ب- مخاطر تقنية (Risques techniques)

إنّ نوعية التكنولوجيا المستعملة من طرف المؤسسة قد يجعلها في موقع هش بالنسبة لأطراف أخرى تستخدم تقنيات عالية وحديثة، يجعل وضع المؤسسة التنافسي ضعيفا، بالإضافة إلى مدى قدرة وخبرة المؤسسة في التحكم في المستوى التكنولوجي المستخدم في إنتاج السلع أو الخدمات في مجال نشاط المؤسسة[2]، ومدى قدرتها على استخدام عناصر الإنتاج المختلفة، والأسلوب المتبع في ذلك، ومدى قدرتها على تصريفه بما يحقق لها العائدات المنتظرة.

ج- مخاطر خاصة بالائتمان (Risques propres au crédit)

وينجم هذا الخطر عن مدة القرض، والغرض منه، حيث أنّ خطر عدم التسديد يظهر أكثر في التمويلات المتوسطة أو الطويلة، وفي الأموال الضخمة، وفي بعض النشاطات التي تمثل أكثر خطورة، كالنشاطات ا لفلا حية والصناعية، كما يكمن الخطر كذلك في استعمال القروض لأغراض أخرى.

تواجه البنوك التقليدية المخاطر الائتمانية في كل عملياتها تقريبا لأن العلاقة بينها وبين عملائها هي علاقة دائن بمدين على الدوام مهما اختلفت العقود والمعاملات. وكدا البنوك الإسلامية فإنها تواجه هذا النوع من المخاطر[3]، بالأخص في صيغ التمويل التي تعتمد على عقود المداينة، فمعلوم أن المرابحة والإجارة هي بيوع آجلة يتولد عنها ديون في دفاتر البنك، والمخاطرة فيها هي المخاطر الائتمانية. والمضاربة والمشاركة هي عقود شركة، لا تكون الأموال التي يدفعها البنك إلى المؤسسة ديونا في ذمتها، لكنها قد تتضمن مخاطر ائتمانية من طريقين: في

1-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 46.

2-الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 137.

3- خديجة خالدي، المرجع السابق، ص 7.

حال التعدي أو التقصير، حيث تضمن المؤسسة رأس المال فينقلب إلى دين في ذمتها، وعند انتهاء المضاربة والقسمة يصبح نصيب البنك مضمونا على المؤسسة الاقتصادية كمثل الدين.

ونظرا لاختلاف كل آلية تمويل فإن التعرف على مخاطر الائتمان تختلف من آلية لأخرى، وعليه فإن تقييم مخاطر الائتمان يجب أن يتم بشكل مستقل لكل أداة تمويل على حدا من أجل تسهيل عمليات المراقبة الداخلية التي تتم على مستوى البنك الممول وعمليات إدارة المخاطر.

فعلى البنوك الإسلامية أن تأخذ بعين الاعتبار الأنواع الأخرى من المخاطر التي تؤدي إلى نشوء مخاطر ائتمان كأن تتحول المخاطر المتأصلة في طبيعة عقد المرابحة من مخاطر سوق إلى مخاطر ائتمان، أو أن يتحول رأس المال المستثمر في صيغة التمويل بالمشاركة أو المضاربة إلى دين في حالة ثبوت إهمال أو سوء تصرف المضارب أو الشريك (المؤسسة) التي تشرف على المشروع.

لذا على البنوك عند قياس مستوى المخاطر المقبولة للمؤسسة المتعامل معها أن تتأكد من أن المعدل المتوقع للعائد على عملية التمويل يتناسب مع المخاطر وأن تتجنب مخاطر الائتمان العالية على مستوى كل عملية تمويل[1].

وبالنسبة للبنوك الكلاسيكية فهذه المخاطر تعني مخاطرة أن تتخلف المؤسسة عن الدفع، بمعنى العجز عن الوفاء بالتزاماتها بخدمة الدين، ويتولد عن العجز عن السداد خسارة كلية أو جزئية لأي مبلغ مقرض إلى المؤسسة، وهذا له أهمية بالغة من حيث خطورة الخسائر المحتملة[2].

وتتألف مخاطر الائتمان التي يتعرض لها البنك من المبالغ التي يدين بها المقترضون له والمتعلقة بمدفوعات الفائدة على القروض وسداد مبالغ أصل القرض، كما تتألف من ديون العملاء، كخطابات الائتمان أو سندات الكفالة لضمان التنفيذ[3].

ما يفهم، هو أن الائتمان يعني أن البنك يقرض المؤسسة أموالا فيأتمنها عليه مقابل معدلات فائدة يعتبرها عائدا مقابل التمويل، وبشرط زمني محدد، فإذا تم الالتزام بدلك فليس هناك ما يشكل خطرا على البنك، أما في

1-نفس المرجع والصفحة.

2- طارق عبد العال حماد، حوكمة الشركات (تطبيقات الحوكمة في المصارف)، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص364-365.

3- برايان كوبل، تحديد مخاطر الائتمان، دار الفاروق للنشر والتوزيع، الطبعة العربية الأولى، مصر، 2008، ص7.

حالة ما إذا لم تتمكن المؤسسة من الوفاء بالتزاماتها فإن البنك يكون قد خاطر بأمواله، لأن هناك احتمال ألا يسترجعها.

ونتيجة لتكدس الأموال الناتجة عن فائض مبلغ الودائع على مبلغ السحب فإن البنك يستطيع أن يقرض من هذه الأموال جزءا كبيرا بعد أن يحتفظ بما يتراوح ما بين 10 و30 بالمئة من مجموعها بعد تغطية طلبات الساحبين. فالبنك يرغب في التمويل من خلال ما لديه من أموال تفيض عن الاحتياطي الذي يريد الاحتفاظ به[1].

أماعن المعايير التي تعتمد عليها البنوك لوضع كل نوع من التمويل في صنف معين، الذي يساعدها في تسييرها جيدا تتمثل في تصنيفه حسب طبيعة الشخص الممول إن كان شخصا طبيعيا أو مؤسسة، ووفق طبيعة المشروع الممول، إن كان صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو خدماتيا، ثم النظر للمدة طويلة أو قصيرة أو متوسطة، وأخيرا يصنف حسب قوة الضمان، فهناك عمليات تمويل دون ضمان، وهي قليلة جدا، يكون ذلك فيما إذا كانت المؤسسة تتمتع بمركز مالي قوي، فهنا تحل الثقة محل الضمانات، وهناك تمويلات بضمانات سواء بضمانات شخصية أو عينية أو مختلطة، لذلك كل بنك يصنف عملياته المالية، هذا يتيح له سهولة تسييرها، والتحكم فيها وفي مخاطرها، وكذا وضع خطط واستراتيجيات مناسبة لها لتنميتها وتطويرها[2].

أماعن أنواع مخاطر الائتمان، وكنتيجة لمنح التمويل للمؤسسة، فالبنك يتعرض لأنواع كثيرة من هذه المخاطر تتمثل في[3]،

- مخاطر تغير القوانين، سواء بمنح التسهيلات الائتمانية أو تضييقها يمكن أن يولد مخاطر للبنك.
- مخاطر الصناعة التي تزاولها المؤسسة، فمخاطر الصناعة التكنولوجية مثلا تكمن في التقادم وظهور تكنولوجيا جديدة، والزراعة مرتبطة بالمناخ وتغيراته.
- مخاطر إدارة البنك، فقلة الخبرة، وسوء تسيير القروض، وعدم تشخيص المؤسسة وسمعتها المالية قد يهدد القرض الممنوح لها من حيث عدم قدرتها على تسديده.

1-معلومات مستقاة من مدير بنك بدر، مقابلة بتاريخ 08-07-2013، على الساعة 10صباحا.

2-نفس المرجع.

3-عبد المعطي رضا أرشيد، محفوظ أحمد جودة، إدارة الائتمان، دار وائل للنشر، الأردن، (د س ن)، ص213-215.

- مخاطر الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والطبيعية، وكذلك الداخلية منها والخارجية، كالحروب، والأزمات المالية العالمية، كانخفاض أسعار الصرف والفائدة والبترول.
- مخاطر مرتبطة بالمؤسسة الممولة، من حيث سوء التسيير، لأن ذلك يؤدي إلى سوء استغلال الأموال المقترضة، وهي الأكثر انتشارا وتكرارا والأصعب من حيث التحكم فيها، نظرا لأن أسبابها متعددة ونتيجتها هي عدم القدرة على السداد.

د- أخطار مالية (Risques financiers)[1]

ويترتب هذا الخطر عن مدى قدرة المؤسسة على تسديد الديون، ولكي يكون المصرفي على علم بالوضعية المالية للمؤسسة يلزمه دراسة وتحليل الوثائق المالية والمحاسبية المختلفة (الميزانية، المتاجرة، الأرباح والخسائر)، ومعرفة المؤشرات المالية المختلفة التي توضح توازن الهيكل التمويلي للمؤسسة[2].

لأنه قد تصل المؤسسة إلى مرحلة التعثر المالي[3]، التي هي تلك المرحلة من الاضطرابات المالية الخطيرة التي تجعلها قريبة جدا من مستوى شهر إفلاسها سواء كانت هذه الاضطرابات تعني عدم قدرتها على سداد التزاماتها تجاه البنك الممل لها، أو تحقيق خسائر متتالية سنة تلوى الأخرى يجعلها مضطرة إلى إيقاف نشاطها من حين لآخر.

1- هناك عدة تقسيمات للمخاطر، فهي تقسم إلى مخاطر مالية ومخاطر غير مالية: فالأولى تشمل: خطر الائتمان، خطر السيولة، خطر عدم الملاءة، خطر معدل الفائدة، خطر سعر الصرف، خطر السوق. والثانية تشمل: خطر التشغيل، الخطر الاستراتيجي، صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص8-9.

كما تقسم إلى مخاطر كلاسيكية وأخرى حديثة: فالأولى تشمل: خطر الائتمان، خطر السيولة، خطر سعر الفائدة، خطر سعر الصرف، الخطر البشري، الخطر النظامي. والثانية تشمل: الخطر الاستراتيجي، خطر الاتصال، الخطر التشغيلي. محمد للوشي، الأخطار المصرفية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر، 2001-2002، ص20-23.

2-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 37.

3- إن هناك مصطلحات عديدة للتعبير عن الحالة المالية الصعبة للمؤسسة: فهناك من يسميها الافلاس وهم رجال القانون، ويعني ذلك توقف المؤسسة عن سداد ديونها في آجال استحقاقها، ويكون ذلك بموجب حكم من المحكمة المختصة بغرض تصفيتها وبيعها تمهيدا لتسديد هذه الديون، ولكن مادام هي مرحلة خطيرة فقد يجري الدائنون صلحا مع المؤسسة ودلك رغبة بمنح فرصة للمؤسسة وفائدة لهم لأنها قد تنتج عن عدم تحصيل كافة الديون من خلال عملية التصفية، ودلك إدا رأوا بأنها تملك امكانات مستقبلية جيدة في حال تجاوزت المرحلة الصعبة.

وهناك من يسميها حالة الاعسار أو ضعف الملاءة، ويعني أن خصوم المؤسسة تجاوزت موجوداتها، وفي هذا المؤسسة تمر بأزمة سيولة حادة نتيجة لضعف ربحيتها، أو تكون في حالة عسر مالي حقيقي يجعلها قريبة من جدا من الانهيار، لأنها تعاني من تراكم الخسائر من جهة، ومن جهة ثانية غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها.

هناك من يسميها الفشل وهم رجال الاقتصاد، وهو مصطلح عام وغير دقيق يخلط بين المفاهيم المالية والقانونية لحالة العسر.

ومصطلح التعثر المالي الذي هو تلك المرحلة الخطيرة التي وصلت فيها المؤسسة إلى تحقيق خسائر متتالية تنبء بانهيارها. ريحان الشريف، المرجع السابق، ص116-118. و

Mohamed Salah, Les sociétés commerciales, tome1, édition Edik, Oran, 2005, p. 237-262.

وغالبا ما يحدث التعثر المالي كنتيجة لوجود المشكلتين معا، ومنه نكون أمام حالة عسر مالي حقيقي.

لأنه من المعروف أن الأرباح هي المصدر الرئيس للتدفق النقدي الدي سوف يستخدم في سداد المؤسسة لالتزاماتها، في حين لا تعتبر عدم القدرة على سداد الالتزامات مشكلة خطيرة إلا عندما تكون قيمة الالتزامات لديها تفوق قيمة موجوداتها، أي أن هناك خسائر متراكمة إلى درجة تجعل قيمة هذه الأخيرة غير كافية لتغطية التزامات المؤسسة[1].

وبالتالي على المؤسسة كي تستطيع ممارسة نشاطها بدون مخاطر أو مشاكل مالية أن تحقق التوازن بين قدرتها على تحقيق الأرباح وقدرتها على الوفاء بالتزاماتها تجاه البنك في تواريخ استحقاقها، أي توازن بين الربحية وتوليد تدفقات نقدية كافية لسداد الديون، وهدا لا يتم إلا في إطار هيكل مالي متوازن.

المطلب الثاني: المخاطر المرتبطة بعمل البنك

يتعرض البنك أثناء القيام بمهامه المصرفية لبعض العوامل الخارجية التي قد تمتد ليس فقط إلى عدم تحقيق البنك العائد المتوقع من عملية التمويل، وإنّما إلى خسارة الأموال المقرضَة ذاتها. وهي تنطوي على جملة من المخاطر،

الفرع الأول: خطر عدم السيولة (Risques d'il liquidité)

تمثل سيولة البنك خاصية لصيقة بماهية البنوك التجارية، باعتبارها تاجرة، وخالقة للنقود، فهي تتعامل بأموال الغير التي تلقتها في شكل ودائع جارية أو ادخارية، وأصبحت من خصومها، أي يلتزم بسدادها لأصحابها عند الطلب، أو عند حلول الأجل، ويجوز للبنوك التجارية أن تخلق ودائع افتراضية نتيجة القروض الممنوحة في شكل فتح اعتماد، وعليها أن تتوقع أن يتقدم الأفراد حائزي الشيكات المسحوبة على تلك الحسابات للمطالبة بقيمتها في شكل نقود قانونية، فإذا كانت البنوك تستخدم الأموال المودعة لديها في أوجه التوظيف المختلفة، من سلفيات وقروض وأوراق تجارية ومالية واستثمارات مقابل فوائد تحصل عليها تغطي تكاليفها الإدارية، وتحقق لها

1-الشريف ريحان، المرجع السابق، ص117.

أرباحا، إلاّ أنّ هناك عدة التزامات قانونية قبل المودعين تتمثل في ضرورة سداد قيمة الودائع نقدا عند الطلب، أو عند حلول الآجال[1].

ويعتبر نقص أو انعدام السيولة من أكثر الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى إفلاس البنوك وهذا بسبب عجز المؤسسة او المؤسسات عن الدفع، هذا يجعل المودعين يفقدون ثقتهم بهاذه البنوك، فيؤدي بهم إلى سحب ودائعهم على نطاق واسع. لذلك فعلى البنوك أن تستثمر أموالها في يحقق لها عوائد كبيرة مع وضع احتياطي كاف لمواجهة أزمة نقص السيولة، وهذا ما تدعوا إليه الاتفاقيات المالية الدولية والتشريعات الوطنية لأن هذا الخطر بنبأ بإفلاس دول وليس بنوك فحسب، ولقد جاء المشرع على تعريف هذا الخطر بأنّه ناتج عن عدم قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته، نظرًا لوضعية السوق، وذلك في آجل محدد (آجال الاستحقاق)[2].

يتميز هذا الخطر الخاص بالبنوك في تلقي هذه الأخيرة صعوبة لتعبئة محفظتها من المستحقات في السوق النقدية ولدى بنك الإصدار بواسطة تقنية إعادة التمويل، خاصة إعادة الخصم وإيجار سندات القروض، في هذه الحالة يكون البنك مضطرا للجوء إلى السوق النقدي الضيق (ما بين البنوك) مقابل دفع فائدة بسعر أكبر، وفي حالة نفاد السوق من الأموال يلجأ البنك إلى طلب السحب على المكشوف من البنك المركزي كآخر فرصة مقابل دفع معدل فائدة مرتفع جدا يدعى (المعدل الجهنمي) وهو أعلى معدل مطروح في السوق.

إن اللجوء إلى إعادة التمويل الإضافي آلية ليست في صالح مردود البنك وتطوره، بل يمكن أن تؤدي به إلى الانهيار على مستوى ثلاث جبهات:

- التقليص من توزيع القروض يؤدي إلى التقليص في منتجات الاستغلال.
- وجوب البحث عن موارد تجارية ثابتة مع منح نسب فائدة جذابة، مما يزيد في أعباء البنك ويقلص في النتائج.
- البحث عن إعادة التمويل لدى البنك المركزي بمعدلات فائدة مرتفعة، مما يؤدي إلى ظهور خطر معدل الفائدة فيزيد من خطورة وضعية البنك.

1-مصطفى رشدي شيحة، الاقتصاد النقدي والمصرفي، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1995، ص 7.

2- المادة 02 و: من النظام رقم 11-08 السالف الذكر والمادة الأولى من النظام رقم 11-04 المؤرخ في 24 ماي 2011 يتضمن تعريف وقياس وتسيير ورقابة خطر السيولة، الجريدة الرسمية، العدد 54، المؤرخ في 02 أكتوبر 2011.

فقد يتعرض البنك لخطر سيولة فورية، وهي الحالة التي يكون فيها غير مستعد لمواجهة طلب كثيف غير منتظر لعمليات سحب الأموال من طرف المودعين أو مؤسسات قرض أخرى.

لذا يجب على البنك التوفيق بين عملية التمويل وآجالها وفترة سحب الأموال.

وغالبا ما يساء تقييم خطر السيولة من طرف البنك، حيث التساهل في منح التمويل مع الودائع لأجل، هذا يؤدي إلى عدم ملاءة البنك، فتكون السبب في حدوث الخطر النظامي الذي يمكن أن يزعزع كل النظام المصرفي في البلد نتيجة الترابط الفعلي مع البنوك الأخرى[1].

وكمرحلة سابقة من تاريخ الجزائر فإن خطر السيولة بالنسبة للبنوك التجارية كان غالبا نتيجة التدخل من السلطات العمومية في تسييرها الداخلي، لإجبارها على دفع أجور عمال المؤسسات العاجزة أو من قروض لمؤسسات فاشلة، هذه التدخلات رغم أنها متبوعة بتعويضات متأخرة جدا إلا أنها تضع البنوك أمام وضعيات صعبة للتحمل والتي قد تصل أحيانا إلى حالة عدم القدرة على الوفاء بالالتزامات[2].

فالبنوك الكلاسيكية علاقتها بالمؤسسة هي علاقة دائن بمدين لأجل محدد لذلك فهي تحاول الموافقة بين آجال الودائع وآجال القروض الممنوحة للمؤسسة مع تجنب استثمار الودائع القصيرة الأجل في تمويلات طويلة الأجل، لأنها بذلك تخالف أحد القواعد الاحترازية يشجعها على ذلك الأمل في تجديد بعض المودعين لآجال ودائعهم، هذا الأمل قد يتحقق وقد لا يتحقق.

وتختلف البنوك الإسلامية اختلافا كبيرا في أنها لا تقدم الأموال قروضا لآجال محددة، بل تقوم بتمويل مشروعات يصعب في بعض الأحيان ضبط مواعيد تحصيل نتاجها مهما كانت تنبؤات دراسات الجدوى، ويترتب على ذلك صعوبة إيجاد السيولة في الوقت المناسب لرد الودائع عند مواعيد سحبها.

والبنوك الإسلامية لم تعرف كثيرا هاته الصعوبة، ذلك يرجع لترتيبات السيولة لديها، فهي على العكس تشكو من وفرة السيولة لديها لا من عجزها، وهو خطر إيجابي فإن لم تستغله في عمليات تدر لها أرباح فهذا يعرضها لخطر التجميد، الذي هو تراكم السيولة دون استعمالها[3].

1- صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 21.

2-حميد قطوش، تكييف البنوك التجارية مع اقتصاد السوق، تسيير المخاطرة البنكية، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2000، ص 102.

3-خديجة خالدي، المرجع السابق، ص 27.

ولكن هذا لا يعني أن هذا النوع من البنوك في منأى عن هذا الخطر والتي تستلزم إيجاد ضوابط في صيغ التمويل لديها تكفل لها توافق الآجال بين مدد التمويل ومدد سحب الودائع. وإضافة شروط وبدائل تكفل تحقيق السيولة التي قد يحتاج إليها قبل نهاية العملية الاستثمارية[1].

أولا: أسباب خطر عدم السيولة

- أمّا عن سبب تحقق خطر عدم السيولة، فقد يعود لأسباب داخلية، وهي سوء تسيير المواعيد بين القروض والودائع، لعدم وجود التوافق الزمني بين آجال استحقاق القروض وآجال استحقاق الودائع، أو الإخفاق في إمكانية تحويل أصول البنك إلى سيولة مطلقة موجودة في خزينته، لكونها لازالت لدى الغير ولم يحن بعد أجل استحقاقها، وهدا ما يعرف بخطر التحويل[2](Risque de transformation). وهذا كلّه مردّه لسوء إدارة مخاطر السيولة، وذلك لعدم مراجعة الاحتياجات للسيولة باستمرار وعدم وجود موازنة بين التدفقات النقدية الواردة للبنك والتزاماته.
- وقد يرجع هذا الخطر لأسباب خارجية تتعلق بالسوق النقدي، بحيث أ نّ البنك يلجأ باستمرار الى السوق النقدي لخصم أوراقه التجارية مقابل السيولة اللازمة وعادة ما يلجأ إلى البنك المركزي للقيام بعملية الخصم.

وهناك من يفرق بين خطر عدم السيولة وخطر عدم الملاءة (Risque d'insolvabilité)، هذا الأخير يعرف على أنّه:" الحالة التي يسجل فيها البنك عجزا في أمواله الخاصة، وذمته المالية، لاستحالة تغطية المخاطر والخسائر المحتملة الوقوع، بحيث لا يتوفر لا على السيولة، ولا على أصول لتغطية خصومه، وعليه فإنّ خطر عدم الملاءة أوسع من خطر عدم السيولة"[3].

- وقد يتحقق بسبب إعسار مدين البنك، إعسار البنك واختلال وضعيته المالية.

1-نفس المرجع، ص 28.

2-Eric Lamarque, Op. cit. p. 70. 3

3-Rachid Amrouche, Régulation risque et contrôle bancaire, édition bibliopolis, Alger, 2004, p. 121 et s : " Le cas qui la banque enregistre un déficit dans les comptes propre et se patrimoine, puisque l'impossibilité de couvrir tous les risques et perte s qui peuvent parvenir et ce par manque de liquidité et l'actifs pour couvrir les passifs, donc risque d'insolvabilité plus vaste que risque d'il liquidité…"

ثانيا: الوقاية من خطر عدم السيولة[1]

نظرا لأهمية هذا الخطر، فإنّ البنوك تلتزم بالتوفيق في تسيير أموا لها بما يتناسب مع تغطية مخاطرها العديدة والمتوقعة، ويكون ذلك بالاحتفاظ بدرجة سيولة مناسبة يمكنها تغطية هذا الخطر إن حدث، بالإضافة إلى الدراسة التي تقوم بها البنوك حول المؤسسات الاقتصادية المراد تمويلها، والتي تمثل أهم الإجراءات الوقائية المتخذة في سبيل تفادي هذه المخاطر الناجمة عن عدم قدرتها على الوفاء باستحقاقاتها التي تؤدي إلى نقص في السيولة النقدية لدى البنك، هذا الأخير قد يلجأ إلى الغير من أجل الحصول على السيولة، هذا قد تحمله معدلات فائدة مرتفعة، يظهر ذلك جليا في حالة إعادة التمويل أو إعادة الخصم[2](Réescompte).

لذلك يجب على البنك مراجعة احتياجاته للسيولة باستمرار والتعرف على المواسم التي تشهد سحب مكثّف للودائع وعدم المغامرة بالودائع التي هي تحت الطلب في غي عمليات طويلة وخطيرة ووضع موازنة حقيقية بين الإيرادات والنفقات، أضف إلى ذلك على البنك أن يكون على استعداد للأزمات المالية ليس الداخلية فحسب بل حتى على الصعيد الدولي مادام أن العولمة المالية لها تداعيات على كل أسواق المال وهذا للارتباط الوثيق بينها. وأنّ خطر السيولة مرتبط بمخاطر أخرى كخطر سعر الفائدة وخطر سعر الصرف وخطر التجميد وخطر السوق[3].

الفرع الثاني: خطر التجميد (Risque de l'immobilisation)

يمكن للبنك استعمال الأموال المودعة لديه، سواء أكانت ودائع تحت الطلب، أو لأجل[4]، في عملية التمويل، ومن خلال هذه العملية فانه يرهن أمواله لدى الغير لمدة محددة قد تطول أو تقصر، وكلما كانت الآجال طويلة إلا وازدادت الأخطار المرتبطة بهذه العملية، حيث قد تصل إلى إمكانية عدم إرجاع أمواله التي قدمها كتمويل، فهو لم يحقق الفوائد المرجوة منها، وهي تحقيق الأرباح، ولم يتم تسديدها من طرف المؤسسة الاقتصادية

1- المادة 02 و03 من النظام رقم 11-04 السالف الذكر.

2- الأوراق التجارية المخصومة هي عموما أوراق قابلة للتعبئة لدى البنك المركزي، أي أنّ هذه الأوراق يمكن إعادة خصمها لدى البنك المركزي إذا احتاج البنك التجاري إلى سيولة مقابل ثمن يسمى سعر إعادة الخصم. الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 67. وابتسام القرّام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، 1998، ص. 236.

3- زاينة آيت وازو، المرجع السابق، ص116.

4-ودائع تحت الطلب هي دائما تحت تصرف أصحابها، يمكن اللجوء إلى سحبها كليا أو جزئيا متى شاءوا، أمّا ودائع لأجل فهي التي يضعها أصحابها لدى البنك لفترة، حيث لا يمكنهم سحبها الاّ بحلول الأجل. نفس المرجع، ص. 26-27.

الممولة، وبالتالي فانّ هذا الخطر يؤدي إلى خطر آخر وهو خطر عدم الملاءة أو عدم السيولة التي إنْ استمرت تؤدي إلى خطر التجميد، حيث أنّ هذا الأخير يؤدي إلى عدم حركة الأموال، لأنّ الفائدة بالنسبة للبنك هي حركة هذه الأموال، وما يزيد الأمر صعوبة في حال ما إذا كان البنك قد منح قروضا طويلة الأجل، عند تمويل نشاطات الاستثمار، حينها يكون قد اتخذ قرارا يمكن أن يرهن مستقبله إذا لم يكن قراره صائبا، لأنه بذلك يكون قد جمد أمواله لدى المنْشأة[1] في حين كان من المفروض أن يستفيد من عائداتها لو حصل عليها في وقتها وقام باستعمالها مرة أخرى عن طريق تمويل منشآت أخرى وعمليات أخرى لو تمّ تسديد المنشأة الاقتصادية لمستحقاتها للبنك في تواريخ استحقاقها، لأنّ هذا الأخير يعتبر دائنا ومدينا في نفس الوقت، مدينا بالنسبة للمودعين، ودائنا بالنسبة للمؤسسات الاقتصادية، وأي اختلال زمني بين عمليات القبض يؤدي إلى تجميد رؤوس الأموال[2]، لأنّ القرض غير المسدد في المواعيد المتفقة يمكن أن يرتب مصاريف وتكاليف إضافية يتحملها البنك الممول تتمثل في:

- تكاليف للتشغيل، التي هي ضرورية لتسيير المخاطر، ويشمل على أجور المستخدمين، وأتعاب المحامين والمحضرين، والتأمينات.
- مصاريف الاتصال مثل المراسلات.
- تكاليف الوسائل المستخدمة كالإعلام الآلي.

هذا كله يؤثر بطريقة مباشرة على توازن خزينة البنك، ويجعله في وضع حرج، لذا عادة ما يلجأ إلى دراسة شاملة عن الوضعية المالية للمؤسسة التي مولها، مع إمكانية متابعة سير المشروع، والمطالبة بضمانات، وعادة ما لا يقبل البنك طلب التمويل ما لم يكن واثقا فعلا من أنّ التسديد سيتم فعلا في ميعاده، وهذا لتفادي تجميد أمواله لدى الغير، كان من الأنجع أن يستفيد من مدخلاتها لو وظفها مرة أخرى في مشاريع أخرى.

يمكن ألا يتم تسديد الائتمان في الآجال المتفق عليها في حالة التقدير الخاطئ لقدرات المؤسسة الممولة على التسديد أو لعدم احترام الالتزامات المتخذة من طرف هذه الأخيرة المستفيدة من التمويل[3].

1-أحمد بوراس، المرجع السابق، ص. 42.

2-عبد الحق بوعتروس، المرجع السابق، ص. 48.

3- يسمى ذلك بالمخاطر الإيجابية، وهي المخاطر الناتجة عن التقصير والتعدي، وهي مخاطر يمكن للبنك التحكم فيها.

وعلى ذلك فإن التأخر في التسديد تترتب عليه نتائج، فبالنسبة للبنك اختلال في تقديره لدخول الإيرادات، مما سيؤثر على تقديراته في مجال السيولة. أما بالنسبة للمؤسسة الممولة فيؤدي هذا التأخير إلى ارتفاع في كلفة الأموال.

ويمكن أن تكون الأسباب التي أدت إلى التأخير في تسديد الديون خارجة عن المؤسسة، والتي يجد البنك نفسه حيالها عاجزا، وهي الحالات التي لا يمكن التحكم فيها لأنها مفاجئة وغير متوقعة. كحادث ما يؤثر على الوضعية المالية للمؤسسة[1]، أزمة اقتصادية وطنية أو دولية لها تأثير على قطاع النشاط الذي تنشط فيه المؤسسة الممولة، انخفاض سعر العملة الوطنية، بالإضافة للظروف الطبيعية والاجتماعية والسياسية وحتى القانونية التي لها تأثير على ذلك.

أما بالنسبة للبنوك الإسلامية فيطلق على هاته الوضعية المماطلة في سداد الديون، وهي تعد أهم مشكلة تواجهها، لأن تعويضها عن فوات الربح ليس جائزا ابتداء عكس ما هو معمول به في البنوك التقليدية، كاستعمالها لآلية الفائدة وغرامات التأخير، واللجوء إلى استعمال الفائدة المركبة[2]. أما المصارف الإسلامية فبدلا عن ذلك لجأت إلى[3]:

- توثيق الدين بالضمانات[4]، في هذه الحالة يكون في يد البنك الدائن ما يمكن التنفيذ عليه في حالة تأخر المؤسسة في السداد أو إفلاسها، فهذه الآلية ناجعة في معالجة مشكلة المماطلة في سداد الديون إلا أنها لا تتوفر لدى بعض المؤسسات وخاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي قلما تتوفر على أصول تصلح للرهن وإنما يكتفي البنك بالكفالات، أو اللجوء إلى آلية الاحتفاظ بالملكية كضمان كحالة التمويل التأجيري.

1- يسمى هذا النوع من المخاطر بالمخاطر السلبية، وهي مخاطر خارجة عن إرادة البنك والعميل، حيث من الصعب التحكم فيها.

2- الفائدة المركبة هي نسبة الفائدة على مبلغ القرض وعلى الفائدة.

3-خديجة خالدي، المرجع السابق، ص10-13.

4- يلزم بنك البركة الجزائري عملاءه بتقديم الضمانات اللازمة للتمويل والمنصوص عليها في عقود التمويل: ففي التمويل بالمشاركة ينص العقد على تقديم الضمانات العينية و/أو الشخصية ضمانا لتسديد مبلغ التمويل بما في ذلك الأصل، ونسبة الربح، والنفقات والمصاريف ودلك في المادة الرابعة عشر (14) من عقد المشاركة.

وفي التمويل بالمرابحة ينص على ذلك في المادة 14من عقد المرابحة. ونفس الشيء في التمويل بالمضاربة. الملحق الخاص بالعقود المتعلقة بآليات التمويل الإسلامية ضمن ملاحق هذه الرسالة.

- رفع معدل الزيادة في الثمن الآجل، لا يمكن للبنك الإسلامي فرض غرامات التأخير ولا الفائدة المركبة، لدلك جاءت الأسعار المرتفعة نسبيا لمواجهة هذه المشكلة.
- التأمين، والدي تحال عليه إمكانية استرداد الدين في حالة تعثر الدين لمماطلة المؤسسة المدينة ولمؤسسة التأمين الرجوع على المؤسسة المدينة بمبلغ الدين.
- احتياطي الديون المتعثرة، تقوم جميع البنوك بما فيها المصارف الإسلامية برصد احتياطي يكون ذلك باقتطاع جزء من الربح سنويا ثم يستخدم فيما بعد لتخفيف أثر المماطلة أو الإفلاس.

الفرع الثالث: خطر سعر الفائدة (Risque de taux d'intérêt)

إنّ الفائدة هي السعر الذي يعود على البنك عندما يستثمر أمواله في مشاريع، أو هي تلك العمولة التي تقابل الخدمة التي يقدمها للغير. أمّا سعر الفائدة فهو أجر كراء النقود، يلتزم المقترض بدفعه للبنك مقابل التنازل المؤقت عن السيولة[1]، والذي يحدده البنك المركزي بصفة فصلية انطلاقا من الأوضاع الاقتصادية العامة للدولة، والسياسة النقدية المتبعة، وتقلبات السوق النقدي والمالي[2]، وقيمة سعر الصرف المتغير بصفة مستمرة صعودا ونزولا.

والسبب في اختصاص السلطة النقدية في تحديد هذا المعدل يرجع لتفادي تعسف البنوك في وضع معدلات فائدة مرتفعة، وكذلك تفادي سعيها وراء الأرباح الكبيرة وخلق نقود بصفة غير منظمة، ممّا يخلق تضخما ماليا، فنكون أمام خطر التضخم[3] (Risque d'inflation).

فإذا كانت نسبة الفائدة عالية ترتب عليه نقص في طلب القروض، ممّا يؤدي إلى نقص في الاستثمارات وزيادة في نسبة البطالة، وأحيانا تلجأ الدولة إلى تخفيض سعر الفائدة رغبة في تشجيع بعض الأنشطة الاقتصادية، أو الرفع من أسعار الفائدة للحد من بعض السلع الكمالية[4].

1- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 70.

2- زاينة آيت وازو، المرجع السابق، ص112.

3- مخاطر التضخم: "هي المخاطر الناتجة عن الارتفاع العام في الأسعار، ومن ثم انخفاض القدرة الشرائية للعملة. "، حسين بلعجوز ومحمد العربي غزي، مداخلة حول: دراسة مقارنة لمخاطر التمويل المصرفي بين النظام الكلاسيكي والقيمي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2006، ص. 4.

4-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص 47.

فخطر سعر الفائدة مرتبط مباشرة بتحويل آجال الخصوم البنكية، أي عندما يحول البنك ديون قصيرة الأجل إلى حقوق طويلة الأجل، فإنه يعرض نفسه إلى تدهور هامش فائدته في حالة ارتفاع معدلات الفائدة في السوق، وفي نفس وضعية التمويل فإن انخفاض معدلات الفائدة يكون في صالح البنك الممول.

إنّ هناك تداخل أو خطر مركب يتكون من خطر السيولة من جهة ومن خطر سعر الفائدة من جهة ثانية[1].

- فاذا كانت الاستخدامات للأموال مدتها أقل من موارد البنك هنا لا وجود لخطر السيولة، لكن في المقابل هناك خطر معدل الفائدة بعد مرور مدة الاستخدامات، لأن البنك قد يتعرض لخطر انخفاضها.
- أما إذا كانت الاستخدامات مدتها أكثر من الموارد هنا يكون البنك أمام خطر السيولة، لأنه غير متأكد من إيجاد الأموال التي يحتاجها بعد حلول آجال الموارد والتمويلات مازال لم يحن بعد آجال استحقاقها. وهناك أيضا خطر معدل الفائدة عند ارتفاعها لاعتماده على معدل فائدة ثابت.
- لكن إذا كانت الاستخدامات والموارد لها نفس الآجال وبمعدلات متغيرة يتم مراجعتها من فترة محددة لأخرى، هنا لا وجود لخطر السيولة ولاوجود لخطر معدل الفائدة.

يمكننا القول إنّ خطر معدل الفائدة هو الخطر الذي يتحمله البنك الذي يمتلك حقوقا ذات معدلات ثابتة بفعل ارتفاع معدلات الفائدة في السوق.

من هذا المنطلق وبعد سنة2000 التي عرفت انخفاضا في معدل الفائدة من 20 بالمئة إلى حدود 8-10 بالمائة أصبحت البنوك الجزائرية تعطي أهمية قصوى لخطر معدل الفائدة قبل القيام بأي عملية تمويلية، خصوصا دراسة طلبات التمويل وتحليل خطورتها[2].

إن ما يقابل سعر الفائدة في البنوك التقليدية هو سعر العائد في البنوك الإسلامية على أساس أن هاته الأخيرة لا تتعامل بآلية الفائدة، حيث أنه بناء على التمويل عن طريق المضاربة تتحصل على عائد متمثلا في نسبة معينة من الأرباح[3] التي تحققها المؤسسة التي يمولها البنك، وبالتالي يستفيد منها هذا الأخير وكذا المودعون لديه،

1- محمد للوشي، المرجع السابق، ص 33-38.
2-نفس المرجع، ص 32.
3- خديجة خالدي، المرجع السابق ص 28-29.

أما إذا كانت هناك خسائر فإن البنك يتحملها والمودعون، هذا يسبب مشكلة، وهي إحجام المودعين عن إيداع أموالهم في هذا النوع من البنوك مادام يتحمل تبعات خسارة المشروعات الممولة، لأن هذا يشكل خطرا على البنك ويؤثر سلبا على التمويل.

ولمواجهة مخاطر العائد وما يسببه من مشاكل للبنك القيام بدراسات فنية وتقنية وقانونية دقيقة للمشاريع قبل تمويلها على أن تأخذ هذه الدراسات بعين الاعتبار الدراسة الشخصية والمالية والأهداف والقدرات على تحقيق الربحية.

فيتم تصنيف التمويل إلى صنفين، صنف خاص بتمويل الاستثمارات عالية الخطورة، وتعتمد على أموال المساهمين والودائع المخصصة برضا أصحابها على المخاطرة فيها. وصنف خاص بتمويلات أقل خطورة، ويعتمد فيها على أموال المودعين العاديين ونسبة من رأس المال، ونسبة الأرباح تختلف من صنف لآخر.

أولا: أسباب تغير سعر الفائدة

أمّا عن خطر سعر الفائدة فهو خطر عدم تحقق الأرباح المرجوة، أو الوقوع في خسائر بسبب تغير معدلات الفائدة، هذه الأخيرة إذا تغيرت تؤثر مباشرة في النتائج المنتظرة بصفة كلية، خاصة وأنّ عمل المصرفي قائم على النسب والمعدلات وتحقيق الأرباح.

يرجع تغير سعر الفائدة إلى المصدر الذي تأتي منه الفائدة، سواء القروض، توظيف الأموال في شكل أسهم وسندات، بحيث أنّ أصول البنوك تتعرض إلى تغير في تكلفتها بسبب مرونة السوق المتذبذب بين العرض والطلب، وتقلب العملات وتغير معدلات السوق[1]، هذا ما يؤدي إلى تغير نسبة العائد على الأصول، وعليه فانّ تقلب الأسعار بالزيادة – زيادة التكاليف – يتطلب رفع سعر الفائدة لأنه أصبح لا يتناسب مع السوق، وإلاّ فانّ المصرف يجد نفسه في خسارة كبيرة ونقص في المردودية، والعكس صحيح.

ثانيا: نتائج خطر سعر الفائدة

إنّ خطر سعر الفائدة يؤثر على كل من المؤسسة الاقتصادية والبنك الممول لها إيجابا وسلبا، حيث أنّ تقلب أسعار الفائدة في المستقبل بالارتفاع يجعل الأولى في وضعية احتمال زيادة تكاليفها ونفقاتها، وبالمقابل فانّ

1- المادة 02 ج: من النظام رقم 11-08 السالف الذكر.

الثاني يجد نفسه في حالة حصول على عوائد، وبالتالي تضاعف الأرباح، هذه الحالة تجعل المودعين أيضا يحصلون على فوائد معتبرة والعكس صحيح أيضا، إذا أخفق المصرفي في تسيير أمواله ووقع في خطر سعر الفائدة، فانّ ذلك يدفع المودعين لسحب أموالهم وإعادة توظيفها في بنوك أكثر استثمارا لها لتعود عليهم بفائدة أكبر، هذا ينتج عنه نقص السيولة لدى البنك، ممّا يجعله يتابع تغيرات معدل الفائدة، لأنّ معدل الفائدة يكون ثابتا أو متغيرا بالنظر لحجم العمليات المصرفية، وكلما لم تراع هذه المعطيات فانّ المؤسسة الاقتصادية كلما ارتفع سعر الفائدة ازدادت أعباؤها المالية التي ستؤدي إلى إفلاسها، لذا تجري المؤسسات دائما مقارنة بين مر دودية مشروعها الاستثماري وتكلفة رأسمالها الضروري لهذا، والاختيار بين بدائل التمويل الأقل تكلفة وخطرا، فتعمد إلى التمويل الذاتي، أو باللجوء إلى المساهمين، أو قروض بنكية، ولكن هذا ليس بشكل مطلق، فهناك عوامل أخرى تؤثر على قرارات المستثمرين[1]:

- المؤسسات المجبرة لقدرتها في التنافس في الأسواق أو الاستثمارات يمكنها مواكبة تطور الطلب.
- يمكن للمؤسسات أن تلجأ إلى الاقتراض القصير الأجل في حال ما إذا كانت أسعار الفائدة مرتفعة.
- قد تقبل المؤسسات دفع أسعار فائدة مرتفعة إذا كان بإمكانها إدراج هذا الارتفاع في أسعار مبيعاتها دون خطر فقدان مكانها في السوق، والنتيجة أنّ تغير سعر الفائدة يؤثر على سلوك المؤسسات، لأنّ ديونها تجاه البنوك هي سعر متغير، وكذا التمويل في سوق السندات يكون بسعر فائدة قابل للمراجعة بصفة دورية.

الفرع الرابع: خطر سعر الصرف (Risque de taux de change)

إنّ مهنة المصرفي تقتضي أن يلعب دور المقايض والمبدل للعملات الأجنبية لتلبية طلبات زبائنه في عمليات الصرف، وتعتبر هذه الأخيرة عملية تمويل، وتغيير العملة الوطنية بالأجنبية فالفارق بين العمليتين يسمى سعر الصرف[2]، والتغير في هذا السعر يؤدي إلى الوقوع في خطر الصرف، فيتأثر البنك لأنه يمتلك حقوقا وديونا بالعملات الصعبة، حيث أنّ معدل الصرف يتغير بسبب هبوط أو صعود في قيمة أو سعر الصرف، يتأثر هذا الأخير بأوضاع الدولة من تصدير واستيراد أو انتاج ولأوضاع السوق داخليا وخارجيا، كما يتأثر بالأوضاع العامة

1-فريدة بخراز يعدل، المرجع السابق، ص 149.

2-الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 96.

داخل الدولة، إلاّ أنّه خطر تواجهه البنوك الدولية الكبرى خاصة، لأنّ لها رؤوس أموال ضخمة، وديون بالعملات الصعبة لدى الغير. وممّا يصعب الوضع على البنك أو على المؤسسة الاقتصادية المموّلة أنّ هذا الخطر حدوثه مفاجئ، ناتج عن تقلبات أسعار العملات الأجنبية بالمقارنة مع العملة الوطنية، ممّا يؤدي إلى تذبذب القيمة الحقيقية للقرض عند حلول آجال استحقاقها[1]. ومنه حدوث خسائر نتيجة للتغيرات في أسعار صرف العملات الأجنبية، وذلك نتيجة ربط الإيرادات والنفقات بأسعار الصرف وبصفة خاصة ينتج هذا الخطر نتيجة التعامل بعملات أجنبية وخاصة إذا كانت حقوق البنك بالعملية الأجنبية وانخفضت العملة هنا يواجه مشاكل الصرف[2].

فارتفاع سعر الصرف وانخفاضه يشكّل مشكلا كبيرا بالنسبة للبنوك الممولة، فإذا انخفضت قيمة العملة المستعملة في عملية التمويل فإنه ينتج عنها خسائر، وإذا ارتفع سعر الصرف فإنّها تتعرّض لخطر عدن السداد لأنّ عجز المؤسسة على ذلك وارد وهذا نظرا لأنّها ستلجأ لشار العملة الأجنبية لسعر مرتفع وعم قدرتها على ذلك ممكن، هذا سيؤثر على الوضعية المالية للبنك[3].

والمشرع الجزائري بيّن هذا الخطر على انّه إمكانية التعرض خلال الفترة التي تفصل بين لحظة الدفع لعملية مالية ثمّ بيعها ولحظة الاستلام النهائي للعملة التي تمّ شرائها[4]. وقد اعتبر المشرع هذا الخطر هو جزء من خطر السوق[5].

أمّا عن آثار سعر الصرف[6]، فإنّ ارتفاع وانخفاض سعر الصرف له تأثير على المؤسسة الاقتصادية عند تعاملها بالعملة الأجنبية، وعلى البنك عند تمويله لها، ففي الحالة الأولى عند ارتفاع سعر الصرف مقارنة بالعملة الوطنية يحقق ربحا في الصرف، ومنه يجلب فوائد للمصرف الممول، وتتأثر المؤسسة الاقتصادية الممولة سلبا بهذا، لأنه يزيد من أعبائها المالية، أمّا العكس فيؤدي إلى تحمل الخسارة بالنسبة للبنك، ويؤثر إيجابا على المؤسسة،

1- كما كان الحال بالنسبة لمستوردي التجهيزات في الجزائر في فترة سابقة، حيث الخسارة الناجمة عن تدبدب سعر الصرف التي كان سببها تدهور قيمة الدينار بالنسبة للعملات الأجنبية الأخرى، فكل مستوردي القطاع العام والخاص الدين تحصلوا على تجهيزات من الخارج بتمويل بنكي تأثروا كثيرا عند حلول أجل التسديد بفعل انخفاض قيمة الدينار مقابل العملات الأجنبية هذا أدى إلى مضاعفة هذه القروض إلى أربعة أضعاف، ولم يكن في استطاعتهم تحمل ذلك العبء المالي دون مساعدة الدولة. محمد للوشي، المرجع السابق، ص 27.

2-صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 16.

3- زاينة آيت وازو، المرجع السابق، 112-113.

4- المادة 02د: من النظام رقم 11-08 السالف الذكر.

5- المادة 02 هـ: من النظام رقم 11-08 السالف الذكر

6- محمد حبار، المرجع السابق، ص 13.

وبالتالي يجب الأخذ بعين الاعتبار العملة الأجنبية المرجعية، ولتجنب انخفاض العملة أو ارتفاع قيمتها يشتري البنك المركزي أو يبيع عملته في السوق مقابل عملات أجنبية معدلا بذلك توازن السوق[1].

وأنّ تقرير ارتفاع سعر الصرف نسبيا عن قدره الحقيقي يساعد على التقليل من سرعة التضخم، فهو يجعل الواردات قليلة الثمن، ممّا يمكن الدولة من تكوين ادخارات لتمويل الاستثمار، فظهور مؤسسات بمنتجات قوية يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على مكانة الدولة في ميدان التنافس الدولي، ومن ثمّ الحفاظ على قيمة العملة، ومنه تفادي المخاطر المرتبطة بسعر الصرف.

فمؤخرا ونتيجة لانخفاض سعر البترول ونقص احتياطي الصرف دقت الدول التي تعتمد على الريع ناقوس الخطر ومنها الجزائر. فلجأت إلى إصلاحات اقتصادية جدية وشاملة خوفا من مخاطر أزمة اقتصادية أو مالية نتيجة لهذا الوضع المتدهور لأسعار الذهب الأسود، فدعت إلى تشجيع الاستثمار، فكان التعريف بالمنتوج الوطني داخليا وخارجيا والبحث عن أسواق له في مختلف دول العالم وتشجيع إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث تم إحصاء أكثر من مليون مؤسسة، ولتحقيق كل ذلك تم إصدار قانون الاستثمار 2017 وتمت المصادقة عليه، والقانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وإعادة جدولة ديونها، وفتح أبواب البنوك أمامها للحصول على التمويل، وإيجاد حلول لمشكل العقار الصناعي والفلاحي، وتشجيع مختلف القطاعات الاقتصادية من أجل التخلص من التبعية لقطاع النفط، والاشتغال على البدائل والمتمثلة في الطاقات المتجددة، بالإضافة إلى ترسانة من الإجراءات تضمنها قانون المالية 2017 بالإضافة إلى الندوات والملتقيات الوطنية والدولية[2].

ومؤخرا كذلك عرف سعر صرف الأورو والدولار ارتفاعا مقابل الدينار الجزائري فقد أضحى الأول يقترب من 190دينارا، والثاني 180دينارا، حيث فقد الدينار حوالي 40 في المائة من قيمته الاسمية في التعاملات الرسمية مقابل الدولار خلال سنتين، وهو ما يبين مدى الاختلال الذي تعرفه العملة الوطنية، وهوما دفع الحكومة إلى إحداث تعديل كبير في سعر صرف الدينار، فقد كان معدل سعر الصرف في قانون المالية 2012 بـ74 دينار للدولار الواحد ليرتفع في قانون المالية 2014 إلى 80 دينارا للدولار الواحد، بينما في مشروع قانون المالية

1- فريدة بخراز يعدل، المرجع السابق، ص 159.

2- تصريحات الوزراء والفاعلين في القطاع الاقتصادي على مستوى الإعلام بمختلف أنواعه، المكتوب والمرئي والمسموع والالكتروني.

2016 اعتمدت الحكومة على سعر صرف معدل يقدر ب 98 دينارا للدولار الواحد، وأخيرا سعر صرف ب108دينارا للدولار الواحد في قانون المالية 2017.

ويلاحظ أن سعر صرف الدينار مقابل الأورو بلغ مند 2014 عتبة 180 دينارا واستمر في المنحى التصاعدي خلال 2015 و2016 ليصل إلى 190دينارا تقريبا[1].

الفرع الخامس: مخاطر أخرى (Autres risques)

وأبرزها خطر ما بين البنوك (Risque inter –bancaires) وخطر النظام (Risque systémique)، والذي يجمع بينها أنّها مخاطر سيادية[2] (Risques souverains)، حيث تظهر هذه المخاطر نتيجة تشابك العلاقات بين البنوك، وبالتالي تأثيرها على بعضها البعض نتيجة اختلال وضعيتها المالية أو إفلاسها، وهذا ما أفرزته الأزمة المالية العالمية بسبب ما يسمى بالعولمة المالية. أضف إلى ذلك حالة فقدان الاستقرار المالي على مستوى واسع بسبب انتقال المشاكل المالية إلى كل البنوك العاملة على الساحة والمساس بالوضعية العامة للاقتصاد ككل، أي حدوث حالة عدم ملاءة عامة ومنه عدم القدرة على الوفاء عامة تمسّ كل البنوك والمؤسسات المالية لذى فإنّ انهيار واحد منها او تعرّضه للمخاطر يعرض البقية لنفس العدوى المالية، هذا قد يحوّل الأزمة من أزمة بنكية إلى ازمة دول، خطر الدولة (Risque pays)[3] والدليل على ذلك ما تعانيه الكثير من الدول من نقص أو انعدام السيولة والتي تمثّل أساس خطر النظام[4] هذا جعل الدّول تلجأ إلى بنوك عالمية أو دول تتوفّر على فائض من العملة الأجنبية بسبب مداخيلها من الصناعة او التجار او التكنولوجيا أو البترول، كحالة الجزائر أثناء فترة ارتفاع أسعار البترول.

لكن اليوم وما تعرفه سوق النفط من تقلبات أصبحت الدول المنتجة له تعاني من نقص السيولة بسبب انخفاضه إلى أدنى مستوياته ليصل إلى حدود 52 دولار للبرميل بعدما كان بـ 100 دولار للبرميل الواحد، فدقت هاته الدول ناقوس الخطر وما اجتماعاتها غير الرسمية بالجزائر في 2016 واجتماعها الرسمي بجنيف والاتفاق على

1- حفيظ صواليلي، سعر صرف الأورو يلامس 190دينار، الخبر اليومي، الجزائر، العدد8347، 2016/12/1، ص11.

2-صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص11-20.

3-Amine trazi, risque bancaire déréglementation financière et réglementation prudentielle, paris, édition presse universitaire de limoge ,1996, p14.

4-Aglieta m et Moutot p, le risque de système et sa prévention, paris, cahiers économique et monétaire, no41,1993, p78.

تخفيض الإنتاج، وإقناع الدول غير المنظمة لأوبيك بهذا الإجراء لخير دليل على ذلك. بل أكثر من ذلك، راحت هذه الدول ومنها الجزائر تبحث عن بدائل لهاته الثروة الآيلة للزوال والتي تعرف تدبدبا في أسعارها فبعد هبوطها في الثمانينات وما أحدثته من أزمة اقتصادية خانقة ترتفع في الألفينات إلى أعلى مستوياتها لتتدهور بدء من 2016 وتنتعش قليلا مؤخرا بسبب قرار التخفيض في إنتاج هذه الثروة التي أثبتت فشلها في خلق الثروة.

المطلب الثالث: المخاطر المرتبطة بنظام التمويل الإسلامي

إنّ البنوك الإسلامية كغيرها من الكلاسيكية تتعرض لمخاطر عديدة جراء قيامها بعملية التمويل، فتتعرض لخطر السيولة وخطر سعر الصرف وخطر عدم السداد وخطر العميل وخطر التجميد، وما دام أنّها لا تتعامل بالفائدة فهي لا تتعرض لمخاطرها، وهي تلجأ إلى صيغ أخرى مختلفة عنها في البنوك الكلاسيكية من أسلوب المرابحة، والمضاربة، والمشاركة، والإجارة، هذه الآليات هي كذلك لا تسلم من المخاطر[1].

الفرع الأول: مخاطر التمويل بالمرابحة[2]

إنّ هناك إجماع فقهي على أنّ عقد المرابحة هو عقد مستحدث تم إجازته كأحد صور البيع الآلي، وشرط صحة هذا العقد تأتي من حقيقة أنه يجب على المصرف تملك السلعة عن طريق الشراء ثم تحويل ملكيتها للمقترض، ومن هنا يظهر جليا أنّ الخطر الأول والأهم قد ينشأ من عدم الاتفاق على طبيعة العقد، أمّا الخطر الثاني المحتمل فهو تأخر المقترض عن سداد الدين، خاصة وأنّ البنوك الإسلامية لا تأخذ أية فائدة عن سعر السلعة ممّا يعرض البنك للخسارة المحتملة.

كذلك مسألة عدول المؤسسة الاقتصادية عن الشراء بعد طلب السلعة في الوقت الذي يكون البنك قد قام بشرائها. وعليه فسيتحمل هذا الأخير تكلفة تخزينها، وما قد يصيب السلعة من تلف، أو ما يحدث من تغير في الأسعار، إلى أن يجد مشتريا آخر لهذه السلعة. وعليه يتحمل البنك هاته التكاليف بجانب الخسارة لإمكانية تعرضه لخطر السوق، فهذه العملية تكون خطرا على البنك بدلا أن تكون آلية تمويل، وهو بذلك يدخل أموال المودعين في دوامة من الخسائر.

1-الحسين بلعجوز ومحمد العربي غزي، المرجع السابق، ص. 9. عثمان بابكر أحمد ورضا سعدالله، إدارة المخاطر، تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، جدة، الطبعة1، 2003، ص. 68-70.

2- حسن حزوري، المخاطر الواقعة على المصارف الإسلامية، المؤتمر الرابع للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، دمشق، سوريا، 1و2جانفي 2009، ص89.

لذلك تلجأ البنوك في مثل هاته الحالة إلى إلزام المؤسسة بمقدار ما لحقه من خسارة جراء العدول عن الشراء. أو أن يتصرف ببيع السلعة لمؤسسة أخرى مع إمكانية المطالبة بالتعويض عن أي خسارة يتعرض لها من بيع السلعة مرة ثانية.

وبما أن طبيعة عقد المرابحة تقتضي من البنك تملك السلعة وحيازتها ثم بيعها للمؤسسة الآمرة بشرائها مع الربح المتفق عليه، هذا يجعل البنك يتحمل تبعة ومخاطر الهلاك قبل التسليم ويضمن كذلك العيب الخفي ومخاطر التخزين، فالضمان يبدأ من تاريخ الأمر بالشراء حتى تسليم السلعة للمؤسسة، أما بعد التسليم، يتحمل تبعة رد السلعة المشتراة نتيجة ظهور أي عيب أو عدم تحقق الأوصاف المطلوبة[1].

الفرع الثاني: مخاطر التمويل بالمضاربة

المضاربة هي نوع من أنواع الشركة، يكون فيها رأس المال من طرف هو البنك، والعمل من طرف آخر يسمى مضارب، أي صاحب المشروع، يقوم هذا الأخير بالعمل بالمال المقدم له على سبيل التمويل، والربح يقسم بينهما بنسب معلومة متفق عليها مسبقا، أمّا الخسارة فيتحملها صاحب رأس المال وحده ما لم يثبت أنّ المؤسسة صاحبة المشروع قد قصرت وأهملت عملها، فهنا مركز الخطر لأن الخسارة يتحملها البنك وحده لعدم وجود قاعدة تقسيم بين البنك والمؤسسة، كما أنّه يمكن أن يكون هناك تحايل من المضارب لأنه يعلم أن الخسائر والمخاطر لا يتحملها هو، أو وجود سوء نية من طرفه، أولا يبذل قصارى جهده لإنجاح المشروع، فهذا النوع من التمويل تكون مخاطره أقل لو تم الاتفاق على تحمل الخسائر من الطرفين البنك الممول والمؤسسة صاحبة المشروع وليس الأرباح فقط.

المضاربة هي حجر الزاوية في التمويل الإسلامي، إلا أن البنوك تتعامل بها في حدود ضيقة، وبحذر شديد، ومرد ذلك يعود للمخاطر الأخلاقية، وتحدث عندما لا يكون الشخص الممول ذا ثقة وسيء النية ولا يحسن التصرف في المال، أو لم تكن لديه الخبرة الكافية في إدارة المشروع، هنا تتحول عملية المضاربة إلى خسارة يتحملها رب المال، وهو هنا البنك الإسلامي. لكن إذا ثبت أن الخسارة كانت بسبب سوء الإدارة أو لعدم الالتزام بشروط

1-القانون المدني الجزائري، عقد البيع، التزامات البائع، المواد من 364إلى386.

المضاربة أو أن هناك أي تقصير من الشخص فإن هذا الأخير يؤاخذ على ذلك ويتحمل تبعات الخسارة[1]. لذلك ولتفادي هاته المخاطر، فإن البنك يتعامل على أساس ملاءة الشخص وجودة ضماناته وتشخيصه من حيث العناصر المالية وغير المالية، مع المراقبة والمتابعة للمشروع الممول.

الفرع الثالث: مخاطر التمويل بالمشاركة

المشاركة هي أسلوب تمويلي يشترك بموجبه البنك مع المؤسسة الاقتصادية في تقديم المال اللازم لمشروع ما، ويوزع الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه أمّا الخسارة فبنسبة تمويل كل منهما، ولا تكون مشاركة البنك في الإدارة إلا في حدود ما يحفظ حقوقه، وهذا النوع من التمويل مخاطره أقل نظرا لوجود مشاركة في كل شيء وتقاسم المخاطر الناجمة عن المشروع، أمّا الخطر فيه فيظهر في مدى نجاح أو فشل المشروع إذا لم يتم اختياره بعناية، أو لم تتم دراسة جدواه الفنية والقانونية جيدا، أو نظرا لمخاطر خارجية مهما كانت.

كما أن هذا النوع من التمويل يتعرض لمخاطر الائتمان فيما يتعلق بمدفوعات العميل لشراء حصة البنك، وأن المخاطر المتعلقة بنصيب البنك في الأصل موضوع الشراكة، كما أن هناك مخاطر تتعلق بالشريك، من خلال إمكانية إخلاله بالعقد أو تقصيره وسوء إدارته للمشروع، ومادام أن هناك شركة أحد شركائها بنكا، فإمكانية التعرض للخسارة محتمل، فاقتسام الأرباح والخسائر هو أحد شروطها الموضوعية الخاصة. وللحماية من أخطار التمويل بالمشاركة يجب اتخاذ الخطوات التالية:

- الإعداد والتخطيط الجيد للمشروعات الممولة، حيث أن أهم أسباب الفشل تعود لقصور دراسات الجدوى.
- اختيار الشركاء بعناية فائقة، من أهل الخبرة بإدارة المخاطر، وممن لديهم ملاءة مالية.
- يمكن للبنك أن يشترط أن تكون نسبة الشريك في رأس مال المشروع كبيرة وأن يتم دفعها كاملا.
- يجوز للبنك أخذ ضمان أو رهن من هذا الشريك[2].
- على البنك أن يبذل جهدا إضافيا في الإشراف والمتابعة للمشروع الممول، وألا يتنازل عن ذلك لصالح الشريك.

1- حسن حزوري، المرجع السابق، ص174. وخديجة خالدي، المرجع السابق، ص19.

2- المادة 14 من عقد المشاركة الذي يصدره بنك البركة الجزائري، الدي يطلب الضمانات بمختلف أنواعها وفي كل صيغ التمويل، الملاحق، مرجع سابق.

الفرع الرابع: مخاطر التمويل بالإجارة[1]

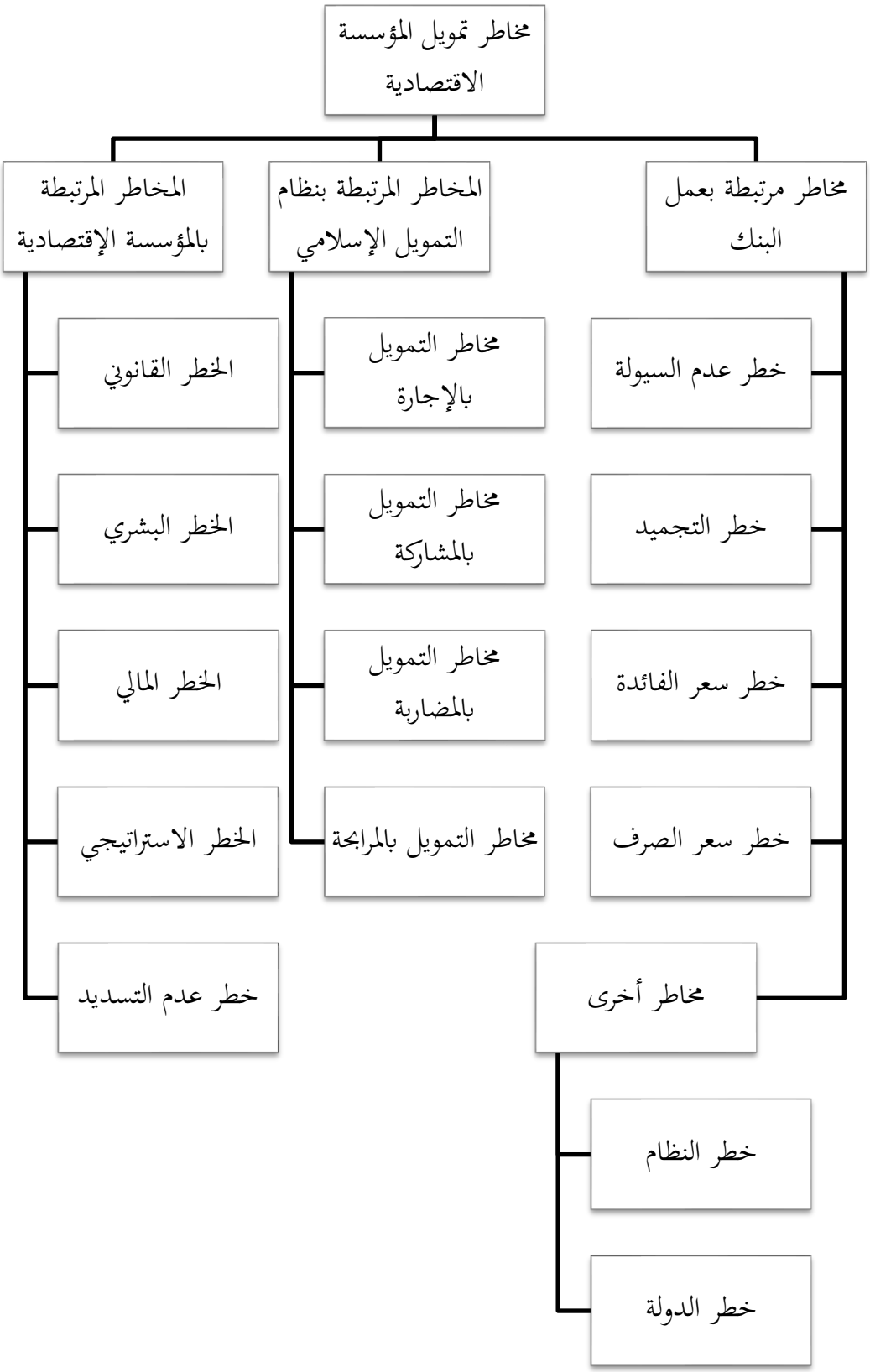
هنا يقوم البنك باقتناء آلات ومعدات، ثم يقوم بتأجيرها للمؤسسة الاقتصادية حسب الحاجة، وأثناء مدة الإيجار يظل الأصل ملكا للبنك، وبعد نهاية المدة المتفق عليها تنتقل هذه الحقوق إلى البنك، فهنا يكمن الخطر لأن هذه المعدات أو التجهيزات تكون قد اهتلكت، أو تعرضت لخطر التقادم التكنولوجي، بحيث لا يمكن تأجيرها مرة أخرى، أو يتعرض لخطر ظهور آلات جديدة أقوى وأسرع ولم لا أرخص سعرا، فلا يستطيع البنك الاستفادة منها مرة ثانية، لأنّ المؤسسة الاقتصادية سوف لا تجدد العقد مرة أخرى حول هذه الآلات التي اهتلكت أو فقدت قيمتها في السوق، لأنها سوف تستأجر معدات وآلات حديثة.

أمّا بالنسبة إلى تأجير العقارات فقد يتعرض البنك المؤجر من خلا له لخطر انخفاض قيمتها في السوق ويكون قد اشتراها بمبالغ باهظة، هذا نظرا لأزمة مالية، وهذا ما نلاحظه اليوم في سوق العقارات في بعض الدول التي تعاني أزمة مالية حادة لنقص في السيولة، ولتدهور في قيمة عملتها.

كما تعتبر مخاطر عقود الإجارة مخاطر ملكية، كون الأصل المؤجر تبقى ملكيته للبنك، وتنشأ المخاطرة عن احتمال تلف أو تقادم أو انخفاض قيمة العين المؤجرة، التي لا يستطيع البنك تحويلها للمستأجر، كما تنتج عن تخلف المستأجر عن سداد باقي أقساط الأصل، أو رفضه لتملكه وهذا بعد انتهاء عقد الإجارة، وبالتالي إعادته للبنك الذي يجب عليه تأجيره مرة أخرى، ولكن هذا أمر مستبعد، أو بيعه بأقل ثمن لأنه يكون قد تقادم استعماله لظهور آلات جديدة أو يكون قد اهتلك[2].

1- خديجة خالدي، المرجع السابق، ص 10.

2- حسن حزوري، المرجع السابق، ص 89.



المخطط من إعداد الطالب

المبحث الثالث: أساسيات عن الضمانات

إنّ سياسة منح القروض من قبل البنك ترتكز على متابعتها، ولكن رغم هذا يبقى الخطر في منح الثقة التامة للزبون أمرا قائما وذلك خوفا من عدم تسديد مستحقاته في التاريخ المحدد.

ولتفادي أو على الأقل التقليل من المخاطر، وخاصة خطر عدم التسديد فانّ البنك يشترط تقديم ضمانات تدرس بهدف عدم الوقوع في أخطار أخرى لا علاقة لها بالبنك، وتتخذ هذه الإجراءات بقصد إيجاد مصدر للتعويض في حالة عجز المدين، ويكون ذلك عبر الضمانات المقدمة، والتي تصبح تحت تصرف البنك الذي له الحرية الكاملة في التصرف فيها عن طريق بيعها أو كرائها، كما أن الضمانات تلعب دورا أساسيا في الصفقات الدولية.

المطلب الأول: طبيعة الضمانات

تعتبر الضمانات البنكية وسيلة من خلالها يمكن للمؤسسة خاصة وللمتعاملين عامة تقديمها للحصول على تمويل من البنك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فهي أداة إثبات حق البنك في الحصول على أمواله التي مول بها المؤسسة بالطريقة القانونية، وذلك في حالة عدم تسديد هذه الأخيرة لديونها.

الفرع الأول: تعريف الضمانات وأسباب اللجوء إليها

أولا: تعريف الضمانات

حسب المادة 644 من القانون المدني الجزائري، فانّ الضمانات عبارة عن عقد يلتزم بمقتضاه شخص ويتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام في حالة ما إذا لم يف به المدين نفسه.

فالضمان آلية قانونية وضعها المشرع بين يدي الدائن يستعملها هذا الأخير من أجل الحصول على أمواله في حال عجز المدين عن الوفاء بديونه.

كما أنها الأصول التي يبدي العميل استعداده لتقديمها للبنك مقابل الحصول على تمويل، فهي عبارة عن الأشياء الملموسة التي يتحصل عليها البنك من المؤسسة التي مولها تضمن له استرجاع أمواله في حال ما إذا عجزت عن الوفاء بالتزاماتها، سواء لظروف داخلية تتعلق بها، أو لظروف خارجية، هذه الآلية تجعل البنك في

وضع ارتياح، لأنها تجعله مطمئنا على أمواله، مادام أن هناك مقابل مادي ملموس يعوضه عنها في حال حدوث خطر عدم السداد.

ثانيا: أسباب اللجوء إليها

لقد لجأت المصارف إلى زيادة استعمال الضمانات في السنوات الأخيرة لـ[1]:

- الضمان العام وما يحيط به من مخاطر، وأخصّ بالذكر إمكانية المدين التصرف في أمواله ماديّا وقانونيّا وإمكانية عدم كفاية هذه الأموال للوفاء بالديون وكذا قصور الوسائل القانونية في حماية الضمان العام.
- قلة اهتمام بعض المؤسسات التجارية والصناعية بالمحافظة على السمعة الائتمانية، وحسن التعامل، مما يضطر المصرف إلى عدم الاعتماد على الثقة بشكل كبير، بل اللجوء إلى طلب هذه الضمانات، رغم أن من مبادئ القرض الثقة والأمان.
- كبر حجم العمليات الائتمانية بالنسبة لمالية المتعامل نتيجة بعض الظروف الاقتصادية التي طرأت مؤخرا مثل برامج التنمية، وما تتبعه من نشاطات جد متزايدة، والغلاء وما ينتج عنه من انخفاض القدرة الشرائية للنقد الوطني.
- كما يعتبر الخطر ملازما للقرض، لا يمكن بأي حال من الأحوال إلغاؤه تماما مادامت هناك فترة انتظار قبل حلول أجل استرداده، فيلجأ البنك إلى طلب أشياء ملموسة حماية لأمواله من المخاطر، وخاصة خطر عدم التسديد.
- تنامي ظاهرة العولمة المالية وما تحدثه من اضطرابات على الاقتصاد دوليا هذا نظرا للارتباط الوثيق بين المؤسسات بعضها ببعض، وما أفرزته الأزمة المالية مؤخرا خير دليل على ذلك، فخطر عدم التسديد قد يكون خرجا عن إطار المؤسسة الاقتصادية الممولة، بل لظروف اقتصادية دولية.

1-زياد رمضان، المرجع السابق، ص. 102.

الفرع الثاني: التمييز بين التأمينات والضمانات[1]

أولا: التأمينات (Les suretés)

لم يحدد المشرع تعريفا دقيقا للتأمينات، لكنه حددها بعدد من الأنظمة القانونية تتمثل في: الكفالة، الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، لكن يمكن البحث عن العناصر المشتركة لجميع التأمينات التي تسمح بتوضيح مفهومها.

أ-غاية التأمين

هذه الغاية هي تحسين أو تقوية وضعية الدائن القانونية بالنسبة للدائنين العادين الذين لهم فقط حق الضمان العام، فالتأمين يعتبر مصدر طمأنينة للدائن ينتج عن الزيادة في حقوقه، وتزيد من الثقة في قدرات المدين على الوفاء بالدين، ويمكن القول بأنه منفعة أو ميزة خاصة تُعْطى للدائن[2] دون أن تكون مصدر ربح بالنسبة له[3].

ب-أثر التأمين

التأمينات في مجموعها تشترك في أنّ وضعها حيز التنفيذ يرتب أثرا يتمثل في حصول الدائن على حقه ويؤدي ولو نظريا إلى انقضاء الدين بصفة كلية أو جزئية، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

فمن خلال هذه العناصر التي تتميز بها التأمينات يمكننا اعتبارها: "بأنّها تعيين مال أو مجموعة أموال أو ذمة مالية لصالح الدائن، إضافة إلى الحقوق الناتجة طبيعيا لصالحه من خلال العقد الأصلي (عقد القرض) عن طريق حق تابع لحق الدائنية الذي يحسن من وضعيته القانونية، ومعالجة عدم كفاية حق الضمان العام دون أن يكون ذلك مصدر ربح للدائن، بل مصدر أمان في حال في حال عدم قدرة المدين على الوفاء باستحقاقاتها، هذا يؤدي إلى حصول الدائن على حقه كليا أو جزئيا، بصفة مباشرة أو غير مباشرة"[4].

1- راضية أمقران، ضمانات البنك في مجال الائتمان، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسئولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 24-27.

2- Piérre, croq, propriété et garantie, paris, L. G. D. J,1995, p. 221. "un avantage particulier reconnu au créancier pour le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur".

3- يمنع المشرع في الرهن الرسمي مثلا على الدائن أن يشترط على الراهن تملك العقار المرهون، وهذا طبقا للمادة 903 فقرة 1من القانون المدني الجزائري: "يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق. . . في أن يتملك العقار المرهون أو في أن يبيعه. . . ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن. "، مجلس قضاء سكيكدة، الغرفة المدنية، 21-03-2007، قضية(م-ب) ضد شركة الوفاء، المجلة القضائية، 2008، العدد الأول، ص. 75. "الرهن ضمان لاستيفاء الدين، ولا يعد الرهن طريقا لتملك الشيء المرهون، وهذا طبقا للمادتين 903و882. . . "

4-Ibid. p. 234 : "mettre de fond ou un groupe de fonds ou de divulgation financière en faveur du créancier cela conduit o créancier sur le droit en tout ou en partie, directement ou indirectement. "

ثانيا: الضمانات (Les garanties)

إنّ الضمانات لها مجال واسع بالمقارنة مع التأمينات، فهي تشمل كل التقنيات القانونية، وكل الوسائل التي يستعملها الدائن لاستيفاء أو لضمان حقه وحمايته من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها، والتي لا يمكن استبعادها مادام هناك فترة انتظار بين منح التمويل وأجل تسديده، فهي تمثل أحسن حماية للدائن، فهي: "كل الميكانيزمات التي تزيد من فرص الدائن في حصوله على حقه بالحد من نتائج المستجدات المستقبلية لإفلاس المدين للوقاية منها. "[1].

فمفهوم الضمان يشمل كل الأنظمة القانونية مهما كانت طبيعتها، والتي تؤدي وظيفة الضمان، لكن مع ذلك يمكن البحث عن العناصر التي تشترك فيها الضمانات والتي تسمح بتوضيح مفهومها:

- الضمان هو آلية تابعة لالتزام أصلي تعمل على تحقيق الوفاء به.
- الضمان آلية حمائية وضعت كاحتياط لعدم تنفيذ المدين التزامه، فالأصل هو تنفيذ الالتزام ثمّ إذا لم يتحقّق ذلك يكون التنفيذ على هذه الضمانات واستيفاء الدائن لحقّه منها بالأفضلية، وبالتالي فالضمان هو حماية قانونية للدائن من عدم تنفيذ المدين لالتزامه[2].

الفرع الثالث: مبادئ الضمانات[3]

هذه المبادئ تشترك فيها كل الضمانات ومنها:

- مبدأ حسن النية، وهو مبدأ معروف في القواعد العامة، فالبنك متى مول مؤسسة فعليه أن يلتزم مبدأ حسن النية، حيث إذا قام بطلب ضمانات مفرطة بالمقارنة مع التمويل الممنوح فقد أخل بهذا المبدأ، فقيمة الضمان لا يمكن أن تتجاوز مبلغ التمويل المطلوب، كما أنّه على المؤسسة الرهن الالتزام بضمان سلامة الرهن وللبنك الدائن إمكانية الاعتراض عن كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص الضمان إنقاصا كبيرا[4].

1-Ibid. p. 239.

2- زاهية حورية سي يوسف، الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة الجزائر، 2015، ص 90.

3-Dominique, legueais, Surtés et garanties du crédit, paris, L. G. D. J, 1995, pp. 8-9 : "tout ce que les mécanismes de travail augmente les chances d'un créancier à obtenir le droit de limiter les résultats futurs développements de la faillite du débiteur pour les empêcher"

4- المادة 898 من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمادة 1047 من القانون المدني المصري.

فالضمان مقتضاه التزام المدين بالامتناع عن كل عمل مادي أو قانوني من شأنه أن يسبّب انتقاصا كبيرا للضمان المقرر للبنك الدائن المرتهن. وبموجب ذلك يستطيع هذا الأخير فسخ العقد ويجوز له المطالبة بإسقاط الاجل كما يمكنه أيضا المطالبة بالتعويض إذا توفّر سببه[1].

- مبدأ الشفافية، وهو يعني أن الغير من مصلحته معرفة مجموعة الضمانات التي تعقدها المؤسسة، والتي تسمح بتقدير إعسارها بشكل أفضل، فالشفافية تظهر من خلال إشهار الضمانات، ويسمح ذلك بتدارك التنازع بين الدائنين المستفيدين من الضمانات[2].
- مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، وهو مبدأ معروف في القواعد العامة[3]، فعلى البنك باعتباره دائنا لا يتعسف في استعمال حقه في طلب الضمان، كأن يمتنع عن التمويل مالم يجد الضمانات رغم أن سمعة المؤسسة طالبة التمويل جيدة، وحالتها المالية تؤهلها في الحصول على التمويل، أو طلب ضمانات غير متاحة لدى المؤسسة الاقتصادية، لأنها أكبر من التمويل المطلوب. ولقد ظهر على الساحة اليوم ما يسمّى بالضمان المالي، وهو إمكانية تمويل المؤسسة الاقتصادية دون أن تقدم ضمانات إذا كانت غير متاحة لديها، فالضمان يقدمه صندوق الضمان الذي بمقتضاه يمكن للبنك الحصول على التعويض المالي في هذا الصندوق في حال فشل المؤسسة في التسديد ولقد جاء هذا الصندوق وغيره من صناديق الضمان لمساعدة الشباب أصحاب المشاريع والمؤسسات الاستثمارية التي لا تستطيع تقديم ضمانات فهي تمثل وسيط فعال بين المستثمر والبنك، ولأجل ذلك توجد اليوم 16 اتفاقية أبرمها الصندوق مع بنوك عمومية وخاصة لأجل تمويل المشاريع التي لا تتوفّر على ضمانات عينية[4].

1- زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص90.

2- المادة 904 و961 من القانون المدني الجزائري.

3-المادة 110 من نفس القانون: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها. . . "

4- تصريح لعبد الرؤوف خلف، المدير العام لصندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حصة ضيف الصباح، القناة الجزائرية الأولى، 23 ماي 2017.

- مبدأ الاستقلالية، ويعني أن الضمان مستقل عن التعهد بالضمان، فهنا يجب التمييز جيدا بين واجب العمل (العقد التجاري) وواجب الدفع (الضمان)، حيث يجب أن يبقى الضامن حيادي بالنسبة لكل النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين المصدر والمستورد، ويكون ذلك في الضمانات المرتبطة بالتجارة الخارجية.
- مبدأ الالتزام الرئيسي، هنا الضامن هو الملتزم الرئيسي، وهو يضمن النتيجة المقدرة من طرف المستفيد فقط دون غيره، وأن استعمال الضمان لا يتطلب إثبات وجود عجز في التسديد.

المطلب الثاني: أهمية الضمانات

وفي هذا سوف نتطرق إلى حالة البنك في حال عدم وجود ضمانات، وإلى بعض الاعتبارات التي يجب مراعاتها عند المطالبة بالضمانات مهما كانت.

الفرع الأول: حالة البنك في حال عدم وجود ضمانات

البنك في حال عدم وجود ضمانات يعتبر دائن عادي، وهذا ممكن في حال ما إذا لم يطلب ضمانات لثقته المفرطة في المؤسسة نظرا لوضعها المالي، أو لوضعيتها الائتمانية الجيدة، وبالتالي يكون له حق التمسك بجزاءات عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو تأخره في تنفيذها، ويكون له الحق كذلك في الضمان العام على الذمة المالية للمدين[1].

البعض يرى أنّ التمويل بدون ضمانات يشكّل خطورة كبيرة حيث أنّ البنك في هذه الحالة يكتفي بالثقة لكن المؤسسة قد تعترضها ظروف خارجية قد تؤثر على هذه الثقة وبالتالي إمكانية عدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها، هنا لا يستطيع البنك استرجاع أمواله. وهناك من يرى أنّ التمويل بدون ضمان هو الأفضل والأسلم للبنك وأقله خطرًا إذا ما كانت هناك دراسة معمّقة عن محيط المؤسسة وعن سلامة الهيكل المالي للمؤسسة وكفاءة مسيّريها وربحية مشروعها الاستثماري، وبالتالي هنا يمنح التمويل على أساس الثقة وليس على أساس ما تملكه المؤسسة من ضمانات لأنّه أحيانا تتحقّق مخاطر الائتمان وبالتالي عدم القدرة على السداد مع عدم كفاءة

1- المادة 188مدني: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حال عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان. "

الضمانات للوفاء بأصل الدين والفوائد والمصاريف وهذا لما تتعرّض له كذلك الضمانات من مخاطر كانخفاض قيمتها أو تلفها أو عدم قدرة الكفيل أو الضامن على الوفاء بالالتزامات.

إذن فالضمانات ليست السبب الوحيد لمنح الائتمان للمؤسسة وهذا ما تعتمده الدول الأجنبية وخاصة أمريكا، فلا بدّ من اعتماد الثقة كأساس لذلك ثمّ القيام بعملية التشخيص للعميل من جميع الجوانب ثم طلب ضمانات هنا نستطيع القول أنّ البنك في مأمن أمّا غير ذلك فيبقى وضع البنك في خطر[1].

أولا: جزاءات عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التأخر في تنفيذها

هناك جزاءات يتعرض لها المدين مهما كان نوعه شخص طبيعي أو مؤسسة في حال إخلاله بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد التمويل أو تأخره في تنفيذها.

أ- جزاءات عدم التنفيذ

البنك يعتبر متعاقدا ضحية عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن عقد التمويل، ويمكنه بذلك مطالبة المدين بفسخ العقد[2]. فالبنك هنا قد نفذ التزامه بوضع مبلغ التمويل تحت تصرف المؤسسة الاقتصادية، لكن هذه الأخيرة لم توفي بالدين الناشئ عن هذا العقد.

يقرر الفسخ هنا بطريقتين: بحكم من القاضي الذي تكون له السلطة التقديرية في ذلك، أو يجوز له إعطاء المدين أجلا آخر لتنفيذ التزامه.

أو يجوز للطرفان الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، فيحل الاتفاق محل حكم القاضي بالفسخ طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[3].

ويترتب على الفسخ رجوع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها من قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض طالب الفسخ، وهذا طبقا للمادة 122 مدني: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض. "

1- زاينة آيت وازو، المرجع السابق، ص104-105.

2- المادة 119فقرة1مدني: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. "، وقرار المحكمة العليا، العدد 02، 1994، ص167.: "عند إبرام العقود الملزمة للجانبين إذا لم لف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره للمدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك. . . ".

3- المادة 120من نفس القانون.

ب- جزاء التأخر في التنفيذ[1]

في حال تأخر المؤسسة الممولة في تنفيذ التزاماتها بتسديد مستحقاتها، يكون للبنك الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن هذا التأخير، والمسؤولية هنا تتحقق بمجرد عدم دفع المستحقات في أجل التسديد، دون الحاجة إلى إثبات ذلك من البنك الممول.

وفي الغالب يتفق الطرفان على تحديد مبلغ التعويض في حال عدم الوفاء بالمستحقات في العقد، أو من خلال اتفاق لاحق، الذي لا يستحق (التعويض) إلا بعد إعذار المؤسسة الممولة، وهذا كله حماية للمدين من كل تعسف يتعرض له من البنك الممول إذا ثبت أن هذا الأخير كان مفرطا في تقديره، وهذا من خلال إمكانية المراجعة القضائية في مقداره.

والتعويض اللازم عن الأضرار التي لحقت بالبنك الدائن يشمل ما لحق هذا الأخير من خسارة وما فاته من كسب جراء التأخير في تنفيذ الالتزام[2].

فهذه الجزاءات تشكل ضمانات قانونية للبنك بمفهومها الواسع، تسمح له بالضغط على المؤسسة الممولة المتوقفة عن التسديد.

ثانيا: حق الضمان العام

جاء ذلك في المادة السالفة الذكر[3]، ويعني ذلك أن الذمة المالية للمدين هي ضامنة للوفاء بديونه، فيعتبر الضمان العام لكل الدائنين الذين يتساوون في استيفاء حقهم من هذا الضمان، فكل دائن مهما كانت صفته له حق على الذمة المالية للمدين، وأهميتها تظهر في توفير الضمان العام، ومقتضاه أن حق الدائنين غير متعلق بعين معينة، أو بمال معين، وإنما مرتبط بمجموع الذمة المالية في الحاضر والمستقبل، وبالتالي يكون للدائن الحق في الحجز

1- قضية بين البنك الوطني و((ش. ذ. م. م.) (ع)) ، حكم صادر في 13-07-2008: ". . . وحيث أنّ المحكمة تستخلص من وقائع الدعوى أنّ هناك علاقة قرض بين الطرفين بموجب اتفاقية القرض المبرمة بينهما، وأنّ المدعى عليها رغم إعذارها بتسديد أقساط القرض تبعا لاتفاق الطرفين لكنها لم تستجب، بهذه الأسباب فالنزاع يقع حول طلب فسخ اتفاقية القرض والزام المدعى عليها بتسديد الدين الواقع في ذمتها. . . ".

2- محكمة الاستئناف التجارية، مراكش، قرار رقم 115، الصادر بتاريخ 10-02-2004: "حيث أنّ الدفع المنصب على حذف المادة 32 من قانون المسطرة المدنية لا يستند على أساس باعتبار أنّ المستأنف لم يتضرّر من الإخلال الشكلي المتمسك به، حتى على فرض وجوده فإنّه لا بطلان بدون ضرر. . . "

3- المادة 188 من القانون المدني الجزائري

على أموال المدين لبيعها واستيفاء حقه من ثمنها، ويكون ذلك عن طريق المزاد العلني، فالدائنون الحاجزون يتقاسمون بالتساوي الثمن الناتج عن البيع إذا كان يكفيهم، وإلا فان القسمة تكون كل حسب دينه.

ولكن الذي يغيب في هذه الحالة هو حق التتبع، فالضمان العام للدائنين على الذمة المالية للمدين لا تعطيهم الحق في التتبع، حيث لا يمكنهم تتبع مال المدين في يد الغير والحجز عليه في حال بيعه من قبل أو هبته، كما أن الضمان العام لا يعطي للدائن حق الأولوية[1] عند إعسار المدين.

فالضمان العام تحكمه قاعدتان، هما أنّ جميع أموال المدين ضامة للوفاء بديونه وثانيهما أنّ جميع الدائنين متساوون في الضمان إلّا من كان له منهم حق الأفضليّة.

لكن للبنك الدائن آليات قانونية جعلها المشرع تحت تصرفهم للمحافظة على الضمان العام تتمثل في الإجراءات التحفظية، والإجراءات التي تقع بين هذه الأخيرة والتنفيذية[2]، كما أن للدائن الحق في حبس مال في يد المدين حتى يستوفي حقه منه مرتبط بهذا المال[3].

لكن أغلب الفقه الفرنسي يصنف هذا الفعل ضمن التأمينات العينية[4]، باعتبار أن حق الحبس يؤدي وظيفة الضمان بالنسبة للدائن.

إلا أنّ آلية التأمين غير متوفرة في حق الحبس باعتبار أنه لا يعطي الحق للدائن في بيع الشيء المحبوس واستيفاء حقه من ثمنه بالأولوية على بقية الدائنين، بل يقتصر حقه فقط في حبس الشيء إلى حين استيفاء حقه، فهذا لا يرتب حق امتياز للبنك الدائن الممول على غيره من الدائنين[5].

1- قد يجد الدائن العادي نفسه في حالات معيّنة في مركز قانوني يمنحه الأفضلية على الدائنين الآخرين، ويحدث ذلك في حالات منه: المقاصة، الدعوى المباشرة، الحق في الحبس. شوقي بناسي، المرجع السابق، ص13.

2-وتتمثل في الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، الدعوى الصورية، وهي منصوص عليها في المواد من 189 إلى 198 من القانون المدني الجزائري:

- فالدعوى غير المباشرة، تعني نيابة الدائن عن المدين نيابة قانونية في المطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير إذا أهمل ذلك تهاونا أو غشّا منه.
- أمّا الدعوى البوليصية، فهي لجوء الدائن إلى الطعن في التصرفات الصادرة من مدينه لأنّ في ذلك مساس بائتمانه.
- الدعوى الصورية، وهل الدعوى التي يدفع بها الدائن غش المدين إذا حاول هذا الأخير إخراج بعض أمواله من الضمان العام وذلك بإبرام تصرفات صورية.

3- نظّمه المشرّع في المواد من 200 إلى 202 من القانون المدني الجزائري.

4-Piérre, croq, op. cit, p. 226. " Le droit de rétention a indubitablement une fonction de garantie dans la mesure où il permet à un créancier de retenir l'exécution de l'obligation assumée à son égard en échappant à l'insolvabilité de son débiteur. "

5-المادة 201مدني:"مجرد حق حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه. . . "

لكن الاعتماد كلية على حق الضمان العام يجر البنك الممول إلى مخاطر، ويظهر ذلك في حال عدم كفاية الضمان العام في استيفاء الديون، وأن الوسائل المستعملة لحماية الضمان العام ليست بمثابة ضمانات كافية لتحقق للبنك الحماية الكافية، وإنما هي آليات لإجبار المدين صاحب النية السيئة على تنفيذ التزاماته في الآجال المحددة.

وأكثر من ذلك فآلية شهر إعسار المدين غير منصوص عليها في التشريع الجزائري اقتداء بالتشريع الفرنسي، فكان على مشرّعنا أن يقتدي بما جاء في التشريعات العربية وخاصة المصري وما جاء في الشريعة الإسلامية التي قرّرت الإعسار إذا ما استغرقت الديون أموال المدين وبالتالي بيع أمواله جبرًا وقسمتها قسمة غرماء بين دائنيه[1].

كما أنّ الضمان العام لا يحقق الحماية الكافية للدائن لأنّه يحدوه خطران: خطر عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه من جهة، وخطر حريّة تصرف المدين في هذه الأموال من جهة ثانيّة، بالإضافة إلى حماية المشرّع للمدين باعتباره الطرف الضعيف في العقد[2]، فكان أولى به أن يحمي الدائن باعتباره الطرف المتعرّض لأخطار الائتمان كما فعل نظيره المشرّع المصري والفرنسي.

فالضمان العام وإن جعل أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، فهو غير كاف لحماية حق الدائن والوفاء به كاملا، فحق هذا الأخير في الضمان العام يهدده خطران:

- الأول يتمثل في أن الضمان العام لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله، ولا يمنعه من عقد ديون جديدة، والسبب في ذلك أن الضمان العام لا يربط حق الدائن بمال معين من أموال مدينه، فالمؤسسة التي عجزت عن تسديد ديونها يمكنها أن تطلب تمويلا آخر، وليس في يد البنك الدائن أية وسيلة قانونية يمكن من خلالها منعها من التعامل مع بنك آخر بحجة أن هذه التصرفات تنقص من ديونه، ومن ثمة تضعف فرصته في استيفاء حقه كاملا، بالعكس مع لو كان بيده ضمانات، هناك يكون له الحق في تتبعها وإمكانية الحجز عليها وبيعها.
- الخطر الثاني يكمن في مبدأ المساواة بين الدائنين، هذا المبدأ يقضي باشتراك جميع الدائنين في قسمة أموال مدينهم، دون أن يكون لأحدهم حق التقدم على الآخر، بل أكثر من ذلك، حيث يقل نصيبه من هذه

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص17.
2-نفس المرجع، ص18-20.

الأموال كلما زاد عدد الدائنين، ثم أنه إذا تخلف عن المشاركة في التنفيذ على أموال مدينه إما إهمالا منه، وإما عدم علمه بدلك، فإنه قد يضيع عليه حقه، لأن القاعدة أن أموال المدين أو المتحصل عليها من بيع هذه الأموال تقسم على الدائنين المشاركين في التنفيذ فقط.

وهكذا يبقى الدائن العادي في ظل الضمان العام تحت رحمة مدينه، بحيث لا يضمن له الحصول على حقوقه إلا أمانة هذا المدين ونزاهته، أو ملاءته.

ولذلك كانت الحاجة إلى آلية أخرى تؤمن الدائن من خطر إعسار المدين وتحميه من غشه وإهماله، بحيث يمكنه الحصول على حقه كاملا مهما تغيرت ظروف المدين[1].

فالبنك الدائن كي يحمي نفسه من المخاطر المرتبطة بعملية التمويل عليه أن يأخذ ضمانات ملموسة شخصية كانت أو عينية، أو أن ينوع بينها، لأن المخاطر المرتبطة بعملية التمويل لا يمكن استبعادها حتى وإن كان مبلغ هذه الأخيرة قليلا أو كانت آجال التسديد قصيرة، لذلك تظهر أهمية الضمانات كآلية قانونية وضعها المشرع لحماية الدائن عامة والبنك الممول خاصة من خطر عدم التسديد.

إلا أن هذه الضمانات وما لها من أهمية في حماية الدائن إلا أنها هي الأخرى لا تسلم من المخاطر.

الفرع الثاني: بعض الاعتبارات المتعلقة بالضمانات

إن طلب الضمانات من طرف البنك يفتح المجال واسعا للتساؤل حول العديد من الاعتبارات المرتبطة بهذه الضمانات، والتي تتمثل في قيمة الضمان، ومعايير اختيار الضمان؟

أولا: قيمة الضمان

في الحقيقة عندما يقوم البنك بطلب ضمانات من المؤسسة التي تريد التمويل فهو يصطدم بمشكلة ألا وهي ما قيمة هذه الضمانات؟

إنّه لا يوجد نص قانوني يحدّد مسألة قيمة الضمان، ولكن القاعدة أنّ الضمان لا يمكن أن يتجاوز مبلغ التمويل وهذا عملا بمبادئ الضمانات والتي منها مبدأ عدم التعسّف في استعمال الحق عند طلب البنك للضمان،

1-الآليات التي وضعها المشرع لحماية الدائن في حالة غش وإهمال المدين غير كافية، بل بالعكس مرهقة له من حيث الشروط والإجراءات وعبء الإثبات، المواد من 189 إلى 197.

حيث أنّ المبالغة في قيمته يعتبر إذعانا وتعسّفا منه، وعلى هذا الأساس يمكن تحديد قيمة الضمان إلى بعض الاعتبارات والتي تساعد البنك على القيام بهذه الخطوة[1].

وأولى الاعتبارات ما يتعلق بالعرف البنكي، فالبنوك بصفة عامة لها عادات وتقاليد مكتسبة في شأن الضمانات، كما أن تجاربها المتراكمة في هذا الميدان يجعلها قادرة على تحديد قيمة الضمان المطلوب حسب طبيعة كل نوع من أنواع التمويل، والأفضل هو أن تكون قيمة الضمان مساوية لمبلغ التمويل ذا يسمح للبنك الدائن بانتظار موعد التسديد في طمأنينة لأن بيده أشياء ملموسة.

كما أن هناك اعتبار ثان يدخل في تحديد قيمة الضمان وهي ترتبط بالمنشأة التي تطلب التمويل، فالتي تتمتع بسمعة جيدة في السوق قد تكون الضمانات المطلوبة منها لا تخضع إلا لاعتبارات شكلية، كما أن المؤسسة لا يمكنها أن تعطي ضمانات إلا في حدود ما تملك، ويتجلى هذا في حال ما إذا كانت صغيرة أو متوسطة، حيث عادة ما تكون الضمانات المطلوبة منها غير متاحة أو قليلة بالمقارنة مع ما هو مطلوب منها من طرف البنك كضمان، ولذلك نجد هذا النوع من المؤسسات في الجزائر يعاني من مشكل التمويل، وما فشل الكثير منها وخروجها من الساحة الاقتصادية لخير دليل على ذلك[2].

تجدر الإشارة إلى أن أغلب البنوك خاصة بدر (بنك الفلاحة والتنمية الريفية) –وكالة حاسي بحبح، الجلفة– يشترط في هذه الضمانات أن تغطي قيمة القرض بنسبة تفوق100%من قيمة القرض، ففي ملف قرض استثمار لأحد المؤسسات التي تنشط في مجال الصناعات الغذائية[3] أن المؤسسة استفادت خلال سنة 2005من قرض استثمار لإنشاء المؤسسة بقيمة 29485700 دج، حيث يمثل هذا المبلغ 70%من رأس مال المؤسسة على أن يسدد القرض بعد 5 سنوات أي خلال 2010، في حين بلغت مساهمة صاحب المؤسسة 30% أي 8845710 دج، وقدمت المؤسسة مقابل الحصول على ذلك الضمانات:

1– الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 164.

2– جريدة الخبر، 26مارس 2013، العدد 7025، ص. 9. حيث أن المستثمر أعد ملفا كلفه 34مليون سنتيما ورهن هكتارين من أراضيه كضمان لتسديد القرض، وبعد سنة جاء الرد من البنك بالسلب دون تمويل المشروع. كما قدرت وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعات التقليدية معدل اختفاء هذه المؤسسات بنسبة 18%سنويا، وأكدت أن السبب الرئيسي لهذا الاختفاء هو صعوبة حصولها على التمويل، نظرا لأن الضمانات المطلوبة منها غير متاحة لديها. فجاءت آلية صندوق ضمان القروض لتسد الفراغ في مجال الضمانات، عبد الرحمان بن عنتر وعبد الله بلوناس، المرجع السابق، ص. 30.

3–معلومات مستقاة من مدير بنك بدر، وكالة الجلفة، 08–07 –2013، على الساعة 10 صباحا.

- رهن حيازي للعتاد بقيمة 20000000 دج يضم مجموعة من الآلات والتجهيزات، وكذلك بعض سندات الصندوق والبضاعة الموجودة بالمحل، إلى جانب تأمين متعدد الأخطار بقيمة 20000000 دج.
- كفالة تضامنية قيمتها 20000000 دج.

مما سبق نلاحظ أن تغطية القرض تمت بنسبة 200 %، مع تأمين متعدد الأخطار.

في سنة 2010 استفادت نفس المؤسسة من قرض ثان بقيمة 42400000 دج في شكل اعتماد مستندي بقيمة 22400000 دج وقرض استثمار يسدد خلال 2015 بقيمة 20000000 دج، أما عن الضمانات التي قدمتها فكانت بقيمة 40000000 دج تمثلت في: رهن عقاري بقيمة 20000000 دج إلى جانب رهن حيازي للآلات بنفس القيمة تقريبا.

مما سبق فإن قيمة الضمانات تمثل أكثر من 90%من قيمة القرض، رغم أن المؤسسة قامت بتسديد القرض الأول في تاريخ استحقاقه. هذا يدل على أن البنك عند تمويله لأية مؤسسة لا يجب أن يكتفي بالثقة بها ولا بتشخيصها فقط ولا بضمانات أقل، بل يجب عليه أن يحتاط من مخاطر تمويله لأية مؤسسة بضمانات تغطي مبلغ القرض أو تفوق.

كما أن الضمانات في حد ذاتها قد تتعرض لمخاطر تجعل قيمتها مستقبلا تختلف تماما عن قيمتها في الوقت الذي أخذت فيه، فاحتمال أن يفقد الضمان جزء من قيمته كانخفاض سعر العقار لوجود أزمة مالية خانقة، وخير دليل على ذلك ما أحدثته الأزمة المالية العالمية من تداعيات على سوق العقار في الدول الأوربية، فالضمانات يمكن أن تعتريها بعض التغيرات في المستقبل تؤثر سلبا على قيمتها سواء كانت عقارات أو منقولات أو ضمانات شخصية.

ثانيا: اختيار الضمانات[1]

إنّ اختيار الضمانات مسألة جدّ هامة فإذا أحسن البنك ذلك كان بمثابة حماية حقيقية وأكيدة من أي خطر قد يحدث مستقبلا، أمّا إذا لم يحسن ذلك فه مصدر خطر عليه ولا يتأتى له ذلك إلا بدراسة وتشخيص الضمانات التي منحها إيّاه العميل.

1-الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 165.

ومنه فاختيار الضمانات تتحكّم فيه مسألتان هامتان، مسألة مدة التمويل فإذا كان الأمر يتعلّق بتمويل قصير الأجل حيث آجال التسديد قريبة واحتمالات تعيّر أوضاع المؤسسة ضئيل كما أنّ هذا النوع من التمويل لا يحتاج إلى مبالغ ضخمة من هذا المنطلق يمكن أن يطلب البنك ضمانات بسيطة عادة ما تكون عبارة عن ضمانات شخصيّة تقليدية، أمّا إذا كان التمويل عبارة ائتمان طويل او متوسط الأجل تكون آجال التسديد طويلة وإمكانية حدوث متغيرات واردة كما أنّ مبلغ التمويل ضخم والعمليات الممولة عادة ما تكون عرضة للظروف والمتغيرات الداخلية والخارجية لها تأثير على حياة المشروع واستمراريته، وبالتالي على التزاماته المستقبلية من هنا كان على البنك أن يطلب ضمانات ضخمة عبارة عن أشياء حقيقية وملموسة تكون على شكل رهون حيث يمكنه التنفيذ عليها وبيعها بالمزاد العلني واستيفاء حقه منها بالأولوية في حال تحقّق المخاطر، حتى أنّ هذه الضمانات هي الأخرى لا تسلم من المخاطر، فالضمان الذي له قيمة أثناء أخذه قد لا تكون له أية قيمة أثناء التنفيذ عليه وبيعه. أمّ المسالة الثانية فتتمثّل في المركز المالي ونوعية المشروع المموّل، فإذا كان العميل يوحي بمركز مالي قوي وميزانية متوازنة ومشروع اقتصادي كبير فالبنك يمكن أن يكتفي بالثقة مع أخذ بعض الضمانات البسيطة كاحتياط (كفالات) أمّا إذا كان العكس فعلى البنك أن يأخذ ضمانات قوية وذات قيمة وأكثر من ذلك عليه أن ينوّع بين الضمانات الشخصية والعينيّة وحتى اللجوء إلى الضمانات المستحدثة.

المطلب الثالث: أساسيات عن الضمانات البنكية الدولية

تلعب الضمانات البنكية دورا أساسيا في الصفقات الدولية كونها تقلل من المخاطر التي تواجه المتعاملين، وتوطد الثقة بينهم، كما تحل المشكلات لأن الضمانات شرط للحصول على التمويل.

فالمستفيد في المعاملة الدولية يقدم الوثائق والمستندات التي تثبت تنفيذه لالتزامه، أمّا في الضمان فإنّ البنك يقوم بالتنفيذ بناءً على تقديم المستفيد مستند يفيد فيه بإخلال الأمر تنفيذ التزامه، فخطاب الاعتماد (lettre de crédit) هو مزيج من الاعتماد المستندي والكفالة العادية[1].

1- فهيمة قسوري، المسؤولية المدنية للاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه في العلوم، القانون الخاص، جامعة بسكرة، 2016، ص56.

الفرع الأول: عموميات عن الضمانات البنكية الدولية

وفي هذا نتطرق لتعريف هذا النوع من الضمانات، والى الأطراف المتدخلة في هذا الضمان، وأسباب اللجوء إليها في العمليات التجارية الدولية.

أولا: تعريف الضمانات البنكية الدولية

هي التحقيق المادي لوعد بالتسديد من طرف المدين للدائن أو طرف ثالث على شكل التزام يعود عليه بالربح حسب إجراءات مختلفة إما بتفصيل حق السلع أو رهن أثاث أو بنايات يملكها الملتزم بالوعد[1].

الضمان البنكي هو تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر(المستفيد) دون قيد أو شرط، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المحددة في نص الضمان الذي يوضع فيه الغرض الذي صدر من أجله الضمان[2].

بصفة عامة يمكن تعريف هذا النوع من الضمان على أنه التزام من طرف البنك الذي يتعهد بدفع مبالغ مستحقة في حالة عجز أو عدم قدرة زبائنه المستوردين على تنفيذ التزاماتهم المالية أو التجارية اتجاه الموردين عند حلول آجال الاستحقاق، ويكون الضمان في غالب الأحيان لصالح المستورد.

في هذا النوع من الاعتماد لا يراد منه الحصول على مبلغ من المال، بل هو تقديم ضمان للأشخاص الذي يتعاملون معه لتنفيذ الالتزامات التي تعهدها اتجاههم، ففي هذه الحالة يتدخل البنك ليقدم هذه الضمانات.

والمشرع الجزائري لم ينظم هذا النوع من الضمانات باستثناء ما جاءت به المادة 96 من قانون المالية التكميلي، حيث لم يتضمن القانون البنكي على أي نص ينضم مثل هذه الآليات تاركا ذلك بإرادة الأطراف وما هو معمول به في الأعراف البنكية.

ثانيا: الأطراف المتدخلة في الضمان

أمّا الأطراف المتدخلة في الضمان فقد تكون أربعة أو ثلاثة أطراف حسب نوع الضمان وهي تتمثّل في معطي الأمر ويتمثّل في المستورد والمستفيد الذي يتمثل في البائع والضامن وهو البنك الخاص بالمستورد، يهدف إلى تأمين المستفيد عن طريق تعويض المبلغ في حلة عدم احترام الالتزامات الموجودة في العقد والضامن المضاد وهو

1-M. Remelleret, Les suretés du crédit, clé édition banque, paris,1983, p. 8.

2-فريد صالح، وموسى نصر، المصرف والأعمال المصرفية، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1997، ص. 186.

البنك الذي يمثل المصدر حيث يضمن كل عجز متوقع من زبونه[1].

ثالثا: أسباب اللجوء للضمانات

يمكن القول إن الضمانات نشأت من الحاجة إلى الحماية ضد عدم التنفيذ أو عدم التنفيذ الجيد من طرف البائع أو المصدر لالتزاماته البنكية التعاقدية، وكذا نظرا لاحتمالية حدوث خطر عدم التسديد في حالة حدوث عجز من قبل المستورد يحول دون القدرة على تنفيذ التزاماته اتجاه المصدر.

الفرع الثاني: أنواع الضمانات البنكية الدولية

إن التجارة الخارجية تتعرض لعدة مخاطر، لذا وضعت البنوك التجارية عدة أنواع من الضمانات البنكية، متعهدة بدفع المبالغ المستحقة في حالة عجز عن السداد من طرف زبائنها.

أولا: أنواع الضمانات البنكية حسب الشكل[2]

يمكن التمييز حسب الشروط الموضوعية ثلاثة أشكال من الضمانات وهي،

أ-الضمان عند الطلب الأول (Garantie à la première demande)

وهي الضمانات الواجبة الأداء عند أول طلب من المستفيد دون تبرير لذلك، ويجب أن يحترم في طلب التنفيذ الشكل والشروط المتعلقة بنص الضمان، وعلى البنك أن ينفذ طلب المستفيد دون أن يبدي رأيه على شرعية المطالبة، ويعتبر هذا الشكل أكثر استعمالا في التجارة الخارجية.

ب-الضمان عند الطلب المبرر (Garantie à la demande justificative)

هو ضمان يتم استعماله بإرفاق المستفيد شهادة يثبت فيها عجز الآمر عن الوفاء بالتزاماته، أي أن يقوم بتبرير طلب استعمال الضمان من خلال تقديم المعلومات المفصلة عن السبب المرتبط بهذا العجز.

ج-الضمان المستندي (garantie documentaire)

وفيه يلتزم البنك الضامن بدفع مبلغ الضمان عند تقديم المستندات المبررة ذا لعدم احترام البائع لالتزاماته، وكذلك يمكن أن يتحقق بتصريح عادي من قبل المستفيد بعجز البائع، فتقديم هذه المستندات يؤدي إلى الوضع في

1-محمد دامن، دراسة نظرية وتطبيقية في الرهون، مذكرة تخرج، العلوم الاقتصادية، نقود ومالية، الجزائر، 2003، ص. 4. وفهيمة قسوري، المرجع السابق، ص 34-36.

2-سعيد بلخيري، دور الضمانات البنكية في التجارة الخارجية، مذكرة نهاية الدراسة، علوم اقتصادية، الجلفة، 2008، ص. 3.

حالة التنفيذ للضمان[1].

ثانيا: أنواع الضمانات البنكية حسب الموضوع

أ-الضمانات الخاصة بالمستورد الجزائري

هذه الضمانات الخاصة بالمشتري الذي يريد استيراد سلعة من الخارج، فيلجأ إلى البنوك الموجودة بالجزائر والتي تقوم بعملية الضمان، ويضطلع بهذه المهمة البنك الخارجي الجزائري(BEA).

- ضمان الاكتتاب (garantie de soumission)

يدعى كذلك بضمان العرض أو ضمان المناقصة، فهو يتدخل في فترة ما قبل إمضاء العقد بهدف حماية المستورد، بحيث يمنع هذا الضمان انسحاب المورد ويلزم باحترام الشروط المحددة في المناقصة، ويمثل 1% الى 5%من مبلغ الصفقة، وهو تعهد قابل للإلغاء، وعليه فانه لا يعد ضمانا كافيا لتسوية ديون المستورد تجاه المصدر، لأنه يمكن أن يلغى في أي لحظة[2].

ويجب الإشارة في هذا النوع من الضمان إلى: اسم وعنوان الشركة، ورقم المناقصة، القيمة الصافية للضمان بالأرقام والحروف، موضوع الضمان، وآخر أجل لدفع الملف، آجال صلاحية الضمان، تاريخ فتح الملف، وطريقة التمويل، إعطاء موافقة البنك على شكل الضمان المرغوب فيه.

كل هذا يتمثل في المعلومات التي يجب أن يحصل عليها البنك من طرف زبونه للقيام بدراسة وضعية المصدر ومدى قدرته على الوفاء بالتزاماته وواجباته اتجاه المستفيد، ويكون سريان مفعول عقد الضمان عند تاريخ فتح الملفات.

ففي حالة ما إذا امتنع الملتزم المتعهد بالمناقصة عن الوفاء بالتزاماته، أو بسحب عرضه طيلة فحص العروض، أو رفض العقد وتقديم الضمانات، فان المشتري في هذه الحالة يمكن الاستفادة من مبلغ الضمان التعهدي، أي ضمان الاكتتاب الذي يعتبر بمثابة تعويض[3]، المشتري يمكنه الحصول على تعويض في حالة ما إذا

1- فهيمة قسوري، المرجع السابق، ص. 56.

2-الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 119.

3-زياد رمضان، المرجع السابق، ص. 187.

رفض المصدر التوقيع رغم اختياره للمناقصة من طرف المشتري، وفي حال ما إذا لم يوف المصدر بالتزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة.

- ضمان إعادة التسبيق (garantie de restitution d'acompte)

في التعاملات التجارية الدولية يفرض المورد على المشتري تسديد تسبيق يتراوح بين 5و15% من مجمل الصفقة، وهذا لتغطية النفقات الأولية، لهذا من الضروري ألا يدفع المستورد التسبيق إلا إذا تحصل على ضمان إعادة التسبيق في حال تخلي المورد عن التزاماته التعاقدية، وهذا الضمان يصبح ساري المفعول عند التسديد ودخول المبلغ لحساب البنك المسير لأموال المورد، وتنتهي صلاحية هذا الضمان عند تسليم البضاعة، أو بعد المدة بقليل، ومبلغ استرجاع التسبيق يتراوح ما بين 20الى30%من مبلغ العقد التجاري إذا تعلق الأمر بأسواق كبيرة، فلا يمكن أن تتم هذه التسبيقات ما لم تقم المؤسسة بالإرسال الفعلي للبضاعة إلى المؤسسة المستوردة، ويمكن إثبات ذلك بكل الوثائق الممكنة، وخاصة الوثائق الجمركية الدالة على ثبوت عملية التصدير[1].

- ضمان التنفيذ الجيد (Garantie de bon exécution)

يعرف كذلك بضمان النهاية الحسنة، أو ضمان حسن التنفيذ، حيث أن الهدف منه تأمين المستورد بمبلغ معين إذا كان غير راض عن الأعمال المقدمة من طرف المصدر، بمعنى عدم تنفيذ المصدر لالتزاماته التعاقدية فيما يخص نوعية السلع أو الخدمات المتفق عليها، يمكنه الطلب من بنكه التعويض بما يعادل 10 %من قيمة العقد، ويصبح ساري المفعول عند تاريخ إصداره، ويبقى إلى غاية الاستلام النهائي للسلع.

وهذه الكفالة تمنح من طرف البنك لتفادي قيام العميل بتقديم النقود كضمان لحسن تنفيذ الصفقة وفق المقاييس المناسبة[2]، ويكون هذا النوع من الضمان بعد التسلم النهائي للإنجاز مع إبداء التحفظات، وينتهي عند رفع التحفظات[3] لأن المستورد سوف يتحمل إصلاح العيوب الناتجة عن سوء أداء المصدر لأعماله كأن تكون نوعية السلع أو الخدمات المتفق عليها لا تتماشى وما هو مطلوب من مواصفات، وهذا كله يكون من خلال التعويض عن طريق البنك.

1- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 115.
2-نفس المرجع، ص. 64.
3- معمر سعدوني، المرجع السابق، ص. 22.

فهذا الضمان يهدف إلى تعويض المستورد بمبلغ محدد مسبقا إذا أخلّ المصدّر بالتزاماته التعاقدية فيما يتعلّق بنوعيّة البضاعة المطلوبة، ويبدأ هذا الضمان من تاريخ إصداره إلى غاية إلغائه.

- كفالة اقتطاع الضمان (Caution pour retenue de garantie)

يهدف هذا الضمان الى التأمين ضد احتمال حدوث خسائر ناتجة عن سلعة سيئة أو غير موافقة للمقاييس المتفق عليها في العقد، أو ظهور نقائص في انجاز المشروع، لذا من الضروري على المستورد أو صاحب المشروع الحصول على مبلغ من قيمة العقد، هذا الضمان موجه لتجنب اقتطاع الانجاز من طرف المشتري على سعر العقد لتأمين التعويض في الحالات السابقة الذكر، فيقدم البنك كفالة اقتطاع الضمان، يقوم بدفعها فعليا إذا ظهرت نقائص في الانجاز أثناء فترة الضمان[1]، ينتهي هذا الأخير بنهاية التنفيذ التام للمصدر لالتزاماته الخاصة اتجاه الآمر.

- ضمان الأخطار البحرية (Garantie des risques maritimes)

هذه الضمانات أنشئت لتغطية الخسائر التي يمكن أن تنجم أثناء عملية النقل البحري، وذلك بعد تحديد المسئول عن الخطر، أو بعد إثبات أن مانح الأمر هو المسئول، فتصدر المحكمة حكما قضائيا ونهائيا أو معاهدة صلح حين تقع الخسائر، وتتم العملية بأن يرسل المستفيد من الضمان طلب تحريك هذا الضمان الذي يجب أن يكون مرفقا بوثائق.

- ضمان القبول المؤقت (Garantie admission temporaire)[2]

هذا الضمان محدد لصالح الجمارك من قبل البنك الضامن عند قيام المقاول الأجنبي باستيراد آلات مؤقتا ثم إعادتها إلى البلد دون دفع الحقوق والرسوم الجمركية، ويظهر دور الضمان في حجز قيمته في حالة عدم خروج الآلات أو عدم دفع تلك الرسوم الجمركية، والهدف منه هو تحقيق مشاريع كبرى، فالمنشأة الأجنبية تكون بحاجة في بعض الحالات إلى استيراد مؤقت لبعض الأجهزة على البلدان القائمة بالمشروع والتي سوف تصدرها مرة أخرى، فتُعفَى هذه المنشأة من كل الحقوق والرسوم الجمركية عند الاستيراد تحت شرط وضع صلاحية ضمان

1- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 65.

2- معمر سعدوني، المرجع السابق، ص. 22

القبول المؤقت الذي دفع المصاريف المذكورة سابقا، فمبلغ الضمان يكون مساويا لمبلغ الحقوق والرسوم الجمركية المطلوبة ويكون هذا ساري المفعول عند ختم البنك تجاه إدارة الجمارك فوق الوثائق الجمركية المطلوبة.

فالضمان هنا يكون عبارة عن كفالة يقدمها البنك تضمن الحقوق الجمركية المستحقة على سلع ليست مستوردة للاستهلاك على التراب الوطني، بل لإعادة تصديرها إلى مكان آخر، ففي حالة عدم خروج السلع من التراب الوطني في الأجل الممنوح من قبل الإدارة الجمركية تصبح هذه الحقوق مستحقة من قبل البنك الكفيل.

-الضمان الضريبي (La garantie fiscale)

هذا الضمان يشبه ضمان الجمارك في المبدأ ويختلف عنه في كون الضمان الثاني يختص بالنفقات والرسوم المؤقتة، أما الأول الجبائية وخاصة غير المدفوعة وتلك المتنازع فيها والتي هي نادرة الوجود، يقوم البنك الضامن بإعطاء أمر للمستفيد بإضافة 10%من الضمان، ومنه يكون المستفيد قد دفع ما قيمته 110%من قيمة الضمان الجبائي، بينما في ضمان الجمارك يكون الدفع مساويا 100%من قيمة الضمان.

فالضمان هنا يكون عبارة عن كفالات تسمح لعملاء البنوك بالحصول على مهلة لدفع الضرائب أو حقوق مستحقة لإدارة الضرائب[1]، والكفيل هنا هو بنك المستفيد.

ب-الضمانات الخاصة بالمصدر الأجنبي

تكمن هذه الضمانات في الضمانات البنكية التي يطلبها المصدر الأجنبي والتي تحرّر من طرف بنك المستورد، بحيث يجب أن يفي هذا الأخير تجاه المصدر بالتزاماته.

- ضمان الدفع (Garantie de paiement)

هذا الضمان يثبت حق المصدر على المستورد ويؤكد دفع قيمة المشتريات في الوقت المحدد، بمعنى أن الضمان موجه لتأمين المستفيد من طرف البنك الضامن لكل المبلغ في إطار بعض القروض[2].

1-نفس المرجع، ص. 23.

2- قرض المشتري الذي هو عبارة عن آلية بموجبها يقوم بنك معين من بلد المصدر بإعطاء قرض للمستورد، حيث يستعمله هذا الأخير لتسديد مبلغ الصفقة نقدا للمصدر لفترة تتجاوز 18 شهرا، ويلعب المصدر دور الوسيط بين المستورد والبنك الذي يمنح القرض، وللاحتياط من المخاطر يمكن لهذا الأخير أن يلجأ إلى بنك المستورد للقيام بكفالة هذا الأخير:

Ammour ben- Halima, op. cit. p. 107

ويظهر هذا النوع من الضمان من خلال ما يسمى بالاعتماد المستندي، حيث يقبل بموجبه بنك المستورد أن يحل محله في الالتزام بتسديد واردته لصالح المصدر الأجنبي عن طريق البنك الذي يمثله مقابل استلام الوثائق التي تدل على أن المصدر قد قام فعلا بإرسال البضاعة المتعاقد عليها.

- ضمان تغطية القرض (Garantie pour couverture de crédit)

هو ضمان يحدد لصالح المقرض من طرف المقترض أو بنكه لضمان تسديد قرض قيمته تساوي المبلغ الإجمالي للقرض مضافا إليه هامش تغطية الفوائد ومدته متواصلة إلى غاية تسديد القرض، بمعنى أن المصدر أو بنكه يطلب من بنك المستورد أن يحرر له رسالة يثبت فيها حقه في حالة تلاعب المشتري، أو وجود سوء نية في دفع الدين الذي عليه.

ثالثا: أنواع الضمانات حسب الأطراف

هناك الضمان المباشر والذي يكون فيه ثلاثة أطراف، وهو غير معمول به في الجزائر وكثير من الدول، وضمان مباشر ويكون فيه أربعة أطراف، وهو الأكثر استعمالا في الكثير من الدول.

أ-الضمان المباشر (La garantie directe)

إن الضمانات المباشرة هي التي تكون موضوعة من طرف البنك المصدر وموجهة مباشرة إلى المستفيد، فالمصدر يعطي الأمر لبنكه بوضع ضمان لفائدة المشتري ومنه لا يمكن للمصدر أن يتحصل على المبلغ إلا بعد أن يتصل مباشرة بالبنك الخارجي، هذا النوع من الضمانات يأخذ بعين الاعتبار ثلاثة أطراف متدخلين[1]:

- الآمر، ويتمثل في الطرف الذي يلتزم بالصفقة بعد رسو المناقصة عليه، وهذا الأخير يجب أن ينفذ التزاماته اتجاه المستورد حسب ما يقتضيه العقد.
- الضامن، وهو البنك الذي قام بإصدار الضمان لصالح المستفيد.
- المستفيد، ويتمثل في المستورد الذي أعلن المناقصة الذي لديه القدرة والحق في الطعن مباشرة في حالة ما إذا كان المصدر غير قادر على الوفاء.

وبالموازاة مع هذه التعريفات يكون إصدار الضمان المباشر كما يلي:

1-محمد دامن، المرجع السابق، ص. 60.

- طلب إصدار الضمان من طرف المصدر.
- التبليغ بأن الضمانات مفتوحة لصالح المصدر.
- إمضاء العقد التجاري.
- طلب الضمان من المستورد.
- تسديد مبلغ الضمان من طرف المصدر.

ب- الضمان غير المباشر (La garantie indirecte)

وهو من أكثر الأشكال تطورا، وهو ضمان يتدخل فيه البنك المحلي كوسيط، حيث أن هذا الأخير يكلَّف من طرف البنك الآمر (الضامن المقابل) بتزويد المستفيد بضمانات، وهذا عن طريق ضمان مقابل.

بعض الدول تشترط في نظامها القانوني تطبيق هذا النوع من الضمانات لأنها الأكثر حماية للعمليات التجارية، وكذلك بالنسبة للموردين، لأن الاعتماد على الثقة المفرطة والأمان في مثل هذا النوع من المعاملات التجارية غير ممكن.

هذا النوع من الضمان يوضع بحضور أربعة أطراف، بالإضافة إلى الأطراف السابقة الذكر في الضمانات المباشرة، هناك الضامن المقابل الذي هو بنك المصدر الذي يلتزم بالدفع عند أي عجز عن الوفاء من المستورد[1].

والاعتماد المستندي كآلية لتمويل التجارة الخارجية[2] يمثّل الضمانة الحقيقية للمصدر أو المستورد تتمثل في[3]:

- يتضمن نوعا من الحماية التي يتعرّض لها المصدر من خلال أنّه يكون في مأمن من عدم الحصول على ثمن البضائع، وذلك من خلال ما يوفره له البنك الضامن الذي يعلمه بوجود اعتماد لصالحه على مستواه على أنْ يلتزم بشروط الاعتماد.
- أما بالنسبة للمستورد فإنّ هذه الآلية تضمن له عدم دفع قيمة البضاعة ما لم تكن البضاعة مطابقة للمواصفات المطلوبة والمتفق عليها في العقد. ومنه نستطيع القول أنّ الاعتماد المستندي هو آلية تمويل

1-نفس المرجع، ص. 61.

2- المادة 96 الفقرة 01 من قانون المالية التكميلي رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرّخ في 26 جويلية 2009: "يتمّ الدفع مقابل الواردات إجباريّا فقط بواسطة الائتمان المستندي".

3- زاينة آيت وازو، المرجع السابق، ص. 95.

وضمان في نفس الوقت.

هذه مجمل أنواع الضمانات المستعملة في التجارة الخارجية، والتي يمكن تحريرها سواء لصالح المستورد أو لصالح المورد، فالعلاقات التجارية في تطور حتى أصبحت التعاملات التجارية تتم دون تعارف أطراف العقد[1]، مما جعل نسبة ودرجة الثقة تقل بينهم، هذا أدى إلى ضرورة طلب ضمانات التي هي عبارة عن كفالات تقدمها البنوك لعملائها سواء الضامن أو الضامن المضاد، والتي تمثل آلية حماية وأمان لتغطية أي عجز متوقع، أو في حال عدم احترام الالتزامات التعاقدية إزاء الطرف الآخر.

وما يستخلص من كل ما سبق أن آليات التمويل كثيرة ومتنوعة بين الآليات التقليدية والمستحدثة وصيغ التمويل التي تنفرد بها البنوك الإسلامية، كما أن المخاطر المرتبطة بها كثيرة ومتنوعة بين ما هو متعلق بالمؤسسة الممولة، والبنك الممول لها، وما هو متعلق بنظام التمويل الإسلامي، لكن هذا لا يمنع من قيام البنك بهذه العملية التي هي من صميم وظائفه، ولا يمنع المؤسسة من اللجوء إليها، ولكن ما عليها سوى الاختيار بين البدائل المتاحة الأقل تكلفة والأقل خطرا، رغم أنّ الخطر مرتبط بعملية التمويل لا يمكن استبعاده، ولكن يجب الاعتماد على التسيير الجيد، وقراءة المستقبل، لأنّ الخطر قد يكون خارجا عن نطاق المؤسسة أو البنك، لظروف اقتصادية أو اجتماعية أو طبيعية أو سياسية أو حتى دولية. والضمانات بمختلف أنواعها، سواء أكانت متعلقة بالتجارة الداخلية أو الدولية تمثل آلية قانونية وضعها المشرع بين يدي الدائن للاستفادة منها وحماية نفسه من المخاطر التي قد تتعرض لها أمواله جراء ظروف ما تجعل الطرف المدين غير قادر على الوفاء بالتزاماته التعاقدية. لأن الضمان العام أثبت عدم نجاعته، فالدائن يبقى دائنا عاديا من جهة، ومن جهة ثانية يبقى تحت رحمة مدينه، اعتمادا على نزاهته وملاءته، دون أن تكون بيده أشياء ملموسة ينفذ عليها في حالة عدم وفائه بالتزاماته.

1- ظهور التجارة الالكترونية التي يعرفها علماء الانترنيت بأنها: "التجارة التي تفتح المجال من أجل بيع وشراء المنتجات والخدمات والمعلومات عبر الانترنيت. "، عمر سعد الله، القانون الدولي لحل النزاعات، دار هومة، الجزائر، 2008، ص. 261.

الباب الأول: الضمانات التقليدية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية

الائتمان يقوم على الثقة، فالدائن لا يمنح ائتمانه إلا للمدين الموثوق فيه، من خلال شخصه، معاملاته، أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه من ضمانات. هذه الرغبة الشديدة في الحصول على الضمان أدت إلى القول بعدم وجود الثقة الواجب توافرها في نطاق المعاملات التجارية خاصة.

فالضمانات تحقق فائدة مزدوجة لكل من البنك الدائن والمؤسسة المدين، فالأول يضمن حقه بأن تعاد له أمواله في الآجال المتفق عليها أو أن ينفذ على هاته الضمانات في حالة عدم قدرة المؤسسة على السداد، وهذه الأخيرة تحصل على ثقة البنك الدائن ومنه تستفيد من أمواله في تسيير المشروع.

والضمانات في الأصل تتحقق بوسائل تقليدية، تتمثل في الضمانات الشخصية والضمانات العينية.

فالأولى يسعى من خلالها البنك الدائن إلى ضمان تنفيذ الالتزام خارج ذمة المؤسسة المدين، حيث يلتزم إزاءها شخص آخر بوفاء الالتزام عندما يتحقق إعسار المؤسسة الاقتصادية، وتعتبر الكفالة والضمان الاحتياطي هي أنظمة الضمانات الشخصية التقليدية[1].

والثانية تتحقق بوسيلة عينية، عن طريق تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بحق البنك الدائن، ويصبح له على هذا المال حقا عينيا تبعيا، يعطيه الحق في تتبع العين في أي يد تكون، حتى ولو تصرف فيها المدين وانتقلت ملكيتها إلى غيره، وهذا لاستيفاء دينه من ثمنها بأولوية على سائر الدائنين الآخرين. وهذه الضمانات قد تكون في صورة رهن رسمي أورهن حيازي أوفي صورة حق تخصيص أو حق امتياز[2].

الفصل الأول: الضمانات الشخصية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية

إنّ آليات التمويل كثيرة، والمخاطر المرتبطة بها كثيرة ومتنوعة، ولكن ما على المؤسسة الاقتصادية المموَّلة والبنك الممول لها إلا اتخاذ الإجراءات القانونية الكفيلة بالحماية منها أو على الأقل التقليل من حدّتها إن حدثت،

1-نظم المشرع الجزائري الكفالة في الباب الحادي عشر، المواد من 644إلى 673 من القانون المدني، القانون رقم07-05 المؤرخ في 13ماي 2007، جريدة رسمية العدد 31 المؤرخة في 13ماي 2007.

والضمان الاحتياطي في القسم الخامس من الباب الأول، المادة 409من القانون التجاري، القانون رقم 05-02المؤرخ في 6فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 11، المؤرخ في 9فيفري 2005.

2- نظم المشرع الجزائري الضمانات العينية في الكتاب الرابع من القانون المدني، خصص الباب الأول للرهن الرسمي، المواد من 882إلى963، والباب الثاني لحق التخصيص، المواد من 937إلى 947، والباب الثالث للرهن الحيازي، المواد من 948إلى 981، والباب الرابع لحقوق الامتياز المواد من 982إلى 1001.

فالأولى ما عليها سوى الاختيار بين بدائل التمويل المتاحة، الأقل كلفة وخطرا، أما الثاني فعليه أخذ الضمانات الشخصية، هذه الأخيرة يتم اللجوء إليها في حال ما إذا كانت آلية التمويل قصيرة الأجل، حيث أن الفترة ما بين منح التمويل واسترجاعه قصيرة فإمكانية حدوث مخاطر فيها مستبعد، أو كانت العملية المموّلة بسيطة، كتمويل دورة الاستغلال، حيث الأموال المستعملة فيها ليست ضخمة، والعملية لا تشكل خطورة كبيرة مقارنة بتمويل الاستثمار، أو أنّ المؤسسة تتميز بسمعة ائتمانية جيدة، وفي حالة مالية جيدة، تسمح للبنك بإعطاء التمويل اللازم لها بكل ثقة وأمان، وما اللجوء إلى الضمانات الشخصية إلا على سبيل الاستئناس والاطمئنان.

هذه الضمانات عبارة عن تعهد يُقدَّم من شخص أومن عدة أشخاص للوفاء بمبلغ الدين إذا عجز المدين الأصلي وهو هنا المؤسسة الاقتصادية عن الوفاء إذا حلّ أجل الاستحقاق. فهي ضمانات توفرها ذمة الغير التي تتطلب انضمام مدين أو أكثر إلى المدين الأصلي، فهي تقتضي توزيع خطر عدم السداد عن طريق تضامن المدينين.

هذا النوع من الضمانات يقسم إلى نظام الكفالة، ونظام الضمان الاحتياطي، لذلك سنحاول التطرق لهذه الضمانات من خلال مبحثين، الأول للكفالة، والثاني للضمان الاحتياطي.

المبحث الأول: الكفالة (Le cautionnement)

تعتبر الكفالة النموذج الأمثل للضمانات الشخصية (Les garanties personnelles) حيث يتقدم بموجبها شخص ليضم ذمته المالية إلى ذمة المدين الأصلي لتقوية ضمان الدائن في استيفاء حقه، فيكون للدائن نتيجة لذلك مدينان أحدهما مدين أصلي والآخر مدين احتياطي (كفيل)، فيلتزم هذا الأخير بالوفاء ويضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي دون تضامن، فيكون التزامه التزاما تابعا، ومنه فمسؤوليته ليست أصلية فلا إلا بالتبعية، هذا ما أكدته المادة 644 قانون مدني جزائري، إذ أنّ التزام الكفيل يقوم في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه، كما قد يكفل مدينه مع تضامن، فيختار الدائن في هذه الحالة أيهم يشاء ليرجع عليه لاستيفاء حقه، لأن المسؤولية هنا أصلية.

لهذا سنعالج في هذا المبحث: مفهوم الكفالة كمطلب أول، التزام الكفيل كمطلب ثان، والمطلب الثالث لتقييم فعالية الكفالة.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

لقد اختلفت التشريع والفقه في إعطاء مفهوم موحد للكفالة، كما أن للكفالة ميزات وخصائص تجعلها تختلف عن غيرها من التأمينات، ولها تقسيمات عدّة.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

عرف المشرع الجزائري الكفالة في نص المادة 644 السالفة الذكر: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه. " ونستنتج من هذا التعريف أن عقد الكفالة طرفاه الدائن (Débiteur) والكفيل (Caution)، أما المدين (Créancier) فليس طرفا فيه، لأنه يجوز كفالة المدين بغير علمه أو حتى معارضته[1]، فالكفالة عقد تنشئ التزاما جديدا على عاتق الكفيل اتجاه الدائن، ويتمثل في ضمان المدين الأصلي، ومن ثم يجد الدائن نفسه أمام مدينين، المدين الأصلي بالدين والكفيل الذي ضمن هذا الدين، وعلى الدائن عند المطالبة بالدين أن يطلب المدين الأصلي أولا، وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل[2].

كما أن الكفالة تعني ضم ذمة مالية الى أخرى في المطالبة بتنفيذ الالتزام الذي تمّ التعهد به[3]، ففي هذه الحالة يعتبر الشخص الضامن كفيلا للمؤسسة الممولة عند إخلالها بالتزاماتها، أو عدم قدرتها على الوفاء بديونها تجاه البنك الممول، لذلك ونظرا لخطر عدم السداد فالبنك عند تمويله لأي منشأة يطالبها بتقديم كفالة سواء أكان ذلك من طرف شخص طبيعي أو معنوي، وهذا أخف ضمان يطلبه البنك إذا وجد أن المنشأة لديها المقدرة على السداد، وأن فترة القرض قصيرة الأجل، ولكي يطمئن ويتفادى أي مشكل محتمل فانه يلجأ إلى المطالبة بضمان شخص يتمثل في الكفالة، لكن حتى أكثر يشترط في الكفيل أن يكون لديه الملاءة (solvabilité) وبالتالي القدرة على السداد، لأنه سوف يعود عليه حال عدم قدرة المنشأة على السداد عند مطالبتها بذلك.

فالكفالة فعل حالي هدفه الاحتياط من احتمالات سيئة في المستقبل، ولا يمكن أن يتدخل الكفيل بشكل

1-المادة 647 من القانون السلف الذكر: "تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته. "

2- المادة 660 فقرة من القانون المدني: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. ".

3- شاكر القزويني، المرجع السابق، ص. 109.

فعلي إلا إذا تحققت هذه الاحتمالات المتمثلة في خطر عدم القدرة على الوفاء اتجاه البنك الدائن[1].

أما بالنسبة للتعريف المصري القديم للكفالة فقد جعل منها عقدا يلتزم به الإنسان بأداء دين إنسان آخر إذا عجز هذا الأخير عن الوفاء به، وقد عيب على هذا التعريف استعمال كلمة إنسان بدل من شخص[2].

ونظرا لأهمية الكفالة كضمان شخصي ينبغي أن يعطى لها اهتمام أكبر، ويجب أن يكون ذلك مكتوبا، ومتضمنا طبيعة الالتزام بدقة ووضوح، وينبغي أن يمس هذا الوضوح كل الجوانب الأساسية والمتمثلة على وجه الخصوص، موضوع الضمان، مدة الضمان، المدين الأصلي، الكفيل، وحدود الضمان.

ومن كل هذا تبقى الكفالة عبارة عن فعل رضائي ووحيد الجانب، فيتمثل وجه الرضائية في أن قبول دور الكفيل لا يخضع لأي شكل من الأشكال القانونية والمألوفة، كما أن عنصر أحادية الجانب في الالتزام ينعكس في أن اتفاق الكفالة لا يحرر إلا في نسخة واحدة، ومن جهة أخرى ونظرا لأهمية موضوع الكفالة تجبر الأنظمة المختلفة البنوك على ضرورة إعلام الكفيل بمبلغ الدين محل الالتزام وآجاله، وذلك خلال كل فترة معينة، ويمكن أن تسلط بعض العقوبات على البنوك التي لا تلتزم بهذا الأمر، والهدف من ذلك تفادي المنازعات التي تنجم عن سوء التفاهم بين البنك الدائن والكفيل[3].

وأكثر من ذلك، فان الغرض من تقديم الكفيل هو تأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين، وذلك بضم ذمته المالية إلى ذمة هذا الأخير، لذا يجب أن تتوفر شروط في الكفيل في جميع الأحوال التي يلتزم فيها المدين بتقديم الكفيل أيا كان مصدر هذا الالتزام، الاتفاق أو القانون أو القضاء[4]، وهذه الشروط تتمثل في[5]:

- يجب أن يكون الكفيل موسرا، أي قادرا على الوفاء بالالتزام الذي ضمنه، إذ ما قيمة الكفالة إذا كان الكفيل معسرا، والكفيل الذي يضمن دين البنك يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، وكلما كان الكفيل شخصا معنويا فان ذلك يقوي مركز المدين، يقدم على عملية التمويل، وعادة ما يتقدم لكفالة المؤسسة

1- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 168.

2- إنسان تعني شخص طبيعي، والكفيل قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، فوزي بن سديرة، محاضرات في القانون المدني، غير منشورة، لطلبة الليسانس، علوم قانونية وادارية، المركز الجامعي بالجلفة، 2004، ص. 3-4.

3- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 167.

4- سنوضح هذه المصادر عند التطرق لأنواع الكفالة في الفرع الثالث من هذا المطلب.

5- هذه الشروط منصوص عليها في المادة 646من القانون السالف الذكر: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا. "

الاقتصادية مؤسسة أخرى موسرة، أو مؤسسة أمّ تتقدم لكفالة مؤسسة فرع، وهذا نظرا للمصالح الاقتصادية والمادية بينها، كما أن المؤسسة المدينة للبنك إذا تقدم لكفالتها شخص معنوي تكون في مركز قوي، حيث أنها تضمن تمويل البنك لها من جهة، ومن جهة ثانية تضمن تسديد التزاماتها في حال ما إذا عجزت هي عن التسديد.

وتجدر الإشارة أن مصدر اليسار للشركات التجارية تتمثل في رأس المال المخصص لإنشائها وأصولها، وتخصص ذمة مالية للشركة ضامنة للوفاء بديونها لا يجوز التصرف فيها، ويجب المحافظة على رأس مال الشركة بشكل ثابت. فأهميتها بالغة في شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، لأن الشريك فيها مسؤوليته محدودة، فالبنك الدائن ينفد فقط على أموال الشركة ولا يتعداها لأموال الشريك، كما لا يجوز لدائني الشريك التنفيذ على أموال الشركة ومن بينها حصة الشريك المدين، لأن هذه الحصة انتقلت من ذمته إلى ذمة الشركة[1].

أما في شركة التضامن فلا يشكل رأس مال الشركة الضمان الوحيد للبنك الدائن بل يحق له فوق ذلك الرجوع على ذمم الشركاء، لأن هؤلاء يسألون عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية ومطلقة، وإفلاس الشركة ينتج عنه إفلاس الشركاء حتما، والعكس صحيح ما لم ينص القانون الأساسي على استمرارها أو يقرر باقي الشركاء ذلك بالإجماع[2].

أما بالنسبة لشركة التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم، فجزء من الشركاء يسري عليهم ما جاء في شركة المساهمة، وهم الشركاء الموصون بالنسبة لمسؤوليتهم عن ديون الشركة، وجزء منهم يسري عليهم ما جاء في شركة التضامن من مسؤولية، وهم الشركاء المتضامنون[3].

- أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر[4]، والحكمة من هذا الشرط واضحة حتى يمكن للدائن مطالبة الكفيل، والرجوع عليه بأسهل الطرق في حال ما إذا لم يف المدين بالتزاماته، والنص في هذا واضح، لا يشترط أن

1-المادة 436 من القانون المدني.

2- المادة 563 من القانون التجاري الجزائري.

3 - المادة 563مكرر1 والمادة 715 ثالثا الفقرة1.

4- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار بتاريخ08-07-2010، قضية مؤسسة (ن-م) ضد عرب بنك الجزائر وناسيونال بنك الكويت والشركة ذ.م.م برقان انترناسيونال الجزائر، المجلة القضائية 2012، العدد1، ص. 251.: "يشترط في الكفالة الشخصية أن يكون الكفيل موسرا ومقيما بالجزائر، بينما الكفالة الدولية التي هي كفالة لأول طلب تحكمها الأعراف الدولية، ولا مجال لتطبيق المادة 646وما يليها التي تنطبق على الكفالة الشخصية. . . ".

يكون الكفيل جزائريا، ". . . مقيما بالجزائر. . . " ولم يقل جزائريا.

- أن تتوفر في الكفيل أهلية الالتزام بالكفالة، نظرا لإقدامه على التزام خطير قد يضر بمصلحته، لذا يجب أن يكون واعيا لما هو قادم عليه، وشرط الأهلية العبرة فيها بتوافرها وقت إبرام عقد الكفالة، لذلك إذا كان الكفيل مؤسسة وجب أن توقع الكفالة من طرف مدير أو مسير مؤهلا لذلك في القانون الأساسي لهذه المؤسسة وألا تخرج عن الغرض والموضوع الذي أنشئت له هذه الأخيرة والمنصوص عنه في قانونها الأساسي، لأنها سوف تلتزم بذلك، هذا حماية للغير[1]. حيث أن محكمة النقض الفرنسية حكمت بصحة عقد الكفالة الذي أبرمه مدير البنك رغم أنه ليس مؤهلا لإجراء هذا التصرف طبقا لقانونه الأساسي، وهذا حماية للضامن المضاد والعميل[2]، هذا عندما يكون البنك هو الضامن أو الضامن المضاد ويظهر ذلك في الكفالة البنكية القائمة على حماية المصدر والمستورد[3].

الفرع الثاني: خصائص الكفالة

من التعريف التشريعي والفقهي للكفالة نستشف خصائص الكفالة التي تجعلها تختلف عن الأنظمة الأخرى من الضمانات الشخصية، فهي عقد رضائي وملزم لجانب واحد وتبرعي وعقد تبعي.

أولا: الكفالة عقد رضائي (contrat consensuel)

إن الكفالة تنعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، فلا حاجة لانعقاده في شكل خاص، وان كانت المادة 645من القانون المدني الجزائري تنص على أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة، فالكتابة ليست ضرورية لانعقاد العقد بقدر ما هي ضرورية للإثبات. فالكفالة عقد رضائي يكفي لانعقاده صحيحا توافر الإيجاب والقبول

ثانيا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد (Contrat unilatéral)

الكفالة في الأصل عقد من العقود الملزمة لجانب واحد، فهو ملزم للكفيل، أما الدائن وهو الطرف الآخر في عقد الكفالة فلا يلتزم بشيء ناتج عن هذا العقد.

1- المادة 555 فقرة 1 من القانون التجاري الجزائري: "تكون الشركة ملزمة بما يقوم به المدير من تصرفات تدخل في موضوع الشركة، وذلك في علاقاتها مع الغير. "

2- علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص. 105-106.

3- تم تفصيل ذلك في الفصل الأول من هذا البحث من خلال المبحث الثالث، ص. 81.

فالكفالة لا تنتج إلا التزاما أصليا وهو التزام الكفيل اتجاه الدائن[1]. وهذه الخاصية لا تمنع من وجود التزامات على عاتق الدائن، فهناك بعض القوانين تلقي التزاما على عاتق البنك الدائن بتقديم معلومات خاصة عن المؤسسة المموَّلة للكفيل، هذا الالتزام لا يعد مقابلا لالتزام الكفيل ولا يمحو صفة العقد الملزم لجانب واحد[2]، فالالتزام الأساسي يقع على عاتق الكفيل الذي يتحمل الالتزام بالوفاء بالدين إن لم يف به المدين الأصلي وهذا اتجاه البنك الدائن، أما هذا الأخير فلا يلتزم عادة بشيء اتجاه الكفيل، إلا أنّ ذا لا يمنع من ضرورة إعلام الكفيل بمبلغ الدين محل الالتزام وآجاله من طرف البنك الدائن، لأنه التزام خطير، لذا يجب وضع الكفيل في الصورة عن حالة المؤسسة المدينة المادية التي سوف يكفلها.

كذلك أن الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن، ولا يتم بإرادة الكفيل وحده، ولو أن الكفالة يستفيد منها البنك الدائن، حيث يكون له مدينان إذا لم يف المدين الأصلي بالتزاماته يمكنه الرجوع على الكفيل لاستيفاء حقه منه.

ثالثا: الكفالة عقد تبرعي (Contrat libéralité)

الكفيل عادة ما يتبرع بكفالته للدين، فأحيانا يتقدم الكفيل لضمان المدين من تلقاء نفسه دون أن يطلب المدين ذلك، وقد يكون بعلم المدين أو بغير علمه أو حتى رغم معارضته.

رابعا: الكفالة عقد تبعي (Contrat subordonné)

تستند الكفالة في وجودها لالتزام أصلي، ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين[3]، فالكفيل يلتزم بشكل احتياطي اتجاه الدائن في حالة واحدة وهي عدم إمكانية المدين من تنفيذ التزامه، ومن ثم فهي تلحق الالتزام الأصلي فتصح إذا كان هذا الأخير صحيحا، وتبطل إذا كان الالتزام الأصلي باطلا، كما أن التبعية ينتج عنها أن التزام الكفيل يكون في حدود الالتزام المكفول، فلا يجوز أن يزيد عن الالتزام الأصلي أو أن يكون أشد عبئا[4]، ولكن يجوز أن يكون بمبلغ أقل وشروط أخف[5]، وتؤدي صفة التبعية إلى

1-Jean Paul, Branlard, Droit du crédit, paris, A engend ,4éme édition ,1997, p. 58.
2-M. Remelleret, op. cit. p. 48.

3- المادة 660 فقرة 1 من القانون السابق: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين. "

4- المادة 652 فقرة 1 من القانون السابق: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشترط أشد من شروط الدين المكفول. "

5- نفس المادة الفقرة 2: "ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون. "

أن الكفيل يستطيع التمسك بالدفوع التي للمدين الأصلي، وإذا بطل الالتزام الأصلي فان التزام الكفيل يسقط.

لكن صفة التبعية في الأعراف البنكية ليس لها قيمة مطلقة، لأن البنوك تتعرض لمخاطر عديدة جراء عملية التمويل، وفي حالة تقدم كفيل كضامن للدين عن طريق عقد الكفالة فان البنك يجعل التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي، وذلك تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد[1].

الفرع الثالث: أنواع الكفالة

هناك عدة تصنيفات للكفالة، وهذا حسب عدة معايير، إما لموضوعها، أو حسب الأطراف المتدخلة فيها، أو تبعا لمصدرها.

أولا: الكفالة الاتفاقية والقانونية والقضائية[2]

قد يكون هناك عقد أو نص قانوني أو حكم يلزم المدين بتقديم كفيل، إذا التزم المدين بتقديم كفيل بموجب عقد نكون بصدد كفالة اتفاقية (Cautionnement convention)، لكن أحيانا يتقدم الكفيل لضمان المدين دون أن يطلب هذا الأخير ذلك، وقد يكون بعلم المدين أو بغير علمه أو حتى رغم معارضته، وهذا عندما يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين.

أما الكفالة التي يلتزم المدين بتقديمها خضوعا لنص قانوني[3] فهي كفالة قانونية (Cautionnement juridique).

والكفالة القضائية (Cautionnement judiciaire) هي التي يكون بمقتضاها المدين ملزما بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي ليكون هذا الحكم مصدر التزام المدين بتقديمها، وهي التي يترك أمرها لتقدير القاضي، ومن ثم فالمصدر هو الذي يحدد طبيعة الكفالة اتفاقية أو قانونية أو قضائية، فإذا كان مصدرها العقد فهي اتفاقية، أما إذا نص عليها القانون فهي قانونية، وإذا حكم القاضي بإنشائها فهي كفالة قضائية[4].

1- راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 32.

2- المادة 667 من القانون المدني الجزائري

3- المادة 851من القانون السالف الذكر: "إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به فان لم يقدمها بيع المال. . . "

4- فوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص. 5.

ثانيا: الكفالة الشخصية والكفالة العينية

الكفالة الشخصية (Cautionnement personnelle) ترد على جميع الذمة المالية للكفيل الذي يسمى هنا كفيل شخصي الذي يضمن بنفسه وفاء المدين بدينه إزاء الدائن المضمون بجميع ما لديه من ذمة مالية.

أما الكفالة العينية (Cautionnement réelle) فهي تأمين عيني يقدم من شخص آخر غير المدين يسمى الكفيل العيني الذي احتفظ بمصطلح الكفالة لأن الضمان مقدم من شخص غير ملتزم بالدين، فهو الذي يقدم للبنك الدائن رهنا لأملاك عقارية أو منقولة يملكها[1].

فالكفالة العينية تصنف ضمن التأمينات المختلطة، وهي تشكل ضمانة شخصية من جهة، وضمانة عينية من جهة ثانية، لأن النظام القانوني المطبق على هذا النوع من الكفالة غير محدد نظرا لعدم معالجته من قبل المشرع.

والفقه يرى بأن الكفالة العينية هي قبل كل شيء تأمين عيني، ولكن هناك قواعد خاصة تطبق على هذه الضمانة بطبيعتها عقد كفالة في تكوينها وانقضائها، وفي نفس الوقت تطبق أحكام التأمين العيني الخاصة بالرهن[2].

ثالثا: الكفالة التجارية (Le cautionnement commercial)

إنّ الكفالة بالنسبة للكفيل مدنية (Cautionnement civil) حتى ولوكان الكفيل تاجرا وكان الدين تجاريا[3]، غير أنه إذا كان الكفيل تاجرا ويحترف الكفالة بمقابل، فهنا تكون الكفالة تجارية، كتلك الكفالات التي تقدمها البنوك لعملائها ومنها الكفالة الضريبية، والكفالة الجمركية، وكفالة التنفيذ الجيد[4].

كما تعتبر الكفالة تجارية إذا تعلقت بدين ثابت في ورقة تجارية وقّع الكفيل عليها بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا[5].

1- المواد من644الى669من القانون المدني الجزائري، والمواد من288 الى291من القانون التجاري، والمواد من304الى309من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2-D. Legeais, op. cit. p. 24.

3- المادة651 فقرة1 من القانون المدني الجزائري: "تعتبر كفالة الدين عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا. "

4- تطرقنا الى جميع هذه الكفالات بالتفصيل في بحثنا هذا، في الباب الأول الفصل الأول، المبحث الثالث.

5- المادة 651فقرة 2من القانون السالف الذكر: "غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر عملا تجاريا. "

وقد أضاف القضاء حالة أخرى تعتبر فيها الكفالة تجارية وهي أن تكون للكفيل مصلحة شخصية ذات طبيعة مالية في العملية التي تدخَّل من أجل كفالة الدين الناشئ عنها، فالمصلحة تفترض عندما يكون الكفيل في نفس الوقت مسيرا أو مديرا للمؤسسة الاقتصادية المكفولة، فالمصلحة جعلت هذا الشخص يتدخل من أجل كفالة المؤسسة باعتباره مسيرا لها أو حتى شريكا فيها[1].

فالكفالة المدنية لا يمكن إثباتها إلا بالكتابة، أما الكفالة التجارية فيمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات.

رابعا: الكفالة البسيطة والكفالة التضامنية

تكون الكفالة بسيطة (Cautionnement simple) إذا كان التزام الكفيل بسيطا عندها يجب على الدائن الرجوع على المدين قبل رجوعه على الكفيل، وعلى الدائن إثبات عدم مقدرة المدين على الوفاء بالتزاماته، وأن الذي لم يحصل عليه لم يكن بتقصير منه. ففي هذا يسأل الكفيل وحده في حالة عدم الوفاء من طرف المدين الأصلي.

أما الكفالة التضامنية(Cautionnement solidaire) فهي التي يكون فيها التزام الكفيل تضامنيا مع المدين الأصلي، وبالتالي يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بتجريد المدين الأصلي من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل، وكذا عن حقه في التقسيم في حال وجود عدة كفلاء[2]، فيكون للدائن في هذه الحالة الرجوع على أي واحد الكفيل أو المدين الأصلي ويطالبه بالوفاء[3]، هذا النوع من الكفالة أحسن من الأول بالنسبة للبنك الممول، ففي حالة عدم تسديد المؤسسة المموَّلة لمبلغ القرض فان البنك الدائن يمكنه الرجوع لأحدهما أو كليهما، فهنا الخطر يكون موزعا توزيعا نسبيا[4].

وكون أن الكفالة تضامنية تسبب مخاطر للكفيل فانه يجب أن يكون هناك اتفاق صريح أو ضمني بين الكفيل والبنك الدائن لتفادي هذا الأخير كل نتيجة تهدف إلى حماية الكفيل، لأنه في حالة الشك تعتبر الكفالة بسيطة وليست تضامنية[5]، فالشك يفسر لصالح الكفيل باعتباره مدينا.

1- راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 33.
2- المادة664فقرة1من القانون المدني الجزائري.
3- شاكر القزويني، المرجع السابق، ص. 128.
4- حميد قطوش، المرجع السابق، ص. 87.
5- راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 34

خامسا: الكفالة البنكية (Cautionnement Bancaire)

وتعني تعهد البنك بتوقيع كفالة بأن يدفع للدائن عوض العميل المدين في حالة إعسار هذا الأخير، وهو نوع من القروض يتخذ شكل توقيع البنك لضمان التزامات زبونه اتجاه الآخرين في حدود مبلغ معين.

وإبرام الكفالة البنكية يخضع للقواعد العامة، فيجب أن توقع من طرف الممثل الشرعي للبنك والمنصوص عنه في القانون الأساسي للبنك الكفيل، لأنه إذا وقع الكفالة شخص غير مؤهل لذلك فان البنك يلتزم بها حماية للغير[1].

هذا النوع من الكفالات تكون محررة من أجل نوعين من العمليات، امّا لجعل المؤسسة المكفولة تستفيد من آجال تسوية ممنوحة من طرف الإدارة الضريبية أو الجمركية، فتسمى الكفالات الممنوحة بالكفالة الضريبية أو الكفالة الجمركية. وإمّا السماح للمؤسسة الحصول على سلفيات أو أقساط أو إعفاءات في إطار الصفقات العمومية، إذن فالكفالة وسيلة لمساعدة خزينة المؤسسة[2]، كما تلعب الضمانات البنكية دورا أساسيا في الصفقات الدولية كونها تقلل من المخاطر التي تنجم بين المتعاملين وتوفر الثقة المطلوبة وتزيل المشاكل المختلفة[3].

المطلب الثاني: التزام الكفيل

من خلال التعريف السابق للكفالة نجد أنها تشمل على ثلاثة أنواع من الروابط، رابطة بين الدائن والمدين، حيث إذا خشي الأول من إعسار الثاني فانه يطلب منه تقديم كفيل.

ورابطة بين الكفيل والمدين، ويكون ذلك عن طريق اتفاق أو أن يتطوع الكفيل بنفسه لضمان المدين.

ورابطة ثالثة بين الدائن والكفيل، وهذه الرابطة هي التي تجسد عقد الكفالة، وبمقتضاها يتعهد الكفيل بأن يفي بالالتزام إذا لم يف به المدين نفسه (المؤسسة)، ولكن الكفالة لا تنعقد إلا بتوفر شروط تجعل التزام الكفيل صحيحا.

1- حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 13-12-1962:"متى وقع مدير البنك كفالة بالرغم من أن القانون الأساسي للبنك لا يعطيه هذه السلطة فان البنك يلتزم بهذه الكفالة. "، علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 105-106.

2- دغنوش العطرة، البنوك التجارية ودورها في تمويل المؤسسة، مذكرة ماجستير، في العلوم الاقتصادية، نقود ومالية، الجزائر، 2001، ص. 111.

3- القرار السالف الذكر، المجلة القضائية2012، العدد1، ص. 251:"حيث يجب التذكير أن الكفالة بدعوى الحال أبرمت بموجب عقد فيما بين البنك الوطني الكويتي بصفته الكفيل والبنك العربي بالجزائر المكفول الذي منح تسهيلات مالية مصرفية لعملية شركة التوزيع مقابل ضمان تمثل في كفالة بنكية، وفي حالة عجزها كمدين عن تسديد ديونها اتجاه البنك العربي، اضطر هذا الأخير بالتنفيذ على الضمان المقدم لأول طلب. . . "

لذلك سنعالج في هذا المطلب: شروط انعقاد الكفالة كفرع أول، وكفرع ثان آثار عقد الكفالة.

الفرع الأول: شروط انعقاد الكفالة

بما أن الكفالة عقد، والعقد كي يكون صحيحا وينتج آثارا لابد أن يتوفر على الشروط الموضوعية العامة(Les conditions générales de fond) وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، أما بالنسبة للشروط الشكلية لم يتطرق المشرع لذلك سوى قوله: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة. . . "[1]ولم يحدد نوعها ولا كيفيتها.

أولا: الرضا (Le consentement)

إن الكفالة عقد، وككل العقود يشترط فيها الرضا، حيث يجب تبادل الإيجاب والقبول، والكفالة فيها طرفان هما الكفيل الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا والدائن الذي هنا البنك الممول والمكفول هو المؤسسة المدينة التي لا تظهر هنا على اعتبار أنه يمكن كفالة الكفيل دون علمه ورغم معارضته، فتنعقد الكفالة بتراضي كل من الكفيل والبنك الممول، وقد يكون التراضي صريحا أو ضمنيا طبقا للمادة 60 قانون مدني.

لكن هذا غير كاف، حيث يجب أن يكون الرضا خال من العيوب، من غلط وتدليس وإكراه، وإلا كان عقد الكفالة قابلا للإبطال.

أ-الغلط (L'erreur)

لكي يطلب الكفيل إبطال عقد الكفالة نتيجة وقوعه في الغلط يشترط أن يون هذا الغلط جوهريا (Erreur essentiel)، ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يجعل المتعاقد استحالة تامة لإتمام العقد طبقا للمادة 82 مدني جزائري.

والغلط أنواع، فقد يكون في سبب الالتزام، ومنه يجب معرفة نية الطرفين، وكذا الغلط الذي يقع فيه الكفيل بشأن امتداد الضمانات المقدمة للبنك والتي كانت السبب في التزامه باعتبار أنه كان يعتقد أن البنك الدائن يستفيد من رهن مقيد في مرتبة متقدمة بينما هو في المرتبة الأخيرة، إضافة إلى ذلك هناك الغلط في الوضعية المالية للمؤسسة المدينة، حيث أن الكفيل كان يعتقد أنها في حالة مالية جيدة بينما ظروفها المادية سيئة، بحيث لو علم بهذه الوضعية لما أبرم الكفالة، فهنا يمكنه إبطال عقد الكفالة، كما يجب على البنك، باعتباره طرفا ثانيا في عقد

1- المادة 645 من القانون المدني الجزائري.

الكفالة وهو المستفيد من ذلك، أن يخبر الكفيل بالوضعية المالية للمؤسسة وأنها في حالة يسار أو إعسار، فعلى الكفيل إذا وقع في الغلط أن يثبت أن البنك الدائن للمؤسسة كان على علم بوضعيتها، وأن الكفيل التزم لأنه يظن بأن المدين في حالة ملاءة.

إلا أن هناك من القضاء ما هو متشدد في مثل هذه الحالة، حيث تقضي بأن الكفيل لا يمكنه أن يتحلل من التزامه بإبطال الكفالة للغلط في الحالة المالية، إلا إذا أثبت أنه اشترط على البنك الدائن في عقد الكفالة أن يكون المدين ميسورا، وأن البنك كان على علم بالحالة المالية السيئة للمؤسسة المدينة والمكفولة[1].

والغرض من ذلك هو إعطاء الكفالة حقها كآلية ضمان تكفل للبنك الحماية من خطر عدم التسديد، لأنه لو تم ذلك فعلا فإن الكفالة تصبح أداة في يد الكفيل يستعملها ليتلاعب بها كيف يشاء ومتى يشاء، ويمكن أن يستعملها كوسيلة تهديد ومؤامرة بين الكفيل والمدين الأصلي ضد البنك الدائن.

لكن هناك من الفقهاء من يرى في مثل هذه الأحكام القضائية تشددا وضررا على الكفيل، لأنه إذا كان التزام الكفيل بالكفالة معتقدا أن المؤسسة المكفولة في حالة مالية جيدة بينما هي عكس ذلك، فبدون شك يضطر الكفيل للوفاء في مكان المؤسسة المدينة، وبالتالي لا يستفيد من الدفوع المقدمة إليه قانونا من، الدفع بالتجريد أو التقسيم، لأنه يصبح في هذه الحالة مدينا أصليا عوض أن يكون تابعا، فهو هنا يصبح مدينا وليس كفيلا دون أن يعلم، لذا فمن حق الكفيل هنا إذا علم بذلك وكان يجهل الوضعية المالية للمؤسسة المكفولة أن يتخلص من التزامه بأن يدفع بأنه لو كان يعلم الحقيقة المالية للمدين قبل إبرام عقد الكفالة لما أقدم على ذلك الالتزام[2].

لكن علم الكفيل بالوضعية المالية للمؤسسة المكفولة يجعل التزامه صحيحا وبالتالي عقد الكفالة صحيحا، ولا يمكنه التمسك بالغلط، خاصة إذا كانت هناك مصلحة أو قرابة تربطه بالمدين الأصلي، كأن يكون الكفيل

1- قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25-10-1977:"بأن الكفيل لا يمكنه أن يتحلل من التزامه رغم جهله بالحالة المالية للمدين"، راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 36.

2- يمكن أن يقع الكفيل في غلط جوهري في صفة الشخص المكفول، حيث يقع في غلط في نوع الشركة التي يكفلها وماهيتها، كما إذا اعتقد أنه يكفل شركة تضامن لكن كفالته وقعت على شركة ذات مسؤولية محدودة، على اعتبار أنه كفل شخصا معنويا يتحمل كل أعضائه مسؤولية شخصية مطلقة وبالتضامن، وهذا من مصلحته، لكن اكتشف أنه كفل شخصا معنويا لا يتحمل أعضاؤه المسؤولية إلا في حدود ما قدموا من حصص، لذا من واجب البنك الدائن أن يعطي للكفيل كل الحقائق عن المدين دون إخفاء

مسيرا للمؤسسة أو تكون المؤسسة الأم هي الكفيل والمؤسسة الفرع هي المدين الأصلي المكفول.

ب- التدليس (Le dol)

التدليس غالبا ما يصدر من مدين موضع اعتبار في التعاقد، وبما أن هذا الأخير ليس طرفا في العقد، فان الكفيل كي يحصل على حكم إبطال العقد للتدليس يجب أن يثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بالتدليس.

فمن هنا يظهر أن التدليس يشتمل على عنصر مادي يتمثل في الحيل وهي التي يلجأ إليها المدلس لتضليل الكفيل لإبرام عقد الكفالة، ولكن هذا لا يبطله إلا إذا أثبت المدلس عليه جسامة الحيل، حيث لو علم بها ما أبرم عقد الكفالة، والمعيار في ذلك هو الحالة النفسية للكفيل المتعاقد المدلس عليه.

كما أن للتدليس عنصر معنوي يتمثل في نية التضليل والخداع، وتتحقق بمجرد علم المدلس بأن كتمان الأمر سوف يفسد رضا الطرف الثاني، أو بعبارة أخرى أن المدلس عليه لو علم بالحقيقة ما أبرم عقد، حيث أن التدليس هو السبب الذي دفع المتعاقد المدلس عليه لإبرام عقد الكفالة[1].

لكن إذا كان الكفيل على علم بالوضعية المالية للمؤسسة المدينة والمكفولة فلا يمكنه أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأنه ليس على علم بالصعوبات المالية التي تواجهها وقت إبرام عقد الكفالة، وخاصة إذا كان الكفيل يحتفظ بصفته كمدير أو شريك للشركة المكفولة وقت إبرام عقد الكفالة، أو حالة كفالة الشركة الفرع من طرف الشركة الأم لأن المصلحة تقتضي ذلك فلا مجال للاحتجاج بالصعوبات المالية التي يعاني منها المكفول إذا كانت هناك رابطة أو مصلحة بين الطرفين.

ونظرا لأهمية موضوع الكفالة هناك من الأنظمة تجبر البنوك بضرورة إعلام الكفيل بكل تفاصيل الدين المكفول وحالة المؤسسة المدينة المكفولة، وهذا لتفادي الكثير من المنازعات[2].

1-المادة86فقرة1من القانون المدني: "يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم الطرف الثاني العقد"، وقرار مجلس قضاء الجزائر، الغرفة التجارية والبحرية 08-12-1987، غير منشور، قضية(ب-س) ضد بنك بدر: "الكفيل لكي يتحلل من التزامه بإبطال الكفالة لعيب التدليس يجب أن يثبت أن البنك كان على علم بالوضعية المالية السيئة للمدين الأصلي وقت ابرام عقد الكفالة. . . "

2-قرار من محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية، 26-05-1992:"بأن هناك تدليس من طرف البنك الذي لم يذكر بصفة واضحة وصريحة في عقد الكفالة الهدف من الالتزام وأخفى ذلك على الكفيل"، راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 38.

وقد أضاف المشرع الجزائري أن السكوت عمدا يعتبر تدليسا وذلك في المادة86فقرة1 من القانون المدني، الشيء الذي يسمح باعتبار الكتمان تدليسا، لكن كذلك بالنسبة للبنوك لم ينص المشرع لا في قانون النقد والقرض ولافي قانون خاص على هذا الالتزام، لكن البنوك كي تتفادى هذه الوضعية في اعتبار سكوتها أنه تدليس، عادة ما يشترط في عقد الكفالة بأن يُعفيه الكفيل من إخباره بالعوارض والمستجدات التي يمكن أن تلحق الحالة المالية والقانونية للمؤسسة المقترضة والمكفولة، لكن مادامت الكفالة تعبر عن التزام خطير قد يمس بذمة الكفيل المالية ولتفادي المنازعات بين الكفلاء والبنوك فمن باب أولى أن يطلع هذا الأخير الكفيل بكل المستجدات عن الحالة المالية للمؤسسة المموَّلة والمكفولة من طرفه وهذا ما هو معمول به في الأعراف البنكية الدولية، حيث ينبغي أن يمس هذا الوضوح كل الجوانب الأساسية للالتزام، من موضوع الضمان إلى أهمية وحدود الالتزام[1].

أما فيما يخص الكفالات البنكية فينبغي على البنك أن يحدد التزامه[2]، فيما يتعلق بمدة الكفالة ومبلغها، وفي حالة عدم ذكر المبلغ فعلى البنك ألا يمضي العقد، وفي حالة نقص في ملاءة العميل على المصرفي ألا يقدم كفالته إلا في حدود وجود ضمانات مقابلة، وهذا ما هو معمول به في الضمانات غير المباشرة المعتمدة دوليا.

وهناك من الفقهاء من يرى عكس ذلك، فان الأصل الذي يجب مراعاته أن البنك ليس عليه أن يحيط الكفيل علما بالظروف الداخلية للعملية ولا بتطور سيرها ولا بمركز العميل، لأن هذا شأن الكفيل عليه أن يستعلم بنفسه عن ذلك، ولأن البنك ملزم بالسر المهني الذي هو من واجباته[3]، فليس للبنك أن يكشف عن الوضعية السيئة للمؤسسة للكفيل، كما أنه لا يجب عليه أن يتخذ وسائل ايجابية لإخفاء مركز المدين ويترك الكفيل يستعلم بنفسه، فان أخفى ذلك كان غشا يستلزم إبطال الكفالة[4].

فالحل الأنسب، ومادام الكفالة تمس الأطراف الثلاثة، فعلى البنك الدائن والكفيل والمؤسسة المدينة الاتفاق على كل الشروط ومصارحة بعضهم البعض عن كل الحقائق، سواء تعلق الأمر بالكفيل أو المؤسسة أو البنك، هذا كي يكون كل واحد منهم في الصورة ولا يحتج الطرف الآخر للتهرب من التزاماته.

1-M. remelleret, op. cit. pp. 17-18.

2- محمد دامن، المرجع السابق، ص. 54.

3-المادة 169من قانون النقد والقرض: "يتعين على كل عضو. . . كتمان السر المهني ضمن الشروط وتحت طائلة العقوبات. . . "

4- علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 314-315.

وأرى أنه لا مجال هنا لتطبيق واجب السر المهني بين الأطراف الثلاثة مادام أنهم مقدمون على تصرف يهم جميعا، فالمؤسسة مقبلة على قرض ولا تتحصل عليه إلا بتقديم كفيل وبشروط خاصة، الكفيل لا يقبل هذا الالتزام مالم يكن متأكدا من الحالة المالية للمؤسسة التي سيكفلها وما لم يعرف مركزها القانوني، والبنك لا يجب عليه تضييع هذه الآلية لأن فيها حماية لأمواله، فعليه معرفة الوضع المالي والقانوني للكفيل، لأنه يعتبر المدين الثاني له، حيث إذا وقع في خطر عدم التسديد سيجد الكفيل ليسدد التزام المؤسسة، كما أن من مصلحته مصارحة الكفيل بموضوع القرض ووضعية المؤسسة المقترضة ومبلغ الضمان وحدوده لكن على الكفيل كذلك أن يتحرى بنفسه عن وضعية المدين المكفول، فلا مجال لتطبيق واجب السر المهني بين هؤلاء الأطراف الثلاثة فكلهم معنيون بالأمر، رغم أن المشرع لم يستثن الكفيل من مسألة السر المهني وهو طرف أساس في العقد، وهذا طبقا للمادة السالفة الذكر من قانون النقد والقرض[1].

فإعلام الكفيل واجب بكل الحقائق، ويجب استثناؤه من السر، على اعتبار أن الخطر انتقل من البنك الدائن إلى الكفيل، وهذا حتى يأخذ احتياطاته في حال تحقق خطر عدم التسديد، لأنه سوف يُقْدم على التسديد مادامت المؤسسة غير قادرة على الوفاء بالتزامها تجاه البنك الممول.

كما يضيف المشرع الجزائري حالة أخرى للتدليس، وهذا عندما يصدر من غير المتعاقدين، ولكن لإبطال عقد الكفالة يجب أن يكون البنك على علم به أو كان باستطاعته أن يعلم ذلك[2].

نحن نعلم أن عقد الكفالة فيه طرفان الكفيل والبنك الدائن، فيمكن اعتبار المدين من الغير، فيظهر دوره في التدليس من خلال إمكانية تواطئه مع البنك للإيقاع بالكفيل وجعله يوقع على عقد الكفالة، كأن تقدم المؤسسة الاقتصادية المموَّلة للكفيل وثائق غير حقيقية عن حالتها المالية لتوهمه أنها جيدة وهي في الحقيقة عكس ذلك، أو أن توهمه بأنها قدمت نظير عملية التمويل تأمينات أخرى وهي لم تفعل ذلك، أو أنها أوهمته بنظام قانوني غير نظامها القانوني الحقيقي كأن تكون شركة مسؤولية محدودة وقدمت نفسها على أنها شركة تضامن لأن هذا أفضل للكفيل.

1-"بالإضافة الى الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون لا يمكن الاحتجاج بالسر المهني تجاه البنك المركزي، واللجنة المصرفية والسلطة القضائية. . . "

2-المادة 87 مدني: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان على علم بهذا التدليس"

هذه الحيل قد تكون بعلم أو بغير علم البنك الدائن، فهنا يكون الكفيل قد وقع في التدليس، وعليه إثبات ذلك لإبطال عقد الكفالة مادام أنها تنم عن التزام خطير قد يمس كل الذمة المالية لهذا الأخير.

ج- الإكراه (La violence)

إن الإكراه في مجال المؤسسات الاقتصادية نادر جدا، ولكن يمكن أن يحدث في داخلها أو في علاقات المؤسسات ببعضها البعض، كأن يحاول مسير مؤسسة ما الحصول على كفالة زوجته باستعمال الإكراه المعنوي، أو أن يلجأ البنك إلى إجبار المسير أو المسيرين أو أحد الشركاء المليء بالتوقيع على الكفالة من أجل كفالة شركتهم، مع العلم أن البنك الدائن على دراية بالوضعية المالية الصعبة للشركة، فاستعمل سلطته للهيمنة على الكفيل وجعله يوقع عقد الكفالة[1].

ووضح المشرع الجزائري الإكراه وذكر حالات الوقوع فيه، بما في ذلك الرهبة التي يبعثها أحد المتعاقدين على الآخر في نفسه، وهذا ما تم ذكره سابقا عندما استعمل البنك سلطته لإجبار الكفيل على التوقيع، أو في حالة وجود خطر يهدد الكفيل أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال[2].

كما أن الإكراه قد يصدر من غير المتعاقدين، وفي حالة عقد الكفالة يمكن أن يصدر من المدين الأصلي باعتباره من الغير، لأنه ليس طرفا في العقد بشرط أن يثبت الكفيل أن البنك الدائن المتعاقد معه كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه[3]، هذا ممكن في حال ما إذا أُجبر المدين الأصلي تحت سلطان الرهبة والمساس بمال أو عرض الكفيل من أجل دفعه على التعاقد أمام البنك الذي قد يكون على علم بذلك الإكراه، وأكثر من ذلك إذا كانت وضعية المؤسسة المالية سيئة وأجبرت الكفيل على كفالتها.

ثانيا: الأهلية (La capacité)

الذي يتقدم لكفالة المدين الأصلي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا كالشركات بمختلف أنواعها والبنوك كذلك قد تقدم كفالات لعملائها وتسمى كفالات بنكية وهذا عادة ما يكون في إطار الصفقات الدولية، لذلك سنطرق إلى كل نوع من هذه الأشخاص، على اعتبار أن الكفيل قد يكون أحد هذه الأنواع.

1-Philipe, hingner, La caution personnelle, 2éme édition, Toulouse, rezelfels ,1996, p. 60 : "La caution qui avait d'abord refusé de signer l'acte, pour finir par s'y résoudre n'avait d'une violence morale…"

2-طبقا لنص المادة 88من القانون المدني الجزائري.

3- المادة 89من نفس القانون.

أ-الكفيل شخص طبيعي (La caution est personne physique)

يجب أن تتوفر الأهلية للكفيل الطبيعي لانعقاد عقد الكفالة، ولا يكون هذا العقد صحيحا إلا إذا كان صادرا من ذي أهلية، فالأهلية تمنح للشخص حق التصرف والالتزام، فإذا بلغ المتعاقد سن الرشد وهو سليم العقل ولم يحجر عليه كان أهلا لإبرام عقد الكفالة، أما إذا كان قاصرا أو مصابا بأحد عوارض الأهلية كان عقد الكفالة باطلا بالنسبة إليه، سواء أكانت الكفالة تبرعية أو بمقابل، على اعتبار أن الكفالة من الالتزامات الخطرة، حيث تمس بالذمة المالية للكفيل، فإذا موّل البنك مؤسسة واشترط تقديم كفيل يجب أن يكون هذا الأخير ذا أهلية وعلى البنك أن يتحرى بنفسه عن هذا الأمر حتى لا يضيع آلية حماية لأن عقد الكفالة يكون قابلا للإبطال إذا اختل شرط الأهلية.

ب-الكفيل شخص معنوي (La caution est personne morale)

الشخص المعنوي قد يكون شركة مدنية أو تجارية أو بنكا ضامنا لقرض ممنوح من بنك دائن، وهذا النوع يكثر في المجال الدولي.

- الكفيل شركة مدنية (La caution est société civile)

الشركات المدنية منظمة بالمواد 416 الى 449 من القانون المدني، وأنها تمارس أعمالا حرة كالفلاحة والتعليم، والشركاء فيها مسؤوليتهم شخصية وغير محددة اتجاه ديون الشركة، وهي تخضع لإجراءات التسوية القضائية والإفلاس عند التوقف عن الدفع.

والكفالة في مثل هذا النوع من الأشخاص يجب أن تكون مرخصة باتفاق جميع الشركاء إذا كان الكفيل شريكا أو عدة شركاء، وبترخيص من الجمعية العامة إذا كان الكفيل مديرا، والحصول على إذن من مجلس الإدارة إذا كان الكفيل فيها ممثّلا[1].

فالأهلية بالنسبة للشركة تتمثل في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون، وهذا طبقا لنص المادة 50من القانون المدني، لذا يجب على أن يكون على اطلاع بالقانون الأساسي للشركة الكفيلة للاطلاع

1-إدارة الشركة المدنية، المواد 427الى431من القانون المدني الجزائري.

على حدود وصلاحيات كل عضو فيها ومركزه القانوني[1] ومدى أهليته لإجراء التصرفات كي لا تكون هناك منازعات، وبالتالي إمكانية تضييع هاته الآلية التي منحه إيّاها المشرع، وما يترتب عن ذلك من مخاطر على البنك الدائن. فكلما كانت هناك دراسة أعمق كلما حقق هذا الأخير أمانا أكبر وإمكانية لاسترجاع أمواله التي أقرضها.

-الكفيل شركة تجارية (La caution est société commerciale)

الشركات التجارية وحدها دون الشركات المدنية تكتسب صفة التاجر وتلتزم بالتزامات التاجر المهنية من مسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري ودفع الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية، وتطبق عليها أحكام القانون التجاري من الالتزامات المهنية والتجارية، ولقد نصت المادة 544 من القانون التجاري الجزائري على أنواع الشركات التجارية، شركات التضامن وشركات التوصية وشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، وأن لكل نوع منها نظامها القانوني من حيث الشركاء ومسؤولياتهم وكيفية إدارتها وتسييرها، وأسباب انقضائها.

من هذا المنطلق لابد من احترام الشكليات والحدود الخاصة بكل نوع من هاته الشركات عند إبرام عقد الكفالة، ويجب على البنك أن يكون مطلعا على الأنظمة القانونية الخاصة بكل نوع ولما لا الاطلاع على القانون الأساسي لمعرفة حدود صلاحيات المسيرين فيها ومدى أهليتهم للتعاقد، وأن يحرص على أن تدخل الكفالة في موضوع الشركة وهدفها الاجتماعي، وذلك حتى لا يضيع الحماية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية، وأبرزها خطر عدم التسديد، بواسطة أحد آليات الضمانات الشخصية التقليدية وهي الكفالة التي تسمح له بإيجاد مدين تابع لديه الملاءة ليطالبه بالوفاء في حال عجز المدين الأصلي على ذلك، خاصة إذا كان الكفيل شركة تجارية.

بالنسبة لشركة التضامن فالشركاء فيها مسئولون مسؤولية شخصية وتضامنية ومطلقة عن ديون الشركة[2]، فالمقصود من أن مسؤولية الشريك شخصية أنه يسأل هو شخصيا عن ديون الشركة، أما التضامن فيعني أن من حق دائني الشركة أن يطالبوا الشركة كشخص معنوي أو أي شريك بأن يدفع عن ديون الشركة وليس من حقه

1-في الشركات المدنية، الشركاء لا يسألون بطريق التضامن عن ديون الشركة ولكن يسألون مسؤولية شخصية في أموالهم الخاصة، كل شريك بنسبة نصيبه في الدين، عمار عمورة، المرجع السابق، ص. 212.

2- المادة 551 من القانون التجاري الجزائري.

الدفع بالتجريد أو التقسيم، وأما كون المسؤولية مطلقة للشريك فلأنه يسأل عن ديون الشركة في جميع أمواله، ولا تتحدد بقدر الحصة المقدمة في رأس مال الشركة[1].

ونظرا لهذه المسؤولية الخطيرة للشركاء وجب أن يكون المدير أو المديرون من الشركاء، وأن أي تصرف يقوم به الشخص المعنوي يجب أن يكون باتفاق جميع الشركاء كيلا يكون هناك تجاوز للسلطات المعترف بها للمديرين، كما أن الشركة تكون ملزمة بما يقوم به المديرون من تصرفات تدخل في موضوع الشركة وذلك في علاقاتها مع الغير[2].

من هذا المنطلق وجب على المدير أو المديرون أن يكونوا مؤهلين لإبرام العقود وهذا في حال ما إذا كان التصرف يدخل في نطاق سلطاته التي يحددها عادة عقد الشركة التأسيسي، أما إذا لم يتم تحديد ذلك جاز له أن يقوم بجميع أعمال الإدارة والتصرف الذي يتماشى وغرض وموضوع الشركة، لأن أعمال المدير وتصرفاته تلزم الشركة كشخص معنوي والشركاء حماية للغير، فإذنُ الشركاء واجب في مثل هذه الشركات نظرا لما ذكرنا سابقا وخاصة عند إبرام عقود تشكل خطرا على الشركة كشخص معنوي وعلى الشركاء كمسئولين عن ديون الشركة، كالتزامه بكفالة باسم الشركة، أو رهن عقارات أو منقولات للشركة، أو أن يعقد قروضا.

إذن فشركة التضامن يمكن أن تبرم عقد كفالة لكفالة شخص طبيعي أو معنوي مدين، لكن شريطة أن يكون هذا التصرف يدخل في صلاحيات المدير وأن لا يفعل ذلك إلا بإذن خاص من الشركاء، لذلك على البنك الدائن المتعاقد مع هذا الشخص المعنوي أن يعرف صلاحيات المدير وحدود ذلك[3]، حتى يكون عقد الكفالة صحيحا وبالتالي يجنب نفسه الدخول في منازعات قد تكلفه غاليا فيكون في مواجهة خطر عدم التسديد من طرف المؤسسة المكفولة من جهة، ومخاطر مرتبطة بالكفالة كضمان من جهة أخرى، لذلك على البنك الدائن الاطلاع على القانون الأساسي للمؤسسة المموَّلة وشركة التضامن الكفيلة.

1-Mohamed Salah, Op. cit. p 265-266.

2- المواد 554و555 من القانون التجاري الجزائري.

3- نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، دار هومة، الجزائر، 2002، ص126-130.

أمّا عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة فهي نوعان الشركة المتعددة الشركاء والمؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة، مسؤولية الشركاء أو الشريك محدودة بحسب ما قدمه كل واحد منهم من حصص فيها[1].

يدير شركة المسؤولية المحدودة شخص أو عدة أشخاص من الشركاء أو من غيرهم، ويحدد القانون الأساسي للشركة سلطات المدير أو المديرين، ويتمتع بأوسع السلطات ليتعامل في جميع الظروف باسم الشركة، فتكون عندئذ ملزمة بأعمال وتصرفات المدير قبل الغير حتى وان كانت هذه التصرفات لا تندرج في نطاق تحقيق الغرض الذي قامت من أجله، وذلك حماية للغير واستقرار المعاملات، مالم يقم الدليل على أن الغير كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بأن التصرفات ليست من صلاحيات المدير ولا تندرج ضمن غرض وهدف الشركة[2].

فالكفالة المقدمة من طرف هذا النوع من الشركات ملزمة بها حتى وان كانت خارج موضوع الشركة، إلا إذا أثبتت أن البنك الدائن كان يعلم بأن التصرف في إبرام عقد الكفالة يتجاوز نطاق موضوع الشركة، لكن هناك من يعتبر أن البنك ليس غيرا عاديا، لأنه ملزم بالتأكيد قبل قبول الكفالة التأكد من مطابقتها لغرض وموضوع الشركة[3].

والشركة ذات الأسهم شركة يقسم رأسمالها إلى حصص، تتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر ما قدموا من حصص فيها، وهي شركة تسير عن طريق نوعين من الإدارة[4].

شركة المساهمة ذات مجلس المديرين، حيث يتمتع المجلس بسلطات واسعة للتصرف باسم الشركة ولحسابها، تمارس هذه السلطات في حدود موضوع الشركة، وتكون بذلك الشركة ملزمة في علاقاتها مع الغير حتى بأعمال المجلس غير التابعة لموضوع الشركة ما لم يثبت أن الغير كان يعلم أن التصرف يتجاوز هذا الموضوع أولا يمكنه تجاهله، مع استبعاد كون نشر القانون الأساسي يكفي وحده لتأسيس هذه البينة، ولا يمكن أن يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحدد سلطات مجلس المديرين[5].

1- القضية المؤرخة في 03-06-1991، المجلة القضائية 1991، العدد2:"ان المساهمين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموه من حصص فيها. "

2- عمار عمورة، المرجع السابق، ص 339.

3-Michel, Mathieu, l'exploitant bancaire et le risque de crédit, revue banque éditeur,1995, p. 201.

4-للاطلاع أكثر على إدارة شركة المساهمة الرجوع إلى القسم الثالث، إدارة شركة المساهمة وتسييرها، القانون التجاري، المواد من 610 إلى 673. و

Mohamed Salah, Farha Zéraoui –Salah, Revue entreprise et commerce, n°1, Edik Oran, 2005, pp. 29-42.

5-عمار عمورة، المرجع السابق، ص. 286.

وبالنسبة لشركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، فإن القانون ينص على "يخول مجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم الشركة، ويمارس هذه السلطات في نطاق موضوع الشركة مع مراعاة السلطات المسندة صراحة في القانون لجمعيات المساهمين"[1]، وتلتزم الشركة في أعمال الغير حتى التي تخرج عن صلاحيات المجلس ولا تتصل بموضوع الشركة، إلا إذا ثبت أن هذا الغير كان يعلم بأن العمل يتجاوز هذا الموضوع أو كان لا يستطيع جهل ذلك، ولا يمكن الاحتجاج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحد من صلاحيات مجلس الإدارة[2].

يجوز لمجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة بإعطاء الكفالات باسم الشركة في حدود كامل المبلغ الذي يحدده، ويمكن أن يجدد كذلك في ذلك في ذلك الإذن عن طريق الالتزام مبلغا لا يمكن أن تتجاوز قيمة الكفالة، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الأذون سنة واحدة مهما كانت مدة الالتزامات المكفولة أو المضمونة، وإذا أعطيت الكفالات أو الضمانات بمبلغ إجمالي يتجاوز الحد المعين للمدة الجارية، فان التجاوز لا يحتج به على الغير الذي لا علم له بذلك، وهذه السلطات التي يمنحها مجلس الإدارة تنشر في شكل إعلانات قانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ويبدأ الاحتجاج بها على الغير ابتداء من تاريخ النشر[3].

إذن ومهما يكن نوع الشركة التجارية فإنّها مؤهلة للقيام بالتوقيع على الكفالة، وهذا لكفالة شخص طبيعي أو معنوي، ولكن يمكن للمكلف بإدارة الشركة أن يتصرف بعقود لا تدخل في إطار موضوع الشركة إلا في شركة التضامن، و

يكون التصرف صحيحا وتلتزم به الشركة ولا يمكن الاحتجاج بذلك إلا إذا كان الطرف الآخر المتعاقد على علم بأن الكفالة لا تدخل في موضوع الشركة ولا في غرضها الذي ينص عنه في قانونها الأساسي، أو كان من المفروض أن يعلم بذلك، ولذلك قبل تقدّم الشركة لكفالة أو لطلب التمويل على البنك الدائن أن يتحرى عن سلطات المدير أو المديرين وموضوع الشركة لقبول الكفيل كضامن لديون الشركة الممولة، وهذا حتى يستفيد من الضمان المقدم له لاستيفاء حقه منه إذا لم تستطع هذه الأخيرة الوفاء بذلك، ومنه حماية أمواله من خطر عدم

1- المادة 622 من القانون التجاري.

2- المادة 623من القانون التجاري الجزائري، وعمار عمورة، المرجع السابق، ص. 291.

3- المادة 624من القانون التجاري.

التسديد، ومنه وجب الاطلاع على القانون الأساسي للشركة التي ستقوم بدور الكفيل[1]وعلى مركزها التعاقدي والمالي، لأن البنك الدائن من مصلحته أن يكون الكفيل أهلا للتعاقد وله ملاءة، حتى يتفادى المخاطر التي تنجم عن عقد الكفالة، وحتى يمكن تغطية المخاطر أن تحققت بواسطة هذه الآلية القانونية التي منحها المشرع للدائن كي يستوفي حقوقه من خلالها.

- الكفيل بنك (La caution est banque)

إن الكفالة البنكية هي أكثر فعالية كون البنك شخصا معنويا يتميز بالملاءة فهو على استعداد للوفاء بأي مبلغ وفي أي وقت دون حدوث لإمكانية خطر عدم القدرة على الدفع، لكن هذا لا يعني أن البنك يقدم كفالته لمن يريد ولأي مدين، بل يجب أن يكون هذا الأخير أهلا لأن يكون مكفولا من خلال يسره وقدرته على الوفاء، فلا يمكن أن نتصور البنك يكفل شخصا معسرا أوليس أهلا لذلك، لأن البنك يقدم كفالته على وجه الاحتراف ويتلقى مقابلا لذلك، لذا فالكفالة البنكية تجارية دائما، كما لا يجب أن توقع الكفالة البنكية إلا من الممثل الشرعي للبنك في حدود السلطات المنصوص عليها في القانون الأساسي للشركة[1]، رغم أنه إذا أصدر ممثل البنك كفالة ولم يكن من صلاحياته المحددة في القانون الأساسي فان هذا التصرف قبل الدائن يكون صحيحا وبالتالي الكفالة المقدمة من البنك صحيحة ويلتزم بها. ما لم تكن هناك نية سيئة من الدائن وكان على علم بذلك أو من الفروض أن يعلم أن الممثل قد تصرف في عمل لا يدخل في صلاحياته، وعادة ما يكون مجال الكفالات البنكية التجارة الخارجية، على اعتبار أن البنك يكفل المستورد، وإذا كان ضمانا مضادا فان البنك الآخر يكفل المصدر، لأن الضمانات المستعملة دوليا هي ضمانات غير مباشرة فيها أربعة أطراف[2].

فالضمانات البنكية هي التزام من طرف البنك الذي يتعهد من خلاله بدفع مبالغ مستحقة في حالة عجز أو عدم قدرة عملائه المستوردين على تنفيذ التزاماتهم المالية اتجاه الموردين عند حلول آجال الاستحقاق، ويكون

3- طبقا للمادة 50 السالفة الذكر، فان الشركة كشخص معنوي تكتسب أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون، فيحق للشركة أن تتعامل مع الغير فتصبح دائنة ومدينة، هذا لا يعني أن للشركة حرية مطلقة في التصرف عند مباشرة أهليتها، إنما عليها أن تلتزم بالحدود التي رسمها لها عقد الشركة، والغرض الذي وجدت من أجله، ولا يجوز للشركة أن تتجاوز هذا الغرض إلى غيره إلا بتغيير عقدها التأسيسي، تطبيقا لقاعدة تخصص الشخص المعنوي، عمار عمورة، المرجع السابق، ص177.

2- تم التطرق إلى هذا النوع من الضمانات بالتفصيل في بحثنا هذا، الفصل التمهيدي.

الضمان في غالب الأحيان لصالح المستورد وهو عبارة عن كفالة بنكية[1].

إن القانون والقضاء يفرق بين الكفالة البنكية والكفالة الشخصية، حيث أن الأولى تحكمها الأعراف ولا مجال لتطبيق 646وما يليها من القانون المدني التي تطبق على الكفالة الشخصية التي تشترط أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر وميسورا، حيث لولا هذه المادة التي تشترط أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر لظلت الكفالة بكل أنواعها تحت احتكار البنوك الدولية والبلدان الغنية[2].

ورغم أهمية هذا النوع من الكفالات بالنسبة للبنك الكفيل الذي يستفيد من مقابل جراء ذلك، وأن المدين المكفول تكتمل ثقته التي يفتقر إليها لدى دائنيه، هذا هو الوجه الحسن في الكفالة، ولكن الوجه السلبي في الكفالة أن البنك قد يضطر إلى وفاء الدين المضمون إذا تخلف عن وفائه المدين المكفول[3]، فهذا الخطر ينتج في حال إذا وجد المشتري الأجنبي المكفول نفسه غير قادر على التسديد، أو هناك عجز مؤقت، لذلك قبل منح البنك ضمانه للمدين يجب عليه تشخيص المؤسسة من كل الجوانب، من تشخيص للعناصر غير المالية والتي تتمثل في العامل البشري والعامل الاقتصادي والعامل الاجتماعي ودراسة السوق، الى تشخيص للعناصر المالية وهذا لمعرفة الوضعية المالية للمؤسسة ومدى قدرتها على الوفاء بالتزاماتها والضمانات التي سوف تقدمها[4].

ولمواجهة الخطر الناجم عن عقد الكفالة عادة ما تلجأ البنوك الكفيلة إلى طلب ضمانات شخصية تتمثل في كفالة مضادة[5]، أو رهن رسمي أو حيازي، لحماية أموالها من المخاطر الناجمة عن عقد الكفالة خاصة خطر عدم التسديد وخطر سعر الصرف مادام أن الكفالات البنكية مجالها المعاملات الدولية.

ثالثا: المحل (L'objet)

المحل هو الالتزام الأصلي، أي ما يسمى بالتزام المكفول، وهذا الالتزام ممكن كفالته أيٌّ كان مصدره وأيٌّ

1- القرار الصادر عن المحكمة العليا، القضية السابقة الذكر: "وعليه فالكفالة البنكية لأول طلب أصدرها البنك الوطني الكويتي لفائدة البنك العربي بالجزائر لضمان عملية توزيع السيارات لشركة التوزيع بعد أن تعذر عليها الوفاء بدينها تجاه البنك العربي بالجزائر وتم تنفيذها طبقا للأعراف الدولية المتعلقة بالكفالات البنكية وتحت مراقبة البنك المركزي الجزائري. . . "

2-نفس المرجع، ص. 254.

3-نفس المرجع، ونفس الصفحة.

4-خلدون ابراهيم شريفات، ادارة وتحليل مالي، دار وائل للنشر، بيروت، لبنان، 2001، ص. 15-16.

5-الكفالة المضادة هي الكفالة التي يقدمها بنك المصدر، والذي يتعهد للضامن من خلالها بالتجاوب لكل عجز متوقع لزبونه، فالضمانات المقابلة مستقلة تماما عن الضمانات الأصلية:

Mondino. Jean, Thomas. Y, Le droit du crédit, Paris, Dunod ,1992, p. 96.

كان محله، فيمكن كفالة الالتزام الذي محله العقد كعقد القرض، فيكون للمقترض كفيل يلتزم بأداء المبلغ الذي اقترضه المدين الأصلي إذا لم يوف به هذا الأخير، كما يجوز أن يكون التزام الكفيل محلا لكفالة أخرى، وهذا ما يسمى بكفيل الكفيل، ولكي يكون المحل صحيحا فانه يجب فيه أن يكون الالتزام الأصلي موجودا وصحيحا ومعينا أو قابلا للتعيين، لأن الكفالة عقد تابع لالتزام أصلي.

أ- وجود الالتزام المكفول

حتى يكون التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا، لكن هذا لا ينهي أن يكون الالتزام الأصلي مستقبلي أو مشروطا أو طبيعيا إذا كان الملتزم ناقص الأهلية.

- كفالة الالتزام المستقبلي (Cautionnement de l'obligation futuriste)

لقد ورد حكم كفالة الالتزام المستقبلي في نص المادة 650من القانون المدني: "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول. غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يراجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ. "

فيتعهد الكفيل سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا للبنك الممول بضمان الوفاء بالالتزامات التي تنشأ في ذمة المؤسسة الاقتصادية المموّلة نظرا لتمويلها، والمشرع الجزائري وطبقا لنص المادة السابقة يقبل بهذا النوع من الكفالات ولكن شريطة أن يحدد المبلغ الذي سوف يكفله الكفيل الضامن، وهذا يعني أنه إذا لم يكن أي تحديد للمبلغ في الكفالة فإنها باطلة، وتظهر هذه الصورة في المجال البنكي، خاصة فيما يتعلق بالحساب الجاري، فعند إعطاء البنك اعتماد للعميل فانه كثيرا ما يفتح له حسابا جاريا للاستفادة من هذا الاعتماد، وغالبا ما يكون الضمان هو كفالة تضمن رصيد هذا الحساب البنكي، ويجوز للكفيل في مثل هذا النوع من الكفالات إنهاء التزامه في أي وقت إذا كان الكفيل لم يعين مدة الالتزام، ولا يكون عليه إلا ضمان رصيد الحساب الذي يكون قائما وقت انتهاء الكفالة دون ما ينشأ بعد ذلك من ديون على المدين المكفول[1].

لكن بالنسبة إلى العبارة الأخيرة من المادة السابقة الذكر فإنها تشكل خطرا على البنك الدائن، حيث أنه إذا لم يتم تحديد مدة الالتزام في عقد الكفالة جاز للكفيل أن يتحلل من التزامه في أي وقت مادام أن الدين

1-علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 335.

الأصلي لم ينشأ، وبه يكون البنك معرضا للخطر الناشئ عن الدين الأصلي وهو عدم قدرة المؤسسة على السداد، ومعرضا للخطر الناشئ عن الكفالة وهو إمكانية تحلل الكفيل من التزامه، فيكون البنك قد ضيع آلية هامة تضمن له حماية أمواله إذا لم يستطع استرجاعها من المؤسسة الممولة، وحفاظا على آلية الضمان وبالتالي حماية أموال البنك من خطر عدم التسديد، على هذا الأخير أن يطلب دائما الكفالات المحددة المدة، وهذا حتى لا تكون هناك إمكانية للكفيل من وضع حد لالتزاماته، بالرجوع إلى القواعد العامة في التشريع الجزائري[1] فانه يمكن إنشاء هذا النوع من الكفالات، وذلك في إطار التمويل ضمانا للأموال التي يستعملها البنك لذلك، ولكن لتفادي المخاطر التي يمكن أن تشكلها الكفالات على البنك أخذ الحيطة والحذر بطلب كفالات محددة المدة، والتأكد من سمعة الكفيل وقدرته على الوفاء.

- كفالة الالتزام الشرطي (Cautionnement de l'obligation conditionnelle)

نص المادة 650السابقة يجيز كفالة الالتزام المشروط:". . . كما تجوز الكفالة في الدين المشروط. . . "، ويقصد به بأن الالتزام الأصلي معلق على شرط واقف، وبالتالي يكون التزام الكفيل معلقا على ذات الشرط إذا تحقق الشرط ثبت الالتزام الأصلي وتبعا لذلك يثبت التزام الكفيل، أما إذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي[2]، ومنه لا يكون هناك التزام على الكفيل مادام أن الالتزام الأصلي أصبح غير موجود.

ويظهر ذلك جليا في حال ما إذا أرادت المؤسسة أن تقدم طلبا للبنك من أجل تمويلها نظرا لحجاتها إلى ذلك للاضطلاع بدورة الاستغلال، وفي نفس الوقت طلبت من شخص طبيعي أو معنوي كفالتها لدى البنك، فقبل الكفيل بذلك ولكن بشرط حصولها على التمويل المطلوب، فإذا ما قبل البنك بذلك وقدم التمويل المطلوب منه هنا ينشأ التزام أصلي وهو وجود دين على ذمة المؤسسة جراء هذه العملية، وبالتالي يثبت التزام الكفيل، لأنه تابع لالتزام المؤسسة المكفولة، ووعليه أن ينفذ التزامه ويسدد مبلغ القرض والفوائد إذا لم تستطع المؤسسة ذلك. لكن إذا لم يقبل البنك طلب المؤسسة وبالتالي رفض تمويلها أو أن المؤسسة تحسنت حالتها المالية فتراجعت عن طلب التمويل، فهنا لا ينشأ التزام أصلي، وبالتالي لا يكون هناك التزام على عاتق الكفيل لأن شرط التمويل لم يتحقق.

1-المادة 92فقرة1من القانون المدني الجزائري: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا. . . "

2-فوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص 10.

- كفالة الالتزام الطبيعي (Cautionnement de l'obligation d'un incapable)

الالتزام الطبيعي هو التزام ناقص لأنه ينقصه عنصر المسؤولية، استنادا للقاعدة العامة التي تقول أن الكفالة لا تجوز بشرط الدين، إلا أنه استنادا للرأي الغالب في فرنسا[1] جواز كفالة الالتزام الطبيعي، إذ تجيز كفالة الالتزام القابل للإبطال لناقص الأهلية، مرد ذلك أن التزام ناقص الأهلية يصبح التزاما طبيعيا إذا أبطل فان كانت كفالته جائزة فان كفالة الالتزام الطبيعي جائزة كذلك[2]، لأنه أحيانا ما يكون الكفيل عالما بنقص أهلية المدين وقصد بالكفالة حماية البنك الدائن مما قد يتعرض له من ضرر نتيجة تمسك المدين بإبطال العقد الذي أنشأ الالتزام، منه على الكفيل الضامن تنفيذ التزامه إذا لم ينفذه المدين ناقص الأهلية، كذلك وفي حالة علم الكفيل بنقص أهلية المدين فانه يفترض أنه تنازل عن التمسك بالدفع بنقص أهلية المدين[3].

لكن إذا وقع الكفيل في غلط، حيث كان يعتقد أن المدين الأصلي كامل الأهلية، هذا غلط في صفة جوهرية، فيجوز هنا للكفيل أن يطلب إبطال عقد الكفالة، لأنه لو كان يعلم بسن المدين ما أقدم على إبرام عقد الكفالة.

الحالة تظهر هنا بالنسبة للمؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد حيث أن الشريك الوحيد يمكن أن يكون قاصرا (Mineur)، سواء أكان قاصرا مرشدا أو غير مرشد[4]، إلا أنه لا يمكنه أن يكون مديرا، ففي حال تمويل البنك لهاته المؤسسة وتصرف صاحب المؤسسة على اعتباره مديرا لها سواء بعلم البنك أو بغير علمه، لأنه يجهل النظام القانوني لهذا النوع من المؤسسات، لكنه عند قيامه بهذه العملية اشترط تقديم كفيل يضمن المؤسسة، فتقدم الكفيل لضمان ذلك، فإذا كان هذا الأخير على علم بنقص أهلية ممثل المؤسسة كانت الكفالة صحيحة وعليه تنفيذ التزامه إذا لم تنفذه المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة، أما إذا

1- نفس المرجع، ونفس الصفحة.

2-المادة 649 من القانون المدني الجزائري: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول. . . "

3-المادة 654 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري: "غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه. "

4-القاصر المرشد هو الذي أذن له بممارسة التجارة، أما القاصر غير المرشد هو الذي لم يؤذن له بممارسة التجارة، ليلى بلحاسل منزلة، ميزات المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة، دراسة مقارنة، ابن خلدون للنشر وتوزيع، وهران، 2006، ص. 64-65.

لم يكن على علم بذلك جاز له أن يطلب إبطال عقد الكفالة لأنه وقع في غلط جوهري، أي في صفة المدين الأصلي.

على المصرفي أن يكون على دراية جيدة بالنظم القانونية للمنشآت الاقتصادية[1]وأن يتجنب الوقوع في الأخطاء التي تكلفه مخاطر إضافية بالإضافة إلى خطر عدم التسديد، وما دام أن الكفالة هي فعل حالي هدفه الاحتياط من ضد احتمالات سيئة في المستقبل، ونظرا لأهمية الكفالة كضمان شخصي ينبغي أن يعطي لها اهتماما أكبر، ويتطلب ذلك الوضوح في كل الجوانب الأساسية فيها والمتمثلة على وجه الخصوص، موضوع الضمان ومدة الضمان والمؤسسة المدينة والشخص الكفيل، من حيث الثقة والأهلية والمقدرة على الوفاء، لأنه متى كانت هناك عشوائية من طرف البنك الدائن في دراسة المؤسسة الاقتصادية من كل الجوانب ولو كان الأمر بسيطا فانه يعرض أمواله للخطر وكذا الضمان الذي تحصل عليه، كأن يتحلل الكفيل من التزاماته أو لوجود نقص في أهلية المدين المكفول أو أن يتعرض الكفيل للغلط أو إكراه من طرف الدائن نفسه.

ب- أن يكون الالتزام المكفول صحيحا

إن فكرة تبعة التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على كل أحكام الكفالة، ومن هنا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا تكون الكفالة صحيحة أيضا، وهذا استنادا إلى القانون المدني الجزائري: "لا تصح الكفالة إلا في الالتزام الصحيح، ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا"[2]وبناء على ذلك يمكن التساؤل عن إمكانية كفالة الالتزام الباطل والالتزام القابل للإبطال.

- كفالة الالتزام الباطل (Cautionnement de l'obligation nulle)

إذا كفل الكفيل دينا، وكان هذا الالتزام باطلا فان الكفالة تكون باطلة على اعتبار أن الكفالة عقد تبعي، فالتزام الكفيل يتبع التزام المدين الأصلي في صحته وبطلانه، ويكون التزام هذا الأخير باطلا إذا اختل أحد أركانه،

1-طبقا للقانون التجاري الجزائري فان هناك عدة أنواع من الشركات التجارية لكل واحدة منها نظامها القانوني الخاص، فمن حيث مسؤولية الشركاء نجد: في شركة التضامن كل الشركاء يجب أن تكون لهم أهلية الاتجار، لأن مسؤوليتهم غير محدودة، أما في شركة المسؤولية المحدودة بنوعيها يمكن للشريك أن يكون قاصرا، كما أن في شركة المساهمة ونظرا للمسؤولية المحدودة للشركاء حق للقاصر أن يكون شريكا فيها، أما شركة التوصية البسيطة فهي تتكون من نوعين من الشركاء، الشركاء المتضامنون -ومسؤوليتهم غير محدودة وبالتالي يجب أن يكون الشريك له أهلية الاتجار، وشركاء موصون مسؤوليتهم محدودة فهنا يمكن للقاصر أن يكون شريكا فيها، وكذا نفس الشيء مع شركة التوصية بالأسهم، فرحة زراوي صالح، محاضرات في القانون التجاري، السنة الثالثة ليسانس، 2003كلية الحقوق، وهران، ص. 17.

2- المادة 648 من القانون المدني.

لأن الكفالة ككل العقود تحتاج إلى شروط موضوعية عامة وهي الرضا والمحل والسبب، فإذا اختل ركن من هذه الأركان كان العقد باطلا وبالتالي الكفالة التي تكفله باطلة ويظهر البطلان أكثر في حال عدم مشروعية المحل أو السبب في العقد الأصلي.

لكن القضاء الفرنسي رجح بقاء التزام الكفيل وذلك طبقا للقرار الصادر بتاريخ 02-11-1994باعتبار أن الكفالة لا تغطي الالتزامات التعاقدية فقط ولكن أيضا ما يتبع البطلان[1].

لكن الفقه اعترض على هذا الموقف واعتبر أن ما بني على باطل فهو باطل، وبالتالي فان هذا يعتبر إخلالا بأحد خصائص الكفالة وهي أنها عقد تبعي. فإذا كان البطلان قائما على عدم مشروعية المحل أو السبب كأن يكون نشاط الشركة المكفولة مخالفا للنظام العام والآداب العامة، فان الاعتراف بالوجود الفعلي للكفالة معناه الاعتراف بالنشاط غير المشروع الذي تمت كفالته، وهذا يتنافى مع المنطق والقانون، فإذا تم تمويل هذا النشاط وتمت كفالته فعقد التمويل باطل والكفالة باطلة لأن نشاط المؤسسة باطل.

إذا تعاقد البنك مع منشأة على آلية من آليات التمويل وكان الغرض الذي تهدف إليه هذه الأخيرة من وراء هذا القرض غير مشروع أو أن ركن الرضا غير متوفر، وتم إبرام العقد، ثم تقدم كفيل لضمان البنك الدائن بأن كفل المنشأة، فإذا ما تقدم أحد المتعاقدين البنك الدائن أو المنشأة الممولة بطلب بطلان العقد بطلانا مطلقا، فان الحكم يكون حتما بإبطال عقد التمويل وإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، والذي يفرض إرجاع الأموال المقترضة إلى البنك الدائن، فالمدين هنا يلتزم بالدفع الفوري، مما ينتج عنه اختلاف كبير خاصة في نسبة الفوائد وكذا في آجال الاستحقاق.

لكن مادام العقد باطلا لا يمكن أن نتصور أنه يحدث آثارا بين المتعاقدين، حيث لا نتصور وجود نسبة فوائد، فإذا كان الدين باطلا فآثاره باطلة أو غير مقبولة أصلا، تبقى وضعية الكفيل في مثل هذه الحالة وخاصة إذا لم يكن على علم باختلال أحد أركان العقد الأصلي هنا تكون الكفالة باطلة وبالتالي لا يوجد أي التزام على عاتق الكفيل، على اعتبار أن أحد خصائص الكفالة أنها عقد تبعي، فإذا كان الالتزام الأصلي صحيحا وجب

1-Philipe Hegner, op. cit, p. 20: "L'obligation de restituer inhérente au contra t de prêt demeure valable. Les considération des quelles le prêt a été consenti subsistaient donc tout que cette obligation n'est pas éteinte. "

تنفيذه، وبالتالي وجب معه تنفيذ التزام الكفيل إذا لم يستطع المدين الأصلي ذلك، أما إذا كان الالتزام الأصلي باطلا لأي سبب من الأسباب لا نتصور وجود التزام من الكفيل وإلا نكون نفينا خاصية التبعية عن الكفالة وجعلناها التزاما أصليا وهذا خطأ فقها وقضاء، وبالتالي إرجاع جميع الأطراف، الدائن والمدين والكفيل إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد دون إحداث أي آثار قانونية، وبالتالي نكون قد طبقنا المبدأ العام ما بني على باطل فهو باطل، أما إذا تم العكس فان ذلك مخالف للمنطق والقانون.

حتى بالنسبة للشركة الفعلية فانه لا يمكن تطبيقها وان باشرت أعمالا قبل الحكم بالبطلان إذا كان البطلان قائما على عدم توافر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة[1]، أو إذا كان البطلان منصبا على عدم مشروعية المحل أو السبب، فلا يكون عندئذ للشركة وجود قانوني ولا فعلي[2]. ومنه إن كان هناك كفيل فإن الكفالة كذلك كأن لم تكن، لأنه لا يمكن كفالة ما هو باطل.

- كفالة الالتزام القابل للإبطال (Cautionnement de l'obligation annulable)

إذا كان الالتزام الأصلي المكفول قابلا للإبطال فان الكفالة تكون كذلك، والقابلية للإبطال تعني أن الالتزام صحيح ومنتج لآثاره حتى يتم الحكم ببطلانه، فان حكم ببطلانه بناء على طلب المدين الأصلي سقطت الكفالة تبعا لذلك، أما إذا أصبح الالتزام الأصلي القابل للإبطال صحيحا بالإجازة من طرف هذا الأخير أو سقط حقه في ذلك[3]، فان الالتزام المكفول يتأكد وجوده وكذلك التزام الكفيل، وفي حال قابلية التزام الكفيل للإبطال ولم يجز هذا الأخير ذلك حيث تمسك بإبطالها تبطل الكفالة رغم إجازة الالتزام الأصلي.

ويكون الالتزام المكفول قابلا للإبطال لأي سبب كان، لنقص في الأهلية أوعيب من عيوب الإرادة، شريطة أن يكون الكفيل غير عالم بذلك وقت انعقاد العقد، جاز له أن يتمسك ببطلان التزامه ولو لم يتمسك المدين ببطلان الالتزام الأصلي المكفول[4].

بصفة عامة، إذا ما تقرر إبطال العقد الأصلي بناء على طلب من تقرر لمصلحته الإبطال فان الالتزام

1-الشروط الموضوعية الخاصة منصوص عليها في المادة 416 من القانون المدني الجزائري بالإضافة إلى نية الاشتراك، أما تعدد الشركاء فمستثنى من مؤسسة الشخص الواحد.

2-فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 3.

3-المادة 101 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. "

4-فوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص. 11.

المكفول يزول ويبطل معه عقد الكفالة لأنها عقد تابع للعقد الأصلي.

فإذا ما تصرف ناقص الأهلية في شركة ذات مسؤولية محدودة باسمها وطلب قرضا من البنك لتمويل مؤسسته، أو أن الممثل الشرعي لأية شركة أجرى تصرفا ليس من سلطاته أو أنه خارج عن موضوع أو غرض الشركة، فإننا نكون هنا أمام احتمالين:

- الاحتمال الأول تقدم المدين أو من يهمه الأمر بالمطالبة بإبطال عقد الائتمان لوجود مدين ناقص الأهلية وأنه ليس أهلا لإجراء التصرفات باسم هذه المنشأة رغم إمكانية أن يكون شريكا فيها، أو أن ممثل الشركة تصرف بما لم يدخل في موضوع أو غرض الشركة، هنا التزام الشركة المكفول يزول، ومنه إرجاع المبلغ المقترض الى البنك، وبما أن الكفالة تابعة لعقد القرض فان عقد الكفالة يبطل كذلك، حتى أنه للكفيل إمكانية للمطالبة بإبطال العقد الأصلي حتى يتحلل من التزامه شريطة أن يكون ليس لديه علم بعدم أهلية المدين الأصلي، لأنه وقع في غلط جوهري.
- الاحتمال الثاني عدم تقدم أي أحد للمطالبة بإبطال العقد الأصلي أو الكفالة من المدين أو الكفيل لوجود عيب في الرضا أو الأهلية، فان الالتزام المكفول يتأكد وجوده وبالتالي يكون التصرف صحيحا وعلى المؤسسة تنفيذ التزاماتها تجاه البنك الدائن، كما أن الكفالة تكون صحيحة وعلى الكفيل أن ينفذ التزامه إذا لم تستطيع المؤسسة المكفولة ذلك.

وبالنسبة للشركة الفعلية التي قامت بتصرفات اتجاه البنك وكانت باطلة على أساس نقص الأهلية أو وجود عيب في الرضا فان التصرفات التي التزمت بها في مواجهة الغير تعد صحيحة ومنتجة لآثارها ويحق للبنك الدائن لها التمسك ببقائها، وبالتالي صحة عقد الكفالة، كما له حق شهر إفلاسها وتقسيم أموالها لاستيفاء حقه حسب قواعد الإفلاس، وهذا كله حسب المصلحة التي يرى البنك أنها مناسبة له. فتعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة[1]، ومن ثم تبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة، سواء كانت كفيلة للغير أو مكفولة من قبل الغير، لذلك اعترف المشرع بنظرية الشركة الفعلية التي تسمح بتثبيت التزامات الشركة خاصة اتجاه الغير[2].

1-نادية فضيل، المرجع السابق، ص. 55.

2-فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 3.

فعلى البنك أن يأخذ الحيطة والحذر حتى لا يتعرض للمخاطر، وذلك بالدراسة الجيدة للمؤسسة المموَّلة من حيث التأسيس والمقدرة على الوفاء، وللكفيل أيضا من حيث شخصه ومدى قدرته على الوفاء، ولعقد الكفالة كذلك من حيث تحديد المبلغ المكفول بدقة، وتحديد مدة الالتزام حتى لا تكون هناك إمكانية لتحلل الكفيل من التزامه كي لا يخسر البنك آلية ضمان هامة تكفل له حماية أمواله في حال تعرضه لخطر عدم التسديد، لأن لديه مدينان أحدهما أصلي والآخر كفيل، فالاعتماد على الضمان وحده دون تشخيص للمؤسسة وللكفيل غير كاف للحماية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية.

كما أنه يجب على الكفيل أن يأخذ الحيطة والحذر قبل الإعلان عن التزامه لأن فيه مخاطر، فقد ينصرف إلى جميع ذمته الشخصية خاصة إذا لم تكن للمؤسسة المكفولة الملاءة للوفاء بالتزامها فيضطر عندئذ الكفيل للوفاء مكانها.

ج – أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين

إن هذا الشرط ليس خاصا بالكفالة فحسب، إنما شرط عام بالنسبة لجميع العقود، أي أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين، كأن يعين أطراف هذا الالتزام من الدائن والمدين، ويعين مصدر الدين.

فيجب تعيين طرفي الالتزام وهما الدائن والمدين، لأنه من الضروري أن يعرف الكفيل الشخص الذي سيرجع عليه إذا ما اضطر الوفاء بالالتزام للدائن، وأكثر من ذلك يجب معرفة كل التفاصيل على المدين من سنه ووظيفته والسلطات المخولة له وحدودها للتصرف باسم المؤسسة إذا ما كان موضوع الدين قرضا، وهذا حتى لا يقع الكفيل في غلط يؤدي إلى بطلان عقد الكفالة، فمحكمة النقض الفرنسية حكمت بإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف في 27-02-1996 التي قضت بصحة الكفالة التي لم يعين فيها اسم المدين المكفول فهنا خرق لقواعد القانون المدني[1].

ويجب تعيين محل الالتزام المكفول بما يشمله من مبلغ الدين والفوائد، ومصدر الالتزام المكفول، الذي يكون في حالة التمويل تعيين آلية التمويل.

1-راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 51.

وبما أن العقد شريعة المتعاقدين يمكن أن يتفق البنك مع الكفيل أن يكون التزام هذا الأخير مختلفا في المقدار والشروط عن الالتزام الأصلي، لكن دون الخروج عن مقتضيات المادة 652من القانون المدني التي لا تجيز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو منصوص عليه في العقد الأصلي، ولا بشروط قاسية أشد من شروط على المدين الأصلي المكفول، ولكن إذا كان المبلغ أقل والشروط أهون فيجوز الاتفاق على ذلك، وبالتالي تكون الكفالة جائزة تبعا لذلك.

ورغم أن هناك إمكانية لأن يكون التزام الكفيل أشد، إذا كان هناك تضامن بين مجموعة من الكفلاء أو بين المدين والكفيل (الكفالة التضامنية) عكس ما هو عليه في الكفالة البسيطة، إلا أنه دائما لا يجب أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي، وهذا طبقا لنص المادة السالفة الذكر.

رابعا: السبب (La cause)

إن السبب في الكفالة له أهمية عملية وأساسية–ونظرا لعدم وجود هذا الركن في الأنظمة القانونية المختلفة وعلى اعتبار أن الكفالة كباقي العقود لابد من توفرها على الأركان الموضوعية العامة سابقة الذكر من بينها ركن السبب– نعود إلى القواعد العامة في القانون المدني، فطبقا لما جاء في القانون المدني نجد: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب،

كان العقد باطلا. "[1]، وحسب نفس القانون نجد: "كل التزام مفترض أن له سبب مشروع ما لم يقم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي مالم يقم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه. "[2]

فإذا كنا أمام عقد تمويل مؤسسة فان السبب هو الغاية أو الهدف أو التبرير الذي جعل الكفيل يتقدم بالتزامه لكفالة هذه المؤسسة المموَّلة من طرف البنك، السبب يكون في كثير من الأحيان غير واضح، ماعدا إذا كانت هناك مصلحة أو رابطة اجتماعية بين الكفيل والمدين أو كان هناك هدف مادي من وراء هذه الكفالة، ونتصور ذلك في حال ما إذا كانت هناك رابطة عائلية بين المدين والكفيل، كأن تكون مبنية على العلاقة الزوجية كون الكفيل زوجا للمدين المكفول، أو أن الكفيل عضوا في الشركة المكفولة كمدير أو شريك، فإذا ما كان هناك

1– المادة 97 من القانون المدني.

2– المادة 98 من القانون المدني.

انفصال بين الزوجين الكفيل والمكفول وإذا ما خرج الكفيل من الشركة المكفولة كعضو هنا نجد غياب السبب وبالتالي يبطل معه عقد الكفالة[1].

كما أننا نتصور السبب في عقد الكفالة إذا كان هناك غرض مادي من إنشاء عقد الكفالة، ويظهر ذلك جليا في الكفالات البنكية التي تقدم كفالتها لعملائها من أجل حصولها على عمولة، والعميل المكفول تتدعم ثقته عند الآخرين ويتحصل على طلبياته.

كذلك يظهر السبب بوضوح عندما تكفل الشركة الأم الشركة الفرع وتضمنها أمام البنك من أجل أن تتحصل على مبلغ القرض، فالمصلحة تقضي أن تقوم الشركة الأم بهذا التصرف.

كما يظهر السبب في حال ما إذا كفل الكفيل مدينا ناقص الأهلية لأنه أراد حماية أموال البنك، القصد من الكفالة هنا هو حماية البنك الدائن مما قد يتعرض

له من ضرر نتيجة تمسك المدين بإبطال العقد الذي أنشأ الالتزام، لكن إذا كان الهدف من الكفالة هو الإضرار بمصلحة المدين المكفول أو الدائن، كأن يكون ذلك على سبيل الضغط أو الحصول على مصالح غير مشروعة أو القيام بأعمال تمس بالنظام العام والآداب العامة.

لكن الهدف الواضح والرئيسي من كفالة الكفيل للمؤسسة الاقتصادية المموَّلة هو جعلها تتحصل على التمويل الذي تريده، على اعتبار أن البنك قد يشترط من المؤسسة تقديم كفالة كضمان مقابل منحها مبلغ التمويل المطلوب، وهذا كإجراء تحويطي لحماية أمواله من خطر عدم التسديد.

كما أن الكفالات البنكية التي تقدمها البنوك لعملائها هدفها هو الحصول على عمولة من هذه العملية من جهة، ومن جهة ثانية تقوية المركز التعاقدي للعملاء وحمايتهم من خطر عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته، البنك هنا ضامنا لعميله وأن يحل محله إذا عجز عن الدفع، وقبل أن يقدم البنك على مثل هذا الالتزام وجب

1-لكن بعد ذلك اتجه رأي إلى اعتبار أن هذه المستجدات لا تؤثر على صحة الكفالة فلا تكون باطلة، بل تظهر في هذه الحالة كتصرف مجرد عن سببه، وأصبح دور السبب محدود في عقد الكفالة، فالكفالة لا تؤدي دورها كضمان اذا كان الكفيل يفاجئ البنك الدائن في كل مرة بمستجدات وأحداث خاصة لحياته المهنية والعائلية، كما أنه قد يستغلها كذريعة للتحلل من التزامه، كما يظهر ذلك جليا في أحكام القضاء، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في8-11-1972:"ان سبب الالتزام بالكفالة يوجد في السماح للشركة المكفولة بالحصول على قرض وليس في الوظيفة التي يشغلها الكفيل في هذه الشركة. . "، راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 54.

التأكد من السمعة الائتمانية للعميل، ومدى نجاعة المشروع موضوع التمويل، ومدى مشروعية سبب الدين المكفول[1].

الفرع الثاني: نطاق التزام الكفيل

عقد الكفالة اتفاق بين الدائن والكفيل، وهذا الاتفاق هو الذي يحدد حدود التزام الكفيل، وهذه الحدود تكون وفقا لبنود العقد، فإذا تخلف بند منها وجب أخذه بالتفسير الأصلح للكفيل، ويستند هذا المبدأ التقليدي والعام إلى تفسير الشك لمصلحة المدين.

أولا: نطاق التزام الكفيل من حيث الموضوع

هنا يجب التمييز بين الكفالة المطلقة والكفالة المحددة لمعرفة حدود التزام الكفيل.

أ-الكفالة المطلقة (Le cautionnement illimité)

هي الكفالة غير المحددة، وهي التي يكون التزام الكفيل فيها بعبارات عامة، أيدون تعيين للالتزامات التي قبل ضمانها اتجاه الدائن، كما يمكن أن تتضمن ديون المؤسسة اتجاه البنك حتى وان جديد بشأن هذه الديون المضمونة، لكن رغم ذلك تبقى الكفالة غير المحددة خاضعة لمبدأ أساسي وهو انحصارها في نطاق ما رضي به الكفيل ووجوب التضييق في تفسير التزام هذا الأخير، عملا بمبدأ الشك يفسر لصالح الطرف الضعيف في العقد، أي التفسير الأصلح للمدين[2].

لكن لا يمكن تصور وجود كفالة بهذا التوسع في ميدان الضمان، لأن الكفالة تصرف خطير له آثار سلبية على ذمة على الذمة المالية للكفيل في حال تحقق خطر عدم التسديد من طرف المؤسسة المكفولة، لأن الدائن سوف يعود على الكفيل، والأخطر من ذلك إذا التزم هذا الأخير بالتزامات مطلقة، فقد يُطالَب بالدين والفوائد وفوائد التأخير والتعويضات عن الخسائر جراء ذلك إن وجدت.

لكن لا نتصور وجود هذا النوع من الكفالة إلا إذا كانت هناك قرابة أو مصلحة تفرض ذلك، وخاصة بالنسبة للعلاقة القوية التي تربط الشركة الأم بالشركة الفرع أو الشريك بشركته أو الرابطة الاجتماعية بين المدين والكفيل أو في حال الكفالة البنكية القائمة على العمولة من هذه العملية، هذا قد يجعل الكفيل يكفل المدين دون

1-معمر سعدوني، المرجع السابق، ص 21.

2-فوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص 12.

تحديد لمقدار الالتزام. هذا عكس الكفالة التبرعية التي يقوم بها الشخص الطبيعي لا نتصور أن تكون مطلقة، فهو لا يخرج عن حدود الالتزام الذي تعهد به المدين الأصلي وبنفس الشروط[1].

وفي إطار أهلية الشركات فانه يجوز للشركة قبول التبرعات من الغير كأن يتبرع شخص طبيعي ميسور بكفالته لها بشرط ألا يكون التبرع مقترنا بشرط يتنافى مع غرض الشركة، أما تبرعات الشركات للغير فالأصل عدم جوازها لتعارض ذلك مع غرض الشركة وهو السعي وراء تحقيق الربح، حيث لا نتصور تقديم شركة لكفالة تبرعية للغير سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا لأن ذلك يتنافى مع هدف الشركة[2].

فالقاعدة القانونية التي جاءت بها المادة السابقة الذكر غير محددة بضرورات شكلية أو موضوعية، لأن الكفيل غير ملزم بأن يضع في العقد القيمة أو المبلغ أو الشروط، حتى مدة الالتزام يمكن أن تكون غير محددة، لكن هذا الشرط الأخير من فائدة الكفيل وفي غير مصلحة البنك الدائن، لأنه يمكن للكفيل التحلل من التزامه في أي وقت، ويحدث ذلك في حال ما إذا كان مبلغ الدين المضمون غير محدد وقت إبرام العقد.

ولكن من مصلحة الكفيل أن يحدد كل ما يتعلق بالدين الأصلي المضمون في عقد الكفالة ولو بحد أقصى يناسب قدرات وملاءة الكفيل، وهذا حتى لا يلتزم بشيء فوق قدراته وطاقته المالية، لأنه في حال ما إذا كفل الكفيل مؤسسة اقتصادية مدينة للبنك نتيجة عقد قرض ولم يتم التحديد، هنا يكون الكفيل مسئولا عن أصل الدين المكفول وملحقاته، من فوائد قانونية واتفاقية والتعويضات الناشئة عن التأخر في تنفيذ الالتزامات، لأن القرض غير المسدد في المواعيد المتفق عليها يمكن أن يرتب مصاريف إضافية على البنك الممول، من تكاليف التشغيل ومصاريف الاتصال والتكاليف الناجمة عن استخدام الوسائل[3]. هذه التكاليف والأعباء يتحملها الكفيل إذا كانت الكفالة مطلقة، بالإضافة إلى إمكانية تحمله للفائدة المركبة التي هي نسبة الفائدة على مبلغ القرض وعلى الفائدة التي يحتسبها البنك الدائن نتيجة تأخر المؤسسة في السداد.

لكن إذا شاب الكفالة غموض وكانت هناك منازعات، فان تفسير هذه الأخيرة يجب أن يكون ضيقا

1-المادة 652 سابقة الذكر.

2-عبد القادر البقيرات، دروس في القانون التجاري الجزائري (الشركات التجارية)، المدرسة الوطنية للإدارة السنة الثالثة ليسانس، الجزائر، 2003-2004، ص. 26.

3-على سبيل المثال واستنادا لدراسة نشرت، قدرت تكاليف قرض غير مسدد في فرنسا سنة 1989 حوالي 16000 فرنك فرنسي، M. Mathieu, op. cit, p. 289.

ودائما ف مصلحة الكفيل، وان توسع الكفيل في التزاماته يجب الأخذ بأقل حد ممكن، فلا تكون هناك مبالغة في المصروفات، فهناك وفي هذه الحالة الأخيرة من يفرق بين المصروفات قبل إخطار البنك للمدين والتي بعد الإخطار، ففي الحالة الأولى الكفيل يتحمل هذه المصروفات، أما في الحالة الثانية لا يتحملها الكفيل.

وفي حالة الكفالة المطلقة فان المشرع تفطن إلى هذا النوع من الكفالة، حيث يمكن ألا يوجد اتفاق بين الكفيل والدائن في هذه الحالة تفسر الكفالة تفسيرا موسعا، فهي تشمل الدين وكل ما يستجد إلى حين حلول أجل تنفيذ الالتزام[1].

ب- الكفالة المحددة (La cautionnement limité)

هنا يسأل الكفيل في حدود ما يقوم، فإذا كفل جزء من التزامات المدين فانه يسأل عن هذا الجزء فقط، وبالتالي فالكفالة المحددة لا تتجاوز الحدود المرسومة في العقد، فإذا ما تقدمت مؤسسة اقتصادية بطلب إلى البنك للحصول على تمويل واشترط هذا الأخير تقديم كفيل، وتقدم الشخص ليعلن التزامه ولكنه اشترط أن يضمن أصل الدين فقط دون الفوائد، فان الكفيل يلتزم بما نص عليه عقد الكفالة فقط، فلا يمكن للبنك الدائن أن يطلب منه الفوائد أو ملحقات الدين في حال عدم السداد أو التأخر عن السداد من طرف المؤسسة المكفولة، لكن هذا التحديد يكون باتفاق الطرفين الدائن والكفيل ويسجل ذلك في عقد الكفالة، كما أن هذا التحديد يجب أن يكون دقيقا وواضحا، لأنه إذا لم يكن كذلك سوف تفسر الكفالة تفسيرا واسعا ومنه نعود إلى نص المادة 653 السالفة الذكر.

ثانيا: نطاق التزام الكفيل من حيث الأشخاص

كما أشرنا سابقا، فمن مصلحة الكفيل أن يحدد كل كبيرة وصغيرة لالتزامه في عقد الكفالة، بالإضافة إلى مبلغ الدين المكفول ومدة الالتزام يجب تحديد أطراف الالتزام وهما الكفيل والمدين الأصلي بالإضافة إلى البنك الدائن، فالدائن والكفيل طرفان أساسيان في عقد الكفالة فهما اللذان يتبادلان الإيجاب والقبول، بينما المدين المكفول ليس طرفا فيها، لأنه يمكن كفالته وهو غير راض بذلك وحتى دون علمه، ولكن رغم ذلك إلا انه يعتبر عنصرا جوهريا في عقد الكفالة على اعتبار أن الغلط في شخص المدين أو في صفة من صفاته يجعل عقد الكفالة

1-المادة 653 من القانون المدني الجزائري: "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فان الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل. "

قابلا للإبطال، كأن يكون الكفيل اتجهت إرادته إلى كفالة شركة تضامن لكنه وجد نفسه قد كفل شركة ذات مسؤولية محدودة، على اعتبار أن الأولى يسأل الشركاء فيها مسؤولية غير محدودة وشخصية ومطلقة وبالتضامن عن ديون الشركة هذا يصب في مصلحته عكس الثانية التي يسأل الشركاء فيها مسؤولية محدودة حسب مُقدَّماتهم، أوان الكفيل كفل شركة ضانا أنها قدمت للبنك الممول ضمانات أخرى فاكتشف أنها قدمت الكفالة فقط كضمان، لأن الضمانات الأخرى سوف تحميه من احتمالية رجوع البنك الدائن عليه في حال عدم قدرة الشركة على الوفاء بالتزامها.

كما أن المدين محل اعتبار، لأنه في حال ما إذا أُستبدل بمدين آخر أو حُوّل الدين إلى مدين آخر ويكون هذا في حال انتقال الالتزام[1]، فهنا يمكن للكفيل إبطال عقد الكفالة.

أما بالنسبة للقانون التجاري فتظهر هذه الحالة جلية في حال تحول المؤسسة إلى شخص معنوي آخر، ويكون ذلك عند دمج مؤسستين في بعضهما لتتحول إلى مؤسسة جديدة، أو في حال تحول الشركة مهما كان نوعها إلى شركة أخرى لظروف طرأت على الشركاء نتيجة وفاة أو انسحاب أحد الشركاء لكن بشروط وإجراءات قانونية، ومهما يكن نوع الدمج أو التحول[2] فإن المؤسسة المكفولة سوف تتغير بالنسبة للكفيل، حيث سوف يكفل شخصا معنويا جديدا وله الاختيار إما أن يقبل هذا الطارئ أو أن يطلب إبطال عقد الكفالة، لأن للكفيل إمكانية التحلل من التزامه إذا تغير المدين الأصلي ومن ثمّ تبرأ ذمة الكفيل.

الفرع الثالث: آثار الكفالة (Des effets du contrat)

إن عقد الكفالة ينشئ علاقات مختلفة: علاقة بين الدائن بالمدين من خلال مطالبة الدائن للمدين بالوفاء بالتزامه، إذا لم يف هذا الأخير بالدين أمكن للدائن الرجوع على الكفيل للوفاء بذلك بموجب عقد الكفالة فتنشأ

1-المادة 251 من القانون المدني الجزائري: "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين. "

2-الدمج قد يكون عن طريق الضم (Absorption) وهذا إذا اندمجت شركة في شركة أخرى قائمة، حيث تنقضي الشركة المندمجة وتفقد شخصيتها المعنوية وتحل محلها الشركة الدامجة، بحيث تنتقل جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة الى الشركة الدامجة وتصبح هي المسئولة عن كل الالتزامات، أما حالة المزج(Création)فتعني اندماج شركتان أو أكثر قائمة لتنشأ شركة جديدة تكون هي المسئولة عن كل الالتزامات. المادة744من القانون التجاري، وليلى بلحاسل منزلة، المرجع السابق، ص. 138-139. أما التحول فهو انتقال الشركة من نوع الى نوع آخر من الأنواع المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري وهذا في حال حدوث طارئ على أحد الشركاء أو أكثر من وفاة أو انسحاب أو عارض، ويكون هذا باتفاق الشركاء الباقين، مع تعديل في القوانين الأساسية، واحترام القواعد الخاصة بكل شكل من الشركة المؤَافَق عليها. عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص. 35.

علاقة بين الدائن والكفيل، وعندما يفي هذا الأخير بالدين أمكنه الرجوع على المدين المكفول فتنشأ علاقة بين الكفيل والمدين.

أولا: علاقة الدائن بالمدين الأصلي

يجب على البنك الدائن الرجوع على المؤسسة المدينة والمكفولة أولا قبل أن يرجع على كفيلها، هذا إن كانت الكفالة بسيطة أو أن الكفيل لم يتنازل عن هذا الحق باعتباره قاعدة مكملة ليست من النظام العام يمكن لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالف ذلك[1]، لكن إن كان أجل التزام المؤسسة والكفيل واحد أو وجود تنازل من الكفيل عن حقه في الدفع أمكن للبنك مطالبة أي واحد منهما أوهما معا.

والمقصود بالرجوع المطالبة القضائية، فلا يجوز للدائن أن يرفع دعوى على الكفيل وحده وبصفة مباشرة لإلزامه بوفاء بالدين ما لم يرفع دعوى أولا على المؤسسة المكفولة يلزمها فيها بالوفاء باعتبارها مدينة أصلية للبنك جراء عقد التمويل، لأنه إن فعل ذلك هذا الأخير فان الكفيل لديه وسيلة الدفع بوجوب الرجوع على المؤسسة أولا، إذا ثبت إعسار(Insolvabilité) هذه الأخيرة عندئذ أمكن للبنك مطالبة الكفيل[2]، على اعتبار أن المطالبة تكون للمدين المكفول ثم الكفيل ما لم يكن هناك تضامن بين الكفيل والمدين الأصلي.

ثانيا: علاقة الدائن بالكفيل

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة أن يضمن تنفيذ التزام المؤسسة المدينة، ويترتب على ذلك أن البنك الدائن يطالب الكفيل المدين التابع بالوفاء بالتزام المكفول، لكن نظرا لصفة التبعية التي تميز عقد الكفالة فانه يجب على البنك الدائن أن يطالب المؤسسة أولا قبل الرجوع على الكفيل، كما يجب أن ينفذ على المؤسسة لاستيفاء حقه قبل أن ينفذ على أموال الكفيل، هذا يسمى الدفع بالتجريد (Bénéfice de discussion)، فليس للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل استحقاقه.

1-فوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص 16.

2-قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، في9-7-2008، قضية بنك البركة الجزائر ضد (ب-س)، المجلة القضائية، العدد1، ص. 183:"لا يجوز للبنك الرجوع على الكفيل لتحصيل الدين الباقي في ذمة المدين المكفول إلا بعد ثبوت إعسار المدين، ولا يعد مجرد إعذار المدين دليلا على إعساره. . . "

لكن إذا منح البنك للمؤسسة المموَّلة مهلة أخرى للسداد كان للكفيل إما أن يفي بالدين الأصلي فور حلول أجل التزامه وإما أن ينتظر ويستفيد من مد الأجل طبقا لصفة التبعية التي تميز عقد الكفالة[1].

كما يجب التفرقة بين الكفالة البسيطة والكفالة التضامنية عند مطالبة البنك الدائن للكفيل.

فإذا كانت الكفالة بسيطة فان الكفيل كفيل عادي، وبالتالي لا يجوز للبنك الدائن أن يرجع عليه وحده ما لم يرجع على المؤسسة المكفولة وإلا كان أمام الكفيل دفع وهو مطالبة البنك بالرجوع على المؤسسة المدينة أولا[2].

أما إذا كانت الكفالة تضامنية، سواء أكان هذا التضامن بين الكفيل والمدين الأصلي[3] أو بين عدة كفلاء.

ففي الحالة الأولى يسقط حق الكفيل في هذا الدفع لأنه متضامن مع المدين الأصلي[4]، وللبنك الدائن الحق في مطالبة أي من الكفيل أو المؤسسة الممولة، أو يطالبهما معا على اعتبار وجود تضامن بينهما[5].

أما عن الحالة الثانية، وهي تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قُسم الدين عليهم، ولا يجوز للبنك الدائن مطالبة كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة[6]، ويكون للكفيل حق الدفع بالتقسيم، وإذا التزم الكفلاء بعقود متوالية فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله، إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم[7](Bénéfice de division).

نظرا لخطورة المهنة المصرفية، والمخاطر التي تعترضها جراء عملية التمويل وخاصة خطر عدم التسديد، فان البنوك عادة ما تشترط في عقد الكفالة شروطا تجعلها محمية من هذا الخطر، كأن تشترط كفالة تضامنية وليس بسيطة، كما قد تشترط على الكفيل التنازل على حقه في الدفوع عند مطالبة البنك له، وهذا حتى ينفذ الكفيل

1- طبقا لنص المادة211من القانون المدني الجزائري، فان هناك حالات يسقط فيها أجل الالتزام والتي تتمثل في: الإفلاس، إضعاف تأمينات الدين، عدم تقديم المدين ما وعد بتقديمه من تأمينات. وبما أن الكفالة عقد تبعي فان أجل التزام الكفيل يسقط تبعا للدين.

2- المادة660من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين، ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق. "

3- قرار صادر عن المحكمة العليا، في20-6-2007، قضية بنك التنمية المحلية ضد(س-ع)، المجلة القضائية2008، العدد1، ص. 87.: "الكفالة المتضامنة تفقد الكفيل حق المطالبة بتجريد المدين من أمواله. . . "

4- قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، في05-03-2008، قضية مؤسسة ترقية السكن العائلي ضد بنك التنمية وكالة417، المجلة القضائية2008، العدد1، ص. 141: "يمكن للدائن، في كفالة شخصية وبالتضامن رفع دعوى مباشرة على الكفيل المتضامن دون أن يكون في وسع هذا الأخير طلب التجريد. . . "

5- المادة665من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد. "

6- المادة664فقرة1من نفس القانون.

7-المادة664فقرة2من نفس القانون.

التزامه بمجرد مطالبة البنك الدائن له، كيلا تكون هناك أعباء إضافية على حساب أموال هذا الأخير، لأن المطالبة بالأموال التي أقرضها قد تكلفه غاليا وخاصة في حال ما إذا لم يجد استجابة سواء من المدين أو الكفيل[1]. وأكثر من ذلك قد يطلب البنك الدائن من المؤسسة طالبة التمويل أن تقدم كفيلا عينيا، هذا الأخير يقدم للبنك الدائن كضمان رهنا لأملاك عقارية يملكها، وليس له الحق في الدفع بالتجريد ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، ومَؤدى ذلك أنّه يمكن للدائن البدء في التنفيذ على العقّار المرهون المملوك للكفيل العيني دون أن يعترض على ذلك، ولكن يبقى الخطر قائما حيث يجوز للكفيل أن يتمسّك ضد البنك الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسّك بها باعتبار أنّ الكفالة عقد تبعي[2].

بالإضافة إلى كل ذلك فهناك دفوع أخرى للكفيل أن يتمسّك بها وهي في مجملها تشكّل حماية للكفيل وتمثّل خطرا على الدائن إذا لم يضعها في الحسبان وتتمثّل في:

- الدفع بإضاعة التأمينات، أي أخذ أي ضمان خاص سواء كان اتفاقيا أو قانونيّا أو حتى قضائيا، حيث تبرأ ذمّة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن من ضمانات ولو كانت بعد الكفالة[3].
- الدفع بعدم اتخاذ الدائن للإجراءات ضد المدين، فتأخر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين تجعل الكفيل تبرأ ذمته وبالتالي يكون قد ضيّع إحدى ضمانات الائتمان[4].
- الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين، فهي الوسيلة التي تسمح للدائن في الحصول من المدين على ما يمكنه من استيفاء حقّه، لأنّه إذا ضيّع ذلك لا يمكنه الرجوع على الكفيل الذي يمكنه التمسك ببراءة ذمّته بالقدر الذي أضاعه الدائن عند عدم دخوله في تفليسة المدين[5].

1-علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 340.

2- المادة 893 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمادة 1042 فقرة 02 من القانون المدني المصري والتي تنصّ: "إذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسّكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسّك بما للمدين التمسّك به من أوجه الدفع المتعلّقة بالدين ويبقى له هذا الحق ولو تنازل عنه المدين".

3- المادة 656 من القانون المدني الجزائري.

4- المادة 657 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

5- المادة 658 من القانون المدني الجزائري، وقرار المحكمة العليا، رقم 264039 الصادر بتاريخ 2002/10/09 بين القرض الشعبي الوطني وكالة 30 وديوان الترقية والتسيير العقاري: "حيث وأنّ المحكمة العليا وبالرجوع إلى عناصر الملف وجدت أنّ المدين مؤسسة أشغال البناء قسنطينة قد حلّت وعيّن لها مصفّي والحال كان على المدّعى عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري أن يطالب بدينه أمام المصفى قبل العودة على الكفيل (القرض الشعبي الوطني) وهو ما لم يقم به، وبذلك أخطأ في تطبيق المادة 658 قانون مدني، ومنه كان على الدائن إتباع الإجراءات اللازمة قبل العودة على الكفيل".

لكن النص القانوني واضح في هذه المسألة، حيث أعطى هذه الآلية القانونية للكفيل كي يتمسك بها وهي جملة من الدفوع لأن ذلك من حقه، على اعتبار أن الكفالة من التصرفات الخطرة التي قد تنصرف إلى كل الذمة المالية للكفيل، فلا يمكن تصور تنازل الكفيل عن حقه في الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم بهذه السهولة[1] ما لم تكن هناك مصلحة قوية جدا بين الكفيل والمدين المكفول وما لم تكن للكفيل ثقة كبيرة في المدين الذي يكفله وقدرته على الوفاء، أضف إلى ذلك ولحماية أكثر للكفيل فانه عادة ما لا يتقدم هذا الأخير بالتزامه اتجاه البنك الدائن إلا إذا وجد ضمانات أخرى قدمتها المؤسسة إلى البنك إلى جانب الكفالة التي التزم بها هو.

ثالثا: علاقة الكفيل بالمدين

الكفيل الذي وفى بالدين المضمون للبنك الدائن له حق الرجوع على المدين الأصلي لاسترجاع ما دفعه، ويكون ذلك وفقا لآليات قانونية من حق الكفيل.

أ- دعوى الكفالة (Action en cautionnement)

وهذا ما تنص عليه المادة 670 فقرة 1 من القانون المدني، حيث يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين والمادة 672 من نفس القانون تنص على أن للكفيل الحق في الرجوع على المدين ومطالبته بأصل الدين والمصروفات[2] إذا وفى الدين.

ب- دعوى الحلول (Action en subrogation)

يقصد بها أن الكفيل إذا وفى الدين مكان المدين الأصلي يحل محل البنك الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المؤسسة المكفولة، هذا طبقا لما نصت عليه المادة 671 من القانون السالف الذكر، لكن إذا وفى ببعض الدين فلا يرجع على المدين إلا إذا وفى هذا الأخير كامل الدين للدائن، وهذا طبقا للمادة السالفة الذكر[3].

الفرع الرابع: حالات انقضاء الكفالة

بالإضافة إلى الأسباب العامة لانقضاء الكفالة[4]، فان هناك حالات أخرى تنقضي بها الكفالة. وهذه

1-المادة 660 السالفة الذكر:". . . ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق. "

2-المصروفات التي يطالب بها الكفيل المدين التي دفعها من وقت إخبار المدين بالإجراءات المتخذة ضده، نفس المادة السابقة.

3- المادة671:"إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين. ولكن إذا لم يوف الا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين. "

4-الوفاء، الوفاء بمقابل، التجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، استحالة التنفيذ، الإبراء، التقادم، هذا ما جاءت به المواد من258الى307من القانون المدني الجزائري.

الحالات تشكل الوجه السلبي للكفالة، حيث أنها تمثل مخاطر الكفالة، لأنها لا توفر ضمانا كافيا للبنك الدائن يكفل له الحصول على حقه كاملا، لذلك يتردد الدائن في قبول الكفالة مالم تكن صادرة عن مصرف، أوعن شخص مشهود له بالملاءة والاستقامة.

أولا: انقضاء الدين الأصلي

بما أن الكفالة كما أشرنا سابقا عقد يتميز بخاصية التبعية، فانه عندما يفي المدين الأصلي المكفول يؤدي تبعا لذلك إلى انقضاء التزام الكفيل، وبالتالي إبراء ذمة الكفيل[1]. وهنا تكون الكفالة قد أدت دورها رغم أن المدين هو الذي وفى بالدين. وفي هذا فائدة للبنك الدائن في أنه استوفى دينه، وللمدين أنه كسب ثقة البنك والكفيل، وهدا الأخير لانقضاء التزامه وإبراء ذمته.

ثانيا: خطأ البنك الدائن

ويكون ذلك في حالة ارتكاب البنك الدائن خطأ ما من إضاعة التأمينات إلى التأخر في اتخاذ الإجراءات، فالكفالة محفوفة بالمخاطر إذا لم يتم الاحتياط لذلك واستغلالها أحسن استغلال، ويكون ذلك في حالة إضاعة التأمينات، فهنا تبرأ ذمة الكفيل، وبالتالي يكون البنك الدائن قد أضاع آليات قانونية منحها له المشرع من أجل حماية أمواله، إما عن جهل بالقوانين السائدة، وإما لتهاونه في اتخاذ ذلك، و يقصد هنا بالتأمينات كل الآليات المخصصة لضمان الدين، فأحيانا يطلب البنك الدائن ضمانات ولكنه يضيعها[2] بسبب عدم قيدها وأحيانا لا يطلبها أصلا من المؤسسة التي مولها لثقته المفرطة بها، وهذا يشكل خطرا على أمواله، فطلب الضمانات وحده غير كاف بل يجب على البنك أن يدعمها بالآليات القانونية التي تكفل له الحفاظ على أمواله وفي نفس الوقت الحفاظ على الضمانات، فالضمان وحده غير كاف ما لم تسبقه دراسة جادة عن المدين والكفيل وحتى الضمان المقدم والتأمينات المقررة له.

1- المادة 664 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. "

2- المادة 656 من القانون المدني الجزائري: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون. "

كما يظهر خطأ البنك الدائن في عدم اتخاذ الإجراءات الكفيلة باسترجاع أمواله عند حلول أجل الاستحقاق[1]، لذا عند حلول أجل وفاء المؤسسة بالتزاماتها على البنك الممول أن يتخذ الإجراءات القانونية لدفع المؤسسة إلى الوفاء، لكن ليس مجرد التأخر في ذلك يؤدي إلى إبراء الكفيل، بل يجب على هذا الأخير أن ينبه البنك الدائن إلى وجوب اتخاذ الإجراءات اللازمة لدفع المؤسسة الممولة للوفاء، هذا الإجراء مفيد للطرفين البنك الدائن وللكفيل، فالأول يمكنه الحفاظ على أمواله والحفاظ على آلية الضمان لأنه إذا لم يفعل تبرأ ذمة الكفيل، والثاني يستفيد من رجوع الدائن على المدين قبل الرجوع عليه ومنه الحفاظ على ذمته المالية.

فالمصلحة تقتضي أن يكون هناك تعاون بين البنك الدائن والكفيل على إلزام المدين بالوفاء.

وأكثر من ذلك، ولأكثر حماية للطرفين، من واجب الكفيل أن يرشد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله، وهذا كله على نفقة الكفيل[2].

ثالثا: التغير الطارئ على المكفول

وتحدث هذه الحالة في المؤسسات الاقتصادية حال انفصالها أو اندماجها أو تغير نظامها القانوني، ومادام أن الشخص المدين محل اعتبار، فان استبداله أو تغير صفته يؤدي إلى إمكانية تحلل الكفيل من التزامه اتجاه البنك الدائن، لأن الكفيل إذ يكفل شخصا معينا فهو لا يفترض أن يكفل غيره في مكانه.

ففي حالة دمج الشركة (Fusion) أو انفصالها (Scission) تغير الشخص المعنوي وظهر شخص معنوي جديد يختلف نظامه القانوني عما سبقه، ومنه نكون إزاء دين جديد، وبالتالي تنقضي الكفالة ويتحلل الكفيل من التزامه، أما إذا كان هذا التعديل لا يؤدي إلى شخص معنوي جديد، بل بقي النظام القانوني نفسه عندئذ بقي الكفيل ملزما بالكفالة، وعادة ما ينشأ عن المزج شركة جديدة، أما الضم فلا ينشأ عنه شخص معنوي جديد[3].

1-المادة 657 فقرة 2 من نفس القانون:"غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا. "

2- المادة661 الفقرة1 من نفس القانون.

3-المادة 744السالفة الذكر، Mohamed Salah, op. cit, pp. 159-160.

كما أن تغير شكل الشركة نظرا للظروف الطارئة عليها نتيجة للحصص أو الشركاء فان ذلك يؤدي إلى تغير نظامها القانوني وهذا باتفاق الشركاء الباقين، فإذا كانت الشركة مكفولة وتغيرت إلى شكل آخر أمكن للكفيل التحلل من التزامه إلا إذا رضي بذلك[1]، لأن المدين قد تغير وحل محله شخص معنوي جديد.

رابعا: تحلل الكفيل من التزامه

تنتهي الكفالة بتحلل الكفيل من التزامه، ويكون ذلك في حال ما إذا كانت الكفالة غير محددة المدة، فللكفيل أن يتحلل من التزامه بالنسبة للمستقبل وفي أي وقت، ويكون ذلك بإعلان إرادته إلى البنك الدائن، شريطة أن يكون إنهاء الالتزام في وقت مناسب وبحسن نية ولسبب مبرر، حيث أنه للكفيل أن يحتج بنقص أهلية المدين شريطة أن يكون غير عالم بذلك وقت التعاقد، وبالتالي يمكنه المطالبة بإبطال عقد الكفالة، ومنه التحلل من التزامه اتجاه البنك الدائن. وبالمفهوم الواسع للتحلل فان أي تغير طارئ على المدين المكفول أو عدم أخذ الضمانات أو التأخر في اتخاذ الإجراءات من البنك الدائن يؤدي إلى تحلل الكفيل من التزامه.

خامسا: حالة إفلاس المؤسسة[2]

إذا أفلست المؤسسة الاقتصادية المدينة والمكفولة وجب على البنك الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال البنك الدائن[3].

وفي هذا الإطار قد تظهر بعض الحالات التي قد يجري فيها اتفاق بين المؤسسة التي فشلت في تسديد ديونها والبنك الدائن على تسوية الأمر بينهما دون اللجوء إلى إجراءات شهر الإفلاس القضائي للمؤسسة. وذلك رغبة منه بمنح فرصة لها لأنها تملك إمكانات مستقبلية جيدة في حال تجاوزت اضطراباتها المالية الحالية وبالتالي ستكون عميلا جيدا في المستقبل، الأمر الذي يعتبر أفضل بكثير من الخسارة التي قد تنتج عن عدم تحصيل كافة الديون من خلال آلية التصفية، بالإضافة إلى أن مثل هذا الاتفاق يؤدي إلى توفير النفقات المتعلقة بالإجراءات القانونية لشهر الإفلاس والتصفية. فهذه المعالجة تكون في تقديم تنازلات طوعية من قبل الدائنين لإعادة تنظيم المؤسسة بهدف إعادة تأهيلها وتمكينها من استعادة مركزها المالي على أساس أن مستقبلها يبشر بالخير. وإن كان

1-المادة 254 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري: "غير أنه لا يبقى للكفيل، عينيا كان أو شخصيا، التزام تجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة "

2- الشريف ريحان، المرجع السابق، ص113-114.

3- المادة 658 من القانون المدني الجزائري، وللتعرف أكثر على الإفلاس الرجوع إلى النصوص القانونية المطبقة عليه، المواد من 215 إلى 316 من القانون التجاري الجزائري.

العكس فإن الحل يكمن في تصفيتها[1].

ورجال الاقتصاد يعطوننا مفهومين للعسر المالي للمؤسسة، العسر المالي الفني والعسر المالي الحقيقي[2]:

فالأول عندما تكون المؤسسة غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها المترتبة عليها بالرغم من أن إجمالي الموجودات لديها يفوق إجمالي المطاليب، ويكون هذا عندما تمر المؤسسة بأزمة سيولة حادة لضعف الربحية لديها، فإن هذا يعني أنها مازالت تملك فرصة لتجاوز أزمتها دون أن تضطر للوصول إلى حالة الإفلاس، وذلك من خلال بيع بعض موجوداتها لتغطية الالتزامات المستحقة والعاجلة.

أما الثاني، فهو تلك الحالة التي تكون فيها المؤسسة غير قادرة على سداد ما عليها من التزامات مع معاناتها من قلة إجمالي موجوداتها وكثرة مطاليبها، وهذا يعود لتراكم الخسائر لديها، حتى لو تم التفكير في بيع موجوداتها لن تكون قادرة على تغطية كامل التزاماتها

المطلب الثالث: تقييم فعالية الكفالة

رغم اعتبار الكفالة آلية قانونية في يد البنك الدائن يستعملها لحماية أمواله من خطر عدم تسديد المؤسسة الاقتصادية للديون، إلا أنها لا يعوّل عليها كثيرا، وهذا نظرا لسلبياتها، حيث أنها لا تضمن الحماية الكافية في مواجهة عدم قدرة المؤسسة المموَّلة على السداد، وكذا عدم ضمان إمكانية تنفيذ الكفيل لالتزامه إما لإعساره أو وفاته أو لإمكانية التحلل من التزامه الذي وقعه، إذ أن خطر إعسار الكفيل يظل قائما إلى جانب إعسار المدين أو نظرا للدفوع التي منحه إياها المشرع من الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم، أو حتى عدم كفاية ذمته المالية للوفاء بديون البنك، وهذا لإمكانية وجود دائنين آخرين يزاحمون البنك وهو ليس على دراية بهم، وأكثر من ذلك ممكن أن تكون لهؤلاء تأمينات عينية لضمان الدين، وبالتالي يكون وضع البنك ضعيفا أمام هؤلاء الدائنين الذين لم يضيعوا هذه الضمانات.

كما أن المشرع يلجأ إلى حماية الكفيل على اعتبار أنه الطرف الضعيف والمدين، عملا بالمبادئ العامة، حيث أن الآليات التي منحه إياها كثيرة وقوية للدفاع عن نفسه، وأن تفسير الكفالة دائما يكون ضيقا ولمصلحة

1- التصفية، المواد من 765 إلى 795 من القانون التجاري الجزائري.

2- هيثم الزغبي محمد، الإدارة والتحليل المالي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000. وخالد أمين عبد الله، التحليل المالي لغاية التنبؤ بالفشل، مجلة المصارف العربية، العدد 148، عمان، الأردن، 1993.

الكفيل إذا شاب العقد غموضا، كما أن الخطر قد يأتي من البنك الدائن نفسه من خلال إضاعته للتأمينات التي كانت ستعزز مركزه التعاقدي وتجعله محميا أكثر من مخاطر تمويل المؤسسة أو من عدم تنفيذ الكفيل لالتزامه، لأن البنك بإمكانه طلب كفيل عيني بدلا من الكفيل الشخصي، كما أن خطر الكفالة قد يأتي من تضييع البنك للإجراءات القانونية عند مطالبة المؤسسة المدينة بالأموال التي اقترضتها منه. هذه الأسباب وغيرها تجعل الكفيل تبرأ ذمته اتجاه البنك الدائن.

إذن فالمخاطر التي تحيط بعقد الكفالة، تظهر من خلال[1]، خاصية التبعية التي تميز هاته الآلية القانونية، والتي ينتج عنها حق تمسك الكفيل اتجاه البنك الدائن بكل الدفوع التي يمكن أن يدفع بها المدين الأصلي. وصعوبة البنك الدائن في تقدير الذمة المالية للكفيل، وبالتالي خطر عدم استيفائه لحقه نتيجة إعسار هذا الأخير إلى جانب إعسار المدين الأصلي. كما أن لمزاحمة الدائنين الآخرين دوره في تأثير على حق البنك الدائن، نظرا لعدم تمكن هذا الأخير من معرفة ما إذا كان الكفيل قد أنشأ التزامات أخرى من نفس النوع لصالح دائنين آخرين. وأخطر من كل ذلك، هو ميل القوانين إلى حماية الكفيل باعتباره الطرف الضعيف مما يشكل ضعفا لآلية الكفالة في تحقيق الحماية للبنك الدائن.

أمام هذه السلبيات للكفالة ما على البنك سوى الاحتياط لذلك عن طريق الإحاطة بالتشريعات التي تخص هذه الآلية، وفرض شروط على الدائن والكفيل تجعل مركزه كدائن قويا، واللجوء أكثر إلى المطالبة بالكفالة التضامنية، سواء تضامن الكفيل مع المدين أو تضامن عدة كفلاء، واختيار الكفيل العيني على الكفيل الشخصي، وهذا حتى تكون لديه أشياء ملموسة ينفذ عليها في حال عجز المدين أو الكفيل على الوفاء بالدين، وهذا للتقليل من المخاطر الناجمة عن عملية التمويل، وبالتالي إمكانية استرجاع البنك لأمواله، كما أنه في وسع البنك الدائن أن يجري دراسة وافية ومعمقة عن الكفيل الضامن من جميع النواحي، سواء أكان الشخص طبيعيا أو معنويا، وهذا قبل قبوله كضامن، لأن الاعتماد على الكفالة وحدها دون دراسة للكفيل الضامن يشكل خطرا على الأموال المقرَضة من جهة وعلى الكفالة من جهة ثانية، لأنه إذا تحلل الكفيل من التزامه خسر البنك هذا الضمان،

1- رقية جبار، مداخلة حول: الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، جامعة المدية، 20-30-2013، ص14.

وبالتالي تكون أمواله في خطر، والاعتماد على الكفالة وحدها غير كاف ما لم يدعمها الدائن بجملة من التأمينات الأخرى والتي تتمثل في أشياء ملموسة وذات قيمة تقدمها المؤسسة المدينة ولِمَ لا الكفيل أيضا.

المبحث الثاني: الضمان الاحتياطي (L'aval)

نظرا لما يحيط بالكفالة من مخاطر لما تتميز به من سلبيات، أصبح اليوم لا يُعوَّل عليها كثيرا في ميدان الضمانات، وهذا لما وضعه المشرع والأعراف البنكية أمام البنوك من آليات الضمانات تضمن لهم الحماية من إعسار المدين أو عدم قدرته على الوفاء، حيث اتجهت البنوك إلى مطالبة المنشآت الاقتصادية المموّلة بضمانات أكثر صلابة التي من بينها الضمان الاحتياطي، هذه الآلية مجالها الأوراق التجارية (Les effets de commerce) وخاصة السُّفتجة (La lettre de change) والسند لأمر (billet à ordre)، أما الشيك (Le chèque) فهو واجب الأداء لدى الاطلاع.

ولدراسة هذا المبحث فقد تم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، الأول خصص لمفهوم الضمان الاحتياطي، والثاني لشروط صحة الضمان الاحتياطي، وآثاره، وأما الثالث لتقييم فعالية الضمان الاحتياطي.

المطلب الأول: مفهوم الضمان الاحتياطي

يعتبر الضمان الاحتياطي أحد أنواع التأمينات الشخصية، فالضامن الاحتياطي(L'avaliste) هو شخص ليس طرفا في الالتزام ومع ذلك يلتزم بتسديد السند التجاري، ويضمن عوضا عن المدينين في حالة ما إذا لم يتمكن أحدهم من ذلك.

الفرع الأول: تعريف الضمان الاحتياطي

لقد أعطى الفقه عدة تعريفات للضمان الاحتياطي، مقارنة بالتشريع الذي لم يتطرق إلى ذلك.

فالضمان الاحتياطي هو ضمان مقدم من طرف شخص يضمن الوفاء بمبلغ السفتجة في تاريخ استحقاقها، والضامن كفيل متضامن، والتزامه التزام صرفي[1].

1-راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة5، 2005، ص. 72.

الضمان الاحتياطي هو التزام الضامن بتوقيع ورقة تجارية بقيمة القرض، وتمثل تعهدا شخصيا بالوفاء بمبلغ القرض في حالة عجز المقترض عن السداد[1].

الضمان الاحتياطي التزام مكتوب من طرف شخص معين يتعهد بموجبه على تسديد مبلغ ورقة تجارية أو جزء منها[2] في حالة عدم قدرة الموقعين عليها على التسديد[3].

من كل ما سبق نجد أن الفقهاء اختلفوا في تعريفهم للضمان الاحتياطي، فمنهم من اعتبره عقد، وذهب قسم آخر إلى اعتباره تعهد، وآخرون قالوا عنه تصرف بإرادة منفردة، وقسم ثالث اعتبروه كفالة[4]. وهو في الحقيقة كفالة تجارية.

أما الذين اعتبروا الضمان الاحتياطي عقدا فإنهم نظروا إلى الضامن الاحتياطي على أنه شخص أجنبي، واستبعدوا أن يكون من بين الموقعين على الورقة التجارية، وبالتالي عرفوه على أنه: " العقد الذي يلتزم بموجبه شخص من الغير بدفعه قيمة السند في ميعاد الاستحقاق في حالة عدم الوفاء من الملتزم المضمون" وهناك من اعتبر الضمان تعهدا فقد قالوا عنه بأنه: "التعهد الذي يلتزم بموجبه شخص بوفاء قيمة السفتجة عندما يتقاعس المدين عن الوفاء. "

أما الذين ذهبوا إلى اعتباره تصرف بإرادة منفردة فقد عرفوه بأنه: " تصرف قانوني بإرادة منفردة هي إرادة الضامن الاحتياطي، يرتب التزاما في ذمته بضمان قبول الورقة التجارية وضمان الوفاء بها إلى الحامل على وجه التضامن مع الموقعين متى امتنع المدين الأصلي عن الوفاء. "

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار الضمان الاحتياطي كفالة أو نوعا من الكفالة عرفوه بأنه: "كفالة أحد الموقعين على السفتجة والموقعين اللاحقين في الوفاء بمبلغها عند استحقاقها، ويسمى الكفيل فيها الضامن الاحتياطي. "

1-عبد الحق بوعتروس، المرجع السابق، ص. 58.

2-المادة 409 فقرة 1 من القانون التجاري الجزائري: "إن دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن احتياطي. "

3-محمد حبار، المرجع السابق، ص. 15.

4-إبراهيم إسماعيل إبراهيم، الضمان التجاري في الأوراق التجارية، دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 1999، ص. 24.

الفرع الثاني: خصائص الضمان الاحتياطي[1]

في كثير من الأحيان يقوم الشخص بتحرير الورقة التجارية إلى شخص آخر ويرفض المستفيد أو المظهر له (الحامل الشرعي) قبول استلام هذه الورقة، وذلك لضعف الثقة المالية لديه عند الشخص المضمون، لذلك يطلب من الشخص الذي ظهر الورقة التجارية إليه تأمينا لكي يقبلها ويكون مطمئنا إلى وفاء الورقة التجارية.

يقدم الضمان الاحتياطي عادة عندما يكون هناك توقيع ضعيف أو مشكوك فيه، فيأتي الضامن الاحتياطي لتقوية الثقة لدى الحامل (Porteur).

فالضمان الاحتياطي إذن من ضمانات الورقة التجارية يمنحها الثقة كما يسهل تداولها، وخاصة إذا كان الكفيل مصرفا أو مؤسسة مالية، حيث أن هذا الضمان يجعل الورقة التجارية تتداول بسهولة كتداول النقود الورقية إلى حد ما.

بالإضافة إلى هذه الخصائص للضمان الاحتياطي فانه كذلك تصرف رضائي، لأنه تصرف قانوني بإرادة الضامن الاحتياطي يرتب التزاما في ذمته.

كما أنه يتميز بخاصية التبعية، فالضامن لا يخرج التزامه عن الدين الأصلي المضمون والذي يوجد على الورقة التجارية، فهو إما أن يتعهد بوفاء المبلغ كاملا أو بجزء منه، والمبلغ المضمون يجب أن يكون محررا في السند التجاري، كما يجب أن يكون الضمان الاحتياطي مؤرخا، ويعطى الضمان على الورقة التجارية ذاتها كما يجوز إعطاؤها بسند منفصل، ففي هذه الحالة ينبغي إيضاح طابع الورقة المضمونة في السند، ومبلغ القيمة المكفولة ومدة هذا الضمان.

بناءً على كل ذلك يمكن استخلاص أن الضمان الاحتياطي هو شكل من أشكال الكفالة، لأن كل من الضامن الاحتياطي والكفيل ضامن لدين أصلي يجب عليهما الوفاء بالتزامهما أمام البنك الدائن في حالة عقد محله عملية تمويل مؤسسة، لكن الضمان يختلف عن الكفالة في كونه يطبق في حالة الديون المرتبطة بالأوراق التجارية فقط، والضمان يمكن أن يقدم من طرف الغير أو حتى من الموقعين على الورقة التجارية[2].

1-معمر سعدوني، المرجع السابق، ص. 94. والطاهر لطرش، المرجع السابق، 168.

2-المادة409 فقرة 2 من القانون التجاري الجزائري.

كما يختلف الضمان الاحتياطي عن الكفالة في وجهين، فالضمان الاحتياطي هو التزام تجاري بالدرجة الأولى ولو كان معطي الضمان (Donneur d'aval) غير تاجر، السبب في ذلك هو أن العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية محل الضمان هي عمليات تجارية[1]، بينما الكفالة عمل مدني ولو كان الكفيل تاجرا. أما الوجه الثاني للاختلاف يتمثل في أن الضمان الاحتياطي يكون صحيحا ولو كان الالتزام الأصلي الذي ضمنه باطلا ما لم يعتريه عيب في الشكل[2]، هذا يعني أنه عند سقوط الالتزام الأصلي لا يسقط الضمان بل يكون مقبولا، بينما الكفالة تكون باطلة إذا كان الالتزام الأصلي باطلا، كما أن الضمان يعد التزاما تضامنيا بينما الكفالة الشخصية ليست كذلك ماعدا إذا كانت كفالة تضامنية.

المطلب الثاني: شروط صحة الضمان الاحتياطي وآثاره

لصحة الضمان الاحتياطي لابد من توفر شروط، منها ما هو الموضوعي شكلي. كما أنه تصرف قانوني يرتب علاقات قانونية بين الضامن للاحتياطي والحامل، أي البنك الدائن، وبين الضامن الاحتياطي والمدين، أي المؤسسة الاقتصادية.

الفرع الأول: شروط صحة الضمان الاحتياطي

وتقسم إلى شروط موضوعية عامة والتي تخضع لها كل العقود، وشروط موضوعية خاصة تخص الضمان الاحتياطي.

أولا: الشروط الموضوعية

ويمكن التمييز بين نوعين من الشروط الموضوعية، شروط موضوعية عامة والتي يجب أن تتوفر في كل العقود، وشروط موضوعية خاصة تخص الضمان الاحتياطي.

1- الشروط الموضوعية العامة (Les conditions générales de fond)

الشروط الموضوعية العامة هي المتعلقة بالقواعد العامة، ولازمة لأي التزام قانوني فلا يصح ولا يرتب أثره بدونها، تتمثل هذه الشروط في الأهلية، الرضا، المحل، السبب.

1-الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 168.

2-المادة409 فقرة 8 من القانون التجاري.

أ- الأهلية

بما أن الضمان الاحتياطي هو عمل تجاري حتى وإن لم يكن الضامن تاجرا، فإنه يجب أن يتوفر الضامن على أهلية الاتجار وهي بلوغه 19 سنة كاملة، أو أن يرشد إذا كان بالغا سن18مع منحه الإذن بالاتجار، وبالتالي يحق لهذا الأخير القيام بجميع التصرفات القانونية الناشئة عن الورقة التجارية، وعلى هذا فإنه يجب أن يكون الضامن أهلا للالتزام الصرفي وإلا أصبح الضمان كفالة عادية تسري عليها القواعد العامة[1].

كما أن الدفع الناشئ عن نقص الأهلية يعطي لناقص الأهلية الحق في التمسك به[2] حتى في وجه الحامل حسن النية، وبذلك فالمشرع هنا غلب حماية مصلحة ناقص الأهلية على مصلحة حامل السند حسن النية، وهذا لأن الالتزام الصرفي (Obligation du change) خطير على الضامن.

أمّا الحالة التي يكون فيها الحامل وقع ضحية لتدليس أو بطرق احتيالية اتخذها القاصر لإيهامه برشده، عندئذ فالقاصر يجب عليه تعويض الحامل عن فعلته، وأما الحالة التي يكون فيها الحامل وقع ضحية لتدليس أو بطرق احتيالية اتخذها القاصر لإيهامه برشده، عندئذ فالقاصر يجب عليه تعويض الحامل عن فعلته، ويرى الفقه أن أنسب تعويض للحامل هو إلزام القاصر بدفع قيمة السند[3].

أمّا بالنسبة لأهلية الشخص المعنوي كضامن احتياطي فقد حددتها المادة 50 من القانون المدني السالفة الذكر بحسب طبيعة سند إنشائه أو القانون، حيث يفهم من ذلك أنه على الممثل الشرعي للشخص المعنوي أن يكون متمتعا بسلطة التوقيع على السند وفقا للقانون الأساسي للشخص المعنوي أو بحسب القانون الخاضع له الشخص المعنوي.

ب- الرضا

يشترط لصحة الالتزامات وجوب توفر الرضا، ولما كان الضمان الاحتياطي تصرفا قانونيا فإنه يشترط لقيامه توافر رضا الضامن على السند وخلوه من أي عيب من عيوب الرضا، وهذا الأخير يتأتى بالتوقيع، أما قبول حامل

1- جمال برهان الدين، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة2، 1988، ص. 105.

2- المادة393فقرة1من القانون التجاري الجزائري.

3-Christien, Gavalda, et Jean, Stoufflet, droit commercial, chèque et effet de commerce, tome2, paris,1994, p. 115.

السند وهو هنا البنك الدائن فيتأتى بمجرد وجود السند في حوزته، هذا تجسيدا لمبدأ الحيازة في المنقول سند الملكية[1].

لكن الرضا قد يعتريه عيب من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه، وعندئذ يمكن لمن عاب رضاه أن يتمسك ببطلان ضمانه، لكن هذا غير ممكن الاحتجاج به ضد البنك الدائن حسن النية إذا كان هذا الأخير لا علم له بذلك.

في هذا الصدد قضت محكمة استئناف بالقاهرة:" إذا فرض جدلا أن التظهيرات التي تناولت السندات اللإذنية صحيحة في شكلها، فانه يشترط في جعلها واجبة الأداء أن تكون تمت في جو تثبت فيه إرادة المحيل والمحال إليه ناصعة لا تشوبها شائبة"[2].

ج – المحل

طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون محل الالتزام ممكنا ومشروعا، ويتجلى محلا لضمان الاحتياطي لدى غالبية الفقه في قيمة السند، والذي يتمثل دائما في مبلغ نقدي، وكتابته من البيانات اللازمة التحديد لا يدع مجالا للبس أو الشك، ولذلك يكتب بالأرقام والحروف، وإذا ما حدث لبس أو غموض في الأرقام عندئذ يؤخذ بالمبلغ الأقل قيمة[3]، أما عن الالتزام بأداء المبلغ المحرر على الورقة التجارية والذي يمثل الدين الأصلي، فإنه يمكن أن يلتزم الضامن بأداء المبلغ كاملا (Paiement intégral)، أو أن يتعهد بأداء جزء منه فقط (paiement partiel)[4]، وهذا كله في حال عدم قدرة المدين المضمون على الوفاء بالتزامه.

كما يمكن لمقدم الضمان أن يلتزم فقط اتجاه الحامل الحالي أي البنك الدائن للمؤسسة الاقتصادية المدينة دون الحاملين اللاحقين كأن يكون بنكا آخر، يظهر ذلك في حال خصم البنك الأول الورقة التجارية لدى البنك

1- صبحي عرب، محاضرات في القانون التجاري، الأسناد التجارية، الجزائر، 2000، ص66.

2- عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المواد التجارية، المؤسسة المصرية، 1998، ص. 151.

3- المادة392من القانون التجاري الجزائري: "إذا كتب مبلغ السفتجة بالأحرف الكاملة والأرقام معا فالعبرة عند الاختلاف للمبلغ المحرر بالأحرف الكاملة، وإذا كتب مبلغ السفتجة عدة مرات بالأحرف وبالأرقام فالعبرة عند الاختلاف لأقلها مبلغا. "

4- المادة 409 فقرة 1 السالفة الذكر.

الثاني، ويكون هذا في حال ما إذا البنك الأول للسيولة مع أن تاريخ استحقاق الورقة لم يحن بعد[1].

كما يمكن لضامن الوفاء إعطاء تعهد مقترنا بشرط هذا فقها[2]، أما قانونا فإن كل شرط سيخل بالوظائف الأساسية للورقة التجارية بوصفها أداة ائتمان ووفاء يعتبر كأن لم يكن ويظل الضمان صحيحا[3].

د- السَّبب

إن سبب قيام الضمان الاحتياطي هو الالتزام الأصلي القائم على العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمضمون احتياطيا، على أن السبب وفقا للقواعد العامة يفترض فيه أن يكون موجودا وحقيقيا ومشروعا وإلا فإنه يؤدي إلى بطلان الضمان، لكن هذا غير ممكن في حال مفاجأة البنك الدائن الحامل للورقة بدفع لا علم له به.

ويظهر السبب أكثر إذا كانت هناك علاقة وطيدة بين الضامن الاحتياطي والمدين المضمون، ففي عقد التمويل سبب الضمان هو حصول المؤسسة على التمويل المطلوب من طرف البنك الذي يمثل الدائن الحامل للسند التجاري، أو كانت هناك مصلحة مادية تفترض قيام الضامن بذلك الضمان الاحتياطي، ويظهر ذلك جليا في الضمانات الاحتياطية التي تقدمها البنوك لعملائها، حيث يمكن لهذا الأخير أن يسحب على بنكه سفتجة ويعطيها على سبيل الوفاء بدينه، فالبنك هنا يعطي التزاما يضمن بموجبه تنفيذ التزام الذي قبل به مدين السند التجاري[4].

2- الشروط الموضوعية الخاصة (Les conditions de fond spéciales)

يشترط في الضمان الاحتياطي شروطا موضوعية خاصة بوصفه تصرفا قانونيا ينشئ التزاما صرفيا على عاتق الضامن الاحتياطي، وتتمحور هذه الشروط حول الأشخاص الذين يمكنهم تقديم الضمان الاحتياطي، ووضع المدين المضمون، وأن يحصل الضمان في الوقت المحدد قانونا.

1-الخصم التجاري هو أحد أنواع التمويل قصير الأجل ويكون ذلك عن طريق التنازل على الورقة التجارية لصالح البنك مقابل الحصول على التمويل، كما يمكن للبنك الدائن كذلك خصمه لدى بنك آخر إذا احتاج إلى السيولة، وهكذا حتى يحين أجل الوفاء فيتقدم لاستيفاء قيمته في تاريخه، من هذه الخاصية فإن الأوراق التجارية تعتبر أداة ائتمان، راشد راشد، المرجع السابق، ص. 6.

2-Roblot René, traité élémentaire de droit commercial ,9 éd, tome2, mise à jour, 1984, p. 149.

3- المادة 396 فقرة 4 من القانون التجاري الجزائري.

4-الضمان الاحتياطي البنكي هو التزام مقدم من طرف البنك لصالح الزبون، يتعهد من خلاله بتسديد الورقة التجارية الخاصة بالمدين (زبون البنك) لصالح دائنه (المورد) في ميعاد الاستحقاق، ومن ثم فالبنك الموقع ملزم بنفس الكيفية التي بها المدين، حميد قطوش، المرجع السابق، ص. 65.

أ- الأشخاص الذين يمكنهم تقديم الضمان

يجوز أن يقدم الضمان من قبل الغير، كما يمكن تقديمه من قبل الموقعين على السفتجة[1]، فإذا تم تقديمه من الغير فيفترض الأهلية التجارية لأنه يولد التزاما صرفيا من طبيعة تجارية، حيث أنّه إذا لم يكن الضامن أهلا للالتزام الصرفي انقلب الضمان الاحتياطي (الكفالة التجارية) إلى كفالة عادية تخضع إلى القواعد العامة في القانون المدني[2]،وبالرغم من أن النص القانوني يسمح بتقديم الضمان من قبل الموقعين على السند فإن تقديمه من المسحوب عليه القابل أو الساحب لا يفيد في شيء، لأن كل واحد منهما ملتزم قانونا تجاه الحامل والموقعين الآخرين[3]، لأن هذا لا يجوز منطقا وعلى أرض الواقع، فالضمان الاحتياطي من أحد الملتزمين لا يحسن من وضع البنك الدائن باعتباره حامل الورقة التجارية لأنه يحتاج ضامنا من الغير بحيث إذا لم يستطع الملتزم الأصلي السداد يمكنه عندئذ الرجوع على الضامن الاحتياطي، كما أن ضعف الثقة في الموقعين على السند التجاري تقدم الغير بضمانه يعطي لهذا السند القوة كآلية ضمان تجعل مركز البنك الدائن قويا في مواجهة المدين المضمون عن طريق الرجوع على ضامنه، وبالتالي تكون حماية أقوى وأصلب تجاه خطر عدم قدرة المدين على الوفاء، لأن الضامن يأتي لتقوية الثقة لدى الحامل.

ب- وضع المدين المضمون

يمكن أن يضمن مقدم الضمان الاحتياطي تعهد أي واحد من مديني السفتجة كالساحب أو المسحوب عليه القابل أو المظهر، ويذكر غالبا اسم الشخص المضمون في الورقة التجارية، وإذا لم يُشَر إلى الاسم أعتبر الضمان الاحتياطي موجها لضمان تعهد الساحب[4]، وهذا رعاية لمصالح سائر الملتزمين بالورقة التجارية، لأنه إذا تم الوفاء عنه برئت ذمة الموقعين على السند جميعا.

1-المادة 409 فقرة 2 السالفة الذكر.

2- نسرين شريفي، السندات التجارية في القانون التجاري، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2013، ص. 92.

3-راشد راشد، المرجع السابق، ص 72.

4- المادة 409 فقرة 6 من القانون التجاري الجزائر: "يجب أن يذكر في الضمان الاحتياطي اسم المضمون وإلا عد للساحب".

ثانيا: الشروط الشكلية (Les conditions de forme)

يقدم الضمان الاحتياطي بكتابته على السفتجة نفسها، أو على ورقة متصلة بها، أو محرر مستقل[1]، والكتابة ليست شرطا لإثبات الضمان الاحتياطي فقط، وإنما هي أيضا شرط لصحته[2].

1- كتابة الضمان على السفتجة أو على ورقة متصلة بها

يعطى الضمان الاحتياطي عن طريق توقيع السفتجة تحت عبارة على وجه الضمان، أو بأية عبارة تعطي نفس المعنى[3]، ويعتبر الالتزام بالضمان ناشئا بمجرد توقيع مقدم الضمان على وجه السفتجة إلا إذا كان توقيع الساحب أو المسحوب عليه[4]، هذا ولم يستلزم المشرع من مقدم الضمان تحديد المبلغ الذي يراد ضمانه، كما لم يستلزم تاريخ نشوئه.

2- كتابة الضمان في سند مستقل

وليكون هذا الضمان الوارد ضمن سند مستقل عن السند الأصلي لابد من توافر شرطين طبقا للمادة 409 فقرة1 السالفة الذكر وهما، استعمال صيغة تدل على الضمان الاحتياطي مذيلة بتوقيع الضامن الاحتياطي، وبيان السفتجة المضمونة.

كما نجد أن المادة 409 فقرة 3 السالفة الذكر تشترط كذلك تبين مكان صدور السند، وهذا تفاديا لإشكالية تنازع القوانين.

بالإضافة إلى هذه الشروط يستلزم الاجتهاد القضائي الحديث أن يكون مبلغ وتاريخ استحقاق الورقة التجارية المضمونة محددين تحديدا دقيقا، وبذلك ينتج الضمان الاحتياطي بمحرر مستقل النتائج نفسها التي ينتجها الضمان المحرر على السفتجة[5].

1-المادة 409 فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري: "يجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها أو سند يبين فيه مكان صدوره."

2- راشد راشد، المرجع السابق، ص 74.

3- المادة 409 فقرة 4 السالفة الذكر.

4- المادة 409 فقرة 5.

5- راشد راشد، المرجع السابق، ص 75.

الفرع الثاني: آثار الضمان الاحتياطي (Des effet d'aval)

إنّ الضمان الاحتياطي تصرف قانوني يرتب علاقات بين الضامن الاحتياطي والحامل، أي البنك الدائن، وبين الضامن الاحتياطي والمؤسسة الاقتصادية المدينة عن طريق عقد التمويل. فهو يرتب آثارًا مختلفة بين الضامن والحامل والمضمون[1].

أولا: علاقة الضامن الاحتياطي بالبنك الدائن

يعتبر البنك الدائن حامل الورقة التجارية، والضامن الاحتياطي ملتزم اتجاهه بدفع مبلغ الورقة التجارية أو جزء منه، على اعتبار أن المؤسسة الاقتصادية المضمونة هي مدينة للبنك بهذا المبلغ جراء عملية التمويل، ومنه وطبقا لنص المادة 409السالفة الذكر في فقرتيها 7و8فإن ضامن الوفاء أو ما يسمى الموفي الاحتياطي (Recommandataire subsidiaire) أو(Tiré subsidiaire) يلتزم بكل ما التزمت به المؤسسة المضمونة، ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل، لأن هذا العيب يبطل التزام الضامن الاحتياطي، كما أن المشرع لم يضع لهذا الأخير دفوعا يتحجج بها اتجاه الدائن وهذا حتى لا تفقد هاته الآلية القانونية قيمتها كأداة ائتمان ووفاء (Instrument de crédit et paiement)، وهذا طبقا لمبدأ تطهير الدفوع (Principe de purge des exceptions) الخاص بالسندات التجارية، وطبقا لمبدأ استقلال التواقيع(Principe d' autonomie des signatures) فإن التزام الضامن الاحتياطي يكون صحيحا في جميع الأحوال ولو كان المحل أو السبب الخاص بالدين المضمون غير مشروع أو انعدام الأهلية في شخص المدين، كما لو أبرم مدير الشركة قرضا لصالح شركته، ولكن ذلك لا يدخل في تصرفاته وسلطاته المحددة في القانون الأساسي، أو أن هذا التصرف لا يدخل في موضوع الشركة ولا في غرضها الذي أنشئت من أجله، فهنا على الضامن أن يبقى ضامنا للدين الأصلي ولو كان تصرف المدين غير صحيح، وهذا عملا بمبدأ استقلال التواقيع، لكن خلو الورقة التجارية من إحدى بياناتها الإلزامية يرتب بطلان الالتزام المضمون بسبب عيب في الشكل[2]، ومنه اعتبار الضمان الاحتياطي غير صحيح.

1- أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، الإصدار 04، 2009، ص. 184.

2-M. remelleret, op. cit, p. 56.

والضامن الاحتياطي يعتبر كفيلا متضامنا مع المؤسسة الملتزمة والمضمونة، وبالتالي فللبنك الدائن الحامل للورقة التجارية مطلق الحرية في مطالبة المؤسسة أو الضامن أو الاثنين معا دون أن يكون من حق هذا الأخير الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم في مواجهة البنك الدائن الحامل للورقة التجارية[1]، هذا حتى يكون لهذه الأسناد التجارية دورها كأداة ضمان، وبالتالي حماية البنك الدائن الممول من خطر عدم التسديد أو التجميد، حتى وإن تعدد الضامنون الاحتياطيون فإنه ليس لهم الحق في التمسك بالدفع بالتقسيم[2].

إن مسألة تعدد المتضامنين الاحتياطيين يفيد البنك الدائن الحامل للورقة أكثر من ضامن احتياطي واحد، وهذا لإمكانية تقاسم الخطر عملا بقاعدة تقسيم المخاطر (Règle de division des risques)[3] التي تفيد البنك من جهة، حيث يجد أمامه عدة دائنين ضامنين يمكن له أن يطالب أي واحد منهم بالوفاء بالدين المضمون أو أن يطالبهم جميعا بذلك، هنا خطر عدم التسديد يكون ضئيل الوقوع أو حتى منعدما مادام أن هناك عدة ضامنين، هذا كذلك مفيد لهم من جهة ثانية لأنهم متعاونون على الوفاء بالدين تجاه البنك الدائن كل بما التزم به حيث هناك إمكانية قانونية وهي أن يلتزم كل واحد منهم بجزء من الدين الموجود على الورقة، هذا أفضل من لو التزم واحد بمفرده بوفاء الدين كله.

ومادام أن التزام الضامن الاحتياطي التزام تبعي فإنه لا يخرج عن الالتزام الأصلي للمؤسسة، لأنه هو السبب الذي أدى إلى قبول التوقيع على السند كضمان، وينتج عن هذا[4] أن الضامن يمكنه الاستفادة من إهمال البنك الحامل للسند، كما يمكن للضامن أيضا التمسك تجاه الحامل بالتقادم[5].

وعلى ذلك فالضامن الاحتياطي يعتبر أنّه يقوم بعمل تجاري ولو لم يحترف التجارة[6]، ولم يستثني المشرّع الجزائري صحّة التزام الضامن الاحتياطي إلا في الحالة التي يكون فيها التزام المدين المضمون باطلا لعيب في الشكل

1-قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية، في5-3-2008، قضية القرض الشعبي الجزائري وكالة 364 ضد (م-و) الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد، المجلة القضائية2008، العدد1، ص. 163:"يستحق الضامن تسديد مبلغ السفتجة والفائدة المقررة قانونا. . . "

2- نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، (ب-س-ن)، ص. 82.

3- ثامر خالدي، مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران،2011، ص. 103-104.

4- راشد راشد، المرجع السابق، ص. 76.

5-قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية، في5-3-2008، قضية المؤسسة العمومية الاقتصادية لتوزيع العتاد الكهربائي، ضد البنك الخارجي الجزائري، المجلة القضائية 2008، العدد1، ص. 169:"لا تفقد السفتجة، ولو لم تقدم في وقتها للمخالصة، صفة الدين الممكن تحصيله قضاء، إلا بالتخلص منه بوسيلة الدفع..."

6- محمد الطاهر بالعيساوي، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة02، 2008، ص. 113-114.

كنقص أحد البيانات الاجبارية[1]. ونرى أنّ المشرّع الجزائري كان صائبًا عندما منع الضامن من أيّ دفوع وهذا حماية للدائن حامل السند، ما عدى في حالة واحدة يمكن له فيها الدفع وهي حالة وجود عيب في الشكل وهذا عملا بقاعدة حماية صاحب الائتمان التي نحن بحاجة إليها اليوم وهذا لما يتعرّض له هذا الأخير من مخاطر تمسّ ائتمانه قد تجعل منه شخصًا مفلسًا إذا لم يزوده المشرع بآليات قانونية تحميه من كل ذلك وأهمّها تغليب مصلحته على مصلحة المضمون التي ما يزال العمل بها جاريّا إلى اليوم معتبرًا إيّاه الطرف الضعيف في العقد.

ثانيا: علاقة الضامن الاحتياطي بالمدين المضمون

يمكن للضامن الاحتياطي عندما يوفي بقيمة الورقة التجارية للبنك الحامل لها، الرجوع ضد المؤسسة الاقتصادية المدينة والمضمونة من طرفه ويطالبها بالمبلغ الكامل الذي وفاه والمصاريف التي أنفقها وهذا طبقا للمادة409 السالفة الذكر فقرة9، ويمارس الضامن الاحتياطي حق الرجوع بمقتضى الدعوى الصرفية باعتباره أصبح حاملا للسفتجة[2]، وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار حقه في الرجوع مستمدا من القواعد العامة في الحلول(La subrogation)[3]، وبذلك يستفيد من مبدأ تطهير الدفوع ومبدأ استقلال التواقيع والحجز التحفظي(Saisie conservatoire)[4].

ثالثا: علاقة الضامن الاحتياطي بالموقعين الآخرين على السند

هذه العلاقة نصت عليها المادة السابقة في فقرتها الأخيرة: "إذا دفع الضامن الاحتياطي قيمة السفتجة يكتسب الحقوق الناتجة عنها تجاه المضمون والملتزمين له بمقتضى السفتجة. "حيث أن الضامن الاحتياطي لا يمارس حق الرجوع على المدين المضمون فقط، بل أيضا تجاه الأشخاص الملتزمين بما هو موجود في السند.

فكل موقّع على الورقة التجارية يعتبر ضامنا للوفاء بها، هذا يجعل الحامل ينتظر ميعاد الاستحقاق باطمئنان. والمشرّع الجزائري كرّس ذلك عندما نصّ على: "إنّ ساحب السفتجة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن. . . "[5]. فالمشرّع هنا لم يقتصر فقط على إلزام الموقّعين على

1- نفس المرجع، ص114.

2- القسم الثامن من القانون التجاري الجزائري، في الرجوع وفي الاحتجاج، المواد من 426 الى 444.

3-نادية فضيل، المرجع السابق، ص. 82.

4-المادة 440 من القانون التجاري الجزائري.

5- المادة 432 الفقرة 01 من القانون التجاري الجزائري.

الورقة التجارية بالوفاء بها للحامل على وجه التضامن وإنّما أقام أيضًا نوعا من التضامن الداخلي بين الموقّعين أنفسهم[1]. وأكثر من ذلك فقد قرّر المشرّع أنّ للحامل حقّ الرجوع على هؤلاء الأشخاص منفردين أو مجتمعين دون أن يكون مرغمًا على مراعات الترتيب[2].

المطلب الثالث: تقييم فعالية الضمان الاحتياطي

بمقارنة الضمان الاحتياطي بالكفالة نجده آلية قانونية أكثر صلابة وأكثر حماية للبنك الدائن في مواجهة الضامن الاحتياطي أو المؤسسة المدينة المضمونة، لأن هنا الدين قائما على التضامن، فيمكن للبنك الرجوع على أي كان الضامن أو المؤسسة المضمونة أو هما معا.

كما أنّ الضامن الاحتياطي ليست لديه دفوعا كثيرة يتقدم بها أمام البنك الدائن، فليس من حقه الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم، وهذا عملا بمبدأ تطهير الدفوع، كما أن مبدأ استقلالية التواقيع يؤدي إلى عدم إمكانية تحلل الضامن من التزامه حتى وإن كان المدين المضمون يشوبه عيب في الأهلية أو وجود عيب في المحل، فإنه يجوز للمدين المضمون أن يتمسك بالدفوع حول ذلك بينما الضامن الذي ضمنه ليس له الحق في أن يتمسك بهذه الدفوع وليس من حقه المطالبة ببطلان ضمانه، فيبقى ضمانه صحيحا ومنتجا لآثاره حتى وإن أبطل المدين التزامه بهذه الدفوع بقي الضامن ملتزما، عكس الكفالة التي يمكن للكفيل التحلل من التزامه إذا كان الالتزام الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال.

كما يعتبر الضمان الاحتياطي آلية تمويل قصيرة الأجل تنتمي إلى القرض بالالتزام أو بالتوقيع (Ou par signature Crédit par engagement)[3] وهي آلية سهلة الاستعمال بالنسبة للمؤسسة، حيث يمكنها سحب سفتجة على البنك للوفاء بديونها، كما يمكنها خصم ورقة تجارية لدى البنك إذا احتاجت إلى سيولة ولم يحن بعد أجل استحقاق الورقة التجارية، والبنك يمكنه فعل ذلك إذا احتاج إلى سيولة عاجلة، وهكذا إلى أن يصل ميعاد استحقاق الورقة التجارية، هذه الأخيرة التي تعتبر أداة وفاء وأداة ائتمان، وبالنسبة إلى البنك الدائن تعتبر أداة ضمان.

1- محمد الطاهر بالعيساوي، المرجع السابق، ص. 103.

2- المادة 432 الفقرة 02 من القانون التجاري الجزائري.

3-القرض بالالتزام لا يتجسد في إعطاء أموال حقيقية من طرف البنك إلى المؤسسة الاقتصادية، وإنما يتمثل في الضمان الذي يقدمه لها لتمكينها من الحصول على أموال من جهة أخرى، الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 67.

إضافة إلى ذلك فقد أحاط المشرع الأوراق التجارية عامة والضمان الاحتياطي خاصة بشروط موضوعية وأخرى شكلية، هذه الأخيرة إذا لم تحترم تؤدي إلى بطلان الضمان، ومن هذا المنطلق تجعل البنك حريصا على وجوب الالتزام بهذه الشكلية حتى لا يضيع عن نفسه آلية قانونية صلبة في مواجهة المؤسسة أو الضامن أو هما معا، وبالتالي حماية أمواله من خطر عدم القدرة على الوفاء.

كما أن أمام البنك الدائن إمكانية لتقوية هذا الضمان باشتراط عدة ضامنين احتياطيين، سواء بضمان دين المؤسسة كاملا أو كل واحد منهم يتكفل بضمان جزء، لأنه يمكن ذلك قانونا عن طريق الالتزام بجزء من الدين المحرر على الورقة التجارية، ذا يفيد البنك من جهة والضامنين الاحتياطيين من جهة أخرى، لأن هذه العملة وهي تقسيم المخاطر تجعل الخطر ضئيلا إن لم يكن منعدما، فجميع الضامنين يشتركون في الوفاء بالدين، عندئذ إمكانية عدم الوفاء منعدمة.

ولكن رغم هذه الايجابيات فإن هناك بعض السلبيات وإن كانت لا ترقى إلى السلبيات التي تتميز بها الكفالة، كصعوبة البنك في الحصول على هذه الآلية لعدم وجود ضامن احتياطي ثقة ممكن أن يتقدم بضمان مؤسسة قد تكون في وضع سيئ، لأن الضامن الاحتياطي يقدم ضمانه عندما يكون هناك توقيع ضعيف أو مشكوك فيه، فيأتي الضامن لتقوية الثقة لدى البنك الحامل للورقة، وبالتالي يقدم هذا الأخير على منح التمويل للمؤسسة التي هي بحاجة إلى ذلك، ولكن لا نتصور وجود ضامن يقوي هذه الثقة ما لم تكن هناك رابطة قوية أو مصلحة مادية قوية بين الضامن الاحتياطي والمؤسسة المدينة.

ومادام أن الضمان الاحتياطي يرد على الأوراق التجارية وهي عبارة عن منقولات فإنّه يمكن ضياعها أو سرقتها أو تعرضها للتزوير (Faux) أو التحريف (Altération)، كما توجد مخاطر أخرى للضمان الاحتياطي تتمثل فيما قد يتعرض له الضامن من وفاة أو إفلاس.

والخطر يحل في حال ما إذا أضاع البنك الدائن لأحد حقوقه، كعدم مطالبته للمدين بتقديم تأمينات وهذا لثقته المفرطة في المدين أو الضامن وكذا في حال التنازل عن هذا الحق لاستبعاده إمكانية حصول الخطر، أو عدم اتخاذ الإجراء القانوني المناسب لاستيفاء حقه، فهنا يستطيع الضامن أن يتحلل من التزامه وتبرأ ذمته لما أضاعه

الحامل من حقوق، أو أن يتأخر الحامل في المطالبة بأمواله فتتقادم الدعوى التي يرفعها الدائن الحامل[1] على المدين، فيستطيع أن يتمسك الضامن بذلك وله في ذلك، وهذا كله بناء على المادة 665 من القانون المدني[2].

والأسناد التجارية التي يمكن استعمالها في الضمان الاحتياطي كثيرة ومتنوعة، لكن الأكثر استعمالا والتي تؤدي هذه الوظيفة هي السفتجة، بينما السند لأمر أقل استعمالا، والشيك لا يمكن التعويل عليه كثيرا لأنه أداة وفاء[3] بمجرد الاطلاع، لأن حياته قصيرة وبالتالي لا يصلح لأن يكون أداة ائتمان، لأن الائتمان يتطلب فترة من الزمن[4].

وكخلاصة لهذا الفصل يمكن القول إن الثقة والضمان العام غير كافيين للحماية من مخاطر الائتمان، لأنه قد تعتريهما ظروف تجعل منهما وسائل معطلة. لذلك كان التعويل على الضمانات الشخصية التقليدية، فهي تمثل آلية لتوزيع المخاطر بين المدين والغير، هنا يجد صاحب الائتمان نفسه أمام عدة ذمم مالية متضامنة يمكنه التنفيذ عليها. لكن رغم هاته الإيجابية إلا أن الدائن قد يصطدم بمخاطر تجعل من هاته الآلية دون فعالية، كأن يجد الأطراف المتضامنة في حالة إعسار أو إمكانية تحللها من التزاماتها طبقا لما لديها من وسائل قانونية.

الفصل الثاني: الضمانات العينية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية

إنّ الضمانات الشخصية غير كافية للحماية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية، حيث بعد تشخيصها وجدنا أنها لا تصلح للحماية إلا في حدود معينة نظرا لما فيها من سلبيات، لذلك فالبنكي يستخدمها في تمويل الاستغلال، حيث التمويل قصير الأجل، والمبالغ المستخدمة في ذلك قليلة، أو استخدامها على سبيل الاستئناس إذا وجد البنكي في المؤسسة المموَّلة الثقة والأمان وكذلك القدرة الائتمانية.

لكن بالنسبة للضمانات الحقيقية (Les garanties réelles) فهي حصول البنك المموِّل من المؤسسة الاقتصادية الممولة على أشياء ملموسة تعطى على سبيل الرهن ولا تقدم على سبيل تحويل الملكية، فهي توفر حماية

1-عندما يمنح الحامل المدين المضمون مهلة للوفاء، يرى بعض الاجتهادات في هذه الحالة عدم براءة ذمة الضامن الاحتياطي، في حين أن البعض الآخر يرى براءة الضامن الاحتياطي إذا لم يبلغ بتمديد مهلة الوفاء، مما يرتب عنه استحالة ممارسة الرجوع، راشد راشد، المرجع السابق، ص. 77، أما قانونا فتنقضي الدعوى الناشئة عن سحب السفتجة بتقادم قصير، فالدعوى التي يرفعها الحامل والمظهرين تتقادم بمضي 01 سنة، المادة461من القانون التجاري الجزائري.

2-راشد راشد، المرجع السابق، ص. 76.

3-قرار صادر عن المحكمة العليا، في3-6-2010، قضية الديوان القومي لمنتجات الكروم ضد(م-م)، المجلة القضائية2012، العدد1، ص. 259:"ساحب الشيك ضامن للوفاء حتى في حالة إفلاس البنك، المسحوب عليه، وهذا طبقا للمادتين 482و483من القانون التجاري. . . "

4- نادية فضيل، المرجع السابق، ص. 112، والضمان الاحتياطي الخاص بالشيك تناولته المواد497إلى499من القانون التجاري.

صلبة من مخاطر تمويل المنشآت الاقتصادية، حيث إن تحقق الخطر فإن البنك يلجأ إلى هاته الآليات ليستوفي حقه منها عن طريق بيع الأموال المرهونة ويأخذ مبلغ التمويل من حصيلة بيعها، سواء أكانت عقارات أو منقولات أو ما لديه من حقوق ممتازة.

فهي ضمانات تقتضي تخفيض الخطر عن طريق منح حق أولوية على هاته الأموال، وهو ما يسمى بالضمانات العينية التي ظهرت بقوة بعدما سيطرت التأمينات الشخصية لمدة طويلة.

ورغم تنوع الضمانات العينية فإنها تجمع بينها خاصية مشتركة تتمثل في أنها لا توجد لذاتها وإنما لضمان الوفاء بحق ما، إضافة إلى تخويلها حقا في الأفضلية كقاعدة عامة، وحقا في التتبع بحسب الضمان الذي نكون بصدده.

أما أنواعها، فقد تكون اتفاقية، كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي والحيازي، وقد تكون قضائية، وهذا هو حق التخصيص، وقد تنشأ بقوة القانون، وهو ما يعبر عنه بحق الامتياز.

ومنه سنعالج كل ذلك وفق الخطة التالية: المبحث الأول نخصصه لدراسة الرهن الرسمي، والمبحث الثاني للرهن الحيازي، والمبحث الثالث لحقوق الامتياز.

المبحث الأول: الرهن الرسمي (L'hypothèque)

لقد عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي على أنه: "عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان."[1]

من خلال هذا التعريف نلاحظ أن المشرع غلب فكرة العقد على فكرة الحق الذي ينشأ عن هذا العقد، كان من المستحسن أن يعرف الرهن على اعتباره حقا، لأن الحق هو الغالب، وما العقد إلا وسيلة لنشوئه، ومنه فالمشرّع غلّب فكرة العقد على فكرة الحق الذي ينشأ عن العقد، فعرّفه بوسيلته وكان من الأولى أن يعرّف بغايته[2].

1- المادة 882 من القانون المدني.

2-شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 68.

إذن، فالرهن الرسمي هو حق عيني تابع لدين يقع على عقار غير قابل للتجزئة ينشأ بمقتضى عقد رسمي من عقود الضمان ملزم لجانب واحد وبمقابل[1].

كما عَرّف فقها على أنّه: "حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي ويتقرّر ضمانا لدين على عقار مملوك للمدين أو غيره، ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدّم في استيفاء حقّه من المقابل النقدي لهذا العقار مفضلا عن غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة. وأن يتّبع العقار في أي يد يكون"[2].

ويعد الرهن الرسمي من أهم وسائل الائتمان في العصر الحديث وذلك لأنه يوفق بين مصالح المدين الراهن والدائن المرتهن رغم أنها متعارضة، كما أنه يوفر الحماية للغير في حالة تعاملهم مع الراهن في العقار المرهون، فهو يمثل آلية ضمان صلبة للبنك الدائن، حيث يمكنه من بيع العقار محل الرهن واستيفاء حقه من ثمن البيع بالأولوية مقارنة مع الدائنين الآخرين هذا في حالة عدم قدرة المؤسسة الاقتصادية على الوفاء بمبلغ القرض في الآجال المحددة.

وسنعالج ذلك بالتفصيل في هذا المبحث وفق المطالب التالية: المطلب الأول لطرق إنشاء الرهن الرسمي، والمطلب الثاني لآثار الرهن الرسمي، والمطلب الثالث لانقضاء الرهن الرسمي وتشخيصه.

المطلب الأول: طرق إنشاء الرهن الرسمي

جاءت مادة من القانون المدني لتحدد كيفية انعقاد الرهن الرسمي(العقاري)، حيث تنص: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون. "[3]

نستخلص من هذه المادة أن هناك ثلاثة طرق لإنشاء هذا النوع من الرهون تتمثل في الرهن الرسمي الاتفاقي، والرهن الرسمي القضائي، والرهن الرسمي القانوني، وكل نوع من هذه الأنواع يحتاج لصحته إلى شروط موضوعية وأخرى شكلية.

1-هذا التعريف يمثل خصائص الرهن الرسمي باعتباره حق، وخصائصه باعتباره عقد، زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص17.

2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 66.

3- المادة 883 الفقرة 1.

الفرع الأول: الرهن الرسمي الاتفاقي (Hypothèque amiable)

ينشأ هذا الرهن بموجب اتفاق بين البنك المموِّل والمؤسسة الاقتصادية الراهن الممولة لضمان الوفاء بدينه، ولا يكون ذلك إلا وفق شروط شكلية وأخرى موضوعية وإلا كان عقد الرهن باطلا.

أولا: الشروط الشكلية

استنادا لنص المادة السالفة الذكر فإن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا بعقد رسمي (Acte authentique) مودع أمام موثق في حدود اختصاصاته وصلاحياته وفقا للإجراءات التي يفرضها القانون لتحرير العقود الرسمية، ويترتب على الإخلال بالرسمية بطلان العقد بطلانا مطلقا[1]، لأن كل التعاملات التي ترد على العقارات لا تصح إلا بإتباع الرسمية، عقد موثق، الإشهار والتسجيل، وهذا حتى تكون حجة أمام الغير. كما أنه حماية للراهن من خلال تنبيهه لخطورة ما هو مقدم عليه، وللدائن المرتهن، من خلال أنّه يجنّبه خطورة إبطال الرهن الذي يجعله في مركز دائن عادي، لأن الرسمية تضمن صحّى العقد[2].

وبمناسبة الكلام عن الشكلية في الرهن الرسمي لابد من التطرق إلى حالتي الوعد بإنشاء الرهن الرسمي، وكذا بالنسبة للوكالة عند غياب المدين الراهن.

أ- الوعد بالرهن الرسمي

إن الوعد بالرهن الرسمي هو من إنشاء الممارسة والأعراف البنكية، يتمثل في وعد المؤسسة المدينة للبنك بالالتزام بتخصيص رهن رسمي بمجرد طلب البنك الدائن لذلك[3].

لكن هذا النوع من الاتفاق لم ينص عليه المشرع، بل هو نتاج الممارسات والأعراف، وبالتالي يمكن الرجوع إلى القواعد العامة، حيث تنص المادة 71 فقرة2:"إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد. "

وعلى هذا الأساس فالوعد بالرهن لا ينعقد إلا إذا أفرغ هو نفسه في الشكل الرسمي، ويتضمن الوعد البيانات الخاصة والكافية المتعلقة بالعقار المرهون والدين المضمون والمدة.

1-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، ملف رقم 103656، الصادر بتاريخ 09-11-1994، نشرة القضاة، عدد51، ص. 7: "يشترط في العقود الواردة على العقارات أن تحرر في شكل رسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان. . . "

2- زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 33.

3-Michel, mathieu, op. cit, p. 180-190.

فإذا توفر الوعد بالرهن على شروطه الموضوعية والشكلية وامتنع الواعد عن إبرام عقد الرهن الرسمي وقاضاه البنك الدائن المرتهن مطالبا إياه بتنفيذ الوعد قام الحكم مقام العقد[1].

الوعد بالرهن الرسمي لا يشكل ضمانة حقيقية وصلبة للبنك الدائن في مواجهة المؤسسة المدينة الممولة من طرفه، فهو لا يرتب سوى التزامات شخصية لا ترقى إلى آلية لتغطية مبلغ القرض، بل يمكن للدائن المرتهن الحصول على إقرار بالدين، والمدين الراهن عليه التعويض كجزاء على إخلاله بالتزام شخصي[2]، ومنه فإن هذا النوع من الوعود ينم عن مخاطر، ففي حالة شهر إفلاس المؤسسة فإن البنك الدائن في هذه الحالة لا تكون له أية مرتبة أمام الدائنين الآخرين الذين قاموا بقيد الرهن[3].

ب- التوكيل في إنشاء الرهن

عند غياب المدين الراهن وقت توقيع الرهن الرسمي يمكن لوكيله أن يوقع بدلا عنه ولكن بشرط أن تكون الوكالة رسمية وخاصة.

رسمية لأن التوكيل كالرهن لا ينشأ إلا إذا أفرغ في الشكل الرسمي[4]، فعند إبرام عقد الرهن لفائدة البنك يجب ذكر المادة الموجودة في القانون الأساسي للشركة التي تمنح للمسير التأهيل لإنشاء وإبرام عقد الرهن، وفي حالة انعدام هذه المادة في القانون الأساسي يجب أن يحضر المسير أو الممثل عن المؤسسة للبنك عقد توثيقي لإبرام عقد الرهن وإلا أصبح الرهن باطلا[5]، أما التخصيص فيقضي بألا تكون الوكالة بألفاظ عامة، لأنها في حال ذلك لا تعطي الحق في إنشاء الرهن الرسمي[6].

ثانيا: الشروط الموضوعية

لإنشاء الرهن الرسمي الاتفاقي لابد من توفر شروط موضوعية عامة وأخرى خاصة.

1- المادة72من القانون المدني: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، كانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد. "

2-زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 40.

3-راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 114.

4-المادة 572من القانون المدني: "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة.. "

5-زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 37.

6-المادة 574فقرة1من القانون المدني.

1- الشروط الموضوعية العامة

الرهن الرسمي الاتفاقي كبقية العقود يتم بمقتضى عقد تراعى فيه الشروط المقررة في القواعد العامة بشأن العقود[1].

- من الرضا الذي يجب أن يصدر من المتعاقدين وهما هنا البنك الدائن المرتهن والمؤسسة الاقتصادية المدين الراهن، ومتى تطابقت إرادتهما مع خلو الإرادتين من عيوب الرضا انعقد الرهن، كما يجب أن يكون كل من المتعاقدين أهلا لمباشرة الرهن، غير أن المشرع لم يتعرض لأهلية المرتهن بصدد الرهن، مكتفيا بالقواعد العامة، وعليه فإذا كان مميزا أعتبر الرهن صحيحا بالنسبة له لأنه نافعا نفعا محضا.
- وجود المحل، وهو رهن واقع على عقار مملوك للمدين الراهن لضمان الوفاء بالتزام.
- السبب، هو ضمان الدين الذي يكون قد نشأ صحيحا وبقي قائما إلى غاية انعقاد الرهن.

2- الشروط الموضوعية الخاصة

حتى يصح عقد الرهن على العقار يجب أن تتوفر شروطا من جانب المدين الراهن، ومن جانب الدائن المرتهن، والدين المضمون، والعقار المرهون.

أ- من جانب المدين الراهن

- وجود المدين الراهن أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين

يجب أن يتمتع المدين بأهلية الالتزام ومقدرته على إبرام عقود أيا كان نوعها خاصة بأهلية الالتزام.

فإذا كان الراهن هو المدين فالرهن بالنسبة إليه يعتبر من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، لهذا يشترط أن يكون بالغا سن الرشد، أما إذا كان غير ذلك فالرهن يقع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا طبقا للنص القانوني الذي يقضي بأن يكون الراهن كامل الأهلية، ونفس الشيء في حالة ما إذا الراهن شخصا آخر غير المدين كأن يكون كفيلا عينيا حيث يكون عمله تبرعيا هنا يستلزم أن تكون له أهلية التبرع وهي سن الرشد[2].

1-المادة884فقرة1من نفس القانون.

2-فوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص. 35.

- ملكية الراهن للعقار المرهون

يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون سواء أكان مدينا أصليا (المؤسسة) أو كفيلا عينيا، فإذا لم يكن كذلك فلا نتصور أنه يستطيع إعطاء البنك المرتهن أي حق عليه، لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

وبمفهوم المخالفة إذا لم يكن الراهن مالكا للعقار المرهون كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا، لكون ملكية الراهن للعقار المرهون شرط من شروط الرهن[1].

من هنا من واجب الموثق والمحافظ العقاري التأكد من ملكية العقار قبل تحرير العقد الرسمي للرهن الرسمي، وقبل القيام بإجراءات شهره، كما أنه بإمكان البنك المرتهن التحري عن العقار محل الرهن في المحافظة العقارية من حيث مدى ملكية المؤسسة أو الكفيل العيني للعقار.

ب- من جانب الدائن المرتهن[2]

- وجود الدائن المرتهن لإمضاء عقد الرهن مع اختيار موطن الدائن، والتعريف به، وذكر رأسماله، والمقر الرئيسي، والسجل التجاري.
- تبيين سند الدين المتمثل في رخصة القرض، من حيث رقمها وتاريخ إصدارها وإمضاؤها وذكر الجهة المرخصة، واتفاقية القرض من حيث رقمها وتاريخها والغاية من منح القرض.
- تحديد الدين، من حيث مبلغه وشروطه وتفاصيله وتعبئته.

ج- تخصيص الدين المضمون

يعتبر الدين المضمون من الشروط الموضوعية الخاصة لصحة الرهن، ينطبق عليه مبدأ التخصيص كما هو الشأن بالنسبة للعقار، وتخصيص الدين يتم تحديده من حيث المقدار، والمصدر، وهذا التخصيص يجب أن يرد في عقد الرهن، وقد يكون الدين معلقا على شرط مستقبلي أو احتمالي[3].

1-المادة 884فقرة2 من القانون المدني: "يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه. . . "

2-محمد دامن، الرجع السابق، ص. 49.

3-المادة 891 من القانون المدني: "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين. "، وزاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 79-83.

د- تخصيص العقار المرهون

ينص المشرع في القانون المدني على: "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"[1]. ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلا. "[2]

من خلال نص المشرع السابق فإن هناك شروطا موضوعية خاصة يجب أن تتوفر في العقار المرهون[3]، حيث يجب أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، ولهذا لا يجوز الرهن في الأموال الموقوفة والأموال العامة وحق الارتفاق، فالأولى لا يجوز التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلني، والثانية لأنها تخرج عن التعامل فيها بحكم القانون، والثالث لأنه لا يمكن بيعه استقلالا عن العقار.

وهذا كله لتمكين البنك الدائن المرتهن عند عدم استيفاء حقه من التنفيذ على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني في حال عدم قدرة المؤسسة الراهن عن الوفاء بالتزاماتها اتجاه البنك الدائن المرتهن.

كما يجب تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا، فهذا الحكم يقرر مبدأ تخصيص الرهن، والمقصود بالتخصيص هو أن يتقرر الرهن على عقار بعينه وليس على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية، والهدف من ذلك هو القضاء على الرهن العام الذي يرد على أموال المدين، وهذا لما ينتج عن ذلك من أضرار تلحق بمصلحة الراهن، لذلك يجب أن يكون التعيين دقيقا، من حيث طبيعة العقار وموقعه والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم ورقم المخطط.

ويشترط في العقار أن يكون موجودا، ولكن لا مانع من رهن المال المستقبلي[4] ولكن بشرط إمكانية تعيينه تعيينا دقيقا في العقد، ويكون باطلا كلما تخلف شرط التخصيص.

كما أن الرهن على العقار لا يشمل هذا الأخير فقط، بل كل ملحقاته وتوابعه كحق الارتفاق والعقارات

1-المادة 886 فقرة 1، فهناك بعض المنقولات يشملها الرهن الرسمي لأنها لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية مثل الرهن الرسمي الوارد على السفن والطائرات.

2- المادة 886 الفقرة 2.

3-زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 58-78.

4-المادة 92 فقرة2 من القانون المدني.

بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك[1].

الفرع الثاني: الرهن القانوني (Hypothèque légale)

إنّ الرهن القانوني هو الرهن الذي ينشأ نص في القانون، وهو يتقرر بالنظر إلى نوعية الدائن لأنه يستحق حماية خاصة[2]، وهو يقع على الأملاك العقارية للمدين للفائدة البنوك والمؤسسات المالية لضمان تحصيل ديونها.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الرهن في عدة نصوص قانونية[3]، ولكنه لم يعط تعريفا صريحا له فتم تعريفه فقها على أنّه: "حق عيني ينشئه القانون للدائن على عقار معين مخصص للوفاء بدينه، يكون له بمقتضاه التقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"[4].

فمعيار التفرقة بين الرهن القانوني وما يشابهه، وخاصة الرهن الرسمي الاتفاقي والرهن القضائي، فهو مصدره القانون، بينما الرهن الرسمي الاتفاقي فمصدره إرادة الطرفين، والرهن القضائي يتقرر بموجب حكم قضائي. والرهن القانوني لا يختلف عن الرهن الرسمي التعاقدي سوى من حيث المصدر، هذا يجعل شروط تكوينه مختلفة.

أولا: شروط الرهن القانوني

يتطلب إنشاء الرهن القانوني جملة من الشروط بعضها يتعلق بالشكل وجانب آخر يمس موضوع الرهن.

1- الشروط الشكلية

إنّ الممثل القانوني للبنك أو المؤسسة المالية يتولى تحرير اتفاقية القرض مع تخصيص لعقارات المدين كضمان لهذا الائتمان بموجب وثيقة تخصيص الرهن العقاري[5]. ولكن هذا غير كاف، حيث لا يكتسب الرهن القانوني أية

1-المادة 787 من نفس القانون.

2- نجاة بوساحة، الرهن القانوني المؤسس للبنوك والمؤسسات المالية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 13، جوان 2016، ص40.

3- المادة 96 من القانون رقم02-11 المؤرّخ في 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، الجريدة الرسميّة، العدد 86، سنة 2002، المعدّلة بموجب المادة 56 من القانون رقم 05-16 المؤرخ في 31 ديسمبر 2005 المتضمن قانون المالية لسنة 2006، الجريدة الرسمية، العدد 85 لسنة 2005، والمادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 3أفريل 2006 المتضمن الرهن القانوني المؤسس للبنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، الجريدة الرسمية، العدد 21 المؤرخ في 5أفريل 2006، والتي نص: "يؤسس رهن قانوني على الأملاك العقارية للمدينين لفائدة البنوك والمؤسسات المالية وصندوق ضمان الصفقات العمومية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها". والمادة2396 من القانون المدني الفرنسي: " L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi".

- كما أشار المشرع لذلك من خلال المادة 883 من القانون المدني الجزائري.

4- نجاة بوساحة، المرجع السابق، ص40.

5- نجاة بوساحة، المرجع السابق، ص45.

حجة ما لم يتم شهره[1] بالمحافظة العقارية، ويتم تسجيل الرهن طبقا للمادة 93 من المرسوم 76-63 المتعلق بإنشاء الدفتر العقاري[2]، ويتطلب ذلك تقديم اتفاقية القرض التي تفيد استفادة المدين من القرض[3]، وإذا تم القيد فإنه يمنح للدائن مرتبته في الرهن، وفقا لتاريخ قيد حقوقه، وإلا فإن المصرف يقوم بتقييد رهن قانوني بدرجة لاحقة فيتحدد بذلك مركزه طبقا لدرجة تاريخ قيد الرهن[4]. وبما أن المشرع قد أعطى امتيازا خاصا للبنوك والمؤسسات المالية في مسألة تحديد القيد، فإن ذلك لا يكون إل لمدة 30 سنة[5]. وبالتالي فإنّ الرهن القانوني يمثّل بهذه الصفة سندا تنفيذيا[6].

ومن أجل تقييد المصرف في رهن قانوني لفائدته، ونظرا لإمكانية رفض المدين التصريح بجميع أملاكه العقارية، وذلك ليتفادى الحجز عليها في حالة عدم التسديد، فإنه يمكنه البحث عن ذلك على مستوى المحافظة العقارية لمعرفة العقارات التي يملكها المدين[7].

2- الشروط الموضوعية

يتميز الرهن القانوني عن الرهن الاتفاقي من حيث غياب إرادة العميل، ولذلك لا يشترط لتكوين هذا النوع من الرهن توفر ركن الرضا باعتبار أن القانون يشترط لتحققه ملكية العميل للعقار المرهون[8]. وفي هذا خروج عن القواعد العامة للرهن الرسمي التي تجيز ما يسمى الكفالة العينية أين يكون مالك العقار المرهون ليس هو المدين الأصلي، حيث اشترط المشرع في الرهن القانوني أن يكون مالك العقار هو الشخص الذي أبرم اتفاقية القرض مع المؤسسة المالية أو البنك[9]. وأكثر من ذلك استعمل المشرع للإشارة إلى هذا الشرط مصطلح

1- المادة 15 و16 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر1975 المتعلق بالمسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري العام، الجريدة الرسمية العدد 92 لسنة 1975 وقرار المحكمة العليا، المؤرخ في 17-05-2008، الملف رقم 523832، الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية..

2- المرسوم رقم76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 25 مارس 1976، الجريدة الرسمية، العدد 30، المؤرخ في 13أفريل 1976، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 80-210المؤرخ في 13سبتمبر1980، الجريدة الرسمية، العدد38، المؤرخ في 16سبتمبر1980، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123المؤرخ في 19ماي 1993، الجريدة الرسمية، العدد34، المؤرخ في 23ماي1993، ص14.

3- المادة 96 الفقرة 2 من القانون رقم 02-11 السالف الذكر:" يتم تسجيل هذا الرهن القانوني طبقا للأحكام القانونية المتعلقة بالدفتر العقاري، بمبادرة من البنك على أساس اتفاقية القرض التي تمت بين البنك وزبونه، مبينة خاصة المبلغ الأقصى للقرض المضمون ووصف الأملاك موضوع الرهن. . . "

4- المادة 96 فقرة 6 من القانون رقم 02-11 السالف الذكر:". . . الذي يأخذ مرتبته عند تاريخ تسجيله. . . ".

5- المادة 96 فقرة 6 من القانون رقم 02-11:" يعفى هذا الرهن. . .، من التجديد لمدة 30 سنة. ".

6- السندات التنفيذية حددتها المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

7- ليندة شامبي، الائتمان المصرفي، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص341.

8- المادة 96 الفقرة 1 من القانون رقم 02-11:". . . يؤسس رهن قانوني على الأملاك العقارية للمدينين، لفائدة البنوك والمؤسسات المالية. . . ".

9- نجاة بوساحة، المرجع السابق، ص46.

الزبون[1]. ووفقا لما سبق فإن الشروط الموضوعية للرهن القانوني تتمثل في وجود اتفاقية قرض بين البنك أو المؤسسة المالية والزبون وتخصيص الرهن من حيث الملك العقاري المرهون.

- وجود اتفاقية قرض

لقد أشار المشرع الجزائري إلى اتفاقية القرض من خلال نص المادة 68 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[2]:"يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان، تعتبر بمثابة عمليات قرض، عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار بالشراء لاسيما عمليات القرض الايجاري ".

ومادام أن اتفاقية القرض هي عمل تجاري بحسب الموضوع[3] فهو يحتمل الربح أو الخسارة، وبالتالي فهذه الاتفاقية من التصرفات القانونية التي تدور بين النفع والضرر بالنسبة للمدين المقترض، لذلك فالأهلية الواجب توفرها لهذا الأخير هي سن الرشد القانوني أو حصول على إذن من المحكمة، بينما بالنسبة للدائن المرتهن فهذه العملية نافعة له نفعا محضا، غير أن ما في الأمر أن التحديد في اتفاقية القرض يكون بتعيين الحد الأقصى للدين[4].

- ملكية العميل للعقار المرهون

إن نص المادة 96 فقرة 1 من القانون رقم 02-11 ذكر ذلك الشرط، وهو أن الرهن القانوني يؤسس على العقارات التي يمتلكها المدينون وتقدم كضمان للبنوك والمؤسسات المالية حماية لها من مخاطر الائتمان والتي أبرزها عجز المدينين على السداد. لأنّه توجد أموال لا يصح التعامل فيها[5].

والملكية تخضع لأحكام المادة 324 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بشرط الرسمية والقيد لدى

1- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132 السالف الذكر:" . . . ويلحق بالطلب: اتفاقية القرض المبرمة بين البنك أو المؤسسة المالية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية وزبونه. . . ".

2- الجريدة الرسمية، العدد52، المؤرخ في 27أوت2003، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 سالف الذكر.

3- المادة 02الفقرة 17 من القانون التجاري الجزائري.

4- المادة 96 فقرة2 القانون رقم 02-11: "مبينا خاصة المبلغ الأقصى للقرض المضمون. . . ".

5-لا يجوز التعامل في أملاك الدولة طبقا للمادتين 688و689 من القانون المدني، كما لا يجوز رهن الأموال الموقوفة وذلك لعدم إمكانية التصرف فيها، وهذا ما أكدته المادة 23 من القانون رقم 91-10المؤرخ في 27-04-1991والمتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 1991. وقرار المحكمة العليا تحت رقم 157-310المؤرخ في 16-7-1997، المجلة القضائية، العدد1، 1997، ص34: "من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع. . . " هذا يعني كذلك الرهن، لأنه عادة ما يستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمن بيع هذه الأموال عن طريق المزاد العلني.

المحافظة العقارية، ومنه فالملكية غير المشهرة لا يمكن للبنك من خلالها الحصول على رهن رسمي قانوني لصالحه[1].

ثانيا: آثار الرهن القانوني

إن القيد يتم على مستوى المحافظة العقارية التي يقع بدائرة اختصاصها موقع العقار أو العقارات المرهونة، وهذه الآلية تتيح للدائن المرتهن إمكانية الاحتجاج بها على الغير وبه تتحدد مرتبته إزاء الدائنين الآخرين، وأكثر من ذلك، فإن الرهن القانوني يمثل سندا تنفيذيا ولكن يجب إمهاره بالصيغة التنفيذية[2] وذلك عن طريق تقديم طلب تقديم طلب إلى رئيس المحكمة مكان وجود العقار ويتم تقديمه إلى المحضر القضائي في أجل يسمح للبنك أو المؤسسة المالية بحجز الأملاك المرهونة[3].

أمّا عن إجراءات التنفيذ على العقارات المرهونة وبيعها بالمزاد العلني فقد تطرق المشرع إلى ذلك في المواد 2 إلى 7 من المرسوم رقم 06-132 المذكور أعلاه، وجاءت هذه الإجراءات كامتياز ممنوح للبنوك وتتمثل في:

- ضرورة معاينة عدم وفاء المدين بالتزامه في التاريخ المحدد من طرف المحضر القضائي، وذلك بتحريره لمحضر يتضمن إعذار المدين المتعثر بدفع المبالغ المستحقة خلال أجل 1شهر. ولكن الإشكال هنا أن قيد مبلغ الائتمان يتضمن مبلغ القرض دون الفوائد المنجرة عنها فكان على المشرع أن يتفادى هذا الفراغ وذلك بالنص على تدوين ذلك في محضر الإعذار[4].
- عند عدم الدفع في الأجل المحدد في المادة 2 من المرسوم المذكور أعلاه يتم تبليغ إعذار ثاني للمدين بنفس الصيغة المذكورة أعلاه ويحدد له أجل جديد للدفع مدته 15 يوما قبل اللجوء إلى المحكمة المختصة.

هنا نلاحظ أن إجراءات الحجز على المنقول المنصوص عليها في قانون النقد والقرض تختلف عن إجراءات الحجز على العقار المرهون المنصوص عليها في المادتين 2و3 من المرسوم رقم 06-132 لأن هذا الأخير ينص على إعذارين بينما في حجز المنقول فإنه يتطلب إعذارا واحدا[5].

1 – ليندة شامبي، المرجع السابق، ص341.

2– المادة 96 فقرة 4 من القانون رقم 02-11 السالف الذكر.

3– المادة 96 فقرة 5 من القانون رقم 02-11.

4 – ليندة شامبي، المرجع السابق، ص342.

5– المادة 124 من قانون النقد والقرض الأمر رقم 03-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 السالف ذكره.

ثالثا: تقييم فعالية الرهن القانوني

كان من الأجدر بالمشرع اختصار الشكليات الطويلة والمعقدة لإنشاء الرهن القانوني أو عند التنفيذ عليه خصوصا إذا تعلق الأمر ببنك أو مؤسسة مالية، فهذا يؤثر سلبا على الائتمان ويضعف من فعالية الرهن كضمان. فالإعذار وما يمر به من إجراءات ومدد قانونية يتنافى وخاصية السرعة التي تميز الائتمان. ثم أن الحجز العقاري وما يتطلبه من إجراءات طويلة ومدد قانونية يجعلنا حقيقة أمام أزمة الرهن عامة والقانوني بصفة خاصة، من الحصول على الصيغة التنفيذية للسند ثم تقديمه للمحضر القضائي لتبليغه للمدين ليتم بعد ذلك شهره بالمحافظة العقارية لتأتي مرحلة البيع بالمزاد العلني وما يتطلبه من إجراءات طويلة ومعقدة وبشروط محددة قانونا إذا لم تتوفر تؤدي إلى إلغاء هذا الإجراء، وأكثر من ذلك حتى وإن تم عقد جلسة المزادة فقد لا يمكن الوصول إلى الثمن المتوخى منه أو أن يتراجع المشتري عن قراره أو أن الثمن الذي بيع به العقار المرهون بالمزاد العلني قد لا يفي بكامل التزامات المدين.

ولتفادي هذه الإجراءات هناك منْ يقترح إرجاع فعالية التأمينات العينية الضائعة من خلال تكريس مصلحة الدائن المرتهن وذلك بتفادي الإجراءات الطويلة والمكلفة من خلال اقتراح شرط تملك العقار المرهون عند تحقق خطر عدم السداد، هذا الشرط الذي مازال ممنوعا في التشريع والقضاء الجزائري[1] رغم أن بعض التشريعات سمحت بإدراج هذا الشرط في عقد الرهن، وهذا بموجب إصلاح قانون التأمينات العينية بمقتضى الأمر رقم 06-324 المؤرخ في 13مارس 2006 ولكن بشرط ألا يكون العقار المرهون معدا لسكن المدين[2].

وأكثر من ذلك وللرفع من فعالية الرهن العقاري فإنه من الأحسن تشجيع البيع الودي للعقار دون إتباع الحجز العقاري ولكن تحت سلطة القضاء وبشروط محدّدة.

وبالنظر إلى المادة 884 مدني جزائري السالفة الذكر وفي فقرتها الأولى تجيز أن يكون الراهن هو نفسه المدين أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين، لكن بالنسبة للرهن القانوني فإن المشرع ينص على أن العقار المرهون

1- المادة 903 من القانون المدني الجزائري، وقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25مارس1992 تحت رقم 81688، وقرار آخر صادر في 21مارس2007 تحت رقم 347927:" الرهن ضمان لاستيفاء الدين ولا يعد طريقا لتملك الشيء المرهون، وكل اتفاق يقضي بخلاف ذلك يعد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام. . . ".

2-Article 2459 code civil :" il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué, toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principe du débiteur ".

يجب أن يكون ملكا للمدينين فقط، فهذا الشرط يحد بصفة معتبرة من أهمية وفعالية هذا النوع من الضمان، لأن وجود الكفيل العيني يصب في مصلحة الدائن ويفتح المجال واسعا أمام هذا الأخير في الحصول على الضمانات التي تكفل له حماية أمواله، فالرهن القانوني جاء كامتياز للبنوك والمؤسسات المالية ولكنه في نفس الوقت حدَّ من فعالية هذا الضمان عندما أبعد المشرع الغير من إمكانية تقديم عقار كرهن، وهذا عكس ما ذهب إليه في الرهن الرسمي الاتفاقي.

بالإضافة إلى ذلك فإن هذا الامتياز لا تتمتع به البنوك والمؤسسات المالية وحدها بل تشاركها في ذلك صندوق ضمان الصفقات العمومية[1]، فنكون بصدد تزاحم العديد من أصحاب الرهون القانونية.

كما أنّ حرية المدين الراهن في التصرف في الأموال المرهونة بيعا ومقايضة وإيجارا ورهنا مرة أخرى لهاته الأموال، ولتفعيل هذا النوع من الضمان ظهر على الصعيد العملي والقضائي ما يسمى بشرط المنع من التصرف، والذي يتم من خلاله تقييد هذا الامتياز بالشكل الذي لا يتعارض مع حق الملكية وفي نفس الوقت يحمي حقوق الدائن المرتهن. لذلك فالقضاء أقرّ شرط المنع من التصرف لانتشاره على الصعيد العملي حتى أصبح يقضي بصحته إذا كان لا يتضمن مساسا بمضمون الملكية[2]، وبهذا تأثّرت مختلف التشريعات كالتشريع المصري[3]، وعليه يمكن للمرتهن أن يحمي ضمانه من خلال اشتراطه للمنع من التصرف في عقد الرهن، كما عمل المشرّع الجزائري بهذا الشرط بصفة غير صريحة[4]، وعليه يمكن إدراج هذا الشرط في عقد الرهن ما دام لا يؤثر سلبا على حق الملكية وإنما هدفه حماية مؤقتة للدائن وأنه مبني على باعث مشروع.

الفرع الثالث: الرهن القضائي (Hypothèque judiciaire)

وفقا لنص المادتين 941 و942 من القانون المدني الجزائري فإن الرهن القضائي هو حق يتقرر بموجب أمر

1- المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المذكور أعلاه.

2- على عبد الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 120.

3- المادة 823 من القانون المدني المصري: «إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في المال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة محدّدة». المقابلة للمادة 850 من القانون المدني القطري رقم 22 المؤرخ في 30 جوان 2004، الجريدة الرسمية، العدد11، المؤرخ في 08 أوت 2004

4- المادة 87 من المرسوم رقم 76-63 السالف الذكر: «إنّ الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه حقّه الخاص لا يمكنه الاعتراف على العقود بين الأحياء والتي تمّ إعدادها بصفة متميّزة من اجل اثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت وجميع التقييدات الأخرى لحق التصرف. . .».

على عريضة من رئيس المحكمة لصالح الدائن الذي يكون بيده حكم واجب التنفيذ على عقار أو أكثر من عقارات مدينه.

وعلى هذا فالرهن القضائي يشبه الرهن الرسمي الاتفاقي من حيث الآثار ويختلف عنه من حيث النشوء، فالأول ينشأ بناء على حكم واجب التنفيذ بإذن صادر من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار أو العقارات المرهونة، بينما الثاني ينشأ عن طريق العقد.

ووفقا لأحكام المادة 937 مدني جزائري فإنّه: "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على حق تخصيص لعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف".

ومادام أن المشرع لم يقدم تعريفا للرهن القضائي وإنما أشار إليه فقد تكلف الفقه بذلك من خلال تعريفه على أنّه: "حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين بمقتضى حكم واجب التنفيذ الصادر بالتزام المدين بالدين، ويخول للدائن التقدم على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون"[1].

ومادام أن أحكام الرهن الرسمي الاتفاقي تسري على الرهن القضائي من حيث القيد والآثار فيكفي هنا أن نتطرق إلى شروط وإجراءات الحصول عليه.

أولا: شروط الرهن القضائي

يجب توافر أربعة شروط لإنشاء الرهن القضائي بعضها يخص الدائن الذي يحصل عليه وبعضها يتعلق بالحكم المقرر لهذا الرهن ومنها ما يرجع للأموال التي يتقرر عليها هذا الحق والوقت الذي يتقرر فيه.

1-الدائن المرتهن

يمكن لكل دائن بيده حكم يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على رهن عن طريق القضاء ضمانا لأصل الدين والمصاريف.

من هنا نستطيع القول إن هذا النوع من الرهن جاء لضمان دين مهما كان نوعه أو مصدره، فقد يكون محله مبلغا من النقود أو عملا أو امتناع عن عمل على أنّه يشترط أن يكون حق الدائن ثابتا بمقتضى حكم يلزم

1- إبراهيم نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، (ب. س. ن) ، ص159.

المدين بشيء معين. ولم يشترط المشرع الجزائري في الدائن طالب الرهن أن يكون حسن النية خلافا لبعض التشريعات ومنها التقنين المدني المصري[1]. وعليه فلو باع المدين عقارا ثم حصل الدائن على رهن قضائي على هذا العقار وهو على علم ببيعه، أي أنه هنا سيء النية، فإن هذا الحق يكون نافذا في حق المشتري.

2- الحكم المقرر للرهن

طبقا لنص المادة 937 مدني جزائري، فإنه يلزم أن تتوفر في الحكم الذي يحصل من خلاله الدائن على رهن قضائي أن يكون حكما قضائيا واجب التنفيذ صادرا في موضوع الدعوى.

-أن يكون حكما قضائيا

الدائن لا يمكنه الحصول على هذا النوع من الرهون إلا بمقتضى حكم قضائي يقرر حقه الثابت، والحكم هنا هو القرار الصادر من جهة ذات ولاية قضائية، فإذا كان حق الدائن مقررا بموجب عقد رسمي، فإنه لا يصلح للحصول بمقتضاه على عقد رسمي قضائي (حق تخصيص)[2].

ولقد قرر المشرع في المادة 939 مدني جزائري على أنه يمكن الحصول على رهن قضائي بناء على حكم يثبت وجود صلح أو اتفاق بين المتعاقدين، وبهذا فإن الأحكام الصادرة بالتصديق على محضر الصلح يجوز بمقتضاها الحصول على رهن قضائي[3] .

وأكثر من ذلك فلقد أجاز المشرع إمكانية الحصول على رهن قضائي بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية، إذا أصبح واجب التنفيذ[4].

- أن يكون الحكم واجب التنفيذ

الحكم الواجب التنفيذ هو الذي يكون حائزا لقوة الشيء المقضي فيه أي أنّه غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية وهي الاستئناف والمعارضة أو أن يكون قابلا للطعن فيه ولكنه مشمول بالنفاذ المعجل قانونا أو طبقا لحكم

1- المادة 1085 من القانون المدني المصري، والتي تقابلها المادة 937 مدني جزائري. المقابلة للمادة 1116 من القانون المدني القطري.

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة2010، ص205.

3-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص206.

4- المادة 938 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز الحصول على حق تخصيص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية. . . إلا إذا أصبح حكم القرار واجب التنفيذ".

المحكمة[1]. فإذا لم يكن الحكم كذلك، فلا بد من انتظار فوات مدة الطعن.

- أن يكون الحكم صادرا في موضوع الدعوى[2]

وعليه تستبعد الأحكام التحضيرية التي لا تمس بأصل الحق إلا إذا تضمنت التزام المدين بأداء شيء معين، لأن الرهن القضائي هو ضمان للدائن من إخلال المدين بالتزامه. لذلك يشترط في الحكم أن يذكر فيه مقدار الدين فإذا كان غير محدد تولى رئيس المحكمة تقديره وعين المبلغ الذي به يتحقق هذا الرهن[3] .

3- الأموال محل الرهن

إنّ الرهن القضائي مثله مثل الرهن الرسمي الاتفاقي لا يتقرر إلا على عقار أو عقارات ملكا للمدين[4]. من هنا فإن هذا الرهن يجب أن يقع على عقار مملوك للمدين وقت قيد الرهن وأن يكون معينا تعيينا دقيقا وأن تذكر البيانات المعينة له في طلب الرهن وذلك ببيان موقعها مع تقديم أوراق الدالة على قيمتها[5]. كما يشترط في هذه العقارات أن تكون مما يجوز التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلني أي أن تكون مما يجوز رهنها رهنا رسميا.

4- الوقت الذي يجوز فيه أخذ الرهن القضائي[6]

متى توفرت الشروط السابقة والمنصوص عليها قانونا جاز للدائن أخذ رهن قضائي على عقار أو عقارات مدينه في أي وقت شاء، غير أن المشرع وضع استثناء على ذلك، وهو عدم جواز أخذ هذا النوع من الرهون بعد وفاة المدين[7]، لأنّه طبقا للقواعد العامة فإنه بوفاة المدين يكون أجل الدين حال الوفاء، أضف إلى ذلك أن الدائن يستوفي حقه من تركة مدينه كما أنه يجب إعلام المدمين بالأمر الصادر بالرهن، ولأنه من حق المدين التظلم من أمر التخصيص.

لكن إذا تقرر لمصلحة الدائن رهنا قضائيا أثناء حياة المدين وتوفرت الشروط الموضوعية فإنه لا يكتسب

1- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، طبعة 2008، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص292.

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص207.

3-المادة 941 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

4- المادة 940 من القانون المدني الجزائري.

5- المادة 941 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

6- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص208.

7- المادة 937 فقرة 2 : "ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة ".

هذا الرهن إلا بطلب توقيع الأمر بالتخصيص وفقا للإجراءات القانونية المحددة.

ثانيا: إجراءات الحصول على رهن قضائي

ونتطرق في هذا لكيفية الحصول على الرهن القضائي، ونبين سلطة رئيس المحكمة في منح هذا الرهن للدائن، وإمكانية الإنقاص من هذا الرهن.

1- كيفية الحصول على الرهن القضائي

تبدأ الإجراءات بأن يتقدم الدائن بعريضة إلى رئيس المحكمة الكائن بدائرة اختصاصها موقع العقار محل الرهن ويجب إرفاقها بصورة رسمية من الحكم، كما نص المشرع على البيانات الواجب ذكرها في العريضة[1]، وأبرزها مقدار الدين وتعيين العقار تعيينا دقيقا مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها، وهذا حتى يقرر القاضي مدى تناسبها مع مقدار الدين المضمون، وهذا لا يكون إلا على وجه التقريب[2].

2- سلطة رئيس المحكمة

لرئيس المحكمة سلطة الأمر بالرهن القضائي أو رفضه، وهذا وفقا لمدى توفر الشروط الموضوعية السابقة، ثم إذا ما رأى القاضي أن الشروط تتيح للدائن الحصول على رهن فتكون له بذلك السلطة التقديرية بالنسبة لتحديد العقار أو العقارات موضوع الرهن، وتقدير مبلغ الدين إذا لم يكن محددا في الحكم. كما أن للقاضي السلطة التقديرية في جعل الرهن مقصورا على بعض العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها، إذا رأى أن ذلك كافيا لضمان تسديد الدين والمصاريف[3].

ويجب إعلان الأمر بالرهن للمدين في نفس اليوم الذي يتقرر فيه أمر الرهن[4]. وللمدين الحق في التظلم[5] وهذا بسبب انقضاء الدين بالوفاء أو أن العقارات موضوع الرهن تزيد قيمتها بكثير عن قيمة الدين المضمون.

كما أنّه يمكن للدائن التظلم من أمر رئيس المحكمة المختص في حال ما إذا رفض منحه الرهن رغم توفر الشروط، أو إذا ألغى الرهن بناء على تظلم المدين.

1- المادة 941 من القانون المدني الجزائري.

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص210.

3- المادة 942 من القانون المدني الجزائري.

4- المادة 1091 مدني مصري، تقابلها المادة 943 مدني جزائري. والمادة 1122 من القانون المدني القطري: "على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا الأمر. . . "

5- المادة 944 مدني جزائري: "يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر. . . أمام القاضي الذي أصدره".

فالفرق بين تظلم المدين وتظلم الدائن يكون في الجهة القضائية التي يرفع إليها أمر التظلم، فتظلم المدين يكون أمام القاضي الذي أصدر الأمر لأن هذا الأخير يصدر في غير مواجهة المدين ودون سماع أقواله، فهنا إمكانية رجوع القاضي عن قراره. بينما بالنسبة للدائن فيرفع أمره أمام المجلس القضائي[1] .

3- إنقاص الرهن القضائي وانقضائه

يقرر المشرع الجزائري على أنه يمكن للمدين أو لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الرهن القضائي إلى القدر المناسب للدين المضمون، وهذا إذا تمّ منح الدائن عقارات تفوق قيمتها ما يكفي لضمان الدين وهذا الإنقاص يتمثل في[2] إنقاص الرهن ليكون مقتصرا على جزء من العقار أو العقارات موضوع الرهن، نقل الرهن إلى عقار آخر تكون قيمته مساوية لقيمة الدين المضمون. وهذا حرصا على تحقيق التناسب بين الدين المضمون والعقار محل الضمان.

ويشير المشرع إلى أن الإنقاص مقرر حتى للغير إذا كانت له مصلحة في ذلك[3]. ونتصور ذلك للدائن المرتهن المتأخر في المرتبة أو الدائن العادي أو حائز العقار. كما يشير أيضا أن موضوع الإنقاص لا بد أن يكون محل قيد ومصاريفه تقع على عاتق طالبه[4].

أمّا عن موضوع انقضاء الرهن القضائي فإن المشرع يحيلنا إلى الرهن الرسمي الاتفاقي[5]، بالإضافة إلى أسباب تخص هذا النوع من الرهن تتمثل في:

1- إذا صدر أمر بالرهن ثم طعن فيه بطريق من الطرق غير العادية وتم إلغاؤه، فإن هذا الرهن يسقط وللمدين طلب محوه. وكذلك إذا تقرر بناء على حكم مشمول بالنفاذ المعجل ثم ألغي بالمعارضة والاستئناف

2- إذا تظلم المدين إلى القاضي الذي أصدر أمر الرهن، وتم قبول هذا الرهن، فإن هذا الرهن يلغى. ونشير إلى أن كل ما يطرأ على الرهن، من خلال ما يصدر فيه من أحكام، سواء ما تعلق بالإنقاص أو الإلغاء يجب

1- المادة 945 مدني جزائري: "إذا رفض رئيس المحكمة طلب التخصيص. . . جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المجلس القضائي".

2- المادة 946 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

3- المادة 946 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

4- المادة 947 من القانون المدني الجزائري.

5- المادة 947 من القانون المدني الجزائري.

أن يتم قيد ذلك على هامش القيد[1] .

ثالثا: تقييم فعالية الرهن القضائي

إنّ الرهن القضائي آلية ضمان حقيقية للدائن مصدرها القضاء لأنها تعطي حماية قانونية للدائن من خلال حصوله على رهن بموجب حكم قضائي، يكون له بمقتضاه التنفيذ على هذه الأموال في حال ما إذا أخل المدين بالتزاماته اتجاهه.

وما يجعلنا أمام أزمة حقيقية لهذا النوع من الرهن هو إمكانية إلغاء الحكم الصادر بالرهن وللمدين طلب محوه، كما أنّ للمدين الحق في التظلم مع إمكانية قبول القاضي لذلك، وبالتالي يفقد الدائن آلية ضمان حقيقية، فيكون بموجب ذلك دائنا عاديا. بالإضافة إلى ذلك إمكانية إنقاص الرهن الذي هو مقرر لكل ذي مصلحة، هذا يجعل هناك إمكانية لعدم كفاية العقار المخصص كرهن للوفاء بمبلغ الدين. وفي حالة وفاة المدين فإنه لا إمكانية للدائن في رهن قضائي في تركة مدينه، وبالتالي يكون دائنا عاديا. أو حصول الدائن على رهن قضائي ولكن في ذلك مزاحمة من قبل دائنين آخرين مرتهنين أو أصحاب حقوق امتياز، فتكون لهم الأولوية في استيفاء حقوقهم على حساب الدائن صاحب الرهن القضائي.

المطلب الثاني: آثار الرهن الرسمي وحالات انقضائه

إن الرهن الرسمي يحقق التوفيق بين المصالح في كون الراهن لا يفقد ملكية العقار وتبقى له كافة سلطات المالك كما لا يفقد حيازة العقار، أما بالنسبة للمرتهن فيقرر له ضمانا قويا دون أن يحمله عبء إدارة العقار ويزوده في نفس الوقت بسند تنفيذي، أما الغير فمصلحته تتحقق في كون ضرورة تخصيص الرهن الرسمي وشهره تحقق لهم الوسيلة لمعرفة الدين المضمون بالعقار على وجه التحديد ويتصرفون مع الراهن على بينة من الأمر، وبالتالي فإن الرهن الرسمي ينشئ آثارا بالنسبة لكل الأطراف، للدائن المرتهن، وللراهن، وحتى بالنسبة للغير. كما أنه ينتهي وفقا لحالات منها ماهي مرتبطة بالدين المضمون، ومنها ما هي مستقلة عن ذلك.

الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي

للرهن الرسمي آثار بالنسبة للمتعاقدين، وبالنسبة إلى الغير، تمثل التزامات وحقوق لكل واحد منهم.

1- المادة 944 فقرة 2 مدني جزائري: "ويجب التأشير على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالتخصيص".

أولا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين

المتعاقدان هما المدين الراهن وهو هنا المؤسسة الاقتصادية، والدائن المرتهن ويتمثل في البنك الممول، لذلك سنتطرق إلى آثار الرهن بالنسبة لكل منهما.

1- بالنسبة إلى المدين الراهن (A l'égard du constituant)

إن الرهن العقاري يرتب حقوقا لصالح المدين الراهن من حق التصرف في العقار المرهون إلى الحق في استغلاله، كما يرتب التزامات عليه من ضمان سلامة الرهن إلى ضمان هلاك العقار المرهون.

أ- حقوق المدين الراهن

يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون سواء أكان التصرف ماديا أو قانونيا بشرط ألا يضر بمصلحة البنك الدائن المرتهن[1].

فإذا كان التصرف ماديا وجب ألا يكون من شأنه الإنقاص من قيمة الرهن، لأن الراهن ملزم بضمان سلامة الرهن.

أما بالنسبة للتصرفات القانونية فله كذلك أن يقوم ببيع العقار المرهون أو هبته أو المقايضة أو تأجيره باعتباره مالكا بشرط عدم الإضرار بحق المرتهن، وكل هذه التصرفات القانونية لا تلحق ضررا بحق الدائن إذا كانت لاحقة لقيد الرهن إذ ينتقل العقار المرهون محملا بالرهن، ويكون الرهن نافذا في مواجهة من آل إليه العقار، أما إذا تمت هذه التصرفات قبل قيد الرهن فيعتبر هذا مضرا بحق البنك الدائن[2]. كما يجوز للمدين الراهن أن يرتب على العقار المرهون كافة الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع والارتفاق، أو رهن العقار مرة أخرى.

إذن فالراهن باعتباره مالكا للعقار المرهون يمكنه أن يتصرف فيه، لكن غالبا ما نجد البنوك تشترط في عقد الرهن عدم تصرف الراهن في العقار المرهون ببيعه إلى شخص آخر[3]. وهذا تفاديا للمنازعات التي تحتاج إلى إجراءات طويلة ليست من مصلحة البنك الدائن الذي تبقى أمواله مجمدة لدى المؤسسة التي هي أموال المودعين قد يطالبون بها فيكون عرضة لخطر السيولة التي قد تؤدي إلى إفلاسه إذا لم تكن له الآليات الكافية التي من

1-المادة 894 من القانون المدني: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن. "

2-شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 210.

3-راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 127.

خلالها يتحصل على التمويل من بنك آخر كآلية إعادة الخصم، أو وضع نسبة من السيولة لمواجهة هذا الاحتمال.

كما أن للمدين الراهن حق استغلال واستعمال العقار المرهون والحصول على ثماره إلى غاية تسجيل التنبيه بنزع الملكية، ويمكنه إيجار العقار المرهون والحصول على الأجرة ولكن بشروط[1]، وهذا التصرف يعتبر من أعمال الإدارة التي يجوز للراهن القيام بها.

إلّا أنّ السؤال الذي يُطرح هو ما مدى جواز وضع شرط المنع من التصرّف من طرف الدائن؟ إنّ للمدين الحق في التصرّف في أمواله سواء كنّا أمام الضمان العام أو الضمان الخاص، وهذه القاعدة فيها إضرار بمصلحة الدائن على اعتبار أنّه صاحب الائتمان ويتعرّض لمخاطره. لذلك كان لا بدّ من هجر هذه القاعدة واستبدالها بقاعدة إمكانية وضع الدائن لشرط المنع من التصرّف على أن يكون ذلك مبنيّا على باعث مشروع وعدم المساس بالملكيّة. لكن مع ذلك هناك من يرى أنّ حق الراهن في التصرف في أمواله متعلّق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفته. بينما يرى آخرون إمكانيّة إجازة هذا الشرط لأنّه لا علاقة لهذا الحق بالنظام العام[2].

ومهما يكن فإنّ المشرّع وضع آليات قانونية يمكن من خلالها للدائن من مواجهة هذه التصرّفات ويظهر ذلك في إمكانية الدائن المرتهن من فسخ العقد المرتب لحق الرهن، وإمكانية المطالبة بإسقاط أجل التسديد[3]، كما أنّ للدائن إمكانية الاعتراف على الأعمال التي يأتيها المدين، وله الحق أيضا في اللجوء إلى آلية وضع العقار المرهون تحت الحراسة القضائية حتّى يتم البيع بالمزاد العلني، كما توجد إمكانية المطالبة بالتنفيذ العيني أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

1-المادتان 896و897 من القانون المدني.

2- يرى علي علي سليمان أنّ القانون المدني الجزائري أغفل التعرّض لقيد اتفاقي هام يرد على حق التصرّف وهو الذي أوردته كل التشريعات الحديثة، وانتهى القضاء الفرنسي إلى قبوله وكذا القانون المدني المصري والقوانين العربية التي حذت حذوه، كما أنّ المشرّع الجزائري أشار إلى ذلك بطريقة غير مباشرة في المرسوم المتعلّق بإنشاء السجل العقاري في المادة 87 منه فبقي له أن يدرجه بصفة صريحة ومباشرة في القانون، على على سليمان المدني، وهو يستجيب لحاجات عملية ملحّة. وجوب إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائري، 1995، ص48-51. عن شوقي بناسي، مرجع السابق، ص213.

3- المادة 211 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 1188 من القانون المدني الفرنسي: " Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier"

ب- التزامات المدين الراهن

التزام الراهن بضمان سلامة الرهن أمر طبيعي، فمن قرر الرهن لا يقبل منه نقصه، ولهذا الالتزام صورة سلبية وأخرى إيجابية.

فالصورة السلبية وهي البارزة وتتمثل في امتناع الراهن عن كل تصرف مادي أو قانوني من شأنه أن يمس بسلامة الرهن أو يضر بحقوق المرتهن.

والصورة الإيجابية فتتمثل في تدخل الراهن من أجل الدفع بدعاوى الغير التي من شأنها أن تحدث التعارض مع حقوق المرتهن، وفي جميع الأحوال يستطيع الدائن المرتهن أن يعترض عن الأعمال التي تمس بسلامة الرهن[1].

وإذا هلك العقار المرهون سواء كان بفعل الراهن أم بفعل الغير كان للدائن الخيار بأن يطلب تأمينا كافيا أو يستوفي حقه فورا، وينتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين[2] أو الثمن المقرر للدين مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة[3].

إذن كل تصرف من شأنه الإضرار بمصلحة الدائن المرتهن على المدين الراهن تفاديه وإلا اعتبر ذلك خرقا لالتزامه بضمان سلامة الرهن، وبالتالي يترتب عليه سقوط حقه في الأجل وحلول أجل الوفاء بالدين نظرا لإضعاف التأمينات[4].

2- بالنسبة للدائن المرتهن (A l'égard du créancier hypothécaire)

قبل حلول أجل الدين وفي هذه الفترة لا يكون للدائن المرتهن سوى الحق في مراقبة ما يترتب عليه المساس بحقه أو الإنقاص منه، فإذا حدث ذلك فله اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على العقار المرهون. أما إذا حل أجل الدين ولم يف المدين الراهن بالتزاماته جاز للبنك المرتهن التنفيذ على العقار متبعا في ذلك الإجراءات

1-المادة 898 من نفس القانون.

2-عادة ما تطلب البنوك من المدين الراهن أو تباشر هي ذلك بنفسها عن طريق تفويض من الراهن بالتأمين على العقارات المرهونة ضد المخاطر بمختلف أنواعها، حيث تبقى حظوظ البنك قائمة في استرجاع حقوقه. محمد دامن، المرجع السابق، ص. 4.

3-المادة 900 من القانون المدني.

4-المادة211 فقرة1 من القانون المدني.

القانونية المتعلقة بالحجز العقاري والبيع بالمزاد العلني[1]، كما يجوز له التنفيذ على سائر أموال المدين (الضمان العام) وهذا في حالة عدم كفاية ثمن العقار للوفاء بالدين.

كما أنه يمتنع على الدائن المرتهن تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، والغرض من بطلان هذا الشرط هو حماية المدين الراهن من استغلال الدائن المرتهن، لكن إذا حل أجل الدين ولم يف المدين يمكن لطرفي عقد الرهن أن يتفقا على تملك الدائن المرتهن العقار المرهون مقابل الدين[2]. غير أنّ أحكام الشريعة الإسلامية ترى أنّه لا يغلق الرهن فيقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدائن لحقه وقت حلول أجله في أن يتملّك العقار المرهون بالدين. وهذا منعا لاحتمالات التواطؤ بين المدين والدائن المرتهن إضرارا لباقي الدائنين. وهناك من يرى أنّه على المشرّع الجزائري المبادرة بحذف الفقرة 02 من المادة 903[3].

أما إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على مارهن، ولا يكون لهذا الأخير الحق في الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك[4]، لأن الكفيل العيني ليس له هذا الحق، ومن مصلحة البنك الدائن عدم قبول هذا الشرط حتى يكون لديه ضمانا قويا، وله الخيار في التنفيذ على المال المرهون دون الرجوع على المدين الأصلي، فهذا يجعل مركز البنك الدائن قويا في استيفاء حقه، حيث يكون للبنك مدينان، المدين الأصلي والكفيل العيني. وأنّ حرمان الكفيل العيني من الدفع بالتجريد ليس من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على منحه هذا الحق ما ". . . لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

ثانيا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير

الرهن الرسمي ينشأ بمجرد العقد، والقيد لازم لنفاذه في مواجهة الغير، هذا يمنح الدائن حق التقدم أو الأفضلية وحقه في التتبع.

1- قيد الرهن الرسمي (Inscription hypothécaire)

هو إجراء يتم في المحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون وهو بمثابة شهر للرهن، يتم

1-المادة 902 فقرة1 من نفس القانون.

2-المادة 903 من نفس القانون.

3- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 254.

4-المادة 901 من نفس القانون. المقابلة للمادة 1050 من القانون المدني المصري.

ذلك بالتأشير على البطاقة الخاصة بالعقار المرهون[1]

وأن مصاريف القيد تقع على عاتق الراهن ما لم يتفق على خلاف ذلك[2]، فهذه القاعدة القانونية ليست من النظام العام يمكن الاتفاق على ما يخالف ذلك.

ما يهمنا هنا أكثر ليس إجراءات القيد، وإنما ما يترتب على إجراء القيد أو عدم إجرائه، إذن فالقيد هو الذي ينشئ حق التقدم، وتحسب مرتبة الرهن الرسمي من وقت القيد وليس من وقت إنشاء الدين، وهذا حتى ولو كان الدين لم ينشأ بعد، كأن يكون احتماليا أو معلقا على شرط أو كان دينا مستقبليا[3].

إذا تعطل أثر القيد كتأخير إجرائه فإن ذلك يؤدي إلى توقيف أثر الرهن العقاري وجعله غير نافذ في مواجهة الغير[4]، وبالتالي يكون الرهن غير كامل الأثر، حيث إذا تم شهر إفلاس المؤسسة فإن إجراء قيد لا يمكن، وإذا تم ذلك فيمكن الحكم ببطلانه، ولا يصح التمسك به من قبل البنك الدائن المرتهن، كما أن تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا يمكن بعدها للدائن المرتهن الذي يكون قد نشأ حقه أن يقيد رهنه، وإذا تم ذلك فلا يحتج به على الغير ولا يكون نافذا في مواجهته.

من خلال ما سبق فإن قيد الرهن الرسمي ضروري لحماية البنك والحفاظ على أمواله، لأن هذه العملية تنشئ حق أفضلية البنك وأولويته في استيفاء حقه، مع ما لذلك من أهمية في إعلام الغير بذلك التصرف، فيتصرفون مع الراهن على بينة من الأمر، كما أن ذلك يسمح بإعطاء مرتبة للبنك وفقا لتاريخ القيد[5]، هذا يسمح للبنك الدائن المرتهن من استيفاء حقه قبل الدائنين الآخرين التاليين له في المرتبة.

2- حق الأفضلية (Droit de préférence)[6]

يتجلى هذا الحق بوضوح في استيفاء الديون، حيث يسبق الدائنون المرتهنون الدائنين العاديين في جني ثمار العقار أو من المال الذي حل محل العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو أجروا القيد في يوم واحد.

1-ابتسام القرام، المرجع السابق، ص 159.

2-المادة 906 من القانون المدني.

3-المادة 908 من نفس القانون: "تحسب مرتبة الرهن من وقت تقييده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا. "

4-المادة 904 من القانون المدني.

5-شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 259.

6-لقد ورد النص على هذا الحق في المواد 907 الى910 من القانون المدني.

فالمرتبة هي المقياس الوحيد الذي يجب الاعتماد عليه في هذه الحالات، فالرقم واحد يسبق الثاني في التسجيل حتى لو كانت التسجيلات قد تمت في يوم واحد.

وعن موضوع الأفضلية فهي جميع الحقوق التي يستوفيها البنك الدائن المرتهن بالأفضلية فيتمثل في أصل الدين والفوائد والمصروفات.

ويستعمل حق الأفضلية عند الحجز على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني، ولا يكون ذلك إلا بعد إنذار المدين وإلزامه بالدفع، وإذا لم يتم ذلك يحرر المحضر القضائي محضرا بعدم الدفع (عدم امتثال) ثم القيام بالحجز العقاري الذي يتم بواسطة عريضة إلى رئيس المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها العقار المرهون يطلب فيها الحجز على هذا الأخير، ويقوم المحضر القضائي بتبليغ الحجز للمدين، ويجب على المحافظ العقاري قيد أمر الحجز من تاريخ الإيداع وتسليم شهادة عقارية إلى المحضر القضائي أو إلى الدائن الحاجز خلال أجل أقصاه 8 أيام، وإذا لم يقم المدين المحجوز عليه بالوفاء خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز يحرر المحضر القضائي قائمة شروط البيع ويودعها بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار المحجوز[1].

وبعد إجراء الحجز وبيع العقار المرهون بالمزاد العلني يكون للبنك أن يستوفي حقه من الثمن الناتج عن البيع بالأولوية على غيره على غيره من الدائنين العاديين، والدائنين المرتهنين الآخرين الذين لهم رهن رسمي على نفس العقار شريطة أن يكون قد قيد رهنه أولا.

أما المشاكل التي تصادفها البنوك عند وضعها الرهن الرسمي حيز التنفيذ هي الإجراءات الطويلة والمعقدة، أضف إلى ذلك اشتراط بعض القضاة لإجراء الحجز العقاري تقديم محضر عدم وجود أو عدم كفاية الأموال المنقولة التي للمدين[2].

بالإضافة إلى إمكانية تعطيل الإجراءات من طرف القضاة إما بالدفع بعدم الاختصاص بإجراء البيع، أو عدم القدرة على تحديد الثمن الأساسي للعقار هذا يؤدي إلى تعيين خبير قضائي توكل إليه مهمة تحديد الثمن،

1-في استصدار أمر الحجز وقيده، والتبليغ الرسمي لأمر الحجز العقاري، وقيد أمر الحجز، وفي قائمة شروط البيع، المواد 721 إلى 737 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2-المادة 721 فقرة1 من نفس القانون: "يجوز للدائن الحجز على العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية لمدينه، مفرزة كانت أو مشاعة، إذا كان بيده سند تنفيذي وأثبت عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينة أو عدم وجودها. "

علما أن الأعمال المصرفية تتسم بالمرونة والسرعة لا تتواءم وثقل الإجراءات القضائية، فمن المفروض والأفضل أن تكون هناك إجراءات خاصة بهذا النوع من القطاعات الحساسة تتسم بالسرعة والتخصص سواء بالنسبة للمحاكم أو القضاة، لأن أي تعطيل في دفع مستحقات البنك يؤدي إلى مخاطر قد تكلفه خسائر كبيرة، لأن الفارق بين خروج الأموال ودخولها هي نقطة تحول بالنسبة للبنك قد تؤدي إلى نقص السيولة إذا صادف ذلك سحب المودعين لأموالهم فذلك يشكل أزمة مالية بالنسبة للبنك تؤدي إلى فقدان المودعين الثقة به[1]، وبالتالي المطالبة بسحب كل أموالهم الذي من شأنه أن يؤدي إلى التوقف عن الدفع، وبالتالي إلى إفلاسه، فعلى البنكي أن يوفق دائما بين تاريخ خروج الأموال ودخولها وتاريخ سحب المودعين لأموالهم، وأن أي تأخر في ذلك يؤدي بالبنك إلى أزمة سيولة قد لا تحمد عقباها.

ورغم أن قانون النقد والقرض قد وضع قواعد استثنائية في مجال الإجراءات خاصة تخص البنوك والمؤسسات المالية إلا أنها تبقى غير كافية وغير مطبقة من بعض القضاة الذين يلجؤون إلى تطبيق المادة 721 فقرة1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا ما يتعلق بإجراءات الحجز العقاري.

حتّى أنّ حق التقدّم أو الأفضلية له مبدأ عام وهو العبرة بالأسبقية في القيد، ولكن هناك استثناءات أوردها المشرّع نرى أنّها تشكّل خطرًا على الدائن المرتهن وتقضي على حق الأفضلية الذي هو آلية يتمتّع بها هذا الأخير في استيفاء حقّه ويظهر ذلك من خلال[2]:

- حقوق الامتياز العامة تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده[3].
- رهن العقار المملوك على الشيوع، فهو يتقدّم على الرهن الصادر من الشريك ولو تمّ قيده بعد قيد رهن هذا الأخير، رغم أنّ كلاهما بمثابة الدائن المرتهن رهنا رسميّا وأنّ الثاني أسبق في القيد، إلا أنّه وكاستثناء

1-تسمى هذه الظاهرة بخطر السمعة (Risque de réputation) وهو احتمالية انخفاض ايرادات البنك أو قاعدة عملائه نتيجة لترويج إشاعات عن البنك ونشاطاته، وهذه المخاطر هي نتيجة لفشل البنك في إدارة أحد أو كل أنواع المخاطر التي تم ذكرها سابقا. إبراهيم الكراسنة، أطر أساسية ومعاصرة في الرقابة على البنوك وإدارة المخاطر، معهد السياسات الاقتصادية، أبو ظبي، 2006، ص. 41.

2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 284-289. وزاهرة حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص135-135.

3-المادة 986 الفقرة 03 من القانون المدني الجزائري.

يتقدّم الذي قيّد رهن لاحقا على الذي قيّد رهنه سابقا[1].

- الرهن العقاري الحيازي إذا تمّ قيده وانتقلت الحيازة تقدّم الدائن المرتهن رهنا حيازيّا على الدائن المرتهن رهنا رسميّا[2].
- ما يستحق من بائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له الامتياز على العقار المبيع بشرط أن يتمّ تقييد هذا الامتياز وإلا أصبح هذا الامتياز رهنا رسميّا. وهذا عكس ما ذهب إليه المشرّع المصري الذي جعل المرتبة تحدّد بتاريخ البيع وليس القيد[3].
- امتياز المبالغ المستحقّة للمقاولين والمهندسين المعماريين، فهؤلاء يتقاضون مالهم من حقوق قبل الدائن المرتهن رغم أنّ مرتبة هذا الأخير مقيّدة قبل الامتيازات الممنوحة لهؤلاء[4].
- حالة تزاحم حق تخصيص ورهن رسمي، فالأول له الأفضلية بشرط أن يكون حسن النيّة[5].

3- حق التتبع (Droit de suite)[6]

هو حق الدائن المرتهن في نزع العقار المرهون للمدين من بين يدي الغير الذي حاز عليه نظرا لكونه يمثل ضمانا لتسديد الدين[7].

والمقصود هنا بحق التتبع أنه إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الغير لأي سبب من الأسباب[8]، فللدائن المرتهن أن يستعمل الميزة التي يخولها له الرهن وهي تتبع العقار في أي يد يكون لينفذ عليه، وبعبارة أخرى فحق التتبع هو حق الدائن في التنفيذ على العقار تحت يد من انتقلت إليه الملكية[9].

1-المادة 890 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

2-المادة 966 من القانون المدني الجزائري.

3-المادة 999 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1147 من القانون المدني المصري.

4- المادة 1000 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1148 من القانون المدني المصري.

5- المادة 1085 من القانون المدني المصري، في حين أنّ المشرع الجزائري يعطي للدائن حق التخصيص ولو كان سيئ النيّة.

6-وردت أحكام حق التتبع في المواد من 911 إلى 914 من القانون المدني.

7-ابتسام القرام، المرجع السابق، ص 11.

8-ينتقل الرهن العقاري بوجه تبعي (A titre accessoire) وذلك بانتقال الدين إلى الورثة أو في إطار الهبة، وبوجه أصلي(A titre principal) وذلك بانتقاله إلى دائن آخر غير مرتهن أو إلى دائن مرتهن آخر بالتنازل عن المرتبة، محمد دامن، المرجع السابق، ص. 51.

9-المادة 911 من القانون المدني.

أ – شروط مباشرة حق التتبع

– حلول أجل الدين

يحل الدين بحلول أجله أو لأسباب أخرى مسقطة لأجل الدين من إفلاس المدين أو إنقاصه للتأمينات الخاصة الممنوحة للدائن بقدر كبير أو عدم تقديمه لما وعد به من تأمينات[1].

– الرهن نافذ في مواجهة الحائز

لا يكون كذلك إلا إذا كان مقيدا قبل أن يشهر من انتقلت إليه ملكية العقار، لأنه إذا لم يقيد الرهن قبل انتقال الملكية للحائز فإنها تنتقل إليه خالية من الرهن، لذا يجب أن يكون العقار المرهون مسجلا ومشهرا أمام المحافظة العقارية وهذا لإمكانية الاحتجاج به أمام الغير[2].

– الحائز مالك للعقار المرهون

إن حق التتبع لا يمارس إلا في مواجهة الحائز (Le Tiers détenteur) بالمعنى المقصود في المادة 911 السالفة الذكر، فواضع اليد على العقار قبل اكتسابه لا يعد مالكا وكذلك من له الحيازة العرضية لا يعتبر مالكا والمستأجر لا يعتبر حائزا، ولاعتبار الشخص حائزا بهذا المفهوم يجب أن تكون الملكية قد انتقلت إليه وفقا لما يقرره القانون، أي يجب أن يكون قد شهر حقه وإلا لا يوصف بأنه حائز، وبالتالي لا يمكن مباشرة حق التتبع اتجاهه[3].

ب– إجراءات التتبع

تتمثل هذه الإجراءات في التنفيذ على العقار وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتنفيذ في مواجهة الحائز يسبق بالتنبيه على المدين المرتهن بنزع الملكية[4].

ويقصد بالتنبيه إعذار المدين بأنه إذا لم يف بالدين يحجز على العقار ويباع بالمزاد العلني، وإذا قام المدين بعد تنبيهه بالوفاء بالدين فالبنك الدائن يتوقف عن متابعة الإجراءات. ويجب أن يودع أمر الحجز على العقار في

1–المادة 211 من القانون المدني. والمادة 911 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمادة 1060 الفقرة 01 من القانون المدني المصري.

2–زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 145.

3–نفس المرجع، ونفس الصفحة.

4–المادة 923 فقرة 02 من القانون المدني: "ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد. "

اليوم الموالي للتبليغ الرسمي لدى مصلحة الشهر العقاري، ليتمّ تبليغ أمر الحجز للحائز أو الكفيل العيني وإنذاره إمّا بالتسديد أو تخلية العقار أو قبول إجراءات الحجز والبيع[1].

كما يجب إنذار الحائز للعقار المرهون، يكون ذلك بالدفع أو التخلية، وليس هناك ما يمنع البنك الدائن بإنذار الحائز والمدين في آن واحد ربحا للوقت والإجراءات.

ج- الدفوع الممنوحة للحائز

للحائز أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان للمدين إمكانية التمسك بها من بطلان الدين، وهذا في حالة ما لم يكن الدائن قد اختصم الحائز فلا يكون الحكم بالدين حجة عليه لأنه من الغير، إلى شهر سند الملكية كان قبل صدور الحكم بالدين على المدين[2].

كما أن للحائز إمكانية التمسك بالدفع الذي يستمده من عقد الرهن ذاته كوجود بطلان في القيد أو خلل فيه[3].

د- الخيارات الممنوحة للحائز لوقف إجراءات التتبع

بمقتضى حق التتبع يملك للبنك الدائن المرتهن من حجز العقار المرهون من يد الحائز له وبيعه عند حلول أجل الدين إلا إذا اختار أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو أن يتخلى عنه[4].

- قضاء الديون (Le paiement)[5]

يجوز للحائز عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت إنذاره، وله بعد ذلك الرجوع على المدين بكل ما وفاه على المدين.

فهنا قد يرى حائز العقار أن خير سبيل يسلكه هو أن يدفع للدائن المرتهن طالب التنفيذ دينه إذا كان الدين أقل مما هو مستحق في ذمته وبدفعه هذا يخلص عقاره من الرهن ويبرئ ذمته من الثمن.

1- المادة 734 من قانون الإجراءات المدينة والإدارية الجزائري: "إذا كان العقار أو الحق العيني مثقلا بتأمين عيني وانتقلت ملكيته بعقد رسمي مشهّر إلى الغير قبل قيد أمر الحجز، وجب إنا الغير الحائز وتكليفه بدفع مبلغ الدين أو تخليته العقار، وإلا بيع العقار جبرًا عليه. "

2-المادة 924 فقرة 01 من نفس القانون. وفوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص. 48.

3-زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 151.

4-المادة 911 فقرة1 من القانون المدني: "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه. "، والمادة 726 فقرة2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5-المادتان 912و914 من القانون السابق.

والصورة العادية لقضاء الديون هي أن يكون الحائز قد اكتسب العقار المرهون بالشراء ولم يقم بعد بدفع الثمن للبائع، ففي هذه الحالة يقوم بوفاء حقوق الدائنين من الثمن[1].

كما أن للبنك الدائن المرتهن إمكانية لجبر الحائز على دفع مبلغ القرض شريطة أن يكون لدى الحائز للعقار المرهون مبلغا مستحق الأداء حالا يكفي لوفاء دينه وأن يكون سند ملكيته قد سجل.

وللمؤسسة الاقتصادية المدين الراهن مالكة العقار سابقا وتطبيقا للقواعد العامة أن تشترط على الحائز أن يقوم بوفاء ديون البنك الدائن المرتهن، ومنه يصبح لهذا الأخير حق مطالبة الحائز بالوفاء، ويصبح هذا الأخير ملتزما شخصيا في أمواله بالوفاء، فلا يحق له التخلي على العقار المرهون[2].

- التطهير (La purge)

تطهير العقار من الرهون هو مجموعة القواعد والإجراءات التي تسمح لحائز العقار المرهون بالتخلص من حق التتبع الذي يمكن أن يمارسه الدائنون الممتازون (Créanciers bénéficiant de privilèges) أو المرتهنون (D'hypothèques) وذلك باقتراح ثمن لتملكه[3].

أمّا عن الذي له الحق في التطهير فهو كل حائز للعقار المرهون أشهر سند ملكيته، ولا يعتبر حائزا المالك تحت شرط واقف طالما لم يتحقق هذا الشرط، وبالتالي لا يجوز لهذا الأخير التطهير، وإذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن نهائيا ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار[4].

أمّا عن الوقت الذي يتم فيه التطهير فبمجرد اكتساب الغير صفة الحائز دون انتظار حلول أجل الدين، يبقى هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع[5].

وللتطهير إجراءات بينتها المادة 916 من القانون المدني، إذ يجب على الحائز الذي يعرض التطهير أن يبلغ كل دائن مرتهن مقيد حقه في موطنه المختار إعلانا يشمل خلاصة من سند ملكيته للعقار وذكر كل التصرفات

1-فوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص 48.

2- هذه الحالة غير منصوص عليها قانونا، ولكن يمكن الاتفاق على تطبيقها أو اشتراطها من أطراف العقد.

3-ابتسام القرام، المرجع السابق، ص 230.

4-المادة 934 من القانون المدني، وفوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص50.

5-المادة 915 فقرة2 من القانون المدني.

التي طرأت على هذا العقار، مع الإشارة إلى المبلغ الذي يقدره الحائز ثمنا لهذا العقار. وأن يبدي الحائز استعداده للدفع في حالة قبول الدائنين لهذا العرض ويكون ذلك في نفس الإعلان[1].

أمّا عن مصير هذا العرض الذي يتقدم به الحائز قد يكون محل قبول أو رفض من طرف الدائنين.

ففي حالة القبول لم يشترط المشرع موافقة صريحة من الدائن المرتهن وإنما اعتبر سكوته عن رفض العرض موافقة ضمنية، وهذه الموافقة حددها المشرع بـ 60 يوما كأقصى تقدير، و30 يوما كأقل تقدير، حيث يحق للحائز بعدها القيام بالتطهير[2].

أمّا في حالة رفض عرض التطهير من طرف الدائن فهذا يؤدي إلى بيع العقار المرهون بالمزاد العلني، ويحق طلب البيع لأي دائن مرتهن أو الكفيل العيني.

- التخلية (Le délaissement)

ومعناها ترك الحيازة المادية للعقار ووضعه تحت يد حارس أو أمين تعينه المحكمة على أن تتم إجراءات نزع الملكية ضد هذا الشخص، وهذا كله ليتجنب الحائز اتخاذ إجراءات في مواجهته فيتخلى عن العقار[3].

والتخلية في الأصل مقررة لمصلحة الحائز، ولكن هناك حالات يسقط عنه هذا الحق، وذلك إذا كان مجبرا على قضاء الديون[4].

أمّا عن إجراءات التخلية فتتمثل في تقديم تقرير من طرف الحائز إلى قلم كتابة المحكمة المختصة ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش التسجيل بنزع الملكية، وأن يعلم البنك الدائن ويباشر الإجراءات المتعلقة بالتخلية في خلال 5 أيام من وقت التقرير بها[5].

وإذا بيع العقار المرهون بثمن يزيد عن قيمة الديون فالزيادة تعود للحائز على اعتبار أنه مالك للعقار[6].

1-المادة 917 من نفس القانون.

2-المادة 918 من نفس القانون.

3- راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 135. وفوزي بن سديرة، المرجع السابق، ص. 52.

4-المادة 914 فقرة3 من القانون المدني: "وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار. "

5- المادة 922 فقرة1 من نفس القانون.

6-المادة 928 من نفس القانون.

وكما سبق الإشارة إليه فإنّ الكفيل العيني فليس من حقّه الدفع بالتجريد، هذا ليس من النظام العام لأنّه يمكن إدراج هذا الشرط في اتفاقية الرهن، فالمشرّع الجزائري نصّ على (ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)، فإذا كان الكفيل العيني محروما من هذا الحق فإنّه يمكن تفادي أي إجراء من إجراءات التنفيذ وهو أن يتخلّى عن العقار المرهون ويكون ذلك بنفس الأحكام التي يتّبعها الحائز في آلية التخلية[1].

- البيع بالمزاد العلني (Vente aux enchères publiques)

إذا لم يقض الحائز الديون ولم يطهر العقار أو يتخلى عنه فإن يتعرض للبيع بالمزاد العلني.

حيث يحق لكل شخص الدخول في المزاد العلني بما في ذلك الحائز شريطة ألا يعرض في العقار ثمنا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه، ولا يجوز للمدين التقدم في المزايدة لأنه من غير المعقول السماح له بذلك لأنه أثبت عدم قدرته على تسديد الدين.

وعند تقديم الثمن المقرر لهذا العقار المرهون يرسو المزاد، ورسو المزاد قد يكون على الحائز أو على غير الحائز، ويرتب رسو المزاد آثارا تتمثل في نقل الملكية وتطهير العقار الذي رسا عليه المزاد[2].

فعن نقل الملكية فإنها تنتقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد، وكذلك كل الارتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسو المزاد سند للملكية[3].

فإذا رسا المزاد على الحائز اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته، أما إذا رسا المزاد على الغير فإنه يجب شهر حكم رسو المزاد لانتقال الملكية إليه، وفي هذه الحالة وإذا كان المبلغ الذي رسا به المزاد أكثر من حقوق الدائنين رجحت هذه الزيادة للحائز.

وببيع العقار بالمزاد فإنه يتطهر من كل الحقوق العينية التبعية، والأولوية التي تمنحها هذه الحقوق من تتبع وتقدم تنتقل إلى الثمن الذي بيع به العقار، لأن هدف البنك الدائن من وراء هذا البيع هو استيفاء حقه، وأنه

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 245.

2-مسعود كمين، الحجز العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع قانون الأعمال، جامعة باتنة،2004، ص. 96-97.

3-المادة 762 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مادام يتم إعلامه بالإجراءات فلا مبرر لبقاء حقه معلقا، بل ينتقل إلى ثمن العقار، والتطهير كنظام قانوني تطرق له المشرع في القانون المدني دون قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والتطهير حتى يتم يجب أن تتوفر فيه شروط:

- أن يكون العقار مملوكا للمدين أو الحائز أو الكفيل العيني، لأنه إذا كان مملوكا للغير فالتطهير لا يتم، دليل ذلك أن الملكية لا تنتقل الى المشتري، وبدون ذلك لا يتحول حق البنك الدائن صاحب الرهن.
- شهر حكم رسو المزاد، لأن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر، والتطهير لا يمكن أن يتم إلا إذا انتقلت الملكية، وبالخصوص إذا رسا المزاد على الغير، لأنه إذا رسا على الحائز فإنه يعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند الملكية الذي بحوزته.
- أن يكون البنك الدائن قد تم إعلامه بجلسة الاعتراضات والمزايدة، لأن الدائن الذي لم يتم إعلامه له الحق في تتبع العقار في يد المشتري الراسي عليه المزاد.
- أن تكون حقوق البنك الدائن مشهرة قبل شهر نقل الملكية.

ونرى، وأنّه على غرار ما نادى به الفقه والقضاء إمكانية إجراء البيع الودي للعقار المرهون ولكن عن طريق القضاء وهذا من أجل تفادي الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة في عملية البيع في المزاد العلني، وكذا خدمة لمصلحة الدائن المرتهن لأن من خصائص الائتمان السرعة والمرونة وهذا ما تحققه إجراءات البيه بالمزاد العلني، ولكن باعتماد شروط وأسباب مشروعة تحدّ من هيمنة الدائن المرتهن وتحقّق في نفس الوقت مصلحة هذا الاخير وتحفظ للدائنين المرتهنين الآخرين حقوقهم وتمنع التواطؤ الذي قد يحدث بين المدين الراهن والدائن المرتهن. كما أنّه يمكن جعل هذا الإجراء استثنائي بالنسبة للبنوك على اعتبار المخاطر الكبيرة التي تتعرّض لها، فهي تغامر وتخاطر بمبالغ ضخمة عند منح الائتمان.

الفرع الثاني: حالات انقضاء الرهن الرسمي

ينقضي الرهن الرسمي بصفة تبعية، أي بانقضاء الدين المضمون، وإما بصفة أصلية مستقلة عن الدين المضمون.

أولا: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية

إن الرهن الرسمي هو عقد أو حق تبعي لا ينشأ إلا لضمان دين معين يتبعه في نشوئه وانقضائه[1]. فإنه متى انقضى الدين المضمون بسبب من أسباب انقضاء الالتزام: من الوفاء، الوفاء بمقابل، التجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، الإبراء، استحالة التنفيذ، التقادم، انقضى مع ذلك الرهن الرسمي، ولكن بشرط أن يكون الانقضاء نهائيا للدين، لأنه إذا بقي جزء منه في ذمة المدين فإنّ الرهن يبقى ضامنا له، وهذا وفقا لخاصية الرهن الذي يعتبر غير قابل للتجزئة. لكن إذا زال السب الذي أدى إلى انقضاء الدين المضمون يعود الدين المضمون ويعود معه الرهن[2].

وينتهي الرهن أيضا بصفة تبعية إذا زال الدين المضمون به، كما لو كان هذا الدين باطلا أو قابلا للإبطال وتم إبطاله من طرف من كان له الحق في ذلك، فيبطل الدين وكذا الرهن الضامن له على اعتبار خاصية التبعية التي يتميز بها الرهن الرسمي. إذن فالرهن يتبع الدين من حيث الانقضاء دون النظر لسبب ذلك الانقضاء[3].

ثانيا: انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية

قد ينقضي الرهن الرسمي بصفة مستقلة عن الدين المضمون ويكون ذلك إما بتطهير العقار المرهون، أو بهلاك العقار المرهون، أو في حالة بيع العقار المرهون بالمزاد العلني[4]، أو في حالة اتحاد الذمة.

فالتطهير يحرر العقار المرهون من الرهن، حيث ينتقل حق الدائن المرتهن إلى المبلغ الذي قوم به العقار، وكذا نفس الشيء في حالة البيع بالمزاد العلني، وذلك بانتقال الحقوق التي يمنحها الرهن الرسمي إلى الثمن الذي بيع به العقار، لأن الهدف من وراء هذا البيع هو إمكانية استيفاء الدائن لحقه من ثمن العقار.

وفي حالة اتحاد الذمة فإننا نتصورها عندما يصبح الدائن المرتهن هو مالك للعقار المرهون إما عن طريق الشراء من مالكه المدين الراهن أو عن طريق رسو المزاد عليه.

1-المادة 893 فقرة1 من القانون المدني: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وانقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك. "

2-المادة 933 من نفس القانون: "ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته. "

3- المادة 933 من القانون المدني الجزائري وقرار المحكمة العليا المؤرّخ في 22 أكتوبر 2009، المجلة القضائية، العدد، سنة 2009، ص. 174.

4-المواد 934 و936 من نفس القانون.

أما في حالة هلاك العقار المرهون فإن البنك الدائن يستوفي حقه من مؤسسة التأمين بواسطة مبلغ التأمين، أو عن طريق الثمن المقدم مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، وبهلاك العقار المرهون يكون للدائن الحق في اسقاط أجل الدين والمطالبة بمبلغه فورا ما لم يتم تقديم رهن آخر، وبالتالي ينتقل الرهن بمرتبته إذا ما حل محلّه[1].

كما ينقضي الرهن الرسمي بالنزول عن الرهن لأنه من الجائز التصرف فيه عن طريق عنه دون التنازل عن الدين المضمون، ومنه يتحوّل الدائن المرتهن إلى دائن عادي، ويكون ذلك بصفة صريحة او عن طريق التوازن الضمني هذه الحالة الأخيرة تكون عند الامتناع عن استعمال الرهن أصلا وعن النزول عن قيد الرهن وكذلك عدم القيام بتجديد الرهن[2].

المطلب الثالث: تقييم فعالية الرهن الرسمي

إنّ لهذه الآلية القانونية مخاطر وصعوبات تقلل من فعاليتها كوسيلة لحماية البنك من المخاطر الناجمة عن عملية التمويل رغم مالها من أهمية في مجال الائتمان.

إنّ الرهن الرسمي ذو أهمية كبيرة، حيث يعطي للبنك أشياء ملموسة عبارة عن عقارات يمكن له التنفيذ عليها عند عدم قدرة المؤسسة الممولة على السداد، هذا يعطي توفيقا بين مصلحة البنك الدائن المرتهن والمؤسسة الاقتصادية المدين الراهن، فالأول يمكنه حماية أمواله من خطر عدم التسديد عن طريق بيع العقار بالمزاد واستيفاء حقه من ثمنه، والثانية يمكنها الحصول على التمويل اللازم متى قدمت ضمانات حقيقية تتمثل خصوصا في العقارات، إذن يعتبر الرهن الرسمي آلية ضمان صلبة وحقيقية تجعل البنك في حماية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية.

حيث وبالرغم من وجود حرية التصرف في العقار المرهون من طرف المؤسسة الممولة بصفتها مالكا له[3]، إلا أنه لا يمكنه أن يمارسها بشكل يضر بقيمة وفعالية الضمان الممنوح للبنك الدائن(المرتهن)، سواء تعلق الأمر بالتصرفات المادية أو القانونية، فإن لهذا الأخير إمكانية اتخاذ الإجراءات التحفظية اتجاه هذه التصرفات التي من

1- زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 198.

2- الملف رقم 236457، قرار بتاريخ 01 جويلية 2003، المجلة القضائية ، العدد 01، سنة 2003.

3- المادة 894 من القانون المدني: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون. . . "

شأنها الإضرار بمصالحه على العقار المرهون في مواجهة مالكه[1]، حيث يتم وضع العقار المرهون تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيه.

لكن هذه الآلية ورغم مالها من ايجابيات إلا أنها لا تخلو من بعض السلبيات، حيث لا تكون أحيانا فعالة في مواجهة المخاطر التي المرتبطة بعملية التمويل خاصة خطر عدم التسديد، ويظهر ذلك جليا في الإجراءات الطويلة والثقيلة، سواء في عملية قيد الرهن الرسمي، الذي إن أغفل عنها البك المرتهن ضاعت حقوقه وأصبح مجرد دائن عادي، إلى إجراءات الحجز العقاري، وإجراءات بيعه بالمزاد العلني، وإجراءات الشهر في كل مرحلة يمر بها أي تصرف يطرأ على العقار، هذه الإجراءات لا تتواءم والعمليات المصرفية التي تتميز بالسرعة والمرونة.

حيث أن بيع العقار المرهون دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون باطل، ولوكان هناك اتفاق قد أبرم بعد الرهن بين المالك والدائن[2]، لأن الحجز العقاري وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري على أموال المدين الراهن، بها يتمكن الدائن المرتهن من وضع عقارات مملوكة لمدينه[3] تحت يد القضاء من أجل الشروع في بيعها بالمزاد واستيفاء دينه من ثمنها.

إلا أن التنفيذ الجبري على العقارات، يتميز بكثرة الشكليات وطول الإجراءات وتعقيدها، هذا لا يخدم خاصية السرعة والائتمان التي تمييز عمل البنوك خاصة، كل هذا ينعكس سلبا على ضمان البنك المرتهن، ويجعل الرهن الرسمي لا يكون ضمانا كافيا له، وعلى الرغم من خطورة العمل المصرفي لكنه لا يستفيد من أي استثناء قانوني في مجال إجراءات التنفيذ الجبري[4].

لذلك يتم التنفيذ الجبري على العقار المرهون مرورا بثلاث مراحل، وكل مرحلة لها إجراءاتها الخاصة[5]:

1- وضع العقار المرهون تحت يد القضاء، وفي ذلك لابد من إجراءين هامين:

1- المواد من 646 إلى 649 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 4، 1990، ص16.

3- الرهن القانوني الممنوح للبنوك ينصب فقط على الأملاك العقارية التابعة للمدين الراهن دون غيره، وهذا يعتبر إنقاص من قيمة هذا النوع من الرهون في حق البنوك والمؤسسات المالية.

4- رغم أن المادة 124 من الأمر 03-11 السالف الذكر المتعلق بالنقد والقرض، تمنح للبنك الدائن إمكانية إجراء البيع مباشرة، إلا أن قرارات المحكمة العليا لا تؤكد ذلك: "لا يعفي قانون النقد والقرض البنك أو المؤسسة المالية حق ممارسة الحجز مباشرة على المال المرهون. . . " المجلة القضائية، العدد1، 2007، ص75.

5- الحجز العقاري، المواد من 721 إلى 765 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- استصدار أمر الحجز على العقار، وذلك بناء على عريضة تتضمن طلب يوجه إلى رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن العقار المرهون مرفق بسندات الدين والوثائق الثبوتية للرهن، إضافة إلى بيان العقار محل الحجز، ويجب أن يتضمن الطلب كذلك معلومات عن الدائن وعن المدين. ليصدر رئيس المحكمة أمرا خلال 8 أيام من إيداع الطلب، ليبلغ للمدين عن طريق المحضر منذرا إياه بأنه في حالة عدم الوفاء بالدين في أجل شهر من التبليغ سيباع العقار جبرا.
- تسجيل أمر الحجز لدى مصلحة الشهر العقاري الواقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون[1]، وعندها يسلم المحافظ العقاري شهادة عقارية بالقيد للحاجز أو للمحضر القضائي في أجل أقصاه 8أيام، وهنا يصبح الحجز نهائيا والعقار تحت يد القضاء، ويبقى المدين حارسا عليه إلى أن يتم بيعه.

2- إعداد العقار للبيع، في حالة عدم امتثال المدين بالوفاء في أجل 30يوما التي تلي التبليغ الرسمي بأمر الحجز، ليحرر المحضر محضرا به قائمة شروط البيع ويودعه لدى أمانة ضبط المحكمة ليؤشر عليه رئيسها، وتحدد فيه جلسة الاعتراضات وجلسة البيع والثمن الأساسي للبيع، وخلال 15 يوما من إيداع قائمة الشروط يقوم المحضر بتبليغها رسميا لكل من يهمه أمر البيع.

3- البيع بالمزاد العلني، بعد تبليغ المحضر لكل من يهمه الأمر، يقوم هذا الأخير بنشر مستخرج من قائمة البيع في جريدة يومية كما يعلقها في لوحة الإعلانات بالمحكمة خلال8أيام الموالية للتبليغ. وقبل جلسة البيع بـ 30 يوما على الأكثر يحرر المحضر مستخرجا من مضمون السند التنفيذي يضاف إليه كل المعلومات الخاصة بالعقار المحجوز وثمنه الأساسي وجلسة المزايدة وقائمة شروط البيع، ثم يقوم بنشر الإعلان على نفقة طالب التنفيذ في أماكن مختلفة لجلب أكبر عدد من المزايدين الذي لا يجب أن يقل عن 3مزايدين، لتكون هناك إجراءات تنتهي بحكم رسو المزاد[2] وتوزيع حصيلة البيع على الدائنين.

هنا تكمن أحد مخاطر الرهن الرسمي، فبالإضافة إلى طول الإجراءات وتعقيدها والمصاريف التي تنفق جراءها، نجد عدم كفاية حصيلة التنفيذ للوفاء بالدين المضمون، هنا ما على الدائن المرتهن إلا تحمل الخسائر التي

1- في قيد أمر الحجز وآثاره، المواد من 728 إلى 736 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- المواد من 762 إلى 764، قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

قد تنجم عن هذه العملية، وهي أحد السلبيات التي تجعل من هذا الرهن آلية ضمان لا يمكن التعويل عليها كثيرا رغم أهميتها في مجال الضمانات.

أضف إلى ذلك أن هذه الإجراءات قد تصطدم ببعض العوامل[1] فتؤدي إلى تأجيلها، وبالتالي مزيدا من ضياع الوقت والجهد والمال.

بالإضافة إلى ما يطرأ على العقار المرهون من يوم رهنه إلى حلول أجل الدين وهي فترة طويلة، لأنه عادة ما يقدم هذا النوع من الرهن على سبيل الحصول على تمويل طويل متوسط أو طويل الأجل قد تحدث في هذه المدة مستجدات ومتغيرات قد تؤثر سلبا على العقارات عامة، كأن تتدهور قيمة العقار المرهون نظرا للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وحتى المستجدات الدولية التي قد تكون لها تأثير على سوق العقارات، هنا تتدهور قيمة العقار وقد لا يفي بمستحقات الدين إذا تم بيعه، وما الأزمات المالية العالمية التي تحدث من حين لآخر لخير دليل على ذلك، حيث أدت إلى ركود وانكماش اقتصادي خطير، هذا أدى إلى تراجع الطلب على قطاع العقارات، وبالتالي انخفاض قيمتها[2]، أضف إلى ذلك إمكانية تعرض العقار المرهون للهلاك وبالتالي تناقص قيمته، فالضمان المطلوب في الوقت الراهن قد تكون قيمته مختلفة تماما عن قيمته وقت التنفيذ عليه لعدم التسديد، ولهذه الاعتبارات فإن تحديد قيمة الضمان أمر هام لأنه يضع البنك الدائن في مأمن ضد الأخطار المحتملة، لذلك عادة ما تطلب هذه الأخيرة من المؤسسات اللجوء إلى شركات التأمين للتأمين على العقارات المرهونة، لأنه في حال هلاك العقار المرهون يمكن للبنك اللجوء إلى شركة التأمين لاستيفاء حقه من ثمن التعويض.

أضف إلى ذلك إمكانية أن يكون العقار المرهون مثقلا برهون أخرى سابقة تجعل وضعية البنك صعبة وحرجة، لأنه قد قيد رهنه في مرتبة متأخرة قد لا يكفي ثمن العقار لتسديدها كلها، لأن الامتياز والأولوية لأصحاب المراتب المتقدمة والعبرة في ذلك بالقيد.

1- هذه العوامل موجودة في المواد 744 و754 و757 و760 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- في عام 2006 حوالي 40 في المائة من القروض العقارية التي منحتها البنوك الأمريكية هي قروض عالية المخاطرة، حيث هبطت قيمة العقارات ولم يعد المقترضون قادرين على سداد ديونهم حتى بعد بيع عقاراتهم المرهونة، وبذلك تضررت البنوك الدائنة، وأعلنت شركات عقارية إفلاسها. سمير آيت عكاش، تطورات القواعد الاحترازية للبنوك، رسالة دكتوراه، العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2013، ص169.

كما أن المشاكل التي يعانيها العقار في الجزائر تجعل الاعتماد عليه كآلية ضمان للحماية من مخاطر التمويل أوفي مجال الاستثمار ليست لديها فعالية أو أرضية صلبة يمكن التعويل عليها. لأنه لا يزال مشكل العقار يشكل حساسية كبيرة، والذي يقف عائقا عند إنجاز وتحقيق العديد من المشاريع الاستثمارية، وتكمن الصعوبة في مشكلة إحصاء المساحات أو الأراضي العقارية بسبب أن كثيرا من المتعاملين لا يملكون عقود ملكية. وأن أكثر من نصف العقارات الصناعية غير مستغلة[1] بسبب أنها تعود إلى مؤسسات مفلسة أو إلى خواص حولوا هذه العقارات لأغراض أخرى، فقاموا بالمضاربة في هذه العقارات.

مع المشاكل التي تصادف البنوك في مجال الإجراءات، حيث عند وضع الرهن الرسمي حيز التنفيذ قد يجد البنك اشتراط بعض القضاة قبل إجراء الحجز تقديم محضر عدم وجود أو عدم كفاية الأموال المنقولة التي للمدين، وهذا طبقا لقواعد الإجراءات المدنية، وفي كثير من الحالات تجد البنوك تعطيلا في الإجراءات يجعله عرضة لخطر التجميد وخطر عدم السيولة.

لذا يجب على البنك القيام بدراسة شاملة عن المؤسسة الاقتصادية طالبة التمويل وخاصة الجانب المالي والإداري، والاستعلام حول وضعية العقارات المقدمة إليه كرهن أنها غير مثقلة برهون أو حقوق امتياز، وذلك عن طريق الاستعلام عنها في المحفظات العقارية وحصوله على شهادة ايجابية منها.

كما أنه يجب عليه أيضا الاطلاع على كل القواعد القانونية والإجراءات التي تخص هذا النوع من القطاعات، لأن أي خطأ أو جهل بذلك يؤدي إلى ضياع حقوقه، ويكون بذلك عرضة للمخاطر.

وكذلك فإنه من الأفضل أن يضع البنك الدائن شروطا سواء على المدين الأصلي أو الحائز أو الكفيل العيني تجعله يتفادى الإجراءات الطويلة والمعقدة وتجعل مركزه كدائن قويا:

1- شرط المنع من التصرف في العقار المرهون، ولكن بشرط أن يكون مبنيا على باعث مشروع، وأن يكون مقصورا على مدة معقولة[2]. ونظرا لما يتعرض له البنك من مخاطر الائتمان ومخاطر التأمينات العينية عامة

1- منصور قوجيل، تأخر تهيئة العقار الصناعي يعطل الاستثمار، جريدة الخبر اليومي، الجزائر، العدد 8347، 1 ديسمبر 2016، ص7.

2- المنع من التصرف لم ينص عليه المشرع الجزائري بصفة مباشرة، كما فعل نظيره المصري في المادة 823 من القانون المدني المصري:" إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في المال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة محددة. . . ". إبراهيم سيد أحمد، المنع من التصرف فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص60.

والرهن الرسمي خاصة، فإن تضمين هذا الشرط في عقد الرهن ممكن وفيه حماية فعالة للدائن المرتهن، ولكن بشرط شهره، لأن كل عملية متعلقة بالعقار مهما كانت يجب أن تشهر في المحافظة العقارية التي يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصها.

2- شرط تملك العقار المرهون، إن هذا الشرط اعتبره المشرع الجزائري باطلا وعليه فإنه بذلك يكون قد غلب مصلحة المدين الراهن[1]، في حين كان يجب عليه أن يولي أهمية لمصلحة مانح الائتمان، ويترك في ذلك الحرية لأطراف العقد في تحديده، دون تحديد فترة إدراجه[2]. فمثل هذا الشرط من شأنه تقوية مركز البنك الدائن، ويحقق الحماية له، ويبعده عن الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة التي تتطلبها عملية التنفيذ الجبري على العقار، ولكن ولتفعيل هذا الشرط فما على الدائن المرتهن إلا اللجوء إلى مصلحة الشهر العقاري لشهره، هذا يجعل له إمكانية الاحتجاج به في مواجهة الغير.

لذلك وللحد من المخاطر الكثيرة والمتنوعة التي أصبحت تكتنف الرهن العقاري والتي تجعل منه آلية ضمان غير فعالة[3]، إباحة مثل هذه الشروط وغيرها من طرف مشرعنا على غرار ما فعل المشرع المصري والفرنسي، مع إحاطتها ببعض الحدود لتجنب التعسف من جهة، وتحقيق التوازن بين مصلحة الدائن المرتهن والمدين الراهن، لأن القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية للرهن الرسمي في التشريع الجزائري فيها حماية وتغليب لمصلحة المدين الراهن على حساب مصلحة الدائن المرتهن، الذي في عمله مغامرة بأمواله قد تؤدي إلى انهياره إن لم تكن هناك آليات ضمان فعالة يوفرها له المشرع ويحميها القضاء.

المبحث الثاني: الرهن الحيازي (Nantissement)

لقد عرف المشرع الجزائري الرهن الحيازي في القانون المدني على أنه: "عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى الأجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله

1-المادة 903 فقرة 1 من القانون المدني. وقرار المحكمة العليا: "الرهن ضمان لاستيفاء الدين ولا يعد طريقا لتملك الشيء المرهون، وكل اتفاق يقضي بخلاف ذلك يعد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام تطبيقا للمواد 882و903 من القانون المدني.. "، المجلة القضائية، العدد 1، 2008، ص75.

2- المادة 903 فقرة2 من القانون المدني.

3- هذه المخاطر تتمثل في: المخاطر المرتبطة بالملكية وحرية التصرف في العقار من طرف مالكه، المخاطر المتعلقة بسند الرهن، طول آجال التنفيذ، عدم كفاية الأموال المتحصل عليها من بيع العقار بالمزاد، مخاطر تتعلق بتدهور قيمة العقار.

حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون. "[1]

من هذا التعريف نستنتج أن للرهن الحيازي أركان تتمثل في[2]:وجود عقد التزام، وجود دائن ومدين، ودين مستحق الأداء، ووجود شيء محل الرهن الذي يمكن حبسه وبيعه بالمزاد العلني لاستيفاء الدائن حقه من ثمن هذا المال المخصص كضمان.

كما يمكن استخلاص من نفس النص خصائص عقد الرهن الحيازي[3]: الذي هو عقد تبعي يستند في وجوده لالتزام سابق ويضمن تنفيذه، كما أنه عقد شكلي يخضع لإجراءات الكتابة والتسجيل، وأنه عقد تبادلي يرتب التزامات على كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن إذا ما تحقق تطابق الإرادتين، إلا أن هذا العقد غير قابل للتجزئة فكل جزء من الدين مضمون بكل الرهن وبأن كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين فإذا انقضى جزء من الدين فإن الرهن لا ينقضي بل يبقى قائما إلى حين استيفاء كامل الدين، والرهن الحيازي يرتب نقل الحيازة المال المنقول من المدين إلى الدائن، لكن أحيانا قد تكون الأموال محل الرهن لا يمكن نقل الحيازة فيها، لأن ذلك سوف يجرد المؤسسة المدين من وسائل عملية[4].

لذلك سنعالج هذا المبحث في ثلاث مطالب: المطلب الأول ونخصصه للقواعد العامة للرهن الحيازي، والمطلب الثاني ويكون لأنواع الرهن الحيازي، والمطلب الثالث لانقضاء الرهن الحيازي وتشخيصه.

المطلب الأول: القواعد العامة للرهن الحيازي وحالات انقضائه

للرهن الحيازي شروطا يجب توفرها حتى تأتي آثاره صحيحة ويمكن أن يحقق الحماية للدائن المرتهن، وخلال ذلك فإنه يحدث آثارا سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير، كما أن للرهن الحيازي حالات ينقضي بها، سواء بصفة تبعية أو بصفة مستقلة عن الدين المضمون. لذلك سنعالج في هذا المطلب: القواعد العامة للرهن الحيازي كفرع أول، ثم حالات انقضائه كفرع ثان.

1- المادة 948 من القانون المدني.

2-محمد دامن، المرجع السابق، ص. 38.

3-معمر سعدوني، المرجع السابق، ص. 107.

4-محمد حبار، المرجع السابق، ص. 15.

الفرع الأول: القواعد العامة للرهن الحيازي

للرهن الحيازي شروط يجب أن تتوفر فيه لصحته، وآثار يحدثها تمثل حقوقا والتزامات للمتعاقدين وللغير.

أولا: شروط صحة الرهن الحيازي

1- إنشاء الرهن الحيازي

ينشأ الرهن الحيازي بواسطة عقد بين البنك الدائن والمؤسسة المدين، وهذا العقد في عمومه عقد رضائي لا يستلزم شكلية معينة إلا في بعض الحالات يحتاج إلى الرسمية وخاصة في حالة رهن محل تجاري، لذا فإن العقد ينعقد بمجرد تراضي الطرفين وخلو هذا الرضا من أي عيب.

أما بالنسبة لطرفي العقد فإنه يجب في المؤسسة المدين الراهن أن تكون أهلا للقيام بالرهن، أي أن ذلك يدخل في موضوعها وغرضها وأن المدير أو المسير القائم على المؤسسة من صلاحياته إبرام مثل هذه العقود، كما يجب أن الشيء المرهون ملكا للمؤسسة، أما بالنسبة للبنك الدائن المرتهن فإن ذلك لا يطرح أي إشكال لأن مثل هذه العقود نافعة له نفعا محضا، وأن من مهامه القيام بعمليات التمويل ومن مصلحته أخذ مثل هذه الضمانات حماية لأمواله من مخاطر التمويل خاصة خطر عدم التسديد[1].

أما محل عقد الرهن الحيازي فهو الشيء المرهون الذي يجب أن يكون معينا ومما يجوز التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني استقلالا[2]، ولا يهم إن كان هذا المال مملوكا للمؤسسة المدين أو للغير[3].

أما عن سبب الرهن الحيازي فيجد مصدره في الدين المضمون بالرهن والمتمثل في عقد القرض الممنوح للمؤسسة من طرف البنك، والذي يجب أن يكون موجودا ومشروعا وإلا كان الدين باطلا وبالتالي يكون عقد الرهن كذلك باطلا، لأن الرهن الحيازي يتميز بصفة التبعية فهو لم يوجد إلا لوجود دين يتمثل هنا في مبلغ التمويل.

1- رغم ذلك إلا أن البنك يتعرض لمخاطر جمة جراء عملية التمويل، منها ما يتعلق بالائتمان في حد ذاته، كما رأينا ذلك في الفصل التمهيدي من هذا البحث، ومنها ما يتعلق بالضمانات، وهذا ما سنبينه عندما نتعرض لتقييم الرهن الحيازي في هذا المبحث من الفصل الثاني من الباب الأول المتعلق بالضمانات التقليدية من هذا البحث.

2-المادة 949 من القانون المدني: "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار. "

3-جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 230.

2- نفاذ الرهن الحيازي

لنفاذ الرهن الحيازي فإنه يشترط انتقال الحيازة من المؤسسة الراهن إلى البنك المرتهن وذلك لإعلام الغير بأن المال المنقول لم يصبح في ذمة المؤسسة المدين، لأنه إذا تم إرجاع المال المرهون إلى حيازتها انقضى الرهن ما لم يثبت الدائن عكس ذلك[1].

ولكن ليس من الضروري أن يتحول المال المرهون إلى حيازة البنك الدائن لأنه يمكن تعيين شخص ثالث أجنبي من طرف المتعاقدان.

ونقل الحيازة من المؤسسة الراهن إلى البنك المرتهن فيها إيجابيات وسلبيات:

فمن الإيجابيات أن نقل الحيازة فيها حماية للبنك الدائن المرتهن، حيث بإمكانه المحافظة على المال المرهون والنفاذ عليه وبيعه بالمزاد العلني في حال إذا لم تفي المؤسسة المدين بمبلغ القرض، لأن بقاءه في يد هذه الأخيرة يمكنها التصرف فيه أو تسليمه للغير حسن النية أو باتفاق سري بينهما، لأن الحيازة في المنقول سند الملكية وبالتالي الإضرار بمصالح البنك الراهن[2]، كما توجد إمكانية تعرض المال المنقول للضياع أو السرقة إذا لم يحاط بالعناية الكاملة.

أما الوجه السلبي في نقل ملكية المال المرهون فإنه يزيد من أعباء البنك الدائن، حيث يضطره ذلك إلى البحث عن مستودعات لإيداع الأشياء المرهونة وتعيين قائم عليها فتكون هناك مصاريف إضافية إلى جانب مبلغ القرض الذي هو كذلك عرضة للمخاطر، أما بالنسبة للمنشأة المدين الراهن فإن ذلك يؤثر عليها سلبا لأنه يجردها من وسائل عملية وبالتالي يمس بمصالحها.

ولذلك ظهر في إطار النشاط التجاري نوع جديد من الرهون المتعلقة بأموال منقولة لا تقترن بنزع الحيازة وهذا لفائدة البنك والمؤسسة، ولكن وحفاظا على مصالح البنك الدائن من التصرفات السلبية التي قد تلجأ إليها المؤسسة فإنه أوجب المشرع قيد مثل هذا النوع من الرهون لدى المركز الوطني للسجل التجاري[3]، وكذا حتى يكون الغير على علم بذلك.

1-المادة 952 من القانون المدني.

2-نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 1991، ص. 160.

3-المادة 120 من القانون التجاري، ومحمد دامن، المرجع السابق، ص. 39.

فهذه الطريقة توفر حماية ثلاثية، للبنك الدائن حيث لا تكون عليه أعباء إضافية، والمؤسسة تستطيع ممارسة نشاطها الاقتصادي فهي تحتفظ بحيازة الأموال المنقولة، وحماية للغير بإعلامه بوجود رهن على هذه الأموال المنقولة.

والأكثر من ذلك حيث يشترط المشرع لنفاذ رهن المنقول اتجاه الغير إلى جانب نقل حيازته للدائن المرتهن أن يدون عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والمال المرهون، ولذلك فائدة وهي تحديد مرتبة الدائن المرتهن[1].

ثانيا: آثار عقد الرهن الحيازي

يترتب على عقد الرهن الحيازي آثار تتمثل في ظهور التزامات بين الأطراف المتعاقدة، الدائن المرتهن والمدين الراهن، كما يؤدي إلى إنشاء حق عيني لفائدة الدائن المرتهن بالنسبة للغير.

1- التزامات الأطراف المتعاقدة

يرتب الرهن الحيازي التزامات على الدائن المرتهن وأخرى على المدين الراهن، بحيث ما هو التزام على عاتق أحدهما يعتبر حق للطرف الآخر، وهذه أحد خصائص عقد الرهن الحيازي أنه عقد ملزم للطرفين.

أ- التزامات المدين الراهن

- يلتزم المدين الراهن بتسليم المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان[2]، والتسليم ليس ركنا من أركان عقد الرهن الحيازي لأنه عقد رضائي، وإنما هو التزام، ذلك ولعملية التسليم الذي تنتقل به حيازة الشيء المرهون للمرتهن بطريقة فعلية وعلنية نتائج هامة متعلقة بنفاذ الرهن في مواجهة الغير وبتحمل الدائن المرتهن الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون واستغلاله[3]، ذلك ولقد أحال المشرع في شأن أحكام تسليم الشيء المرهون إلى أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع[4]. وإذا لم يقم الراهن بتنفيذ التزامه بالتسليم جاز للمرتهن طلب فسخ العقد مع التعويض.

1-المادة 969 من القانون المدني، وراضية أمقران، المرجع السابق، ص. 142.
2-المادة 951 السالفة الذكر.
3-المادة 955 من القانون المدني.
4-المادة 951 السالفة الذكر.

- التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه، ويكون ذلك بالامتناع شخصيا عن كل عمل من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المرهون، وضمان كل تعرض صادر من الغير من شأنه التأثير على نفاذ حق المرتهن أو إنقاصه، كما يضمن كل ما من شأنه الحيلولة بين الدائن ومباشرة حقه في إدارة واستثمار ما تم رهنه من مال، وهذا الالتزام يكون على نفقة المدين الراهن[1].
- التزام الراهن بضمان هلاك الشيء المرهون وتلفه[2]، حيث أن الراهن يضمن هلاك المال المرهون أو تلفه إذا كان هذا راجعا إلى خطئه أو الى قوة قاهرة سواء أكان ذلك قبل تسليمه للدائن أو بعده، ويكون للدائن المرتهن في الحالة الأولى الخيار بين أن يقضي المدين الراهن الدين فورا أو يطالبه بتقديم تأمين آخر، أما في الحالة الأخرى يكون الخيار للمدين[3].

وعادة ما يطلب الدائن المرتهن من الراهن التأمين على المال المرهون حفاظا عليه من الهلاك أو التلف، وهذا ليحل مبلغ التعويض محل الشيء المرهون في الوفاء بحق الدائن.

ب- التزامات الدائن المرتهن

- على الدائن الالتزام بحفظ وصيانة المال المرهون، ويكون ذلك منذ تسلمه له على النحو المنتظر من الرجل العادي، ومن الطبيعي أن عناية الرجل العادي في حفظ وصيانة المال المرهون التي يقاس عليها ما بذله المرتهن من عناية، يقدر من القضاء بحسب طبيعة المال المرهون وظروف وملابسات كل حالة ما لم يثبت أن هلاك الشيء المرهون أو تلفه يرجع لسبب لا يد له فيه[4].

فيعتبر من قبيل العناية التي كان ليبذلها الرجل العادي[5] المبادرة بإخطار المدين الراهن بما عسى أن يهدد الشيء المرهون من هلاك أو تلف أو نقص في قيمته وعندئذ يكون للراهن أن يسترد الشيء المرهون على أن يقدم تأمينا آخر كافيا، وإذا كان المرهون ورقة تجارية فإنه من المنتظر من المرتهن ألا يتأخر في المطالبة بها عند حلول أجل استحقاقها.

1-المادة 953 من القانون المدني.
2-المادة 954 من نفس القانون.
3-تسري هنا أحكام المادة 899 من نفس القانون والمتعلقة بالرهن الرسمي.
4-المادة 955 من القانون المدني.
5-جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 369.

ويتعارض مع الالتزام بالحفظ والصيانة مباشرة المرتهن التصرف في المال المرهون بالبيع أو الهبة أو الرهن، وهذا يعتبر من قبيل التصرف في ملك الغير.

فإذا قصر المرتهن في التزامه كان مسؤولا مسؤولية عقدية بتعويض الراهن عما أصابه من ضرر[1].

- كما يجب على المرتهن إدارة واستثمار المال المرهون وهذا حتى لا يضيع على الراهن عائدا محتملا باذلا في ذلك عناية الرجل العادي، وذلك بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله بشأن ما يصادفه من عقبات جوهرية تحول دون استثماره للشيء المرهون أو تهدد سلامته أو تنذر بنقص في قيمته، وليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على خلاف ذلك، وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاد منه من استعمال الشيء المرهون يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولم يكن قد حل أجل استحقاقه، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه المرتهن في المحافظة على الشيء المرهون وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين[2].
- وأخيرا الالتزام برد الشيء المرهون ويكون ذلك بانقضاء الحق في الرهن ولا يكون ذلك إلا باستيفاء الدائن المرتهن كامل حقه من ملحقات ومصاريف وتعويضات وفوائد، وإذا لم يتم رد الشيء المرهون فللمدين الراهن الحق في استرداده على أساس الدعوى الشخصية استنادا لعقد الرهن وما يرتبه من التزام على المرتهن وهو ما يعرف بدعوى الرهن، أو على أساس صفته كمالك وما عليه عندئذ إلا إثبات ملكيته للشيء المرهون الذي يطالب باسترداده[3]، لأنه يمتنع عن الدائن اشتراط تملك الشيء المرهون دون إتباع الإجراءات اللازمة[4].

1-إذا كان المال المرهون منقولا قد بدده المرتهن أعتبر بجانب مسؤوليته المدنية مسئولا جنائيا عن جريمة خيانة الأمانة، فيمكن للمدين المطالبة بوضع المال المرهون تحت يد حارس إذا كان لا يأمن بقاء العين المرهونة في يد المرتهن، المادة 958 فقرة 2 من القانون المدني.

2-المادة 956 من القانون المدني.

3-علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 372.

4-المادة 960 من القانون المدني المتعلقة بالرهن الحيازي تحيل الى المادة 903 من نفس القانون التي تتعلق بالرهن الرسمي.

2- آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير

أ- شروط نفاذ الرهن الحيازي تجاه الغير

قبل نفاذ الرهن الحيازي تجاه الغير يشترط انتقال الحيازة لتحقيق ذلك مهما كانت طبيعة المال المرهون (منقول مادي أو معنوي أو عقار)، والحيازة هنا تنتقل الى المرتهن أو الى الغير يعينه الطرفان، كما أن المشرع خول للمرتهن الحق في استرداد الشيء المرهون من الغير إذا ما خرج من يده ودون إرادته أو علمه[1].

والغرض من شرط نقل الحيازة هو إعلام الغير بذلك، لأن ذلك سوف يشكل لبسا إذا ما بقي الشيء المرهون في يد الدين الراهن.

فإذا كان الرهن الحيازي واردا على عقار فلنفاذ الرهن الحيازي يجب انتقال الحيازة بقيد عقد الرهن، أما إذا كان الرهن الحيازي واردا على مال منقول مادي فإلى جانب انتقال حيازته من الراهن إلى المرتهن أو الغير يجب تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والمال المرهون تعيينا كافيا، والعقد هنا ليس للإثبات ولا للانعقاد وإنما شرط للنفاذ[2].

أما إذا كان المال المنقول معنويا، إن كان دينا فإنه لا يكون نافذا في حق الغير إلا بحيازة الدائن المرتهن لسند الدين المرهون أو بقبوله له[3].

ب- نتائج نفاذ الرهن في مواجهة الغير

إذا ما انعقد الرهن الحيازي صحيحا وتوافرت فيه شروط نفاذه في مواجهة الغير كان للدائن المرتهن أن يباشر قبل الغير: الحق في الحبس، والحق في الاسترداد، والحق في التتبع، والحق في التقدم، والحق في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني.

- حق الحبس (Droit de rétention)[4]

إن للمرتهن الحق في حبس الشيء المرهون وملحقاته عن الناس كافة لحين أن يفي له الراهن بكامل حقه المضمون بالرهن، ويثبت الحق في الحبس للمرتهن حتى ولو كان الشيء المرهون في حيازة الغير، لأن هذا الأخير

1-المادة 961 والمادة 962 من نفس القانون.

2-علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 394، وراضية أمقران، المرجع السابق، ص. 142.

3-المادة 975 من القانون المدني والتي تحيل الى المادة 241 من نفس القانون.

4-المادة 962 فقرة1 من القانون المدني.

يحوز الشيء نيابة عن الدائن المرتهن ولا يجوز له أن يسلمه إلا بعد انقضاء الرهن بأي شكل من الأشكال القانونية، وإلا كان الحائز مسئولا عما يلحق الدائن المرتهن من أضرار، ويظل هذا الحبس للشيء المرهون طالما الرهن ما يزال قائما ولم يستوف الدائن حقه.

وللدائن مباشرة الحق في الحبس اتجاه أي شخص إلا إذا كان هذا الأخير ممن حفظ حقه طبقا للقانون، شأن من اكتسب حقا على الشيء المرهون قبل نفاذ الرهن اتجاهه[1].

ومن الفقه من يعتبر حق الحبس وسيلة ممتازة لحماية حق الدائن، لكن هناك من يعتقد أن الحبس لا يعد كضمان للدائن وإنما هو مجرد وسيلة إكراه وضغط على المدين لحصول الدائن على حقه، فهو حق سلبي لا يعطي أي امتياز للدائن، لأنه لا يمكنه من بيع الشيء المرهون والاستفادة من ثمنه، بل هو مجرد توقيف له لديه إلى حين استيفاء حقه من المدين الراهن[2].

إلا أن هذه الآلية القانونية هامة منحها المشرع للدائن المرتهن كي يحمي حقه من تصرفات الغير أو المدين التي يمكن أن تؤدي إلى تضييع وسيلة تأمين هامة على البنك خاصة والدائن عامة ومنه تعرض أمواله للمخاطر، وذلك بفقده للأموال المرهونة إذا ما خرجت من يده إلى الغير، ولكن بشرط أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حقه قبل نشوء التصرف الذي قام به الغير، لأنه بحبسه للشيء المرهون فإن لديه إمكانية قانونية أخرى بعدها تتمثل في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني إذا لم يف المدين بمبلغ التمويل الممنوح له من البنك الراهن، ولكن هذا كذلك وفق إجراءات قانونية.

- حق الاسترداد (Droit de revendication)

إذا خرج الشيء المرهون من يد الدائن دون إرادته أو من غير علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة[3].

1-علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 401.

2-Bouteclet, Blocaille, Droit du crédit ,2éme édition, masson, France,1995, p. 104 : "Le droit de rétention est un droit passif, le créancier doit attendre qu'on le paye …il devient de simple créancier ou privilégié exposé à la concurrence des autre créanciers…"

3-المادة 962 فقرة 2 من القانون المدني.

فإذا خرج الشيء المرهون من يد الدائن وعودته للمدين الراهن دون إرادته أو دون علمه فعند ذاك وفي العلاقة بين المتعاقدين يظل الرهن قائما ولا مجال لإعمال قرينة انقضاء الرهن[1]، وله الحق في استرداد حيازة الشيء المرهون.

أما في مواجهة الغير قرر المشرع أن للدائن الحق في استرداد الشيء المرهون من الغير وفقا لأحكام الحيازة، فإن كان عقارا استعمل الدائن في استرداده دعوى استرداد الحيازة (Réintégrande) أو دعوى منع التعرض (Complainte)[2]، أما إذا كان الشيء المرهون منقولا فله خلال ثلاث سنوات من تاريخ ضياعه أو سرقته استرداده على أن يعوض من حازه بأن يدفع له الثمن الذي دفعه هذا الأخير على هذا المنقول إذا كان قد اشتراه من مزاد علني أو سوق عام[3].

- حق التتبع

مقتضى الحق في التتبع أن للمرتهن اقتضاء لحقه أن ينفذ على الشيء المرهون في أي يد يكون خصوصا إذا انتقلت ملكيته إلى شخص آخر لأن القاعدة التي تطبق على المنقول هي" الحيازة في المنقول سند الملكية "إلا أن القانون أعطى حماية للغير الحائز على المنقول بحسن نية (Bonne foi)[4] حيث يجوز لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي اكتسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن[5].

ولمن انتقلت ملكية الشيء المرهون أن يتخلص من إجراءات التنفيذ التي سوف يمارسها عليه الدائن المرتهن وذلك بدفع الدين خاصة إذا أثبت الدائن المرتهن سوء نية الحائز للشيء المرهون، لأنه كان على علم بوجود رهن حيازي عليه[6].

- حق التقدم

تظهر أهمية حق التقدم كميزة يخولها الرهن الحيازي، حيث يصادف الدائن المرتهن في التنفيذ على المال

1-المادة 965 من القانون المدني تتحدث عن هذه القرينة وهي: "التنازل ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون. "

2- حماية الحيازة، المواد من 817 الى 826 من القانون المدني.

3-علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 391.

4-المادة 824 من القانون المدني: "يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم. وإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله. ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس. "

5-المادة 970 فقرة2 من نفس القانون، ومعمر سعدوني، المرجع السابق، ص. 109.

6-راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 145.

المرهون مزاحمة دائنين آخرين سواء أكانوا عاديين أو ممتازين، إذ حق الرهن الحيازي يخول للمرتهن الدائن الحق في التقدم على الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة.

فإذا كان التزاحم بين أكثر من مرتهن حيازي على عقار كانت الأسبقية للذي سبق غيره في حيازة العقار وقيد رهنه، فالأسبقية للحيازة ولو كان قيدهم للحق أسبق، أما إذا كان التزاحم على منقول فالأفضلية فيما بين المرتهنين حيازة لأسبقهم تاريخا، بشرط أن يكون حائزا للمنقول[1].

فإذا كان البنك الدائن قد حاز على المنقول وكان الأسبق تاريخا في ذلك، أو حاز العقار وقد قام بتقييده، هنا تكون له الأفضلية في استيفاء حقه من العين المرهونة، ويتمثل ذلك في المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء المرهون، والتعويضات عن الأضرار التي يمكن أن تنشأ عن عيوب هذا الأخير، ومصروفات العقد الذي أنشأ الدين والذي أنشأ الرهن، وجميع الفوائد المستحقة عن الدين، وجميع فوائد التأخير إلى يوم رسو المزاد[2].

لذلك من واجب البنك الدائن دراسة ما تعلق بالمال المرهون الذي تملكه المنشأة الاقتصادية من حيث وضعيته وقيمته والتصرفات الواردة عليه، أضف إلى ذلك القيام بكل الإجراءات التي من شأنها أن تضمن له حقه وتجعله في مرتبة جيدة من بين الدائنين، حتى إذا نفذ على المال المرهون لديه يستطيع استيفاء كاملا، وبالتالي المحافظة على أمواله من أي خطر وخاصة خطر عدم إمكانية المنشأة الاقتصادية من الوفاء بديونها، خاصة وأن هناك خطورة بالنسبة لرهن المال المنقول على اعتبار أن حيازة المنقول هي سند الملكية، وصعوبة إثبات حسن نية أو سوء نية (Mauvaise foi) الحائز من الناحية العملية، لأن لكل حائز إمكانية التمسك بحقه الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان لاحقا لتاريخ الرهن[3]، وهنا محل الخطر على البنك الدائن.

- حق بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني

يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد

1-علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 404.

2-نفس المرجع، ص. 405-406.

3-المادة 970 فقرة 2 السالفة الذكر: ". . . كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن. "

العلني[1]، وأن للبائع والدائن المرتهن المقيد دينهما على المحل التجاري أن يحصل على أمر ببيع المحل التجاري الذي يضمن الرهن وذلك بعد ثلاثين يوما من الإنذار بالبيع للمدين[2].

أما قانون النقد والقرض فقد جاء بحكم مخالف لما سبق، حيث أنه يمكن للبنوك والمؤسسات المالية بعد مضي 15خمسة عشر يوما على إنذار المدين بموجب طلب غير قضائي وبالرغم من كل اعتراض أن تحصل بناء على عريضة تقدم إلى رئيس المحكمة، على قرار ببيع كل مال مرهون لصالحها وتخصيصه مباشرة ودون أية معاملة بناتج البيع تسديدا لما يترتب لها من مبالغ كامل الدين وفوائد التأخير[3].

حيث يظهر جليا أن قانون النقد والقرض خفض المدة إلى 15خمسة عشر يوما من إنذار المدين الراهن وهذا تماشيا مع سرعة العمليات المصرفية وطابعها الاقتصادي المرن والحساس، لذلك منحها القانون هذا الاستثناء، ومنه يجب على كل محضر قضائي اعتماده فيما يخص إذا كان المرتهن مصرفا أو أية مؤسسة مالية.

وأكثر من كل هذا ولمصلحة الدائن المرتهن خاصة وكذا مصلحة المدين الراهن أن هناك إمكانية للراهن في أن يطلب من القاضي الترخيص في بيع الشيء المرهون ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين إذا كانت هناك فرصة فيها صفقة مربحة[4].

وبما أن السرعة ضرورة تفرضها الحياة التجارية في إبرام العقود وفي تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، ونظرا لأن المصارف تهدف إلى الربح وجمع الأموال وتخاطر وتضارب بأموالها وتتحمل تقلبات الأسعار واختلاف الظروف الاقتصادية، وهي في صراع مع الوقت لأن الوقت عندها يساوي المال، ومراعاة لكل ذلك فقد أحاط المشرع البنك الدائن خاصة والتاجر عموما في حالة الرهن بإجراءات مبسطة وسريعة للتنفيذ على الرهن خلاصتها ما جاءت به المادة 33 فقرة1 من القانون التجاري[5].

1-المادة 973 من القانون المدني.

2-المادة 126 من القانون التجاري.

3-المادة 178من قانون النقد والقرض رقم90-10، والمادة 124 من نفس القانون رقم03-11، والطاهر لطرش، المرجع السابق، ص. 170.

4-المادة 972 من القانون المدني.

5-"إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق، جاز للدائن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ عاد حاصل للمدين أو الكفيل العيني من الغير إذا كان له محل، أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة".

لكن رغم هذه الميزة إلا أن الكثير من القضاة يصرون على وجوب حصول البنك المرتهن على أمر بالحجز من القضاء للقيام بإجراءات بيع الشيء المرهون

وهذا طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، والأخطر من ذلك أنه وبعد بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني وبعد الإجراءات الطويلة التي قد يفرضها القضاة لا يرسو المزاد على أحد وبالتالي يؤجل البيع هذا من جهة، ومن جهة ثانية قد يرسو المزاد ولن البنك يجد نفسه في مرتبة متأخرة قد لا يكفي ثمن البيع لاستيفاء حقه، ومن ثم يكون البنك عرضة لخطر عدم التسديد أو التجميد، ومن ثم إمكانية تعرض أمواله لخطر عدم الاسترجاع هذا يؤدي إلى مخاطر أخرى تنجر عن ذلك كخطر السيولة التي تجعل البنك في موقف حرج مع زبائنه المودعين، وبالتالي يقع في حالة عدم القدرة على الدفع التي تعني دخول البنك في مشكل الإفلاس، وهذا كله ناتج لعدم وجود دراسة حقيقية وجدية لهذا الرهن، ولعدم أخذ ضمانات أخرى إلى جانب الرهن الحيازي، كأن يأخذ كفالة تضامنية أو كفالة عينية أو رهن عقاري، هذا يوفر له أكثر حماية في حال إذا لم يكف الرهن الحيازي عند بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني لوجود دائنين يسبقونه في المرتبة أو لوجود أصحاب حقوق الامتياز.

فمن الأفضل قانونيا أن تكون هناك استثناءات على مستوى القواعد القانونية سواء ما تعلق منها بالقانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو القانون التجاري هذه الاستثناءات تخص البنوك والمؤسسات المالية فيما يتعلق بالرهن الحيازي وحتى الرسمي، حتى تكون هناك سرعة ومرونة فيما يخص الحجز والبيع بالمزاد العلني، لأن ذلك من خصائص التجارة والعمليات المصرفية حيث السرعة والائتمان، ولم لا قواعد قانونية خاصة بالائتمان وجميع الجوانب التي تخصه بما في ذلك الضمانات بمختلف أنواعها.

الفرع الثاني: حالات انقضاء الرهن الحيازي[2]

ينقضي الرهن الحيازي إما بالتبعية لانقضاء الدين المضمون أو بصفة أصلية استقلالا عن الدين المضمون.

1-إن هناك إجراءات طويلة يتطلبها الحجز التنفيذي على المنقول وفقا للمادتين 687 و688 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإجراءات أخرى طويلة يتطلبها بيع المنقولات بالمزاد العلني وفقا للمادة 704 من نفس القانون.

2-المادة 964 والمادة 965 من القانون المدني.

أولا: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية

إن تقديم الرهن الحيازي من المؤسسة إلى البنك سببه الحصول على تمويل فينقضي بانقضاء الدين المضمون أيا كان سبب انقضائه وهذا طبقا للقواعد العامة من الوفاء، إلى الوفاء بقابل، فاستحالة التنفيذ، الإبراء، المقاصة، التجديد، التقادم المسقط. وقد يرجع سبب انقضاء الدين للحكم ببطلان العقد الذي أنشأ الدين فيبطل الدين وينقضي الرهن، لأنه من خصائص الرهن الحيازي أنه عقد تبعي، أما إذا زال السبب الذي انقضى به الدين عاد حق الرهن للوجود بالتبعية للدين المضمون.

ثانيا: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية

هناك حالات ينقضي بها الرهن بصفة أصلية إلا أن الدين المضمون يبقى قائما ويتمثل ذلك في: نزول المرتهن عن حق الرهن هذا ينقص من فرص استيفاء الدين، اتحاد الذمة ويكون ذلك عندما يجتمع حق الرهن وملكية العين المرهونة في يد واحدة وهنا يد البنك الدائن المرتهن، هلاك الشيء المرهون وهنا على البنك الدائن أن يستوفي حقه من مبلغ التعويض، كذلك ينقضي الرهن بالتطهير وبالبيع بالمزاد العلني للشيء المرهون فينتقل استيفاء الدائن لحقه من ثمن البيع[1].

المطلب الثاني: أنواع الرهن الحيازي

عادة أن الرهن الحيازي يترتب عليه نقل حيازة المال المرهون من المؤسسة المدين الراهن إلى البنك الدائن المرتهن، غير أن ذلك يضر بمصالح الطرفين، فمن جهة يجرد المؤسسة من وسائل عملية فالمنقولات أدوات إنتاج ضرورية لممارسة نشاطها، ومن جهة ثانية يشكل عبئا ثقيلا على البنك من بحث عن مخازن ومستودعات لتخزين الأشياء المرهونة إلى وجوب بذل العناية اللازمة للمحافظة عليها وتحمله للمسؤولية اتجاه المؤسسة إذا ما أخل بذلك، لذلك نشأ في إطار النشاط التجاري نوع جديد من الرهون متعلق برهن أموال منقولة دون انتقال الحيازة.

لذلك سنعالج في هذا المطلب: الرهن الحيازي مع نقل الحيازة كفرع أول، والرهن الحيازي دون انتقال الحيازة كفرع ثان.

1-علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 413.

الفرع الأول: الرهن الحيازي مع نقل الحيازة (Nantissement avec dépossession)

إن الرهن العادي أو التقليدي يتطلب انتقال حيازة المنقول المرهون من المدين الراهن وهو هنا المؤسسة المموَّلة إلى الدائن المرتهن وهنا البنك الممول، وهذا النوع من الرهن فيه فائدة لهذا الأخير حيث يجعل الأموال المرهونة تحت يده وبالتالي عدم إمكانية المؤسسة التصرف فيها بأي شكل من الأشكال المادية أو القانونية إلى حين تسديد مبلغ التمويل أو إمكانية التنفيذ عليه وبيعه بالمزاد واستيفاء حقه من ثمنه، كما أن فيذلك فائدة للغير من خلال إعلامه بما آل إليه المال المنقول من رهن.

لكن رغم ذلك فإن هذا النوع من الرهن يضيف أعباء على البنك الدائن وتحمل المسؤولية ببذل العناية الكافية لحماية الأشياء محل الرهن وإلا توبع على أساس التقصير وخيانة الأمانة.

وهذا النوع من الرهن يرد على جملة من المنقولات تتمثل في: الرهن الحيازي للصفقات، والرهن الحيازي على سندات الصندوق، والرهن الحيازي على الأوراق التجارية والقيم المنقولة، والرهن الحيازي للديون، ورهن البضائع.

أولا: الرهن الحيازي للصفقات (Nantissement de marchés)

"الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال، واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة. "[1]

وتبرم الصفقات تبعا لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة أو الإجراء بالتراضي[2].

والبنوك تساهم بصفة واسعة لتمويل الاحتياجات المالية للصفقات العمومية إذا وجدت في المؤسسة القائمة على تنفيذ المشروع أو على توريد السلع الخبرة والسمعة الحسنة، ويكون ذلك في شكل خطابات ضمان أو اعتمادات مستندية أو سحب على المكشوف وهذا مقابل تنازل هذه الأخيرة على قيمة الصفقة لصالح البنك الدائن وهذا بقبول الجهة صاحبة العملية[3].

1-المادة 3 من المرسوم رقم 02-250 المتعلق بالصفقات العمومية الصادر في 24-8-2002، الجريدة الرسمية، عدد 52، 2002. المادة 2 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

2-المناقصة تتميز بالإشهار والمنافسة لتحدد بعدها المواقف وتقديم العروض ثم إرساء المناقصة وأخيرا مرحلة المصادقة على الصفقة وإتمام شكليات الإبرام، أما التراضي فهو تشاور الإدارة مع المقاولين والموردين ومنح الصفقات لمن تختارهم، القانون السالف الذكر، حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص11-22.

3-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص 125.

ولكن هذه العمليات لا تتأتى إلا بإجراءات صارمة ودقيقة[1] تتمثل في أنه بعد حصول المؤسسة القائمة على المشروع أو التوريد بالموافقة على ذلك من الجهة صاحبة العملية بموجب عقد وموافقة البنك على تقديم تسهيلات ائتمانية، يتم تحرير عقد بين البنك والمؤسسة ينص فيه على تنازل هذه الأخيرة للبنك وتحويلها كافة المستحقات التي ستترتب لها في ذمة الجهة صاحبة العملية، وتقر المؤسسة بأنها لم يسبق لها التنازل عن هذه المستحقات للغير، والتنازل يتم لصالح البنك عن القيمة الإجمالية للصفقة، ويتم التصديق على توقيع المؤسسة والبنك على العقد لدى مكتب التوثيق لإثبات تاريخ التصديق، كما يجب أن يحصل البنك على نسخة من الصفقة تسلمها الجهة المعنية بالصفقة للمؤسسة والتي تتضمن عبارة تسمح باعتبارها سند في حالة رهن حيازي، ليتم تبليغ الرهن مرفقا بنسخة للصفقة إلى محاسب الصفقة بواسطة رسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام، ينتج الرهن آثاره ابتداء من تاريخ تبليغ هذا الرهن للمحاسب ويكون بذلك للبنك إمكانية الحصول على كافة الحسابات الناتجة عن الصفقة لصالحه.

وفي واقع الأمر فإن التنازل عن قيمة الصفقة وقبول الجهة المعنية بذلك سدادها للبنك لا يشكل ضمانا أكيدا للبنك[2]، فهذه العملية تنم عن مخاطر حيث وجود إمكانية عدم قدرة المؤسسة إنهاء العمليات الموكلة إليها أو تنفيذها تنفيذا سيئا، أو أن التنفيذ سيلاقي رفضا من الهيئة الوصية صاحبة الصفقة لعدم احترام المواصفات، أو عدم احترام المؤسسة القائمة على الصفقة لالتزاماتها التعاقدية، حيث إن حدث ذلك فإن الجهة صاحبة الصفقة سوف ترفض سداد المستحقات.

لذلك يجب على البنك الممول لهاته المؤسسة القائمة على تنفيذ الصفقة، وقبل أن يتم منحها الائتمان أن يقوم بالدراسة الدقيقة للعملية وحجمها وتقييم مدى قدرة المؤسسة على التنفيذ الجيد للعملية ومركزها المالي وكفاءة أجهزتها الإدارية والفنية ومدى توفرها على المعدات اللازمة لإنجاز المهمة الموكلة إليها، وإذا قبل تمويل الصفقة فعليه مراقبة التطورات والتعديلات التي ترد يمكن أن ترد على الصفقة ونسبة الإنجاز ومستوى التنفيذ[3].

1-راضية أمقران، المرجع السابق، ص 148.
2-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص 126.
3-نفس المرجع، ص. 25-26.

أما الخطر الآخر فإمكانية وجود حقوق ممتازة على الصفقة، وهذا النوع من الرهن تسبقه في المرتبة الحقوق التالية[1]:امتياز مصاريف القضاء، الامتياز المتعلق بدفع الرواتب وتعويضات العطل في حالة الإفلاس والتسوية القضائية، امتياز أجراء المقاول المنفذ للأشغال العمومية، امتياز مالك الأرض المشغولة بسبب الأشغال العمومية.

ثانيا: الرهن الحيازي لسندات الصندوق (Bons de caisse)

إنّ القانون الجزائري لم ينظم هذه السندات لا بنص عام ولا بنص خاص، ولقد ذكرها المشرع بصدد ذكر العمليات التي يمكن أن تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية في قانون النقد والقرض[2].

فسندات الصندوق هي سندات تصدرها البنوك يكتتبها المودعون مقابل دفع قيمتها في شبابيك البنوك وتلتزم هذه الأخيرة بتسديد هذه القيمة للمكتتب كما تلتزم بدفع فائدة على كل سند عند استحقاقه وهذا حسب مدة الاستحقاق، ولهذا النوع من الرهن عدة حالات: فبالنسبة لسندات الصندوق الاسمية يتم رهنها بذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن وبدون حاجة إلى إعلان[3]، ولكن بشرط تحرير ذلك في عقد على شكل ورقة ثابتة التاريخ لنفاذ هذا العقد في حق الغير عملا بالقواعد العامة، وطبقا للقانون التجاري فإنه يجب أن تثبت حوالة الحقوق المنقولة بعقد رسمي[4]. إذن فإنشاء عقد الرهن الحيازي المتعلق بسندات الصندوق الاسمية يكون بواسطة عقد بين البنك الدائن والمؤسسة الممولة التي هي صاحبة السند، أما سندات الصندوق لحاملها فيتم رهنها بنقلها بين يدي البنك فقط مع ذكر أن الحوالة تمت على سبيل الرهن[5]، وسند الصندوق لأمر؛ فهو سند شبيه بالأسناد التجارية وقابل للتداول والتظهير[6].

وللتنفيذ على هذه السندات فإن البنك ينتظر حلول أجل الدين فإن قامت المنشأة المدين الراهن بالدفع فإن الرهن ينقضي وتسترجع سندات الصندوق محل الرهن، أما إذا لم تقم المؤسسة بالوفاء فإن البنك يجري مقاصة بين قيمة التمويل الذي قدمه وقيمة سندات الصندوق المدين بها للراهن هذا إن كان السند صادرا من البنك الذي

1-معمر سعدوني، المرجع السابق، ص 115.

2-المادة 124 من قانون النقد والقرض: ". . . أن يصدر قيما منقولة وسندات صندوق قابلة للتداول.. "

3-المادة 976 من القانون المدني.

4-المادة 31 من القانون التجاري.

5-معمر سعدوني، المرجع السابق، ص 116.

6-المادة 31 فقرة 2 من القانون التجاري: "ويثبت الرهن أيضا بالنسبة للسندات القابلة للتحويل بتظهير قانوني يشير إلى أن القيم سلمت على وجه الضمان. "

قدم التمويل، أما إذا كان بنكا آخر فإن البنك المرتهن يشترط في عقد الرهن الحيازي على سندات الصندوق بأن ترخص له المؤسسة المموَّلة بأن ينقل إلى حسابه مبلغ سندات الصندوق في حدود الدين الأصلي والفوائد والملحقات والمصروفات[1].

لكن إذا كانت المؤسسة طالبة التمويل لديها سندات فإنه يمكن أن تقدمها للبنك على سبيل الرهن الحيازي مقابل حصولها على التمويل اللازم، ولكن على البنك المرتهن التحقق من ملكية المؤسسة الراهن للأوراق المقدمة من طرفها ويجب إخطار الشركة المصدرة لهاته السندات، ومن ثم لا تقوم هاته الأخيرة بنقل ملكيتها إلى أي شخص آخر قبل موافقة البنك المرتهن على ذلك[2].

ثالثا: الرهن الحيازي للأوراق التجارية (Nantissement d'effets de commerce)

الأوراق التجارية هي سندات الدين القابلة للتداول، فهي وسائل وفاء وضمان في آن واحد، تتمثل في: السفتجة، السند لأمر، سند الخزن، سند النقل.

قد تلجأ المؤسسة الاقتصادية إلى البنك من أجل الحصول على التمويل فتقوم بضمان ما لديها من أوراق تجارية، ويتم ذلك عادة لأنها لا تفضل خصمها حتى لا تتحمل تكاليف عملية الخصم[3]، ولكن لا يتم هذا الرهن إلا بتظهير الورقة بأن يرد عليها عبارة أن القيمة للضمان أو الرهن، بحيث يفهم منها أنها موجودة لدى الحامل (البنك) على سبيل الرهن[4].

لكن عملية التظهير التأميني عملية نادرة لأنها تجعل المقترضين والدائنين في حالة ارتياب في مدى مقدرة الملتزمين بالورقة بالوفاء بقيمتها، مما يجعل البنك الدائن المرتهن يلجأ إلى عملية الخصم لدى أحد البنوك عن طريق

1-راضية أمقران، المرجع السابق، ص 151.

2-ابراهيم مختار، المرجع السابق، ص 119.

3- تعتبر عملية الخصم قرضا تستأثر به البنوك فقط، حيث إذا احتاجت المؤسسة إليه وكانت تملك أوراقا تجارية فإنها تقوم بخصمها لدى بنك للحصول على السيولة فورا مقابل التضحية بجزء مما في الورقة التجارية، يدعى مبلغ الخصم، فالمؤسسة تلجا إلى هاته الآلية إذا كانت السيولة التي تحتاج إليها كبيرة من جهة، ومن جهة ثانية إذا كان استحقاق الورقة أو الأوراق التجارية التي تملكها مازال أجل استحقاقها بعيدا، لكن إذا كان العكس فاللجوء إلى آلية الرهن أو الضمان لأنه هو الأفضل لها من الخصم.

4-المادة 401 فقرة 4 من القانون التجاري، وراشد راشد، المرجع السابق، ص. 57.

تظهيرها تظهيرا ناقلا للملكية، كما أن للبنك إمكانية إعادة خصمها لدى بنك آخر أو لدى البنك المركزي إذا احتاج إلى سيولة عاجلة[1].

ولا يكون رهن الورقة التجارية نافذا في حق الطرفين وفي مواجهة الغير إلا إذا روعيت فيها:

- التظهير، لا بد من تظهير الورقة التجارية من المؤسسة الراهن إلى البنك الممول المرتهن، بكتابة عبارة تفيد أن الورقة، سلمت على وجه الرهن أو الضمان[2].
- الكتابة، بما أن الورقة التجارية منقول، ولتفادي مسألة حيازة المنقول سند الملكية يجب هنا كتابة التظهير على الورقة التجارية ذاتها أو على ورقة متصلة بها[3]، مع البيانات المطلوبة قانونا[4].
- التسليم، وهو انتقال الورقة للدائن المرتهن لتكون في حيازته، وهذا هو الأصل في عملية التظهير التأميني خاصة[5]، وفي رهن المنقول عامة[6].

أما عن الوضعية القانونية للبنك المرتهن للورقة التجارية فإنه يمكنه ممارسة كل الحقوق الممنوحة للحامل، إذ يجب عليه أن يحصل على مبلغ الورقة في تاريخ استحقاقها وإلا أتهم بالتقصير الذي يجعل المؤسسة المدين الراهن تطالبه بالتعويض عما أصابها من ضرر نتيجة هذا التقصير، لكن لا يمكن للبنك حامل الورقة التصرف فيها[7].

إن أجل استحقاق الورقة التجارية له ثلاثة احتمالات[8]:

- إذا حل أجل الدين المضمون بالورقة التجارية في تاريخ استحقاقها ولم يقع الوفاء بالدين فإن البنك الدائن المرتهن يحق له تحصيل مبلغ الورقة واستقطاع مبلغ دينه مع إرجاع الباقي لمن ظهر له الورقة (المؤسسة)، على اعتبار أنه يمثل حامل السند[9]

1-نادية فضيل، المرجع السابق، ص 55.

2- المادة 31 من القانون التجاري.

3- المادة 396 من القانون التجاري.

4- المادة 390 و397 من القانون التجاري، والمادة 969 من القانون المدني.

5- المادة 32 من القانون التجاري: "ليستمر الامتياز في جميع الأحوال على المرهون إلا إذا وضع هذا الأخير في حيازة الدائن. . . ".

6- المادة 969 من القانون المدني: "يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة إلى الغير. . . ".

7-المادة 401 فقرة 1 من القانون التجاري، وراشد راشد، المرجع السابق، ص. 58.

8-المرجع السابق، ص. 58-59.

9- المادة 31 الفقرة 06 من القانون التجاري.

- أما إذا حل أجل الدين المضمون قبل حلول أجل الورقة[1] فإن البنك يستطيع إما الرجوع على المؤسسة الراهن للوفاء واستردادها للورقة التجارية، وبالتالي انقضاء الرهن بصفة تبعية لانقضاء الدين المضمون أو الانتظار إلى حين حلول أجل استحقاق الورقة التجارية واستلام مبلغها[2]، أو ما على البنك إلا اللجوء إلى القضاء للإذن له ببيع الورقة التجارية[3]، أي خصمها، وهذا ليس في صالحه، لأنه سيخسر في هذه الحالة مبلغ الخصم.
- لكن إذا حل أجل استحقاق الورقة قبل حلول أجل الدين المضمون بها فإن البنك المرتهن يستطيع الحصول على مبلغها[4]، وإذا كان هذا المبلغ يفوق قيمة القرض يجب على هذا الأخير أن يسلم للمؤسسة الراهن المبلغ الزائد، كل هذا مع احتفاظ البنك المرتهن بالمبلغ عنده كضمان إلى حلول أجل الدين المضمون.

لكن قبل كل ذلك يجب على البنك الدائن المرتهن للورقة التجارية الحفاظ على الشيء المرهون حتى يحافظ على حقوق المؤسسة الراهن وحقوقه هو وذلك بالمطالبة بدفع قيمة الورقة محل الرهن في ميعاد الاستحقاق، فإذا امتنع المسحوب عليه عن الدفع قام البنك الدائن المرتهن بتحرير احتجاج عدم الدفع وإعلانه للمؤسسة الضامن المدين في المواعيد المحددة، فإن قصر البنك المرتهن كان مسئولا قبل المؤسسة المدين عن الأضرار التي يمكن أن تلحقها جراء ذلك[5] وهذا محل الخطر في مثل هذا النوع من الرهون.

رابعا: رهن الأوراق المالية (Les valeurs mobilières)

الأوراق المالية أو القيم المنقولة هي التي تصدرها شركات المساهمة من أسهم وسندات بغرض تمويل مشاريعها أو الزيادة في رأسمالها الاجتماعي[6].

1-لكن على البنك أن يستبعد هاته الحالة حتى لا يكون عرضة لخطر التجميد وخطر عدم قدرة المدين الراهن على السداد وأجل استحقاق الورقة لم يحن بعد، هذا يمكن أن يؤدي به الى الوقوع في مشكل السيولة، لذا يجب على البنك أن يختار الأوراق التي يأتي تاريخ استحقاقها موازيا لتاريخ استحقاق الدين، أو أن استحقاقها يكون سابقا لاستحقاق الدين.

2- المادة 973 الفقرة 2 من القانون المدني.

3- المادة 124 من الأمر رقم 03-11 السالف الذكر، المتعلق بالنقد والقرض.

4- المادة 980 تخالف ذلك، حيث عند حلول أجل استحقاق الورقة قبل حلول أجل الدين المرهون فالمدين يوفي الدين للمرتهن والراهن معا.

5-نادية فضيل، المرجع السابق، ص 54.

6- المادة 715 مكرر 30 من القانون التجاري.

قد ينص القانون الأساسي للشركة على تقييد حرية تداول الأسهم، بطريق الرهن أو التنازل، هنا يجب على المدين الراهن(المساهم) إبلاغ الشركة مصدرة الأسهم بطلب الموافقة على هذا الرهن بموجب رسالة مضمونة الوصول مع وصل الاستلام، فالإجابة تكون بالموافقة أو بالسكوت عن عدم الرد في مدة شهرين من تقديم الطلب، في هاتين الحالتين ينعقد الرهن[1].

وبالنسبة للأسهم (Les actions) وكذا حصص الشركاء (Les apport des associes) فإنه يمكن رهنها ولكن يجب أن يكون ذلك عن طريق عقد رسمي، أي لابد من التوثيق عن طريق موثق مؤهل لذلك، إضافة إلى التوثيق من طرف رئيس المحكمة ولا تحدد محكمة معينة أو موطن معين لتوثيق رهن الأسهم وحصص الشركاء، فيجوز ذلك في أي محكمة خلاف موطن المحكمة التي فيها مقر الشركة ولذلك ينبغي أن يتحقق البنك الدائن المرتهن بنفسه من وجود الشركة وصحة الأسهم، إلا أن العقد الرسمي لا يكفي لصحة رهن هذه الصكوك وإنما يجب أن يسجل ذلك في دفاتر الشركة التي أصدرتها بما يفيد أنها مرهونة أو موضوعة على سبيل الضمان[2]. ونفس الشيء بالنسبة للسندات، حيث انتقالها إلى الغير يكون بنفس الطريقة[3]. ولشهر الرهن ونفاذه والاحتجاج به في مواجهة الشركة المصدرة لابد من ذكر عبارة "على سبيل الضمان أو الرهن"[4] في هذه العملية. أما مرتبة الرهن فتتحدد بتاريخ القيد في السجلات التي تمسكها الشركة لهذا الغرض[5].

للبنك الدائن المرتهن أن يمارس حق الأفضلية من خلال ناتج البيع المتعلق بهذه القيم، وهذا عند حلول أجل الدين المضمون بها، ويكون ذلك بعد حصوله على إذن من القضاء بموجب أمر على عريضة[6]، والمشرع الجزائري

1- المادة 715 مكرر 56 والمادة 715 مكرر 58 من القانون التجاري.

2-المادة 31 فقرة 3 من القانون التجاري: "أما بالنسبة للأسهم وحصص الشركاء في الشركات المالية والصناعية والتجارية أو المدنية والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب أن يثبت الرهن بعقد رسمي ويجب أن تقيد هذه العملية على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة. "

3- المادة 715 مكرر 32 من القانون التجاري.

4- المادة 976 من القانون المدني.

5- المادة 715 مكرر 38 فقرة 2 من القانون التجاري.

6- المادة 124 من الأمر 03-11 السالف الذكر والمتعلق بالنقد والقرض، والمادة 973 لفقرة 1 من القانون المدني التي تنص:" يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في السوق. ".

أوكل مهمة البيع الجبري لهاته الأموال لأحد البنوك[1]، عكس الأموال المنقولة الأخرى التي أوكل مهمة بيعها بالمزاد العلني للمحضر القضائي أو محافظ البيع[2].

خامسا: الرهن الحيازي للدين (Nantissement de créance)[3]

والمقصود بالدين هنا الديون العادية[4]والتي لا يكون رهن الدين فيها نافذا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله، ولا يكون نافذا في حق الغير إلا بحيازة المؤسسة المرتهن لسند الدين المرهون[5] وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول، فشرط رهن الدين العادي أن يكون قابلا للحوالة ويجب تبليغ الغير بهذه الحوالة وأن لقبوله لها تاريخ ثابت[6]، وبالتالي يعامل نفاذ الرهن في مواجهة المدين بالدين (مدين الراهن) معاملة حوالة الحق (Cession de créance)[7].

فالمؤسسة الاقتصادية التي هي بحاجة إلى تمويل ولديها ديون على الغير فإنه يمكنها الحصول على التمويل اللازم من البنك وبإمكانها تقديم هذه الديون لهذا الأخير كرهن حيازي، ولكن لصحة ذلك يجب أن يكون مدين المؤسسة قد أعلم بذلك بعقد غير قضائي أو أن يكون رضي بذلك، ويجب أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت، وللبنك المرتهن عند ذلك حيازة هذه الديون، وهذا لإعلام الغير بها حتى يكون للبنك المرتهن امتياز على هذا الدين.

طبقا لما جاء في القانون المدني وقانون النقد والقرض فيما يتعلق برهن الديون نجد ثلاثة شروط لتحقق ذلك:

1- المادة 720 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تباع القيم المنقولة والأسهم بواسطة البنوك. . . ".

2- المادة 705 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3-المواد 975 الى 981 من القانون المدني، والمادة 122 من قانون النقد والقرض.

4-هناك نوع آخر من الديون يتمثل في السندات الاسمية أو لحاملها تم معالجتها سابقا في رهن سندات الصندوق.

5-المادة 31 فقرة 4 من القانون التجاري، والمادة 975 من القانون المدني.

6-المادة 241 من القانون المدني، وعلي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 397.

7-المواد من 238 الى 250 من القانون المدني.

- الكتابة، نوع الكتابة المطلوبة في هذا الشأن هي الكتابة العرفية[1]، وأن يكون لها تاريخ ثابت[2]. وفائدة ذلك هو أن مرتبة الرهن تحسب للبنك المرتهن من التاريخ الثابت بالعقد، كما أنها وسيلة لإعلام المدين برهن الدين، كما تعتبر أيضا وسيلة إثبات فعالة[3].
- الإعلام أو القبول، لابد من إعلام المدين بالدين المرهون عن طريق رسالة مضمونة مع إشعار بالاستلام، أو أن يكون المدين قد قبل بهذا الرهن[4].
- حيازة سند الدين، دون هذا الشرط لا يكون رهن الدين نافذا في مواجهة الغير، ورغم ما لهذا الشرط من أهمية إلا أن مشرعنا قد أغفل عن ذكره في قانون النقد والقرض، لكنه ذكره في القانون المدني[5].

الدين المرهون إما أن يستحق قبل حلول الدين المضمون، وإما أن يستحق بعد حلول الدين المضمون أو معا:

- ففي الحالة الأولى، على المدين بالدين المرهون أن يوفي بالتزامه للمؤسسة الراهن وللبنك المرتهن معا وذلك بإيداع مبلغ الدين المرهون في حساب خاص[6] ويكون البنك حينئذ حاملا لصفة ماسك الحساب ودائن مرتهن معا[7].
- وفي الحالة الثانية فللبنك المرتهن ثلاث مكنات[8]، إما أن يقبض ما يستحقه في الدين المرهون كوسيلة من وسائل التنفيذ على المال المرهون، وإما عن طريق البيع بإذن من القاضي، فأما المكنة الثالثة فهي تتمثل في الطلب القضائي لتملك الدين المرهون، وللبنك فيها فائدة إذا كنا أمام حالة تسوية قضائية أو إفلاس[9].

1- المادة 969 من القانون المدني، والمادة 122 من الأمر رقم 03-11 من قانون النقد والقرض.
2- المادة 328 من القانون المدني.
3- المواد من 323 إلى 332 من القانون المدني.
4- المادة 241 من القانون المدني.
5- المادة 975 الفقرة2 من القانون المدني.
6- المادة 980 الفقرة 1.
7- المادة 120 من قانون النقد والقرض السالف الذكر:" يمكن أن تكون الحسابات المفتوحة لدى البنوك فردية أو جماعية مع تضامن أو بدونه أو شائعة، ويمكن تخصيصها كضمانة لفائدة البنك بموجب عقد عرفي فقط".
8- المادة 981 من القانون المدني.
9- المادة 293 الفقرة 3 من القانون التجاري: "يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن آخر صاحب امتياز أم لا. ".

سادسا: الرهن الحيازي للبضائع (Warrantage de marchandises)

قد تمتلك المؤسسة الاقتصادية بضائع مودعة في مخازن عمومية ويكون إثر ذلك لديها سند خزن (Le warrant) الذي يمثل شهادة إيداع، فإذا كانت المؤسسة بحاجة إلى تمويل فإنه يمكنها التقدم إلى البنك للحصول على ذلك، ويمكنها أن تقدم في مقابل ذلك هذه البضائع كرهن وذلك عن طريق تظهير سند الخزن بنفس شروط الأسناد التجارية الأخرى[1].

فعند وضع المؤسسة الاقتصادية للبضائع في المخازن العمومية فإنها تتحصل على سند مزدوج[2]، جزء منه يفيد إيداع البضائع ويحمل كل البيانات مع تحديد مبلغ الدين المضمون بالرهن وتاريخ الاستحقاق، وحصول البنك على سند الرهن هو وسيلة ناجعة لشهر الرهن لأنه لا يبقى في يد المؤسسة صاحبة البضاعة المرهونة سوى سند أو إيصال الإيداع[3] الذي من خلاله يمكن للمؤسسة بيع هذه البضائع، لكن يجب إعلام المشتري بأن هذه البضاعة محل رهن.

أما من حيث الوفاء في سند الخزن فإنه إذا حل أجل استحقاق الدين الثابت فيه، فإنه يرجع على المدين الأصلي أي المؤسسة مودعة البضاعة فإذا وفت بمبلغ التمويل استردت سند الخزن أو الرهن، أما إذا لم توفي بذلك فيجب على البنك المرتهن حامل السند أن يتبع إجراءات الرجوع لعدم الوفاء، فيحرر احتجاج بعدم الدفع، وفي خلال الثمانية (8) أيام الموالية للاحتجاج يقوم ببيع البضاعة المودعة في المخزن العمومي بالمزاد العلني ويستوفي حقه، حيث يكون له وفق ذلك امتياز على السعر[4].

والأصل أن يكون ثمن البضاعة كافيا للوفاء بالدين، فإذا كان غير كاف، كأن يكون سعر البضاعة قد انخفض بين فترة تحرير سند الرهن وفترة استحقاق الدين المضمون بهذا السند، فإن البنك المرتهن الحامل للسند

1-المادة 543 فقرة 4 مكرر2 من القانون التجاري.

2-المادة 543 فقرة3 مكرر2من القانون التجاري.

3-نادية فضيل، المرجع السابق، ص. 132.

4-المادة 543مكرر4 فقرة 2 من القانون التجاري.

إمكانية الرجوع على باقي المظهرين والضامنين الاحتياطيين[1]. وأما إذا كان ثمن البضاعة يفوق قيمة الدين فإنه بعد الوفاء يكون الباقي من حق المؤسسة حامل سند الإيداع، أو الغير ممن ظهرت له سند الإيداع[2].

إلا أن البنك قبل قبوله للرهن يجب عليه تقييم البضائع محل الرهن، كأن تكون سهلة التصريف غير معرضة للتلف ولها سوق مناسبة وذات أسعار لا تخضع لتقلبات فجائية، ويتعين على البنك متابعة تطورات القيمة السوقية للبضائع محل الرهن من حين لآخر لتعديل مركز الضمان إذا تطلب الأمر ذلك[3]. وبما أن البضائع عرضة للتلف أو الحرق أو السرقة وجب على البنك المرتهن مطالبة المؤسسة صاحبة البضاعة التأمين عليها ومطالبتها بشهادة تأمين وتجديدها كل فترة إلى أن يستوفي حقه بتسديد المؤسسة لديونها تجاه البنك أو ببيع البضاعة المرهونة بالمزاد العلني.

الفرع الثاني: الرهن الحيازي دون نقل الحيازة (Le gage sans dépossession)

نظرا لسلبيات الرهن الحيازي مع نقل الحيازة وما يشكله من أعباء ومخاطر على البنك الدائن من جهة، وحرمان المؤسسة من وسائل عملية من جهة ثانية، ظهر ما يسمى بالرهن الحيازي دون نقل الحيازة للدائن المرتهن، حيث يكون للبنك الراهن الملكية على الأشياء المرهونة دون أن تنتقل حيازتها إليه، ومن هذا النوع من الرهون نجد: الرهن الحيازي للمحل التجاري، والرهن الحيازي للأدوات ومعدات التجهيز، والرهن الحيازي للسيارات.

أولا: الرهن الحيازي للمحل التجاري (Le gage du fonds de commerce)

قد يحتاج صاحب المحل التجاري أو المؤسسة لتمويل عملياتها التجارية ولا تملك ضمانات أخرى تقدمها للبنك للحصول على التمويل فتضطر لرهن المحل أو المحال التجارية التي تملكها أو رهن المؤسسة بأكملها لضمان الدين الناجم عن عملية التمويل.

ولما تبلورت فكرة المحل التجاري في القوانين القديمة وخاصة في القانون الفرنسي والمصري فإن رهن المحل التجاري كان يتم بنقل الحيازة إلى الدائن المرتهن، لكن بعد قانون 1909الفرنسي المعدل بالقانون لسنة 1956،

1-المادة 543 مكرر4 فقرة3من نفس القانون: "إذا كان السعر غير كاف للتسديد، فيمكنه أن يطعن ضد المودع والمظهرين المتتاليين بصفته حاملا لسند تجاري. "، ونادية فضيل، المرجع السابق، ص. 134.

2-علي البارودي، المرجع السابق، ص. 316.

3- إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 122.

وصدور القانون المصري رقم 11 لسنة 1940الخاص ببيع ورهن المحل التجاري جعلا رهن المحل التجاري لا يؤدي إلى نقل حيازته إلى الدائن المرتهن[1].

أما المشرع الجزائري فقد نظم أحكام رهن المحل التجاري بالمواد من 118الى 122 من القانون التجاري، كما تناوله في الأحكام المشتركة لبيع المحل ورهنه بالمواد من123الى 146 من نفس القانون، والمادة 123من قانون النقد والقرض المخصصة لرهن المحل والمؤسسات لفائدة البنوك والمؤسسات المالية.

ولقد اختلفت التعريفات حول المحل التجاري، فمن جهة الفقه عرف بأنه:" مجموعة الأموال المادية والمعنوية التي يستخدمها التاجر في مباشرة حرفته، ويشمل ذلك البضائع وأثاث المحل وسياراته وشهرة اسمه وما يكون لديه من براءة اختراع وما إلى ذلك مما يستعين التاجر به في مباشرة التجارة. "[2]، أما من جانب القضاء فقد عرفته محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر في 19-11-1985 على أنه:". . . يعتبر مالا منقولا معنويا منفصلا عن الأموال في التجارة، ويشمل مجموعة العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة من اتصال بالعملاء وسمعة واسم وعنوان تجاري وحق في الإيجار وحقوق الملكية الأدبية. . . "[3]، أما المشرع الجزائري ومن خلال المواد السالفة الذكر لم يتطرق إلى تعريف المحل التجاري، بل اكتفى بذكر بعض عناصره الإلزامية، كالاتصال بالعملاء والشهرة، بالإضافة إلى ذكر عناصر استغلاله كالعنوان التجاري والاسم التجاري والحق في الإيجار والبضائع وحق الملكية الصناعية.

أما عن عناصر المحل التجاري فهي تقسم إلى عناصر معنوية وأخرى مادية، فعن العناصر المعنوية فتشمل: الاتصال بالعملاء الذين هم الزبائن الذين يترددون

على المحل سواء بصفة اعتيادية أو عرضية، الاسم التجاري الذي هو تسمية أو رمز يبين للعملاء مكان تواجد المحل أو المؤسسة التي يتم استغلالها، والعلامة التجارية التي هي إشارة توضع على المنتجات لتمييزها عن البضائع المشابهة لها. وعن العناصر المادية للمحل التجاري فهي تتمثل في البضائع.

1-سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2001، ص. 509.

2-نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، المحل التجاري والعمليات الواردة عليه، دار هومة، الجزائر، 2011، ص. 16.

3-كامران الصالحي، بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص. 25.

وبالنسبة للعناصر التي عليها الرهن الحيازي فهي كل العناصر التي يتكون منها المحل التجاري مادية أو معنوية وهذا في حالة الاتفاق الصريح بين طرفي عقد الرهن[1]، أما إذا لم يكن هناك اتفاق على العناصر التي ستكون محلا للرهن فإن الرهن هنا لا يرد إلا على الاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية[2]، أما الأجزاء التي يمكن أن ترهن رهنا حيازيا بصفة اختيارية تتمثل في الأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءة الاختراع وعلامات الصنع والتجارة والرسوم والنماذج الصناعية. حيث أن هذه العناصر يمكن رهنها بصفة تابعة للمحل التجاري أو منفصلة عنه، أو بصفة تابعة للمؤسسة المرهونة أو منفصلة عنها، خاصة إذا تم تقديمها كإسهام في شركة، لأنه وتيسير العملية التمويل يمكن رهن المؤسسة دون أن يتجرد صاحبها أو أصحابها من حيازتها، وهذا ما سارت عليه التشريعات الحديثة، حيث يمكن رهن المؤسسات الاقتصادية مع الاحتفاظ بالحيازة مما يمكن معه احترام حق الدائن المرتهن في التتبع، كما أن الاحتفاظ بالحيازة يسمح للمدين الراهن برهن المؤسسة لدائنين آخرين، كما أن الدائن لا يتحمل عبء إدارة الشيء المرهون والمحافظة عليه واستثماره[3].

1- شروط إنشاء رهن المحل التجاري

عقد رهن المحل التجاري كأي عقد آخر لابد فيه من توافر أركان العقد العامة من رضا ومحل وسبب، حيث يجب أن يتأكد البنك المرتهن من أهلية المدين الراهن، وإن كانت مؤسسة فيجب أن يكون المدير أو المسير من صلاحياته إبرام مثل هذه العقود وأن هاته العقود تدخل في موضوع وغرض الشركة، وكذا لابد على البنك التأكد من ملكية المؤسسة الراهن للمحل التجاري محل الرهن عن طريق سند الملكية أو عقد الإيجار، بالإضافة إلى الدراسة الدقيقة للمحل التجاري من حيث التصرفات الواردة عليه من بيع أو رهن أو إيجار. أما المحل فيتمثل في عناصر المحل التجاري المادية والمعنوية ويجب أن يكون موجودا ومشروعا، والسبب يتمثل في الغرض الذي بموجبه تم رهن المحل وهو هنا في هذه الدراسة الحصول على التمويل ويجب أن يكون مشروعا.

1-المادة 119 فقرة1 من القانون التجاري: "لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية. . . "

2-المادة 119 السالفة الذكر فقرة2.

3-مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1991، ص. 650.

أ- الشروط الموضوعية الخاصة بالنسبة لطرفي العقد

-المدين الراهن

يجب أن يكون مالكا للشيء المرهون وأن يكون أهلا للتصرف فيه، فلا يصح الرهن إلا إذا أقرها لمالك الحقيقي، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في الرهن، لأنه وفي إطار الشركات التجارية يمكن أن يقدم أحد الشركاء محل تجاري يملكه كإسهام في شركة وخاصة إذا لم يكن على سبيل التمليك، وبالتالي فإنه لا يمكن رهن ملك الغير قياسا على بيع ملك الغير، ولذلك يعتبر رهن ملك الغير قابلا للإبطال[1]، أما إذا تم رهن المحل التجاري من طرف مدين راهن قد تم شهر إفلاسه فإن هذا التصرف لا يكون نافذا في حق جماعة الدائنين، ذلك أنه بمجرد صدور الحكم بالإفلاس تغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها[2]، ومن التصرفات التي يمنع على المفلس إجراءها والتي تكون خاضعة لعدم النفاذ عقود التأمينات العينية[3]، هذا وأن إنشاء مثل هذه العقود لا يعتبر باطلا وإنما هي غير نافذة تجاه جماعة الدائنين، والدائن الذي حصل على رهن حيازي للمحل ينضم إلى التفليسة بصفته دائنا عاديا والمحل التجاري الذي كان محلا للرهن الحيازي يتصرف به وكيل التفليسة فورا لمصلحة جماعة الدائنين[4]. وهنا محل الخطر على أموال البنك الدائن المرتهن حيث يجب عليه الاطلاع على وضعية المؤسسة الراهن المالية والقانونية قبل إبرام عقد الرهن حتى لا يتحول من دائن مرتهن إلى دائن عادٍ.

- الدائن المرتهن

ولا يشترط فيه أن يكون تاجرا، بل يمكن أن يكون شخصا عاديا، لكن المشرع المصري قد اشترط أن يكون الدائن المرتهن بنكا وهذا حماية لصغار التجار من جشع المرابين الذين يستغلون حاجة أصحاب المحلات للمال فيفرضون عليهم شروطا مجحفة[5].

ب- الشروط الشكلية

يتطلب عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري الرسمية، حيث يجب أن يثبت بعقد رسمي، النص صريح في

1-نادية فضيل، المرجع السابق، ص. 110.
2-نفس المرجع، ص. 11.
3-المادة 247 فقرة1 من القانون التجاري.
4-راشد راشد، المرجع السابق، ص. 287.
5-نادية فضيل، المرجع السابق، ص. 111.

اشتراط العقد الرسمي لإثبات الرهن وليس لانعقاده[1]. لكن هناك تشريعات لا تجعل الرسمية شرطا في انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري فيمكن أن يحرر عقد الرهن في شكل عرفي، هذا ما حذا حذوه المشرع الفرنسي والمشرع المصري[2]. أما المشرع الجزائري فقد أورد استثناء إذ يمكن أن يتم انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري في الشكل العرفي إذا تعلق بكون الدائن المرتهن بنكا أو مؤسسة مالية[3]، إلا أن الملاحظ في قانون النقد والقرض رقم 03-11قد حذف كلمة مؤسسة تجارية ووضع مكانها محل تجاري، فهل

هذا يعني استبعاد المشرع إمكانية رهن المؤسسات ورهن المحل أو المحال التابعة لها فقط؟ أم أن إمكانية رهن المؤسسة تحصيل حاصل قياسا لإمكانية رهن المحل التجاري، فما ينطبق على المحل التجاري ينطبق على المؤسسة؟، لأنه لا يوجد ما يمنع من رهن المؤسسة إذا كانت بحاجة إلى تمويل ولم تكن تتوفر على ضمانات أخرى سواء أكانت شخصية أو عينية، وهذا ما تعاني منه خاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حيث اختفاء الكثير منها لأنها لم تتحصل على التمويل بسبب عدم تقديمها للضمانات المطلوبة، فإذا كانت هناك إمكانية لرهن المؤسسة فمن الأفضل رهنها للبنوك والمؤسسات المالية فقط لتفادي الشروط المجحفة واستغلال الغير للظروف الصعبة التي يمكن أن تمر بها المؤسسة الراهن.

ولكن رغم هذه الإمكانية إلا أن رهن المؤسسة بأكملها أمر يصعب القيام به ومستبعد، فعادة ما يلجأ أصحابها إلى تقديم ضمانات أخرى متاحة من عقارات أو منقولات أو كفالات أو أوراق تجارية ومالية أو بضائع أو محال تملكها أو حتى ديون للمؤسسة على الغير كما توجد إمكانية لرهن ما تملكه المؤسسة من عناصر الملكية الصناعية والأدبية والفنية، هذا كله حفاظا على سمعة المؤسسة حيث يؤدي ذلك إلى توقف الغير عن التعامل معها في مختلف التصرفات المادية أو القانونية مادام أنها مرهونة أو التعامل معها بحذر هذا من شأنه أن يؤدي إلى تدهورها ماديا واقتصاديا.

1-المادة 120 من القانون التجاري: "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي. . . "

2-نادية فضيل، المرجع السابق، ص. 112. و La loi du 17 -03-1909, art,10 al1.

3-المادة 177 من قانون النقد والقرض رقم 90-10، والمادة 123 من الأمر رقم 03-11المتعلق بالنقد والقرض: "يمكن أن يتم الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانونا. " كانت سابقا:" يمكن أن يتم رهن المؤسسة التجارية لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول. . . "

فالمشرع الجزائري منح هذا الاستثناء للتبسيط في الإجراءات وهذا لمصلحة البنوك والمؤسسات المالية لحساسية هذا النوع من القطاعات، واختصارا للوقت الذي يعتبر ثمينا بالنسبة لها وللسرعة التي تطلبها العمليات المصرفية، إلا أن ما يعاب على العقد العرفي أنه سند غير تنفيذي، حيث يتطلب من البنك التماس سند تنفيذي من القاضي يمنحه القدرة على التنفيذ على المحل التجاري المرهون لديه وهذا قد يتطلب وقتا طويلا من أجل الحصول عليه (السند).

وانطلاقا مما سبق يمكن القول بأنه كقاعدة عامة لانعقاد رهن المحل التجاري لابد من كتابة رسمية، وقد أصاب المشرع الجزائري باشتراطه ذلك، تسهيلا للدائن المرتهن في الحصول على حقه عند الاستحقاق، إذ يتسنى له ذلك دون الحاجة إلى رفع دعوى، لأن السند المتضمن لحقه هو سند تنفيذي، فيكفي له أن يطلب إضفاء الصيغة التنفيذية عليه للقيام بإجراءات الحجز التنفيذي، وفي هذا ضمان أقوى للدائن المرتهن[1].

ونشير إلى أن الرسمية وحدها غير كافية، بل ليكون عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري صحيحا يجب شهره، حيث يتم تسجيل عقد الرهن على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع في نطاق دائرته استغلال المحل موضوع الرهن، خلافا لما كان يفعل سابقا حيث كان يتم التسجيل على مستوى كتابة الضبط التي يقع في دائرة اختصاصها المحل التجاري[2]، ويجب إجراء القيد خلال ثلاثين 30 يوما من إبرام العقد فيكون العقد باطلا، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان بما فيهم المدين الراهن نفسه، وإذا كان للمحل التجاري فروع يجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري لكل فرع مع دفع الرسوم التي يطبقها بهذا الخصوص[3].

في حالة تعدد الدائنين المرتهنين للمحل التجاري تتم عملية الترتيب على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري حسب تاريخ قيودهم، وتكون للدائنين المرتهنين الذين قيدوا حقوقهم في نفس اليوم مرتبة واحدة

1- علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص202.

2-بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-109المؤرخ في 04-04-1998 الذي يحدد كيفيات تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط في المحاكم والمتعلقة بمسك السجلات العمومية للبيوع ورهون الحيازة للمحلات التجارية وإجراءات قيد الامتياز المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري.

3-المادة 120و121 من القانون التجاري، وقرار مؤرخ في 4-10-1998، يحدد شكل الجداول المتعلقة ببيع المحل التجاري ورهنه الحيازي، الجريدة الرسمية، العدد 86، المؤرخ في، 18-11-1998، والقرار المؤرخ في 28-6-1998، يتضمن التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري على البيوع والرهون المتعلقة بالمحال التجارية، ج ر، العدد57، المؤرخ في5-8-98.

متساوية[1]. والعبرة من القيد هي إعلام الغير بما آل إليه المحل التجاري من تصرفات، من جهة أخرى يفيد القيد في تحديد مرتبة الدائن المرتهن في حال تعدد الدائنين المرتهنين.

ج- إمكانية رهن عناصر الملكية الصناعية

يمكن لصاحب المحل التجاري أو صاحب البراءة أو العلامة أو الرسوم والنماذج الصناعية التصرف في هذه الأموال المنقولة، ومن بين هذه التصرفات تقديمها كإسهام في مؤسسة وعادة ما يقدمها صاحبها على سبيل التمليك ويشترط في ذلك ألا تكون المؤسسة المحال إليها هذه الأموال في طور التأسيس، بل بعد حصولها على الشخصية المعنوية، ولا يكون ذلك إلا بعد قيدها في السجل التجاري[2]، ومن ثم تنتقل الملكية من المقدم إلى الشركة وبالتالي فإن الشريك المقدم يفقد كافة الحقوق التي كان يملكها على المال القدم لصالح الشركة.

أما بالنسبة لعناصر الملكية الصناعية يمكن لصاحبها تقديمها كذلك كإسهام في شركة عند تقديم المحل التجاري على اعتبار أنها أحد عناصره المعنوية، أو تقديمها منفصلة عن المحل التجاري، وبالتالي يحق لكل مؤسسة آل إليها هذا المال المنقول أن تتصرف فيه بالبيع أو الإيجار أو الرهن.

فالرهن الحيازي للمحل التجاري رأيناه سابقا حيث للمؤسسة الاقتصادية إمكانية رهنه إلى البنك للحصول على التمويل شريطة إتباع الإجراءات اللازمة قانونا، وإلا كان الإسهام باطلا وكان عقد الرهن باطلا، وللمدين الراهن إمكانية التمسك بهذا البطلان.

أما بالنسبة لرهن عناصر الملكية الصناعية فهذا ممكن مقابل حصول المؤسسة على التمويل ويشمل هذا الرهن: رهن براءة الاختراع أو رهن العلامة أو رهن الرسوم والنماذج الصناعية وهذا طبقا للقانون الخاص بكل نوع من هذه الأنواع وطبقا للقواعد العامة المتعلقة بالرهن الحيازي.

- فإذا كنا أمام براءة الاختراع (Brevet d'invention)[3] فإنه يمكن للمؤسسة رهنها رهنا حيازيا في سبيل الحصول على قروض، وذلك بصورة مستقلة أو أثناء رهن المحل التجاري، ويشترط في ذلك الرسمية وإلا كان الرهن باطلا، كما يجب تسجيل العقد في الدفتر الخاص بالبراءات الذي يمسكه المعهد الوطني الجزائري للملكية

1-المادة 122 من نفس القانون.

2-المادة 117 من نفس القانون.

3-فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية حقوق الملكية الأدبية والفنية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2006، ص. 152-154، والمادة 32 و36 من الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19-07-2003 المتعلق ببراءات الاختراع.

الصناعية (INAPI) وهذا حتى يكون حجة على الغير، أما إذا تحقق رهن البراءة أثناء رهن المحل التجاري فيجب تسجيل الرهن في السجل التجاري الذي يمسكه المركز الوطني للسجل التجاري مع تسجيل رهن البراءة في السجل الخاص ببراءات الاختراع الذي يمسكه المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية حتى يمكن نفاذ عقد الرهن إزاء الغير[1].

أما بالنسبة للبنك الدائن المرتهن إذا أراد الحصول على حقوقه فله إمكانية الحجز على البراءة عن طريق عقد غير قضائي موجه إلى المؤسسة مالكة البراءة مع تقديم طلب لتثبيت الحجز ووضع البراءة في البيع بالمزاد العلني[2].

- أما بالنسبة للرهن الحيازي للعلامة (Nantissement de la marque) فيمكن رهنها أثناء رهن المحل التجاري أو بصفة منفصلة عنه[3] هذا في حال حاجة المؤسسة إلى التمويل، ولكن يجب قيد عقد الرهن في دفتر العلامات الذي يمسكه المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، وفي حالة انتهاء الرهن يجب القيام بنفس العملية لإثبات رفع اليد عن العلامة[4].
- أما الرسوم والنماذج الصناعية (Dessins et modèles) توجد إمكانية لرهن هذا النوع من الأموال سواء أثناء رهن المحل التجاري أو بصفة منفصلة عنه، إلا أن شرط الكتابة والتسجيل في السجل الخاص بالرسوم والنماذج الصناعية بنفس المعهد هو شرط لانعقاد الرهن وليس شرطا للإثبات، فهي عقود شكلية تتطلب الكتابة والقيد وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا[5]. وينتهي الرهن الحيازي لعناصر الملكية الصناعية بتسديد المؤسسة المدين الراهن للديون محل الرهن إلى البنك الدائن المرتهن، أو بالحجز وبيع الشيء المرهون بالمزاد العلني وفق حكم قضائي نهائي، وبأي طريقة انتهى الرهن يجب تقييد ذلك بنفس طريقة تقييد الرهن.

1-المادة 99 من القانون التجاري:". . . بما فيها الرهون الحيازية المتعلقة بالمحل التجاري والشاملة لبراءات الاختراع أو الرخص أو العلامات أو الرسوم والنماذج، فيجب زيادة على ما تقدم، قيد هذه الرهون في المعهد الجزائري للملكية الصناعية. . . "

2-لم ينص المشرع على إجراءات والبيع بالمزاد العلني الخاص بالبراءة، ومنه يمكن الرجوع إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وما نص عليه من لإجراءات الحجز الواردة على الأموال المنقولة باعتبار البراءة مالا منقولا معنويا.

3-المادة 14 فقرة1 من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19-07-2002المتعلق بالعلامات: "بمعزل عن التحويل الكلي أو الجزئي للمؤسسة، يمكن نقل الحقوق المخولة عن طلب التسجيل أو تسجيل العلامة كليا أو جزئيا أو رهنها. "

4- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص. 253.

5-المادة 21من الأمر رقم 66-86 المؤرخ في 28-04-1966 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية: "العقود المشتملة على نقل الملكية وإما على نقل حق امتياز الاستغلال أو التنازل عن هذا الحق إما على الرهن أو رفع اليد يجب أن يتم تثبيتها كتابيا وتسجيلها في الدفتر الخاص بالرسوم والنماذج وإلا سقط الحق. "، وإدريس فاضلي، المدخل إلى الملكية الفكرية، الملكية الأدبية والفنية والصناعية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص. 273.

ومن واجب البنك الدائن عند مطالبته برهن حيازي على هذه العناصر المعنوية للملكية الصناعية أن يتأكد من ملكية المؤسسة طالبة التمويل لهذه الأشياء، وأن يتعرف على التصرفات الواردة عليها من بيع أو تنازل أو رهون، حيث يمكنه اللجوء إلى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية للتحري عن ذلك، وله أيضا بذلك الحصول على شهادة تثبت عدم وجود أي قيد، وفي حال قبول البنك بالرهن عليه إتباع الإجراءات القانونية من كتابة وشهر وقيد حتى تكون نافذة في مواجهة الغير وإلا كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا يمكن لأي كان التمسك به حتى المدين الراهن نفسه، وفي هذا تضييع لحقوقه بنفسه، كما أن هذه إجراء القيد تعطي للمرتهن رتبة متقدمة على الدائنين المرتهنين الآخرين، لأن الرتبة تقاس بتاريخ القيد.

2- عقد فتح اعتماد مع رهن محل تجاري[1]

ففي حالة فتح اعتماد مع رهن محل تجاري فإن كل البنوك وطبقا لقوانينها الأساسية تلجأ إلى اتخاذ الإجراءات التي من شأنها أن تكفل لها أفضل حماية لأموالها من جهة والاستفادة أكثر من آلية الرهن مهما كان نوعه من جهة ثانية، وأردنا من خلال هذا النموذج تبيين كيفية تعامل بنوكنا مع آلية الضمانات:

- تحديد الأطراف المتعاقدة[2]، وتتمثل في البنك الدائن المرتهن حيث يجب ذكر كل المعلومات المتعلقة به من اسم ولقب المدير المتصرف باسم ولحساب البنك إلى اسم الوكالة ورأسمال البنك وطبيعته القانونية ومقره الرئيسي والأمر الذي بناء عليه تم تأسيسه ورقم سجله التجاري والمدينة المسجل فيها وإن كان هناك توكيل فيجب ذكر اسم ولقب المدير العام المانح للتوكيل للمتصرف وتاريخه، وفي المؤسسة المدين الراهن من حيث اسم ولقب المتصرف باسم المؤسسة واسم الشركة وطبيعتها القانونية ورأسمالها بالأرقام والحروف ومقرها الرئيسي إلى قانونها الأساسي وتاريخ التسجيل مع تحديد المركز الوطني للسجل التجاري وحتى تاريخ انقضاء الشركة والمادة الموجودة في قانونها الأساسي والتي تمنح للمسير التأهيل لإبرام عقد الرهن لفائدة البنك المرتهن وإلا يصبح الرهن باطلا.

1- معلومات مستقاة من بنك الفلاحة والتنمية الريفية، وكالة الجلفة، 8جويلية 2013، على الساعة 10صباحا، والملحق رقم4.

2- كل مؤسسة يجب أن تحدد المعلومات الخاصة بها في قانونها الأساسي، طبقا للمادة 546 من القانون التجاري.

- ثم تأتي مرحلة فتح الاعتماد[1] وفي هذا الركن يجب ذكر اسم الوكالة فاتحة الاعتماد ومبلغ القرض والغاية من تخصيصه، ثم شروط القرض ويشمل ذلك تفاصيل القرض من معدل نسبة الفوائد والرسم وعدد الدفعات التي يجب على المؤسسة تسديدها للبنك من تاريخ الدفع الأول إلى تاريخ آخر دفع، ولتجسيد القرض وكي يصبح دينا واجب الأداء عند الآجال المحددة والمعلن عنها في جدول الاستحقاقات يجب اكتتاب سندات لأمر تمثل مبلغ الاعتماد الممنوح بما فيه الأصل والفوائد والرسوم والمصاريف ويجب أن تمضى من طرف المؤسسة المدين الراهن حتى يتسنى للبنك اللجوء إلى محضر قضائي مختص محليا للاحتجاج بعدم الدفع، ويمكن للبنك مطالبة المؤسسة بالاستحقاق المسبق[2] وهذا في خرقها لأحد التزاماتها المنصوص عليها في عقد الاعتماد أو مخالفتها لأحكام النصوص القانونية الجاري العمل بها خاصة مواد القانون التجاري.
- أما بالنسبة للضمان فإذا كان محلا تجاريا فيجب ذكر بدقة[3] اسم المحل التجاري وعنوانه ورقم الشارع المستغل فيه مع تحديد العناصر المادية والمعنوية التي يحتوي عليها، وإذا استلزم الأمر ذكر المعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل التجاري، دون أن يغفل البنك المرتهن على المطالبة بالتأمين على المال المرهون ضد كل الأخطار بحيث يجب تجديد عقد التأمين إلى غاية الوفاء بمبلغ الدين مع تحرير ملحق استبدال لفائدة البنك أين يمكن له أن يحل محل المؤسسة في حالة حدوث الضرر للمال محل الرهن مع مساواة مبلغ التأمين لمبلغ الدين وفي حالة حدوث الضرر يلجأ البنك إلى التنفيذ على مبلغ التأمين لاستيفاء حقه
- ليصل البنك فاتح الاعتماد إلى مرحلة هامة تتمثل في التصريح بالحالة المالية والقانونية للمؤسسة حيث يعرف الشخص المعنوي بأنه في حالة مالية وقانونية جيدة ويجب على البنك التأكد من ذلك بنفسه ليتأكد أن المؤسسة لا تعاني من تعثر مالي وأنها ليست في حالة إفلاس أو تصفية أو حجز على أموالها حيث يمكن للبنك تشخيص الوثائق المحاسبية والمالية لمعرفة وضعيتها المالية، وعند إبرام عقد الرهن تتحمل المؤسسة الراهن كل المصاريف المتعلقة به، ويتم تحديد الجهة القضائية المختصة في حالة نشوب نزاع، حيث يلجأ

1- إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 75-76.

2- المادة 123فقرة4 من القانون التجاري.

3- المادة 119 السالفة الذكر من القانون التجاري.

البنك في حالة الامتناع عن التسديد إلى استصدار أمر بالبيع للمال المرهون أمام المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها المال محل الرهن، فقانون النقد والقرض يمنح للبنوك اللجوء إلى البيع وفق إجراءات استثنائية خاصة بهذا القطاع تسديدا لما له من مبالغ كامل الدين وفوائده وفوائد التأخير[1].

3- آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري

يترتب على عقد رهن المحل التجاري آثار هامة بالنسبة للدائن المرتهن والمدين وحتى بالنسبة إلى الغير الذي آل إليه المحل بالطرق المادية أو القانونية.

أ- رهن المحل التجاري حماية للبنك المرتهن

إن الحق العيني المترتب على رهن المحل التجاري يمنح للبنك الدائن امتيازات تتمثل في إمكانية حجز وبيع المحل واستيفاء حقه من ثمنه، ويكون هذا إذا حل أجل السداد ولم تستوفي المؤسسة الراهن ما عليها من ديون تجاه البنك، حيث بذلك يستوفي حقه بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، كما أن بيده حق التتبع، وله الحق في مراقبة استغلال المحل.

- حق الأفضلية

في حالة بيع المحل التجاري فالبنك الدائن يستوفي حقه من الثمن الذي بيع به المحل قبل الدائنين العاديين، لكن المشرع وضع استثناء لذلك إذا ما كانت حقوق الدائنين العاديين تتعلق باستغلال المحل التجاري والتي كانت سابقة على عملية الرهن فإنها تكون مستحقة الدفع فورا إذا كان في ذلك ضرر لهم[2]، أما بالنسبة للدائنين المرتهنين لنفس المحل فيجري ترتيبهم فيما بينهم على حسب تاريخ قيدهم، والمقيدون في نفس اليوم تكون لهم نفس المرتبة.

ومن جهة أخرى وفي حالة تزاحم امتياز الدائن المرتهن مع امتياز مشتري المحل التجاري، فإن هذا الأخير الذي قيد امتيازا عليه يتقدم على الدائن المرتهن متى كان قيده قد تم في الميعاد وإن كان متأخرا على القيد الذي أجراه المرتهن[3]، أي أنه مهما كان تاريخ القيد فإن هذا الامتياز تكون مرتبته من تاريخ البيع لا من تاريخ القيد، بشرط أن يتم القيد في الأجل المنصوص عليه قانونا. وهنا تكمن إحدى مخاطر الرهن الحيازي للمحل التجاري.

1-للاطلاع على بنود العقد، الملحق رقم 4.

2- المادة 123 فقرة5 من القانون التجاري، ونادية فضيل، المرجع السابق، ص. 115.

3- المادة 97 فقرة 3 من القانون التجاري.

كما أنه وتطبيقا للقواعد العامة، فإن المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة الدائن المرتهن في حفظ المحل التجاري المرهون وبيعه، والمبالغ المستحقة للخزينة العامة، من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى، تتقدم في الأولوية على حق الدائن المرتهن[1]، وهنا أيضا إحدى مخاطر الرهن الحيازي للمحل التجاري.

وقبل تنفيذ البنك على المحل التجاري يجب عليه إتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا[2]، وخوفا من هلاك المحل التجاري فعادة ما تطلب البنوك من المؤسسات الراهن التأمين عليه لدى شركات التأمين مع متابعة كل الإجراءات المرتبطة بذلك إلى حين استيفائه حقه، لأنه عند ذاك تكون له الأولوية على مبلغ التعويض الذي يستوفي حقه منه.

- حق التتبع

يحق للبنك المرتهن للمحل التجاري أن يتمسك بحقوقه الناجمة عن الرهن في مواجهة المؤسسة الراهن أو في مواجهة المالك الجديد للمحل الذي يكون قد آل إليه عن طريق البيع أو الإرث، حيث للبنك الدائن إمكانية مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الغير بصفته حائزا للمحل، ولا يمكن لهذا الأخير هنا التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لأن المحل التجاري مال منقول ولكنه استثناء عن هذه القاعدة[3].

وقد يحدث وأن لا يقتنع الدائن المرتهن بالثمن المعروض في حال تطهير الغير للمحل التجاري، لأنه قد يكون هناك تواطؤ بين المدين الراهن ومشتري المحل التجاري، بحيث يتم الاتفاق في عقد البيع على مبلغ أقل من القيمة الحقيقية للمحل التجاري، وفي المقابل يتم تكملة القيمة خارج العقد، لذلك ولحماية الدائن المرتهن أقر المشرع في القانون التجاري آلية حماية وهي أن له الحق في طلب زيادة عشر تلك القيمة، وذلك بتقديم طلب أمام

1- المادة 990 من القانون المدني.

2-المادة 178 من قانون النقد والقرض رقم 90-10، والمادة 124 من قانون النقد والقرض رقم 03-11: "يمكن للبنوك والمؤسسات المالية إذا لم يتم تسديد المبلغ المستحق عليها عند حلول الأجل وبغض النظر عن كل اعتراض وبعد مضي 15 يوما، بعد إنذار مبلغ للمدين بواسطة عقد غير قضائي الحصول عن طريق عريضة بسيطة موجهة إلى رئيس المحكمة على أمر ببيع كل رهن مشكل لصالحها ومنحها بدون شكليات حاصل هذا البيع تسديدا للرأسمال والفوائد وفوائد التأخير ومصاريف المبالغ المستحقة، وكذلك الأمر في حالة ممارسة البنوك والمؤسسات المالية للامتيازات المخولة لها بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها حول السندات أو العتاد أو المنقول أو البضائع. . . "، والمواد من 125 إلى 141 من القانون التجاري، قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، ملف رقم 533204، في 06-05-2009، قضية الشركة ذات الأسهم القرض الشعبي الجزائري ضد م ذ م م ذ ش و، المجلة القضائية 2011 العدد1، ص. 198: "حيث أن الإجراء المطلوب من القرض الشعبي الجزائري لا يندرج تحت أحكام المادة 172من قانون الإجراءات المدنية، لأنه يتعلق باستصدار أمر بيع محل تجاري مرهون لفائدة القرض الشعبي الجزائري، وأن المادة 124 من قانون النقد والقرض تسمح للبنوك ممارسة هذا الإجراء. . . "

3-نادية فضيل، المرجع السابق، ص 116.

المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها المحل المرهون من طرف الدائن المرتهن المقيد لحقه وفقا للقانون، مع التكليف بالحضور أمام محكمة موقع المحل التجاري[1].

- حق مراقبة استغلال المحل التجاري

للحيلولة دون تدني قيمة المحل التجاري المرهون أقر المشرع آلية حماية أخرى للدائن المرتهن تتمثل في منحه إمكانية المراقبة والتدخل في مواجهة أي شخص له علاقة بالمحل التجاري، والذي من شأنه القيام بأي تصرف يؤثر سلبا على قيمته، فكان له التدخل في مواجهة كل من: مالك المحل التجاري، ومؤجر المكان الذي يستغل فيه المحل، وجميع الدائنين الآخرين.

فالأول له إمكانية التنازل بصورة مستقلة عن أحد عناصر المحل التجاري، هذا يعرضه للانتقاص أو حتى الانعدام[2]، كما يمكنه بيع المحل المرهون[3]، وله الحق أيضا في نقل مقر المحل التجاري، هذا قد يؤدي إلى تدهور قيمته[4].

أما الثاني فهو مؤجر المحل التجاري الذي قد ينهي عقد الإيجار، وبالتالي سيؤدي إلى إضعاف قيمة المحل، لأن الإيجار عنصر أساسي من عناصره[5].

وبالنسبة للدائنين الآخرين فإن القانون أعطى لهم مكنة قانونية وهي أنه يمكنهم التنفيذ على بعض عناصر المحل التجاري، هذا من شأنه أن يلحق ضررا بالدائن المرتهن، لأن ذلك يؤدي إلى تدهور قيمة المحل من جهة، ومن جهة ثانية لا يمكنه تتبع هذه العناصر فيما بعد[6].

لكن ورغم ما ذكر سابقا يبقى غير كاف حتى يشكل تأمينا شاملا لصالح البنك المرتهن، والأفضل هو أن يتحصل على الرهن الحيازي للمحل التجاري وكذلك رهن رسمي عقاري على الجدران التي تأوي المحل المرهون. كما

1- المادة 133 من القانون التجاري.

2- يمكن للدائن المرتهن تتبع المدين الراهن على أساس جريمة خيانة الأمانة في المادة 376 قانون العقوبات.

3- بموجب المواد من 84إلى89 من القانون التجاري: يمكن للدائن المرتهن تقديم معارضة في دفع الثمن خلال 15 يوما من تاريخ آخر يوم للإعلان بالبيع.

4- المادة 123 من القانون التجاري، تشترط على أنه في حالة نقل المحل التجاري إبلاغ الدائن المرتهن المقيد لرهنه، وذلك خلال يوما15 قبل عملية النقل، وإلا تصبح هاته الديون المضمونة بالمحل والمقيدة مستحقة الأداء.

5- لا يمكن فسخ عقد الإيجار إلا بعد موافقة الدائن المرتهن صراحة أو ضمنيا، وهذا بعد تبليغهم بذلك، وفقا لما جاء في المادة 124 من القانون التجاري.

6- المادة 130 من القانون التجاري

أنه يستلزم على البنك قبل الحصول على الرهن الحيازي للمحل أن يستصدر شهادة سلبية لحالة القيود الواردة عليه من المركز الوطني للسجل التجاري، وذلك حتى يتمكن من أخذ رهن من الدرجة الأولى.

ب- آثار الرهن بالنسبة للمؤسسة الراهن

يظل المحل التجاري في حيازة المؤسسة حتى لا تحرم من وسائل عملية تساعد في ممارسة نشاطها ومنه تستطيع الوفاء بديونها، ولها الحق كذلك في التصرف فيه ولكن دون إضرار بمصلحة البنك الدائن، أما الحماية التي كفلها المشرع لهذا الأخير تتمثل في شهر الرهن وقيده في المركز الوطني للسجل التجاري الواقع في دائرته المحل المرهون، وكذلك يمنع على الراهن القيام بأي إجراء من شأنه الإضرار بحقوق المرتهن والذي يؤدي إلى الانتقاص من قيمة المحل كنقله إلى مكان آخر وعند ذاك تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون[1].

كما أن قيام المدين الراهن بفسخ الإيجار لعدم دفع بدل الإيجار أوفي حالة اتفاق بين المستأجر والمؤجر ففي كلتا الحالتين يجب على المدين صاحب المحل التجاري تبليغ الدائنين بذلك[2].

لكن في مقابل ذلك منح المشرع حماية للدائن المرتهن تجعل توازن المصالح غير محقق، وهذا لا يخدم مصلحة الدائن المرتهن الذي يقدم الائتمان وفي ذلك مخاطر جمة عليه وعلى الضمانات المرتبطة به، لذلك كانت الأولوية في الحماية لصالح مانح الائتمان على حساب المستفيد منه، ومما ذكر سابقا تظهر آليات حماية المدين الراهن في:

- حق المدين الراهن في مواصلة استغلال المحل التجاري المرهون دون انتقال حيازته للمدين الراهن، وبالتالي له الحق في التصرف فيه ماديا أو قانونيا، برهنه مرة أخرى، أو التنازل عنه أو بيعه، أو تأجيره.
- كما أن للراهن الحق في بطلان شرط تملك المحل التجاري عند عدم الوفاء[3].
- وجوب إنذار الراهن قبل التنفيذ على محله وبيعه، وذلك بعد 30يوما من الإنذار بالدفع[4].

1-المادة 123فقرة5 من القانون التجاري.

2- المادة 124 من القانون التجاري، ونادية فضيل، المرجع السابق، ص. 119.

3- المادة 118 فقرة من القانون التجاري، تقابلها المادة 903 من القانون المدني.

4- المادة 126 من القانون التجاري.

- يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق في تملك المحل دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون[1]، وهي إجراءات طويلة ومعقدة ومكلفة.
- يمكن للدائن المرتهن لكل المحل التجاري التنفيذ على جزء منه بموجب حجز تحفظي[2]، وإذا وجد بيع جزئي له فإن للمدين الراهن إمكانية المطالبة بتحويل هذا البيع إلى بيع كلي، لأن المحل التجاري يستمد قيمته من تلاحم عناصره كلها، حيث إذا فقد واحدا منها أو أكثر تدهورت قيمته، وهذا ليس في صالح أي طرف له علاقة بالمحل التجاري.

ج- آثار الرهن بالنسبة للغير

يمكن للغير أن يحوز على المحل التجاري المرهون وذلك عن طريق البيع أو الإرث، فإذا كان الدائن المرتهن مقيدا لحقوقه عن طريق تسجيله في المركز الوطني للسجل التجاري يمكنه نفاذ ذلك في مواجهة الغير.

كما أن للغير الحائز على المحل التجاري موضوع الرهن مهما كانت الأسباب أن يتخذ إجراءات التطهير قياسا على الرهن العقاري[3]، حيث له إمكانية أن يظهر استعداده لتسديد كافة الديون التي تثقل المحل التجاري، لكن عليه تبليغ الدائنين المرتهنين المقيدين لحقوقهم ويكون ذلك قبل 30يوما من الإنذار بالدفع المبلغ له كما يجوز له التخلي عن المحل التجاري محل الرهن ويطلب بيعه بالمزاد ويلتزم الدائن المرتهن بالتوقيع على طلبه وإبلاغه إلى الحائز والمدين الراهن في مهلة 15يوما مع التكليف بالحضور أمام المحكمة التي تشرع في مزايدة المحل

والمعدات والبضائع وعندها يصبح المشتري حارسا قضائيا على المحل من تاريخ التبليغ بالمزايدة، كما يحق له أن يطلب من المحكمة تعيين متصرف آخر أو لكل دائن مرتهن[4].

ويمكن لأي شخص التقدم إلى المزايدة حتى المشتري والدائن المرتهن، فإذا رسا المزاد على البنك المرتهن فعليه أن يدفع لحائز المحل الذي انتزعت منه الحيازة كافة النفقات والمصاريف التي تحمّلها[5]، أما إذا رسا المزاد على الحائز

1--المادة 127 من القانون التجاري.

2- المادة 651 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3-نفس المرجع، ص. 116-117.

4-المادة 134من القانون التجاري.

5-المادة 137 فقرة2 من نفس القانون.

فيحق له الرجوع على المدين الراهن لمطالبته بسداد ما يفوق الثمن المذكور[1].

وببيع المحل بيعا عاديا أو بالمزاد يتطهر وينتهي الرهن الحيازي الذي يكون كذلك بقضاء الدين سبب الرهن من المدين الراهن أو عن طريق هلاك المحل التجاري فيتحول حق البنك إلى مبلغ التعويض الذي تقدمه شركة التأمين لأنه عادة وأصبح من الواجب على البنوك وحفاظا على أموالها من جهة وحفاظا على الأشياء محل الرهن أن تشترط على المؤسسات المدين الراهن القيام بالتأمين عليها حماية لمصالحها.

ثانيا: الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز

يمكن للمؤسسة إذا كانت بحاجة إلى مال سائل أن تقترض من البنك على أن تقدم أدوات ومعدات خاصة بالتجهيز (Outillage et matériel d'équipement) كرهن حيازي، أو أن تقوم بشراء هذه المعدات والأدوات فتقبل رهنها للبنك البائع في حالة عدم تسديد الثمن أو ما تبقى منه[2].

والأموال التي يمكن أن تكون محل هذا النوع من الرهن تتمثل في الأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز التجاري والفلاحي والحرفي، وكذا الموجهة لاستغلال نشاط المهن الحرة كالأطباء والمحامون الذين يرغبون في تجهيز عياداتهم أو مكاتبهم بآلات وأجهزة وأدوات طبية، إذ يستطيعون رهنها حيازيا إلى حين سداد ثمنها، ويستثنى من هذه الأموال السيارات والسفن والطائرات[3]، ولقد تطرق المشرع إلى هذا النوع من الرهن في المواد من 151 إلى 167 من القانون التجاري.

ويشترط لصحة الرهن الحيازي الذي محله هذه الأدوات أن يتم بواسطة عقد رسمي أو عرفي[4] وذلك في مهلة أقصاها شهر واحد ابتداء من تاريخ تسليمها[5]. فإذا وقع هذا الرهن للبنك نتيجة عملية تمويل للمؤسسة الاقتصادية أعتبر الرهن واقعا بموجب عقد التمويل[6]، ويجب أن يشار في العقد وتحت طائلة البطلان على أن المال المؤدى من المموِّل يهدف لضمان وفاء ثمن المعدات والأدوات[7]. كما يشترط لصحة الرهن الحيازي لهذه الأموال

1-المادة 139 من نفس القانون.
2-نادية فضيل، المرجع السابق، ص. 123.
3-المادة 168 من القانون التجاري.
4-المادة 152 فقرة1 من القانون التجاري.
5-المادة 153 فقرة2من نفس القانون.
6- المادة 152 فقرة 3 من نفس القانون.
7-المادة 152 فقرة4 من نفس القانون.

المنقولة قيدها بالسجل التجاري الذي يمسكه المركز الوطني للسجل التجاري وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ العقد المنشئ لرهن الحيازي تحت طائلة البطلان.

ورغم أن هذا النوع من الأموال هي أموال منقولة إلا أن حيازتها لا تنتقل إلى الدائن المرتهن لنفس الأسباب التي تمت الإشارة إليها في رهن المحل التجاري فهي تعتبر وسائل عملية هامة لا يمكن للمؤسسة الراهن أن تستغني عنها في ممارسة نشاطها.

وهذا النوع من الرهن ينتج آثارا ككل أنواع الرهون الأخرى تتمثل في آثار بالنسبة للمدين الراهن وبالنسبة للمدين المرتهن.

- فبالنسبة للمدين الراهن فإن الأشياء محل الرهن تبقى في حيازته ويمكنه أن يستعملها بكل حرية، ولكنه لا يستطيع نقل حيازتها قبل الوفاء بالتزاماته وقبل تسديده لثمنها ماعدا إن كان هناك اتفاق مع الدائن، ولا أظن أن يخرج الاتفاق عن عدم التصرف فيها لأن من مصلحة المرتهن أن تبقى في حيازة المدين كي يسهل عليه التنفيذ عليها وعادة ما يتم اشتراط ذلك. كما يجب على الراهن الحرص على حمايتها وصيانتها وعدم إتلافها أو إفسادها وإلا تعرض لعقوبة جريمة خيانة الأمانة[1].
- أما بالنسبة للدائن المرتهن فإن الرهن الحيازي للأدوات والمعدات يعطي له الحق في استيفاء حقه وبالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة شريطة إتباع الإجراءات المحددة قانونا لحماية حقه، وبالتالي حماية أمواله من خطر عدم التسديد، حيث إذا لم يتم دفع الديون من طرف المؤسسة الراهن بعد حلول ميعاد استحقاقها أمكن للبنك المرتهن أن يطلب من القضاء بيعها بواسطة أمر على ذيل عريضة على أن يبلغ الملاحقة للدائنين المقيدين، ولا يجوز القيام بالبيع إلا بعد عشرين يوما على الأقل من تاريخ التبليغ[2]، ويكون للبنك أن يستوفي حقه من الثمن الناتج عن هذا البيع بالأفضلية على غيره من الدائنين

1-فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، 2001، ص. 278، المادة 376 من قانون العقوبات، حيث يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500إلى 20000 دج، كما يمكن أن من حق أو أكثر من الحقوق وبالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

2- المادة 130من القانون التجاري.

باستثناء الامتيازات[1]، امتياز الخزينة وامتياز المصاريف القضائية وامتياز المصاريف التي تنفق للمحافظة على الشيء المرهون وامتياز أصحاب الأجور.

وبالنسبة لحق التتبع ولكي يتمكن البنك المرتهن ممارسته وليعلم الغير بالامتياز الوارد على الأدوات والمعدات يقوم بوضع لوحة مثبتة على هذه المعدات بصفة بارزة تتضمن مكان وتاريخ ورقم قيد الامتياز المثقلة به، ولا يجوز للمؤسسة الاعتراض على هذا الإجراء وإلا تعرضت للعقوبة[2].

وما دامت الآلات والمعدات في حيازة المدين الراهن فما على الدائن المرتهن إلا الحجز عليها قصد الحصول على مستحقاته، إذا لم يتم تسديدها عند حلول الأجل، إلا أن المشرع قد بسط وسهل الإجراءات، حيث سمح للدائن المرتهن الحصول على حقوقه بمجرد أمر بيع صادر من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر تواجد هذه الأموال، هذا إن كان الدائن المرتهن بنكا أو مؤسسة مالية[3].

لكن مسألة تملك البنك لهاته الآلات لم ينص عليها المشرع كما فعل على غرار رهن المحل التجاري، حيث جاء المنع صريحا[4]، فهل هذا سهوا منه؟ أم أن ذلك يعني أنه لا مانع من انتهاج البنك لهاته الآلية لتحقيق الضمان؟ فهي بالتالي وسيلة متاحة لديه، وذلك بعد حلول الأجل دون أن يكون هناك وفاء، ويجب ألا تلتبس هاته الآلية مع تلك المتعلقة بإدراج شرط التملك عند عدم الوفاء في عقد القرض، فهنا الشرط باطل والعقد صحيح.

هذه الآلية إن تحققت فهي تؤدي إلى بعض الصعوبات، فعلى البنك عند ذاك أن يوفر مستودعات ملائمة لتخزين هذه الأموال، وتوفير حراسة لها، والعمل على صيانتها ثم بيعها، كل هذا يحتاج إلى جهد ووقت ومصاريف. إلا أنه وفي مقابل ذلك فإن آلية تملك الآلات يجعلها خارج نطاق التسابق، ومنه انفراد البنك الدائن المرتهن بالامتياز عليها لا ينافسه في ذلك الدائنون الآخرون.

1-المادة 159 فقرة1 من نفس القانون.

2- المادة 154 والمادة 167 من نفس القانون.

3- المادة 124 من قانون النقد والقرض، الأمر 03-11 السالف الذكر.

4- المادة 118 فقرة 2 من القانون التجاري: "لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ما له من ديون وتسديدا لها. ".

وما دام أن هذه الأموال منقولة يمكن أن تطبق عليها الحيازة في المنقول سند الملكية وإمكانية تعرضها للسرقة أو التلف أو الحرق فإنه من واجب البنك مطالبة المؤسسة الراهن لهاته المعدات بالتأمين عليها لدى شركات التأمين المتخصصة لأنه في حال حدوث أضرار ولم تستطع المؤسسة سداد مبلغ التمويل يمكنه أن ينفذ على مبلغ التعويض حقه منه[1].

إلا أنه وفي إطار المعدات والأجهزة والآلات ظهر تمويل حيث يتمثل في آلية الاعتماد الإيجاري، حيث تبقى ملكيتها في يد البنك إلى حين تقرير المؤسسة المستفيدة منها شراءها أو إعادة تأجيرها مرة أخرى أو إعادتها إلى البنك الذي له إمكانية تأجيرها مرة أخرى[2]. لأن الاعتماد على الطريقة التقليدية في رهن هذه المعدات ينم عن مخاطر كثيرة.

ثالثا: إشكالية الرهن الحيازي للسيارات[3]

قد تمارس المؤسسة نشاطات أو خدمات تستعمل فيها وسائل نقل، سواء أكانت للبضائع أو للأشخاص من سيارات أو شاحنات أو حافلات، وعندما تحتاج إلى تمويل فإنها تلجأ إلى رهن هذه الوسائل رهنا حيازيا على اعتبار أنها أموال منقولة، لكن حيازتها لا تنتقل إلى البنك الممول وهذا حتى لا تحرم المؤسسة من هاته الوسائل الفعالة في تسيير نشاطاتها فهي وسائل عملية لا يمكن الاستغناء عنها.

أما المشكل هنا فإنه لا يوجد نص في التشريع الجزائري يمكن أن يشكل مرجعا قانونيا لممارسة الرهن على هذه الوسائل، إذ أن المبدأ العام من الرهن كما يكرسه القانون المدني يشترط لصحة الرهن حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون والاستثناءات التي أدخلها القانون التجاري على هذا المبدأ بإقراره للرهون الحيازية على المحلات التجارية و/أو المعدات والتجهيزات يعفي صراحة وسائل النقل من مجال تطبيق هذا الاستثناء[4].

1- المادة 8 من عقد رهن المعدات وأدوات التجهيز صالح بنك الفلاحة والتنمية الريفية، والمادة 8 من رهن الأدوات لصالح بنك البركة الإسلامي، الملاحق الموجودة في نهاية هاته الرسالة.

2-تطرقنا إلى هذا الموضوع كآلية تمويل حديثة في الفصل التمهيدي من بحثنا هذا، وسنتطرق إليه كآلية ضمان في الفصل الأول من الباب الثاني.

3-معمر سعدوني، المرجع السابق، ص 121.

4-المادة 168 من القانون التجاري السالفة الذكر: "لا تخضع لأحكام هذا الفصل (الفصل الثامن: الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز)، السيارات والبواخر والمركبات الجوية. "

وعليه فإن الممارسة الشائعة والمتعارف عليها بين البنوك تفتقر إلى نص قانون كفيل بإثبات صفة الدائن المرتهن للبنك الممول وتعطيه إمكانية حجز السيارات أو وسائل النقل لتحصيل حقوقه.

إذن المشرع الجزائري وقع في فراغ قانوني في مجال رهن السيارات رهنا حيازيا، فلا هو أدخل استثناء عليها في القانون المدني في نصه على أحكام الرهن الحيازي، ولا هو أدخلها في القانون التجاري في معرض نصه عن أحكام رهن المعدات والأدوات الخاصة بالتجهيز، بل استثناها من ذلك، فأي إجراء سيتخذه البنك عند تمويله لمؤسسة تقدم خدمات تتمثل في النقل مهما كان نوعه، أو عند شرائه لوسائل نقل لمؤسسة لا تقدر على دفع الثمن كله أو جزء منه فهل يرهنها رهنا حيازيا وفقا للقانون المدني وبالتالي يكون قد حرم المؤسسة من وسائل عملية وهذا غير ممكن على أرض الواقع، أو أن يطبق الأحكام الخاصة بالمحل التجاري والمعدات وأدوات التجهيز والمشرع قد استثنى وسائل النقل مهما كان نوعها من هذه الأحكام. حتى أن المشرع لم يرد أحكاما خاصة لا في القانون التجاري ولا في القانون المدني ولا في قانون النقد والقرض ولا حتى في قانون خاص بهذه الوسائل، وما فعله سوى النص على ذلك في مادة واحدة جاءت كاستثناء وجعلت المشرع يحدث فراغا قانونيا، فلو لم يأت بهذه المادة (168) ما حدث أي إشكال، حيث يصبح تطبيق الأحكام المتعلقة بالمعدات وأدوات التجهيز على رهن السيارات رهنا حيازيا.

لذا أوجدت البنوك بفعل الممارسات حلا لهذا الإشكال يتمثل في النقل الصوري لهذه الوسائل[1] وهو حيازة البنك لوثائق السيارة أو وسيلة النقل دون حيازتها حيازة فعلية وذلك إلى حين استيفائه حقه من طرف المؤسسة الراهن، وإلا يكون أمامه طلب الحجز على السيارة وبيعها بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمنها بالأولوية على غيره من الدائنين.

وعادة ومن واجب البنوك مطالبة المؤسسات الراهن بالتأمين على هذا النوع من الأموال لأنها أموال منقولة معرضة للمخاطر، فإذا ما حدث ضرر فإن للبنك المرتهن إمكانية اللجوء إلى شركات التأمين للمطالبة بالتعويض وبالتالي استيفاء حقه من ثمن التعويض، لكن على البنك الحرص على مراقبة تجديد عقد التامين من طرف المؤسسة وإلا ضاع حقه بإهماله وتقصيره.

1- راضية أمقران، المرجع السابق، ص 157-158.

ولإعلام الغير بهذا الرهن يجب تسجيله في سجل خاص في الولاية التي تقدم البطاقة الرمادية ويوضع عليها ختم يفيد بأنها مرهونة مع ذكر تاريخ الرهن وهذا بعد تقديم طلب للوالي، مما يخول للبنك الحماية في المطالبة وتتبع السيارة للتنفيذ عليها في حالة تعثر المدين الراهن وعدم تسديده للائتمان[1].

رابعا: الرهن البحري[2]

تعتبر السفينة من الناحية القانونية مالا منقولا[3]، ومع ذلك فإن المشرع قد أخضعها لقواعد الرهن الرسمي، ومنه تعطيل لحيازة الدائن المرتهن للسفينة وإضعاف لائتمانه، لكن يبقى له الحق في تتبعها، وحماية له أخضع المشرع السفينة لنظامي الرسمية والقيد، فهما يقومان مقام الحيازة.

ويشترط القانون البحري في الراهن أن يكون مالكا للسفينة[4]، وإذا كانت هناك ملكية مشتركة أو على الشيوع فإنه يتوجب الأخذ رأي الأغلبية عند الرهن في الحالة الأولى، وفي الحالة الثانية يستطيع كل شريك رهن حصته دون أخذ رأي الأغلبية[5].

والرهن البحري يرد على السفينة[6]وملحقاتها اللازمة لاستغلالها، كما يمكن رهنها وهي في طور البناء[7]، إذ يمكن للمؤسسة الحصول على التمويل اللازم للبناء.

1- لقد أثار تطبيق المادة 124 من قانون النقد والقرض اختلافا في الواقع العملي، ذلك أن بعض المحاكم تميل إلى الاستجابة إلى طلبات البنك ببيع المنقولات المرهونة مباشرة دون أن يتطلب ذلك الحصول على الأمر بالحجز، وبعض المحاكم تشترط قبل الاستجابة لطلب البنك القاضي ببيع الشيء المرهون تقديم طلب الحجز. فجاء قرار المحكمة العليا ليفصل الأمر، في قرار لها صادر في 20-12-2006، العدد2، ص241-249: ". . . وحيث كان على القضاة التأكد من توفر أو عدم توفر شروط المادة 124 من قانون النقد والقرض المتمثلة في انقضاء أجل استحقاق أجل الدين وعدم وفاء المدين، وتبليغ إعذار بموجب عقد غير قضائي 15يوم قبل الطلب المقدم لرئيس المحكمة. . . ".

2- المواد من 55إلى71 من القانون البحري، القانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 جوان 1998 المتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية، العدد47، سنة 1998، المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 10-04 الممضي في 15 أوت 2010، الجريدة الرسميّة العدد 46، المؤرّخ في18 أوت 2010، ص08. وعبد الرحمان ملزي، محاضرات في القانون البحري، جامعة الجزائر، 2006، ص65-71.

3- المادة 56 من القانون البحري: "تعد السفن والعمارات البحرية الأخرى أموالا منقولة، وتكون قابلة للرهن. . . ".

4- المادة57 من القانون البحري.

5- المادة 59 من القانون البحري.

6- المادة 55 والمادة 13 التي عرّفت السفينة، القانون البحري.

7- المادة 58 من القانون البحري.

ولإنشاء الرهن البحري يجب إفراغه في الشكل الرسمي[1]، فهو شرط صحة تخلفه يؤدي إلى بطلان عقد الرهن، ولكن هذا غير كاف، فللاحتجاج به على الغير ولتحديد مرتبة الدائن المرتهن وجب قيده على سجل السفينة ليحفظ الحقوق لمدة 10عشر سنوات، وتجديده وإلا تم شطبه[2].

وعليه إذا وقع الرهن صحيحا فإنه ينتج آثارا بالنسبة لأطراف عقد الرهن:

- فبالنسبة للمدين الراهن، تبقى حيازة السفينة تحت يده، وبالتالي له الحق في استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، وحماية للدائن المرتهن فقد حد المشرع من سلطة المدين في التصرف في السفينة، وخاصة في حالة بيعها لأجنبي، لأنه إذا خرجت من نطاق اختصاص المحاكم الجزائرية يتعذر على الدائن المرتهن ممارسة حق التتبع المقرر له[3].
- أما بالنسبة للدائن المرتهن، فالرهن يخول له حقا في مواجهة المدين الراهن يتمثل في حق الحجز على السفينة وبيعها قضائيا إذا امتنع المدين أو عجز عن الوفاء بالتزاماته عند حلول آجالها. وفي مواجهة الغير فله حق الأولوية والتتبع.

فالأولوية تتيح للدائن المرتهن التقدم على جميع الدائنين الذين قيدوا رهنهم بعده[4] والممتازين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه[5]، ومادام الدائن المرتهن بنكا كان له التقدم بأصل الدين وما كان مترتبا عليه من فوائد ومصاريف.

أما التتبع[6] فيخول للدائن المرتهن عند حلول أجل التسديد انتزاع ملكية السفينة المرهونة من يد الحائز عن طريق تنبيه بنزع الملكية، وهذا على اعتبار أن الحائز يكون عالما بما آلت إليه السفينة، لأن كل تصرف يرد على السفينة يتم قيده على سجل السفينة، بحيث لا يمكن الاحتجاج بحسن النية اتجاه الدائن المرتهن إن هو أهمل الرجوع إلى هذا السجل للاطلاع على التصرفات الواردة عليها.

1- المادة 57 من القانون البحري.
2- المادة 66 من القانون البحري.
3- المادة 71 من القانون البحري.
4- المادة 65 من القانون البحري.
5- الامتيازات البحرية، المواد من 72-87 من القانون البحري.
6- المادة 67 من القانون البحري.

أما عن المخاطر التي يشكلها الرهن البحري على حقوق البنك الدائن المرتهن في استيفاء مستحقاته تتمثل في التصرفات التي ترد على السفينة من خروجها من ملكية المدين إلى تأجيرها ورهنها ثانية، وما تسببه هاته التصرفات من فقد السفينة لقيمتها. لذا على البنك إعمال رقابته على هاته التصرفات.

وكذلك في حالات فقدان الشيء المرهون، لأن السفينة يمكن أن تتعرض لجملة المخاطر البحرية، من غرق وتحطم وقرصنة وتصادم بحري وفقد، أو إذا فقدت جنسيتها الجزائرية، هنا يكون مصيرها الشطب من السجل[1]. بالإضافة إلى إهمال الدائن المرتهن تجديد القيد بعد مضي 10عشر سنوات من تاريخ تسجيله[2].

هذا كله يجعل الرهن البحري ينقضي ويبقى الدين المضمون به خاليا من أي ضمان، يستطيع الدائن المرتهن استيفاءه من الحلول القانونية التي منحه إياها المشرع البحري[3].

كما أن هناك خطرا آخر يتمثل في مزاحمة الدائنين الممتازين للدائن المرتهن، فلهم الأولوية في استيفاء حقوقهم قبله، ومنه قد يستحوذوا على كامل الثمن الذي بيعت به السفينة.

المطلب الثالث: تقييم فعالية الرهن الحيازي

إن للرهن الحيازي إيجابيات وسلبيات تجعل منه لا يمثل ضمانة أكيدة وحماية كافية للبنك من مخاطر تمويل المؤسسة.

سنشخص الرهن الحيازي من حيث الإيجابيات والسلبيات بصفة إجمالية كفرع أول، ثم نقوم بتشخيص كل نوع على حدا أي بصفة تفصيلية كفرع ثان.

الفرع الأول: تقييم الرهن الحيازي بصفة إجمالية

إن الرهن الحيازي يوفر حماية حقيقية وصلبة للدائن المرتهن عامة وللبنك المموِّل المرتهن بصفة خاصة، ذلك أنه يعطيه الحق في حيازة الشيء المرهون وحبسه والحق في استرداده إذا ما خرج من يده كما له الحق في بيعه واستيفاء حقه من ثمنه إذا لم توف المؤسسة بمبلغ التمويل، أضف إلى ذلك الاستثناء الذي منحه قانون النقد والقرض للمصارف والمؤسسات المالية في عملية الحجز والبيع لاسترداد مبلغ التمويل والفوائد والمصروفات تحقيقا

1- المادة 37 من القانون البحري، والمادة 39 تنص: "إذا انقضت مدة 3أشهر على تاريخ وصول الأخبار الأخيرة من السفينة، عدت هذه الأخيرة مفقودة في ذلك التاريخ الأخير. ".

2- المادة 66 من القانون البحري.

3- المادة 61 و62 من القانون البحري.

للسرعة التي يتطلبها هذا النوع من القطاعات خاصة والتجارة بصفة عامة، كذلك ماله من حق التتبع والأولوية، بالإضافة إلى ذلك الأنواع الكثيرة لهذا النوع من الرهن والخيارات التي يتيحها للدائن المرتهن لاختيار ما يناسبه منها لحماية أمواله.

إلا أن الرهن الحيازي لا يوفر الحماية الكافية من مخاطر تمويل المؤسسة ذلك لما ينم عنه من سلبيات تتمثل في:

1- انتقال حيازة الشيء المرهون من المؤسسة إلى البنك يشكل عبئا ثقيلا على هذا الأخير من حيث البحث عن مستودعات لتخزين الأشياء المرهونة وتوظيف عمال للقيام على المحافظة عليها وضمان سلامتها، لأن للمنقولات عرضة للتلف والسرقة والضياع وهو مسئول عنها قبل المؤسسة الراهن التي يمكن أن تطالبه بالتعويض إذا كان هناك إهمال أو تقصير وإذا ما أخل بالتزاماته، لأن من التزاماته أن يبذل في الحفاظ على هذه المنقولات وحمايتها من العناية ما يبذله الرجل العادي، وإلا أتهم بجريمة خيانة الأمانة.

2- قاعدة الحيازة في المنقول تشكل خطرا آخر، فإنّ كان الحائز حسن النية فإن القانون يحميه حيث له أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون، وإن كان سيء النية فإن إثبات ذلك يقع على عاتق البنك الدائن المرتهن وهذا صعب تحقيقه عمليا.

3- الإجراءات الطويلة والصارمة التي يتطلبها الرهن الحيازي، بدء من كتابة العقد إلى قيده وانتهاء إلى إجراءات الحجز والبيع بالمزاد العلني التي يطالب بها القضاة مهما كان الدائن المرتهن حتى وإن تعلق الأمر بالبنوك عملا بقواعد الإجراءات المدنية بالرغم من الاستثناء الذي أورده المشرع في قانون النقد والقرض، كما أنه وأثناء القيد قد يجد البنك أن الشيء المرهون مثقلا برهون أخرى أو حقوق امتياز تجعل منه يكون في مرتبة متأخرة، فهنا تكون إمكانية عدم كفاية ثمن هذا الشيء المرهون للوفاء بمبلغ التمويل إذا ما بيع بالمزاد لوجود دائنين مرتهنين أو/ وممتازين يزاحمونه.

4- كما أنه توجد إمكانية أن يضيع البنك المرتهن حقه بنفسه وبالتالي ضياع أمواله إذا لم تكن هناك دراسة دقيقة وجدية عن الشيء المرهون من حيث ما ورد عليها من تصرفات، ومن حيث عدم القيام بإجراءات

القيد، واكتفائه بضمان واحد وعدم مطالبته بتأمينات أخرى كتقديم كفيل عيني وكفالة تضامنية ورهن رسمي، وهذا كله تفاديا لأي خطر متوقع يمس بعملية التمويل أو بهذا الرهن.

الفرع الثاني: تقييم الرهن الحيازي بصفة تفصيلية

أما إذا بدأنا بتفصيل سلبيات كل نوع من أنواع الرهن الحيازي فإننا نجد ما يلي:

1- إذا ما وقع الرهن على بضائع فإن إمكانية تعرضها لمخاطر مختلفة وارد من سرقة وحرق وتلف، لذلك ما على البنك المرتهن إلا مطالبة المؤسسة الراهن بالتأمين عليها ومتابعة ذلك بنفسه.

2- إذا تعلق الرهن بأوراق تجارية فإن الالتزامات التي تتطلبها والتي تقع على عاتق البنك تقلل من فعاليتها كضمان من المطالبة بها في مواعيد استحقاقها وتحرير الاحتجاجات الواردة حولها ويمكن أن يطول أجل استحقاقها فيلجأ البنك إلى خصمها لدى بنك آخر هذا يكلفه مصاريف، وإن كان هناك إهمال في إجراءات المطالبة بها أو المطالبة بتأمينات أخرى كان للضامن إمكانية التنصل من التزاماته بحجة إهمال البنك وتقصيره. كما أن الخطر يظهر من خلال إنشاء الورقة في شكل عدة نظائر[1]، أو استخراج الحامل لنسخ منها بعد تداولها[2]، هذا إذا علمنا أن الوفاء قد يكون بمقتضى النظائر يبطل النظائر الأخرى، كما أن هناك أوراق تسحب بغرض التواطؤ مع المدين (المسحوب عليه) كما هو حال سفاتج المجاملة (Effet de complaisance)[3].

3- وبالنسبة لرهن المحل التجاري فإنه يمثل ضمانة هامة للبنك إلا أن حيازته له غير ممكن وبالتالي إمكانية التصرف فيه من المؤسسة الراهن بكل حرية، وكذا صعوبة تقدير القيمة الحقيقية للعناصر المكونة للمحل التجاري لأن أغلبها عبارة عن عناصر معنوية، كما أن الصعوبات التي تعترض المحل التجاري بسبب الظروف الاقتصادية المتغيرة والمتسارعة وبسبب الأخطاء التي ترتكب في تسيير المحل واستغلاله يؤدي إلى الإنقاص من قيمة المحل الاقتصادية.

1- المواد من 455 إلى 457 من القانون التجاري.

2- المادتان 458 و459 من القانون التجاري.

3- راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص37-39.

وبإقرار المشرع لإمكانية الحجز التحفظي على المحل التجاري من قبل أي دائن فهو بذلك يعطي أولوية للتنفيذ على حساب الائتمان، هذا يشكل تهديدا آخر لنظام رهن المحل التجاري، ومنه مساس بمصالح مانح الائتمان.

4- والرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز قد فقد أهميته بظهور ما يسمى بنظام الاعتماد الإيجاري حيث يحتفظ فيها البنك بالملكية، كما أن هذا النوع من المنقولات عرضة للسرقة والتلف ونقص في قيمته بمرور الوقت واهتلاكه.

5- أما الرهن الحيازي للسيارات والفراغ القانوني حولها وبقاء هذا النوع من المنقول في حيازة الراهن وإمكانية تعرضها للسرقة أو التلف أو اهتلاكها يؤدي إلى التقليل من قيمة هذا النوع من الرهن.

6- وفي الرهن الحيازي للصفقات العمومية، وطبقا لما جاء في القانون المدني فيما يخص حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور[1]، إذ يكتفي في بعض الرهون على النسخة فقط، ففي هذا المقام ينص[2]:"تسلم المصلحة المتعاقدة نسخة من الصفقة تتضمن بيانا خاصا يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سندا في حالة رهن حيازي". هنا يثار مشكل، من يعتبر من الاثنين أو أكثر حائزا للسند والذي يمارس حقه عليه؟، كما أن إعمال الحيازة بهذه الطريقة ليس له معنى.

7- وبالنسبة للرهن البحري وما يحيط به من مخاطر يجعل منه ضمان مشكوك في فعاليته في تحقيق الحماية للدين المضمون، التصرفات التي ترد على السفينة محل الرهن من قبل المدين المالك ومدى تأثيرها على قيمة السفينة، الإجراءات الطويلة والمعقدة من عقد الرهن إلى غاية البيع بالمزاد العلني، والمخاطر التي تتعرض لها السفينة، من غرق وتصادم بحري وقرصنة واهتلاك وفقد، كما أن الراهن يمكن أن يفقد حقه إذا لم يقم بقيد الرهن في سجل السفينة، أولم يتم تجديده وفقا لما نص عليه القانون، بالإضافة إلى الديون الممتازة التي لها الأسبقية على الرهون، أو الديون المضمونة برهن بحري والتي لها الأفضلية لأسبقيتها في القيد، هذا قد يستغرق كامل الثمن الذي بيعت به السفينة.

1- المادة 325 و326 من القانون المدني.

2- المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 السالف الذكر المتعلق بالصفقات العمومية.

كما أن السفينة يمكن أن تنتقل إلى عدة مناطق بحرية، من منطقة المياه الداخلية، إلى منطقة المياه الإقليمية، إلى منطقة أعالي البحار[1]، وكلما توغلت أكثر ازدادت المخاطر المحيطة بها، فبالنسبة للمنطقة الأولى والثانية لإيثار إشكال، حيث يتم تطبيق قانون الدولة صاحبة هاتين المنطقتين، لكن إذا أصبحت السفينة في أعالي البحار، فالمنطقة لا تتبع لأي دولة، هنا نكون أمام منازعات دولية يثار فيها مشكل القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي[2]لحلها التي تستغرق وقتا طويلا يكون لها تداعيات خطيرة على مصالح الدائن المرتهن، وتأثير على خاصية السرعة التي يتطلبها العمل التجاري.

المبحث الثالث: حقوق الامتياز

إن حقوق الامتياز(Privilèges) من الحقوق العينية التي أقرها القانون المدني لحق معين وليس لدائن ما على اعتبار خصوصية وطبيعة هذا الحق الذي يقرر له الامتياز ولا يكون ذلك إلا طبقا لنص قانوني، حيث تكون لصاحبه الأولوية في استيفائه قبل الآخرين ولو كان لهم فيه امتياز بمقتضى رهن مهما كان نوعه، هذا يقرر حماية أكيدة وفعالة لصاحبه.

حق الامتياز من الحقوق العينية مقررة لدين ما تناولها القانون المدني في الباب الرابع من الكتاب الرابع، أما بخصوص امتياز البنوك فقد تناولها قانون النقد والقرض. لذلك سنتطرق إلى الأحكام العامة لحقوق الامتياز كمطلب أول، وكمطلب ثاني امتياز البنوك والمؤسسات المالية، والمطلب الثالث لتقييم حقوق الامتياز.

المطلب الأول: القواعد العامة لحقوق الامتياز

لقد عرف المشرع الجزائري حقوق الامتياز في القانون المدني على أنها: "أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون امتياز إلا بمقتضى نص قانوني. "[3]

من خلال هذا التعريف التشريعي لحقوق الامتياز نستنتج ما تتميز به[4]: من أنها استثناء عن القاعدة القانونية التي تقرر المساواة بين الدائنين، ولا يكون للدائن امتياز إلا بنص قانوني، وأن الامتياز يترتب بناء على صفة الدين وليس بناء على صفة الدائن، كما أن الامتياز يعتبر من الضمانات العينية كونه يرد على أموال المدين

1- عبد الرحمان ملزي، المرجع السابق، ص8إلى10.

2-المواد من 287 إلى 290 من القانون البحري.

3-المادة 982 من القانون المدني.

4- معمر سعدوني، المرجع السابق، ص. 117.

من عقارات أو منقولات، وأنه حق تبعي فوجوده مرهون بوجود الدين حيث ينقضي بانقضائه، ويعتبر كذلك حق غير قابل للتجزئة.

إلا أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية يمكن أن تعترض صاحب الامتياز إذا وقع الامتياز على منقول، لأن هذه القاعدة تتغلب على حق الامتياز شريطة أن يكون الحائز حسن النية[1].

أما بخصوص أحكام حقوق الامتياز فهي لا تتوفر على أحكام خاصة بها، بل يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بالرهن الرسمي من حيث القيد والتطهير والآثار هذا إذا تعلق الأمر بحقوق امتياز واقعة على عقار[2]، أضف إلى ذلك أن الأحكام المتعلقة بهلاك الشيء أو تلفه وانقضاء حقوق الامتياز فإنه يمكن تطبيق أحكام الرهن الرسمي والرهن الحيازي[3].

كما تطرق المشرع الجزائري إلى أنواع الحقوق الممتازة[4] وقسمها إلى عامة وخاصة والى حقوق امتياز واردة على عقار وحقوق امتياز واردة على منقول.

فحقوق الامتياز العامة تخول صاحبها حق التقدم على ثمن المال المقررة عليه دون حق التتبع كونها لا ترد على مال معين بالذات، كما أنها لا تخضع للشهر ولو كان محلها عقارا[5]، أما حقوق الامتياز الخاصة فإنها تخول حق التقدم وحق تتبع المال المثقل بالامتياز في أي يد يكون.

كما تضمن القانون التجاري بين طياته حقوقا ممتازة تجعل مرتبة الدائن المرتهن تتأخر حيالها[6]، وكذلك بالنسبة للقانون البحري، حيث تضمن حقوق الامتيازات البحرية التي عرفت على أنها: "تأمين عيني وقانوني يخول الدائن حق الأفضلية على الدائنين الآخرين نظرا لطبيعة دينه."[7]، وأورد المشرع الامتيازات البحرية[8] وقسمها إلى طائفتين، الطائفة الأولى تتقدم الرهن البحري في المرتبة، والطائفة الثانية تلي الرهن البحري في المرتبة[9]. ونجد ذلك

1-المادة 985 فقرة1 من القانون المدني.
2-المادة 986 فقرة1 من نفس القانون.
3-المادتان 987 و988 من نفس القانون.
4-المواد 989 – 1003من نفس القانون.
5- المادة 986 الفقرة 2 من القانون المدني.
6- المادة 159 من القانون التجاري.
7- المادة 72 من القانون البحري.
8- المادة 73 من القانون البحري.
9- المادة 75 من القانون البحري.

أيضا في قانون العمل عندما منح المشرع الأفضلية لدفع الأجور وتسبيقاتها على جميع الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة والضمان الاجتماعي[1].

المطلب الثاني: امتياز البنوك

عندما تعرض المشرع الجزائري إلى أنواع الحقوق الممتازة في القانون المدني لم يذكر امتياز البنوك وهذا عكس ما ذهب إليه نظيره المشرع الفرنسي الذي نص في القانون المدني على حق امتياز مقرض النقود في المادة 2/2018 من القانون المدني الفرنسي[2]. لكن امتياز البنك في التشريع الجزائري كان ضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، حيث أعطى المشرع في هذا القانون امتيازا لصالح البنوك والمؤسسات المالية[3]. فطبقا لذلك فإن امتياز البنك يرد على جميع أملاك المدين المنقولة والديون والأرصدة، وبالتالي يستثني القانون العقارات من هذا الامتياز الممنوح للبنوك.

أما مرتبة امتياز البنك والمحددة طبقا لهذا القانون فهي الرابعة حيث تأتي بعد امتياز كل من الأجراء والخزينة وصناديق التأمين الاجتماعي، وبالتالي فإن البنك إذا مول منشأة اقتصادية فإنه يستوفي حقه بعد استيفاء كل من الأجراء والخزينة وصناديق الضمان الاجتماعي لحقوقهم[4].

ونفس القانون يبين لنا كيفية ممارسة البنك لهذا الحق حيث يتم ذلك اعتبارا من تبليغ الحجز للمؤسسة المدين الراهن ويتم ذلك برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، وقد سهل قانون النقد والقرض للبنوك ممارسة هذا الحق في الامتياز وذلك بمجرد تبليغ الحجز برسالة موصى عليها بعلم الوصول، كذلك وبالإضافة إلى امتياز البنك في استيفاء حقه من أصل الدين وملحقات ومصروفات وفوائد فإن الإجراءات مبسطة أمامه وهذا نظرا لطبيعة هذا القطاع وحساسيته وأهمية الوقت بالنسبة إليه والمخاطر الكثيرة والمتنوعة التي تعترضه والتي يمكن أن تنجر عن أي تعطيل أو تأخير في الإجراءات.

1- المادة 89 من قانون العمل.

2-راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 178.

3-المادة 175 من قانون النقد والقرض رقم 90-10، والمادة 121 من قانون النقد والقرض رقم 03-11.

4-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، ملف رقم 238272، بتاريخ 11-04-2000، قضية شركة أسهم ضد بنك البركة، المجلة القضائية 2003، العدد1، ص. 273:"لا يجوز للبنك فرض حجز مباشر على حسابات الشركة الطاعنة دون مراعاة حق الامتياز الممنوح له قانونا وتحديد مرتبته إزاء الحقوق الممتازة الأخرى المقررة لفائدة الأجراء والخزينة وصناديق الضمان الاجتماعي. "

إلا أن الواقع العملي عكس ذلك وهذا نظرا لعدم إيراد امتياز البنك في القانون المدني، ولعدم وضع استثناء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمنح للبنوك امتياز في تبسيط الإجراءات، لأن معظم أو جل القضاة يطبقون الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويرفضون آلية الرسالة الموصى عليها التي يبلغها البنك للمدين، بل يجب أن تكون ممارسة البنك لحقه وفق ما ينص عليه هذا القانون بالنسبة للحجز، فيكون ذلك بضرورة الحصول على إذن من القاضي ويبلغ هذا الحجز للمدين عن طريق المحضر القضائي[1].

إن قراءة القضاة لهذه المادة التي جاء بها قانون النقد والقرض قراءة ضيقة تحرم البنوك من الإجراءات المبسطة في حجز أموال المدين لاستيفاء حقوقها بسرعة ويسر، كما أنه لا معنى للامتياز وترتيبه الذي يصنف البنك الدائن في المرتبة الرابعة إذا كان ينحصر فقط في ترتيب دائنية البنك مقارنة بالدائنين الآخرين المحتملين إذا لم يكن مقرونا بإجراءات عملية مبسطة تسمح بممارسته بصفة فعالة وفي الوقت الملائم.

فالامتياز المنصوص عليه في قانون النقد والقرض والذي يخص البنوك واضح وله شقان، امتياز يتعلق بالحق في حد ذاته، وامتياز يتمثل في بساطة الإجراءات، لذا على القضاة قبول امتياز البنك في ممارسة حقه في حجز أموال مدينه عن طريق رسالة موصى عليها مع استلام إشعار بالوصول يدل على علمه بما سيتخذ ضده من إجراء إذا لم يتم تنفيذه لالتزامه وهو سداد ما عليه من دين في ميعاد استحقاقه.

المطلب الثالث: تقييم فعالية حقوق الامتياز

رغم أهمية حقوق الامتياز بالنسبة للبنك كحق عيني للحماية من مخاطر تمويل المؤسسة إلا أن البنك المرتهن سيصطدم بدائنين يزاحمونه في هذا الامتياز، حيث يمكن أن يجد نفسه في المرتبة الرابعة هذا يجعل إمكانية عدم كفاية أموال المدين لاستيفاء حقه منها هذا من جهة، ومن جهة أخرى استبعاد القضاة إمكانية التبسيط في إجراءات الحجز كامتياز ثان ممنوح للبنك وفقا لقانون النقد والقرض فيلجئون إلى تطبيق إجراءات الحجز وفقا لما

1-المادة 446 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، ملف رقم 201563، المؤرخة في 07-12-1999، قضية بنك بدر ضد ش-ذ-م-م، المجلة القضائية 2001، العدد1، ص. 209:"لا يمكن مطالبة البنك الطاعن بالإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، لأن الموضوع يتعلق بامتياز ممنوح لصالح البنك طبقا لنص المادة 175 من قانون النقد والقرض يتعلق بامتياز على أرصدة مسجلة في حساب الشركة لدى البنك، والذي يتم ممارسة الحجز عليها برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام. . . "

جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا ما يذهب إليه القضاء والفقه في كثير من دول العالم استنكارا لتمييز بعض الدائنين على البعض الآخر[1].

فحقوق الامتياز تعترضها عوامل تحد من فعاليتها كآية ضمان، فحقوق الامتياز العامة لا تخول حقافي تتبع المال، التصرف في المال المثقل بحقوق امتياز خاصة أو ضياعه من طرف المدين أو الغير يجعل الدائن الممتاز مجرد دائن عادي يستوفي حقه من الضمان العام بالتزاحم مع بقية الدائنين، وفي حالة حقوق الامتياز الخاصة على منقول فإنه بمجرد خروجه من يد المدين أصبح الدائن الممتاز أمام خطر حقيقي، لأن المنقول لا يخضع لنظام الشهر من جهة، ولسهولة تداوله من جهة ثانية، وبما أن آلية التتبع الممنوحة للدائن الممتاز يرهق كاهله ويثير له المشاكل لذلك يحاول تفادي خروج المنقول من يد المدين، هذا كذلك فيه متاعب للدائن الممتاز.

يستخلص من كل ما سبق أن الضمانات العينية التقليدية كثيرة ومتنوعة منها القانونية والقضائية والاتفاقية، فهي ضمانات حقيقية ذات قيمة كبيرة يمكن التعويل عليها كآلية ضمان، ولما لها كذلك من خصائص تميزها، من الأولوية والتتبع ورقابتها والحجز عليها وبيعها جبرا في حالة عدم الوفاء.

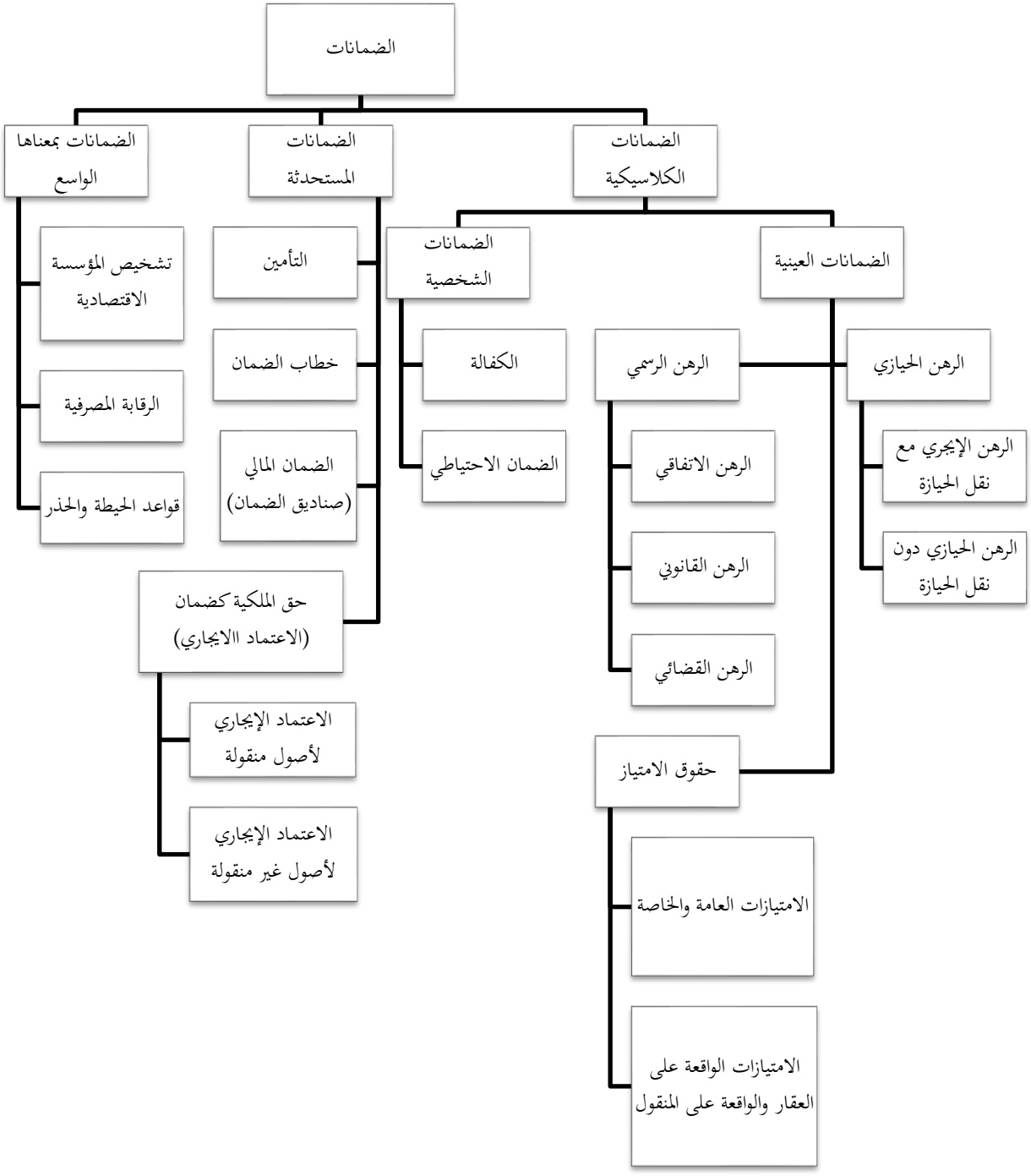
لكن رغم هذه الإيجابيات إلا أنها تعتريها بعض السلبيات تحد من فعاليتها، من تدهور قيمتها بفعل المدين أو الغير أو لظروف خارجية، إمكانية التصرف فيها بكل أنواع التصرف المادية أو القانونية، الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة التي وضعها المشرع للتنفيذ عليها لا تخدم خاصية السرعة التي تميز الائتمان المصرفي على وجه الخصوص، وإقرار المشرع إمكانية الحجز التحفظي عليها من قبل أي دائن يعطي أولوية للتنفيذ على حساب الائتمان، وهذا يشكل تهديدا آخر للضمانات. بالإضافة إلى وجود الحقوق الممتازة على هاته الضمانات يجعلها لا توفر الحماية الكافية للبنك الممول، إذ غالبا ما تمتص هذه الديون مجموع أصول الذمة المالية للمؤسسة المدين.

وكخلاصة للباب الأول الذي خصصناه للضمانات التقليدية، تبين لنا أنه لا وجود لضمان مثالي يحقق حماية كاملة للبنك الممول أمام المخاطر الكثيرة والمتنوعة، وهذا ما ظهر من خلال الظروف التي تحيط بها والتي أفقدتها فعاليتها، مما انعكس سلبا على استيفاء حقوقه.

1-علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص. 30، وراضية أمقران، المرجع السابق، ص. 182.

فالتأمينات الشخصية والعينية حتى وإن كانت قد اعتبرت ولمدة طويلة بمثابة الضمانات الأكثر فعالية، فإنها اليوم أصبحت محل شك لظهور ما يسمى بأزمة التأمينات التقليدية التي نتجت عن وجود قواعد موضوعية وإجرائية صارمة وجامدة، طويلة ومكلفة لا تتماشى مع خاصية السرعة التي تميز الائتمان، ولا تحقق التوازن في المصالح بين مانحيه والمستفيدين منه الذين خصهم المشرع بحماية أكبر، ويظهر ذلك من خلال آثار هاته الضمانات على هؤلاء.

لذلك فالتفكير في آليات أخرى بديلة عنها أو مدعمة لها أمر ضروري، وهذا لما تعرفه مخاطر الائتمان من تطورات من جهة، وللضعف الذي أصاب الضمانات التقليدية من جهة ثانية.



المخطط من إعداد الطالب

الباب الثاني: الضمانات المستحدثة في الحماية من مخاطر التمويل

إنّ الضمانات بمعناها الضيق التي تتمثل في التأمينات العينية والشخصية أثبتت فشلها أمام المخاطر الكثيرة والمتنوعة المرتبطة بعملية التمويل، وهذا بظهور أزمة الضمانات التقليدية، من خلال ما يحيط بها هي الأخرى من مخاطر كثيرة تتعلق بالمدين الراهن أو بالنصوص القانونية المنظمة لها أو بالظروف الخارجية المحيطة بها، وما الأزمات التي تتعرض لها البنوك والمؤسسات المالية إلى اليوم لخير دليل على ذلك، وما يؤكد ذلك أيضا الأموال التي بقيت عالقة لم تسترجع من طرف هاته المؤسسات، والتي تعد بالملايير، والفشل الذي تعرفه بعض مؤسساتنا الاقتصادية خصوصا الصغيرة والمتوسطة وحتى الكبيرة في مرحلة ما يزيد من الأمر تعقيدا. لذلك لابد من الاعتماد على آليات أخرى تكون أكثر فاعلية، وتضمن حماية كاملة للبنك الدائن، تتمثل في الضمانات المستحدثة التي نشأت عن الأعراف والممارسات البنكية التي تتمثل في آلية التأمين إلى خطاب الضمان إلى الضمان المالي فحق الملكية كضمان، كما تظهر أيضا في قواعد الحيطة والحذر التي نادت بها اتفاقيات دولية خاصة بالجانب المالي الدولي[1]، تمثلت في الاحتياطات التي يجب على البنوك والمؤسسات المالية اتخاذها قبل عملية التمويل وبعدها، مع دراسة شاملة عن المؤسسة الاقتصادية طالبة التمويل، وفرض رقابة صارمة على هاته العملية تجعل هناك إمكانية للتصدي للخطر قبل تفاقمه وحدوث الأزمة، وما الحرية المطلقة التي منحت للبنوك الداخلية أو الدولية وما أحدثته من أزمات اقتصادية ومالية ليؤكد ذلك. فالحرية الاقتصادية مطلوبة، وعدم تدخل الدولة في كل كبيرة وصغيرة مطلوب، ولكن مع إمكانية حضورها لفرض القوانين ورقابة مدى تطبيقها أمر مهم جدا من شأنه الحماية من المخاطر التي باتت تنبئ بإفلاس حقيقي للدول وليس المؤسسات فقط، أي ما يسمى بخطر النظام.

فهذا الباب سنعالجه في فصلين، الأول يخصص للضمانات الناشئة عن الأعراف والممارسات البنكية، والثاني للضمانات بمعناها الواسع.

1- لجنة بال، انعقدت أول اجتماع لها في 1974في مدينة بال السويسرية، وجاءت بقواعد عالمية لتنظيم المهنة البنكية، وقد أخذت بها أغلب التشريعات البنكية العالمية على غرار المشرع الجزائري، رغم أن هاته القواعد ليست ملزمة للدول وإنما هي مجرد توصيات واقتراحات، فهي لا تتمتع بطابع قانوني، إلا أنها تستمد إلزاميتها من الدور الفعال الذي تلعبه في حماية البنوك من المخاطر. صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص35-36.

الفصل الأول: الضمانات الناشئة عن الممارسات البنكية

إن الأساليب التقليدية المتبعة في الضمانات لم ترق إلى مستوى طموح الدائن الذي قد يضيع قرضه وبالتالي يتعرض لمخاطر تصيبه نظرا لأنه كان ينتظر موعد الوفاء بدينه كي يستغل هاته الأموال في مشاريع أخرى أو ليوفي بدين عليه. هذا قد يعرضه لإجراءات خاصة تهدد مركزه المالي وسمعته كدخوله في حالة إفلاس، وعليه كان من الضروري البحث عن وسيلة أكثر فاعلية تضمن له حقه في الوفاء من طرف المدين في الآجال المتفق عليها.

وقد وجدت عدة آليات فرضتها الأعراف والممارسات البنكية تمثلت في تأمين الائتمان، وخطاب الضمان، والضمان المالي، وحق الملكية كضمان، إلا أن هاته الآليات لها نصوص قانونية خاصة بها في التشريع الجزائري، عدا آلية خطاب الضمان التي لم يجعل لها المشرع الجزائري نصوصا قانونية تنظمها على الرغم من أهميتها في المعاملات البنكية الداخلية والدولية.

لذلك سنعالج هذا الفصل في ثلاثة مباحث: الأول لآلية التأمين، والثاني لخطاب الضمان، والمبحث الثالث لحق الملكية كضمان، والرابع للضمان المالي.

المبحث الأول: آلية التأمين (L'assurance)

نظرا للعيوب التي ظهرت في الضمانات الشخصية والعينية بكل أنواعهما والتي تجعل البنك الدائن يقع في مخاطر عديدة أبرزها خطر عدم تسديد المدين للقرض وبالتالي لا يجد ما يمكنه التنفيذ عليه، نظرا لما يحيط بهاته التأمينات من مخاطر والتي خلقت ما يسمى بأزمة التأمينات العينية والشخصية.

فالبنك الدائن يقع في مخاطر عديدة أبرزها خطر عدم تسديد المدين لمستحقاته،

سواء أكان مدينا أصليا أو كفيلا عاديا أو كفيلا متضامنا أو مصدرا لخطاب

الضمان، أو لمخاطر أخرى تتعلق بوفاة أو عجز المدين، وحتى لمخاطر خارجة عن إطار الدائن والمدين، من مخاطر طبيعية كالكوارث الطبيعية أو سياسية كالحروب والعقوبات الاقتصادية وحالة الحصار، وحتى اجتماعية كحالات السرقة والتزوير والضياع. من هنا كانت الحاجة إلى طرف آخر يتقاسم هذه المخاطر مع البنك الدائن كي تكون الأضرار الناجمة عن ذلك أخف، ولا تضيع كل أموال هذا الأخير سُدًى.

لذلك سنعالج في هذا: مفهوم عقد التأمين كمطلب أول، ثم أنواع التأمين كمطلب ثاني، والمطلب الثالث لتأمين الائتمان بين المبادئ وتحقيق الضمان.

المطلب الأول: مفهوم عقد التأمين

التأمين تقوم به شركات التأمين تهدف من خلاله إلى تحقيق الربح، حيث يتعامل المؤمن لهم مع شركات التأمين التي تقوم بضمان المخاطر التي يتعرضون لها مقابل قيام هؤلاء بدفع أقساط ثابتة التي من خلالها تتعهد هاته الشركات على تغطية المخاطر.

الفرع الأول: تعريف عقد التأمين

لقد تعرض المشرع إلى تعريف عقد التأمين من خلال ما جاء في القانون المدني الجزائري:" التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن. "[1]

فعقد التأمين فيه طرفان هما المؤمن، هو شركة التأمين والمؤمن له، هو المستفيد من هذا العقد في حال وقوع أضرار تمس بشخصه أو ممتلكاته.

أما في بحثنا هذا فأطراف عقد التأمين ثلاثة: المؤمن (L'assureur) وهو شركة التأمين التي أخذت على عاتقها تغطية الخطر إن حدث، والمؤمن له (L'assurée) وهو هنا المدين سواء أكان المدين الأصلي المؤسسة الممولة أو من كفلها أو ضمنها احتياطيا، والطرف الثالث وهو المستفيد (Le bénéficiaire) الذي يتمثل في البنك الدائن، وهذا لحماية أمواله من المخاطر التي قد يتعرض لها جراء عملية التمويل.

أما بالنسبة للتعاريف الفقهية[2] ما جاء به الفقيه (هيمار):"هو عملية يلتزم بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له أو المستفيد نظير دفع مبلغ معين هو القسط على تعهد لصالحه أو للغير في حالة تحقق خطر معين من المؤمن له الذي يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر ويجري بينها مقاصة. ".

1- المادة 619 من القانون المدني.

2-أحمد بلعالية، محاضرات في مقياس التأمين، غير منشورة، لطلبة الليسانس، علوم قانونية وإدارية، المركز الجامعي بالجلفة، 2004، ص. 4.

كما عرفته ابتسام القرام: "التأمين عقد يلتزم بمقتضاه شخص يدعى مُؤمِنًا بتعويض شخص آخر يدعى مُؤَمَّنًا إذا حدث ضرر في الأشياء المؤمَّنة، وذلك مقابل ثمن يلتزم المؤَمن بدفعه يسمى قسط التأمين. "[1]

من هذا التعريف نستشف العناصر الجوهرية لعقد التأمين وهي: أطراف عقد التأمين من جهة، والخطر (Le risque)، والقسط (Le prime)، والأداء الذي يلتزم به المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه من جهة ثانية.

الفرع الثاني: خصائص عقد التأمين[2]

إن لعقد التأمين جملة من الخصائص تميزه عن بقية العقود الأخرى.

أولا: عقد احتمالي (Contrat aléatoire)

فالعقد الاحتمالي هو الذي لا يستطيع فيه المتعاقدان أن يحددا وقت إبرامه ومقدار الأداء الذي يبذله كل من أطراف العقد، لأن تحديد مقدار ما يأخذه وما يعطيه يتوقف على أمر مستقبلي محتمل الوقوع.

ثانيا: عقد معاوضة (Contrat commutatif)

عقد المعاوضة هو العقد الذي يتلقى فيه كل من المتعاقدين مقابلا أو عوضا لما أعطاه، حيث يعطي المؤمَن مبلغ التأمين في حال حدوث الخطر، ويأخذ مقابلا له أقساط التأمين، ويبقى عقد التأمين محافظا على خاصية المعاوضة حتى وإن لم يتحقق الخطر المؤمن منه، لأن المقابل هو تحمل المؤَمِن المخاطر وأخذها على عاتقه، كما يبقى عقد التأمين محافظا على صفة المعاوضة إذا كان التأمين يصب في مصلحة شخص ثالث وهو المستفيد، كما في حالة البنك الدائن، حيث أن المؤمن له هو المؤسسة الاقتصادية المموَّلة التي هي مجبرة على دفع أقساط التأمين، والمستفيد هو البنك في حال تحقق خطر إعسار المؤسسة المدينة، وهذا في حالة تأمين القرض.

1-ابتسام القرام، المرجع السابق، ص. 32:

"L'assurance est un contrat par lequel une personne appelée assureur : promet à une autre appelée assurée De l'indemniser si un sinistre survient moyennant le paiement par l'assuré d'une somme appelée prime. "

2-أحمد بلعالية، المرجع السابق، ص. 11-12، وابتسام القرام، المرجع السابق، ص. 67-68.

ثالثا: عقد ملزم لجانبين (Contrat synallagmatique)

عقد التأمين يرتب التزامات متبادلة في ذمة كل من المتعاقدين، بحيث يكون كل منهما دائنا ومدينا في الوقت نفسه، فيلتزم المؤمن له بدفع القسط مقابل التزام المؤمن بتغطية الخطر المؤمن منه إن حدث.

رابعا: عقد مستمر (Contrat successif)

في عقد التأمين لا يتم الوفاء بالالتزام بصفة فورية وإنما يستغرق مدة من الزمن هي مدة نفاذ العقد، فالمؤمن له يلتزم بأداء الأقساط منذ إبرام العقد إلى انتهاء مدة التأمين، أما بالنسبة للمؤمن فإنه يلتزم طوال مدة سريان عقد التأمين لضمان تغطية الخطر المؤمن منه بصفة مستمرة وينتهي ذلك بمجرد انقضاء المدة.

خامسا: عقد إذعان (Contrat d'adhésion)

أي أن المؤمن شركة التأمين تستغل بوضوح شروط العقد، ويقتصر المؤمن له على قبول هذه الشروط المحددة سلفا، لكن هناك حالات تكون فيها حماية للمؤمن له، حيث إذا تضمن العقد شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل من هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها[1].

الفرع الثالث: شروط عقد التأمين

عقد التأمين ككل العقود الأخرى يخضع لشروط موضوعية عامة ولشروط شكلية، والتي يترتب عن تخلفها بطلان عقد التأمين.

أولا: الشروط الموضوعية العامة[2]

-الرضا

وهو تبادل الإيجاب والقبول بين المؤمن والمؤمن له، وأحيانا يكون عقد التأمين إجباريا كما في حالة القرض، حيث أن البنك يجبر المؤسسة الاقتصادية على التأمين مقابل منحها التمويل المطلوب منه، فالرضا هنا موجود لأن المؤمن له يختار بحرية شركة التأمين التي يتعاقد معها، كما أن له الحرية في قبول شروط العقد التي تطلبها شركة التأمين أو رفضها وبالتالي التعاقد مع جهة أخرى قد يجد الشروط أقل إذعانا.

1-المادة 622 من القانون المدني الجزائري، تحدد الشروط التي تعتبر تعسفية في عقد التأمين والتي تكون باطلة.
2-أحمد بلعالية، المرجع السابق، ص. 23-25.

كما يجب أن يكون الرضا خاليا من كل العيوب كالغلط والتدليس، الذي لا يمكن تصوره من جانب شركة التأمين، بل يمكن أن يصدر العيب من المؤمن له نظرا لإمكانية إدلائه ببيانات غير صحيحة أو بكتمانه لبيانات جوهرية تتعلق بالخطر المؤمن منه.

- المحل

المحل في عقد التأمين هو الخطر، وتطبيقا للقواعد العامة يجب أن يكون الخطر موجودا وقت التعاقد أو قابلا للوجود معينا أو قابلا للتعيين، التأمين على القرض هو التأمين ضد خطر إعسار المؤسسة المدينة، وهذا الخطر معينا في عملية التمويل ويمكن أن يحدث، كما يجب أن يكون المحل مشروعا.

- السبب

السبب في عقد التأمين هو الغرض المباشر الذي يدفع بالمتعاقد إلى إبرام العقد، ويرى غالبية الفقهاء أن السبب في عقد التأمين هو المصلحة المراد التأمين عليها، ويجب توافر المصلحة في كافة صور التأمين، فالقرض يمثل بالنسبة للبنك الدائن قيمة مالية، وبالتالي وجود المصلحة التي تجعله يحافظ عليها وهي حماية أمواله من خطر عدم تسديد المؤسسة الاقتصادية الممولة من طرفه، والسبب هنا مشروعا كذلك لأن المصلحة مشروعة[1].

ثانيا: الشروط الشكلية[2]

المشرع يشترط لإبرام عقد التأمين أن يكون العقد مكتوبا، ولم يحدد بأن تكون الكتابة في شكل محرر رسمي أو عرفي، وقد جرى العمل في هذا المجال على أن تفرغ عقود التأمين في نماذج (Imprimés) معدة مسبقا ومطبوعة من قبل شركات التأمين التي تتضمن مختلف المعلومات التي تتعلق بالمؤمن له، وبيانات إجبارية وأخرى اختيارية، بالإضافة إلى ذكر بعض أنواع الضمانات، ويجب أن تكون واضحة لأنها مُعَدَّةٌ للإثبات.

الفرع الرابع: دعاوى التأمين

إذا حدث نزاع حول عقد التأمين فلا بد من تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في مثل هذه الدعاوى.

1-المادة 64 من قانون التأمين الجزائري، الأمر رقم95-07 الصادر بتاريخ 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات.

2-المادة 7من نفس القانون، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالتأمينات.

أولا: الاختصاص النوعي لدعاوى التأمين (Compétence d'attribution)

قانون التأمين لم يضع قواعد تتعلق بالاختصاص النوعي إنما ترك ذلك للقواعد الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، ومنه فإذا كان العقد ذو طبيعة تجارية كأن يكون التأمين على القرض، ومنه تخضع الدعوى للفرع التجاري للمحاكم أو الغرف التجارية بالمجالس القضائية، وتحدد طبيعة العقد بناء على شكله وموضوعه وصفة أطرافه.

ثانيا: الاختصاص المحلي لدعاوى التأمين (Compétence territoriale)[2]

ترفع دعاوى التأمين أمام المحكمة الكائنة بمقر سكن المؤمن له في حالة نزاع يتعلق بالتعويضات المستحقة، والدعاوى المتعلقة بالتأمين على العقارات فهي من اختصاص محكمة موقع العقار، والدعاوى المتعلقة بالتأمين على المنقول فهي من اختصاص المحكمة موقع الأشياء المؤمن عليها.

ثالثا: تقادم دعوى التأمين

أخذ المشرع الجزائري في دعاوى التأمين مهما كان نوعها بالمدى القصير[3]، حيث حدد الدعاوى الناشئة عن عقود التأمين البحري بـ 2 سنة، والدعاوى الناشئة عن عقود التأمين البري بـ 3 سنوات.

المطلب الثاني: أنواع التأمين

للتأمين عدة أنواع تتمثل في المخاطر التي قد تصيب المقترضين أو الضمانات المقدمة وتجعل أموال البنك المقرض في خطر، لذا فهو يستعين بشركات التأمين لتتقاسم معه هاته المخاطر، حيث تؤمن على عجز أو وفاة المدين، أو على إعساره أو على الكفالة أو الضمان الاحتياطي، وعلى الدين بصفة عامة، وعلى التصدير والاستيراد.

الفرع الأول: التأمين ضد مخاطر العجز والوفاة (L'assurance-invalidité et mort)

إن الشخص الطبيعي أو المعنوي قد يكون كفيلا أو ضامنا احتياطيا أو مصدرا لخطاب الضمان قد يتعرض كملتزم اتجاه البنك الدائن لمخاطر العجز والوفاة، ويظهر ذلك في حال قيام الشخص الطبيعي أو المعنوي بهذا

1-المواد من1الى7من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، سالف الذكر.

2-المواد من 8 الى 11 من القانون السالف الذكر، والمادة 26 من قانون التأمين السالف الذكر.

3-المادة 27 و121 من قانون التأمين.

الالتزام، لأن هناك شركات تنحل في حالة وفاة أو عجز أحد شركائها ذا نظرا للاعتبار الشخصي[1] وكذا في المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة إذا لم يجد من يخلفه[2]، وبالتالي يتعرض البنك الدائن لخطر فقدان أمواله إذا لم يكن مؤمنا على ذلك. حيث يطالب المؤسسة الاقتصادية المدينة والمكفولة أو المضمونة فلا تستطيع الوفاء، ثم يتوجه إلى الكفيل أو الضامن فيجده قد توفي أو أفلس وإذا كانت شركة يجدها قد انحلت أو أفلست بسبب وفاة أو عجز أو إفلاس أحد شركائها.

لذلك على البنك الدائن أن يحتاط من هذه المخاطر بأن يتوجه إلى شركات التأمين ويؤمن على هؤلاء إن كانوا قد كفلوا أو ضمنوا المؤسسة الاقتصادية، لأنه في حال ثبوت الخطر يتوجه البنك للمؤمن من أجل تغطية الخطر المؤمن عليه، ومنه يكون هناك تقاسم للمخاطر هذا يجعل الدائن يحافظ على أمواله على الأقل بأخف الأضرار.

أكثر من ذلك قد تكون المؤسسة الاقتصادية المدينة للبنك في حد ذاتها تعرضت للخطر فتنحل، وبالتالي يواجه البنك مشكلا كبيرا جراء تعرض أمواله للخطر، فَلِمِ لا يؤمن على المؤسسة الاقتصادية الممولة من طرفه أو يشترط عليها التأمين على ذلك قبل الإقدام على عملية التمويل، لأنه في حال حدوث الخطر ما على البنك إلا اللجوء إلى شركة التأمين للتعويض عما لحقه من أضرار جراء إعسار المؤسسة المدينة للبنك، والإعسار ثابت في هذه الأخيرة بمجرد عدم القدرة على الوفاء ولو بقسط واحد من أقساط الدين.

فبالنسبة للمقترض عند اكتتابه لعقد التأمين، يجب أن يقدم لشركة التأمين عقد القرض وكل ما يتضمنه من معلومات خاصة بالبنك الدائن وهو هنا الطرف المستفيد، وكذا مبلغ القرض ومدته، لأن هذه المعلومات تفيد شركة التأمين في تقدير الخطر وتحديد القسط، وكذا يلتزم المقترض المؤمن له بتقديم تقرير طبي مقدم من طرف طبيب عام.

1-وفاة الشريك في شركة التضامن تؤدي إلى انحلالها لأنها قائمة على الاعتبار الشخصي، ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، المادة 562 تجاري جزائري، وتنقضي شركة التوصية البسيطة كذلك بموت أحد الشركاء المتضامنين، لأنها قائمة على الاعتبار الشخصي أو في حال عجزه، المادة 563 مكرر 10 من نفس القانون، والشيء نفسه يقال عن شركة التوصية بالأسهم ما لم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك.

2-وفاة الشريك الوحيد في المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة تؤدي الى انحلال الشركة إذا لم يوجد من يخلفه، المادة 589 فقرة 1 من نفس القانون.

وهنا يجب على المؤسسة الاقتصادية أو البنك احترام التزاماته التعاقدية، لأن عدم فعل ذلك ينتج عنه فسخ عقد التأمين من قبل شركة التأمين، ومنه يفقد البنك أحد ى آليات الضمان الهامة وهي التأمين، أما بالنسبة لشركة التأمين فهي تلتزم بأن تدفع للبنك مبلغا ماليا يساوي المبلغ المتبقي من الدين عند حدوث الخطر[1].

الفرع الثاني: تأمين الائتمان (L'assurance-crédit)

لقد شهدت فكرة تأمين القرض نجاحا باهرا وبصور عديدة، وذلك بغض النظر عن طالب التأمين سواء أكان البنك الدائن المستفيد أو المؤسسة الاقتصادية المدينة المؤمنة، وهذا لتعويض المستفيد ضد المخاطر المحتملة.

أولا: تعريف تأمين الائتمان

هو نظام يسمح للدائنين مقابل دفع للقسط من تحصيل ديونهم في حالة إعسار المدينين سابقا، أو في حالة عدم القدرة على الدفع[2]، وهناك من اعتبر تأمين الائتمان هو تأمين على شيء ذو طابع تعويضي[3].

كما أن تأمين الائتمان عبارة عن عقد الذي بواسطته يتحصل الدائن من المؤمن في مقابل دفعه لأقساط على ضمان أخطار القرض، بمعنى ضد عدم الدفع عند الاستحقاق[4].

فالتأمين على القرض سواء من طرف المؤسسة الاقتصادية المدينة، أو من طرف البنك الدائن يمثل ضمانا لهذا الأخير من خطر عدم تسديد المؤسسة المدينة أو إعسارها، لأن بحدوث هذا الخطر يحرك التزام شركة التأمين، فالهدف هو وفاء الدين من طرف هذه الأخيرة لعجز المؤسسة المؤمنة على الوفاء.

لذا فهنا وجه تشابه بين الكفالة والتأمين إلا أن هذا الأخير أكثر صلابة وفعالية لأن فيه تعاون بين الأطراف من خلال تقسيم المخاطر، ويظهر هذا التشابه أكثر إذا كان عقد التأمين مبرم بين المؤسسة المدينة وشركة التأمين، كأن هذه الأخيرة الكفيل والمؤسسة هي المكفولة، لأنه أحيانا يكون عقد التأمين مبرم بين البنك الدائن كمستفيد وشركة التأمين.

1-راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 93-94.

2-معمر سعدوني، المرجع السابق، ص. 96.

3-Jean Bastin, L'assurance-crédit ,2éme édition, paris, L. G. d. J, 1993, p. 68 : "L'assurance-crédit, est une assurance de chose à caractère indemnitaire. "

4-Christian Larroumet, Les pools bancaires, La tribune de l'assurance 2000, P608 : "L'assurance crédit est le contrat par lequel un créancier se procure auprès d'un assureur moyennant versement de primes, une garantie contre les risques du crédit, c'est-à-dire, contre le non-paiement à l'échéance. "

ومهما يكن الطرف الموقع على عقد التأمين فإنه يبقى هو التأمين على القرض من خطر إعسار أو عدم قدرة المؤسسة المدينة على التسديد.

ثانيا: صور تأمين الائتمان

لتأمين الائتمان أو تأمين القرض عدة صور يمكن إيضاحها على النحو التالي:

أ-التأمين ضد إعسار المدين (Assurance-insolvabilité)

الإعسار هو حالة شخص أو شركة في استحالتها أداء ديونها بسبب فائض الخصوم(Passif) على الأصول (Actif)، وتطبيقا لمبدأ التأمين فإن كل ديون المؤسسة التي اكتتبت تأمينا للقرض تكون معينة بفضل هذه التقنية، ولكن على الرغم من ذلك توجد بعض الديون التي تقصى صراحة من التأمين كون خطر أن خطر عدم التسديد أو إعسار المؤسسة المدينة أكثر إمكانية للتحقق، هذا إلى جانب وضع سقف محدد لمبلغ التعهد من طرف شركة التأمين، وهذا يرجع لعدة اعتبارات كطبيعة العقد، ووضعية المؤسسة الممولة، وتبعا لنوع النشاط والحالة الاقتصادية السائدة وقت إصدار وثيقة التأمين، وأن مقدار قسط التأمين يختلف تبعا لذلك[1]، هذا الاختيار للمخاطر يبدو شيئا منطقيا بالنسبة لشركة التأمين، وتتمثل أهميته أثناء المفاوضات التي تتم حين إبرام العقد بين المستفيد من التأمين وشركة التأمين، كما يمكن أن يشمل تأمين القرض تغطية خطر عدم التسديد المرتبط بظروف القوة القاهرة وعدم المناعة لأسباب طبيعية كالكوارث وبسبب ظروف سياسية كحالة الحرب والحصار.

لكن تغطية خطر عدم التسديد من طرف شركة التأمين لا يتم إلا إذا ثبت عن طريق حكم قضائي عجز المؤسسة المدينة على الوفاء بالتزاماتها[2]، أو بعد مدة معينة من حلول الأجل وعدم قيام المؤسسة المدينة بالدفع،

1-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 43.

2- قرار المحكمة العليا، الصادر في8-10-2009، قضية بنك البركة الجزائري ضد شركة البركة والأمان للتأمين وإعادة التأمين (ر-ن)، المجلة القضائية 2009، العدد 2، ص200: "رغم تصريحهم بضرورة تنفيذ المدين لالتزاماته استنادا للعقد شريعة المتعاقدين، لكنهم تجاهلوا علاقة الدائن وهو الطاعن بالضامن وهو شركة التأمين، ولم يراعوا اتفاقية التأمين لضمان القرض، التي تنص في الفقرة الأولى من المادة 2 على "أن الضمان الممنوح للمؤمن له وهو الطاعن يتمثل في تغطية تبعية إعسار عملاء هذه الأخيرة "، ومعنى ذلك تسديد القرض في حالة إعسار المدين.

كما تنص الفقرة 2من نفس المادة على أن "إعسار المدين مفترض في حالة عدم قيامه بتسديد ولو قسط واحد من أقساط التمويل". كان على القضاة ألا يخرجوا شركة التأمين من الخصام، ويناقشوا هذه المسألة القانونية، وبذلك أخطأوا في تطبيق القانون سيما المادتين 660و661 من القانون المدني، مما يعرض قرارهم للنقض والإبطال.

فيتلقى المؤمّن من البنك تصريح بعدم الدفع خلال مدة من وقوعه[1]، وذلك حتى يتمكن المؤمن من الشروع في إجراءات التحصيل، فتقوم بتعويض الخسائر شهر بعد ثبوت حالة الإعسار.

لكن تغطية شركة التأمين للخسائر الناجمة عن خطر عدم التسديد لا تتم إلا إذا كان قرار التمويل مبنيا على تحليل دقيق، ودراسة جدوى المشروع المموَّل[2].

لأن الطرف الضامن والمؤمّن لا يتحملان خطأ وتقصير البنك الممول، وبالتالي إمكانية التحلل من التزاماتهما تجاه البنك الدائن.

لكن قيمة التعويض ليست إلا إصلاح نسبي بالمقارنة مع الدين غير المسدد، لأن شركة التأمين عادة ما تنص على نسبة معينة تضمنها ويبقى الجزء الآخر على عاتق البنك[3]، وبالتالي يكون هناك تقاسم للمخاطر بين شركة التأمين والبنك.

ب- تأمين الكفالة (Assurance-cautionnement)[4]

شركات التأمين قد تقوم أحيانا بإصدار وثائق تضمن بموجبها دفع الكفالات المخصومة لدى البنك أو المقدمة له كضمان لقرض[5]، فهذا يعتبر نوع من التأمين يكتتب من طرف المدين ويقدم كضمان للدائن وهذا لحماية الدائن من المخاطر المرتبطة بهذا العقد من العجز أو الوفاة وحتى إمكانية إفلاس الكفيل.

قد يشتبه تأمين الضمان مع آلية قريبة منه وهي الكفالة، فعدم وفاء المدين بالدين يحرك التزام كل من الكفيل والمؤمن، ولكن هناك فروقا أهما، أن الكفيل يتدخل لمساعدة المدين وتقوية ائتمانه، فيجعله يستفيد من التمويل، بينما تأمين الضمان، المؤمن يهدف لمساعدة البنك الدائن، لأن في ذلك تأمين له ضد مخاطر تخلف المدين عن تسديد الدين. كما أن الكفالة هي عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، وهو عقد تبعي، بينما تأمين

1- معمر سعدوني، المرجع السابق، ص. 98.

2- ثامر خالدي، المرجع السابق، ص. 89-91.

3- راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 100.

4- المادة 8 من القانون رقم 06-04 الصادر في 20 فيفري 2006، المتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 12 مارس 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات. تنص: "تأمين الكفالة هو عقد يضمن من خلاله المؤمن، مقابل قسط تأمين، للمؤسسة المالية أو المصرفية، تعويض مستحقاتها بشأن عملية تجارية أو مالية في حالة إعسار المدين. ".

5- المادة 59 مكرر من القانون رقم 06-04:"تأمين الكفالة هو عقد يضمن من خلاله المؤمن، مقابل قسط تأمين، للمؤسسة المالية أو المصرفية، تعويض مستحقاتها بشأن عملية تجارية أو مالية في حالة إعسار المدين. "

الائتمان، فهو عقد ملزم لجانبين، ويقوم استقلالا، لأن التزام المؤمن مستقل عن التزام المدين الذي يعطي الضمان ضد إعساره[1].

ج- تأمين الضمان الاحتياطي (Assurance-aval)

هو ضمان تلتزم بمقتضاه شركة التأمين تجاه البنك الدائن الحامل للورقة التجارية بضمان دفع المدين قيمة الورقة التجارية عند حلول الأجل وذلك مقابل دفع الدائن للقسط، لأنه أحيانا ولكن نادرا ما تقوم شركات التأمين بهذه العملية، ذلك بأن تصدر وثائق تضمن بموجبها دفع سندات مقدمة لبنك كضمان لقرض[2].

إن آلية (تأمين الضمان الاحتياطي) قد تتداخل مع (الضمان الاحتياطي) المعمول به في مجال الأوراق التجارية، حيث أن الأولى أوسع من الثانية، بحيث تغطي الديون الممثلة في أوراق تجارية وكذلك الديون العادية غير المضمونة بها.

فتأمين الضمان الاحتياطي هو عقد يتم بين البنك الدائن يدعى مؤمن له من جهة وشركة التأمين المؤمن من جهة ثانية، حيث يتعهد هذا الأخير بأن يدفع ديون الأول عند عدم وفائها من قبل المدين في تاريخ استحقاقها مقابل قسط يتقاضاه. ويمكن أن تتخذ هذه العملية شكلين:

- التأمين المقدم لسفتجة تجارية، حيث يطلب صاحبها من المؤمن ضمان الوفاء بها في تاريخ استحقاقها إذا لم يقم المسحوب عليه بذلك.
- تأمين الديون غير الممثلة في أوراق تجارية (ديون عادية)، حيث يلتزم المؤمن اتجاه الدائن مقابل أقساط بالدفع له إذا لم يقم المدين بذلك في تاريخ الاستحقاق، ويعرف هذا الشكل بـ(تأمين الدفع) (Assurance de paiement).

د- التأمين على القرض الاستثماري[3] (L'assurance sur le crédit d'investissement)

لقد تم تطبيق ميكانيزم صندوق ضمان القروض الاستثمارية أول مرة في الولايات المتحدة سنة 1934 بعدها ألمانيا ثم اليابان عام 1937 ثم انتقل بسرعة إلى معظم دول العالم، والجزائر تم فيها إنشاء صندوق ضمان

1- راجع اتفاقية التأمين، خصوصا الفقرة 1 من المادة 2، المشار إليها في القرار المذكور أعلاه.
2-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 43.
3-ليلى لولاشي، المرجع السابق، ص. 96.

القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بموجب المرسوم رقم 02-373 الصادر في 11نوفمبر2002، ويعتبر صندوق ضمان القروض مؤسسة عمومية ذات طابع إداري يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، يديره مدير عام ويسيره مجلس إدارة يتكون من ممثلي بعض الوزارات، ومخصصاته تتكون من مساهمات الدولة، ويقدم الصندوق المساعدات للمؤسسات التي استوفت معايير الأهلية للقروض البنكية، لكنها لا تملك ضمانات أو تملك ضمانات غير كافية.

يمكن أن تصل نسبة ضمان القرض إلى 70%ويتم تحديدها من طرف مجلس إدارة الصندوق، ويقدم الدعم للمؤسسات المنخرطة فيه والتي تدفع علاوة سنوية أقصاها 2%من مبلغ القرض خلال كل فترة اقتراض.

أما عن عمل الصندوق فيكون عندما تقدم المؤسسة الصغيرة أو المتوسطة طلبا للبنك من أجل القرض، فتطلب المؤسسة من الصندوق ضمان القرض البنكي، فيقدم الصندوق شهادة ضمان القرض لفائدة المؤسسة، فتدفع هذه الأخيرة علاوة سنوية خلال مدة القرض. فهنا نجد تشابه كبير بين ما يقوم به الصندوق وما تقوم به شركات التأمين من حيث دفع القسط من طرف المؤسسة المدينة إلى إمكانية تغطية الخطر من طرف شركة التأمين في حال عدم قدرة المؤسسة المقترضة على السداد، فكذلك وفي نفس الحالة يقوم الصندوق بتعويض البنك حسب نسبة الضمان المتفق عليها، ليصبح الصندوق بعد التسديد دائنا للمؤسسة، وانطلاقا من ذلك يشرع الصندوق في استعادة القرض من المؤسسة[1]، فهنا تشابه بين الصندوق والكفيل والضامن الاحتياطي في حلولهم محل البنك الدائن بعد تسديد الدين لهذا الأخير عند عدم مقدرة المؤسسة المقترضة على التسديد.

د- التأمين على ائتمان التصدير (L'assurance sur le crédit d'exportation)[2]

يستهدف هذا النوع من التأمين تغطية المخاطر التي يمتد نطاقها خارج حدود الدولة التي تصدر فيها الوثيقة والتي ترتبط بالبضائع المصدرة أو بالأعمال المنفذة في دولة أخرى.

1-سبق هذا المرسوم مرسوم تنفيذي رقم 99-44مؤرخ في13فبراير1999يتضمن إنشاء صندوق ضمان الأخطار الناجمة عن القروض المصغرة، الجريدة الرسمية، العدد08الصادرة في14فبراير1999:"يضمن صندوق القروض المصغرة التي تمنحها البنوك للمقترضين المنخرطين في الصندوق، وفي حدود80%من مبالغ الديون المستحقة من الأصول، ويحل الصندوق في إطار تنفيذ الضمان وبعد تعويض البنوك. محل مؤسسات القرض في حقوقها وفي حدود تغطية الخطر، أما عن موارد الصندوق المالية فهي تتمثل في الاشتراكات المدفوعة من المستفيدين من القروض المصغرة والبنوك المموِّلة، وهذه الاشتراكات يحددها مجلس إدارة الصندوق. . . "، الموادمن3الى11من هذا المرسوم التنفيذي.

2-المواد من 5إلى 8 من الأمر رقم 96-06 الصادر في 10جانفي 1996، المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، الجريدة الرسمية، العدد3، المؤرخ في 14 جانفي 1996.

ونظرا لأن البنوك تقوم بتمويل الصادرات فإنها ترحب بوجود وثيقة تؤمن المصدر ضد المخاطر الناجمة عن عدم الدفع الناشئ عن إعسار المستورد أو إخضاعه لقيود حكومية أو قيام حرب بين الدولة المصدرة والدولة المستوردة.

وتقوم الحكومات في كثير من الدول بإنشاء هيئات حكومية أو شبه حكومية متخصصة في هذا النوع من التأمين كإجراء يدعم تنمية صادراتها، فتقوم هذه الهيئات بإصدار وثائق تأمين[1] تغطي خطر إفلاس المستورد أو عدم السداد أو تأجيل السداد نتيجة نشوب حروب أو وجود دولة المستورد في حالة حصار اقتصادي.

المطلب الثالث: تأمين الائتمان بين المبادئ وتحقيق الضمان

إن إرادة المشرع تتجلى في تغطية مختلف الأخطار التي تقف عقبة في وجه المتعاملين الاقتصاديين عامة والبنوك المقرضة خاصة. فهنا تأمين الائتمان يرتكز على مبادئ من خلالها يتحقق التأمين، وبها يتحقق الضمان لصالح البنك من جهة أخرى.

الفرع الأول: مبادئ تأمين الائتمان

تتمثل هذه المبادئ في الشيء المضمون، وطبيعة الخطر المضمون، والمصلحة في التأمين، والتحكم في الخطر.

أولا: الشيء المضمون

ويتعلق الأمر هنا بالقروض الممنوحة من طرف المصارف والمؤسسات المالية بموجب عمليات تجارية أو مالية للخاضعين للقانون الخاص تجارا أو مؤسسات.

فالتأمين على القرض هو التأمين على مبلغ الدين[2] المستحق للبنك أو المؤسسة المالية في ذمة المدين، وبالتالي فهو تأمين عن الأضرار وليس على الأشخاص.

ثانيا: طبيعة الخطر المضمون

قد يعترض القرض عدة أخطار تؤثر على مانحه قد تتعلق بشخص المدين كعدم وفائه لالتزاماته في تاريخ الاستحقاق وهذا لأسباب عرضية، وأحيانا أخرى نظرا لإعساره حتى قبل ذلك التاريخ، وأخرى أجنبية عنه

1-إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 43.

2- مبلغ الدين المستحق للبنك يتمثل في الأصل المقترض زائد الفوائد المستحقة إلى غاية حدوث الكارثة، مع الرسوم والمصاريف المعمول بها في المجال البنكي.

كالأخطار السياسية وحتى الطبيعية، وكذا خطر التحويل[1].

فالأخطار المرتبطة بشخص المدين هي الأخطار التجارية[2]، ويتحقق هذا الخطر عندما لا يفي المدين بدينه[3].

ومادامت العلاقات التجارية تمتاز بالثقة والائتمان والسرعة فعجز المدين يؤدي غالبا إلى زعزعة المركز المالي للدائن، لذا فاستيفاء الدين في تاريخ الاستحقاق ذو أهمية، مما جعل المشرع يتدخل في عدة أنظمة قانونية لحماية مركز الدائن.

ونظرا للإجراءات الطويلة التي تميز نظام شهر إفلاس المدين وتصفية أمواله، هذه الأخيرة تمثل آلية لحماية الدائن، فقد أدخل المؤمنون مفهوما جديدا للإعسار سموه بالإعسار المفترض (Insolvabilité présumée) والذي يسمح بعد مدة من عدم تحصيل الدين افتراض عدم تحصيله نهائيا، ومن ثمة تعويض المؤمن له (البنك الممول).

ولكي يكون البنك الممول حذرا عند قيامه بهاته العملية فإنه عادة ما يدرج في عقد تأمين الائتمان ضمن بنوده شرط عدم التغطية الإجباري[4]، ولذا يتحمل البنك جزء من الخسارة التي قد تصيبه جراء خطر عدم التسديد، ومنه فإن تشخيص الحالة المالية للمؤسسة طالبة التمويل ذو أهمية كبرى قبل الإقدام على تمويلها.

ثالثا: المصلحة في التأمين على القرض[5]

إن السبب أو الدافع للتعاقد هو المصلحة الاقتصادية، أي تلك المتمثلة في قيمة مالية، مع إجازة التأمين على الربح المنتظر، حيث البنك يؤمن على أصل الدين والفوائد والمصاريف، ولكن بشرط أن تكون المصلحة مشروعة.

1- المادة 29 من الأمر رقم 95-04 السالف الذكر، المعدل والمتمم، المتعلق بالتأمينات. والمواد 6و7و8 من القانون رقم 96-06السالف الذكر، المتعلق بتأمين القرض عند التصدير.

2- المادة 12 من الأمر رقم96-06 السالف الذكر.

3- المادة 5 من الأمر رقم 96-06:"يتحقق الخطر التجاري عندما لا يفي المدين بدينه، شخصا طبيعيا كان أو معنويا، ويس إدارة عمومية ولا شركة مكلفة بخدمة عمومية، وكان عدم الوفاء هذا، غير ناتج عن عدم تنفيذ المؤمن له بنود العقد وشروطه، وإنما ناتجا عن تقصير المدين أو عدم قدرته على الوفاء. ".

4- المادة 4 من القانون رقم 06-04 السالف الذكر، المتضمن قانون التأمينات، المعدلة والمتممة للمادة 30من الأمر رقم 95-07.

5- المادة 621 من القانون المدني، والمادة 29 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات.

رابعا: التحكم في الخطر

لكي تتحكم شركة التأمين في الخطر المؤمن عليه تشترط لضمانه منح الاعتماد لزبائن المؤمن له البنك، وذلك بتقسيمهم إلى فئتين:

- الزبائن الذين عليهم ديون معتبرة مستحقة للمؤمن له البنك، حيث يماس المؤمن رقابة مستمرة على هؤلاء، وله أن يحدد مبلغ الضمان الخاص بكل زبون، كما له أن يلغي الضمان أو ينقصه.
- القرض الممنوح لهاته الفئة كبيرا، هنا يزداد الخطر على المؤمن له البنك، ولذا فإن هذا الأخير مجبر على ممارسة الرقابة والاحتياط من خطر الائتمان، مع إمكانية مشاركة المؤمن في ذلك.

الفرع الثاني: تحقيق الضمان لصالح البنك

ويشمل ذلك الوسائل القانونية لتحقيق الضمان، والإجراءات القانونية لتحصيله.

أولا: الوسائل القانونية لتحقيق الضمان

البنوك والمؤسسات المالية لها حق امتياز عام على جميع أموال المدين، حيث "تستفيد المؤسسات المذكورة من امتياز على جميع الأملاك والديون والأرصدة المسجلة في الحساب ضمانا لدفع كل مبلغ يترتب كأصل دين أو فوائد أو مصاريف كل الديون المستحقة لبنوك والمؤسسات المالية أو المخصصة لها كضمانة."[1].

فعند وقوع الحادث يحصل الدائنون الممتازون أو المرتهنون تبعا لرتبتهم وطبقا للتشريع على التعويضات المستحقة[2].

فالبنك كدائن ممتاز أو مرتهن يحل محل المؤمن له المؤسسة المدين في التعويض ولكن بشروط:

- لابد أن يكون هناك ثمة تأمين على الأشياء، وهو ما يحدث فعلا عندما تؤمن المؤسسة المدين على القرض في تأمين الكفالة لصالح البنك الدائن، أو من خلال التأمين على الضمانات الشخصية والعينية الممنوحة للبنك الممول، وكذلك من خلال التأمين على البضائع والسلع والمعدات والمحلات التجارية المرهونة لصالح

1- المادة 121 من الأمر رقم 03-11 السالف الذكر، المتعلق بالنقد والقرض.

2- المادة 36 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات.

البنك، وهذا كله منصوص عليه في إحدى بنود عقد الاعتماد الذي يتم إعداده والتوقيع عليه من طرف المؤسسة الاقتصادية والبنك الممول لها[1].

كما يظهر ذلك من خلال تأمين الشاب المستثمر على جميع الأخطار من أجل ضمان المؤسسة المصغرة، وفي إطار الوكالة لدعم وتشغيل الشباب يحل البنك محل الشاب المؤمن له في الدرجة الأولى في التعويض، ثم تأتي الوكالة في الدرجة الثانية.

- أن يكون الشيء محل التأمين مثقلا بحق عيني تبعي.
- هلاك الشيء المؤمن عليه، هنا عدم الوفاء بالدين في أجل الاستحقاق أو هلاك الشيء المؤمن عليه من عتاد أو محل تجاري أو بضائع أو عقار أو حتى أوراق تجارية.

فعند تحقق الكارثة نكون أمام شيئين، الأول رجوع البنك بالدعوى المباشرة على المؤمن بمقتضى حلوله محل المدين عند التعويض، في حالة النزاع. الثاني أن المؤمن له هنا المؤسسة المدين تحول حقها في التعويض لصالح البنك الدائن[2]، فهذا امتياز منحه المشرع بصفة خاصة للبنوك والمؤسسات المالية عند تمويلها لعمليات التصدير.

وللمؤمن أن يرفض دفع التعويض إذا كانت له دفوع يمكن أن يحتج من خلالها على البنك المقرض، وهذا ما يشكل خطرا آخر على هذا الأخير، وهي إحدى سلبيات آلية التأمين.

ثانيا: الإجراءات القانونية لتحصيل الضمان[3]

هنا نفرق بين الإجراءات المتبعة في حالة الإعسار المفترض، والإجراءات عند حالة الإعسار المثبت[4].

1- في حالة الإعسار المفترض يقوم المؤمن له(البنك)بالتصريح للمؤمن بالتهديد بالكارثة وهذا لعدم دفع المدين له الاستحقاق، ويكون ذلك عن طريق رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالاستلام مرفقة بجميع الوثائق اللازمة لذلك في خلال مدة لا تتجاوز 30 يوما من تاريخ الاستحقاق غير المدفوع. ويمكن للبنك ممارسة

1- لاحظ ذلك في الملاحق، فتح اعتماد مع رهن محل تجاري، فتح اعتماد مع رهن معدات خاصة بالتجهيز. . . في نهاية بحثنا هذا.

2- المادة 10 من الأمر رقم 96-06 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير:" يمكن لمؤمن له تحويل الحقوق الناتجة من الضمان لصالح الغير، بترخيص من المؤمن ويكون هذا الترخيص حقا مخولا عندما تكون الأطراف المستفيدة من تحويل هذا الضمان بنكا أو هيئة مالية قامت بتمويل القرض عند التصدير. ".

3- قانون التأمينات، والأمر المتعلق بالتأمين على القرض عند التصدير. وعادة ما يتم النص على هاته الإجراءات والشروط في عقد التأمين الذي تعده شركات التأمين المتخصصة.

4- الإعسار المفترض هو تخلف المدين عن الدفع عند انقضاء مهلة عدم الوفاء، أما الإعسار المثبت فهو عجز المدين عن الوفاء وهذا راجع لوجود إفلاس أو تسوية قضائية.

ضغوطات حقيقية على المؤسسة المدين، واستعمال الوسائل الرضائية للحصول على مبلغ التمويل، وذلك بإرسال إخطار له بالدفع في اليوم 30 من الاستحقاق غير المدفوع. وإذا كانت لم تأتي هاته الإجراءات بالنتيجة المتوخاة خلال ما مجموعه 60 يوما، يتم إرسال الملف كاملا مرفوقا بالتصريح المتعلق بالتهديد بالكارثة.

2- في حالة الإعسار المثبت يستغني المؤمن له (البنك) عن القيام بإجراء ما قبل المنازعة، حيث إذا لم يتحقق الدفع في تاريخ الاستحقاق للبنك مدة أقصاها 30 يوما من هذا التاريخ لتصريح بذلك لدى المؤمن للحصول على مبلغ التعويض.

الفرع الثالث: تقييم فعالية تأمين الائتمان

التأمين في هذا المجال يكتسي أهمية بالغة، ذلك أنه مفيد للدائن والمدين على حد سواء، فهو يؤمن للدائن الطمأنينة والضمان، ويوفر للمدين الثقة والائتمان، ويمكنه من الحصول على ما هو في حاجة إليه من أموال. وهو يشجع الائتمان ويدعمه، ويساهم في تحقيق وإنماء المشاريع الاقتصادية التي تحصل عليها المؤسسة، ويهدف تأمين الائتمان إلى تغطية الأخطار التجارية، سواء تعلق الأمر بتأمين القرض الداخلي أو بتأمين القرض عند التصدير.

كما أن التأمين يجعل أموال البنك في مأمن لأن شركة التأمين تتقاسم المخاطر مع البنك الدائن وتجعل الخسائر أقل كما لو تحملها هذا الأخير لوحده، أضف إلى ذلك فشركة التأمين تعمل على تغطية المخاطر مهما كان نوعها من خطر عدم السداد أو الإعسار أو المخاطر المحيطة بالكفالة أو الضمان الاحتياطي، أو حتى المخاطر الداخلية والخارجية المرتبطة بالاستثمار، ولكن شريطة أن تكون هاته المخاطر احتمالية الوقوع، ولا يد للأطراف في حدوثها، مع تأني ودراسة مالية قبلية عن المؤسسة الاقتصادية الممولة. هنا يكون استيفاء البنك لمبلغ التعويض مضمونا عند حدوث الكارثة، لكن مع إتباع الإجراءات المقررة لذلك.

وعلى العكس ما هي عليه التأمينات العينية من إجراءات طويلة ومعقدة، تتمثل في الحجز العقاري والبيع بالمزاد العلني، فإن التأمين يتميز بالتسوية السريعة بفضل الدعوى المباشرة في مواجهة شركة التأمين، فهي من حيث المبدأ موسرة.

ولكن يعاب على هذا النوع من الضمان أنه أكثر كلفة، بل أن هناك من يعتبر أن هذا الضمان يعتبر شكل خاص من الكفالة، وبالتالي فإن مخاطر إعسار شركة التأمين الكفيل يظل قائما، فقد تتعرض هذه الأخيرة للإفلاس، فهنا تكون وضعية البنك صعبة، والدليل على صحة هذا الرأي أن شركات التأمين غالبا ما تقوم بفرض إعادة التأمين على عميلها، وذلك خشية الوقوع في حالة إعسار أو إفلاس مما يبرز عجز هذا الضمان، هذا من جهة، ومن جهة ثانية نلاحظ عدم اقتناع الزبائن ونقص الثقة التي يضعونها في شركات التأمين، وهذا نظرا لاعتيادهم على الضمانات التقليدية، والتي يرون فيها قلة التكاليف مقارنة مع الأقساط التي تدفع لهاته الشركات.

من جهة أخرى، فإن شركات التأمين تطيل في الإجراءات المتعلقة بتسيير حقوق المؤمن لهم عند تحقق الكارثة.

كما توجد بعض المخاطر ترفض شركات التأمين تغطيتها، وخاصة إذا كانت محققة الحدوث، كذلك قد تضع هذه الأخيرة سقف التزاماتها، حيث لا تغطي الخطر إلا بنسبة تتراوح بين 50 و70 بالمائة من الخسارة، فهي تتقاسم الخسارة مع البنك الممول.

أضف إلى ذلك قد ترفض شركة التأمين تغطية الخطر كلية إذا وجدت أن هناك إهمالا من البنك المؤمن له، وذلك عندما لم يقم بدراسة دقيقة وشاملة عن وضعية المؤسسة الممولة، أو عن الكفيل، أو الضامن الاحتياطي، أو لم يطلب تأمينات. حيث أن للمؤمن إمكانية رفض دفع التعويض إذا كانت له دفوع يمكن أن يحتج بها على المؤمن له المقترض.

وإذا قارنّا ما كان منصوصًا عليه في التشريع السابق بما هو موجود في التشريع الحالي في مجال التأمينات، نجد أنّه سابقا إذا اشهرت هذه الحقوق العينيّة التبعية فهذا كافٍ لدفع شركة التأمين مبلغ التامين للدائن المرتهن، وتمتنع بذلك من دفع ما في ذمتها للمدين الراهن إلّا برضى الدائنين المرتهنين. لكن اليوم فالدائن المرتهن ملزم بإخطار شركة التأمين فور هلاك العقار المرهون، وهذا لمنعها من دفع مبلغ التأمين للمدين الراهن. فإذا لم يقم الدائن المرتهن بذلك يكون قد ضيّع حقه، لأنّ شركة التأمين تبرأ ذمتها لما دفعته للمدين كتعويض عن هلاك العقار المرهون[1].

1- المادة 36 من القانون رقم 06-04 المتعلّق بالتأمينات السالف الذكر: "إذا وقع حادث في مجال تأمينات الأموال، يحصل الدائنون الممتازون أو المرتهنون تبعا لرتبهم وطبقا للتشريع الساري على التعويضات المستحقّة، غير أنّ المدفوعات المقدمة عن حسن نيّة قبل تبليغ المؤمن بالدين الإمتيازي أو الرهني تكون مبرّئة".

فالمشرّع حفظ للدائنين المرتهنين حقّهم في التقدّم على التعويض المستحق تبعا لمرتبتهم في القيد، ولكن الخطر يبقى قائما في حال ما إذا لم يقم هؤلاء بتبليغ شركة التأمين بالديون الممتازة أو الرهنية. لأن شركة التأمين تبرأ ذمتها لما دفعته من مبالغ كتعويض للمدين الراهن بشرط أن يكون هناك حسن نيّة من شركة التأمين. لذلك على البنك الدائن ومن أجل حفظ حقوقه عليه إخطار شركة التأمين بوجود رهن لصالحه[1].

مما سبق يمكن القول إن هذا الضمان غير قادر على تغطية العجز الذي يكتنف الضمانات التقليدية، خاصة وأن ارتفاع تكلفته يحد من إقبال الزبائن عليه[2].

المبحث الثاني: خطاب الضمان (Lettre de garantie) (Lettre d'intention)[3]

هذه الضمانات هي نوع من أنواع الكفالة، لكن تختلف عن الكفالة العادية في أن هذه الأخيرة تخضع لقواعد قانونية صارمة وضعها المشرع، بينما خطاب الضمان آلية تخضع للممارسات والأعراف البنكية كما أن مجالها المعاملات الدولية، رغم أن التعامل بها أصبح يتم كذلك داخليا، أمّا بالنشبة للمشرّع الجزائري لم يتعرّض له في قانون خاص ولكن صنّفه ضمن الإلتزام بالتوقيع[4].

ولا توجد سوابق قضائيّة –على غرار القضاء المصري والفرنسي– لدى القضاء الجزائري في مجال خطاب الضمان إلا في سنة 2010، حيث صدر عن المحكمة العليا قرار يفرّق فيه بين الكفالة وخطاب الضمان[5].

وخطاب الضمان يختلف عن الكفالة في أنّ إلتزام الكفيل في عقد الكفالة إلتزام تبعي، بينما في خطاب

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 86.

2- المشرع الجزائري أحدث بموجب القانون رقم 06-05 المؤرخ في 20فيفري 2006، المتضمن توريق القروض الرهنية، الجريدة الرسمية، العدد15، المؤرخ في 12مارس 2006، مؤسسة مالية جديدة لتدعيم الائتمان، تتمثل في مؤسسة التوريق، التي هي هيئة لها صفة مالية تقوم بعملية التوريق في سوق الأوراق المالية، أي هي عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية وتتم هذه العملية على مرحلتين:

- تنازل عن القروض من قبل مؤسسة مصرفية أو مالية لفائدة مؤسسة مالية أخرى (مؤسسة التوريق).
- قيام مؤسسة التوريق بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في السوق ممثلة للقروض الرهنية. المادة 2 من القانون 06-05.

فمن خلال عملية بيع القروض من طرف البنوك والمؤسسات المالية فإنه سوف ينتقل عبء تحمل مخاطر القروض (عدم الوفاء) من هذه الأخيرة إلى مؤسسة التوريق، هذه الأخيرة ستحل محل البنك في الضمانات.

لكن يبقى تفعيل دور هاته المؤسسة بوجود سوق بورصة جد متطور ونشيط، وإلا كان دورها جد محدود كسابقيها.

3-Article 2322 code civil français : "la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutient apporté à un débiteur dons l'exécution de son obligation envers son créancier"

4- المادة 68 الفقرو 01 من الأمر 03-11 المعدل بالأمر 10-04 المعدّل بالأمر رقم 17-10 السابق الذكر.

5- قرار المحكمة العليا، بتاريخ 2012/07/08، المجلة القضائية، 2012، العدد 01، ص251، السالف الذكر.

الضمان إلتزام الضامن مستقل عن إلتزام العملي الآمر الذي صدر الخطاب لضمانه. كما أنّ للكفيل الحق في التمسّك بالدفوع الممنوحة له، بينما الإستقلالية في خطاب الضمان لا تسمح للضامن بذلك فهو ملزم بالوفاء للمستفيد بمجرّد الطلب الأول.

ولكن التداخل بينهما كبير وممكن، ما حدث في كثير من القضايا علىظ مستوى القضاء الفرنسي[1]:

- الأولى في 27 جوان 2000، حيث تمّ تكييف إلتزام الضامن على أنّه كفالة وليس خطاب ضمان كما ذهبت إليه محكمة الإستئناف.
- والثانية صدرت بتاريخ 30 جانفي 2001 أيّدت فيه محكمة النقض ما توصّلت إليه محكمة الإستئناف من إعتبار إلتزام الضامن خطاب ضمان مستقل وليس كفالة تبعيّة، لأنّ الضامن لا يمكنه الإحتجاج بالدفوع.

كما يمكن التفريق بين خطاب الضمان والإعتماد المستندي، هذا الأخير لا يستحق الإلتزام فورًا بمجرّد الطلب وإنّما يتوقف الوفاء به على تقديم المستندات وهذا على عكس خطاب الضمان الذي يتحقق بأول طلب[2].

المطلب الأول: خطاب الضمان على المستوى الداخلي

خطاب الضمان ويسمى كذلك الوعد بالضمان (Promesse de garantie)، هذا النوع من الضمانات ناشئ عن الأعراف والممارسات البنكية، هو عبارة عن تصرف غير تعاقدي يشكل التزاما معنويا، حيث يعطي دليلا على وجود التزام[3]. هذا الالتزام قد يكون في صورة التزام بفعل (Obligation de faire) أو على شكل ضمان الدفع (Garantie de paiement)[4]. ولخطابات الضمان ثلاث صور[5].

1- راضية أمقران، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منه، سالة دكتوراه في الحقوق، القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2014، ص42.

2-نفس المرجع، ص44.

3 -"La lettre de garantie est une famille d'engagements moraux ou de contrats unilatéraux accompagnant un contrat principal, généralement un crédit…", Xavier Barré, Lettres d'intentions, j. c. p, banque et crédit, 1997, p. 3.

4-خطاب الضمان هو التزام أدبي، وهو عقد ملزم لجانب واحد، مرتبط عادة بعقد قرض، يؤكد فيه مصدر الخطاب أنه سيبذل كل ما في وسعه لدفع المدين الأصلي المضمون إلى تسديد ما عليه من ديون لدى البنك، أو أن يلمح إلى أنه سيسدد عوضا عن الدين الأصلي المضمون إذا لم يستطع هذا الأخير تنفيذ ذلك.

5- راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 80، و64-66 .M. remelleret, op. cit, pp.

الفرع الأول: خطابات ضمان لا تتضمن التزام قانوني

يقوم هذا النوع من الرسائل في شكل مدون يتضمن صراحة أن مسيري المنشأة الأم يعترفون بالتعهدات والالتزامات التي أبرمها مسئولو الوحدات التابعة لها أمام البنك الدائن، فيعتبر هذا الإجراء التزام أدبي وقرينة على وجود ضمان، فهو ضمان غير مباشر، إن التكييف القانوني لهذا الوعد أنه رسالة نية، يمكن أن يكون على أساس ضمان، يمنح ثقة للبنك لتسوية الديون المترتبة من تعهدات مؤسسة فرع، اعترفت بها المؤسسة الأم عن طريق رسالة نية. هذا الاعتراف يشكل ضمانة للبنك على إمكانية تنفيذ الالتزام الذي هو على عاتق المؤسسة الفرع، إذا لم تستطع تنفيذه تقوم المؤسسة الأم بتنفيذ هذا الالتزام، لكن يبقى مجرد التزام معنوي، قد لا يستفيد منه البنك الدائن إلا على سبيل الاستئناس.

الفرع الثاني: خطابات ضمان متضمنة التزام قانوني

هذا النوع من الخطابات يتضمن التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة، وفقا للعبارات التي يتضمنها الخطاب، لأن خطاب الضمان هو رسالة يوجهها الملتزم إلى البنك الدائن يفصح له فيها عن التزامه، والعبارات الموجودة في الخطاب هي التي تبين نوع الالتزام، هذا النوع من الخطابات قد يأخذ شكل رسالة مهادنة (Lettre de trêve) أو رسالة حسن التنفيذ (Lettre de bonne exécution).

فإذا كانت رسالة مهادنة تكون عبارة عن تصريح معلن من قبل مسيري الشركة الأم تجاه البنك الدائن يلتزم من خلاله هؤلاء لهذا الأخير بأخذ جميع التدابير والإجراءات الضرورية لتمكين الشركة الفرع من الوفاء بتعهداتها، فهنا التزام بوسيلة (Obligation de moyens) يستهدف تحقيق عمل ايجابي دون ضمان النتيجة إذ يجب على مصدر الخطاب أن يستعين في تنفيذ تعهده بكل همته لجعل المؤسسة المضمونة تنفذ التزامها. فهنا خطاب الضمان احتوى على التزام ببذل عناية[1]، إلا أنها أكثر مصداقية من الضمان الذي هو عبارة عن رسالة نية، لأن الالتزام فيها أدبي لا غير.

أمّا إذا كان خطاب الضمان عبارة عن رسالة حسن التنفيذ هنا نكون أمام التزام بتحقيق نتيجة(Obligation de résultat)، وهي تعتبر اتفاقية (Convention) تتضمن وعدا من الشركة الأم بأن

1- تكون العبارات المستعملة في الخطاب كما يلي: "نلتزم ببذل كل الجهود لتمكين الشركة المدينة من تنفيذ التزاماتها اتجاهكم. . . "، راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 81.

التعهدات التي أبرمتها الشركة الفرع سوف تحترم في آجالها المتفق عليها، فهنا الضامن يلتزم بأن يأخذ على عاتقه القيام بكل الوسائل لتمكين المؤسسة المدينة من تنفيذ التزامها أمام البنك الدائن، فبطريقة غير مباشرة يتعهد بالدفع عوضا عنها ديون البنك إذا لم تستطع الوفاء بذلك، هذا النوع من الخطابات يشكل ضمانة قوية للبنك على أن أمواله في أمان.

الفرع الثالث: خطابات الضمان التي تشكل كفالات حقيقية[1]

هي كفالات تخفي وراءها عبارات تدل على أن الضامن سوف يدفع للبنك الدائن ما على المؤسسة الممولة من التزامات إذا لم تكن لها المقدرة على ذلك، وبالتالي يكون هنا خطاب الضمان بمثابة كفالة، ومصدر الخطاب بمثابة كفيل، فإذا حدث نزاع فعلى القاضي البحث عن نية الضامن، وفي عبارات الخطاب حتى يستشف ما لالتزام الذي أراده الضامن، هل هو التزام ببذل عناية أو الهدف منه تحقيق نتيجة أو أنه كفالة حقيقية أراد من خلالها كفالة الدين الأصلي، وذلك من خلال رسالة التنازل المسبق على الحقوق للحساب الجاري[2].

إن خطابات الضمان مهما يكن نوعها آلية قانونية تجعل البنك يقدم على منح التمويل[3]، حتى وإن كان خطاب الضمان مجرد التزام أدبي وكان هو السبب في منح البنك القرض للمؤسسة الاقتصادية فهنا على مصدر الخطاب تنفيذ التزامه وإلا يكن قد عرض أموال البنك للخطر، ومنه إذا أثبت البنك ذلك وأثبت وجود علاقة سببية أمكنه مطالبة الضامن بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء هذا الخطاب الذي أصدره.

وإذا كان الخطاب في فحواه التزام ببذل عناية ولم تنفذ المؤسسة التزامها تجاه البنك هذا لا يعني عدم تنفيذ الضامن لالتزامه، لكن على البنك إثبات مسؤولية مصدر الخطاب بأنه لم يبذل العناية الكافية التي تجعل المؤسسة المضمونة تفي باستحقاقاتها، ولكن على العكس إذا احتوى الخطاب على التزام بتحقيق نتيجة ولم تتحقق النتيجة

1- تكون العبارات المستعملة في هذا النوع من الخطابات: "نلتزم بتنفيذ الالتزامات التي التزمت بها الشركة المدينة اتجاهكم. . . "، نفس المرجع، ص. 83.

2-يقضي ذلك بتعهد الشريك في عقد الشركة بإمكانية تحصيل البنك لدينه قبلها، Ibid, p. 66.

3-خطابات الضمان هي ضمانات حقيقية بالنسبة للبنك محررة من طرف الضامن، مهما يكن نوعها فهي تمثل مسؤولية تجاه البنك، الدائن، ومنه فهي تصرف خطير، لذا وجب أن يخضع هذا النوع من الضمانات للقواعد العامة كالأهلية والرضا. . .،

Dominique Legeais, op. cit. , p. 182.

المضمونة هنا على البنك مطالبة الضامن بالتنفيذ وإذا استحال ذلك حكم عليه بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذه لالتزامه[1].

وإذا كان الخطاب يتضمن كفالة حقيقية فعلى الضامن تنفيذ الالتزام تجاه البنك الدائن إذا لم تستطع المؤسسة المدينة الوفاء بالتزاماتها، ومنه يتم تطبيق القواعد القانونية الخاصة بالكفالة العادية.

أما بالنسبة للصفقات العمومية، وما تتطلبه من ضمانات، التي تتمثل في الكفالة، والتي يعتبرها الفقهاء والباحثين مثل خطاب ضمان[2]، لأننا هنا أمام تعهد مكتوب من بنك بناء على طلب من عميله لصالح شخص آخر طبيعي أو معنوي، بدفع مبلغ معين عند أول طلب خلال أجل محدد.

ويظهر ذلك من خلال، خطاب الضمان الابتدائي، الذي هدفه، عند رسو المناقصة أو المزايدة وتقديمه للضمان النهائي، حيث إذا رفض العميل التوقيع على العقد بعد ذلك، كان للجهة المستفيدة الحق في مصادرة قيمة خطاب الضمان، وغالبا ما تكون مدة صلاحية الخطاب 3أشهر من تاريخ المناقصة[3]. كما يظهر من خلال خطاب الضمان النهائي، الذي مفاده، أنه في حالة رسو العطاء على العميل، فإنه يتعين عليه أن يقدم للجهة صاحبة الصفقة خطاب ضمان نهائي لحسن تنفيذ العقد المبرم معها، والغرض منه هو ضمان تنفيذ العملية ومطابقتها لشروط العقد[4]. ويوجد كذلك بالنسبة للصفقات، ما يسمى بخطاب ضمان الدفعة المقدمة، حيث أن العملية التي يقوم بتنفيذها المقاول أو المورد تحتاج إلى أموال كثيرة، لا تتناسب وقدرته المالية، لذلك فإن الجهة صاحبة الصفقة تدفع له مبلغا مقدما حتى يمكنه تمويل العملية المتعاقد بشأنها، وفي مقابل ذلك تطلب هاته الأخيرة أن تدفع له مبلغا من المال كتسبيقة[5] لتمويل العملية، وتطلب من المقاول أو الممون خطاب ضمان عن التسبيقة،

1-المادة176من القانون المدني الجزائري: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه. . . "

2- لينده شامي، المرجع السابق، ص 156 و157.

3- المادة 125 فقرة 2 و3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية السالف الذكر.

4- المادة 130و131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

5- المادة 109 من المرسوم رقم 15-247 السالف ذكره تنص: "التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة. ".

حتى تضمن استردادها في حالة عدم تمكنه من إتمام تنفيذ الصفقة، ولضمان استخدامها في العملية المتعلقة بها[1]. وأن التسبيقات لا تدفع إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها 12مليون دينار[2].

ومن كل ما سبق يمكن استنتاج خصائص خطاب الضمان:

- أنه عبارة عن تعهد صادر من أحد البنوك، بدفع مبلغ معين لا يتجاوز قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد عند أول طلب.
- لا يجوز تداوله، لأنه ليس ورقة تجارية، ومن ثم لا يجوز تظهيره للغير.
- خطابات الضمان ليست عبارة عن مبالغ نقدية سائلة، وإنما تعهد مكتوب أو قد يكون شفهيا. وهو محدد بأجل.

المطلب الثاني: خطاب الضمان على المستوى الدولي

إنّ خطابات الضمان لا يكون استعمالها داخليا فحسب، بل يكون مجالها كذلك المعاملات الدولية، تكون عبارة عن خطاب يصدره البنك بناء على طلب شخص يسمى المضمون، يقوم بإصداره لصاح شخص آخر يدعى المستفيد وذلك بوضع مبلغ معين لغرض ما في نهاية مدة معينة متفق عليها بين الأطراف[3].

يمثل محل التزام البنك إذن في مبلغ من النقود تمثل قيمة خطاب الضمان يدفع لفائدة المستفيد لدى أول طلب أو عند تقديم المستندات المطلوبة في الخطاب المبرر.

وتعتبر مدة سريان خطاب الضمان من بين أهم أركان خطاب الضمان البنكي، فلا يمكن بقاء التزام هذا الأخير بالدفع قائما لمدة غير محدودة، هذا يعطي له الحق في إنهاء التزامه في أي وقت يشاء. والمدة عنصر أساسي في الخطاب فبها يحدد زمن الالتزام من جهة، ومن جهة ثانية بها تحدد عمولة البنك والفوائد.

وخطاب الضمان الذي يقدمه البنك بناء على طلب عميله إلى دائن هذا العميل لا يمثل ضمانا قويا في نظر هذا الدائن إلا إذا كان هذا الالتزام بمقتضى خطاب نهائي مجرد من العلاقات، سواء تلك التي تنشأ بين العميل ودائنه المستفيد أو التي بين البنك وعميله، ولذا فإن عبارات الخطاب ذاتها هي التي تكتسب أهميتها فيما

1- المادة 109 و110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.
2- المادة 110 من نفس المرسوم أعلاه.
3-ابتسام القرام، المرجع السابق، ص. 173.

يتعلق بتحديد التزام البنك، بحيث إذا تحققت الشروط الواردة فيه وجب على البنك مصدر الخطاب الوفاء بما تعهد به دون تأخير بغض النظر عن سائر العلاقات السابقة، وبغض النظر عن أية معارضة من جانب العميل[1].

فخطاب الضمان على المستوى الدولي يتعهد فيه البنك بأن يدفع عند أول طلب رغم أيّة معارضة من العميل مبلغ الضمان أو أي جزء منه للمستفيد الصادر لصالحه الضمان كتأمين عن عملية معينة هي أساسا العلاقة بين عميل البنك والمستفيد وذلك خلال مدة محددة تنتهي بتاريخ انتهاء سريان الضمان، ومادام أنّ المشرع الجزائري لا يعترف إلا بالضمان غير المباشر، فإنّ هناك أربعة أطراف تستفيد من خطاب الضمان[2].

فالمستفيد يحصل على الضمان عند الطلب الأول أو بمجرد تقديمه للمستندات المتفق عليها مسبقا ضمن نص الالتزام، حيث أنّ هذا الضمان هو التزام بالإمضاء[3]فقط الذي قد يصبح التزاما بالدفع إذا ما تحقق الخطر الذي أنشئ من أجله الضمان.

ففي حالة الضمان عند الطلب الأول[4] فإنّ الكفالة البنكية توضع في حالة التنفيذ من طرف المستفيد أو عند أول طلب كتابي دون الضرورة أو الحاجة لتبرير ذلك، وقد يشكل هذا النموذج من الضمانات مخاطر عديدة للمصدر والبنك الضامن، حيث أنّ البنك الضامن يقوم بالدفع دون تحليل أو دراسة لطلب المستفيد[5].

خطاب الضمان أحيانا تكون عباراته غامضة من حيث الهدف ومدة الصلاحية، لأنه أحيانا يتم تحديد تاريخ تنتهي فيه صلاحية المطالبة بالضمان، ولكن أحيانا قد يكون تحديد الصلاحية غير ممكن، وقد يكون تاريخ الصلاحية غير مذكور بالتحديد كأن ينص على صلاحية الضمان تكون لحين إتمام تنفيذ العقد. وعند تأدية البنك لالتزاماته للضامن المقابل (البنك الآخر) يجب الرجوع ضد زبونه لتغطية مستحقاته.

1-علي البارودي، القانون التجاري، العقود وعمليات البنوك، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1991، ص. 394.

2- بخلاف خطاب الضمان البنكي على المستوى الداخلي الذي يضم ثلاثة أطراف، يتم تدخل أربعة أطراف لتنفيذ خطاب الضمان الدولي وهم:

- الآمر: وهو البائع المصدر.
- بنك الآمر: وهو المصرف الصادر للضمان المقابل.
- العميل: وهو المشتري المستورد المستفيد من الضمان.
- البنك المحلي: وهو الذي يقع في بلد العميل، وهو البنك الضامن أو المصدر، والذي يستفيد من التزام البنك المصدر للضمان المقابل.

3-الالتزام بالإمضاء هو عملية يلتزم بموجبها المصرفي بإمضائه وبالتالي يقبل أن يكون ضامنا لزبونه وأن يحل محله إذا عجز عن الدفع، ويسمح هذا التسهيل للزبون أن يؤجل دفع حقوق أو التزامات معينة أو أن يغطي عجزه في حالة عدم احترامه لالتزاماته، معمر سعدوني، المرجع السابق، ص. 21.

4-ابراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 134-135.

5- قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر، في 8-7-2010، مرجع سبق ذكره، "الكفالة البنكية مشروطة الدفع، عند أول طلب، وغير قابلة للطعن، وغير موقوفة بأي شرط. . . "

أمّا إذا كان الضمان مستنديا فالبنك الضامن يلتزم بدفع مبلغ الكفالة عند تقديم المستندات التي تبرر عدم احترام العميل لالتزاماته، فتقديم هذه المستندات يؤدي إلى وضع البنك الضامن في حالة تنفيذ الكفالة البنكية.

فالتزام البنك في مجال خطابات الضمان الدولية فيه الاستقلالية، أو يجب أن تكون فيه هذه الصفة، فلا يميل إلى البائع (المصدر) ولا إلى المشتري (المستورد)، وهذا لبعث الثقة اللازمة لإبرام العقد بينهما[1]، ولو أن دوره اقتصر في أن يكون وكيلا بالعمولة (Commissionnaire)، أو كفيلا لأحدهما لما كان جديرا بأن يوفر

للمتعاقد الآخر الاطمئنان الذي يجعله يقبل على التعاقد، فلابد أن يكون البنك في مثل هذه العمليات مشرفا بين البائع والمشتري، فالبائع الأجنبي يطمئن عندما يصله خطاب البنك، لأن التزام البنك بدفع الثمن قد استقل عن إرادة المشتري، كذلك العميل المشتري يطمئن إلى أن البنك الضامن لن يدفع الثمن للبائع إلا في الوقت المناسب، ومنه فإن تصرف البنك بإصدار خطاب الضمان يصنف بأنه التزام بالإرادة المنفردة[2].

قد يصدر إلى البنك طلب لمد صلاحية خطاب الضمان من العميل نفسه أو من المراسل بالخارج هذا قبل انتهاء صلاحيته وإلا فقد الضمان قيمته وأصبح لأية مطالبة تصل إلى البنك الضامن بعد هذا التاريخ عدم الإلزام[3]. وقد جرى العمل على أن تقوم البنوك بتضمين طلب إصدار خطابات الضمان نصا يصرح العميل بموجبه للبنك بمد صلاحية خطاب الضمان دون الرجوع إليه[4].

وبالرغم من هذا النص فإن البنوك عادة ما ترجع إلى عملائها قبل تمديد فترة الصلاحية خاصة إذا أغفل المستفيد تحديد المدة التي يطلبها لتمديد ذلك، وذلك كي يحددها العميل بنفسه.

1- مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص. 431.

2- علي البارودي، المرجع السابق، ص. 388.

3- إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص. 133. محكمة النقض المصرية: "مؤدى سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة هو التزام البنك بوفاء قيمته خلال هذه المدة بحيث لا يعتبر التاريخ فيه هو بداية استحقاق التزام البنك، بل يلتزم البنك بالدفع طوال فترة الضمان حتى التاريخ المذكور في خطاب الضمان باعتباره حد أقصى لنفاذه. "، علي الدين زيدان، الموسوعة التجارية الحديثة، مكتب الإصدارات القانونية، القاهرة، 2004، ص464.

4- محكمة النقض المصرية: "لما كان خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل به، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل من مقتضاه أن يلتزم البنك وبمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان، طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المدين به. ولا يسقط هذا الالتزام إذا طالب المستفيد البنك أثناء سريان الخطاب بالوفاء أومد أجل الضمان، إذ لا يتصور أن يضار المستفيد لمجرد أنه عارض إمكان انتظاره إذا امتد خطاب الضمان لمدة أخرى، والقول بغير ذلك من شأنه أن تبديد الطمأنينة التي يستهدفها نظام خطاب الضمان في التعامل. ومن ثم سداد البنك في هذه الحالة وفاء صحيحا متى وصلت إليه مطالبة المستفيد من خلال سريان مفعول خطاب الضمان، ويترتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع، حتى ولو تم هذا الوفاء بعد انتهاء مدة سريان الخطاب لأن العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته متى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف النظر، فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه. "، المرجع السابق، ص 468.

ويترتب على انقضاء التزام البنك بالوفاء براءة ذمته في مواجهة المستفيد، ومن جهة ممارسة حق الرجوع على العميل[1] بقيمة خطاب الضمان المسددة من قبله وذلك عن طريق الخصم التلقائي من حساب العميل الآمر يشمل مبلغ الضمان والمصاريف المترتبة عن عملية تنفيذ الخطاب والفوائد المتفق عليها في العقد الذي يمنح الحق للبنك دون الحصول على الموافقة المسبقة من العميل[2]. كما يحق للعميل الرجوع على البنك الضامن في حالة مخالفة بنود العقد، كقيامه بدفع قيمة الخطاب للمستفيد بعد انقضاء المدة المتفق عليها مع العميل، أو كذلك تمديد أجل الخطاب[3].

إذن فخطاب الضمان كفالة بنكية يتعهد بموجبها البنك الذي أصدره أن يدفع إلى المستفيد منها مبلغا لا يتجاوز حدا معينا بناء على طلب طرف ثالث لغرض معين وقبل حلول أجل محدد، ويختلف عن الكفالة التقليدية التي تخضع للمادة 646من القانون المدني، إنما الكفالة البنكية الدولية هي كفالة لأول طلب تحكمها الأعراف الدولية[4].

يمثل خطاب الضمان ضمانة حقيقية خاصة إذا صدر الخطاب من ذي مصلحة تربطه علاقات مالية أو اجتماعية بالمدين الأصلي، وعلى الأخص إذا صدر الخطاب من شركة أم تضمن فيه شركة فرع أومن مسير للمؤسسة يضمن فيه هذه الأخيرة، وإذا صدر الخطاب من بنك يضمن فيه مؤسسة مستوردة أو مصدرة، حيث يزيد من ثقتها عند الغير وهو يستفيد من عمولة جراء ذلك.

وخطاب الضمان يعتبر مكرسا من قبل البنك لفائدة المتعامل مع عميله يلتزم من خلاله بمبلغ نقدي يمثل قيمة الخطاب عند أول طلب، هذا كله تجاوزا لسلبيات الكفالة وما يطبعها من علاقة التبعية، فالاختلاف جوهري بينهما، لأن خطاب الضمان عبارة عن ائتمان توقيع يمنح من قبل بنك لفائدة متعامل مع عميل هذا البنك.

لكن رغم هذه الايجابيات إلا أن هذه الآليات المستحدثة من الضمانات لا تخلو من بعض السلبيات، فخطاب الضمان ما هو إلا التزام أدبي، وحتى وإن كانت هناك نية حقيقية في الضمان إلا أن مصدر الخطاب لا

1- محكمة النقض المصرية:". . . ويترتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع. . . ". نفس المرجع، والصفحة.

2- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، دراسة مقارنة، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2008، ص380.

3-المرجع السابق، ص 372.

4- القضية السالفة الذكر، المجلة القضائية2012، العدد1، ص. 251.

يصرح بذلك فهي تستشف من علاقة هذا الأخير بالمؤسسة المدينة أو من خلال عبارات الخطاب التي تكون في كثير من الأحيان غامضة، ومنه لا يمكن للبنك الرجوع على مصدر الخطاب لتنفيذ التزامات المدين، وإن حدث ذلك فبصعوبة وبقراءة ما بين سطور الخطاب للبحث عن نية مصدر الخطاب.

وعلى المستوى الوطني، وبالرغم من انتشار استخدام خطاب الضمان في الواقع العملي خاصة في مجال الصفقات العمومية إلا أننا نلاحظ عدم وجود أي نظام قانوني لهذه الآلية، لذا يبقى تدخل المشرع لتقنينها عبر قواعد قانونية مكملة أمرا ضروريا، يجعلها أكثر فاعلية وتنظيم.

أمّا في المجال الدولي فالأمر أخطر في حال الضمان لأول طلب لأن ما على البنك إلا التنفيذ دون تحليل أو مناقشة أو دراسة لطلب المستفيد، كما أن الخطاب قد يكون غامضا من حيث الهدف ومدة الصلاحية أو وجود خطأ فيه. أضف إلى ذلك الحق الذي للعميل والذي يمنحه إمكانية الرجوع على البنك في حالة خطئه في تنفيذ قيمة الخطاب. فحق الرجوع متبادل بين أطراف خطاب الضمان.

كما تظهر أخطار الضمان من خلال أنّه قد يدفع البنك قيمة الخطاب بناءً على طلب المستفيد ولكن عند الرجوع عن عميليه قد لا يجد عنده ما يفي بدينه. كما قد يخطأ ويسدّد قيمة الخطاب طبقًا لمطالبة المستفيد بذلك مع الإخلال العميل بتنفيذ التزامه المتمثل في بدأ مشروعه. كما يشكّل إعسار العميل أو إفلاسه خطرًا من أخطار الضمان، لأن البنك هنا سوف يؤدي قيمة الضمان للمستفيد بدلا عن العميل المعسر، وخطاب الضمان يمكن أن يتحوّل لدين يؤثّر على سيولة البنك[1].

المبحث الثالث: حق الملكية كضمان[2]

إنّ ما يعترض الضمانات الحقيقية السالفة الذكر من نقائص، وظهور بعض السلبيات فيها أدى إلى التفكير في آليات أخرى تكون أكثر حماية للبنك من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية، فظهرت آلية مزدوجة الوظيفة فمن جهة تمثل آلية تمويل ومن جهة أخرى تمثل ضمانة حقيقية للحماية من المخاطر المرتبطة بعملية التمويل، هذه الآلية تتمثل الاعتماد الايجاري، حيث أن البنك أمواله لتمويل المؤسسة وفي نفس الوقت يحتفظ بملكية هذه الأموال كضمان.

1- زاينة آيت وازو، المرجع السابق، ص89-91

2-راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 189-192.

لقد اختلفت الآراء حول تكييف حق الملكية كضمان هل يعتبر من قبيل التأمين العيني أم أنه لا يعتبر من قبيل التأمينات أصلا؟

هناك اتجاه مؤيد يرى أن حق الملكية كضمان بمثابة تأمين عيني على اعتبار أن للدائن مرتبة جيدة لا ينافسه فيها أحد لأن له حق ملكية على هاته الأموال من خلالها يسبق جميع الدائنين، كما أن الحق على القيمة هو معيار للرهن الرسمي وكذلك للرهن الحيازي مما يسمح بتكييف حق الملكية كضمان بمثابة تأمينات عينية كلاسيكية[1].

أما الاتجاه الرافض لفكرة تكييف حق الملكية كضمان على أنه تأمين عيني لأن التأمينات العينية محددة قانونا وفقها لا يجوز إضافة تأمينات عينية أخرى وأن هذه الآلية لا تستجيب لخصائص التأمينات العينية[2]:

- التأمينات العينية تعطي حق الأفضلية للدائن المرتهن وهذا لا يتوفر في حق الملكية كضمان، لأنه لا يوجد تزاحم على الشيء المرهون، فالبنك الدائن له حق ملكية على الشيء لا يمكن للآخرين مزاحمته لأنه لا يدخل في الذمة المالية للمدين، بل له الملكية المطلقة على هذا الشيء.
- التأمين العيني له خاصية التبعية فهو تابع لالتزام أصلي وهو الدين، بينما حق الملكية هو حق عيني أصلي، هذا ما جعل المشرع لا يضع حق الملكية كضمان كتأمين عيني تبعي.
- لكن هناك اتجاه ثالث يذهب إلى أن حق الملكية كضمان لا يكون تأمينا عينيا وإنما اعتباره كضمان بمفهومه الواسع أفرزته الممارسات البنكية[3]، وهو أية آلية يمكن للدائن استعمالها لحماية أمواله من خطر عدم التسديد.

كما أنّ هناك تقديرات أخرى لعقد الاعتماد التجاري تظهر كما يلي:

- الاعتماد الإيجاري عقد إيجار لكنه يختلف عن عقد الإيجار في أنالأول عقد إيجاري مالي حيث أن شركة التأجير أو البنك المؤجر يبقى مالكا للشيء المؤجر طول فترة الإيجار وللمستأجر الحق في تملّك الأصل

1-Piérre. Crocq, op. cit., p. 252 :"…toutes les propriétés utilisées à titre de garantie de les qualifié de sûretés réelles au même titre que les sûretés traditionnelles…"

2-راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 191.

3-نفس المرجع، ص. 192.

المؤجر في نهاية المدة إذا أراد ذلك مع الأخذ بعين الاعتبار ما تمّ سداده من أقساط لكن بالنسبة للإيجار العادي عند إنهاء المدّة المحدّدة في عقد الإيجار يغادر المستأجر العين المؤجّرة دون أن تكون له الخيارات الممنوحة للمستأجر في عقد الاعتماد الإجاري[1].

- عقد الاعتماد الإيجار قرض وضمان، فهو آلية تمويل وضمان في نفس الوقت حيث يكيّف على أساس أنّه قرض يمنحه البنك إلى المستفيد مع حق الاحتفاظ بملكية العين المؤجّرة كضمان لصالح المؤجّر ويتقرّر بموجب هذا العقد للمستأجر الانتفاع بالأصل المؤجر بمقتضى عقد الإيجار[2].
- كما أعتبر الاعتماد الإيجاري أنّه بيع بالتقسيط على اعتبار أنّ المستفيد المستأجر يلتزم بدفع أقساط نقدية خلال مدّة محدّدة ويتقرر له عند نهاية هذه المدة تملّك الأصل المؤجّر، لكن البيع بالتقسيط فيه نيّة لنقل الملكيّة للمشتري بينما في الاعتماد الإيجاري لا توجد هناك نيّة في تملّك الشيء المؤجّر ما عدا إذا أراد ذلك المستأجر في نهاية المدّة. فعقد البيع هو عقد سابق لعقد الاعتماد التجاري بين كل من البنك المؤجّر والمورّد (البائع) لتنتقل الآلية بعد ذلك إلى المستأجر على أساس عقد اعتماد تجاري مع إمكانية انتقال ملكية الأشياء المبيعة إلى المستأجر حيث يمكنه تملّكها عتد نهاية العقد أو ردّها إلى المؤجّر إذا لم يرغب في ذلك[3].
- الاعتماد الإيجاري عقد ذو طبيعة خاصة، لا يمكن إدراجه تحت أي نوع من أنواع العقود المسماة المشار إليها في القواعد العامة لأن المشرع الجزائري قد خصّه بقواعد خاصة، فهو عملية مالية تمكّن المتعامل من الحصول على ما يحتاجه من عقارات أو منقولات دون أن يكون مضطرّا إلى دفع قيمتها دفعة واحدة، بل يكون في شكل أقساط مع إمكانية تملّكها في نهاية العقد[4].

1- الواسعة زرارة صالحي، المرجع السابق، ص. 346.

2-إنّ المشرّع الجزائري ذهب إلى اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري هو قرض عندما نصّ على ذلك في المادة 68 الفقرة 02 من الامر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 10-04.

3- الواسعة زرارة صالحي، المرجع السابق، ص. 347.

4-نفس المرجع، ص. 346 و357.

لكن ما يمكن ملاحظته عن الاختلافات حول الطبيعة القانونية للاعتماد التجاري فإنّ الجميع يشترك في اعتبار أنّ الاعتماد الإيجاري هو آلية ضمان، لأنّ المؤجّر يبقى محتفظا بملكية الأشياء التي أجّرها حيث يمكنه استعادتها إذا أخلّ المستأجر بالتزاماته كما أنّها لا تدخل في تفليسة المدين المستأجر عند شهر إفلاسه.

المطلب الأول: القواعد العامة للاعتماد الايجاري

عملية الاعتماد الايجاري هي عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين والأجانب أفرادا كانوا أو مؤسسات تابعين للقانون العام أو الخاص، تكون قائمة على عقد ايجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق خيار بالشراء لصالح المستأجر، ويتعلق ذلك بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو للمحلات التجارية أو لمؤسسات حرفية[1].

أما عن مراحل انجاز عملية الاعتماد الايجاري فتكون كما يلي[2]:

- مرحلة شراء الأصل من قبل البنك، حيث يشتري البنك اللوازم أو الأجهزة أو المعدات أو الآلات التي تحتاجها المؤسسة ويقوم بدفع ثمنها للبائع ويصبح البنك بذلك مالكا لهذه الأشياء.
- مرحلة الايجار، حيث يضع البنك هذه الأجهزة أو الآلات أو حتى العقارات تحت تصرف المؤسسة مستعملا في ذلك آلية الايجار، فتدفع المؤسسة مقابل ذلك أقساط الايجار، فيتحصل البنك على الأموال التي دفعها لقاء شراء العين شيئا فشيئا عوضا أن يتحصل عليها دفعة واحدة.
- مرحلة الخيار، هنا بعد نهاية مدة الايجار يكون أمام المؤسسة المستأجرة ثلاثة خيارات: إما شراؤها للعين المؤجرة، أو تأجيرها مرة أخرى، أو إعادتها للبنك المؤجر الذي يقوم بدوره ببيعها لطرف آخر أو تأجيرها له.

أما بالنسبة للامتيازات التي يمنحها القانون للبنك المؤجر فإنها تتمثل في:

1-المادة 1 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري.

2-راضية أمقران، المرجع السابق، ص. 208-209، وأحمد بوراس، المرجع السابق، ص. 104-105.

- في حالة عدم قدرة المؤسسة المستأجرة على الوفاء ولو بقسط واحد من أقساط الايجار أو في حالة حل بالتراضي أو تسوية قضائية أو إفلاس فإن الأصل المؤجر لا يخضع لأية متابعة من الدائنين الآخرين للمؤسسة عاديين كانوا أو ممتازين[1].
- يتمتع البنك بحق امتياز عام على كل الأصول المنقولة وغير المنقولة التي هي للمؤسسة المستأجرة، حيث يلي هذا الامتياز مباشرة الامتيازات المنصوص عليها في المادتين 990 و991 من القانون المدني والامتيازات الخاصة بالأجراء[2].
- وفيما يتعلق بالأموال المودعة في الحسابات والمستحقات والمنقولات الخاصة بالمؤسسة المستأجرة فإنه يمكن ممارسة الحجز عليها عن طريق رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالاستلام أو عن طريق محضر يعده مُحضر[3]. كما أن للبنك المؤجر كامل الصلاحيات في اتخاذ أي إجراء تحفظي على منقولات المستأجر وعقاراته يمكن له من خلالها المحافظة على مستحقاته التي على المستأجر[4].
- وفي حالة ضياع جزئي أو كلي للأصل المؤَجَّر يكون البنك المؤَجِّر وحده المؤهل لقبض التعويضات الخاصة بتأمين الأصل المؤجر[5]، لذا عادة وواجبا على البنك المؤجر أن يلجأ إلى التأمين على العين المؤجرة لدى شركات التأمين المتخصصة، لأنه في حال تعرض الشيء المؤجر للهلاك أو التلف الكلي أو الجزئي فإن البنك يستوفي حقه من مبلغ التعويض، وما على هذا الأخير إلا الإشراف بنفسه على مراقبة دفع أقساط التأمين حتى انتهاء مدة الإيجار المحددة.

أما عن انتهاء عقد الاعتماد الايجاري، فهو ينتهي إما بهلاك الشيء المؤجر وبالتالي ينتقل البنك إلى مبلغ التعويض لاستيفاء حقه منه دون أية منافسة من قبل الدائنين الآخرين للمؤسسة المستأجرة مهما كانت وضعيته أو درجته، أو بإقرار حق الخيار بالشراء حيث تنتقل ملكية الشيء المؤجر من البنك الدائن المؤجر إلى المؤسسة المدين

1-المادة 22 من الأمر رقم 96-09 السالف الذكر.
2- المادة 23 من نفس الأمر.
3-المادة 24 من نفس الأمر.
4-المادة 25 من نفس الأمر.
5-المادة 26 من نفس الأمر.

المستأجر شريطة أن يكون المتعاقدان أوفيا بكل التزاماتهما[1]، وينتهي عقد الاعتماد الايجاري كذلك بانتهاء مدة الايجار وإعادة المؤسسة المستأجرة العين المؤجرة إلى البنك المؤجر لعدم استئجارها ثانية[2].

المطلب الثاني: الإجراءات العملية للتمويل بصيغة الاعتماد الايجاري[3]

إن في صيغة التمويل بالاعتماد الايجاري ضمانا أكبر إذ يظل البنك المموِّل والمؤجر مالكا للأصل، وبالتالي عند الإفلاس أو تحقق خطر عدم التسديد يمكنه استرداد الأصل بسهولة، هذا فضلا على أنها تساعد المؤسسة المستأجرة حيث لا تدفع ثمن الأصل كلية وإنما على أقساط، كما أنها تتيح لها خيارات شراء الأصل أو استئجاره ثانية أو إعادة استئجاره ثانية، كما أنها تساعد المؤسسة غير القادرة على تقديم الضمانات المطلوبة، وهذه الصيغة تساعد أكثر المنشآت الصغيرة والمتوسطة التي لا تتوفر على الأموال اللازمة لتنفيذ مشاريعها. وهذا النوع من العقود يحتوي على البنود التالية:

- تحديد الأطراف المتعاقدة وتتمثل في البنك المموِّل الذي يحدد اسمه ورأسماله وقيده في السجل التجاري رقما وموطنا وتحديد مقره الاجتماعي والمؤقِّع باسم البنك وصفته، والمؤسسة المموَّلة وطبيعتها القانونية ورقم سجلها التجاري وموطنه ومقرها والموقع باسمها وصفته.
- تحديد العين المؤجرة ومواصفاتها[4].
- تحديد مدة الإيجار بالأشهر، وفترة السماح ابتداء من تسليم الأصل المؤجر للمؤسسة المستأجرة، مع تحديد تاريخ نهاية هذا الإيجار[5]، وعادة ما يكون هذا العقد مرفقا بجدول يحدد فيه الأقساط وتاريخ تسديد كل قسط [6]، ولا يحق لأي طرف إلغاء هذا العقد منفردا إلا باتفاق الطرفين معا[7]، وإذا قرر الطرف الثاني المستأجر إلغاء عقد الإيجار خلال مدة سريانه يكون ملتزما بتسليم الأصل للبنك وسداد باقي الأقساط

1-المادة 45 من نفس الأمر.

2-المادة 16 من نفس الأمر.

3- محمد عبد الحليم عمر، صيغ التمويل الإسلامية للمشروعات الصغيرة القائمة على أسلوب الدين التجاري والإعانات، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر، مداخلة من 25 إلى 28 ماي 2003، ص. 20-23، وحزام فتيحة، المرجع السابق، ص. 106-110. والملحق المتعلق بعقد تمويل بالاعتماد الايجاري على أصول منقولة بين بنك البركة وشركة تجارية، في نهاية رسالتنا هاته.

4- المادة الثانية من عقد تمويل بالاعتماد الايجاري على أصول منقولة بين بنك البركة وشركة تجارية، المشار إليه سابقا.

5- المادة الثالثة من نفس العقد.

6- المادة الرابعة عشر والخامسة عشر من نفس العقد.

7- المادة السابعة عشر تتعلق بفسخ العقد، نفس العقد.

المتفق عليها عن المدة المتبقية، وإذا كان الفسخ من الطرف الأول المؤجر فإنه عليه أن يرد للمؤسسة الفرق بين ما تسلمه من أقساط عن المدة السابقة بالإضافة إلى تعويضها عن أية أضرار جراء هذا الفسخ.

- أما عن ملكية الأصل فإنه يبقى مستحقا للبنك المؤجر كاملا خلال مدة هذا العقد إلى غاية تسديد المؤسسة لكل أقساط الإيجار المنصوص عليها في جدول التسديد الملحق بهذا العقد.
- ولتنفيذ عقد التمويل فإن المؤسسة المستأجرة تلتزم باكتتاب سندات أو سفاتج لأمر البنك بقيمة الإيجارات المستحقة وهذا لتعبئة الدين.
- وعن التزامات المؤسسة المستأجرة[1] فإنها تتمثل في: استعمال وصيانة الأصل طبقا لأحكام القانون صيانة الرجل العادي، استخدام الأصل طبقا للغاية التي أستؤجر من أجلها، وإجراء الإصلاحات التي يتبين أنها ضرورية أثناء تنفيذ هذا العقد، مع إعفاء البنك المؤجر من المسؤولية، كما تتحمل المؤسسة وعلى نفقاتها الخاصة كل الأخطار التي قد تتعرض لها العين المؤجرة في حالة وقوع حادث ما وتتحمل وحدها تكلفة أي إصلاح ولا يمكنها الرجوع على البنك، كما تتعهد بدفع أقساط الإيجار في المواعيد المحددة حسب الجدول المرفق بهذا العقد والذي يكون كل شهر أو كل ربع سنة أو كل سنة حسب الاتفاق مع تحديد مبلغ كل قسط، وإذا حدث تأخر في دفع القسط ولم يكن هناك التزام بما هو محدد في الجدول تحل باقي الأقساط وتصبح جميعا واجبة الأداء حتى وإن لم يحن بعد أوان أدائها وهذاما يطلق عليه الاستحقاق المسبق الذي يكون في حالة عدم تنفيذ الطرف الثاني لالتزاماته أو دخوله في حالة إفلاس.
- وضمانا لتسديد أقساط الإيجار والنفقات والمصاريف الأخرى وبصفة عامة كل الالتزامات المنصوص عليها في هذا العقد تلتزم المؤسسة بتخصيص كل الضمانات العينية و/أو الشخصية التي يمكن أن يطلبها البنك[2] مع تحديد هذه الضمانات والتأمين عليها، وهذا كله لمواجهة المخالفات التي تتعلق بالمحافظة على العين المؤجرة أو في حالة التخلف عن ردها في نهاية المدة إن لم يكن هناك اتفاق على تمليكها للمؤسسة حيث تتحمل كل المصاريف والحقوق والرسوم المتعلقة بالبيع وتسجيله.

1- المادة الثانية عشر من نفس العقد تنص على الالتزامات الملقاة على عاتق العميل.

2- المادة الثانية والعشرون من نفس العقد المذكور أعلاه نصت على الضمانات المطلوبة.

- ولضمان وتأمين سداد المؤسسة بقية أقساط الإيجار المتفق عليها في هذا العقد وحفاظا على سلامة الأصل المؤَجَّر فإنها تتعهد بالتأمين لدى إحدى الشركات المتخصصة والتي يتم تحديدها في عقد التمويل، وأن قيمة التعويض تدفع من شركة التأمين إلى البنك مباشرة عند تقدمه إلى شركة التأمين طبقا لذلك ودون التفات إلى أي معارضة من الطرف الثاني[1].
- يمكن للمؤسسة المستأجرة عند انتهاء العقد وبشرط تنفيذها لكل التزاماتها والمنصوص عليها في هذا العقد خصوصا دفع الأقساط في غضون أجل أقصاه 3أشهر من مدة الإيجار: إما تملك الأصل المؤجر مقابل دفع القيمة المتبقية، أو إعادته إلى البنك المؤجر، أو طلب تجديد الإيجار باتفاق مشترك.
- وفي حالة حدوث نزاع حول بنود العقد يحدد الطرفان الإجراءات الواجب اللجوء إليها من تحكيم إلى اللجوء إلى المحكمة المختصة الفرع التجاري، وإن لزم الأمر إمكانية اللجوء إلى أية محكمة أخرى تمتلك في دائرة اختصاصها المؤسسة المستأجرة أصولا[2].
- وفي نهاية العقد يتم تحديد عدد نسخ عقد التمويل، وكذلك تاريخ تحرير العقد ومكانه، مع توقيع الممثل القانوني لكل من البنك المؤجر والمؤسسة المستأجرة[3].

المطلب الثالث: الضمانات الممنوحة للبنك المؤجر

إن الملكية تمثل الضمان القوي ضد مخاطر التمويل، وأبرزها إخلال المؤسسة بالوفاء. حيث أن الضمان غير منفصل عن الاتفاق الأصلي بالتمويل، فلولا بقاء ملكية الأصل المؤجر لما أقحم البنك المؤجر نفسه في هذا الائتمان، ولكن هذا غير كاف بل يجب تدعيمه بإجراءات قانونية وضمانات تكفل فعالية الملكية كضمان.

الفرع الأول: الإجراءات المتبعة لتحقيق الضمان

في الإجراءات نميز بين الشهر القانوني والشهر المحاسبي لتحقيق الضمان في آلية التمويل عن طريق الاعتماد الايجاري.

1- المادة العاشرة من نفس العقد تتعلق بالتأمين.

2- المادة السادسة والعشرون من نفس العقد.

3- المادة السابعة والعشرون من نفس العقد.

أولا: الشهر القانوني للاعتماد الايجاري

إنّ المؤجر هو الذي يتعين عليه الالتزام بالقيام بقيد عقد الاعتماد الايجاري للأصل المنقول في السجل الذي يوجد على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري، وذلك خلال مدة لا تتجاوز 30 يوما من تاريخ إمضاء عقد الاعتماد الإيجاري[1].

وطلب قيد تسجيل عقود الاعتماد الايجاري يكون ضمن نماذج معدة مسبقا تدون فيها البيانات المطلوبة قانونا[2] والمتعلقة بالمؤجر والمستأجر، والعين المؤجرة، ومبلغها الإجمالي، والمبلغ الإجمالي للإيجارات والاستحقاقات ومدة الايجار وتاريخ التسجيل، وتوقيع المؤجر.

بينما الشهر مختلف في التشريع الفرنسي والمصري، فالأول فيه الشهر قضائي، حيث أنّ المحكمة المختصة التي يتم في دائرتها قيد عقد الاعتماد الايجاري التي يوجد بدائرتها مركز نشاط المستأجر، أو المحكمة التي يتم في دائرتها تنفيذ عقد الاعتماد الايجاري[3]. الثاني فيه الشهر إداري، حيث يجب على الجهة الإدارية المختصة (وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية)[4]أن تعد سجلا يقيد المؤجرين وسجلا آخر تقيد فيه عقود الاعتماد الايجاري التي تبرم وتنفذ في مصر ويقدم طلب قيد الاعتماد الايجاري من المؤجر مالم يتفق الطرفان على جعله على عاتق المستأجر.

أمّا بالنسبة للمشرّع المغربي فإنّه أكد على خضوع عمليات الائتمان الإيجاري للتسجيل، حيث إذا تعلّق الأمر بأصول منقولة وبناءً على طلب المؤسسة المؤجرة يتم قيد هذه العملية في سجل خاص لدى كتابة الضبط المختصّة في مسك السجل التجاري وكذلك كل ما يطرأ على هذه الآلية من تعديلات[5]. وهذا ما كان يتبنّاه المشرّع الجزائري سابقا في ضل المرسوم التنفيذي رقم 98-109[6].

1- والمادة 6 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري: "تخضع عمليات الاعتماد الايجاري إلى إشهار، تحدد كيفياته عن طريق التنظيم ". المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المؤرخ في 20فيفري 2006، يحدّد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، الجريدة الرسمية، العدد 10 المؤرخ في 26 فيفري 2006. والملحق المتعلّق بكشف قيد الاعتماد الإيجاري المتعلّق بالأملاك المنقولة وبالمحلات التجارية، ملحق موجود في آخر الرسالة.

2- المادة 4 من نفس المرسوم.

3-Art 3 du décret N072-665 : "La publication est requise au greffe du tribunal dans le ressort duquel le client de l'entreprise de crédit-bail… La publication est requise au greffe du tribunal de commerce il a souscrit le crédit-bail".

4- المادة 3 من اللائحة التنفيذية رقم 95 لسنة 1995 الموضوعة بالقرار رقم 846 بتاريخ 21-12-1995الصادرة عن وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية.

5-المادة 436 من مدونة التجارة المغربي.

6-المرسوم التنفيذي رقم 98-109 المؤرّخ في 04 أفريل 1998، الجريدة الرسمية، العدد 20، المؤرّخ في 05 أفريل 1998.

والمشرع الجزائري نص صراحة على ضرورة أن يؤشر كتابة على أي تعديل للبيانات التي احتواها القيد[1]، ومن ثم عدم جواز إغفال أي بيان مذكور في السجل تم تعديله، وهذا التعديل يتعلق بالبيانات التي تضمنها طلب القيد، هذا ما تبناه كذلك المشرع الفرنسي والمصري في مجال التعديل.

أما بخصوص إلغاء القيد فقد تعرض المشرع لذلك، وبين الحالات التي جاءت على سبيل الحصر[2]، فقد يكون بناء على قيام الأطراف اتفاقا بالشطب، أو بصدور حكم أو قرار حائز على الحجية، أو بناء على انقضاء الايجار عن طريق التنازل.

إلا أن المشرع لم يتعرض لبعض التفاصيل خصوصا المتعلقة بمدى جواز الاحتجاج بالملكية عند تخلف إجراء القيد أو القيد خارج الأجل المحدد ب 30 يوما، وهو في ذلك مخالف للتشريعين الفرنسي[3]والمصري اللذين تناولا ذلك[4].

فقيد عقد الاعتماد الايجاري يترتب عليه أن يصبح هذا العقد وسائر بياناته حجة على الكافة، وبالتالي يجوز للبنك المؤجر الاحتجاج به على الغير، ومنه يجوز لدائنيه التنفيذ على المال المؤجر تحت يد المؤسسة المستأجرة باعتباره مملوكا لمدينهم المؤجر، ويدخل ضمن الضمان العام له، كما أن القيد يدل من جهة أخرى على أن المال المؤجر مملوك للبنك المؤجر، وبالتالي يمكنه استرداده في حالة إفلاس المستأجر، ويتجنب الدخول في قسمة الغرماء[5].

كما يترتب على قيد عقد الاعتماد الايجاري حرمان دائني المستأجر من توقيع الحجز على العين المؤجرة، إذ أن الحكمة من إشهاره هي إعلام الغير بالوضع الذي آل إليه المال المؤجر، وبالتالي يمكن لمؤسسة الاعتماد الايجاري أو البنك المؤجر الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير.

1- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 السالف الذكر.

2- المادة 6 من نفس المرسوم.

3-Art5 du décret N072-665 : "Les inscriptions régulièrement faites en applications des articles 2et4 prennent à leur date".

4- تعرض المشرع المصري بالمادة 6 من اللائحة رقم 95 السالفة الذكر، على أنه اعتبارا من تاريخ القيد لا يجوز للمستأجر أو الغير الاحتجاج على المؤجر بأي حق يتعارض مع بيانات عقد الاعتماد الايجاري التي قيد بها طبقا لأحكام المادة3 من هذا القانون.

5- محمد بهجت عبد الله قايد، عمليات البنوك والإفلاس، الودائع المصرفية، الائتمان المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2000، ص197.

وبالنسبة للأصول غير المنقولة (العقارات)، فإنّ التصرفات الواردة عليها لا يكون لها أي أثر إلا بعد إتمام إجراءات الشهر، والمشرّع الجزائري أخضع عمليات الاعتماد التجاري للأصول غير المنقولة وأحال ذلك إلى التنظيم[1]، الذي يحيل بدوره إلى قوانين الشهر العقاري المشار إليها سابقا، حيث أنّ عمليّات إشهار عقود الاعتماد الإيجاري العقاري تكون خاضعة للقيد في سجلات المحافظة العقارية، التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار مع الالتزام بالبيانات المحدّدة قانونا[2].

ودور الملكية في عقد الاعتماد الايجاري هي أن المؤجر يبقى صاحب ملكية العين المؤجرة خلال مدة العقد إلى غاية تحقيق شراء المستأجر هذا الأصل في حالة ما إذا قرر هذا الأخير ذلك عند انقضاء فترة الايجار، ويستفيد المؤجر بكل الحقوق المرتبطة بحق الملكية، ويقوم بكل الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق صاحب الملكية وفقا لما هو وارد في عقد الاعتماد الايجاري[3].

فالبنك المؤجر يلعب دورا تمويليا بهذه الآلية، إلا أن دور الملكية بالنسبة له يعد إحدى الضمانات الأساسية، حيث يحتفظ فيه بملكية الأصل طوال مدة العقد، ودينه مضمون بأقوى الضمانات وهي ملكيته له (الأصل) وهو أقوى حتى من الحقوق العينية التبعية باعتباره حقا عينيا أصليا.

وأكثر من ذلك فقد أعطى المشرع للبنك الحق في استرجاع الأصل المؤجر، وكذا ممارسة امتيازه على أصول المستأجر القابلة للتحويل نقدا، وقد يتعدى ذلك إلى أمواله الخاصة قصد استرداد الأقساط المستحقة غير المدفوعة، المنصوص عليها في جدول التسديد الملحق بالعقد المبرم بينه وبين المؤسسة المستأجرة[4].

كما أن هناك وجها آخر من أوجه أهمية بقاء ملكية الأصل المؤجر بيد البنك هو أنه في حالة عدم قدرة المؤسسة المستأجرة على الوفاء يتم اثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار، أو عند تسوية قضائية أو إفلاس المؤسسة، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر[5].

1- المرسوم التنفيذي رقم 06-91 المؤرّخ في 20 فيفري 2006 يحدّد كيفيات إشهار عمليات الإشهار التجاري للأصول غير المنقولة، الجريدة الرسمية، العدد 10، المؤرخة في 26 فيفري 2006.

2- المادة 02 و03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-91، السابق الذكر.

3- المادة 19 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري.

4- المادة 13 الفقرة3 من الأمر رقم 96-09 السالف الذكر.

5-للاطلاع أكثر على أهمية الاحتفاظ بالملكية كضمان، المواد من 22إلى 28 من الأمر رقم 96-09 السالف الذكر.

ومن قبيل تأكيد هذه السلطات الممنوحة للبنك المؤجر نتيجة لاحتفاظه بالملكية، فإن له الحق في وضع حد للمؤسسة المستأجرة في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق أمر على عريضة من رئيس محكمة مكان تواجد البنك المؤجر، وذلك في حالة عدم دفع المؤسسة قسطا واحدا من الإيجار، وبالتالي يمكن له أن يتصرف في الأصل المسترجع، تأجيرا أو بيعا أو رهنا[1].

إجراءات الاسترجاع تتم وفق ما نص عليه القانون التجاري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية:

- لابد أن يتم مباشرة استرداد الأصل المؤجر خلال 1سنة من نشر القرار المحدد للتوقف عن الدفع[2]، إذا كان المستأجر محل إجراء إفلاس أو تسوية قضائية.
- يجوز لصاحب الأصل المؤجر قبل رفع دعوى استرداده أن يحجز تحفظيا عليه عند المستأجر الحائز[3].
- في حالة عدم دفع المستأجر ولو قسطا واحدا، يمكن للمؤجر استرداد الأصل عن طريق إشعار مسبق و/أو إعذار عن طريق المحضِر لمدة 15 يوما كاملة[4].

ثانيا: الشهر المحاسبي للاعتماد الايجاري

إن الشهر القانوني لعقد الاعتماد الايجاري ما هو إلا طريق لإعلام الغير بحقيقة المركز المالي للمستأجر، حتى لا ينخدع بمظهر اليسار، فعند تخلف الشهر فإنه لا يجوز احتجاج البنك المؤجر في مواجهة الغير من دائني المستأجر بملكيته للأصول المؤجرة، وبالتالي فإن تخلف إجراء الشهر يمس الملكية ولا يمس عقد الاعتماد الايجاري في حد ذاته.

كما أنه لابد على المستأجر أن يلتزم بالشهر المحاسبي، وذلك بقيد أقساط الأجرة في دفاتره المحاسبية، إلا أن المشرع الجزائري لم يتناول ذلك صراحة، لا في الأمر المتعلق بالاعتماد الايجاري، ولا في المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري. ماعدا ما ذكر من ضرورة ووجوب أن ترسل البنوك والمؤسسات المالية إلى مركز الحسابات المعلومات المحاسبية والمالية للسنوات الثلاث الماضية لكافة زبائنها، ووجوب فحصها

1- المادة 20 من نفس الأمر.

2- المادة 306 من القانون التجاري.

3- المادة 658 والمادة 646 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- المادة 20 من الأمر رقم 96-09 السالف الذكر.

ومراقبتها قبل إرسالها لمركزية الحسابات، هذه الأخيرة تقوم بفحص وتحليل هذه المعلومات المرسلة إليها، لتبعث هي بدورها بنتائج الفحص والتحليل إلى البنوك والمؤسسات المالية المعنية[1]، مدونة ذلك في ملف شخصي لكل مؤسسة مستأجرة، وتستطيع البنوك المؤجرة بدورها إرسال الملف المذكور سابقا إلى المؤسسة المستأجرة.

ولعل الحكمة من الشهر المحاسبي هي إعلام الغير بأن حيازة المستأجر لتلك الأصول هي حيازة عرضية، وأن صفته باعتباره حائزا وليس مالكا. كذلك فإن هذا الإجراء يعد وسيلة لتشجيع البنوك المؤجرة على التوسع في هاته العملية الهامة والخطيرة، الذي يحد من خطورتها ملكية البنك للأصول محل الاعتماد الايجاري، والشهر يحفظ حقه في الاحتجاج بملكيته لها[2]، كما أن المؤسسة التي استأجرت هاته الأصول لا تكون مالكة لها، وبالتالي لا يتم قيدها ضمن أصول المشروع الممول بهذه الآلية، التي تعد تمويل وضمان في نفس الوقت.

وما دام أنه لا يمكن للغير الاطلاع على وثائق المؤسسة المستأجرة المحاسبية، فهذا الحق مخول للبنك المؤجر دون غيره، ومن ثم يستطيع الغير الاحتجاج بالحيازة، بالإضافة إلى أن المؤسسة قد لا تقوم بإجراء هذا النوع من القيد، لأن المشرع لا ينص على ذلك صراحة، عكس الشهر القانوني للاعتماد الايجاري الذي جعل له مرسوما تنفيذيا خاصا به كما أشرنا إلى ذلك سابقا. هذا يجعل للشهر المحاسبي أثرا محدودا.

لذا لابد من عدم الاستغناء على الشهر القانوني، لأنه من مصلحة البنك المؤجر حيث يحفظ ملكيته للعين المؤجرة، ويجعل له إمكانية الاحتجاج بذلك على الغير، كما أنه يسد أي نقص أو انعدام للشهر المحاسبي. لأن الشهر القانوني يظهر للغير عكس الشهر المحاسبي الذي يظهر فقط بالنسبة للبنك المؤجر للاطلاع على الوضعية المالية والمحاسبية للمؤسسة المستأجرة، هذا يفيده في قرار التمويل وفي دراسة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها جراء هذه العملية التمويلية، بينما ذلك بالنسبة للغير يمثل استحالة، فالبنك المؤجر يحتاج أكثر لآلية تثبت له ملكيته للعين المؤجرة، وبالتالي يستطيع من خلالها الاحتجاج على الغير بذلك، لأن إهمال الشهر القانوني من البنك يجعل عقد الاعتماد الايجاري صحيحا، لكن الاحتجاج بالملكية في مواجهة الغير مستحيلا، لأن الغير يحكم على الظاهر، والظاهر هو ملكية المؤسسة المستأجرة للعين المؤجرة.

1- المادة 4 والمادة 5 من النظام رقم 96-07 المؤرخ في 3جويلية 1996 المتضمن تنظيم نشاط مركزية الحسابات، الجريدة الرسمية، العدد66، سنة 96. وبومدين فيلالي، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الايجاري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بلعباس، 2001، ص111.

2- بومدين فيلالي، المرجع السابق، ص112 وما بعدها.

الفرع الثاني: تحقيق الضمان

إن الضمانة الحقيقية التي منحها القانون للبنك المؤجر كي يطمئن لاستيفاء ديونه من جراء إخلال المؤسسة المستأجرة بالتزاماتها، هي حقه في ملكية الأصل أو استرداده بسب الحالات. كما يمكنه أن يشترط في تدخله التمويلي طلب امتيازات عبارة عن ضمانات لتغطية مختلف المبالغ التي تنفق من أجل انجاز العملية، وهذه الضمانات مطلوبة من شخص المستأجر المستفيد لمواجهة المخاطر المالية، هذه الضمانات تظل قائمة إلى نهاية عملية الاعتماد الايجاري التمويلية[1].

والمشرع الجزائري قد اعتبر التزام المستأجر بتقديم الضمانات أو التأمينات اختيار يعود للأطراف المتعاقدة، فيمكن أن ينص عقد الاعتماد الايجاري على ذلك. لذلك بإمكان المؤجر مطالبة المستأجر بضمانات عينية و/أو شخصية، وهذا لضمان تسديد بدلات الإيجار.

ومما سبق فإنه لا مانع من اتفاق المؤجر مع المستأجر لأجل ضمان الوفاء بأقساط الأجرة من اشتراط تقديم رهن عيني، كرهن بعض العقارات أو حقوق عينية أخرى، وهو ما يتفق مع ما تقضي به القواعد العامة في عقد الإيجار التي تسمح للمؤجر، ضمانا لحقوقه الناشئة عن الإيجار، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز مادامت مثقلة بامتياز المؤجر[2].

ومن أجل تحصيل البنك المؤجر لمستحقاته الناشئة عن عقد الاعتماد الايجاري فإنه يتمتع بامتياز عام على كل الأصول المنقولة وغير المنقولة التي هي ملك للمستأجر والأموال الموجودة بحسابه، ومنه يدفع للمؤجر مستحقاته قبل أي دائن آخر[3]. ولممارسة المؤجر حقه بمقتضى عقد الاعتماد الايجاري أن يسجل رهنا رسميا أو حيازيا خاصا على عقارات أو منقولات يمتلكها المستأجر[4].

وللمؤجر إمكانية اللجوء للحجز التنفيذي أو التحفظي على المستحقات والمنقولات الخاصة بالمستأجر عن طريق رسالة مضمونة الوصول أوعن طريق المحضِر القضائي[5].

1- المادة الثامنة عشر، البيانات والضمانات، عقد تمويل بالاعتماد الايجاري بين بنك البركة الجزائري وشركة، الملاحق الموجودة في نهاية رسالتنا هاته.

2- المادة 501 من القانون المدني.

3- المادة 23 من الأمر رقم 96-09 السالف الذكر.

4- المادة 24 الفقرة 1من نفس الأمر.

5-المادة 24 الفقرة2والمادة 25 من نفس الأمر.

كما قد يشترط البنك المؤجر وحرصا منه على ضمان الوفاء بمبلغ الأجرة التي تكون مستحقة له، تقديم المستأجر كفيلا شخصيا يضمن المبالغ المستحقة بما فيها أقساط الأجرة، وهذا كعنصر إضافي من عناصر الضمان التي يحققها الاعتماد الإيجاري[1]، وهو ما يتفق مع ما تقضي به القواعد العامة في عقد الإيجار التي تسمح للمؤجر المطالبة بكفالة لضمان الوفاء ببدل الإيجار والتكاليف[2]. كما أن الكفالة تكون عموما مطلوبة من البنك المؤجر الذي يشترط أن يكون المسيرون الاجتماعيون للمؤسسة المستأجرة أو فيما بينهم كمتضامنين هم كفلاء لها.

ومن آليات الضمان كذلك، ومن أجل حماية الأصول المؤجرة من أي خطر، كضياعها كلية أو جزئيا، والالتزام بضمانها ضد مخاطر الحريق والسرقة، وكل الخسائر التي قد تلحق الأصل المؤجر، فإنه يقع على المستأجر عبء التأمين ضد هذه المخاطر[3]، وكذلك تكفله بدفع أقساط التأمين المكتتبة[4].

في سبيل الحفاظ على ملكية المنقول تزيد التزامات المستأجر تجاه البنك المؤجر ويتبين منها أنه المتعد قاصرة على تلك الالتزامات التي استعرضناها والمتمثلة في التزام المستأجر بالمحافظة على المنقول وصيانته وتأمينه. من هذه المخاطر التي قد يتعرض لها الأصل المؤجر قيام شخص ثالث دائنا كان للبنك المؤجر أو دائنا للمستأجر بدعوى مطالبة على كل المنقول أو جزء منه عن طريق الحجز، ففي هذه الحالة يتوجب على المستأجر أن يحتج باعتباره مسؤولا عن هذا النوع من المخاطر التي تهدد الأصل المؤجر ضد هذه الادعاءات، وأن يبلغ المؤسسة المالية المؤجرة حالا كي تحافظ على مصالحها[5]، وإذا تم الحجز رغم ذلك فعلى المستأجر أن يتحمل كل النفقات والتكاليف المستحقة بسبب إجراء رفع اليد، ويكون مسؤولا عن أي ضرر ناتج عن خطأ أو تأخير في إعلام المؤسسة المالية المؤجرة، ولا يمكن تجنب هذ الالتزام بالدفع إلافي الحالة الاستثنائية التي يتبين بموجبها أن الشخص الثالث يتدخل بوصفه دائنا للمؤسسة المالية المؤجرة. وبناء على ذلك فإنه يمكن افتراض أن يكون الشخص الثالث الذي يريد الحجز على المنقول الذي يكون تحت يد المستأجر أثناء سريان عقد الاعتماد الايجاري دائنا للمستأجر، وظنا منه

1- المادة 17 من نفس الأمر:". . . - التزام المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو فردية. . . ".

2- المادة 500 من القانون المدني.

3- المادة العاشرة، التأمين على الأخطار، عقد تمويل بالاعتماد الايجاري بين بنك البركة الجزائري وشركة، الملاحق الموجودة في نهاية رسالتنا هاته.

4- المادة 26 والمادة 39 الالتزام السابع، الأمر رقم 96-09 السالف الذكر المتعلق بالاعتماد الايجاري.

5- المادة 39 الالتزام رقم 8 من الأمر رقم 96-09.

أن هذا الأخير هو مالكه يريد الحجز عليه، كما يمكن افتراض أن يكون الشخص الثالث الذي يريد الحجز على المنقول الذي كان بيد المستأجر دائنا للبنك المؤجر.

فإذا كان الشخص الثالث الذي يريد الحجز على المنقول الذي كان بيد المستأجر المستفيد دائنا له، فإنه يتعين إخطار وإعلام مؤسسة الاعتماد الايجاري فورا بهذا الحجز الذي يريد دائنه التوقيع عليه، ويتعين عليه أيضا اتخاذ ما يلزم من إجراءات قانونية لمنع الحجز عليه، كإعلام دائنه بأن الأصل غير مملوك له وإخطاره بأنه محلا لعقد اعتماد ايجاري مشهر تعود ملكيته للبنك المؤجر، كما يمكن للمستأجر ومن باب رد الحجز وعدم توقيعه إخطار الدائن الحاجز بأن ملكيته تعود للبنك المؤجر، وهي ثابتة من خلال الدليل المتمثل في اللوحة المعدنية الموضوعة عليه حتى يحصل بذلك اليقين للحاجز. بأن الحجز غير قانوني، وأنما يحوزه المستأجر مدينه لا تعود ملكيته إليه، ليكون هذا الأخير قد نفذ التزامه المفروض عليه بموجب عقد الاعتماد الايجاري، ومن باب أن المستأجر قد تحمل مسئوليته كاملة تجاه مؤسسة الاعتماد الايجاري أنه قام أيضا بإعلامها بهذا الحجز، مما سيمنح لها هي أيضا فرصة التدخل لرفع أي حجز، حتى ولو وصل أمر الحجز إلى مراحل متقدمة بعد تدخل القضاء وعرض المنقول المحجوز للبيع بالمزاد العلني.

وإذا كان الشخص الثالث حاجز المنقول المادي دائنا لشركة الاعتماد الايجاري فإن ذلك يعني أن المؤسسة هي أصلا كانت مدينة له، وتطبيقا للقواعد العامة، فإن الغير الدائن للبنك سيلجأ بناء على قاعدة حجز ما للمدين لدى الغير[1] بتوقيع الحجز على ما كان يحوزه المستأجر، حيث يقوم دائن المؤسسة المالية المؤجرة بحجز الأصول أو المنقولات المملوكة لها، والتي تكون بيد الغير وهو المستأجر المستفيد في هذه الحالة باستيفاء حقه من تلك الأصول أو المنقولات. ويكون طلب توقيع الحجز بناء على عريضة يقدمها دائن مؤسسة الاعتماد الايجاري إلى رئيس المحكمة حيثي صدر أمرا بتوقيع الحجز، ويقوم بعدها الدائن بإخطار المستأجر بوقوع حجز على المنقول الذي كان يحوزه، وهذا يؤدي إلى امتناع المستأجر من رد المنقول المحجوز إلى شركة الاعتماد الايجاري، وقد جعل المشرع الجزائري التزام المستأجر بإخطار المؤجر بأي أمر يستدعي تدخله بصفته صاحب الملكية التزاما لا يخضع للاتفاق عليه بين الطرفين، بل هو التزام منصوص عليه، بأن المستأجر ملزم بإشعار المؤجر فور حصول أي أمر

1- المادة 667 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يستدعي تدخله بصفته صاحب الملكية[1]، ودون شك فإن قيام دائن المستأجر أو مؤسسة الاعتماد الايجاري بالحجز على الأصل أو المنقول المؤجر يعد أمرا خطيرا يستوجب على المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري القيام بعملية الإخطار حتى يتفادى بذلك كل مسؤولية قد تقع عليه عند عدم الإخطار بحصول الحجز للمنقول. وبالرجوع للتشريع الجزائري بشأن ما يجب اتخاذه من تدابير والتزامات من قبل المستأجر فقد أشار القسم الثالث المتعلق بالالتزام بصيانة الأصل المؤجر وتأمينه ورده[2] بإمكانية أن يضع العقد على عاتق المستأجر الالتزام بالحفاظ على الأصل المؤجر وصيانته، وأنه يجب عليه أن يسمح طيلة مدة نفاذ عقد الاعتماد الايجاري للمؤجر بالدخول إلى المحلات التي يوجد فيها المنقول المادي المؤجر وذلك لتمكينه من مراقبة حالة هذا الأصل، كما أشار المشرع في نفس الأمر بضرورة التزام المستأجر خلال مدة الانتفاع بالأصل المؤجر باستعمال هذا الأصل حسب الاستعمال المتفق عليه، وأن يحافظ عليه مثل محافظة رب الأسرة الحريص[3]، كما أكد على وجوب قيام المستأجر عند انقضاء مدة الإيجار وفي حالة عدم استعمال خيار الشراء أو عدم تجديد عقد الإيجار، أن يرد الأصل المؤجر[4] على حالة اشتغال واستعمال توافق حالة أصل مماثل وحسب عمره الاقتصادي، ولا يمكن للمستأجر في جميع الحالات استعمال حق حبس الأصل المؤجر مهما كان السبب.

إن الوقوف على مسؤولية المستأجر عن إضعاف الضمان المقرر للبنك المؤجر والمتمثل في ملكيته للأصل، إنما ينتج من استغلال المستأجر للأصل المؤجر، وما يترتب عن ذلك من احتمال هلاكه سواء كان الهلاك كليا أو جزئيا، وكذلك قد يترتب عن هذا الهلاك المساس الخطير بحق ملكيته، وقد يكون البنك قد قرر عليه حقا عينيا تبعيا، ومكن دائنيه المرتهنين من هذا الأصل الذي أصبح مرهونا من قبله وقد يؤدي هلاك الأصل أيضا إلى إضعاف هذا الضمان، ومن ثم يؤدي ذلك إلى الإضرار بالدائنين المرتهنين.

إنّ فعالية الملكية كضمان تظهر بشكل واضح من خلال تفادي البنك المؤجر لأية مزاحمة من قبل دائني المؤسسة المستأجرة، إذ يستبعد هؤلاء بصفة مطلقة من التنفيذ على الأصل المؤجر، لأنه ليس ملكا لمدينهم، بل هو

1- المادة 39 الفقرة من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري.
2- المادة 33 من نفس الأمر.
3- المادة 35 من نفس الأمر.
4- المادة 36 من نفس الأمر.

مجرد حائز مستأجر، فالبنك يمكنه التصدي بفعالية لأي ادعاء من جانب الغير بأحقيته على الأصل. ولذلك كله تم الإجماع على أن الملكية تمثل الضمان الحقيقي ضد مخاطر إعسار المؤسسة المستفيدة، وإخلالها بالتزامها بالوفاء بالأجرة. وأكثر من ذلك، حيث أنه في حالة إفلاس المستأجر، يكون للمؤجر امتياز قانوني يستطيع من خلاله أن يمتاز على الدائنين الآخرين للمستأجر، وذلك بعدم تمكينهم من متابعة الأصل المؤجر، مهما كان وضعهم القانوني.

كما تظهر فعالية هذه الآلية من خلال ما منحه المشرع من امتيازات قانونية للمؤجر، وما نص عليه من التزامات تقع على عاتق المستأجر كلها تصب في مصلحة المؤجر، وتحميه من المخاطر التي تحيط بهذه العملية التمويلية، التي تكيف على أنها حق ملكية وضمان في آن واحد.

إن آلية حق الملكية كضمان رغم اختلاف تكييفها كحق عيني تبعي من جهة وإمكانية اعتمادها كآلية لحماية البنك من مخاطر تمويل المؤسسة من جهة ثانية، إلا أنه يمكن القول أنها آلية ضمان بمفهومه الواسع، إلا أنها لا تحقق الحماية الكافية من خطر عدم التسديد لإمكانية تعرض الشيء المؤجر للتلف أو الاهتلاك هذا يؤدي إلى نقص قيمتها، وهذا هو محل خطر اعتماد حق الملكية كضمان فبين فترة منح الشيء المؤجر واسترجاعه تحدث مستجدات قد تجعل المؤسسة غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها أو تعرض العين المؤجرة لخطر الاهتلاك الكلي أو الجزئي أو ظهور آلات جديدة منافسة بمواصفات عالية الجودة تجعل تأجير الآلات القديمة مرة أخرى أو بيعها أمر غير ممكن، هذا قد يعرض البنك المؤجر لخسائر فادحة إذا لم يحسن استغلال هذه الآلية (الاعتماد الايجاري) على أحسن ما يرام من حيث الشراء وأقساط الايجار وفترة التأجير وإمكانية التأجير للعين المؤجرة عدة مرات وإمكانية تصريفها وذلك ببيعها في نهاية المطاف، ولكن لا يتأتى له ذلك إلا بمواكبة التطور في مجال التكنولوجيا بشراء آلات عالية الجودة والتقنية وتكون اقتصادية وسريعة وقوية وذات قطع غيار متوفرة، أما بالنسبة للعقارات فتكون متينة ومبنية على المقاييس العالمية بأدوات بناء حديثة دون إهمال لموقعها الاستراتيجي فذلك يساعد على نجاح المشروع

أي للمؤسسة ومن ثم الإقبال على تأجير مثل هذه العقارات وبأسعار عالية.

والالتزامات القانونية الملقاة على عاتق المؤجر تمثل إحدى سلبيات التمويل عن طريق الاعتماد الايجاري[1].

1- المادة 38 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري.

وإذا أتينا للمقارنة وفق معيار التكلفة نجد أن آلية التمويل عن طريق الاستئجار تعتبر جد مكلفة إذا ما قورنت بالاقتراض أو التمويل المختلط، وذلك راجع إلى أن المستأجر يتحمل كل النفقات المترتبة على الحصول على التجهيزات والتي تتمثل في ثمن الشراء، وأقساط التأمين، والصيانة، إضافة إلى هامش الربح الذي يطلبه المؤجر دون أن يكون المستأجر مالكا لها، كما أن هذا الأخير يتحمل أيضا خسارة القيمة المتبقية في حالة خياره بالشراء في نهاية عقد الإيجار. والعامل الذي ساهم في ارتفاع تكلفة الائتمان الايجاري هو أنه يمول إجمالي المشروع، في حين لا يمول القرض سوى 80 بالمائة منه.

المبحث الرابع: الضمان المالي

إن استفادة المؤسسات المصغرة والصغيرة والمتوسطة من التمويل أمر صعب المنال، لأن البنك لديه شك في قدراتها وإمكاناتها، وهذا لضعف قاعدتها المالية والإدارية، وعدم توفرها على ضمانات كافية لتغطية المخاطر. ونظرا لأهمية هذا النوع من المؤسسات في إنعاش الاقتصاد الوطني وامتصاص شبح البطالة وكذا تحقيق التنمية الاقتصادية، لجأت الدولة إلى ما يسمى بالضمان المالي، أي صناديق الضمان، التي هي ضمانات قانونية، من خلالها تم تأسيس مجموعة منها، منها ما يضمن خطر القرض غير المسدد من طرف الشباب المستثمر في إطار الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب[1]، ومنها ما يضمن القروض الممنوحة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة[2].

ويتضمن الضمان المالي فكرة الحماية، حماية البنك المموِل في حالة وقوع خطر الإعسار أو عدم الدفع عند حلول أجل الاستحقاق.

فالضمان المالي يتحمل جزء من الخطر الذي قد يقع على البنك جراء عملية التمويل، وبالتالي فهو يعطيه ثقة أكبر في القيام بهذه العملية، دون تردد أو إحجام.

1- الوكالة أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-296 المؤرخ في 8سبتمبر1996، الجريدة الرسمية، العدد52، لسنة 1996.
وهذه الوكالة منذ إنشائها في سبتمبر 1996 إلى سنة 2016 مولت أكثر من 370ألف مؤسسة، فيما تجاوز سقف التمويل في 6 أشهر الأولى من سنة 2016 عتبة 10 ملايير دينار. وخلال الفترة الممتدة ما بين جانفي ونهاية ماي 2016، تم تمويل 6859 مشروعا لإنشاء مؤسسات مصغرة. وتم تسخير قيمة إجمالية بـ292 مليار دينار ما بين 1996 ونهاية 2015. عن جريدة الخبر اليومية، العدد8420، الصادر في 4فيفري 2017، ص15.

2- - القانون رقم 01-18 المؤرخ في 12ديسمبر2001، المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية، العدد 77، المؤرخ في 15 ديسمبر 2001. المعدل والمتمم بالقانون رقم 17-02 المؤرخ في 10جانفي 2017، المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية، العدد02، المؤرخ في 11جانفي 2017.

والضمان المالي له الأولوية في استيفاء حقوقه، دون أن يكون هناك أي احتجاج من الغير بمرتبة الامتياز في مواجهة هذا الضمان، كما هو معمول به في إطار الضمانات التقليدية.

سنعالج هذا المبحث من خلال التطرق لأطراف الضمان المالي، وكيفية تحقيق الضمان للبنوك المموِلة، وأخيرا تقييم مدى فعالية هذا النوع من الضمانات.

المطلب الأول: أطراف الضمان المالي

يضم الضمان المالي ثلاثة أطراف، المؤسسة التي صدر الضمان لصالحها، والبنك المستفيد من الضمان، والمؤسسة مانحة الضمان.

الفرع الأول: المؤسسة التي صدر الضمان لصالحها

يعتبر قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إحدى القطاعات التي لها القدرة للمساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية لأي دولة، فعلى المستوى الوطني، تساهم هذه المؤسسات في رفع الناتج الوطني وزيادة الاستثمارات وكذا النشاط الاقتصادي، بجانب قدرتها على توفير فرص العمل وزيادة الدخل لأصحابها.

وعلى هذا الأساس، سارعت الدول إلى إنشاء وتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودعمها في مختلف الجوانب، خاصة التمويلية منها، وهذا بهدف تحقيق الأهمية الاقتصادية المنشودة من مثل هذه المؤسسات وتعظيم منفعتها في مختلف الميادين، وبصفة خاصة في مجال القضاء على البطالة.

وتعتبر إشكالية التمويل إحدى أكبر العقبات التي تواجه أصحاب هذه المؤسسات خاصة أثناء فترة الإنشاء، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى عزوف البنوك على منح الائتمان لمثل هذا النوع من القطاعات، لأن ذلك راجع بالدرجة الأولى لعدم توفر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على ضمانات كافية بهدف الحصول على القروض من البنوك.

وبهدف ترقية وتنمية هذا القطاع في الجزائر تم إنشاء هياكل ومؤسسات خاصة بدعم وتنمية وترقية هذا القطاع.

أولا: التعريف بهذا النوع من المؤسسات

هناك عدة معايير وضعها المشرع يمكن اعتمادها للتعريف بهاته المؤسسات. تتمثل في معيار الكم، ومعيار النوع، والمعيار الجامع.

1- معيار الكم والنوع[1]

يخص مجموعة من المؤشرات التقنية والاقتصادية، تتمثل في اليد العاملة ورقم الأعمال والحصيلة السنوية. لكنها غير كافية لافتقادها للدقة والحصر.

لذا تم اللجوء إلى معيار النوع، حيث يحدد حجم المؤسسة انطلاقا من نوع النشاط والملكية والاستقلالية.

2- المعيار الجامع

المؤسسات الصغيرة والمتوسطة هي التي توظف أقل من 250عاملا، حيث أن عدد العمال يجب أن يوافق عدد وحدات العمل السنوية، أي عدد العاملين الأجراء بصفة دائمة خلال سنة واحدة[2]. وأن رقم أعمالها السنوي لا يتجاوز2مليار دينار جزائري، أو أن مجموع حصيلتها السنوية لا تتجاوز 500 مليون دينار جزائري[3]. وهذا النوع من المؤسسات يتمتع بالاستقلالية، وذلك بألا يكون رأسمالها أو أن حقوقها محجوزة من قبل مؤسسة أو مجموعة مؤسسات أخرى بنسبة 25% أو أكثر[4]. وأنها تضطلع بنشاط إنتاج السلع و/أو الخدمات.

من هذا المنطلق تعرف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة على أنها: "مؤسسة إنتاج السلع و/أو الخدمات، تشغل من 1إلى 250شخصا، لا يتجاوز رقم أعمالها السنوي 2 مليار دينار، تستوفي معايير الاستقلالية "[5]. وعلى هذا الأساس تعرف:

- المؤسسة المتوسطة بأنها مؤسسة تشغل ما بين 50 إلى 250 شخصا، ويكون رقم أعمالها ما بين 200 مليون ومليارى دينار أو يكون مجموع حصيلتها السنوية ما بين 100 و500 مليون دينار[6].

1- المادة 4 من القانون التوجيهي رقم 01-18 المتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2- المادة 04 الفقرة 01 من نفس القانون التوجيهي رقم 01-18 المعدل والمتمم بالقانون رقم 17-02.
3- مجموع الحصيلة هي تلك المتعلقة بآخر نشاط مقفل مدة 12 شهرا. المادة 4، 2- من نفس القانون التوجيهي رقم 01-18.
4- المادة 04 الفقرة 03 من نفس القانون التوجيهي رقم 01-18.
5- المادة 4 السالفة الذكر.
6- المادة 5 من نفس القانون التوجيهي 01-18 السالف الذكر.

- المؤسسة الصغيرة هي مؤسسة تشغل ما بين 10 إلى 49 شخصا، ولا يتجاوز رقم أعمالها السنوي 200 مليون دينار أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية 100 مليون دينار[1].
- المؤسسة المصغرة هي مؤسسة تشغل من 1 عامل إلى 9 عمال وتحقق رقم أعمال أقل من 20 مليون دينار، أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية عشرة ملايين دينار[2].

إنّ رقم الأعمال ومجموع الحصيلة السنوية قابلان للمراجعة، حسب التغيرات المالية والاقتصادية، والتغيرات التي تطرأ على سعر الصرف[3].

وعن المؤسسات المؤهلة للاستفادة من الضمان المالي[4]، يمكن لجميع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الاستفادة من هذا الضمان، حيث أن الأولوية موجهة للتي تستثمر في مشاريع إنتاج سلع وخدمات لا يتم إنتاجها في الجزائر، وتحقق قيمة مضافة ومعتبرة، تساهم في تقليص الواردات أو في تنمية وزيادة الصادرات، تسمح باستعمال الموارد الطبيعية المتاحة بالجزائر، والتي تشجع تحويل المواد الأولية المحلية، وهي بحاجة إلى حجم تمويل يتناسب مع عدد مناصب الشغل المستحدثة، تستخدم أيدي عاملة من الشباب ذوي الكفاءات المتخرجة من مراكز التكوين والتمهين أو الجامعات والمعاهد، وتساهم في عملية الابتكار والتطوير، دون أن ننسى الشباب المستثمر في إطار الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب[5].

1- المادة 6 من نفس القانون.

2- المادة 7 من نفس القانون.

3- القانون رقم 17-02 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المذكور أعلاه، أصبح ينص على:

- المؤسسات الصغيرة والمتوسطة رقم أعمالها لا يتجاوز 4ملايير دينار، أو مجموع حصيلتها السنوية 1مليار دينار.
- المؤسسة المتوسطة رقم أعمالها بين 400ومليون دينار، أومجموع حصيلتها السنوية ما بين 200مليون إلى1مليار دينار.
- المؤسسة الصغيرة رقم أعمالها لا يتجاوز 400 مليون دينار، أومجموع حصيلتها السنوية لا يتجاوز 200مليون دينار.
- المؤسسة الصغيرة جدا رقم أعمالها السنوي أقل من 40مليون دينار، أو مجموع حصيلتها السنوي لا يتجاوز 20مليون دينار.

4- محمد زيدان، الهياكل والآليات الداعمة في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر، ملتقى الشلف،2006.

5- الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب تمول المؤسسات المصغرة وفق ثلاثة أشكال:

- التمويل الخاص، في هذه الحالة يكون التمويل ذاتيا، أي أن رأس مال المؤسسة ملكا لصاحبها، والوكالة تساهم من خلال تقديمها لإعانات جبائية وشبه جبائية.
- التمويل الثنائي، في هذه الحالة يكون رأس مال المؤسسة مساهمة مالية من قبل صاحب المؤسسة مع قرض بدون فائدة من الوكالة. الطاهر بن يعقوب، آمال مهري، مداخلة: تقييم نتائج الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، جامعة سطيف، 11-12 مارس 2013، ص. 08-09.
- التمويل الثلاثي، هنا رأس المال يتكون من ثلاث مساهمات، مساهمة من صاحب المؤسسة والوكالة، مضافا إليها قرض بنكي تتولى الوكالة تغطية جزء من الفائدة المفروضة على القرض. للاطلاع على ذلك، أنظر المرسوم التنفيذي رقم 96-296 السالف الذكر، المتضمن الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب. ومنصور بن عمارة، المؤسسات المصغرة ودور البنوك في تمويلها، الدورة التدريبية حول: تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتطويرها، سطيف، 25-28 ماي 2003.

الفرع الثاني: البنك المستفيد من الضمان

لم يأت المشرع بتعريف للبنك، وإنما بين الشكل الذي يمكن يتخذه، والعمليات التي يمكن أن يقوم بها. حيث نص على أن البنوك والمؤسسات المالية تؤسس على شكل شركات مساهمة، ويمكن أن تتخذ شكل تعاضدية[1]. وأنها مخولة دون غيرها بالقيام بجميع العمليات التي تتضمن تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض التي هي وضع أموال تحت تصرف شخص طبيعي أو معنوي، أو عبارة عن إيجار مقرون بحق الخيار بالشراء، أي عملية القرض الإيجاري[2].

البنك هو المنشأة التي تقوم بعملية الوساطة المالية، فهي تقبل الودائع تحت الطلب أو لأجل من الأفراد والمؤسسات، ثم تستخدم هذه الودائع في منح القروض[3].

والبنوك لها عدة تقسيمات، نركز على التقسيم الحديث، الذي يصنفها إلى بنوك متخصصة وبنوك شاملة، وإلى بنوك كلاسيكية وأخرى إسلامية[4].

بعد البداية المحتشمة، والتي يسودها الشك والتخوف من هذا النوع من المؤسسات تم الاتفاق مع ثلاث مؤسسات بنكية هي، القرض البنكي الجزائري وبنك التنمية المحلية والبنك الوطني الجزائري، يقضي هذا الاتفاق بمنح قروض بنكية لهاته المؤسسات ورفع السقف الأعلى لقيمتها، دون إغفال مساهمة أصحاب المشاريع بنسب محددة من 5% إلى 10% من تكلفة هذه المشاريع[5].

ليؤكد المدير العام لضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أن هناك 2000 مؤسسة على الساحة الاقتصادية لاستثمار 150 مليار دينار، وذلك بموجب 15 اتفاقية مع البنوك[6].

1- المادة 83 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

2- المواد 66و68 من نفس الأمر.

3- شاكر القزويني، المرجع السابق، ص 24.

4- البنوك المتخصصة والبنوك الشاملة، الأولى هي البنوك التي تتخصص في منح الائتمان لنوع محدد من النشاط الاقتصادي دون غيره. ومن مبررات التخصص، التقليل من مخاطر الائتمان بفضل اقتصار التمويل على قطاع معين. أما الثانية فهي التي توجه الأموال إلى مختلف الأنشطة الاقتصادية، والتنويع في ذلك يجعل لها إمكانية مواجهة المخاطر.

البنوك الكلاسيكية والبنوك الإسلامية، فالأولى تمنح قروضا وتفرض عليها سعر الفائدة، بينما الثانية هي بنوك حديثة النشأة لا تتعامل بالفائدة، بل لها أدوات ائتمانية أخرى، كالشراكة والمرابحة والمضاربة والايجارة. أحمد بلودنين، الوجيز في القانون البنكي الجزائري، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2009، ص11. وحميد قطوش، المرجع السابق، ص9و12.

5-Kamel benkaldi, L'ANSEJ signe de nouvelles conventions, journal El watan ,25 octobre 2003. P5.

6- تصريح من المدير العام عبد الرؤوف خالد، الإذاعة الوطنية، القناة الأولى، 31-01-2017، الواحدة زوالا.

الفرع الثالث: المؤسسة مانحة الضمان

نظرا لتخوف البنوك في تمويل المؤسسات المصغرة والصغيرة والمتوسطة، كان لزاما على السلطات العمومية التفكير في ضمانة قانونية متأتية من الغير، تشجع البنوك على تمويل هذا القطاع، وبالفعل تم تكريس ذلك، من خلال تأسيس مجموعة من مؤسسات الضمان، يتمثل دورها في تقديم ضمان مالي للمُمَوِلين.

منها ما يضمن خطر القرض الموجه للشباب المستثمر، يتمثل في صندوق الكفالة المشتركة، ومنها ما يضمن القروض الموجهة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وذلك من خلال صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وكذا صندوق ضمان قروض استثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

أولا: صندوق الكفالة المشتركة[1]

رافق إنشاء الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب إنشاء صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض، كجهاز مكمل لعمل الوكالة، وهذا بهدف تذليل العقبات التمويلية التي تقف وراء حصول أصحاب المؤسسات المصغرة على تمويل لازم سواء لإنشاء أو توسيع نشاط مؤسساتهم، حيث كما ذكرنا سابقا فإن إشكالية عدم توفير الضمانات من طرف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تعتبر أهم عقبة تمويلية في سبيل تقديم البنوك والمؤسسات المالية القروض.

يحدث صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض الممنوح إياها للشباب ذوي المشاريع، وقد وضع الصندوق تحت وصاية الوزير المكلف بالتشغيل، أما مقره فيكون لدى الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، لكي يؤدي الصندوق مهامه التي أنشئ من أجلها، ولا تكون له تبعية للإدارة الوصية[2].

1- تم إحداث الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-200 المؤرخ في 09جوان 1998، المتضمن إحداث صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض الممنوح إياها للشباب وتحديد قانونه الأساسي، الجريدة الرسمية، العدد42، المؤرخ في 14جوان 1998، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03-289 المؤرخ في 06سبتمبر2003، الجريدة الرسمية، العدد 54، المؤرخ في 10سبتمبر 2003.

2- المواد 1و2 من المرسوم التنفيذي رقم 98-200 المتعلق بصندوق الكفالة المشتركة، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 03-289 المذكوران سابقا. والطاهر بن يعقوب، أمال مهري، المرجع السابق، ص12.

أمّا عن موارده[1] فتتكون من مساهمة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، ومن مساهمة الخزينة العمومية، والاشتراكات المدفوعة للصندوق من مؤسسات القرض المنخرطة، وعائد التوظيفات المالية من أموال الصندوق الخاصة والاشتراكات المحصلة، الهبات والوصايا والإعانات المخصصة للصندوق، ولا يمكن للصندوق أن يلجأ إلى تسهيلات مصرفية إلا عند الحاجة، ولا يعد ذلك مصدرا تمويليا، لكن إذا اختل التوازن المالي للصندوق أجاز المشرع للمنخرطين ضخ مبالغ مالية مستمدة من أموالهم الخاصة لتجاوز العجز[2].

أمّا عن إدارة الصندوق[3]فهي مسندة لمجلس إدارة يتكون أعضاؤه من ممثلين عن المساهمين في رأس المال، بالإضافة إلى ممثلين عن كل من وزارتي المالية والتشغيل، وعهدة المجلس محددة بثلاث سنوات، مع إمكانية التجديد. ولقد تم إسناد مهام تسيير الصندوق للمدير العام للوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب بمساعدة أمانة دائمة[4].

ولقد ألزم المشرع كل من الشباب المستثمر والبنوك القائمة على عملية التمويل الانخراط ضمن الصندوق حتى تكون هناك استفادة، فالأول يستفيد من التمويل، والثانية تستفيد من الضمان.

فتطرق المشرع للالتزام الملقى على عاتق الشباب المستثمر، حيث نص على أنه يجب على الشباب ذوي المشاريع الانخراط في الصندوق لضمان الأخطار المحيطة بالقروض الممنوحة له، بدفعه حقوق الاشتراك فيه، ويضمن الصندوق لدى البنوك القروض التي تمنحها للشباب أصحاب المشاريع[5]. وأما ما يتعلق بمقدار الانخراط وطريقة تسديده، فمتروك لمجلس إدارة الصندوق[6]. لتمنح للشاب وثيقة الانخراط، التي من خلالها يمكن إثبات وفاء المستثمر بمبلغ الاشتراك.

والبنوك هي كذلك ملزمة بالانخراط في الصندوق مقابل دفع اشتراكاتها لهذا الأخير، لتستفيد منه في الحماية من أخطار القروض الممنوحة للشباب أصحاب المشاريع.

1- المواد 10و11 من نفس المرسوم.
2- المادة 10 من المرسوم التنفيذي المعدل والمتمم رقم 03-289 المذكور أعلاه.
3- المواد 11و12 من المرسوم التنفيذي رقم 98-200 المذكور سابقا.
4- المادة 6 من نفس المرسوم.
5- المادة 7 من نفس المرسوم.
6- المادة 9 من نفس المرسوم.

ثانيا: الصندوقان المخصصان لضمان القروض الموجهة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة[1]

إنّ مساهمة البنوك في عملية التمويل مرتبط بالضمانات المقدمة، وللنهوض بهذا النوع من المؤسسات فقد تدخل المشرع لضمان القروض الموجهة إليها عبر صندوق ضمان قروض استثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وصندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

1- صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة[2](FGAR)

يعتبر من أهم الأدوات المالية المتخصصة لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تضطلع بمهمة معالجة أهم المشاكل التي تعاني منها هذه المؤسسات والتي تتمثل في الضمانات الضرورية للحصول على القروض البنكية. وهو مؤسسة عمومية هدفها ضمان القروض الضرورية للاستثمارات التي يجب على هذا النوع من المؤسسات أن تنجزها طبقا لما هو محدد في قانونها التوجيهي[3]. وهو خاضع لوصاية وإشراف الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة[4].

وكما أشرنا سابقا فالصندوق مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، يديره مدير عام، ويسيره مجلس إدارة يتكون من ممثلي بعض الوزارات وممثل عن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة[5].

والمشرع لم يستثن أي قطاع للخدمات والإنتاج من نطاق ضمان هذا الصندوق، بل أن المجال مفتوح لجميع المؤسسات، ومهما كان نوع القطاع.

هذا الصندوق يتكون من أموال خاصة وإعانات الدولة وقروض ممنوحة له، ولعل ما يشجع البنوك على الإقدام على تمويل هاته المؤسسات، هو ملكية الدولة لهذا الصندوق التي يفترض فيها الملاءة، هذا جانب،

1- المادة 14 من القانون التوجيهي رقم 01-18 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة:" تنشأ لدى الوزارة المكلفة بالمؤسسات والصناعات الصغيرة والمتوسطة صناديق ضمان القروض، وفقا للتنظيم المعمول به، لضمان القروض البنكية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة. . . ".

2-المرسوم التنفيذي رقم 02-373 المؤرخ في 11نوفمبر2002 المتضمن إنشاء صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتحديد قانونه الأساسي، الجريدة الرسمية، العدد74، المؤرخ في 13 نوفمبر2002.

3- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 02-373 المذكور أعلاه.

4- المادة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

5- المواد 10و12و21 من نفس المرسوم التنفيذي.

والضمانات التقليدية التي يمكن أن تقدمها المؤسسات المموَلة، من جهة ثانية، هذا يشكل ضمانا قويا يدفع البنوك للإقدام على تمويل المشاريع الصغيرة والمتوسطة.

2- صندوق ضمان قروض استثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة[1](CGCI)

الصندوق شركة ذات أسهم، مقره بمدينة الجزائر، هدفه ضمان تسديد القروض البنكية التي تستفيد منها استثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المنتجة للسلع والخدمات، وقد تم تحدد مستوى الضمان بـ 50مليون دينار كحد أقصى. كما أقصى المشرع بعض القروض من الضمان، وهي الموجهة لقطاع الفلاحة والنشاطات التجارية وكذا قروض الاستهلاك[2].

المعني بالانخراط في هذا الصندوق هو البنوك، وهذا حسب الشروط التي تحددها الجمعية العامة للصندوق[3].

وتجدر الإشارة إلى أن الصندوق يتكون من جمعية عامة ومجلس إدارة[4]، الأولى تتشكل من، وزير المالية أو ممثله ووزير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة أو ممثله ورئيس مجلسها الوطني الاستشاري كملاحظ وممثل عن كل بنك مساهم في الصندوق. المجلس يتكون من، وزير المالية أو ممثله رئيسا والوزير المكلف بالمؤسسات والمدير العام للخزينة وممثلين للبنوك ينتخبان لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

المطلب الثاني: تحقيق الضمان لصالح البنوك

إن تدخل صندوق الكفالة لتحقيق الضمان مرهون بتحقق الكارثة، التي لن تكون كافية ما لم تسبقها واقعة عدم الوفاء بأقساط الائتمان. وبالنسبة لصندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة فالضمان متوقف على تحقق الكارثة ولكن وفقا لاتفاقيات الشراكة بين البنك المقرِض والصندوق الضامن. وأما ما يخص صندوق ضمان استثمارات هاته المؤسسات فالتزامه بالضمان يكون في حال تحقق الخطر المضمون بعد إعسار هاته الأخيرة، إعسارا معلنا أو مفترضا.

1-المرسوم الرئاسي رقم04-134المؤرخ في 19أفريل 2004المتضمن القانون الأساسي لصندوق ضمان قروض استثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخ في 28 أفريل 2004.

2-المواد من 2إلى 5 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المذكور أعلاه.

3- المادة 8 من نفس المرسوم.

4- المواد 21و22و23 من نفس المرسوم.

الفرع الأول: على مستوى صندوق الكفالة المشتركة

إن تدخل الصندوق مرهون بوقوع النكبة، التي هي عدم وفاء الشاب المستثمر بثلاثة أقساط متتالية ومستحقة الدفع، وهو ما يعرف بحالة الإعسار المفترض، مع التزام البنك بإجراء الإخطار[1]، أي إخطاره لصندوق الكفالة المشتركة. وبعد انقضاء مهلة شهر من عدم الدفع، يتم انتقال ممثل عن البنك المموِل وممثل عن الصندوق على مستوى المقر الاجتماعي للمؤسسة المموَّلة. مع تحرير محضر يثبت واقعة عدم الدفع ممضى من ممثل البنك وممثل الصندوق، ليتم إرسال ذلك إلى المقر الرئيسي للصندوق بالعاصمة.

هذه الإجراءات الأولية فيها أمل في وجود حلول ودية ترضي كل الأطراف، كإمكانية اللجوء إلى إعادة جدولة الديون أو التعويم[2].

ولكن إذا تم التأكيد على وجود عدم القدرة على الوفاء، وبناء على تعجيل البنك[3]، يقوم الصندوق بتغطية الديون المستحقة، من أصل الدين والفوائد، في حدود70% من مجموعها[4].

ومعالجة الملف تكون عن طريق لجنة الضمان، التي يتم تعيينها من قبل مجلس الصندوق[5]، وذلك بعد وصول الملف لهذا الأخير، فإذا استوفى جميع الشروط المطلوبة، وخاصة مطابقته للاتفاقية، يتم تصفيته خلال أجل أقصاه 3 أشهر من تاريخ تقديم الطلب. حيث يتم تغطية الخطر في حدود 70%، تشمل أصل الدين والفوائد، دون إلزام البنك بضرورة تحصيل الضمانات العينية و/أو الشخصية كشرط قبل تحقيق وفاء الصندوق بالضمان[6]. وهذا

1- المادة 4 من المرسوم التنفيذي 98-200 المعدَّل والمتمَم.

2- جدولة الديون هي تسوية يقدم فيها كل طرف تنازلات وصولا لحل ودي. وذلك من خلال منح المؤسسة المتعثرة أجلا آخر للوفاء بالتزاماتها، كأفضل حل من شهر إفلاسها، باعتباره أكثر حفظا لحقوق البنك، لأن التصفية قد لا تفي بكل الدين، بالإضافة إلى ذلك فإن التفليسة يدخلها كل دائن، ومنه إمكانية اللجوء لإجراء قسمة الغرماء. أما التعويم فهو عملية منح ائتمان آخر للمؤسسة من أجل تمكينها من إعادة ممارسة نشاطها بشكل جدي. على اعتبار أنه بدون التمويل الإضافي يتعذر استرداد القرض الأصلي. لأن المؤسسة تكون في حالة ضائقة مالية. وفي هذه العملية يجب على البنك أن يأخذ ضمانات إضافية إلى جانب الضمانات الأصلية المقترنة بالقرض الأصلي. فريد راغب النجار، إدارة الائتمان والقروض المصرفية المتعثرة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، ص 20 إلى 41.

3- المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 89-200 المعدل والمتمم.

4- المادة 4 من نفس المرسوم، كانت تنص على تغطية الصندوق لأصل الدين فقط. لكن في ظل المرسوم التنفيذي رقم 03-289 المشار إليه سابقا أصبح ينص على أن التغطية تشمل أصل الدين والفوائد. وهذا فيه تحفيز للبنوك من أجل منح مزيد من القروض للشباب المستثمر.

5- المادة 20 من نفس المرسوم أعلاه.

6- في ظل المرسوم رقم 98-200، وفي مادته 4 كان الصندوق يلزم البنوك أن تقوم أولا بتحصيل الضمانات العينية و/أو الشخصية الممنوحة له من طرف هاته المؤسسات قبل تدخله لتحقيق الضمان، لكن بعد التعديل، وفي ظل المرسوم رقم 03-289 في مادته 5فقرة2، لم يعد الصندوق يلزم البنوك بضرورة تحصيل الضمانات قبل التماسها تدخل الصندوق لتحقيق الضمان.

ما يعني لجوء الصندوق إلى فكرة الحلول الشخصي[1]، حيث يحل الصندوق محل البنك للقيام بتحقيق التأمينات في حدود تغطية الخطر، أو الحلول في مبلغ التأمين على الأخطار لدى المؤمِن. هذا إن دلّ على شيء إنما يدل على ذلك التكامل بين الضمانات التقليدية والتأمين من جهة، والضمان الذي يقدمه صندوق الكفالة من جهة أخرى، من أجل تحقيق ضمان قوي وفعال في مواجهة مخاطر تمويل هذا النوع من المؤسسات[2].

من هذا نستخلص أن صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض، أنشئ أساسا لتكملة عمل الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، حيث نلاحظ أن مقر عمل الصندوق يكون داخل الوكالة، ويسير من طرف مدير الوكالة، كذلك فإن الصندوق لا يضمن إلا القروض للمشاريع التي تمت المصادقة عليها من طرف الوكالة، حيث أن مساهمة أصحاب المشاريع في الصندوق تعتبر أحد الشروط الأساسية للحصول على الدعم والمزايا التي تقدمها الوكالة، مع تقديمهم ضمانات تقليدية للبنك الممول، وكذا التأمين على الأخطار التي يمكن أن تؤثر على المشروع.

الفرع الثاني: على مستوى صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة[3]

يتميز هذا الصندوق بخصائص معينة في طريقة منحه للضمان، وكذا في تغطيته للقروض[4]. حيث يغطي نسبة معينة منها. فهو يمنح ضمانات لصالح مؤسسات لا تملك ضمانات تقليدية أو لديها ضمانات ولكنها غير كافية لتغطية مبلغ القرض الذي تحتاجه. أما عن مدة الضمان فهي محددة بـ 7 سنوات على أكثر تقدير. وفي حالة عدم قدرة المؤسسة على تسديد المبلغ المقترض في ميعاد الاستحقاق، يقوم الصندوق بتعويض البنك حسب

1- – المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 03-289 المذكور سابقا.

2- المادة 3فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 98-200 تنص: "يكمل ضمان الصندوق، الضمان الذي يقدمه المنخرط المقترض إلى البنك أو المؤسسة المالية في شكل تأمينات عينية و/أو شخصية ".

3- هناك الكثير من أصحاب المؤسسات لهم مشاريع استثمارية ولكن لا يتوفّرون على الضمانات العينيّة وللخروج من هذه الإشكالية وضعت الدولة الصندوق الذي هو ضمان مالي للبنوك حيث هذه الأخيرة تدفع من 70 إلى 80% كتمويل وتبقى على المستثمر 30 إلى 20% مع تقديم تجهيزيات الإنتاج كضمان وقيمة الضمان بالنسبة للبنك تتراوح بين 10 إلى 80%، حيث تقدّر قيمة الضمان 100 مليون دينار جزائري فتكون تغطية الضمان بمقدار أكبر كلّما كانت المؤسسة مهمّة من حيث الاستثمار وخلق مناصب الشغل وتنقص قيمة الضمان إذا كان عكس ذلك. فالصندوق يعوّض البنك عند حدوث خطر عدم التسديد من طرف المؤسسة بنسبة 40% من قيمة القرض والباقي يتمّ تعويضه بعد الحجز على وسائل المؤسسة وبيعها بالمزاد. ولقد حدّدت إحصائية المؤسسات التي استفادت من الضمان منذ انشاء الصندوق حوالي2000 مؤسسة صغيرة ومتوسطة ففي سنة 2016 تمّ ضمان حوالي 270 مؤسسة وفي 2017 إلى غاية 30 أفريل تم ضمان أكثر من 100 مؤسسة. عبد الرؤوف خلف المدير العام لصندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق.

4- إلياس عقال، كريمة حبيب، زقرير عادل، مداخلة حول: دور صندوق ضمان القروض في إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، ملتقى وطني، جامعة الوادي، الجزائر، يوما 5و6 ماي 2013، ص4.

نسبة الضمان المتفق عليها سلفا، وهذا يكمل الضمان الذي يحتمل أن تقدمه المؤسسة المقترضة للبنك المقرض على شكل ضمانات عينية و/أو شخصية[1].

فمتى تحققت الكارثة وفقا للاتفاقية المبرمة بين الصندوق والبنك، يلتزم الصندوق بتحقيق الضمان تبعا لذلك. وما هو معمول به في هذا الإطار، هو أن التغطية تكون في حدود 40% والباقي يتم تحصيله من خلال ما في يد البنك من تأمينات والتي من المفروض أن تكون في حدود 60% أو أكثر، وإذا كان هناك فائض في ناتج تحصيل هذه التأمينات، كان ذلك من نصيب الصندوق الضامن[2]. أما إذا كان مبلغ التحصيل غير كاف لتغطية المبلغ المتبقي، أو عدم قدرة البنك على تحصيل هذه الضمانات، وجب على الصندوق التكفل بذلك. ولكن في حدود 80%، علما أن الصندوق يتكفل بضمان أصل الدين دون الفوائد والنفقات والمصاريف التي من الممكن أن تتطلبها عملية تحصيل الديون.

الفرع الثالث: على مستوى صندوق ضمان قروض الاستثمارات للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة

لقد حدد المشرع المخاطر المغطاة من طرف هذا الصندوق، خطر عدم التسديد وحالة التسوية أو التصفية القضائية للمؤسسة المقترضة[3]، فإذا ما تحققت الكارثة، وجب على البنك المقرض التصريح بذلك في أجل أقصاه 2شهرين بعد انقضاء مهلة عدم الوفاء، التي تطابق عدم دفع قسطين من مبلغ القرض. وينقضي التزام الصندوق بالضمان بقوة القانون إذا لم يسع البنك المعني إلى إخطار الصندوق في الأجل المحدد لذلك من مهلة عدم الدفع. وإذا كان هناك سعي واحترام للآجال واتفاقيات الضمان من طرف البنك، ألتزم الصندوق بالضمان لأصل الدين وكذا الفوائد. ولكن في حدود ما نص عليه القانون[4]. وهي نسبة 80% من قيمة الخسارة عندما يتعلق الأمر بقروض ممنوحة عند إنشاء المؤسسة، ونسبة 60% عندما نكون أمام قرض لتوسيع نشاط هاته الأخيرة أو تطويرها أو تجديد تجهيزاتها.

أما فيما يخص مسألة تحقيق الضمانات العينية و/أو الشخصية، فلا يوجد إعمال لآلية الحلول، حيث أن

1- المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 02-373 السالف الذكر.

2- المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 02-373.

3- المادة 13الفقرة 1من المرسوم الرئاسي رقم04-134. وطبقا للمادة 2(موضوع الضمان) من الشروط العامة لصندوق ضمان قروض الاستثمارات للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، فإن التغطية تكون في حالتي الإعسار المعلن والإعسار المفترض للمقترض.

4- المادة 13 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134. والمادة 7 (الحصة المضمونة) من الشروط العامة للصندوق.

البنك هو الذي يقوم بتحصيلها، ويتم توزيع ناتجها حسب نسبة المخاطر والمصاريف التي يتحملها كل من البنك والصندوق[1] (قسمة غرماء). ويتم تسديد مبلغ الضمان بعد 30 يوما من التصريح بالخسائر من طرف البنك[2].

أما عن القروض التي تستفيد من ضمان هذا الصندوق، فهي قروض الاستثمار المادي الذي تكون مدة تسديده الأصلية مساوية لـ 7سنوات أو تقل عنها بما فيها مهلة التأجيل. وكذا الاعتماد الايجاري الذي لا يمكن أن تزيد مدة تسديده الأصلية عن 10عشر سنوات[3].

ولكن قبل هذا كله، هناك إمكانية اللجوء للتفاوض بين الأطراف الثلاثة، الصندوق الضامن والبنك المستفيد والمؤسسة الاقتصادية المضمونة، للوصول إلى حلول ودية ترضي جميع الأطراف. تتمثل في إعادة جدولة الدين المضمون[4]، وذلك عن طريق تمديد أجل الاستحقاق لمدة أطول.

المطلب الثالث: تقييم فعالية الضمان المالي

يمكن طرح الإشكال التالي، ما مدى فعالية الضمان المالي في حماية البنوك من مخاطر القروض الموجهة للمؤسسات المصغرة والصغيرة والمتوسطة؟ من هذا المنطلق يمكن التطرق إلى ما يحظى به هذا النوع من الضمانات من أهمية التي تجعل منه آلية هامة في تحقيق الضمان للمقرض، وإلى النقائص والسلبيات التي تكتنفه تجعل التشكيك في فعاليته قائما.

الفرع الأول: أهمية الضمان المالي

إنّ الضمان المالي آلية تحقق التوازن بين مصالح المؤسسة المقترضة من جهة، والبنك المقرض من جهة ثانية، والصندوق الضامن من جهة أخرى. فمن خلال هاته الصناديق يمكن للمؤسسة أن تستفيد من التمويل، لأن البنوك تقبل على ذلك عندما تجد جهة تضمن مخاطر تمويل هذا النوع من القطاعات، حيث تقدم على تمويلها دون خوف أو تردد، لوجود هاته الآلية التي تتدخل لتغطية الخسائر عند تحقق الخطر. أما الصناديق فهي تستفيد من الاشتراكات التي تدفع لها من أطراف الضمان مقابل استفادتها من هاته العملية.

1- المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134.

2- المادة 16 من نفس المرسوم.

3- المادة 3-2 من الشروط العامة للصندوق.

4- المادة 1 تحت عنوان إعادة جدولة الدين المضمون، الشروط العامة لصندوق ضمان قروض الاستثمارات للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

كما أن لهذه الآلية دور في الحماية من مخاطر القروض التي توجه لهذا النوع من المؤسسات، ألا وهي المصغرة والصغيرة والمتوسطة، ذات الإمكانات البسيطة سواء من حيث قاعدتها المالية أو التسيير الإداري، أو الضمانات التي يمكن أن تتوفر عليها.

أضف إلى ذلك الإجراءات البسيطة، والوقت القصير الذي يمكن من خلالهما تحقيق الضمان، وذلك مقارنة بما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من إجراءات ومدد. فهذا يتناسب مع خاصية السرعة والائتمان التي تميز عالم المال والأعمال، فالوقت هو المال.

كذلك في آلية الضمان المالي نجد تكاثف الجهود في تغطية المخاطر، حيث هنا كأننا أمام كفالة بمعناها الواسع وأمام سياسة توزيع المخاطر. فالمؤسسة تتحمل ذلك من خلال ما تقدمه من ضمانات عينية و/ أو شخصية، والبنك يتحمل نسبة من الخسائر، والصناديق تقوم بتغطية نسبة منها، حسب ما ينص عليه القانون وكذا حسب اتفاقية الشراكة التي تتم بين الأطراف الثلاثة، هذا أفضل وأقل حدة وأخف ضررا من تحمل البنك للمخاطر لوحده.

لأهمية الضمان المالي في تشجيع الاستثمار وتحقيق الضمان، خاصة لفئة الشباب والشباب البطال، تم إنشاء الكثير من صناديق الضمان، فبالإضافة إلى ما تم ذكره سابقا، فقد تم استحداث صندوق الضمان المشترك للقروض المصغرة لضمان القروض البنكية[1]. يغطي الصندوق، بناء على طلب البنوك المعنية باقي الديون المستحقة من الأصول والفوائد عند تاريخ التصريح بالنكبة، وذلك في حدود 85 بالمائة، يحل الصندوق، في إطار تنفيذ الضمان محل البنوك في حقوقها في حدود تغطية الخطر.

الفرع الثاني: محدودية فعالية الضمان المالي

لكن ورغم ما قيل عن أهمية الضمان المالي، فيوجد ما يمكن قوله عن محدودية فعالية هذا النوع من الضمانات، وهذا لما يحيط به من عوامل تجعل التشكيك في فعاليته في تحقيق الحماية القانونية للبنوك من مخاطر التمويل قائما.

1-أنشئ صندوق الضمان المشترك للقروض المصغرة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-16 المؤرخ في 22جانفي 2004.

فهذا النوع من المؤسسات الاقتصادية في الجزائر يعاني من مشاكل عديدة، سواء من حيث قلة موارده أو نقص الخبرة والكفاءة لدى مسيريها أومن حيث ندرة إن لم نقل انعدام ما يمكن أن تقدمه من ضمانات. هذا يجعل إمكانية عدم وفائها بما عليها من مستحقات أمر لا يختلف فيه اثنان، هذا له تأثير بالغ على وضعية البنك المالية[1].

كما أن المؤسسات المصغرة والصغيرة والمتوسطة أصبحت تحظى باهتمام من الجهات الرسمية في الدولة، لما لها من دور فعال في مختلف المجالات. لذلك عادة ما يتم التركيز على إعادة جدولة ديونها أو مسحها[2] أكثر من الاهتمام بتحصيل البنوك لمستحقاتها غير المسددة التي تعد بالملايير. هذا يزيد من أعباء البنوك ويجعل شكه وتخوفه من تمويل هذا النوع من المؤسسات في محله.

وهذه الصناديق عبارة عن شركات أو مؤسسات تخضع للقانون التجاري[3]، ومنه إمكانية مرورها بأزمة مالية خانقة وارد، هذا يشكل عبئا آخر على البنك الممول، فإن حدث ذلك فإنه لا يمكنه استرجاع أمواله، التي ما كان ليغامر بها لولا وجود الضمان المقدم من هاته الصناديق.

1- حيث أشارت إحصائية إلى أن 2000 مؤسسة صغيرة ومتوسطة استفادت من 150مليار دينار، بموجب 15 اتفاقية مع بنوك وطنية، وأن نسبة توقف النشاط لدى مشاريع (أنساج) حوالي 10 بالمائة، مقابل معدلات تتراوح ما بين 20و30 بالمائة، كما أن الأموال التي تخرج من البنوك في إطار تمويل المشاريع ولا تعود، تعد بالملايير، حيث أشارت إحصائية أنّ القروض غير المسترجعة بلغت حوالي 81 مليار دولار، أي ما يمثّل 10% من إجمالي القروض الممنوحة في 10 سنوات الماضية وقد تمّ فرض اللجوء إلى القضاء لمباشرة تحصيل هذه الديون المتعثّرة لدى أشخاص طبيعيين أو شركات، ويأتي هذا الإجراء بعد فشل التحصيل الودي وتتمّ هذه الإجراءات من أجل تحصيل الديون كما يلي:

- توجّه رسالة تذكير إلى العميل المتعثّر بوصول موعد استحقاق الديون، وإذا لم يتمّ التسديد يقوم البنك بإرسال إنذار أول الذي فيه مهلة 15 يوم لدفع الأقساط مع غرامة التأخير.
- في حالة عدم الاستجابة لذلك يرسل البنك إنذارا ثانيّا وفي حالة فشل ذلك ينتقل الملف إلى القضاء.
- في حال عدم استجابة العميل للإنذار الثاني يقوم البنك بتحرير محضر معاينة سبب عدم الدفع. فإذا كان السبب يعود للمقترض يقوم البنك بتكوين ملف وتقديمه إلى العدالة من أجل التحصيل القضائي، وإذا كان السبب يعود لظروف خارجية يتمّ احجز على ممتلكاته وكذا الضمانات المقدمة وفق إجراءات قانونية عن طريق استصدار أمر قضائي.
- للمدير المتابع أن يطلب إعادة جدولة ديونه، وإذا لم يتم ذلك فإنّ ممتلكاته يتمّ بيعها بالمزاد العلني وفق ما هو منصوص قانونًا، وإذا ام تكفي هذه الأموال للوفاء بقيمة القرض وفوائده ومصاريفه يتم إرغام العميل بالدفع بأي وسيلة. حمزة الكحال، 81 مليار دولار قروض متعثرة في الجزائر، العربي الجديد، العدد 921، الأربعاء 08 مارس 2017، ص09.

2- وزير المالية يدعو الشباب أصحاب المشاريع في إطار الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب التقدم للبنوك لإعادة جدولة ديونهم، وتستبعد السلطات العمومية خيار مسح الديون، مفضلة التكفل بمحاولة إعادة بعث المشروع من جديد من خلال التكوين والتوجيه، جريدة الخبر اليومية، العدد 8420، مرجع سابق، ص 16.

3- المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134 السالف الذكر تنص على:" الصندوق شركة ذات أسهم. . . ".

هذه الصناديق، وبصريح النصوص القانونية يمكن أن تعتمد على الغير[1]من أجل ضخ أموال في حساباتها إذا كانت تعاني من ضائقة مالية. فكيف لها إذن أن تحقق الضمان وهي بحاجة إلى الغير لإمدادها بالأموال اللازمة للاضطلاع بمهامها؟ وأكثر من ذلك فإن رؤوس أموال هاته الصناديق ضئيلة جدا[2] إذا ما قورنت بعدد المؤسسات المصغرة والصغيرة والمتوسطة على الساحة الاقتصادية، وما تحتاجه من ملايير الدينارات لتحقيق مشاريعها. فكيف لهاته المبالغ الضئيلة أن تضمن هاته الملايير التي يمكن للبنوك أن تقدمها لهاته المؤسسات؟ خاصة وأن نسبة عدم تسديد هاته المؤسسات المضمونة لمستحقاتها مرتفع جدا.

كذلك فإن هذه الصناديق تعمل جنبا إلى جنب مع الضمانات التقليدية، فهي تحقق نسبة معينة من الضمان، وبقية الخسائر تتم تغطيتها من خلال تحقيق هذا النوع من الضمانات، سواء من طرف البنك بنفسه، أوعن طريق حلول الصندوق محل البنك في ذلك، هذاما تشترطه صناديق الضمان من أجل تغطية مخاطر القروض. وكما أشرنا سابقا فإن الضمانات التقليدية أثبتت فشلها، نظرا لما يحيط بها هي الأخرى من مخاطر تجعل عدم إمكانية تحصيلها أو صعوبة تحصيلها أمر وارد، كما أنها أثبتت محدودية فعاليتها في تحقيق الضمان للدائن.

فحسب رأينا، فالضمان المالي يتم تحقيقه كاملا من طرف الصناديق المعنية، وما الضمانات التقليدية إلا كاحتياط، أو تُجعَل كمخرج إنقاذ فقط. أي لابد من تحقيق الاستقلالية بين الضمان التقليدي والضمان المالي عند تغطية الخسائر.

أضف إلى ذلك، وما يزيد من أعباء البنوك هو أن تحقيق الضمان المالي لا يتم بالكامل، فتغطية الخطر وفقا للتشريع والاتفاقيات المبرمة بين البنوك والصناديق ووفقا للشروط العامة لهاته الأخيرة، لا تكون إلا بنسبة تتراوح بين

1- طبقا للمادة 10الفقرة هـ والمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 98-200 تنصان على أنه إذا اختل التوازن المالي للصندوق أمكن للمنخرطين فيه ضخ مبالغ مالية من أموالهم الخاصة لتخصيصها له بهدف تجاوز الحاجة. والنص: "يمكن أن يلجا الصندوق إلى تسهيلات مصرفية لتغطية حاجاته المالية. . . ".

2- المادة 10 من المرسوم رقم 03-289 السالف الذكر تنص على أن رأسمال صندوق الكفالة المشتركة يقدر بـ3مليار دينار، مكون من مساهمة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، ومن مساهمة الخزينة العمومية، ومن اشتراكات البنوك والمؤسسات المالية المنخرطة في الصندوق. والمرسوم التنفيذي رقم 02-373السالف الذكر يشير بأن إعانات الدولة في صندوق ضمان القروض تقدر بمليار وعشرة ملايين دينار. والمادة6 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134 تنص على أن صندوق ضمان قروض الاستثمارات رأسماله يتكون من 30 ثلاثين مليار دينار.

40 و80% من أصل الدين والفوائد[1]، وقليلا ما تحسب مصاريف ونفقات عملية التحصيل.

كما أقصى المشرع من نطاق تغطية القروض، القروض الممنوحة لقطاع الفلاحة والقروض الخاصة بالنشاطات التجارية، وكذا القروض الاستهلاكية[2].

فحسب رأينا، من الأفضل أن تتم توسعة نطاق الاشتراكات في هاته الصناديق، لتضخيم رأسمالها، لتستطيع تحقيق الضمانات الموكلة لها، وتشجيع البنوك على تمويل جميع المؤسسات مهما كان نوعها أو حجمها أو طبيعة النشاط الذي تمارسه. وهذا كله خدمة للتنمية وتطويرا للاقتصاد، وتشجيعا للاستثمار خارج قطاع المحروقات، الذي يعرف تذبذبا في أسعاره على مستوى السوق العالمية.

وحتى المخاطر التي يمكن للضمان تغطيتها محددة بخطرين اثنين فقط، خطر عدم تسديد القروض الممنوحة وخطر التسوية أو التصفية القضائية للمؤسسة المموَلة[3] علما أن البنوك تواجه مخاطر عديدة وهي تزداد يوما بعد يوم، منها المالية وغير المالية، منها الكلاسيكية والمستحدثة، ومنها ما هو مرتبط بالمؤسسة في حد ذاتها وما هو خارج عن إرادتها[4].

فمن المفروض، وحسب رأينا أن تتم تغطية أي خطر مهما كان نوعه، والجهة التي كانت سببا فيه. ماعدا ما كان بسبب تقصير أو إهمال من البنك الممول، وهذا حتى يكون هذا الأخير أكثر حيطة وحذرا في جميع العمليات التي يقوم بها. وفي هذا الإطار، وفي حال تقاعس البنوك عن التصريح بالنكبة ضمن أجل معين، فإنه ينقضي التزام الصندوق بقوة القانون، ويعفى بصفة نهائية من الوفاء بالتزاماته أتجاه البنوك[5].

وفي الأخير أرى أنه وعوضا عن تشتيت الضمان في عدة صناديق، كان من الأولى استحداث صندوق

1- المادة 13 الفقرة2 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134 السالف الذكر تنص: "تنصب تغطية المخاطر على آجال الاستحقاق بالرأسمال وكذا الفوائد المستحقة طبق للنسب المغطاة. ويحدد مستوى تغطية الخسارة بنسبة 80% عندما يتعلق الأمر بقروض ممنوحة عند إنشاء مؤسسة صغيرة أو متوسطة ونسبة 60% في الحالات الأخرى. . . ". والمادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 03-289 السالف الذكر تنص على أن الصندوق يتولى تعويض البنوك في حدود 70% من باقي الديون المستحقة من أصول وفوائد مناسبة لها. والنظام الداخلي المنظم لصندوق ضمان القروض حدد نسبة ضمان تغطية خطر القرض من 10 إلى 80% وجعل سقف الضمان محددا بمبلغ 50 مليون دينار.

2- المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134 السالف الذكر تنص على: "لا تستفيد من ضمان الصندوق، القروض المنجزة في قطاع الفلاحة والقروض الخاصة بالنشاطات التجارية وكذا القروض الموجهة للاستهلاك".

3-المادة 13 الفقرة 1من المرسوم الرئاسي رقم 04-137 المشار إليه سابقا

4- أشرنا إلى هاته المخاطر في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة، بدء من ص40.

5- المادة 5، الشروط العامة لصندوق ضمان القروض للاستثمارات للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

واحد يخص ضمان القروض الموجهة للمؤسسات الاقتصادية بصفة عامة، مهما كان حجمها أو نشاطها. تشارك فيه الدولة برأسمال كبير، وكذا كل جهة فاعلة في القطاع الاقتصادي والمالي دون إقصاء، يضمن جميع المخاطر مهما كان نوعها ومصدرها، وبنسبة تغطية تساوي 100% تشمل أصل الدين والفوائد والمصاريف ونفقات التحصيل. دون الاتكال على ما يمكن أن تحققه الضمانات التقليدية، فذلك سيدرج في ذمة الصندوق عند تحصيلها، الذي يكون عن طريق حلول الصندوق محل البنوك في هاته العملية.

كما أنه لا يمكن إعمال آلية الجدولة إلا في حدود وبشروط، منها أهمية المؤسسة، ووجود إمكانية لانتعاشها مستقبلا، وأن وضعيتها المالية ستكون أفضل عند إعادة جدولتها، وإذا كانت تمر بأزمة مالية مؤقتة، تجعل سيولتها غير كافية للقيام بما عليها من أعباء. كما أن هذه العملية لا تكون بقرار من الجهات الرسمية، بل من الجهات المعنية، وهي المؤسسة الاقتصادية والبنك والصندوق الضامن. فهو إجراء اختياري للبنوك وليس إجباريا، تتخذه وفق ما تراه مناسبا لمصالحها.

وما يمكن قوله كخلاصة لهذا الفصل، أن الضمانات المستحدثة، والناتجة عن الأعراف والممارسات البنكية كثيرة ومتنوعة، من التأمين وحق الملكية كضمان وخطاب الضمان والضمان المالي. وهي آليات فاعلة إذا ما تم استغلالها أحسن استغلال، يمكن أن تكون تعويضا عن الضمانات التقليدية التي فشلت بظهور ما يسمى بأزمة التأمينات، التي يمكن استعمالها اليوم كمخرج إنقاذ فقط.

الفصل الثاني: الضمانات بمعناها الواسع

إن البنك عرضة لمخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية، مهما كان نوعها والنشاط الذي تمارسه. لذلك وللاحتياط والحماية فإنه يطلب ضمانات، والتي رأينا سابقا أنها لا تحقق ذلك بنسبة كبيرة. حيث أثبتت فشلها إلا في حدود معينة، سواء كانت ضمانات كلاسيكية، متمثلة في التأمينات الشخصية والعينية. وهذا لما يحيط بها من مخاطر وأزمات وصعوبة تحصيلها. وضمانات مستحدثة أحدثتها الأعراف والممارسات البنكية، وتم تقنينها، والتي رأينا كذلك أنها لا تحقق الحماية المنشودة نظرا لما يحيط بها هي الأخرى من سلبيات وعوامل تحد من فعاليتها. حتى أن التكامل بين هذه الضمانات لم يحقق المبتغى.

فكان لابد من الخروج من دائرة الضمانات بمعناها الضيق، والعمل بالضمانات بمعناها الواسع. وهي كل آلية يمكن اللجوء إليها لتحقيق الحماية، علما أن المخاطر في تطور لذلك لابد من تطوير الضمانات. فكان عدم الاكتفاء بالآليات السابقة بل لابد من إجراءات أولى قبل طلب ضمانات، وهي نتاج اتفاقيات مالية دولية، أصبحت بنودها عبارة عن قواعد قانونية. لأن أغلب التشريعات المالية تبنتها لحماية مؤسساتها المالية من المخاطر التي تهددها، والتي تعاني منها حتى البنوك والمؤسسات المالية في الدول الكبرى.

هاته الضمانات بمعناها الواسع تتمثل في آلية التشخيص، وهي دراسة شاملة عن وضعية المؤسسة قبل الإقدام على تمويلها، وقواعد الحيطة والحذر، وهي تدابير احترازية تسمح للبنوك التحكم في المخاطر، وعملية الرقابة، التي تسمح بالتصدي للخطر ومواجهته قبل حدوث النكبة.

المبحث الأول: تشخيص المؤسسة الاقتصادية

إنّ الضمانات الشخصية والعينية ليست هي المعيار الأساسي الذي يراعيه البنك عند اتخاذ قرار التمويل. إذ أن الدراسة تنصب أولا على تحليل المؤسسة وتقييم مردوديتها وملاءتها. حيث لا ينتقل البنك إلى دراسة الضمانات إلا بعد تأكده من جدوى المشروع المموَّل وربحيته. فالضمانات ما هي إلا ملحقات للائتمان لا مبررا له. لأنه يمكن للبنك الاستغناء عن طلب الضمانات في حالة اطمئنانه لمردودية المشروع، دون أن يكون ذلك مخالفة للقانون، لكن يمكن له أن يأخذها كاحتياط، أو كمخرج إنقاذ، ولكن بشرط أن يكون قرار التمويل صائبا، مبنيا على تشخيص دقيق ودراسة موضوعية للمخاطر التي تحيط بالمشروع المراد تمويله.

فإذا كانت الضمانات مجرد تابع للتمويل، فما هي العناصر والمصادر التي يمكن للبنك أن يعتمدها عند تشخيصه للمؤسسة الاقتصادية، والتي تجعل قراره صائبا عند منحها التمويل؟

المطلب الأول: تشخيص عناصر المؤسسة الاقتصادية

إنّ المخاطر مرتبطة بعملية الائتمان، لكن هذا لا يعني إغفال أية آلية يراها البنك كضمانة مناسبة في الحماية منها، ولعل دراسة المؤسسة قبل اتخاذ أي قرار عند عملية التمويل ضمانة فعالة. ويكون ذلك من خلال البحث في الإطار القانوني للمؤسسة، وتقييم مدى كفاءة القائمين على إدارة المؤسسة، ومكانتها في السوق، والأخطار التي يمكن أن تواجهها، أي مدى تحقيقها للربح، بالإضافة إلى تشخيص وضعيتها المالية.

فالتشخيص هو معرفة نشاط المؤسسة، وشكلها القانوني، وتاريخ إنشائها، وتحليل استراتيجيتها المالية والتجارية وأدوات وتقنيات الإنتاج، وتقييم كفاءة مسيريها[1].

لذلك لابد على البنك من الإحاطة بمختلف المعلومات المتعلقة بالمؤسسة، من حيث العناصر العامة، وكذا ما يتعلق بالجانب المالي للمشروع. لأنها السبيل في تحديد الوضعية الحقيقية للمؤسسة.

الفرع الأول: تشخيص العناصر العامة

وتشمل هذه الدراسة كل ما يتعلق بالإطار القانوني للمؤسسة، وكذا القائمين على إدارتها، وموقعها في السوق الداخلية والخارجية، والتقنيات التي تستعملها.

أولا: الإطار القانوني للمؤسسة

هنا يكون البحث في قوانين وتشريعات الاستثمار الأساسية والمكملة، والأخيرة تتمثل في التشريع المالي والضريبي وتشريعات العمل والتأمينات، وغيرها مما له تأثير على أداء المؤسسة، ويترتب على ذلك آثار إيجابية، ومن ثم تدفقات نقدية داخلية متوقعة قد تمنحها الحكومة للمؤسسات المستثمرة في إطار تشجيع ذلك في مجالات معينة. ومن ثم على البنك التعرف على المشاريع الاستثمارية التي تنطوي على تلك المزايا، وما إذا كانت المؤسسة تدخل في تلك المجالات أم لا. هذا بالإضافة إلى أن القوانين وتشريعات الاستثمار قد تضيف أعباء وتكاليف والتزامات والتي قد تؤثر على التدفقات النقدية الخارجية للمؤسسة، كالتشريعات الخاصة بالجمارك وقرار حظر الاستيراد وهذا لتشجيع المنتوج الداخلي وأيضا التشريعات الخاصة بحظر نقل أو تصدير أو تداول بعض السلع والمنتجات داخل البلاد أو خارجها.

هذه الدراسة يقوم بها متخصصون في مجال القوانين وتشريعات الاستثمار من أجل معرفة ما يعود على المؤسسة صاحبة المشروع من مزايا وتدفقات نقدية داخلة، وما تتحمله من أعباء وتدفقات خارجة، والاطلاع على الشكل القانوني الذي اتخذته.

1-المرسوم التنفيذي رقم14-120مؤرخ في 24 مارس 2014، المتضمن التصريح التشخيصي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية، العدد19، الصادر بتاريخ 2أفريل 2014. المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 03-374 المؤرخ في 30 من أكتوبر2003، الجريدة الرسمية، العدد 19، لسنة2003. هذا المرسوم موجود في الملاحق، في نهاية رسالتنا هذه. والمادة 40 من النظام رقم 11-08 السالف الذكر: "يجب أن يأخذ تقييم مخاطر القرض بعين الاعتبار، على الخصوص، العناصر التي تتعلّق بالوضعية المالية للمستفيد وقدرته على السداد وعند الاقتضاء، الضمانات المحصّل عليها. كما يجب أن يتضمّن التقييم بصفة خاصة وبالنسبة للمؤسسات تحليل محيط هذه الأخيرة ومميّزات الشركاء أو المساهمين والمسيّرين، كما يجب أن يأخذ بعن الاعتبار آخر الوثائق المحاسبية والمالية".

ويعني ذلك دراسة القوانين التي تنظم نشاط المؤسسة، وتحديد الشكل القانوني المناسب، وحقوق وواجبات المساهمين في المشروع، والمزايا التي تعود على المؤسسة من خلال الشكل القانوني، من حيث الإفلاس والتصفية وتحديد نوع مسؤولية كل مساهم. حيث أن شركات الأموال يعتبر الشريك فيها مسؤولا عن ديون الشركة في حدود مقدار مساهمته فيها. بينما في شركات الأشخاص فإن الشريك فيها مسؤول عن أية خسائر، ليس فقط في حدود مساهمته في الشركة بل يمس ذلك أمواله وممتلكاته الخاصة.

ومن ثم يصبح من الضروري بحث تأثير هذا المحدد من منظور حقوق وواجبات المساهمين في المشروع، حيث إذا ما أظهرت الدراسة وجود جدوى من تمويل مؤسسة من خلال شكلها القانوني بالذات، فإنه يتم ذلك، وهذا بعد دراسة العبء والالتزامات والقيود التي يخضع لها.

ففي شركات التضامن، فإن مجرد انحراف أي شريك فيها عن الخطة الموضوعة يؤدي إلى خطر على المشروع، أضف إلى ذلك، فكيان المشروع مهدد دائما بوفاة أحد الشركاء أو إفلاسه. رغم أن الميزة فيها تتعلق بمسؤولية الشركاء التضامنية الشخصية والمطلقة.

أما شركات المسامة فلها مزايا كبيرة، وهي إمكانية تجميع أموال كبيرة جدا، أما خطرها فيظهر في نوع المسؤولية فيها، فهي في حدود أسهم الاكتتاب فقط دون أن تمتد إلى الأموال والممتلكات الخاصة بالمساهمين.

إذن فالبنك يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الإطار القانوني للمؤسسة، فيتعرف على قانونها الأساسي، ورأسمالها الاجتماعي، وطبيعة الشركاء فيها، ونوع المسؤولية الملقاة على عاتقهم، ومدى تأثير وفاتهم أو إفلاسهم عليها، وكذا نظام شهر إفلاسها وتصفيتها، والأسباب المؤدية إلى انقضائها، ونتائج ذلك عليها. هذا كله له أهمية من حيث تحديد الإجراءات والآليات التي يجب اتخاذها في حالة التسوية الودية أو القضائية من أجل حماية الائتمان.

ثانيا: تحليل الوظيفة الإدارية

تعتبر الثقة عامل أساسي في قرار الائتمان بالنسبة للبنك، لأنه مهما تكن جدية التحليل للمعطيات التي تميز حياة المؤسسة الاقتصادية طالبة الائتمان لا يمكن تجاهل عامل الثقة، سواء من حيث الملاءة، أو القدرة على

احترام الالتزامات، أو الثقة في قدرات المسيرين[1]، التي تظهر من خلال التفكير الاستراتيجي في كل القضايا المتعلقة بالمؤسسة ومحاولة التعرف على عوامل النجاح والفشل فيها، ومحاولة استغلال وتنمية ما له علاقة بالميزة التنافسية مستقبلا، ووضع دراسة مستقبلية في مختلف مجالات التصنيع والتسويق، والابتكار في مجال تصميم المنتج وتوزيعه، ومواكبة المستجدات الطارئة على المستوى الدولي[2].

فالمؤسسة تحتاج لمختصين ذوي المستوى العالي الذين بإمكانهم قيادتها بأفكار مبدعة ومتجددة، وذلك من خلال رفع الكفاءة الإنتاجية، وتحسين أساليب العمل، والاقتصاد في التكلفة[3]، والقدرة على التمركز في الأسواق داخليا وخارجيا.

فالعلاقة بين تراكم رأس المال البشري والصادرات علاقة تكاملية. فالصادرات هي تلك السلع والخدمات التي تأتي تلبية للطلب الخارجي، وتخضع لشروط الطلب في السوق العالمي، وللاحتفاظ بمكانة جيدة في هاته السوق لابد من توفر القدرة على التطوير والإبداع وتحقيق الجودة، وهذا لا يتأتى إلا بتوفر رأس المال البشري، الذي يجب أن يتضمن الكفاءة والمهارة، إضافة للعلم والتدريب. وهذا التكامل قد ينشأ من خلال دعم قطاع التجارة الخارجية خصوصا العمالة[4]، فهي أكفأ وأقدر على استيعاب التكنولوجيا الحديثة وتطويرها بكل ما يتلاءم والحاجة الاقتصادية في مختلف القطاعات. فجلب التكنولوجيا من الدول المتطورة أعظم بكثير من جلب المستثمرين، وهذا ما تسعى إليه الجزائر اليوم من خلال عقدها لشراكات مع دول متقدمة تكنولوجيا كألمانيا. وسبقتها في ذلك اليابان والصين والهند، الذين كانوا يبعثون بأبنائهم إلى الجامعات والمعاهد والمؤسسات الغربية للدراسة هناك والتعرف على تكنولوجياتها، فباتت اليوم من الدول المتقدمة، تملك مؤسسات وشركات تغزو الأسواق العالمية، وتنافس نظيراتها من المؤسسات في الدول الغربية الكبرى باعتبار أن الاستثمار في رأس المال البشري أهم بكثير من الاستثمار المادي، لأن الأول يخلق الثاني، وبدونه لا يكون.

1- ناصر حيدر، المرجع السابق، ص 6.

2- عبد الحميد زعباط، مداخلة حول: دور الموارد البشرية في تحسين القدرة التنافسية للمؤسسة الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 9-10مارس 2004، ص 15.

3- مهدي حسن زويلف، إدارة الموارد البشرية، مدخل كمي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص97.

4- وصاف سعيدي، مولود عوديا، مداخلة حول: الاستثمار البشري كمحدد أساسي لنمو القطاع التصديري، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 9-10 مارس، ص 37.

وعلى العكس مما قيل سابقا، فالمؤسسات التي تتوفر على رأس المال المادي ولا تتوفر على الرأس المال البشري، تحوز على عتاد قديم، ولا تشتغل في فروع الاقتصاد الثمانية إلا بنسب ضئيلة جدا، وتعاني مشاكل جمة على صعيد التموين والإنتاج والتسويق، وهو ما تجسد في ارتفاع تكاليف الإنتاج، ورداءة المنتجات، وارتفاع أسعارها وليس لها القدرة التنافسية. ويعزى هذا إلى سوء التسيير وتبذير الثروات، بالإضافة إلى انعدام التفكير الاستراتيجي لدى المسيرين، وعدم قدرتهم على التنبؤ واتخاذ القرارات الصائبة[1].

إن الوظيفة الإدارية العليا المتمثلة في مجلس الإدارة، أعلى سلطة في المؤسسة، والمفكر الرئيسي، والمسيطر على التحليل الاستراتيجي، ووضع الخطط العامة من أجل ضمان السير الجيد للمؤسسة، إذا استطاع أن يضطلع بهاته المهام بما يحقق الأهداف العامة لهاته الأخيرة، فهذا يعني أنه قد ضمن لها الاستمرارية على المدى الطويل[2]، ووفر لها سبل النجاح[3]. وبالتالي تحوز على ثقة البنك من حيث قدراتها المهنية، ومنه اتخاذ قراره بقبول طلب الائتمان المقدم له من طرفها.

ثالثا: دراسة السوق

هي دراسة تنصب على معرفة نشاط المؤسسة، ومكانته بالنظر للقطاع الذي ينتمي إليه والسوق الذي تنشط فيه هذه المؤسسة، فضلا عن مدى توفرها على الإمكانات المادية والتكنولوجية والبشرية التي تجعل لها وزنا وتوغلا في السوق. فتحليل منتج أي مؤسسة، وإمكانية بيعه داخليا وخارجيا، ودرجة المنافسة عليه، تشكل عاملا هاما في تقدير مستقبلها، وذلك بقياس عوامل القوة والضعف لديها.

كما تنصب دراسة البنك على تحليل المعطيات الخاصة بمبيعات المؤسسات التي لها نفس المنتج مع المؤسسة المراد تمويلها، حيث إذا أثبتت الدراسة أن المبيعات لدى هاته الأخيرة تتزايد باستمرار، وأن الطلب على سلعها في توسع، فهذا يشجع البنك على الإقدام على تمويلها. لأن ذلك يسمح بتوفير مدخلات للمؤسسة تساهم في الوفاء بالتزاماتها.

لكن هذا غير كاف بل يجب على البنك معرفة السوق الذي تعمل فيه المؤسسة، والمكانة التي تحتلها في

1- عبد الحميد زعباط، المرجع السابق، ص 16.
2- ناصر دادي عدون، المرجع السابق، ص 235.
3- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 142.

ذلك، ومدى صلابتها فيه، وإمكانية تحملها لهزاته[1].

ويمكن ذكر نوعين من الأسواق بإمكان المؤسسة أن تعمل في إطار واحد منها. فهناك سوق تبلغ فيه المنافسة أقصى درجاتها، حيث هذا يضم عددا كبيرا من المؤسسات، مع تشابه وتجانس السلع، فهنا المستهلك يختار السلع الجيدة وذات الأسعار المنخفضة. وهناك السوق الاحتكارية، حيث كل مؤسسة تعرض نوعا مميزا خاصة بها من السلع أو الخدمات، وتفرض أسعارها على منتجاتها. لنصل إلى سوق الاحتكار الكامل، فيه المؤسسة تعرض سلعة ليس لها بدائل قريبة تنافس معها، حيث يكون المنتج الوحيد وتنعدم فيه المنافسة لعدم وجود المنافس، ومنه فللمؤسسة إمكانية التحكم في الكمية وتحديد السعر[2].

وبصفة عامة فإن تحديد نوع السوق الذي تعمل في إطاره المؤسسة يعطي فكرة للبنك عن مدى سهولة أو صعوبة المنافسة، وعن ارتفاع أو انخفاض حجم الطلب على منتج المؤسسة، وعن مزايا هذا المنتج في السوق مقارنة بغيره، من حيث الجودة والسعر.

إذن من خلال دراسة السوق يتعرف البنك على قدرة المؤسسة على الوفاء، من خلال الوقوف على دخل المشروع، الذي يرتبط بعدة عوامل، كحجم المبيعات وأسعار البيع وتكاليف الإنتاج وموقع المشروع ووزنه في السوق وحجم ونوع المنافسة. هذا وغيره مرده للخبرة والكفاءة التي يتمتع بها أصحاب المشروع.

رابعا: الدراسة الصناعية[3]

هي تحليل أدوات عمل المؤسسة، أي الوسائل المستعملة في العملية الإنتاجية، ومدى تطور التقنيات المستعملة، فكل تطور في المؤسسة مرتبط بالتكنولوجيا المستعملة فيها، ويرتبط بها كل من الإنتاجية ونوعية المنتوج، هذا الأخير به تُحدد أرباح ومردودية المؤسسة، وبالتالي نجاحها واستمراريتها. فالمؤسسات اليوم تتنافس فيما بينها بالجودة والسعر، وهذا لا يتأتى إلا بقدرتها على التحكم في التكنولوجيا. إذ غالبا ما تتم العملية بإهمالها واعتماد عوامل مالية، هذا له تأثير كبير إلى حدود خطيرة جدا، تصل إلى إفلاس وتوقف المؤسسة. وأكثر من ذلك، فإن التكنولوجيا قد تجعل المؤسسة في موقع هش بالنسبة لغيرها، والتي تستخدم تكنولوجيا حديثة، التي تجعل لها

1-نفس المرجع، ص 136.

2- ناصر دادي عدون، نفس المرجع، ص93-95.

3- الطاهر لطرس، المرجع السابق، ص137. وناصر دادي عدون، المرجع السابق، ص 134.

إمكانية التحكم في الإنتاج والقدرة على المنافسة.

لذلك هناك أخطار على المؤسسة وعلى البنك الممول لها في حالة عدم الاطلاع الكامل على التكنولوجيات التي تستعملها المؤسسات المنافسة، فجلب التكنولوجيا أضحى اليوم أفضل بكثير من جلب المستثمرين.

إن القدرة التنافسية للمؤسسة ترتكز على عدة مقومات، أبرزها على الإطلاق الموارد البشرية. وأن المؤسسة الاقتصادية المتميزة برداءة الإنتاج وتكلفته المرتفعة، وسوء التسيير، وعدم الاهتمام الكافي برضا الزبون، مازالت بعيدة عن الوصول إلى المستوى الذي يؤهلها لمواجهة منافسة شرسة من قبل مؤسسات تعتمد استراتيجية السوق الدولي، وتتبنى مبدأ الجودة الشاملة[1]. هذا النوع من المؤسسات لا يحظى بثقة البنك، لأن قدراتها المهنية والسوقية والإنتاجية وحتى الصناعية ضعيفة لا تؤهلها للاستفادة من ائتمانه. وإن غامر بذلك فهو يرهن أمواله لديها لا يمكنه استرجاعها، لأن مستقبلها لا يبشر بقدراتها على الوفاء باستحقاقاتها.

الفرع الثاني: تشخيص الجانب المالي للمؤسسة[2]

يمكن للبنك أنْ يقوم بالتحليل المالي، وذلك عن طريق تشخيص عام، يهتم بالحالة المالية للمؤسسة ووضعيتها في الاقتصاد، ذلك من خلال الاطلاع على ميزانيتها. وتشخيص خاص، يهتم بالتمويل المطلوب من المؤسسة ومدى تسديده. وهنا نميز بين تمويل الاستغلال وتمويل الاستثمار[3]، فإذا تعلق الأمر بالأول، فالدراسة تهتم بملاءة المؤسسة للتأكد من مدى إمكانية تسديد التمويل قصير الأجل، عند حلول ذلك، وكان هناك تأخر في بيع المخزون أو تأخر في تحصيل الحقوق. وأمّا إذا تعلق الأمر بالثاني، فالبنك يهتم بآفاق تطور المؤسسة، ومدى تحقيقها للأرباح على المدى المتوسط والطويل. ولكي يكون التشخيص المالي دقيقا يجب على البنك تحليل معطيات المؤسسة من خلال ثلاث ميزانيات متتالية[4].

على المؤسسة أن تحتفظ بدرجة سيولة كافية لتأمين ملاءتها بصفة مستمرة، لأن ذلك يشكل ضمان

1- وصاف سعيدي، مولود عوديا، المرجع السابق، ص 17.

2- المادة 42 من النظام رقم 11-08: "يجب أن يأخذ تقييم وانتقاء مخاطر القروض، على وجه الخصوص بعين الاعتبار، العائدات المستقبلية الناتجة عن مشروع الاستثمار، وعند اقتضاء الضمانات بما في ذلك الرهن القانوني على الممتلكات العقارية على المدين والرهن الحيازي على المعدات والتجهيزات"

3- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص147و151.

4-نفس المرجع، ص 146.

استقلاليتها المالية، ويجعلها تتمتع بهامش أمان من خلال ما لديها من ملاءة، تجعل تغطية المخاطر ممكنة، سواء تعلق بخطر عدم تسديد زبائنها للديون، أو خطر عدم قدرتها على تصريف ما لديها من مخزون. لأن بدون ذلك تضطر للاستدانة، من أجل الوفاء بديونها العاجلة.

فعنصر السيولة يعتبر كأحد أسس منح الائتمان، فهو الذي يبين الوضعية المالية للمؤسسة بدقة، ويعتبر صمام الأمان في حالة الفشل في تسديد الائتمان. فكلما كانت السيولة متوفرة كلما قلت المخاطر المرتبطة بالائتمان. فالسيولة تمثل حلا ناجعا عند عدم وجود توافق بين آجال تسديد الديون وآجال تحصيل الحقوق[1].

فالسيولة النقدية لدى المؤسسة غير كافية للاستفادة من التمويل، بل يجب أن يَنْتُجَ عن المشروع المراد تمويله مردودا كافيا يغطي النفقات ويحقق أرباحا تُمَكِن من تسديد أصل الدين وتوابعه. فالعائدات تتمثل في قيمة المبيعات، والتي هي التدفقات النقدية الداخلة، أما النفقات فتمثل التدفقات النقدية الخارجة، وأن الفارق بينهما هو التدفق النقدي السنوي الصافي، الذي من خلاله يصدر البنك قراره فيما يخص منح التمويل.

ولكن كل ما سبق غير كاف بالنسبة للبنك، فبعد عملية التحقيق المالي، يقوم بعملية التحليل المالي[2]، وذلك من خلال مقارنة الأرقام المتحصل عليها والعائدة للمؤسسة المراد تمويلها مع أرقام عائدة لمؤسسات أخرى تمارس نفس النشاط، لمعرفة موقع المؤسسة ضمن مجموع المؤسسات في نفس القطاع، أي تحليل ما يحيط بالمؤسسة، وهذا لما له من تأثير عميق على نشاطها وماليتها. دون إهماله لما سيحققه الائتمان من مرد ودية، هذا كله له دور في اتخاذ القرار الائتماني[3].

المطلب الثاني: الاستعلام البنكي

ليس من السهولة بمكان تقييم المؤسسة بأرقام ونسب وبيانات، مالم يكن لدى البنك المعلومات الكافية، والتي يستقيها من عدة مصادر، سواء من المؤسسة في حد ذاتها، وذلك من خلال وثائقها المحاسبية والمالية السابقة والمستقبلية، وعن طريق محافظ الحسابات لديها، وكذا المعاينة الميدانية للمؤسسة، للاطلاع على واقعها والتأكد من

1- المرجع السابق، ص 147.

2- المادة 24 من نظام بنك الجزائر رقم 02-03 المؤرخ في 14 نوفمبر 2002:"يجب أن يأخذ تقييم مخاطر القروض بعين الاعتبار على الخصوص العناصر الخاصة بالوضعية المالية للمستفيد، قدرته على التسديد وعند الاقتضاء الضمانات المحصل عليها، كما يجب أن يتضمن التقييم بصفة خاصة وبالنسبة للمؤسسات، تحليل محيط هذه الأخيرة ومميزات الشركاء أو المساهمين والمسيرين كما يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الوثائق المحاسبية الخيرة".

3- المادة 25 الفقرة 1من نفس النظام: "يجب أن يدمج كذلك اختيار عمليات القروض معيار مردودية هذه الأخيرة. ".

صحة المعلومات المصرح بها للبنك. كما يمكن لهذا الأخير الاطلاع على المعلومات من خلال مصادر خارجية، تتمثل في الهيئات المصرفية، وكذا الهيئات والمراكز التي تلجأ إليها المؤسسة من أجل قيد تصرفاتها.

الفرع الأول: الهيئات المختصة بالشهر والقيد

إن هناك العديد من الجهات المختصة بعملية قيد وشهر التصرفات مهما كانت قانونية أو مادية للأشخاص الطبيعية والمعنوية، فللبنك أن يلجأ إليها للاطلاع على المعلومات التي يريدها حول العميل في إطار ما يسمح به القانون.

إن الشركة تنشأ بعقد رسمي يعتبر بمثابة دستور مكتوب يستطيع الغير أن يطلع عليه قبل الدخول معها في معاملات قانونية. لكن هذا غير كاف، بل يجب إيداع ملخص للعقد في السجل التجاري، الذي يمسكه المركز الوطني للسجل التجاري، وكذا نشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة يومية. ونفس الإجراء يكون في حالة أي تعديل يطرأ على الشركة[1]. وتطبيقا لمبدأ العلانية التي وضع لأجلها السجل التجاري، فإنه يجوز لأي شخص معني أن يحصل من هذا المركز على نسخة من القيود الواردة في السجل مقابل دفع مصاريف ذلك، على شرط أن تكون له مصلحة في ذلك[2]. أضف إلى ذلك يمكن إيجاد المعلومات لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية، إذا كان الأمر يتعلق بابتكارات أو رسوم ونماذج صناعية أو علامات تجارية، وهو مؤهل لتسليم نسخة من التسجيلات المدونة في دفتر كل منها إلى كل طالب ذلك[3].

كما يمكن اللجوء لهيئة الضرائب للاطلاع على السجل الضريبي للمؤسسة، لأنه يجب أن تكتتب وترسل إلى مفتش الضرائب التابع له مكان ممارسة نشاطها تصريحا خاصا، تحدد إدارة الضرائب نموذجه وذلك قبل 1فبراير من كل سنة. كما يتعين مسك وتقديم عند كل طلب من الإدارة الجبائية سجل مرقم وموقع من مصالح هاته الأخيرة يتضمن تلخيصا سنويا تسجل فيه تفاصيل كل العمليات[4].

وكل تصرفات واردة على عقارات ملك للمؤسسة يجب إشهارها لدى المحافظة العقارية التي يقع في دائرة

1- نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص44-45.

2- عمار عمورة، المرجع السابق، ص 130.

3- المادة 32 من رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع. والمادة 22 من الأمر رقم 66-86 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية. والمادة رقم 15 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية.

4- العيد صالحي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجبائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 16.

اختصاصها هاته العقارات. فالرسمية وحدها غير كافية، بل يجب إعلام الغير عن طريق عملية الشهر. فالالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني تبعي، يجب فيه مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري. حيث لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين، أو كان بالنسبة لحق الغير إلا إذا روعيت القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار. من هنا فأي ملك عقاري وما يرد عليه من تصرفات قانونية أو مادية فهو محل شهر بالمحافظات العقارية[1]، التي تطبق مبدأ العلانية، حيث يستطيع البنك المعني الحصول على شهادة عقارية تثبت له كل ما تملكه المؤسسة من عقارات وما يتعلق بها من تصرفات، مقابل دفع مصاريف ذلك الاطلاع.

الفرع الثاني: الهيئات المصرفية والمتعاملين مع المؤسسة

وتتمثل في المعلومات الصادرة من بنك الجزائر، على اعتبار ارتباطه بالبنوك التجارية بعدة علاقات تدخل في إطار الرقابة على عمليات منح الائتمان من أجل التقليص من مخاطر ذلك، وهذا بتوفير المعلومات الضرورية اللازمة في التعامل مع المخاطر، والتي توفرها كذلك هيئات تابعة لبنك الجزائر.

نجد مركزية المخاطر، التي تكلف بجمع أسماء المستفيدين من القروض وطبيعة وسقف القروض الممنوحة والمبالغ المسحوبة والضمانات المعطاة لكل قرض. فبنك الجزائر بفضل مركزية المخاطر يقوم بتزويد البنوك والمؤسسات المالية بكل المعلومات الخاصة بزبائن هاته الأخيرة. وبناء عليه لا يجوز منح أي قرض دون أن تكون قد تحصلت من المركزية على المعلومات المتعلقة بالشخص[2].

كما أنشئت لدى مصالح بنك الجزائر مركزية الميزانية، والتي تقوم بمعالجة كل المعلومات المحاسبية والمالية الخاصة بزبائن البنوك والمؤسسات المالية، ثم تقوم بإرسال نتائج التحليل لهاته المؤسسات[3].

وتعتبر مركزية عدم الدفع هيئة متواجدة لدى بنك الجزائر من خلالها يتم حصول البنوك والمؤسسات المالية على المعلومات الخاصة بعدم التسديد، وهذا لتمكينها من تقويم وتدعيم الأمن في مجال استعمال الصك[4].

ويمكن للبنك الاستعانة بالموردين والمستثمرين الذين يمارسون نشاطا مشابها لنشاط المؤسسة والبنوك الأخرى التي سبق للمؤسسة التعامل معها، حيث يوفر له هؤلاء معلومات عن أخلاقيات المؤسسة ومدى جديتها في الوفاء

1- المادة 165 و793 من القانون المدني.

2-النظام رقم 92-01 المتعلق بتنظيم وسير مركزية المخاطر السالف الذكر.

3-التنظيم رقم 96-07 المؤرخ في 03جويلية 1996 المتضمن تنظيم وسير مركزية الميزانية.

4-التنظيم رقم 92-02 المؤرخ في 22 مارس 1992 المتضمن تنظيم وسير مصلحة عدم الدفع.

بالتزامات المؤسسة في مواعيدها، وسياستها في البيع والمضاربات الحاصلة.

الفرع الثالث: تقرير محافظ الحسابات

إن تقرير محافظ الحسابات[1] لدى المؤسسة يشكل ثروة معلوماتية تخبر عن مدى مصداقية حسابات هاته الأخيرة، فالبنك الذي يحصل على نسخة من هذا التقرير يؤدي به حتما إلى طلب توضيحات عن ذلك، لأنها قد تخفي مشاكل كامنة قد تكون لها آثار سلبية على الوضعية المالية للمؤسسة التي تريد الحصول على تمويل.

أمّا على مستوى البنوك فقد تغيّر الوضع بالنسبة لمحافظي الحسابات، حيث بصدور الأمر رقم 10-04 ولإحكام الرقابة على البنوك أوجب المشرّع على كل بنك أو مؤسسة مالية وعلى كل فرع من فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية أن يعيّن، بعد أخذ رأي اللجنة المصرفية ووفقا لمقاييس محدّدة محافظين إثنين للمحاسبات على الأقل. فهنا أصبح تعيين محافظ الحسابات يتمّ بعد أخذ رأي اللجنة المصرفية[2] وهذا عكس ما كان معمول به بالنسبة للنقد والقرض السابق حيث لم يكن يشترط المشرّع إطلاقا أي قيد يجب أن يلتزم به البنك أثناء تعيين محافظ الحسابات[3].

الفرع الرابع: الوثائق المالية والمحاسبية[4]

إن كل متعامل اقتصادي يعمل في مجال التجارة والصناعة والخدمات يجب عليه مسك محاسبة تترجم في شكل وثائق تمثل ميزانية المؤسسة تحتوي على النفقات والإيرادات، كما تحتوي على رأسمال ثابت ورأسمال متداول وفيها الأصول والخصوم، بالإضافة إلى التدفقات النقدية للسنوات السابقة، وجدول بالتوقعات المستقبلية لهذه التدفقات، التي تصنف إلى تدفقات صادرة وأخرى واردة. كما تحتوي المؤسسة على وثائق تمثل الخطط والبرامج المستقبلية لتحسين قدراتها، هذه الوثائق تمكن البنك من التعرف على تنبؤات المسيرين حتى يتم التحقق من مطابقة طلبات الحصول على التمويل مع استعمالاته المستقبلية، ومن أهم هذه الوثائق التي تخطط للمستقبل، الميزانية المستقبلية.

1- المادة 25 من القانون رقم 10-01 المؤرخ في 29جوان 2010 المتضمن مهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، الجريدة الرسمية، العدد 42، المؤرخ في 11 جويلية 2010.

2-المادة 100 من الامر رقم 10-04 السالف الذكر.

3-المادة 100 من الأمر رقم 03-11 السالف الذكر.

4- عمر صخري، اقتصاد المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص53-60.

الفرع الخامس: المعاينة الميدانية

تعد زيارة المؤسسة من أهم المصادر التي تساعد البنك في الحصول على كل المعلومات أو التأكد من مدى صحة ما حصل عليه من معلومات. هذا يُمَكِن البنك من التعرف عن قرب وبشكل ملموس على الموجودات والقوائم المالية ومدى مطابقتها لما تم تقديمه، التأكد من سلامة سير العمل مما يعطي فكرة واضحة عن كفاءة المسيرين والعاملين. الاطلاع على مدى جودة منتجات المؤسسة ومدى

رواجها أو ركودها في السوق المحلية والدولية، والتكنولوجيا المطبقة في ذلك ومدى تطورها وتأثيرها عليها[1].

إن كل تمويل هو مصدر لموارد مستقبلية، في نفس الوقت مصدر للخطر، يتمثل في عدم تسديده عند الآجال المتفق عليها، لذا فإن البنك لا يمنح موافقته على ذلك إلا بعد تأكده بأن احتمال استرجاع أمواله يفوق احتمال خسارتها. وهذا كله يتم عبر دراسة العناصر المالية وغير المالية للمؤسسة، مستعينا بمصادر كثيرة.

لكن قد لا يدلي العميل بالمعلومات الحقيقية، كما قد يخفي وراءه نوايا بعدم إرجاع التمويل، كما أن التشخيص قد لا يكون مبنيا على أسس علمية ودراسات جدوى معمقة، وأنه تغلب عليه الذاتية والمحسوبية، وعدم أداء المهنة المصرفية بأمانة وإخلاص، أي عدم التقيد بأخلاقيات المهنة، وبالقوانين، وعدم اعتماد الأساليب والطرائق والوسائل الحديثة في عملية التشخيص، التي ماتزال بنوكنا بعيدة عنها، هذا ما يجرها إلى مخاطر رغم دراسة عناصر المؤسسة الاقتصادية.

فتبقى فعالية هذه الضمانة مرتبطة بمصداقية المعلومات التي تدلي بها المؤسسة طالبة التمويل، وبالطرائق والوسائل التي يستعملها البنك في عملية التشخيص، وبالمصادر التي تُسْتَقى منها المعلومات، وبمدى قراءة المستقبل قراءة صحيحة.

1- عبد الغفار حنفي، وعبد السلام أبو قحف، الإدارة الحديثة في البنوك التجارية، المكتب العربي الحديث، مصر،1993، ص203-204.

المبحث الثاني: قواعد الحيطة والحذر

إنّ قواعد الحيطة والحذر قواعد دولية[1]، فرضتها الظروف التي مرت وتمر بها البنوك عبر العالم. وهي قواعد وقائية، جاءت لتسيير المهنة المصرفية بحذر، من أجل التحكم في المخاطر الكثيرة والمتنوعة التي تحيط بأعمالها، التي عانت منها حتى بنوك كبريات الدول، إلى درجة إفلاسها وخروجها من الساحة[2]. حتى قاعدة تعدد وتنوع الضمانات لم تجدي نفعا أمامها، فكان لا بد من التفكير في قواعد تكون أكثر فاعلية في مجال الحماية.

وما دام أن السيولة ومسألة الائتمان، هي أكبر ما تعاني منه البنوك، فإن هذه القواعد جاءت تخص هاتين المسألتين. فالأموال التي تمنحها هاته الأخيرة للغير هي أموال المودعين، لأن وظيفتها الوساطة المالية، وهؤلاء المودعون منهم من تكون أموالهم تحت الطلب، ومنهم من تكون لأجل، لذلك عليها أن تكون على استعداد للوفاء بحقوق هؤلاء عند حلول أجل سحب أموالهم، وإلا فقد ثقتهم فيه. وأكثر من ذلك إذا لم يسدد ما عليه لهؤلاء وقع في حالة عدم الدفع، التي نتيجتها الحتمية هي الإفلاس.

إنّ هذه القواعد ليست لها الصفة الإلزامية، فهي مجرد توصيات واقتراحات، ولكن الدول تبنتها في قوانينها البنكية، وهذا لما عرفته هذه القواعد من نجاح كآلية للحماية من مخاطر الائتمان خاصة، والمخاطر البنكية بصفة عامة. فإلزاميتها تظهر من خلال أهميتها، كما أن بنوك الدول الكبرى لا تتعامل مع بنوك الدول الأخرى ما لم تكن متبنية لهاته القواعد. فإلزاميتها معنوية أكثر منها مادية.

والمشرع الجزائري على غرار كل الدول تبنى تلك القواعد، سواء في القانون البنكي، أو من خلال الأنظمة والتعليمات البنكية، التي أصدرها خصيصا لذلك، لترجمة هذه القواعد على أرض الواقع، وإعطائها الطابع الإلزامي

1- تشكلت لجنة بال للرقابة المصرفية من مجموعة من الدول الصناعية العشرة، وذلك في مدينة بال السويسرية، إذ أقرت سنة 1988 قاعدة عالمية هي كفاية رأس المال. وفي سنة 1995 أصدرت اللجنة مجموعة من الاقتراحات لتطبيق هاته القاعدة من أجل تغطية خطر السوق، بعد أن كانت التغطية منصبة فقط على مخاطر الائتمان. ثم جاءت اللجنة بمقترح جديد سنة2001 تمثل في قاعدة نسبة الملاءة، ليتم التوسع في المخاطر التي يمكن تغطيتها عن طريق هاته القواعد. ونظرا للوضع المالي الذي عاشه العالم بسبب الأزمة المالية العالمية، أقرت اللجنة معايير جديدة للسيولة تحت إشراف المجموعة الصناعية للدول العشرين، وهذا نتيجة لما عرفته العديد من البنوك في العالم من إفلاس بسبب انعدام السيولة لديها. كما كانت هناك مقترحات جديدة خاصة بكفاية رأي المال وتصدر بشكل نهائي في 2006 وتبدأ حيّز التطبيق سنة 2007. عثمان بابكر أحمد، ورضا سعد الله، إدارة المخاطر، تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، مكتبة فهد الوطنية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، 2003. ونعنانة جلاب بوحفص، مقالة: الرقابة الاحترازية وأثرها على العمل المصرفي بالجزائري، مجلة المفكر، العدد 11، لسنة 2012، ص. 119.

2- أهم الإفلاسات التي هزت العالم، كانت أولا بإفلاس بنك (هرستان) الألماني في سنة 1974، البنك الدولي الإنجليزي (برينقس)، والبنك الأمريكي (بنك فرانكلين الوطني)، والبنك الإيطالي (أمبراسيانو) في سنة 1982، والذي كان له تأثير على 250 بنكا، هذا ناهيك عن الإفلاسات التي عرفتها الساحة المالية بعد تبني قواعد الحذر، والتي سنتطرق لها لاحقا عند تقييم هاته القواعد الدولية. صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 55 و56.

عن طريق فرض رقابة صارمة على البنوك من أجل تطبيقها والالتزام بها، وإلا تعرضت لعقوبات قد تصل إلى درجة سحب الاعتماد[1].

فما هو مضمون هاته القواعد؟ وما موقف المشرع الجزائري منها؟ وما مدى فعاليتها في تحقيق الحماية للبنوك؟

المطلب الأول: القواعد المتعلقة بالنسب المالية

تعتبر السيولة أهم مشكل قد يواجه البنك، لذا فهذه القواعد جاءت لإلزام البنوك باحترام نسب معينة لمواجهة مخاطر الائتمان، والتي تؤدي إلى نقص في السيولة أو انعدامها، هذا يجعل البنك عاجزا عن مواجهة طلبات السحب. وهذه القواعد تتمثل في: قاعدة نسبة الأموال الخاصة بالبنك، قاعدة نسبة الملاءة، قاعدة تقسيم وتوزيع المخاطر، قاعدة نسبة متابعة وضعية الصرف[2].

الفرع الأول: قاعدة نسبة الأموال الخاصة بالبنك

هذه القاعدة تمثل أول ضمان مالي للبنك ولأصحاب الحقوق، ومن جهة أخرى تمثل الوضعية المالية للبنك، والتي تدعم فرص استمراريته ودوامه، وهي تلعب دورا هاما في تغطية بعض الأخطار غير المتوقعة، والتي تمس بملاءته وصلابته.

وبالرجوع لما جاء في قرارات لجنة بال الأولى نجدها قسمت الأموال الخاصة، إلى أموال قاعدية وأموال خاصة مكملة، يطرح منها عناصر، تسمى بالعناصر المطروحة[3].

على اعتبار أن رأس المال الاجتماعي هو العنصر الأول المكون للأموال الخاصة القاعدية، فإن المشرع ألزم

1- المادة 114 من قانون النقد والقرض 03-11 السالف الذكر.

2- زاينة آيت وازو، المرجع السابق، ص. 300-301.

3- المادة 3 من النظام رقم 91-09المؤرخ في 14أوت 1991، المتضمن القواعد الاحتياطية لتسيير المصارف والمؤسسات المالية، المعدلة بموجب المادة 2 من النظام رقم 95-04 المؤرخ في 20أفريل 1995، وكذا المادة 6 من التعليمة رقم 94-74 المؤرخة في 29نوفمبر1994 المتعلقة بتحديد قواعد الحذر في تسيير البنوك والمؤسسات المالية. والتي قسمت الأموال الخاصة إلى مجموعتين: الأموال الخاصة القاعدية، والأموال الخاصة المكملة. المعدّلة بالتعليمة رقم 07-09 المؤرخة في 25 أكتوبر 2007

فالأموال الخاصة القاعدية تتكون من رأس المال الاجتماعي (مجموعة الحصص)، والاحتياطات (الأرباح وعائد الأعمال البنكية)، والمؤونات (الأموال التي توضع احتياطا لمواجهة المخاطر وكل الديون الجارية).

أمّا الأموال الخاصة المكملة فتتكون من احتياطات إعادة التقييم، وبعض العناصر الواردة في الميزانية واستعمالها يكون بحرية، والسندات أو القروض المشروطة.

– أما مجموعة العناصر المطروحة من كلا المجموعتين فتتمثل في مساهمات البنوك أو المؤسسات المالية، والديون المشروطة.

البنوك والمؤسسات المالية بإثبات أن أصولها تفوق خصومها بمبلغ يعادل على الأقل رأس المال الأدنى المحدد[1].

أما المخاطر المشمولة بالتغطية بموجب قاعدة الأموال الخاصة فقد سماها المشرع بالمخاطر المحتملة، وأهمها على الإطلاق خطر القروض[2].

وعن كيفية حساب الأموال الخاصة، فيكون ذلك بجمع الأموال الخاصة القاعدية مع الأموال الخاصة المكملة مطروح منه عناصر مطروحة[3].

إذن فقاعدة الأموال الخاصة قاعدة دولية توصي البنوك بالإبقاء على احتياط من الموارد الدائمة والأموال الخاصة بنسبة 60% من العملة الوطنية للدولة، ويتم حسابها لمدة 5 سنوات[4].

الفرع الثاني: قاعدة نسبة الملاءة

الملاءة هي أساس سلامة البنوك، لذلك أولت هاته القواعد الدولية اهتماما بهذا الجانب، وحددت نسبتها بـ 8%، أما في الجزائر فهذه النسبة حددت بذلك سنة 99، وهذا لتغطية خطر القرض فقط، لتشمل بعد ذلك خطر السوق كذلك، وهذا بموجب بال 2 سنة 1996، هذه القاعدة جعلت البنوك تولي اهتماما كبيرا بالمخاطر قبل النظر لما ستحققه من أرباح جراء عملية الائتمان.

فرأس مال البنوك يعتبر أساس الحماية من كل ما يمكن أن يطرأ على العمليات التي يقوم بها، على اعتبار أنه يوظف أموال الغير في عمليات تحيطها المخاطر[5].

ونظرا لأهمية رأس المال باعتباره القاعدة الصلبة، والآلية التي تحقق الحيطة والحذر مما قد يقع للبنوك من

1-النظام رقم 90-01 المؤرخ في 4جويلية 1990، المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية. والذي حدد الحد الأدنى لرأسمال البنوك ب 500مليون دينار، دون أن يقل هذا المبلغ عن 33% من الأموال الخاصة، أما الحد الأدنى لرأسمال المؤسسات المالية 100مليون دينار، دون أن يقل هذا المبلغ عن 50% من الأموال الخاصة.

والمادة 2 من النظام رقم 04-01 المؤرخ في 4مارس 2004 المتعلق بتحديد رأس المال الأدنى للبنوك والمؤسسات المالية، فيحدد ذلك بـ2. 5 مليار دينار بالنسبة للبنوك و500 مليون بالنسبة للمؤسسات المالية. والمادة 3 من نفس النظام تنص على أن البنوك والمؤسسات المالية الكائن مقرها الرئيسي في الخارج عليها أن تخصص لفروعها الموجودة في الجزائر مبلغا موازيا على الأقل لرأسمال الأدنى المطلوب تخصيصه من طرف البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري. أما الآن فقد حدد رأسمال البنوك والمؤسسات المالية من خلال المادة 3 من النظام رقم 08-04المؤرخ في 23ديسمبر2008، المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية، والذي حددته بـ10مليار دينار بالنسبة للبنوك، و3. 5مليار بالنسبة للمؤسسات المالية.

2- المادة 4 من التعليمة رقم 94-74 المشار إليها سابقا.

3- صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 41.

4-اعتمد المشرع الجزائري هذه القاعدة بموجب النظام رقم 04-04المؤرخ في 19 جويلية 2004المحددلنسب الأموال الخاصة والموارد الدائمة.

5- مولاي خثير، قوانين الحذر والحيطة، محاضرات في الاقتصاد البنكي، جامعة تلمسان، 2008، ص8.

خسائر غير متوقعة، وكذا يوطد الثقة بينها وبين المودعين، وتعظيمها لدى السلطات المالية المعنية، لأن كفاية رأس المال يسهم في دعم الاستقرار المصرفي داخليا وخارجيا.

وعلى الرغم من عدم إلزامية هاته القاعدة وغيرها من القواعد الاحترازية، إلا أن الدول ومن بينها الجزائر حرصت على تطبيق هاته القاعدة، وألزمت بنوكها بها. فعلى البنوك والمؤسسات المالية أن تحترم بصفة مستمرة نسبة ملاءة هي ناتج قسمة أموالها الخاصة الصافية على مجموعة مخاطر القرض المحتملة[1]. ولقد تم التدرج في نسبة الملاءة بالنسبة للمشرع الجزائري من4%سنة 1995 تاريخ تطبيق هاته القاعدة، لتصل إلى النسبة الموصى بها دوليا وهي8%سنة 1999، ولكن المشرّع الجزائري أراد أن يواكب مقترحات لجنة بال 3 الدولية فأصبح ينصّ على نسبة الملاءة تقدّر بـ 9.5% لمواجهة كل من مخاطر القرض والمخاطر العملياتية ومخاطر السوق. فالمشرّع هنا رفع من نسبة الملاءة ووسّع من المخاطر التي ستواجهه. بالإضافة إلى إيجاد وسادة أمان تتكوّن من أموال خالصة قاعدية تعطى لها نسبة 2.5% من المخاطر المرجّحة[2]. وأكثر من ذلك يمكن للجنة المصرفية، كهيئة رقابية، أن تفرض على البنوك والمؤسسات المالية معايير ملاءة تفوق 9.5%[3].

هذه النسبة يجب التصريح بها في كل حين، وذلك في 31 ديسمبر و30جوان و30سبتمبر و31 ديسمبر من كل سنة، لدى بنك الجزائر في أجل قدره 30يوما اعتبارا من كل فترة من الفترات المشار إليها سابقا[4]. كما يمكن للجنة المصرفية أن تطلب من البنوك ذلك في أي وقت، باعتبارها هيئة رقابة عليهم[5]. أمّا عن التعديل لذلك، أصبح على البنوك والمؤسسات المالية التصريح للجنة المالية ولبنك الجزائر عن نسبة الملاءة ونسبة وسادة الأمان ونسبة 7% في ما يخص تغطية مخاطر القرض والمخاطر العملياتية ومخاطر السوق من الموال الخاصة القاعدية[6] وذلك كل 03 أشهر[7].

1- المادة 2 من النظام رقم 91-09 السالف الذكر. والتعليمة رقم 94-74 السالفة الذكر، والمادة 3 من النظام رقم 95-04 السالف الذكر.

2- المواد 02 و04 من النظام رقم 14-01 المؤرخ في 16 فيفري 2014 المتضمن نسبة الملاءة المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، العدد 54 المؤرخ في 2014/09/25، ص 21.

3- المادة 07 من النظام رقم 14-01 السالف الذكر.

4- المادة 11 من التعليمة رقم 94-74 السالفة الذكر. صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 43.

5- المادة 13 من التعليمة رقم 94-74 السالفة الذكر.

6- الأموال الخاصة القاعدية تتكوّن من رأس المال الاجتماعي والعلاوات والإحتياطات والأرصدة الدائنة والمؤونات والأرباح المرتق توزيعها مطروح منها كل ما هو على البنك والمخرجات والإهتلاكات، المادة 09 من النظام 14-01 السالف الذكر.

7- المادة 31 من النظام رقم 14-01.

أمّا فيما يخص الأموال الخاصة الصافية (المقام) فتتمثل في مكونات رأس المال الخاص بالمصرف في جزئه الأساسي، والذي يشمل: رأس المال الاجتماعي، والاحتياطات، ومؤونات الأخطار البنكية[1]. ورأس المال التكميلي والذي يشمل مؤونات إعادة التقييم والأموال المحصلة عن إصدار السندات أو أسناد القرض[2].

أما فيما يتعلق بمجموع مخاطر القرض المحتملة، فهي تتكون من عناصر يتوفر فيها عنصر المخاطرة وأخص بالذكر القروض الممنوحة للزبائن[3].

ولقد تم تحديد نسب تختلف باختلاف الطرف المستفيد من العملية المصرفية مع تحديد معدل الترجيح[4] الخاص بكل خطر، فكلما كان الطرف أكثر خطورة كانت نسبة معدل الترجيح كبيرة، وبالتالي يجب أن يخصص لذلك مبلغ احتياط يعادل المبلغ المستعمل في عملية التمويل بما فيه أصل الدين والفوائد[5]. بمعنى أنه إذا كانت الدولة أو الجماعات المحلية أو الإدارة هي المستفيدة من العمليات البنكية فإن الخطر يكون منعدما لأنها تتميز بالملاءة، وبالتالي فمعامل الترجيح لهاته العمليات يساوي 0%. أما إذا كان المستفيدون من الائتمان الأفراد أو المؤسسات الخاصة، فالخطر يكون مرتفعا، وبالتالي معامل الترجيح يجب أن يكون مرتفعا، أي يساوي 100%، ومنه على البنك أن يضع مبلغ احتياط يساوي 100% كي يتفادى الخطر الذي قد ينجم عن هاته العملية. ولقد تم تقسيم هاته الالتزامات إلى أصناف حسب درجة خطورتها[6]:

- الالتزامات ذات المخاطر المرتفعة، وضع لها معدل ترجيح يساوي 100%.

1- المادة 5 من التعليمة رقم 94-74 السالفة الذكر.

2- المادة 6و7 من نفس التعليمة رقم 94-74.

3- المادة 9 من نفس التعليمة رقم 94-74.

4- معدل الترجيح؛ هو معدل يوضع لتغطية مجموع المخاطر التي يمكن أن يتعرّض لها البنك بسبب نفس المستفيد.

5- المادة 10 من التعليمة رقم 94-74: القروض الموجهة للزبائن والمستخدمين معدل الترجيح 100%، وقروض للبنوك والمؤسسات المالية في الخارج 20%، والقروض للبنوك والمؤسسات المالية تعمل في الجزائر 5% وحقوق على الدولة أو ما يشابهها 0%. كما نجد المخاطر محددة في المادة 4 من النظام رقم 95-04 السالف الذكر.

6- صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 44. والمادة 11 من النظام رقم 14-02 المؤرخ في 16 فيفري 2014 المتضمن المخاطر الكبرى والمساهمات، الجريدة الرسمية، العدد 56، المؤرخ في 25 سبتمبر 2014، ص28. حيث أصبح المشرع ينصّ على معدلات الترجيح كما يلي:

- 0% في حالة المستحقات على الدولة والبلدية والولاية والمؤسسات الإدارية وبنك الجزائر ومصالح البريد.
- 20% ودائع وقروض للبنوك والمؤسسات المالية المتواجدة في الجزائر، ودائع وقروض للبنوك والمؤسسات المالية المتواجدة بالخارج والتي تتمتع بتنقيط جيّد.
- 50% ودائع وقروض للبنوك والمؤسسات المالية المتواجدة بالخارج والتي تتمتع بتنقيط أقل.
- 100% جميع القروض للمؤسسات وللأفراد والجمعيات بما فيها آلية الإعتماد الإيجاري، وهذا لأنّ الخطر يكون أكبر من هذه الفئات، وبالتالي يكون معامل الترجيح أكبر، وهذا من اجل إمكانية تغطية الخطر إنْ حدث فعلا.

- الالتزامات ذات المخاطر المتوسطة، وضع لها معدل ترجيح يساوي 50%.
- الالتزامات ذات المخاطر الملائمة، وضع لها معدل ترجيح يقدر ب 20%.
- الالتزامات ذات المخاطر الضعيفة، معدل الترجيح لديها يساوي 0%.

فالقاعدة السابقة من القواعد الاحترازية وهي قاعدة الأموال الخاصة، والملاءة المصرفية في تكامل، وكلاهما تظهر الحالة الصحية للبنك، فالأولى هي الضمان الأهم للثانية، وهاته الأخيرة هي التي تضمن السير الحسن للبنك، فهي تمتص كل الخسائر. فكلما ارتفعت الأموال الخاصة ارتفعت معها نسبة الملاءة، الذي يعني ارتفاع نسبة تغطية المخاطر، فهي صمام الأمان للبنوك ضد أي خطر محتمل. لأنه إذا حدثت النكبة وكانت الملاءة غير متوفرة لدى البنك دخل في حالة إفلاس.

وأكثر من ذلك فإن قانون النقد والقرض، سواء القديم أو المعدل والمتمم يفرض على البنوك والمؤسسات المالية بأن تحترم مقاييس التسيير الموجهة لضمان سيولتها وقدرتها على الوفاء تجاه المودعين والغير، وكذا توازن بنيتها المالية[1].

ويجب على كل بنك وكل مؤسسة مالية أن يثبت كل حين أن أصوله تفوق فعلا خصومه التي هو ملزم بها تجاه الغير بمبلغ يعادل على الأقل الرأسمال الأدنى[2].

ويقضي نظام الاحتياطات الإجبارية إلزام البنك المركزي البنوك التجارية على الاحتفاظ لديه بنسبة معينة في شكل نقود قانونية، تحسب على مجموع ودائعها أو على مجموع توظيفاتها، هذا الاحتياطي يدعى بالاحتياطي الإلزامي[3]. الذي يتم تحديد نسبته بموجب تنظيم أو تعليمة بنكية.

الفرع الثالث: قاعدة نسبة توزيع أو تقسيم المخاطر

لقد أدى النمو الكبير في حجم المشروعات إلى كبر حجم المخاطر الملقاة على البنك، خاصة إذا كان يتولى بمفرده عمليات التمويل الضخمة، ومن ثم يتعين على البنك الواحد تقسيم المخاطر، من خلال الاشتراك مع بنك آخر أو مجموعة من البنوك في عملية التمويل، من أجل أكثر حماية من المخاطر المحتملة. بحيث لا يجب على

1- المادة 159 من قانون النقد والقرض رقم 90-10، المعدلة بالمادة 97 من قانون النقد والقرض رقم 03-11 السالف ذكرهما.
2- المادة 89 من قانون النقد والقرض رقم 03-11.
3- المادة 94 من قانون النقد والقرض رقم 90-10.

البنك أن يبرم عقود تمويل مع مستفيد أو مجموعة من المستفيدين ويركز أمواله عليهم[1]، لأن هذا التصرف يخلق مخاطر كبرى، في حال ما إذا كان هناك فقد لأهلية مواجهة الالتزامات. فالتركيز الكبير للمخاطر على عدد معين من الزبائن يضعف البنية المالية للبنك، ويؤدي إلى اهتزاز مركزه أو هلاكه إذا أفلس أحد عملائه. وعليه فإنه يجب على البنوك اتباع سياسة تقسيم المخاطر على مجموعة من المستفيدين وعدم حصرهم، بشكل يضمن له أنه في حالة اختلال وضعية أحدهم لا يؤثر ذلك في الوضعية المالية للبنك الممول[2]. لذلك فالبنوك الشاملة أفضل بكثير اليوم من البنوك المتخصصة، فالأولى تقوم بتمويل جميع القطاعات مهما كان نوعها، وبذلك فهي تحقق قاعدة تقسيم المخاطر وذلك بعدم اكتفائها بتمويل قطاع معين، هذا يجعل هذا النوع من البنوك في منأى عن كل النكبات، بحيث إذا وقع مشكل لقطاع ما يبقى الأمل قائما في باقي القطاعات التي تم تمويلها. بالعكس مع النوع الثاني الذي يجعل ائتمانه منصبا على قطاع بعينه، حيث إذا وقع هذا الأخير في مشكل اهتز المركز المالي للبنك.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد اعتمد القاعدة بإلزام البنوك باحترام معيارين[3]:

- حالة مستفيد واحد من الائتمان، فالنسبة تكون أقل أو تساوي 25% من مبلغ رأسمال الصافي للبنك، أي عدم تجاوز هذا الأخير الأخطار المحتملة مع مستفيد واحد هذه النسبة من الأموال الخاصة الصافية، أي يجب أن يحترم سقف 25% كأقصى حد يمكن إقراضه لعميل واحد من رأس مال البنك. ويعتبر في حكم نفس المستفيد[4]، كل شخص طبيعي أو معنوي، مستفيدين بصفة تجعلهم متصلين معا بعلاقة مهما كان نوعها كعلاقة عمل أو إدارة مشتركة[5].
- حالة مجموعة من المستفيدين، تلتزم البنوك هنا بنسبة لا تتجاوز15%من رأس مالها لكل مستفيد، أي عدم تجاوز عشر مرات من مبلغ أمواله الخاصة الصافية.

1-إنّ خطر التركيز هو الخطر الناجم على التمويل الممنوح لنفس الطرف المقابل أو لأطراف مقابلة، ولأطراف مقابلة ناشطة في نفس القطاع الاقتصادي أو نفس المنطقة الجغرافية، أو الناجم عن منح قروض متعلّقة بنفس النشاط. المادة 02 ب من النظام رقم 11-08 السالف الذكر.

2-Jean Pierre arrichi, et Jaque spindler, Les règles de prévention des risques, contrôle des activités bancaires et risques financiers, édition économica, Paris,1998, P253 : "La division des risques constitue donc de l'un des moyens dont dispose un établissement pour se prémunir contre une perte trop lourde pouvant conduire à une défaillance…".

3- المادة 2 من النظام رقم 91-09 السالف الذكر، والمادة 2 من تعليمة بنك الجزائر رقم 94-74 السالفة الذكر.

4- المادة 2 فقرة 5 من التعليمة رقم 94-74 السالفة الذكر.

5- المادة 04 من النظام رقم 14-02، السابق الذكر.

فنسبة توزيع المخاطر فيما يخص مستفيد واحد هي حاصل قسمة مبلغ الأخطار المرجحة على الأموال الخاصة الصافية للبنك، التي يجب أن تقل أو تساوي25. أما فيما يخص مجموعة من المستفيدين فالحاصل يساوي أو يقل 10%[1].

كما يمكن تطبيق هذه القاعدة من طرف أصحاب المشاريع، من خلال اشتراك مجموعة من المستثمرين في نفس المشروع بدل تنفيذه من قِبل شخص بمفرده. وذلك من أجل تقاسم المخاطر التي يمكن أن تنجم عن هذا المشروع، وبالتالي الخسائر تكون بدرجة يمكن تحملها مقارنة بما إذا لو قام بتنفيذ المشروع مستثمر واحد، فإنه سوف يتحمل الخسائر بمفرده، ويشكل ذلك عبئا ماليا عليه. وهذا ما تبنته البنوك الإسلامية في اعتمادها آلية المشاركة. هذا ما ينادي به الأخصائيون البنوك الكلاسيكية لتبني هاته الآلية الناجعة.

الفرع الرابع: الوضعية العامة لنسبة الصرف

الوضعية العامة لسعر الصرف يعبر عنها بالفرق بين الحقوق بالعملة الأجنبية والديون بالعملة الأجنبية. فنكون أمام وضعية قصيرة لسعر الصرف إذا كانت الحقوق بالعملة الأجنبية أقل من الديون بنفس العملة. ونكون أمام وضعية طويلة إذا كانت الحقوق بالعملة الأجنبية أكبر من الديون بنفس العملة[2].

لقد نظم المشرع الجزائري هذه القاعدة، وألزم البنوك باحترام نسبة من عمليات الصرف بالعملة الأجنبية مقارنة مع أموالها الخاصة، بحيث يجب تحقيق توازن مع نسبة الأموال الخاصة للاحتياط من مخاطر الصرف، هبوطا أو صعودا[3].

أما عن حساب وضعية الصرف، فيكون بجمع نسبة العملات الصعبة الموجودة مع نسبة العملات الصعبة المستلمة، ثم طَرْح نسبة العملات الصعبة المسلمة[4].

1- سمير آيت عكاش، تطورات القواعد الاحترازية للبنوك في ظل معايير لجنة بال، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2013، ص 228.

2- صورايا قاصدي، نفس المرجع، ص 49.

3- المادة 3 من التعليمة رقم 95-78 المؤرخة في 26 ديسمبر 1995، المتضمنة للقواعد المتعلقة بوضعيات الصرف:"

ألا تتجاوز نسبة عمليات الصرف الطويلة أو القصيرة بالعملة الصعبة 10% من قيمة الأموال الخاصة لكل عملية صرف على حدا.

ألا تتجاوز نسبة مجموع عمليات الصرف القصيرة أو الطويلة نسبة 30% من الأموال الخاصة ". وتنص المادة 2من نفس التعليمة على: "أنه يجب على البنوك المتدخلة في سوق الصرف ان تتوفر على نظام دائم للقياس، ونظام للرقابة وتسيير المخاطر. . . ".

4- صورايا قاصدي، نفس المرجع، ص 49.

وما يمكن قوله عن القواعد المتعلقة بالنسب المالية، أن احترامها جد هام بالنسبة للبنك. سواء تعلق الأمر بالأموال الخاصة، أو الملاءة، أو توزيع المخاطر، أو ما تعلق بوضعية الصرف. وهذا لما لها من دور في الاحتياط من المخاطر غير المتوقعة، فتكون تغطيتها عن طريق هذه النسب المفروضة على البنوك، هذا يقوي البنية المالية للبنك، ويجعله في منأى عن الصدمات المالية، ويحقق له الديمومة والاستمرارية.

المطلب الثاني: القواعد المتعلقة بمنح الائتمان

لقد ألزم المشرع الجزائري البنوك بتصنيف الديون حسب درجة خطورتها، مع تكوين احتياطي مالي يخصص لمواجهتها[1]، أي التزام البنوك بتسيير الإجراءات والسياسات المتعلقة بعملية التمويل، والضمانات والاحتياطات اللازمة لكل نوع من الالتزامات، سواء قبل منح الائتمان باختيار الزبائن ودراسة وضعيتهم، أو بعد منح الائتمان بوضع آليات للاحتياط من مخاطره، وخاصة عدم التسديد.

ولقد ميز المشرع بين نوعين من الديون، الديون الجارية والديون المصنفة، وهذا حسب درجة خطورتها، ووضع لكل نوع مئونة عامة سنوية لتغطيتها[2]، وبالتالي يكون البنك قد بذل العناية اللازمة لضمان سيولته وبالتالي ملاءته.

فالمؤونات Provisions، هي مبالغ تمثل كاحتياط لتغطية خسارة مالية مؤكدة الحدوث، وهذا حتى لا تلجأ البنوك المعنية إلى استغراق صافي الربح لتكوين هاته المخصصات، بل تكون من الأموال الخاصة للبنك. فالأموال الخاصة القاعدية من مكوناتها المؤونات للمخاطر البنكية، التي هي أموال يضعها البنك كاحتياط لتغطية مخاطر الائتمان التي يتوقع مشاكل في تسديدها[3]. هذه الاحتياطيات هي إلزامية يفرضها المشرع وتخضع للرقابة، وجاءت بموجب توصيات دولية.

1- المادة 7 من النظام رقم 95-04 السالف الذكر: "يجب على كل بنك أو مؤسسة مالية، في إطار الشروط التي تحددها التعليمة أن يقوم واحد منهما بما يلي:

- أن تميز ديونها المستحقة على الزبائن حسب درجة الأخطار التي تواجهه فتفرق بين الديون العادية والديون المصنفة، تلك الديون التي ستحددها التعليمة المنصوص عليها في المادة الثانية.
- تكوين الاحتياطات الخاصة بخطر القرض.
- السهر على المعالجة الملائمة لفوائد الديون غير المضمون تحصيلها".

2- المواد من 15-22 من التعليمة 94-74 السالفة الذكر.

3- الأموال الخاصة القاعدية تطرق إليها المشرع في النظام رقم 95-04، وفي التعليمة رقم 99-04، وفي التعليمة رقم 94-74. ومحمد الشواربي، وعبد الحميد الشواربي، إدارة مخاطر التعثر المصرفي من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2007، ص337.

الفرع الأول: الديون الجارية[1]

هي كل الحقوق التي للبنك والتي يتم استرجاعها كاملة في آجالها المحددة، بما في ذلك أصل الدين والفوائد، حيث يتم تكوين احتياطي مالي سنوي يتراوح من 1 إلى 3%، وتسمى بالديون الجارية لضمان استردادها في الأجل المتفق عليه، وإن حدث تأخر في التسديد فهو لا يزيد عن 3أشهر. وهذا لما يتوفر عليه هؤلاء المدينون (مؤسسات) من خصائص، تجعلهم يصنفون بهذا التصنيف، لوضعيتهم المالية الجيدة، لوجود ضمانات قوية.

الفرع الثاني: الديون المصنفة

وهي ديون تصنف إلى، ديون ذات المشاكل الممكنة، وديون أكثر خطورة، وديون متنازع فيها[2].

أولا: الديون ذات المشاكل الممكنة[3]

هي تلك الديون التي يمكن تسديدها، ولكن مع تأخر في ذلك، على ألا يتعدى ذلك مدة 6أشهر، وهذا نظرا للصعوبات المالية التي يمكن أن تمر بها المؤسسة المدين، والتي تكون خارجة عن إرادتها بسبب الظروف الاقتصادية، أو المشاكل التي يعاني منها القطاع الذي تعمل فيه المؤسسة، والتي تؤدي إلى تدهور مركزها المالي، ومنه عدم المقدرة على الوفاء بأصل الدين أو الفوائد. ويلتزم البنك في هذا النوع من الديون بوضع احتياط يقدر بـ30% من الأموال الخاصة لضمان تغطية أصل الدين والفوائد.

1- المادة 17 من نفس التعليمة.

2- بالنسبة للمتابعات القضائية التي حركتها وكالة "أونساج" ضد الشباب المستفيدين من قروض والذين لم يسددوا ديونهم بلغت ألفين"2000" متابعة، والسباب الذين فشلوا في تجسيد مشاريعهم بلغت نسبتهم 10في المائة، وأن الوكالة تمكنت من تحصيل 26 مليار دينار من أصل 308 مليار دينار، كما كانت هناك مشاريع كثيرة ناجحة بلغ أصحابها حد التصدير إلى الخارج. جريدة الخبر اليومي، 28 فيفري 2017، ص 5.

3- المادة 3/17 من نفس التعليمة. المادة 05 من النظام رقم 14-03 المؤرخ في 16 فيفري 2014 المتعلق بتصنيف المستحقات والإلتزامات بالتوقيع للبنوك والمؤسسات المالية وتكوين المؤونات عليها، الجريدة الرسمية، العدد 56، المؤرخ في 25 سبتمبر 2014، ص32. حيث يمكن من خلالها تصنيف المستحقات والمؤونات المرصدة لها كما يلي:

- مستحقات ذات مخاطر ممكنة وهي التي لم يسدد على الأقل أحد استحقاقاتها منذ 90 يوما والاعتمادات الايجارية التي لم يسدّد على الأقل أحد أقساطها منذ 90 يوما والمستحقات بكل أنواعها التي تحصيلها غير مؤكد جزئيا أو كليا لظروف داخلية أو خارجية. هذا النوع من المستحقات يرصد له ما نسبته 20% كمؤونة لتغطيتها.
- مستحقات ذات مخاطر عالية؛ وهي عبار عن القروض التي لم تسدد منذ 180 يومًا، والاعتمادات الايجارية التي لم تسدد على الأقل أحد أقساطها منذ 180 يومًا، والمستحقات التي يمكن تحصيلها الجزئي أو الكلي شبه مؤكد. هذه يخصص لها مؤونة تقدّر بـ 50% لتغطيتها.
- مستحقات متعثّرة؛ وهي القروض التي تفوق مدة عدم تسديدها أكثر من 360 يوما، والإعتمادات الإيجارية التي لم يسدد على الأقل أحد أقساطها منذ أكثر من 360 يومًا، هذه المستحقات الميؤوس من تحصيلها ترصد لها مؤونة تعدّ بنسبة 100% لتغطيتها.

ثانيا: الديون الأكثر خطورة

وهي التي يكون فيها عدم تسديد الديون أمرا مؤكدا بالنسبة للبنك، وهذا للظروف الصعبة والحرجة التي تمر بها المؤسسة المدين، وإمكانية أن تتكبد خسائر لها تأثير على البنك الدائن، كما أن التأخر عن التسديد قد يصل إلى سنة، ومنه على البنك الدائن أن يضع لذلك مئونة بنسبة 50% من الأموال الخاصة، وذلك من أجل تغطيتها[1].

ثالثا: الديون الميؤوس منها[2]

وهي تلك الديون التي تنتج خسائر للبنك صاحب الحقوق، والتي لا يستطيع هذا الأخير استرجاعها بالطرق الودية، وإنما باستعمال كل طرق التحصيل المقررة. هنا يلزم على البنك وضع احتياطي من أمواله الخاصة يقدر بـ100% من أجل تغطية الخسائر التي قد تنجر عنها.

إن تصنيف الديون حسب درجة خطورتها[3] ووضع الاحتياطي الكافي لتغطيتها أمر مهم بالنسبة للبنك والمؤسسات المالية، وهذا لتفادي المفاجآت التي تجعلها في ارتباك، وقد لا تستطيع تغطيتها إذا ما ترك الأمر للزمن أو اعتماد التخمين فقط، بل يجب أن يكون كل ذلك مبنيا على طرق علمية ومحاسبية ورقابية لعملية تقييم المخاطر، فهذا كفيل بضمان المتابعة الحسنة للالتزامات والتعهدات.

المطلب الثالث: تقييم فعالية قواعد الحيطة والحذر

نظرا للمجال الواسع للأعمال البنكية، أصبح من الضروري أن تتصرف بحذر في تعاملاتها المالية بشكل يحافظ على مركزها المالي، والوفاء بالتزاماتها تجاه المودعين، خاصة من أصحاب الودائع تحت الطلب. لأن المنافسة الشديدة وهدف تحقيق الأرباح جعلها لا تأخذ بعين الاعتبار المخاطر التي قد تتعرض لها، فكان تدخل الدول بتوصيات بموجب اتفاقيات للحد من ذلك. فجاءت بقواعد حذر تهدف إلى حماية المودعين، بموجب قاعدة

1- صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 48.

2- المادة 18 من نفس التعليمة رقم 94-74.

3- في حالة الديون المصنفة (الخطيرة والميؤوس منها) تلتزم البنوك بالتصريح عن الإجراءات التالية لدى مركزية المخاطر:

- عملاء التسوية الودية، وهنا يلتزم البنك بالتصريح عن كل العملاء الذين استفادوا من التسوية عن طريق كيفية سداد الدين وديا.
- عملاء التسوية القضائية، يلتزم البنك بتحديد نوع الدعوى المرفوعة وتاريخ رفعها. في هذا الموضوع، لينده شامبي، المرجع السابق، ص421.

ضمان الودائع، وضمان استقرار النظام البنكي من جهة، وضمان رؤوس أموال للمؤسسات الاقتصادية للقيام بمشاريع استثمارية من جهة ثانية.

فقواعد الحذر هي بمثابة الضامن لمنافسة محكمة، وتنظيم لنسبة معينة من رأس مال البنوك لمواجهة خطر السيولة التي تنجر عن عمليات التمويل المختلفة. فهي آلية لإدارة المخاطر التي تتعرض لها البنوك، وبهذا الوضع تصبح قادرة على تدبير سيولتها في أي وقت وبالقدر الكافي الذي يمكنها من الوفاء بالتزاماتها تجاه مودعيها، وبالتالي تضمن ثقتهم، فالقانون يلزمها بالاحتفاظ بنسب من أموالها الخاصة لتلبية طلبهم في سحب ودائعهم، وتحافظ على استقرارها من جهة أخرى.

كما أن هاته القواعد غيرت من وضعية المساهمين في البنك، فهم ليسوا مجرد حملة أسهم ينتظرون الأرباح، بل تضاعفت مسؤولياتهم بتصاعد الاهتمام بسلامة المركز المالي للبنك، حتى لو اقتضى ذلك زيادة رأسماله بمساهمات جديدة من أموالهم الخاصة عند حدوث الخطر، وفقا لما تنص عليه هاته القواعد[1].

وما يمكن قوله إن هاته القواعد الدولية جاءت لتفرض على البنوك نسبا مالية يحتفظ بها لمواجهة أي طارئ ناجم عن العمليات البنكية التي هي معرضة في كل وقت لمخاطر كثيرة ومتنوعة، خاصة السيولة التي كثيرا ما أدت بكُبْرَيات البنوك لهزات عنيفة أدت إلى إفلاسها. لذلك فهاته القواعد مضمونها يتمثل في السيولة والملاءة ووضعية الصرف وتوزيع المخاطر من جهة، وتصنيف الديون ووضع مخصصات مالية من الأموال الخاصة للبنك لتغطيتها من جهة ثانية. وهي كلها تمثل ضمانات للحماية من مخاطر الائتمان بصفة خاصة، والمخاطر البنكية بصفة عامة. وهي ضمانات بمفهومها الواسع، تشمل حتى قاعدة تعدد وتنوع الضمانات الكلاسيكية.

لكن مع هذا، عرفت هذه القواعد محدوديتها في مسألة الوقاية من المخاطر التي تَفْتِكُ بالمصارف، والدليل على ذلك جملة الإفلاسات التي عرفتها البنوك عبر العالم، ولم تسلم منها حتى البنوك الجزائرية، وهذا رغم أن كل دول العالم تنص على هاته القواعد في تشريعاتها وتفرض رقابة صارمة على تطبيقها.

فعلى المستوى الأوربي نجد، قضية البنك الفرنسي (بلاك ستارن) سنة1995، والبنك العمومي (القرض الليوني) سنة 1995 وما عرفه من أزمات لولا تدخل الدولة لإنقاذه من الإفلاس وما كان سيحدثه من

1- المادة 161فقرة 1 من قانون النقد والقرض، المعدلة بالمادة 99 فقرة 1 من المر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض: "يدعو محافظ بنك الجزائر المساهمين الرئيسيين في هذا البنك أو المؤسسة المالية المعنية، إذا تبين أن وضع بنك ما أو مؤسسة مالية يبرر ذلك، لتقدم له الدعم الضروري من حيث الموارد المالية".

انعكاسات سلبية على النظام المصرفي الفرنسي وحتى الدولي، أي ما يعرف بخطر النظام، هذا بالإضافة إلى 14نكبة عرفتها الساحة في الفترة ما بين 1976-1993[1].

وعلى مستوى البنوك الأسيوية نجد، الأزمة الأسيوية لسنة 1997 بسبب نقص السيولة وانتشار العدوى للدول (الفلبين، اندونيسيا، ماليزيا، كوريا، اليابان، الصين) وحتى روسيا بنوكها لم تسلم من ذلك، وعرفت خطر عدم الملاءة واحتاجت إلى مقرض ذو طابع دولي لمدها بالسيولة اللازمة. فتفاقمت الأزمة لتبلغ ذروتها ما بين 1989-1990 إذ عرفت 169 حالة إفلاس[2].

كما نجد الأزمة المالية العالمية سنة2007-2008التي ساهمت في إفلاس الكثير من البنوك الأمريكية الكبرى، وانهيار الكثير من المؤسسات وشركات التأمين، وانتشرت العدوى إلى أوربا واليابان ومعظم دول العالم[3].

حتى هذه الأزمات لم تسلم منها البنوك الخاصة الجزائرية، وخاصة بنكي (الخليفة وBCIA)، حيث تدهورت وضعيتهما المالية، وعانا من عدم الملاءة، وأن سبب إفلاسهما يعود لنقص الأموال الخاصة، وبالضبط رأس المال الاجتماعي، وعدم توفرهما على الاحتياطات اللازمة لتغطية المخاطر. حيث تم سحب الاعتماد من بنك الخليفة في 29ماي2003، ومن بنك (BCIA) في 21أوت سنة 2003. دون أن ننسى سحب الاعتماد من منى بنك (وآركو بنك) في 28-12-2005، والمؤسسة المالية البنك الاتحادي سنة 2003، وكذا البنك الجزائري الدولي في 18ديسمبر2005[4].

فالتحديد للنسب المالية الذي فرضته قواعد الحذر يتصادم مع المنافسة وأهداف البنك التي تنصب حول تحقيق الأرباح والنمو، كما أن القواعد المتعلقة بمنح الائتمان تجعله يحجم ويتردد في القيام بمنح التمويل الذي هو من صميم أعماله وأولاها، هذا له تأثير على مردوديته وعلى المؤسسات الاقتصادية المستثمرة، خاصة الصغيرة والمتوسطة، التي غالبا ما تترد البنوك في تمويلها.

كما أن نسبة الملاءة المحددة بـ 8% من الصعب على البنوك الصغيرة، والتي لم تصل بعد إلى تلك القوة

1- صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 55

2-نفس المرجع، ص 56.

3- سمير آيت عكاش، المرجع السابق، ص 2.

4-نفس المرجع، ص 151و152.

والانتشار[1]، أن تصل إلى تحقيق تلك النسبة. فنستطيع القول إن هاته القواعد تتلاءم مع البنوك العالمية الكبرى للدول الصناعية، التي لها انتشار واسع عبر العالم.

ومادام أن هذه القواعد الاحترازية موضوعة على مقاس الدول الصناعية الكبرى ذات البنوك القوية المنتشرة عبر العالم، وأن من خصائصها أنها غير ملزمة إلا من جانب معنوي لأهميتها، ولعدم تعامل البنوك فيما بينها إلا باحترامها، كان لزاما على الدول الصاعدة أن تكييف هذه القواعد على حسب بيئتها المصرفية لتعطي نتائج إيجابية، مادام أن بنوكها أقل تطورا وانتشارا، لا تتلاءم مع النسب ومعاملات الترجيح التي تبنتها الدول الكبرى. حتى التوصيات التي جاءت بها بال 2 لسنة 1995 وبال 3 لسنة 2011، لم تستطع الدول الأقل تطورا كالجزائر أن تواكبها، لأن بنوكها لم تصل إلى ما وصلت إليه نظيراتها. فهي لا تملك ما تملكه هاته الأخيرة من الأدوات المالية والمحاسبية والتكنولوجية. لأنها ما تزال في مرحلة عصرنة نظامها المالي، ورقمنة قطاعها الاقتصادي. لذا فشلت هاته القواعد إلى حد ما في تحقيق الحماية للبنوك من المخاطر لدى هاته الدول.

بالإضافة إلى النقائص التي تعاني منها هذه القواعد، قد يزيد من عدم فعاليتها عدة أسباب، عامل الوقت وخطأ الإنسان[2].

- فعامل الوقت، أمر احتمالي، من الصعب على البنوك أن تتحكم فيه بصفة كاملة في تسيير المخاطر وفق مدة معتبرة، قد تحدث فيها عدة معطيات غير متوقعة، تجعل التنبؤات في جهة والواقع في جهة ثانية، هذا ما حدث للدول الصناعية من خلال الأزمة المالية العالمية الأخيرة. فما بالك ببنوك الدول الصاعدة. حيث بين لحظة منح الائتمان وفترة استرجاعه يحدث مالم يكن في الحسبان. نظرا للظروف الكثيرة التي تحيط بعالم المال، سياسيا واقتصاديا واجتماعيا ودوليا.
- خطأ الإنسان، وهو الخطأ الذي يحدث أثناء ممارسة المهنة المصرفية، والذي يجعل كل النسب المسجلة، أو الدراسات المتعلقة بمنح الائتمان بعيدة كل البعد عن الواقع، قد يكون مرده لسوء التسيير، هذا يجعل آلية إحكام الرقابة على المهنة المصرفية أمر ضروري وحتمي. لأن لدى البنوك الرغبة الشديدة في الحصول على

1- صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص

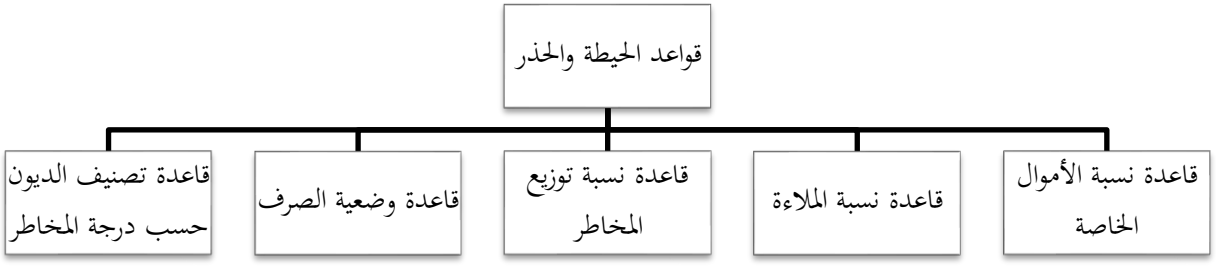
2-نفس المرجع، ص 87.

الأرباح دون توخي الحيطة والحذر.

كما أن الحرية الاقتصادية المطلقة التي تعرفها الدول الكبرى، جعلت الدولة شبه غائبة في هذا المجال، فالحرية مطلوبة، ولكن تدخل الدولة لفرض التشريعات واحترام الاتفاقيات والتوصيات أمر لابد منه لتحقيق الاستقرار والديمومة للبنوك والمؤسسات المالية، والحفاظ على أموال الغير.

أماعن تطبيق هاته القواعد على البنوك الإسلامية، فهي لا تتناسب مع استخداماته للأموال، بل يصعب تطبيقها عليه، لأن البنوك التقليدية تعتمد المتاجرة بالقرض بفائدة، بينما البنوك الإسلامية يكون لها عائدا في صورة ربح. لذا يمكن تحديد نسب الائتمان على أساس توزيع الأرباح فيما بين البنك والمستثمرين في عملية المضاربة. بينما السقوف الائتمانية وضبط نسبة السيولة، فهذا لا يتعارض مع الأحكام الشرعية المعمول بها في البنوك الإسلامية[1]. ومادام أنها تتعامل بآليات مختلفة من، المضاربة والمشاركة والمرابحة، فنسب الاحتياطي أو السقوف ينبغي أن تختلف عنها في البنوك التقليدية، لأن هذه الآليات تحتاج إلى حجم تمويل أكبر من القروض، فهي ليست محتاجة لهاته المعدلات المرتفعة، لأنها سوف تعرضها لخطر التجميد، وذلك بأن تتكدس لديها فوائض مالية هائلة عاطلة. فهذا النوع من البنوك يعاني من فائض في السيولة، مقارنة بالبنوك التقليدية التي تعاني من نقص في السيولة، بل أحيانا الحاجة للسيولة.

ففعالية هاته القواعد تتوقف على عصرنة ورقمنة الأنظمة المالية، ومواكبة ما وصلت إليه البنوك المتطورة من جهة، وتفعيل آلية الرقابة على هاته المؤسسات من جهة ثانية. وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثالث.



المخطط من إعداد الطالب

1- محمد السعيد أحمد، العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنك المركزي، مجلة التجديد، العدد3، 2000، ص64-66.

المبحث الثالث: آلية الرقابة

الحرية الاقتصادية والمالية لا تعني غياب الانضباط، وعدم توخي الحيطة والحذر، بل إنّه يستلزم توفير المناخ التنافسي المحكم والشفاف، وذلك في ظل قواعد وإجراءات ورقابة واضحة وصارمة، وإدراكا بما يحيط بالعمل المصرفي والاستثماري من مخاطر، ينبغي التحوط منها لتجنبها، أو على الأقل التقليل من تداعياتها، ولنا في الإفلاسات على المستوى الدولي والوطني مثال لذلك. والتي كانت بسبب الحرية المطلقة للقطاع المالي، ونقص إن لم نقل غيابا للرقابة.

فالرقابة جاءت لضمان التسيير الجيد للمخاطر، ومراقبة مدى الالتزام بقواعد الحذر، ومدى التحكم في شروط الائتمان عن طريق التشخيص، وفرض الالتزام بالقواعد المتعلقة به، للتحكم في المخاطر المرتبطة به، وإيجاد حلول لذلك في الوقت المناسب قبل تفاقم الوضع. فالرقابة تهدف إلى ضمان فعالية قواعد الحذر من جهة، وضمان حسن سير المهنة المصرفية من جهة ثانية.

والمشرع الجزائري وعلى غرار كل الدول، اعتمد آلية الرقابة البنكية، التي دعت إليها لجنة بال من خلال المبادئ العامة التي وضعتها[1]، بل وقبل ذلك[2]، وهذا من خلال مراقبة مدى احترام القواعد القانونية والتنظيمية، ومتابعة كل العمليات البنكية لاكتشاف الاختلالات ومعالجتها في وقت مبكر.

فماهي الأجهزة الموكل إليها مهمة الرقابة؟ وهل تخضع البنوك الإسلامية لنفس الآليات؟ وما مدى فعالية آلية الرقابة في الحماية من مخاطر الائتمان خاصة؟

ولمناقشة وتحليل هذا المبحث ارتأينا تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، الأول خصصناه لأجهزة الرقابة، والثاني للرقابة التي تنفرد بها البنوك الإسلامية، لنصل أخيرا إلى تقييم مدى فعالية آلية الرقابة.

المطلب الأول: أجهزة الرقابة

للقيام بمهمة الرقابة، فإن هناك أجهزة يوكل إليها تجميع المعلومات ثم دراستها وتحليلها قصد تتبع مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية لأحكام النظام البنكي وإيجاد الحلول العملية للمشاكل التي تواجهها. هذه

1- لجنة بال جاءت بـ25 مبدأ من أجل تفعيل الرقابة المصرفية، ووضع المشرع الجزائري لذلك تطبيقات في النظام المصرفي، سواء عن طريق قانون أو أمر، أو نظم وتعليمات. ليندة شامبي، الائتمان المصرفي، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 471-474. وسمير آيت عكاس، مرجع سابق، ص164.

2- المواد من 143 إلى 157 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، المعدلة بالمواد 105-116 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

الأجهزة تتمثل في مركزية المخاطر، مركزية المستحقات غير المدفوعة، مركزية الميزانيات. وهي هيئات تابعة للبنك المركزي، كما نجد جهاز رقابي مستقل يتمثل في اللجنة المصرفية.

الفرع الأول: مركزية المخاطر

في إطار الوضع الذي يتسم بحرية المبادرة وقواعد السوق في العمل البنكي تتزايد المخاطر المرتبطة بالائتمان، لذا يحاول البنك المركزي أن يجمع كل المعلومات التي تهدف إلى مساعدة النظام البنكي على التقليل من هذه المخاطر[1] وفي هذا الصدد أسس قانون النقد والقرض هيئة تقوم بجمع هذه المعلومات هي مركزية المخاطر[2].

وتعتبر مركزية المخاطر من بين هياكل بنك الجزائر، وهي تمثل هيئة للمعلومات التي تتعلق بالمستفيدين من القروض البنكية ومؤسسات القرض الأخرى[3]. وهذا لتفادي خطر تركيز القروض على شخص معنوي واحد، أو تركيزها على مستوى إقليمي معين دون الآخر، وهذا للعمل بقاعدة توزيع المخاطر.

وتعمل المركزية على جمع المعلومات الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية على مستوى الوطن، عن طريق جمع كل البيانات المتعلقة بالقروض، من الأسماء المستفيدة منها وطبيعتها وسقفها ومدتها ومبالغها والضمانات المقدمة لتغطيتها[4]. كما تعمل على جمع المعلومات المتعلقة بمبالغ القروض غير المسددة، والتعرف على الأخطار المصرفية[5].

فالهدف الأساسي من هذه الهيئة هو الحصول على المعلومات من كل البنوك والمؤسسات المالية وتركيزها لديها ثم تقديمها لكل معني يريد الاستعلام عن ماضي المؤسسة الطالبة للتمويل وكل المعلومات المالية والفنية حولها وما تكون قد قدمته من ضمانات، هذا يساعد البنك في اتخاذ القرض الصحيح بمنح ذلك من عدمه بناء على ما تم تقديمه له من مركزية المخاطر من معلومات تخص هاته المؤسسة أو تلك، هذا يجعله في منأى عن المخاطر،

1- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 206.

2- المادة 160من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، المعدلة بموجب المادة98 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض: "ينظم بنك الجزائر ويسير مصلحة لمركزة المخاطر تدعى مركزية المخاطر. . . ". المعدّلة بالمادة98 من الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد والقرض

3- المادة 1من النظام رقم 92-01 المؤرخ في 22مارس 1992المتضمن تنظيم مركزية الأخطار وعملها، الجريدة الرسمية، العدد 8، لسنة 1992. المعدل بالمادة 02 من النظام رقم 12-01 المؤرّخ في 20 فيفري 2012، الجريدة الرسمية، العدد 36، المؤرخ في 13 جوان 2012 المتعلّق بمركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها: "مركزية المخاطر مصلحة لمركزة المخاطر تتكلّف بالقيام لدى كل بنك وكل مؤسسة مالية على وجه الخصوص والتي تدعى في صلب النص المؤسسات المصرّحة، بجمع هوية المستفيدين من القروض وطبيعة وسقف القروض الممنوحة ومبلغ القروض الغير مسددة وكذا الضمانات المأخوذة فيما يخصّ كل صنف من القروض"

4-المادة 98 من الأمر رقم 03-11 السالف الذكر:". . . تكلف بجمع أسماء المستفيدين من القروض وطبيعة القروض الممنوحة وسقفها والمبالغ المسحوبة والضمانات المعطاة لكل قرض، من جميع البنوك والمؤسسات المالية. . . ".

5- المادة 2 من النظام رقم 92-01 السالف الذكر.

خصوصا إذا تعلق الأمر بما إذا كان هناك إخلال سابق بالتزامات تعاقدية، أو لوجود ضمانات تم تقديمها لضمان ائتمان سابق. هذا فيه حماية للبنك من المخاطر البنكية، وكذا للمودعين من خطر إفلاس البنك أو اختلال وضعيته المالية. لهذا فإنه لا يمكن منح أية قروض قبل الرجوع مسبقا لمركزية المخاطر[1]. وأصبح بالإمكان الحصول على المعلومات من هاته الأخيرة دون ترخيص مسبق، وهذا بمجرد طلبها من البنك أو المؤسسة المالية، عكس ما كان معمولا به سابقا[2].

وبالتالي يقع على البنوك والمؤسسات المالية واجب الانضمام إلى المركزية، كما يقع عليها واجب احترام قواعد عملها[3]، وينبغي عليها في هذا الإطار أن تقدم تصريحا خاصا بكل القروض الممنوحة للزبائن، فاللجوء إلى هاته الهيئة هو السبيل الأنجع للبنك من أجل الحصول على المعلومات الكافية والحقيقية قبل أن يمنح الائتمان، وهذا لكشف ودراسة المخاطر المحيطة به، ومنح البنوك كل ما يهمهم من معلومات ضرورية مرتبطة بالقروض والزبائن والتي تشكل مخاطر محتملة من جهة، وتجنب الوقوع في خطر تركيز القرض في يد زبون واحد من جهة ثانية.

ووفقا لما جاء به قانون النقد والقرض أو النظام الذي يتعلق بمركزية المخاطر، فإنه من المهم للبنوك والمؤسسات المالية الانضمام إلى هاته الهيئة[4]، بل أكثر من ذلك، لا يمكن منح أي قرض إلا إذا تحصلت البنوك على المعلومات الخاصة بالمستفيد من مركزية المخاطر[5]. وكذلك التصريح لديها بكل الديون المشكوك فيها أو المتنازع فيها، أي الديون المصنفة[6]. إذن فاستشارة البنوك والمؤسسات المالية لمركزية المخاطر التزام قانوني، وهذا لتفادي منح ائتمان لمن استفاد من تمويل من طرف جهات مالية أخرى مما يزيد من مخاطر التمويل[7].

1- المادة 8 من النظام رقم 92-01 السالف الذكر.

2- المادة 160 فقرة 3 من قانون النقد والقرض رقم 90-10 كانت تنص:". . . أن يكون الزبون المعني قد رخص مسبقا وخطيا للبنك وللمؤسسات المالية أن تتقدم بطلب معلومات، أن تقدم المؤسسة المعنية طلبا خطيا. ".

3- المادة 3 من النظام رقم 92-01 السالف الذكر.

4- المادة 98 من الأمر رقم 03-11:". . . يتعين على البنوك والمؤسسات المالية الانخراط في مركزية المخاطر، ويجب أن تزود مركزية المخاطر بالمعلومات المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة. ".

5- المادة 160 فقرة 4 من قانون النقد والقرض 90-10:"لا يجوز منح أي قرض دون أن يكون البنك أو المؤسسة المالية قد تحصلت من مركزية المخاطر على المعلومات المتعلقة بالمستفيد من القرض. ". هذا الإجراء أصبح جوازيا بموجب الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، لكن هذا الالزام تأكد مرة ثانية بموجب المادة 8 من النظام رقم 92-01 السالف الذكر.

6- المادة 17 من التعليمة رقم 94-74 المحددة لقواعد الحذر.

7- لينده شامي، المرجع السابق، ص 416.

إن مركزية المخاطر لها وظيفة علاجية، من خلال إيجاد استراتيجيات اقتصادية ومالية وتنموية جديدة، كما أن وجودها جاء لتحقيق غايات متعددة تتمثل في: مراقبة ومتابعة نشاطات البنوك والمؤسسات المالية، ومعرفة مدى التزامها بقواعد الحذر، تركيز المعلومات المرتبطة بالقروض ذات المخاطر في خلية واحدة، هذا يسمح بتسيير أفضل لسياسة القروض، لضمان استقرار وديمومة القائمين بها[1].

الفرع الثاني: مركزية المستحقات غير المدفوعة

نظرا للمخاطر المرتبطة بالائتمان، ونخص بالذكر خطر عدم التسديد، الذي قد يكون راجعا لمؤسسة المدين، أو لظروف خارجة عن إرادتها، كان لابد من جهاز يقوم بجمع المعلومات وتسجيلها في سجل خاص حول الديون والمستحقات غير المدفوعة والظروف التي أدت عدم تسديدها. فكانت مركزية المستحقات غير المدفوعة، التي أنشئت ضمن هياكل بنك الجزائر. والانظام إلى هاته المركزية إلزامي على كل مؤسسة بنكية أو مالية[2]. حيث تتولى هاته الهيئة دراسة كل ما قدم إليها من معلومات، وتحديد ما يترتب عنها من إجراءات ومتابعات، ومنه تكون المرجع الذي يتم التركيز عليه في تحديد الضمانات التي هي بمثابة تأمين ضد أخطار القرض[3]. والمشرع مهد لإنشاء هذا الجهاز من خلال قانون النقد والقرض، ثم من خلال الأمر المتعلق بقانون النقد والقرض[4]. ويقع على عاتق البنوك والمؤسسات المالية إعلام هذه المركزية بعوائق الدفع التي قد تطرأ على القروض التي منحوها[5].

الفرع الثالث: مركزية الميزانيات

أنشئت هذه الهيئة بطريقة غير مباشرة من خلال القانون المتعلق بالنقد والقرض والأمر المتعلق بذلك، حيث لا نجد التصريح بذلك، بل كان بتعبير ضمني يوحي بضرورة وجود هذا الجهاز[6]. ليتولى مهمة تحليل ومعالجة

1- الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 207

2- المادة 1 من النظام رقم 92-02 المؤرخ في 22مارس 1992المتضمن تنظيم مركزية المبالغ غير المدفوعة وعملها، الجريدة الرسمية، العدد 8 لسنة 1992:"يحدث هذا النظام ضمن هياكل بنك الجزائر، مركزية للمبالغ غير المدفوعة يجب أن ينظم إليها جميع الوسطاء الماليين".

3- المادة 3 من نفس النظام رقم 92-02.

4- المادة 96من قانون النقد والقرض رقم 90-10، والمادة 98 من الأمر رقم 03-11المتعلق بالنقد والقرض: "ينظم بنك الجزائر مركزية للمخاطر ومركزية للمستحقات غير المدفوعة. ".

5- المادة 4 من النظام رقم 92-02.

6- المادة 56 فقرة 4 من قانون النقد والقرض رقم 90-01:"يمكن للبنك المركزي أن يقترح على الحكومة اتخاذ أي تدبير يرى المحافظ أو المجلس من شأنه أن يحسن ميزان المدفوعات وحركة الأسعار والأحوال المالية العامة وبشكل عام إنماء الاقتصاد الوطني". والمادة 36 من الأمر رقم 03-11المتعلق بالنقد والقرض:". . . يحق له أن يطلب من البنوك والمؤسسات وكذا الإدارات المالية أن تزوده بكل الإحصاءات والمعلومات التي يرى فائدة منها لمعرفة تطور الأوضاع الاقتصادية والنقد والقرض وميزان المدفوعات والاستدانة الخارجية. . . ".

المعلومات المحاسبية والمالية، إذ تقوم بإرسال إلى البنك المعني أو المؤسسة المالية أو شركة الاعتماد الايجاري نتائج التحليل ضمن ملف فردي خاص بالمؤسسة الاقتصادية الزبونة التي استفادت من قرض خاضع لتصريح مركزية المخاطر[1].

ويقع على عاتق البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري واجب الانضمام إلى هاته المركزية وأن تحترم قواعد سيرها[2]، وتزويدها بالمعلومات المحاسبية والمالية التي تتعلق بالسنوات الثلاث الأخيرة لزبائنها من المؤسسات الاقتصادية[3]. فهي تشكل مركزا لتجميع المعلومات حول المؤسسات الاقتصادية المستفيدة من القروض، وهذا لتحقيق أحسن متابعة لسياسة القرض.

وتكمن أهمية هذا الجهاز في إمكانية استشارتها من طرف البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري قبل أن تقوم بمنح تمويل لمؤسسة زبونة، كي يكون القرار صائبا وتتفادى الوقوع في المخاطر المرتبطة بالائتمان. لأن التشخيص الفني والمالي لها قد يكون غير كاف للقيام بذلك، فتزويدها بالمعلومات المالية والمحاسبية عنها من طرف مركزية الميزانيات يكون أضمن وأدق. وأن المعلومات التي تبلغها هذه الأخيرة تتميز بطابع السرية، تخص الممولِ والممولَ[4].

وأن هذه المركزية ملزمة في أجل 10أيام التي تلي استلام طلب الاستشارة، منح إجابة إلى مؤسسة التمويل، وفي حالة عدم الرد في الأجل المحدد، بإمكان هذه الأخيرة أن تقوم بمنح التمويل بعد تشخيصها للمؤسسة طالبة التمويل وتقييمها للخطر بنفسها[5].

الفرع الرابع: اللجنة المصرفية

تأسست اللجنة المصرفية بموجب قانون النقد والقرض، وهي مكلفة بمراقبة حسن تطبيق القوانين والأنظمة

1- المادة 1 من النظام رقم 96-07 المؤرخ في 3جويلية 1996 المتضمن تنظيم مركزية الميزانيات وعملها، الجريدة الرسمية، العدد64، المؤرخ في27أكتوبر1996:"يتم إنشاء مركزية الميزانيات لدى بنك الجزائر طبقا لمهامها المتمثلة في مراقبة توزيع القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية وقصد تعميم استعمال طرق موحدة في التحليل المالي الخاص بالمؤسسات ضمن النظام المصرفي. . . ".

2- المادة 3 من النظام رقم 96-07 السالف الذكر.

3- المادة 4 من النظام رقم 96-07 السالف الذكر. ومعمر سعدوني، المرجع السابق، ص 84.

4- المادة 9 من النظام رقم 96-07.

5- معمر سعدوني، المرجع السابق، ص 84.

التي يجب أن تخضع لها البنوك والمؤسسات المالية[1]، كما تضطلع بمهمة عقاب المخالفين لذلك. وهي تتكون من أعضاء فيهم الإداريين والقضاة[2]. وتتم الرقابة عن طريق الاطلاع على الوثائق البنكية، وكذا الزيارة الميدانية للبنوك والمؤسسات المالية[3].

فكهيئة إدارية، تقوم بالتحريات سواء على المستوى الداخلي أو الدولي[4] طبقا للمعاهدات الدولية إذا كانت هناك فروع للبنك بالخارج، وهذا من أجل التأكد من سلامة القرارات المتخذة من طرف البنوك، ومدى التزامها بقواعد الحذر في مجال الائتمان، من خلال تقسيم المخاطر وتغطيتها، وكذا تصنيف الديون حسب درجة الخطر. فدورها ذو بعد وقائي أكثر منه علاجي وعقابي.

والرقابة قد تكون مباشرة بناء على دراسة وتحليل الوثائق المحاسبية والمالية للبنك التي تُرسل للجنة بصفة منتظمة، كما تبنى هذه الدراسة على تقارير محافظي الحسابات، بالإضافة إلى طلب التوضيح والاستعلام الذي يكمل عملية الدراسة. وهناك هيئة متخصصة في الرقابة على الوثائق تابعة للجنة، فهي تراقب نسب ومعدلات قواعد الحذر، خاصة معدل الملاءة[5].

وهناك الرقابة في عين المكان، حيث ترسل اللجنة أعوانها إلى البنك للتحقيق والتحقق من مدى صحة المعلومات الموجودة على الوثائق المرسلة إليها، مع تحرير تقرير بكل ما قام به الأعوان من إجراءات ومعاينات وما تم التوصل إليه من تجاوزات مسببة بقواعد قانونية. كما تهدف الزيارة التفتيشية إلى الكشف عن مدى حسن التسيير والاحترام لقواعد المهنة المصرفية، والوقوف على الكيفية التي يدارها البنك أو المؤسسة المالية، لتقديم التوجيهات والتوصيات للحفاظ على الاستمرارية والديمومة لهاته المرافق.

أما عن اللجنة كجهة قضائية، فهي تتخذ التدابير والعقوبات التأديبية تكون حسب شدتها حسب المخالفات المثبتة، فيمكن أن تكون على شكل أمر لعلاج الوضع، وذلك بأن يتخذ البنك أو المؤسسة المالية

1- المادة 143 فقرة 1 من قانون النقد والقرض، المعدلة بالمادة 105 من الأمر رقم 03-11.

2- المادة 144 من قانون النقد والقرض، المعدلة بالمادة 106 من الأمر رقم 03-11.

3- المادة 1147 و148 من قانون النقد والقرض.

4- المادة 150و151 من قانون النقد والقرض، والمادة 110 من الأمر رقم 03-11.

5- المادة 59 من النظام رقم 02-03 المؤرخ في 14 نوفمبر 2002 المتعلق بالرقابة الداخلية على البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، العدد 84 المؤرخ في 18 ديسمبر 2002. المعدل والمتمم بالنظام رقم 11-08 المؤرخ في 28 نوفمبر 2011، المتضمن الرقابة الداخلية، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخ في 29 أوت 2012.

المخالفة في أجل معين كل التدابير التي من شأنها أن تعيد التوازن المالي أو تصحيح الخطأ أو القيام بالتسيير الصحيح لشؤون المصرف أو المؤسسة بالشكل الذي يحفظ له استمراريته، وإذا لم يحظى أمر اللجنة بالاستجابة تكون هناك عقوبات أشد، أقلها الإنذار وأشدها هو سحب الاعتماد. ولنا في البنوك الخاصة الجزائرية المثال على ذلك.

فاللجنة المصرفية لها دور وقائي، من خلال الرقابة على الوثائق أو بالزيارة المباشرة للبنك أو المؤسسة، وهذا للاطلاع على الأخطاء وتصحيحها. ودور علاجي، وهذا من خلال التحذير أو الأمر باتخاذ التدابير اللازمة لإعادة التوازن للبنك أو المؤسسة[1]. والدور العقابي من خلال استعمال آليات الردع[2].

ولقد حاول المشرّع الجزائري أن يوسّع من صلاحيات اللجنة المصرفية في مجال الرقابة وذلك من خلال[3]:

- قيام اللجنة المصرفية بإعلام البنك أو المؤسسة المالية بالوقائع المنسوبة إليه عن طريق وثيق غير قضائية أو أي وسيلة أخرى ترسلها إلى ممثّله القانوني[4].
- تعيّن اللجنة المصرفيّة مصفّي تسند إليه كل سلطات الإدارة والتسيير، وذلك في حال ما إذا تقرّر سحب الاعتماد من كل بنك أو مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري وكل فرع من فروع البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية العاملة في الجزائر[5].
- يتولّى رئيس اللجنة المصرفيّة ارسال تقرير سنوي حول رقابة البنوك والمؤسسات المالية إلى رئيس الجمهورية[6].
- يمكن للجنة المصرفية أن تفتح إجراءً تأديبيّا ضد البنوك والمؤسسات المالية التي لا تلتزم بقواعد المهنة المصرفية.

1- المادة 154 من قانون النقد والقرض، المعدلة بالمادة 112 من الأمر رقم 03-11:"يمكن اللجنة المصرفية أن تدعو أي بنك أو مؤسسة لاتخاذ، ضمن مهلة معينة جميع التدابير التي من شأنها أن تعيد أو تدعم توازنه المالي أو تصحح أساليب إدارية عندما يبرر وضعه ذلك. ".

2- المادة 156 من قانون النقد والقرض، والمادة 114 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، وهي: " الإنذار، التوبيخ، المنع من ممارسة بعض العمليات، التوقيف المؤقت لمسير أو أكثر، إنهاء مهام شخص أو أكثر، سحب الاعتماد. "

3- عبد العزيز خنفوسي، عيسى لعلاوي، المرجع السابق، ص. 10-11.

4- المادة 114 مكرر من الامر رقم 10-04 المتعلق بالنقد والقرض.

5- المادة 115 الفقرة 01 و02 من الامر رقم 10-04.

6- المادة 116 مكرر من الأمر رقم 10-04.

المطلب الثاني: الرقابة التي تنفرد بها البنوك الإسلامية

إن البنوك الإسلامية ومن أجل الاطمئنان على سلامتها المالية، فإنها تقوم بعملية المتابعة للمشروعات التي تمولها، على أساس الآليات التي تنفرد بها وخصوصا المشاركة. كما تخضع كغيرها من البنوك للرقابة من طرف نفس الأجهزة التي تقوم بالرقابة على البنوك الكلاسيكية، بالإضافة إلى الرقابة الشرعية على أساس أنها لا يجب أن تتعامل بالفائدة، أو أية آلية تستعملها البنوك التقليدية لا تتماشى وقواعد الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: المتابعة[1]

إن دور البنك لا ينتهي عند منح الائتمان، بل أنه يمتد ليشمل متابعته بعد التعاقد عليه، سعيا لضمان الوفاء بالالتزامات في ميعاد الاستحقاق، وكي يتسنى اكتشاف المخاطر المحتملة والعمل على تجنبها قبل وقوعها، حيث يبقى على اتصال بالمؤسسة الممولة لاتخاذ الإجراءات المناسبة قبل استفحال الأمر. ومتابعة الائتمان لها أهمية بالغة من حيث، الاطمئنان على تنفيذ الشروط المرتبطة بالائتمان، اتخاذ الإجراءات الكفيلة بحماية حقوق البنك في الوقت المناسب، تقديم يد المساعدة لأصحاب المشروع لتخطي المشاكل التي قد تعترضهم لتفادي الخسائر التي قد تلحق بالبنك في حال تعثر الدين.

هذا ما يجب العمل به، لأنه يجب على البنك أن يطمئن على حسن سير المشروع وفق الخطة التي وضعت حين إنشائه، لأن ذلك سيسمح باكتشاف المصاعب التي تواجهه في وقت مبكر، وإيجاد الحلول الملائمة، ومن ثم حماية مصالح المؤسسة نفسها صاحبة المشروع. لذلك جرى العمل على أن البنك متى مول مشروعا يعين ممثلا عنه في مجلس إدارة المؤسسة[2]. وهذا ما تقوم به البنوك الإسلامية، لأن آليات التمويل التي تستعملها تعتمد على المشاركة في المشروع أو المضاربة وهذا يتطلب رقابة أكبر، من أجل الاطلاع على سير المشروع عن كثب.

إن البنك بصفته شريكا مع المؤسسة يتحدد عائده فيما يتوقع تحقيقه من أرباح، وبالتالي يتوقف نجاح المشروع في استثماره وحجم الأرباح المحققة، وإذا كان كذلك، فإنه قد تحدث متغيرات عديدة أثناء التنفيذ تؤثر

1- محمود المرسي لاشين، مداخلة حول: التمويل بالمشاركة للمشروعات الصغيرة والمتوسطة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، سطيف، 25-28 ماي 2003.

2- محمد حبار، المرجع السابق، ص 12.

على الأهداف المسطرة، هذا يتطلب التعرف عليها لاتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب لعلاجها، وذلك لا يتأتى إلا بالمتابعة المستمرة والمباشرة للتنفيذ من قبل البنك باعتباره شريكا في العملية، وصاحب الأموال المستثمرة.

وبما أن المشاركة هي خليط بين المال والعمل، فإذا كان الشريك عادة يختص بالأعمال التنفيذية، والبنك يختص بالجانب المالي، فإنه على البنك أن يمارس المتابعة والرقابة على تصرفات الشريك، فلربما كان هذا الأخير أقل خبرة في مجال تسيير المشروعات.

فإذا كان هدف المتابعة في البنوك التقليدية، وفي مجال الائتمان بصفة عامة هو الاطمئنان إلى الوفاء بما عليه من التزامات، فإنه في حالة التمويل بالمشاركة يمتد الهدف من الرقابة إلى التأكد من سلامة التنفيذ لتحقيق الأرباح المنشودة. فالهدف هنا لا يقتصر على الوقوف على التغيرات التي قد تطرأ على الوضع الائتماني للمؤسسة، وإنما يجب أن يمتد لمتابعة المشروع ذاته.

فهذا النوع من الرقابة يهدف إلى، التأكد من سلامة تنفيذ المشروع وفق الخطة والاتفاق السابق لتنفيذ المشروع، الوقوف عل المشكلات التي تطرأ عند التنفيذ ومشاركة المؤسسة في اقتراح الحلول لها، متابعة الجانب المالي والمحاسبي للمشروع لوقوف البنك على حقوقه المالية، والتزام الشريك بسدادها له.

أما عن آليات هاته الرقابة فهي تكون بالمتابعة الميدانية، وذلك بالزيارات لمقر الشركة من طرف ممثل البنك، الذي يجب أن يكون ملما بالمتابعة فنيا وماليا. وأكثر من ذلك يمكن تخصيص عضو يمثل البنك في مجلس إدارة الشركة.

كما قد تكون المتابعة على مستوى البنك الممول، من خلال التقارير التي يطلب من المؤسسة إعدادها وموافاته بها، وعادة ما تكون عبارة عن قوائم مالية دورية، وتقارير عن تطور تنفيذ المشروع، وعن المبيعات والمصروفات والإيرادات، ومتابعة الضمانات المقدمة.

الفرع الثاني: الرقابة الشرعية[1]

الرقابة الشرعية تميز البنوك الإسلامية، تعتمد من خلالها على عدد من العلماء متخصصين في الشريعة وفقهاء الدين ومن خبراء الجهاز المصرفي المتدينين، تقوم بإبداء الرأي فيما يمكن أن يعرض عليها من أسئلة

1- فتيحة حزام، المرجع السابق، ص 102-103.

وتصرفات، وفي الوقت نفسه مباشرة اختصاصها في الإشراف والمتابعة لأعمال البنك لمعرفة مدى تطابقها مع أحكام الشرع، والتدخل لتصحيح الانحرافات إن وجدت. وتزويد هيئة الرقابة بجميع الأدوات والوسائل التي تمكنها من القيام بهذه المهمة أمر ضروري كما لابد من تزويدها بكافة البيانات والمعلومات والإيضاحات التي تساعدها في إبداء الرأي، وإعطائها حق التفتيش والاطلاع على كافة السجلات والمستندات الخاصة بالبنك[1]. لكن في الحقيقة هذه الهيئة الرقابية هي هيئة إفتاء، تجيب عما يعرض عليها من أسئلة في مسائل مصرفية من الناحية الشرعية.

فهي رقابة وقائية من خلالها تشترك الهيئة مع مسئولي البنك في وضع نظم العمل الخاصة بمباشرة العمليات، ومن ثم تأكيد خلو هذه المعاملات من الموانع الشرعية. كما أنها رقابة علاجية، كونها تراجع كافة المعاملات المصرفية وتعمل على إصلاح أي خلل فيها، خصوصا منافاتها للقواعد الشرعية. وهي أيضا رقابة ابتكاريه، حيث تعمل الهيئة على استنباط وابتكار المزيد من الأدوات المالية التي تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية. كما تمثل دور الرقابة التوجيهية من خلال ما تقدمه من توصيات وآراء ومشورة إلى متخذي القرار بالبنك[2].

المطلب الثالث: تقييم مدى فعالية آلية الرقابة

الرقابة تهدف إلى حماية البنوك والمؤسسات المالية من الوقوع في مخاطر مالية قد تؤثر سلبا على القطاع المصرفي بأكمله ومنه على الاقتصاد الوطني. فهي تأتي لتصحيح ما وقع فيه البنك من أخطاء من جهة وتسليط عقوبات على الذين لا يحترمون قواعد المهنة من جهة ثانية.

الفرع الأول: فعالية آلية الرقابة

تظهر فعالية الرقابة من خلال، التحقق والتأكد من سلامة العمليات التي تقوم بها البنوك ومدى تماشيها مع القواعد القانونية والتنظيمية. حماية المصلحة العامة من خلال حماية أموال المودعين من كل تلاعب، ولضمان استقرار البنوك. التعرف على مواطن الخطأ في الوقت المناسب وإصلاحها مبكرا.

فالرقابة تعمل على استقرار وديمومة البنوك، وذلك بالاحتفاظ بالسيولة لديها أو من خلال الاحتياطي الإجباري لدى البنك المركزي، هذا يحقق التوازن للبنك في حال ما إذا حدث اختلال في الائتمان، وفي ذلك أيضا

1- محسن أحمد الخضيري، البنوك الإسلامية، دار اترك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص 309-310.
2-نفس المرجع، ص 311-312، ص 8-10.

حماية للمودعين. البنوك والمؤسسات المالية لا تقوم بأي عمل استثماري أو تمويلي إلا إذا التزمت بقواعد الحيطة والحذر، هذا تضمنه الأجهزة الرقابية، وفي هذا حماية للبنك أو المؤسسة من مخاطر الائتمان.

الرقابة تمكن من اتخاذ التدابير واختراع الحلول التي من شأنها أن تعيد التوازن المالي للبنوك، وتصحح الأساليب الإدارية غير السوية، وإلا اللجوء إلى الإجراء العقابي من أجل الردع حفاظا على أموال الغير.

الرقابة تجعل البنوك تقوم بعملياتها، وخاصة منح الائتمان، وتمويل المشاريع من غير تهور وتسرع، بل في إطار الحيطة والحذر ودراسة المستقبل. فهي تعتبر العمود الثاني للاحتياط من المخاطر البنكية، حيث لا يمكن الالتزام بالقواعد التي تنظم المهنة المصرفية بصفة عامة، والقواعد الاحترازية بصفة خاصة مالم تكن هناك رقابة صارمة وفعالة.

ونظرا لأهمية آلية الرقابة، كانت هناك أجهزة كثيرة وقواعد قانونية وتنظيمية متنوعة للاضطلاع بمهامها على أكمل وجه، ولتفعيل هاته الآلية، وجعلها تواكب التطورات الدولية الحاصلة، والعمل بقواعد وتوصيات الاتفاقيات الدولية، خاصة لجنة بال والمبادئ التي جاءت بها في هذا الإطار.

إذن الرقابة المصرفية تحقق التوجيه والإشراف، وتعمل على تسيير البنوك بشكل جيد، من خلال فرض الالتزام بقواعد المهنة المصرفية، واختراع الحلول لكل ما قد يعترضها من مشاكل، تفاديا للتعثر المالي. هذا كله نحو بنوك ومؤسسات مالية عصرية ومستقرة.

الفرع الثاني: نقائص آلية الرقابة

رغم ما للرقابة من دور في الحماية من المخاطر البنكية عامة والائتمان بصفة خاصة إلا أنها لا تخلو من بعض النقائص التي تحد من فاعليتها في تحقيق ذلك. فكثرة الإفلاسات على المستوى الوطني والدولي بالرغم من وجود قواعد الحذر وآلية والرقابة، يدل على فشل هذه الآليات أمام المخاطر الكثيرة والمتنوعة.

فسلسلة الإفلاسات التي عرفتها الساحة المالية الجزائرية، فيما يخص البنوك والمؤسسات المالية الخاصة، يدل على أن الأجهزة الرقابية الكثيرة والمتنوعة لم تمارسها بشكل جيد أثناء دراسة ملفات هاته المؤسسات، أو وجود ضعف في هذه الأجهزة، التي كانت موجودة منذ 1990 بموجب قانون النقد والقرض.

أجهزة الرقابة من المفروض أن تعطي حلولا بديلة قبل اللجوء إلى حالة الإفلاس وتصفية أموال البنوك، من دعوة المساهمين لرفع رأسمال البنك، إلى الدعوة لتضامن الساحة المالية، أو الإنقاذ من طرف مقرِض آخر والذي عادة ما يكون البنك المركزي. فدور الرقابة وقائي ثم علاجي وأخيرا ردعي. فكيف تم إفلاس كل هذا العدد في ظل وجود هاته الأجهزة الرقابية وهذه الحلول القانونية؟

على الأجهزة الرقابية أن تتدخل في الوقت المناسب من أجل إنقاذ الوضع، وإلا كانت الكارثة، وهذا ما حدث فعلا للبنوك الخاصة في الجزائر. حيث تأخرت اللجنة المصرفية في اتخاذ التدابير اللازمة، فكانت النتيجة كارثية. وهي سلسلة من الإفلاسات في فترة وجيزة.

رغم كثرة الأجهزة الرقابية وتنوعها بين داخلية[1] وخارجية إلا أنها بدون فعالية، هذا يرجع لغياب التنسيق والتكامل والتعاون فيما بينها. بل أكثر من ذلك وجود التواطؤ لدى الرقابة الداخلية وعرقلة عمل الرقابة الخارجية، جعل هاته الأخيرة تفشل في الوصول إلى الوضع الحقيقي لهاته البنوك.

كما أن الرقابة إذا لم تكن مزودة بالوسائل المادية المتطورة، والكفاءات البشرية التي لها خبرة ودراية بالجانب المالي والمحاسبي والقانوني، فمآلها الفشل. وهذا ما ينقص آلية الرقابة في الجزائر، التي واكبت التطور من حيث عددها والقواعد المتعلقة بالحذر، لكنها لم تواكب العصرنة في مجال قطاع المال، لذلك جاءت ناقصة الفعالية، والدليل أنها لم تستطع إنقاذ عدد كبير من البنوك التي أفلست. ففعالية الرقابة لا تقاس بكم الأجهزة، فهي كثيرة ومتعددة، ولا بترسانة القوانين، التي هي الأخرى كثيرة ومتنوعة، ولكن تقاس بالجدية والاحترافية وامتلاكها للوسائل المتطورة والتدخل في الوقت المناسب والقدرة على اختراع الحلول، والتنسيق فيما بينها، وخاصة بين الرقابة الداخلية والخارجية، التي إذا انعدم بينها التواصل، وحل مكانه سوء النية والتحايل. هنا تفقد الرقابة فعاليتها.

1- حدد النظام رقم 02-03 المتعلق بالرقابة الداخلية السالف الذكر مجموعة من المصالح تلتزم البنوك والمؤسسات المالية بإنشائها من أجل رقابة داخلية جيدة، وهذا طبقا لمبادئ لجنة بال وخاصة المبدأ رقم 14، هذه المصالح تتمثل في:

- نظام مراقبة العمليات والإجراءات الداخلية، طبقا للمادة 5 من النظام 02-03. المعدّلة بالمواد 06-30 من النظام رقم 11-08 السالف الذكر.
- تنظيم محاسبي وفحص المعلومة، المادة 16و20من النظام 02-03. المعدّلة بالمواد 31-36 من النظام رقم 11-08.
- نظام لقياس المخاطر، المواد من 22إلى33 من النظام 02-03. المعدّلة بالمواد 37-53 من النظام رقم 11-08
- نظام التحكم في المخاطر، المواد من 34إلى39 من النظام 02-03. المعدّلة بالمواد 54-60 من النظام رقم 11-08
- نظام المعلومات والوثائق، المواد من 40إلى 48 من النظام رقم 02-03. المعدّلة بالمواد 61-75 من النظام 11-08.

في هذا الإطار، أنظر، لينده شامي، المرجع السابق، ص 439-448.

إن الرقابة تهدف إلى توفير النسب والاحتياطي ومعاملات الترجيح، أي الاهتمام بقواعد الحذر أكثر من الاهتمام باستثمار ما لدى البنوك من أموال، هذا جعل هاته الأخيرة إما أن تحجم عن عملية التمويل، وبالتالي يكون لديها فائض من الأموال كان من المفروض أن تستغله في تمويل مشاريع استثمارية تجني من خلالها أرباحا. وإما الاهتمام بالمردودية والربح بغض النظر عن المخاطر التي قد تتعرض لها. هذا ما حدث فعلا للبنوك والمؤسسات المالية الأمريكية وولد الأزمة المالية العالمية.

أما عن الرقابة الشرعية، فهي ما تزال لم تتبلور في ذهن إدارة البنوك الإسلامية، وهذا راجع لقلة الفقهاء المتخصصين في مجال المعاملات المصرفية والمسائل المالية الحديثة، ومن ثم صعوبة الوصول للحكم الشرعي حولها. التطور السريع والكبير للمعاملات المصرفية وأدواتها المالية صعب من مواكبتها بفتاوى تبين أحكامها. عدم استجابة الإدارة المصرفية لقرارات الهيئة الرقابية، هذا يقود إلى

وجود رقابة شرعية صورية. كما أن الضغط الممارس على الهيئة، وعدم إلمامها بالقواعد المصرفية، يؤدي إلى وجود مخالفات لقواعد الشريعة في هذا المجال[1].

إذن حتى تكون آلية الرقابة فعالة، يجب أن تتضافر جهود أجهزة الرقابة بنوعيها، فلا يكون بينها ازدواج أو تكرار في العمل الرقابي. وأن تلزم كل جهة منها بالعمل الجاد، وذلك بتفعيل عملها، ولا تنتهي إلى رقابة شكلية. وأن تمارس ذلك باستقلالية، وتكون توصياتها وآراؤها وحلولها نافذة.

وفي مقابل ذلك لا يجب أن تكون الرقابة مهما كان نوعها وشكلها والجهاز القائم بها سببا في إعاقة العمل المصرفي، وفي حرمان المؤسسات من التمويل. فقواعد الحيطة والحذر يجب الالتزام بها، والرقابة مطلوبة لفرض ذلك، ولكن ترقية وتشجيع الاستثمار بتوفير الأموال اللازمة للمؤسسات كذلك من الأولويات، لذلك لا يجب الاهتمام بجانب على حساب الآخر. هذا يحقق التطور للمؤسسات ويمنح الاستقرار والديمومة للبنوك والمؤسسات المالية.

وكخلاصة لهذا الباب، يمكن القول إن الضمانات المستحدثة هي المعول عليها في تحقيق الحماية للبنوك، بين الضمانات الناشئة عن الأعراف والممارسات البنكية والضمانات بمعناها الواسع.

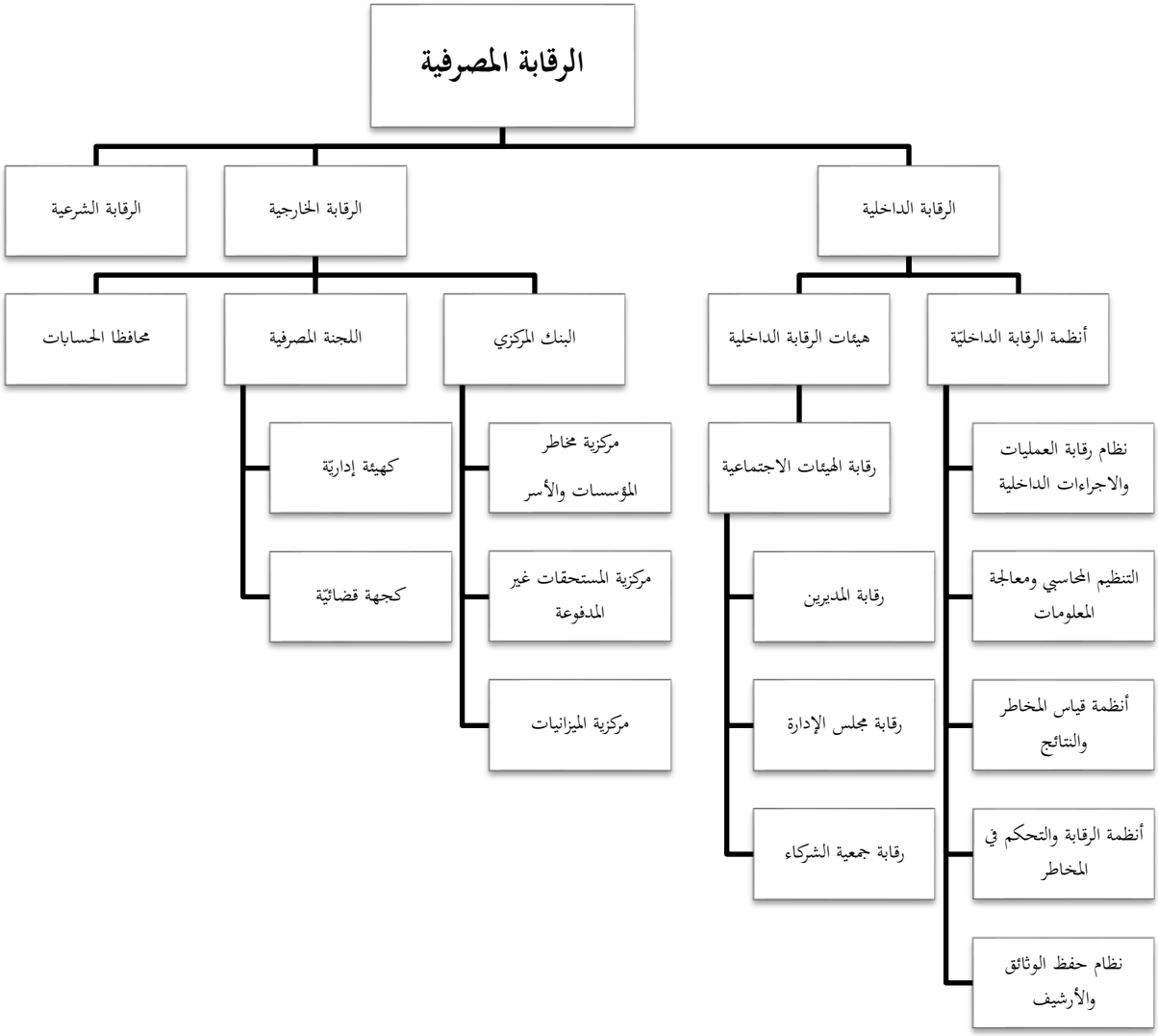
1- عبد الرحمان مايدي، مخاطر التمويل في المصارف الإسلامية، مذكرة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2010، ص 65.

فالأولى أثبتت فعاليتها ولكن في حدود، نظرا للعوامل والظروف التي لها تأثير على ذلك، من إفلاس للجهات الضامنة، إلى التنصل من الالتزامات بمبررات قانونية ومادية، فتعرضها إلى مخاطر هي الأخرى تؤثر على قيمتها كضمان، إلى التدخل في تحقيق الضمان بنسب لا تغطي كل الخسائر.

أما الثانية أثبتت محدوديتها في تحقيق الحماية، لأن البيئة المصرفية مختلفة بين الدول الصناعية الكبرى والدول الأقل تطورا، ووجود مصارف إسلامية لها أدواتها المالية الخاصة والتي تختلف عن البنوك الكلاسيكية التي تتعامل بتجارة القروض، وهي التي وُضِعت لأجلها قواعد الحيطة والحذر، هاته الأخيرة كذلك قد تحد من المنافسة واضطلاع البنوك والمؤسسات الاقتصادية بنشاطاتها، هذا بسبب وجود إحجام وتردد في ذلك، مرده للنسب والسقوف والترجيحات.

حتى الرقابة المفروضة من أجل التزام البنوك بهذه القواعد لم تأت بنتيجة، ولأدل على ذلك الإفلاسات التي مست البنوك والمؤسسات المالية عبر العالم، هذا مرده لغياب الرقابة أحيانا أمام المنافسة الشرسة، وإيلاء أهمية كبيرة للربح أكثر من الاحتياط للمخاطر، وأحيانا أخرى عدم وضوحها، وعدم كفاءة الأجهزة القائمة بها، وبساطة الآليات المستعملة في ذلك لدى الدول الأقل تطورا.

لذلك، ولأهمية هذه الضمانات من جهة، وفشل الضمانات الكلاسيكية من جهة ثانية، لابد من إيلاء المشرع الاهتمام بهذه الضمانات المستحدثة، وجعلها أكثر فاعلية، من خلال نصوص قانونية أكثر وضوحا وخدمة لصالح الدائن، ولِمَ لا تحقيق التوازن بين مصلحة البنك الدائن والمؤسسة المدين، وتطوير الآليات والوسائل في تحقيق الضمان، من الوسائل المحاسبية والرقمنة وعصرنة النظام المالي. كما أن تحقيق التكامل بين هذه الأنواع من الضمانات من شأنه أن يحقق الديمومة والاستمرارية للبنوك والمؤسسات المالية.



مخطط من إعداد الطالب

الخاتمة:

إنّ التمويل عملية هامة وحيوية لا يمكن الاستغناء عنها من المنشأة الاقتصادية التي من خلاله تسير عجلة الإنتاج وتقدم الخدمات المطلوبة، أو من البنك الذي هو من صميم وظائفه فمن خلاله يحقق المدخلات المرجوة عن طريق توظيف هاته الأموال، وللمجتمع كافة من خلال النهوض بالمشاريع التي تلعب دورا في تحقيق الرغبات والرفاهية وتوفير مناصب شغل. إلا أن هذه العملية لا تخلو من مخاطر سواء بالنسبة للمؤسسة الممولة أو البنك الممول لها من خطر عدم التسديد إلى خطر السيولة وخطر سعر الصرف والمخاطر المرتبطة بسوء التسيير وخطر التجميد ومخاطر السوق. لكن هذه المخاطر وغيرها لا يجب أن تقف حجر عثرة أمام المؤسسة التي يجب عليها الاختيار بين بدائل التمويل المتاحة الأقل تكلفة وخطرا بالتركيز أكثر على التمويل الذاتي الذي يوفر لها أكثر استقلالية. وبالنسبة للبنك فعليه الاعتماد على تمويل المشاريع المربحة وبعد دراستها من جميع النواحي ثم أخذ الضمانات بمختلف أنواعها شخصية كانت أو عينية وعدم التركيز على نوع واحد، لأن كل نوع منها له ايجابيات وسلبيات هذا يجعل منه آلية لا يمكن التعويل عليها في مجال الحماية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية.

فالضمانات الشخصية من كفالة وضمان احتياطي وتأمين وخطاب الضمان تقوم على الاعتبار الشخصي، فإذا زال لإفلاس أو عدم قدرة على السداد أو لتحلل من التزامات نتيجة لخطأ من البنك أو إهمال منه فإنها لا تحقق الحماية المرجوة. والضمانات العينية من رهن رسمي أو حيازي أو حقوق امتياز أو حق الملكية كضمان فإنها تقوم على أشياء ملموسة وذات قيمة، إلا أنها عرضة لنقص في قيمتها أو تلفها أو اهتلاكها أو حتى لوجود ديون أخرى تكبلها تجعل منها آلية لا يمكن التعويل عليها كثيرا.

إذن فالضمانات آلية قانونية هامة يمكن للبنك استخدامها للحفاظ على أمواله من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية. كما أنها تجعل معاملات التجارة الدولية مؤمنة، وخلق جو من الثقة بين المتعاملين، وبالتالي سريان العمليات التجارية بكل أمان. وهذا ما يؤدي إلى ترقية العلاقات التجارية والمالية وتدعيمها.

غير أنها لا تعطي الحماية الكافية، سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، ذلك إذا كنا بصدد الضمانات بمعناها الضيق من ضمانات شخصية وضمانات عينية لأنها لا تعتبر إلا مجرد مخرج إنقاذ (Un issue de secours) في حالة وجود اختلال في الوضعية المالية للمؤسسة التي يتمنى البنكي عدم اللجوء إليها

إلا في آخر المطاف، كما أنها تعتبر نقطة تأثير معنوي ونفسي (Contraient psychologie) على المؤسسة الممولة يستعملها البنكي في مخالفتها وإخلالها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية.

وعليه فالضمانات بمعناها الضيق تشكل وسيلة أكيدة لاسترجاع حقوق البنك، غير أنها في الغالب محفوفة بالمشاكل التالية:

- لا تحقق التوازن بين مصلحة الدائن المرتهن والمدين الراهن، حيث تغليب لمصلحة المدين على حساب مصلحة الدائن.
- الخطأ في تقييم الضمانات قد يترتب عليه عدم تغطية الضمان لمبلغ التمويل.
- تناقص قيمة الضمان عبر الزمن نتيجة للتآكل، التقدم التكنولوجي، تدهور حالة العقار نتيجة للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وحتى الأوضاع على المستوى الخارجي.

بشكل عام لا ينبغي أن تكون الضمانات هي أساس منح التمويل، فالأصل أن يعتمد البنك الممول على القناعة بجدارة المؤسسة في الحصول على التمويل من خلال عنصر الأمان (Solvabilité) الذي يتمثل في مدى ثقة البنك بأن الأموال التي يقرضها في كل عملية من عملياته سوف تعود إليه في ميعاد استحقاقها. وهكذا، يتوقف إقدام البنك على منح التمويل لأي مؤسسة على مدى الثقة التي تتوفر عليها من حيث، متانة مركزها المالي وسمعتها، والضمانات التي تكون على استعداد لتقديمها.

هذا، وأن الاعتماد على عنصر الأمان والضمانات لوحدهما غير كاف، بل يجب أن تتدعم بالضمانات بمعناها الواسع، وهي كل آلية يمكن للبنك اعتمادها والتي تكون من شأنها ن تحمي أمواله من مخاطر التمويل، ومن هذه الآليات نجد[1]،

- تشخيص عناصر المؤسسة الاقتصادية، وتشمل الدراسة النواحي الشخصية من حيث أمانة المؤسسة الممولة وسمعتها، وكذا القدرات الإدارية التي تسيرها، والنواحي الاقتصادية التي تنعكس آثارها على نشاط المؤسسة

1- هذه الآليات تتمثل في قواعد الحيطة والحذر التي جاء بها المشرع الجزائري متأثرا بالتشريعات الدولية من خلال لجنة بال 1 في 1988وبال2في 1996، في المادة 2 والمواد 15-22 من التعليمة رقم 94-74 المتعلقة بتحديد قواعد الحذر في تسيير البنوك والمؤسسات المالية، والمادة 3 من النظام رقم 95-04 مؤرخ في 20 -04-1995الذي يحدد قواعد الحذر في تسيير البنوك و- المؤسسات المالية، الجريدة الرسمية 25 -04-1995، العدد 39، ص22. والتي تم التطرق إليها في مذكرتنا للماجستير السالفة الذكر، ص. 80-82.

من حيث الظروف العامة للقطاع الذي تنتمي إليه، ومدى انعكاس التطورات الاقتصادية المحلية والعالمية عليها، ومدى تأثير التشريعات واللوائح على أعمالها والتوقعات الممكنة في هذا الصدد، والنواحي المالية التي تفصح عن قدرة المؤسسة أو عجزها عن سداد ديونها والضمانات التي تقدمها.

- إتباع سياسة توزيع المخاطر (Division des risques)، حيث يتعين على البنك الواحد تقسيم خطر عدم تسديد القروض، وهذا من خلال الاشتراك مع بنك آخر أو مجموعة من البنوك في منح القروض الضخمة، من أجل ضمان أكبر حماية من المخاطر المتوقعة، كما يجب التنويع في الزبائن وتنويع القطاعات المستفيدة من القروض، وذلك تفاديا لمشاكل إفلاس بعض الزبائن وكذا وقوع أزمات في بعض القطاعات، وهو يضمن للبنك عدم التأثر في حالة اختلال وضعية إحدى المؤسسات. لذا ظهر حديثا ما يسمى البنوك الشاملة (Les banques universelle)، التي تسعى إلى تنمية مواردها المالية من كافة القطاعات الاقتصادية، وذلك بهدف مواجهة المخاطر الائتمانية.
- متابعة التعهدات والالتزامات (Suivis des engagements)، هذه القاعدة تعتبر كمرحلة من مراحل التمويل حيث يجب على البنك متابعة سير المشروع الذي موله وفقا للخطة التي وضعت له حين إنشائه، لأن ذلك يساعد على اكتشاف كل المصاعب التي تواجهه في الوقت المبكر وإيجاد الحلول الملائمة لها ومنه تحقق حماية مصالح المؤسسة نفسها. لذا جرى العمل على أن البنك، متى مول مشروعا فإنه يعين ممثلا عنه في مجلس إدارة المؤسسة، وهذا الإجراء يسمح بالوقوف والسهر على استرجاع البنك لأمواله في ميعاد استحقاقها، كما يشمل هذا الإجراء كذلك متابعة الضمانات، من خلال استكمال الإجراءات التي يتطلبها الضمان لصالح البنك وسيطرة البنك الفعلية على هذه الضمانات وعدم وجود منافسين له وخاصة الدائنون الذين يسبقونه في المرتبة فذلك يجعل حظوظه قوية في التنفيذ على هذه الضمانات. كما يجب مراقبة تقييم الضمانات المختلفة من حيث عدم تعرضها للضرر أو الضياع أو النقص في قيمتها. ومتابعة المراكز المالية للكفلاء وهل حدثت تطورات عليها تؤثر على قدراتهم على الوفاء في حالة عجز المدين الأصلي عن الوفاء، وذلك من خلال الاستعلام عنهم ودراسة وضعيتهم المالية، والاطمئنان على سلامة الكمبيالات الضامنة من النواحي الشكلية ومتابعة مركز المسحوب عليهم في الكمبيالات ومدى قدرتهم على الوفاء بالتزاماتهم.

كما يجب على البنك التأمين على الاعتماد وعلى الضمانات لدى شركات تأمين متخصصة، ومطالبة المؤسسة الممولة الراهن بذلك مع متابعة إجراءات التامين ومدى التزامها بدفع الأقساط بصفة دورية ومستمرة إلى حين حلول آجال السداد لأنه في حال وجود عجز على السداد من طرف المؤسسة أو وجود أضرار لحقت بالضمانات، فإنه يمكن للبنك اللجوء إلى شركات التأمين لاستيفاء حقه من ثمن التعويض.

- احترام البنوك لنسبة تكون مساوية على الأقل لـ 8%، تحترم بصفة مستمرة في شكل علاقة ما بين قيمة أموالها الخاصة الصافية ومجموعة مخاطر التمويل المحتملة. فمهما كانت آلية التمويل الموجهة للمؤسسة يجب على البنك وضع احتياط يعادل مبلغ الدين وفوائده لتفادي أي اختلال في سيولته. فكلما ارتفعت الأموال الخاصة ارتفعت معها نسبة الملاءة (ارتفاع في السيولة) الذي نقصها يؤدي إلى إفلاس العديد من البنوك والمؤسسات المالية على الساحة الوطنية والدولية إذا لم يتم مواجهة ذلك، وهذا بضخ الأموال للبنوك التي تعاني عجزا في السيولة باعتماد آلية الخصم أو إعادة الخصم لدى بنك آخر أو لدى البنك المركزي.

إن المخاطر مرتبطة بعملية التمويل لا يمكن بأي حال من الأحوال استبعادها ما دام أن هناك فترة انتظار ما بين منح التمويل واسترجاعه، ولكن ما على البنك إلا الاحتياط من ذلك باحترام قواعد الحيطة والحذر (règles prudentielles) المذكورة سابقا بالإضافة إلى المطالبة بضمانات متنوعة وذات قيمة لنكون أمام ضمانات بمعناها الواسع التي ستوفر الحماية الحقيقية من مخاطر تمويل المؤسسة إذا أحسن البنك استخدامها. هذه الحماية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن توفرها الضمانات بمعناها الضيق، من ضمانات شخصية وعينية، لأنها هي كذلك عرضة للمخاطر.

بالإضافة إلى ذلك، يجب الاحتياط من مخاطر التمويل عن طريق فرض قواعد رقابية صارمة، وذلك بخلق أجهزة خاصة للقيام بذلك، أبرزها مركزية المخاطر[1] (La centrale de risque) حيث أن هذه المصلحة دورها يتمثل في جمع المعلومات عن كامل القروض الممنوحة للمقترضين وتحديد كل شروطها. كما أن كل بنك تقدم إليه أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لطلب التمويل يقوم بالاستعلام عنه لدى هذه المصلحة، لأن الهدف من وراء

1- المادة 160من قانون النقد والقرض رقم 90-10، والمادة 98من الأمر رقم 03-11، والتنظيم رقم 92-01الصادر في 22-3-1992 المتعلق بتنظيم وتسيير مركزية المخاطر، الجريدة الرسمية، العدد، 8، الصادر بتاريخ 24-3-1992.

ذلك تفادي خطر تركيز القروض على شخص معنوي واحد. إن هدف إنشاء هذه المصلحة هو الاستعلام عن السوابق المتعلقة بالطرف المتقدم لطلب التمويل، فتجمع وتحلل المعلومات وتحدد قائمة عن المقترضين خاصة أسماؤهم والضمانات المقدمة بشأنها، وعلى الخصوص تحديد القروض التي تم دفعها أو المتأخرة وقيمتها. هذه المعلومات تساعد البنك الممول كثيرا لاتخاذ قراره في منح التمويل أو رفضه، وفي تفادي خطر التمويل بكل صوره، وخاصة تفادي منح التمويل لمؤسسة استفادت مسبقا من تمويل لكن أخلت بالتزاماتها العقدية بعدم تسديده في الأجل المحدد أو لتقديم ضمانات سبق أن قدمتها في عملية سابقة. وعليه فهي تعد من أهم الآليات للاحتياط من مخاطر التمويل خاصة أن هذه الدراسات والمعلومات تتم على مستوى واسع، فهي تشمل كل التراب الوطني، وفي ذلك حماية للبنك الممول من المخاطر المرتبطة بعملية التمويل وكل المخاطر البنكية وتفادي الوقوع في اختلال وعجز مالي بسبب الوقوع في خطأ عن طريق تمويل شخص أخل بالتزاماته سابقا، لذلك من صالح البنك الممول قبل منح التمويل لأي مؤسسة الرجوع مسبقا لمركزية المخاطر من أجل الاستعلام حولها.

وفيما يلي، نحاول تقديم بعض المقترحات، علها تزيد من فعالية الضمانات وتوفر الحماية المطلوبة من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية:

1-فعلى مستوى التشريع:

- على المشرع، ولتشجيع عملية تمويل الاستثمارات أن يعيد النظر في مسألة تغليب مصلحة المدين الراهن، بأن يجعل هناك توازنا في ذلك، إن لم نقل تغليب مصلحة الدائن المرتهن. لأن عملية الائتمان التي تقوم بها البنوك تنطوي على مخاطر كثيرة، وللاحتياط من ذلك، على المشرع أن يعيد النظر في مسألة آثار الضمانات على كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن. كما يجب عليه تبسيط الإجراءات في مسألة التحصيل القضائي، أي الفصل في المنازعة المصرفية بناء على قواعد خاصة في مسألة تحصيل الديون. وكذلك في مسألة التنفيذ على الضمانات، لتكون أكثر مرونة وسرعة[1].
- وضع قواعد قانونية صارمة تحمي البنوك من مخاطر التمويل مع تعزيز دور الرقابة عليها أثناء قيامها بعمليات التمويل.

1- للاطلاع على مسألة التعقيدات التي تطرحها القواعد القانونية المطبقة على المنازعات المصرفية، أثناء التحصيل القضائي وأثناء التنفيذ، انظر، لينده شامي، المرجع السابق، ص 355-361.

- سد الفراغ القانوني وتكملة النصوص، فيما يتعلق برهن السيارات، وذلك إما بإدخال استثناء في القانون المدني في حديثه عن الرهن الحيازي، كما فعل نظيره المشرّع الفرنسي[1]،أو بحذف الاستثناء الذي أورده المشرع في القانون التجاري، ومنه إدخال رهن السيارات ضمن أحكام رهن المعدات والأدوات الخاصة بالتجهيز.
- تفعيل الرهن الرسمي القانوني المنصوص عليه في قانون النقد والقرض في المادة 179.
- تفعيل الامتياز الممنوح للبنوك والمؤسسات المالية في مجال الإجراءات، وفقا للمادتين 121 و124من قانون النقد والقرض، لأن العمليات المصرفية حساسة وتحتاج إلى السرعة، وبالتالي سرعة الإجراءات ومرونتها وذلك في حالة التنفيذ على الضمانات، ونفس الشيء بالنسبة لخطاب الضمان، الذي ما يزال غامضا على مستوى التشريع والقضاء الجزائري، حيث يجب النصّ عليه في القانون التجاري أو القانون المصرفي.
- وضع أحكام خاصة في القانون المدني والتجاري والإجراءات المدنية، متعلقة بالضمانات التي يكون أحد أطرافها بنكا، وهذا لخصوصية المهنة المصرفية.
- يجب تكوين مستخدمين مؤهلين فنيا وقانونيا في المجال البنكي لتمكينهم من التقنيات المصرفية والآليات القانونية والمالية العصرية.
- التفكير في آليات تمويل وضمانات مستحدثة تواكب التطورات الحاصلة على المستوى الداخلي والدولي في مختلف المجالات، تكون أكثر فاعلية للنهوض بالمشروعات الاقتصادية، وتوفر حماية أكبر للبنك القائم على عملية التمويل. منها التمويل عن طريق رأسمال المخاطر والإبتكارات والشراكة.
- النهوض بمؤسساتنا الاقتصادية[2] وجعلها قادرة على منافسة مثيلاتها في الدول المتطورة، وذلك باختيار مسيرين مؤهلين قادرين على تحقيق الأرباح المرجوة والالتزام بتعهداتها.
- اعتماد آليات التمويل الإسلامية في البنوك الكلاسيكية، وخاصة نظام المشاركة والنص على ذلك في القانون البنكي، لما يتمتع به من مزايا، حيث يوجد تعاون بين البنك وأصحاب المشاريع، فتمتزج وتؤلف الإمكانات

1- les articles : 2351-2353, Code civil français.

2-سمية يوسفي، دعوة الوزير الأول للإسراع في إيجاد حلول للمؤسسات، الخبر اليومي، الجزائر، العدد7242، 3 نوفمبر2013، ص. 5: ". . . أن على الحكومة الإسراع في إيجاد حلول للمؤسسات الوطنية، خاصة منها التابعة للقطاع الخاص، بالنظر للوضعية الخطيرة التي تتخبط فيها هذه المؤسسات والتي ارتفع معدل غلقها خلال السنوات الأخيرة. . . 200 شركة إسعاف خاصة، عجزت عن تسديد مستحقاتها وتغطية أعبائها، حيث من بين 300 شركة خاصة كانت تنشط في قطاع الصحة، لم يبق منها سوى 80 شركة، في الوقت الذي تقلص عدد الشركات الخاصة في قطاع الصحة والمتعاقدة مع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من 160 الى 60 شركة فقط. ".

المتاحة فتجعل منها قوة بإمكانها مواجهة المخاطر والعمل على توزيعها وتقاسمها. فهذا الأسلوب لا يتطلب ضمانات، التي كثيرا ما تقف حجر عثرة أمام المستثمرين وخاصة الصغار منهم في الحصول على احتياجاتهم المالية في الوقت المناسب لأنهم غير قادرين على تقديم الضمانات المطلوبة. أضف إلى ذلك ما تنطوي عليه الضمانات من مشاكل تجعل منها لا توفر الحماية الكاملة للبنك من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية، وهكذا، يكون اعتماد آليات التمويل الإسلامية هو الحل. فلقد أشارت الدراسات، أن البنوك الإسلامية وما تعتمده من آليات تمويل خاصة بها جعلتها أقل عرضة للمخاطر وأكثر تحقيقا للأرباح، هذا مقارنة بنظيراتها من البنوك التقليدية[1]. ولا يجب الإكتفاء ببعض البنوك، بل يجب تعميمها على كل البنوك العاملة على الساحة، ويجب تمويل جميع المشاريع عن طريق هذه الآليات، وليس حصرها فقط في بناء السكنات وشراء السيارات والقرض الإستهلاكي.

2- على مستوى البنك المموّل:

- الفحص الجيد لمحتويات ملف الائتمان، إذ ينبغي الحصول على كل البيانات الحديثة وآخر القوائم المالية وتفادي التسرع بالسماح للمؤسسة باستعمال التسهيلات الائتمانية قبل تقديم الضمانات المطلوبة.
- ضرورة اعتماد المعايير العلمية عند دراسات الجدوى، فيجب تفادي كلية القرارات القائمة على العشوائية والتخمين، لأن ذلك يعرض المشروع الاستثماري لمخاطر كثيرة، ومن ثم الفشل والخسائر للمؤسسة القائمة على المشروع والبنك الممول له.
- ضرورة التأكد من ملاءة المؤسسة وجمع معلومات عن ممتلكاتها، من أراض وودائع وعقارات ومحلات تجارية ومنقولات بمختلف أنواعها ووضعيتها القانونية والمادية، وهذا للتنفيذ عليها عند عدم قدرة المؤسسة على التسديد، ونفس الأمر ينطبق على الكفيل والضامن الاحتياطي.
- ضرورة مراقبة الضمانات المقدمة للبنك من المؤسسة، من حيث قيمتها في السوق وخضوعها للتأمين والتغيرات التي يمكن أن تطرأ عليها.

1- عثمان بابكر، ورضا سعد الله، المرجع السابق، ص. 24.

- إتباع سياسة تقسيم وتوزيع المخاطر، لأن في ذلك تعاون الأطراف المموِّلة وعدم التركيز على تمويل قطاع معين بشكل يضمن للبنك عدم تأثر وضعيته المالية في حال اختلال وضعية أحد المستفيدين من التمويل.
- تحدي الخطر دون تهور، ذلك يتطلب من البنكي قدرة كبيرة على اختيار المشاريع المربحة التي يجب تمويلها وإلغاء تلك التي تنطوي على مخاطر.
- التنويع في الضمانات، واحترام الإجراءات الواجب اتخاذها عند أخذ الضمانات حتى لا يضيع البنك على نفسه آلية قانونية هامة يمكن له التنفيذ عليها في حال تحقق خطر عدم التسديد.

وفيما يتعلق بالتعامل مع سياسة التمويل، فقد وردت مقولة هامة لدى المصرفيين وهي "خير ضمان ألا يكون هناك ضمان" ومفاد ذلك عدم التعويل كليا على الضمانات المادية (المعنى الضيق للضمانات) بل يجب الاعتماد أيضا على قدرة المشروع على توليد الأرباح التي تضمن تسديد مبلغ التمويل، إذ أن المشروع الجيد يمثل الضمان الحقيقي. فالبنوك هي مؤسسات صانعة للأسواق وليست مؤسسات تعمل على مصادرة الضمانات[1]، فالضمانات يجب أن لا تكون السبب الرئيسي لمنح الائتمان، بل يجب أن تكون إحدى ملحقاته.

وعليه، لابد للبنوك أن تمنح قروضا للمؤسسات المستثمرة التي توصل الاقتصاد الوطني للاستقرار وليس للمؤسسات المستوردة فحسب[2]، مع متابعة القروض لاكتشاف المشاكل التي تواجه قدرة المؤسسات المموَّلة على التسديد في وقت مبكر، وإن وقعت المشكلة لا يمكن للبنك تحمل خسارة القرض لوحده، بل لابد من وجود دور لشركات التأمين تخفف من حدتها.

ويقترح الكثير من الخبراء الخروج عن فكرة القروض وضماناتها المرهقة والقاتلة أحيانا كثيرة للمشاريع، وما اختفاء الكثير منها لعدم حصولها على تمويل بسبب عدم تقد يمها للضمانات المطلوبة لخير دليل على ذلك، وتعويضها بالشراكة[3]، على نحو ما هو سائد على مستوى البنوك الإسلامية. والتفكير في إيجاد الحلول العملية،

1-محسن أحمد الخضيري، الديون المتعثرة، الظاهرة، الأسباب، العلاج، دار يترك للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة1، 1996، ص. 237.

2-عبد الوهاب بوكروح، "بنك الجزائر يعلن الحرب على شركات أجنبية"، الشروق اليومي، الجزائر، العدد4176، 2013/10/26، ص. 5:"البنوك العمومية الجزائرية والبنوك العاملة بالجزائر تمول عمليات التجارة الخارجية وعدم بذل الجهد اللازم لتمويل الاستثمارات المنتجة المحلية، مما ساهم في نزيف العملة الصعبة التي ناهزت 57مليار دولار العام الفارط، والغريب أن العشرات من الشركات تعلن عن خسائر صافية في الجزائر حتى تتهرب من الضرائب، ولكنها تعلن عن أرباح في بلدانها الأصلية. . . ".

3-فتيحة خومس، خبراء يقترحون تعويض القرض بالشراكة، الخبر الأسبوعي، الجزائر، العدد 240، 4-10 أكتوبر2013، ص. 5.

كإدخال نظام التأمينات البنكية وكذا شبكات تضامنية بين البنوك تتقاسم من خلالها المخاطر والمسؤوليات، والقيام بمتابعة حقيقية للمشاريع المموَّلة، والتدخل لإنقاذ الوضع في الوقت المناسب، مع تقوية كل ذلك برقابة فعالة لا تقاس بتعدد أجهزتها، بل بصرامتها وكفاءتها في كشف الأزمات واحتوائها.

وفي الأخير، ونظرا لأن الضمانات تمس فروعا عديدة من القانون، حيث نجدها هنا وهناك، بين القانون المدني والقانون التجاري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المصرفي والقانون البحري وقانون الصفقات العمومية. ونظرا لأهمية هذا النوع من الضمانات عمليا وخاصة على مستوى المصارف والتجارة في الحماية من مخاطر التمويل، فَلِمَ لا يكون هناك تقنين خاص بها ومنفصل عن القوانين الأخرى سواء من حيث الأحكام أو من حيث الإجراءات نسميه قانون الضمانات أو قانون التأمينات؟[1] ولِمَ لا نحو قانون خاص بالائتمان المصرفي في جانبه الموضوعي والإجرائي؟

1-الملحق رقم 1 فيه جمع الضمانات وتقنينها، سمي قانون الضمانات، يجمع فيه الطالب كل القواعد القانونية المتواجدة هنا وهناك، القانون المدني والتجاري وفي قانون النقد والقرض والإجراءات المدنية، وفي الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري، من إعداد ثامر خالدي، صاحب هذا البحث.

الملاحق

فهرس الملاحق:

الملحق رقم 01 اقتراح حول جمع الضمانات وتقنينها.

الملحق رقم 02 عقد كفالة.

الملحق رقم 03 فتح اعتماد مع رهن رسمي اتفاقي.

الملحق رقم 04 فتح اعتماد مع رهن حيازي لمحل تجاري.

الملحق رقم 05 جدول قيد رهن المحل التجاري، وأدوات ومعدّات التجهيز.

الملحق رقم 06 بلاغ اللجنة المصرفية حول سحب الاعتماد من بنك الخليفة والبنك التجاري والصناعي الجزائري.

الملحق رقم 07 عقد تمويل بالاعتماد الإيجاري على أصول منقولة من طرف بنك البركة الجزائري

الملحق رقم 08 خطاب ضمان بنكي.

الملحق رقم 09 قانون متعلّق بالتأمين.

الملحق رقم 10 كشف قيد عملية الاعتماد الإيجاري المرتبط بالمحلات التجارية.

الملحق رقم 11 كشف قيد عملية الاعتماد الإيجاري المرتبط بالأملاك المنقولة.

الملحق رقم 12 قانون رقم 06-05 يتضمن توريق القروض الرهنية.

الملحق رقم 13 مقرر رقم 17-01 المتضمن نشر قائمة البنوك والمؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر.

الملحق رقم 14 تشخيص المؤسسة.

الملحق رقم 15 القانون رقم 01-18 المتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

الملحق رقم 16 القانون التوجيهي المتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة 2017.

الملحق رقم 17 المرسوم التنفيذي المتعلّق بإنشاء صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

الملحق رقم 18 المرسوم الرئاسي المتعلق بصندوق ضمان قروض استثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

الملحق رقم 1: اقتراح حول جمع الضمانات وتقنينها (قانون الضمانات)

أولا: الكفالة (القانون المدني)

المادة 644: الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه.

المادة 645: لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة.

المادة 646: إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا.

المادة 647: تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته.

المادة 648: لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا.

المادة 649: من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654.

المادة 650: تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.

غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يراجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ.

المادة 651: تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائما عملا تجاريا.

المادة 652: لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. ولكن تجوز في الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون.

المادة 653: إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل.

المادة 654: يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه.

المادة 655: إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء.

المادة 656: تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون.

المادة 657: لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها.

غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن مالم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا.

المادة 658: إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

المادة 659: تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين.

المادة 660: لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.

ولا يجوز أن له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق.

المادة 661: إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته لإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله.

ولا يؤخذ يعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية، أو كانت متنازعا فيها.

المادة 662: يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، مسؤولا تجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب.

المادة 663: إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين.

المادة 664: إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم.

المادة 665: لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد.

المادة 666: يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين.

المادة 667: يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين.

المادة 669: تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل.

المادة 670: يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه.

فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه.

المادة 671: إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين. ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين.

ثانيا: الضمان الاحتياطي (القانون التجاري)

المادة 409: إذا دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن احتياطي.

ويكون هذا الضمان من الغير أو حتى من أحد الموقعين على السفتجة.

ويجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها أو بسند يبين فيه مكان صدوره.

ويعبر عنه بكلمات كهذه "مقبول كضمان احتياطي" أو بما في مؤداها ثم يوقع الضامن الاحتياطي عليها بإمضائه.

ويعتبر الضمان الاحتياطي حاصلا بمجرد توقيع ضامن الوفاء على وجه السفتجة إلا إذا كان صاحب التوقيع المسحوب عليه أو الساحب.

ويجب أن يذكر في الضمان الاحتياطي اسم المضمون وإلا عد للساحب.

ويلتزم ضامن الوفاء بكل ما التزم به المضمون.

ويكون التزام ضامن الوفاء صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل.

إذا دفع الضامن الاحتياطي قيمة السفتجة يكتسب الحقوق الناتجة عنها تجاه المضمون والملتزمين له بمقتضى السفتجة.

المادة 469: كما تطبق على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالضمان الاحتياطي (المادة 409) وفي الحالة المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة المذكورة إذا لم يعين في الضمان الشخص الذي يضمنه فإن الضمان يعد حاصلا للملزم بالسند لأمر.

ثالثا: التأمين (قانون التأمينات)

مع مراعاة أحكام المواد 619إلى625 من القانون المدني نجد:

المادة2: إن التأمين في مفهوم المادة619من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى.

المادة7: يحرر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا على توقيع الطرفين المكتتبين، على البيانات التالية: اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما، الشيء أو الشخص المؤمن عليه، طبيعة المخاطر المضمونة، تاريخ الاكتتاب، تاريخ سريان العقد ومدته، مبلغ الضمان، مبلغ القسط أو اشتراك التأمين.

المادة12: يلتزم المؤمن: تعويض الخسائر والأضرار، تقديم الخدمة المحددة في العقد، حسب الحالة، عند تحقق الخطر المضمون أو عند حلول أجل العقد، ولا يلزم المؤمن بما يفوق ذلك.

المادة13: يدفع التعويض أو المبلغ المحدد في العقد في أجل تنص عليه الشروط العامة لعقد التأمين.

المادة14: إذا لم يدفع التعويض المذكور في المادة 13 أعلاه، في الآجال المحددة في الشروط العامة لعقد التأمين، يحق للمستفيد طلب هذا التعويض بإضافة الفوائد عن كل يوم تأخير، على نسبة إعادة الخصم.

المادة15: يلزم المؤمن له: بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها، بدفع القسط أو الاشتراك في الفترات المتفق عليها، بالتصريح الدقيق بتغير الخطر أو تفاقمه. . . خلال أجل 7أيام ابتداء من تاريخ اطلاعه عليه. . .

المادة23: إذا أفلس المؤمن له أو صدرت في شأنه التسوية القضائية يستمر التأمين لفائدة جماعة الدائنين الذين يتعين عليهم دفع الأقساط التي قرب حلول أجلها، ابتداء من إعلان الإفلاس أو التسوية القضائية. غير أن لجماعة الدائنين والمؤمن، الحق في فسخ العقد بعد إشعار مسبق. . .

المادة26: في حالة نزاع يتعلق بتحديد التعويضات المستحقة ودفعها يتابع المدعى عليه، مؤمنا كان أو مؤمنا له، أمام المحكمة الكائنة بمقر سكن المؤمن له وذلك مهما كان التأمين المكتتب، غير أنه في مجال:

– العقارات، يتابع المدعى عليه أمام المحكمة التابعة لموقع العقار المؤمن عليه،

–المنقولات بطبيعتها، يمكن للمؤمن أن يتابع المؤمن أمام المحكمة التابعة لموقع الأشياء المؤمن عليها،

–التأمين من الحوادث بكل أنواعها، يمكن المؤمن له أن يتابع المؤمن أمام المحكمة التابعة للمكان الذي وقع فيه الفعل الضار.

المادة27: يحدد أجل تقادم جميع المؤمن له أو المؤمن الناشئة عن عقد التأمين بثلاث 3 سنوات ابتداء من تاريخ الحادث الذي نشأت عنه. . .

المادة36: إذا وقع حادث في مجال تأمينات الأموال، يحصل الدائنون الممتازون أو المرتهنون تبعا لرتبتهم وطبقا للتشريع الساري على التعويضات المستحقة. . .

المادة47: يجب على المؤمن أن يضمن الأشياء المؤمن عليها من كل ضياع أو فقدان أثناء الحريق.

غير أن هذا الضمان لا يشمل الأشياء التي تفقد بسبب خطأ من المؤمن له.

المادة48: لا يضمن المؤمن الخسائر ونقائص الشيء المؤمن عليه لوجود عيب ذاتي فيه ولكنه يضمن أضرار الحريق المنجرة عنه.

المادة59: تأمين الكفالة هو عقد يضمن من خلاله المؤمن، مقابل قسط التأمين، المؤسسة المالية أو المصرفية، تعويض مستحقاتها بشأن عملية تجارية أو مالية في حالة إعسار المدين.

رابعا: الرهن الرسمي (القانون المدني)

1–الرهن الرسمي الاتفاقي

المادة882: الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار حقاً عينياً، يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد كان.

المادة883: لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون.

وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك.

المادة884: يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصاً آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين.

وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه.

المادة885: يبقى صحيحاً لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر إذا ثبت أن الدائن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن.

المادة886: لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلني، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلاً.

المادة887: يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً،

ويشمل بوجه خاص الأبنية والأشجار التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون أو تستحدث بعده، وحقوق الاتفاق، والعقارات بالتخصيص، وجميع التحسينات والإنشاءات التي تعود على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين. . .

المادة889: يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني. . .

المادة891: يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين.

المادة892: كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل دين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك.

المادة893: لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وإذا كان الراهن غير المدين، كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين.

المادة894: يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن.

المادة895: إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار.

المادة898: يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك.

المادة899: إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً.

المادة900: إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو ثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة.

المادة901: إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله، إلا على ما رهن من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

المادة902: يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء، أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية.

وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له تفادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار.

المادة903: يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في بيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه.

المادة904: لا يكون الرهن نافذاّ في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس.

ولا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون مقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي.

المادة905: تجري على إجراء القيد وتجديده وشطبه وإلغاء الشطب والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري.

المادة906: تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك.

المادة907: يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد.

المادة908: تحسب مرتبة الرهن من وقت تقييده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً.

المادة909: يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنيا في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها.

وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع العقار، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل.

المادة910: يمكن للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار.

ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها تجاه الدائن الأول، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة.

المادة911: يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينفذ على العقار المرهون في يد حائزه بعد إنذاره بدفع الدين، إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه.

ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأي سبب الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

المادة912: يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاتها بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره. ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد. ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك للعقار المرهون، كما يجوز له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين.

المادة913: يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء، وذلك إلى أن تشطب القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز.

المادة914: إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاك العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالاً يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل.

فإذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالاً، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين، أو مغايراً لها، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم، ويكون الدفع طبقاً للشروط التي التزم الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفي الأجل المتفق على الدفع فيه.

وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن، ويكون للحائز الحق في طلب شطب ما على العقار من القيود.

المادة915: يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند.

وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى الدائن، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع.

المادة916: إذا أراد الحائز تطهير العقار وجب عليه أن يوجه إلى كل من الدائنين المقيدة حقوقهم إعلاناً تشتمل على البيانات الآتية:

- خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقة، وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزء من هذا الثمن.
- تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم التسجيل،

- المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعا ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساسا لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية . . .
- قائمة بالحقوق التي تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين.

المادة917: يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار. وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة.

المادة918: يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي. . .

المادة919: يكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابقة، يوقعه الطالب أو من أسند إليه في ذلك توكيل خاص، ويجب أن يودع الطلب الخزينة العامة مبلغاً كافياً لتغطية مصاريف البيع بالمزاد، وليس له حق في استرداد ما استغرق منه في المصاريف إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز، ويكون الطلب باطلاً إذا لم تستوف هذه الشروط.

ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء.

المادة920: إذا طلب بيع العقار، وجب اتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية. ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب أو حائز، وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار. . .

المادة922: تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة المختصة، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها.

المادة923: إذا لم يختر الحائز أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته نزع الملكية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار.

المادة924: يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته ولم يكن طرفا في الدعوى التي حكم فيها على المدين بالدين، أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها . . .

المادة925: يحق للحائز أن يدخل في المزاد على شرط ألا يعرض فيه ثمنا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه.

المادة926: إذا نزعت ملكية العقار المرهون ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ورسا المزاد على الحائز نفسه، أعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي ويتطهر العقار من كل حق مقيد. . .

المادة928: إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم، كانت الزيادة للحائز وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة.

المادة932: الحائز مسؤول شخصيا تجاه الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه.

المادة933: ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته.

المادة934: إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار.

المادة935: لا يترتب على بيع عقار مرهون انتقال الدين إلى المشتري إلا إذا وجد اتفاق صريح. . .

المادة936: إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذي تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.

2-الرهن الرسمي القضائي (حق التخصيص)

المادة937: يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف.

ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة.

المادة939: يجوز الحصول على حق تخصيص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا بين الطرفين.

المادة940: لا يجوز أخذ حق تخصيص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني.

المادة941: على الدائن الذي يريد أخذ تخصيص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك الى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد التخصيص بها.

وهذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم . . .

المادة942: يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالتخصيص. وعليه عند الترخيص به أن يراعي مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصورا على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والمصاريف المستحقة للدائنين.

والأمر بالتخصيص واجب التنفيذ بقطع النظر عن جميع طرق الطعن.

المادة943: يجب على قلم الكتاب إعلام المدين بالأمر الصادر بالتخصيص في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا الأمر.

المادة944: يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالتخصيص أمام القاضي الذي أصدره، والقائم بفصل الأمور المستعجلة.

ويجب التأشير على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالتخصيص.

المادة945: إذا رفض رئيس المحكمة طلب التخصيص المقدم من الدائن سواء كان الرفض في بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض الى المجلس القضائي.

المادة947: تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي. ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه. . .

3-الرهن الرسمي القانوني

المادة179: الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض: ينشأ رهن قانوني على الأموال غير المنقولة العائدة للمدين ويجري لصالح البنوك والمؤسسات المالية ضمانا لتحصيل الديون المترتبة لها وللالتزامات المتخذة تجاهها.

يتم تسجيل هذا الرهن وفقا للأحكام القانونية التي تطبق على السجل العقاري.

يعفى هذا التسجيل من وجوب التجديد خلال ثلاثين عاما.

المادة96 من القانون رقم 02-11 المتضمن قانون المالية لسنة 2003، المعدلة بالمادة 96 من القانون رقم 05-16 المتضمن قانون المالية لسنة 2006: دون المساس بالأحكام المخالفة، يؤسس رهن قانوني على الأملاك العقارية للمدينين، لفائدة البنوك والمؤسسات المالية وصندوق ضمان الصفقات العمومية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها معها.

يتم تسجيل هذا الرهن القانوني طبقا للأحكام القانونية المتعلقة بالدفتر العقاري، بمبادرة من البنك على أساس اتفاقية القرض التي تمت بين البنك وزبونها، مبينة خاصة المبلغ الأقصى للقرض المضمون ووصف الأملاك موضوع الرهن. . .

المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المتضمن الرهن الرسمي القانوني: يؤسس رهن رسمي قانوني على الأملاك العقارية للمدينين لفائدة البنوك والمؤسسات المالية وصندوق ضمان الصفقات العمومية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها.

والمواد 2و3و4و5و6و7 من هذا المرسوم تبين إجراءات الإعذار والحجز والبيع بالمزاد للعقار المرهون رهنا قانونيا.

خامسا: الرهن الحيازي (القانون المدني، والتجاري، وقانون النقد والقرض)

1-الأحكام العامة (القانون المدني)

المادة948: الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.

المادة949: لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار.

المادة950: تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و893 و904 المتعلقة بالرهن الرسمي.

المادة951: ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه.

ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع.

المادة952: إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون إخلال بحقوق الغير.

المادة953: يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون.

المادة954: يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة.

المادة955: إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص العادي، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه.

المادة956: ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل.

وعليه أن يستثمر استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك.

وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء والإصلاحات وما دفعه من التكاليف، ثم مما استحقه من تعويضات، ثم من المصروفات، ثم من أصل الدين.

المادة958: يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص العادي وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله.

فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه.

المادة959: يجب على الدائن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من مصروفات وتعويضات.

المادة961: يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان. . .

يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون.

وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداده وفقاً لأحكام الحيازة.

المادة963: لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضاً وفي نفس المرتبة ما يلي:

- المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء،
- التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء.
- مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن وقيده عند الاقتضاء
- والمصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن.

المادة964: ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته.

المادة965: ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

– إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين، ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ. غير أنه إذا كان الشيء مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا برضائه.

– إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.

– إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون.

المادة969: يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة الى الدائن، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا، ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن.

المادة971: إذا كان الشيء مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص في القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في السوق.

ويفصل القاضي في أمر ايداع الثمن عند الترخيص في البيع وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى الثمن.

المادة972: يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة أن يطلب من المحكمة الترخيص في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين. وللمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تأذن بالبيع وتحدد عندئذ شروط البيع وتفصل في أمر إيداع الثمن.

المادة973: يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في السوق.

ويجوز له أيضا أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء.

2– رهن الدين

المادة975: لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة 241.

ولا يكون هذا الرهن نافذاً في حق الغير إلا بتسليم سند الدين المرهون إلى المرتهن، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول.

المادة976: يتم رهن السندات الاسمية أو السندات لأمر بالطريقة الخاصة المنصوص عليها قانونا بشرط أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن وبدون حاجة إلى إعلان.

المادة977: إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز فلا يجوز رهنه.

المادة978: يحق للدائن المرتهن أن يستوفي الاستحقاقات الدورية على أن يخصم ما يستوفيه أولا من المصاريف ثم من أصل الدين المضمون بالرهن، ما لم يتفق على غير ذلك.

ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون. . . وأن يبادر بإخطار الراهن.

المادة979: يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك تجاه الدائن المرتهن بأوجه الدفع التي تكون له تجاه دائنه الأصلي. . .

المادة980: إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن، فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلا للمرتهن والراهن معاً، ويستطيع كل من هذين الأخيرين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه.

وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن. . .

المادة981: إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون مستحق الأداء جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو أن يطلب بيع هذا الدين وفقاً للمادة 970الفقرة الثانية.

أما في القانون التجاري نجد:

المادة31: يثبت الرهن بالنسبة للسندات القابلة للتحويل بتظهير قانوني يشير إلى أن القيم قد سلمت على وجه الضمان.

أما بالنسبة للأسهم وحصص الشركاء في الشركات المالية والصناعية والتجارية أو المدنية والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب أن يثبت الرهن بعقد رسمي ويجب أن تقيد هذه العملية على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة.

ويبقى العمل جاريا بالأحكام الخاصة بالديون المتعلقة بالأموال المنقولة التي لا يمكن أن يبلغ فيها المحال له بالنسبة للغير إلا بالتبليغ بالحوالة والواقع للمدين

ويجب أن تثبت حوالة الدين المتعلق بالأموال المنقولة بعقد رسمي.

وتحصل السندات التجارية المسلمة كرهن، من طرف الدائن المرتهن.

أما في قانون النقد والقرض نجد:

المادة122: يصبح تخصيص رهن الديون المستحقة لصالح البنوك والمؤسسات المالية والتنازل عن الديون من قبلها ولصالحها محققا بعد إبلاغ المدين برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام أو بعقد يثبت تاريخ عقد عرفي مشكل للرهن أو يتضمن تنازلا عن الدين.

3- رهن الأوراق التجارية (القانون التجاري)

المادة 401 فقرة 4: إذا كان التظهير يحتوي على عبارة "القيمة موضوعة ضمانا" أو "القيمة موضوعة رهنا" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرهن الحيازي فيمكن للحامل أن يمارس جميع الحقوق المترتبة على السفتجة ولكنه إذا حصل منه تظهير فلا يعد تظهيره إلا على سبيل الوكالة.

4- رهن المحل التجاري (القانون التجاري)

المادة119: لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإجارة والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة أو الرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة به. وإن الشهادة الإضافية الصادرة بعد الرهن والشاملة للبراءة المنطبقة عليها، تتبع مصير هذه البراءة وتكون جزء مثلها من الرهن المنشأ.

وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملا إلا العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية.

وإذا احتوى الرهن الحيازي على المحل التجاري وفروعه، فيجب تعيين هذه الأخيرة ببيان مركزها على وجه الدقة.

المادة120: يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي، ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري ويجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري لكل فرع من فروع المحل التجاري التي يشملها الرهن الحيازي.

المادة 121: يجب إجراء القيد خلال ثلاثين يوما من تاريخ العقد التأسيسي، تحت طائلة البطلان.

ويجوز لكل ذي مصلحة وإن كان المدين نفسه أن يتمسك بهذا البطلان.

وفي حالة الإفلاس أو التصفية القضائية تطبق على الرهن الحيازي للمحلات التجارية أحكام المواد 224 و225 و226 الفقرة الأولى من الكتاب الثالث من هذا القانون.

المادة 122: يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم.

وتكون للدائنين المرتهنين المقيدين في يوم واحد رتبة واحدة متساوية.

المادة123(قانون النقد والقرض): يمكن أن يتم الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانونا.

يتم تسجيل هذا الرهن وفقا للأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال.

المادة126: يجوز كذلك للبائع وللدائن المرتهن والمقيد دينهما على المحل اتجاري أن يحصل على أمر ببيع المحل التجاري الذي يضمن الرهن وذلك بعد ثلاثين يوما من الإنذار بالدفع المبلغ للمدين والحائز من الغير إذا كان له محل . . . والإجراءات تكون طبقا للفقرات 5 و6 و7 و8 من المادة125.

المادة128: يجوز للمحكمة المختصة بالنظر في طلب وفاء دين مرتبط باستغلال محل تجاري إذا صدر حكمها بالأداء أن تأمر بموجب هذا الحكم ببيع المحل التجاري إذا طلب منها الدائن ذلك. . .

المادة130: لا يجوز البيع على حدة لواحد أو أكثر من عناصر المحل التجاري المثقل بقيود، إذا كان طلب البيع بموجب حجز تنفيذي أو بمقتضى هذا القانون إلا بعد عشرين يوما على الأقل من تاريخ تبليغ الملاحقة للدائنين في محل الإقامة المختار منهم في القيود والذين أتموا تقييدهم قبل ذلك التبليغ بخمسة عشر يوما على الأقل. . .

المادة133: يجوز لكل دائن مقيد على محل تجاري في حالة عدم تطبيق المادة131، أن يطلب طرحه للبيع بالمزايدة العلنية على أن يعرض رفع ثمنه الأصلي. . . بمقدار العشر

ويوقع هذا الطلب من الدائن ويجب. . . إبلاغه للمشتري وللمدين المالك السابق في ظرف خمسة عشر يوما من التبليغات. . .

المادة144: يثبت إيداع عقد البيع أو الرهن الحيازي للمحل التجاري. . . في دفتر خاص من طرف مأمور السجل التجاري.

يقسم هذا الدفتر إلى عمودين:

-يشمل العمود الأول على رقم ترتيبي للدفتر،

-ويسجل في العمود الثاني محضر الإيداع يتضمن تاريخ الإيداع، وبيان تاريخ وكلفة تسجيل العقد ورقم وروده ونوعه وبيان اسم الدائن والمدين أو البائع والمشتري ونوع المحل التجاري وعنوانه. . .

المادة145: يتم التصريح بالدين في الموطن المختار تنفيذا للمادة117 من هذا القانون في نسختين تتضمن كل منهما التاريخ الذي تم فيه التاريخ الذي تم فيه التصريح، واسم المصرح، واسم وعنوان المدين مع بيان نوع ومقر المحل التجاري الذي يملكه المدين، ومبلغ الدين وبيان مقدار حصة المحل التجاري المقدم للشركة التي يجب بيان نوعها ومقرها، وعند الاقتضاء تاريخ ورقم عقد إنشاء هذه الشركة وكذلك تاريخ إيداعه بالمركز الوطني للسجل التجاري. . .

5- رهن عناصر الملكية الصناعية

المادة99تجاري: إذا كان البيع أو التنازل عن المحل التجاري يشتمل على علامات المصنع والتجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية بما فيها الرهون الحيازية المتعلقة بالمحل التجاري والشاملة لبراءات الاختراع أو الرخص أو العلامات أو الرسوم أو النماذج، فيجب زيادة على ما تقدم، قيد هذه الرهون في المعهد الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأمور السجل التجاري في حدود الثلاثين يوما التابعة لهذا القيد، تحت طائلة البطلان تجاه الغير والبيوعات والتنازلات أو الرهون.

المادة 14 فقرة 1 الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات: بمعزل عن التحويل الكلي أو الجزئي للمؤسسة، يمكن نقل الحقوق المخولة عن طلب التسجيل أو تسجيل العلامة كليا أو جزئيا أو رهنها.

المادة15: تشترط تحت طائلة البطلان، الكتابة وإمضاء الأطراف في عقود النقل أو رهن العلامة المودعة أو المسجلة في مفهوم المادة14 أعلاه. . .

المادة21من الأمر 66-86المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية: العقود المشتملة على نقل الملكية وإما على نقل حق امتياز الاستغلال أو التنازل عن هذا الحق إما على الرهن أو رفع اليد يجب أن يتم تثبيتها كتابيا وتسجيلها في الدفتر الخاص بالرسوم والنماذج وإلا سقط الحق.

6- رهن الأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز

المادة151: يجوز أن يكون ثمن امتلاك الأدوات ومعدات التجهيز المهنية مضمونة سواء بالنسبة للبائع أو بالنسبة للمقرض الذي يقدم المال اللازم لتسديده للبائع، أو بالرهن الحيازي المحدود للأدوات أو المعدات الممتلكة على الشكل المذكور. . .

المادة152: تتم الموافقة على الرهن الحيازي بواسطة عقد رسمي أو عرفي يسجل برسم محدد.

فإذا وقع للبائع، أعتبر حاصلا بموجب عقد البيع.

وإذا وقع للمقرض الذي يقوم بتقديم الأموال اللازمة لدفعها للبائع، أعتبر الرهن الحيازي حاصلا بموجب عقد القرض.

ويجب أن يشار في العقد، تحت طائلة البطلان، على أن المال المؤدى من المقرض يهدف لضمان وفاء ثمن الأموال المكتسبة.

كما يجب أن يذكر في نص العقد الأموال المكتسبة مع وصف كل منها على وجه الدقة بحيث يمكن تمييزها عن الأموال الأخرى من نفس النوع والمملوكة للمؤسسة. كما يجب أن يشار أيضا إلى المكان الذي توجد به الأموال على وجه ثابت . . .

ويشبه بمقرضي النقود الكفلاء الذين يتدخلون عن طريق الضمان أو التظهير في منح قروض التجهيز. ويحل هؤلاء الأشخاص بقوة القانون محل الدائنين وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص الذين يقومون بالتظهير أو الخصم ويضمنون ويقبلون بالآثار التي تنشأ عن هذه الديون.

المادة153: يجب أن يقيد الرهن الحيازي طبقا للشروط الواردة في المادتين120و121وفي مهلة ثلاثين يوما من تاريخ العقد المنشئ للرهن الحيازي، وإلا عد باطلا.

ويجب أن يبرم عقد الرهن في مهلة أقصاها شهر واحد ابتداء من تاريخ تسليم معدات التجهيز بنفس المكان الذي يجب إنشاؤها فيه.

المادة 154: يجوز طبقا لهذا النص وبطلب من المستفيد من الرهن الحيازي أن يوضع على قطعة أساسية من الأموال وبصفة بارزة فوق لوحة مثبتة فيها وتتضمن مكان وتاريخ ورقم قيد الامتياز المثقلة به.

ولا يجوز للمدين أن يقوم بالمعارضة في هذا التدبير وإلا تعرض للعقوبات المنصوص عليها في المادة167ولا يجوز أن تكون العلامات الموضوعة على هذا النحو معرضة للهلاك أو الانتزاع أو إخفاء المعالم قبل انقضاء امتياز الدائن المرتهن أو شطبه.

المادة 156: تحول فائدة الرهن الحيازي بقوة القانون وطبقا للمادة 243مدني إلى الحاملين بالتعاقب للسندات المضمونة سواء كانت وقعت أو قبلت لأمر البائع أو المقرض الذي قدم كلا أو بعضا من الثمن أو كانت هذه السندات تمثل على العموم تداول الدين المرهون بوجه صحيح. . .

المادة243مدني: تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة، والامتياز والرهون، ورهن الحيازة، كما تشمل ماحل من أقساط.

المادة167: تطبق العقوبات . . . على كل مشتر أو كل حائز للأموال المرهونة حيازيا، وفقا لهذا القانون، يقدم على إتلافها أو محاولة إتلافها أو يختلسها أو يحاول اختلاسها أو يفسدها أو يحاول إفسادها بأي طريقة كانت بغرض تعطيل حقوق الدائن.

وتطبق نفس العقوبات على كل من يقوم بأي محاولة للغش تهدف إلى حرمان الدائن من حقه في الامتياز الذي له على الأموال المثقلة بالدين أو إلى تنقيصه.

7- رهن السيارات (القانون التجاري) هنا يوجد فراغ قانوني

المادة168: لا تخضع لأحكام هذا الفصل: السيارات والبواخر والمركبات الجوية.

- فمن الأفضل أن يكون نص هذه المادة كما يلي: تخضع لأحكام الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز: السيارات والبواخر والمركبات الجوية.

8- رهن البضائع- سند الخزن- (القانون التجاري)

المادة 32فقرة2: يعتبر الدائن حائزا للبضائع متى كانت تحت تصرفه في مخازنه أو سفنه، أو في الجمرك أو في مستودع عمومي أو كان بيد الدائن قبل وصولها وثيقة الشحن أو أي سند نقل آخر معادل لها.

المادة543مكرر: سند الخزن هو استمارة ضمان ملحقة بوصل البضائع المودعة بمخازن عامة.

المادة543مكرر1: يمثل الوصل ايصال البضاعة وهو قابل للتحويل عن طريق التظهير، ويحتوي على اسم الشخص الطبيعي أو المعنوي المعني بالأمر أو اسم شركته، مهنته أو غرض شركته، مقر سكناه أو عنوان شركته وطبيعة المواد المودعة والبيانات الخاصة التي تسمح بالتعرف على البضاعة وقيمتها.

المادة543مكرر2: سند الخزن هو سند يسمح للمودع بالاقتراض على قيمة البضائع المودعة بالمخزن العام.

ويحتوي على نفس بيانات الوصل.

يمكن حائز السند، في أي وقت أن يفصل سند الخزن ويحوله لإذن حامل، وتشكل البضاعة المودعة حينئذ، ضمان تسديد المبلغ المقترض عند الاستحقاق.

سند الخزن هو سند قابل للتظهير بنفس شروط السندات التجارية الأخرى.

المادة543مكرر4: على حامل سند الخزن، أن يطالب عند الاستحقاق، بالتسديد بمقر إقامة المودع.

وفي حالة عدم التسديد، يمكنه خلال الأيام الثمانية (8) الموالية للاحتجاج، أن يقوم ببيع البضائع المخزونة، في المزاد العلني واستعمال حق امتيازه على السعر.

إذا كان السعر غير كاف للتسديد، فيمكنه أن يطعن ضد المودع والمظهرين المتتاليين بصفته حاملا لسند تجاري.

أما بالنسبة للرهن البحري نجد:

المواد من 55 إلى 71 من القانون البحري.

سادسا: حقوق الامتياز (القانون المدني، القانون التجاري، قانون النقد والقرض)

1- حقوق الامتياز في القانون المدني

المادة982: الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مع مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني.

المادة983: مرتبة الامتياز يحددها القانون، فإذا لم يوجد نص خاص يعين مرتبة الامتياز يأتي هذا الامتياز بعد الامتيازات المنصوص عنها في هذا الباب.

وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإنها تستوفى عن طريق التسابق، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك.

المادة984: ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار. أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين.

المادة985: لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن النية.

ويعتبر حائزا بحكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة. . .

وإذا خشي الدائن لأسباب معقولة، تبديد المنقول المترتب عليه حق امتياز لمصلحته، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة.

المادة986: تسري على حقوق الامتياز العقارية، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق.

وتسري بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد وشطب.

المادة987: يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه.

المادة988: ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة، وفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

المادة990: المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، لها امتياز على ثمن هذه الأموال.

وتستوفي هذه المصاريف قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي. . .

2- حقوق الامتياز في القانون التجاري

المادة32فقرة1: لا يستمر الامتياز في جميع الأحوال على المرهون إلا إذا وضع هذا الأخير في حيازة الدائن وبقي لديه أو لدى الغير المتفق عليه بين الطرفين.

المادة132: يتبع امتياز البائع والدائن المرتهن المحل التجاري أينما وجد.

المادة158: يظل امتياز الدائن المرتهن ساريا طبقا لهذا القانون إذا أصبح المال المحمل بالامتياز مالا ثابتا بالتخصيص.

المادة159: يمارس امتياز الدائن المرتهن طبقا لهذا القانون على الأموال المثقلة بالتفضيل على كل الامتيازات الأخرى باستثناء ما يلي:

1-امتياز الخزينة،

2-امتياز المصاريف القضائية،

3-امتياز المصاريف التي تنفق في الحفاظ على الشيء،

4-الامتياز الممنوح لأصحاب الأجور بموجب النصوص الجاري بها العمل.

يمارس حق الامتياز خصوصا ضد كل دائن مرتهن ويمارس بالتفضيل على امتياز بائع المحل التجاري الذي يخصص لاستغلاله المال المثقل بالامتياز كما يمارس أيضا بالتفضيل على الدائن المرتهن والمزود بمجموع المحا التجاري المذكور. . .

المادة160: يخضع امتياز الدائن المرتهن، مع مراعاة الاستثناءات المقررة في هذا القانون، لأحكام الفصل الثالث المتعلق بالبيع والرهن الحيازي للمحلات التجارية فيما يخص إجراءات القيد وحقوق الدائنين في حالة انتقال المحل التجاري وحقوق مؤجر العقار وتطهير الامتيازات المذكورة وإجراءات رفع **المعارضة**.

المادة161: القيد يحفظ الامتياز لمدة خمس سنوات ابتداء من تاريخ ضبطه النهائي.

المادة163: إن التبليغ الذي يتم طبقا للمادة130المتعلقة ببيع المحلات التجارية ورهنها الحيازي والإجراءات المتخذة للوصول إلى البيع الجبري لبعض عناصر المحل التجاري الذي تكون الأموال تابعة له والمثقلة بامتياز البائع أو امتياز الرهن الحيازي بمقتضى هذا القانون، يجعل الديون المؤمنة بهذه الامتيازات مستحقة الأداء.

المادة164: يجوز للدائن المنتفع بالامتياز الموضوع وفقا، إذا حل الأجل ولم يتم الدفع، أن يطالب ببيع المال المثقل طبقا للإجراء المنصوص عليه فيما يتعلق ببيع الرهن. ويتم تعيين الموظف العمومي المكلف بالبيع، بناء على طلبه، من رئيس المحكمة.

ويجب على الدائن قبل البدء في البيع أن يلتزم بأحكام المادة 130 المتعلقة ببيع المحلات التجارية ورهنها الحيازي.

المادة33: إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق، جاز للدائن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ عاد حاصل للمدين أو الكفيل العيني من الغير إذا كان له محل، أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة.

ويجوز لرئيس المحكمة بناء على طلب الأطراف أن يعين عونا للدولة مختصا بهذا العمل.

ويعتبر لا غيا كل شرط يرخص فيه للدائن بأن يستملك المرهون أو يتصرف فيه من غير مراعاة للإجراءات المقررة آنفا.

3- حقوق الامتياز في قانون النقد والقرض

المادة121: تستفيد المؤسسات المذكورة من امتياز على جميع الأملاك والديون والأرصدة المسجلة في الحساب ضمانا لدفع كل مبلغ يترتب كأصل الدين أو فوائد أو مصاريف كل الديون المستحقة للبنوك والمؤسسات المالية أو المخصصة لها كضمانة، ولإيفاء السندات المبيعة لها أو المسلمة لها كرهن حيازي وكذا لضمان أي تعهد تجاهها لكفالة أو تكفل أو تظهير أو ضمان.

يرتب هذا الامتياز فورا بعد امتيازات الأجراء والخزينة وصناديق التأمين الاجتماعي، وتتم ممارسته اعتبارا من:

- تبليغ الحجز برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام إلى الغير المدين، أو إلى الذي يحوز الأموال المنقولة أو لسندات الدين أو الأرصدة بالحساب،

- تاريخ الإعذار الذي يرسل حسب الأشكال نفسها المطبقة في الحالات الأخرى.

المادة124: يمكن للبنوك والمؤسسات المالية إذا لم يتم تسديد المبلغ المستحق عليها عند حلول الأجل وبغض النظر عن كل اعتراض وبعد مضي 15يوما، بعد إنذار مبلّغ للمدين بواسطة عقد غير قضائي، الحصول عن طريق عريضة بسيطة موجهة إلى رئيس المحكمة على أمر بيع كل رهن مشكل لصالحها ومنحها بدون شكليات حاصل هذا البيع تسديدا للرأسمال والفوائد وفوائد التأخير ومصاريف المبالغ المستحقة.

وكذلك الأمر في حالة ممارسة البنوك والمؤسسات المالية للامتيازات المخولة لها بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها، حول السندات أو العتاد أو المنقول أو البضائع.

كما تطبق أحكام هذه المادة على ما يأتي:

- الأملاك المنقولة التي يحوزها المدين أو الغير لحساب المدين.

- الديون المستحقة التي يحوزها المدين على الغير وكذا على جميع الأرصدة الموجودة في الحساب.

4- حقوق الامتياز في القانون البحري:

المواد من 72 إلى 88 من القانون البحري.

سابعا: حق الملكية كضمان –الاعتماد الايجاري– (الأمر 96–09 المتعلق بالاعتماد الايجاري)

المادة الأولى: يعتبر الاعتماد الايجاري، موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية:

- يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمده صراحة بهذه الصفة، مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاصا طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص.

- تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يضمن أولا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر.

– وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية.

المادة2: تعتبر عمليات الاعتماد الايجاري عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأصول المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه، أو استعمالها.

تدعى عمليات الاعتماد الايجاري "باعتماد ايجاري مالي" في حالة ما إذا نص عقد الاعتماد الايجاري على تحويل، لصالح المستأجر، كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر المرتبطة بملكية الأصل الممول عن طريق الاعتماد الايجاري، وفي حالة ما إذا لم يمكن فسخ عقد الاعتماد الايجاري وكذا في حالة ما إذا يضمن هذا الأخير للمؤجر حق استعادة نفقاته من رأس المال والحصول على مكافأة على الأموال المستثمرة.

تدعى عمليات الاعتماد الايجاري "باعتماد ايجاري عملي" في حالة ما إذا لم يحول، لصالح المستأجر، كل أو تقريبا كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمحاجر المرتبطة بحق ملكية الأصل الممول، والتي تبقى لصالح المؤجر أو على نفقاته.

المادة3: يعرف الاعتماد الايجاري على أساس أنه "منقول" عندما يخص أصولا منقولة،

تتشكل من تجهيزات، أو مواد أو أدوات ضرورية لنشاط المتعامل الاقتصادي.

المادة4: يعرف الاعتماد الايجاري على أساس أنه "غير منقول" عندما يخص أصولا عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية الخاصة بالتعامل الاقتصادي.

المادة5: يعرف الاعتماد الايجاري:

– على أساس أنه "وطني" عندما تجمع العملية شركة تأجير أو بنكا أو مؤسسة مالية بمتعامل اقتصادي، وكلاهما مقيمان في الجزائر،

– على أساس أنه "دولي" عندما يكون العقد الذي يرتكز عليه:

*إما ممضي بين متعامل اقتصادي مقيم في الجزائر وشركة تأجير، أو بنك أو مؤسسة مالية في الجزائر.

*وإما ممضي بين متعامل اقتصادي غير مقيم في الجزائر وشركة تأجير، أو بنك أو مؤسسة مالية مقيمة في الجزائر.

المادة12: يتم تحديد مدة الايجار الموافقة للفترة غير القابلة للإلغاء باتفاق مشترك بين الأطراف.

يمكن أن توافق مدة الايجار المدة المتوقعة للعمر الاقتصادي للأصل المؤجر، كما يمكن أن تحدد استنادا إلى قواعد الاستهلاك المحاسبية و/أو الجبائية المحددة عن طريق التشريع والمتعلقة بالعمليات الخاصة بالاعتماد الايجاري.

المادة13: إن فسخ عقد الاعتماد الايجاري خلال الفترة غير القابلة للإلقاء من قبل طرف من الأطراف، تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن تحديد مبلغه ضمن العقد في بند خاص، أو في حالة انعدام ذلك، عن طريق الجهة القضائية المختصة وفقا للأحكام القانونية المطبقة على الفسخ التعسفي للعقود. . .

المادة14: ماعدا وجود اتفاق مخالف بين الأطراف، ومهما كانت مدة الفترة غير القابلة للإلغاء الواردة في المادة12من هذا الأمر، يتضمن مبلغ الايجارات الذي يجب أن يدفعه المستأجر للمؤجر ما يأتي:

– سعر شراء الأصل المؤجر مقسما إلى مستحقات متساوية المبلغ تضاف إليها القيمة المتبقية التي يجب دفعها عند مزاولة حق الخيار بالشراء،

– أعباء استغلال المؤجر المتصلة بالأصل، موضوع العقد،

– هامش يطابق الأرباح أو الفوائد المكافئة للمخاطر المترتبة على القرض والموارد الثابتة المخصصة لاحتياجات عملية الاعتماد الايجاري.

تدفع الايجارات حسب دورية تختارها الأطراف المعنية بعقد الاعتماد الايجاري.

المادة16: يمكن للمستأجر، عند انقضاء فترة الايجار غير القابلة للإلغاء وبتقدير منه فقط:

– إما أن يشتري الأصل المؤجر مقابل دفع قيمته المتبقية كما تم تحديدها في العقد،

– وإما أن يعيد تجديد الايجار لفترة ومقابل دفع ايجار تتفق عليه الأطراف،

– وإما أن يرد الأصل المؤجر للمؤجر.

المادة17: يمكن أن ينص عقد الاعتماد الايجاري، باختيار من الأطراف المتعاقدة، على الشروط المتعلقة بما يأتي:

– التزام المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو فردية. . .

المادة19: يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الايجاري إلى غاية تحقيق شراء المستأجر هذا الأصل، إذا ما قرر هذا الأخير حق الخيار بالشراء عند انقضاء فترة الايجار غير القابلة للإلغاء.

يستفيد المؤجر من كل الحقوق القانونية المرتبطة بحق الملكية ويقوم بكل الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق صاحب الملكية وفقا للشروط والحدود الواردة في عقد الاعتماد الايجاري. . .

المادة20: يمكن المؤجر، طوال مدة عقد الاعتماد وبعد إشعار مسبق و/أو إعذار لمدة خمسة عشر (15) يوما كاملة، أن يضع حدا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بذيل العريضة عن رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر، وذلك في حالة عدم دفع المستأجر قسطا واحدا من الايجار، وفي هذه الحالة، يمكن المؤجر أن يتصرف في الأصل المسترجع، عن طريق تأجير أو بيع أو رهن الحيازة أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية.

المادة21: يلجأ المؤجر الى القضاء في حالة الفسخ التعسفي لعقد الاعتماد الايجاري الصادر من المستأجر.

يفصل القاضي في دفع الايجارات المتبقية والمستحقة وكذا التعويض المغطي للخسائر المتحملة وما فاته من كسب حسب مفهوم المادة182من القانون المدني.

المادة22: في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الايجار، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي، أو تسوية قضائية، أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازيين مهما كان وضعهم القانوني وصفتهم. . .

المادة23: . . . بالإضافة إلى الضمانات التعاقدية المتحصل عليها عند اللزوم، يتمتع المؤجر، من أجل تحصيل مستحقاته الناشئة عن عقد اعتماد ايجاري لأصل وملحقات، بحق امتياز عام على كل الأصول المنقولة وغير المنقولة التي هي للمستأجر ومستحقاته والأموال الموجودة بحسابه، حيث يلي هذا الامتياز مباشرة الامتيازات المنصوص عليها في المادتين990و991من القانون المدني والامتيازات الخاصة بالأجراء. . .

وعليه بمجرد، وبمجرد ممارسة امتيازه، يدفع للمؤجر مستحقاته قبل أي دائن آخر في إطار أي إجراء قضائي مع الغير أو أي إجراء قضائي جماعي يرمي إلى تصفية أموال المستأجر.

المادة24: يمكن ممارسة حق الامتياز المنصوص عليه في المادة23من هذا الأمر في أي وقت خلال سريان مدة عقد الاعتماد الايجاري وبعد انقضائه، عن طريق تسجيل رهن أو رهن حيازي خاص على منقولات المستأجر لدى كتابة ضبط المحكمة المؤهلة إقليميا أو بقيد الرهن القانوني على كل عقار يمتلكه المستأجر في مستوى حفظ الرهون.

أما فيما يتعلق بالأموال المودعة في الحسابات، والمستحقات والمنقولات الخاصة بالمستأجر، فيمارس حق الامتياز القانوني للمؤجر بمجرد اعتراض أو حجز نهائي أو حجز تحفظي أو انذار يوجه للمستأجر أو الغير الحائز أو الغير المدين عن طريق رسالة مضمونة الوصول مع الإخطار بالاستلام أو عن طريق محضر يعده محضر.

المادة25: يمكن المؤجر، محافظة على مستحقاته على المستأجر، أن يتخذ جميع إجراءات الحجز التحفظي على منقولات المستأجر وعقاراته حسب الأشكال الأخرى المنصوص عليها في القانون.

المادة26: في حالة ضياع جزئي أو كلي للأصل المؤجر، يكون المؤجر وحده مؤهلا لقبض التعويضات الخاصة بتأمين الأصل المؤجر بغض النظر عن تكفل المستأجر بأقساط التأمين المكتتبة ودون الحاجة إلى تفويض خاص لهذا الغرض.

المادة28: يحق للمؤجر، بصفته مانح القرض في إطار عملية ايجاري، أن يتقدم على كل دائني المستأجر الآخرين لتحصيل ناتج تحقيق الضمانات العينية المكونة لصالحه وكذا المبالغ المدفوعة بكفالات فردية وتضامنية للمستأجر، وذلك بقد المبالغ المستحقة عليه، في أي وقت، في إطار عقد الاعتماد الايجاري.

المادة33فقرة2: يجب على المستأجر أن يسمح، خلال مدة الايجار، للمؤجر بالدخول الى المحلات التي يوجد فيها الأصل المنقول المؤجر حتى يتسنى له ممارسة حقه في مراقبة حالة هذا الأصل.

المادة34: يمكن أن يضع عقد الاعتماد الايجاري أيضا على عاتق المستأجر التزام تأمين الأصل المؤجر على حسابه، ضد مخاطر الإتلاف الكلي أو الجزئي والتي تحد أو تمنع الاستعمال المتفق عليه.

ثامنا: وضعية الدائن المرتهن عند إفلاس المدين الراهن (القانون التجاري)

المادة247: لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بما يلي من التصرفات الصادرة من المدين منذ تاريخ التوقف عن الدفع. . .

5-كل رهن عقاري اتفاقي أو قضائي وكل حق احتكار أو رهن حيازي يترتب على أموال المدين لديون سبق التعاقد عليها.

المادة250: غير أن لجماعة الدائنين أن ترفع دعوى رد المال إلى التفليسة ضد ساحب السفتجة، بشرط إقامة الدليل على أن المطالب برد المال كان عالما بالتوقف عن الدفع.

المادة251: لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بالرهون الحيازية والامتيازات التي سجلت بعد صدور الحكم الذي قضى بالتسوية القضائية أو شهر الافلاس. . .

المادة252: تخصص الديون لجماعة الدائنين بدلا عن الدائن الذي قضى بعدم التمسك برهنه العقاري أو رهنه الحيازي أو امتيازه.

1- في حق الدائنين ذوي الرهون والدائنين أصحاب الامتيازات على الأموال المنقولة

المادة292: لا يقيد الدائنون ذوو الرهون الصحيحة ضمن جماعة الدائنين، إلا على سبيل المراجعة.

المادة293: لوكيل التفليسة بإذن من القاضي المنتدب وبعد تسديد الدين أن يسحب الضمان الصادر من المدين لصالح جماعة الدائنين.

وإذا لم يسحب الضمان، فعلى الدائن المنذر من طرف وكيل التفليسة أن يقوم بالبيع في الأجل المحدد وند عدمه جاز لوكيل التفليسة أن يقوم عوضا عنه بالبيع بعد الإذن له بذلك من القاضي المنتدب.

يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن آخر صاحب امتياز أم لا.

إن كان ثمن البيع يفوق مبلغ الدين المضمون، يحصل الفائض من طرف وكيل التفليسة وفي حالة العكس يخصص الفائض للدائن بصفته دائنا عاديا.

2- في حق الدائنين المرتهنين عقاريا وذوي الامتياز على العقارات

المادة301: إذا أجري توزيع ثمن العقارات قبل توزيع ثمن الأموال المنقولة، أو جريا في وقت واحد، كان للدائنين الممتازين أو المرتهنين عقاريا الذين لم يستوفوا حقوقهم من ثمن العقارات أن يشتركوا مع الدائنين العاديين بنسبة ما بقي مستحقا لهم في الأموال الخاصة بجماعة الدائنين العاديين، ويشترط مع ذلك أن تكون الديون قد تم قبولها طبقا للأوضاع المبينة فيما بعد.

المادة302: إذا سبق توزيع ثمن العقارات توزيع أو أكثر للأموال المنقولة فإن المقبولين من الدائنين الممتازين أو المرتهنين عقاريا يشاركون في التوزيعات بنسبة حقوقهم الإجمالية. . .

المادة303: يعد بيع العقارات والضبط النهائي لترتيب الدائنين المرتهنين عقاريا والممتازين، لا يستحق أولئك الذين يسمح لهم ترتيبهم باقتضاء كامل حقوقهم من ثمن العقارات سوى المقدار المستحق تبعا

لمرتبتهم مع خصم المبالغ التي حصلوها ضمن جماعة الدائنين العاديين، ولا تبقى المبالغ المخصومة ضمن جماعة الدائنين المرتهنين عقاريا وإنما تعود إلى جماعة الدائنين العاديين فهي التي يكون الاستبعاد لمصلحتها.

المادة304: يجري على النحو التالي بالنسبة للدائنين المرتهنين عقاريا والذين لم تسمح لهم مرتبتهم في توزيع ثمن العقارات إلا باستيفاء جزئي، تحدد نهائيا حقوقهم في جماعة الدائنين العاديين تبعا للمبالغ التي يبقون دائنين بها بعد التوزيع العقاري، وأما المبالغ التي قبضوها في توزيع سابق زائدة على هذه النسبة فإنها تستبعد من مقدار حصتهم في توزيع المرتهنين عقاريا وتضاف لجماعة الدائنين العاديين.

تاسعا: الإجراءات المتعلقة بالضمانات (قانون الإجراءات المدنية)

بالإضافة إلى ما ذكر سابقا في القانون المدني والتجاري وقانون النقد والقرض من إجراءات متعلقة بالضمانات، نورد أهم الإجراءات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية حول ذلك من حجز المنقول، وحجز العقار، والبيع بالمزاد العلني.

1- إجراءات حجز الأموال المنقولة وبيعها

أ- في إجراءات الحجز

المادة687: إذا لم يقم المدين بالوفاء بعد انقضاء أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ تكليفه بالوفاء وفقا للمادة612أعلاه، يجوز للمستفيد من السند التنفيذي، الحجز على جميع المنقولات و/أو الأسهم و/أو حصص الأرباح في الشركات و/أو السندات المالية للمدين.

يتم الحجز بأمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها الأموال المراد حجزها، وعند الاقتضاء، في موطن المدين، وذلك بناء على طلب الدائن وممثله القانوني أو الاتفاقي.

يمكن الاستعانة بالقوة العمومية لتنفيذ أمر الحجز عند الاقتضاء.

المادة688: يتم التبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المحجوز عليه شخصيا أو إلى أحد أفراده البالغين المقيمين معه، إذا كان شخصا طبيعيا، ويبلغ إلى الممثل القانوني أو الاتفاقي إذا كان شخصا معنويا، ويقوم المحضر القضائي على الفور بجرد الأموال وتعيينها تعيينا دقيقا مع وصفها وتحرير محضر حجز وجرد لها.

وفي جميع الأحوال يجب أن تسلم نسخة من محضر الحجز والجرد إلى المحجوز عليه في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام. . .

ب- في إجراءات بيع المنقولات المحجوزة

المادة704: يجري البيع بعد مضي مدة عشرة (10) أيام من تاريخ تسليم نسخة من محضر الحجز وتبليغه رسميا إلا إذا اتفق الحاجز والمحجوز عليه على تحديد أجل آخر لا تزيد مدته القصوى على ثلاثة (3) أشهر.

غير أنه إذا كانت الأموال المحجوزة، بضائع قابلة للتلف أو بضائع عرضة لتقلب الأسعار أو بضائع على وشك انقضاء مدة صلاحية استهلاكها، فلرئيس المحكمة أن يأمر بإجراء البيع، بمجرد الانتهاء من الحجز والجرد وفي المكان الذي يراه مناسبا . . .

المادة705: يتم البيع بالمزاد العلني من طرف المحضر القضائي، ويجوز أن يتخلى عنه الى محافظ البيع. . .

المادة706: يجري البيع في المكان الذي توجد فيه الأموال المحجوزة أو في أقرب مكان عمومي أو في محل مخصص لذلك، ويجوز أن يجري البيع في مكان آخر بأمر على عريضة إذا كان يضمن أحسن عرض.

يعلن عن البيع بالمزاد العلني بكل وسائل النشر. . .

2- في حجز وبيع السندات التجارية والقيم المنقولة

المادة719: تحجز السندات التجارية الموجودة لدى المدين إذا كانت لحاملها أو قابلة للتظهير وفقا للأحكام المقررة للحجز التنفيذي على المنقول تحت يد المدين.

وتحجز القيم المنقولة وإيرادات الأسهم الاسمية وحصص الأرباح المستحقة الموجودة في ذمة الأشخاص المعنوية طبقا للأحكام المقررة لحجز ما للمدين لدى الغير، ويترتب على ذلك، الحجز على ثمارها وفوائدها إلى تاريخ البيع.

المادة720: تباع القيم المنقولة والأسهم بواسطة أحد البنوك أو أية مؤسسة مؤهلة قانونا، تعين من طرف رئيس المحكمة بأمر على عريضة.

3- إجراءات حجز العقارات وبيعها

أ- في إجراءات الحجز

المادة721: يجوز للدائن الحجز على العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية لمدينه مفرزة كانت أو مشاعة، إذا كان بيده سند تنفيذي وأثبت عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينه أو عدم وجودها.

غير أن الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز الخاص على عقار أو صاحب حق التخصيص على عقار الذي بيده سندا تنفيذيا، يجوز له الحجز على العقارات و/أو على الحقوق العينية العقارية لمدينه مباشرة حتى لو انتقلت ملكيتها إلى الغير.

المادة722: يقدم طلب الحجز على العقار و/أو الحقوق العينية العقارية، إلى رئيس المحكمة الذي يوجد في دائرة اختصاصها العقار، من طرف الدائن أو من ممثله القانوني أو الاتفاقي. . .

المادة723: يرفق طلب الحجز المشار إليه في المادة 722أعلاه بالوثائق التالية. . . 3-مستخرج عقد الرهن أو أمر التخصيص على عقار أو مستخرج من قيد حق الامتياز، بالنسبة لأصحاب التأمينات العينية. . .

المادة724: يتم الحجز بموجب أمر على عريضة، يصدره رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها هذا العقار و/أو الحق العيني العقاري، في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام من تاريخ ايداع الطلب.

المادة725: يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المدين، وإذا كان العقار و/أو الحق العيني العقاري مثقلا بتأمين عيني للغير، وجب القيام بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى هذا الأخير مع إخطار إدارة الضرائب بالحجز.

ينذر المدين بأنه إذا لم يدفع مبلغ الدين في أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي، يباع العقار، و/أو الحق العيني العقاري جبرا عليه.

يودع أمر الحجز على الفور، أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار، لقيد أمر الحجز.

المادة726: إذا كان الدائن الحاجز، دائنا ممتازا، له تأمين عيني على العقارات المراد حجزها، يقوم بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى حائز العقار المرهون، وإلى الكفيل العيني إن وجد.

لحائز العقار المرهون أو الكفيل العيني الخيار بين الوفاء بالدين أو التخلية أو قبول إجراءات الحجز والبيع.

ب- في إجراءات البيع

المادة737: إذا لم يقم المدين المحجوز عليه بالوفاء خلال أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز، يحرر المحضر القضائي قائمة شروط البيع ويودعها بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار المحجوز.

المادة756فقرة2: غير أنه إذا كان الثمن الناتج من بيع عقار و/أو حق عيني عقاري واحد أو أكثر، كافيا للوفاء بأصل الدين والمصاريف القضائية، يأمر الرئيس الذي أشرف على البيع بالتوقف عن بيع باقي العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المحجوزة ورفع الحجز عنها تلقائيا.

أما عن إجراءات البيع بالمزاد العلني ورسو المزاد تناولتها المواد من 747إلى765.

أما عن إجراءات توزيع المبالغ المتحصلة من التنفيذ تناولتها المواد من 790إلى799.

الملحق رقم 2: نموذج كفالة شخصية وتضامنية

الكفيل شركة (اسمها وطبيعتها القانونية). . . . . .

رأسمالها(بالأرقام والحروف). . . . . .

مقرها الرئيسي. . . . . .

رقم سجلها التجاري. . . . . .

الممثلة بالسيد. . . . . .

تمثل كفيلا شخصيا ومتضامنا مع المدين الشركة. . . . . .

رأسمالها. . . . . .

مقرها. . . . . .

رقم سجلها. . . . . .

الممثلة بالسيد. . . . . .

وتعلن عن تنازلها عن الاستفادة من أي تجريد أو تقسيم وذلك للوفاء بكل المبالغ و/أو الالتزامات التي تكون الشركة المدين مرتبطة بها تجاه بنك. . . . . .

يغطي هذا التعهد نقدا كل الالتزامات المبرمة مع البنك، ودفع أي مبالغ مستحقة الأداء لهرأس المال والفوائد والمصاريف وغرامات التأخير، مع إعفاء بنك. . . . . من كلاحتجاج إلى الإشعار بعدم الدفع .

تلزم الشركة الكفيل بعدم الاحتجاج، وكذا عدم التمسك بالاستفادة من أحكام المواد 656-657-660-662-663 من القانون المدني. وهذا كي لا يكون هناك تهرب من تنفيذ الالتزامات.

وتبقى هذه التعهدات سارية المفعول في حال تأجيل الدفع أو وجود تسوية قضائية أو تصفية ممتلكات الشركة المدين.

كما تصرح الشركة الكفيل بأنها تعفي بنك. . . . . من إخبارها بالعوارض التي يمكن أن تطرأ على الشركة المدين مهما كانت.

وأن هذا التعهد يلتزم به كل الورثة والموصى لهم من ذوي الكفيل، وذلك بهدف تنفيذ الالتزامات.

وتكون كل الحقوق والضرائب والرسوم والغرامات والمصاريف التي تنتج عن هذا الاتفاق بما فيها حقوق التسجيل وأتعاب الموثقين والمحضرين والمحامين ومصاريف المنازعات على عاتق الشركة الكفيل، التي ترخص للبنك استيفاءها من حسابها المفتوح لديه.

حررة. . . . . في. . . . . .

توقيع ممثل الشركة الكفيل

الملحق رقم 3: نموذج لفتح اعتماد مع رهن رسمي اتفاقي

أمام الأستاذ. . . . . موثق ب. . . . . .

حضر السيد. . . . . المتدخل في هذا العقد بصفته ممثلا عن الشركة . . . . .

. . . . . المسماة. . . . . راسمالها. . . . . .

. . . . . الكائن مقرهاب. . . . . والمقيدة بالسجل التجاري

لـ. . . . . تحت رقم. . . . . والسيد. . . . . بصفته ممثلا عن

بنك. . . . . برأسمال قدره. . . . . الكائن مقره ب. . . . . .

. . . . . والمقيد في السجل التجاري تحت رقم. . . . . اللذان طلبا من الموثق أن يحرر لهما هذا العقد الذي يحتوي على الاتفاق المبرم بينهما.

الالتزام:

أن الشركة المذكورة أعلاه. . . . .. عليها دين عن طريق تمويل من بنك. . . . . قدره. . . . . ،في شكل قرض

تعبئة الدين:

يحتفظ بنك. . . . . بحق إلزام الشركة المقترض اكتتاب سندات لأمر بمبلغ القرض الأصلي،زيادة على الفوائد،الرسوم

وقد التزم ممثل الشركة الراهن وباسمها أداء المبلغ المذكور أعلاه في أجل أقصاه. . . . . أشهر من تاريخ منح التمويل

الشروط:

تتعهد الشركة الممولة بتسديد هذا القرض لبنك. . . . . بدفع. . . . . أقساط متتالية ومتسلسلة ابتداء من. . . . . وإلى غاية. . . . . .

. . . . . ويشمل هذا التسديد زيادة على المبلغ الأصلي، الفوائد، العمولة والرسوم التي قبل بها المقترض.

يتم تسديد المبلغ الأصلي لهذا القرض وكذلك الفوائد وجميع الملحقات الأخرى في مقر بنك. . . . . .

الرهن الرسمي:

لتأمين وضمان سداد القرض محل هذا الاعتماد بما فيه المبلغ الرئيسي، الفوائد، العمولة، المصاريف وكل اللواحق ، وكذا تنفيذ بنود وشروط هذا القرض ،يخصص المقترض ويرهن رهنا رسميا باسم الشركة. . . . . ولفائدة بنك. . . . . عقارا التي صفاته. . . . . .

. . . . . .

تعيين العقار:

يتمثل العقار المرهون في. . . . . .

. . . . . ويشمل الرهن بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة والبنايات التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على الشركة الراهن. . . . . .

أصل الملكية:

إن العقار موضوع هذا الرهن هو ملك للشركة الراهن. . . . . .

التأمينات:

تلتزم الشركة المقترض الراهن بتأمين العقار موضوع الرهن لدى شركة تأمين مؤهلة ضد كل الأخطار بما فيها الحريق وكوارث المياه لمدة لا يمكن أن تقل عن الفترة المتفق عليها لاسترجاع الدين، وحتى استرجاعه الفعلي، بحيث يكون التعويض عـن الضرر المؤمن لا يقل عن مبلغ الدين.

وتتعهد الشركة المقترض بأن تجدد التأمين إلى حين السداد الكلي للقرض بما فيه المبلغ الأصلي، الفوائد، العمولة، المصاريف، اللواحق.

تتعهد الشركة المقترض بدفع أقساط التأمين بالضبط عند حلول الأجل المحدد.

في حالة إخلال الشركة بالتزاماتها هذه، يحق للبنك أن يقوم بالتأمين على حساب الشركة المقترض الراهن.

وهكذا تصبح المبالغ المدفوعة للتأمين مضمونة بهذا الرهن.

في حالة حدوث ضرر كلي أو جزئي تتعهد الشركة المقترض بتبليغ بنك. . . . . فورا عند حدوث هذا الضرر قصد تمكينه، على ذمة المقترض، من تعيين ممثل عنه في عمليات الخبرة وتقييم الأضرار وتحديد التعويضات.

التصريحات

يصرح ممثل الشركة المقترض الراهن بأن الشركة ليست في حالة إفلاس أو تصفية أوفي حالة توقف عن الدفع ولم تقدم أي طلب مصادقة على تسوية ودية، وأن العقــار المرهون معفى من كل دين أو أي امتياز لبائع ولا رهن وخال من كل التكاليف العينية. وأنه غير متابع من قبل الخزينة العامة ولا المصالح الجبائية ولا أية مصلحة تملك امتياز بقوة القانون على العقار المرهون.

دفع الرسوم والحقوق

تتحمل الشركة المدين جميع المصاريف أيا كانت طبيعتها وذلك بتعهد صريح تطبيقــا لأحكام هذا العقد.

الموطن

لتنفيذ أحكام هذا العقد يختار المتعاقدان موطنا لهما:

بالنسبة لبنك. . . . . .

بالنسبة للشركة المدين الراهن. . . . . .

التسجيل

يسدد مبلغ الرسم. . . . . .

الإشهار العقاري والإجراءات

تشهر نسخة من هذا بالمحافظة العقارية . . . . . المختصة إقليميا بسعي من الموثق الموقع أسفله على نفقة المدين لقانون التسجيل، وإن ظهر عند إتمام هذا الإجراء أو بعده وجود تسجيلات على العقار تجعله مرهونا فإنه يجب على المدين إحضار عقد رفــع اليد وشهادات شطب التسجيلات على نفقته في الشهر الذي يقع فيه إشعاره بتلك الديون فــي موطنه المختار. . . . . .

اختصاص القضاء

كل النزاعات الناشئة عن تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد تعرض بإرادة الطرفين على محكمة. . . . . .

. . . . . .

حرر في . . . . . ب. . . . . .

توقيع الموثق توقيع ممثل الشركة الراهن توقيع ممثل البنك

الملحق رقم 4: نموذج لفتح اعتماد مع رهن حيازي على محل تجاري

إن الموقعين أدناه:

بنك. . . . . شركة مساهمة برأسمال حالي قدره. . . . . دج والكائن مقره الرئيسي ب. . . . . عنوانه. . . . . المقيد في السجل التجاري لولاية. . . . . تحت رقم. . . . . الممثل من طرف السيد. . . . . من جهة،

الشركة. . . . . رأسمالها. . . . . مقرها. . . . . المقيدة في السجل التجاري ل. . . . . تحت رقم. . . . . الممثلة بالسيد. . . . . من جهة أخرى،

اتفقا وقررا ما يلي:

المادة الأولى: فتح اعتماد (قرض)

بموجب هذا العقد، يمنح بنك. . . . . للشركة. . . . . قرضا يقدر بـ. . . . . .دج

المادة الثانية: الشروط

يصبح القرض محل هذا الاعتماد منتجا لفائدة اتفاقية تقدر ب. . . . . دج سنويا تؤدى بالتالي إلى حصول بنك. . . . . على عمولة تعهدية تقدر بـ. . . . . دج سنويا وعلى رسم يقدر بـ. . . . . دج يحسب حسب الفوائد والعمولة المتحصل عليها تتعهد الشركة المقترض بتسديد هذا القرض لبنك. . . . . بدفع. . . . . دج أقساط متتالية ومتسلسلة من. . . . . وإلى غاية. . . . . ويشمل هذا التسديد زيادة على المبلغ الأصلي، الفوائد، العمولة والرسوم التي قبل بها المقترض.

ومن المتفق عليه أنه فيما إذا ارتفعت نسبة خصم البنك الجزائري المعمول بها حاليا، فإن نسبة فوائد هذا القرض تخضع هي الأخرى لعلاوة إضافية مساوية لهذه الزيادة.

وعلى بنك. . . . . إشعار المدين فيما يخص تطبيق النسبة الجديدة للفوائد

وفي حالة رفض المدين لهذه الزيادة فعليه تسديد مبلغ القرض الذي منح له، ويصبح هذا المبلغ، بمجرد الرفض مستحقا وواجب الأداء.

يتم تسديد المبلغ الأصلي لهذا القرض وكذلك الفوائد وجميع الملحقات الأخرى في مقر بنك. . . . . ، بموجب هذا العقد.

يجوز لبنك. . . . . أن يسحب من كل حساب مفتوح على دفاتره بسم الشركة المقترض.

. . . . . ، كل المبالغ التي أصبحت مستحقة الأداء وواجبة الدفع

المادة الثالثة: تعبئة الدين

يحتفظ البنك. . . . . بحق إلزام الشركة المقترض اكتتاب سندات لأمر بمبلغ القرض الأصلي، زيادة على الفوائد، الرسوم، العمولة ويمكن للبنك أن يشترط الاكتتاب لوضع المبلغ تحت تصرف المقترض.

المادة الرابعة: الاستحقاق المسبق

يفسخ العقد ويصبح المبلغ مستحق الأداء بما فيه أصل الدين، الفوائد، الرسوم واللواحق وواجب الدفع فورا إلى بنك. . . . . كما يسقط أي حق للمقترض في طلب قرض آخر في حالة عدم التنفيذ أو خرق أحد الالتزامات المنصوص عليها في هذا العقد خمسة عشر (15) يوما من تبليغه بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول، دون اللجوء إلى إجراء قضائي في أي حال من الحالات التالية:

1- في حالة عدم الدفع في الأجل المحدد لاستهلاك القرض
2- في حالة الإفلاس، التصفية القضائية، التسوية الودية المصادق عليها في حالة التوقف عن الدفع.
3- في حالة ما إذا كان المحل التجاري المستغل من الشركة المقترض عليه قيد لفائدة البائع أو دائن آخر.
4- في حالة ما إذا كانت الشركة محل متابعة أيا كانت طبيعتها.
5- في حالة ما إذا تعطل الدفع نتيجة حادث تسببت فيه الشركة مع أي بنك.

المادة الخامسة: الشرط الجزائي

في حالة ما إذا اضطر البنك استرجاع دينه بأن يستصدر أمرا بالدفع أو يرفع دعوى قضائية أو يتخذ أي إجراء آخر فله الحق في احتساب فوائد إضافية بنسبة. . . . . %زيادة على النسبة المتفق عليها ابتداء من تاريخ حلول أجل الدين.

المادة السادسة: الرهن الحيازي

من أجل ضمان تسديد التمويل الممنوح للشركة والذي قدره. . . . . دج

تخصص رهنا حيازيا على المحل التجاري المعين أدناه لصالح البنك. . . . . ، طبقا للمادة118وما يليها من القانون التجاري والمادة124من الأمر رقم03-11يتعلق بالنقد والقرض

تعيين المحل

إن المحل التجاري موضوع هذا العقد خاص بالنشاط التالي. . . . . .

تحت اسم. . . . . ويقع في. . . . . .

شارع. . . . . رقم. . . . . .

تستغله الشركة منذ. . . . . ومسجل في السجل التجاري لولاية. . . . . .

تحت رقم. . . . . ويتضمن العناصر المادية والمعنوية التالية:

- عنوان المحل والاسم التجاري،
- الحق في ايجار الأماكن الصالحة لاستغلال المحل،
- الزبائن،
- الشهرة التجارية،
- البضائع والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تسمح باستغلال المحل التجاري،
- الرسوم والنماذج الصناعية وعلى العموم حقوق الملكية الصناعية المرتبطة به.

المادة السابعة: التأمينات

يلتزم المقترض بتأمين المحل التجاري موضوع الرهن وكل عناصره ضد كل الأخطار بما فيها السرقة والحريق وكوارث المياه لمدة لا يمكن أن تقل عن الفترة المتفق عليها لاسترجاع الدين، وحتى استرجاعه الفعلي، بحيث يكون التعويض عن الضرر المؤمن لا يقل عن مبلغ الدين.

وعلى المقترض أن يعلم بنك. . . . . خلال شهر ابتداء من تاريخ إبرام عقد القرض بقيامه بالتأمين والحلول ويبلغه نسخة من وثيقتي التأمين والحلول الصادرتين عن شركة التأمين برسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول.

وتتعهد الشركة المقترض بأن تجدد التأمين إلى حين السداد الكلي للقرض بما فيه المبلغ الأصلي، الفوائد، العمولة، المصاريف، اللواحق.

تتعهد الشركة المقترض بدفع أقساط التأمين بالضبط عند حلول الأجل المحدد.

في حالة إخلال الشركة بالتزاماتها هذه، يحق للبنك أن يقوم بالتأمين على حساب الشركة المقترض الراهن.

وهكذا تصبح المبالغ المدفوعة للتأمين مضمونة بهذا الرهن.

في حالة حدوث ضرر كلي أو جزئي تتعهد الشركة المقترض بتبليغ بنك. . . . . فورا عند حدوث هذا الضرر قصد تمكينه، على ذمة المقترض، من تعيين ممثل عنه في عمليات الخبرة وتقييم الأضرار وتحديد التعويضات.

يبلغ محتوى هذا العقد إلى شركة التأمين على نفقة المقترض، بحيث تدفع مبلغ التعويض مباشرة من شركة التأمين لبنك. . . . . بواسطة إيصالات عادية دون حضور أو موافقة المقترض.

المادة الثامنة: التصريحات

يصرح ممثل الشركة المقترض الراهن بأن الشركة ليست في حالة إفلاس أو تصفية أوفي حالة توقف عن الدفع ولم تقدم أي طلب مصادقة على تسوية ودية، وأن المحل التجاري المرهون معفى من كل دين أو أي امتياز لبائع ولا رهن وخال من كل امتياز لفائدة أي شركة تأمين. وأنه غير متابع من قبل الخزينة العامة ولا المصالح الجبائية ولا أية مصلحة تملك امتياز بقوة القانون على المحل التجاري المرهون.

المادة التاسعة: دفع الرسوم والحقوق

تتحمل الشركة المدين جميع المصاريف أيا كانت طبيعتها وكل المصاريف المتعلقة والناتجة عن هذا العقد وذلك بتعهد صريح تطبيقــا لأحكام هذا العقد.

المادة العاشرة: اختيار الموطن

لتنفيذ أحكام هذا العقد يختار المتعاقدان موطنا لهما:

بالنسبة لبنك. . . . . .

بالنسبة للشركة المدين الراهن. . . . . .

بمقر بنك. . . . . .

المادة الحادية عشر: اختصاص القضاء

كل النزاعات الناشئة عن تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد تعرض بإرادة الطرفين على المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن البنك . . . . . .

التسجيل

يسدد مبلغ الرسم. . . . . .

حرر ب. . . . . في. . . . . .

المقترض (1) البنك

الختم والتوقيع

(1) يسبق الإمضاء بالعبارة المكتوبة بيد المقترض

"قرئ وصودق عليه ومقبول للرهن كما هو منصوص عليه"

الملحق رقم 5: جول قيد رهن محل تجاري وأدوات ومعدات التجهيز

ملحق رقم 2

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المركز الوطني للسجل التجاري

جدول قيد الامتيازات المرتبطة بالرهن الحيازي للمحل التجاري

الرقم التسلسلي **البيـــانـــات**

1 التعريف بالدائن المرتهن والمدين الراهن ومالك المحل التجاري

1-1 اسم ولقب الدائن المرتهن. . . . . عنوانه. . . . . مهنته. . . . . .

1-2 اسم ولقب الدائن الراهن. . . . . عنوانه. . . . . مهنته. . . . . .

1-3 اسم ولقب مالك المحل التجاري. . . . . عنوانه. . . . . مهنته. . . . . .

2 تاريخ السند ونوعه. . . . . .

3 مبلغ الدين المحدد في السند. . . . . .

1-3 شروط استحقاقه. . . . . .

4 تعيين المحل التجاري والفروع التابعة له عند الاقتضاء. . . . . .

المحل التجاري. . . . . الفرع أو الفروع. . . . . .

1-4 العناصر التي يشملها الرهن الحيازي. . . . . .

طبيعة العمليات التي يباشرها المقر. . . . . طبيعة العمليات التي يباشرها. . . . . .

2-4 العناصر التي يتناولها الرهن الحيازي للمحل التجاري غير عنوان المحل و الاسم التجاري والحق في

الايجار والزبائن. . . . . .

5 اختيار محل اقامة الدائن المرتهن في دائرة اختصاص المحكمة التي يقع فيها المحل التجاري. . . . . .

توقيع الدائن المرتهن. . . . . رقم التسجيل. . . . . تاريخ التسجيل. . . . . .

توقيع مأمور المركز الوطني للسجل التجاري. . . . . .

الملحق رقم 5: جول قيد رهن محل تجاري وأدوات ومعدات التجهيز

ملحق رقم 3

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المركز الوطني للسجل التجاري

جدول قيد الامتيازات المرتبطة بالرهن الحيازي لأدوات ومعدات التجهيز

الرقم التسلسلي	البيـــانـــات
01	اسم ولقب الدائن المرتهن. . . . .
02	عنوانه. . . . .
03	مهنته. . . . .
04	اسم ولقب المدين الراهن. . . . .
05	عنوانه. . . . .
06	مهنته. . . . .
07	تاريخ وطبيعة سند البيع لأدوات ومعدات التجهيز. . . . .
08	تاريخ وطبيعة السند المؤسس للرهن الحيازي لأدوات ومعدات التجهيز . . . . .
09	تعيين الأدوات. . . . . تعيين معدات التجهيز. . . . .
10	المبلغ الإجمالي لبيع الأدوات. . . . . المبلغ الإجمالي لبيع معدات التجهيز . . . . .
11	مبلغ الدين المحدد في السند. . . . .
12	شروط الاستحقاق. . . . .
13	اختيار محل إقامة الدائن المرتهن في دائرة اختصاص المحكمة التي يقع فيها المحل التجاري. . . . .
	توقيع الدائن المرتهن. . . . . رقم التسجيل. . . . . تاريخ التسجيل. . . . .
	توقيع مأمور المركز الوطني للسجل التجاري. . . . .

Republique Algérienne Démocratique et Populaire

اللجنة المصرفية

OMMISSION BANCAIRE

بـــــلاغ اللـجـنـــة المـصـرفـيـــة

تبعا لبلاغات اللجنة المصرفية الصادرة في الصحافة و المتعلقة بقرارت سحب الاعتماد من بنك" آل خليفة بنك " و البنك التجاري و الصناعي الجزائري، فإن طلبات متعلقة بتا القرارات مازالت تصل إلي الأمانة العامة للجنة المصرفية.
من أجل تلبية هذه الطلبات، تم نشر منطوقي القرارين الصادرين من طرف اللجنة المصرفية يوم 29 ماي 2003 تحت رقم 2003/03 ويوم 21 أوت 2003 تحت رقم 2003/08.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

منطـــوق الـــقرار رقم 2003/03 الصادر من اللجنة المصرفية بتاريخ 29 ماي 2003 بنزلة "آل خليفة بنك"

ن اللجنة المصرفية؛

قـــــرر ت

المادة الأولى: سحب الاعتماد الممنوح لبنك "آل خليفة بنك" بمقتضى المقرر رقم 04- 98 الصادر عن محافظ بنك الجزائر بتاريخ 27 جويلية 1998 .

المادة الثانية: وضع قيد التصفية الشركة ذات الأسهم "آل خليفة بنك".

المادة الثالثة: تعيين مصفي للقيام بعمليات التصفية.

المادة الرابعة: إعلان الجمهور بمنطوق هذا القرار.

المادة الخامسة : تكليف الأمين العام للجنة المصرفية بتنفيذ هذا القرار.

وذلك في جلستها المنعقدة بمقر اللجنة المصرفية، 07 شارع أرنستو شي قيفارة – الجزائر، يوم التاسع و العشرين من شهر ماي سنة ألفين و ثلاثة.

رئيـــــس اللجنـــة المصرفيـــة

لاحظة:
عين السيد بادسي منصف بصفته مصفي و ذلك بقرار اللجنة المصرفية رقم 2003/04 المؤرخ في 2003/05/29.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

منطـــوق الـــقرار رقم 08-2003 الصادر من اللجنة المصرفية بتاريخ 21 أوت 2003 بنزلة "البنك التجاري و الصناعي الجزائري"

إن اللجنة المصرفية؛

قـــــرر ت

المادة الأولى: سحب الاعتماد الممنوح " للبنك التجاري و الصناعي الجزائري " بصفته بنك بمقتضى المقرر رقم 98 -08 الصادر عن محافظ بنك الجزائر بتاريخ 24 سبتمبر 1998.

المادة الثانية: وضع قيد التصفية الشركة ذات الأسهم " البنك التجاري و الصناعي الجزائري ".

المادة الثالثة: تعيين مصفي للقيام بعمليات التصفية.

المادة الرابعة: إعلان الجمهور بمنطوق هذا القرار.

المادة الخامسة : تكليف الأمين العام للجنة المصرفية بتنفيذ هذا القرار.

وذلك في جلستها المنعقدة بمقر اللجنة المصرفية، 07 شارع أرنستو شي قيفارة – الجزائر، يوم الواحد و العشرين من شهر أوت سنة الفين و ثلاثة.

رئيـــــس اللجنـــة المصرفيـــة

ملاحظة:
عين السيد بوعلام أرزقي بصفته مصفي و ذلك بقرار اللجنة المصرفية رقم 2003/09 المؤرخ في 21 /08/.2003

عقد تمويل بالاعتماد الايجاري على أصول منقولة

بين:

1-**بنك البركة الجزائري** شركة مساهمة رأسمالها 2. 500. 000. 000 دج خاضعة لأحكام القانون رقم 03-11 المؤرخ في 2003. 08. 26 المتعلق بالنقد والقرض مقيدة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 00/ ب / 0014294، الكائن مقره الاجتماعي بحي بوثلجة هويدف فيلا رقم 1 بن عكنون الجزائر، ينوب عنه في الإمضاء على هذا العقد **السيد** . . . . . بصفته مدير وكالة . . . . . .

ويشار إليه فيما يلي البنك

2 - **والشركة المسماة " .....** . " المقيدة بالسجل التجاري لولاية . . . . . رقم . . . . . والكائن مقرها الاجتماعي ب. . . . . ، وينوب عنها في الإمضاء **السيد .....**. بصفته . . . . . .

ويشار إليه فيما يلي العميل

تمهيد:

بالإشارة إلى:

- أحكام القانون الأساسي للبنك المتعلقة بالتزامه في التعامل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية السمحة.
- الشروط المصرفية المعمول بها ببنك البركة الجزائري.
- اتفاقية الحساب الجاري المبرمة بين بنك البركة الجزائري والعميل عند فتح الحساب والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد.

حيث أن العميل طلب من البنك شراء الأصول المنقولة الموصوفة في المادة 2 أدناه على أن يستأجرها من البنك على سبيل الاعتماد الايجاري بمفهوم الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 1996/01/10.

حيث أن البنك اشترى الأصول المنقولة بناء على طلب العميل ولغرض تأجيرها على سبيل الاعتماد الايجاري.

حيث أن الطرفان يتمتعان بالأهلية القانونية والشرعية الخالية من أي عيب لإبرام هذا العقد.

حيث أن الطرفين راضيان،

فقد اتفقا على ما يلي:

المادة الأولى :الموضوع

بطلب من العميل يلتزم البنك بموجب هذا العقد بتأجير الأصول المنقولة المذكورة أدناه للعميل الذي قبل بذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا العقد على سبيل الاعتماد الايجاري على أصول منقولة.

المادة الثانية: تعيين الأصول المنقولة

الأصول المنقولة موضوع هذا العقد هي معينة في القائمة المرفقة بهذا العقد والتي تعد جزءا لا يتجزأ منه.

المادة الثالثة :مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء

حددت مدة الإيجار بـ . . . . . شهر / سنة تبدأ من . . . . . وتنتهي في . . . . . كما هو منصوص عليه في جدول التسديد المرفق بهذا العقد والذي يعد جزءا لا يتجزأ منه.

وتسري ابتداء من هذا التاريخ وخلال كل مدة الايجار كافة حقوق وواجبات البنك والعميل المترتبة بموجب هذا العقد وتصبح نافذة قانونا.

المادة الرابعة تسليم الأصول المنقولة

يوكل البنك العميل الذي قبل بذلك تسلم الأصول المنقولة نيابة عنه طبقا للشروط المنصوص عليها في عقد الشراء المبرم بين البنك والبائع الأول وذلك على نفقة العميل وحده حيث لا يتحمل البنك آية مسؤولية عن تأخر في التسليم لكل أو جزء من الأصول المنقولة بالنسبة للمواعيد المتفق عليها مع البائع الأول.

يلتزم العميل بإرسال نسخة من محضر تسلم الأصول المنقولة الممضي مع البائع الأول إلى البنك.

يلتزم العميل بعدم العدول عن استئجار الأصول المنقولة من البنك لأي سبب كان وكل عدول عن الاستئجار من قبل العميل يمكن أن يؤدي إلى تطبيق المادة 17 أدناه إذا رأى البنك ذلك.

يصرح العميل أنه هو الذي قام باختيار الأصول المنقولة وأنه يصرح بعدم إقحام مسؤولية البنك بأية حال من الأحوال بخصوص مطابقة الأصول المنقولة للمواصفات أو صلاحيتها للاستعمال وبصفة عامة كل نزاع قد ينشأ بخصوص الأصول المنقولة مع البائع الأول أو مع أي جهة كانت.

المادة الخامسة :المطابقة

في حالة ما إذا ظهر من تفتيش العميل لبعض أو كل الأصول المنقولة عدم مطابقة هذه الأخيرة للخصائص المتفق عليها مع البائع الأول، يجب عليه أن يخبر بذلك البنك وذلك بإرسال نسخة من الإشعار المكتوب الموجه إلى البائع الأول بحالات عدم المطابقة المكتشفة.

المادة السادسة: التهيئة

يتحمل العميل كل مصاريف تهيئة الأصول المنقولة للاستعمال الذي أعدت له.

المادة السابعة :الملكية

تبقى ملكية الأصول المنقولة للبنك كاملة خلال مدة هذا العقد إلى غاية تسديد العميل لكل أقساط الإيجار المنصوص عليها في جدول التسديد الملحق بهذا العقد وحصول العميل من البنك على إبراء بذلك.

المادة الثامنة :واجبات العميل

خلال كل مدة هذا العقد، يلتزم العميل بالمحافظة وصيانة الأصول المنقولة طبقا للقواعد الشرعية ولأحكام القوانين والأعراف والتنظيمات المعمول بها حاليا ومستقبلا وفقا للمتطلبات المهنية والاحترافية.

كما يلتزم العميل خلال مدة سريان هذا العقد باستعمال الأصول المنقولة طبقا للغاية التي استأجرت من أجلها والحفاظ عليها بحرص الرجل المحترف.

ويلتزم على وجه الخصوص بأجراء الإصلاحات التي يتبين أنها ضرورية أثناء تنفيذ هذا العقد، حتى ولو تعلق الأمر بأضرار ناجمة عن حادث ما مع احترام المقاييس والنظم المعمول بها وكذا إخضاع الأصول المنقولة للمراقبة القانونية أو التنظيمية.

المادة التاسعة: الأخطار والحوادث

يقر العميل بصريح العبارة انه يتحمل وعلى نفقاته الخاصة كل الأخطار التي قد تتعرض لها الأصول المنقولة.

في حالة حدوث حادث ما يتحمل العميل وحده تكلفة أي إصلاح كان ويتخلى عن أي رجوع على البنك.

المادة العاشرة: التأمين على الأخطار

1- يلتزم العميل بتامين الأصول المنقولة ضد كافة الأخطار لفائدة البنك وتجديد التأمين طيلة مدة الايجار.

وفي هذا الإطار يجب أن:

- تنص عقود التامين أو ملحقاتها على التزام المؤمنين على أن يدفعوا للبنك أي تعويض ناجم عن حادث سبب خسارة لكل الأصول المنقولة أو جزء منها و تحميل العميل وحده لمبلغ أي إبراء.

غير أنه في حالة ما إذا كانت الأضرار بسيطة الأهمية وبعد معاينة الخبير التابع للمؤمن والذي يقر بإمكانية إصلاح الضرر، فعلى العميل أن يعيد تهيئة الأصول المنقولة للاستعمال على نفقته الخاصة. ومن جهته يقوم البنك بإعادة دفع كل تعويض قبضه من المؤمن بهذا الخصوص إلى العميل بعد استظهار بيان بالإصلاح الذي تم في حدود ما تحمله العميل من نفقات في هذا الشأن.

- يعفى البنك من أي رجوع يتقدم به المؤمنون.

- ينص عقد التأمين أنه في حالة ما إذا بادر المؤمنون أو أحد منهم بإبطال أو إلغاء هذه التأمينات أو بعض منها، أو بتعديل الضمانات بكيفية قد تمس بمصالح البنك فان البنك لا يواجه بهذا الإبطال أو الإلغاء أو التعديل إلا بعد مضي خمسة عشر (15)يوما بعد إبلاغ البنك برسالة مضمنة مرفقة ببيان استلام من طرف المؤمن أو المؤمنين المعنيين ويلتزم العميل باكتتاب تأمين جديد أو إضافي يغطي كافة المخاطر الناتجة عن الإبطال أو الإلغاء أو التعديل المذكور على نفقته الخاصة.

- ينص عقد التأمين على أنه لا يمكن إجراء أي أبطال أو إلغاء أو تعديل قد يضر بمصالح البنك بطلب من العميل قبل الحصول على إذن كتابي مسبق من البنك و ذلك ما دام العميل مرتبط بالتزامات اتجاه البنك.

2- يجب على العميل أن يوجه إلى البنك شهادات يسلمها المؤمنون تؤكد للبنك على أن التأمينات المنصوص عليها بالألفاظ الواردة في هذه الفقرة قد تم اكتتابها من قبل العميل وذلك خلال الثمانية أيام التي تلي تاريخ تسلم العميل للمنقول أو جزء منه.

3- يلتزم العميل بتنفيذ كل التعهدات المنصوص عليها في هذه المادة التي تستوجبها التأمينات على نفقته الخاصة لا سيما فيما يتعلق بالدفع المنتظم لأقساط التأمين وأن يقدم كل المستندات للبنك متى طلب منه ذلك.

4- في حالة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته والتأمينات المنصوص عليها في هذه المادة يمكن للبنك وفق ما يرتئيه، أن يفسخ العقد في إطار الشروط المنصوص عليها في المادة 17 الآتي ذكرها أو تأمين الأصول المنقولة بنفسه على حساب العميل ونفقته.

المادة الحادية عشر :إخطار البنك بالحوادث

يجب على العميل أن يعلم البنك على جناح السرعة بأي حادث خطير قد يطرأ على الأصول المنقولة أو جزء منها مع الإشارة إلى تاريخ، مكان وظروف الحادث وكذا طبيعة الأضرار التي تعرضت لها الأصول المنقولة أو الجزء المتضرر منها وحجم هذه الأضرار.

المادة الثانية عشر: مسؤولية العميل المدنية وغيرها

يتحمل العميل وحده مسؤولية الأضرار الجسدية أو المادية التي يتعرض لها الغير بسبب الأصول المنقولة أو جزء منها ويضمن البنك من أي رجوع للغير عليه.

يلتزم العميل بتأمين مسؤوليته المدنية على نفقته الخاصة في حالة الأضرار الجسدية أو المادية التي قد تسببها الأصول المنقولة أو جزء منها لمستخدميه أو للغير ولو كان الضرر ناجما عن خطأ في التركيب أو حادث عرضي أو قوة قاهرة. كما يلتزم العميل بأن يبين في تأمينه أو تأميناته المكتتبة لغرض ضمان مسؤوليته المدنية أن المؤمنين يتخلون عن أي رجوع على البنك.

يلتزم العميل بالإبقاء على التأمينات الواردة في هذه المادة سارية المفعول وبأن تنفذ بحرص وعلى نفقاته الخاصة كل الالتزامات التي تنبثق عن هذه التأمينات أثناء مدة سريان هذا العقد وخاصة فيما يتعلق بالدفع المنتظم لأقساط التأمين، وعليه أن يقدم كل المستندات عند أول طلب من البنك.

كما يجب أن تنص التأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة على مسؤولية المؤمنين في إعلام البنك في حالة ما إذا توقف العميل عن دفع لأقساط التأمين أو في حال فسخ هذه التأمينات.

إذا ما لم ينفذ العميل أحد الالتزامات الخاصة بالتأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة يمكن للبنك وفق ما يرتئيه أما أن يفسخ عقد الاعتماد الايجاري حسب الشروط المتضمنة في المادة 19 الآتي ذكرها أو يكتتب بمبادرته الشخصية التأمينات التي لم يكتتبها العميل علي نفقة هذا الأخير.

المادة الثالثة عشر: إحالة الحقوق إلى الغير

يمكن للبنك أثناء سريان هذا العقد أن يقوم بإحالة حقوقه المترتبة عن هذا العقد إلى الغير. في هذه الحالة على هذا الغير المحال إليه أن يلتزم بمواصلة تنفيذ هذا العقد بنفس الشروط المنصوص عليها فيه.

لا يسمح للعميل أن يتصرف في الأصول المنقولة ببيع أو رهن أو إيجار من الباطن أو غير ذلك ولا أن يقوم بتحويل العقد إلى شخص ثالث دون موافقة مكتوبة من البنك.

زيادة علي ذلك في حالة تدخل شخص ثالث دائن للبنك أو دائن للعميل بدعوى مطالبة على كل الأصول المنقولة أو جزء منها عن طريق المعارضة أو الحجز، يجب على العميل أن يحتج ضد هذه الادعاءات وأن يبلغ البنك حالا حتى يحافظ على مصالحه. وإذا تم الحجز رغم ذلك، يجب علي العميل أن يدفع في الآجال المحددة الإيجارات المستحقة الباقية. وعليه أن يتحمل كل النفقات والتكاليف المستحقة بصدد إجراء " رفع اليد " ويكون مسؤولا عن أيضرر ناتج عن خطأ أو تأخير في إعلام البنك. ولا يمكن تجنب هذا الالتزام بالدفع إلا في الحالة الاستثنائية التي يتبين بموجبها أن الشخص الثالث يتدخل بوصفه دائن للبنك.

المادة الرابعة عشر: بدل الإيجار وما يلحق من رسوم وضرائب وغيرها

يلتزم المستأجر بتسديد بدل الايجار حسب المبلغ والأقساط والآجال المنصوص عليها في جدول التسديد المرفق بهذا العقد والذي يعد جزء لا يتجزأ منه، كما يلتزم العميل بدفع الإيجارات المستحقة عند حلول أجل استحقاقها وفقا لجدول التسديد وفي موطن البنك الموضح في مقدمة هذا العقد.

وفي حالة تأخر العميل عن سداد أي قسط من الأقساط في أجله تحل باقي الأقساط وتصبح جميعها حالة الأداء.

كل رسم أو ضريبة أو أي حق آخر مستحق بالجزائر قد يتعلق بالإيجارات كما هي محددة أعلاه تقع على عاتق العميل وحده بما فيها الغرامات أو العقوبات المستحقة على الرسوم والضرائب أو الحقوق الأخرى المذكورة أعلاه.

في حالة الدفع المسبق لأقساط الإيجار غير المستحقة بعد، وفي حالة موافقة البنك على ذلك، يتم مراجعة المبلغ الإجمالي للإيجار تبعا لذلك.

كما يمكن مراجعة أقساط الإيجار سنويا وفق ارتفاع معدل إعادة الخصم المطبق من قبل بنك الجزائر وذلك بإضافة الفارق بين المعدل الساري في السنة المنقضية والمعدل الساري على الفترة التأجيري الجديدة الى نسبة العائد المستند إليه في تحديد أقساط الإيجار بتاريخ توقيع هذا العقد، وللعميل الحق في هذه الحالة التسديد المسبق للإيجارات المتبقية على عاتقه.

كل أقساط الإيجار المدفوعة من قبل العميل بما فيها الدفعة المسبقة تعتبر ملكا للبنك ولا يحق للعميل المطالبة بها حتى في حالة فسخ عقد الإيجار في الحالات المنصوص عليها في المادة 17 أدناه.

يسمح العميل للبنك صراحة بأن يخصم من أي حساب مفتوح باسمه المبالغ المستحقة بموجب هذا العقد.

كما يلتزم العميل باكتتاب سندات أو سفاتج لأمر البنك بقيمة الإيجارات المستحقة.

المادة الخامسة عشر: تحديد أقساط الإيجار

تم احتساب وتقدير أقساط الإيجار وفقا للمعطيات التي قدمها العميل حول ثمن وشروط بيع الأصول المنقولة وآجال التسليم وتاريخ دفع التسبيقة وكذا، عند الاقتضاء، سعر صرف عملة الدفع عند تسديد كل قسط.

في حالة تعديل أحد هذه العناصر، يتم تسوية أقساط الإيجار بالزيادة أو النقصان، وفقا للمبلغ النهائي المدفوع إلى البائع الأول وكذا الضرائب، العمولات والإتاوات وغرامات التأخير وأرباح أو خسائر الصرف والمصاريف الأخرى التي يكون قد أنفقها البنك من جراء هذا التعديل خاصة إذا تعلق الأمر بتأخر في التسليم.

المادة السادسة عشر: الخيار النهائي

تنتقل ملكية الأصول المنقولة للعميل عند انتهاء العقد الحالي بعقد بيع منفصل عن هذا العقد بشرط رفع المستأجر لخيار الشراء بموجب رسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام موجهة للمؤجر في أجل أقصاه 15 يوما قبل انتهاء مدة الإيجار المنصوص عليها في المادة 3 المذكورة أعلاه، بشرط تنفيذ العميل كل الالتزامات المنصوص عليها في هذا العقد وخصوصا دفع الأقساط المذكورة في المادة 14 منه، المبينة في جدول التسديد الملحق بهذا العقد والمصاريف والحقوق الضريبية والتكاليف الأخرى المحتملة.

المادة السابعة عشر: فسخ العقد

يتم فسخ هذا العقد ويحق للبنك حينئذ استرجاع الأصول المنقولة والتصرف فيها إما بالبيع أو الإيجار أو غير ذلك في الحالات الآتية- : في حالة وقوع العميل في توقف عن الدفع وكذا حالة التسوية القضائية أو تصفية الممتلكات أو توقف النشاط.

– في حالة عدم دفع أي قسط أيجار أو عمولة أو مصاريف أو نفقات تابعة مستحقة للبنك أو ضرائب او رسوم بموجب هذا العقد وذلك بعد 15 يوما بداية من تاريخ استحقاق الإيجار المذكور و العمولة و المصاريف أو النفقات التابعة و ذلك بعد إرسال إنذار بالفاكس و / أو رسالة مضمنة مع أشعار بالاستلام أو مبلغة عن طريق محضر قضائي.

– في حالة عدم احترام أحد الالتزامات الأخرى المكتتبة من قبل العميل مع / أو من قبل الضامن حسب نصوص هذا العقد أو الضمان إلا إذا تم تدارك ذلك في أجل لا يتعدى 15 يوما منذ إرسال الرسالة مضمنة مع أشعار بالاستلام.

– في حالة وقوع حادث قد يمس بصلاحية الضمان الذي أصدره الضامن إلا إذا قدم للبنك بديلا عن هذا الضمان والذي يكون مقبولا حسب تقدير البنك.

– في حالة عدم تمكن البنك لأي سبب ما من أخذ رهن عقاري من الدرجة الأولى على الممتلكات المخصصة من العميل كضمان لتسديد التمويل محل هذا العقد، أو سبق و أن خصصت هذه الممتلكات لفائدة بائع أو أي دائن أخر.

– في حالة البيع الودي أو القضائي للممتلكات المخصصة من طرف العميل كضمان ، و كذلك في حالة إيجارها أو تخصيصها كحصة في شركة تحت أي شكل كان دون اذن مسبق من البنك.

– في حالة تحويل العميل لكل أو جزء من عملياته المالية الناتجة عن النشاط ذي صلة باستغلال العتاد محل الاعتماد الايجاري إلى مؤسسة مالية أخرى غير بنك البركة الجزائري.

– في حالة وفاة العميل ،تكون أقساط الإيجار، التكاليف و المصاريف و الضرائب و الرسوم غير قابلة للتجزئة، مستحقة الدفع حالا، و يمكن مطالبة ورثة العميل بها ، غير أنه يمكن للورثة الاستفادة من هذا العقد بشرط أن يكونوا قادرين حسب تقدير البنك غير القابل للمراجعة أو المنازعة على احترام وأداء التزامات المدين المتوفى.

– في حالة فسخ عقد شراء الأصول المنقولة من البائع الأول لأي سبب من الأسباب و خاصة إذا تعلق الأمر بعطب أو عيوب خفية تضر بكامل الأصول المنقولة أو جزء منها.

–وبصفة عامة في كل الحالات الواردة في القانون.

– و يترتب على فسخ عقد الاعتماد الايجاري ما يلي:

* علاوة على أقساط الإيجار المستحقة وغير المدفوعة مع كل ملحقاتها فأن العميل يكون مدينا بمبلغ مالي معادل لمجموع أقساط الإيجار التي لم يحن وقت استحقاقها عند تاريخ فسخ العقد وكذا كل الحقوق والضرائب والرسوم المستحقة على العميل.

* لا يمكن للعميل أن يحتج بأي حال من الأحوال على قيمة ثمن البيع أو الإيجار الجديد قبل البنك ولا على المصاريف التي التزم بها هذا الأخير وتحملها بصدد البيع أو الإيجار.

* أي تأخير في دفع التعويضات أو جزئ منها المقررة في الفقرات السابقة ينجر عنها حصول البنك على غرامة التأخير تحتسب بداية من تاريخ استحقاق التعويضات وفق الشروط المصرفية السارية المفعول لدى البنك.

المادة الثامنة عشر: البيانات والضمانات

يلتزم العميل أن يقدم للبنك البيانات والضمانات التالية:

- – إمضاء و تنفيذ هذا العقد و كل العقود الأخرى المتعلقة به تم ترخيصه من قبل الجهاز والمخول قانونا للعميل ولا تشكل بأي حال من الأحوال انتهاكا لبنود أي عقد آخر أبرمه أو يبرمه العميل.
- يسمح القانون الأساسي و/أو الهيكل التنظيمي للعميل لممثله بإبرام هذا العقد.
- يلتزم العميل بصفة قطعية دون قيد أو شرط بالالتزامات المكتتبة أو التي سيتم اكتتابها بموجب هذا العقد وكل التصرفات المرتبطة به.
- لقد تم الحصول على كافة التراخيص الإدارية لإمضاء وتنفيذ هذا العقد لاسيما بالنظر إلى التشريع والتنظيم الساري المفعول.

- في حالة قيام البنك بإجراء قضائي بصدد نزاع متعلق بهذا العقد لا يمكن طلب أية حصانة قضائية أو تنفيذية لغرض الاعتراض علي حجز الأموال سواء من قبل العميل أو باسمه.
- قد رخص للعميل بوصفه خاضعا لقانون الجمارك للقيام بكل الإجراءات القانونية التي تسمح بها.

يلتزم العميل طيلة مدة هذا العقد ب :

- تنفيذ التزاماته التعاقدية وكل التصرفات المرتبطة بها في آجالها ولاسيما؛
- الحصول على جميع التراخيص الضرورية لتنفيذ التزامات هذا العقد والعمل على بقاء سريانها.
- الامتناع عن تعديل أي عقد أو تصرف متعلق بهذا العقد بدون الموافقة المسبقة للبنك.
- احترام كافة الالتزامات المنصوص عليها في عقد شراء الأصول المنقولة من البائع الأول.
- إبرام عقد صيانة على الأصول المنقولة مع شركة صيانة مؤهلة والإبقاء على سريانه.

تبقي التصريحات والضمانات المذكورة في هذه المادة سارية المفعول طيلة مدة هذا العقد.

المادة التاسعة عشر :حق الرجوع

يتحمل العميل على عاتقه تبعة كل رجوع ضد البائع الأول وكل نزاع مع هذا الأخير.

يخول البنك للعميل كل الحقوق والرجوعات التي يحق له التمسك بها ضد البائع الأول علي سبيل الضمان القانوني أو التعاقدي التي ترتبط عادة بملكية الأصول المنقولة.

المادة العشرون: سريان العقد

لا يبدأ سريان التزامات البنك والعميل المنصوص عليها في هذا العقد الا بعد إتمام عملية شراء واستلام الأصول غير المنقولة المراد تأجيرها.

المادة الواحدة والعشرون: الإطار القانوني والشرعي

يخضع هذا العقد بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحة إلى القانون الجزائري لاسيما أحكام الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري والمرسوم التنفيذي رقم 92/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن كيفيات شهر عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة.

المادة الثانية والعشرون: الضمانات

ضمانا لتسديد أقساط الإيجار، النفقات والمصاريف الأخرى وبصفة عامة كل الالتزامات المنصوص عليها في هذا العقد يلتزم العميل بتخصيص كل الضمانات العينية و / أو الشخصية التي يطلبها البنك.

المادة الثالثة والعشرون: المصاريف والحقوق

اتفق الطرفان أن تكون كل المصاريف، الحقوق والأتعاب بما فيها وفي حالة اضطرار البنك الى دفعها في إطار نزاع محتمل، أتعاب المحامين والمحضرين القضائيين ومحافظي البيع بالمزاد وكذا مصاريف الإجراءات التي قد يتخذها البنك لتحصيل مبلغ الإيجارات الخاصة بهذا العقد أو المترتبة عنه حالا ومستقبلا على عاتق العميل وحده الذي يوافق على ذلك صراحة وذلك بأن يدفعها مباشرة أو بخصمها من حسابه أو حساباته المفتوحة لدى البنك.

المادة الرابعة والعشرون: الوثائق المرتبطة بالعقد

تعتبر مرفقات العقد وملحقاته وأي مستندات أخرى يتفق عليها الطرفان، كتابيا جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ومكملا له.

المادة الخامسة والعشرون: الموطن

لتنفيذ هذا العقد، اختار الطرفان موطنا لهما العناوين المذكورة في التمهيد أعلاه.

المادة السادسة والعشرون: النزاعات

كل خلاف متعلق بتفسير أو تنفيذ هذا العقد يرفع إلى المحكمة التي يقع المقر الرئيسي للبنك في دائرة اختصاصها، دون أن يمنع ذلك المؤجر من إمكانية اللجوء إلى أية محكمة أخرى يملك في دائرة اختصاصها المستأجر أصولا.

يتخلى المستأجر صراحة أمام المحاكم عن التمسك بأي امتياز بالحصانة القضائية أو التنفيذية الذي قد يمكنه الاستفادة منه.

المادة السابعة والعشرون: عدد النسخ

حرر هذا العقد من خمس نسخ أصلية موقعة من الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية.

حرر ب. . . . . في . . . . . .

نموذج ضمان بنكي

BANQUE NATIONALE D'ALGERIE

Société par action au capital de DA 14.600.000.000
Siège social : 8, Bd Ernesto Che Guevara ALGER

AGENCE .....

LETTRE DE GARANTIE BANCAIRE

A la demande de l'Agence ..... sise ..... représentée par .....

Par la présente, nous nous engageons à nous porter garant et codébiteur, renonçant à toutes opposition ou actions légales, pour le paiement des sommes dues ou pouvant être dues à ..... et aux autres Membres de ..... qui ont désigné ou désigneront l'Agent.

Le paiement de toutes les sommes dues sera effectué au bénéfice de ..... sur la demande écrite de celle-ci , accompagné d'un justificatif attestant que l'Agent a été mis en défaut en vertu de la réglementation IATA des agences et précisant le montant total du par l'Agent à .....et à toutes les autres compagnies Membres de .....

Les sommes dues à AIR ALGERIE et aux compagnies Membres devront être versées à .....qui sera l'Agent de chacune des compagnies Membres de.....

Nonobstant les clauses citées ci-dessus, si l'Agent de ventes<<passages>>fournit une caution bancaire séparée en faveur d'un membre ..... garantissant le paiement à ce Membre de la totalité des sommes dues, payables par ledit Agent, le membre bénéficiaire d'une telle garantie bancaire ne sera pas habilité à recevoir de paiement en vertu de la présente garantie jusqu'à ce que les dettes dues par cet agent aux autres Membres de ..... soient réglées.
Notre responsabilité totale en vertu de cette garantie est limitée et ne devra en aucun cas excéder la sommes de DA .....
Cette garantie est valable jusqu'à son annulation par nos soins et après expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de notification à .....

Fait à .....le .....
Direction

490

الملحق رقم (09)

23 شعبان عام 1416 هـ الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة / العدد 3 17

يصدر الأمر الآتي نصّه :

أحكام عامّة

المادّة الأولى : يضمن تأمين القرض عند التّصدير وفق الشّروط المنصوص عليها في هذا الأمر وفي عقد التّأمين، تحصيل المستحقّات المرتبطة بعمليّات التّصدير، من الأخطار التّجاريّة، والأخطار السّياسيّة، وأخطار عدم التّحويل، وأخطار الكوارث.

المادّة 2 : تخضع الشّروط العامّة في العقد النّموذجيّ لتأمين القرض عند التّصدير، لموافقة الوزير المكلّف بالماليّة.

المادّة 3 : يمكن كلّ شخص طبيعيّ أو معنويّ مقيم، يقوم بعمليّات التّصدير انطلاقا من الجزائر، أن يكتتب تأمين القرض عند التّصدير.

تستثنى صادرات المحروقات من مجال تطبيق هذا الأمر.

المادّة 4 : يعهد تأمين القرض عند التّصدير إلى شركة تكلّف بتأمين:

1- لحساب الشّركة الخاصّ وتحت رقابة الدّولة، الأخطار التّجاريّة.

2- لحساب الدّولة وتحت رقابتها:

- الأخطار السّياسيّة،

- أخطار عدم التّحويل،

- أخطار الكوارث.

تحدّد شروط تسيير الأخطار المذكورة أعلاه وكيفيّاته، وكذا الشّكل القانونيّ لهذه الشّركة، عن طريق التّنظيم.

تعريف الأخطار

المادّة 5 : يتحقّق الخطر التّجاريّ عندما لايفي المشتري بدينه، شخصا طبيعيّا كان أو معنويّا، وليس إدارة عموميّة ولا شركة مكلّفة بخدمة عموميّة، وكان عدم الوفاء هذا، غير ناتج عن عدم تنفيذ المؤمّن له، بنود العقد وشروطه، وإنّما ناتجا عن تقصير المشتري أو عدم قدرته على الوفاء.

المادّة 6 : يتحقّق الخطر السّياسيّ عندما لا يفي المشتري بدينه، ولم يكن عدم الوفاء بالدّين راجعا لعدم تنفيذ بنود عقد التّأمين وشروطه، وكان:

1) المشتري إدارة عموميّة أو شركة مكلّفة بخدمة عموميّة، أو انجر عن عمليّة التّصدير إلزام متعاقد عليه لإدارة عموميّة أو لشركة مكلّفة بخدمة عموميّة،

2) ناجما عن أحد الأسباب الآتية :

- حرب أهليّة أو أجنبيّة، أوثورة، أوأعمال شغب، وغيرها من الوقائع المماثلة، وقعت في بلد إقامة المشتري.

- قرار تأجيل دفع الدّيون بأمر من سلطات بلد إقامة المشتري.

المادّة 7 : يتحقّق خطر عدم التّحويل، عندما تحول أحداث سياسيّة، أو مصاعب اقتصاديّة أو تشريع بلد إقامة المشتري، دون تحويل الأموال الّتي يدفعها هذا الأخير، أو تتسبّب في تأخير التّحويل.

المادّة 8 : يتحقّق خطر الكوارث عندما لا يفي المشتري بدينه بسبب وقوع كارثة في بلد إقامته، مثل الزّلزال، والفيضان، والإعصار، والطّوفان، والانفجار البركانيّ، والّتي تؤثّر بصفة مباشرة على نشاطه وقدرة وفائه.

مجال الضّمان وحلول الغير محلّ المؤمّن له

المادّة 9 : تحدّد الحصّة المضمونة لتغطية الأخطار المرتبطة بتأمين القرض، بقرار من الوزير المكلّف بالماليّة.

المادّة 10 : يمكن المؤمّن له تحويل الحقوق النّاتجة من الضّمان لصالح الغير، بترخيص من المؤمّن ويكون هذا التّرخيص حقّا مخوّلا عندما تكون الأطراف المستفيدة من تحويل هذا الضّمان بنكا، أو هيئة ماليّة قامت بتمويل القرض عند التّصدير.

المادّة 11 : يحلّ المؤمّن ، الّذي قام بتعويض المؤمّن له، محلّ هذا الأخير في الحقوق والدّعاوى لتحصيل المستحقّات المتنازع عليها.

الملحق رقم (10)

الملحق الأول

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المركز الوطني للسجل التجاري

كشف قيد عملية الاعتماد الإيجاري
المرتبط بالأملاك المنقولة

الرقم التسلسلي	البيانات
01	اسم ولقب المؤجر
02	السكن ..... الوظيفة.....
03	اسم ولقب المستفيد من القرض السكن..... الوظيفة.....
04	تعيين المنقولات المؤجرة.....
05	المبلغ الإجمالي لسعر المنقولات المؤجرة.....
06	تاريخ عقد الاعتماد الإيجاري.....
07	المبلغ الإجمالي للإيجارات .....
08	الاستحقاقات .....
09	مدة الإيجار .....
10	اختيار السكن من المؤجر ضمن دائرة اختصاص محكمة وضعية مقر مبناه .....

توقيع المؤجر. ..... رقم وتاريخ التسجيل .....

توقيع المنتدب لدى السجل التجاري .....

الملحق رقم (11)

27 محرّم عام 1427 هـ
26 فبراير سنة 2006 م
الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة / العدد 10
27

الملحق الثاني

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المركز الوطني للسجل التجاري

كشف قيد عملية الاعتماد الإيجاري
المرتبط بالمحلات التجارية

الرقم التسلسلي	البيانات
01	التعريف بالمؤجر والمستفيد من القرض
01 – أ	عنوان الشركة أو اسم ولقب المؤجر ..... السكن ..... الوظيفة .....
01 – ب	عنوان الشركة أو اسم ولقب المستفيد من القرض ..... السكن ..... الوظيفة .....
02	تاريخ عقد قرض الإيجار .....
03	المبلغ الإجمالي لثمن المنقولات المؤجرة .....
04	مدة الإيجار .....
05	الاستحقاقات .....
06	تحديد موقع المحلات التجارية وفروعها إن وجدت .....
06 - أ	المحل التجاري ..... فروعه ..... العناصر المشمولة ضمن الإيجار ..... العناصر المشمولة في الإيجار ..... طبيعة هذه العمليات..... طبيعة هذه العناصر وعملياتها.....
06 - ب	العناصر المشمولة في تحديد موقع المحل التجاري غير عنوان المحل والتسمية التجارية، وحق الإيجار والزبونية.
07	اختيار السكن من قبل المؤجر ضمن دائرة اختصاص محكمة وضعية مقر مبناه .....

توقيع المؤجر. ..... رقم وتاريخ التسجيل .....

توقيع المنتدب لدى السجل التجاري .....

الملحق رقم (12)

" الفصل الثاني

الخبراء ومحافظو
العواريات والإكتواريون"

المادة 58 : تتمم أحكام الأمر رقم 95–07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمذكور أعلاه، بمادة 270 مكرر تحرر كما يأتي :

" المادة 270 مكرر: يعتبر إكتواريا كل شخص يقوم بدراسات اقتصادية ومالية وإحصائية بهدف إعداد أو تغيير عقود التأمين. ويقوم بتقييم أضرار وتكاليف المؤمن والمؤمن له، ويحدد أسعار الاشتراك بالسهر على مردودية الشركة، ويتابع نتائج الاستغلال ويراقب الاحتياطات المالية للشركة".

المادة 59 : تعدل المادة 271 من الأمر رقم 95–07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمذكور أعلاه، وتتمم وتحرر كما يأتي :

" المادة 271 : للقيام بمهامهم في شركة التأمين، يجب أن يكون الخبراء ومحافظو العواريات والإكتواريون معتمدين من طرف جمعية شركات التأمين ومسجلين في القائمة المفتوحة لهذا الغرض".

المادة 60 : تعدل المادة 272 من الأمر رقم 95–07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمذكور أعلاه، وتتمم وتحرر كما يأتي :

" المادة 272 : تحدد شروط اعتماد وممارسة وشطب الخبراء ومحافظي العواريات والإكتواريين عن طريق التنظيم".

المادة 61 : تعدل المادة 276 من الأمر رقم 95–07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمذكور أعلاه، وتتمم وتحرر كمايأتي :

"المادة 276 : يتكون المجلس الوطني للتأمينات لا سيما من :

– ممثلي الدولة،
– ممثلي المؤمّنين والوسطاء،
– ممثلي المؤمّن لهم،
– ممثلي مستخدمي القطاع،
– ممثلي الخبراء في التأمين والإكتواريين.

تحدد صلاحيات المجلس الوطني للتأمينات وتشكيلته وكيفيات تنظيمه وسيره عن طريق التنظيم".

المادة 62 : تلغى الفقرة 2 من المادة 41 والمواد 66 و273 و 277 من الأمر رقم 95 – 07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمذكور أعلاه.

المادة 63 : ينشر هذا القانون في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة.

حرّر بالجزائر في 21 محرّم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006.

عبد العزيز بوتفليقة

قانون رقم 06 – 05 مؤرخ في 21 محرّم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن توريق القروض الرهنية.

إن رئيس الجمهورية،

– بناء على الدستور، لا سيما المواد 119 و 122 و126 منه،

– وبمقتضى الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 75–74 المؤرخ في 8 ذي الحجة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 والمتضمن تأسيس مسح الأراضي وإنشاء سجل عقاري،

– وبمقتضى القانون رقم 76–105 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق 9 ديسمبر سنة 1976 والمتضمن قانون التسجيل، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93–03 المؤرخ في 7 رمضان عام 1413 الموافق أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري،

– وبمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93–10 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 الموافق 23 مايو سنة 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 95–07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 02–11 المؤرخ في 20 شوال عام 1423 الموافق 24 ديسمبر سنة 2002 والمتضمن قانون المالية لسنة 2003، لاسيما المادة 96 منه،

– وبمقتضى الأمر رقم 03–03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة،

– وبمقتضى الأمر رقم 03–11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض،

– وبعد رأي مجلس الدولة،

– وبعد مصادقة البرلمان،

يصدر القانون الآتي نصه :

الفصل الأول
أحكام عامة

المادة الأولى : يهدف هذا القانون إلى تحديد النظام القانوني القابل للتطبيق على توريق القروض الرهنية.

المادة 2 : يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي :

– **التوريق :** عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية. وتتم هذه العملية على مرحلتين :

– تنازل عن القروض الرهنية من قبل مؤسسة مصرفية أو مالية لفائدة مؤسسة مالية أخرى،

– قيام هذه الأخيرة بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في السوق ممثلة للقروض الرهنية.

– **مؤسسة التوريق :** هيئة لها صفة مالية تقوم بعملية التوريق في سوق الأوراق المالية.

– **مؤسسة متنازلة :** مؤسسة مصرفية أو مالية تتنازل، بواسطة جدول التنازل، عن قروض ممنوحة في إطار تمويل السكن.

– **المؤتمن المركزي على السندات :** أنشىء بموجب المرسوم التشريعي رقم 93–10 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 الموافق 23 مايو سنة 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة ، المعدل والمتمم، للقيام بالوظائف الرئيسية الآتية :

– المحافظة على الأوراق المالية،

– تداول الأوراق المالية بالدفع من حساب إلى حساب،

– إدارة الأوراق المالية.

– **الأوراق المالية :** الالتزامات المالية المدعمة بقروض رهنية من الرتبة الأولى.

– **القروض :** السلفيات الممنوحة من البنوك والمؤسسات المالية في إطار تمويل السكن.

– **الجناح :** مجموعة معينة من الموجودات محددة مسبقا ومدعمة بقسم من الأوراق المالية التي تم إصدارها في سوق الأوراق المالية.

الفصل الثاني
إصدار الأوراق المالية

المادة 3 : تخضع الأوراق المالية التي تصدرها مؤسسة التوريق، وفقا لعملية التنازل عن القروض الحالية أو المستقبلية بمبادرة من المؤسسة المتنازلة وفقا للتشريع المعمول به، لاسيما المرسوم التشريعي رقم 93–10 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1411 الموافق 23 مايو سنة 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم.

المادة 4 : يتعين على مؤسسة التوريق تسجيل الأوراق المالية التي قامت بإصدارها لدى المؤتمن المركزي على السندات . ويمكن إصدار الأوراق المالية مع أو بدون قسيمة، بفائدة أو بخصم، لحاملها أواسمية، وتكون قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.

المادة 5 : تكون شروط إصدار واسترداد قيم الأوراق المالية من طرف مؤسسة التوريق ملزمة لهذه الأخيرة وللمستثمرين. وتكون ملزمة للغير بما في ذلك حالات التصفية والإفلاس، دون المساس بحقوق الغير الذي لم يكن على علم بها.

المادة 6 : تشمل حقوق المستثمرين كل أصول مؤسسة التوريق بما في ذلك الأصول المنصوص عليها في المادة 12 من هذا القانون.

المادة 7 : بغضّ النظر عن أحكام المادة 6 أعلاه، إذا كانت حقوق المستثمرين محصورة في جناح معين أو أنشئت بمناسبة تكوين أو سير أو تصفية هذا الجناح، فإنها تكون مقتصرة على أصول هذا الجناح فقط.

الفصل الثالث

التنازل عن القروض الرهنية

المادة 8 : يتم إثبات كل تنازل عن القروض الرهنية بين المؤسسة المتنازلة ومؤسسة التوريق بموجب اتفاق بين الطرفين.

المادة 9 : يجب أن تكون القروض المتنازل عنها من طرف المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق، في شكل مجموعة أو كتلة واحدة من القروض، وأن تكون عملية إصدار الأوراق المالية في معاملة واحدة.

المادة 10 : لا يمكن مؤسسة التوريق شراء قروض ماعدا تلك التي تمنح من طرف المؤسسات المتنازلة في إطار تمويل السكن. ويجب أن لا تكون هذه القروض متنازعا عليها أو تتضمن خطر عدم التحصيل عند تاريخ التنازل عنها.

المادة 11 : يترتب على التنازل عن مجموعة أو كتلة من القروض من جانب المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق، نقل الضمانات والتأمينات المتعلقة بها، وتكون ملزمة للغير.

المادة 12 : تدخل القروض المتنازل عنها في الذمة المالية لمؤسسة التوريق بمجرد أن تصبح عملية التنازل فعلية بغض النظر عن كل التزام يبرم من طرف مؤسسة التوريق لإعادة التنازل عنها لاحقا.

لا يكون هذا التنازل قابلا لإعادة تكييفه على أساس هذا الالتزام .

ويمكن المدين أن يتحرر قانونا من كل التزام تجاه المؤسسة المتنازلة طالما لم يكن على علم بهذا التنازل.

المادة 13 : لا يمكن إجراء تنازل عن القروض الرهنية من طرف المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق إلا بتسليم جدول خاص بالتنازل عن القروض الرهنية.

المادة 14 : يجب أن يتضمن الجدول المذكور في المادة 13 أعلاه، البيانات الأساسية الآتية :

– تسمية "عقد التنازل عن القروض المدعمة برهون عقارية ذات الرتبة الأولى"،

– الإشارة إلى أن عملية التنازل عن القروض تخضع إلى أحكام هذا القانون،

– تعيين مؤسسة التوريق والمؤسسة المتنازلة،

– قائمة الديون المتنازل عنها والمتضمنة البيانات الآتية : الاسم والعنوان ومكان التسديد من جانب المدينين ومبلغ الديون و تاريخ الأقساط النهائية و نسب الفائدة ومميزات الرهون ومرجع عقود التأمين إن وجدت،

– بيان يوضح المبلغ المدفوع من طرف مؤسسة التوريق إلى المؤسسة المتنازلة مقابل القروض محل التنازل،

– التزام المؤسسة المتنازلة بالقيام باستبدال القروض المشكوك فيها أو المتنازع عليها أو صعبة التحصيل لفائدة مؤسسة التوريق،

– تاريخ إيداع الجدول.

ويمكن أن يتضمن الجدول بيانات إضافية باتفاق بين الطرفين.

المادة 15 : يسري مفعول التنازل عن القروض من المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق ابتداء من التاريخ المبين في الجدول المذكور في المادة 13 أعلاه.

تحل مؤسسة التوريق محل المؤسسة المتنازلة بقوة القانون فيما يخص القروض المتنازل عنها وكل أشكال الضمانات المتعلقة بها ابتداء من هذا التاريخ، دون أن يكون قبول الطرف الثالث لازما.

يجب ألا ترد الديون المتنازل عنها في أصول المؤسسة المتنازلة.

المادة 16 : يجب أن يتم تسجيل نقل الرهون الضامنة للقروض المتنازل عنها في إطار عملية التوريق طبقا لجدول الإرسال المذكور في المادة 13 أعلاه، من طرف المؤسسة المتنازلة وذلك عن طريق إرسال نسخة من هذا الجدول في ظرف مغلق مع إشعار بالاستلام للمحافظة العقارية المختصة إقليميا.

المادة 17 : يجب أن تتضمن النسخة المستخرجة من الجدول المذكور في المادة 16 أعلاه البيانات الآتية :

– تعيين كل عقار مسجل ومثقل بالرهن الذي استخدم كضمان للقروض المتنازل عنها،

– اسم وعنوان المؤسسة المتنازلة والمدين والمودع المركزي للأوراق المالية،

– مرجع جدول الإرسال المتضمن التنازل عن القروض،

– مراجع تسجيل الرهن المتنازل عنه،

– مراجع مؤسسة التوريق،

– مراجع اتفاقية القرض.

المادة 18 : يوقع على النسخة المستخرجة من جدول الإرسال المذكور في المادة 16 أعلاه، كل من مسؤولي المؤسسة المتنازلة ومؤسسة التوريق.

ويجب أن يتم إيداعها بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا في أجل أقصاه (30) يوما من تاريخ التوقيع على هذا الجدول.

تكون المؤسسة المتنازلة مسؤولة عن صحة المعلومات الواردة في الجدول.

المادة 19 : تصبح عملية التنازل عن مجموعة أو كتلة من القروض المضمونة بالرهون العقارية من الرتبة الأولى لفائدة مؤسسة التوريق، ملزمة للغير وتأخذ الرتبة بمجرد تسجيلها في المحافظة العقارية.

ولا يلزم مثل هذا التنازل المدين المعني بالقروض الواردة في المجموعة أو الكتلة إلا ابتداء من تاريخ التبليغ عن طريق رسالة مضمونة مع إشعار بالاستلام ترسله المؤسسة المتنازلة، على أن يكون هذا التنازل مؤشرا عليه في هامش النسخة الأصلية ليصبح نافذا.

المادة 20 : تتم عملية تسجيل التنازل عن مجموعة أو كتلة من القروض من طرف المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق مجانا.

المادة 21 : يجب أن تكون القروض المتنازل عنها من المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق، في إطار تمويل السكن، مؤمنة إذا كانت النسبة بين مبلغ القرض وقيمة السكن، تتجاوز ستين بالمائة (60 %).

الفصل الرابع
استرداد القروض

المادة 22 : يمكن مؤسسة التوريق أن تكلف المؤسسة المتنازلة أو أي مؤسسة أخرى باسترداد القروض الرهنية التي تم التنازل عنها، واستخدام رفع اليد وكذا كل المهام الأخرى المتعلقة بالتسيير لحسابها، وفقا للشروط المحددة في اتفاقية تسيير القروض المبرمة بين الطرفين واستردادها.

المادة 23 : عند توقف المؤسسة المتنازلة – المسيرة أو أي مؤسسة أخرى مكلفة باسترداد القروض عن ممارسة نشاطها أو أصبحت خاضعة للرقابة على التسيير أو لإجراء قضائي مثل الإفلاس أوالتصفية أو لأي سبب آخر، يحق لمؤسسة التوريق المطالبة فورا بالمبالغ المستردة أو في طريق الاسترداد لحسابها قبل مباشرة هذه الإجراءات.

المادة 24 : يمكن نقل المهام المنصوص عليها في المادة 22 أعلاه، من قبل مؤسسة التوريق إثر مباشرة الإجراءات القضائية المذكورة في المادة 23 أعلاه، إلى كل مؤسسة مالية معتمدة على أساس اتفاق يوقع عليه الطرفان.

وفي هذه الحالة، يبلغ المدين الذي له دين التنازل عنه بتحويل تسيير القروض واستردادها عن طريق رسالة مضمونة من مؤسسة التوريق.

يلزم المدين بدفع الأقساط الشهرية بصفة منتظمة للمؤسسة الجديدة المكلفة باسترداد القروض.

الفصل الخامس
أحكام جزائية

المادة 25 : دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج)، كل مسؤول في مؤسسة التوريق أو مؤسسة متنازلة عن القروض أو المؤتمن المركزي على السندات أو أية مؤسسة أخرى مكلفة بتسيير القروض واستردادها ، قدم معلومات غير صحيحة أو خاطئة.

ويعاقب بنفس العقوبة كل مسؤول في المؤسسة المتنازلة يقوم بإدراج أية بيانات غير صحيحة أو خاطئة في الجدول أو في مستخرج الجدول المنصوص عليهما في المادتين 13 و14 من هذا القانون.

المادة 26 : ينشر هذا القانون في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة.

حرّر بالجزائر في 21 محرّم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006.

عبد العزيز بوتفليقة

قانون رقم 06 – 06 مؤرخ في 21 محرّم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة.

إن رئيس الجمهورية،

– بناء على الدستور، لاسيما المواد 119 و 120 و122 و 126 و 127 و180 منه،

– وبمقتضى الأمر رقم 75–58 المؤرخ في20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

الملحق رقم (13)

إعلانات وبلاغات

بنك الجزائر

مقرر رقم 17-01 مؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 2 يناير سنة 2017، يتضمن نشر قائمة البنوك وقائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر.

إنّ محافظ بنك الجزائر،

– بمقتضى الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلّق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمم، لا سيما المادة 93 منه،

– وبمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 10 ربيع الأول عام 1422 الموافق 2 يونيو سنة 2001 والمتضمن تعيين محافظ ونواب محافظ بنك الجزائر،

– وبمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1427 الموافق أول يونيو سنة 2006 والمتضمن تعيين نائب محافظ بنك الجزائر،

– وبمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 24 شعبان عام 1437 الموافق 31 مايو سنة 2016 والمتضمن تعيين محافظ بنك الجزائر،

يقرر ما يأتي :

مادة وحيدة : تطبيقا لأحكام المادة 93 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، المعدّل والمتمم والمذكور أعلاه، تنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قائمة البنوك وكذا قائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر إلى غاية 2 يناير سنة 2017، الملحقتان بهذا المقرر.

حرّر بالجزائر في 4 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 2 يناير سنة 2017.

محمد لوكال

الملحق الأول

قائمة البنوك المعتمدة

إلى غاية 2 يناير سنة 2017

– بنك الجزائر الخارجي،
– البنك الوطني الجزائري،
– القرض الشعبي الجزائري،
– بنك التنمية المحلية،
– بنك الفلاحة والتنمية الريفية،
– الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط (بنك)،
– بنك البركة الجزائري،
– سيتي بنك – الجزائر (فرع بنك)،
– المؤسسة العربية المصرفية – الجزائر،
– نتيكسيس – الجزائر،
– سوسيتي جينيرال – الجزائر،
– البنك العربي – الجزائر (فرع بنك)،
– بي . ن . بي باريباس – الجزائر،
– ترست بنك – الجزائر،
– بنك الإسكان للتجارة والتمويل – الجزائر،
– بنك الخليج – الجزائر،
– فرنسا بنك – الجزائر،
– كريدي اقريكول كربورات وانفستمانت بنك ألجيري،
– إتش . إس . بي . سي – الجزائر (فرع بنك)،
– مصرف السلام – الجزائر.

الملحق الثاني

قائمة المؤسسات المالية المعتمدة

إلى غاية 2 يناير سنة 2017

– شركة إعادة التمويل الرهني،
– الشركة المالية للاستثمار والمساهمة والتوظيف " ش . م . ا . م . ت – ش . أ "،
– الشركة العربية للإيجار المالي،
– المغاربية للإيجار المالي – الجزائر،
– سيتيلام الجزائر،
– الصندوق الوطني للتعاضدية الفلاحية "مؤسسة مالية "،
– الشركة الوطنية للإيجار المالي – شركة أسهم،
– إيجار ليزينغ الجزائر– شركة أسهم،
– الجزائر إيجار– شركة أسهم.

المطبعة الرسمية، حي البساتين، بئر مراد رايس، ص.ب 376 – الجزائر – محطة

الملحق رقم (14)

2 جمادى الثانية عام 1435 هـ
2 أبريل سنة 2014 م

الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة / العدد 19

17

يرسم ما يأتي :

المادّة الأولى : يعدّل نموذج التصريح التشخيصي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 03-374 المؤرّخ في 4 رمضان عام 1424 الموافق 30 أكتوبر سنة 2003 والمذكور أعلاه، بالنموذج المرفق بهذا المرسوم.

المادّة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة.

حرّر بالجزائر في 22 جمادى الأولى عام 1435 الموافق 24 مارس سنة 2014.

يوسف يوسفي

---

1 – معلومات عن المؤسسة
1- Renseignements sur l'entreprise

– اسم المؤسسة .....
Nom de l'entreprise
– الطبيعة القانونية .....
Forme juridique
– رأسمال المؤسسة .....
Capital social
– لقب واسم المؤسسين .....
Nom (s) et Prénom (s) des Fondateur (s)
– تاريخ الإنشاء .....
Date de création
– تاريخ بداية النشاط الفعلي .....
Date de début de l'activité réelle
– رقم القيد في السجل التجاري .....
N° d'immatriculation au RC
– رقم التعريف الإحصائي .....
Numéro d'identification statistique
– النشاط الرئيسي .....
Activité principale
– نشاطات ثانوية ممارسة .....
Activités secondaires exercées
– عنوان مقر المؤسسة .....
Adresse du siège social
الهاتف (Tél).....الفاكس (Fax).....
البريد الإلكتروني (E-mail)..... الموقع الإلكتروني (Site web).....
– عنوان مقر وحدات الإنتاج .....
Adresse des unités de production .....
الهاتف (Tél).....الفاكس (Fax).....
– نوع المنتوج أو الخدمات المقدمة .....
Type de produits ou services offerts

2 – الموارد البشرية
2- Ressources humaines

أ – إجمالي المستخدمين (Effectif total).....
• الدائمون (Permanents).....
• المؤقتون (Vacataires).....
• الإطارات (cadres) .....

حرر بتاريخ.....
التوقيع والختم

الملحق رقم (15)

القانون التوجيهي المتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

30 رمضان عام 1422 هـ
15 ديسمبر سنة 2001 م
الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة / العدد 77
5

– وبمقتضى المرسوم التّشريعي رقم 94 – 01 المؤرّخ في 3 شعبان عام 1414 الموافق 15 يناير سنة 1994 والمتعلّق بالمنظومة الإحصائية،

– وبمقتضى الأمر رقم 95 – 06 المؤرّخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمتعلّق بالمنافسة،

– وبمقتضى الأمر رقم 95 – 07 المؤرّخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمتعلّق بالتأمينات،

– وبمقتضى الأمر رقم 96 – 01 المؤرّخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير سنة 1996 الّذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف،

– وبمقتضى الأمر رقم 96 – 09 المؤرّخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10يناير سنة 1996 والمتعلق بالاعتماد الإيجاري،

– وبمقتضى الأمر رقم 01 – 03 المؤرّخ في أوّل جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمتعلّق بتطوير الاستثمار،

– وبمقتضى الأمر رقم 01 – 04 المؤرّخ في أوّل جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمتعلّق بتنظيم المؤسّسات العموميّة الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها،

– وبمقتضى القانون رقم 01 - 20 المؤرخ في 27 رمضان عام 1422 الموافق 12 ديسمبر سنة 2001 والمتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة،

وبعد مصادقة البرلمان،

يصدر القانون الآتي نصه :

الباب الأول
أحكام عامة

الفصل الأول
مبادئ عامة

المادّة الأولى : يهدف هذا القانون إلى تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وتحديد تدابير مساعدتها ودعم ترقيتها.

المادّة 2 : ترتكز سياسات وتدابير المساعدة والدعم الخاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة على دراسات ملائمة تهدف إلى ترقية تنافسية المؤسسات.

تسخّر السلطات العمومية الوسائل الضرورية لذلك.

المادّة 3 : يجب على الجماعات الإقليمية في إطار التنمية المحلية أن تبادر، طبقا لمهامها وصلاحياتها، باتخاذ كل التدابير اللازمة من أجل مساعدة ودعم ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

الفصل الثاني
تعريف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة

المادّة 4 : تعرّف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة ، مهما كانت طبيعتها القانونية بأنها مؤسسة إنتاج السلع و/أو الخدمات :

– تشغل من 1 إلى 250 شخصا،

– لا يتجاوز رقم أعمالها السنوي مليارى (2) دينار أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية خمسمائة (500) مليون دينار ،

– تستوفي معايير الاستقلالية.

يقصد، في مفهوم هذا القانون، بالمصطلحات الآتية :

1 – الأشخاص المستخدمون: عدد الأشخاص الموافق لعدد وحدات العمل السنوية بمعنى عدد العاملين الأجراء بصفة دائمة خلال سنة واحدة. أما العمل المؤقت أو العمل الموسمي، فيعتبران أجزاء من وحدات العمل السنوي.

السنة التي يعتمد عليها هي تلك المتعلقة بآخر نشاط حسابي مقفل،

2 – الحدود المعتبرة لتحديد رقم الأعمال أو مجموع الحصيلة : هي تلك المتعلقة بآخر نشاط مقفل مدة اثني عشر(12) شهرا،

3 – المؤسسة المستقلة: كل مؤسسة لا يمتلك رأسمالها بمقدار 25 ٪ فما أكثر من قبل مؤسسة أو مجموعة مؤسسات أخرى لا ينطبق عليها تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة .

المادّة 5 : تعرّف المؤسسة المتوسطة بأنها مؤسسة تشغّل ما بين 50 إلى 250 شخصا، ويكون رقم أعمالها ما بين مائتي (200) مليون ومليارى (2) دينار أو يكون مجموع حصيلتها السنوية مابين مائة (100) وخمسمائة (500) مليون دينار.

المادّة 6 : تعرّف المؤسسة الصغيرة بأنها مؤسسة تشغّل ما بين 10 إلى 49 شخصا، ولا يتجاوز رقم أعمالها السنوي مائتي (200) مليون دينار أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية مائة (100) مليون دينار.

المادّة 7 : تعرّف المؤسسة المصغّرة بأنها مؤسسة تشغل من عامل (1) إلى تسعة (9) عمال وتحقق رقم أعمال أقل من عشرين (20) مليون دينار أويتجاوزمجموع حصيلتها السنوية عشرة (10) ملايين دينار.

المادّة 8 : عندما تبتعد مؤسسة، عند تاريخ قفل حصيلتها، عن الحدود المذكورة أعلاه، فإن هذه الحالة لا تكسبها، كما لا تفقدها ، صفة المؤسسة طبقا للمواد 5 و6 و7 أعلاه، إلا إذا تكررت هذه الوضعية خلال سنتين ماليتين متتاليتين.

المادّة 9 : يمكن، وبصفة استثنائية ، مراجعة الحدود المتعلقة برقم الأعمال ومجموع الحصيلة السنوية حسب التغيرات المالية والاقتصادية ذات الأثر المباشر على سعر الصرف.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

المادّة 10 : يشكل تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المنصوص عليه في هذا القانون مرجعا في :

- كل برامج وتدابير المساعدة والدعم لصالح هذه المؤسسات،
- إعداد ومعالجة الإحصائيات المتعلقة بالقطاع.

يجب على المنظومة الإحصائية الوطنية إعداد تقارير دورية ظرفية تتعلق بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة كما هي محددة أعلاه.

الباب الثاني

تدابير المساعدة والدعم لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

المادّة 11 : تهدف تدابير المساعدة والدعم لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، موضوع هذا القانون، إلى ما يأتي :

– إنعاش النمو الاقتصادي،

– إدراج تطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ضمن حركية التطوّر والتكيف التكنولوجي،

– تشجيع بروز مؤسسات جديدة وتوسيع ميدان نشاطها،

– ترقية توزيع المعلومة ذات الطابع الصناعي والتجاري والاقتصادي والمهني والتكنولوجي المتعلّقة بقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

– تشجيع كل الأعمال الرامية إلى مضاعفة عدد مواقع الاستقبال المخصصة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ،

– تشجيع تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

– تحسين أداء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

– الحث على وضع أنظمة جبائية قارة ومكيفة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

– ترقية إطارتشريعي وتنظيمي ملائم لتكريس روح التقاول وتنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

– تبني سياسات تكوين وتسيير الموارد البشرية تفضّل وتشجّع الإبداع والتجديد وثقافة التقاول،

– تسهيل حصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على الأدوات والخدمات المالية الملائمة لاحتياجاتها،

– تحسين الأداءات البنكية في معالجة ملفات تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

الملحق رقم (16)

– وبمقتضى القانون رقم 12–07 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012 والمتعلق بالولاية،

– وبمقتضى القانون رقم 14–10 المؤرخ في 8 ربيع الأول عام 1436 الموافق 30 ديسمبر سنة 2014 والمتضمن قانون المالية لسنة 2015، لا سيما المادة 118 منه،

– وبمقتضى القانون رقم 16–09 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016 والمتعلق بترقية الاستثمار،

– وبعد رأي مجلس الدولة،

– وبعد مصادقة البرلمان،

يصدر القانون الآتي نصه :

المادّة الأولى : يهدف هذا القانون إلى تعريف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة وتحديد تدابير الدعم والآليات المخصصة لها فيما يتعلق بالإنشاء والإنماء والديمومة.

الباب الأول

أحكام عامة

الفصل الأول

مبادئ عامة

المادّة 2 : يحدد هذا القانون الأهداف العامة الآتية:

– بعث النمو الاقتصادي،

– تحسين بيئة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

– تشجيع إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، لا سيما المبتكرة منها، والحفاظ على ديمومتها،

– تحسين تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وقدراتها في مجال التصدير،

– ترقية ثقافة المقاولة،

– تحسين معدل الاندماج الوطني وترقية المناولة.

المادّة 3 : تستند سياسة تطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على التشاور والتنسيق مع الفاعلين العموميين والخواص المعنيين، وكذا الدراسات الملائمة، مما تترتب عليه برامج وتدابير وهياكل دعم ومرافقة.

تسخّر الدولة الوسائل الضرورية لذلك.

المادّة 4 : تبادر الجماعات المحلية باتخاذ التدابير اللازمة من أجل مساعدة ودعم ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، لا سيما من خلال تسهيل الحصول على العقار الملائم لنشاطاتها، وتخصيص جزء من مناطق النشاطات والمناطق الصناعية.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة، عن طريق التنظيم.

الفصل الثاني

تعريف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة

المادّة 5 : تعرّف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة، مهما كانت طبيعتها القانونية، بأنها مؤسسة إنتاج السلع و/أو الخدمات :

– تشغل من واحد (1) إلى مائتين وخمسين (250) شخصا،

– لا يتجاوز رقم أعمالها السنوي أربعة (4) ملايير دينار جزائري، أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية مليار (1) دينار جزائري،

– تستوفي معيار الاستقلالية كما هو محدد في النقطة 3 أدناه.

يقصد، في مفهوم هذا القانون، بما يأتي :

1 – الأشخاص المستخدمون : عدد الأشخاص الموافق لعدد وحدات العمل السنوية، بمعنى عدد العاملين الأجراء بصفة دائمة خلال سنة واحدة، أما العمل المؤقت أو العمل الموسمي فيعتبران أجزاء من وحدات العمل السنوي.

السنة التي يعتمد عليها بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تنشط، هي تلك المتعلقة بآخر نشاط محاسبي مقفل.

2 – الحدود المعتبرة لتحديد رقم الأعمال أو مجموع الحصيلة : هي تلك المتعلقة بآخر نشاط مقفل مدة اثني عشر (12) شهرا.

3 – المؤسسة المستقلة : كل مؤسسة لا يمتلك رأسمالها بمقدار 25 % فما أكثر من قبل مؤسسة أو مجموعة مؤسسات أخرى، لا ينطبق عليها تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

المادّة 6 : تستفيد من أحكام هذا القانون، المؤسسة المنشأة أو المزمع إنشاؤها، التي تحترم الحدود السابقة الذكر على أساس تصريح يحدد نموذجه بموجب قرار من الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

المادّة 7 : تستفيد من تدابير الدعم المنصوص عليها في هذا القانون، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي يمتلك رأسمالها الاجتماعي في حدود 49 % من قبل شركة أو مجموعة شركات الرأسمال الاستثماري.

المادّة 8 : تعرّف المؤسسة المتوسطة بأنها مؤسسة تشغل ما بين خمسين (50) إلى مائتين وخمسين (250) شخصا، ورقم أعمالها السنوي ما بين أربعمائة (400) مليون دينار جزائري إلى أربعة (4) ملايير دينار جزائري، أو مجموع حصيلتها السنوية ما بين مائتي (200) مليون دينار جزائري إلى مليار (1) دينار جزائري.

المادّة 9 : تعرّف المؤسسة الصغيرة بأنها مؤسسة تشغل ما بين عشرة (10) إلى تسعة وأربعين (49) شخصا، ورقم أعمالها السنوي لا يتجاوز أربعمائة (400) مليون دينار جزائري، أو مجموع حصيلتها السنوية لا يتجاوز مائتي (200) مليون دينار جزائري.

المادّة 10 : تعرّف المؤسسة الصغيرة جدا بأنها مؤسسة تشغل من شخص (1) واحد إلى تسعة (9) أشخاص، ورقم أعمالها السنوي أقل من أربعين (40) مليون دينار جزائري، أو مجموع حصيلتها السنوية لا يتجاوز عشرين (20) مليون دينار جزائري.

المادّة 11 : إذا صنفت مؤسسة في فئة معينة وفق عدد عمالها، وفي فئة أخرى طبقا لرقم أعمالها أو مجموع حصيلتها، تعطى الأولوية لمعيار رقم الأعمال أو مجموع الحصيلة لتصنيفها.

المادّة 12 : عندما تسجل مؤسسة، عند تاريخ إقفال حصيلتها المحاسبية فارقا أو فوارق بالنسبة للحد أو الحدود المذكورة أعلاه، فإن هذا لا يكسبها أو يفقدها صفة المؤسسة الصغيرة والمتوسطة طبقا للمواد 8 و9 و10 أعلاه، إلا إذا استمرت هذه الوضعية لمدة سنتين (2) ماليتين متتاليتين.

المادّة 13 : يمكن مراجعة الحدود المتعلقة برقم الأعمال ومجموع الحصيلة السنوية، عند الحاجة، عن طريق التنظيم.

المادّة 14 : يشكل تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كما هو منصوص عليه في هذا القانون مرجعا :

– لمنح كل أشكال الدعم والمساعدة المنصوص عليها في هذا القانون لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ومرافقتها،

– لجمع البيانات ومعالجة الإحصائيات.

يجب على المنظومة الإحصائية الوطنية إعداد تقارير دورية وظرفية تتعلق بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة كما هي معرفة أعلاه.

الباب الثاني

تدابير المساعدة والدعم لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

المادّة 15 : تهدف تدابير مساعدة ودعم ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، موضوع هذا القانون، إلى :

– نشر وترقية توزيع المعلومة ذات الطابع الصناعي والتجاري، والقانوني والاقتصادي والمالي، والمهني والتكنولوجي المتعلقة بقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

– تشجيع كل مبادرة تسهل للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الحصول على العقار،

– العمل على وضع أنظمة جبائية مكيّفة مع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

– تشجيع وتعزيز ثقافة المقاولة، وكذا التكنولوجيات الحديثة والابتكار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

– تسهيل حصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على الأدوات والخدمات المالية الملائمة لاحتياجاتها،

– تشجيع الجمعيات المهنية، وبورصات المناولة والتجمعات،

– تعزيز التنسيق بين أجهزة إنشاء ودعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على المستويين المركزي والمحلي.

المادّة 16 : تستفيد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من تدابير المساعدة والدعم المنصوص عليها في هذا القانون، وفق حجمها، وكذا الأولويات المحددة حسب شعب النشاط والأقاليم.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

الفصل الأول

إنشاء وإنماء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

المادّة 17 : تنشأ هيئة عمومية ذات طابع خاص تدعى في صلب النص "الوكالة"، تكلف بتنفيذ استراتيجية تطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

المادّة 18 : تضمن الوكالة تنفيذ سياسة تطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مجال الإنشاء والإنماء والديمومة، بما في ذلك تحسين النوعية والجودة، وترقية الابتكار وتدعيم المهارات والقدرات التسييرية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

تحدد مهام الوكالة وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم.

المادّة 19 : يتم تمويل عمليات دعم ومساعدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المنصوص عليها في هذا القانون، وكذا نفقات تسيير الوكالة، عن طريق حساب التخصيص الخاص رقم 124 – 302 الذي عنوانه "الصندوق الوطني لتأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودعم الاستثمار وترقية التنافسية الصناعية".

المادّة 20 : تنشأ هياكل محلية تابعة للوكالة تتكون من :

– مراكز دعم واستشارة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مهمتها الأساسية دعم إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وإنماؤها وديمومتها ومرافقتها،

– مشاتل المؤسسات المكلفة بدعم المؤسسات الناشئة واحتضانها.

تحدد مهام مراكز الدعم والاستشارة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ومشاتل المؤسسات وتنظيمها وسيرها، عن طريق التنظيم.

المادّة 21 : تنشأ لدى الوزارة المكلفة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة صناديق ضمان القروض وصناديق الإطلاق وفقا للتنظيم الساري المفعول، بهدف ضمان قروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية المؤسسات الناشئة في إطار المشاريع المبتكرة.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

المادّة 22 : تتخذ الوزارة المكلفة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، بالتشاور مع الوزارات والسلطات المعنية الأخرى، كل مبادرة تهدف إلى تحديد احتياجات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مجال التمويل، وتشجيع استحداث الوسائل المالية الملائمة لها.

المادّة 23 : تسهر الدولة على تطوير الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتعمل على توسيع مجال منح الامتياز في مجال الخدمات العمومية لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

المادّة 24 : تنشأ لدى الوزارة المكلفة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة هيئة استشارية تسمّى "المجلس الوطني للتشاور من أجل تطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة".

يشكل هذا المجلس فضاء للتشاور، ويتكون من المنظمات والجمعيات المهنية المتخصصة الممثلة للمؤسسات، وممثلي القطاعات والهيئات المعنية بإنشاء وتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

المادّة 25 : بعنوان إبرام الصفقات العمومية، تسهر المصالح المعنية للدولة ولواحقها على تخصيص جزء من هذه الصفقات للمنافسة فيما بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حسب الشروط والكيفيات المحددة بموجب التنظيم المعمول به.

المادّة 26 : يتم إعداد وتنفيذ برامج عصرنة لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وذلك في إطار تحسين تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية المنتوج الوطني.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

الملحق رقم (17)

المرسوم التنفيذي المتعلق بإنشاء صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة

* تجديد التجهيزات،

* توسيع المؤسّسة،

* أخذ مساهمات.

– تسيير الموارد الموضوعة تحت تصرفه ، وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما،

– إقرار أهلية المشاريع والضمانات المطلوبة،

– التكفل بمتابعة عمليات تحصيل المستحقات المتنازع عليها،

– متابعة المخاطر الناجمة عن منح ضمان الصندوق،

– تلقي، بصفة دورية، معلومات عن التزامات البنوك والمؤسّسات المالية الّتي تمت تغطيتها بضمانه . وفي هذا الإطار ، يمكنه أن يطلب أية وثيقة يراها ضرورية ويتخذ أي قرار يكون في مصلحة الصندوق،

– ضمان متابعة البرامج التي تضمنها الهيئات الدولية لفائدة المؤسّسات الصغيرة والمتوسطة ،

– ضمان الاستشارة والمساعدة التقنية لفائدة المؤسّسات الصغيرة والمتوسطة المستفيدة من ضمان الصندوق.

المادّة 6 : زيادة على المهام المذكورة في المادّة 5 أعلاه، يكلّف الصندوق، بما يأتي :

– ترقية الاتفاقيات المتخصصّة التي تتكفل بالمخاطر بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والبنوك والمؤسّسات المالية،

– القيام بكل مشروع شراكة مع المؤسّسات التي تنشط في إطار ترقية المؤسّسات الصغيرة والمتوسطة وتطويرها،

– ضمان متابعة المخاطر الناجمة عن منح ضمان الصندوق وتسليم شهادات الضمان الخاصة بكل صيغ التمويل،

– اتخاذ كل التدابير والتحريات المتعلقة بتقييم أنظمة الضمان الموضوعة،

– إعداد اتفاقيات مع البنوك والمؤسّسات المالية،

– القيام بكل عمل يهدف إلى المصادقة على التدابير المتعلقة بترقية المؤسّسات الصغيرة والمتوسطة وتدعيمها في إطار ضمان الاستثمارات.

المادّة 7 : في إطار تنفيذ الضمان ، يحل الصندوق محل البنوك والمؤسّسات المالية فيما يخص ، عند الاقتضاء، آجال تسديد المستحقات وفي حدود تغطية المخاطر طبقا للتشريع المعمول به.

المادّة 8 : يُكمل ضمان الصندوق الضمان الّذي يحتمل أن يمنحه المقترض إلى البنوك أو المؤسّسات المالية في شكل ضمانات عينية و/أو شخصية.

الباب الثاني
التنظيم والعمل

المادّة 9 : يسيّر الصندوق مجلس إدارة ويديره مدير عام.

الفصل الأوّل
مجلس الإدارة

المادّة 10 : يتكوّن مجلس الإدارة من الأعضاء الآتين :

– الوزير المكلّف بالمؤسّسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية ، أو ممثله رئيسا،

– ممثلين (2) عن الوزير المكلّف بالمالية ، (المديرية العامة للخزينة والمديرية العامة للميزانية)،

– ممثل عن الوزير المكلّف بالفلاحة،

– ممثل عن الوزير المكلّف بالصيد البحري والموارد الصيدية،

– ممثل عن الوزير المكلّف بالسياحة ،

– ممثل عن الوزير المكلّف بالمواصلات السّلكية واللاسلكية،

– ممثل عن الوزير المكلّف بالطاقة والمناجم،

– ممثل عن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة.

يمكن مجلس الإدارة أن يستعين بأي شخص من شأنه أن يساعد بحكم كفاءته في أشغال المجلس.

المادّة 11 : يحضر المديرالعام اجتماعات مجلس الإدارة بصوت استشاري ويتولى أمانته.

المادّة 12 : يعيّن الوزير المكلّف بالمؤسّسات الصغيرة والمتوسطة أعضاء مجلس الإدارة بناء على اقتراح من السلطات والهيئات الّتي ينتمون إليها لمدّة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد.

يجب أن يكون للأعضاء رتبة مدير على الأقل.

وفي حالة انقطاع عهدة أحد الأعضاء، يتم استبداله حسب الأشكال نفسها، ويستخلفه العضو الجديد إلى غاية انتهاء العهدة الجارية.

المادّة 13 : يتداول مجلس الإدارة ويفصل في كل المسائل الّتي تهم الصندوق، لا سيّما فيما يخص :

- مشروع التنظيم الداخلي للصندوق وإعداد نظامه الداخلي،
- برنامج نشاطات الصندوق،
- الميزانية التقديرية للصندوق،
- المصادقة على الحسابات،
- التقرير السنوي للنشاط،
- قبول الهبات والوصايا الوطنية والدولية،
- القروض الواجب الحصول عليها لدى البنوك والمؤسّسات المالية،
- الشروط العامة لإبرام الصفقات والعقود والاتفاقات والاتفاقيات وكل المعاملات الأخرى الملزمة للصندوق،
- إمكانية إنشاء الفروع الجهوية أو المحلية.

المادّة 14 : يجتمع مجلس الإدارة في دورة عادية باستدعاء من رئيسه مرة واحدة على الأقل كل ثلاثة (3) أشهر.

ويجتمع في دورة غير عادية بناء على استدعاء من رئيسه أو بطلب من ثلثي $\left(\frac{2}{3}\right)$ أعضائه.

المادّة 15 : يحدّد الرئيس جدول أعمال اجتماعات مجلس الإدارة بناء على اقتراح من المدير العام.

ترسل الاستدعاءات ، مرفقة بجدول الأعمال، إلى أعضاء مجلس الإدارة قبل عشرة (10) أيام على الأقل من التاريخ المقرر لعقد الاجتماع.

المادّة 16 : لا تصح مداولات مجلس الإدارة إلا بحضور ثلثي $\left(\frac{2}{3}\right)$ أعضائه على الأقل.

وإذا لم يكتمل النصاب ، يستدعى مجلس الإدارة من جديد خلال الثمانية (8) أيام الموالية وتصح مداولته حينئذ مهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين.

المادّة 17 : تتخذ كل قرارات مجلس الإدارة بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.

المادّة 18 : يترتب على مداولات مجلس الإدارة إعداد محاضر مرقمة ومسجلة في سجل خاص يوقعها الرئيس.

ترسل المحاضر إلى الوزير الوصي خلال الأسبوع الذي يلي المصادقة عليها.

المادّة 19 : تعتبر المداولات موافقا عليها بعد ثلاثين (30) يوما من إرسالها إلى الوزير الوصي، إلا في حالة اعتراض صريح يبلغ خلال هذا الأجل.

غير أن مداولات مجلس الإدارة المتعلقة بتنظيم هياكل الصندوق والميزانية التقديرية لا تكون نافذة إلا بعد الموافقة الصريحة للوزير الوصي عليها.

المادّة 20 : يترتب على عهدة أعضاء مجلس الإدارة مكافأة يحدّدها المجلس بعد موافقة الوزير الوصي. ويمكن أن يستفيدوا من تسديد النّفقات المنجرّة عن ممارسة مهامهم .

الفصل الثاني

المدير العام

المادّة 21 : تسند للمدير العام سلطات التسيير .

وبهذا الصدد، يتولى مايأتي :

- يمثل الصندوق في كافة ميادين نشاطه،

الملحق رقم (18)

المرسوم الرئاسي المتعلق بصندوق ضمان قروض استثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

8 ربيع الأوّل عام 1425 هـ
28 أبريل سنة 2004 م
الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة / العدد 27
31

المادّة 2 : الصندوق شركة ذات أسهم تخضع للتشريع المعمول به ولأحكام هذا المرسوم.

المادّة 3 : يحدد مقر الصندوق في مدينة الجزائر.

الباب الأول
الموضوع ورأسمال الشركة وشروط تنفيذ الضمان

المادّة 4 : يهدف الصندوق إلى ضمان تسديد القروض البنكية التي تستفيد منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بعنوان تمويل الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات المتعلقة بإنشاء تجهيزات المؤسسة وتوسيعها وتجديدها. ويكون المستوى الأقصى للقروض القابلة للضمان خمسين (50) مليون دينار.

المادّة 5 : لاتستفيد من ضمان الصندوق، القروض المنجزة في قطاع الفلاحة والقروض الخاصة بالنشاطات التجارية وكذا القروض الموجهة للاستهلاك.

المادّة 6 : يتكوّن رأسمال الصندوق المسموح به من ثلاثين (30) مليار دينار. ويقدر الرأسمال المكتتب بعشرين (20) مليار دينار منها نسبة 60 % على الخزينة ونسبة 40 % على البنوك. ويتكون الفرق بين الرأسمال المسموح به والرأسمال المكتتب من سندات غير مكافأة يحوزها الصندوق على ذمة الخزينة.

المادّة 7 : تسدّد البنوك والخزينة الرأسمال المكتتب كليا طبقا لأحكام القانون التجاري.

المادّة 8 : يمكن أن تساهم البنوك والمؤسسات المالية في رأسمال الصندوق حسب الشروط التي تحدّدها الجمعية العامة للصندوق.

المادّة 9 : يمكن أن تقدم البنوك والمؤسسات المالية مساهمتها في رأسمال الصندوق بواسطة الحقوق والممتلكات التي تحوزها في شركة التأمين وضمان قروض الاستثمار.

المادّة 10 : تستفيد من ضمان الصندوق القروض الممنوحة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة من قبل البنوك والمؤسسات المالية المساهمة في الصندوق. كما يمكن أن تستفيد البنوك والمؤسسات المالية غير المساهمة من ضمان الصندوق حسب الشروط التي يحددها مجلس الإدارة.

المادّة 11 : لايكتسي إخضاع ملفات ضمان القروض للصندوق الطابع الإلزامي، وإنما يرجع ذلك إلى تقدير البنك دون سواه، على أساس تقييمه الخاص.

المادّة 12 : توقع اتفاقية إطارية بين البنوك والمؤسسات المالية والصندوق لتحديد مجموع النمط العملي والقواعد المنظمة لمنح الضمان وتطبيقه. وترتبط البنوك والمؤسسات المالية للصندوق بهذا الصندوق بموجب اتفاقيات شراكة.

الباب الثاني
المخاطر المغطاة والضمانات والتأمينات والقواعد الاحترازية

المادّة 13 : تخص المخاطر المغطاة من الصندوق ما يأتي :

- عدم تسديد القروض الممنوحة،
- التسوية أو التصفية القضائية للمقترض.

تنصب تغطية المخاطر على آجال الاستحقاق بالرأسمال وكذا الفوائد المستحقة طبقا للنسب المغطاة. ويحدّد مستوى تغطية الخسارة بنسبة 80 % عندما يتعلّق الأمر بقروض ممنوحة عند إنشاء مؤسسة صغيرة ومتوسطة ونسبة 60 % في الحالات الأخرى المحدّدة في المادّة 4 أعلاه.

المادّة 14 : يتمّ إعداد مبلغ علاوة تغطية الخطر بطريقة تسمح ضمان مستوى توازن استغلال الصندوق.

المادّة 15 : تحدّد العلاوة المستحقة بعنوان تغطية الخطر بنسبة أقصاها 0,5 % من القرض المضمون المتبقي. ويسدّدها المستثمر سنويا من المتبقي. و يتمّ تحصيل هذه العلاوة من قبل البنك لفائدة الصندوق.

المادّة 16 : يتمّ تسديد مبلغ الأضرار بعد ثلاثين (30) يوما من التصريح بهذه الأضرار الذي يعدّ طبقا لتنظيم البنك الجزائري وبنود اتفاقية الشراكة.

المادّة 17 : تدرس لجنة الضمان المنشأة على مستوى الصندوق ملفات طلبات الضمان ويحدّد مجلس إدارة الصندوق الشروط العامة لمنح الضمان.

المادّة 18 : تؤخذ الضمانات العينية في حدود العناصر المكوّنة للمشروع. وفي حالة التعويض يتولى

32 الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة / العدد 27 — 8 ربيع الأوّل عام 1425 هـ / 28 أبريل سنة 2004 م

الصندوق تحصيل قيمة الضمانات والمصاريف المتعلقة بها . ويمكن أن يكلّف الصندوق البنوك بتحقيق هذه الضمانات وتوزيع ناتجها حسب نسبة المخاطر والمصاريف التي يتحملها كل من البنك والصندوق.

المادّة 19 : تأخذ القواعد الاحترازية للصندوق بعين الاعتبار مستوى التزامات الصندوق المعادلة لاثنتي عشرة (12) مرة من مبلغ الأموال الخاصة من جهة ومستوى الالتزام الأقصى للمستفيد من جهة أخرى.

المادّة 20 : يتعيّن على الصندوق، في إطار عمله، احترام الأحكام الآتية :

- عدم تجاوز مبلغ أعباء التسيير المستوى الذي يحدده مجلس إدارة الصندوق،
- عدم توظيف سيولات الصندوق إلا بالقيم الصادرة عن الدولة.

الباب الثالث

إدارة الصندوق وعمله

المادّة 21 : تتشكل الجمعية العامة للصندوق من :

- الوزير المكلّف بالمالية أو ممثله،
- الوزير المكلّف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أو ممثله،
- ممثل عن كل بنك أو مؤسسة مالية مساهمة في الصندوق،
- رئيس المجلس الوطني الاستشاري للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الذي يحضر كملاحظ.

تحدّد صلاحيات الجمعية العامة بموجب القانون الأساسي الذي يتمّ إعداده أمام موثق طبقا لأحكام القانون التجاري.

المادّة 22 : يدير الصندوق مجلس إدارة يتكوّن من :

- الوزير المكلّف بالمالية أو ممثله، رئيسا،
- الوزير المكلّف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أو ممثله،
- المدير العام للخزينة،
- ممثلين (2) تنتخبهما البنوك والمؤسسات المالية المساهمة في الصندوق لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد. ويتمّ استخلافهما في حالة حدوث مانع قاهر أو فقد الصفة التي عينوا على أساسها. ولا يجوز الترشح لتعيين هذين الممثلين إلا للمساهمين في الصندوق الحائزين نسبة 5 % على الأقل من الرأسمال.

يحضر المدير العام للصندوق اجتماعات مجلس الإدارة بدون ممارسة حق التصويت ويتولى أمانتها .

يخوّل المدير العام الصلاحيات الواسعة لضمان سير الصندوق وإدارته ويمثل الصندوق في جميع أعمال الحياة المدنية ويمارس السلطة السلمية على المستخدمين.

المادّة 23 : يدرس ويصادق مجلس الإدارة ويبلّغ الجمعية العامة بما يأتي :

- مشاريع البرامج العامة للنشاطات،
- الميزانية،
- مشاريع ميزانية الصندوق وحسابات النتائج،
- مشاريع عقود الشراكة،
- مشاريع فتح الرأسمال،
- التنظيم العام والاتفاقية الجماعية والنظام الداخلي للصندوق،
- كيفيات وإجراءات تسديد الأضرار المغطاة من الصندوق،
- الشروط العامة المتعلقة بمنح الضمانات.

ترسل إلى الجمعية العامة المشاريع التي تخضع الموافقة النهائية عليها لصلاحياتها بعد أن يدرسها ويوافق عليها مجلس الإدارة.

يحدّد مجلس الإدارة خلال الدورة الأولى ما يأتي :

- النظام الداخلي للصندوق الذي يوضّح على الخصوص صلاحيات المدير العام ويحدّد الأجور،
- رواتب الإطارات المسيرة.

يرسل مجلس الإدارة، زيادة على ذلك، إلى الجمعية العامة تقريرا عن تسييره مرّة في السنة، وكلما اقتضت الحاجة ذلك بناء على طلب من الجمعية العامة.

قائمة المراجع

– المراجع باللغة العربية

1– المراجع العامة

- أحمد توفيق جميل، وشريف بقة علي، الإدارة المالية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998.
- أحمد الخضيري محسن، الديون المتعثرة، الظاهرة، الأسباب، العلاج، دار يترك للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة1، 1996.
- أيمن عزت الميداني محمد، الإدارة التمويلية في الشركات، جامعة الظهران، السعودية، 1993.
- أيمن عزت الميداني محمد، الإدارة التمويلية، مكتبة العبيكان، الطبعة2، السعودية، 1999.
- إبراهيم هندي منير، الإدارة المالية، مدخل تحليلي معاصر، المكتب العربي الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة1، 1999.
- إبراهيم هندي منير، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، مركز الدالتا للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 2000.
- إبراهيم شريفات خلدون، إدارة وتحليل مالي، دار وائل للنشر، بيروت، لبنان، 2001
- إبراهيم سعد نبيل، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، القاهرة، 1999.
- بلحاسل منزلة ليلى، ميزات المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة، دراسة مقارنة، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2006.
- بخراز يعدل فريدة، تقنيات وسياسات التسيير المصرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة3، الجزائر، 2005.
- برهان الدين جمال، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة2، 1988.
- بوراس أحمد، تمويل المنشآت الاقتصادية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2008.
- بلودنين أحمد، الوجيز في القانون البنكي الجزائري، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2009.
- بوعتروس عبد الحق، الوجيز في البنوك التجارية، دار النشر، قسنطينة، 2000.
- جميل حسين الفتلاوي سمير، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة2001.
- حنفي عبد الغفار، أساسيات الاستثمار والتمويل، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر2000
- دادي عدون ناصر، اقتصاد المؤسسة، دالا المحمدية العامة، الجزائر، الطبعة2، 1998.
- رمضان زياد، إدارة الأعمال المصرفية، دار الصفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة6، 1997.
- رضا أرشيد عبد المعطي، وأحمد جودة محفوظ، إدارة الائتمان، دار وائل للنشر، الأردن، 1999.
- رفعت إسماعيل عثمان، تمويل المشروعات، مطبعة العابدين، القاهرة، 1996.
- رشدي شيحة مصطفى، الاقتصاد النقدي والمصرفي، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1995.

- راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة5، 2005.
- زاهية حورية سي يوسف، الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة الجزائر، 2015.
- زراوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري، الحقوق الفكرية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2001.
- زراوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية وحقوق الملكية الأدبية والفنية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2006.
- الزغبي هيثم محمد، الإدارة والتحليل المالي، دارالفكرللطباعة والنشر والتوزيع، عمان، 2000.
- زويلف حسن مهدي، إدارة الموارد البشرية،مدخل كمي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- كمال طه مصطفى، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1991.
- كمال طه مصطفى، البنوك، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1991.
- كمال خليل الحمزاوي محمد، اقتصاديات الائتمان المصرفي، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة2، 2000.
- لطرش الطاهر، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة6، 2007.
- لعشب محفوظ، القانون المصرفي، سلسلة القانون الاقتصادي، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية الحديثة، الجزائر، 2001.
- لطفي جمعة عبد الغني، موسوعة القضاء في المواد التجارية، المؤسسة المصرية، مصر، 1998.
- مختار إبراهيم، التمويل المصرفي منهاج لاتخاذ القرارات، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، مصر، الطبعة2، 1987.
- الصالحي كامران، بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
- صالح فريد، ونصر موسى، المصرف والأعمال المصرفية، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1997.
- العبيدي على عبد الهادي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة، عمان، 2005.
- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، الطبعة2000.
- صالحي العيد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجبائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- صخري عمر، اقتصاد المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- علي خربوش حسين، الاستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق، عمان، الأردن، 1990.
- عرب صبحي، محاضرات في القانون التجاري، الأسناد التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، الملكية الأدبية والفنية والصناعية، دار هومة، الجزائر، 2004.

- فضيل نادية، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر (ب. س. ن).
- فضيل نادية، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، دار هومة، الجزائر، 2002.
- فضيل نادية، النظام القانوني للمحل التجاري، المحل التجاري والعمليات الواردة عليه، دار هومة، الجزائر، 2011.
- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- القزويني شاكر، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- سعد الله عمر، القانون الدولي لحل النزاعات، دار هومة، الجزائر، 2008.
- محمد سلامة، دراسة الجدوى والمشروعات الصناعية، مكتبة غريب، مصر، (ب. س. ن).
- الهواري سيد، إدارة البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 1983.
- وفا عبد الباسط، مؤسسات رأسمال المخاطر ودورها في تدعيم المشروعات الناشئة، دار النهضة العربية، مطبعة الإسراء، 2001.

2-المراجع الخاصة:

- إبراهيم نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، (ب. س. ن).
- إسماعيل إبراهيم إبراهيم، الضمان التجاري في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 1999.
- بابكر أحمد عثمان، وسعد الله رضا، إدارة المخاطر، تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة1، 2003.
- البارودي علي، القانون التجاري، العقود وعمليات البنوك، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1991.
- برايان كوبل، تحديد مخاطر الائتمان، دار الفاروق للنشر والتوزيع، الطبعة العربية الأولى، مصر، 2008.
- بن غانم علي، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
- تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية، توزيع منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
- بالعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2، 2008.
- بهجت عبد الله، قايد محمد، عمليات البنوك والإفلاس، الودائع المصرفية، الائتمان، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة2، 2000.
- جمال الدين عوض علي، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، مصر، 1993.
- جمال الدين عوض علي، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

- حنفي عبد الغفار، أبو قحف عبد السلام، الإدارة الحديثة في البنوك التجارية، المكتب العربي الحديث، مصر، 1993.
- راغب النجار فريد، إدارة الائتمان والقروض المصرفية المتعثرة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 2000.
- زيدان علي الدين، الموسوعة التجارية الحديثة، مكتب الإصدارات القانونية، القاهرة، 2004.
- الكيلاني محمود، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- عبد العال حماد طارق، إدارة المخاطر، الدار الجامعية، مصر، 2003.
- عبد العال حماد طارق، حوكمة الشركات، تطبيقات الحوكمة في المصارف، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2005.
- غنيم أحمد، صناعة قرارات الائتمان والتمويل في إطار الاستراتيجية الشاملة للبنك، مطابع المستقبل، مصر، الطبعة1، 2003.
- قايد محمد بهجت عبد الله، عمليات البنوك والإفلاس، الودائع المصرفية، الائتمان المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2000.
- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة2010.
- سيد أحمد إبراهيم، المنع من التصرف فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- شريفي نسرين، السندات التجارية في القانون التجاري، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2013.
- الشواربي محمد، الشواربي عبد الحميد، إدارة مخاطر التعثر المصرفي من وجهتي النظر المصرفية والقانونية،المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2007.
- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009.
- محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، طبعة 2008، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- ياملكي أكرم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، الإصدار 04، 2009.

3- المصادر الرسمية:

أ- النصوص القانونية الجزائرية (حسب التسلسل التاريخي):

- الأمر رقم 66-86 المؤرخ في 28أفريل1966 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، الجريدة الرسمية، العدد35، المؤرخ في3ماي1966.

- الأمر رقم 75-74المؤرخ في12نوفمبر1975المتعلق بالمسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري العام، الجريدة الرسمية، العدد 92، 1975/11/18.
- المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 25 مارس 1976، الجريدة الرسمية، العدد 30، المؤرخ في 13أفريل 1976، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 80-210المؤرخ في 13سبتمبر1980، الجريدة الرسمية، العدد38، المؤرخ في 16سبتمبر1980، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123المؤرخ في 19ماي 1993، الجريدة الرسمية، العدد34، المؤرخ في 23ماي1993، ص14.
- القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12يناير1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد2، الصادر في13يناير 1988.
- قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل1990المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، العدد16، المؤرخ في18أفريل1990.
- القانون رقم 91-10المؤرخ في 27 أفريل1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 08 ماي 1991.
- المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25أفريل1993المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 27، الصادر في27أفريل1993.
- الأمر رقم95-07الصادرفي 25يناير1995المتعلق بقانون التأمينات، الجريدة الرسمية، العدد13، المؤرخ في8 مارس1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04المؤرخ في 20فبراير2006.
- النظام رقم95-04المؤرخ في20أفريل1995يعدل ويتمم النظام رقم91-09 الذي يحد قواعد الحذر، الجريدة الرسمية، العدد39، المؤرخ في 25أفريل1995.
- القانون رقم 96-06المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، الصادر في 10جانفي 1996، الجريدة الرسمية، العدد 3، المؤرخ في 14جانفي 1996.
- الأمررقم96-09المؤرخ في10يناير1996المتعلق بالاعتماد الايجاري، الجريدة الرسمية، العدد3، المؤرخ في14يناير1996.
- الأمر رقم 96-296 المؤرخ في08سبتمبر 1996المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتشغيل الشباب، الجريدة الرسمية، العدد 52، 11سبيتمبر 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم97-41المؤرخ في18يناير1997المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد5، المؤرخ في 19 يناير1997، والتتميم، الجريدة الرسمية، العدد57المؤرخ في27أوت1997.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-68 المؤرخ في 21فبراير1998المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، الجريدة الرسمية، العدد11، المؤرخ في1مارس1998.

- القانون رقم 98-05 المؤرخ في 25جوان1998 المتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخ في 27 جوان 1998.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-109 المؤرخ في4أفريل1998الذي يحدد كيفيات تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط في المحاكم المتعلقة بمسك السجلات العمومية للبيوع ورهون حيازة للمحلات التجارية وإجراءات قيد الامتياز المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري، الجريدة الرسمية، العدد20، المؤرخ في5أفريل1998.
- القرار المؤرخ في 28جويلية1998 يتضمن التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات العمومية للبيوع ورهون حيازة المحلات التجارية وأدوات ومعدات التجهيز، الجريدة الرسمية، العدد57، المؤرخ في5أوت1998.
- القرار المؤرخ في 4أكتوبر1998يحدد شكل الجداول المتعلقة بقيد الامتيازات المرتبطة ببيع المحل التجاري ورهنه الحيازي، الجريدة الرسمية، العدد86، المؤرخ في18نوفمبر1998.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-200 المؤرخ في 9جوان1998 المتضمن إحداث الكفالة لضمان أخطار القروض الممنوح إياها للشباب ذوي المشاريع وتحديد قانونه الأساسي، الجريدة الرسمية، العدد 42المؤرخ في 14جوان1998، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 03-289المؤرخ في 6سبتمبر2003، الجريدة الرسمية، العدد 54 المؤرخ في 10سبتمبر2003.
- المرسوم التنفيذي 99-44المؤرخ في13فبراير1999يتضمن إنشاء صندوق ضمان الأخطار الناجمة عن القروض المصغرة، الجريدة الرسمية، العدد8، المؤرخ في14فبراير1999.
- القانون رقم 01-18المؤرخ في12ديسمبر2001المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسساتالصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية، العدد77، 2001/12/15. المعدل والمتمم بالقانون رقم17-02الصادرفي10جانفي2017المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية، العدد02 المؤرخ في 11جانفي2017.
- المرسوم التنفيذي رقم02-250المؤرخ في24أوت2002المتعلق بالصفقات العمومية. المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16- سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرخ في 20سبتمبر 2015.
- المرسوم التنفيذي رقم02-373المؤرخ في11نوفمبر2002المتعلق بصندوق ضمان القروض.
- القانون رقم 02-11 المؤرّخ في 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، الجريدة الرسميّة، العدد 86، سنة 2002، المعدّلة بموجب المادة 56 من القانون رقم 05-16 المؤرخ في 31 ديسمبر 2005 المتضمن قانون المالية لسنة 2006، الجريدة الرسمية، العدد 85 لسنة 2005، والمادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 3 أفريل 2006 المتضمن الرهن القانوني المؤسس للبنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، الجريدة الرسمية، العدد 21 المؤرخ في 5 أفريل 2006.

- الأمررقم03-06المؤرخ في19يوليو2003المتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية العدد44، المؤرخ في23يوليو2003.
- الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19يوليو2003المتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة، العدد44، المؤرخ في23يوليو2003.
- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، العدد52، المؤرخ في 27 أوت 2003. المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 10-04 الممضي بتاريخ 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرّخ في 01 سبتمبر 2010.
- المرسوم التنفيذي رقم 04-16 المؤرخ في 22 جانفي 2004. المتضمن انشاء صندوق الضمان المشترك للقروض المصغرة.
- المرسوم الرئاسي رقم04-134المؤرخ في19أفريل2004المتضمن القانون الأساسي لصندوق ضمان قروض استثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية، العدد27، المؤرخ في 28أفريل2004.
- القانون رقم 05-02 المؤرخ في 6فبراير2005 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد11، المؤرخ في9فبراير2005.
- المرسوم التنفيذي رقم06-90المؤرخ في20فيفري2006 يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-91 المؤرّخ في 20 فيفري 2006 يحدّد كيفيات إشهار عمليات الإشهار التجاري للأصول غير المنقولة، الجريدة الرسمية، العدد 10، المؤرخه في 26 فيفري 2006. .
- القانون رقم 06-04 المؤرخ في20 فيفري2006 المتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية، العدد15الصادرفي 12مارس2006المعدل والمتمم للأمر رقم 65-07.
- القانون رقم06-05 الصادر في20 فيفري2006 المتضمن توريق القروض الرهنية، الجريدة الرسمية، العدد 15 المؤرخ في 12مارس 2006.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في3 أفريل 2006 المتعلق بالرهن القانوني لفائدة البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، العدد21، المؤرخ في 5أفريل2006.
- القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20ديسمبر2006المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد84، المؤرخ في24ديسمبر2006.
- القانون رقم07-05المؤرخ في13مايو2007المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد31، المؤرخ في13مايو2007.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25فبراير2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد، 21، المؤرخ في23أفريل2008.

- قانون المالية التكميلي رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرّخ في 26 جويلية 2009.
- المرسوم التنفيذي رقم10-01المؤرخ في29جوان2010المتعلق بمهن الخبير المحاسب المعتمد، الجريدة الرسمية، العدد42، المؤرخ في11جويلية2010.
- المرسوم التنفيذي رقم14-120المؤرخ في24مارس2014المتضمن التصريح التشخيصي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية، العدد17، المؤرخ في 02أفريل2014، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 03-374 المؤرخ في 30أكتوبر2003، الجريدة الرسمية، العدد67، المؤرخ في 05نوفمبر 2003.
- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، المؤرخ في 03 أوت 2016.
- المقرر رقم 17-01 مؤرخ في 02 جانفي 2017، يتضمن نشر قائمة البنوك وقائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر، الجريدة الرسمية، العدد02، المؤرخ في 11 جانفي 2017.
- مشروع تعديل قانون النقد والقرض رقم 03-11. والذي أصبح قانونا بموجب القانون رقم 17-10 المؤرخ في 11 أكتوبر 2017 المتضمن النقد والقرض، الجريدة الرسمية، العدد 57، المؤرخ في 12 أكتور 2017، ص04.

ب- أنظمة وتعليمات بنك الجزائر:

- النظام رقم 90-01 المؤرخ في 4 جويلية 1990، المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية.
- النظام رقم 91-09 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتضمن قواعد الحذر في تسيير المصارف والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، العدد24 المؤرخ في 29 مارس 1992. المعدل والمتمم بالنظام رقم 95-04 المؤرخ في 20أفريل 1995، الجريدة الرسمية، العدد 39، المؤرخ في 23 جويلية 1995.
- النظام رقم 92-01 المؤرخ في 22 مارس 1992 المتضمن تنظيم مركزية الأخطار وعملها، الجريدة الرسمية، العدد 8، لسنة 1992. المعدل بالمادة 02 من النظام رقم 12-01 المؤرّخ في 20 فيفري 2012، الجريدة الرسمية، العدد 36، المؤرخ في 13 جوان 2012 المتعلّق بمركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.
- النظام رقم 92-02المؤرخ في22مارس1992المتضمن مركزية للمبالغ غير المدفوعة وعملها، الجريدة الرسمية، العدد8، المؤرخ في 07 فيفري 1993.
- التعليمة رقم 94-74 المؤرخة في 29 نوفمبر 1994 المتعلقة بتحديد قواعد الحذر في تسيير البنوك والمؤسسات المالية، المؤرخة في 29 نوفمبر 1994.
- التعليمة رقم 95-78 المؤرخة في 26 ديسمبر 1995، المتضمنة للقواعد المتعلقة بوضعيات الصرف.

- النظام رقم 96-07 المؤرخ في 03جويلية1996 المتضمن تنظيم مركزية الميزانيات وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد66، المؤرخ في 27أكتوبر1996.
- النظام رقم 01/2000 المؤرخ في 13 فيفري 2000، يتعلق بإعادة الخصم والقروض الممنوحة للبنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، العدد 12، المؤرخ في 12 مارس 2000.
- النظام رقم 02-03 المؤرخ في 14نوفمبر2002 المتضمن المراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، العدد84، المؤرخ في18 ديسمبر 2002. المعدل والمتمم بالنظام رقم 11- 08 المؤرخ في 28 نوفمبر 2011، الجريدة الرسمية، العدد47، المؤرخ في 29أوت 2012.
- النظام رقم 04-01 المؤرخ في 04 مارس 2004 المتضمن الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخ في 28أفريل 2004. المعدل والمتمم بالنظام رقم 08-04 المؤرخ في23ديسمبر2008، الجريدة الرسمية، العدد72، المؤرخ في 24ديسمبر2008.
- النظام رقم 04-04 المؤرخ في 19جويلية2004 المتضمن تحديد نسبة معامل الأموال الخاصة والموارد الدائمة، الجريدة الرسمية، العدد 67 المؤرخ في 24 أكتوبر 2004.
- النظام رقم 11-04 المؤرخ في 24 ماي 2011 يتضمن تعريف وقياس وتسيير ورقابة خطر السيولة، الجريدة الرسمية، العدد 54، المؤرخ في 02 أكتوبر 2011.
- النظام رقم 11-08 المؤرخ في 28 نوفمبر 2011 المتضمن الرقابة الداخلية، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخ في 29 أوت 2012.
- النظام رقم 14-01 المؤرخ في 16 فيفري 2014، المتضمن نسبة الملاءة المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، العدد 56، المؤرخ في 2014/09/25، ص21.
- النظام رقم 14-02 المؤرخ في 16 فيفري 2014، المتضمن المخاطر الكبرى والمساهمات، الجريدة الرسمية، العدد 56، المؤرخ في 2014/09/25، ص28.
- النظام رقم 14-03 المؤرخ في 16 فيفري 2014، المتضمن تصنيف المستحقات والإلتزامات بالتوقيع للبنوك والمؤسسات المالية وتكوين المؤونات عليها، الجريدة الرسمية، العدد 56، المؤرخ في 2014/09/25، ص32.

ج-المجلات القضائية:

- المجلة القضائية، 1990، العدد4، ص16.
- المجلة القضائية، 1991، العدد الأول والثاني.

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 مارس 1992 تحت رقم 81688، وقرار آخر صادر في 21مارس2007 تحت رقم 347927
- نشرة القضاة، العدد 51، 1997، ص7.
- المجلة القضائية، 1997، العدد الأول، ص 34.
- قرار المحكمة العليا تحت رقم 157-310 المؤرخ في 16-7-1997، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص34
- المجلة القضائية، 2001، العدد الأول، ص209.
- قرار المحكمة العليا، رقم 264039 الصادر بتاريخ 2002/10/09 بين القرض الشعبي الوطني وكالة 30 وديوان الترقية والتسيير العقاري.
- المجلة القضائية، 2003، العدد الأول، ص273.
- الملف رقم 236457، قرار بتاريخ 01 جويلية 2003، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2003.
- المجلة القضائية، 2006، العدد الثاني، ص 241-249.
- المجلة القضائية، 2007، العدد الثاني، ص 342.
- المجلة القضائية، 2008، العدد الأول، ص 75و163و169و183.
- قضية بين البنك الوطني و((ش. ذ. م. م.) (ع))، حكم صادر في 13-07-2008.
- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 17-05-2008، الملف رقم 523832، الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية. .
- المجلة القضائية، 2009، العدد الثاني، ص200.
- قرار المحكمة العليا المؤرّخ في 22 أكتوبر 2009، المجلة القضائية، العدد، سنة 2009، ص. 174.
- المجلة القضائية، 2011، العدد الأول، ص198.
- المجلة القضائية، 2012، العدد الأول، ص251-259.
- قرارا اللجنة المصرفية، رقم 2003/03، المؤرخ في 29ماي2003، ورقم 2003/08، المؤرخ في21 أوت2003، بشأن بنك الخليفة والبنك التجاري والصناعي الجزائري.
- محكمة الاستئناف التجارية، مراكش، قرار رقم 115، الصادر بتاريخ 10-02-2004

د- النصوص القانونية الأجنبية:

- Code civil modification le 01 janvier 2017 Document, général le 05 janvier 2017 copyright © 2007-2017 Légifrance
- القانون المدني القطري رقم 22 المؤرخ في 30 جوان 2004، الجريدة الرسمية، العدد11، المؤرخ في 08 أوت 2004.

- القانون المدني المصري رقم 38، الجريدة الرسمية، العدد 22، المؤرّخ في 03 جوان 1994.
- اللائحة التنفيذية رقم 95 لسنة 1995 الموضوعة بالقرار رقم 846 بتاريخ 21-12-1995 الصادرة عن وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية.
- مدونة التجارة المغربي.

4- مقالات الجرائد والمجلات والمداخلات:

- أبو العلا الأخضر، وجلطي غالم، الحكم الرشيد وخوصصة المؤسسات، مجلة الجندول، الجزائر، العدد27، 2006.
- أبو كرش شريف مصباح، مداخلة: الاستثمار والتمويل في فلسطين بين آفاق التنمية والتحديات المعاصرة، المؤتمر العلمي الأول، كليّة التجارة، جامعة الخليل، فلسطين، 08-09 ماي 2005، ص08.
- بلعجوزالحسين، وغزي محمد العربي، مداخلة: دراسة مقارنة لمخاطر التمويل المصرفي بين النظام الكلاسيكي والقيمي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2006.
- بن طلحة صليحة، وبوعلام معوشي، دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل وتحصيل الحقوق،الملتقى الدولي عن:سياسات التمويل وأثرهاعلى الاقتصاديات والمؤسسات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، نوفمبر2006.
- بن عمارة منصور، المؤسسات المصغرة ودور البنوك في تمويلها، مداخلة، سطيف، 25-28 ماي 2003.
- بن عنتر عبد الرحمان، وبلوناس عبدالله، واقع مؤسساتنا الصغيرة والمتوسطة وآفاقها المستقبلية، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، العدد الأول2003.
- بن يعقوب الطاهر، آمال مهري، مداخلة: تقييم نتائج الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، جامعة سطيف، 11-12 مارس 2013، ص. 08-09.
- بوداح عبد الجليل، مداخلة حول:بدائل التمويل الخارجي في المشروعات الصغيرة والمتوسطة، سطيف، 25الى28ماي2003.
- بوكروح عبد الوهاب، بنك الجزائر يعلن الحرب على شركات أجنبية، الشروق اليومي، الجزائر، العدد4176، 26أكتوبر2013، ص. 5.
- بوساحة نجاة، الرهن القانوني المؤسس للبنوك والمؤسسات المالية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 13، جوان 2016، ص40.
- جريدة الخبر، العدد 7025، 26مارس 2013، ص. 9.
- جريدة الخبر اليومية، العدد8420، الصادر في 4 فيفري 2017، ص15.

- يومية الشروق الجزائرية، العدد 5571، الصادر في 09سبتمبر 2017، ص03.
- يومية التحرير الجزائرية، العدد 1275، الصادر في 21سبتمبر2017، ص04.
- حزوري حسن، المخاطر الواقعة على البنوك الإسلامية، المؤتمر الرابع للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دمشق، سوريا، 2009.
- حمزة الكحال، 81 مليار دولار قروض متعثرة في الجزائر، العربي الجديد، العدد 921، الأربعاء 08 مارس 2017، ص09.
- حيدر ناصر، مداخلة حول: دور بنك البركة في دعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر، 28ماي2003.
- خالدي خديجة، التمويل الإسلامي فرص وتحديات، الدورة التدريبية حول: تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتطويرها في الاقتصاديات المغاربية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، بسكرة، 2006.
- خنفوسي عبد الحزيز، عيسى لعلاوي، مداخلة: البيئة المصرفية الجزائرية ومدى تناغمها مع إصلاحات 2010، موقع الكتروني، الجزائر، ماي 2016، ص06-07.
- خلف عبد الرؤوف، المدير العام لصندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حصة ضيف الصباح، القناة الجزائرية الأولى، 23 ماي 2017.
- خوني رابح، مداخلة حول: آفاق تمويل وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، سطيف، 2003.
- رقية جبار، مداخلة حول: الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، جامعة المدية، 20مارس 2013.
- زعباط عبد الحميد، مداخلة حول، دورالمواردالبشرية في تحسين القدرة التنافسية للمؤسسةالاقتصادية، كليةالعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 09-10مارس2004.
- زيدان محمد، الهياكل والآليات الجديدة الداعمة في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر، ملتقى بجامعة الشلف، 2006.
- الكراسنة إبراهيم، أطر أساسية ومعاصرة في الرقابة على البنوك وإدارة المخاطر، معهد السياسات الاقتصادية، أبوظبي، مارس2006.
- لاشين محمود المرسي، مداخلة حول: التمويل بالمشاركة للمشروعات الصغيرة والمتوسطة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، سطيف، 25-28 ماي 2003.
- مبارك بلالطة، وبلعور سليمان، ودادن عبد الوهاب، مداخلة حول: الآليات المعتمدة من طرف الجزائرفي تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر، 2003.
- محمد السعيد أحمد، العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنك المركزي، مجلة التجديد، العدد3، 2000، ص64-66.

- ميلود مهدي، أدوات التمويل المصرفي اللاربوية ودورها في دعم المؤسسات الاقتصادية، الملتقى الدولي حول: سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات جامعة محمد خيضر، بسكة، نوفمبر2006.
- عبد الله خالدأمين، التحليل المالي لغاية التنبؤ بالفشل، مجلة المصارف العربية، العدد 148، عمان، 1993.
- عبد الحليم عمر محمد، صيغ التمويل الإسلامية للمشروعات الصغيرة القائمة على أسلوب الدين،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر، ماي2003.
- عقال إلياس، حبيب كريمة، زقرير عادل، مداخلة: دور صندوق ضمان القروض في إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، ملتقى، جامعة الوادي، في 5و6ماي 2013.
- فتيحة خومس، خبراء يقترحون تعويض القرض بالشراكة، الخبر الأسبوعي، الجزائر، العدد240، من4-10أكتوبر2003، ص. 5.
- السعد أمير، قضايا نظرية في العولمة المالية، مجلة التواصل، عنابة، العدد 15، 2005.
- سعيدي وصاف، عوديا مولود، مداخلة: الاستثمار البشري كمحدد أساسي لنمو القطاع التصديري، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 9و10مارس 2004.
- الشريف ريحان، التعثر المالي: المراحل، الأسباب والطرق وإجراءات المعالجة، مجلة التواصل، المرجع السابق، ص118.
- قوجيل منصور، تأخر تهيئة العقار الصناعي يعطل الاستثمار، جريدة الخبر اليومي، العدد8347، الخميس 1ديسمبر2016، ص07.
- صالحي الواسعة زرارة، مقال: عقد الإعتماد الإيجار للأصول المنقول، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 27-28، نوفمبر 2012، ص 355-356.
- صواليلي حفيظ، سعر صرف الأورو يلامس 190أورو في السوق الموازية، جريدة الخبر اليومي، العدد8347، الخميس 1ديسمبر2016، ص11.
- صواليلي حفيظ، وكالة دعم تشغيل الشباب موّلت أكثر من 370ألف مؤسسة، جريدة الخبر اليومي، العدد8420، مؤرخ في 04فيفري2017، ص 05.
- لقاء مع مدير بنك الفلاحة والتنمية الريفية، وكالة الجلفة، في 8جويلية2013 على الساعة العاشرة صباحا.
- يوسفي سمية، دعوة الوزير الأول للإسراع في إيجاد حلول للمؤسسات، الخبر اليومي، الجزائر، العدد7242، 3نوفمبر2013، ص. 7.

5- المحاضرات والمذكرات:

- أمقران راضية، ضمانات البنك في مجال الائتمان، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
- أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، رسالة دكتوراه في الحقوق، القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2014.
- آيت عكاش سمير، تطورات القواعد الاحترازية للبنوك، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2013.
- بلخيري السعيد، دور الضمانات البنكية في التجارة الخارجية، مذكرة نهاية الدراسة، ليسانس في العلوم الاقتصادية، جامعة الجلفة، 2008.
- بلعالية أحمد، محاضرات في مقياس التأمين، غير منشورة، لطلبة الليسانس، علوم قانونية وإدارية، جامعة الجلفة، 2004.
- بن سديرة فوزي، محاضرات في القانون المدني، غير منشورة، لطلبة الليسانس، علوم قانونية وإدارية، جامعة الجلفة، 2004.
- البقيرات عبد القادر، دروس في القانون التجاري الجزائري، الشركات التجارية، السنة الثالثة ليسانس، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2003-2004.
- حبار محمد، محاضرات حول تمويل المؤسسة، غير منشورة، ماجستير قانون المؤسسة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2006.
- حزام فتيحة، عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
- خالدي ثامر، مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012.
- خثير مولاي، قوانين الحذر والحيطة،محاضرة في الاقتصاد البنكي، جامعة تلمسان، 2008.
- دامن محمد، دراسة نظرية وتطبيقية في الرهون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس، علوم قانونية وإدارية، جامعة الجزائر، 2003.
- دغنوش العطرة، البنوك التجارية ودورها في تمويل المؤسسة، حالة الجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع نقود ومالية، جامعة الجزائر، 2001.
- زاينة آيت وازو، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية، رسالة دكتوراه علوم، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012.
- زراوي صالح فرحة، محاضرات في القانون التجاري، لطلبة السنة الثالثة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2003.
- كمين مسعود، الحجز العقاري، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، جامعة باتنة.
- للوشي محمد، الأخطار المصرفية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر، 2002.

- لولاشي ليلى، التمويل المصرفي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مذكرة ماجستير، العلوم الاقتصادية، جامعة بسكرة، 2004.
- مرزاق سليمان، دراسات الجدوى الاقتصادية كأداة لاتخاذ القرار الاستثماري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر، 2006.
- ملزي عبد الرحمان، محاضرات في القانون البحري، جامعة الجزائر، 2006.
- مايدي عبد الرحمان، مخاطر التمويل في المصارف الإسلامية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010.
- فيلالي بومدين، الجوانبالقانونية والاقتصادية للاعتماد الايجاري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بلعباس، 2001.
- قاصدي صورايا، قواعد الاحتياط من المخاطر البنكية في النظام المصرفي الجزائري، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2004.
- قطوش حميد، تكييف البنوك التجارية مع اقتصاد السوق، تسيير المخاطرة البنكية، مذكرة ماجستير، العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2000.
- فهيمة قسوري، المسؤولية المدنية للإعتماد المستندي، رسالة دكتوراه في العلوم، القانون الخاص، جامعة بسكرة، 2016.
- سعدوني معمر، الحماية القانونية ضد المخاطر البنكية في ظل التحول نحو اقتصاد السوق، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2001.
- شامبي لينده، الائتمان المصرفي، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.

- القواميس:

- سهيل إدريس، وعبد النور جبور، المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار الآداب، بيروت، لبنان، الطبعة8، 1985.
- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، 1998.

8- المراجع باللغة الفرنسية:

أ- المراجع العامة بالفرنسية:

- Aglieta m, et Moutot p, le risque de système et sa prévention, paris, cahiers économique et monétaire, no41,1993.
- Afonsi Gérard, pratique de gestion et d'analyse financière, édition, d'organisation, paris, 1984.
- Amine trazi, risque bancaire déréglementation financière et réglementation prudentielle, paris, édition presse universitaire de limoge, 1996.
- BenHalima, amour, pratiques des techniques bancaires, édition dahleb, Algerie, 1997.
- Branlard, Paul, Jean, Droit du crédit, A engende,4éme édition,1997.
- Dekeuner Francoise, droit bancaire, édition dalloz, France, 1999.
- Gavalda, C et Stoufflet, j, droit commercial,chèque et effet de commerce, tome2, paris,1994,p. 115.
- Jean, Mondino, Y, Thomas, Le droit du crédit, Dunod, Paris,1992.
- Lacheb, Mahfoud, Droit bancaire, Imprimerie moderne des arts graphiques, 2001.
- Lamarque Eric, gestion bancaire, édition person, éducation canada,2003. -
- Peyrard, j, finance internationale d'entreprise, vuibert, paris, 1988.
- René, Roblot, Traité élémentaire de droit commercial,9éd, tome2, mise à jour, 1 septembre 1984
- Salah, Mohamed, Les sociétés commerciales, Tome1, édition Edik, Oran, 2005.

ب-المراجع الخاصة بالفرنسية:

- Amrouche Rachid, régulation, risque et contrôle bancaire, édition bibliopolis، Alger, 2004.
- Bastin, Jean, L'assurance-crédit,2éme édition, L. G. D. J, Paris,1993.
- Bouteclet, Blocaille, Droit du crédit, 2éme édition, masson, France,1995.
- Christian Larroumet, Les pools bancaires, La tribune de l'assurance 2000.
- Croq, Pierre, Propriété et garantie, L. G. D. J, Paris,1995.

- Hegner Philipe, La caution personnelle, 2éme 2dition, Rezelfels, Toulouse, 1996.
- Jean Pierre arrichi, et Jaque spindler, Les règles de prévention des risques, contrôle des activités bancaires et risques financiers, édition économica, Paris,1998.
- Legeais, Dominique, Sûretés et garanties du crédit, L. G. D. J, Paris,1995. -
- Remelleret. M, Les sûretés du crédit, clé édition banque, Paris, 1983. -

ج- المجلات:

- Barré, xavier, Lettres d'intentions, J. C. P, banque et crédit,1997.
- Kamel benkaldi, L'ANSEJ signe de nouvelles conventions, journal El watan, 25 octobre 2003. P5.
- Mathieu Michel, L'exploitant Bancaire et le risque de crédit, revue banque éditeur, 1995.
- Salah. M, Zéraoui Salah, Farha, Revue entreprise et commerce, Edik, Oran, N°1، 2005.

الفهرس

مقدمة 1
فصل تمهيدي: أساسيات عن مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية والضمانات 12
المبحث الأول: أساسيات عن نظام تمويل المؤسسة الاقتصادية 13
المطلب الأول: آليات التمويل التقليدية 13
الفرع الأول: التمويل قصير الأجل (Le financement à court terme) 13
أولا: الائتمان التجاري (Le crédit commercial) 13
ثانيا: القروض العامة (Les crédits globaux).....14
ثالثا: القروض الخاصة (Les crédits spécifique) 16
الفرع الثاني: التمويل متوسط الأجل (Le financement à moyen terme) 19
أولا: قروض المدة (Crédit de terme) 20
ثانيا: قروض التجهيزات (Crédits d'équipements) 21
الفرع الثالث: التمويل طويل الأجل (Le financement à long terme) 21
أولا: التمويل عن طريق الأسهم (Le financement par les actions).....22
ثانيا: التمويل عن طريق السندات (Le financement par les obligations) 23
المطلب الثاني: آليات التمويل المستحدثة 24
الفرع الأوّل: الاعتماد الايجاري (Le crédit-bail) 24
أولا: الاعتماد الايجاري العملي (Crédit-bail opérationnel) 25
ثانيا: الاعتماد الإيجاري المالي (Crédit-bail financier) 25
ثالثا: القرض الايجاري للمنقول (Crédit-bail mobilier) 26
رابعا: القرض الايجاري للعقار (Crédit-bail immobilier).....27
الفرع الثاني: التمويل عن طريق عقد تحويل الفاتورة (Le factoring) 27
أولا: حقوق أطراف عقد تحويل الفاتورة.....28
ثانيا: خدمات الفاكتورينغ 29
الفرع الثالث: التمويل عن طريق رأس المال المخاطر (Le capital-risque) 30
المطلب الثالث: آليات التمويل الإسلامية 31
الفرع الأول: المضاربة 31
الفرع الثاني: المشاركة 31
الفرع الثالث: المرابحة.....32
الفرع الرابع: الإجارة 33
أولا: الإجارة التّمليكية 33
ثانيا: الإجارة التشغيلية 33

المطلب الرابع: الإجراءات العملية لعملية التمويل 34
المبحث الثاني: أساسيات عن مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية 38
المطلب الأول: المخاطر المرتبطة بالمؤسسة الاقتصادية 38
الفرع الأول: الخطر القانوني (Le risque juridique) 38
أولا: مراعاة الشكل القانوني للمؤسسة 39
ثانيا: مراعاة الشروط الموضوعية 39
ثالثا: مراعاة الشروط الشكلية 41
رابعا: دراسة الجدوى القانونية 42
الفرع الثاني: الخطر البشري (Le risque d'humain) 43
أولا: حالات الخطر البشري 43
ثانيا: مسؤولية الإدارة 44
ثالثا: مراعاة الخطر البشري 45
الفرع الثالث: الخطر المالي (Le risque financier) 47
أولا: اعطاء المؤسسة وضعية مالية تتماشى وحجمها 48
ثانيا: اعطاء المؤسسة وضعية مالية تتماشى وطابعها الاقتصادي 48
ثالثا: مظاهر الخطر المالي 49
الفرع الرابع: الخطر الاستراتيجي (Le risque stratégique) 50
الفرع الخامس: خطر عدم التسديد (Risque de non remboursement) 52
أولا: المخاطر الخارجية (Les risques externe) 53
ثانيا: المخاطر الخاصة (Les risques propres) 55
المطلب الثاني: المخاطر المرتبطة بعمل البنك 60
الفرع الأول: خطر عدم السيولة (Risques d'il liquidité) 60
أولا: أسباب خطر عدم السيولة 63
ثانيا: الوقاية من خطر عدم السيولة 64
الفرع الثاني: خطر التجميد (Risque de l'immobilisation) 64
الفرع الثالث: خطر سعر الفائدة (Risque de taux d'intérêt) 67
أولا: أسباب تغير سعر الفائدة 69
ثانيا: نتائج خطر سعر الفائدة 69
الفرع الرابع: خطر سعر الصرف (Risque de taux de change) 70
الفرع الخامس: مخاطر أخرى (Autres risques) 73
المطلب الثالث: المخاطر المرتبطة بنظام التمويل الإسلامي 74
الفرع الأول: مخاطر التمويل بالمرابحة 74
الفرع الثاني: مخاطر التمويل بالمضاربة 75

الفرع الثالث: مخاطر التمويل بالمشاركة 76
الفرع الرابع: مخاطر التمويل بالإجارة 77
المبحث الثالث: أساسيات عن الضمانات 79
المطلب الأول: طبيعة الضمانات 79
الفرع الأول: تعريف الضمانات وأسباب اللجوء إليها 79
أولا: تعريف الضمانات 79
ثانيا: أسباب اللجوء إليها 80
الفرع الثاني: التمييز بين التأمينات والضمانات 81
أولا: التأمينات (Les suretés) 81
ثانيا: الضمانات (Les garanties) 82
الفرع الثالث: مبادئ الضمانات 82
المطلب الثاني: أهمية الضمانات 84
الفرع الأول: حالة البنك في حال عدم وجود ضمانات 84
أولا: جزاءات عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التأخر في تنفيذها 85
ثانيا: حق الضمان العام 86
الفرع الثاني: بعض الاعتبارات المتعلقة بالضمانات 89
أولا: قيمة الضمان 89
ثانيا: اختيار الضمانات 91
المطلب الثالث: أساسيات عن الضمانات البنكية الدولية 92
الفرع الأول: عموميات عن الضمانات البنكية الدولية 93
أولا: تعريف الضمانات البنكية الدولية 93
ثانيا: الأطراف المتدخلة في الضمان 93
ثالثا: أسباب اللجوء للضمانات 94
الفرع الثاني: أنواع الضمانات البنكية الدولية 94
أولا: أنواع الضمانات البنكية حسب الشكل 94
ثانيا: أنواع الضمانات البنكية حسب الموضوع 95
ثالثا: أنواع الضمانات حسب الأطراف 99
الباب الأول: الضمانات التقليدية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية 102
الفصل الأول: الضمانات الشخصية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية 102
المبحث الأول: الكفالة (Le cautionnement) 103
المطلب الأول: مفهوم الكفالة 104
الفرع الأول: تعريف الكفالة 104
الفرع الثاني: خصائص الكفالة 107

أولا: الكفالة عقد رضائي (contrat consensuel) 107
ثانيا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد (Contrat unilatéral) 107
ثالثا: الكفالة عقد تبرعي (Contrat libéralité) 108
رابعا: الكفالة عقد تبعي (Contrat subordonné) 108
الفرع الثالث: أنواع الكفالة 109
أولا: الكفالة الاتفاقية والقانونية والقضائية 109
ثانيا: الكفالة الشخصية والكفالة العينية 110
ثالثا: الكفالة التجارية (Le cautionnement commercial) 110
رابعا: الكفالة البسيطة والكفالة التضامنية 111
خامسا: الكفالة البنكية (Cautionnement Bancaire) 112
المطلب الثاني: التزام الكفيل 112
الفرع الأول: شروط انعقاد الكفالة 113
أولا: الرضا (Le consentement) 113
ثانيا: الأهلية (La capacité) 118
ثالثا: المحل (L'objet) 125
رابعا: السبب (La cause) 134
الفرع الثاني: نطاق التزام الكفيل 136
أولا: نطاق التزام الكفيل من حيث الموضوع 136
ثانيا: نطاق التزام الكفيل من حيث الأشخاص 138
الفرع الثالث: آثار الكفالة (Des effets du contrat) 139
أولا: علاقة الدائن بالمدين الأصلي 140
ثانيا: علاقة الدائن بالكفيل 140
ثالثا: علاقة الكفيل بالمدين 143
الفرع الرابع: حالات انقضاء الكفالة 143
أولا: انقضاء الدين الأصلي 144
ثانيا: خطأ البنك الدائن 144
ثالثا: التغير الطارئ على المكفول 145
رابعا: تحلل الكفيل من التزامه 146
خامسا: حالة إفلاس المؤسسة 146
المطلب الثالث: تقييم فعالية الكفالة 147
المبحث الثاني: الضمان الاحتياطي (L'aval) 149
المطلب الأول: مفهوم الضمان الاحتياطي 149
الفرع الأول: تعريف الضمان الاحتياطي 149

الفرع الثاني: خصائص الضمان الاحتياطي 151
المطلب الثاني: شروط صحة الضمان الاحتياطي وآثاره 152
الفرع الأول: شروط صحة الضمان الاحتياطي 152
أولا: الشروط الموضوعية 152
الفرع الثاني: آثار الضمان الاحتياطي (Des effet d'aval) 158
أولا: علاقة الضامن الاحتياطي بالبنك الدائن 158
ثانيا: علاقة الضامن الاحتياطي بالمدين المضمون 160
ثالثا: علاقة الضامن الاحتياطي بالموقعين الآخرين على السند 160
المطلب الثالث: تقييم فعالية الضمان الاحتياطي 161
الفصل الثاني: الضمانات العينية من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية 163
المبحث الأول: الرهن الرسمي (L'hypothèque) 164
المطلب الأول: طرق إنشاء الرهن الرسمي 165
الفرع الأول: الرهن الرسمي الاتفاقي (Hypothèque amiable) 166
أولا: الشروط الشكلية 166
ثانيا: الشروط الموضوعية 167
الفرع الثاني: الرهن القانوني (Hypothèque légale) 171
أولا: شروط الرهن القانوني 171
ثانيا: آثار الرهن القانوني 174
ثالثا: تقييم فعالية الرهن القانوني 175
الفرع الثالث: الرهن القضائي (Hypothèque judiciaire) 176
أولا: شروط الرهن القضائي 177
ثانيا: إجراءات الحصول على رهن قضائي 180
ثالثا: تقييم فعالية الرهن القضائي 182
المطلب الثاني: آثار الرهن الرسمي وحالات انقضائه 182
الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي 182
أولا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين 183
ثانيا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير 186
الفرع الثاني: حالات انقضاء الرهن الرسمي 196
أولا: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية 197
ثانيا: انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية 197
المطلب الثالث: تقييم فعالية الرهن الرسمي 198
المبحث الثاني: الرهن الحيازي (Nantissement) 203
المطلب الأول: القواعد العامة للرهن الحيازي وحالات انقضائه 204

الفرع الأول: القواعد العامة للرهن الحيازي 205
أولا: شروط صحة الرهن الحيازي 205
ثانيا: آثار عقد الرهن الحيازي 207
الفرع الثاني: حالات انقضاء الرهن الحيازي 215
أولا: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية 216
ثانيا: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية 216
المطلب الثاني: أنواع الرهن الحيازي 216
الفرع الأول: الرهن الحيازي مع نقل الحيازة (Nantissement avec dépossession)..... 217
أولا: الرهن الحيازي للصفقات (Nantissement de marchés) 217
ثانيا: الرهن الحيازي لسندات الصندوق (Bons de caisse) 219
ثالثا: الرهن الحيازي للأوراق التجارية (Nantissement d'effets de commerce) 220
رابعا: رهن الأوراق المالية (Les valeurs mobilières) 222
خامسا: الرهن الحيازي للدين (Nantissement de créance)..... 224
سادسا: الرهن الحيازي للبضائع (Warrantage de marchandises) 226
الفرع الثاني: الرهن الحيازي دون نقل الحيازة (Le gage sans dépossession) 227
أولا: الرهن الحيازي للمحل التجاري (Le gage du fonds de commerce) 227
ثانيا: الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز 242
ثالثا: إشكالية الرهن الحيازي للسيارات 245
رابعا: الرهن البحري 247
المطلب الثالث: تقييم فعالية الرهن الحيازي 249
الفرع الأول: تقييم الرهن الحيازي بصفة إجمالية 249
الفرع الثاني: تقييم الرهن الحيازي بصفة تفصيلية 251
المطلب الأول: القواعد العامة لحقوق الامتياز 253
المطلب الثاني: امتياز البنوك 255
المطلب الثالث: تقييم فعالية حقوق الامتياز 256
الباب الثاني: الضمانات المستحدثة في الحماية من مخاطر التمويل 260
الفصل الأول: الضمانات الناشئة عن الممارسات البنكية 261
المبحث الأول: آلية التأمين (L'assurance) 261
المطلب الأول: مفهوم عقد التأمين 262
الفرع الأول: تعريف عقد التأمين 262
الفرع الثاني: خصائص عقد التأمين 263
أولا: عقد احتمالي (Contrat aléatoire) 263
ثانيا: عقد معاوضة (Contrat commutatif) 263

ثالثا: عقد ملزم لجانبين (Contrat synallagmatique) 264
رابعا: عقد مستمر (Contrat successif) 264
خامسا: عقد إذعان (Contrat d'adhésion) 264
الفرع الثالث: شروط عقد التأمين 264
أولا: الشروط الموضوعية العامة 264
ثانيا: الشروط الشكلية 265
الفرع الرابع: دعاوى التأمين 265
أولا: الاختصاص النوعي لدعاوى التأمين (Compétence d'attribution) 266
ثانيا: الاختصاص المحلي لدعاوى التأمين (Compétence territoriale) 266
ثالثا: تقادم دعوى التأمين 266
المطلب الثاني: أنواع التأمين 266
الفرع الأول: التأمين ضد مخاطر العجز والوفاة (L'assurance-invalidité et mort) 266
الفرع الثاني: تأمين الائتمان (L'assurance-crédit) 268
أولا: تعريف تأمين الائتمان 268
ثانيا: صور تأمين الائتمان 269
المطلب الثالث: تأمين الائتمان بين المبادئ وتحقيق الضمان 273
الفرع الأول: مبادئ تأمين الائتمان 273
أولا: الشيء المضمون 273
ثانيا: طبيعة الخطر المضمون 273
ثالثا: المصلحة في التأمين على القرض 274
رابعا: التحكم في الخطر 275
الفرع الثاني: تحقيق الضمان لصالح البنك 275
أولا: الوسائل القانونية لتحقيق الضمان 275
ثانيا: الإجراءات القانونية لتحصيل الضمان 276
الفرع الثالث: تقييم فعالية تأمين الائتمان 277
المبحث الثاني: خطاب الضمان (Lettre de garantie) (Lettre d'intention) 279
المطلب الأول: خطاب الضمان على المستوى الداخلي 280
الفرع الأول: خطابات ضمان لا تتضمن التزام قانوني 281
الفرع الثاني: خطابات ضمان متضمنة التزام قانوني 281
الفرع الثالث: خطابات الضمان التي تشكل كفالات حقيقية 282
المطلب الثاني: خطاب الضمان على المستوى الدولي 284
المبحث الثالث: حق الملكية كضمان 288
المطلب الأول: القواعد العامة للاعتماد الايجاري 291

المطلب الثاني: الإجراءات العملية للتمويل بصيغة الاعتماد الايجاري 293
المطلب الثالث: الضمانات الممنوحة للبنك المؤجر 295
الفرع الأول: الإجراءات المتبعة لتحقيق الضمان 295
أولا: الشهر القانوني للاعتماد الايجاري 296
ثانيا: الشهر المحاسبي للاعتماد الايجاري 299
الفرع الثاني: تحقيق الضمان 301
المبحث الرابع: الضمان المالي 306
المطلب الأول: أطراف الضمان المالي 307
الفرع الأول: المؤسسة التي صدر الضمان لصالحها 307
أولا: التعريف بهذا النوع من المؤسسات 308
الفرع الثاني: البنك المستفيد من الضمان 310
الفرع الثالث: المؤسسة مانحة الضمان 311
أولا: صندوق الكفالة المشتركة 311
ثانيا: الصندوقان المخصصان لضمان القروض الموجهة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة 313
المطلب الثاني: تحقيق الضمان لصالح البنوك 314
الفرع الأول: على مستوى صندوق الكفالة المشتركة 315
الفرع الثاني: على مستوى صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة 316
الفرع الثالث: على مستوى صندوق ضمان قروض الاستثمارات للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة 317
المطلب الثالث: تقييم فعالية الضمان المالي 318
الفرع الأول: أهمية الضمان المالي 318
الفرع الثاني: محدودية فعالية الضمان المالي 319
الفصل الثاني: الضمانات بمعناها الواسع 323
المبحث الأول: تشخيص المؤسسة الاقتصادية 324
المطلب الأول: تشخيص عناصر المؤسسة الاقتصادية 324
الفرع الأول: تشخيص العناصر العامة 325
أولا: الإطار القانوني للمؤسسة 325
ثانيا: تحليل الوظيفة الإدارية 326
ثالثا: دراسة السوق 328
رابعا: الدراسة الصناعية 329
الفرع الثاني: تشخيص الجانب المالي للمؤسسة 330
المطلب الثاني: الاستعلام البنكي 331
الفرع الأول: الهيئات المختصة بالشهر والقيد 332
الفرع الثاني: الهيئات المصرفية والمتعاملين مع المؤسسة 333

الفرع الثالث: تقرير محافظ الحسابات 334
الفرع الرابع: الوثائق المالية والمحاسبية 334
الفرع الخامس: المعاينة الميدانية 335
المبحث الثاني: قواعد الحيطة والحذر 336
المطلب الأول: القواعد المتعلقة بالنسب المالية 337
الفرع الأول: قاعدة نسبة الأموال الخاصة بالبنك 337
الفرع الثاني: قاعدة نسبة الملاءة 338
الفرع الثالث: قاعدة نسبة توزيع أو تقسيم المخاطر 341
الفرع الرابع: الوضعية العامة لنسبة الصرف 343
المطلب الثاني: القواعد المتعلقة بمنح الائتمان 344
الفرع الأول: الديون الجارية 345
الفرع الثاني: الديون المصنفة 345
أولا: الديون ذات المشاكل الممكنة 345
ثانيا: الديون الأكثر خطورة 346
ثالثا: الديون الميؤوس منها 346
المطلب الثالث: تقييم فعالية قواعد الحيطة والحذر 346
المبحث الثالث: آلية الرقابة 351
المطلب الأول: أجهزة الرقابة 351
الفرع الأول: مركزية المخاطر 352
الفرع الثاني: مركزية المستحقات غير المدفوعة 354
الفرع الثالث: مركزية الميزانيات 354
الفرع الرابع: اللجنة المصرفية 355
المطلب الثاني: الرقابة التي تنفرد بها البنوك الإسلامية 358
الفرع الأول: المتابعة 358
الفرع الثاني: الرقابة الشرعية 359
المطلب الثالث: تقييم مدى فعالية آلية الرقابة 360
الفرع الأول: فعالية آلية الرقابة 360
الفرع الثاني: نقائص آلية الرقابة 361
الخاتمة: 366
الملاحق 375
قائمة المراجع 439
الفهرس 456

ملخص: الضمانات من مخاطر تمويل المؤسسة الاقتصادية

إنّ التمويل عملية هامة بالنسبة للبنك وللمؤسسة الاقتصادية. فبالنسبة للبنك هو من صميم وظائفه، أمّا المؤسسة الاقتصادية به تسير عملية الانتاج. لكن ذلك لا يخلو من مخاطر. أبرزها خطر عدم التسديد وخطر سعر الفائدة وسعر الصرف وخطر السيولة.

لذلك جرت العادة أنّ البنك متى قام بعملية التمويل فإنّه يطلب ضمانات تقليدية؛ الضمانات الشخصية والضمانات الحقيقية. إلى الضمانات المستحدثة؛ التأمين وخطاب الضمان والضمان المالي وحق الملكية كضمان. فالضمانات بمعناها الواسع؛ وهي كل آلية يمكن للبنك استعمالها لحماية ائتمانه؛ القواعد الاحترازية وآلية الرقابة المصرفية.

إنّ آليات التمويل في تطور،وبالمقابل المخاطر المرتبطة بها هي كذلك في تطور، لذلك يجب أن تكون وسائل الحماية هي كذلك في تطور مستمر، وهذا لما تتعرض له البنوك من أزمات حتى أصبحنا أمام أزمات مالية تنذر بإفلاس دول وليس بنوكا ومؤسسات مالية فحسب هذا من جهة، ومن جهة ثانية لما تعرفه الضمانات التقليدية من أزمة، أصبحت بموجبها لا تحقق الفعالية المنشودة في حماية الائتمان، فهي اليوم مجرد وسيلة تهديد المدين أو مخرج انقاذ، لذلك لابد من إحداث تغييرات على الضمانات التقليدية بما يخدم مصلحة الدائن كما فعل المشرع المصري والفرنسي.

الكلمات المفتاحية: مؤسسة اقتصادية; بنك; تمويل; مخاطر; الضمانات الشخصية; الضمانات الحقيقية; القواعد الاحترازية; الرقابة المصرفية.

Abstract: Guarantees against the risks of financing the economic enterprise

Financing is an important process for the Bank and the Economic enterprise. For the bank is at the heart of its functions, and the economic society is in the process of production. But that is not without risks. Most notably the risk of non-payment, interest rate risk, exchange rate and liquidity risk.

There fore, it is customary that the bank, once it has carried out the financing process, requires traditional guarantees, personal guarantees and real guarantees. and new guarantees; insurance; the guarantee letter; the financial guarantee; and the right of title as collateral. Guarantees in their broadest sense, any mechanism the bank can use to protect its credit, prudential rules and banking supervision mechanism.

The mechanisms of finance are developing, and the risks associated with them are also in development. Therefore, the means of protection must also be in constant development. This is because the banks are exposed to crises until we are facing financial crises that threaten the bankruptcy of countries, not only banks and financial institutions. , And on the other hand, what traditional guarantees of a crises is are known to mean that they do not achieve the desired effectiveness in the protection of credit. Today they are merely a means of threatening the debtor or a bailout.Therefore, it is necessary to make changes to traditional guarantees in the interest of the creditor as did the Egyptian and French legislators.

Keywords: economic enterprise; bank; financing**;** risks; personal guarantees; real guarantees; precautionary rules; banking supervision.

Résumé : Garanties contre les risques de financement de l'entreprise économique

Le financement est un processus important pour la Banque et l'entreprise économique. Car la banque est au cœur de ses fonctions, et l'entreprise économique est en cours de production. Mais ce n'est pas sans risques. Plus particulièrement le risque de non-paiement, le risque de taux d'intérêt, le taux de change et le risque de liquidité.

Par conséquent, il est habituel que la banque, une fois qu'elle ait procédé au processus de financement, exige des garanties traditionnelles ; des garanties personnelles et des garanties réelles. et nouvelles garanties ; L'assurance, la lettre de garantie, la garantie financière et le droit de propriété en garantie. et Garanties dans leur sens le plus large, tout mécanisme que la banque peut utiliser pour protéger son crédit, ses règles prudentielles et son mécanisme de supervision bancaire.

Les mécanismes de financement se développent et les risques associés à eux sont également en développement. Par conséquent, les moyens de protection doivent également être en constante évolution. Les banques sont exposées à des crises jusqu'à ce que nous traversons des crises financières qui menacent la faillite des pays, pas seulement les banques et les établissements financières. Et, d'autre part, quelles sont les garanties traditionnelles d'une crise qui signifient qu'elles n'atteignent pas l'efficacité souhaitée dans la protection du crédit. Aujourd'hui, elles ne constituent qu'un moyen de menacer le débiteur ou un plan de sauvetage. Par conséquent, il est nécessaire d'apporter des modifications aux garanties traditionnelles dans l'intérêt du créancier, tout comme les législateurs égyptiens et français.

Mots-clés : entreprise économique ; banque, financement, risques; garantie personnelle; garantie réels; Règles prudentielles; controle bancaire.