الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــوم السياسية

قسم الحقوق

رقم: 43

ميدان: الحقـــوق و العلـــوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون أعمال

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالب(ة): ونوغي غادة

تحت عنوان

ضمانات القروض البنكية

تاريخ المناقشة: 2017/05/24.

لجنة المناقشة:

ميمون جمال الدين	جامعة المسيلة	رئيســـا
بوقرة العمرية	جامعة المسيلة	مشرفا و مقررا
بلعيد جميلة	جامعة المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016.

شكر و عرفان

الحمد لله الذي أنار لنا طريق العلم ووفقني لإنجاز هذا العمل وأنعم علينا بالهدى و السداد رغم كل الصعاب .

أشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد ولو بكلمة طيبة أو إبتسامة صادقة من القلب .

أوجه جزيل الشكر إلى الأستاذ الكريم الدكتور " بوخرص عبد العزيز" الذي لم يبخل علي بإرشاداته و توجيهاته وأتمنى له التوفيق في عمله ومشواره التعليمي إن شاء الله.

وكل الشكر أيضا للأستاذة المشرفة " بوقرة العمرية " مع تمنياتي لها بالمزيد من التألق في الحياة الأسرية والعملية كما لاننسى أساتذة قسم الحقوق.

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

(قل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون) صدق الله العظيم

إلهي لايطيب الليل إلا بشكرك ولايطيب النهار إلا بطاعتك .. ولاتطيب اللحظات إلا بذكرك .. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك الله جل جلاله

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين..

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار .. إلى من أحمل إسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار

وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد

أبي العزيز..

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني .. إلى بسمة الحياة وسر الوجود

إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب

أمي الغالية

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي(إخوتي: سارة، بشرى، رشا، شهد) ولا أنسى الوحيد والعزيز أخي سفيان

إلى الأخوات اللواتي لم تلدهن أمي .. إلى من تحلو بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء إلى من معهم سعدت ، وبرفقتهم في دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت إلى من كانوا معي على طريق النجاح والخير إلى الذين أحببتهم وأحبوني أصدقائي جميعا

غادة

قائمة المختصرات

1- بالعربية:

- إلخ : إلى آخره

- ج.ر : الجريدة الرسمية

- ص : الصفحة

- الق.م.ج : القانون المدني الجزائري

- الق.ت : القانون التجاري

- أ : أستاذ / ة

- د : دكتور

- أ.م.د : أستاذ مساعد الدكتور

- ق : القاضي

- ج : الجزء

- ط : الطبعة

2- بالفرنسية:

- P : page

- M : Monsieur

- FGAR : fond de garantic des crédits aux pme

- CGCI : caisse de garantic des crédits d investissment-pme

مقدمة

مقدمة

انتهجت الجزائر في ظل الإصلاحات الاقتصادية سياسات متعددة الجوانب في المجال المالي والمصرفي تهدف في مجملها إلى تحقيق تنمية اقتصادية متكاملة ، ففي مجال الائتمان البنكي عملت الدولة على وضع ضمانات للقروض البنكية هدفها حماية النشاط البنكي وسير المعاملات ، وتشجيع الاستثمارات والمساهمة في رفع اقتصاد الوطن ولقد عالجت الجزائر هذه المسألة عن طريق مجموعة من القوانين المتعاقبة نذكر منها على سبيل المثال : قانون النقد والقرض والقوانين المتعلقة بالاستثمار وكذا القوانين والمراسيم المتعلقة بالقروض وتأمينها وكيفية حمايتها.

فبعد التعديلات التي شهدتها الجزائر في منظومتها القانونية وخاصة تعديل النظام المصرفي بموجب القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الذي عدل بالقانون 03-11 المتعلق كذلك بالنقد والقرض، والذي حرر المعاملات البنكية بعد ما كانت محتكرة من قبل الدولة، وسمح بإنشاء بنوك تجارية ذات رؤوس أموال خاصة وطنية وأجنبية مهمتها تمويل المؤسسات والمشاريع ودعم الاستثمارات، وكل ذلك عن طريق منح القروض، أصبحت بذلك البنوك تعمل في مجال اقتصادي حر أدى بها إلى خلق وسائل وتقنيات تضمن عدم التعرض لأخطار الإعسار والإفلاس وعدم الدفع، وخلق روح الثقة والتعامل ما بين المتعاملين (المقترضين والبنوك) ، ذلك أن البنوك عند منحها للقروض للمتعاملين تكون قد تصرفت في أموال متعاملين آخرين، ولكي تضمن سداد هذه القروض وضعت مجموعة من الضمانات والتي تعرف بأنها كل ما يقبضه البنك من العميل كضمان يستوفي منه حقه في حالة ما إذا لم يوف هذا الأخير بالتزاماته المتمثلة في سداد القرض ، والتي غالبا ما يمكن تصنيفها ضمن الضمانات الشخصية أو التقليدية كما يسميها البعض والضمانات العينية.

وتعتبر هذه الضمانات من الضمانات المعروفة في المنظومة البنكية، ولكن وتبعا للتطور الحاصل في العالم وبظهور مؤسسات جديدة في كل القطاعات تهدف إلى دعم الائتمان والمساهمة في التنمية الاقتصادية، جعل المشرع الجزائري يفكر ويقرر استحداث مجموعة من الضمانات الجديدة والمتطورة والمواكبة لهذا التقدم التكنولوجي ، بعضها متمثل في مؤسسات متخصصة في منح الضمان المالي وكذا تحويل القروض المضمونة إلى أوراق مالية، وكل هذا في إطار تكملة النواقص الموجودة في الضمانات الكلاسيكية.

أسباب اختيار الموضوع:

- إن هذا الموضوع من المواضيع الشيقة التي ساهمت في خلق ثقة كبيرة لدى البنوك
- أنه كان من المواضيع المقترح من قبل الإدارة في كلية الحقوق.
- بعد دراسة الموضوع، تم استخلاص أن هذا الموضوع من المواضيع الحديثة غير متداولة كثيرا وتطرأ عليه تطورات كثيرة ومتلاحقة بعد كل تعديل للقوانين.
- محاولة الاستفادة ولو بجزء قليل والحصول على المعرفة في هذا المجال.

أهمية الموضوع :

تظهر أهمية الموضوع في التقليل من المشاكل التي تواجهها البنوك والمقترضين عند الدخول في هذه العمليات المصرفية، وضمان إمكانية استرجاع الحقوق المالية، ويمكن القول أن السبب الرئيسي والهدف الذي جعل المشرع الجزائري يستحدث ضمانات جديدة ومخصصة لأنواع معينة من القروض هو أن هذه الضمانات في حد ذاتها تغطي معظم الأخطار التي قد يواجهها البنك أو المتعامل ، ورؤيته أن الضمانات الكلاسيكية لم تعد كافية تماما ، ربما يرجع ذلك أن كل قرض من القروض سواء الطويلة الأجل أو المتوسطة أو القصيرة يقابلها نوع محدد من الضمان .

أهداف الدراسة:

لكل بحث أهداف يسعى الطالب إلى تحقيقها ومن أهم الهداف في هذه المذكرة :

1. دراسة الضمانات الشخصية من كفالة وضمان احتياطي وكذا الضمانات العينية من رهن رسمي وحيازي، ومعرفة كيف نظمها المشرع الجزائري كضمانات للقروض البنكية
2. كمعرفة الاختلافات الموجودة بين الضمانات الكلاسيكية والضمانات المستحدثة ، وأي الضمانات ساعدت أكثر في توفير السيولة للبنك.
3. التعرف على الضمانات التي تساعد البنك والمقترض على تحسين سير المعاملات وتوفير ثقة أكبر مت بينهما.

الإشكالية:

إن المتمعن في الفقه والواقع العملي وكذا في المنظومة القانونية يلاحظ أن الإشكالية التي يمكن طرحها في هذا المجال هي:

- فيما تتمثل الضمانات الممنوحة للقروض البنكية؟ وما مدى نجاعة الضمانات المستحدثة في خلق الائتمان لدى البنوك؟

هذه الإشكالية بدورها تتفرع إلى عدة تساؤلات تمت الإجابة عليها في المتن نذكر منها على سبيل المثال:

1. ما المقصود بالكفالة كضمان للقرض.
2. ما معنى الضمان الاحتياطي ؟ ما هي شروطه وآثاره؟
3. ما هو الرهن الحيازي؟
4. ما نقصد بالضمان المالي كآلية للقروض البنكية؟

المنهج المتبع:

للإجابة عن هذه الإشكالية تم إتباع المنهج التحليلي للنصوص القانونية التي تُطبق على هذه الضمانات، ذلك أن هذا المنهج يتناسب بشكل أفضل مع صيغة الدراسة حيث تم استقراء الموضوع من عدة كتب وجمع المعلومات بمنهج تحليلي، واعتماد المنهج الوصفي بعرض مختلف الضمانات الممنوحة للقروض البنكية، ببيان تعريفها ،خصائصها ، أنواعها ، آثارها وكيفية انقضائها .

الدراسات السابقة:

عند محاولة البحث عن مصادر لهذا الموضوع، لوحظ أن معظم الكتب الموجودة هي كتب عامة منها ما هو مسمى:" الكفالة، التأمينات العينية والشخصية". وهناك أيضا كتب خاصة لكنها تعالج الموضوع بصورة مختصرة جدًا، أدى إلى الاستعانة في معظم الأحيان بالقوانين والمقالات وبعض البحوث العلمية لكتابة هذه المذكرة.

صعوبات الدراسة:

ككل بحث أو دراسة قانونية لموضوع معين يواجه الطالب عدة صعوبات ومن بين هذه الصعوبات التي تمت مواجهتها: قلة المراجع الخاصة في ميدان الضمانات، وقلة الوقت الذي لا يتناسب مع أهمية الموضوع.

خطة موجزة للبحث:

للإحاطة بالموضوع من كل الجهات تم تقسيم خطة البحث إلى فصلين ، الأول بعنوان الضمانات الكلاسيكية للقروض البنكية، الذي بدوره ينقسم إلى مبحثين في المبحث الأول منه تم التطرق إلى الضمانات الشخصية للقروض البنكية وفي المبحث الثاني إلى الضمانات العينية للقروض البنكية ، بينما كان الفصل الثاني المعنون بالضمانات المستحدثة للقروض البنكية في التشريع الجزائري مقسم إلى مبحثين ، المبحث الأول يُعالج فيه الضمانات المستحدثة المخصصة لبعض القروض ، والمبحث الثاني يتضمن الضمانات المستحدثة المشتقة من الضمانات الكلاسيكية.

الفصل الأول :

الضمانات الكلاسيكية للقروض البنكية.

غالبا ما يشترط البنك أن يقدم المقترض تأمينا أو ضمانا يضمن للبنك استيراد أمواله في مدة معينة ، وتعتبر هذه الضمانات أدوات ائتمان يلجأ إليها البنك في حالة امتناع أو عدم قدرة المدين على سداد قيمة القرض.

ولقد سمحت التجارب البنكية والعرف البنكي المتولد عنها إلى خلق عادات وصيغ لاختيار الضمانات ، فإذا كان الأمر يتعلق بقروض قصيرة الأجل ، حيث آجال التسديد قريبة واحتمالات تسديد المبلغ ليست بضئيلة ، في هذه الحالة يكتفي البنك باشتراط ضمان الكفالة من طرف شخص أو كفيل يكون موسرا ويقبله البنك أو ضمانا احتياطيا ومنه نكون أمام الضمانات الشخصية في المبحث الأول.

أما إذا تعلق الأمر بقروض متوسطة الأجل حيث آجال التسديد بعيدة وتطورات المستقبل غير متحكم فيها تماما، فإن البنك يمكن أن يلجأ إلى نوع آخر من الضمانات يتوافق مع طبيعة القرض ، ويمكن أن تكون هذه الضمانات متجسدة في أشياء ملموسة وذات قيمة وتأخذ شكل رهن هذه الأشياء[1] سواء رهنا رسميا أو حيازيا وهي ما تعرف بالضمانات العينية في المبحث الثاني.

(1) – الطاهر لطرش ، تقنيات البنوك ، ط7 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2010 ، ص165.

المبحث الأول : الضمانات الشخصية للقروض البنكية.

إن المقصود بالضمانات الشخصية أو التأمينات الشخصية كما هو متعرف عليها فقها وقانونا الالتزامات الشخصية التي تضاف إلى التزام المدين على سبيل الضمان، فهي عبارة عن ضم ذمة الغير إلى ذمة المدين لضمان حق الدائن[1]، وترتكز الضمانات الشخصية على التعهد الذي يقوم به الأشخاص والذي بموجبه يعدون بتسديد الدين[2] في حالة عدم قدرة المدين على تسديده في تاريخ استحقاقه ، وعليه فإن هذا الضمان يقوم على وجود شخص ثالث يقوم بدور الضامن.

وبالتالي تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الكفالة كضمان للقرض في المطلب الأول ، والضمان الاحتياطي في المطلب الثاني.

المطلب الأول : الكفالة كضمان للقرض.

يمكن القول أن الكفالة نوع من أنواع التأمينات الشخصية ، وبرزت بصفة واضحة في الآونة الأخيرة نتيجة للتطور الحاصل في المجال الاقتصادي ، ونظرا لأهميتها وباعتبارها فعل حالي هدفه هو الاحتياط ضد احتمالات سيئة في المستقبل ، سيتم دراستها بصفة دقيقة ببيان مفهومها وتوضيح خصائصها وطبيعتها القانونية في الفرع الأول ، وكذا تبيان شروطها في الفرع الثاني والآثار المترتبة عنها وكيفية انقضاءها في الفرع الثالث.

الفرع الأول :مفهوم الكفالة كضمان للقرض.

سيتم في هذا الفرع تعريف الكفالة وعرض خصائصها وتحديد طبيعتها.

أولا : تعريف الكفالة:

تُطلق الكفالة في اللغة على الضم وعلى الالتزام ، كما في قوله تعالى : {وَ كَفَلَهَا زَكَرِيَا}.

أما اصطلاحا وفي القانون الجزائري فقد أورد المشرع الجزائري تعريف الكفالة في الباب الحادي عشر المعنون "الكفالة" في الفصل الأول المسمى "أركان الكفالة" في المادة 644 التي تنص على : الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه[3].

(1)- د. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات الشخصية – التبعية وغير التبعية- ، دار الجامع الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2000 ، ص03.

(2)– الطاهر لطرش ، المرجع السابق ، ص165.

(3)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد78 ، سنة2007 .

يفهم من نص المادة أن الكفالة تتركز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به ، لأن الكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المقترض[1]، ويلاحظ أن هذا التعريف لا يختلف مضمونه عما ورد في التعريفات المطروحة للكفالة في التشريعات العربية والأجنبية ، فعرفها الأستاذان بودري بأنها:"عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ التزام بأن يتعهد بالوفاء إذا لم يقم به المدين نفسه ، على أن يحتفظ بحق الرجوع على هذا المدين."

من خلال التعريف يلاحظ أن الأستاذان عرفا الكفالة بشكل موسع وأن المشرع الجزائري أخذ بهذا التعريف مع تغيير بعض التعديلات ، متمثلة في حذف كلمة الغير واكتفى بقوله أن الكفيل شخص يكفل تنفيذ التزام ، فإذا كان الكفيل هو من الغير بالنسبة للالتزام الأصلي القائم بين الدائن والمدين إلا أنه بالنسبة لعقد الكفالة هو طرف فيه[2].

إذا أردنا إسقاط هذه التعريفات على الكفالة كضمانة للقروض البنكية فنجد أن المشرع أشار إلى الكفالة في الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض[3]، فالكفالة كضمان بنكي أو كضمان لقرض مصرفي تتمثل في تعهد بالوفاء بقيمة القرض وفوائده إذا لم يفي به المقترض لصالح المقرض (البنك) وقد يكون الكفيل شخصا طبيعيا أو معنويا ، ورغم غياب إحالة صريحة على القواعد العامة ، إلا أن الكفالة كضمان لا يختلف تنظيمها في القانون الداخلي عن أية كفالة يقدمها كفيل عادي فالجميع ينظمه القانون المدني[4]باعتباره الشريعة العامة للقوانين مع مراعاة خصوصية التعاملات المصرفية والشروط الواجب إتباعها في القروض المصرفية.

وتجدر الملاحظة أن هنالك فرق كبير بين الكفالة كضمان والكفالة المصرفية ، هذه الأخيرة عرفها الأستاذ **ناصيف إلياس** في كتابه العقود المصرفية على أنها:"التزام البنك تجاه الدائن بتنفيذ التزامات عميله الذي يتأخر عن تنفيذها"[5]،أما الدكتور **محمود الكيلاني** فعرفها على أنها :"الكفالة البنكية تعد من عمليات البنوك التي يطلق عليها التسهيلات المصرفية غير المباشرة ومؤداها أن البنك يقف إلى جانب عميله عندما يضم ذمته إلى ذمة عميله في مواجهة دائن له بالتزام ولكنه لا يخرج من خزائنه أيه نقود عند توقيع عقد الكفالة ويتعهد البنك الكفيل بأن يدفع

(1)- أ.زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، دار الأمل للطبع والنشر والتوزيع ، تيزي وزو ،2001 ، ص 16.

(2) - وداد باقي ، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير ، جامعة بومرداس ،كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2009-2010 ، ص10،11.

(3)- الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 ، متعلق بالنقد والقرض ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،المؤرخة في 2003/08/27 ، العدد 52).

انظر المادة 68 :"يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص أخر أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الأخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان..."

(4) – د.عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية – دراسة القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية- ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص332.

(5) – إلياس ناصيف ، العقود المصرفية (التحويل المصرفي ، الحساب المشترك ، الكفالة) ، ج3 ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ص165.

قيمة الكفالة مستقبلا إذا أخل عميله المكفول بالالتزام الذي كفل البنك تنفيذه"[1] ، من خلال تعريف الأستاذين للكفالة البنكية واستنادا إلى تعريف المشرع الجزائري للكفالة في القانون المدني الجزائري يظهر الفرق بين الكفالتين فالأولى تعتبر ضمان للقروض البنكية في مواجهة البنك ، والثانية هي التزام بين البنك والمدين بأن يقف إلى جانب عميله في تسديد الدين إذا عجز هو عن ذلك.

بعد كل ما سبق يمكن إعطاء تعريف للكفالة كضمان للقروض البنكية وهي عبارة عن التزام أو عقد يتم بين البنك باعتباره دائنا والعميل باعتباره مدينا أن يعطيه أو يمنحه قرضا على أن يتعهد له عميله بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به العميل المدين نفسه.

ثانيا : خصائص عقد الكفالة :

بالتمعن في عقد الكفالة نجدها تتميز بعدة خصائص ، بعضها يتشابه مع خصائص الكفالة العادية وبعضها يتميز بالذاتية البنكية :

1- عقد الكفالة عقد رضائي :

لم يشترط القانون أي شكل خاص لانعقاد الكفالة ولذلك فهي تخضع للقاعدة العامة في إبرام العقود وهي قاعدة الرضائية[2]، أي بمجرد تبادل التراضي مابين الدائن والكفيل[3]، وتجدر الملاحظة أن رضائية البنك لابد أن ترد في العبارات التي يتضمنها العقد أي الكفالة بصورة واضحة وجلية.

وإذا كانت المادة 645 من القانون المدني الجزائري تنص على :" لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة "[4]، فالكتابة في هذه الحالة هي وسيلة للإثبات وليست للانعقاد ، وبالتالي فمهما كانت قيمة الالتزام المكفول ولو كان من الجائز إثباته بالبينة ، إلا أن هذا الإثبات لا ينطبق على الكفالة كضمان باعتبارها تجارية فيمكن إثباتها بكافة الطرق، فالعقود المصرفية وخاصة تلك التي ترتب التزامات كبيرة على عاتق البنك[5]، ومن بينها الكفالة البنكية تفرغ عادة في محرر تدون فيه البيانات والشروط[6] التي تضعها البنوك في شكل نماذج معدة مسبقا.

(1) – مصطفى كمال طه ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الإسكندرية ، ص231.

(2) – د.سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز) ، منشأة المعارف للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، 1996، ص28.

(3) – أ.زاهية سي يوسف ، المرجع السابق، ص17.

(4) – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(5)– هاني دويدار،العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،1994، ص226.

(6) –د.علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، ص140.

2- عقد الكفالة ملزم لجانب واحد :

يمكن القول أنها في هذه الحالة تلتقي والكفالة بوجه عام لأن الكفيل يتحمل بمفرده الالتزام الذي ينشئه هذا العقد[1]، وعقد الكفالة عقد ملزم لجانب الكفيل ، فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للبنك إن لم يفي به المقترض الأصلي ، أما البنك فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل ، وهذا هو الأصل[2].

ولكن ليس هناك ما يمنع من التزام البنك بعوض يستحقه الكفيل مقابل كفالته ، فينقلب العقد إلى عقد ملزم لجانبين ، ويكون ذلك عندما يحترف الكفيل أعمال كفالة الغير كالمصارف ، ولكن لا يخرج الكفالة عن أن تكون عقدا ملزما لجانب واحد مجرد التزام المقترض المكفول بمقابل يدفعه للكفيل ، فالمقترض في هذه الحالة ليس بطرف في الكفالة وبالتالي يبقى العقد ملزما لجانب واحد ، وجواز التزام البنك أو المقترض بدفع مقابل للكفيل عن الكفالة يبقى محصورا في نطاق القانون التجاري والقوانين الخاصة بالبنوك[3].

3- عقد الكفالة عقد ضمان شخصي[*]:

نظرا لكثرة المعاملات التجارية والتطور السائد في مختلف الميادين ، تعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص الكفالة باعتبارها ضمان للقروض البنكية، وتستمد ميزتها من ميزة الائتمان الذي يشترط أن تكون هناك ثقة متبادلة ما بين المتعاملين ، وتعتبر الضمانات البنكية أحد الآليات لتقوية هذه الثقة ، ويتضح ذلك في الكفالة إذ يلاحظ أن " قيمة الكفالة في الضمان تتحدد على أساس الكفيل ودرجة يساره ، فالكفيل الموسر يضمن الوفاء للبنك أكثر من أي تأمين آخر ، ولذلك عادت للكفالة أهميتها في الحديث بفضل كفالة البنوك ، وانتشارها في المعاملات المالية"[4].

كما يمكن اعتبار الكفالة من عقود التبرع لأن الكفيل في عقد الكفالة يقوم بالتزامه دون مقابل وهو الأصل وبذلك تكون الكفالة بالنسبة إليه من أعمال التبرع[5]، غير أنه في الحالة العادية تكون الكفالة بمقابل إذا كان الكفيل مؤسسة مالية هدفها الربح ، كما أنها تعتبر من العقود التبعية لأن التزام الكفيل هو التزام تكميلي احتياطي يفترض وجود التزام أصلي ، فالتزام الكفيل ينشأ تبعا لعقد القرض بين البنك والمقترض ، ويترتب على هذا الالتزام أن البنك لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المقترض ، وأن صحة وبطلان عقد الكفالة مرتبط بصحة وبطلان الالتزام الأصلي.

---

(1)_ Laurent Aynes , Le cautionnement ,DALLOZ , Paris , P 2.

(2) – د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة (التضامن ، التضامم) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 30.

(3) – د.عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2006، ص 183.

(*)- أنظر الملحق رقم01: نموذج عن عقد كفالة (ضمان شخصي).

(4) – د.سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص23.

(5)– د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات الشخصية والعينية ، ج10، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص25،26.

ثالثا: الفرق بين الكفالة وباقي العقود المشابهة:

1- الكفالة المدنية والكفالة التجارية:

إن الأصل هو اعتبار الكفالة عقدا مدنيا ليس تجاريا [1]، وأنها لا تكون تجارية بطريق التبعية بل دائما تكون بصفة أصلية ، طالما طابقت نصا يقضي بذلك ،كما هو الشأن حال ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا أو في تظهير هذه الأوراق ، والأصل أن التزام الكفيل موقع الورقة التجارية هو التزام أصلي وليس التزاما تابعا ولكن قد يكون تابعا إذا وقع إتفاق بين الكفيل والبنك على أن يوقع الكفيل السفتجة أو الشيك على سبيل الكفالة ، بشرط ثبوت هذا الاتفاق[2].

2- الكفالة والضمان الناشئ عن تظهير الأوراق التجارية:

إن ضمان الأوراق التجارية هي كفالة تجارية بنص القانون استثناءا على قاعدة أن الكفالة مدنية ويعتبر ضامن ومظهر الورقة التجارية ملتزمان التزاماً أصلياً أمام البنك لأنهما متضامنين مع غيرهم من المظهرين، ويحق للدائن مطالبة أي منهما بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن، أما التزام الكفيل فهو التزام تبعي لالتزام المدين[3] .

3- الكفالة وتأمين الإعسار:

المقصود بتأمين الإعسار هو أن يقوم الدائن بالتأمين لدى شركة التأمين ضد خطر إعسار مدينه وبذلك يبدو عمل شركة التأمين مشابهاً لعمل الكفيل ولكن التزام شركة التأمين التزام مستقل عن عمل المدين، ومحل عقد التأمين تقديم عوض للدائن عن أضرار تصيبه عند إعسار المدين ، فهذا العقد احتمالي والبنك لا يعوض إلا بالمبلغ الذي اتفق عليه مع شركة التأمين في حين التزام الكفيل التزام تبعي للالتزام الأصلي وهو التزام المدين بتنفيذ التزامه[4].

4- الكفالة وخطاب الضمان:

خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدر عن البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر ، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد

(1)- د.سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 30.

(2)- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص37.

(3) – سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري ، مذكرة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ،كلية الدراست العليا، نابلس ، فلسطين ، 2006 ، ص64.

(4)- المرجع نفسه ، ص61.

بأية معاوضة ، وبالتالي يفهم من هذا التعريف أن خطاب الضمان ليس عقدا ولكنه يصدر بناءا على عقد بين البنك وعميله[1]، عكس الكفالة التي تكون عبارة عن عقد بين المدين والكفيل .

رابعا: الطبيعة القانونية لعقد الكفالة:

الكفالة في الأصل عمل مدني ولو كان الدين المكفول تجاريا ، بيد أن الكفالة المصرفية تعد عملا تجاريا دائما بالنسبة للبنك بوصفها من عمليات البنوك.

وتخضع الكفالة كضمان للقرض لقواعد القانون المدني المتعلقة بالكفالة ومع ذلك فإن الصفة التجارية للكفالة الضامنة لقرض بنكي تستتبع تطبيق بعض القواعد الخاصة ، فالكفالة تكون تضامنية عملا بقاعدة افتراض التضامن من المواد التجارية ، وتفريعا على ذلك يحرم البنك الكفيل من الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم.[2]

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكفيل.

باعتبار الكفالة عقد فإنه يشترط لانعقادها شروط موضوعية عامة من رضا ومحل وسبب وأهلية ، وكذا شروط شكلية معروفة وموجودة كلها في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقوانين ، غير أن هذه الشروط وحدها لا تكفي إذ لا بد من توفر شروط معينة في الكفيل لكي تحقق الكفالة حماية للبنك من مخاطر الإعسار وغيرها ، وهي التي جاءت بها المادة 646 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على:" إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر ، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل ، تأمينا عينيا كافيا"[3] والشروط هي:

أولا : شرط أن يكون الكفيل موسرا:

أي قادرا على الوفاء بالالتزام الذي قام بضمانه ، إذا اقتضت الحالة ذلك ، فلا قيمة للكفالة إذا كان الكفيل معسرا[4]، وشرط يسار الكفيل هو شرط طبيعي ، لأن الالتزام بتقديم كفيل لا يكون تنفيذا حقيقيا إذا كان الكفيل معسرا وتقدير درجة يسار الكفيل هي مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع[5]، غير أنه يجب تحقق المصرف المقرض من شرط يسار الكفيل وقت حلول أجل الدين طبقا لنص المادة 646 المذكورة أعلاه ، وإذا توافر هذا

(1) – د.عبد الرحمان السيد قرمان ، عمليات البنوك طبقا لقانون التجارة الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 344.

(2) – د.مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص163.

(3) – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(4) – أ.زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص25.

(5) – د.سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 34.

الشرط وقت انعقاد الكفالة فإنها تنعقد صحيحة منتجة لآثارها القانونية من حيث جواز تنفيذ الدائن (البنك) على أموال الكفيل للوفاء بالدين[1].

ثانيا :شرط إقامة الكفيل في الجزائر :

ويشترط كذلك أن يكون الكفيل مقيما في الجزائر ، والمقصود بذلك الإقامة العادية و ليس الإقامة العرضية ، أي لا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين ، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن[2]حتى يستطيع مطالبة الكفيل الرجوع عليه بأسهل الطرق إذ لم يف المدين بالتزامه ، ولم يشترط المشرع كذلك أن يكون الكفيل جزائريا ،لأن النص عام بقوله "شخصا موسرا ومقيما بالجزائر" ، بمعنى يمكن أن يكون كفيلا أجنبيا له موطن بالجزائر[3]، وهذا ما يختلف مع النص الفرنسي الذي يشترط أن يكون الكفيل متوطنا في موطن المدين.

ثالثا : شرط كفالة الكفيل :

بالرجوع إلى نص المادة 646 من القانون المدني نصت على تقديم كفيل واشترطت فيه أن يكون موسرا ومقيما بالجزائر ، لكن استثناء على هذه الشروط نصت على جواز تقديم تأمين عيني كافي بدلا عن الكفيل ، وفقا لما سبق يثار التساؤل وغموض حول تقديم هذا التأمين هل هو مرتبط بشرطي اليسر والإقامة في الجزائر أو أنه مستمر مادامت الكفالة قائمة؟.

كإجابة عن هذا التساؤل وبالتمعن في نص المادة يمكن استخلاص أنه في حالة تخلف هذين الشرطين فإن المدين ملزم بتقديم تأمين عيني كاف سواء كان هذا التأمين العيني رهنا رسميا أو حيازيا[4] ، وبالتالي فالمشرع لم يذكر كلمة كفيل آخر أو قصدها أصلا.

وللإيضاح أكثر يعد تخلف شرطي يسار الكفيل وإقامته بالجزائر وعدم تقديم المدين التأمين الكافي سقوطا لأجل الدين وذلك وفقا لنص المادة 2/211 من الق. م.ج[5]، أما بالرجوع إلى المادة 659 ق.م.ج:" تجوز كفالة الكفيل"، والمادة 669 : " تجوز كفالة الكفيل " يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للكفيل أن يكفله شخص أخر وذلك وفقا لأساسيات حددها القانون.

(1) – رحيمة شلغوم ، ضمانات القرض ، مذكرة ماجستير ،جامعة الجزائر،كلية الحقوق، قسم الحقوق ،2007-2008، ص 16،17.

(2) – د.سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 34.

(3) –أ.زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص25،26.

(4) – المرجع نفسه ، ص26.

(5)– الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

رابعا: شرط الأهلية :

يشترط القانون في الكفالة المدنية أهلية التبرع ، فلا يجوز للقاصر وللمحجور عليه ولا للسفيه أن يكفلوا أحدا، إلا أن الكفالة في هذا السياق هي كفالة تجارية باعتبار البنك تاجرا ففي هذه الحالة فإن البنك يتقاضى عمولة عن عمله المصرفي ، وبالتالي لابد من اشتراط أهلية التصرف في الكفيل وأن تكون مقبولة من الدائن الذي هو البنك.

الفرع الثالث : آثار عقد الكفالة.

باعتبار الكفالة الضامنة لقرض بنكي عقد بين البنك والعميل فإنه يترتب عليها مجموعة من الآثار تظهر فيما بين أطرافه.

أولا : العلاقة بين الدائن والكفيل:

تنص المادة 654 ق.م.ج على:" يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين". بإسقاط نص المادة المذكورة على علاقة البنك الدائن بالكفيل نجد أن البنك لا يمكنه مطالبة الكفيل بتسديد مبلغ الائتمان أو الرجوع عليه لمطالبته بالدين متى لم يف به المدين"[1] إلا بعد حلول أجل الدين.

1- رجوع الدائن على الكفيل :

أ- حلول أجل دين الكفيل :

عادة يطالب البنك الكفيل عند حلول الدين ، والدين المكفول يكون عادة دينا مؤجلا ، ويكون التزام الكفيل مؤجلا مثله وبالتالي تحل الالتزامات معا في وقت واحد[2] ، أي أن للبنك الحق في الرجوع على الكفيل كما له الحق في الرجوع الأصلي وقد يحل التزام الأصيل قبل أو بعد حلول أجل التزام الكفيل ، ففي هذه الحالة نكون أمام صورتين:

- إذا حل التزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل : في هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد له ، لأن التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئا[3]، ويستفيد من الأجل الممنوح للبنك هذا بالنسبة للقواعد العامة وباعتبار البنك تاجرا فإن المعاملات التي يقوم بها تعتبر من ضمن الأعمال التجارية تتصف بالسرعة والائتمان وبالتالي فإن الالتزام الصرفي في هذه الحالة يمنع على الكفيل أن يتمسك بعدم وفاء الدين قبل المدين

(1)- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص89.

(2)- د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 105.

(3)- المرجع نفسه ، 106.

الأصلي ، فالأصل أن يدفع ما كفله بمجرد مطالبة البنك له ، ولكن يشترط أن يكون الدائن البنك قد أعذر المقترض بذلك.

- إذا حل التزام الكفيل قبل حلول الأصيل : يرجع ذلك إما لأنه قد حدد أجل واحد لكل من الالتزامين وكان أجل التزام الكفيل أقصر، أو لأنه حدد أجل واحد لكل من الالتزامين وكان التزام الأصيل قد مد أجله أو بحكم القاضي، وفي كلتا الحالتين يكون التزام الكفيل له عبئ كبير عليه من التزام الأصيل ، وبالتالي لابد من جعل الالتزام مساويا في العبء لالتزام الأصيل[1].
- أما إذا كان الأجل واحدا لكل من الالتزامين ولكن الأجل محدد للالتزام الأصلي قد سقط بأحد أسباب السقوط المنصوص عليها في المادة 211 الق.م.ج[2]، وهي إفلاس المدين أو إعساره أو إذا لم يقدم تأمينات الدين المتفق عليها أو إذا انقضت توثيقات الدين بفعله أو بسبب أجنبي عنه فإن الأجل المحدد للكفالة لا يسقط[3]،ولا يستطيع البنك مطالبة الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المحدد له.

ب– عدم جواز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين :

تنص المادة 660 ق.م.ج على :"لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين "[4]،يفهم من نص المادة أن البنك يلتزم بالرجوع على المقترض أولا ثم على الكفيل أو بإمكانه الرجوع عليهما معا ، ويقصد بالرجوع المطالبة القضائية فلا يجوز للبنك أن يرفع الدعوى على الكفيل وحده لإلزامه بالوفاء إلا بعد أن يرفع الدعوى على المقترض ، ويحصل على حكم ضده بإلزامه بالوفاء إذن لا يكفي إعذار البنك للمقترض[5]، ويستثني على هذه القاعدة مايلي :

- أنه في حالة شهر إفلاس المقترض وجب على البنك التقدم في التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل المتضرر بسبب إهمال البنك.
- أنه إذا كان للبنك سند صالح للتنفيذ وقام بتنبيه لأجل الوفاء هذا التنبيه يعتبر رجوعا كافيا على المقترض ، ويمكن للبنك الدائن التمسك بالرجوع دون المطالبة بالتنفيذ على أموال المقترض أولا[6] ، وفي حالة رجوع البنك على الكفيل قبل رجوعه على المقترض، فإن الكفيل يدفع بإلزامية الرجوع على المقترض أولا، وهنا يقضي بعدم قبول دعوى البنك كما أن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع أمام المحكمة وعليه أن يبديه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف، كما أن المحكمة لا يجوز لها أن تقضي به من تلقاء نفسها ، لأن الحكم الوارد في المادة 1/660 ليس من

(1)– د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص105،106.

(2)– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(3)– د.عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع السابق ، ص 209.

(4)– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(5)– أ.زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص57 . منقول عن :د.نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 304.

(6)– د.علي جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، ص159.

النظام العام، والكفيل لابد له من توافر شروط معينة ليستطيع التمسك بالدفع بوجوب رجوع البنك على المقترض أولا ألا وهي[1]:

- أن لا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الدفع :أي أن لا يرجع عن دعواه.
- يجب أن يكون الكفيل متضامنا مع المقترض.
- أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع : مثلا أن يكون المقترض معسرا أو عاجزا عن الوفاء.

2- الدفع بالتجريد:

يعتبر هذا الدفع من أهم مظاهر تبعية التزام الكفيل واحتياطاته ، ومعناه أن للكفيل إذا رجع عليه البنك الحق في أن يطلب منه تجريد المقترض المدين من أمواله ثم التنفيذ عليه[2].

أ- شروط الدفع بالتجريد:

تتمثل هذه الشروط في أن يكون الكفيل شخصيا لا عينيا لأن الكفيل العيني راهن ولا يحق له اشتراط التجريد إلا إذا طلب ذلك وفقا لنص المادة 901 ق.م.ج ، والمادة 661 ق.م.ج تشترط أيضا أن يقوم الكفيل طالب التجريد بإرشاد البنك إلى أموال المقترض التي تفي بالدين كله ، واستثنى الأموال التي تقع خارج الأراضي الجزائرية والأموال المتنازع عليها[3] ، وتقضي المادة 665 من نفس القانون على شرط آخر وهو أنه لا يجوز للكفيل المتضامن مع المقترض أن يتمسك بالتجريد.

ب- آثار الدفع بالتجريد :

يترتب على الدفع بالتجريد مجموعة من الآثار تتمثل في عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل على تجريد المقترض من أمواله ، ولكن إن لم يستطع البنك استيفاء حقه **أو** أمواله ، في هذه الحالة بالذات جاز له اتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المقترض التي أرشد عنها الكفيل ويترتب على تقصيره تحمل نتيجة إعسار المقترض بسبب تبديده أموال أو تهريبها أو التصرف فيها[4].

(1)- أ.زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، 59،58.

(2)- د.عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع السابق ، ص213.

(3)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(4)- فيروز مشاشو ، ضمانات القروض المصرفية ، مذكرة ماستر ، جامعة سطيف2 ،كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2014-2015 ، ص65.

والدفع بالتجريد في صورته الخاصة يكون إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين[1]، في هذه الحالة لا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين.

3- الدفع التقسيم :

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع في المادة 664 من ق.م.ج ، وهذا الحق يثبت عند تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم وبالتالي يقسم الدين عليهم، أما إذا كان هناك أكثر من عقد وتميزوا بخاصية التوالي (عقود متتالية) فإن كل كفيل منهم يكون مسؤولا عن الدين كله إلا إذا كان قد اشترط مسبقا أو احتفظ لنفسه بحق التقسيم.

4- وفاء الكفيل للدائن :

سبق وقلنا أن للبنك الحق في الرجوع على الكفيل بداية وقبل أن يرجع على المقترض أو بعد رجوعه عليه وعدم حصوله على حقه ، فإن أدى الكفيل الدين كاملا وفي حدود كفالته يعد هذا التصرف وفاءا للدين وكان على البنك أن يسلمه كافة المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المقترض ، فالكفيل في هذه الحالة ليس متبرعا ولكنه يوفي بقصد الرجوع على المدين أو على الكفلاء الآخرين في حالة التعدد والمستندات التي يعطيها له البنك تعتبر ضمانا له لاستفاء حقه وذلك بموجب دعوى الحلول التي سوف يتم معالجتها لاحقا ، لذلك نرى المشرع الجزائري قد ألزم البنك إذا كان الدين موثقا بتأمين عيني آخر أن يتخلى عن هذا التأمين إلى الكفيل على أن يتحمل هذا الأخير نفقات النقل ويرجع بها على المقترض [2].

ثانيا: العلاقة بين الكفيل والمدين :

يمكن للكفيل الرجوع على المقترض في حالة ما إذا قام بسداد الدين للبنك ، ويشترط المشرع على الكفيل أن يخطر المقترض بوفائه حتى يتسنى له الرجوع عليه ولهذا الأخير منع الكفيل من الوفاء إذا كانت له أسباب تبطل الدين أو ينقضي بسببها ، وبغير هاتين الحالتين له الحق في الرجوع بدعويين هما (الدعوى الشخصية) و(دعوى الحلول).

1- الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) :

وفقا لنص المادة 670 ق.م.ج تنص على أن الكفيل ملزم أن يخبر المقترض بوفائه الدين وإلا سقط حقه في الرجوع عليه أو كانت للمقترض أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه ، وإذا لم يعارض هذا المقترض الوفاء جاز

(1)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المادة 663 ، المعدل والمتمم.

(2)- د.عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع السابق ، ص221.

للكفيل رفع دعوى شخصية للمطالبة بحقه ومن شروط هذه الدعوى أن يكون الوفاء عند حلول الأجل ، أي إذ وفى الكفيل قبل هذا الأجل لا يستطيع الرجوع على المقترض إلا بعد حلول أجل الدين.

كما يشترط في دعوى الكفالة أن يكون الكفيل قد قام بوفاء الدين للبنك ، كما أن إخطاره المقترض قبل الوفاء وعدم معارضته لهذا الوفاء يعد من أهم الشروط التي تمنحه الحق في رفع دعوى الكفالة ، ويتمثل موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية طبقا لنص المادة 672 ق.م.ج في أصل الدين والمصروفات والفوائد وكذلك بالتعويضات.

2- دعوى الحلول:

بالإضافة إلى الدعوى الشخصية يحق للكفيل الذي قام بالوفاء بالدين أن يحل محل البنك في الرجوع على المقترض بموجب دعوى الحلول التي تنص عليها المادة 671 ق.م.ج ، أي يحل محل البنك في جميع ما له من حقوق تجاه المدين من خصائص وضمانات ودفوع ترد عليه ، فإذا كان الحق تجاريا كان حق الكفيل الذي يرجع به تجاريا وإذا كان مضمونا برهن سواء عقاري أو حيازي يتبع هذا الحق الكفيل أيضا ، ويشترط في دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد وفى فعلا الدين بغض النظر عن طريقة الوفاء ويحل الكفيل محل البنك بصفة تلقائية ، كما يجب أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول الأجل وإلا ضاع حقه في رفع الدعوى[1]، وفي حالة تعدد المدينين في دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين[2] ، أما إذا كانوا غير متضامنين فلا يكون للكفيل الذي كفلهم أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية لا غير.

الفرع الرابع : انقضاء عقد الكفالة .

ستتم في هذا الفرع دراسة الأسباب التي أدت إلى انقضاء عقد الكفالة .

أولا : الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة :

تنقضي الكفالة الضامنة لقرض بنكي باتحاد الذمة أي متى ورث الكفيل البنك أو العكس ، ويترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل دون التزام المكفول، ويستطيع من بقي منهما حيا وورث الآخر أن يطالب المقترض بالدين ، وكذلك تنقضي الكفالة بالوفاء والإبراء أي متى أبرأ البنك الكفيل من الكفالة وبالمفهوم العكسي لا يمكن لبنك أن يُبرأ

(1)- فيروز مشاشو ، المرجع السابق ، ص69.

(2)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المادة 673 ، المعدل والمتمم.

ذمة المقترض من الدين دون أن يُبرأ ذمة الكفيل ، لأن الأصل يستتبع زوال التابع ، وأيضا تنقضي الكفالة بانقضاء أجلها

ثانيا : الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة :

هذه الأسباب نص عليها المشرع في ق.م.ج وتم استخلاصها وإسقاطها على الكفالة كضمان للقرض وتتمثل في انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضاعه البنك بخطئه من الضمانات وهذا السبب مقرر لحماية الكفيل ، فإذا أضاع البنك بخطئه تأمينا من التأمينات يكون قد عرض الكفيل إلى الخطر فيضيع على هذا الأخير فرصة استيفاء حقه عند حلوله محل البنك ، كذلك تنقضي الكفالة إذا تأخر البنك في اتخاذ الإجراءات ضد المقترض بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها ، وأيضا عند انقضاء الالتزام الكفيل لعدم تقدم البنك في تفليسة المقترض والمقصود أنه إذا أفلس المدين قبل حلول الأجل ولم يتقدم الدائن في التفليسة كغيره من الدائنين يعتبر مقصرا ويتحمل نتيجة ذلك بانقضاء التزام الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهماله لأنه إذا سقط الأجل بسبب شهر إفلاس المقترض فإنه لا يؤدي إلى سقوطه بالنسبة للكفيل[1].

المطلب الثاني: الضمان الاحتياطي.

أورد المشرع هذا الضمان ضمن نصوص القانون التجاري[2]، وهو يعتبر من بين الضمانات الشخصية على القروض[3]، خاصة إذا تعلق الأمر بالأوراق التجارية ، وتم تقسيم هذا المطلب إلى مفهوم الضمان الاحتياطي في الفرع الأول ، شروط الضمان الاحتياطي في الفرع الثاني وآثار الضمان الاحتياطي في الفرع الثالث.

الفرع الأول : مفهوم الضمان الاحتياطي.

ستتم في هذا الفرع دراسة تعريف الضمان الاحتياطي وخصائصه.

أولا : تعريف الضمان الاحتياطي:

الضَمَانُ لغة هو الكفالة والالتزام وشركات الضمان أو التأمين هي شركات تضمن حياة أعضائها أو أموالهم المنقولة وغير المنقولة من الأخطار ، والحريق والغرق وغيرها مقابل مقدار معين من المال ، بدفع أقساط في أوقات معينة.

(1)- د.مصطفى عبد الجواد الحجازي ، عقد الكفالة في القانون المدني ، دار المكتبة القانونية ، القاهرة ، 2006،ص43.

(2)- د.مولود ديدان ، القانون التجاري ،دار بلقيس للنشر ، الجزائر ،2006، ص124.

(3)- الطاهر لطرش، المرجع السابق ، ص167.

ويعرف الضمان الاحتياطي اصطلاحا بأنه التزام مكتوب من طرف شخص معين يتعهد بموجبه على تسديد مبلغ ورقة تجارية أو جزء منه في حالة عدم قدرة أحد الموقعين عليها على التسديد[1]، أو هو عبارة عن كفالة للالتزام الصرفي الثابت في الكمبيالة[2] ، ويعتبر الضمان الاحتياطي من بين الضمانات الشخصية على القروض حيث ذهب قسم من الفقهاء في تعريفهم للضمان الاحتياطي بأنه يعتبر عقداً ، وذهب القسم الآخر إلى أنه تعهد , وآخرون قالو عنه تصرف بإرادة منفردة ، وقسم آخر قالوا عنه أنه كفالة ، وإلى غير ذلك من التعاريف التي قيلت في الضمان الاحتياطي.

فالذي اعتبر الضمان الاحتياطي عقدا اقتصر هذا الضمان على الشخص الأجنبي ، واستبعد من أن يكون الضامن الاحتياطي من بين الموقعين على الورقة التجارية ، وعرف الضمان الاحتياطي على أنه "العقد الذي يلتزم بموجبه شخص من الغير بدفع قيمة السند في ميعاد الاستحقاق في حالة عدم الوفاء من الملتزم المضمون" ، ويشمل الغير هنا كل شخص لم يتدخل في السند لا بصفته مدين أو محيل ، يعاب على هذا التعريف أنه حصر الشخص الملتزم بالغير في حين يمكن أن يكون الضامن أحد الموقعين على الورقة.

أما الذي عرف الضمان بأنه تعهد فقد قال عنه:"بأنه التعهد الذي يلتزم بموجبه شخص بوفاء قيمة السفتجة عندما يتقاعس المدين عن الوفاء"، ويلاحظ أن هذا التعريف لا يختلف عن التعريف السابق كثيرا ، وقد عرف الضمان الاحتياطي أيضا بأنه تصرف قانوني بإرادة منفردة هي إرادة الضامن الاحتياطي يرتب التزاماً في ذمته بضمان قبول الورقة التجارية وضمان الوفاء بها إلى الحامل على وجه التضامن مع الموقعين متى امتنع المدين الأصلي عن الوفاء ، أما الذي اعتبر الضمان الاحتياطي كفالة أو نوعاً من الكفالة فقد عرفه: "بأنه كفالة أحد الموقعين على السفتجة والموقعين اللاحقين في الوفاء بمبلغها عند استحقاقها ويسمى الكفيل فيها الضامن الاحتياطي".

وعرف الضمان الاحتياطي أيضا أنه كفالة صرفية يقدمها الضامن الاحتياطي الذي يكفل بمقتضاها أحد الموقعين على الورقة التجارية في التزامه بضمان القبول أو الوفاء أو كلاهما ، ويلاحظ على هذه التعاريف هي أقرب من غيرها إلى الضمان الاحتياطي ، ولكن تبقى الكفالة كنوع خاص من أنواع الضمانات ، حيث يجوز أن تكون بمقابل أو بدون مقابل بعكس الحال في الكفالة المدنية التي تقوم عادة على السداد المعروف ، والكفالة التجارية تكون عادة بمقابل.

أما قانونا لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للضمان الاحتياطي ، ولكنه خصص له بعض المواد في القانون التجاري الجزائري 409 ،469 ، 497 ، 498...الخ ، وبناءا على هذه المواد يمكن استخلاص أن الضمان

(1)- الطاهر لطرش ، المرجع السابق ، ص167.

(2)- د.محمد السيد الفقهي ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005، ص170.

الاحتياطي هو شكل من أشكال الكفالة لكنه يرد على الأوراق التجارية التي حددها المشرع ب: السفتجة ، السند لأمر، الشيكات.

ثانيا : خصائص الضمان الاحتياطي:

يمكن استخلاص خصائص الضمان الاحتياطي من خلال التعريفات التي سبق دراستها ونصوص المواد المذكورة أعلاه هي المواد من الق.ت.ج والخصائص هي :أن الضمان الاحتياطي هو تصرف رضائي تبعي كما أنه تصرف لاحق يتبع الدين الأصلي ويجب أن يتضمن المبلغ المضمون بصفة مكتوبة أعلاه ، وبالإضافة إلى هذه الخصائص هناك أيضا:

1- أن الضمان الاحتياطي يرد على الأوراق التجارية فقط.

2- أن هذه الأوراق التجارية تتمثل في السفتجة والسند لأمر والشيك ، غير أن الشيك يعتبر أداة للوفاء وليس للائتمان ولا يمكن أن يعتبر ضمان للقروض البنكية.

3- أن الضمان الاحتياطي عمل تجاري حتى و إن قدم من طرف مدني بعكس الكفالة لأن في أغلب الأحيان إن لم نقل كلها يكون طرف العلاقة البنك أو مؤسسة مالية معترف بها.

4- وفقا لنص المادة 499 ق.ت.ج[1]، أنه من خصائص الضمان الاحتياطي أن التزام ضامن الوفاء يكون صحيحا حتى و إن كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل.

5- بما أن الضمان الاحتياطي حسب نص المادة 68 من قانون النقد والقرض 03-11 هو ضمان للقرض ، يثور التساؤل حول اعتباره ضمان للائتمان أو لا.

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من بيان مفهوم الائتمان ، والذي معناه الثقة التي يعطيها البنك لشخص ما سواء كان طبيعياً أو معنوياً ، بأن يمنحه مبلغاً من المال لاستخدامه في غرض محدد، خلال فترة زمنية متفق عليها وبشروط معينة لقاء عائد مادي متفق عليه وبضمانات تمكّن المصرف من استرداد قرضه في حال توقف العميل عن السداد ، ومنه يظهر أن الضمان الاحتياطي هو ضمان للائتمان أيضا ويمكن القول أن كل ضمان للقرض هو ضمان للائتمان لكن ليس كل ضمان للائتمان هو ضمان للقرض ،فالائتمان هو عبارة عن معيار للثقة المتبادلة في الأنشطة البنكية والذي يساهم في تسهيل منح القروض ورفع نسبة التعاملات البنكية.

(1)- د.مولود ديدان ، المرجع السابق ، ص150.

الفرع الثاني : شروط الضمان الاحتياطي.

للضمان الاحتياطي شروط شكلية وأخرى موضوعية:

أولا : الشروط الشكلية:

إن التعبير عن الضمان الاحتياطي يكون في شكل مكتوب شأنه في ذلك شأن سائر الالتزامات الصرفية ، على أن المشرع قد خرج صراحة عن مبدأ الكفاية الذاتية حينما لم يستوجب كتابة الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها أو على الوصلة المرفقة بها وإنما سمح أيضا بأن يرد هذا الضمان على ورقة مستقلة [1].

ويُعبر عن الضمان الاحتياطي بكلمات أو بعبارة مقبول كضمان احتياطي أو بأية مصطلح آخر يفيد هذا المعنى وفقا لما جاء في المادة 409 من ق.م.ج[2] ،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 [3].

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع يفرق بين فرضين فيما يتعلق بالضمان الوارد على نفس السفتجة:

الفرض الأول : هو أن يرد الضمان الاحتياطي على ظهر السفتجة ، ومعناه يجب أن يتضمن عبارة "صالح للتكفل" أو "مقبول كضمان احتياطي" أو أي عبارة أخرى مماثلة تدل على توقيع الضامن، واشترط المشرع هذا الشكل لتفادي الخلط بين توقيع الضامن وتوقيع المظهر ذلك أن مجرد التوقيع على ظهر السفتجة يعد تظهيرا على بياض يأخذ حكم التظهير الناقل للملكية[4].

الفرض الثاني: وهو أن يكون الضمان الاحتياطي غير مقترن بصيغة الدلالة عليه بل يكتفي فيه بتوقيع الضامن الاحتياطي على وجه السفتجة ، تمييزا له عن التظهير على بياض ، وذلك وفقا لنص المادة المذكور أعلاه ، فطبقا لهذا النص اشترط المشرع لكي يشير التوقيع المجرد من صيغة تدل عليه إلى الضمان الاحتياطي الجاري على وجه السفتجة أن يصدر من غير المسحوب عليه أو الساحب لأن توقيع المسحوب عليه يعد مقبولا للسفتجة و هو في الوقت نفسه ضامنا للوفاء ، أما توقيع الساحب فيعد إنشاء للسفتجة وهو ضامن لجميع الموقعين عليها[5] .

(1)- د. محمد السيد الفقي، المرجع السابق ، ص 174.

(2)- د.نادية فضيل ، الأوراق التجارية في القانون التجاري ، ط11 ، دار هومه ، الجزائر ،2006 ، ص 80 ،81 .

(3)- د. مولود ديدان ، المرجع السابق ، المادة 409، ص124.

(4)- د.محمد السيد الفقي ، المرجع السابق ، ص175.

(5)- راضية أمقران ، ضمانات البنك في مجال الائتمان ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2000-2001 ، ص73.

ويشترط كذلك ذكر إسم المضمون وإلا عد للساحب ويلتزم ضامن الوفاء بكل ما التزم به المضمون كما يشترط أن يكون التوقيع بخط اليد.

ثانيا : الشروط الموضوعية:

بما أن الضمان الاحتياطي يصدر من شخص يدعى الضامن الاحتياطي ، فمن البديهي أن يكون هذا الضامن أهلا لممارسة التجارة ، أي له الأهلية اللازمة على تحمل الالتزام الصرفي الناتج عن توقيعه بالضمان وبالتالي فإن الضامن أو القاصر المرشد لا يحق له القيام بهكذا التزام ولا يشترط فيه أن يكون تاجرا بل يكفي أن يتمتع بالأهلية القانونية لضمان الوفاء بالالتزام[1]، أما وقد تحقق هذا الشرط فيمكن بعد ذلك أن يصدر الضمان الاحتياطي من شخص أجنبي غير ملتزم أصلا بالوفاء أو قد يصدر من أحد الموقعين على السفتجة كما يفترض أن يكون سبب الضمان مشروعا غير مخالف للنظام العام ، وللضمان الاحتياطي الحرية في تحديد ضمان الوفاء بالقرض كله أو في جزء منه ، أو على عدم الأداء إلا بعد المناقشة حول أموال المقترض ، أي بمعنى اشتراط تجريد المقترض من أمواله قبل الرجوع عليه[2]، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 462 ق.م.ج.

والأصل أنه يستفيد من الضمان الاحتياطي أي ملتزم بالوفاء بالسفتجة ، وينطبق ذلك على المسحوب عليه القابل والحامل باعتباره الشخص المطالب بالوفاء عند ميعاد الاستحقاق ، كذلك يجوز أن يقع الضمان الاحتياطي على الساحب أو أحد المظهرين أو حتى ضامن احتياطي آخر.

يصدر الضمان الاحتياطي في أي وقت بين تاريخ إنشاء السفتجة وتاريخ استحقاقها[3].

الفرع الثالث : آثار الضمان الاحتياطي.

تظهر أثار الضمان الاحتياطي في العلاقة مابين أطراف الضمان في حد ذاته وهي :

أولا : العلاقة بين الضامن الاحتياطي والحامل:

وفقا لنص المادة 409 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الأخيرة ، تنص على أن الضامن الاحتياطي يكتسب كل الحقوق الناتجة عن الدفع بقيمة السفتجة والمحققة أو التي يستفيد منها المضمون والملتزمين له ، بمعنى أنه ملتزم بما يلتزم به المدين المضمون من ضمان القبول والوفاء تجاه البنك وإذا تدخل لضمان أحد المظهرين على السفتجة كان مسؤولا أيضا تجاهه ، كما أنه لا يجوز له الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الضمان

(1)- د.محمد الطاهر بلعيساوي، الوجيز في شرح الأوراق التجارية ، ط4 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2012 ، ص110.
(2)- د.احمد شكري السباعي ، الوسيط في شرح الأوراق التجارية ، ج1 ، ط3 ، دار النشر والمعرفة ، المغرب ، 2009 ، ص236.
(3)- د.محمد السيد الفقي ، المرجع السابق ، ص172،173.

الاحتياطيين ، ولا يستطيع التمسك بسقوط حق الحامل المهمل في الرجوع إلا إذا كان هذا الدفع جائزا في الأصل من المدين المضمون[1].

وتجدر الإشارة أن في الأصل في القواعد العامة أن التزام الكفيل يبطل إذا بطل الالتزام المكفول ، وأن الضامن الاحتياطي يمكنه أن يدفع في مواجهة البنك بكل أسباب البطلان التي قد تلحق الالتزام المقترض المضمون ، لكن وفقا لقانون الصرف وقواعده المشددة المحققة ، وباعتبار الضامن الاحتياطي قد وقع على السفتجة فإنه يكون معرضا لدعوى رجوع الحامل الصرفية إذا لم يسدد المقترض المبلغ في تاريخ الاستحقاق ، المقصود من كل هذا التحليل أن التزام الضامن الاحتياطي يكون صحيحا حتى ولو بطل الالتزام الأصلي (الالتزام المضمون) ، زيادة على ذلك يمكن للضامن الاحتياطي أن يدفع في مواجهة البنك بالدفوع الشكلية اللازمة لصحة السفتجة من تخلف البيانات أو تزوير في التواقيع (توقيع البنك) ، والبيانات الخاصة بمكان صدور الضمان الاحتياطي إن وقع على ورقة مستقلة[2].

ثانيا :علاقة الضامن الاحتياطي بباقي الملتزمين في الورقة:

إذا وفى الضامن الاحتياطي قيمة الورقة التجارية للحامل الذي هو البنك يكون له حق الرجوع على باقي الملتزمين في الورقة ، الذين يجوز للملتزم المضمون (المقترض) الرجوع عليهم .

ثالثا : علاقة الضامن الاحتياطي المضمون:

في حالة ما قام الضامن الاحتياطي بوفاء قيمة الورقة التجارية يعد حينها في مركز الكفيل المتضامن مع الملتزم المضمون فله أن يرجع على هذا الأخير بموجب الدعوى الصرفية التي يباشرها بوصفه حاملا شرعيا للسفتجة اكتسب الحقوق الناشئة عنها بعد وفائه بقيمتها ،كما له الرجوع على المقترض أو المضمون بدعوى ثانية هي الدعوى الشخصية[3] التي يقيمها بالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في ق.م.ج.

(1)-د.محمد السيد الفقي ، المرجع السابق ، ص178.

(2)- د.احمد شكري السباعي ، المرجع السابق ، ص247،253.

(3)- د.محمد السيد الفقي ، المرجع السابق ، ص179.

المبحث الثاني : الضمانات العينية للقروض البنكية.

على خلاف الضمانات الشخصية ، تركز الضمانات العينية والتي هي عبارة عن حقوق عينية تبعية تعطي للدائن حقا عينيا تبعيا على مال أو عدة أموال مملوكة للمدين أو لشخص آخر بحيث يمكنه بيعها واستيفاء حقه من ثمنها بالأولوية على غيره من الدائنين وكذا حقه في تتبعها ، على موضوع الشيء المقدم للضمان ، وتتمثل هذه الضمانات في قائمة واسعة من السلع والتجهيزات والعقارات ، تعطى على سبيل الرهن لضمان القروض البنكية لا على سبيل تحويل الملكية ، وذلك من أجل ضمان استرداد القرض[1]، ووفقا للقانون التجاري الجزائري يمكن أن يأخذ الضمان أحد الشكلي : الرهن الرسمي في المطلب الأول والرهن الحيازي في المطلب الثاني.

المطلب الأول : الرهن الرسمي.

يعتبر الرهن الرسمي الضمان الأكثر تقدما من الضمانات التي يمكن تصورها[2]، نظرا لما يوفره للبنك من حماية وأيضا بما يتميز به من مزايا لا نجدها في باقي الضمانات ولقد قُسم هذا المطلب إلى: مفهوم الرهن الرسمي في الفرع الأول ، انقضاء الرهن الرسمي في الفرع الثاني.

الفرع الأول : مفهوم الرهن الرسمي.

أولا : إنشاء الرهن الرسمي:

عند التطرق إلى إنشاء الرهن الرسمي يعني التطرق إلى شروط انعقاده الموضوعية والشكلية ، لكن قبل تناول هذه الشروط لابد من تعريف الرهن الرسمي أولا.

1- تعريف الرهن الرسمي:

الرهنُ لغة هو ما يوضع تأمينيا للدين أي حبسُ الشيء ليؤخذ منه ما تعذر الوفاء به.

ويعرف الرهن الرسمي اصطلاحا بأنه حق عيني تبعي ينشأ عن عقد شكلي ضمانا لاستفاء حق شخصي من خلال تمتع صاحبه بميزة تتبع المرهون في أي يد يكون والتنفيذ على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، ويعرف أيضا بأنه تأمين عيني ينتقل للدائن عند حلول أجل الدين حق توقيع الحجر على العقار ، وهو في حيازة أي شخص كان وأن يوفى حقه بالأفضلية من الثمن[3] .

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

(2)- د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 06

3 - M.Boutelt- Blocaille , droit de crédit , Masson , P 107.

عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري في الكتاب الرابع منه المعنون بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية في الباب الأول المسمى الرهن الرسمي في المادة 882 بأنه " الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان"[1].

كما نصت المادة من نفس القانون على الرهن العقاري [*]وهو عبارة عن عقد يكتسب بموجبه البنك حقا عينيا على عقار لوفاء دينه ، حيث أخضعه المشرع لنفس أحكام الرهن الرسمي مع اشتراط بقاء الحيازة للدائن المرتهن (البنك) والمشرع بالإضافة إلى كل هذه الأحكام نجده ينص صراحة على اعتبار الرهن الرسمي ضمانا للقروض البنكية والائتمان البنكي والمعاملات البنكية وذلك في نص المادة891 من القانون المدني الجزائري.

ومن خلال ما تقدم يمكن استخلاص خصائص الرهن الرسمي والمتمثلة في أنه حق عيني تبعي وينشأ على عقار غير قابل للتجزئة ، كما يعتبر عقدا شكليا ضامن للوفاء بالدين وملزم لجانب واحد[2].

2- شروط إنشاء الرهن الرسمي:

أ- الشروط الشكلية:

- **الرسمية:** عقد الرهن الرسمي من العقود الشكلية فيلزم لانعقاده مراعاة شكل خاص هو الرسمية في العقود من هنا جاءت تسمية الرهن بأنه رسمي[3] ، والمقصود بالرسمية ليس أن يتم الرهن في عقد رسمي بل يكفي ذلك أن يكون في ورقة رسمية موقعة أو مودعة أمام موظف عام أو شخص مكلف بالخدمة ألا وهو الموثق[4] ، وأي إخلال بهذا النص يبطل العقد بطلانا مطلقا باعتباره رهنا ، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المتضمن قانون السجل العقاري والمعدل والمتمم بالمرسوم رقم 123/93 المتعلق بالسجل العقاري الذي ينص:" كل عقد موضوع شهر عقاري يجب أن يكون مفرغا في الشكل الرسمي"[5].

وباعتبار البنك قد خص الرهن الرسمي بحماية خاصة كان أول قانون نص على هذا الرهن هو القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض وذلك من خلال نص المادة 179 منه التي تنص على : " ينشأ رهن قانوني على الأموال غير المنقولة العائدة للمدين ويجري لصالح البنوك والمؤسسات المالية ضمانا لتحصيل الديون المترتبة لها وللالتزامات المتخذة

(1) - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(*) - أنظر ملحق رقم 2: نموذج عن رهن عقاري لفائدة بنك الفلاحة والتنمية مقدم ضمانا لتسديد مبلغ القرض.

(2)- د.علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص322.

(3)- د.سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ، ص128.

(4)- المرجع نفسه ، ص131.

(5)- المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 ، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 123/93 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

تجاهه. يتم تسجيل هذا الرهن وفقا للأحكام القانونية التي تنطبق على السجل العقاري ، ويُعفي هذا السجل من وجوب التجديد خلال 30عاما"[1]، ثم صدر الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري والذي نص في المادة 24 منه على إمكانية رهن خاص على منقولات المستأجرة ، ثم جاء الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض الذي ألغى القانون رقم 10/90، والملاحظ على هذا الأمر أنه لم يتضمن أي نص قانوني يشير إلى الرهن الرسمي ، وكذلك الأمر بالنسبة للأمر رقم 04/10 المتعلق بالنقد والقرض الذي يعدل الأمر رقم 11/03 .

ولكن المشرع الجزائري وبغية منه لتصليح الأوضاع وتدارك الأمر أصدر القانون 11/02 المتضمن قانون المالية لسنة 2003[2] ، حيث تنص المادة 96 من هذا القانون على تأسيس رهن قانوني على الأملاك العقارية للمدينين لفائدة البنوك والمؤسسات المالية... ، التي يقابلها المرسوم التنفيذي رقم 132/06 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى[3] وجاء في مادته الأولى :" يهدف هذا المرسوم إلى تحديد كيفيات تطبيق أحكام المادة 96 من القانون رقم 02-11 المؤرخ في 20 شوال عام 1423 الموافق 24 ديسمبر سنة 2002المعدلة بموجب المادّة 56 من القانون رقم 05-16 المؤرّخ في 29 ذي القعدة عام 1426 الموافق 31 ديسمبر سنة 2005 والمذكورين أعلاه والتي أسست رهنا قانونيا على الأملاك العقارية للمدين لفائدة البنوك والمؤسسات المالية وصندوق ضمان الصفقات العمومية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها" .

أما النوع الثاني فهو الرهن الرسمي القضائي والذي يتم بموجب حكم قضائي يطالب به المدين أمام العدالة وعند إثبات الدين محل النزاع يقوم القاضي بتقرير هذا الرهن على العقارات محل الرهن لصالح الدائن أي لصالح البنك.

وهناك أيضا الرهن الرسمي الاتفاقي الذي ينشأ نتيجة اتفاق بين البنك مانح القرض والمدين المقترض ، الذي حسب المادة884 ق.م.ج يمكن أن يكون هو المدين نفسه أو شخصا آخر من الغير.

- **القيد:** يقصد بالقيد تسجيل العقارات المخصصة للرهن في السجل العقاري وتسري عليها أحكام القيد المنصوص عليها في قانون الشهر العقاري ، وهذا ما أشارت إليه المادة 904 من ق.م.ج بقولها : " لا يكون الرهن

(1)- القانون رقم 10/90 المؤرخ في 1990/04/14، يتعلق بالنقد والقرض،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 23 رمضان 1410هـ ، العدد 16.

(2)- القانون رقم 11/02 المؤرخ في 2002/12/24، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،المؤرخة في 2002/12/25 ،العدد76.

(3)- المرسوم رقم06-132المؤرخ في 2006/04/03 ، يتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 2006/04/05 ، العدد 21.

نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن...." [1] . كذلك أشارت إليه المادة 905 من نفس القانون ، ونجد المشرع الجزائري في المادة 16 من الأمر 74/75[2] الذي ينص فيه بأن الحق العيني لا ينشأ بين متعاقدين إلا بعد القيد ، أي أن القيد يعتبر إجراء شكلي بواسطته يعلم الغير بالحق الذي نشأ أو انقضى ، كما أشار المشرع في هذه المادة إلى النشر.

يثار التساؤل هنا حول : الحكم الذي يطبق إذا تم قيد عدة رهون رسمية في نفس اليوم ؟، ويجاب على هذا التساؤل بنص المادة 907 ق.م.ج التي تنص: "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم ... ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجرو القيد في يوم واحد" ، أي أن الأولوية تكون للبنك الذي قيد أولا حتى ولو تم حساب القيد على حسب الساعات.

ب– الشروط الموضوعية:

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية العامة التي يستلزمها الرهن الرسمي كغيره من العقود ألا وهي : التراضي والمحل والسبب ، يشترط المشرع كذلك شروط موضوعية أخرى خاصة بالمال المرهون وبالدين المضمون بالرهن وكذلك شروط خاصة بالراهن.

– **الشروط الخاصة بالمال المرهون:** يشترط في المال المرهون وفقا لنص المادة 886 ق.م.ج أن يكون عقارا مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ومعينا بالذات تعيينا دقيقا وموجودا وقت الرهن فلا يجوز رهن المال المستقبل، و يمتد الرهن إلى ملحقات العقار المرهون لنص المادة 887 من نفس القانون.

يستفاد من كل هذا أن العقار بطبيعته هو المحل الوحيد الذي يصح أن يرد عليه الرهن الرسمي ، أي لا يرد على منقول مادي أو غير مادي ، ولو برضا الأطراف والحكمة من قصر الرهن على العقار دون سواه هو أن الرهن الرسمي يسمح للراهن بالاحتفاظ بحيازة المال المرهون اكتفاءا بشهره كوسيلة لإعلام الغير بما ورد على هذا المال من حق عيني تبعي[3] ، أما بخصوص أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، فنجد أن الغرض الأساسي من الرهن هو تمكين الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون استفاءا لحقه من ثمنه في حالة عدم الوفاء ، وعلى ذلك فانه يشترط أن يكون العقار المرهون مما يجوز التعامل فيه وإمكانية بيعه بالمزاد العلني [4].

(1)– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(2)– الأمر 74/75 المؤرخ في 2075/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 1975/11/13، العدد 92.

(3)– د.رمضان محمد أبو السعود ، د.همام محمد محمود زهران ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1997، ص167.

(4) – المرجع نفسه ، ص 170.

كما لا بد أن يعين العقار تعينا دقيقا ويحدد موقعه لتفادي بطلان الرهن ، والتعيين الذي يعتد به للعقار هو ذلك المقيد في ورقة رسمية أصلية أو ورقة رسمية تلحق بالعقد الأصلي ، ونجد أيضا الرهن يمتد إلى ملحقات العقار المرهون ذلك أن هذه الملحقات تابعة للرهن ويشترط فيها أن تكون من العقارات بطبيعتها ومثال ذلك المبنى المقام على الأرض المرهونة أو بالتخصيص أو من الحقوق العقارية كحق الارتفاق المقرر لخدمة العقار المرهون ، وتجدر الإشارة أن البنك يرفض رهن حق الانتفاع الوارد على العقار بدون حق الرقبة أي بدون حق التصرف في المال مع أن هناك نصوص قانونية تنص على حق الانتفاع.

- **الشروط الخاصة بالراهن:** اشترط المشرع الجزائري في المادة 884 فقرة 2 ق.م.ج في الراهن أن يكون أهلا للتصرف في العقار المرهون أي بالغا سن الرشد ، أما إذا كان الراهن غير المدين الأصلي أي المقترض ، بأن يكون كفيلا عينيا يقدم له المال رهنا لضمان الوفاء بدين شخص أخر فيشترط فيه أن يكون بالغا سن الرشد وإذا كان قاصرا وقع الرهن باطلا بطلانا مطلقا ،كما اشترط المشرع في الراهن أن يكون مالكا للعقار المرهون .

ثانيا : آثار الرهن الرسمي:

تتمثل هذه الآثار في مجموعة من الحقوق والالتزامات بين المتعاقدان وكذلك في مواجهة الغير:

1- أثر الرهن بين المتعاقدين:

والمتعاقدان في الرهن الرسمي هما الدائن والمرتهن(البنك) والمدين الراهن (العميل أو المقترض).

أ- بالنسبة للراهن العميل أو المقترض:

أجاز المشرع الجزائري للراهن حق التصرف في العقار المرهون وذلك وفقا لنص المادة 894 ق.م.ج بشرط أن لا يؤثر هذا التصرف على البنك باعتباره دائنا مرتهنا.

كما أجاز له المشرع الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت إلحاقها بالعقار، والمقصود من ذلك حسب المادة 895 ق.م.ج أن للمقترض الحق في الحصول على غلة الثمار المزروعة مثلا في الأرض المرهونة حتى تاريخ نزع ملكيته جبرا عند عدم الوفاء بالدين، وتلحق غلته بالعقار من تاريخ نزع الملكية[1].

أما بالنسبة لنص المادة 896 من نفس القانون فقد وضعت شروطا لنفاذ إيجار العقار المرهون في مواجهة البنك المرتهن ووفقا لحالتين هما:

(1)- د.علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص343.

- حالة الإيجار الثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، هذا الإيجار يكون نافذا لمدة (9 سنوات) إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، غير أن المشرع قرر زيادة المدة إذا كان هذا الحق قد سجل قبل قيد الرهن.

- أما الحالة الثانية فهي بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ولم تسدد الأجرة وكانت مؤجلة أو متأخرة، في هذه الحالة لا يكون الإيجار نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة.

أجاز المشرع أيضا للراهن الحق في قبض الأجرة (المادة 897 ق.م.ج) ، فمن المعلوم أن الأجرة تعد من ثمار العقار وبالتالي يحق للراهن قبضها إلى أن تلحق بالعقار المرهون[1] ، ولا يكون قبض الأجرة مقدما لمدة لا تزيد عن 3 سنوات نافذة في حق البنك إلا إذا كان تاريخها ثابتا وسابقا لتسجيل تنبيه نزع الملكية ، أما إذا كانت المخالصة لمدة تزيد عن 3 سنوات ، في هذه الحالة لا تكون نافذة في مواجهة البنك إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن. كما أن احتفاظ الراهن بسلطات المالك على العقار يقابله التزامه بضمان سلامة الرهن في مواجهة البنك والمساس بسلامة الرهن قد يكون من المقترض نفسه صاحب الرهن أو لسبب أجنبي[2]، وفي كلتا الأحوال فإن للبنك الحق في اتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على المدين الراهن إذا رأى أن هذا التقصير أو التلف يضر به أو ينقص من ضمانه ، وأن يطالب بتأمين كاف أو أن يستوفي حقه حالا قبل حلول اجل الدين وإذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى المقترض ولم يقبل البنك بقاء الدين بلا تأمين يكون الخيار في هذه الحالة للمدين بالتأمين أو الوفاء حالا ، وفي جميع الأحوال للبنك أن يطلب من القاضي وقف الأعمال الواقعة على العقار ، إذا رأى أن من شانها تعريضه للهلاك والتلف.

ب- بالنسبة للدائن المرتهن (البنك) :

إن الرهن الرسمي يمنح للبنك أي الدائن المرتهن حق عيني على العقارات المرهونة فقط ، فإذا كان الراهن شخصا أخر غير المدين لا يجوز التنفيذ على أمواله إلا على ما رهن منها ، ولا يحق له الدفع بالتجريد تجاه المقترض إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك[3] ،كما لا يمكن للبنك أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه إلا إذا قام بتنبيه المدين بالوفاء، أما إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له تفادي أي إجراء وجه إليه إن تخلى عن العقار المرهون، والمادة 903 ق.م.ج توضح لنا بطلان الاتفاق الذي ينص على تملك البنك للعقار المرهون.

(1) - د.علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص346.

(2)- د.سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص216.

(3)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المادة 901 ، المعدل والمتمم.

2- أثر الرهن بالنسبة إلى الغير:

ينشأ حق الرهن بمجرد العقد ، ولكنه لا يكون نافذ في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري، والمقصود بالغير هو كل صاحب حق يتضرر من وجود الرهن الرسمي[1]، ومظهر نفاذ الرهن في حق الغير يظهر من خلال حق التقدم وحق التتبع:

أ- حق التقدم:

نصت على هذا الحق المواد من 907 إلى 910 ق.م.ج ويقصد به تحديد الحقوق التي يضمنها الرهن[2]، والتي تفترض -أي ميزة التقدم- وجود أكثر من دائن للمدين ويقوم النزاع بينهم بما في ذلك البنك باعتباره دائنا مرتهنا على هذا الحق.

ب- حق التتبع:

نصت على هذا الحق المواد من 912 إلى 914 ق.م.ج وهو الميزة الثانية للبنك حيث أن له حق تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه وفي أي يد يكون[3] ، والحق في التتبع كمظهر لنفاذ الرهن في مواجهة الغير يبدو من ناحية نتيجة لما يقرره الحق العيني عموما لصاحبه من تسلط مباشر على محل الحق، ومن ناحية ثانية يبدو كمقابل طبيعي ذلك أن من حق الراهن الاحتفاظ بملكية عقاره المرهون والحق في التتبع هو ما يحفظ فاعلية الضمان الذي يوفره الحق في الرهن للبنك[4].

الفرع الثاني: انقضاء الرهن الرسمي.

ينقضي الرهن الرسمي إما بصفة تبعية أو بصفة أصلية ، وستتم دراستها على النحو التالي :

أولا : انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية:

عند دراسة موضوع الرهن الرسمي تبين أنه حق تابع للالتزام المضمون، لذلك فهو ينقضي بانقضائه[5]، ووفقا لنص المادة 933 ق.م.ج نصت على : " ينقضي حق 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

(1)- د.سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص228.

(2) - د. رمضان محمد أبو السعود ، د.همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص374.

(3) - د. سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص243.

(4) - د. رمضان محمد أبو السعود ، د.همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص385.

(5) - د.علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص376.

الحق وعودته "[1]، أي متى انقضى الدين المضمون بأسباب الانقضاء كالوفاء التام ، التقادم ، الإبراء ، ... الخ ينقضي معه الرهن ، كما تضيف المادة المذكورة أعلاه أنه إذا انقضى الالتزام ثم زال السبب الذي انقضى به الدين يعود معه الدين وتبعا لذلك يعود الرهن بشرط أن لا يمس ذلك بحقوق الغير حسن النية.

ثانيا : انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية:

انقضاء الرهن بصفة أصلية يعني انقضاءه بصفة مستقلة عن الدين المضمون ، وذلك إما بتطهير العقار أي بتحرير المرهون من الرهن حيث يصبح حق البنك في العقار عبارة عن مبلغ وهذا المبلغ هو الثمن الذي قوم به العقار حسب مرتبته ، وينقضي الرهن كذلك إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني سواء في مواجهة المدين المرتهن (المقترض) أو الحائز أو الحارس الذي يحرس العقار عند التخلية، ويعتبر الثمن الذي رسا به المزاد هو الثمن الذي ينقضي به الرهن[2].

المطلب الثاني : الرهن الحيازي .

يعتبر الرهن الحيازي من أهم الضمانات العينية التقليدية وأهم الضمانات الممنوحة من قبل البنوك لضمان القرض ، وتم تقسيم المطلب إلى: مفهوم الرهن الحيازي في الفرع الأول ، آثار الرهن الحيازي في الفرع الثاني وانقضاء الرهن الحيازي في الفرع الثالث.

الفرع الأول : مفهوم الرهن الحيازي.

من خلال هذا الفرع سيتم التطرق إلى إنشاء الرهن الحيازي وشروط إنشاءه.

أولا : إنشاء الرهن الحيازي:

سيتم في هذا الجزء دراسة تعريف الرهن الحيازي وبيان خصائصه.

1- تعريف الرهن الحيازي :

يعرف الرهن الحيازي بأنه حق عيني تابع يتولد للدائن بمقتضى عقد الرهن على شيء مملوك للمدين أو لغيره ، ضمانا للوفاء بالالتزام ، وهو يخوله حبس الشيء حين استيفاء دينه ، وأن يستوفي حقه من ثمن هذا الشيء بالتقدم والأولية على جميع الدائنين الآخرين[3].

(1) - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(2)- أنظر المواد 934.936 ، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(3)- روحيد الدين سوار ، القانون المدني ، الحقوق العينية التبعية ، مطبعة الرياض ، دمشق ، 1981 ، ص172.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 948 ق.م.ج على انه " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن 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" . بمعنى أن الرهن الحيازي يرد على مال منقول الذي يقدم كضمان للقرض البنكي الذي يسحبه المقترض ، وهذا الضمان يقدمه هذا الأخير إلى البنك الذي يحوزه إلى غاية استيفاء دينه.

2- خصائص الرهن الحيازي :

يختص الرهن الحيازي بعدة خصائص وهو يشترك مع الرهن الرسمي في أغلبها وهذه الخصائص هي:

- أنه حق عيني تبعي يخول للدائن بالإضافة إلى التقدم والتتبع سلطة حبس المال المرهون.
- يرد هذا الحق على العقارات والمنقولات سواء كانت مسجلة أم لا.
- ينشأ هذا الحق عن عقد ملزم للجانبين[1]، إذ يلتزم المقترض بضمان حق الرهن ويلتزم البنك بالمحافظة على المرهون ورده عند استيفاء حقه.

ثانيا : شروط إنشاء الرهن الحيازي[*]:

للرهن الحيازي شروط شكلية وأخرى موضوعية سيتم دراستها على النحو التالي :

1- الشروط الشكلية:

يعتبر الرهن الحيازي عقد رضائي لايشترط لانعقاده أي شكل خاص كالرهن الرسمي بل يكتفي لانعقاده تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين[2].

2- الشروط الموضوعية:

لابد هنا أن يتم التفريق بين الشروط العامة أي تلك التي يجب توافرها في كل عقد من العقود وتتعلق بالرضا والأهلية أو السبب،[3]، والشروط الخاصة التي تعتبر من أركان العقد والمتمثلة في الشروط الخاصة بالمتعاقد والمال المرهون والدين المضمون.

(1)- د.علي هادي العبيدي، المرجع السابق ، ص384.

(*)- أنظر الملحق رقم03: يتضمن عقد رهن اتفاقي حيازي للعتاد من الدرجة الأولى.

(2)- د.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ج7، التأمينات العينية ، ط1، دار هومه ، الجزائر ، 2008 ، ص239.

(3)- د.نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية ،(الرهن الرسمي،حق الاختصاص،الرهن الحيازي،حقوق الامتياز) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، ص199

أ- الشروط الموضوعية الخاصة بالمتعاقدين

يشترط في الراهن (المقترض) أن يكون أهلا للقيام بعملية الرهن ومالكا للشيء المرهون، وبما أن البنك من المؤسسات التي منحها القانون الحق في التسليف والاقتراض فلا إشكال يطرح من ناحيته.

ب- الشروط الموضوعية الخاصة بالمال المرهون:

يشترط في محل الرهن الحيازي أن يكون معينا أو قابلا للتعين ومما يجوز بيعه في المزاد العلني وهذا ما نص عليه المشرع في القانون المدني الجزائري.

ج- الشروط الموضوعية الخاصة بالدين المضمون:

المقصود به مبلغ القرض المقدم من طرف البنك والذي يجب أن يكون موجودا وصحيحا [1].

3- بعض صور الرهن الحيازي:

أ- الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز:

هذه الصورة من صور الرهن الحيازي ، تسري على الأدوات والأثاث ومعدات التجهيز والبضائع ، ويجب على البنك قبل أن يقوم بالإجراءات القانونية الضرورية أن يقوم بفحص هذه المعدات والتجهيزات [2].

وبالرجوع إلى الشكلية المتبعة في رهن الأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز ، يلاحظ أن المشرع الجزائري نص على أن تتم الموافقة على الرهن بواسطة عقد رسمي أو عرفي يسجل برسم محدد ، وإذا وقع المقرض الذي يقوم بتقديم الأدوات والمعدات للبنك ، اعتبر الرهن الحيازي حاصلا بموجب عقد القرض ،كما يجب أن يقيد الرهن خلال 30 يوما من تاريخ إبرام العقد وإلا عد باطلا.

ب- الرهن الحيازي للقيم المنقولة :

يقصد بالقيم المنقولة الأسهم والسندات والتي يمكن أن تقدم على سبيل الرهن مقابل قروض بنكية ، وفي هذه الحالة يجب أن تقيد هذه القيم على سبيل الضمان[3].

(1)- راضية أمقران، المرجع السابق ، ص140.

(2)- الطاهر لطرش، المرجع السابق ، ص169.

(3)- المرجع نفسه ، ص170.

ج- الرهن الحيازي للأرصدة البنكية :

بالرجوع إلى نصوص المواد 120 ، 121 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[1]، نجد أن المشرع أشار إلى هذا النوع من الرهن في نصوص المواد المذكورة أعلاه،وأورد فيها أنه يمكن أن تكون الحسابات المفتوحة لدى البنوك فردية أو جماعية مع تضامن أو بدونه أو شائعة وتكون ضمان لفائدة البنك وتحرر في شكل عرفي ،كما نص على أنه في حالة الحجر لابد من تبليغ المدين برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

د-الرهن الحيازي للمحل التجاري :

أكدت على هذا الرهن المواد من 118 إلى 122 من القانون المدني الجزائري وأشارت إليه المادة 123 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض ، ومفاد هذه المواد أن المقترض من البنك أو المدين الراهن له الحق في الحصول على ضمانات وائتمان مقابل تقديم محله التجاري كضمان للقرض الذي سحبه من البنك مانح الائتمان.

الفرع الثاني : آثار الرهن الحيازي.

من خلال هذا الفرع سيتم تبيان الآثار التي ينتجها الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين من جهة ، وفي مواجهة الغير من جهة أخرى.

أولا : أثر الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين:

1- التزامات الراهن :

يلتزم الراهن بترك الشيء المرهون في يد البنك المرتهن إلى حين زوال الرهن (م951 ق.م.ج) كما يلتزم كذلك بضمان الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي بعمل ينقص من قيمته (م953 ق.م.ج) ، وأن يدفع نفقات حفظ المرهون وصيانته وتكون هذه النفقات على عاتق الراهن نفسه أو على الغير الذي يضمنه[2].

2- التزامات البنك :

يلتزم البنك عند تسلم الشيء المرهون المحافظة عليه وصيانته ، إذا قصر في ذلك يعتبر مسؤولا عما يصيب المرهون من هلاك أو عيب بسبب ذلك ما لم يثبت بأن السبب لا يد له فيه (م 955 ق.م.ج) ،كما يلتزم البنك بعدم استعمال المرهون المنفعة بدون ترخيص من الراهن ، وأن يرد الشيء المرهون بعد انقضاء الدين[3].

(1)- الأمر رقم 11/03 ،المتعلق بالنقد والقرض.

(2)- ق.حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية-دراسة تحليلية مقارنة- لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الدار الجامعية، بيروت ، ص261،263.

(3)- المرجع نفسه، ص276 ومايليها.

ثانيا : أثر الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير:

يخول حق الرهن الحيازي للدائن المرتهن الحق في حبس الحق في التقدم والحق في التتبع [1]، ولتفادي الرهن في حق الغير يجب أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان (م 961م.ق.ج) ويجب أن يكون الشيء المرهون ضامن لعدة ديون ، ولا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق (مبلغ القرض) فقط بل يضمن أيضا المصاريف الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء والتعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء ، ومصاريف العقد وأخير مصاريف تنفيذ الرهن الحيازي [2].

الفرع الثالث : انقضاء الرهن الحيازي.

ينقضي الرهن الحيازي بصفة تبعية أو بصفة أصلية ، وهذا ما سيتم معالجته في هذا الفرع.

أولا: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية:

ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون به ، سواء حصل الانقضاء بوفاء الدين أم بالمقاصة أم بالإبراء ، كما ينقضي الرهن بالتقادم فإذا تخلف الدائن عن المطالبة بحقه مدة من الزمن فقد هذا الحق [3].

ثانيا: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية:

وفقا لنص المادة 965 ق.م.ج يمكن استنتاج أن الرهن الحيازي ينقضي بصورة أصلية لأسباب لا تمس هذا الدين ألا وهي:

1. باتفاق البنك والراهن.
2. بتنازل البنك عن الرهن.
3. هلاك الشيء المرهون هلاك كليا.
4. بالتنفيذ على الشيء المرهون وبيعه في المزاد العلني.

(1)- د.نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية ، المرجع السابق ، ص242.

(2)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(3)- ق.حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق ، ص281.

ملخص الفصل الأول:

من خلال ما سبق يمكن استخلاص أن الحصول على قرض بنكي مقترن بتقديم ضمانات كافية ، فالضمانات الشخصية التي تمت دراستها وعلى الرغم من أنها ليست كل الضمانات ولكن يمكن اعتبارها من أهم الضمانات بالإضافة إلى خطاب الضمان والاعتماد المستندي....الخ ، تعتبر كافية فقط في القروض قصيرة الأجل التي تتحدد بمدة زمنية قصيرة.

أما القروض طويلة الأجل تكون ذات أهمية اكبر من القروض قصيرة الأجل يطبق عليها البنك شروط أو ضمانات أكثر أهمية و قوة من الضمانات الشخصية وهي ما تعرف بالضمانات العينية.

غير أن هذه الضمانات سواء الشخصية أو العينية لا تعتبر كافية لضمان القروض البنكية بل لا بد من توافر ضمانات جديدة تكون أشد قوة وعملا وتأثيرا من القروض الكلاسيكية لهذا نجد المشرع الجزائري في محاولة منه لمواكبة التطورات الحاصلة والنهوض بالاقتصاد الوطني وتوفير الائتمان الكافي للعملاء استحدث مجموعة من الضمانات سيتم دراسة بعضها في الفصل الثاني من هذه المذكرة.

الفصل الثاني:

الضمانات المستحدثة للقروض البنكية في التشريع الجزائري

إن الضمانات الكلاسيكية بمفهومها التقليدي لم تعد تحقق الضمان الكافي للبنوك والقروض البنكية ، وذلك نظرا لتكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، وهذه الحرية يتم تنظيمها بموجب نصوص قانونية منها قانون الاستثمار الوطني ، والذي يقيد فكرة الضمان المالي والذي صدر لأول مرة سنة 1968 لكنه لم يكن فعالا حتى صدور مجموعة من القوانين المتلاحقة التي وضعت على أمل تحقيق توازن متكامل ما بين البنك وعملائه وتسهيل عمليات الإقراض والائتمان وتوفير السيولة النقدية الخاصة في بعض النشاطات التي تستلزم سحب قروض طويلة الأجل كالقروض السكنية والقروض المتعلقة بالاستثمار وغيرها من القروض... الخ[1].

وفي هذا الصدد صدر القانون 86-12 المؤرخ في 1986/08/19 المتعلق بتحديد الإطار القانوني المشترك للنشاط البنكي لمختلف مؤسسات القرض[2] ، والقانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض والأمر رقم 03-11 المتعلق كذلك بالنقد والقرض والذي تمت الموافقة عليه بموجب القانون 03-15 المؤرخ في 2003/10/25 والذي قلص الامتيازات الممنوحة للبنك والمؤسسات الاقراضية ، ثم وعلى إثر هذه النصوص القانونية والتطور الحاصل في الجزائر قامت الدولة بإجراء دراسات على بعض النشاطات التي تم ذكرها أعلاه ، بإنشاء مؤسسات مالية مهمتها المساعدة على تسهيل عمليات الائتمان منها مؤسسة أو شركة التمويل الرهني la société de réfinancement hypothécaire ، وذلك بمنح الشخص الذي يقدم حقه مقابل القرض إلى هذه الشركة التي تباشر نشاط التوريق والذي سيتم دراسته لاحق بنوع من التفصيل ، وكذلك هناك شركة تأمين القرض (التامين ضد الإعسار) ، ومؤسسات الضمان المالي ، وأخيرا شرط الاحتفاظ بالملكية التي تعتبر كذلك ضمان بنكي مستحدث مشتق من الكفالة .

ضمن هذا الفصل سيتم دراسة الموضوع وفق مبحثين المبحث الأول تناولنا الضمانات المستحدثة المخصصة لبعض القروض، أما المبحث الثاني فتطرقنا إلى الضمانات المستحدثة المشتقة من الضمانات الكلاسيكية.

([1]) - أ. بحوصي مجذوب ، استقلالية البنك المركزي بين قانون 90-10 والأمر 03-11 ، المركز الجامعي ، بشار . بحث منشور على الموقع: www.jadoub2000@yahoo.fr

([2]) - القانون رقم 86-12 ، المؤرخ في 1986/08/19 ، المتعلق بتحديد الاطار القانوني المشترك للنشاط البنكي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 20 غشت 1986 ، العدد 34.

المبحث الأول : الضمانات المستحدثة المخصصة لبعض القروض.

بما أن الضمانات الكلاسيكية لم تكن كافية لضمان كل القروض البنكية ، ونظرا للتطور السائد في مختلف المجالات نجد أن المشرع والبنك أورد ضمانات جديدة ومستحدثة خاصة في النشاطات المتداولة بكثرة ، وتم تخصيص هذا المبحث لدارسة التوريق كضمان للقروض البنكية في المطلب الأول والضمان المالي في المطلب الثاني.

المطلب الأول : التوريق كضمان للقروض البنكية.

تعد عمليات التوريق من الأنشطة المستحدثة والتي تلقى أهمية كبيرة في المنظومة المصرفية ، وبالذات في القروض البنكية الأمر الذي جعل الجزائر واغلب دول العالم إن لم نقل الكل تستعين بهذه الآلية كأداة للضمان ومنح الائتمان وتوفير السيولة ، لهذا سيتم دراسة مفهوم التوريق في الفرع الأول، مميزات التوريق كضمان للقروض البنكية في الفرع الثاني وأطراف عملية التوريق في الفرع الثالث.

الفرع الأول : مفهوم التوريق.

في هذا الفرع سيتم تعريف التوريق وبيان مراحل سير عملية التوريق.

أولا : تعريف التوريق:

التوريق[1] لغة : هو إخراج الأوراق والورق هو النقد من الفضة[2].

والتوريق اصطلاحا : يعتمد أولا على وجهة نظر المعرف أو اهتمامه ، وثانيا على تعريف المشرع الجزائري له وذلك ضمن القانون المخصص لتوريق القروض الرهنية 06-05 ، وكلمة التوريق هي تعريب لمصطلح Securitization والذي يعني جعل الدين المؤجل في ذمة الغير في الفترة ما بين ثبوته في الذمة وحلول أجله صكوكا قابلة للتداول في سوق ثانوية.

ويقصد به أيضا تحويل القروض وأدوات الديون غير السائلة إلى أوراق مالية سائلة أي عبارة عن سهم وسندات قابلة للتداول في أسواق تستند إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة.

(**1**)- بدأ بروز التوريق كظاهرة بشكل خاص في نهاية الثمانينات بالو.م.أ لحد إطلاق وصف "جنون الثمانينات The Frenzy of the 1980" لإظهار تدافع البنوك على توريق ديونها، انظر : د.حسين فتحي عثمان ، التوريق المصرفي للديون الممارسة والإطار القانوني ، بحث منشور على الموقع: www.arablawinfo.com اطلع عليه 2017/03/19 ، على الساعة 22.02 ، ص04.

وهناك من يرى أن التطور التاريخي لفكرة التوريق ارتبطت أساسا بالرهن العقاري مقابل القروض الإسكانية ، عندما اشتدت أزمة الإسكان في و.م.أ،وعجزت مؤسسات الأوراق المالية عن الوفاء باحتياجات السوق من القروض العقارية.

(**2**)- أ.م.د.سعد عبد محمد ، "التوريق المصرفي وأثاره الاقتصادية" ، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية ، بغداد ، العدد37 ، 2013 ، ص52.

ولا تستند إلى مجرد القدرة المتوقعة للمدين على السداد من خلال التزامه العام بالوفاء بالدين[1]، بالنظر إلى التعريفات السابقة ، يستنتج أن عملية التوريق هي عملية تحويل القروض البنكية المضمونة برهن إلى أوراق مالية عبر مجموعة من المراحل ، وتنتقل هذه القروض بضماناتها حتى توفر السيولة والضمان الكافي للأطراف سواء للبنك أو المقترض وحتى المؤسسة المسؤولة عن عملية التوريق ، وتنتقل كلّ الضّمانات والتّأمينات المتعلّقة بالقروض المورقة إلى الذّمة المالية لمؤسّسة التوريق بمجرد أن تصبح عملية التوريق فعلية، وتكون ملزمة للغير.

أما التوريق قانونا: نجد المشرع الجزائري قد نظم عملية التوريق بموجب القانون 05/06 المتضمن توريق القروض الرهنية[2] ، والذي نجده قد عرف التوريق على خلاف باقي التشريعات وذلك في المادة 02 منه بقوله: « التوريق هو 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 ».

يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع الجزائري حصر عملية التوريق في قطاع البناء أو بالأحرى في قطاع تمويل السكن ، أي أن المؤسسات الخاصة بالتوريق لا تعد قانونية ولا يسري عليها هذا القانون إلا إذا تمحور موضوع عملياتها على شراء قروض ممنوحة في إطار تمويل السكن .

وكل هذه العمليات تقوم بها الشركات ذات الغرض الخاص SPV والتي تقوم بشراء الأصل وطرحه على المستثمرين في شكل أوراق مالية[3] ، وبالتالي فإن هذه العملية (التوريق) تعد وسيلة فعالة لضمان القروض من جهة وتخفيض إمكانية تعرض البنك لمخاطر الإعسار والإفلاس وضمان أيضا الرهونات المقدمة من المقترضين وتحويل هذه القروض مع ضماناتها إلى أوراق مالية متداولة .

كما لابد من الإشارة أن الجزائر أنشأت مؤسسة مالية مهمتها تحويل القروض العقارية إلى أوراق مالية تدعى" شركة إعادة التمويل الرهني" SRH.

(1)- د. خير الدين عبدريه الحمري ، "إمكانية استخدام التوريق القروض المصرفية كأسلوب للتمويل الإسكاني في ليبيا " ، كلية الاقتصاد ، جامعة عمر المختار ، البيضاء ،2012 ، ص05.

(2)- القانون رقم 06-05 المؤرخ في 20فيفري 2005 ، يتضمن توريق القروض الرهنية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، الصادرة بتاريخ 2006/03/12 ، العدد 15.

(3)- د. خير الدين عبدريه الحمري ، المرجع السابق ، ص05.

ثانيا : خطوات التوريق:

لابد وأنه قبل القيام بعملية التوريق وقبل تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية المرور بمجموعة من الخطوات التي يقوم بها البنك أولها الاتفاق الصريح بينه وبين المؤسسة SRH وتنتهي بنقل الأصول أو القروض المرهونة إليها ، ثم تأتي الخطوة الثانية وهي قيام البنك بإعلام مقترضيه بشأن عملية التوريق التي سوف يقوم بها وفي حالة الموافقة تقوم العلاقة بين المدين والدائن الجديد SRH[1] ، ومن ثم تأتي الخطوات التقنية المتعلقة بتقييم القروض وتحديد السعر المناسب وطرحها للاكتتاب ، وإعداد كل الدراسات والجداول والحسابات وغيرها من الخطوات التي تسبق إجراء التوريق.

الفرع الثاني : مميزات التوريق كضمان للقروض البنكية.

يمكن اعتبار التوريق من الضمانات المستحدثة التي لجأت إليها معظم الدول والتي عمل بها المشرع الجزائري ضمن القانون 06-05 المتعلق بالقروض الرهنية ، وذلك لإعادة تمويل القروض العقارية ومنحها الائتمان والضمان الكافي ، ومعالجة العجز والإعسار وتفادي الإفلاس الذي قد يلحق البنك إذا لم يفي المقرض بديونه ، ولذلك ستعرض مميزات التوريق كالأتي :

أولا : التوريق وسيلة لمواجهة الخطر:

بما أن النشاط البنكي متشعب بالمخاطر التي تقع على عاتق البنك وحده ، ولابد للبنك إتباع مجموعة القواعد بكل أشكالها وفقا للقوانين السارية المفعول ، وبظهور نظام التوريق أصبح البنك محصنا ضد كل ذلك[2]، لذلك يمكن اعتبار عملية التوريق ضمان للقروض البنكية ، نظرا لأن القروض الرهنية تنتقل هي وضماناتها لتتحول إلى أوراق مالية وبالتالي فإن حماية هذه القروض يعد حماية لضماناتها وبالتالي فالتوريق هو ضمان إضافي للقرض والبنك.

ثانيا : التوريق وسيلة لتحسين السيولة:

المقصود هنا أن البنك عند استعماله لعملية التوريق يكون في مركز ائتماني مرتفع ومتقدم ، يسمح له بمتابعة نشاطه البنكي بصفة عادية مع زيادة مصادر التمويل ومنح القروض الرهنية والحصول على ضمانات تمكنه من تحسين السيولة المالية.

(1)- سفيان زغيدي ، الآليات القانونية لمواجهة مخاطر القروض العقارية في الجزائرية ، مذكرة ماجيستر ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2012-2013 ، ص92.

(2)- Politique de gestion et de métrise des risques , bulletin mensuel de SRH . SPA , N3 , P5.

ثالثا : دور التوريق في التمويل:

بما أن عملية التمويل تعتبر العملية الرئيسية والأهم على الإطلاق للبنك في ممارسته نشاطه البنكي وبالتالي فالتوريق يساعد على الشفافية في سوق المعاملات المالية ، وتحسين تبادل المعلومات ، وكذلك يساعد على تنشيط سوق الأوراق المالية من خلال تعبئة مصادر تمويل جديدة ،كما يساعد على تدفق رؤوس الأموال ويساهم في رفع اقتصاد البلاد .... الخ.

الفرع الثالث : أطراف عملية التوريق وأساليبه.

استنادا إلى تعريف المشرع الجزائري في المادة 02 من القانون 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية ، ومن خلال ما تمت دراسته ، يمكن استخلاص أطراف عملية التوريق واستخراج الآليات المتبعة لنقل ملكية الأصول بداية من المقترض حتى آخر طرف في عملية التوريق .

أولا : أطراف عملية التوريق:

سيتم إدراج أطراف عملية التوريق على التدريج :

1- المقترض (المدين) : ويمكن أن يأخذ اسم العميل ، وهو شخص طبيعي أو معنوي وأول من يحرك عملية الائتمان البنكي بطلبه قرض من البنك أو المؤسسة المالية ، على أن يكون هذا القرض مضمونا برهن عقاري أي في قطاع السكن مثلا ، وقد يكون الغرض من الاقتراض هو مواجهة التعثر المالي أو إعادة الهيكلة (Restructuring)، أو الاستعانة بالأموال المقترضة للوفاء بديون حلَّ تاريخ إستحقاقها، وإحلال دين القرض طويل الأجل محلّ هذه الديون.

2- المؤسسة المتنازلة : وفقا لما جاء في المادة 02 من القانون رقم 06-05 السابقة الذكر ، نجد أن المشرع الجزائري حصر هذه المؤسسات البادئة لعملية التوريق في البنوك والمؤسسات المالية فقط.

3- مؤسسة التوريق : وفي الجزائر يطلق عليها شركة إعادة التمويل الرهني ، وهي مؤسسة تتدخل على مستوى السوق الثانوية ، تم اعتمادها من قبل مجلس النقد والقرض بالقرار رقم 98-01 المؤرخ في 1998/04/06 ، وتتخذ شكل شركة مساهمة ذات طابع اقتصادي ، وتختلف تسمياتها باختلاف التشريعات ، فتسمى بوسيلة ذات غرض خاص SPV ، وتسمى أيضا كيانات إبعاد الإفلاس SPE، ووسيلة الاستثمار المنظمة SIV ، وشركات

الغرض الخاص SPC[1]، وتخضع هذه الشركة (La Société De Refinancement Hypothécaire) SRH إلى النصوص التشريعية والقانونية التالية :

- الأمر رقم 75-59 الصادر في 1975/09/29 المعدل والمتمم بالأمر رقم 93-08 المؤرخ في 1993/04/25 والأمر 96- 27 المؤرخ في 1996/12/09 المتعلق بالقانون التجاري الجريدة الرسمية العدد 27 الصادر في 1993/04/27.
- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض.
- الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتنظيم وتسيير وخوصصة المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي[2].
- المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 1993/05/23 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم بالقانون رقم 03-04 المؤرخ في 2003/02/19[3].

4- المؤتمن المركزي : يعد المؤتمن المركزي عضوا فعالا وطرف مهم جدا في عملية التوريق ، فهو أحد الهيئات التي تتضمنها بورصة القيم المنقولة استنادا إلى نص المادة 03 من المرسوم التشريعي 93-10 المذكور أعلاه ، ومهمته وفقا لنص المادة 19 مكرر 02 من القانون 06-05 هي حفظ الأوراق المالية ومتابعة حركتها وإدارتها وسيرها ، وأيضا مراقبة عمليات التوريق بدقة.

ثانيا: أساليب التوريق:

يقصد بأساليب التوريق المراحل التي تمر بها عملية التوريق وهي 03 مراحل ووفقا للمشرع الجزائري فهي تمر بمرحلتين وأهم مرحلة أخذ بها المشرع الجزائري هي مرحلة التنازل (حوالة الحق).

1- استبدال الدين: يقصد به استبدال الحقوق والأصول بأخرى جديدة أي تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية مع اشتراط موافقة جميع الأطراف[4].

(**1**)- SPV: (Spécial Purpose Vehicle)، SPE: (Bankruptcy-Remote Special Purpose Entity)، SIV: Structured Imeestment Vehicle ، SPC: (Special Purpose corporation)

(**2**)- أ. نعناعة بوحفص جلاب ، " الابتكارات المالية و تفعيل نظام القروض السكنية في الجزائر " ، مجلة الفكر ، العدد5 ،كلية الحقوق ، جامعة سعد حلب ، البليدة ، ص356،357.

(**3**)- "تعد بورصة القيم المنقولة في إطار لتنظيم وسير العمليات فيها فيما يخص القيم المنقولة التي تصدرها الدولة والأشخاص الآخرون من القانون العام والشركات ذات الأسهم " ، انظر المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-10 التي يستنتج منها أن الدولة تشجع البنوك على الدخول في عمليات واسعة لمنح القروض العقارية وتوفير الضمانات الكافية لهذه القروض.

(**4**)- سفيان زغيدي ، المرجع السابق ، ص92.

2- المشاركة الجزئية : هي ثاني أسلوب معتمد عليه لسير عملية التوريق ، حيث تتم هذه العملية بقيام البنك الأصلي بتقديم مبلغ من المال للبنك المتخصص في شراء الأموال وتمويلها مقابل سندات مديونية على أن يسترد البنك الأصلي أمواله وفوائده عندما يحين موعد الوفاء ، وفي هذا الإطار لا يملك البنك الأصلي (بائع الدين) حق الرجوع على مؤسسة التوريق (البنك المتخصص) [1] ، كما لا يتحمل أي مسؤولية إذا عجز المدين عن التسديد .

3- التنازل : أخذ المشرع الجزائري بهذا الأسلوب وأورد له فصلا كاملا بعنوان " التنازل عن القروض الرهنية" في القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية ، حيث يتم التنازل عن هذه القروض حسب نص المادة 14 من نفس القانون بتسليم جدول خاص بالتنازل يتضمن مجموعة من البيانات من تسمية عقد التنازل وتعين الأطراف وبيان مبلغ التوريق ....الخ[2].

أما بالنسبة لمؤسسة التوريق SRH فتحل محل البنك وتقوم بضمان القروض وضماناتها ، وبالتالي فإن عملية التوريق هذه تعد ضمان للقرض وحماية له في نفس الوقت من مخاطر الائتمان.

المطلب الثاني : الضمان المالي كآلية لضمان القروض البنكية.

يعد الضمان المالي وسيلة لضمان القروض المخصصة للاستثمار ، وسيتم دراسته ولكن بصفة جزئية نظرا لأنه موضوع واسع ومتشعب ، الفرع الأول يتمحور حول مفهوم الضمان المالي والفرع الثاني يتضمن مراحل طلب الضمان المالي والفرع الثالث انقضاء عقد الضمان المالي.

الفرع الأول : مفهوم الضمان المالي:

في هذا الفرع سيتم التطرق إلى تعريف الضمان المالي ، خصائصه وأطرافه.

أولا : تعريف الضمان المالي:

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للضمان المالي لكن استنادا إلى المرسوم التنفيذي رقم 02-373 المؤرخ في 2002/11/11، المتعلق بإنشاء صندوق الضمان للقروض الصغيرة والمتوسطة [3] ، يمكن استخلاص تعريف للضمان المالي.

(1)- د.حسين فتحي عثمان ، المرجع السابق ،ص16.

(2)- القانون رقم 06-05 ، يتضمن توريق القروض الرهنية.

(3)- المرسوم التنفيذي رقم 02 / 373 ، المؤرخ في 2002/11/11 ، المتعلق بإنشاء صندوق الضمان للقروض الصغيرة والمتوسطة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 74.

فالضمان المالي عبارة عن وسيلة يتم منحها من قبل مؤسسات الضمان المالي باعتباره هيئة أُسندت لها مهمة منح هذا الضمان للقروض أو للمستفيد من القرض ، ويحمي هذا الضمان القروض المخصصة للاستثمار ، ومن خلال ما سبق تظهر خصائص الضمان المالي متمثلة في :

1- الضمان المالي عبارة عن التزام ما بين البنك ومؤسسات الضمان للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بموجبه يلتزم البنك بتعويض المؤسسة إذ أخل المقترض بتنفيذ التزامه.
2- أن هذا الضمان مخصص للمشاريع الاستثمارية فقط.
3- أن مؤسسات الضمان المالي تعتبر مؤسسات متخصصة قانونا في منح الضمان.
4- الضمان المالي أداة ائتمان ويعتبر وسيلة موثوق فيها من قبل البنوك .
5- الضمان المالي له الأولوية في استيفاء الحقوق على باقي الضمانات المذكورة مسبقا.

ثانيا : أطراف الضمان المالي:

هذه الأطراف لها دور فعال في عملية الضمان هي :

1- **المؤسسات الصغيرة و المتوسطة :**

هي المؤسسات التي صدر الضمان لصالحها ونظرا للتطور الحاصل في الاقتصاد الوطني ، صعب إيجاد تعريف جامع مانع لهذا النوع من المؤسسات ، فالبعض يعتمد على معيار الحجم لعدد العمال والبعض الآخر يعتمد على رأس المال[1] ، ولذلك نجد بعض التعريفات متناقضة من دولة إلى أخرى لكن ما يهم في الموضوع هو رأي المشرع الجزائري في هذه المؤسسات :

عرف المشرع الجزائري المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على أنها مؤسسات لإنتاج السلع و/أو الخدمات تشغل من 01 إلى 250 شخص ، كما لا يتجاوز رقم أعمالها02 مليار دينار أو لا تتجاوز مجموع حصيلتها السنوية 500 مليون دينار [2].

ويتلخص تعريف المشرع وفقا للجدول التالي[3] :

(**1**)– أ.أيت عيسى ، "المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في فالجزائر–أفاق و قيود–"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد 06 ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، ص03.

(**2**)– القانون رقم 01–18 المؤرخ في 2001/12/12 ، المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 77 ، المادة 04.

(**3**)– علي عبد الله العرادي ، " ملف بشان المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (دراسات و قوانين)" ، قسم البحوث والدراسات ، إدارة شؤون اللجان والبحوث ،2012 ، ص28.

الصنف	عدد الأُجراء	رقم الأعمال	مجموع الميزانية السنوي
مؤسسات مصغرة	9-1	أقل من 20 مليون دج	أقل من 10 مليون دج
مؤسسات صغيرة	49-10	أقل من 200 مليون دج	أقل من 100 مليون دج
مؤسسات متوسطة	250-50	من 200 مليون دج إلى 2 مليار دج	من 100 مليون دج إلى 500مليون دج

1- **البنك باعتباره المستفيد من الضمان :**

البنك هو مؤسسة تتعامل بالأموال والودائع بهدف تحقيق الربح والسيولة النقدية ، ويعرف كذلك بأنه منشأة مالية تتاجر بالنقود ولها غرض رئيسي هو العمل كوسيط بين رؤوس الأموال التي تسعى للبحث عن مجالات الاستثمار[1]

أما قانونا فظهر مصطلح البنوك في الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض في المادة 83 التي تنص[2] على : "البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العماليات المبينة في المواد 66 إلى 68 أعلاه بصفة مهنتها العادية " ، من خلال المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يُعرف مصطلح البنك وإنما أشار إلى كيفية تأسيسه وسيره.

2- **الهيئات المتخصصة في منح القروض:**

أ- **صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة " FGAR" :**

أنشئ صندوق ضمان القروض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-373 المتعلق بإنشاء صندوق الضمان للقرض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، الذي يعتبر من أهم الأدوات المالية المتخصصة لفائدة هذه المؤسسات التي تعالج مشاكل المؤسسات والمتمثلة في منح الضمانات الضرورية للحصول على القروض البنكية، ومن مهام هذا الصندوق :

- التدخل في منح الضمان لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة .
- تسيير الموارد الموضوعة تحت تصرفه ، وفقا للتشريع المعمول به.
- إقرار أهلية المشاريع والضمانات المطلوبة.
- متابعة المخاطر الناجمة عن منح ضمان الصندوق.
- تقديم الاستشارة والمساعدة لفائدة المؤسسات[3].

(1)- دليل المحاسبين ، محاسبة البنوك ، منشور على الموقع ، www.jps.com / www.jps-dir.org / www.jps-dir.net

(2)- الأمر رقم 03 – 11 ، المتعلق بالنقد والقرض.

(3) – غفال إلياس ، كريمة حبيب ، عادل زقرير ، "دور صندوق الضمان القروض في إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر – محور المؤسسات الصغيرة و المتوسطة" ، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي تعده جامعة الوادي ، الموسوم بعنوان : واقع وأفاق النظام المحاسبي المالي في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر ، يومي 06/05 ماي 2013 ، ص03.

كما يتميز الصندوق بمزايا معينة منها :

– طريقة منحه للضمانات و في تغطيته للقروض التي يمكن أن تستفيد منها هذه الضمانات ،كان تكون المؤسسات المستفيدة من ضمان الصندوق قد استوفت المعايير الأهلية للقروض البنكية.

– بالنسبة لنوع القرض لابد أن يكون من قروض الاستثمار ويقدم فقط للمؤسسات المنخرطة في الصندوق.

– مدة ضمان القروض محدد ب 7 سنوات على الأكثر كتقدير مقارب.

– في حالة عدم قدرة المؤسسة على تسديد المبلغ المقترض في ميعاد الاستحقاق يقوم الصندوق بتعويض البنك حسب نسبة الضمان المتفق عليها مسبقا[1].

ب- صندوق ضمان قروض الاستثمار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة" CGCI":

أنشأ الصندوق الوطني لضمان قروض الاستثمار بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المحدد لهياكل الصندوق[2] ، وتم تدعيم الصندوق برأس مال اجتماعي قيمته 30 مليار دينار جزائري وخاضع للاكتتاب بمبلغ 20مليار دينار جزائري، ويسير 60 بالمائة منه من طرف الخزينة العمومية و40 بالمائة من طرف البنك الوطني الجزائري ، بنك الجزائر الخارجي، القرض الشعبي الجزائري ، بنك التنمية المحلية ، وهو يسمح لكل البنوك ومؤسسات القرض للمساهمة في رأس مال الصندوق ، ومن مهام هذا الصندوق:

– تقديم الضمانات للبنوك ومؤسسات القرض لتعويض القروض البنكية التي تقدمها للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة لتمويل كل استثماراتها للإنتاج والخدمات الرامية إلى خلق وتوسيع أو تجديد أجهزة الشركة وهذا في حالة العجز عن تسديد الديون.

– ضمان تسديد القروض البنكية التي تستفيد منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لتمويل الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات المتعلقة بإنشاء تجهيزات للمؤسسات وتوسيعها.

– تستفيد من ضمان الصندوق القروض الممنوحة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة من طرف البنوك والمؤسسات المالية المساهمة في الصندوق.

– لا يستفيد من الضمان القروض المنجزة في قطاع الفلاحة والقروض الخاصة بالنشاطات التجارية وكذا القروض الموجهة للاستهلاك.

(1)- غفال إلياس وآخرون ، المرجع السابق ، ص04.

(2)- المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المؤرخ في2004/04/19 ، المتضمن هياكل الصندوق الوطني لضمان القروض ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 27.

الفرع الثاني : مراحل طلب الضمان المالي.

يمر الضمان المالي باعتباره آلية لضمان القروض البنكية بعدة مراحل وذلك وفقا لنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المتضمن القانون الأساسي لضمان قروض الاستثمار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، وفقا للاتفاقية الموقعة بين البنوك والمؤسسات المالية والصندوق لتحديد مراحل سير العمل والقواعد المنظمة لمنح الضمان وتطبيقه وأهم هذه المراحل هي :

أولا : مرحلة إنشاء الضمان المالي:

1. يختلف هذا الإجراء بالنسبة لصندوق ضمان قروض الاستثمار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة (CGCI) وصندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة (FGAR) ، فالأولى لها الحق في الخيار بالتوجه إلى صندوق المصرف مباشرة والثاني (CGCI) فالمصرف هو الذي يقوم بإجراء الضمان.
2. يجب أن يرسل طلب الضمان إلى الصندوق خلال 30 يوم من قرار منح القرض .
3. عند وصول طلب الضمان لابد للصندوق بإبلاغ البنك إذا ما كان موافقا على منحه الضمان أولا.

ثانيا : مرحلة تسيير الضمان المالي:

وفيها يخضع الضمان إلى الشروط والأحكام الواردة في اتفاقية القرض وطلب الضمان ، ويبدأ سريان ضمان الصندوق اعتبارا من تاريخ تعبئة القرض في مجال القرض والاستثمار وبداية استعمال العتاد بالنسبة لعملية الاعتماد الايجاري ، وينتهي بسداد مبلغ القرض ، وفقا لنص المادة من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه يتضح أن الضمان المالي مرتبط ارتباطا وثيقا بعقد القرض الاستثماري.

ثالثا : مرحلة التنفيذ:

وفي هذه المرحلة ينقضي عقد القرض الاستثماري للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، وذلك أنه عند تنفيذ الضمان يعتبر العقد نافذا وبالتالي ينقضي بانتهاء المدة المحددة للضمان ، أو بالفسخ أو إذا شاب العقد عيب من عيوب الإرادة أو نقص في الأهلية.

الفرع الثالث : انقضاء عقد الضمان المالي.

ككافة العقود التجارية ينقضي عقد الضمان المالي بانتهاء مدته والمتفق عليها في العقد ، كما ينتهي كما اشرنا سابقا بانتهاء عقد ضمان الاستثمار كونهما عبارة عن عقدين مرتبطين ، وبالتالي وبانقضاء عقد الضمان المالي يبقى على الأطراف تسوية الأمور المتبقية والتي نتجت عن هذا العقد .

المبحث الثاني : الضمانات المستحدثة المشتقة من الضمانات الكلاسيكية.

بعد دراسة الضمانات الكلاسيكية من كفالة وضمان احتياطي ورهن رسمي وحيازي ، وفي إطار الإصلاحات التي عرفتها الجزائر سنة 1988من إعادة هيكلة المؤسسات الوطنية ، وصدور مجموعة من القوانين التي ساهمت في استحداث ضمانات جديدة متمثلة في تأمين القرض وشرط نقل الملكية المشتقات من الضمانات الكلاسيكية.

المطلب الأول : تأمين القرض كضمان للقروض البنكية.

في هذا المطلب سيتم دراسة مفهوم تأمين القرض في الفرع الأول ، الطبيعة القانونية لتأمين القرض في الفرع الثاني وانقضاء عقد تأمين القرض في الفرع الثالث.

الفرع الأول : مفهوم تأمين القرض.

في هذا الفرع ستتم معالجة تعريف تأمين القرض ، المبادئ التي يقوم عليها وأهميته.

أولا : تعريف تأمين القرض:

تأمين القرض اسم مركب من كلمتين التأمين والقرض ، ولمعرفة المقصود من تأمين القرض لابد من شرح المصطلحين منفصلين ، فالتأمين[1] لغة يعني الأمن وهو طمأنينة النفس وزوال الخوف ، أما اصطلاحا وفي المصطلح المالي الذي يهمنا أكثر في موضوعنا فمعناه "إعطاء الأمن ' ذلك أن التأمين هو نشاط تجاري غرضه أن يحصل تأمين الأفراد والشركات من بعض يخافون من المكاره مقابل عوض مالي فهو معنى جديد وإن كان اشتقاقا صحيحا من كلمة"أمن "[2].

أما مصطلح القرض وهو أهم كلمة في الموضوع نظرًا لأن موضوع البحث هو ضمان القروض البنكية فيقصد به الائتمان والاعتماد والتسليف وقد عرفته المادة 68 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض : "يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر ،كل عمل لقاء عوض يصنع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص أخر..." وعرفته المادة 450 من ق.م.ج على أنه : " قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى

([1])- التأمين موضوع قديم ،ويدعي البعض أنه وُجِد أيام الإغريق ، إذ كان المحاربون عندئذ يجتمعون للمساهمة بأقساط في صندوق يقوم بتعويض أسرة الجندي القتيل ، وكذلك عند الفنيقين عرفوا التأمين البحري أما في أوروبا فهو موجود منذ ستة قرون في مدينة فلاندرز الايطالية ، أما في الجزائر صدر أول قانون متعلق بالتأمينات سنة 1995 وهو القانون 95-107 المؤرخ في 25 جانفي 1995 ثم صدر القانون 63-201 المؤرخ في 08 جوان 1963 المتعلق بالالتزامات والضمانات المطلوبة من مؤسسات التأمين التي تمارس نشاطها بالجزائر ثم جاء الأمر 66-127 المؤرخ في 27 ماي 1966 والمتضمن إنشاء احتكار الدولة لعمليات التأمين ، ثم القانون 80-07 والمتعلق بالتأمينات .

(**2**)- د.عز الدين فراح ، التأمين –مبادئه و أنواعه- ، دار أسامة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ص06..

المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة [1].

نظرا للتعريفات المذكورة أعلاه للتأمين والقرض ونظرا لكثرة المعاملات التجارية والاقتصادية والبنكية وأيضا لمدى ترابط الكلمتين (التأمين والقرض) ،كان لابد من اعتبار التأمين على القرض ضمان للقروض البنكية وهو يعد من أهم الضمانات التي تساعد على منح الائتمان والثقة وتحقيق السيولة المالية للأطراف المتعاقدة . ويختلف الفقهاء في إعطاء تعريف شامل للتأمين على القرض ، فمنهم من يعرفه على أنه : " تأمين القرض وسيلة من بين الوسائل المتخذة من طرف المؤسسة التي تقوم بعملية بيع ، حيث تؤمن خطر عجز زبونها"[2] ، ومنهم من يعرفه على أنه : " النظام الذي يسمح للدائنين مقابل قسط يدفعونه للمؤمن من التغطية ضد خطر عدم دفع الديون المستحقة على أشخاص معروفة مبدئيا والموجودة في حالة خلل الدفع " . ويعرف أيضا:"تأمين القرض هو عقد يتم بين دائن ومؤمن بموجبه يتعهد المؤمن مقابل أقساط يتسلمها على تعويض الدائن من الخسارة التي يمكن أن تصيبه من جراء عدم تحصيل ديونه أو إعسار مدينيه[3].

من خلال التعاريف المذكورة يمكن استنتاج أن التأمين على القرض هو وسيلة لضمان القرض ، يلجأ إليها البنك أو المؤسسة المالية بالتعاقد مع المؤمن والشركة المؤمنة ، حيث تتعهد هذه الأخيرة بالضمان أو التعويض في حالة إعسار المقترض أو عدم وفائه للقرض وذلك كله مقابل أقساط يتسلمها البنك.

كما لابد من الإشارة أن هذه التعاريف تتعلق بالتأمين الداخلي على القرض نظرا لأن التأمين على القرض الخارجي يخضع لأحكام ووسائل مختلفة تختلف باختلاف القروض.

في الجزائر يخضع هذا النوع من الضمانات إلى الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات السابق ذكره ، ويعتبر الأمر رقم 96-06 المتعلق بعمليات القرض عند التصدير[4] هو التنظيم الفعلي لهذا التأمين ،وذلك لكي لا يختلط التأمين العام الوارد في القواعد العامة كالقانون المدني مع تأمين القرض الخاص.

---

(1)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(2)- Lexique de gestion , dallez , 3eme édition , 2000 , P102 .'' L 'assurance crédit est une des moyens par lesquels une entreprise qui vend , s ' assure contre le risque de défaillance de son client''.

(3)- كمال شميل ، التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية (العينية والخاصة) ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2008-2009 ، ص133،134.

(4)- الأمر رقم 96- 06 ، المؤرخ في 01/01/ 1996 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 03 ، المادة 5،6،7.

وتأمين القرض محور الدارسة يتفرع إلى أشكال عديدة من بينها تأمين القرض عند التصدير المذكور أعلاه الخاضع للأمر رقم 96-06 ، وهناك تأمين الكفالة والذي يكتتب من طرف المدين ويقدم كضمان للدائن ، وكذلك نجد تأمين الضمان الاحتياطي الذي يختلف عن الضمان الاحتياطي (ضمان الأوراق المالية) المذكور كضمان للقروض البنكية .... الخ .

ثانيا : المبادئ الأساسية التي يقوم عليها تأمين القرض:

يقوم نظام التأمين على القرض على عدة مبادئ أهمها :

1- الشيء المضمون :

والمقصود به القروض الممنوحة من طرف البنوك والقروض التي يمنحها الأشخاص فيما بينهم بمناسبة عمليات تجارية ، فهذا التأمين يمس القروض الممنوحة بغض النظر عن مقدمها وبالتالي فتأمين القرض هو ضمان للقرض في حد ذاته.

2 – الخطر التجاري :

لابد من وجود خطر عادي قد يمس القرض وبالتالي يكون موضوع تأمين القرض ، وتسمى هذه الأخطار بالأخطار التجارية وهي مذكورة في المادة 05 من الأمر 96-09 :" يتحقق الخطر التجاري عند ما لا يفي المشتري بدينه..."[1]، والمقصود به هنا هو عدم قيام المقترض بدفع دينه أو الإعسار عن الدفع.

3- المصلحة في التأمين على القرض :

والمقصود بالمصلحة هنا المصلحة الاقتصادية أي المتمثلة في قيمة مالية ، والتي بموجبها أدى بطالب التأمين إلى تأمين قرضه خوفا من عدم استيفاءه ، والمشرع الجزائري اشترط في المصلحة أن تكون مشروعة أي غير مخالفة للنظام العام الآداب العامة [2].

ثالثا : أهمية التأمين على القرض:

تظهر أهمية تأمين القرض في الدور الفعال الذي يلعبه هذا التأمين في ضمان القروض البنكية نظرا أن هذا التأمين لا يعد عملية بنكية بحتة ، وإنما هو عملية تقنية تقوم به المؤسسات وشركات خاصة بالتأمين على القروض

(1)- الأمر رقم 96- 06 ،المتعلق بتأمين القرض عند التصدير.

(2)- القانون رقم 95-07 ، المؤرخ في 01/25/ 1995 ، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 13 ، المادة 29.

لديها موافقة وزارية قبل ممارستها لنشاط التأمين ، وبالتالي فالتأمين على القروض البنكية أو تأمين القرض له أهمية كبيرة في مجال الائتمان البنكي ويعد أهم ضمان للقروض .

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتأمين القرض.

إن سكوت المشرع الجزائري في النصوص القانونية المتعلقة بالتأمينات حول طبيعة تأمين القرض ضمن تصنيف التأمينات ، ومن خلال الغموض الذي يراود هذا النوع من الضمانات انقسم الفقهاء إلى فريقين :

أولا : الفريق الأول :

ذهب رأي من الفقه في هذا الفريق إلى اعتبار تأمين القرض مجرد نشاط من اختصاص المؤسسات المالية ، لاسيما البنوك ، واستندوا في ذلك إلى مجموعة من الحجج أهمها :

1- أن المؤَمِن في تأمين القرض يدفع مبلغ التعويض عندما لا يتوقف المدين عن دفع الدين في أجل الاستحقاق ، وهذا يتعارض مع المبدأ الأساسي للتأمينات ألا وهو دفع التعويض عند تحقق الكارثة.
2- أنه لو أدرج تأمين القرض ضمن قانون التأمينات[1]، لكان ذلك عائقا لعمليات التأمين على القرض الذي يغطي الأخطار التي يُحتمل أن تقع.

ثانيا : الفريق الثاني :

يرى أنصار هذا الرأي أن تأمين القرض يعتبر عقدا تأمينيا كبقية عقود التأمين الأخرى ، واستندوا في ذلك إلى:
1- أن عقد تأمين القرض يتميز بنفس الخصائص التي يتميز بها عقد التأمين المعروف .
2- أن فكرة الخطر والضرر تنشأ بمجرد توقف المقترض عن دفع ديونه [2].

كما يرون أنه لو أخضعنا هذا العقد (عقد تأمين القرض) إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري ، لقللنا نسبة تعرض وقوعه في التعسف من طرف شركات التأمين .

من خلال ما سبق وبالنظر إلى رأي الفقهاء حول هذا العقد ، نجد أن تأمين القرض عبارة عن عقد مبرم بين المؤمن وشركة التأمين وأيضا هو عبارة عن عملية تأمينية واتفاقية (une convention) بين المؤمن والمؤمن له ، يخضع بموجب هذه الاتفاقية وهذا العقد إلى أحكام القوانين المتعلقة بالتأمينات .

(1)- نورة فضيل ، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2003-2004 ، ص22،23.

(2)-رحيمة شلغوم ، المرجع السابق ، ص127.

الفرع الثالث : انقضاء عقد تأمين القرض.

ينقضي عقد تأمين القرض بانقضاء مدة العقد أو بفسخه أو بتقادم دعواه ، وذلك طبقا للقواعد العامة[1] ، وللأطراف كامل الحرية في تحديد مدة العقد التي تكون ملزمة لكافة الأطراف ولا يجوز مخالفتها ، ولكن ووفقا للمادة 10 من الأمر المتعلق بالتأمينات [2] فإنه يمكن فسخ العقد قبل المدة المحددة.

المطلب الثاني : شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان للقروض البنكية.

بعد ما تمت دراسة الضمانات الشخصية في المبحث الأول من الفصل الأول ، تم التوصل إلى أن هناك صعوبات تواجه تلك الضمانات كونها قديمة ولم تواكب التطورات الحاصلة ، مما أدى إلى استحداث ضمانات أخرى تتمثل في استعمال حق الملكية كضمان ، وتم تقسم هذا المطلب إلى مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية في الفرع الأول، التكييف القانوني لشرط الاحتفاظ بالملكية في الفرع الثاني ، الاعتماد الايجاري كصورة لشرط الاحتفاظ بالملكية في الفرع الثالث وموقف المشرع الجزائري من استعمال حق الملكية كضمان في الفرع الرابع.

الفرع الأول : مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان.

نظم المشرع الجزائري حق الملكية في الباب الأول في الكتاب الثالث بعنوان " الحقوق العينية التبعية " ضمن نصوص الق.م.ج.

أولا : تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان:

عرفت المادة 674 ق.م.ج حق الملكية :" الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة "[3] . ونجد هذا النوع من الحقوق عادة في عقد البيع ، الذي ينعقد بالشروط الموجودة عادة في أي عقد من تراضي وأهلية ومحل وسبب ، وعرفها البعض (شرط الاحتفاظ بالملكية) على أنها : " عبارة عن بند يمكن إدراجه داخل عقد البيع يتم من خلاله احتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يتم الوفاء بثمنه كاملا عادة ما يحدث ذلك في البيع المؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط[4].

(**1**)– للمزيد من المعلومات أنظر إلى : المواد 625، 621 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني.

(**2**)– المادة 10 من الأمر المتعلق بالتأمينات : " مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتأمين على الأشخاص يجوز للمؤمن له في العقود التي تفوق مدتها 3 سنوات أن يطلب فسخ العقد كل 3 سنوات عن طريق إشعار مسبق بثلاث سنوات".

(**3**)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(**4**)– نوال قحموس يامي ، عقد الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2012-2013، ص36.

وفقا للتعريف فإن شرط الاحتفاظ بالملكية عبارة عن اتفاقية تهدف إلى نقل الملكية المؤجلة إذا لم يقم المقترض بدفع ديونه أو إذا عجز عن دفعها وبالتالي فهي ضمان ضد الإعسار والإفلاس.

ثانيا : شروط الاحتفاظ بالملكية كضمان:

يمكن استخلاص أربع صور لشروط الاحتفاظ بالملكية نذكر منها :

1. **شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط** : يعتبر هذا الشرط من أقدم صور شرط الاحتفاظ بالملكية ، وهو يقتصر فقط على احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين وفاء المشتري بالثمن.
2. **شرط الاحتفاظ بالملكية الموسع** : يستخدم هذا الشرط لضمان جميع المعاملات التي تتم بين البائع والمشتري وهذا الشرط يسري حتى يتم الوفاء بجميع القوانين المسحوبة باسم المشتري.
3. **شرط الاحتفاظ بالملكية المتغير** : في هذه الحالة يحتفظ المالك بالملكية للشيء قبل تحوله .
4. **شرط الاحتفاظ بالملكية المستمر** : هذا الشرط يكون باتفاق بين البائع والمشتري على الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن كله في حالة ما قام المشتري ببيع المال المحتفظ به ، وهذا الشرط نادرا ما يتم العمل به[1] .

الفرع الثاني : التكييف القانوني لشرط الاحتفاظ بالملكية كضمان.

اختلفت الاتجاهات الفقهية حول تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية فمنهم من يرى بأنه بيع معلق على شرط واقف ، ومنهم من يري بأنه بيع مضاف لأجل واقف ، أو بأنه بيع يعلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن أو أنه معلق على شرط فاسخ. وبالرجوع إلى رأي المشرع الجزائري حول هذا الأمر كان لابد من الرجوع إلى نصوص المواد من ق.م.ج وبالذات في المادة 363 منه[2] ، التي يستخلص منها أن المشرع اعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف هو تسديد كامل الثمن المتفق عليه.

الفرع الثالث : الاعتماد الايجاري كصورة لشرط الاحتفاظ بالملكية:

يعتبر الاعتماد الايجاري وسيلة حديثة نسبيا لتمويل المشاريع والاستثمارات في مجال الاقتصادي ، ومن العقود الجديدة التي ظهرت مؤخرا ، ويطلق عليه بعدة تسميات منها الإيجار التمويلي ، والائتمان الايجاري ، القرض الايجاري .... وغيرها ، ولكن المشرع الجزائري أخذ بتسمية الاعتماد الإيجاري وذلك بوضع أول أمر متعلق بالاعتماد الايجاري 96-01[3].

(**1**)– نوال قحموس يامي ، المرجع السابق ، ص 38،39.

(**2**)– الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

(**3**)– القانون رقم 96- 09 ، المؤرخ في 01/10/ 1996 ، المتعلق بالاعتماد الايجاري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 03 .

أولا : تعريف الاعتماد الإيجاري:

عرفه المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المذكور أعلاه بأنه : " يعتبر الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية ومالية

- يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة ، مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين والأجانب ، أشخاصا طبيعيين كانوا أم معنويين تابعيين للقانون العام أو الخاص.
- تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أولا حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر .
- وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية"

وعرفه أيضا بأنه : " عبارة عن عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأصول المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه ، أو استعمالها " [1]

من خلال التعريف يمكن استخلاص مجموعة من الخصائص التي تميز عقد الاعتماد الايجاري عن غيره من العقود، كما يوضح المزايا التي يمنحها لأطرافه:

1. **خصائص عقد الاعتماد الايجاري:**

يمكن إدراج هذه الخصائص على الترتيب كالآتي:

- عقد التأجير التمويلي من وسائل تمويل الاستثمارات.
- عقد التأجير التمويلي عقد غير قابل للفسخ من جهة المستأجر.
- يمنح عقد التأجير التمويلي 03 خيارات للمستأجر في نهاية مدة الإيجار .
- يقوم عقد التأجير التمويلي على الاعتبار الشخصي.
- يعتبر عقد التأجير التمويلي أداة قانونية لخدمة حاجة اقتصادية.

2. **مزايا عقد الاعتماد الايجاري:**

يتمتع هذا العقد بعدة مزايا تجعله يتفوق على طرق التمويل التقليدي وتتحقق هذه المزايا للمستأجر ولشركة التأجير التمويلي التي حصرها المشرع في البنوك أو المؤسسات الحاصلة على ترخيص بالتأجير وكذا المؤجر والمنتج وستتم معالجة المزايا كالآتي:

أ. **المزايا التي تتحقق للمستأجر:**

يمكن للمستأجر واعتمادا على الاعتماد الايجاري الحصول على تمويل يغطي الاستثمار بالكامل دون أن يتكلف بأي نفقات سابقة على حيازة الأموال المؤجرة ، كما يفعل المقترض من البنوك والذي تشترط عليه تقديم ضمان كافي ، كما وأن البنك لا يمنحه القرض المطلوب بالقيمة الكاملة للضمان المقدم[2].

(1)– القانون رقم 96- 09 ، المتعلق بالاعتماد الايجاري ، المادة 01-09.

(2)- م. زياد أبو حصوه ، عقد التأجير التمويلي ، دار الوراق للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ، ص67.

كما يمكن للمستأجر أن يحدد بنفسه المواصفات الفنية للآلات والمعدات والأجهزة التي يحتاج إليها ويستطيع تجديد أصوله الإنتاجية بشكل مستمر، وعملية التأجير هذه بالنسبة إليه تكون أقل تكلفة اقتصادية من شراء الأصل الإنتاجي نفسه.

ب. المزايا التي تحقق للمنتج:

يعبر التأجير التمويلي بالنسبة للمنتج وسيلة بديلة للبيع بالتقسيط إذ أن البائع يسعى إلى زيادة مبيعاته وقبض الثمن منا فورا، كما أن المنتج الذي يحترف عملية إيجار المعدات والآليات يستطيع أن يلجأ إلى شركات الاعتماد الايجاري خصوصا إذا كان يخشى بقاء المعدات لديه لفترة طويلة ، وخوفا أيضا من تعرضه للضرر[1].

ت. المزايا التي تتحقق للاقتصاد الوطني:

إن عملية التأجير التمويلي تؤدي إلى دفع عجلة التنمية الاقتصادية ، ويحسن من ميزانية الدولة ويزيد من التدفقات المالية على خزينتها خاصة إذا كان المؤجر أجنبيا.

ثانيا : أطراف عقد الاعتماد الإيجاري:

من خلال التعريف يتضح أن الاعتماد الإيجاري يقوم على ثلاث أطراف :

1- المستأجر (العميل) : والذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا مهمته محاولة تطوير منتجاته الإنتاجية ، ويحتاج إلى رأس مال،

2- المؤجر (البنك) : وحصره المشرع الجزائري في البنوك والمؤسسات المالية أو شركات الاعتماد الإيجاري المؤهلة قانونا بمنح الاعتماد وذلك من طرف مجلس النقد والقرض[2] .

3- المورد : و هو الشخص الذي يتلقى منه المؤجر السلع محل العقد.

ثالثا : مزايا الاعتماد الإيجاري كصورة لشرط الاحتفاظ بالملكية كضمان:

1- يعتبر الاعتماد عملية من عمليات القرض التي تقوم بها البنوك [3]، وبالتالي فهو يعتبر ضمان للقرض.

2- بقاء البنك مالكا للأصول إلى حين استعمال المستأجر (المقترض) لحقه في خيار الشراء .

3- المبالغ المقدمة من المستأجر والتي تكون على أقساط للدين الإجمالي توفر سيولة للبنك يستفاد منها .

4- التمتع بالمزايا الضريبية والجمركية والجبائية وذلك طوال مدة القرض .

(1) ــ م. زياد ابو حصوه ، المرجع السابق ، ص 77،78.

(2)- القانون رقم 96- 09 ، المتعلق بالاعتماد الايجاري ، المادة 03.

(3)-القانون رقم 90- 10 ، المتعلق بالنقد و القرض ، المادة 112.

رابعا: دور الملكية في الاعتماد الايجاري:

بما أن شركة الاعتماد الايجاري تقوم بتحديد مدة العقد بمدة غير قابلة للإلغاء إلا باتفاق الطرفين ، حتى تسمح لها باسترداد ثمن شراء الأصل المؤجر وتكاليف إتمام الصفقة وغيرها ، من خلال القيمة الايجارية التي يلتزم المستأجر بدفعها طوال مدة عقد الإيجار ، أي بمعنى أن الشركة المؤجرة تحتفظ بملكيتها للأصل الإنتاجي المؤجر طوال مدة عقد الإيجار كضمان ضد مخاطر إفلاس المستأجر، حيث أن حق الملكية بالنسبة للشركة المؤجرة هو أقوى الضمانات التي تحصل عليها في حالة الإعسار أو عدم الدفع[1].

الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من استعمال حق الملكية كضمان.

يلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بهذا الحق في بعض جوانبه ، ويظهر ذلك في حلول البنك محل البائع في استعمال حق الملكية الذي يفترض وجود اتفاق سابق بينه وبين الموفي في الحلول محله ، وذلك وفقا للمادة (264 ق.م.ج) [2] ، ولكن ما يعاب على هذا الأمر أن المشرع بهذا المعنى يضيق من نطاق التأمينات ، مما أدى إلى عدم رواجها في المعاملات البنكية ويرجع ذلك لحداثتها وصعوبة العمل بها والتعقيد الموجود فيها.

(1)_ د. نجوى إبراهيم البدالي ، عقد الإيجار التمويلي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 202.

(2)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

ملخص الفصل الثاني:

من خلال ما سبق يتضح أن التوريق والضمان المالي باعتبارهما آليات لضمان القروض البنكية يعتبران ضمانات مستحدثة لقروض محددة ، وهي تعتبر كذلك ضمانات فعالة تحمي البنك من مخاطر الاعسار والإفلاس الذي يتعرض لهما البنك إذا لم يسدد المقترض الدين.

وكذلك يستخلص أنه وبالرغم من أن الضمانات الكلاسيكية تعد تقليدية نوعا ما إلا أنه وباستحداث ضمانات جديدة تساعد على توفير السيولة والائتمان والضمان للقروض والبنوك ، إلا أنه لا يمكن الاستغناء عن الضمانات التقليدية سواء الشخصية أو العينية لأن الكل مترابط ضمن المنظومة البنكية ، ومثال ذلك تأمين القرض و شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان المشتقان من الضمانات الكلاسيكية.

الخاتمة

الخاتمة

يتضح من خلال الدراسة السابقة أنه بالرغم من الجهود المبذولة والمكرسة لترقية البنوك ومنح القروض وتوفير السيولة ورفع اقتصاد الوطن وتشجيع الاستثمار في شتى المجالات ، وذلك بمنح كل الضمانات اللازمة لتوفير سير ملائم للمعاملات البنكية ، إلا أن حجم هذه الضمانات المسجلة في البنوك لم تكن تتناسب مع حجم القروض الممنوحة خاصة وأن المنظومة البنكية في تطور مستمر وبالخصوص في المعاملات الأجنبية التي تستولي على معظم الاستثمارات إذ لم نقل الكل ، وحتى وبعد أن استحدث المشرع الجزائري ضمانات جديدة ، إلا أنه يلاحظ أن العمل بها غير مكتمل فقد يرجع ذلك إلى نقص المعرفة أو نقص في الإمكانيات،وبعد هذه الرحلة في كتب الفقه والقوانين تم تسجيل النقاط التالية:

1- أن البنك لا يستطيع التخلي عن الضمانات التقليدية حتى ولو تم استحداث العديد من الضمانات المجددة؛

2- أن الكفالة باعتبارها ضمان للقروض القصيرة الأجل ، لا يختلف تنظيمها عن الكفالة العادية ، غير أن المشرع يُعاب عليه في موضوع الكفالة عند حصره إثباتها بالكتابة وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة المطبقة على البنك كونه يعتبر تاجرا ، وتتسم قواعده بحرية الإثبات؛

3- أن الضمان المالي يعتبر وسيلة فعالة لضمان القروض البنكية وهو يعتبر شكل من أشكال الكفالة غير أنه يرد على الأوراق التجارية؛

4- أن القروض الطويلة أو المتوسطة الأجل تكون معرضة أكثر من غيرها لخطر الإعسار وعدم الدفع وغيرها من الأخطار ، مما يستوجب تقديم ضمانات أكثر فعالية من الضمانات الشخصية هي الضمانات العينية متمثلة في الرهن الرسمي والحيازي؛

5- أنه وإثر التطور الحاصل في التجارة والاستثمار والاقتصاد وكثرة السكان والبناء والتعمير ، كان لابد للمشرع وضع ضمانات مخصصة لهذا النوع من القروض المسحوبة ، متمثلة في التوريق والضمان المالي اللذان يعتبران مجازفة قام بها المشرع ساعدت بشكل جيد في توفير السيولة وسهولة منح الائتمان وحماية البنك من مخاطر الإعسار والإفلاس.

6- أنه وبالرغم من وجود هيئات جديدة لتأمين القروض إلا أن المشرع لم يستغني عن الضمانات الكلاسيكية.

واستنادا إلى هذه النتائج يمكن اقتراح مايلي:

- تعديل نصوص القانون المدني والمتعلقة بالكفالة أو وضع قوانين جديدة تتناسب ووضع الكفالة باعتبارها ضمان للقروض البنكية خاصة وأن الطرف في هذا العقد هو البنك باعتباره تاجرا
- وضع لجان مهمتها الرقابة غلى أعمال البنوك خاصة طريقة منح القرض ، الضمانات الممنوحة ، آجال التسديد الإجراءات المتبعة في حالة عدم الدفع.
- عند استحداث ضمان جديد يستحسن وضع وسيلة ملمة لفهم كيفية العمل به أو تكون مواكبة وبشكل أكثر للتطور الحاصل ، وكذا القيام بدورات تدريبية لكافة العاملين بالبنوك عن كيفية تقييم القرض استنادا إلى هذا الضمان.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر .

1. القرآن الكريم.

ثانيا: قائمة المراجع

أ- الكتب بالعربية:

1- أحمد شكري السباعي ، الوسيط في شرح الأوراق التجارية ، الجزء1 ، الطبعة3 ، دار النشر والمعرفة ، المغرب ، 2009.

2- إلياس ناصيف ، العقود المصرفية (التحويل المصرفي – الحساب المشترك – الكفالة) ، الجزء3 ، منشورات الحلبي ،بيروت.

3- حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، – دراسة تحليلية مقارنة – لأحكام الرهن والتأمين والامتياز ، الدار الجامعية ، بيروت.

4- رمضان محمد أبو السعود ، همام محمد محمود زهران ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1997.

5- روحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية التبعية ، مطبعة الرياض ، دمشق ، 1981.

6- زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع ، تيزي وزو ، 2001.

7- زياد أبو حصوه ، عقد التأجير التمويلي ، دار الوراق للنشر والتوزيع ، عمان ،2005.

8- سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية – الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز – ، منشأة المعارف للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، 1996.

9- الطاهر لطرش ، تقنيات البنوك ، الطبعة السابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2010.

10- عبد الرحمان السيد قرمان ، عمليات البنوك طبقا لقانون التجارة الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2000.

11- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء10 ، الطبعة3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998.

12- عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، الطبعة1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 2006.

13- عز الدين فراح ، التأمين – مبادئه وأنواعه – ، دار أسامة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن.

14- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية (دراسة القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية.

15- علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

16- علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية – دراسة مقارنة - ، الطبعة1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005.

17- قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة ، التضامن - التضامم ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002.

18- محمد السيد الفقي ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية ، الطبعة1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2005.

19- محمد الطاهر بلعيساوي ، الوجيز في شرح الأوراق التجارية ، الطبعة4 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012.

20- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، الجزء7 ، التأمينات العينية ، الطبعة1 ، دار هومه ، الجزائر ، 2008.

21- مصطفى عبد الجواد حجازي ، عقد الكفالة في القانون المدني ، دار المكتبة القانونية ، القاهرة ، 2006.

22- مصطفى كمال طه ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الاسكندرية.

23- مولود ديدان ، القانون التجاري ، دار بلقيس ،الجزائر ، 2006.

24- نادية فضيل ، الأوراق التجارية في القانون التجاري ، الطبعة11 ، دار هومه ، الجزائر ، 2006.

25- ناصر سليمان ، التقنيات البنكية وعمليات الائتمان ، إعادة الطبعة1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ورقلة ،2005.

26- نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات الشخصية – التبعية وغير التبعية - ، دارالجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 2005.

27- نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية ، – الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز – ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2005.

28- نجوى إبراهيم البدالى ، عقد الايجار التمويلي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،2005.

29- هاني دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 1994.

ب- المقالات والبحوث العلمية:

1- آيت عيسى ، " المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر – آفاق وقيود " ، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد6 ، جامعة الجزائر ، الجزائر.

2- خير الدين عبدريه الحمري ، " امكانية استخدام توريق القروض المصرفية كأسلوب للتمويل الاسكاني في ليبيا " ، كلية الاقتصاد ، جامعة عمر المختار ، البيضاء ، 2012.

3- سعد عبد محمد ، " التورُق المصرفي وآثاره القانونية " ، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية ، جامعة بغداد ، العدد37 ، 2013.

4- علي عبد الله العرادي ، " ملف بشأن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (دراسات وقوانين) " ، قسم البحوث والدراسات ، إدارة شؤون اللجان والبحوث ، 2012.

1- غفال إلياس ، كريمة حبيب ، عادل زقرير ، " دور صندوق ضمان القروض في إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي تُعده جامعة الوادي ، الموسوم بعنوان : واقع وآفاق النظام المحاسبي المالي في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر ، يومي 06/05 ماي 2013.

ج- المداخلات:

5- نعناعة بوحفص ، " الابتكارات المالية وتفعيل نظام القروض السكنية في الجزائر " ، مجلة المفكر ، العدد5 كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البليدة.

د- المذكرات والأطروحات:

1- راضية أمقران ، ضمانات البنك في مجال الائتمان ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2000-2001.

2- رحيمة شلغوم ، ضمانات القرض ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2007-2008.

3- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري ، مذكرة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا، نابلس ، فلسطين ،2006.

4- سفيان زغيدي ، الآليات القانونية لمواجهة مخاطر القروض العقارية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامع الجزائر1 ، كلية الحقوق ، قسم الحقوق 2012-2013.

5- فيروز مشاشو ، ضمانات القروض المصرفية ، مذكرة ماستر ، جامعة محمد لمين دباغين (سطيف2) ، كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2015-2016.

6- كمال شميل ، التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية (العينية والخاصة) ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2008-2009.

7- نوال قحموس يامي ، عقد الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2012-2013.

8- نورة فضيل ، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق قسم الحقوق ، 2003-2004.

9- وداد باقي ، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي ، مذكرة ماجستير ، جامعة بومرداس ، كلية الحقوق ، قسم الحقوق ، 2009-2010.

هـ- النصوص القانونية:

- **القوانين:**

1- القانون رقم 86-12 ، المؤرخ في 1986/08/19 ، المتعلق بتحديد الاطار القانوني المشترك للنشاط البنكي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 20 غشت 1986 ، العدد 34.

2- القانون رقم 90-10 ، المؤرخ في1990/04/14 ، يتعلق بالنقد والقرض ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 23/ رمضان /1410هـ، العدد 16.

3- القانون رقم 95-07 ، المؤرخ في 1995/01/25 ، المتعلق بالتأمينات ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 13.

4- القانون رقم 01-18 ، المؤرخ في 2001/12/12 ، المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 77.

5- القانون رقم 02-11 ، المؤرخ في 2002/12/24 ، المتضمن قانون المالية لسنة 2005 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 2002/12/25 ، العدد86.

6- القانون رقم 06-05 ، المؤرخ في 2005/02/20 ، يتضمن توريق القروض الرهنية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 2006/03/12 ، العدد15.

7- القانون رقم 15-18 ، المؤرخ في2015/12/30 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2016 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 2015/12/30 ، العدد 72.

- **الأوامر:**

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، سنة2007 .

2- الأمر رقم 75-74 ، المؤرخ في 1975/11/12 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، المؤرخة في 1975/11/13 ، العدد 92.

3- الأمر رقم 96-06 ، المؤرخ في 196/01/10 ، المتعلق بتأمين القرض عند التصدير ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 3.

4- الأمر رقم 96-09 ، المؤرخ في 1996/01/10 ، المتعلق بالاعتماد الايجاري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 3.

5- الامر رقم 03-11 ، المؤرخ في 2003/08/20 ، المتعلق بالنقد والقرض ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 52.

- **المراسيم الرئاسية:**

1- المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المؤرخ في2004/04/19 ، المتضمن هياكل الصندوق الوطني لضمان القروض ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 27.

- **المراسيم التنفيذية:**

2- المرسوم التنفيذي رقم 76-63 ، المؤرخ في 1976/03/25 ، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 93-123 المتعلق بالسجل العقاري.

3- المرسوم التنفيذي رقم 02-373 ، المؤرخ في 2002/11/11 ، المتعلق بإنشاء صندوق الضمان للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 74.

و- المواقع الالكترونية:

1- بحوصي مجذوب ، استقالية البنك المركزي بين قانون 90-10 والأمر 03-11 ، بحث منشور على الموقع : www.jadoub2000@yhoo.fr

2- حسين فتحي عثمان ، التوريق المصرفي للديون الممارسة والإطار القانوني ، بحث منشور على الموقع: www.arablawinfo.com

3- محاسبة البنوك ، دليل المحاسبين ، منشور على الموقع: -www.jps-dir.net/www.jps dir.org/www.jps.com

ب- المراجع بالفرنسية:

I. Ouvrages :

1- laurent Aynes , le cautionnement , Dalloz , Paris .

2- lexique de gestion , Dlloz , 3ème , èdition , 2000.

3- - M.Boutellet – Blocille , droit de cridit , Masson.

II. Articles :

1 -poitique de gestion et de mètrise des risques, bulltin mensuel de SRH , SPA ,N3 , Mars 2003

فهرس المحتويات

الإهداء	
كلمة شكر	
التصريح	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ-ج
الفصل الأول: **الضمانات الكلاسيكية للقروض البنكية.**	**05**
المبحث الأول: الضمانات الشخصية للقروض البنكية.	**06**
المطلب الأول: الكفالة كضمان للقرض.	**06**
الفرع الأول: مفهوم الكفالة كضمان للقرض.	**06**
أولا: تعريف الكفالة.	**06**
ثانيا: خصائص عقد الكفالة.	**08**
ثالثا: الفرق بين الكفالة وباقي العقود المشابهة	**10**
رابعا: الطبيعة القانونية لعقد الكفالة.	**11**
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكفيل.	**11**
أولا: شرط أن يكون الكفيل موسرا.	**11**
ثانيا: شرط إقامة الكفيل في الجزائر.	**12**
ثالثا: شرط كفالة الكفيل.	**12**
رابعا: شرط الأهلية.	**13**
الفرع الثالث: آثار عقد الكفالة.	**13**
أولا: العلاقة بين الدائن والكفيل.	**13**
ثانيا: العلاقة بين الكفيل والمدين.	**16**
الفرع الرابع: انقضاء عقد الكفالة.	**17**
أولا: الأسباب العامة لإنقضاء عقد الكفالة.	**17**
ثانيا: الأسباب الخاصة لإنقضاء عقد الكفالة.	**18**
المطلب الثاني: الضمان الاحتياطي.	**18**

الفرع الأول: مفهوم الضمان الاحتياطي.	**18**
أولا: تعريف الضمان الاحتياطي.	**18**
ثانيا: خصائص الضمان الاحتياطي.	**20**
الفرع الثاني: شروط الضمان الاحتياطي.	**21**
أولا: الشروط الشكلية.	**21**
ثانيا: الشروط الموضوعية.	**22**
الفرع الثالث: آثار الضمان الاحتياطي.	**22**
أولا: العلاقة بين الضامن الحتياطي والحامل.	**22**
ثانيا: علاقة الضامن الاحتياطي بباقي الملتزمين في الورقة.	**23**
ثالثا: علاقة الضامن الاحتياطي بالمضمون.	**23**
المبحث الثاني: الضمانات العينية للقروض البنكية.	**24**
المطلب الأول: الرهن الرسمي.	**24**
الفرع الأول: مفهوم ارهن الرسمي.	**24**
أولا: إنشاء الرهن الرسمي.	**24**
ثانيا: آثار الرهن الرسمي.	**28**
الفرع الثاني: انقضاء الرهن الرسمي.	**30**
أولا: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية.	**30**
ثانيا: انقصاء الرهن الرسمي بصفة أصلية.	**31**
المطلب الثاني: الرهن الحيازي.	**31**
الفرع الأول: مفهوم الرهن الحيازي.	**31**
أولا: إنشاء الرهن الحيازي.	**31**
ثانيا: شروط إنشاء الرهن الحيازي.	**32**
الفرع الثاني: آثار الرهن الحيازي.	**34**
أولا: أثر الرهن الحيازي فيما بين المعاقدين.	**34**
ثانيا: أثر الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير.	**35**
الفرع الثالث: انقضاء الرهن الحيازي.	**35**
أولا: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية.	**35**

ثانيا: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية.	35
الفصل الثاني: **الضمانات المستحدثة للقروض البنكية في التشريع الجزائري**	38
المبحث الأول: الضمانات المستحدثة المخصصة لبعض القروض.	39
المطلب الأول: التوريق كضمان للقروض البنكية.	39
الفرع الأول: مفهوم التوريق.	39
أولا: تعريف التوريق.	39
ثانيا: خطوات التوريق.	41
الفرع الثاني: مميزات التوريق كضمان للقروض البنكية.	41
أولا: التوريق وسيلة لمواجهة المخاطر.	41
ثانيا: التوريق وسيلة لتحسين السيولة.	41
ثالثا: دور التوريق في التمويل.	42
الفرع الثالث: أطراف عملية التوريق وأساليبه.	42
أولا: أطراف عملية التوريق.	42
ثانيا: أساليب عملية التوريق.	43
المطلب الثاني: الضمان المالي كآلية لضمان القروض البنكية.	44
الفرع الأول: مفهوم الضمان المالي.	44
أولا: تعريف الضمان المالي.	44
ثانيا: أطراف الضمان المالي.	45
الفرع الثاني: مراحل طلب الضمان المالي.	48
أولا: مرحلة إنشاء الضمان المالي.	48
ثانيا: مرحلة سير الضمان المالي.	48
ثالثا: مرحلة التنفيذ.	48
الفرع الثالث: انقضاء عقد الضمان المالي.	48
المبحث الثاني: الضمانات المستحدثة المشتقة من الضمانات الكلاسيكية.	49
المطلب الأول: تأمين القرض كضمان للقروض البنكية.	49

الفرع الأول: مفهوم تأمين القرض.	**49**
أولا: تعريف تأمين القرض.	**49**
ثانيا: المبادئ الأساسية التي يقوم عليها تأمين القرض.	**51**
ثالثا: أهمية تأمين القرض.	**51**
الفرع الثاني: الطبيعة القنونية لتأمين القرض.	**51**
أولا: الفريق الأول.	**51**
ثانيا: الفريق الثاني.	**51**
الفرع الثالث: انقضاء عقد تأمين القرض.	**53**
المطلب الثاني: شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان للقروض البنكية.	**53**
الفرع الأول: مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان.	**53**
أولا: تعريف شرط الحتفاظ بالملكية كضمان.	**53**
ثانيا: صور شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان.	**54**
الفرع الثاني: التكييف القانوني لشرط الاحتفاظ بالملكية كضمان.	**54**
الفرع الثالث: الاعتماد الايجاري كصورة لشرط الاحتفاظ بالملكية.	**54**
أولا: تعريف الاعتماد الايجاري.	**55**
ثانيا: أطراف عقد الاعتماد الايجاري.	**56**
ثالثا: مزايا عقد الاعتماد الايجاري.	**56**
الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من استعمال حق الملكية كضمان.	**57**
خاتمة.	**59**
الملاحق.	**61**
قائمة المراجع.	**71**
الفهرس.	
الملخص.	

ملخص:

لقد اهتمت معظم التشريعات وخاصة التشريع الجزائري بالضمانات المتعلقة بالقروض ، وبكيفية منح القروض للمقترضين وضمان استردادها ، وذلك بالاستناد على الضمانات الكلاسيكية من كفالة وضمان احتياطي ورهن رسمي وحيازي ، واستحداث ضمانات جديدة تتماشى والتطور الحاصل ، بعضها مخصص لنوع معين من القروض كالقروض المخصصة للبناء والقروض المخصصة للاستثمار ، وبعضها مشتق من الضمانات الكلاسيكية تُعرف بضمان تأمين القرض وشرط الاحتفاظ بالملكية كضمان.

وكل من الضمانات الكلاسيكية والمستحدثة تهدف لخدمة واحدة هي ضمان القروض البنكية ودعم الاستثمار.

Résumé :

La plupart des législations et notamment la législation Algérienne s'intéressent aux garanties des prêts, la modalité de leur attribution au emprunteur et la garantie de son remboursement et ce, en se basant sur les garanties classiques d'une caution, garantie de réserve et antichrèse. Ainsi que l'instauration de nouvelles garanties qui se conforme avec le développement moderne, une partie d'eux sont consacrés à une catégorie précise de prêts tels que les prêts alloués au bâtiment et ceux de l'investissement. Il y a des garanties qui sont dérivée des garanties classiques connu sous la nomination de garantie d'assurance de prêt, à condition de garder la propriété de la garantie.

Tous les garanties tant que classiques que modernes, visent à un seul service de garantir les prêts et de du développement de l'investissement.