

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

1985



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون أعمال

كلية: الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

ضمانات تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية في التشريع الجزائري (الضمانات الكلاسيكية)

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون اعمال

إشراف الدكتور:

دراج عبد الوهاب

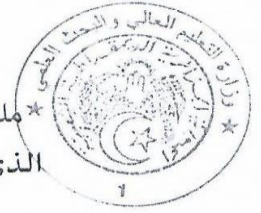
إعداد الطالب:

دبش رفيق

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
بوضياف الخير	دكتور	جامعة المسيلة	رئيسا
دراج عبد الوهاب	دكتور	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
كباهم سامي	دكتور	جامعة المسيلة	مناقشا

تاريخ المناقشة: 2024/06/22



ملحق بالقرار رقم 10821... المؤرخ في 27 ديسمبر 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد(ة): ديبنا ديفيقا الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب
الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 209496010 والصادرة بتاريخ 2023/08/22
المسجل (ة) بكلية / معهد العلوم السياسية قسم الحقوق ممارقانون أعمال
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: تحميل ديون البنوك والمسئوليات المالية في التصريح
الجزائري خارج الضمانات الكلاسيكية

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 11/06/2024.....

توقيع المعني (ة)

إهداء

إلى منبت الخير والتضحية والإيثار، ومن كان له
الفضل الأول في بلوغي ما أنا عليه الآن
والذي العزيز، أطال الله في عُمره.
إلى من وضعتني على طريق الحياة، وراعتني حتى
صرت كبيرًا.

أمي الغالية، طيّب الله ثراها.

إلى إخوتي الصغار؛ أسأل المولى تعالى أن يحفظهم
من كل سوء.

إلى جميع أساتذتي الكرام؛ من سهبوا على تعليمنا
أبجديات القانون، جزاهم الله خيرا.

وإلى أصدقائي الأعماء، أمين، أسامة، حمودة،
إبراهيم، عزوز، خالد، محمد، ياسين. رؤوف

وأخيرا إلى زميلة الدراسة خديجة سدد الله خطاها.

دبش رفيق

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لنا طريق العلم ووفقنا
لإنجاز هذه الرسالة العلمية و أنعم علينا
بالسداد رغم الكثير من الصعوبات.

أود أن أعرب عن امتناني وشكري الكبير
لأستاذي القدير حفظه الله " بوخرص عبد
العزیز" الذي مد لي يد العون وكان له فضل
في إنجاز هذا البحث.

وكل الشكر لأساتذة قسم الحقوق الذين
درسوني أبجديات القانون خاصة الأستاذ
القدير " فنيش بدر الدين "

دبش رفيق

قائمة المختصرات

ط: طبعة

د.ط: دون طبعة

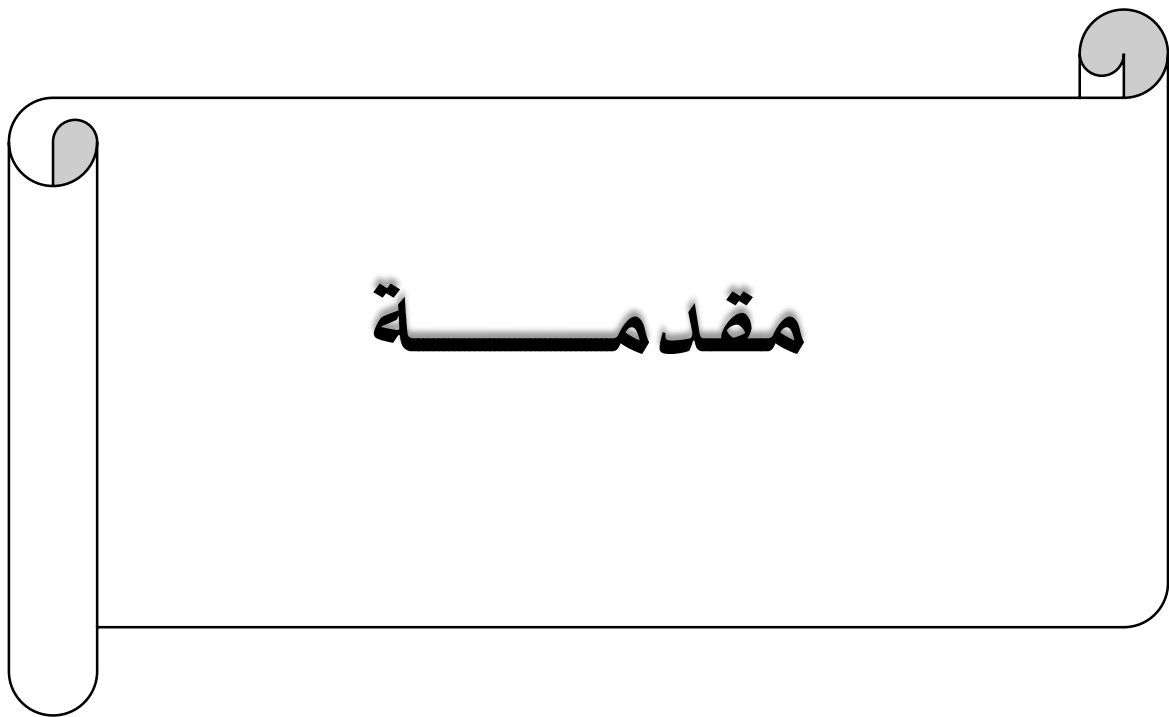
ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ص: صفحة

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري

ق.م.م: القانون المدني المصري



مقدمة

يشكل القطاع المصرفي المحرك الأساسي للنمو الاقتصادي لأي دولة، والجزائر تشريعيا عملت جاهدة منذ استقلالها من أجل إصلاح وتطوير هذا القطاع بما يتناسب مع التحولات الاقتصادية في العالم، ولعل أهمها هو إصدار القانون 90-10 المتعلق بقانون النقد والقرض المعدل بالقانون 03-11، الذي قام بخصوصية البنوك والمؤسسات المالية التي تحررت من ظل الدولة وأصبحت تعمل ضمن نطاق اقتصادي حر، وسمح باستقطاب الاستثمارات الخارجية في المجال البنكي مما أدى بدوره للنهوض بالاقتصاد الوطني عن طريق منح القروض الاستثمارية وتوفير الخدمات المالية. ثم أصدر المشرع الجزائري حديثا القانون 23-09 المتضمن القانون النقدي والمصرفي الذي أدخل آليات جديدة للسياسة النقدية مع إمكانية تكييفها مع خصوصيات العمليات البنكية وأبرزها الصيرفة الإسلامية. ويعتبر البنك القطعة الرئيسية للقطاع المصرفي حيث يكمن نشاطه الأساسي في منح القروض للأفراد والمشاريع مقابل تقديم ضمانات تشرطها البنوك على طالب القرض، لذا قد سعى المشرع للبحث عن ضمانات أكثر كفاية لتحقيق الثقة والائتمان بين البنك وعميله. والمقصود بالضمانات هي الوسائل التي تحمي البنك الدائن من خطر عدم تمكنه من استيفاء حقه من مدينه اذا تعذر وفاء هذا الأخير، فقد وضع المشرع في يد البنك الدائن آليات قانونية من أجل ضمان تحصيل دينه، تتمثل في التأمينات العامة أو ما يسمى ب "الضمان العام" الذي نص عليه في المادة 188 ق.م.ج، وقد بين وسائل المحافظة عليه كالدعوى الغير المباشرة والدعوى البوليصية، وتأمينات خاصة أو ما يسمى بالضمانات الشخصية والعينية، حيث تمثل هذه الأخيرة الضمانات الأكثر شيوعا في مجال منح القروض نظرا لفعاليتها وتأثيرها القوي على عنصر الثقة والائتمان بين البنك وعميله.

ولعل أبرز هاته الضمانات هو الكفالة الذي نظمها المشرع أحكامه في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني من القانون المدني، والرهن الرسمي الذي يعد النموذج الأمثل للضمانات العينية الذي تكفل بتنظيمه في الباب الأول من الكتاب الرابع من نفس القانون. بالإضافة للضمان الاحتياطي والرهن الحيازي، وتوجد ضمانات أخرى قد استحدثها المشرع

تواكبا مع التطور المصرفي الحاصل في العالم كالتوريق المصرفي والضمان المالي، التي كنا بصدد دراستها أيضا لكن نظرا لضيق الوقت تعذر علينا ذلك. في العموم، كل هذه الضمانات لها هدف واحد وهو ضمان تحصيل البنوك لديونها.

أهمية الموضوع:

ترجع أهمية موضوعنا الذي يتمحور حول " ضمانات تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية " تحديدا الضمانات الكلاسيكية، إلى أنها تلعب دورا هاما في حماية البنك الدائن من خطر عدم سداد مبلغ القرض من طرف المدين، وتوفر عنصري الثقة والائتمان بين البنك وعميله لأن الائتمان يعتبر المحور الرئيسي لعمل البنوك.

أهداف الدراسة:

لا يوجد بحث ليس من ورائه غاية، وسنختصر أهداف دراستنا لهذا الموضوع في النقاط التالية:

- تحديد أهم الضمانات الكلاسيكية من ضمانات شخصية وعينية التي تشترطها البنوك على طالب القرض.
- دراسة الضمانات الشخصية من كفالة وضمن احتياطي والتعرف على كيفية تنظيم المشرع الجزائري لها.
- دراسة الضمانات العينية من رهن رسمي ورهن حيازي والتعرف على كيفية تنظيم المشرع الجزائري لها.
- إبراز دور الضمانات الكلاسيكية في ضمان تحصيل البنوك لديونها.
- الوصول إلى أهم الضمانات والأكثر نجاعة التي خلقت جوا من الائتمان البنكي.

أسباب اختيار الموضوع:

قد فضلنا دراسة هذا الموضوع لأسباب عديدة نذكر أهمها:

- الاهتمام الشخصي بالمواضيع التي تتعلق بالقروض البنكية.
- الميول والشغف الشخصي للمجال المصرفي والقوانين المنظمة لها.

- يعد هذا الموضوع من المواضيع غير المستهلكة كثيرا من طرف الباحثين.
- محاولة تسليط الضوء على دور الضمانات الكلاسيكية في خلق الائتمان البنكي وتوفير الحماية للبنك.

صعوبات الدراسة:

- ككل بحث علمي، يواجه الطالب عدة صعوبات لعل أبرزها:
 - توسع وتعقيد الموضوع، بحيث كل جزئية منه تصلح لأن تكون موضوع بحث يحتاج لدراسته ومعالجته.
 - قلة المراجع، حيث إن أغلب المراجع المتوفرة تدرس القواعد العامة للضمانات فقط.
 - عامل الوقت الذي لا يتناسب مع حجم الموضوع.
- ### الإشكالية:

يتمثل الإشكال الرئيسي لبحثنا في التساؤل التالي:

هل الضمانات الكلاسيكية كافية بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية

من أجل تحصيل ديونها؟ وما مدى الحاجة إلى البحث عن ضمانات حديثة؟

وهذه الإشكالية بدورها تتفرع عنها عدة تساؤلات حاولنا جاهدين للإجابة عنها تتمثل في:

- فيما تتمثل الضمانات الشخصية وفيما يتمثل دورها في ضمان القروض؟

- ماهي الكفالة؟ وما هو الضمان الاحتياطي؟

- فيما تتمثل الضمانات العينية وفيما يتمثل دورها في ضمان القروض؟

- ما هو الرهن الرسمي؟ وما هو الرهن الحيازي؟

- هل وفق المشرع الجزائري في وضع نظام قانوني لهذه الضمانات؟

الدراسات السابقة:

في صدد دراستنا لموضوعنا المتمحور حول "ضمانات تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية" لاحظنا نوعا من الندرة في الدراسات التي تتناول الموضوع بشكل خاص كون أغلب الكتب تتناول الضمانات في القواعد العامة، لكن توجد بعضها التي اعتمدنا قليلا عليها من بينها:

- شميل كمال، التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية، مذكرة ماجيستر

- ونوغي غادة، ضمانات القروض البنكية، مذكرة ماستر

المنهج المتبع:

اقتضت طبيعة موضوعنا انتهاج منهج التعددية المنهجية، وفي هذا الصدد تم الجمع بين المنهجين الوصفي والتحليلي، لما في الوصف من عرض الإطار المفاهيمي لهذه الضمانات عن طريق تعريفها وعرض خصائصها وشروطها والآثار التي تترتب عليها، ولما في التحليل من تحليل للنصوص القانونية التي نظمت أحكامها، مع الاستعانة بآراء الفقهاء، وكذلك الأعراف، والعادات البنكية ذات العلاقة بموضوع البحث.

خطة البحث:

من أجل الإجابة عن الإشكالية المطروحة أعلاه، وتأسيسا للمنهج المذكور، ونظرا لتعمق الموضوع قمنا بتقسيم دراستنا لفصلين، قد خصص الفصل الأول للحديث عن الضمانات الشخصية الذي بدوره ينقسم لمبحثين، مبحث أول تناولنا فيه عقد الكفالة ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية، بينما درسنا في المبحث الثاني الضمان الاحتياطي. أما الفصل الثاني فقد خصص لدراسة الضمانات العينية، قسم لمبحث أول تم التطرق فيه للرهن الرسمي، ومبحث ثان تناولنا فيه الرهن الحيازي.

الفصل الأول:

الضمانات الشخصية لتحصيل ديون
البنوك والمؤسسات المالية

تمهيد

تلعب الضمانات الشخصية دورا كبيرا في عملية منح القروض للغير، حيث تبعث على البنك المقرض الائتمان والثقة من أجل تحصيل أمواله في حال عدم استيفاء حقه من المدين المقرض، و المقصود بالضمانات الشخصية هي تأمينات يتعدد فيها المسؤولون عن تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، فإذا لم يوف المدين التزامه يرجع الدائن على الذمة الأخرى حيث يتم تدخل شخص آخر غير المقرض فيتعهد بدوره بسداد مبلغ القرض فيعتبر ضامنا للمدين، و ستمحور دراستنا في هذا الفصل حول الضمانات الأكثر شيوعا في المجال البنكي، حيث سنتناول الكفالة التي تعد النموذج الأمثل للضمانات الشخصية. والضمان الاحتياطي الذي يعد شكلا من أشكال الكفالة. ولم ينظم المشرع الجزائري الضمانات الشخصية لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية في تشريع مستقل، إنما تخضع للقواعد العامة حيث نظم أحكام عقد الكفالة في نصوص مواد الكتاب الثاني المخصص للالتزامات والعقود تحديد في الباب الحادي عشر من ق.م.ج، ونص على أحكام الضمان الاحتياطي في بعض نصوص القانون التجاري. وقد سعى بالإضافة للتجارب البنكية والعرف البنكي الناتج عنها لخلق عادات وصيغ لاختيار التأمينات، حيث إذا تعلق الأمر بقروض قصيرة الأجل التي تكون فيها آجال التسديد قريبة واحتمالات تسديد المبلغ ليست بضميلة ففي هذه الحالة يكتفي البنك باشتراط البنك للكفالة أو الضمان الاحتياطي كضمان لتحصيل مبلغ القرض.

وبالتالي، تم تقسيم هذا الفصل لمبحثين، عقد الكفالة ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية في (المبحث الأول)، والضمان الاحتياطي ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: عقد الكفالة ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية

يمكن لنا القول إن الكفالة هي النموذج الأمثل للضمانات أو التأمينات الشخصية التي تعتمد عليها البنوك في منح القروض، نظرا لسهولة إجرائها وقلّة الإجراءات المتبع فيها، حيث يكتفي فيه المدين بتقديم شخص ثالث يدعى الكفيل للبنك، حيث يكون ضامنا له في حال لم يوف بالتزاماته الناتجة عن عقد القرض، وتكون ذمته وذمة المدين على قدم المساواة، ويرجع عليه البنك بعد الرجوع على المدين من أجل استيفاء حقه.

ومن أجل دراستنا لعقد الكفالة تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سندرس في المطلب الأول الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة من حيث تعريفه، خصائصه والشروط الواجب توافرها في الكفيل، وفي المطلب الثاني سنتناول الآثار المترتبة عن عقد الكفالة كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة

من أجل تحديد الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة، قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى (فرع أول) نتناول فيه تعريف عقد الكفالة، و(فرع ثان) نبين فيه الخصائص التي يتميز بها عقد الكفالة، و(فرع ثالث) وأخير ندرس فيه الشروط التي اشترطها المشرع في الكفيل الذي يقدمه المدين.

الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة

سنعرض تعريف الكفالة لغة، اصطلاحاً وكيف عرفها المشرع الجزائري.

أولاً: تعريف الكفالة لغة

الضم، والضمان، يقال: كفل عنه المال لغريمه ويقال له ولها: كفيل، والجمع: كفلاء، قال الله تعالى: " وكفلها

زكريا "1

ثانياً: تعريف الكفالة اصطلاحاً

هو عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل والدائن شخص آخر، يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء

بالدين الذي له على المدين².

أو ضم ذمة الكفيل الى ذمة الشخص الأصلي مطالبة دون الدين، فيكون الدين باقياً في ذمة الشخص الأصلي كما كان. وتعد أيضاً الكفالة فعل حالي هدفه هو الاحتياط ضد احتمالات سيئة في المستقبل. ولا يمكن أن يتدخل الكفيل بشكل فعلي إلا إذا تحققت هذه الاحتمالات السيئة المتمثلة في عدم تمكن المدين من الوفاء بالتزاماته تجاه البنك³.

ثالثاً: تعريف المشرع الجزائري لعقد الكفالة

عرف المشرع الكفالة في المادة 644 ق.م.ج بأنها: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام، بأن

بتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه "4.

من خلال استقراء نص المادة نسجل عدة نقاط وملاحظات نختصرها فيما يلي:

■ أولاً، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد عرف الكفالة على أساس أنها عقد، أي لها أركان وشروط موضوعية عامة وشكلية لصحتها.

بما أن طرفي عقد الكفالة هما الكفيل والدائن، تنعقد الكفالة بشكل صحيح دون علم المدين ولا تؤخذ

إرادته بعين الاعتبار، حتى لو اعترض، لأنه لا يعد طرفاً في العقد وهذا ما تؤكدته المادة 647 ق.م.ج: " تجوز

كفالة المدين بغير علمه، وتجاوز أيضاً رغم معارضته ".

¹ _ سورة آل عمران، الآية 37

² _ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 13

³ _ الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 07، 2010، ص 163

⁴ _ أمر 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لعام 2007، ج.ر.ج، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975

■ ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون الدين الأصلي قد نشأ وقت إبرام عقد الكفالة، فيجوز العقد لكفالة الالتزامات المستقبلية، والالتزامات المعلقة على شرط¹، وهذا ما تؤكدته المادة 1/650 ق.م.ج بقولها:

" تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط "

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة

من خلال استقراء المادة 644 ق.م.ج أعلاه يتضح لنا أن لعقد الكفالة خمسة (5) خصائص، أولاً أنها عقد ضمان شخصي، عقد تابع، عقد ملزم لجانب واحد، عقد تبرع وعقد رضائي، نفضها كما يلي:

أولاً: عقد ضمان شخصي

بمعنى أنها وسيلة تضمن استيفاء حق الدائن من مدينه إذا لم يف به هذا الأخير عند حلول ميعاد الاستحقاق، ونقصد بمصطلح " شخصي " أن عقد الكفالة يصنف ضمن التأمينات الشخصية، بمعنى أنه عندما تضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين في هذا العقد، يكون مسؤولاً شخصياً بالوفاء بما على المدين من دين لصالح الدائن، وتشمل جميع أمواله وليس جزءاً معيناً منه تطبيقاً لمبدأ الضمان العام. ونتيجة لذلك فإن أخطار هذا المبدأ التي يتعرض لها الدائن في رجوعه على مدينه يتعرض لها في رجوعه على الكفيل وهي اعسار المدين أو اعسار الكفيل².

ثانياً: عقد تابع

أي أن التزام الكفيل في عقد الكفالة يبقى تابعا لالتزام المدين، سواء من ناحية صحته أو بطلانه، نتيجة لهذا لا يجوز على البنك الدائن أن يرجع على الكفيل قبل أن يرجع على المدين، نفس الشيء بالنسبة للتنفيذ على الأموال، إضافة لذلك يكون التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول، أي لا يكون مبلغ التزام الكفيل أكبر من مبلغ التزام المدين، تجدر الإشارة أن هناك بعض الاستثناءات فيما يخص هذه الخاصية تتمثل في:

- يخضع العقد الأصلي للقواعد العامة في الاثبات، أما عقد الكفالة يشترط الكتابة
- سقوط أجل الدين الأصلي لا يؤدي لسقوط الأجل في مواجهة الكفيل.
- صحة التزام الكفيل بالرغم من أن التزام المدين قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية متى كانت هذه الأخيرة هي السبب الذي دفع الكفيل لكفالة المدين، ففي هذه الحالة لا يمكن له الاحتجاج بسقوط التزامه بسبب قابلية الالتزام الأصلي للبطلان، متمسكاً بذلك بقاعدة التبعية³.

¹ _ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 14

² - نفس المرجع، ص 15

³ _ سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص 15

ثالثا: عقد ملزم لجانب واحد

يتميز عقد الكفالة بأنه ملزم لجانب واحد وهو الطرف الكفيل، أما المدين فهو الطرف المستفيد أي لا يلتزم بشيء نحو الكفيل، إلا في حالة إذا التزم المدين تجاه الكفيل بتقديم أداء معين مقابل قبوله الكفالة، فيصبح هنا العقد ملزما للجانبين. وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فليس ذلك معناه أن الكفالة إرادة منفردة تصدر من جانب واحد، بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن. ولا يتم بإرادة الكفيل وحده ولو أن الكفالة لمصلحة الدائن¹.

رابعا: عقد تبرع

الأصل أن الكفيل يلتزم بالكفالة دون مقابل ويُعد بذلك متبرعا، فيتطلب ذلك أن يكون للكفيل أهلية التبرع أي أهلية الأداء الكاملة (87 سنة غير محجور عليه طبقا للمادة 61 ق.م.ج)، كما أن اعتبار الكفالة تبرعا يجعلها عرضة للطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرف من طرف دائي الكفيل. أما بالنسبة للدائن فإن الكفالة تعتبر من حيث الأصل عقدا نافعا نفعيا محضا ويكفي فيه التمييز أي أهلية الأداء الناقصة.

خامسا: عقد رضائي

من خلال استقراء المادة 645 ق.م.ج: " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلي بالبينة"، حيث نستنتج من نص المادة أن الكتابة شرط لإثبات عقد الكفالة وليس لانعقادها ولم يرتب على عدم كتابتها البطلان، بعبارة أدق، الكتابة لازمة لإثبات رضا الكفيل، وهي مطلوبة لإثبات العقد وليس لانعقاده².

الفرع الثالث: الشروط الواجب توفرها في الكفيل

مثلما أشرنا سابقا أن المشرع الجزائري قد عرف الكفالة على أساس أنها عقد، الذي يخضع للقواعد العامة في القانون المدني، حيث يشترط لانعقاده شروط موضوعية عامة من رضا، محل، سبب وأهلية، وشروط شكلية. بالإضافة أن المشرع قد اشترط مجموعة من الشروط يجب أن تتوفر في الكفيل الذي يقدمه المدين وهذا ما نصت عليه المادة 646 ق.م.ج: " إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما في الجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا". من خلال استقراء نص المادة نستخلص أهم الشروط الواجب توفرها في الكفيل الذي يقدمه المدين وهي كالتالي:

أولا: يسار الكفيل

¹ _عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، 2015، ص 25

² -المرجع نفسه، ص 24

يجب أن يكون الكفيل موسرا ماديا، أي يملك من الأموال ما يكفي لتغطية كفالة ما للبنك المقرض لدى المدين، سواء أكانت هذه الأموال عقارية أو منقولة، وتكون قابلة للحجز عليها¹. وللبنك المقرض الحق في التحقق من يسار الكفيل الذي يقدمه المدين وقت حلول أجل الدين ويقع عبئ اثبات ذلك على هذا الأخير، وللمقرض أن يثبت أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده، أو لسهولة تهريبه، أو سهولة إخفائه، أو لأي سبب آخر، فيستبعد من مال الكفيل الذي يضمن المدين². إلا أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهاته النقطة المهمة في نص المادة 646 ق.م.ج التي تعتبر في صالح المقرض.

ثانيا: الإقامة في الجزائر

يجب أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر، والمقصود بالإقامة هنا، الإقامة المعتادة في الجزائر، فلا تكون إقامته فيها على حقبة أي عابرة، والمغزى من اشتراط المشرع الجزائري لهذا الشرط هو تسهيل مطالبة البنك المقرض بالدين لدى الكفيل بعد الرجوع على المدين طبعا في حالة إذا لم يفي بالتزامه، و القدرة على التنفيذ على أمواله. كما يفهم من نص المادة انه لا يشترط ان يكون الكفيل جزائريا ولا أن يكون مقيما في موطن المدين، بل أن يكون مقيما في الجزائر فقط.

ثالثا: أهلية الكفيل

لم يذكر المشرع هذا الشرط صراحة في نص المادة 646 ق.م.ج، لكن طبقا للقواعد العامة تعتبر أهلية الكفيل شرطا جوهريا في الكفيل الذي يقدمه المدين، وغيابه يؤدي لإبطال عقد الكفالة أو يجعله قابلا للإبطال، حيث يجب أن يكون الكفيل واعيا لما هو قادم عليه، ولا يكون قاصرا أو محجورا عليه. أما إذا فقد الكفيل أهليته بعد إبرام عقد الكفالة، فإنها تذل صحيحة وقائمة فلا يطالب المدين بتقديم كفيل أو تأمين آخر³.

رابعا: تقديم تأمين عيني

للمدين تقديم تأمين عيني كافي بدلا من تقديم كفيل، سواء كان رهنا رسميا أو حيازيا، ولا يستطيع البنك المقرض الاعتراض على ذلك لأن التأمين العيني أقوى من التأمين الشخصي في ضمان تحصيل ما للبنك لدى المدين. وفي حالة اعتراض البنك على عدم كفايته لضمان الدين، فإن ذلك يخضع لتقدير القاضي.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن عقد الكفالة كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية

لا ينتج عقد الكفالة آثاره إلا عند حلول أجل تسديد الدين، أي ما للبنك المقرض لدى المدين، وعند عدم قيام هذا الأخير بتنفيذ التزاماته يرجع البنك على الكفيل من أجل مطالبته بتسديد مبلغ الائتمان المكفول من طرفه، هذا الذي يرتب آثارا بين جميع أطراف العقد بما ذلك المدين بالرغم من أنه طرف أجنبي في العقد. لذلك سنعرض

¹ _ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 24

² _ عبد الرزاق أحمد السهوري، مرجع سابق، ص 31

³ _ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 25

الأثار المترتبة عن عقد الكفالة كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية في فرعين، نخصص الأول لآثار عقد الكفالة في العلاقة بين الكفيل والبنك، أما الفرع الثاني فنعرض فيه آثار عقد الكفالة في العلاقة بين الكفيل والمدين.

الفرع الأول: العلاقة بين الكفيل والبنك

باعتبار أن طرفي عقد الكفالة هما البنك الدائن والكفيل، يفترض نشوء علاقة بينهما حيث يكون الكفيل ضامنا احتياطيا لمبلغ الائتمان المكفول ويتعهد بتسديده عندما لا يسدده المدين الأصلي. وقد تطرق المشرع للأحكام التي تنظم هذه العلاقة في المواد من 664 إلى 669 ق.م.ج حيث بين فيها شروط مطالبة الدائن للكفيل، والدفع التي يواجهها الكفيل هذه المطالبة، حيث نصت المادة 654 ق.م.ج: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يتمسك بها المدين ". لذا في هذا الفرع سنتكلم أولا في رجوع البنك على الكفيل، ثم ثانيا نتحدث عن رجوع البنك على المدين ثم نعرض في الجزء الثالث حقا من الحقوق التي قررها المشرع للكفيل يدعى الدفع بالتجريد.

أولا: رجوع البنك على الكفيل

عادة يطالب البنك الكفيل عند حلول أجل الدين، والدين المكفول يكون عادة دينا مؤجلا، ويكون التزام الكفيل مؤجلا مثله وبالتالي تحل الالتزامات مع في وقت واحد¹. أي أن البنك له الحق في الرجوع في المدين الأصلي وعلى المدين معا، كما قد يحل التزام المدين الأصلي قبل أو بعد حلول أجل التزام الكفيل، نكون في هذه الحالة أمام صورتين نعرضهما فيما يأتي:

01: إذا حل التزام المدين الأصلي قبل حلول التزام الكفيل: حيث في هذه الحالة لا يمكن للبنك أن يطالب الكفيل بتسديد مبلغ الائتمان المكفول من طرفه قبل أن يحل أجل التزام هذا الأخير، لأن القاعدة تجيز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين، وباعتبار البنك تاجرا فإن المعاملات التي يقوم بها تعتبر من ضمن الأعمال التجارية التي تتصف بالسرعة والائتمان وبالتالي فإن الالتزام المصرفي في هذه الحالة يمنع على

الكفيل أن يتمسك بعدم وفاء الدين قبل المدين الأصلي، فالأصل أن يدفع ما كفله بمجرد مطالبة البنك له، بشرط أن البنك قد أعذر المدين بذلك.

02: إذا حل التزام الكفيل قبل أو مع حلول التزام المدين الأصلي: يحدث هذا بسبب أن لكلا الالتزامين أجل واحد لكن أجل التزام الكفيل كان أقصر من التزام المدين، أو قد تم تمديد أجل التزام هذا الأخير لسبب من الأسباب (حكم قضائي، إرادة الدائن)، وبالتالي في كلتا الحالتين يعد التزام الكفيل أشد من التزام المدين لذا لا بد من مساواة العبء لكليهما. أما إذا كان الأجل واحدا بالنسبة لكلا الالتزامين، ولكن الأجل المحدد لالتزام المدين الأصلي قد سقط

¹ ونوغي غادة، ضمانات القروض البنكية، مذكرة ماستر، قانون أعمال، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017.

بسبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 211 ق.م.ج، إما لإشهار إفلاسه، أو إذا أضعف مما قدمه للبنك الدائن من تأمينات خاصة لضمان مبلغ الائتمان سوءاً بإرادته أو بسبب أجنبي أو إذا لم يقدم تأميناً إطلاقاً فإن الأجل المحدد للكفالة لا يسقط¹، وذلك بسبب أنه لا يتصور أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين، بشرط أن يرجع البنك على الكفيل في الأجل المحدد.

ثانياً: رجوع البنك على المدين

قد سعى المشرع الجزائري لحماية الكفيل من تعسف الدائن، وذلك واضح في نص المادة 1/660 ق.م.ج: " لا يوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين " حيث يتضح من نص المادة أن البنك يجب أن يرجع على المدين الأصلي قبل أن يرجع على الكفيل، فالحكمة من هذا هو أن التزام الكفيل يأتي بعد التزام المدين بما أنه الكفالة ضمان احتياطي، نو الرجوع لا يعني مجرد اعذار المدين، بل مطالبته قضائياً برفع دعوى ضده والحصول على حكم قضائي بتكليفه بالوفاء عن طريق محضر قضائي، لكن هناك استثناءات تخص هذه القاعدة، حيث لا يستطيع البنك الدائن الرجوع على المدين في حالتين:

- إشهار إفلاس المدين، وهنا يجب على البنك التقدم في التفليسة بالمدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل المتضرر بسبب إهمال البنك الدائن طبقاً لنص المادة 658 ق.م.ج.
- إلزام الدائن برفع الدعوى مع أو قبل الرجوع على الكفيل لا يكون ضرورياً إذا كان حقه ثابتاً بسند رسمي، ففي هذه الحالة يكفي أن يكون الدائن قد قام بالتنبيه على المدين بالوفاء².

وفي حالة إذا رجع البنك على الكفيل قبل رجوعه على المدين الأصلي، يتمسك الكفيل بالدفع بإلزامية الرجوع على المدين أولاً أمام القاضي وترفض دعوى البنك. لكن تجدر الإشارة أن هناك شروط محددة كي يستطيع الكفيل بالدفع بوجوب رجوع البنك على المدين أولاً وتتمثل في:

- يجب ألا يرجع الكفيل عن دعواه.
- يجب ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين.
- يجب أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع.

¹ عدنان إبراهيم سرحان، نشر القانون المدني العقود المسماة (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 209

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 58

ثالثا: الدفع بالتجريد

خصص المشرع الجزائري للكفيل أوجها يتمسك بها في مواجهة البنك الدائن في حالة مطالبتة بالدين، وهي دفع خاص به فقط لا يشترك فيها المدين¹، منها ما هو متعلق بالالتزام الأصلي المكفول كحق الكفيل بالتمسك بجميع دفع المدين، ومنها ما هو مترتب عن عقد الكفالة كالدفع بعدم جواز الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين، والدفع بالتجريد، وفي هذا الجزء سندرس هذا النوع من الدفع من حيث ماهيته، وشروطه والآثار المترتبة عليه.

01: ماهية الدفع بالتجريد: نصت المادة 2/660 ق.م.ج على ما يلي: "لا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرى المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق"، يتضح من خلال استقراء النص أن الدفع بالتجريد حق قرره القانون للكفيل بمقتضاه يستطيع هذا الأخير إذا توافرت شروط معينة منع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها لوفاء الدين، لذلك يجب على البنك أن يجرى المدين من أمواله قبل أن ينفذ على الكفيل. كذلك ق.م.ج الجديد قد نص في المادة 2/788 على حق الكفيل في الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، حيث قد ميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولا والدفع بالتجريد، بينما قد كان ق.م.ج السابق يجعلهما دفعا واحدا².

02: شروط الدفع بالتجريد: من أجل أن يستطيع الكفيل الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن لا بد من توافر شروط معينة نص عليها القانون المدني، حيث يشترط أولا أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع، وأن يرشد البنك الدائن إلى أموال المدين التي تكفي بالوفاء بمبلغ الائتمان وأخيرا ألا يكون متضامنا مع المدين.

أ: أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع: باعتبار أن هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام أي يخص الكفيل، فعليه أن يتمسك به حيث التنازل عنه قد يكون صريحا إذا نص عليه في عقد الكفالة أو ضمنيا إذا استنتج من الظروف المحيطة به³.

ب: أن يرشد البنك الدائن إلى أموال المدين: نصت المادة 661 ق.م.ج: "إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي

يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازعا فيها"، يتضح من نص المادة أن الأموال التي يدل عليها الكفيل لا تقبل إلا إذا كانت كافية لتغطية مبلغ الائتمان، والحكمة من هذا هو منع اتخاذ إجراءات التنفيذ مرتين وبالإضافة إلى ما تقدم فإن في هذا إجبار للدائن على قبول الوفاء الجزئي وهو أمر غير جائز

¹ عبد الرزاق أحمد السهوري، مرجع سابق، ص 111

² عبد الرزاق أحمد السهوري، نفس المرجع، ص 113

³ ياسمين ذويب، ضمانات القروض البنكية، مذكرة ماستر، قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019، ص 22

طبقاً للمادة 1/277 ق.م.ج¹، ويجب أن تكون الأموال أن تكون موجودة داخل الجزائر للقدرة على التنفيذ عليها، و أخيراً ألا تكون محل نزاع.

ج: ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين: طبقاً لنص المادة 665 ق.م.ج: " لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد "، وذلك لأن تضامن الكفيل مع المدين يرمي إلى أن الأول قد قبل الرجوع عليه قبل الرجوع على الأخير.

03: الآثار المترتبة على الدفع بالتجريد: يترتب على الدفع بالتجريد مجموعة من الآثار نلخصها فيما يلي:

- عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل عندما يطلب التجريد.
- إذا لم يستطع البنك استيفاء حقه من أموال المدين عند قيام الكفيل بإرشاده إليها فيتحمل البنك مسؤولية إعسار المدين في مواجهة الكفيل طبقاً للمادة 662 ق.م.ج: " يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، مسؤولاً تجاه الكفيل على إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب ".
- في حالة تقديم المدين تأميناً عينياً وقيام الكفيل بالدفع بالتجريد ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على أموال التأمين.
- لا يحرم الدفع بالتجريد البنك من توقيع حجز تحفظي على أموال الكفيل².

الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

عندما يقوم الكفيل بتسديد مبلغ القرض إذا رجع المدين عليه بعد الرجوع طبعاً على المدين الأصلي وعدم قيامه بالوفاء، تنشأ علاقة بين الكفيل والمدين، فبعد اخطار الأول للمدين الأصلي بوفائه بقيمة القرض الذي يعد شرطاً أساسياً للرجوع عليه (حسب نص المادة 670 ق.م.ج)، يطالبه بقدر ما دفع لأنه قد وفى بدين غيره، فالمشرع الجزائري قد قرر للكفيل الحق في الرجوع على المدين بدعويين هما: الدعوى الشخصية أو ما تسمى دعوى الكفالة، ودعوى الحلول.

أولاً: الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

من خلال استقراء المادة 670 ق.م.ج: " 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 انقضائه. 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 "، يتضح من نص المادة أن اخطار الكفيل للمدين الأصلي بالوفاء بمبلغ القرض لصالح البنك يعد شرطاً جوهرياً من أجل مطالبته بقيمة ما دفع، فإذا لم يعارض المدين هذا الوفاء جاز

¹ _ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 82

² _ بوخاتم أسية، محاضرات في التأمينات العينية والشخصية، أقيمت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014، ص 42

للكفيل أن يرفع دعوى شخصية ضد المدين، كما يشترط أيضا أن يكون الكفيل قد نفذ التزامه عند حلول الأجل المحدد بينه وبين البنك الدائن، كما يشترط أخيرا أن يكون الكفيل قد وفى بقيمة القرض. وطبقا لنص المادة 672 ق.م.ج إذا توافرت هذه الشروط رجع الكفيل على المدين بأصل الدين وملحقاته وما دفعه من مصاريف خلال الإجراءات التي قام بها البنك ضده، والفوائد وكذلك التعويضات عن الضرر.

ثانيا: دعوى الحلول

نصت المادة 671 ق.م.ج على ما يلي: "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له حقوق تجاه المدين. ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين"، يستخلص من نص المادة أن للكفيل الحق في الرجوع على المدين بالحلول مكان البنك الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين ودفع وضمائم سواء كانت عقارية أو حيازية، بشرط أن يوف الكفيل بقيمة القرض كله، فإذا وفى إلا بجزء منه ليس له أن يطالب المدين بقيمة ما وفاه إلا عند استيفاء البنك كل قيمة القرض وملحقاته¹. تجدر الإشارة أن هذه الدعوى ماهي إلا تطبيق للقاعدة العامة الواردة في المادة 261 ق.م.ج.

¹ _ بوجنان نسيم، محاضرات في ضمانات القروض البنكية، ألقىت على طلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأعمال، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2022/2021، ص 41

المبحث الثاني: الضمان الاحتياطي ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية

عندما يتعلق الأمر بالأوراق التجارية تشترط البنوك على طالب القرض ضمانا احتياطيا وهو شكل تجاري للكفالة التي سبق وأن درسناها، ويسمى من يقدمه للبنك ضمانا احتياطيا، حيث تتمثل الأوراق التجارية الذي يرد عليها الضمان في السفتجة، السند لأمر والشيك. وقد تطرق المشرع الجزائري لأحكام الضمان الاحتياطي في القسم الخامس من الفصل الأول الذي تناول السفتجة من الكتاب الرابع المخصص للسندات التجارية في ق.ت.ج، كما قد اعتبرته المادة 651 من ق.م.ج أنه كفالة تجارية. ومن أجل دراستنا للضمان الاحتياطي تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سندرس في المطلب الأول الإطار المفاهيمي للضمان الاحتياطي من حيث تعريفه، خصائصه والشروط الواجب توافرها في الضمان الاحتياطي، وفي المطلب الثاني سنتناول الآثار المترتبة عن الضمان الاحتياطي كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للضمان الاحتياطي

سنتطرق في هذا المطلب للإطار المفاهيمي للضمان الاحتياطي من خلال تعريفه اللغوي، الاصطلاحي، الفقهي والتشريعي في (الفرع الأول)، ثم نبين خصائصه في (الفرع الثاني)، وأخيرا ندرس الشروط الواجب توافرها في الضمان الاحتياطي في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الضمان الاحتياطي

سنعرض تعريف الضمان الاحتياطي لغة، اصطلاحا، فقها وكيف عرفه المشرع الجزائري.

أولا: تعريف الضمان الاحتياطي لغة

الضمان في اللغة هو الكفالة والالتزام، وشركات الضمان أو التأمين هي شركات تضمن حياة أعضائها أو أموالهم المنقولة والغير المنقولة من شتى المخاطر التي تحيط بها، مقابل مبلغ نقدي عن طريق دفع أقساط معينة خلال مدة معينة.

ثانيا: تعريف الضمان الاحتياطي اصطلاحا

يعرف الضمان الاحتياطي اصطلاحا بأنه تعهد والتزام مكتوب من طرف شخص ما، حيث يلتزم بموجبه بالوفاء بقيمة سند سحب عند استحقاقه إذا امتنع أحد الموقعين عليها من ذلك، وذلك على وجه التضامن على من صدر الضمان لصالحه، واستنادا لهذا التعريف الاصطلاحي نستنتج أن الضمان الاحتياطي هو شكل من أشكال الكفالة ويختلف عنه في كونه يطبق فقط في حالة الديون المرتبطة بالأوراق التجارية، وهي ثلاث أوراق: السند لأمر، السفتجة والشيكات¹.

¹ _ الطاهر لطرش، مرجع سابق، ص 167

ثالثا: تعريف الضمان الاحتياطي فقها

قد اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف موحد للضمان الاحتياطي، فهناك من اعتبره عقداً، وآخرون اعتبروه تعهداً، وهناك من قال إنه عبارة عن كفالة مصرفية... الخ. قد اختلفت التعريفات لكن يبقى الضمان الاحتياطي من الضمانات الشخصية التي تعتمد على البنوك والمؤسسات المالية.

رابعا: تعريف المشرع الجزائري للضمان الاحتياطي

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الضمان الاحتياطي، لكن قد تناول أحكامه في القسم الخامس من ق.ت.ج تحت عنوان: في الضمان الاحتياطي وتحديد في المادة 409، واستخلاصاً من فقرات هاته المادة نستطيع تعريف الضمان الاحتياطي بأنه كفالة ترد على الأوراق التجارية التي تتمثل في: السفتجة، الشيك والسند لأمر.

الفرع الثاني: خصائص الضمان الاحتياطي

من خلال دراستنا للتعريف السابقة ونصوص مواد القانون التجاري التي سبق وذكرناها، نستنتج أن للضمان الاحتياطي خصائص تتمثل في:

- عقد رضائي.
- عقد تبعي (أي يتبع الدين الأصلي).
- يرد على الأوراق التجارية فقط (السفتجة، السند لأمر والشيك)
- يصنف ضمن الأعمال التجارية
- التزام الضامن في الوفاء يكون صحيحاً، حتى لو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب آخر باستثناء عيب في الشكلية¹ طبقاً لنص المادة 8/409 ق.ت.ج.

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في الضمان الاحتياطي

من أجل أن يكون الضمان الاحتياطي صحيحاً يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط، قسمناها في هذا الفرع لشروط موضوعية عامة وخاصة، بالإضافة لشروط شكلية تتمثل في الكتابة.

أولاً: الشروط الموضوعية

01: الشروط الموضوعية العامة

يرتب الضمان الاحتياطي بذمة الضامن التزاماً مصرفياً ذو طبيعة تجارية موضوعه التعهد بوفاء قيمة السند التجاري على وجه التضامن مع باقي الموقعين عليه، بناءً على ذلك يشترط في الضامن شروط موضوعية عامة

¹ _ ونوغي عادة، مرجع سابق، ص 20

تتمثل في الأهلية القانونية اللازمة للقيام بالأعمال التجارية، ويجب أن تكون إرادته خالية من عيوب الرضا كالغلط والتدليس... الخ، ويفترض وجود سبب للضمان مشروع وغير مخالف للنظام والآداب العامة¹.

02: الشروط الموضوعية الخاصة

لصحة الالتزام يجب توافر شروط موضوعية خاصة تتمثل في:

أ: أهلية الضامن الاحتياطي: كأى عقد من العقود يشترط لصحته وجود تراضي بين المتعاقدين، حيث سبق لنا وأن ذكرنا أن الضمان الاحتياطي هو عبارة عن عقد كفالة تجارية، أي أنه كفالة ترد على الأوراق التجارية فقط، ومنه يجب أن يكون الضامن ذو أهلية تجارية، فالقاصر المرشد لا يحق له القيام بهذا الالتزام.

ب: زمان وقوع الضمان الاحتياطي: يعطى الضمان الاحتياطي عادة في الفترة الممتدة بين تاريخ اصدار السفتجة وتاريخ استحقاقها، ويجوز أن يقع الضمان بعد تاريخ الاستحقاق قياسا على جواز وقوع التطهير بعد هذا التاريخ، أما إذا كان الضمان ثابتا في ورقة مستقلة عن السفتجة، فالرأي أن الضمان في هذه الحالة يمكن أن يقع في تاريخ سابق لتاريخ إنشاء السفتجة²

ج: موضوع الضمان الاحتياطي: نصت المادة 1/409 ق.ت.ج: " إن دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمه كليا أو جزئيا ضامن احتياطي، ويكون هذا الضمان من الغير أو حتى من أحد الموقعين على السفتجة "، يتضح من نص المادة أنه يجب على الضامن أن يحدد موضوع التزامه بقيمة السفتجة كلها أو بجزء منها فقط، حيث إن الضامن الاحتياطي لا يكفل الوفاء بالسفتجة فقط، بل يضمن قبولها مالم يكن الملتزم المضمون قد أعفى نفسه من ضمان القبول³.

ثانيا: الشروط الشكلية

من خلال استقراء المادة 409 ق.م.ج: " يجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة والورقة المتصلة بها أو بسند يبين فيه مكان صدوره. ويعبر عنه بكلمات كهذه " مقبول كضمان احتياطي " أو بما في مؤداها ثم يوقع عنها الضامن الاحتياطي عليها بإمضاءه. ويعتبر الضمان الاحتياطي حاصلا بمجرد توقيع ضامن الوفاء على وجه السفتجة إلا إذا كان صاحب التوقيع المسحوب عليه أو الساحب ... "، يتضح من نص المادة أن المشرع قد اشترط في الضمان الاحتياطي أن يكتب، سواء في متن السفتجة أو في أحد مرفقاتها أو في ورقة خارجية. بصياغة العبارة التالية " مقبول كضمان احتياطي " أو عبارة تؤدي لنفس المعنى، هذا بالإضافة لتوقيع الضامن شخصيا. وإذا وقع على السفتجة ولم يذكر العبارة السالفة الذكر فإن توقيعه وإذا وقع على السفتجة ولم يذكر العبارة السالفة الذكر فإن توقيعه يكفي لاعتباره ضامنا الا في حالة إذا كان يضمن الساحب أو المسحوب عليه، ففي هذه

¹ _ عبد القادر البقيرات، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 02، الجزائر، 2012، ص 87

² _ عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 88

³ _ ياسمين ذويب، مرجع سابق، ص 32

الحالة يجب أن يضع عبارة تفيد الضمان وذلك للتفرقة بين هويته كساحب أو مسحوب عليه أو ضامن¹. نصت نفس المادة في فقرها السادسة: " يجب أن يذكر في الضمان الاحتياطي اسم المضمون وإلا عد للساحب"، ومنه تدوين اسم المضمون يعد شرطاً جوهرياً أيضاً لمعرفة هويته.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الضمان الاحتياطي كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية

يلتزم الضامن الاحتياطي بالوفاء بقيمة السفتجة، وبما أن المادة الثالثة من ق.ت.ج قد نصت أن التعامل بالسفتجة يعد عملاً تجارياً بالتالي فإن التزامه يعد التزاماً تجارياً. وقد نصت المادة 409 من نفس القانون في فقرتها السابعة أن الضامن الاحتياطي تقع على ذمته كل الالتزامات التي في ذمة المضمون. واستناداً لكل ما سبق، يرتب الضمان الاحتياطي مجموعة من العلاقات القانونية من بينها العلاقة التي تربط الضامن الاحتياطي بالحامل (الفرع الأول)، وعلاقة الضامن الاحتياطي بالملتزم المضمون (الفرع الثاني) وأخيراً علاقة الضامن الاحتياطي بالموقعين الآخرين في الورقة (الفرع الثالث)، هذه العلاقات ستكون محور دراستنا في هذا المطلب وذلك بدراسة الآثار المترتبة عن الضمان الاحتياطي كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية.

الفرع الأول: علاقة الضامن الاحتياطي بالحامل

بما أن الضامن يعد كفيلاً لالتزام المضمون، يلتزم بكل ما التزم به المضمون في الورقة التجارية طبقاً لنص المادة 409 ق.ت.ج، ومنه فهو ملتزم بنفس الالتزام الذي في ذمة المضمون تجاه الحامل الذي يعد البنك الدائن، واستناداً للقواعد العامة في الكفالة التي سبق ودرسناها في المبحث الأول، لا يجوز للضامن الاحتياطي بصفته المتضامن مع المضمون والموقعين الآخرين في الورقة، الدفع بالتجريد، بمعنى أنه لا يحق للضامن أن يطالب أولاً بتجريد المضمون من أمواله قبل الرجوع عليه، ولو كان المدين المضمون ميسور الحال². وعند تعدد الضامين الاحتياطيين لا يجوز للضامن أن يدفع بالتقسيم. كما لا يجوز له أيضاً أن يتمسك تجاه الحامل (البنك) إلا بالدفع التي كان بإمكان المضمون التمسك بها في مواجهته³. وبالنسبة لحق الضامن في التمسك ضد البنك الحامل المهمل بسقوط حق الرجوع عليه فهذا يتحدد بحقه في الرجوع على الملتزم المضمون، إلا أن هذا الحق قد يسقط بسبب إهمال صاحبه⁴. فالضامن لا يستطيع التمسك بهذا الحق إلا إذا كان هذا الحق جائزاً في الأصل من المدين المضمون⁵.

¹ _ باسمين ذويب، مرجع سابق، ص 34

² _ عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة، آثار الضمان الاحتياطي في الورقة التجارية (دراسة في القانون الأردني)، البلقاء للبحوث والدراسات، جامعة عمان الأهلية، الأردن، المجلد 19، العدد 01، 2016، ص 06

³ _ إدشة زهرة، الضمان الاحتياطي في السفتجة، مذكرة ماستر تخصص قانون أعمال، جامعة أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2016، ص 47

⁴ _ عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة، مرجع سابق، ص 07

⁵ _ محمد السيد الفقي، القانون التجاري الأوراق التجارية، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 178

الفرع الثاني: علاقة الضامن الاحتياطي بالملتزم المضمون

طبقاً للقاعدة العامة الواردة في 261 ق، م، ج (دعوى الحلول)، و المادة 409 من ق.ت.ج في فقرتها الأخيرة التي نصت: "إذا دفع الضامن الاحتياطي قيمة السفتجة يكتسب الحقوق الناتجة عنها تجاه المضمون والملتزمين له بمقتضى السفتجة"، فبالتالي إذا أوفى الضامن الاحتياطي بقيمة الورقة انتقلت إليه جميع الحقوق الناشئة عنه، بمعنى له أن يرجع على المضمون بقيمة السفتجة الذي دفعه، هذا إضافة للمصاريف التي أنفقاها خلال الإجراءات التي نفذها البنك الحامل ضده عن طريق إقامة دعوى شخصية أو دعوى حلول ضده.

الفرع الثالث: علاقة الضامن الاحتياطي بالموقعين الآخرين في الورقة

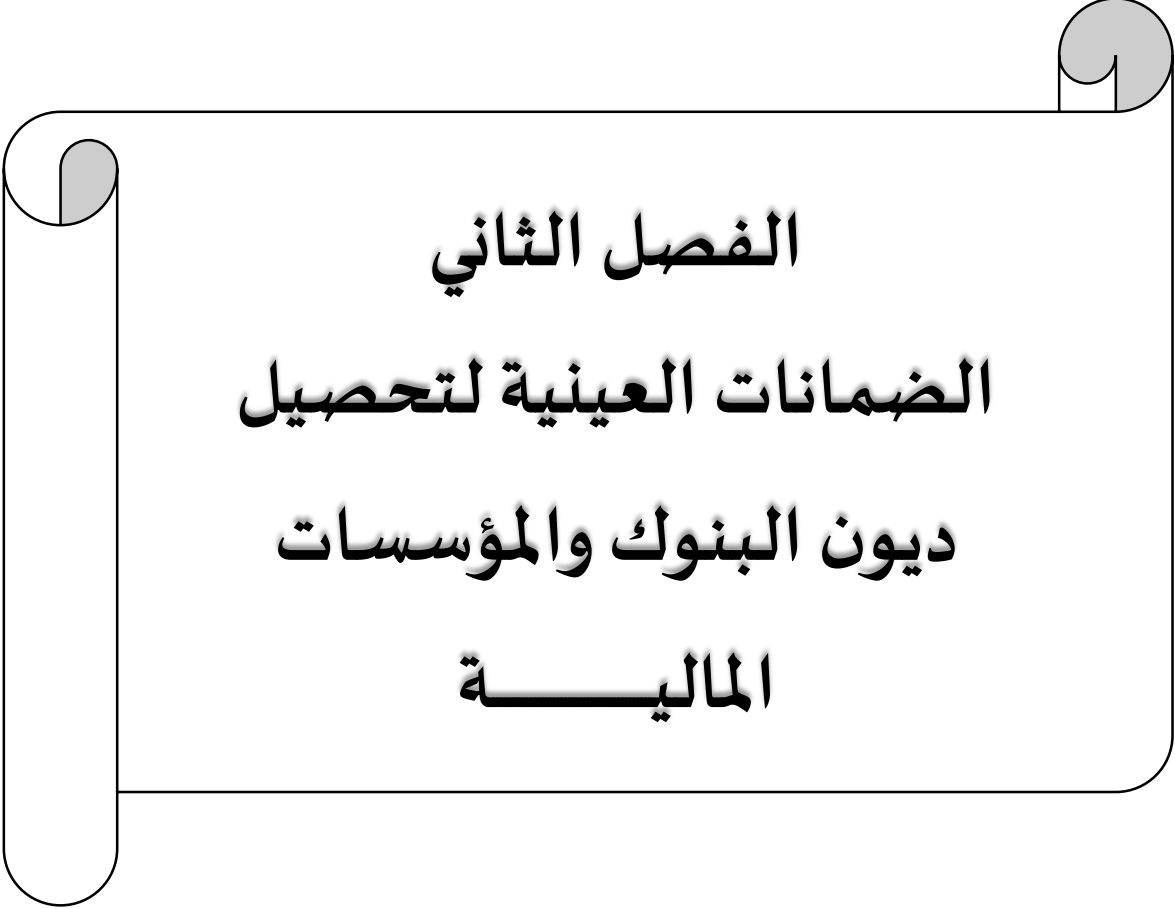
يكتسب الضامن الاحتياطي نفس الحقوق التي تكون للبنك الحامل بعد وفائه بقيمة السفتجة، حيث تنص المادة 409 ق.ت.ج في فقرتها الأخيرة أنه بعد وفاء الضامن يكتسب جميع الحقوق التي كانت للبنك الحامل تجاه المضمون وباقي الموقعين الملتزمين في السفتجة، فإذا كان التدخل لمصلحة أحد المظهرين فإنه يكون للضامن الاحتياطي في حالة وفائه بقيمة السفتجة الرجوع على المظهرين السابقين للمظهر المضمون وعلى المسحوب عليه وكذلك الساحب¹. فإذا ضمن الضامن الاحتياطي الساحب فله حق الرجوع على المسحوب عليه فقط، والعكس صحيح، إذا ضمن المسحوب عليه فله حق الرجوع على الساحب فقط.

¹ _ بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، ط 04، دار هومة، 2012، ص 115

خلاصة الفصل:

من خلال كل ما درسناه سابقا في الضمانات الشخصية لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية، تعتبر الكفالة والضمان الاحتياطي من أفضل الضمانات الشخصية التي تشترطها البنوك على طالب القرض، هذا إذا كان القرض متعلق بآجال قصيرة للوفاء، حيث تقوم الضمانات الشخصية على تعدد المسؤولين في تنفيذ الالتزام فيتحقق فيها ضمان استيفاء البنك لحقه من ضم ذمة المدين لذمة أخرى يرجع عليها في حال عدم ايفائه بالتزامه.

لكن لا تكفي هذه الضمانات لضمان تحصيل البنوك لديونها، لذا توجد ضمانات أخرى أكثر قوة من الضمانات الشخصية تدعى " الضمانات العينية " تقوم على تخصيص مال معين يملكه المدين لضمان القرض البنكي، وهذا ما سندرسه في الفصل الثاني من هذا البحث.



الفصل الثاني
الضمانات العينية لتحصيل
ديون البنوك والمؤسسات
المالية

تمهيد

تعتبر الضمانات العينية لضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية حقوق عينية تبعية تعطي للبنك حقا عينيا تبعيا على مال مملوك للمدين، بمقتضى هذا الحق يكون للدائن أفضلية في استيفاء حقه من ثمن ذلك الشيء بالتنفيذ عليه و بيعه بالمزاد العلني، حيث اذا تعلق القرض بأجال متوسطة أو بعيدة فالبنك يشترط على مقترضه تقديم تأمين عيني، ويعتبر الرهن الرسمي والرهن الحيازي النموذجين الأمثلين للضمانات العينية، وهذا الذي ستمحور عليه دراستنا في هذا الفصل، حيث سنتناول الرهن الرسمي ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية في (المبحث الأول)، و سندرس الرهن الحيازي ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الرهن الرسمي ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية

يعتبر الرهن الرسمي أهم تأمين عيني التي تضمن الوفاء بالالتزامات، نظرا لما يوفره للبنك من حماية ومزايا لا توجد في أغلب الضمانات، لهذا سندرس الرهن الرسمي من حيث إطاره المفاهيمي (المطلب الأول)، وخصصنا (المطلب الثاني) لنتحدث حول شكل من أشكال الرهن الرسمي وهو الرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للرهن الرسمي

من أجل تحديد الإطار المفاهيمي للرهن الرسمي، قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى (فرع أول) نتطرق فيه لتعريف عقد الكفالة، و(فرع ثان) نبين فيه الخصائص التي يتميز بها الرهن الرسمي، و(فرع ثالث) وأخير ندرس فيه الشروط التي اشترطها المشرع لإنشاء عقد الرهن الرسمي.

الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي

سنعرض في هذا الفرع تعريف الرهن الرسمي في اللغة، والتعريف الذي اتفق عليه الفقهاء اصطلاحا وأخيرا نتناول التعريف الذي اعتمده المشرع الجزائري.

أولا: تعريف الرهن الرسمي لغة

الرهن في اللغة مأخوذ من رهن الشيء، إذ حبسه عنده، والثبوت والدوام، ويقال ماء راهن أي راكد، ويقال أيضا نعمة راهنة أي نعمة ثابتة. قال الله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: " كل نفس بما كسبت رهينة "1 أي محبوسة، حيث في الشرع يعرف الرهن بأنه جعل عينة مالية وثيقة بدين يستوفي منها أو من ثمنها إذا تعذر الوفاء².

ثانيا: تعريف الرهن الرسمي اصطلاحا

يعرف الرهن الرسمي بأنه حق عيني تبعي ينشأ عن عقد شكلي ضمانا لاستيفاء حق شخصي من خلال تمتع صاحبه بميزة تتبع المرهون في أي يد يكون والقدرة على التنفيذ على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، ويعرف أيضا بأنه واحد من التأمينات العينية يترتب عليه انتقال حق الحجز على الشيء المرهون للدائن عند حلول وقت الاستحقاق، وهو في حيازة أي شخص كان وأن يوفى حقه بالأفضلية من الثمن³.

ثالثا: تعريف المشرع الجزائري للرهن الرسمي

1_ سورة المدثر، الآية 38

2_ شرح عمدة الفقه، باب الحوالة والضمان، ص 869

3_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 06

من خلال استقراء نص المادة 882 ق.م.ج: " الرهن الرسمي 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" يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قد عرف الرهن الرسمي في التقنين المدني كعقد من العقود، ويكون هنا المشرع قد غلب فكرة العقد على فكرة الحق الذي ينشأ عن العقد، هذا على الرغم من أن الرهن الرسمي يندرج ضمن الكتاب الرابع من القانون المدني تحت عنوان : الحقوق العينية التبعية، وهذا التناقض لا يوجد في ق.م.م، لأن المشرع المصري قد حدد أن الرهن الرسمي لا ينشأ سوى بالاتفاق¹. ويترتب على انعقاده بين أطرافه انشاء حق عيني على عقار يملكه المدين لصالح الدائن، ولا يتم الرهن إلا عقار. وبموجب هذا العقد يجوز للدائن أن يملك حق الأفضلية على باقي الدائنين التاليين له في المرتبة في التنفيذ على العقار المرهون، ويلاحظ هنا أن المشرع أخذ بمبدأ الضمان العام المنصوص عليه في المادة 188 ق.م.ج " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.... " بما أنه لم يذكر الدائنين العاديين عند ذكره للدائنين الذين يتقدم عليهم الدائن المرتهن في الرهن الرسمي بحق الأفضلية على أموال المدين.

ويمثل الرهن الرسمي واحدا من أفضل الضمانات التي تشترطها البنوك والمؤسسات المالية على المقترض وأكثرها شيوعا نظرا لما يقدمه من ضمانات فعلية على أرض الواقع وأكثرها تأثيرا على بعث الائتمان لدى البنك من طرف المقترض. وقد حدد المشرع الجزائري أنواع القروض التي يجوز ضمانها بالرهن في نص المادة 891 ق.م.ج، وتتمثل في:

- ديون معلقة أو شرطية.
- ديون مستقبلية..
- ديون احتمالية الوقوع.
- اعتمادات مفتوحة.
- انشاء حساب جاري.

الفرع الثاني: خصائص الرهن الرسمي

يمكن لنا استخلاص خصائص الرهن الرسمي من نص المادة 882 ق.م.ج، حيث يتميز بأنه حق عيني (أولا)، تبعي (ثانيا)، يرد إلا على عقار (ثالثا) و حق غير قابل للتجزئة (رابعا)، كل هذه الخصائص سنفصلها في هذا الفرع فيما يلي:

أولا: حق عيني

يعد الرهن الرسمي من الحقوق العينية الذي يمنح صاحبه (البنك الدائن) سلطة مباشرة على مال معين، يستطيع بموجبها اقتضاء حقه من المقابل النقدي لهذا المال ويكتسب بموجبه حق الأفضلية، بمعنى أنه يجوز له

1_ أبو السعود رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 192

أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة إذا كانوا أصحاب حقوق مقيدة مثله¹. ويستطيع البنك أن يتبع الشيء المرهون مهما كان مالكة.

ثانياً: حق تبعية

نص المشرع في المادة 1/893 ق.م.ج: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وانقضائه، مالم ينص القانون على غير ذلك"، يتضح من نص المادة أن الرهن الرسمي ينشأ ضمنا للوفاء بالتزام المدين الأصلي، ويرتبط به في صحة انعقاده وحتى انقضائه، حيث إن الأصل هو أن عقد الرهن الرسمي يبرم بعد نشوء الحق الشخصي الأصلي ضمنا للوفاء به.

ثالثاً: لا يرد إلا على عقار

الأصل أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقار، طبقا لنص المادة 886 ق.م.ج: "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، بخلاف الرهن الحيازي وذلك بسبب أن الرهن الرسمي مجرد الراهن من حيازة العقار المرهون، هذا الذي يمكنه من التصرف فيه ومن السهل أن يضر بالدائن المرتهن². لكن كاستثناء يمكن أن يرد الرهن الرسمي على بعض المنقولات نظرا لأهميتها وعدم القدرة على اخضاعها لأحكام الرهن الحيازي كالسفينة والطائرة... وقد نظم القانون لها طرق خاصة للشهر³.

رابعاً: حق غير قابل للتجزئة

نصت المادة 892 ق.م.ج على: "كل جزء من العقار أو من العقارات الغير المرهونة ضامن لكل دين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها مالم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك"، يقصد بمبدأ عدم التجزئة أن الرهن يثقل العقار بأكمله لضمان الوفاء بالدين كله⁴، وأيضا من خلال استقراء نص المادة يلاحظ أنها تحمل في جعبتها قاعدتين: أولا أن المشرع قد بين في الجزء الأول أن الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة بالنسبة للعقار المرهون، بمعنى أن كل جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين، فاذا قسم المدين العقار المرهون وتصرف ببيع أجزاء معينة الى أشخاص مختلفين يكون كل جزء منه ضمنا للدين. وفي الجزء الثاني قد بين أنه حق غير قابل للتجزئة بالنسبة للدين المضمون، أي أنه في حالة أي تجزئة للدين المضمون مثل حالة حوالة حق جزئية، تبقى مضمونة بكل الرهن الرسمي حتى ولو كان الدين الشخصي للمحال له أقل بكثير من الدين المضمون⁵.

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 20

2_ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، د.ط، دار الأمل للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 14

3_ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 21

4_ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 38

5_ محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ط 01، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 180

الفرع الثالث: شروط انشاء عقد الرهن الرسمي

حتى ينعقد عقد الرهن الرسمي صحيحا، لابد من توافر شروط موضوعية عامة من رضا، محل وسبب، وخاصة من شروط متعلقة بالمال المرهون وشروط متعلقة بالراهن شخصيا، وبما أن الرهن الرسمي من العقود الشكلية فبطبيعة الحال يتطلب الكتابة والقيود، كل هذا سنفصله في هذا الفرع كآتي:

أولا: الشروط الموضوعية

كأي عقد من العقود، يجب توافر الشروط الموضوعية العامة من تراضي بين الطرفين، ومحل الرهن (العقار المرهون) وسبب مشروع غير مخالف للنظام والآداب العامة. لهذا ستنصب دراستنا على الشروط الموضوعية الخاصة متعلقة بالعقار المرهون والراهن.

01: الشروط الموضوعية الخاصة

أ: الشروط المتعلقة بالعقار المرهون

نص المشرع في المادة 2/886 ق.م.ج: " يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل به وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن بذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلا"، من خلال استقراء نص المادة يتضح أن المشرع قد اشترط شروطا يجب توافرها في العقار المرهون وإلا كان العقد باطلا، نختصرها كما يلي:

- أن تكون طبيعته عقارا وليس منقولاً، حيث إن الرهن الرسمي خلاف للرهن الحيازي يرد إلا على العقارات، حتى لو قضت المحكمة بغير ذلك، والمغزى من اشتراط المشرع لهذا الشرط ترجع إلى أن الرهن الرسمي يسمح للراهن بالاحتفاظ بحيازة المال المرهون اكتفاء بشهره كوسيلة لإعلام الغير بما ورد على هذا المال من حق عيني تبعي¹.
- أن يكون العقار مما يصح التعامل به وبيعه بالمزاد العلني، فإذا كان العقار لا يقبل به البيع والشراء كالأوقاف والممتلكات العامة لا يجوز أن يكون محل رهن، وأن يستطيع البنك المرتهن التنفيذ على العقار بمقتضى حقه العيني التبعي عندما يتعذر عليه تحصيل الدين².
- أن يكون هذا العقار موجودا وقت الرهن، بمعنى أن المشرع قد اشترط أن يكون محل الرهن موجودا فعليا على أرض الواقع وقت إبرام عقد الرهن الرسمي، ويكون بذلك قد طابق كلا من المشرع الفرنسي والمصري اللذان أكدوا أن رهن الأموال المستقبلية كرهن بناء من المتوقع أن يبني في المستقبل يترتب عليها بطلان العقد.

1_ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 269

2_ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 53

■ أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً، يجب أن يعين العقار تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه الجغرافي بصورة واضحة للعيان، سواءً في عقد الرهن الرسمي أو في عقد رسمي لاحق، حيث إن غياب هذا الشرط الجوهري يؤدي لبطلان العقد بطلاناً مطلقاً. ويجوز أن يمتد الرهن للملحقات العقارية محل الرهن حسب نص المادة 887 ق.م.ج، وقد حددها المشرع من حيث طبيعتها كعقارات كالإنشاءات المقامة على العقار المرهون، أو بالتخصيص كالأثاث التابع للعقار، أو من الحقوق العقارية كحق الارتفاق المقرر لخدمة العقار المرهون¹.

ب: الشروط المتعلقة بالراهن

نصت المادة 884 ق.م.ج: " يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه "، ومنه قد اشترط المشرع في الشخص الراهن شرطين: أولاً أن يكون مالكا للعقار محل الرهن، لأن الراهن برهنه لهذا العقار يتصرف فيه ولو تصرفاً جزئياً، فيجب أن يتصرف في عقار مملوك له²، تجدر الإشارة أن المشرع قد ساير المشرع المصري في ق.م.م، فقد أجاز أن يكون المدين بذاته راهنًا، ويسمى في هذه الحالة كفيلاً عينياً، وثانياً أن يكون أهلاً للتصرف فيه، بمعنى أن يكون بالغاً سن الرشد وهو 19 سنة كاملة، حتى لو كان المدين هو الراهن نفسه.

ثانياً: الشروط الشكلية

سبق وذكرنا أن عقد الرهن الرسمي من العقود الشكلية، فيتطلب لصحة انعقاده شرطين: الكتابة والقيود.

أ: الكتابة

لا ينعقد الرهن الرسمي بمجرد التراضي بين الطرفين، فيشترط وجود ركن الرسمية في العقد حسب نص المادة 883 ق.م.ج: " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي "، ويقصد بالرسمية أن يحرر العقد من قبل ضابط عمومي مختص وفقاً للأشكال التي يتطلبها القانون، وهو الموثق³. والمغزى من اشتراط المشرع لهذا هو أن الكتابة لها حجية أقوى حيث تحمي الراهن من خلال التصرفات القائمة بها، وتحمي أيضاً البنك المرتهن حيث تسهل إجراءات التنفيذ على العقار المرهون أمام المحكمة تجاه المدين لاستيفاء حقه لأنها تعتبر في حد ذاتها سنداً تنفيذياً للمطالبة. تجدر الإشارة أن المشرع قد ذكر أن الراهن هو من يتحمل كل نفقات إبرام العقد في نص المادة 2/883 ق.م.ج، من نفقات الموثق وأتعاب المحامي... باستثناء إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ب: القيد

1_ زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 75

2_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 295

3_ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 68

حسب نص المادة 904 ق.م.ج: " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل ان يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون الاخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس....."، بمعنى أن المشرع قد اشترط أيضا أن يسجل العقار المرهون في العقارات المخصصة للرهن في السجل العقاري، من أجل إعلام الغير بالحق العيني الذي نشأ إثر إبرام العقد. وتكون إجراءات القيد وفق ما نصه قانون الشهر العقاري، كما أن القيد يكون في نفس مكتب الشهر العقاري الذي يقع في دائرة العقار المرهون، فإذا كان هذا العقار يقع في عدة دوائر تكون الإجراءات في كل مكتب منها لهذه الدوائر¹. ويعفى هذا الرهن الذي يأخذ مرتبته عند تاريخ تسجيله من التجديد لمدة ثلاثين (30) سنة.

المطلب الثاني: الرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية

الفرع الأول: الأساس القانوني للرهن القانوني في التشريع الجزائري

نظرا لعيوب أحكام الرهن الرسمي الذي مصدره القانون كالتى تتعلق بإنشائه من حيث إجراءات الكتابة والقيد، نظرا لتناقضه مع طبيعة المعاملات التجارية التي تتصف بالسرعة والائتمان، استحدث المشرع الجزائري الرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية بموجب المادة 96 من قانون المالية 2003² والتي نصت على: " دون المساس بالأحكام المخالفة، يؤسس رهن قانوني على الأملاك العقارية للمدينين لفائدة البنوك والمؤسسات المالية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها معها"، وقد نظم كليات تطبيق أحكام الرهن القانوني في المرسوم التنفيذي 06-132³، وتجدر الإشارة أن المشرع قد سبق وأن نص على الرهن القانوني في المادتين 175 و176 من قانون المالية لسنة 1983 الذي جاء بمناسبة استحداث رهن قانوني مؤسس لصالح الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط " CNEP"، كما نص عليه أيضا في المادة 179 من القانون 90-10 المتضمن قانون النقد والقرض الملغى.

الفرع الثاني: الإطار المفاهيمي للرهن القانوني

ستكون دراستنا في هذا الفرع حول تعريف الرهن القانوني، وتبيان خصائصه وشروط إنشائه بصورة مختصرة نظرا لأن الرهن القانوني ما هو إلا مصدر من مصادر الرهن الرسمي. وقد سبق لنا أن درسنا هذا الأخير.

أولا: تعريف الرهن القانوني

¹ زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 107

² قانون رقم 02-11، المؤرخ في 20 شوال عام 1423 الموافق لـ 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لعام 2003، ج.ر.ج، العدد 86، الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2002، ص 35

³ مرسوم تنفيذي رقم 06-132، مؤرخ في 4 ربيع الأول عام 1427 الموافق لـ 3 أبريل 2006، المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، ج.ر.ج، العدد 21، الصادر بتاريخ 5 أبريل 2006

لم يحدد المشرع تعريفا واضحا للرهن القانوني سواء في نص المادة 96 من قانون المالية لسنة 2003، أو في أحكام مواد المرسوم التنفيذي 06-132، وبما أن الرهن القانوني صورة من صور الرهن الرسمي نرجع لتعريف المشرع في نص المادة 882 ق.م.ج الذي سبق لنا وأن درسناه. ويمكن أن نعرف الرهن القانوني بأنه حق عيني الذي ينشئه القانون لدائن على عقار معين مخصص للوفاء بدينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار أو مما يحل محله وفي أي يد كان¹.

ثانيا: خصائص الرهن القانوني

للرهن القانوني خصائص أغلبها ما يتفق مع الرهن الرسمي باستثناء بعضها التي يتميز بها الرهن القانوني وحده، نختصرها كالتالي:

01: حق عيني، حيث بمقتضى هذه العينية، للبنك الدائن حق الأفضلية في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون على الدائنين العاديين والمرتهنين التاليين له في المرتبة، وله حق التبعية في أي يد كان.

02: حق تبعي، إذ لا يقوم إلا ضمانا لحق أصلي للبنك الذي يمثل القرض، ويتبع الالتزام الأصلي من حيث وجوده، وصحته، وانقضائه، وبطلانه.

03: الرهن القانوني لا يرد إلا على عقار، وهذا طبقا لنص المادة 96 من قانون المالية لسنة 2003 التي نصت أن الرهن القانوني يرد إلا على الأملاك العقارية التي يحوزها المدين المقترض، ونص المادة 886 ق.م.ج السالفة الذكر، بمعنى أنه لا يجوز الرهن القانوني على المنقولات.

04: حق غير قابل للتجزئة، بمعنى أن كل جزء من العقار المرهون ضامنة لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات كلها طبقا لنص المادة 892 ق.م.ج.

05: الرهن القانوني لا يشترط فيه الرسمية، فعكس الرهن الرسمي الذي يتطلب الكتابة لصحة انعقاده، يعد الرهن القانوني عقدا عرفيا يحرر من طرف الممثل القانوني للبنك الدائن، قد نظم المشرع إجراءات منح الصيغة التنفيذية للرهن القانوني في أحكام المرسوم 06-132، فعند عدم إيفاء المدين المقترض لالتزاماته تجاه البنك الدائن، يقوم الممثل القانوني بسحب جردولي القيد من المحافظة العقارية وملاأ البيانات اللازمة التي تشترطها المادة 93 من المرسوم التنفيذي 63/76 من تعيين هوية الدائن والمدين والعقار محل الرهن².... الخ. بعد تبليغ المدين بإعذار أول بدفع مبلغ الائتمان في أجل شهر واحد، وتبليغه أيضا بإعذار ثان للدفع في أجل 15 يوما وعدم الإيفاء بالتزاماته تجاه البنك الدائن بعد تبليغه بالإعذارين يقوم الممثل القانوني بتقديم طلب لدى المحكمة المختصة إقليميا للحصول على الصيغة التنفيذية للتنفيذ الجبري على العقار المرهون، متضمنا:

¹ شميل كمال، التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009/2008، ص 17

² أمينة عبدلي، الرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية في التشريع الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، المجلد 12، العدد 03، 2020، ص 638

- اسم والمقر الاجتماعي للبنك
- اسم ولقب الممثل القانوني للبنك
- هوية المدين
- مبلغ القرض مع ذكر أجل استحقاقه

ويرفق ب:

- اتفاقية القرض المبرمة بين البنك والمقترض
- نسخة من جدول قيد الرهن القانوني بالمحافظة العقارية
- نسخة من الاعذارين بالدفع

06: لا يكون الرهن القانوني إلا لصالح بنك أو مؤسسة مالية، فعكس الرهن الرسمي الذي يكون فيه المرتهن شخصا طبيعيا أو معنويا، قد حددت المادة 96 من قانون المالية لسنة 2003 أن الرهن القانوني يكون فيه الدائن المرتهن دائما بنكا أو مؤسسة مالية.

المبحث الثاني: الرهن الحيازي ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للرهن الحيازي

الفرع الأول: تعريف وخصائص الرهن الحيازي

أولا: تعريف الرهن الحيازي

عرف المشرع الجزائري الرهن الحيازي في المادة 948 ق.م.ج: " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم للدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه حقا عينيا يخوله 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 ". يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قد ساير نظيره المصري، فقد عرف الرهن الحيازي باعتباره مصدرا لحق الرهن، وبين أن مضمونه هو انتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى البنك المرتهن أو إلى شخص وسيط يتفق عليه الطرفين في العقد، حيث يحبس البنك المال المرهون ضمانا لاستيفاء حقه من المدين، ويخوله حق الأفضلية على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة وحق التتبع.

ثانيا: خصائص الرهن الحيازي

يشارك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي في العديد من الخصائص، لذا سنختصرها كالتالي:

- من الحقوق العينية.
- حق تبعية للالتزام الأصلي للمدين.
- حق غير قابل للتجزئة.
- الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم للجانبين، بحيث يلتزم المدين الراهن بتسليم العين المرهونة، ويلتزم الدائن المرتهن بدوره على المحافظة عليها وردها عند استيفاء حقه.
- يرد الرهن الحيازي على العقارات والمنقولات سواء كانت مسجلة أم لا.

الفرع الثاني: شروط انشاء الرهن الحيازي

أولاً: الشروط الموضوعية

01: الشروط الموضوعية العامة

الرهن الحيازي كسائر العقود الرضائية يستوجب توافر الشروط الموضوعية العامة من تراضي بين الطرفين بالإيجاب والقبول، ومحل الرهن (العقار أو المنقول المرهون)، وسبب مشروع غير مخالف للنظام والآداب العامة.

02: الشروط الموضوعية الخاصة

أ: الشروط المتعلقة بالراهن والمرتهن

بما أن الرهن الحيازي من أعمال التصرف، وبما أن نص المادة قد أحال بعض الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي لتسري لأحكام الرهن الحيازي في نص المادة 950 ق.م.ج. فيشترط في الراهن طبقاً لنص المادة 884 ق.م.ج. إذا كان المدين أو حتى كان شخصاً آخر يكفله عينياً أن تكون له أهلية التصرف في المال المرهون، وأن يكون مالكا له، حيث لا يجوز أن يرهن حيازياً مالا لغيره لا يدخل ضمن أملاكه. أما بالنسبة للدائن المرتهن الذي يعد في عقد الرهن الحيازي البنك أو المؤسسة المالية التي قدمت القرض لا حاجة لنا بالحديث عن ذلك، لأن المشرع في القانون 09/23 المتضمن القانون النقدي والمصرفي¹ في نص المادة 68 قد خول للبنوك والمؤسسات المالية مهام منح القروض ضمن العمليات المصرفية.

ب: الشروط المتعلقة بالمال المرهون

يمثل الرهن الحيازي أكثر الضمانات التي تعتمدها البنوك من أجل تحصيل ديونها، وذلك كونها ترد على المنقولات عكس الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على عقار، وأيضا بسبب أنها تنقل الحيازة والسيطرة الفعلية على المال المرهون لصالح البنك الدائن إلى أن يستوفي حقه. طبقاً لنص المادة 949 ق.م.ج: " لا يكون محلاً للرهن الحيازي

1- قانون رقم 09/23، المؤرخ في 3 ذي الحجة عام 1444 الموافق ل 21 يونيو عام 2023، المتضمن القانون النقدي والمصرفي، ج.ر.ج.ج، العدد 43، الصادر في 27 يونيو 2023، ص 13

إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني م من منقول وعقار"، يتضح من نص المادة أن جميع الأشياء من عقار ومنقولات يمكن رهنها حيازيا عكس الرهن الرسمي، لكن المشرع قد حدد شروطا خاصة يجب أن تتوافر في المال المرهون لكي ينعقد عقد الرهن الحيازي صحيحا، تتمثل في:

- أن يكون المال المرهون معيناً، رجوعاً للقواعد العامة في المادة 94 ق.م.ج: "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً"، حيث يكفي أن يكون محل الرهن معيناً تعييناً كافياً منافياً للجهالة، بأن يكون معيناً بالذات أو معيناً بالنوع مع ذكر مقداره أو قابلاً للتعيين¹.
- أن يكون المال المرهون موجوداً وقت الرهن، بالرجوع إلى احكام الرهن الرسمي، يجب أن يكون المال المرهون سواء كان عقاراً أو منقولاً موجوداً فعلياً على أرض الواقع وقت إبرام عقد الرهن الحيازي، لأن رهن الأموال المستقبلية يترتب عنها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً².
- أن يكون المال المرهون مملوكاً للراهن، اشترط المشرع في العقار المرهون في الرهن الرسمي أن يكون مملوكاً للراهن، نفس الشيء ينطبق على الرهن الحيازي، فيجب أن يقدم المدين المقترض للبنك المقرض سندات أو أوراق تثبت ملكيته للمنقول أو العقار الذي سيتم الرهن عليه حيازياً. فإذا كان مالكا له تحت شرط فاسخ، ولم يتحقق الشرط فالراهن يصبح مالكا بشكل بات للمال المرهون، أما إذا كان مالكا له تحت شرط واقف ولم يتحقق الشرط فلا يعد هنا مالكا ويكون بذلك العقد باطلاً³. وإذا كان البنك يعلم وقت الرهن أن الراهن لا يملك المال المرهون يكون له أن يرجع على مدينه بكل الدفع التي يملكها.
- أن يكون المال المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، إحالة لأحكام الرهن الرسمي، لا يجوز رهن الأشياء العامة والأوقاف، والمال المشروط عدم التصرف فيه، وحقوق الارتفاق والسكنى، لأنه لا يمكن التصرف فيه بالبيع والشراء في المزاد العلني، والحكمة من هذا واضحة حتى يستطيع البنك التنفيذ على المال المرهون في حالة عدم استيفاء حقه من المدين.

ج: الشروط المتعلقة بالدين المضمون

حيث يكفي في القرض المضمون أن يكون موجوداً وصحيحاً.

1_ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 227

2_ نفس المرجع، ص 228

3_ نفس المرجع، ص 228

الفرع الثالث: بعض تطبيقات الرهن الحيازي في ضمان القروض البنكية

أولاً: الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز

يمكن أن يتم الرهن حيازياً على الأدوات والأثاث ومعدات التجهيز والبضائع من طرف البنك، حيث يتعين على هذا الأخير التحقق من سلامتها وأنها غير قابلة للتلف وأن قيمتها بالنقود لا تتغير¹. وقد نص المشرع في المادة 152 ق.ت.ج أن الرهن في هذه الحالة تتم الموافقة عليه بواسطة عقد رسمي أو عرفي يسجل برسم محدد، فعند توقيع المقرض عليه يخضع القرض للأحكام الخاصة بعقد البيع. وتجدر الإشارة أنه لا يجوز للمدين الراهن أن يقوم ببيع الأدوات والمعدات المرهونة إلا بعد موافقة رسمية من طرف البنك².

ثانياً: الرهن الحيازي للأوراق المالية

يعد الرهن الحيازي للأوراق المالية الأكثر شيوعاً في المجال البنكي، ويخضع هذا النوع من الرهن لأحكام القانون التجاري، والمقصود بالأوراق المالية هو الأسهم التي تصدرها شركات المساهمة اثباتاً لامتلاك حائزها على جزء من رأسمال الشركة، والسندات هي عبارة عن إثبات لعملية القرض. ويتم الرهن الحيازي للأوراق المالية بموجب عقد رضائي يلزم المدين الراهن بتسليم الأوراق المالية للبنك الذي يسهر على رعايتها والحفاظ عليها، ويعتمد البنك بصفة عامة في معرفة قيمة الأسهم المقدمة من طرف المدين من خلال الصحف اليومية التي تعتمد هذه الأخيرة على الأسعار المتداولة في سوق الأوراق المالية المنظمة، وعادة ما ترسل للبنوك نشرات حول السعر المتداول³. في الأخير، وطبقاً لنص المادة 139 من القانون 09/23، تبرز أهمية الرهن الحيازي للأوراق المالية بالنسبة للبنوك في استفادتها من امتيازات على جميع الأملاك والديون والأرصدة المسجلة في الحساب ضماناً لإيفاء السندات المباعة أو المسلمة لها كرهن حيازي، ويطبق هذا الامتياز اعتباراً من تاريخ الاعذار أو الحجز عن طريق رسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام إلى المدين الذي رهن أوراقه المالية⁴.

ثالثاً: الرهن الحيازي للأرصدة البنكية

بالرجوع إلى نص المادة 137 من القانون 09/23 المتضمن القانون النقدي والمصرفي، يمكن أن ترهن حيازياً الحسابات المفتوحة لدى البنوك باسم المدين المقترض سواء كانت فردية أو جماعية، تضامنية أو لا، أو شائعة ضماناً لتحصيل القرض. وفي حالة الحجز عليها لابد من تبليغ المدين الراهن برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

1_ الطاهر لطرش، مرجع سابق، ص 169

2_ نفس المرجع، ص 169

3_ عبد المعطي رضا رشيد ومحفوظ أحمد جودة، إدارة الائتمان، وائل للطباعة والنشر، عمان، ط 01، 1999، ص 70

4_ شايب بوزيان، تطبيقات الرهن الحيازي في المجال البنكي، معهد العلوم القانونية والإدارية بجامعة غليزان، العدد 04، ديسمبر 2014، ص 141

رابعاً: الرهن الحيازي للمحل التجاري

نظم المشرع أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في المواد من 118 إلى 122 ق.ت.ج، لكن قد أورد استثناء لهذه الأحكام في المادة 141 من القانون 09/23، حيث أجاز أن تتم عملية رهن المحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول. حيث يقدم المدين الراهن محله التجاري للبنك المقرض ضماناً للقرض.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الرهن الحيازي كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية

سنعرض في هذا المطلب بصورة مختصرة وموجزة الالتزامات التي يربتها الرهن الحيازي على المتعاقدين من مدين راهن وبنك مرتهن، وآثاره بالنسبة إلى الغير.

أولاً: آثار الرهن الحيازي بين المتعاقدين

01: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للمدين الراهن

يلتزم المدين المقرض في الرهن الحيازي بعدة التزامات، تتمثل فيما يلي:

- ضمان سلامة المال المرهون ونفاذه، طبقاً لنص المادة 953 ق.م.ج.
- ضمان تسليم المال المرهون للبنك
- تسديد النفقات المتعلقة بحفظ المال المرهون وصيانته

02: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للبنك المرتهن

أ: التزامات البنك

يلتزم البنك المرتهن في الرهن الحيازي ب:

- الالتزام بالمحافظة على المال المرهون وصيانته.
- الالتزام بإدارة المال المرهون طبقاً لنص المادة 958 ق.م.ج.
- الالتزام باستثمار المال المرهون طبقاً لنص المادة 956 ق.م.ج.
- الالتزام برد المال المرهون عند استيفاء حقه من المدين.

ب: حقوق البنك

للبنك المرتهن عدة حقوق تتمثل في:

- التنفيذ على المال المرهون في حالة عدم استيفاء حقه من المدين.
- الحصول على حقه من المال المرهون.

ثانياً: آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير

سندرس في هذا الجزء الآثار التي يترتبها الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير، والمقصود بالغير هو كل من يتأثر حقه بوجود حق الدائن المرتهن، وهم الدائنين العاديين وكل صاحب حق عيني تبعية أو حق عيني أصلي على المال المرهون قام بشهر حقه بعد قيد الرهن¹. حيث سنتكلم عن حقوق الدائن المرتهن من حق الحبس، حق التقدم وحق التتبع.

01: حق الحبس، من خلال استقراء نص المادة 962 ق.م.ج: " يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون"، يتضح من نص المادة أن للبنك سلطة حبس الشيء المرهون حتى انتقال الحيازة إليه، وقد يكون للغير على الشيء المرهون حقوق تم حفظها وفقاً للقانون كحقوق ارتفاع سجلها المرتفق قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه، أو حق رهن أو حق اختصاص، كل هذا يبقى خارجاً عن حق البنك في حبس المال المرهون.

02: حق التقدم، نص المشرع في المادة 948 ق.م.ج أن للبنك حق الأفضلية في التقدم على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن المال المرهون، وطبقاً لنص المادة 963 ق.م.ج يضمن الرهن الحيازي في نفس المرتبة وليس فقط أصل الحق المبالغ التالية:

- المصاريف الأساسية التي أنفقت للمحافظة على الشيء وإصلاحه.
- التعويضات الناشئة عن عيوب في الشيء المرهون.
- مصاريف إنشاء العقد الأصلي ومصاريف عقد الرهن الحيازي وقيده.
- مصاريف تنفيذ الرهن الحيازي في حالة عدم استيفاء البنك حقه من المدين.

03: حق التتبع، والمقصود بحق التتبع هو تتبع معنوي للملكية يستطيع المرتهن بمقتضاه التنفيذ على الشيء المرهون وهو في ملك الغير، فهو ينزع ملكيته في مواجهة هذا المالك مع أنه ليس ملزماً شخصياً بهذا الدين. حيث يستطيع تتبع المال المرهون في أي يد يكون.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 242

خلاصة الفصل:

من خلال كل ما سبق، نستنتج أن الضمانات العينية لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية تقوم على تخصيص مال معين يملكه في الغالب المدين لضمان الوفاء بمبلغ القرض، وهي تحقق حماية أكثر من الضمانات الشخصية للبنك الدائن في استيفاء دينه. ولعل الرهن الرسمي والرهن الحيازي هما أبرزهم وأكثرهم شيوعاً في مجال منح القروض من طرف البنوك، فالرهن الرسمي عبارة عن تخصيص عقار يملكه المدين ضماناً للمدين الأصلي الذي في ذمته، أما الرهن الحيازي فمضمونه نقل حيازة المال المرهون سواء كان عقاراً أو منقولاً من المدين إلى الدائن بغرض الضمان إلى حين تحصيل الدين. وأخيراً نشير أن الضمانات العينية تمنح للبنك الحق في تتبع المال المرهون والأفضلية في التقدم على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في التنفيذ عليه وبيعه بالميزاد العلني وبالتالي تحصيل دينه من ثمن ذلك المال.

خاتمة

خاتمة:

يتضح من خلال كل ما درسناه في موضوع " ضمانات تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية، الضمانات الكلاسيكية"، أن عملية منح القروض تعتبر نشاطاً أساسياً للبنوك من أجل تحقيق إيراداتها وبالتالي دفع عجلة النمو الاقتصادي في الدولة، من أجل هذا الغرض قد منح المشرع لصالح البنوك والمؤسسات المالية ضمانات تتمثل في ضمانات شخصية و ضمانات عينية تلعب دوراً هاماً في حماية البنك من مخاطر عدم سداد مبلغ القرض من طرف المدين المقترض. ومن خلال كل ما سبق، توصلنا لإجابة عن الإشكالية المطروحة في هذه الدراسة، حيث حتى بعد استحداث المشرع لضمانات كالتوريق المصرفي والضمان المالي، إلا أن الضمانات الكلاسيكية لم تعد كافية لضمان تحصيل البنك لديونه، كونها لا تتناسب مع مبالغ القروض الممنوحة، وأيضاً بسبب التطور الحاصل في المنظومة البنكية. فما يلاحظ الآن أن الدولة تعاني من مشكل القروض المتعثرة بسبب الاعتماد على الضمانات الكلاسيكية فقط.

وقد توصلنا لعدة نتائج نوضحها فيما يلي:

- لا يختلف عقد الكفالة كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية عن الكفالة العادية التي تتطلب الكتابة، وهذا ما يتنافى مع العادات البنكية التجارية التي تتصف بالسرعة والائتمان.
- بالنسبة للضمان الاحتياطي، فيسار الضامن الاحتياطي غير مؤكد بالنسبة للبنك الذي آلت إليه الورقة التجارية، مما يرفع من احتمالية عدم القدرة على استيفاء الدين بنسبة كبيرة.
- يعتبر الرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية من أقوى الضمانات التي تعتمدها البنوك حالياً، وذلك بسبب أنه تخلو فيه الرسمية التي تتماشى مع طبيعة النظام المصرفي.
- لم يأت القانون 09-23 المتضمن القانون النقدي والمصرفي بجديد حول الضمانات التي تعتمدها البنوك في منح القروض.
- بالرغم من استحداث المشرع لضمانات حديثة كالتوريق والضمان المالي، إلا أن البنوك مازالت تعتمد على الضمانات الكلاسيكية من أجل تغطية قروضها، وذلك بسبب نقص المعرفة وعدم توضيح المشرع لكيفية العمل بها، وربما بسبب نقص الإمكانيات التي تتطلبها.

الاقتراحات:

لعل أهم الاقتراحات التي نقدمها هي:

- إعادة تنظيم ضمانات تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية في تشريعات مستقلة.
- تعديل أحكام عقد الكفالة في القانون المدني بما يتناسب مع طبيعة المنظومة البنكية.
- استحداث ضمانات حديثة أكثر تحقيقا للثقة والائتمان ما بين البنك وعميله تتماشى مع التطور الحاصل في المجال المصرفي، مع توضيح كيفية العمل به بالتفصيل.



قائمة المصادر

والمراجع

-المصادر:

1- القرآن الكريم

2- النصوص القانونية:

أ- القوانين والأوامر:

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل المتمم لعام 2007، ج.ر.ج.ج، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- 2- القانون رقم 02-11 المؤرخ في 23 شوال عام 1423 الموافق ل 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لعام 2003، ج.ر.ج.ج، العدد 86، الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2002.
- 3- القانون رقم 23-09 المؤرخ في 3 ذي الحجة عام 1444 الموافق ل 21 يونيو عام 2023، المتضمن القانون النقدي والمصرفي، ج.ر.ج.ج، العدد 43، الصادر في 23 يونيو عام 2023.

ب- المراسيم التنفيذية:

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 4 ربيع الأول عام 1427 الموافق ل 3 أبريل 2006، المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، ج.ر.ج.ج، العدد 21، الصادر في 5 أبريل 2006.

-المراجع

1- الكتب

- 1- أبو السعود رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006
- 2- بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، ط 04، دار هومة، 2012
- 3- زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، د.ط، دار الأمل للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006
- 4- سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010
- 5- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015
- 6- عبد القادر البقيرات، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 02، الجزائر، 2012

- 7- عبد المعطي رضا رشيد ومحفوظ أحمد جودة، إدارة الائتمان، وائل للطباعة والنشر، عمان، ط 01، 1999
- 8- عدنان إبراهيم سرحان، نشر القانون المدني العقود المسماة (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006
- 9- لطرش الطاهر، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 07، 2010، ص 163
- 10- محمد السيد الفقي، القانون التجاري الأوراق التجارية، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005
- 11- محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ط 01، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986
- 12- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر، 2011
- 13- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية، ط 01، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2009/2008
- 14- موفق ابن قدامة، شرح عمدة الفقه، باب الحوالة والضمان، ص 869
- 15- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005
- 16- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001

2- الأطروحات والمذكرات الجامعية

- 1- إدشة زهرة، الضمان الاحتياطي في السفتجة، مذكرة ماستر تخصص قانون أعمال، جامعة أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016/2015
- 2- شميل كمال، التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009/2008
- 3- ونوغي غادة، ضمانات القروض البنكية، مذكرة ماستر، قانون أعمال، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017
- 4- ياسمين ذويب، ضمانات القروض البنكية، مذكرة ماستر، قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019

3- المقالات والدراسات

- 1- أمينة عبدلي، الرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية في التشريع الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، المجلد 12، العدد 03، 2020
- 2- شايب بوزيان، تطبيقات الرهن الحيازي في المجال البنكي، معهد العلوم القانونية والإدارية بجامعة غليزان، العدد 04، ديسمبر 2014
- 3- عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة، آثار الضمان الاحتياطي في الورقة التجارية (دراسة في القانون الأردني)، البلقاء للبحوث والدراسات، جامعة عمان الأهلية، الأردن، المجلد 19، العدد 01، 2016

4- المحاضرات:

- 1- بوجنان نسيمية، محاضرات في ضمانات القروض البنكية، أقيمت على طلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأعمال، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2021/2022
- 2- بوخاتم أسية، محاضرات في التأمينات العينية والشخصية، أقيمت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2015



فهرس
المحتويات

فهرس المحتويات:

01.....	مقدمة:
05.....	الفصل الأول: الضمانات الشخصية لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية.
06.....	تمهيد
07.....	المبحث الأول: عقد الكفالة ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية.
07.....	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة.
08.....	الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة.
08.....	أولاً: تعريف الكفالة لغة.
08.....	ثانياً: تعريف الكفالة اصطلاحاً.
08.....	ثالثاً: تعريف المشرع الجزائري لعقد الكفالة.
09.....	الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة.
09.....	أولاً: عقد ضمان شخصي.
09.....	ثانياً: عقد تابع.
10.....	ثالثاً: عقد ملزم لجانب واحد.
10.....	رابعاً: عقد تبرع.
10.....	خامساً: عقد رضائي.
10.....	الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في الكفيل.
10.....	أولاً: يسار الكفيل.
11.....	ثانياً: الإقامة في الجزائر.
11.....	ثالثاً: أهلية الكفيل.
11.....	رابعاً: تقديم تأمين عيني.

- المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن عقد الكفالة كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية....11
- الفرع الأول: العلاقة بين الكفيل والبنك.....12
- أولاً: رجوع البنك على الكفيل.....12
- ثانياً: رجوع البنك على المدين.....13
- ثالثاً: الدفع بالتجريد.....14
- الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين.....15
- أولاً: الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)15
- ثانياً: دعوى الحلول.....16
- المبحث الثاني: الضمان الاحتياطي ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية.....17
- المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للضمان الاحتياطي.....17
- الفرع الأول: تعريف الضمان الاحتياطي.....17
- أولاً: تعريف الضمان الاحتياطي لغة.....17
- ثانياً: تعريف الضمان الاحتياطي اصطلاحاً.....17
- ثالثاً: تعريف الضمان الاحتياطي فقهاً.....18
- رابعاً: تعريف المشرع الجزائري للضمان الاحتياطي18
- الفرع الثاني: خصائص الضمان الاحتياطي.....18
- الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في الضمان الاحتياطي.....18
- أولاً: الشروط الموضوعية.....18
- ثانياً: الشروط الشكلية.....19
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الضمان الاحتياطي كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية....20
- الفرع الأول: علاقة الضامن الاحتياطي بالحامل.....20

21.....	الفرع الثاني: علاقة الضامن الاحتياطي بالملتزم المضمون.....
21.....	الفرع الثالث: علاقة الضامن الاحتياطي بالموقعين الآخرين في الورقة.....
22.....	خلاصة الفصل الأول.....
23.....	الفصل الثاني: الضمانات العينية لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية.....
24.....	تمهيد.....
25.....	المبحث الأول: الرهن الرسمي ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية.....
25.....	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للرهن الرسمي.....
25.....	الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي.....
25.....	أولاً: تعريف الرهن الرسمي لغة.....
25.....	ثانياً: تعريف الرهن الرسمي اصطلاحاً.....
25.....	ثالثاً: تعريف المشرع الجزائري للرهن الرسمي.....
26.....	الفرع الثاني: خصائص الرهن الرسمي.....
26.....	أولاً: حق عيني.....
27.....	ثانياً: حق تبعي.....
27.....	ثالثاً: لا يرد إلا على عقار.....
27.....	رابعاً: حق غير قابل للتجزئة.....
28.....	الفرع الثالث: شروط إنشاء عقد الرهن الرسمي.....
28.....	أولاً: الشروط الموضوعية.....
29.....	ثانياً: الشروط الشكلية.....
30.....	المطلب الثاني: الرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية.....
30.....	الفرع الأول: الأساس القانوني للرهن القانوني في التشريع الجزائري.....

30.....	الفرع الثاني: الإطار المفاهيمي للرهن القانوني
30.....	أولاً: تعريف الرهن القانوني
31.....	ثانياً: خصائص الرهن القانوني
32.....	المبحث الثاني: الرهن الحيازي ودوره في ضمان تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية
32.....	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للرهن الحيازي
32.....	الفرع الأول: تعريف وخصائص الرهن الحيازي
32.....	أولاً: تعريف الرهن الحيازي
32.....	ثانياً: خصائص الرهن الحيازي
33.....	الفرع الثاني: شروط إنشاء الرهن الحيازي
33.....	أولاً: الشروط الموضوعية
35.....	الفرع الثالث: بعض تطبيقات الرهن الحيازي في ضمان القروض البنكية
35.....	أولاً: الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز
35.....	ثانياً: الرهن الحيازي للأوراق المالية
35.....	ثالثاً: الرهن الحيازي للأرصدة البنكية
36.....	رابعاً: الرهن الحيازي للمحل التجاري
36.....	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الرهن الحيازي كضمان لتحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية
36.....	أولاً: آثار الرهن الحيازي بين المتعاقدين
37.....	ثانياً: آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير
38.....	خلاصة الفصل الثاني
40.....	خاتمة

المخلص

الملخص:

يعتبر البنك مؤسسة مالية، تقوم بتقديم خدمات مالية مختلفة، كمنح القروض للمقترضين، ومن اجل ضمان استردادها نتيجة للأخطار الائتمانية التي تواجهها، تطلب الأمر اللجوء إلى مجموعة من الضمانات لحماية مصالح البنك، و ذلك بالاعتماد على ضمانات نظمها المشرع الجزائري في قوانين مختلفة تعرف بضمانات تحصيل ديون البنوك والمؤسسات المالية، وتتمثل هذه الضمانات في ضمانات كلاسيكية بنوعين: الضمانات الشخصية المتمثلة في عقد الكفالة والضمان الاحتياطي، و ضمانات عينية تتمثل في الرهن الرسمي و الرهن الحيازي، كلها تؤدي دور التأمين ضد مخاطر عدم سداد المدين لمبلغ القرض.

الكلمات المفتاحية: البنك، القروض، ضمانات، الكفالة، الضمان الاحتياطي، الرهن الرسمي، الرهن الحيازي.

Résumé :

La Banque est une institution financière qui fournit divers services financiers, tels que l'octroi de prêts aux emprunteurs, et afin de garantir leur recouvrement en raison des risques de crédit auxquels ils sont confrontés, elle exige le recours à un ensemble de garanties pour protéger les intérêts de la Banque. Celle-ci est basée sur des garanties réglementées par les législateurs algériens dans diverses lois connues sous le nom de garanties de recouvrement des dettes des banques et des institutions financières. Les garanties personnelles sont le contrat de cautionnement et la garantie de réserve. Et les garanties en nature comme l'hypothèque officielle et l'hypothèque de possession. Jouent toutes un rôle d'assurance contre le risque de non-paiement du montant du prêt par le débiteur.