

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر
كلية الحقوق

ضمانات البنك في مجال الائتمان

بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية

إعداد:

الطالبة / أمقران راضية

تحت إشراف:

الدكتور / الغوتي بن ملحة

لجنة المناقشة

رئيسا	 الأستاذ الدكتور:
مقررا	 الأستاذ الدكتور:
عضوا	 الأستاذ الدكتور:

السنة الجامعية: 2001/2000

الإهداء

الشكر

المقدمة

المبحث التمهيدي

الملاحق

المراجع

الفهرس

الشكر

نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أسرة كلية الحقوق بجامعة الجزائر من أساتذة وإداريين.

ويسرنا في هذا المقام أن نشيد بالمساعدات الجمة التي قدمها لنا الأستاذ المشرف **الدكتور الغوتي بن ملح** الذي لم يتردد في إفادتنا بكل الإرشادات الوجيهة والآراء السديدة.

إلى كل من قدم لنا يد العون والمساعدة في إنجاز هذا العمل خاصة السيد **صابر** بالمجلس الوطني للتأمين ، السيد **ديب** ببنك الجزائر ، السيد **حيدر** وكل العاملين بمديرية الشؤون القانونية ببنك البركة الجزائري ، إلى الآنسة **أكلوش** بالجمعية المهنية للبنوك .

إلى السيد فاسي ، مدير شركة ضمان القرض للإستثمار

إلى كل عاملي مكتبة المدرسة العليا للمصرفية وخاصة العروي موسى، بن حبيلس رضا

و الآنسة حياة .

إلى كل الصديقات وكافة الزملاء والزميلات .

إلى صاحبة القلب الكبير التي غمرتني بالسعادة والطمأنينة ، وجعلت من حياتي جنة
الدنيا وواحة هناء وسكينة **والدتي**.
إلى الذي غرس في نفسي حب العلم والكد في طلبه **والدي**.
إلى كل من زرع في نفسي الأمل و حب العمل ، إلى كل أفراد عائلتي
كبيرا وصغيرا

مقدمة

في كل مجتمع متحضر لا بد من أن تتجمع الأموال بيد أخصائيين مهمتهم توزيعها وتوظيفها بصورة مضمونة وسليمة ، إذ أنه من الخطر بماكان ترك هذا الأمر لأصحاب المشاريع الذين يحتاجون إلى هذه الأموال ، مما يجعل تدخل البنوك أمرا ضروريا وليس هناك شك في أهمية الدور الذي تقوم به البنوك في دفع العملية الاقتصادية على النطاقين الوطني والدولي.

فالبنوك تتلقى الودائع من الجمهور ، وتقوم بعمليات الاقتراض والإقراض ، وبالتالي تلعب دورا في الوساطة بين جميع فروع النشاط الاقتصادي على مختلف أشكالها وأحجامها⁽¹⁾.

وبالأساس كأن البنك تاجر نقود⁽²⁾ ، فأصبح اليوم تاجر ائتمان ، ذلك أن النقود أصبحت أداة للتعامل في المجتمعات كافة وهي محل للعرض والطلب ، والتطورات الاقتصادية والاجتماعية حملت البنوك على ابتكار وسائل وأساليب للعمل تستخدمها في أداء وظيفتها الأساسية ، وهي توزيع الائتمان.

⁽¹⁾ لذلك يمكننا وصف نشاط البنوك بأنه نشاط حساس ، خاص ، إستراتيجي.

نشاط حساس ، لأن النقود هذه المادة الأولية للبنوك سلعة ذات قيمة عالية ، يمكن أن تحدث تغيرات هامة. نشاط خاص ، لأن جمع الثروات ، وتسيير الودائع ، ومنح القروض ليس نشاطا عاديا يمكن لأي شخص القيام به .

وأخيرا نشاط إستراتيجي ، لأن كيف مع كل من النشاط الاقتصادي و الاجتماعي.

⁽²⁾ يعود ذلك إلى أصل كلمة بنك (بانكو) (banko) وهي كلمة إيطالية تعني مصطبة وكان يقصد بها في البداية المصطبة التي يجلس عليها الصرافون لتحويل العملة ، ثم طور المعنى فيما بعد لكي يقصد بالكلمة المنضدة التي يتم فوقها عد وتبادل العملات ، ثم أصبحت في النهاية تعني المكان الذي توجد فيه تلك المنضدة وتجري فيه المتاجرة بالنقود.

أما بالعربية ، فيقال صرف ، صارف ، اصطرف الدنانير أي بدلها بدراهم أو بدنانير سواها ، والصراف والصيرفي وجمعها صيارف وهو يباع النقود بغيرها والمصرف كلمة محدثة تعني المؤسسة المالية التي تقوم بالاقتراض والإقراض.

فهي تقوم بدور أساسي وحيوي في خلق الائتمان وتوزيعه سواء بالنسبة للأفراد أو بالنسبة للمؤسسات ، وأصبح من غير المتصور أن يقوم مجتمع دون خدمات البنوك في هذا المجال .

وصور تدخل البنك متعددة وإن كانت الغاية منها واحدة ، وهي تمكين العميل من الحصول على الائتمان الذي ينشده ، بأن يمكنه من الوفاء بالتزاماته لدى الغير أو الحصول على أجل أو ثقة من دائنه بواسطة تدخل البنك.

ولا يخلو توزيع الائتمان من المخاطر التي تفرض على البنك اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تترجم عمليا في صور الضمانات المختلفة التي تعرض عليه أو التي يطلبها هو من العملاء .

وكلما كانت هذه الضمانات فعالة كلما كانت الثقة أقوى وأكبر لدى البنك ويؤدي ذلك بصفة تبعية إلى تطور الائتمان من الناحية الاقتصادية.

فلا بد إذن من إيجاد وسائل للضمان تمكن من تحقيق الأمان للمؤسسات المانحة للائتمان. فما هي هذه الضمانات وما مدى فعاليتها في تحقيق الحماية للبنك الدائن؟.

إن الإجابة عن هذه الإشكالية صعبة ، ذلك لأنها تمس الحدود المشتركة لعدة فروع من القانون (القانون المدني ، التجاري ، البنكي ، الإجراءات المدنية..... إلخ).

وفي مثل هذه المواضيع يجد الباحث نفسه أمام عناء شديد ، نظرا لقلّة الدراسات المتكاملة عن الموضوع لاقتصار كل متخصص على الجوانب التي تهمه دون الالتفات إلى الجوانب الأخرى ، فليست هناك دراسة منظمة لأغلب الضمانات وحتى وإن تمت دراسة بعض الضمانات ، إلا أنها كانت دراسة عامة ومجردة ، إذ نجد أن من الفقهاء من اهتم ببيان مركز الدائن العادي ومقابلته بمركز الدائن المزود بتأمين خاص ، ولا ننكر اهتمام فقهاء القانون المدني بدراسة التأمينات، ولكن دراستها انصبّت على تحليل الأنظمة القانونية للتأمينات الشخصية والعينية تحليلا عاما دون البحث فيما وراء ذلك

للوصول إلى الفكرة الأساسية التي تعمل من أجلها نظم التأمينات وربطها بمفهوم الائتمان ، إضافة إلى ذلك فإن الدراسة توقفت عند التأمينات الموجودة في القانون المدني دون البحث عما جاءت به الممارسة الحديثة من ضمانات. ولتفادي مثل هذه الفجوات سوف نقوم بالانطلاق من فكرة الائتمان التي تعد حجر الزاوية لتطور الضمانات وهذا من خلال مبحث تمهيدي نوضح فيه مفهوم الائتمان المصرفي (البنكي) وكيفية حماية الدائن من مخاطره لنصل بعد ذلك إلى موضوعنا الأساسي ونقوم

بدراسة مجموعة من الضمانات سواء تلك المنصوص عليها في القانون المدني أو تلك الناشئة عن الممارسة والتي تعد الأكثر انتشارا في المجال البنكي على المستوى الداخلي دون التطرق إلى الضمانات في المجال الدولي ، وقد قمنا بتصنيفها إلى صنفين: الضمانات الشخصية والضمانات العينية ، نتناولهما ضمن فصلين اثنين وهذا بدراسة النظام العام لكل ضمان وإثارة المشاكل التي تصادف البنك في المجال التطبيقي للتوصل إلى مدى فعالية الضمان ، لنصل في النهاية إلى الإجابة عن الإشكالية المطروحة ، ومن هنا تظهر أهمية الموضوع محل الدراسة وفائدته العملية (سواء بالنسبة لرجال القانون من طلبة ، أساتذة وقضاة ومحامين أو بالنسبة للعاملين بالبنوك).

المبحث التمهيدي

مفهوم الائتمان وحماية البنك من مخاطره

وللتوصل إلى دراسة الضمانات الضرورية لحماية البنك لابد لنا من معرفة مفهوم الائتمان (مطلب أول) وكذا وسائل الحماية من مخاطره (مطلب ثاني) .

المطلب الأول

مفهوم الائتمان

وللتوصل إلى مفهوم واضح للائتمان سوف نتطرق إلى كل من تعريفه (فرع أول) ،
أنواعه (فرع ثاني) وبيان عناصره وخصائصه (فرع ثالث) :

الفرع الأول: تعريف الائتمان: من الصعب تحديد تعريف جامع مانع للائتمان ، فهناك
عدة محاولات من قبل الفقهاء ، سوف نتناول بعضها :
فمنهم من عرف الائتمان بأنه «الزمن الذي نعطيهِ في انتظار النقود ، أو النقود التي
نعطيها في انتظار الزمن»⁽¹⁾.

ومنهم من أعطى للائتمان معنى أكثر شمولاً ، باعتبار أن منح الائتمان هو منح
للثقة، أي «إعطاء حرية التصرف الفعلي والحالي في مال عيني أو قوة شرائية في مقابل
الوعد برد نفس الشيء أو مال معادل خلال فترة زمنية معينة وذلك مقابل الخدمة
المؤداة وللخطر الذي يمكن أن يتعرض له كخطر الهلاك الجزئي أو الكلي الذي
تتضمنه هذه الخدمة»⁽¹⁾.

وهناك من وضع تعريفاً وظيفياً كما يسميه لأن القصد منه ليس الحسم أو التحديد بقدر
ما هو الإيضاح والبيان « فالائتمان هو الثقة التي بمقتضاها يرتضي أحد طرفي العقد
إعطاء المتعاقد الآخر سواء حالاً أو بعد وقت محدد أداء معيناً على شكل رؤوس أموال
نقدية أو شكل آخر لمساعدته أو السماح له بتحقيق نفع معين خلال مدة معينة ، وتزداد
هذه الثقة وتتعزيز كلما اقترنت بضمان خاص يضمن هذا الأداء والمقابل الملائم
لمنحه»⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك : A.Boudino ,Technique et pratique bancaire ,Edition SiRey ,Paris 3^{ème} edition ,1974 ,

⁽¹⁾ راجع في ذلك: نبيل إبراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان ، مصر: منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1991 ، ص28.

⁽²⁾ راجع في ذلك: نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص28 .

فكل هذه التعاريف تتناول الائتمان بصفة عامة ، فإذا رجعنا إلى المجال البنكي ، وألقينا نظرة على قانون النقد والقرض الذي ينظم هذا المجال فإننا نجده يستعمل مصطلح قرض وليس ائتمان ترجمة للكلمة الفرنسية (crédit) التي تقابل باللغة العربية عدة مصطلحات : قرض ، ائتمان ، اعتماد .

ونشد الانتباه إلى أن المعنى الذي يقصد به المشرع من خلال كلمة قرض ليس عقد القرض البسيط المنصوص عليه في القانون⁽³⁾ المدني الذي يعد من أبسط صور الائتمان⁽⁴⁾ فالقرض لم يعد يقتصر على هذه الصور التقليدية وإنما هناك صور أخرى عديدة سواها عند دراستنا لأنواع القرض البنكي.

فطبقا للمادة 110 من قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 ، عرف المشرع العمليات المصرفية بأنها " تلك التي تتضمن تلقي الأموال من الجمهور ، عمليات ، القرض ، ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل " .

ووفقا لنص هذه المادة فإن عمليات القرض تعد من العمليات المصرفية ، فماذا نعني بعمليات القرض ؟.

تجيبنا عن ذلك المادة 112 من نفس القانون: " تشكل عملية قرض في تطبيق هذا القانون، كل عمل لقاء عوض ، يضع بموجبه شخص ما ، أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر ، أو يأخذ بموجبه ، ولمصلحة الشخص الآخر التزاما بالتوقيع ، كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان.

⁽³⁾ نصت عليه المادة 450 من القانون المدني « عقد يلتزم فيه المقرض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض نصيره في النوع والقدرة والصفة»

⁽⁴⁾ راجع في ذلك: صفوت ناجي البهنساوي ، القانون التجاري وعمليات البنوك ، مصر : دار النهضة العربية ، 1993 ، ص 137. أنظر كذلك:

Frederic ,peltier,Introduction au droit du crédit ,2 édition ,Revue banque , 1990 , p15.«Il convient tout

D’abord de ne pas faire de confusion entre les terme de “prêt” et le “crédit “. En effet le prêt est une operation de crédit parmi d’autre ».

-أنظر ، سميحة ، القليوبي ، الأساس القانوني لعمليات البنوك ، القاهرة: مكتبة عين شمس 1992 ص 82 .

تعتبر بمثابة عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء ولا سيما عمليات الإقراض مع الإيجار "(1).

ولكن التعريف الوارد ضمن هذه المادة يوضح ويعدد صور القرض أكثر من تعريفه ، وهذا يجعل منه قاصرا نظرا لتنوع واختلاف أنواع القرض والتي سنتعرض لها من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني : أنواع الائتمان البنكي :

هناك عدة تصنيفات لأنواع الائتمان البنكي ومن بينها التصنيف الآتي : الائتمان قصير الأجل (أولا) ، والائتمان الاستثماري (ثانيا).

أولا : الائتمان قصير الأجل: وهي قروض لا تتعدى مدتها السنتين وتوجه هذه الائتمانات إلى تمويل الاستغلال والتشغيل ويكون تسديد هذه القروض بالإيرادات اللاحقة الممولة بهذا الائتمان وينقسم هذا الائتمان إلى قسمين(2):

1- الائتمان المباشر: بحيث يضع البنك تحت تصرف العميل المال مباشرة ، ويعرف هذا النوع من الائتمان بالائتمان عن طريق الصندوق ، ويأخذ بعين الاعتبار النشاط الممارس

وطبيعة المشاكل التي يصادفها العميل ومن أمثلة هذا النوع من الائتمان نجد:

أ- تسهيلات الصندوق: التي تهدف إلى مواجهة حاجة وقتية ولمدة زمنية قصيرة جدا للسيولة ، وتسمح بتغطية الفارق الزمني الفاصل بين التسديدات التي يجب على كل الزبون تأديتها وإيراداته المتوقعة .

ب- انكشاف

الحساب: ويسمح هذا النوع من الائتمان للعميل بمواجهة نقص عابر في السيولة يمكن أن تصل إلى مدته إلى شهر ، ك شراء مخزون مهم بسعر معقول ، أو تمويل اقتناء عتاد

(1) تقابل هذه المادة ، المادة الثالثة من القانون الفرنسي المؤرخ في 24 جانفي 1984 المتعلق بنشاط ومراقبة هيآت القرض.

(2) راجع في ذلك: مصطفى ،رشدي شيخة ،النقود والمصارف والائتمان، مصر :دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999 ، ص 124.

تؤثر نتائجه على الإنتاج والمردودية ، ويسهر البنك على أن لا يكون المكشوف غطاء لعجز هيكلي دائم في رأس المال المشترك.

ج- **الخصم:** ويقصد به شراء البنك العاجل لدين آجل ، بحيث يسمح لحامل سند الدين من التصرف مباشرة في سيولة هو بحاجة إليها ويقتطع البنك جزء من المال على مبلغ السند⁽¹⁾.

د- **الائتمان الموسمي:** وهو قرض موسمي يسمح بتمويل الدورة الكاملة لإنتاج مادة ما ، ويكون التسديد عن طريق الدخل الناتج عن بيع هذا المنتج.

هـ - **التسبيقات:** وتمنح هذه القروض في شكل تسبيق لتمويل الديون الخاصة بتمويل صفقة عمومية ، أو تسبيق لشراء مخزون السلع ، أو تسبيق على السندات **السلفيات:** وهي قروض تتمثل في وضع مبلغ بحساب العميل .

-**الائتمان غير المباشر:**(عن طريق الإمضاء). ويقصد به العملية التي يلزم بموجبها البنك بإمضائه ، وبالتالي يقبل أن يكون ضامنا لعميله أو يحل محله إذا عجز عن الدفع ، ويسمح هذا التسهيل للعميل أن يؤجل دفع حقوق أو التزامات معينة ، أو يغطي عجزه في حالة عدم احترامه لالتزاماته ، ومن بين أنواعها :

أ- **كفالة الصفقات :** وهناك عدة أنواع تقدم للعميل صاحب الصفقة العمومية ، فنجد مثلا كفالة إعادة التسيق ، أو كفالة حسن التنفيذإلخ.

ب- **الكفالات الجمركية:** وخاصة تلك المتعلقة باستخراج السلع وبواسطتها يمكن للجمارك أن تسمح برفع السلع وخاصة منها الموجهة للاستهلاك قبل دفع تخليص الرسوم في هذه العملية يؤجل دفع الرسوم المعنية ، ولكن دون أن تتأثر الخزينة العمومية بهذا التأخير وعدم احترام التزامات المتعامل الاقتصادي لأن البنك يحل محل هذا الأخير في تقصيره أو عجزه.

⁽¹⁾ كان هذا النوع من الخصم متعلق السفاتج بصفة عامة ، ومنذ عدة سنوات استعمل المصرفيون نوعا آخر خاص بالشيكات يعرف بالخصم بالقيمة *escompte en valeur* أي أن السيولة تمنح مباشرة بحساب دائن بمبلغ الشك.

ج- الكفالات الجبائية: وتسمح هذه الكفالات لعملاء البنوك بالحصول على مدة لدفع ضرائب أو حقوق مستحقة لإدارة الضرائب المتنازع فيها والكفالات لفائدة الضرائب غير المباشرة .

د- الضمانات الاحتياطية: والتي تتجسد في توقيع البنك مصحوبا بعبارة أو ضمان احتياطي مقبول على الأوراق التجارية عند تقديمها للمخالصة.

ثانيا: الائتمان المتوسط والطويل الأجل (الائتمان الاستثماري)

1- الائتمان المتوسط الأجل: ويهدف إلى تمويل عمليات شراء الأجهزة الجديدة ، وتجديد التجهيزات وتحديثها ، والأجل العادي لهذا النوع من الائتمان يتراوح ما بين سنة وسبع سنوات.

2- الائتمان الطويل المدى (الأجل): ويهدف إلى تمويل الاستثمار الثقيل وتسديده ، ويمكن أن يستغرق مدة أكثر من سبع سنوات دون أن يتجاوز مدة 25 سنة ، والمجالات التي يستخدم فيها هذا النمط تتمثل على وجه الخصوص في شراء الأراضي والعقارات بصفة عامة.

3- الاعتماد الإيجاري:⁽¹⁾ ويعد أسلوب حديث نسبيا لتمويل الاستثمارات ، يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية المختصة في هذا النوع من العمليات بشراء العتاد أو العقار وتأجيرها إلى عميله بموجب عقد يتضمن وعد من جانب واحد بالتنازل عنه مقابل قيمته المتبقية بعد تسديد العميل لكل الأقساط المستحقة عليه ، وفي نهاية العقد يمنح هذا الأخير الخيار بين اقتناء العتاد أو العقار مقابل قيمته الحقيقية المتبقية ، أو إعادة استئجاره لمدة جديدة تؤخذ بعين الاعتبار القيمة المستهلكة من العتاد أو العقار إلى البنك.

الفرع الثالث : خصائص الائتمان البنكي والعناصر المميزة له

⁽¹⁾ ويختلف الاعتماد الإيجاري عن الائتمان المتوسط والطويل المدى في كون ملكية العتاد أو العقار المؤجر تبقى لفائدة البنك أو المؤسسة الممولة إلى غاية تسديد جميع أقساط الإيجار بينما يكتفي بتقديم قرض لتمويل الاستثمار دون أن يكون مالكا له في النوع الثاني .

تتشترك كل أنواع الائتمان أو القرض البنكي مهما كانت في خصائص وعناصر مميزة لها.

أولاً: خصائص الائتمان البنكي: فالائتمان أو القرض البنكي بصفة عامة يتم بواسطة عقد ملزم للطرفين وهما المقرض الذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً وهو طالب القرض والمستفيد منه ، والمقرض المانح للائتمان وهو البنك أو أي مؤسسة مالية منح لها القانون الأهلية للقيام بعمليات القرض وتتوافر فيها الشروط المنصوص عليها في المواد: 114، 11، 116 من قانون النقد والقرض وذلك بعد الحصول على التراخيص والاعتمادات المنصوص عليها في المواد 127 وما بعدها من نفس القانون.

والقواعد المطبقة على عقد القرض البنكي بصفة عامة هو القانون البنكي بمعناه الواسع (التشريع ، العادات المصرفية إلخ) ، --أما بالنسبة للقواعد العامة فتبقى فتبقى مطبقة في هذا المجال ، لكن بنوع من التحفظ نظراً لخصوصية العمليات المصرفية بصفة عامة وعمليات القرض البنكي بصفة خاصة والتي تظهر من خلال النقاط التالية :

1-البنوك في الغالب تعتمد على أسلوب موحد في العملية الواحدة وهذا الأسلوب يتبع دائماً بشكلية تتمثل في المحررات التي يطبعها البنك ، وتفرغ فيها علاقة الأطراف ، وهذه الطريقة تحقق البساطة ، وبالتالي سرعة التعامل إذ لا يحتاج البنك إلى المناقشة بمناسبة كل عملية ، وقبول العميل المقرض يتم بمجرد الموافقة على النموذج الذي يحرره البنك.

ولهذا السبب فإن غالبية الفقه تضيف على عقد القرض البنكي صفة عقد الإذعان⁽¹⁾ ، وهذا لعدم إمكان مناقشة الشروط الجوهرية في العقد لأن التعامل مع البنوك أصبح لا غنى عنها في الوقت الحاضر، حيث يضطر العملاء إلى اللجوء إلى البنك في

⁽¹⁾ راجع في ذلك: جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، مصر : المكتبة القانونية، 1993 ص25.

معاملاتهم وتجارتهم ، ولا يكون لهم مفر من قبول شروطها، حيث تمارس البنوك عملها في صورة احتكار فعلي⁽¹⁾.

2- في مجال الإثبات فإن الأصل أن تثبت الأعمال المصرفية بوصفها أعمالا تجارية بكافة طرق الإثبات ، ومع ذلك فإن اللجوء إلى الشهادة أمر نادر ، فالغالب أن يحصل الإثبات بطريق النماذج المطبوعة التي توقع من قبل البنك والمقترض أو الإخطارات التي ترسل إلى هذا الأخير.

3- بالنسبة لتفسير العمليات المصرفية رغم خضوعه للقواعد العامة ، إلا أنه تراعى فيه ظروف إبرام هذه العمليات والأهداف الاقتصادية التي ترمي إلى تحقيقها ، وفي بعض الأحيان يصعب التفسير في المجال البنكي نظرا لأن إرادة الطرفين قد لا تتفق مع الأسلوب أو الإطار الذي اتخذته الطرفان للوصول إلى هدفهما من العملية فيكون ثمة محل للموافقة بين الأثر الذي اتجهت إليه الإرادة والأثر الذي ينتهي إليه الأسلوب الذي أفرغت فيه تلك الإرادة ولذلك عادة ما يستعين القاضي بظروف إبرام العقد والعادات في المجال البنكي⁽²⁾.

4- وأخيرا وبخصوص المسؤولية لخاصة بالبنوك فإنها تخضع بصفة عامة للقواعد العامة للمسؤولية ، لكن ظروف ممارسة مهنة البنكي أو المصرفي أدخل البنوك في دائرة ما يسمى بالمسؤولية المهنية ، فالقضاء ينظر إلى البنك بوصفه محترف (*professionnel*) وهذا الوصف يشدد عليه في التزاماته وفي مسألته باعتباره محترف يكون مستعد ، استعدادا خاصا لتقديم خدمات لا تتوقع عادة من غير محترف⁽³⁾. وهذه الخصوصية توضح دور العادات البنكية إلى جانب القواعد العامة⁽⁴⁾.

(1) من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو خدمات تعتبر من الضرورات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكارا قانونيا أو فعليا ، أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة.

(2) راجع في ذلك: جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق ، ص29.

(3) راجع في ذلك: جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق ، ص27.

(4) راجع في ذلك:

ثانيا: العناصر المميزة للائتمان البنكي:

هناك عناصر تميز الائتمان بصفة عامة ، وتشترك فيها جميع عمليات الائتمان البنكي بصفة خاصة وتتمثل فيما يلي:

1- **المدة (le temps):** فالالتزام الناشئ عن علاقة القرض هو بالضرورة التزام مقترن بأجل أي هناك فارق زمني بين الأدائين ، أداء البنك الذي يكون فوريا ، أداء المقترض الذي يكون مؤجلا ، لأن التسديد (أي دفع القرض) ينشئ التزاما مقترنا بأجل ، ونظرا للمدة التي قد تطول أو تقصر بين منح القرض واستحقاقه ، فإن ذلك لا يكون إلا بوجود عنصر ثان يتمثل في الثقة.

2- **الثقة (la confiance):** فالبنك لا يمنح ائتمانه إلا إذا وثق في المقترض وفي قدراته على التسديد أي وضع الثقة في حسن نية المقترض⁽¹⁾.
وهناك مبدأ شائع يعبر عن الارتباط الوثيق بين الائتمان والثقة وهذا المبدأ رغم عبارته الوجيهة إلا أن دلالاته ذات مغزى كبير «الائتمان مات ، الموفي السيئ قتله⁽²⁾»
« le crédit est mort , le mauvais payeur la tué »
وهذا ما يدل عليه مصطلح (crédit) الذي أخذ من المصطلح اللاتيني (crédere) والذي يعني (croire) أي اعتقاد بمعنى أن البنك يعتقد أن المدين سيقوم بالوفاء بالتزاماته والاعتقاد لا يكون إلا بوجود ثقة⁽³⁾.

François ,Grua,contrats bancaires,Tome1(contrats de service),Economica,Paris,1994,p3''Les contrats bancaires envisagés dans leur ensemble ,présentent de nombreuses particularités l'originalité de techniques employées et le rôle des usages ,voire la coutume dissuadent de vouloir les rattacher aux types connues que le droit civil régleme

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Lucien , M.Martin , Banques et Bourses ,3 édition ,Mentchreiteu,1991 ,p265.

⁽²⁾ راجع في ذلك: نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص26.

فالثقة مفتاح القرض ، لكن هذه الثقة يمكن أن تسقط في أي وقت بسبب الأجل المقترن بهذا العقد ، فيمكن أن يصبح المدين خلال هذه المدة غير قادر على تسديد القرض مما يسبب عنصرا ثالثا يتمثل في الخطر.

3-الخطر (le risque):

فماذا نقصد بالخطر الائتماني⁽¹⁾؟. هو الخطر الناجم عن احتمال عدم استطاعة المقترض تسديد القرض ، واحتمال تحقق الخسارة تبعا لذلك. وكل إقراض يتضمن درجة من المخاطرة الائتمانية ، لماذا ؟ لأن الائتمان يتضمن في كل الأحوال تأجيل الدفع والوعد به في المستقبل⁽²⁾. وإن كانت عمليات القرض البنكي متنوعة كما رأينا، إلا أنها تشترك في عنصر الخطر.

لأن البنك عند قيامه بعمليات القرض لا يعتمد فقط على رأس ماله وإنما على موارده كلها والتي تشمل إضافة إلى رأس ماله ، كل الودائع النقدية ، وعلى الرصيد الدائن في الحسابات الجارية بينه وبين عملائه⁽³⁾.

ولذلك فإن البنك يتحمل أعباء تفوق بكثير الأعباء التي يمكن أن يتحملها أي دائن عادي في حالة عدم وفاء المقترض بالتزاماته في الآجال المحددة وذلك يؤثر سلبا على

⁽³⁾ راجع في ذلك: Pascal , Ancel, Manuel de droit du crédit, Paris. LITEC ,1994 ,p5.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Gilles ,Gobin ,les opérations bancaires et leur fondements économiques , Paris :Dunod ,1980 , p99. ' Le risque c'est l'incertitude du gain escompté. Cette incertitude procède de l'arbitrage entre rentabilité future espérée et une sécurité immédiate certaine ».

⁽²⁾ راجع في ذلك: شاكور القزويني ، محاضرات في اقتصاد البنوك ، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن

عكنون ، 1992 ، ص113.

⁽³⁾ راجع في ذلك: علي البارودي ، القانون التجاري -العقود وعمليات البنوك- بيروت:الدار الجامعية ، لبنان،1991 ، ص364.

التوازن المالي للبنك ، ويكلفه نتيجة لذلك خسارة فادحة ، وهذا ما يسمى بإشكالية السيطرة على مخاطر القرض ، وهذه المخاطر متعددة ومتنوعة.

-أنواع المخاطر⁽⁴⁾: فالبنك عند اتخاذ قرار منح القرض يحاول الإجابة عن السؤال التالي : هل القرض الممنوح سيسدد؟ وإن كان كذلك ، هل يكون ذلك في الآجال المتفق عليها؟.

ومن خلال هذين السؤالين نلاحظ أن هناك خطرين أساسيين :

-خطر عدم التسديد: وذلك إما لأن المقترض لا يريد التسديد (سوء النية) بإرادته ، وإما لأنه لا يستطيع ذلك بسبب إفلاسه أو إعساره.

-خطر التأخر في التسديد: وذلك بأن يتأخر المدين عن تنفيذ التزاماته في الأجل المتفق عليه ، وما يرتبه ذلك من أخطار على البنك باعتبار أنه يتعامل بأموال المودعين التي يمكن أن تطلب في أي وقت (ودائع تحت الطلب) ، فأي تأخر في التسديد ترتب نتائج خطيرة من اختلال في تقدير البنك لدخول إيراداته مما يؤثر على تقديراته في مجال السيولة⁽¹⁾.

إضافة إلى هذين الخطرين الأساسيين هناك مخاطر أخرى عديدة كالخطر الذي يتعلق بالمؤسسة أو المخاطر الناجمة عن الأزمات الاقتصادية والسياسية ، كانهضاض العملة(مخاطر القيمة والصرف)⁽²⁾ إلخ.

⁽⁴⁾ راجع في ذلك: Claude , Simon ,Les banques édition la découverte ,Paris :Dunod .1984,p73.

“ En accordant des crédit , la banque prend plusieurs types de risques ,qui sont determineé ,soit par la qualité de l'emprunteur (insolvabilité), soit par l'evaluation economique general (risque de taux et de change) , soit encore par la structure financière de la banque”.

⁽¹⁾ ويقصد بالسيولة ، القدرة على تحويل أصل من الأصول إلى نقود سائلة بسرعة ، وبدون خسارة ، لذلك يجب على البنك أن يراعي وجود السيولة في كل وقت عن طريق الاحتفاظ باحتياطي نقدي.

⁽²⁾ راجع في ذلك: Anne, Marie,percé du sert, risque et contrôle de risque ,édition ,Paris :Economica ,1999, p 17.

المهم من كل ذلك هو كيفية حماية البنك من هذه المخاطر وهذا ما سوف نتناوله من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث التمهيدي

المطلب الثاني: حماية البنك من مخاطر الائتمان

قبل البدء في دراسة الضمانات اللازمة لحماية البنك الدائن لا بد أن نتناول ضمن هذا المطلب كل من حماية البنك من خلال دراسة طلب القرض واحترام القواعد الحذرية (فرع أول) ثم إلى حماية البنك من خلال اللجوء إلى الضمانات (فرع ثاني):

الفرع الأول: حماية البنك من خلال دراسة طلب القرض واحترام القواعد الحذرية:

قبل أن يصل البنك إلى طلب الضمانات من المقرض لا بد من دراسة هذا الطلب وتحليله (أولاً) وكذا لا بد من احترام القواعد الحذرية أو الوقائية (ثانياً) وذلك لكي يحمي نفسه من مخاطر الائتمان:

أولاً: دراسة طلب القرض وتحليله: البنك لا يمنح ائتمانه إلا متى وثق في استرداد ما قدمه ، وهذه الثقة لا تكون متهورة أبداً ، بل هي ثقة واعية ومحسوبة يصل إليها بعد دراسة ظروف طالب القرض الحالية والمستقبلية⁽¹⁾.

فتبدأ حياة القرض أو الائتمان ، بالطلب الذي يقدمه العميل إلى البنك^{(1) (4)} وفيه يطلب الموافقة على منحه قرضاً ، ويتضمن طلب القرض عدة عناصر أهمها: -قيمة القرض ، ويتعين أن يكون محدداً ومتناسباً مع الاحتياجات الفعلية للمقرض ، وتتفاوت هذه الاحتياجات بحسب حجم المشروع. -الغرض من القرض ، ويجب أن يكون هذا الغرض مشروعاً ويدخل في إطار نشاط البنك و سياسته الائتمانية ، ويختلف الغرض من قرض لآخر⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، القاهرة : القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1994 ، ص 12

⁽²⁾ راجع في ذلك: د. محمد كمال ، خليل الحمزاوي ، إقتصاديات الائتمان المصرفي (دراسة تطبيقية للنشاط الائتماني وأهم محدداته) ، الإسكندرية مصر: منشأة المعارف - 1997 ، ص 190.

إضافة إلى كل المعلومات الخاصة بالمقترض (كاسمه ، عنوانه ، لقبه ، مهنته ، تاريخ ميلاده ، رقم سجله التجاري إذا كان تاجرا..... إلخ وإذا كان شركة يجب ذكر المقر الاجتماعي للشركة ، نوع الشركة إلخ).

وبعد تقديم الطلب يقوم البنك بتقييمه واتخاذ القرار بمنح القرض أو عدم منحه وذلك من خلال إجراء مقابلة تجمععه مع طالب القرض (3) لمعرفة أسباب الطلب ، وما إذا كان الطلب موافقا مع سياسة الإقراض في البنك أم لا ، والدراسة تكون من خلال العناصر التالية(4):

1- الشخصية: ويقصد بالشخصية كل ما يتعلق بالشخص المدين أي الشخص الذي يقع عليه الالتزام ، فيجب على البنك أن يتحقق من تاريخ المدين فيما يتعلق بموقفه اتجاه التزاماته ، هو حريص على الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها ، أم أنه مماطل؟
فالثقة في شخصية العميل وشعوره بالمسؤولية اتجاه التزاماته وديونه ، تعد أساسية في العمل المصرفي.

2- المقدرة (طاقة العميل): فالقروض المصرفية يقدمها البنك لمواجهة حاجات اقتصادية مؤقتة لدى العميل طالب القرض بحيث يتم السداد مع انتهاء هذه الحاجة سواء دفعة واحدة أو على نحو تدريجي ، على أن سداد القرض في ميعاده يتوقف على مقدرة العميل على إدارة شؤونه بكفاءة ، وبما يعود عليه بالنفع ، وقدرة العميل على الدفع تشمل عدد من المتغيرات ، كالدخل ، أوجه الإنفاق ، فترة سداد القرض ، صحة الفرد ، سنه ، درجة استقراره في العمل..... إلخ.

3- الوضع المالي للعميل: يعد المركز المالي للعميل من وجهة النظر الائتمانية الضمان الرئيسي لقدرة العميل على الوفاء بالتزاماته المالية خلال فترة القرض ، لذلك من الطبيعي تقييم مقدرة العميل المالية حتى يتعرف البنك على مدى إمكانيته في تسديد

(3) راجع في ذلك: خير الدين الآجري ، المختصر الشامل لتقنيات القروض البنكية وعمليات الخصم ، تونس: العالمية للإشهار والتنمية ، 1980 ، ص13.

(4) راجع في ذلك: د. محمد كمال ، خليل الحمزاوي ، المرجع السابق ، ص158.

أقساط القرض من إيراداته لأنه يعد الأسلوب العادي للسداد ، أما باقي الأساليب كبيع الأصول المرهونة مثلا ، فإن البنوك لا تفضل ذلك نظرا لأن أساليب البيع مكلفة ومستهلكة للوقت.

* هذا إذا كان العميل المقترض من شخص طبيعي ، أما إذا كان مؤسسة فإنه يجب على البنك عند دراسة الطلب أن يراعي العناصر التالية :

-1-مردودية المؤسسة :من خلال التحليل المالي والمحاسبي بواسطة ميزانيات نهاية النشاط ، وكذا حالة المؤسسة بالنسبة للمؤسسات الأخرى من نفس الحجم وتمارس نفس النشاط.

-2-الإطار القانوني للمؤسسة:فعلى البنك أن يطلع على الإطار القانوني للمؤسسة (نشاط خاص ، شركة تضامن ، شركة ذات مسؤولية محدودة ... إلخ) وذلك لإمكان تقييم تضامن الشركاء وكذا تحديد الإجراءات والوسائل التي يجب اتخاذها في حالة اللجوء إلى العدالة من أجل استرجاع الدين.

-3- قدرات التسديد بالنسبة للمؤسسة: وذلك بتقييم القدرات الحقيقية للمؤسسة (سمعتها وكفاءتها) لمعرفة ما إذا كان الائتمان المطلوب سيسدد وفي أي أجل؟

-4- دراسة السوق: أي إدراج خصائص النشاط الاقتصادي في تحليله الذي يمثل الإطار القانوني الطبيعي لتطور وتنمية نشاطه كما يجب عليه من خلال هذه الدراسة معرفة مكانة عميله المقترض في قطاع النشاط الذي ينشط في وسطه.

وبعد الانتهاء من دراسة طلب القرض يتخذ البنك قرار منح القرض أو عدم منحه وذلك ضمن اتفاقية أو عقد (أو أي تسمية أخرى التي تختلف من بنك إلى آخر) تتضمن الشروط التي يضعها البنك أو البنود المتفق عليها كقيمة القرض ، موضوع القرض ، مدته ، نسبة الفائدة ،الفوائد التأخيرية ،كيفية استعمال القرض ،كيفية الدفع (استرجاع القرض) ، الشروط الجزائية ، كيفية الرقابة على القرض ، التزامات

المقترض وتنازلاته ، الملحقات والمصروفات ، اختيار المقترض لموطن ، وكذا الضمانات المطلوبة... إلخ⁽¹⁾.

ولكن قبل أن يتخذ البنك قرار منح القرض لا بد أن تحترم القواعد الحذرية أو الوقائية.

ثانياً: احترام القواعد الحذرية أو الوقائية (les regles prudentielles)

وهذه القواعد هي وسائل تقنية وفنية يستعملها البنك في قياس نسبة المخاطر الاحتمالية للوقاية من حدوثها.

وقد وضع المشرع في قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 نصوصاً عامة تدير عليها البنوك والمؤسسات المالية لتفادي المخاطر ، فنجد مثلاً نص المادة 159 التي تنص " تلتزم البنوك والمؤسسات المالية باحترام ضوابط التسيير الهادفة إلى ضمان سيولتها وقدرتها اتجاه الغير ، ولا سيما اتجاه المودعين ، وكذا ضمان توازنها المالي ، ويجب عليها بشكل خاص أن تحترم نسب تغطية توزيع المخاطر ".

والمقصود بالسيولة المقدرة على مقابلة الالتزامات بشكل فوري وذلك من خلال تحويل أي أصل من الأصول إلى نقد سائل وبدون خسارة ، وبالتالي من الضروري على البنك أن يحتاط عند منحه للقروض والتي يمكن أن لا تسدد في ميعاد استحقاقها ، بالاحتفاظ باحتياطي نقدي كنسبة معينة من إجمالي الودائع.

ويقصد بالاحتياطي النقدي مجموع المبالغ التي يحتفظ بها البنك في خزائنه أو لدى البنك المركزي ، والهدف من وراء ذلك هو مقابلة أي عملية سحب غير متوقعة من جانب المودعين⁽²⁾ ويقوم البنك المركزي بوضع المعايير التي يجب على البنك

⁽¹⁾ أنظر نموذج اتفاقية القرض في الملحق (رقم 1) .

⁽²⁾ راجع في ذلك: محمد القيومي محمد ، نظم المعلومات المحاسبية في المنشآت المالية (البنوك التجارية وشركات التأمين) ، مصر: الدار الجامعية ، 1990 ، ص 643 .

احترامها بشكل دائم ، ومنها نسب السيولة ، النسب بين الودائع والتوظيفات والمخاطر بشكل عام وهذا طبقا لنص المادة 92 من القانون السالف الذكر.

ونجد إضافة إلى ذلك ، التعليمات الصادرة عن بنك الجزائر المؤرخة في 14 نوفمبر 1991، رقم 34-91 الخاصة بتحديد القواعد الجزرية أو الوقائية لتسيير البنوك والمؤسسات المالية ، والمعدلة بالتعليمات رقم 74-94 المؤرخة في 29 نوفمبر 1994

ولتسهيل العمل على البنك أنشأت مصلحة مركزية تسمى بمركز المخاطر نصت عليها المادة 160 من قانون النقد والقرض التي تقضي بأن " ينظم ويسير البنك المركزي مصلحة مركزية للمخاطر تدعى " مركز المخاطر " وتكلف بجمع أسماء المستفيدين من القروض وطبيعة وسقف القروض الممنوحة ، والمبالغ المسحوبة والضمانات المعطاة لكل قرض من جميع البنوك والمؤسسات المالية.

ولا يجوز منح أي قرض دون أن يكون البنك أو المؤسسة المالية قد تحصلت من مركزية المخاطر على المعلومات المتعلقة بالمستفيد من القرض" وهذه المركزية تم تنظيمها بموجب التنظيم رقم 92-01 المؤرخ في 22 مارس 1992.

- وأخيرا يمكننا أن نلاحظ بان الدراسة المعمقة لطلب القرض وتحديد الأخطار ومحاولة تداركها بواسطة الوسائل أو القواعد الوقائية ، لا تمكن بأي شكل من الأشكال التحكم التام والسيطرة على مخاطر القرض وحماية البنك منها لأن هتاك أحداث خاصة بالدفع ، سواء بفعل المدين أو بفعل التغيرات والتحويلات التي تصاحب حياة

الإنسان بصفة عامة⁽¹⁾ ، وبالتالي لا يمكن الاعتماد على هذه الوسائل طوال مدة القرض وهذا ما يبرر لجوء البنك إلى الضمانات.

الفرع الثاني: حماية البنك من خلال اللجوء إلى الضمانات

وسوف نتطرق إلى وضعية البنك في حالة عدم وجود الضمانات الخاصة ، (أولا) لنصل بعد ذلك إلى البحث عن مفهوم الضمانات والفرق بينها وبين التأمينات (ثانيا).

أولاً: وضعية البنك في حالة عدم وجود ضمانات خاصة: فالبنك عند عدم وجود ضمانات خاصة يعتبر بمثابة دائن عادي وبالتالي يكون له حق التمسك بجزاءات عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو تأخره في تنفيذها(1).

ويكون له الحق كذلك في الضمان العام على الذمة المالية للمدين(2).

1- جزاءات عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التأخر في أدائها: تعزيز الائتمان وتقويته لا يقف فقط عند البحث عن وسيلة للضمان وإنما ينبغي أن يسبق ذلك إيجاد الوسائل القانونية والفنية التي تعمل على كفالة احترام تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود الائتمان بتحقيق القوة الملزمة للعقد.

وهناك جزاءات يتعرض لها المدين عند إخلاله بتنفيذ التزامه أو تأخره في أدائها

أ-جزاء عدم التنفيذ: فالبنك يعتبر متعاقدا ضحية عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن عقد القرض ، ويستطيع بذلك مطالبة المدين بفسخ العقد ، وهذا تطبيقا لنص المادة 1/119 من القانون المدني « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين لالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك».

ولتطبيق الفسخ يجب أن يكون العقد ملزم للطرفين ، حيث يوجد التزامان متقابلان يعتبر كل منهما سببا للآخر فعقد القرض البنكي كما سبق وأن رأينا هو عقد ملزم لجانبين.

(1) فالخطر لا يمنع القدر.

وكذلك يجب أن يكون أحد الطرفين قد تخلف عن تنفيذ التزامه ، وأخيرا يشترط أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعد لذلك ، لأن البنك يكون قد نفذ التزامه بوضع مبلغ القرض تحت تصرف المقرض أو مستعدا لتقديمه له. وقد يتقرر الفسخ بحكم من القاضي الذي تكون له السلطة التقديرية في تقريره أو إعطاء المدين أجلا لتنفيذ التزامه.

كما يجوز أن يتفق الطرفان على اعتباره العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، فيحل الاتفاق محل الحكم بالفسخ⁽¹⁾.

ويترتب على فسخ العقد اعتبار كأنه لم يكن ويرجع الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها من قبل إبرام العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض طالب الفسخ(المادة 122 من القانون المدني).

ب-جزاء التأخر في التنفيذ: عند تأخر المدين المقرض في أداء التزامه بتسديد القرض ، يكون للبنك أن يطالبه بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا التأخير ، وذلك دون إثبات خطأ المقرض لأن التزام هذا الأخير هو التزام بتحقيق نتيجة ، ومسؤوليته هنا تتحقق بمجرد عدم الدفع في أجل الاستحقاق ، فيعفى البنك من إثبات خطأ المدين. وفي الغالب يتفق البنك مع المدين على تحديد قيمة التعويض مسبقا بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي ، والذي لا يستحق إلا بعد إعدار المدين المقرض طبقا لنص المادتين 178 و 180 من القانون المدني.

ويستفيد المدين من حماية قانونية ضد مخاطر التحديد الجزافي في الشرط الجزائي وذلك من خلال إمكانية المراجعة القضائية لنسبته ، إذ يمكن للقاضي طبقا لنص المادة 2/184 من القانون المدني أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا ، وأن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه أما إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض

⁽¹⁾ راجع في ذلك: د. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري ، بن عكنون الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب 1983 ، ص 124 ، 125.

فلا يمكن للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما(م185 من القانون المدني).

أما بالنسبة للفوائد القانونية التأخيرية ، فإن القانون الجزائري لا يحدد نسبة معينة يلزم بها المتأخر في التنفيذ ، لذلك وطبقا للمادة 182 من القانون المدني « إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، ويشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول» .

وأخيرا يمكننا القول أن هذه الجزاءات وسائل تسمح للبنك بالضغط على المدين المقترض المفلس ، وتشكل بهذا المعنى ضمانات ، لكن في نفس الوقت تظهر بسرعة سلبياتها وحدودها ، لأن المقترض لا يريد التسديد أو لا يستطيع ذلك ، ولا يبقى للدائن (البنك) إلا التنفيذ الجبري على الذمة المالية للمدين وهذا ما يسمى بحق الضمان العام وهو ما سنتناوله في ما يلي.

ب-حق الضمان العام على الذمة المالية للمدين:

وسنتعرف على حق الضمان العام من خلال مفهومه ووسائل المحافظة عليه.

1- مفهوم حق الضمان العام : طبقا لنص المادة 188 من القانون المدني « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون ، فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان» . نجد أن الذمة المالية للمدين تكون ضامنة للوفاء بديونه ، فيعتبر الضمان العام لكل الدائنين الذين يتساوون في استفاء حقهم من هذا الضمان ، لذلك يجب أن نتعرف على المقصود بالذمة للمدين وكذا الآثار المترتبة عليها :

المقصود بالذمة المالية (patrimoine): تعتبر الذمة المالية :

*مجموعة قانونية (universalité de droit)⁽¹⁾:

أي هي مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية لشخص ما وتعتبر مجموعة قانونية لأنها توضح العلاقة الموجودة بين ديون شخص معين وحقوقه (أمواله الحاضرة والمستقبلية)

*ارتباط الذمة المالية بالشخص (Emanation de la personne):

فبين الذمة والشخص رباط لا ينفصم ، وبدون ذمة لا وجود للشخص ، وبدون شخص لا توجد ذمة ، فالشخص هو الذي يربط أو هو العلاقة بين الالتزامات والحقوق. فكل شخص له ذمة مالية واحدة (عكس القانون الألماني الذي يعترف بمبدأ تخصيص الذمة المالية).

-الآثار المترتبة على الذمة المالية: يترتب على الذمة المالية آثار تتمثل في :

*تعتبر الضمان العام للدائنين: إن كل دائن مهما كانت صفته له حق على الذمة المالية للمدين ، وأهمية الذمة المالية تظهر في توفير الضمان العام للدائنين ومقتضاه أن حق الدائنين غير متعلق بعين معينة أو بمال معين وإنما مرتبط بمجموع الذمة المالية في الحاضر والمستقبل. وبالتالي يكون للدائن الحق في الحجز على أموال المدين لبيعها واستقاء حقه من ثمنها .

-حق الحجز: فالدائن ليس له إلا حق على الثمن الناتج عن بيع الشيء المحجوز ذاته ، والدائن العادي لا يتصرف بنفسه ببيع الشيء المحجوز ، وإنما يستعين بالشخص المختص بذلك .

-المال المحجوز: كل أموال المدين قابلة للحجز ، ماعدا الأموال غير القابلة للحجز بنص المشرع وهي الحقوق الطبيعية وحقوق الشخصية اللصيقة بالشخص.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: د. محمد حسين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1985 ، ص 139.

-حق بيع الشيء المحجوز: وذلك لاستثناء الدائن حقه من ثمن الشيء المباع بالمزاد العلني وهذا الحق ممنوح لجميع الدائنين. فالدائنين الحاجزين يتقاسمون بالتساوي الثمن الناتج عن البيع إذا كان يكفيهم ، وإلا فإنهم يتقاسمونه قسمة غرماء كل بنسبة دينه

***غياب ما يسمى بحق التتبع(droit de suite) :** إن الضمان العام للدائنين على الذمة المالية للمدين لا تعطي حق التتبع ، أي حق تتبع المال في يد الغير والحجز عليه في حالة بيعه أو هبته .

لأننا كما نعلم أن الدائن العادي له حق على الذمة المالية للمدين ، ففي حالة بيع الشيء أو هبته يخرج من الذمة المالية للمدين ، وبالتالي لا يمكن تتبعه والحجز عليه وهذا هو سبب غياب حق التتبع في الضمان العام.

***غياب حق الأولوية(droit de préférence):** إن الضمان العام للدائن لا يعطي حق الأولوية عند إعسار المدين ، وحق الأولوية هو الحق الذي يقرره القانون للدائن باستثناء حقه قبل الدائنين الآخرين من الثمن الناتج عن بيع مال من أموال المدين.

وعلى ذلك فإن الدائن الذي يعتمد على الذمة المالية لمدينه وحدها يتعرض لعدة مخاطر ، مما أدى بالمشروع إلى تقرير بعض الوسائل للمحافظة على الضمان العام جعلها تحت تصرف الدائنين وهي كالتالي:

2-وسائل المحافظة على الضمان العام:

وتتمثل هذه الوسائل فيما يلي:

أ-الإجراءات التحفظية: وهي الإجراءات التي يتخذها الدائن للحفاظ على حقه في الضمان العام وتفاذي المخاطر التي ستقع من جراء تعمد المدين شيء النية الإفلاس ، كإجراء حجز تحفظي (طبقا للمادة 345 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية) ، وهذه الوسائل لمجرد الاحتياط للتنفيذ وبالتالي يجوز لأي دائن اتخاذها. لذلك هناك طرق أخرى تتمثل في :

ب-الإجراءات التي تقع ما بين التحفظية والتنفيذية: وهي تلك التي نص عليها المشرع في الباب الثاني (آثار الالتزام) من الكتاب الثاني(الالتزامات والعقود) ، ضمن الفصل الثالث من هذا الباب (ضمان حقوق الدائنين) وتناولها في قسمين، القسم الأول: وسائل التنفيذ والقسم الثاني: حق الحبس.

1-وسائل التنفيذ:وتتمثل حسب تقسيم المشرع في :

-الدعوى غير المباشرة:والتي نصت عليها المادة 139 وما بعدها من القانون المدني والتي يدفع بها الدائن عن نفسه تهاون المدين إذا سكت عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن حقوق مدينه بنفسه نيابة عنه ، وتستهدف هذه الدعوة إدخال المال في ذمة المدين فحسب وللدائن أن ينفذ بعد ذلك على هذا المال دون أن يختص به وحده بل يستفيد من ذلك كل الدائنين

-الدعوى البولصية:وهي دعوى يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين إذ تعمد التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن فيقطع هذا الأخير في هذا التصرف ، ويعود المال إلى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه ، وتسمى هذه الدعوى بدعوى عدم نفاذ التصرف فيعتبر تصرف المدين غير نافذ في حق الدائن وقد نصت على ذلك المادتين 191-192 من القانون المدني .

-الدعوى الصورية: ويستعملها الدائن للدفاع بها عن نفسه ضد غش المدين ، إذا تعمد التظاهر بالتصرف في ماله تصرفاً صورياً(وجود تصرفان متعاصران مختلفان أحدهما ظاهر والآخر خفي والتصرف الصوري هو الظاهر، أما التصرف الحقيقي فهو الخفي) ، فالمشرع لا تعتد بالتصرف الصوري وإنما يعتد بالعقد الحقيقي وهذا طبقاً للمادة 198-199 من القانون المدني .

فيقطع الدائن في هذا التصرف ويستبقى المال في الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه.

2-حق الحبس: وقد نص عليه المشرع في المواد من 200 إلى 202 من القانون المدني ، ويتمثل في حق الدائن في أن يحبس مالا في يده للمدين حتى يستوفي حقا له

مرتبطا بهذا المال، ولكننا نجد أن أغلب الفقه الفرنسي يدرسه ضمن التأمينات العينية⁽¹⁾ باعتبار أن حق الحبس يؤدي وظيفته الضمان بالنسبة للدائن⁽²⁾ فصفة التأمينات العينية غير متوافرة في حق الحبس لأنه لا يعطي الدائن الحق في بيع الشيء المحبوس ، واستيفاء ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين ، ولكن يقتصر حقه فقط في حبس الشيء إلى حين استفاء دينه ، فهذه الميزة لا تجعل من الدائن صاحب حق ممتاز على غيره من الدائنين وهذا طبقا للنص

المادة 201 من القانون المدني « مجرد الحق في الحبس لا يثبت حق امتياز عليه» ولهذا

السبب يكيف حق الحبس بأنه وسيلة قانونية لإجبار المدين على الدفع. ولكننا نجد أن الأستاذ السنهاوري يعتبره وسطا بين الإجراءات التحفظية والتنفيذية ، إذ هو أقوى من الإجراءات التحفظية لأنه يمهد للتنفيذ ، أو ضعف من الإجراءات التنفيذية إذ هو وحده لا يكفي لتنفيذ ، بل يجب اتخاذ إجراءات تنفيذ بالحجز والبيع بالمزاد العلني حتى يستوفي الدائن حقه⁽³⁾ وهناك وسيلة لم يعالجها المشرع في القانون المدني وهي شهر إعمار المدين أي غل يد المدين عن التصرف في أمواله.

-الإجراءات التنفيذية- وأخيرا نجد مرحلة الإجراءات التنفيذية والتي تتمثل في الوسائل التي تهدف إلى بيع الأموال التي تم حجزها ، وتدخل هذه الدراسة ضمن القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية .

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Luc-Bernet Rollande , Principe de Technique bancaire ,Paris : dunod, 1995 , p85.

-Dominique, legeait ,sûretés et garanties de crédit paris : (L.G.D.j), 1996, p17.
-Freredic , peltier,OP.cit , p41,42.

⁽²⁾ راجع في ذلك: Piére , crocq. Propriété et garantie Paris : , L.G.D j.,1995 , p226.
“ le droit de rétention a indubitablement une fonction de garantie dans la mesure ou il permet a un créancier de retenir l'exécution de l'obligation assumée à son égard en échappant à l'insolvabilité de son débiteur”.

⁽³⁾ راجع في ذلك: عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني(التأمينات الشخصية والعينية) الجزء العاشر القاهرة ، مصر: دار النهضة العربية ، 1980 ص4.

-عدم كفاية الضمان العام: إن وضعية البنك كدائن عادي بعيدة كل البعد عن تهيئة وسائل تمكنه من استعمال حقه في الضمان العام في حالة إفلاس المدين المقترض ، ونتائج وضع الضمان العام حيز التنفيذ تعلق بسبب المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها البنك.

وكل الوسائل المستعملة⁽¹⁾ لحماية الضمان العام ليست بمثابة ضمانات تحقق للبنك الحماية التي ينشدها وإنما تعد مجرد وسائل لإجبار المدين صاحب الإرادة السيئة على تنفيذ التزاماته في الآجال المحددة.

ولكي يتوصل البنك الدائن إلى الحماية من مخاطر القرض أو الائتمان فإنه لا بد من اللجوء إلى الضمانات الخاصة والذي هو موضوع دراستنا لكن قبل ذلك سنتعرض إلى مفهوم الضمانات وأنواعها من خلال تمييزها عن التأمينات.

ثانيا: وضعية البنك عند وجود ضمانات

إن الضمانات ضرورية لكل دائن يريد حماية نفسه من مخاطر القرض⁽²⁾ فأهمية الضمانات تتعدى مجرد عملية بسيطة تهدف إلى حماية القرض ، فهي من المكونات الأساسية التي تلحق بتسيير البنك ، وبالتالي تقرير أخذ أو عدم أخذ ضمانات تكون له نتائج طيلة حياة القرض.

ولكن ما المقصود بالضمانات وما هو الفرق بينها وبين التأمينات؟

-الفرق بين الضمانات والتأمينات:

⁽¹⁾راجع في ذلك: , Pierre , crocq ,op.cit,p21. « Les voies d'exécution ,par leur fonction conservatoire , l'action oblique, l'action paulienne au l'action en déclaration de simulation ne font qu'augmenter les chances des créanciers d'être payes en limitant les pouvoirs du débiteur sur son patrimoine afin donner a son actif un caractère constant la finalité de ces actions est de donner un caractère effectif a l'exercice du droit de gage général dont elle ne constituent qu'un accessoire . ne bénéficiant pas a un créancier en particulier elles ne peuvent être qualifiées de sûretés».

⁽²⁾ راجع في ذلك: Dominique , Legeait,op.cit ,p1 « les garanties sont nécessaire atout créancier qui entend se protéger contre les risques de crédit ».

نفضل استعمال مصطلح الضمانات عوض التأمينات في بحثنا هذا رغم أن هناك من الفقهاء من يستعمل المصطلحين (الضمانات والتأمينات) للدلالة على نفس المعنى .
فحسب الأستاذ (M.Gilissen) « مفهوم الضمان مرتبط دائما بمفهوم التأمين ».
ويرى (capitant) « أن الضمان مراد في التأمين⁽³⁾ ».

ولكن في الحقيقة هناك فرق واضح بين التأمينات والضمانات وهذا الفرق لم يظهر إلا حديثا بعد ظهور وسائل أخرى للضمان إلى جانب التأمينات المنصوص عليها في القانون المدني فحسب الأستاذين (M.malaurie et Aynes) « فإن التأمين يعد ضمان ، ولكن ليس كل ضمان بمثابة تأمين⁽¹⁾ ».

وقد أصر الفقه على إقامة التفرقة بين المصطلحين ، لكن ومع عدم وجود معيار للتفرقة محتفظ به بالإجماع ، فإننا نفضل التعرض إلى مفهوم كل من التأمينات والضمانات ليتوضح الفرق بينهما.

1- مفهوم التأمينات:⁽²⁾ لم يحدد المشرع تعريفا للتأمينات ولكنه حددها بعدد من الأنظمة القانونية تتمثل في الكفالة ، الرهن الرسمي ، الرهن الحيازي ، حق الاختصاص ، حقوق الامتياز.

وبالتالي فإن تحديد مفهوم دقيق للتأمين يعد صعبا للغاية لأنه يصعب الجمع بين نوعين مختلفين من التأمينات (الشخصية والعينية) في تعريف واحد مما أدى ببعض الفقهاء إلى اعتبار أن كلمة (تأمين) يجب أخذها بمعنى عام جدا (ضمان) لتشمل كل وسيلة في يد الدائن يحصل بها على حقه قبل الدائنين الآخرين اتجاه نفس المدين هذا من جهة ، ومن

Piérre , crocq , op.cit , p213.

⁽³⁾ راجع في ذلك:

« La sûreté est donc une garantie .Mais toute garantie n'est pas une sûreté ».

⁽¹⁾

⁽²⁾ بالرجوع إلى علم الاشتقاق كلمة (sûreté) مشتقة من كلمة (securiras) والمقصود بها حالة الذي يكون متأكدا فتعتبر عامل للحماية.

« Comme l'état de ce qui est sur », « comme un facteur de sécurité » Piérre,crocq ,op.cit,p219.

جهة أخرى فإن البحث عن مفهوم التأمين لا يتعلق بتحليل ميكانيزم أو نظام قانوني غير معروف ابتداء من مضمونه لإعطائه تكييف معين ، ولكن الأمر هنا يتعلق بتحديد مفهوم لأنظمة قانونية معروفة وموجودة مسبقا *à posteriori* ، (فالرهن والكفالة مثلا تأمينات نحدده مسبقا في القانون المدني ، وتكييفها بأنها تأمينات أمر مفروغ منه). ونظرا لهذه الصعوبة ، نلجأ إلى البحث عن المعايير المشتركة لجميع التأمينات والتي تسمح لنا بتوضيح مفهومها.

-العناصر المميزة للتأمينات: فكل تأمين يتميز بهدف (غاية) تقنية ، أثر :

-غاية التأمين: une finalité :

هذه الغاية هي تحسين أو تقوية وضعية الدائن القانونية بالنسبة للدائنين العاديين الذين لهم فقط حق الضمان العام فالتأمين يعتبر مصدر طمأنينة بالنسبة للدائن ينتج عن الزيادة في حقوقه ، وتزويد من الثقة في قدرات المدين على الوفاء بالدين ويمكن القول بأنه منفعة أو ميزة خاصة تعطى للدائن⁽¹⁾ دون أن تكون مصدر ربح بالنسبة له⁽²⁾.

-التقنية: 'une technique'

فقد أجمع على أن كل التأمينات تقوم أساسا على نفس التقنية ، وهي الاعتراف لصالح الدائن (المستفيد من التأمين) بحق تابع للدين الأصلي ، وبصفة دقيقة تتمثل هذه التقنية في تخصيص مال أو مجموعة من الأموال أو ذمة مالية إضافة إلى الحقوق الناتجة بصفة طبيعية عن العقد الأصلي.

فكل تأمين يكون مخصص بصفة استثنائية لخدمة الدين الذي يضمنه.

-أثر التأمين un effet :

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Pierre , crocq , op.cit , p 221 « un avantage particulier reconnu au créancier pour le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur ».

⁽²⁾ يمنع المشرع في الرهن الرسمي مثلا على الدائن أن يشترط على الراهن تملك العقار المرهون.

التأمينات في مجموعها تشترك في أن وضعها حيز التنفيذ يرتب أثرا يتمثل في حصول الدائن على حقه ويؤدي ولو نظريا إلى انقضاء الدين بصفة كلية أو جزئية ، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، وبتطبيق هذا المعيار فإن التأمينات السلبية «أي تلك الالتزامات التي يتمتع بواسطتها المدين عن التصرف في بعض الحقوق العينية أو ترتيب التزامات شخصية بدون موافقة الدائن أو على الأقل إعلامه بذلك».

لا يمكن اعتبارها بمثابة تأمينات لأنها تكون بهدف حماية المستفيد منها من التغيرات التي تمس تركيب الذمة المالية للمدين ، فهي لا تقوم إلا بزيادة فرص الوفاء ، وبالتالي تسميتها بالتأمينات السلبية خاطئ رغم أنها توفر بعض الإيجابيات بالنسبة للدائن⁽³⁾.

ومن خلال هذه العناصر التي تتميز بها التأمينات يمكننا أن نعتبر ، " بأنها تخصيص مال أو عدة أموال أو ذمة مالية لصالح الدائن ، إضافة إلى الحقوق الناتجة طبيعيا لصالحه من خلال العقد الأصلي بواسطة حق تابع لحق الدائنية الذي يحسن من وضعيته القانونية ولمعالجة عدم كفاية حق الضمان العام دون أن يكون ذلك مصدر ربح للدائن ، ووضع التأمين حيز التنفيذ يؤدي إلى حصول الدائن على حقه كليا أو جزئيا بصفة مباشرة أو غير مباشرة " ⁽¹⁾.

وسوف نرى بأن الوضع مختلف بالنسبة للضمانات من خلال إظهار مفهومها:

2- مفهوم الضمانات: إضافة إلى التأمينات التقليدية (كالكفالة ، الرهن الرسمي ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز) والتي تعد بمثابة ضمانات بالمعنى الضيق (*stricto sensu*) فقد ظهرت وسائل أخرى حديثة أو تطبيقات لتأمينات تقليدية تتميز بالخصوصية أو عن طريق تبني ضمانات دولية في إطار العلاقات الداخلية وهذا طبعا نتيجة لتطور الممارسات البنكية وتطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية ، مما أدى إلى عدم اتساع مفهوم التأمينات ليشمل التقنيات الحديثة للضمان وكذا القاعدة أو المبدأ الذي يقضي بأنه لا

Pi  re , crocq , op.cit ,p224.

Pi  re , crocq , op.cit ,p234.

⁽³⁾ راجع في ذلك:

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

يجوز إضافة تأمينات أخرى غير تلك التي نص عليها القانون المدني والمعروفة باسم "*numerus clausus*".

فالضمانات⁽²⁾ لها مجال واسع بالمقارنة مع التأمينات ولا يمكن تحديدها بمفهوم دقيق ، فهي تشمل كل التقنيات القانونية وكل الوسائل التي يستعملها الدائن لاستيفاء أو لضمان حقه وحمايته من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها ، أي تلك التي توفر أحسن حماية للدائن⁽³⁾ أو كما يعرفها الأستاذ *piérre crocq* «كل الميكانزمات التي تزيد من فرص الدائن في حصوله على حقه بالحد من نتائج المستجدات المستقبلية لإفلاس المدين بهدف الوقاية منها»⁽⁴⁾.

فمفهوم الضمان يشمل كل الأنظمة القانونية مهما كانت طبيعتها والتي تؤدي وظيفة الضمان.

فالضمانات كلها تشترك في عناصر ، ومبادئ عامة وذلك نظرا لغياب نظرية عامة تحكمها ويرجع هذا إلى أنها تجمع بين عدة فروع قانونية كما سبق وأن رأينا.

-العناصر التي تشترك فيها الضمانات:-

- فالضمان يتضمن إحالة أو إرجاع إلى إلتزام أصلي يضمه (ولا نقصد هنا التبعية بالمعنى الضيق مثل التأمينات).
- وكذلك فإن التنفيذ المنتظم للالتزام من طرف المدين يعفي الدائن من استعمال ضمانه مما يعطي للضمان الطابع الاحتياطي.

Piérre , crocq , op.cit , p235 , 236.

⁽²⁾ راجع في ذلك:

Michel Gaudin , le crédit au particulier , paris : SEFI,1996 , p172.

⁽³⁾ راجع في ذلك:

Piérre , crocq , op.cit , p239.

⁽⁴⁾ راجع في ذلك:

- وأخيرا يمكن اعتبار أن الضمان يعد بمثابة ميزة أو منفعة خاصة للدائن تختلف بها عن غيره ، فهي مزايا خاصة لدائن أو عدة دائنين بهدف تكملة أو إتمام التنفيذ المنتظم للالتزام أو للوقاية من عدم تنفيذه⁽¹⁾ .

-المبادئ المشتركة لجميع الضمانات:⁽²⁾ هذه المبادئ تشترك فيها كل الضمانات

ولكنها مبادئ مستعملة في مجالات أخرى ولا تقتصر على الضمانات ومن أمثلتها :
-**حسن النية:** وهو مبدأ معروف في القواعد العامة ، فالبنك يكون قد أخل بحسن النية إذا قام بطلب ضمانات مفرطة بالمقارنة مع القرض الممنوح .

-**مبدأ الشفافية:** إن هذا المبدأ منتشر في علاقات الأعمال في الوقت الحاضر ، وقانون الضمانات معني مباشرة بهذا التطور.

فالغير من مصلحته معرفة مجموعة الضمانات التي يعقدها شخص ما والتي تسمح بتقدير إعساره بشكل أحسن . خاصة وأن الضمانات الحديثة قد لا تكون معروفة بالنسبة للجميع فشفافية الضمانات تظهر من خلال إشهارها ، وهذا يسمح بتدارك التنازع بين المستفيدين من الضمان .

-**مبدأ عدم التعسف في استخدام الحق:** وهو مبدأ معروف في القواعد العامة(م 41 من القانون المدني) فعلى البنك باعتباره دائنا لا يتعسف في استعمال حقه في طلب الضمان .

وبهذا نكون قد توصلنا إلى إيضاح كل من مفهومي التأمين والضمان ، وهذا هو تبريرنا للاحتفاظ بمصطلح الضمانات عوض التأمينات. والتي قمنا بتصنيفها إلى صنفين: الضمانات الشخصية والضمانات العينية.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Pierre , crocq , op.cit ,p223 « les garanties de paiement sont des avantage spécifiques a un ou plusieurs créanciers dans la finalité est de supplier a l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution ».

Dominique , Legeais , op.cit , p8,9.

⁽²⁾ راجع في ذلك:

فالضمانات إما أن تكون شخصية بإضافة التزامات شخصية أخرى إلى جانب إلتزام المدين الأصلي (الفصل الأول)، وإما أن تكون ضمانات عينية بترتيب حق عيني على مال أو عدة أموال مملوكة للمدين أو لشخص آخر (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الضمانات الشخصية

الضمانات الشخصية هي التزامات شخصية تضاف إلى التزام المدين الأصلي ، تعطي للدائن حق المطالبة بدفع الدين اتجاه شخص أو عدة أشخاص غير المدين الأصلي إضافة إلى حق الدائنية الذي يتمتع به الدائن اتجاه المدين ، يكون له حق دائنية (حق شخصي) اتجاه شخص آخر يسمى الضامن والضمانات الشخصية تحتل أهمية كبيرة في توفير الحماية للبنك الدائن بالمقارنة مع الضمانات العينية وذلك لعدة أسباب أهمها أن : المؤسسات التجارية نادرا ما تكون مالكة لعقارات وذلك لعدة اعتبارات محاسبية وضريبية.

وكذلك فإن الحصول على تأمين عيني في الوقت الحاضر يستلزم غالبا بعض الشكليات الطويلة والمكلفة ، والتجارة بحاجة ماسة إلى السرعة والتبسيط وفي مقابل ذلك نجد أن الضمانات الشخصية سهلة ومرنة ، ويمكن الحصول عليها من المؤسسات المالية التي تملك قدرات مالية جيدة.

وتتمثل الضمانات الشخصية في التأمينات الشخصية المنصوص عليها في القانون المدني (الكلاسيكية) وأهمها الكفالة وكذا الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية.

ولكن الممارسة الحديثة فتحت المجال أمام ضمانات شخصية أخرى كفيلة بتحقيق الحماية للبنك وذلك طبقا للحرية التعاقدية وللتخفيف من جمود التأمينات الكلاسيكية وصرامة قواعدها ونجد من بين هذه الضمانات تلك المشتقة من الكفالة والمتمثلة في الضمانات المستقلة وخطاب الضمان ، كما نجد أيضا تقنية التأمين التي استعملت كضمان لحماية البنك الدائن. وعلى هذا الأساس فإن دراستنا تنقسم إلى كل من الضمانات الشخصية التقليدية (المبحث الأول) والضمانات الشخصية الناشئة عن الممارسة (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

الضمانات الشخصية التقليدية

تتمثل الضمانات الشخصية التقليدية في الكفالة التي تعتبر تأمين شخصي نظمه المشرع بأحكام خاصة ضمن القانون المدني بصفة واضحة ومفصلة ، رغم أن هناك أنظمة أخرى يمكن اعتبارها تأمينات شخصية (كعدم تجزئة الدين ، الإنابة الغير الكاملة ، الدعوى المباشرة ، التضامن...الخ) وهي معروفة في القواعد العامة ونستبعدا من مجال دراستنا ونقتصر على الكفالة (المطلب الأول) ، إلى جانب ضمان شخصي آخر مجاله الأوراق التجارية ومنظم بموجب القانون التجاري يتمثل في الضمان الاحتياطي (المطلب الثاني)

المطلب الأول

الكفالة (النموذج الأمثل للضمانات الشخصية التقليدية)

تعد الكفالة أحسن نموذج للضمانات الشخصية التقليدية (التأمينات الشخصية) وهي من أكثرها انتشارا في المجال البنكي ، وذلك لقلة تكاليفها وبساطة إنشائها ، الذي يقتصر على توقيع عقد عادي دون اللجوء إلى الشكليات والإجراءات الطويلة والمعقدة التي تخضع لها الضمانات الأخرى.

والكفالة في المجال البنكي لا تخرج عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني ، رغم أنها تستمد بعض القواعد من الممارسة العقدية ، طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية وكذا من الالتزامات المضمونة التي تعد عمليات بنكية تخضع لتقنيات وميكانزمات خاصة. وسنقوم دراسة هذه الضمانة من خلال التعرض لكل من مفهومها (الفرع أول) وصحة ومدى التزام الكفيل (الفرع الثاني) وأخيرا إلى تنفيذ الكفالة وتحلل الكفيل من التزامه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الكفالة:

وسوف نتعرض إلى مفهوم الكفالة من خلال تعريفها وبيان خصائصها (أولا) وأنواعها (تصنيفاتها) (ثانيا).

أولا: تعريف الكفالة وخصائصها:

1-تعريف الكفالة: لقد تعرض المشرع للكفالة بالرجوع إلى نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري الذي يقر بأن « الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد الدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف له المدين نفسه».

ومن خلال هذا التعريف يمكننا استخلاص المميزات أو الخصائص الأساسية للكفالة.

2-خصائص ومميزات الكفالة: فالكفالة هي عقد ملزم لجانب واحد وكذلك هي عقد تباعي.

أ-الكفالة عقد ملزم لجانب واحد: الكفالة لا تنتج إلا التزاما أصليا وهو التزام الكفيل اتجاه الدائن⁽¹⁾ ، وهذه الخاصية لا تمنع من وجود التزامات على عاتق الدائن فهناك بعض القوانين تلقي التزاما على عاتق الدائن بتقديم معلومات خاصة بحالة المدين الأصلي للكفيل وهذا الالتزام⁽²⁾ لا يعد التزاما مقابلا لالتزام الكفيل ولا يحمي صفة الالتزام الملزم لجانب واحد.

ب-الكفالة عقد تابع (عقد تباعي): فالتزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي ويترتب على هذه التبعية أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين(م652 ق.م.ج).

وكذلك فإن التزام الكفيل يكون في حدود الالتزام المكفول فلا يجوز أن يكون التزامه بمبلغ أكبر أو بشرط أشد ، ولكن يجوز أن يكون بمبلغ أقل وبشروط أخف(م652 ق.م.ج) كما يترتب على صفة التبعية ، أن الكفيل يستطيع التمسك بالدفع التي للمدين الأصلي وإذا بطل الالتزام الأصلي فإن التزام الكفيل يسقط ، كما لا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مضافا لأجل.

ولكن إلى أي مدى يمكن العمل بهذه الخاصية في المجال البنكي؟ إن خاصية التبعية ليس لها قيمة مطلقة في المجال البنكي ، لأن البنوك تضع بعض الشروط في عقد الكفالة تجعل التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي وذلك تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية (سوف نتطرق لهذه الشروط لاحقا).

ووفقا لهذه الخصائص يمكننا أن نحدد أنواع الكفالة.

ثانيا: تصنيفات الكفالة:

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Jean paul , Branlard , Droit du crédit , Paris :A engende , 4^{ème} édition , 1997 , p 58.

⁽²⁾ راجع في ذلك: M.Remilleret , les sûretés du crédit , Paris –clet édition Banque , 1983. P48.

هناك عدة أنواع من الكفالة يمكن أن نصنفها وفقا لثلاثة معايير أساسية ، فنفرق أولا بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية ، وبين الكفالة المدنية والكفالة التجارية وأخيرا بين الكفالة البسيطة والكفالة التضامنية .

1-الكفالة الشخصية والكفالة العينية: إن دراستنا تنصب على الكفالة الشخصية لأننا بصدد دراسة الضمانات الشخصية ولكن هذا لا يمنع من التفرقة بينهما .

فالكفالة الشخصية ترد على جميع الذمة المالية للكفيل عكس الكفالة العينية التي هي تأمين عيني (رهن رسمي أو حيازي) يقدم من طرف شخص آخر غير المدين الأصلي ، فقد احتفظ بمصطلح الكفالة لأن الضمان مقدم من طرف شخص غير ملتزم بالدين.

والكفالة العينية تختلف عن تطبيق تعاقد آخر الذي يقوم فيه الدائن بالجمع بين الكفالة والتأمين العيني فإذا لم تكفي الأموال الناتجة عن بيع الضمان المخصص كتأمين عيني للوفاء بما يستحقه الدائن فإنه لهذا الأخير أن ينفذ على أموال الكفيل الأخرى .ولكن الكفالة لعينية تكون محددة فقط بالمال المقدم من الكفيل والمرهون رهنا رسميا أو حيازيا ، فالكفالة العينية تصنف ضمن التأمينات المختلطة وهي تشكل ضمانا شخصية من جهة وضمنا عينية من جهة أخرى لأن النظام القانوني المطبق على هذا النوع من الكفالة غير محدد نظرا لعدم معالجته من قبل المشرع ، فالقانون المدني لم يحدد أية قواعد خاصة تطبق على هذه الكفالة وليس من السهل أن نصنفها في نوع محدد من الضمانات .

والفقه يرى بأن الكفالة العينية هي قبل كل شيء تأمين عيني ولكن هناك قواعد خاصة تطبق على هذه الضمانة بطبيعتها عقد كفالة مثل تلك الخاصة بالتكوين والانقضاء وفي نفس الوقت نكون بحاجة إلى أحكام التأمين العيني الخاصة بالرهن(الرسمي أو الحيازي)⁽¹⁾.

2-الكفالة المدنية والكفالة التجارية: إن الكفالة بالنسبة للكفيل مدنية حتى ولو كان الكفيل تاجرا ولو كان الدين المكفول تجاريا ، وذلك طبقا لنص المادة 651 من القانون المدني « تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا» .

فلا يمكن تطبيق خاصية التبعية هنا لأن الكفالة لا تتبع الالتزام المضمون إذا كان تجاريا ، فالطابع التجاري للكفالة لا يستمد من صفة التاجر التي يحملها الكفيل⁽²⁾.

D.Legeais , op.cit , p 24.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

غير أنه إذا كان الكفيل تاجرا ويحترف الكفالة بمقابل فهذا تكون الكفالة تجارية ومثال ذلك الكفالة البنكية التي تقدمها البنوك.

كما تعتبر الكفالة تجارية إذا تعلقت بدين ثابت في ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا وذلك طبقا لنص المادة 651 في فقرتها الثانية (من القانون المدني) « غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضامنا احتياطيا ، أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا».

وقد أضاف القضاء حالة أخرى تعتبر فيها الكفالة تجارية وهي كون الكفيل له مصلحة شخصية ذات طبيعة مالية في العملية التي تدخل من أجل كفالة الدين الناشئ عنها⁽³⁾. فالمصلحة تفترض عندما يكون الكفيل في نفس الوقت مسير أو مدير للشركة المكفولة ، وهذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها⁽⁴⁾.

وتظهر أهمية التفرقة بين الكفالة التجارية والكفالة المدنية من خلال الإثبات ، فإثبات الكفالة التجارية يكون بكافة طرق الإثبات ، عكس الكفالة المدنية لا تثبت إلا بالكتابة.

ومن جهة أخرى فإن التضامن مفترض في الكفالة التجارية بينما الكفالة المدنية لا يفترض فيها التضامن إلا باتفاق الأطراف على ذلك(ما عدا بالنسبة للكفالة القانونية والقضائية).

3-الكفالة لبسيطة والكفالة التضامنية: قد يكون التزام الكفيل بسيطا فعندها يجب على الدائن الرجوع على المدين قبل رجوعه على الكفيل وعلى الدائن إثبات أنه حاول الحصول على حقه من المدين بكل الوسائل الممكنة لكن بدون جدوى ، وأن الجزء الذي لم يحصل عليه لم يكن نتيجة تقصير منه.

⁽²⁾ راجع في ذلك: Christian , Gavalda , Gilbert , parliani , Le cautionnement , (fax, 740 , 1988) J.C.P Banque et crédit , 1997 , p 3 (Cass.Cam , 25 mars 1997).

⁽³⁾ راجع في ذلك: Cass,Com ,29 janv 1991 (op.cit ,Yuris.class p3 ,CA ,Paris ,1^{er} ch , sect .urgences , 22 avril 1992)

⁽⁴⁾ راجع في ذلك: Revue de droit bancaire et financier , 1^{ere} année n°5 septembre/octobre 2000 , p 257 . cass , 18 janv2000 .« Le cautionnement n'a un caractère commercial que si l'associé caution a un intérêt patrimonial direct dans l'entreprise financée » .

ولكن قد يكون التزام الكفيل قد تضامنيا مع المدين الأصلي وبالتالي يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بتجريد المدين الأصلي من أمواله أولا قبل التنفيذ على أموال الكفيل وكذا عن حقه في التقسيم في حالة تعدد الكفلاء.

فيكون للدائن في هذه الحالة أن يرجع على أي واحد من الكفيل أو المدين الأصلي ويطالبه بالوفاء بالدين.

وفي المجال البنكي نجد أن الكفالة الأكثر انتشارا هي الكفالة التضامنية ، وذلك نظرا لما توفره من حماية للبنك المانح للقرض ، وكون الكفالة التضامنية تسبب أضرارا للكفيل فإنه يجب أن يكون هناك اتفاق صريح أو ضمني بين الكفيل والبنك الدائن باعتبار أن الكفالة تضامنية وذلك لتفادي البنك كل نتيجة تهدف إلى حماية الكفيل لأنه في حالة الشك تعتبر الكفالة بسيطة وليست تضامنية.

الفرع الثاني: التزام الكفيل: صحته ومداه:

باعتبار أن عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فإنه يفترض وجود التزام على عاتق الكفيل، وسوف نتطرق إلى صحة هذا الالتزام (أولا) ثم إلى مداه (ثانيا).

أولا: صحة التزام الكفيل:

الكفالة ككل العقود يشترط لانعقادها توفر الشروط الموضوعية العامة المتمثلة في التراضي ، الأهلية ، المحل والسبب ، أما بالنسبة للشروط الشكلية فإن المشرع لم يحدد شروط معينة⁽¹⁾.

1- التراضي والأهلية:

أ- التراضي: تنعقد الكفالة بتراضي كل من الكفيل والبنك الدائن وقد يكون التراضي صريحا أو ضمنيا (م60 من القانون المدني) ولا صعوبة في تطبيق ذلك على إرادة البنك ،

⁽¹⁾ بالنسبة للقانون الفرنسي هناك شروط شكلية للكفالة كوضع العبارة الخطية التي تفيد قبول الكفيل للكفالة.

فيجوز أن يكون رضاه بالكفالة صريحا أو ضمنيا.

أما بالنسبة للكفيل ، ونظرا لخطورة التزامه فإن بعض التشريعات تشترط أن يكون الكفيل صريحا⁽²⁾.

أما القانون الجزائري فإنه لم ينص على ذلك مع أن المنطق يفرض حماية الطرف الضعيف في العقد وهو الكفيل ، ولا يمكن أن يلتزم بالتزام خطير دون أن يكون موافقا على ذلك صراحة.

هذا بالنسبة لوضوح التراضي ، أما بالنسبة لصحة لتراضي فإنه يشترط أن يكون غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة ، كالغلط والتدليس والإكراه ، فقد تكون هذه العيوب سببا لإبطال عقد الكفالة ، لذلك من الواجب تفادي مثل هذه العيوب وبالتالي تفادي إبطال عقد الكفالة وسنقوم باستعراض هذه العيوب فيما يلي:

***الغلط:** الغلط الذي يمكن للكفيل التمسك به لإبطال الكفالة هو الغلط الجوهرى ، وقد عرفه المشرع من خلال المادة 82 من القانون المدني« يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط».

والغلط بهذا المعنى أنواع ، فقد يكون في سبب الالتزام ، وهنا يستدعي تحليل نفسي للكفيل وتصرفه ، وكذا النية المشتركة للطرفين وقد يكون الغلط في امتداد الضمان المقدم للدائن كما هو الأمر في القضية الصادر بشأنها قرار عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2 ماي 1989 أين وجد عدة كفلاء للمدين وبعد ذلك فقد أحدهم⁽¹⁾.

وكذا الغلط الذي يقع فيه الكفيل بشأن امتداد الضمانات المقدمة للبنك ، والتي كانت السبب في التزامه باعتبار أنه كان يعتقد أن البنك الدائن يستفيد من رهن مقيد في المرتبة الثانية بينما

هو مقيد في الرابعة وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا بتاريخ 01 جويلية 1997 تقضي فيه بإبطال الكفالة للغلط⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك هناك الغلط في الوضعية المالية للمدين كجهل الكفيل بإعسار المدين ، وقد اتخذت محكمة النقض الفرنسية موقفا متشددا من إبطال الكفالة وقضت في قرار صادر بتاريخ 25 أكتوبر 1977 بأن الكفيل لا يمكنه أن يتحلل من التزامه بإبطال الكفالة للغلط

(2) المادة 2015 من القانون المدني الفرنسي.

بخصوص إعسار المدين ، إلا إذا أثبت أن هناك شرط يسر المدين في عقد الكفالة ، وأنه لو كان يعلم حالة إعسار المدين ما أقدم على إبرام العقد ، ويجب أن يثبت كذلك أن البنك على علم بوضعية المدين وأن الكفيل التزم لأنه يظن بأن المدين في حالة يسار.

وقد قاوم الفقه وقضاه الموضوع هذا الموقف المتشدد لمحكمة النقض الفرنسية ، فحسب الأستاذ (Simler) فإن تسبب محكمة النقض لا يترك مجالا للتردد ، لأننا لا نتصور أن يضع الكفيل إعسار المدين الأصلي كشرط صريح لالتزامه باعتباره أن ذلك يقيم شكاً في ذهن البنك عن يسار المدين وبالتالي خطر عدم قبوله منح القرض⁽³⁾.

وحسب الأستاذ (Ance) فإنه إذا كان الكفيل قد التزم بالكفالة وهو يعتقد أن المدين الأصلي في حالة مالية جيدة بينما هو في الحقيقة غير كذلك ، فبدون شك يضطر الكفيل للوفاء في مكان المدين ، وعوض أن يأخذ على عاتقه التزام احتياطي لتغطية إعسار محتمل ، يصبح مدين (دون أن يعلم) ملتزم بالتزام أصلي بدفع دين الغير.

فالكفيل الذي يكتشف هذه الوضعية يحاول التخلص من التزامه بأن يدفع بأنه لو كان يعلم الحقيقة منذ البداية لما أقدم على إبرام عقد الكفالة.

ولكن القضاء لا يقبل إبراء الكفيل إلا إذا أثبت أن يسار المدين وضع كشرط لالتزامه ، وهذا التحفظ نظري يصعب تطبيقه في المجال العملي لأنه لا يوجد مثال أين يكون الكفيل قد قدم مثل هذا الإثبات⁽¹⁾.

ولكن علم الكفيل بحالة المدين ومدى التزامه يقلل من إمكانية تمسكه بالغلط للتحلل من الكفالة ، كأن يكون الكفيل مسيراً أو مديراً للشركة المكفولة ، أو زوجاً للمكفول مثلاً.

*** التدليس:** طبقاً لنص المادة 1/86 من القانون المدني الجزائري « يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم الطرف الثاني العقد».

فمن هنا يظهر أن التدليس يشتمل على عنصرين: عنصر مادي يتمثل في الحيل وهي الطرق التي يلجأ إليها المدلس لإخفاء الحقيقة ودفع المدلس عليه لإبرام العقد ويجب أن تكون هذه الوسائل والطرق أيا كان نوعها كافية لتظليل الكفيل ، وفعالية الحيل كما نعلم تقدر بمعيار ذاتي ، حيث يرجع القاضي إلى الحالة النفسية ، الظروف الخاصة بالمتعاقد المدلس عليه.

و كذلك لا بد من عنصر معنوي إلى جانب العنصر المادي ، ونقصد بالعنصر المعنوي نية التظليل والخداع وسوء النية عند المدلس وتتحقق هذه النية بمجرد علم المدلس بأن كتمان الأمر سوف يفسد رضاء الطرف الثاني ، وذلك ما أقرته محكمة النقض الفرنسية بقرار لها صادر بتاريخ 8 ديسمبر 1987 (الغرفة التجارية) تقضي فيه بأن الكفيل لكي يتحلل من التزامه بإبطال الكفالة لعيب التدليس يجب أن يثبت بأن البنك كان على علم بالوضعية المالية السيئة للمدين الأصلي وقت إبرام عقد الكفالة (2).

ولكن الكفيل لا يمكنه التمسك بالتدليس لإبطال الكفالة إذا كان بإمكانه معرفة وضعية المدين ومثال ذلك الشريك أو المدير للشركة المكفولة وذلك وفقا لما قضت به محكمة النقض الفرنسية (الغرفة التجارية) بواسطة القرار الصادر في 3 مارس 1993 " بأن الكفيل كان يحتفظ بصفته كمدير للشركة المكفولة وقت إبرام الكفالة وبالتالي لا يمكن أن يدفع بجهله للصعوبات المالية التي تعرفها الشركة "(2).

وقد صدر قرار آخر عن محكمة النقض الفرنسية (الغرفة التجارية) بتاريخ 26 ماي 1992 بأن هناك تدليس من طرف البنك الذي لم يذكر بصفة واضحة وصريحة في عقد الكفالة الهدف من الالتزام وأخفى ذلك على الكفيل(1).

ولكن نتساءل عما إذا كان يمكن اعتبار السكوت تدليسا؟

أجاب المشرع عن ذلك في المادة 2/86 من القانون المدني الجزائري « يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ».

Ph , Hegner , op.cit , p 63.

Ph , Hegner , op.cit , p 61.

(1) راجع في ذلك:

(2) راجع في ذلك:

C ,Gavalda , G,parliani , J.C.P , op.cit , p1.

(1) راجع في ذلك:

فأقر المشرع في بعض الحالات الالتزام بالإفضاء على عاتق أحد المتعاقدين ، الشيء الذي يسمح باستنتاج حالة التدليس من السكوت العمدي ، والقاعدة هي أن السكوت العمدي أو الكتمان يعد تدليسا كلما رتب المشرع أو المتعاقدان التزاما بالإفضاء على عاتق أحدهما أو كلاهما ، فالالتزام بالإفضاء هو الذي يجعل السكوت العمدي تدليسا ، فهل يوجد نص يلزم البنك بإخبار الكفيل عن حالة المدين المالية؟.

لم ينص المشرع لا في قانون النقد والقرض ولا في نص خاص على هذا الالتزام ، وقد نتساءل عن الحل في هذا المجال ، وهل يعتبر سكوت البنك رغم عدم وجود التزام بالإفضاء مرتكبا لتدليس يجعل رضاء الكفيل معيبا؟.

والبنوك كي تتفادى هذه الوضعية تضع شرطا في عقد الكفالة يقضي بأن الكفيل يعفي البنك من إخباره بالعوارض والمستجدات التي يمكن أن تلحق بالحالة المالية والقانونية للمدين أو كفيل آخر⁽³⁾.

وحسب الأستاذ علي جمال الدين عوض فإن الكفالة تختلف عن عقد التأمين الذي يركن فيه كل طرف إلى حسن نية الطرف الآخر في إبرامه وتنفيذه ، فإن الأصل الذي يجب مراعاته أن البنك ليس عليه أن يحيط الكفيل علما بالظروف الداخلية للعملية ولا بتطور سيرها ولا بمركز العميل ، لأن هذا شأن الكفيل فعليه أن يستعلم بنفسه عن ذلك ، ولأن البنك (حتى ولو سئل) ملزم بالمحافظة على هذه المعلومات متى توفر فيها وصف سر المهنة ، وهو وضع غالب ، ولذلك فهو يسأل أمام العميل إذا اطلع الكفيل على تفاصيل وظروف سر حسابه.

فلا يمكن إبطال التزام الكفيل لأسباب خاصة برضاه هو في عقد الكفالة باعتبار أن البنك أخفى وضعية المدين السيئة فليس للبنك أن يكشف هذا الوضع للكفيل ، كما أنه ليس له أن يتخذ وسيلة لإخفائه ولا لإظهار العميل بمركز كاذب ويترك الكفيل يستعلم بنفسه ، فإن أخفى ذلك بوسائل إيجابية كان ذلك غشا يستلزم إبطال الكفالة⁽¹⁾.

وعلى العكس من ذلك نجد أن المشرع الفرنسي وضع على عاتق البنك التزاما بإخبار الكفيل عن حالة المدين⁽²⁾.

⁽²⁾ راجع في ذلك: Ph , Hegner , op.cit , p 61. ⁽³⁾ أنظر النموذج الخاص بعقد الكفالة في الملحق 2 .

⁽¹⁾ راجع في ذلك: جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية و ضماناتها، المرجع السابق ، ص 314 ، 315.

⁽²⁾ راجع في ذلك: Loi du 1^{er} mais 1984 , At 48 , Information annuelle de la caution.

وفي حالة سكوته يعد مرتكبا لأفعال تدليسية تسمح للكفيل بطلب إبطال الكفالة لغيب التدليس⁽³⁾.

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة قرارات بهذا الشأن تبطل فيها الكفالة لغيب التدليس الذي يشوب رضاء الكفيل نظرا لإخفاء البنك حالة المدين المالية وعدم تعاقد بحسن النية.

وهناك عدة أمثلة من بينها القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 فيفري 1997 قضت فيه بعدم احترام البنك لالتزامه بالتعاقد بحسن نية وارتكابه تدليسا بإخفائه متعمدا الحالة المالية السيئة للمدين⁽⁴⁾.

وكما نعلم فإن التدليس يمكن أن يصدر من المتعاقد أو من الغير وهذا طبقا لنص المادة 87 من القانون المدني الجزائري « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم بهذا التدليس».

فمن خلال هذا النص نجد أن المشرع أقر التدليس الصادر من الغير ولكن لإبطال العقد يجب أن يكون المتعاقد على علم به أو كان باستطاعته أن يعلم ذلك.

ولكن هل يعتبر المدين في عقد الكفالة من الغير؟.

بالمفهوم الضيق يعتبر المدين من الغير لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة الذي يبرم بين البنك والكفيل ، وحسب محكمة النقض الفرنسية ليس هناك مجال للبحث عن وجود أو عدم وجود تدليس من طرف الغير بمناسبة إبرام عقد آخر حتى وإن كان الكفيل قد التزم نتيجة لهذا العقد الأخير ويستثنى من ذلك حالة اشتراك المدين الأصلي مع البنك الدائن في التدليس واستعمال البنك لوثائق غير صحيحة⁽¹⁾.

***الإكراه:** قد يكون رضاء لكفيل مشوبا بغيب الإكراه ولكن في المجال البنكي لا نجد أمثلة كثيرة عن الإكراه ، فنذكر فقط بعض الأمثلة الواردة عن القضاء الفرنسي كالقرار الصادر

⁽³⁾ راجع في ذلك: Revue de droit bancaire et financier , 1^{ère} année n°5 , septembre/octobre 2000 , p 298.

Cass , 1^{ère} civ , 20 juin 2000 « la caution ne peut obtenir une annulation de cautionnement pour dol que si elle établit que le créancier lui a sciemment dissimulé des information en sa possession ».

⁽⁴⁾ «Manque à son obligation de contracter de bonne fois et commet ainsi un dol par réticence , la banque qui , sachant que la situation de son débiteur et irrémédiablement compromise». la

C ,Gavalda , G,parliani , J.C.P , op.cit , p3.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 ماي 1991 الذي يقضي بإبطال الكفالة لوجود إكراه معنوي من قبل مسير الشركة لحصوله على كفالة زوجته⁽²⁾.
وقد جاء هذا القرار لينقض قرار محكمة الاستئناف المؤرخ في 19 ماي 1989 الذي يؤكد فعالية الكفالة باعتبار أن الكفيلة قد التزمت على علم بسبب الكفالة دون أن تكون في حالة إكراه وفي حالة صحية غير جيدة وفي قرار آخر صادر في 23/06/1992 رفضت محكمة النقض الفرنسية دعوى المسيرين للشركة المكفولة بإبطال الكفالة لعيب الإكراه والدين ادعوا بأن الدائن يعلم وضعية الشركة المعرضة للخطر واستعمل وضعه الاقتصادي المهيم لإلزام المسيرين بإمضاء عقد الكفالة⁽³⁾.

ب-الأهلية: إن الأهلية بالنسبة للبنك والمؤسسات المالية هيأت نظمها المشرع بموجب قانون النقد والقرض وحدد لها الإطار اللازم لممارسة مهامها.
ولكن المشكل يثور بالنسبة للكفيل الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كالشركات التجارية والمدنية والكفالة المقدمة من البنوك.

فما هي الأهلية اللازمة لإبرام عقد الكفالة بالنسبة لكل حالة من هذه الحالات؟
***الكفيل شخص طبيعي:** إذا كان الكفيل شخصا طبيعيا فإما أن يقدم كفالته متبرعا ، وعندها يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع ، وعلى ذلك لا يجوز للقاصر والمحجوز عليه أن يكفل متبرعا وإلا كانت الكفالة باطلة⁽¹⁾.

وأما أن يكفل بمقابل ، سواء كان المقابل من المدين أو من الدائن ، وهذا نادر ، فتجب في الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، ولا يجوز للقاصر أو المحجوز عليه أن يبرم عقد

⁽²⁾ راجع في ذلك: Ph , Hegner , op.cit , p 60. « En statuant alors qu'il resultait de l'ensemble des circonstances constatées par l'arrêt que (la caution) qui avait d'abord refusé de signer lacté , pour finir par s'y résoudre , n'avait d'une violence morale , la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ».

لك
⁽³⁾ راجع في ذلك: Ph , Hegner , op.cit , p 77.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: السنهاوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 80 .

كفالة لأنه لا يملك أهلية التصرف وقد يملك أهلية الإدارة ، ولكن الكفالة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، وإذا كفل كانت الكفالة قابلة للإبطال إلى أن تجاز (2).

***الكفيل شخص معنوي:** وفي هذا المجال سوف نتطرق إلى أهلية كل من الشركات التجارية ، الشركات المدنية ، البنوك والتي تقدم كفالتها كضمان للقرض الممنوح من البنك الدائن.

-الشركات التجارية: بصفة عامة فإن الكفالة المقدمة من الشركات التجارية يجب أن تدخل بصفة مباشرة أو غير مباشرة ضمن هدف الشركة الاجتماعي وكذا نشاطها التجاري. والقصد من الغرض الاجتماعي للشركة يجب أخذه بالمفهوم الواسع ، فيمكن أن يفهم منه المصلحة المستقبلية للشركة وليس المصلحة الحالية فقط ، وكذلك المصلحة غير المباشرة (3) كما أن هناك بعض الحدود والشكليات الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات يجب أن تحترم عند إبرام الكفالة .

ويجب على البنك أن يسهر على مراقبة مدى احترام الكفالة لهذه الشكليات الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات ويحرص كذلك على أن تدخل الكفالة ضمن موضوع الشركة وهدفها الاجتماعي وذلك لتفادي النتائج المترتبة عن عدم تحقق ذلك (طلب الكفيل إبطال الكفالة). فما هي هذه الحدود والشكليات؟.

-بالنسبة لشركة التضامن: إن الشركاء في شركة التضامن تكون لهم صفة التاجر ، وهم مسؤولين بصفة متضامنة من غير تحديد عن ديون الشركة (م 551 من القانون المدني الجزائري) ، وبالتالي هم مسؤولون اتجاه الغير في كل ذمتهم المالية شخصيا وتضامنيا. ولذلك فإن سلطات الاقتراض ، إبرام الكفالة ... الخ يجب أن يتفق عليها بصفة محددة وصريحة بإجماع الشركاء لأنها تجاوز السلطات المعترف بها للمديرين (م 556 ق.م.ج) وتكون الشركة ملزمة بما يقوم به المديرين من تصرفات تدخل في موضوع الشركة ، وذلك في علاقاتها مع الغير (م 535 ق.م.ج)

(2) بالنسبة لأهلية الشخص الطبيعي نجد أن القانون الفرنسي ضمن قانون 23 ديسمبر 1985 يفرض في حالة الكفالة المقدمة من أحد الزوجين للغير (في إطار النظام المالي المشترك للزوجين) الموافقة المسبقة ورضاء الزوج الآخر بالكفالة.

(3) راجع في ذلك: Patrice , bou teiller , Français , Ribay , droit bancaire pratique ,Paris , L'épargne (3) راجع في ذلك: 1991 , p6.

-الشركة ذات المسؤولية المحدودة:تتكون الشركة ذات المسؤولية المحدودة كما نعلم من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموه من حصص (م 564 من القانون التجاري الجزائري).

ويكون الشركاء مسؤولين بالتضامن اتجاه تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة ، ويجب أن تكون حصص الشركاء إسمية ، و لا يمكن أن تكون ممثلة في سندات قابلة للتداول .

ويدير الشركة شخص أو عدة أشخاص طبيعيين ويجوز اختيارهم خارج الشركاء. ويحدد القانون الأساسي سلطات المديرين في العلاقات بين الشركاء ، وعند سكوت لقانون الأساسي تحددها (م 554 من القانون التجاري)(أي القيام بكافة أعمال الإدارة لصالح الشركة).

وفي العلاقات مع الغير ، للمدير أوسع الصلاحيات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة من دون إخلال بالسلطات التي يمنحها القانون صراحة للشركاء ، فإن الشركة ملزمة بتصرفات المدير التي لم تدخل في نطاق موضوع الشركة ما لم تثبت أن الغير كان عالما أن التصرف يتجاوز ذلك نظرا للظروف وذلك بقطع النظر أن نشر القانون الأساسي كاف وحده لتكوين ذلك الإثبات.

فالكفالة المقدمة من طرف الشركة ذات المسؤولية المحدودة حتى وإن كانت خارج موضوع الشركة ، فإن هذه الأخيرة ملزمة بها ، إلا إذا أثبتت مثلا أن البنك(الغير) كان يعلم بأن التصرف بإبرام الكفالة يتجاوز نطاق موضوع الشركة.

ولكن هناك من يعتبر أن البنك ليس غيرا عاديا عادي لأنه ملزم بالتأكد قبل قبول الكفالة من أنها مطابقة لموضوع ومصلحة الشركة⁽¹⁾.

-شركة ذات الأسهم: شركة المساهمة هي شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم ، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم(م 592 من القانون التجاري).

ويخول مجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم الشركة ، ويمارس هذه السلطات في نطاق موضوع الشركة.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Michel , Matieu , l'exploitant bancaire et le risque crédit , Revue Banque éditeur , 1995 ,p 201

وتلتزم الشركة في علاقتها مع الغير حتى بأعمال مجلس الإدارة التي لا تتصل بموضوع الشركة ، إلا إذا أثبتت أن الغير كان يعلم بأن العمل تجاوز هذا الموضوع ، أو كان لا يستطيع أن يجهله مراعاة للظروف ، ومن المستبعد أن يكون نشر القانون الأساسي وحده كافيا لإقامة هذه البينة.

ويجوز لمجلس الإدارة أن يأذن لرئيسه أو المدير العام حسب الحالة بإعطاء الكفالات أو الضمانات الاحتياطية أو الضمانات باسم الشركة في حدود كامل المبلغ الذي يحدده. ويمكن أن يحدد كذلك في الإذن عن طريق الالتزام ، مبلغا لا يمكن أن تتجاوزه قيمة الكفالة أو الضمان الاحتياطي أو الضمان التي تعطيها الشركة ، وإذا تجاوز الالتزام إحدى المبالغ المحددة على الشكل المذكور ، يجب الحصول على إذن مجلس الإدارة . وإذا أعطيت الكفالات أو الضمانات الاحتياطية أو الضمانات لمبلغ إجمالي يتجاوز الحد المعين للمدة الجارية ، فإن التجاوز لا يحتج به على الغير الذي لا علم له بذلك. وهذه السلطات التي يمنحها مجلس الإدارة تنشر في شكل إعلانات قانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ويبدأ الاحتجاج بها على الغير ابتداء من هذا النشر. (م 624 من القانون التجاري الجزائري).

-الكفالة المقدمة من الشركات المدنية: إن حصص الشركاء في الشركة المدنية تقتض أنهما متساوية القيمة(م 419 ق.م.ج)

وإذا استغرقت الديون أموال الشركة كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ،كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بنسبة أخرى. وعلى كل حال يكون لدائني الشركة الحق في مطالبة الشركاء بقدر الحصة التي خصصت له في أرباح الشركة ، ولا تضامن بين الشركاء فيما هم مسؤولين عنه من ديون الشركة إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

وللشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في نطاق الشركة العادي بشرط أن تكون هذه الأعمال خالية من الغش.

وبالتالي الكفالة يجب أن تكون مرخصا بها باتفاق جماعي

- للشركاء إذا كان الكفيل شريك أو عدة شركاء

- ترخيص للجمعية العامة إذا كان الكفيل مدير

- الحصول على إذن المجلس إذا كان الكفيل ممثلاً لهذا المجلس .

وللشركة المدنية عدة أشكال كالجمعيات والتعاونيات بأنواعها (العقارية ، الفلاحية... إلخ).

ولكل منها قانون خاص ينظمها والذي يهمنها هو أن نلفت الإنتباه أن عدم مراقبة البنك لمدى احترام الكفالة لهذه القواعد والحدود يمكن أن يؤدي إلى فقدان هذه الضمانة وما يترتب عن ذلك من نتائج على ميزانية البنك.

-الكفالة المقدمة من طرف البنوك(الكفالة البنكية):

إن حدود فعالية الكفالة غير البنكية (حتى وإن كانت تضامنية) جعل من الكفالة البنكية ضماناً أكثر فعالية ، كون البنك في حالة يسر دائم ومستعد للوفاء في حالة عدم دفع المدين الأصلي وهذا يفرض ثقة الدائن الذي يضع ثقته في البنك الذي لا ينمّح كفالاته إلا إذا كان المدين أهلاً لذلك.

والكفالة البنكية تكون تجارية دائماً وبالتالي تخضع لأحكام القانون التجاري ، فالبنك يقوم بتقديم الكفالة على وجه الاحتراف ويتلقى مقابلاً عن ذلك.

وإبرام الكفالة البنكية يخضع للقواعد العامة ، ويجب أن توقع من الممثل الشرعي لبنك وتجب مراعاة أن يصدر التوقيع ممن له سلطة فيه وإلا كانت الكفالة غير نافذة على البنك.

وإذا وقع الكفالة عن البنك شخص ليست له هذه السلطة فما حكم هذه الكفالة بالنسبة للبنك؟

تعرضت لهذا السؤال محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1962 ، "قررت فيه أنه متى وقع مدير البنك كفالة بالرغم من أن النظام الأساسي للبنك لا يعطيه هذه السلطة فإن البنك يلتزم بهذه الكفالة ، ولو لم يكن قد صدر خطأ تسبب في اعتقاد الدائن أن للمدير هذه السلطة ، وما دام الدائن كان تعتقد بحق أن المدير يتصرف في حدود سلطاته المعتادة أي التي جرت بها العادة التجارية في ظروف مماثلة" (1).

أنواع الكفالات البنكية: إن المجالات التي تتدخل فيها البنوك إضافة إلى مجال القروض البنكية تقديم كفالاتها متعددة ومتنوعة نذكر من بينها

(1) راجع في ذلك: على جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية وضمائنها المرجع السابق ، ص 105 ، 106.

***في مجال الصفقات العمومية:ونجد:**

- **كفالة الاشتراك في المزايدة والمناقصة:** لمشاركة المؤسسات في المزايدات والمناقصات المتعاقدة كفالة بنكية.
- **كفالة إعادة التسبيقة:** لتمكين المستفيدين من صفقة عمومية من الحصول على سيولة مباشرة الأشغال بسرعة ، تمنح الإدارة لهذه المؤسسة التسبيقة مقابل ضمان بنكي يلتزم بموجبه البنك بكفالة إعادة زبونه لهذه التسبيقة إلى الإدارة المتعاقدة.
- **كفالة حسن التنفيذ:**الهدف من هذه الكفالة هو إعفاء بعض مؤسسات الأشغال من إيداع مبلغ الكفالة المشترطة لضمان تغطية النفقات التي يمكن أن تتحملها لإصلاح العيوب الناتجة عن سوء أداء المؤسسة لأعمالها.

***في مجال الجمارك:**

- **كفالة استخراج السلع:** وبواسطة هذه الكفالة يمكن للجمارك أن تسمح برفع المبلغ وخاصة منها الموجه للاستهلاك قبل دفع تخليص الرسوم وذلك دون تأثر الخزينة العمومية من هذا التأخير أو عدم احترام المتعامل الاقتصادي لالتزاماته لن البنك يحل محل هذا الأخير في تقصيره أو عجزه.
- **الكفالة على القبول المؤقت:**وهي كفالة تضمن الحقوق الجمركية المستحقة على سلع ليست مستوردة للاستهلاك بل لإعادة تصديرها إلى بلد معين ، ففي حالة عدم خروج هذه السلع من التراب الوطني في الأجل الممنوح من قبل الإدارة الجمركية تصبح هذه الحقوق مستحقة الدفع من المدين أو البنك الكفيل

***في المجال الجبائي:**وتسمح هذه الكفالات لعملاء البنوك بالحصول على مهلة لدفع ضرائب أو حقوق مستحقة لإدارة الضرائب.

***مخاطر الكفالة البنكية:**إن تدخل البنك الكفيل يقتصر ابتداء على مجرد إعاره توقيعه لصالح المدين ، فيكمل له الثقة التي يفتقر إليها لدى دائنه ، ولكن الأمر قد لا يقتصر على هذا التدخل لأن البنك قد يضطر إلى وفاء الدين المضمون إذ تخلف عن وفائه المدين المكفول .

وهذا الاحتمال يجب أن يأخذه البنك بعين الاعتبار عند تقديمه للكفالة ، فقبل منح الكفالة وكأي انتمان يقدمه البنك يجب أن تكون هناك دراسة مسبقة لمخاطر العملية في ذاتها ، وكذا

النظام القانوني للعملية وشروطها ومدتها والمبلغ المستثمر فيها ، وكذلك دراسة المركز المالي للمؤسسة أو الشركة التي تطلب كفالته ، والقروض والاعتمادات التي تحصلت عليها ، وكذا مدى وجود أو عدم وجود دائنين آخرين للمؤسسة ومدى ضماناتهم ومقدار ديونهم. ويولي البنك اهتماما كذلك لشخص طالب الكفالة من حيث إيساره وأمانته وكفاءته لأن الكفالة كما نعلم تقوم أساس على الاعتبار الشخصي. ولمواجهة هذه المخاطر يسعى البنك للحصول على ضمانات قد تكون شخصية أو عينية ، سواء كفالة مضادة مثلا⁽¹⁾ أو رهن رسمي أو حيازي ...إلخ.

2-المحل والسبب في الكفالة:

أ-المحل: إن محل الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الذي يعقده المدين المكفول ، وبما أن الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي ، فإنه يجب أن يكون هذا الالتزام المكفول موجودا وصحيحا ومشروعا ، وعلى ذلك نتساءل عن حكم كفالة الالتزام الباطل ، القابل للإبطال ، المستقبل ، المعلق على شرط؟.

***وجود المحل وصحته:**

- **كفالة الالتزام الباطل:** نظرا لارتباط الكفالة بالالتزام المكفول فإنها لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا (م 648 ق.م.ج) ويكون الالتزام المكفول باطلا إذا تخلف ركن من أركانه ، كالتراضي أو كان المحل غير مشروع أو غير معين أو كان السبب غير مشروع فهنا السؤال يطرح عما إذا كان يمكن التمسك بالتزام الكفيل في حالة بطلان الالتزام الأصلي؟ ، فإذا أبطل الالتزام الأصلي ينشأ عن ذلك إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد ، وبالتالي يقع على المدين في عقد القرض إرجاع المبالغ التي تحصل عليها من البنك ، فهل يبقى التزام الكفيل ضامنا لالتزام المدين بإرجاع القرض؟ مع أن العقد الأصلي باطل؟.

وقد رجح القضاء الفرنسي بقاء التزام الكفيل وذلك طبقا لقرار الصادر بتاريخ 2 نوفمبر 1994 باعتبار أن الكفالة لا تغطي الالتزامات التعاقدية (الناجمة عن العقد) فقط ، ولك أيضا ما يتبع البطلان⁽²⁾.

J.Mondina , Y ,Thomas , le droit du crédit ,Paris: dunod , 1992 ,p 96

⁽¹⁾راجع في ذلك:

وقد اعترض الفقه على موقف محكمة النقض لاعتبار أن التبرير الذي توصلت إليه هذه الأخيرة يعد إخلالا لخاصية تبعية الكفالة للالتزام المكفول باعتباره أن التزام الكفيل يعد صحيحا رغم بطلان الالتزام الأصلي.

فإذا كان بطلان عقد القرض ينتج عنه إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد والذي يفرض إرجاع الأموال المقترضة إلى البنك الدائن ، والتزام المدين بإرجاع القرض يجب أن نميزه بصفة دقيقة وواضحة عن الالتزام الأصلي ، فحقيقة محل كل من الالتزامين واحد ولكن يبقى أن لهما سببين مختلفين ، فسبب الالتزام الأول هو اتفاق القرض ، أما سبب الالتزام الثاني هو نتيجة قانونية عن البطلان ، والمدين هنا يلزم بالدفع الفوري مما ينتج عنه اختلاف كبير خاصة في نسبة الفوائد ، وكذلك في آجال الاستحقاق ، فلا يمكن تطبيق الآجال غير المتفق عليها في العقد التي لا يمكن الاحتجاج بها على الكفيل وذلك احتراما لإرادته وتقديراته⁽¹⁾.

- **كفالة الالتزام القابل للإبطال:** إن الالتزام الناتج عن عقد قابل للإبطال لنقص أهلية المدين أو لعيب شاب رضاه هو التزام صحيح حتى يحكم ببطلانه ، ولذلك تجوز كفالته غير أن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول تجعل مصيره مرتبطا بمصير هذا الالتزام ، فإذا ما أجاز المدين العقد القابل للإبطال أو سقط حقه في ذلك فإن الالتزام المكفول يتأكد وجوده وبالتالي وجود التزام الكفيل ، أما إذا تقرر إبطال العقد بناء على طلب من تقرر لمصلحته الإبطال ، فإن الالتزام المكفول يزول ويبطل عقد الكفالة.

- **كفالة التزام ناقص الأهلية:** إذا كان سبب قابلية العقد للإبطال هو نقص أهلية المدين ، فنفرق بين ما إذا كان الكفيل لا يعلم عند كفالته للمدين بنقص أهليته أو يعلم ذلك ، وما إذا كان قد كفله بسبب نقص أهليته.

- في حالة كون الكفيل قد كفل المدين وهو لا يعلم بنقص أهليته ، فاعتقد أنه كامل الأهلية، وهنا يكون الكفيل قد وقع في غلط في صفة جوهرية ، فيجوز للكفيل أن يطلب إبطال

⁽²⁾ راجع في ذلك: Ph , Hegner , op.cit , p 20 « Tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion des convention annulées , l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valante. Les considération des quelles le prêt a été consenti subsistaient donc tout que cette obligation n'est pas éteinte ».

Ph , Hegner , op.cit , p 21.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

عقد الكفالة إذا توفرت شروط لإبطال الغلط. ويثبت بأنه لو كان يعلم بسن المدين لما أقدم على إبرام العقد.

- أما في حالة علم الكفيل بنقص أهلية المدين ، فإنه يفترض أنه تنازل عن التمسك بالدفع بنقص أهلية المدين إذا أجاز العقد هذا الأخير ، فلا يجوز للكفيل الدفع بنقص أهلية المدين (م 2/654 ق.م.ج).

- وفي حالة ما إذا كان الكفيل عالما بنقص أهلية المدين وقصد بالكفالة حماية ما قد يتعرض له البنك الدائن من ضرر نتيجة تمسك المدين بإبطال العقد الذي أنشأ التزامه وذلك طبقا لنص المادة 69 من القانون المدني « من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول» وفي هذه الصورة لا يكون الكفيل كفيلا بل يصبح ملتزما بصفته مدينا أصليا ، لأن الكفالة لا يتصور وجودها بعد زوال الالتزام المكفول.

- **كفالة الالتزام المستقبل:** ويقصد بكفالة الدين المستقبل كفالة دين غير موجود وقت نشوء الكفالة.

فيتعهد الكفيل للبنك بضمان الوفاء بالالتزامات التي تنشأ في ذمة العميل (المقترض). ولكن يشترط في الدين المستقبل المكفول أن يكون محددا مقدما في عقد الكفالة أي مقدرا وذلك بأن يذكر المبلغ الذي يكلفه الكفيل أي الحد الأقصى الذي ينتهي إليه وإذا لم يرد ذلك في الكفالة تكون باطلة ، وذلك طبقا للمادة 650 من القانون المدني « تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول ، كما تجوز... »

وتظهر هذه الصورة من الكفالة في المجال البنكي خاصة فيما يتعلق بالحساب الجاري ، فعند إعطاء البنك اعتماد للعميل فإنه كثيرا ما يفتح له حسابا جاريا للاستفادة من هذا الاعتماد.

وغالبا ما يكون ضمان البنك كفالة تضمن رصيد هذا الحساب الجاري وقد يحدد لهذه الكفالة مبلغ معين ، أو حد أقصى تنتهي إليه وقد يتفق على مدة لبقاء التزام الكفيل وقد لا يتفق على مدة محددة فتكون الكفالة غير محددة المدة تبقى قائمة إلى غاية قفل الحساب نهائيا واستخراج الرصيد (أي الدين المضمون)، كما يجوز للكفيل في أي وقت إنهاء التزامه ولا

يكون عليه إلا ضمان رصيد الحساب الذي يكون قائما وقت انتهاء الكفالة دون ما ينشأ بعد ذلك من ديون على المدين المضمون⁽¹⁾.

وهذه الكفالة غير محددة المدة في الدين المستقبل تشكل خطرا بالنسبة للبنك الدائن وذلك لإمكانية الكفيل من وضع حدا لالتزامه وذلك طبقا لما جاء في نص م 650 ق.م.ج «... غير انه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له أن يراجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ» فإذا نشأ الدين المكفول أصبحت الكفالة ملزمة.

ففي كفالة الدين المستقبل محل العقد هو قيمة مالية احتمالية مستقبلية ، لكن الخدمة المتمثلة (في التزام الذمة المالية) موجودة في الحال ، وبمعنى آخر الكفالة هنا تنشئ نوعين مختلفين من الالتزامات ، التزام بالتغطية (*obligation de couverture*) الذي ينشأ مع العقد والذي يهدف إلى التزام الذمة المالية ، وهناك التزام بالتسوية (*obligation de reglement*) في ذمة المدين وينتهي بانتهاؤها.

فالالتزام بالتغطية ، هدفه الحفاظ على القيمة الاقتصادية للديون التي قدمها الدائن للمدين ويمكن تسمية هذه القيمة بالمصلحة المكفولة.

الالتزام بالتغطية يهدف إلى حماية هذه المصلحة⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية و ضماناتها المرجع السابق ، ص 335.

⁽²⁾ راجع في ذلك: M.Cabrillac , C.Mouly , droit des sûretés ,Paris , Litec , 1990 , p 79.

- **كفالة الالتزام الشرطي:** إن نص المادة 650 من القانون المدني السابق الذكر يجيز كفالة الالتزام الشرطي «...كما تجوز الكفالة في الدين المشروط...»

ونقصد بالالتزام الشرطي الالتزام المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ يمكن ضمانه بالكفالة ، مع العلم أن تبعية التزام الكفيل تجعل مصير هذا الالتزام مرتبط بمصير الالتزام المكفول نتيجة لتحقيق الشرط أو تخلفه

- **تعيين محل التزام الكفيل:** لكي يتعين محل التزام الكفيل لا بد من تعيين التزام المدين الأصلي الذي تعقد الكفالة لضمان الوفاء بدينه ، والالتزام المكفول يتعين بتعيين طرفيه ومحل ومصدره.

- فيجب تعيين طرفي الالتزام الأصلي وهما المدين والدائن فمن الضروري أن يعرف الكفيل الشخص الذي سيرجع عليه إذا ما اضطر الوفاء للدائن بالالتزام الذي التزم به للمدين. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بقرار لها صادر في 1996/02/27 عن محكمة الاستئناف التي قضت بصحة الكفالة التي لم يعين فيها اسم المدين المكفول واعتبرت محكمة النقض أن هناك خرق لقواعد القانون المدني⁽¹⁾.

- وكذلك يجب تعيين محل الالتزام المكفول بما يشمل من أصل دين وفوائد وملحقات وتوابع .

- وأخيرا تعيين مصدر الالتزام المكفول وهو في دراستنا هذه عقد القرض بين البنك المقرض والمدين المقترض ويجوز أن يتفق البنك والكفيل أن يكون التزام هذا الأخير مختلفا في مقداره وشروطه عن الالتزام الأصلي ولكن يراعى في ذلك ما تقضيه صفة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي فلا يزيد عنه في المقدار ولا يكون اشد عبئا منه وهذا تطبيقا لما تقضي به المادة 652 من القانون المدني « لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق

⁽¹⁾ راجع في ذلك: P. Bouteiller, Francois, Ribay, L'Exploitant de la banque et le droit, Paris : La Revue banque éditeur, 1993, p.75

« En effet , en se déterminant ainsi , alors que le silence de la caution n'était pas suffisant pour établir sans équivoque qu'elle s'était engagé en parfaite connaissance du débiteur garanti , la cour d'appel a violé les textes précités ».

على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول ، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وشروط أهون».

ولكن لا يعتبر التزام الكفيل أشد من التزام المدين إذ تم الاتفاق بين البنك والكفيل على تضامن هذا الأخير مع المدين الأصلي أو مع غيره من الكفلاء ، فحتى وإن كان هذا الاتفاق يجعل التزام الكفيل أشد منه في الكفالة العادية ، إلا أنه لا يجعله أشد من الالتزام المكفول.

ب-السبب: إن السبب في الكفالة له أهمية عملية أساسية ، فطبقا لنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع ، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا» .

وحسب المادة 98 من نفس القانون «كل التزام مفترض أن له سبب مشروع ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك ، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يقدّم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه».

وحسب الأستاذين (Maurie et Aynes) فإن السبب هو التبرير ، وهو يضع حدا لسلطان الإدارة ، فنجيب لماذا التزمت الإرادة ؟ ولا يكفي أن نقول أننا التزمنا لأننا أردنا ذلك ، لكن يجب كذلك معرفة لماذا؟⁽¹⁾.

وإذا تكلمنا عن السبب فإننا نتصور كل من المفهومين الشخصي والموضوعي للسبب. فحسب النظرية التقليدية للسبب ، والذي يتمثل في السبب الموضوعي كل الاتفاقات من نفس الطبيعة لها نفس السبب الموضوعي .

فيكون سبب التزام المدين هو محل التزام الدائن، وسبب التزام الدائن هو محل التزام المدين. ولكن الكفالة كما نعلم هي عقد ملزم لجانب واحد ، وسبب الطرف الذي التزم لا يمكن إيجاده في التزام الطرف الآخر ، وبذلك يصعب تحديد السبب الموضوعي.

لذلك يجب البحث عنه ضمن العلاقات التي تربط الدائن بالكفيل ، فإذا كان السبب في الكفالة هو تقديم الضمان للدائن ، يختلط هنا السبب مع المحل ، وبالتالي لا يمكن إيجاد السبب في العلاقة بين الدائن والكفيل.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Ph , Hegner , op.cit , p 81. « La cause est la justification , la limite et la garantie du pouvoir autonome de la volonté .Elle en est la justification en expliquant pourquoi la volonté engage , il ne suffit pas de dire qu'on est engagé parce qu'on la voulu , il faut aussi savoir pourquoi ? ».

وإذا قربنا سبب الكفالة من العلاقة بين المدين والدائن فإنه يمكن القول أن الكفيل التزم لسبب واحد وهو السماح للمدين بالحصول على القرض ، فالمفهوم الموضوعي لسبب لا يمكن أن نأخذه بصفة معتدلة فهو غير حاسم .

هناك مجال لبحث عن سبب الكفالة في ضل العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي ، سبب التزام الكفيل يكمن في السبب الباعث لالتزامه وذلك طبقا للنظرية الشخصية للسبب التي تستدعي البحث في الدوافع والأسباب التي دفعت بالكفيل للالتزام بالكفالة ، وقد يكون التزامه بغرض فعل الخير أو في العوض الذي سيحصل عليه مقابل التزامه بالكفالة ، أو الامتيازات غير المباشرة التي يرمي للحصول عليها من خلال الخدمة التي يقدمها .

وعلى هذا الأساس إذ أخذنا بعين الاعتبار السبب الباعث كسبب للكفالة ، فإنها تعتبر باطلة في حالة فقدان هذا السبب ، وإذا بحثنا في الدوافع الشخصية التي جعلت الكفيل يلتزم بعقد الكفالة نجد مثلا كون الكفيل شريكا أو مديرا للشركة المكفولة أو كونه زوجا للمكفول فهل غياب هذا السبب كانهاء مهام الكفيل كمسير أو مدير للشركة ، أو فك الرابطة الزوجية يؤثر على الكفالة ويجعلها باطلة لغياب السبب(الباعث) ؟.في السابق كان القضاء الفرنسي يبطل الكفالة لفقدان السبب وقد أبطلت عدة كفالات نتيجة لذلك.

فهناك قرار صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 جويلية 1969 قضت فيه بأن مدير الشركة الذي التزم بكفالة شركته ، قرر بأن يضمن ديون هذه الأخيرة لكنه لا يتحمل ضمان الديون التي تنشأ بعد أن يصبح أجنبيا عن الشركة (أي عندما يفقد سلطة الإدارة والرقابة على الشركة).

وبالنسبة لحالة الطلاق بين الزوجين فإن محكمة النقض الفرنسية أصدرت قرارا بتاريخ 24 جوان 1969 تقضي فيه بأن الزوج الذي التزم بكفالة زوجته كفالة تضامنية أثناء استمرار الرابطة الزوجية تصبح بدون سبب بعد فك الرابطة بين الزوجين ويصبح الالتزام بدون سبب⁽¹⁾.

ولكن بعد ذلك اتجه رأي إلى اعتبار أن هذه المستجدات لا تؤثر على صحة الكفالة فلا تكون باطلة ، بل تظهر في هذه الحالة كتصرف مجرد عن سببه⁽²⁾.

Ph , Hegner , op.cit , p 134.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

⁽²⁾ راجع في ذلك M.Cabrillac, C. Mouly, op.cit., p.82. « Une solution est de considérer le cautionnement

ولكن هذا الرأي تم هجره من طرف الفقه ، وتجاهله القضاء وأصبح دور السبب الباعث محدود لأن القضاء رفض في عدة قرارات اعتبار فقدان هذه الدوافع التي تحمل الكفيل على إبرام العقد سببا لبطلانها.

والحل مبرر ، لأن السبب يحدد في مجال تكوين العقد وليس تنفيذه ، فمادام السبب كان موجودا وقت انعقاد الكفالة ، فلا تتأثر بفقدانه عند تنفيذها ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن الكفالة لا تؤدي دورها كضمان إذا كان الكفيل في كل مرة يفاجئ البنك بمستجدات وأحداث خاصة بحياته المهنية والعائلية.

وهناك عدة قرارات تدل على موقف محكمة النقض الفرنسية من بينها القرار الصادر عن الغرفة التجارية (محكمة النقض) بتاريخ 8 نوفمبر 1972 تؤكد فيه حكم محكمة الاستئناف الصادر بتاريخ 23 فيفري 1971 التي اعتبرت بأن سبب الكفالة يكمن في الحصول على القرض وأن الضمانة المقدمة للبنك يحتفظ بها رغم تحويل الشركة ، وترى محكمة النقض أن محكمة الاستئناف لم تخطئ بين المحل والسبب.

وبأن سبب الالتزام بالكفالة يوجد في السماح للشركة المكفولة بالحصول على قرض وليس في الوظيفة التي يشغلها الكفيل في هذه الشركة.

وبالنتيجة فإن فقده لصفة مدير الشركة وإن كان يمكن أن يؤثر في الباعث الذي أدى بالكفيل إلى الالتزام بالكفالة فإن السبب لم يتغير ، لأن سبب الالتزام يحدد بصفة نهائية عند تكوين العقد⁽³⁾.

ثانيا: مدى التزام الكفيل:

1-الكفالة المعينة:الأصل أن يحدد نطاق التزام الكفيل باتفاق بينه وبين البنك الدائن وذلك بتحديد قيمة الدين بصفة واضحة.

ولكن إذا لم يتفق الأطراف على القيمة المكفولة أو كان التحديد غير واضح ، فإن نطاق الكفالة يتحدد بمقتضى نص القانون ، ونرجع في ذلك إلى القواعد العامة حيث تنص المادة

comme acte abstrait »

Ph. Hengner, op. Cit., p.48.

(3) راجع في ذلك:

653 من القانون المدني » إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ، ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل».

فإضافة إلى الدين الأصلي ، يضيف القانون إلى التزام الكفيل ما يلي:

- **ملحقات الدين:** وتتمثل في التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بالتزاماته ، وكذا الفوائد التي تنجم عن الدين (بكل أنواعها : القانونية ، الاتفاقية ، التأخرية).
- **مصروفات المطالبة الأولى:** وهي المصروفات التي ينفقها البنك في مطالبة المدين المقترض بالوفاء ، وتشمل تكاليف الإعذار ورسوم رفع الدعاوي ومصروفاتها (1) (4)
- **المصروفات التي تستجد بعد إخطار الكفيل:** بما اتخذته البنك من إجراءات ضد المدين والتي يجب على البنك إخطار الكفيل بها قبل إنفاقه ، لأنه قد يفضل هذا الأخير القيام بالوفاء وبالتالي يحول دون إنفاقها.

2-الكفالة غير المعينة: إذا كان التزام الكفيل مصاغاً في عبارات عامة ، أي دون تعيين الالتزامات التي يضمنها ، ولكن نص على أن يضمن ديون المدين اتجاه البنك حتى ما يستجد منها (2)

فلا شك في صحة الكفالة الواردة بهذا المعنى ، (أي بهذه الصيغة من العموم) وفعاليتها تتوقف على اعتبارات معينة: كأن يكون الكفيل شركة أو مدير شركة له الأهلية أو القدرة على المالية الكافية ، فلا يمكن مثلاً للأقارب والأصدقاء الالتزام بمثل هذه الكفالة. وأن يحدد سقف أو حد أقصى ينتهي إليه التزام الكفيل وهذا حتى يتفادى البنك بطلان التزام الكفيل بالتبعية لبطلان التزام المدين الأصلي ، متى كان من غير الممكن تحديد هذا الأخير. وعادة ما تستعمل هذه الكفالة في مجال الحسابات الجارية (1) (4) والالتزام الكفيل في هذه الحالة له مظهرين: في البداية يمكن ألا ينشأ أي التزام على عاتق المدين الأصلي ، وبالنتيجة يلتزم

(1) حسب القرار الصادر عن الغرفة الثامنة لمحكمة الإستئناف بباريس بتاريخ 1 جويلية 1976 قضت فيه بأن مصاريف المحامي لا تدخل ضمن المصاريف التي نصت عليها المادة 2016 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل نص المادة 653 من القانون المدني الجزائري.

(2) راجع في ذلك: M.Cabrillac , c.Mouly,op.cit , p 137. « Le plus souvent , la caution garantie toutes les dettes qui naîtront entre je débiteur et le créancier notamment par compte courant ».

(1) راجع في ذلك: M.Cabrillac ,C..Mouly,op.cit , p 137. « Le plus souvent , la caution garantie toutes les dettes qui naîtront entre le débiteur et le créancier notamment par compte courant ».

الكفيل فقط بتغطية الديون التي تنشأ في ذمة المدين وهو ما يسمى الالتزام بالتغطية (*obligation de couverture*) ، وعند نشوء الديون على عاتق المدين الأصلي يصبح الكفيل ملزماً بدفعها إذا لم يقدّم المدين بذلك وهو ما يسمى (*obligation de reglement*) ولكن نتساءل عن مدى الالتزام بالتغطية ، أي تعيين الديون المغطاة من طرف الكفيل وبصفة عامة الكفيل يلتزم بضمان كل الديون التي تنشأ في ذمة المدين الحاضرة والمستقبلية مهما كان السبب والطبيعة ولكن يمكن أن يتضمن العقد بعض الحدود (كتحديد ذلك بعملية معينة أو يحدد التزامه بمدة معينة... إلخ)⁽²⁾.

أما بالنسبة لقيمة التزام الكفيل بالتسوية (*obligation de reglement*). فإنه أساساً يلتزم الكفيل بالقيمة الكاملة للديون الناشئة في ذمة المدين الأصلي دون التفرقة بين الأصل والفوائد والملحقات الأخرى.

وهذه القاعدة غير محددة بضرورات شكلية لأن الكفيل غير ملزم بأن يضع في العقد القيمة أو المبلغ الذي يلتزم به لأن هذا المبلغ غير معروف وقت العقد⁽³⁾. ولكن يمكن تحديد هذه الكفالة غير المعينة كما سبق وأن ذكرنا بحد أقصى يمكن أن يضمنه الكفيل.

وفي حالة الغموض يكون تدخل القاضي ضرورياً لتفسير نطاق التزام الكفيل. فالمرجع الأول في تفسير الكفالة وبيان التزام الكفيل هو قصد الطرفين المستخلص من عبارات العقد ، لأن الكفالة لا تفترض ولأن الأصل براءة الذمة ، والتزام الكفيل يجب أن يتبين صراحة أو ضمناً ولكن بشكل قاطع أي كان الدليل المقدم على قيامها واللفظ المستخدم فيها .

ولكن تفسير الكفالة يجب أن يكون ضيقاً ، وهذا لا يعني غياب سلطة التفسير ، وإنما عدم التوسع فيما التزم به الكفيل وعند عدم التوصل إلى الإرادة الحقيقية للأطراف وفي حالة الشك يرجح المعنى الذي يخفف عن الكفيل والأخذ بما أعطي للكفالة من نطاق واسع ولكن بأقل حد ممكن.

⁽²⁾ راجع في ذلك: P , Bqnnival , A . Attia , b, haon, contester ou réclamer face aux Banques , aux assurances , Paris : Mascima , éditeur , 1998 , p 46.

Pascal , Ancel ,

:

op.cit , p223.

⁽³⁾ راجع في ذلك:

Pascal , Ancel , op.cit , p223.

- **التفسير الضيق لالتزام الكفيل:** ونقصد بذلك عدم التوسع في ما التزم به الكفيل⁽¹⁾ ، فإذا كفل فوائد بسيطة لم يمتد ضمانه إلى فوائد مركبة ، وإذا كفل اعتمادا مفتوحا لغاية مبلغ معين فضمانه لا يمتد إلى ما يزيد عليه.

وبموجب قرار صادر بتاريخ 24 أكتوبر 1995 عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية تم نقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف في 3 أبريل 1992 الذي قضى بالزام الكفلاء المتضامنين بدفع قيمة معينة مع الفوائد للدائن ، مع أن العبارة الموجودة في عقد الكفالة تنص على ضمان قيمة أقل ، أي أن التزام الكفلاء كان محددا في أصل الدين دون الفوائد والملحقات⁽²⁾.

وهناك قرار آخر صادر بتاريخ 27 أكتوبر 1992 تقضي فيه محكمة النقض الفرنسية بأن الكفالة المقدمة كضمان لدفع الحقوق والرسوم واجبة الأداء من طرف المدين الأصلي لا يمكن أن تشمل على الدين الناتج عن الغش الجبائي (*fraude fiscale*) الذي أدى إلى إدانة مسيري الشركة المكفولة⁽³⁾.

- **التفسير الموسع لالتزام الكفيل:** وفي حالة عدم وجود الاتفاق فإن الكفالة تفسر بصفة موسعة فتشمل ملحقات الدين ومصرفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصرفات بعد إخطار الكفيل ، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 653 من القانون المدني السالفة الذكر وحسب السنهوري « فإن هذا النص يفترض أن الكفيل قد كفل الالتزام المكفول كله دون نقص أو زيادة وليس هناك اتفاق خاص بملحقات الدين بل كانت مسكوتا عنها ، ويراد تحديد مدى التزام الكفيل ، ولا شك في أن التزام الكفيل في هذه الحالة مماثل للالتزام المكفول مقدارا وشروطا وعبئا وموعدا حلول ومكان وفاء ، وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول فيشمل ملحقاته وفوائد الدين والتعويض عن عدم التنفيذ ومسؤولية المدين العقدية. أما المصرفات فيضمنها الكفيل على الوجه التالي : لما كان الدائن لا بد أن يبدأ بمطالبة المدين الأصلي بالدين ، فمصرفات هذه المطالبة يضمنها الكفيل على كل حال ، وما يتلوا

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Jean jacques , burgard , Olivier , Robert de Massy , la banque en france , Paris dalloz , 1995 , p 286.

⁽²⁾ راجع في ذلك: Ph , Hegner , op.cit , p 28

⁽³⁾ راجع في ذلك: Ph , Hegner , op.cit , p 23.

بعد ذلك من مصروفات لا يضمنها الكفيل إلا إذا كانت قد صرفت بعد أن يخطره الدائن بمطالبته للمدين المطالبة الأولى ، على أن المصروفات التي يضمنها الكفيل يجب أن لا يكون مبالغاً فيها ، وأن يكون الدائن لم يسرف فيها ، أما إذا كان الإسراف راجعاً إلى عمل المدين فإن الكفيل يضمنها ، ويضمن الكفيل كذلك الالتزامات الإضافية التي يضعها قانون جديد صدر بعد الكفالة على عاتق المدين⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تنفيذ الكفالة وتحلل الكفيل من التزامه

عند حلول أجل الدين يقوم البنك بمطالبة الكفيل بتنفيذ التزامه وفي حالة قيام هذا الأخير بذلك يكون قد وفى بما التزم به ويحق له الرجوع على المدين الأصلي في استرجاع ما دفعه وتبرأ ذمته تبعاً لذلك عن طريق الوفاء (أولاً).

ولكن قد يتحلل الكفيل من التزامه دون أن يقوم بالوفاء للبنك وذلك إما لانقضاء الدين الأصلي وإما لأسباب خاصة بالكفالة مع بقاء الدين الأصلي (ثانياً).

أولاً: تنفيذ الكفالة: قبل وضع الكفالة حيز التنفيذ لا بد من أن يتأكد البنك من صحتها وموافقتها للشروط العامة ويبدأ ذلك بمطالبة الكفيل فإذا قام هذا الأخير بالوفاء (1) فيحق له بعد ذلك الرجوع على المدين الأصلي (2).

1-مطالبة البنك للكفيل: لا يمكن البنك مطالبة الكفيل إلا عند حلول أجل الدين ، فإذا كان أجل التزام الكفيل يحل في نفس أجل الدين المضمون كان للبنك أن يطالب الكفيل وقت حلول أجل الالتزام المضمون ، وإذا مد الدائن أجل الالتزام الأصلي كان للكفيل إما أن يفي الدين الأصلي فور حلول التزامه ، وإما أن ينتظر ويستفيد من مد الأجل.

ويثور التساؤل عن أثر سقوط أجل الالتزام الأصلي لأحد الأسباب التي تحددها المادة 211 من القانون المدني ، والتي تتمثل في الإفلاس ، إضعاف تأمينات الدين ، وعدم تقديم ما وعد المدين بتقديمه من تأمينات ، فهل يسقط أجل التزام الكفيل تبعاً لذلك أم لا ؟. ويفترض هنا أن الأجل واحد بالنسبة للالتزام الأصلي والتزام الكفيل .

فإذا طبقنا قاعدة التبعية فإن أجل التزام الكفيل يسقط تبعاً لسقوط أجل التزام المدين الأصلي.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: السنهاوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 64 ، 65.

ولكن الرأي السائد في الفقه يذهب إلى القول بعدم سقوط أجل التزام الكفيل ، لأن تبعية التزامه لا تمنع أن يكون بشروط أخف.

لذا فيجوز أن يكون الالتزام الأصلي المكفول حالا ، والتزام الكفيل مؤجلا ، ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن إفلاس المدين في القانون التجاري لا يترتب عليه سقوط الأجل وحلول أجل الدين إلا بالنسبة للمدين المفلس⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن مطالبة البنك للكفيل تختلف حسب ما إذا كان الكفيل كفيلا عاديا ، أو كفيلا متضامنا مع المدين أو هناك عدة كفلاء.

فإذا كان الكفيل كفيلا عاديا ، فهنا لا يجوز للبنك أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، ولا يجوز له مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين الأصلي ، وإلا كان للكفيل دفع مطالبة البنك بالرجوع على المدين الأصلي أولا.

ويسقط حق الكفيل في هذا الدفع إذا كان متضامنا مع المدين إذ يحق في هذه الحالة للبنك مطالبة أي منهما أو كلاهما معها.

- أما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ولا يجوز للبنك مطالبة كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة ، ويكون للكفيل حق الدفع بالتقسيم .

- أما إذا التزم الكفلاء بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله ، إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم (م 664 من القانون المدني الجزائري).

ولتسهيل مطالبة البنك للكفيل نجد أن أغلب الكفالات المستعملة في المجال البنكي تتضمن شروطا تثقل من التزام الكفيل وتزيد من فعالية الكفالة ، ومن أهم هذه الشروط نجد:

- شرط مطالبة الكفيل بمجرد حلول أجل الاستحقاق وبمجرد خطاب عادي ودون اللجوء إلى شكليات أخرى⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: السنهاوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 91 .

⁽¹⁾ راجع في ذلك: علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق ، ص 340 .

⁽²⁾ هذا الشرط يمكن أن يغير من طبيعة التزام الكفيل الذي يصبح التزام مستقل ، فيصبح لدينا غموض عند محاولة التفرقة بين الالتزام المستقل والكفالة نظرا للفرق الموجود بينهما وسنرى ذلك لاحقا.

- وأغلب الكفالات المقدمة للبنوك هي كفالات تضامنية يشترط فيها على الكفيل أن يتنازل عن حقه في الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم ، وكل الدفوع التي يمكن أن يدفع بها الكفيل مطالبة البنك فيلزم الكفيل بالدفع لمجرد المطالبة الأولى للبنك⁽²⁾.

- وكذا شرط عدم تحلل الكفيل من التزامه إلا بعد الدفع الكلي والنهائي للدين المضمون .
وهناك عدة دفوع منحها القانون للكفيل ليدفع بها مطالبة البنك له والتي تتمثل في الدفوع المتعلقة بالدين طبقا للمادة 654 من القانون المدني ، وهناك دفوع أخرى متعلقة بالكفالة الخاصة بخطأ الدائن (كالدفع بإضاعة التأمينات أو تأخره في اتخاذ الإجراءات... إلخ) وسوف نتطرق إلى هذه الدفوع عندما نتكلم عن تحلل الكفيل من التزامه وقد يشترط البنك على الكفيل التنازل عن هذه الدفوع في عقد الكفالة.

2-رجوع الكفيل على المدين الأصلي: الكفيل الذي وفى بالدين للبنك يكون قد وفى بدين غيره ، وبالتالي يحق له الرجوع على المدين الأصلي لاسترجاع ما دفعه ويكون ذلك وفقا لمايلي:

أ- **دعوى الإثراء بلا سبب:** وذلك طبقا للقواعد العامة ، المادة 259 من القانون المدني التي تنص على أنه « إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ولكن إذا كان الوفاء قد تم رغم إرادة المدين ، فلا يحق للموفي إلا الرجوع بأقل القيمتين، قيمة ما أوفى به وقيمة ما عاد على المدين نتيجة لهذا الوفاء الذي تم دون إرادته». وإلى جانب هذه الدعوى المعروفة في القواعد العامة وضع المشرع دعاوى أخرى خاصة بالكفالة.

ب- **دعوى الكفالة:** ولكي يرجع الكفيل بهذه الدعوى يجب طبقا للمادة 670 من القانون المدني أن يكون قد أخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء (بوفاء الدين للبنك) وإلا سقط حقه في الرجوع عليه(على المدين) ، إذا كان قد وفى الدين أو كانت عنده أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه.

ويكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.

ويرجع الكفيل بأصل الدين والمصروفات ، وبالنسبة لهذه الأخيرة لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار الكفيل بالإجراءات التي اتخذت ضده.

ج- **دعوى الحلول:** طبقا لنص المادة 361 من القانون المدني « إذا كان من وفى دين غيره ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ، يستطيع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن».

والكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين لذلك ورد تطبيقا لهذه القاعدة العامة نص المادة 671 من القانون المدني ، فيما يخص الكفالة فإذا وفي الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق اتجاه المدين ، والفرق بين هذه الدعوى والدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة ، يتمثل في أن دعوى الحلول لا يرجع بها إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه ، بخلاف الدعوى الشخصية فلمن وفى جزء من الدين الحق في الرجوع به على المدين (م 671 من القانون المدني).

وهذه حالة كون الكفيل وفى بجزء من الدين الذي كفله بأكمله ولكن كيف يكون الأمر عندما يفى الكفيل كل ما كفله ، وكان الدين الأصلي أكبر منه ، أي أن الكفالة كانت جزئية ، وفى الكفيل التزامه كاملا ففي هذه الحالة يمكن للكفيل الرجوع بدعوى الحلول محل الدائن بما وفاه كله ويتزاحم مع الدائن في استفاء ما وفاه ، وتقاديا لهذه النتيجة كثيرا ما

نجد أن البنوك تضع شرطا في عقد الكفالة تمنع مزاحمة الكفيل حتى في صورة الكفالة الجزئية.

- **رجوع الكفيل عند تعدد المدينين:** إذا تعدد المدينون بالدين المكفول ، فإما أن يكونوا متضامنين أو غير متضامنين فيما بينهم ، فإذا تعدد المدينون بدين واحد وكانوا غير متضامنين وكفلهم الكفيل جميعا ، فإنه إذا وفى الدين يستطيع الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه في الدين ، ويكون ذلك إما بواسطة دعوى الحلول أو دعوى الكفالة ، وينقسم الدين بين المدينين ، أما إذا كفل بعض المدينين دون البعض الآخر ، فإنه لا يستطيع الرجوع على المدينين الذين لم يكفلهم لا بدعوى الحلول لأن الكفيل ليس ملزما بالدين معهم أو ملزما بوفائه عنهم ، ولا بدعوى الكفالة لأنها لا ترفع إلا على المدين المكفول ، ولكن إذا وفى الكفيل حصتهم من الدين ، فله أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب .

أما إذا تعدد المدينون ، وكانوا متضامنين ، وكان الكفيل قد ضمنهم جميعا فله أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين .

أما إذا كان قد ضمن بعضهم دون البعض الآخر ، فإنه يستطيع الرجوع بكل الدين على أي مدين ممن كفلهم بإحدى الدعويين (الكفالة ، الحلول) أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم فيستطيع الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة.

ثانيا: تحلل الكفيل من التزامه دون الوفاء للبنك:

إضافة إلى براءة ذمة الكفيل من التزامه بالكفالة عند وفائه بالدين للبنك الدائن فإن هناك حالات أخرى تبرأ فيها ذمة الكفيل دون قيامه بالوفاء ويرجع ذلك إما لأسباب خاصة بالدين الأصلي⁽¹⁾ وإما لأسباب خاصة بالكفالة⁽²⁾.

1- تحلل الكفيل من التزامه تبعا لانقضاء الدين الأصلي:

وفقا لخاصية تبعية الكفالة للالتزام الأصلي فإنه طبقا للمادة 654 من القانون المدني « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين». فكل ما يؤدي إلى انقضاء الدين الأصلي المكفول يؤدي تبعا لذلك إلى انقضاء التزام الكفيل، كالوفاء أي وفاء المدين الأصلي للبنك يؤدي إلى إبراء ذمة الكفيل تبعا لذلك . ونجد كذلك الإبراء (م 305) ، المقاصة (طبقا للمادة 297 من القانون المدني) ، التجديد (م 287 ق.م.ج) اتحاد الذمة وذلك بين البنك الدائن والمدين (م 304 ق.م.ج) وكذلك التقادم والفسخ والإبطال.

وأخيرا يضاف إلى أسباب الانقضاء حوالة الدين طبقا لنص المادة 254 من القانون المدني التي تشترط بأن يحال الدين بكامل ضماناته غير أنه لا يبقى للكفيل عينيا كان أو شخصا التزام اتجاه الدائن إلى إذا رضي بالحوالة.

2- تحلل الكفيل من التزامه دون انقضاء الدين الأصلي:

- **الأسباب العامة:** ولا نقوم بدراستها لأنها معروفة في القواعد العامة ، فتنقضي الكفالة ويتحلل الكفيل من التزامه حتى مع بقاء الدين الأصلي متى كان سبب الانقضاء مقصورا على التزام الكفيل كالمقاصة بينه وبين الدائن ، أو اتحاد الذمة أو التجديد (أي تجديد الدين

المضمون وإحلال محله ضمان جديد محل الكفالة). وسوف نقتصر على الأسباب الخاصة بالكفالة.

- **الأسباب الخاصة بالكفالة:** هناك عدة أسباب خاصة بالكفالة تؤدي إلى انقضاء الكفالة وتحرر الكفيل من التزامه مع بقاء الدين المضمون ، أهم هذه الأسباب ما يلي:

أ- **خطأ الدائن (البنك):** ويكون ذلك في حالة ارتكاب البنك الدائن خطأ كإضاعة التأمينات ، أو تأخره في اتخاذ الإجراءات.

- **إضاعة التأمينات:** فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من الضمانات ويقصد بها التأمينات الخاصة المقررة للدائن المضمون ، وليس الضمان العام المقرر على كل أموال المدين ، ويستوي أن يكون الضمان قائماً وقت إبرام الكفالة ، ويكون الكفيل قد أخذ بعين الاعتبار هذا الضمان عند تعاقدته واطمئن لوجوده ، ويكون تضحيته إساءة لمركزه بفعل الدائن، أو نشأ بعد ذلك فتكون إضاعته إضراراً بمركزه كذلك.

ولكن هل ينطبق هذا الحل، إذا لم يضيع الدائن ضماناً قائماً ، ولكنه لم يحصل على ضمان جديد ؟ حسب الأستاذ جمال الدين عوض فإن « أصول التفسير تقضي أن لا يمتد هذا النص الذي يضع جزاء خطيراً إلى غير ما ورد فيه ، ولكن إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والكفيل على أن الدائن يحصل مستقبلاً على تأمين ولم يحصل عليه ، فإن جزاء قعوده هو فسخ الكفالة»⁽¹⁾.

- ولا يقصد بضياع التأمينات الأعمال السلبية فقط بالامتناع عن الأعمال التي يترتب عليها ضياع حقوقه ، وإنما الأعمال الإيجابية التي تحفظ هذه الحقوق ، فيبرأ الكفيل إذا ضاع الرهن مثلاً بسبب عدم قيده ، أو تنازله عن حقه في الرهن.

- **تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات:** عند حلول أجل الدين يجب على البنك مطالبة المدين. ولا يترتب على تأخره في الرجوع على المدين سقوط حقه في مطالبة الكفيل ، وهذا تطبيقاً للحكم الوارد في المادة 657 من القانون المدني في فقرتها الأولى « لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها».

وذلك لا يعني أن الكفيل يترك دون حماية ، فيستطيع إذا حل أجل الدين وخشي أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين ، أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات وذلك بأن يرفع

⁽¹⁾ راجع في ذلك: علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية و ضماناتها المرجع السابق ، ص 329 .

الدعوى ضد المدين ، أو يبدأ في إجراءات التنفيذ ، فإذا انقضت ستة أشهر من وقت الإنذار دون أن يقوم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات تبرأ ذمة الكفيل طبقا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر (67 من ق.م.ج) « غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم للكفيل ضمانا كافيا».

ب- وفاة الكفيل: الكفالة عقد يخضع للنظام الخاص بالعقود ، وقواعد القانون المدني تشترط في العقد أنه ينصرف إلى المتعاقدين والخلف الخاص ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث (م 108 من القانون المدني) ووفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية « إذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...».

وطبقا لقواعد الميراث في الشريعة الإسلامية فإن الورثة لا يسألون عن ديون مورثهم في ذمتهم الخاصة .

وكذلك فإنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ، فالتركة لا تنتقل إلى الورثة كما هي، وإنما يكون ذلك بعد سداد ديون المتوفى ولذلك فإن البنك هنا لا يطالب بها الورثة طبقا لما تلقوه من التركة، إلا إذا كانوا على علم بالالتزام الذي التزم به الكفيل المتوفى والإشكال الذي يثور في العمل المصرفي هو عدم وجود تشريع أو تنظيم يلزم البنك بإعلام الورثة ، أو الموثق المكلف بمباشرة إجراءات الميراث بوجود الكفالة.

وفي حالة ما إذا أراد الورثة الالتزام بالكفالة فإنه يجب توقيع عقد جديد تكميلي أو مكمل للعقد الذي أبرمه الكفيل المتوفى وذلك بأن يلتزموا بالكفالة شخصا من مجموع أموالهم ، هذا عندنا في الجزائر.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي ، فإن الأمر يختلف باعتبار أن المادة 2017 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن التزامات الكفلاء تنتقل إلى ورثتهم⁽¹⁾.

⁽¹⁾ « Les engagements des cautions passent à leurs héritiers Si l'engagement était tel que la caution fut obligée ».

ووفقا لذلك فإن التزام الكفيل يختلف وفقا للديون المكفولة فيما إذا كانت معينة أو غير معينة .

- فإذا كانت الديون معينة ، يتحمل الورثة الذين يقبلون التركة الآجال السابقة للوفاة ، وكذا الآجال اللاحقة لها.
- أما إذا كانت الديون غير معينة ، يجب أن نفرق بين الديون الناشئة قبل الوفاة وتلك الناشئة بعدها.

فإذا نشأت الديون قبل الوفاة يلتزم بها الورثة ، وأما إذا نشأت بعد الوفاة ، فهنا حدث تطور في مجال القضاء الفرنسي ، ففي البداية وإلى غاية 1892 اعتبرت محكمة الاستئناف أن التزام الكفلاء ينتقل بأكمله إلى ورثتهم وذلك اعتمادا على النص السالف الذكر (الديون السابقة واللاحقة للوفاة).

ولكن الورثة لا يعلمون بوجود الكفالة ، وهذا ما أدى بمحكمة النقض إلى أن تصح من الحل الذي توصلت إليه محاكم الاستئناف ، وذلك بوضع التزام على عاتق البنك المستفيد بإعلام الورثة بوجود الكفالة.

وفي فترة لاحقة أصبح القضاء يحمي الورثة عن طريق فكرة التعامل في التركة المستقبلية وهذا ما أكدته القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة الاستئناف بتاريخ 13 جانفي 1987 الذي قضى بأن ورثة الكفيل لا يلزمون بالديون التي تنشأ في ذمة الشركة المكفولة بعد وفاة الكفيل ، وأي شرط يوضع في الاتفاق بين البنك والكفيل يهدف إلى وضع التزام على عاتق الورثة ينشأ بعد وفاة الكفيل (أي يلزم به أثناء حياته) يعد تعامل في التركة المستقبلية الممنوع بموجب المادة 1130 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

وفي قضية أخرى أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 جويلية 1994 (الغرفة التجارية) قرار نقضت فيه الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف (rouen) بتاريخ 19 فيفري 1992 الذي يقضي برفض ادعاء البنك باعتبار أن مطالبته للمدينين الأصليين الذين لهم ديون نشأت قبل وفاة الكفيل ولم يحل أجلها إلا بعد الوفاة واعتبرت أن الورثة غير ملزمين بالتزام الكفيل.

وأقرت محكمة النقض أن الدين نشأ قبل وفاة الكفيل حتى وإن كان غير مستحق الأداء في هذا التاريخ ، فالأجل لا يوقف الالتزامات بل يؤخر التنفيذ فقط⁽²⁾.

ج- التغيير الطارئ على المكفول: ويحدث ذلك في حالة ما إذا كان المدين المكفول شركة بأن يتم تغيير نظامها القانوني أو يحدث إدماج الشركة المكفولة أو انفصالها. **تغيير النظام القانوني للشركة المكفولة:** فإذا كان المدين المكفول شركة وتم تغيير شكلها القانوني من شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة تضامن مثلا أو العكس فنتساءل عن مركز الكفيل لهذه الشركة ؟ هل يبقى ملزما بكفالة الشركة حتى بعد تغيير شكلها أو نظامها القانوني ؟ أم تنقضي الكفالة ويتحلل الكفيل من التزامه ؟.

حسب رأي الأستاذ جمال الدين عوض فإن «العبرة في بقاء التزام الكفيل أو انقضاءه بقصد الطرفين ومدى ما يترتب - في هذا القصد- على تغيير شكل الشركة من أثر على المخاطر التي قبل الكفيل تحملها عندما أعطى كفالته ، ولا يقبل القول ببقاء الكفالة حتما إذا لم يترتب على التغيير في الشكل تغيير شخصية الشركة ، بمعنى أن تغيير شخصية الشركة يسقط حتما الكفالة لأن الكفيل إذ يكفل شخصا معينا ، فهو لا يفترض أنه يكفل غيره في مكانه ، وكذلك بمعنى أن بقاء شخص الشركة ليس معناه بالضرورة بقاء الكفالة، بل يلزم النظر فيما إذا كان تغيير شكلها يعتبر جوهريا في نطاق مخاطر الكفالة... ولهذا الاحتياط يوجب على البنك والكفيل أن يواجها المشكلة بحلول صريحة تبين ما إذا كان الكفيل يربط التزامه بشكل الشركة التي يكفلها»⁽¹⁾.

وقد تشددت محكمة النقض الفرنسية في السماح للكفيل بالتحلل من التزامه وذلك وفقا لما قضت به في قرار لها صادر بتاريخ 29 مارس 1994 (الغرفة التجارية) بأن تحويل أو تغيير نظام شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة مغفلة (S.A) لا يؤدي إلى إنشاء شخص معنوي جديد ، فالشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذي التزم ككفيل لديون هذه

⁽²⁾ راجع في ذلك: Ph , Hegner , op.cit , p 135. « Le terme ne suspend pas l'engagement dont il retarde seulement l'exécution et les engagements des cautions passent à leurs héritiers si l'engagement de la caution était tel qu'elle y fut obligée » .

⁽¹⁾ راجع في ذلك: جمال الدين عوض، الإعتمادات المصرفية وضماناتها، المرجع السابق ، ص 344 ، 345 .

Ph , Hegner , op.cit , p 148.

⁽²⁾ راجع في ذلك:

الأخيرة يبقى ملزماً حتى بعد تغيير شكل الشركة ، ولكي يتحلل من التزامه يجب أن يثبت بأن مثل هذا الحادث (أي تغيير شكل الشركة) يؤدي إلى انقضاء التزامه⁽²⁾.

ونجد أن الحل الذي توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية يصعب تطبيقه في المجال العملي ، لأن البحث عما إذا كان تغيير شكل الشركة يعد أمراً جوهرياً لالتزام الكفيل ، ليس من السهل الكشف عنه.

- **إدماج الشركة أو انفصالها:** طبقاً للمادة 744 من القانون التجاري، فإن الشركة ولو في حالة تصفيتها أن تدمج في شركة أخرى وأن تسهم في تأسيس شركة جديدة بطرق الدمج كما لها أن تقدم مآليتها لشركات موجودة أو تسهم معها في إنشاء شركات جديدة بطريقة الإدماج أو الانفصال.

ففي مثل هذه الحالات أي إدماج الشركة المكفولة أو انفصالها هل يبقى الكفيل ملتزماً بالكفالة ، أم تنقضي الكفالة ويتحلل الكفيل من التزامه؟.

وهنا يجب أن نفرق بين ما إذا كانت عملية الدمج أو الانفصال قد أدت إلى إنشاء شخص معنوي جديد وبالنسبة فإن حالة تعديل شخص المدين يجعلنا نبحث فيما إذا كان هناك ميلاد لشخص معنوي جديد فنكون إزاء تجديد الدين وبالتالي تنقضي الكفالة ويتحلل الكفيل من التزامه أما إن كان هناك تعديل لا ينشأ عنه شخص معنوي جديد يبقى الكفيل ملزماً بالكفالة وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بواسطة القرار الصادر بتاريخ 22 جانفي 1985 بتأييد حكم محكمة الاستئناف التي قضت بأن الكفيل لم يلتزم بصفته كفيل إلا لفائدة الشركة المقدمة للحصة وبأن الشركة المنشأة هي شخص معنوي جديد ، لم يتخذ الكفيل اتجاهه أي التزام مباشر ، وبالتالي لا يمكن مطالبة الكفيل إلا بالديون التي نشأت في ذمة الشركة المقدمة للحصة إلى غاية اتفاق تقديم الحصة⁽¹⁾.

- **د- انقضاء الكفالة بإرادة الكفيل:** إذا كانت الكفالة محددة المدة بأن نص في عقد الكفالة على التزام الكفيل مدة معينة ، فإن الكفالة لا تنقضي قبل انقضاء هذه المدة .

أما إذا كانت الكفالة غير محددة المدة ، فإن للكفيل أن يتحلل من التزامه بالنسبة للمستقبل في أي وقت ، وذلك بإعلان إرادته في ذلك إلى البنك ، فلا يسأل إلا عن الديون التي تنشأ قبل

Ph , Hegner , op.cit , p 140 ,141.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

وصول هذا الإعلان إلى البنك ، ولكن بشرط أن يكون إنهاء الالتزام في وقت مناسب وبحسن نية طبقا لما هو معمول به في القواعد العامة.

* وأخيرا فإنه رغم المزايا والإيجابيات التي تتميز بها الكفالة فإن هناك نقائص وصعوبات في المجال القانوني ، والتطبيقي تقلل من فعاليتها في تحقيق الحماية للبنك الدائن.

فمن جهة نجد أن خاصية التبعية التي تتميز بها الكفالة والتي ينتج عنها حق تمسك الكفيل اتجاه البنك الدائن بكل الدفوع التي يمكن أن يدفع بها المدين الأصلي. إضافة إلى ذلك يجد لبنك صعوبة في تقدير الذمة المالية للكفيل ، وبالتالي خطر عدم استئفائه لحقه من جراء إفسار هذا الأخير إلى جانب إفسار المدين الأصلي ، وكذا مزاحمة الدائنين الآخرين له ، نظرا لعدم تمكن البنك من معرفة ما إذا كان الكفيل قد أنشأ التزامات أخرى من نفس النوع لصالح دائنين آخرين ، وإن لم يكن هو نفسه في مرتبة مدين أصلي⁽¹⁾ ، ومن جهة أخرى ، فإن القوانين الحديثة تميل إلى حماية الكفيل باعتباره الطرف الضعيف وهذا ما يضعف من حماية البنك ، وأكثر من ذلك ، فقد وسع القضاء من دائرة الأخطاء التي ترتب مسؤولية البنك فالكفيل يكون قد استفاد بطريقة غير مباشرة من ذلك لأن الكفالة بهذا المعنى تفقد توازنها مع قبول مجال واسع للمسؤولية البنكية⁽²⁾.

وحسب الأستاذ (voirin) ، فإن اللجوء إلى كفالتين ، ثلاثة ، أو حتى عشرة كفالات ر وإن كان يقلل من خطر احتمال إفسار المدين ، فإن هذا الخطر لن يختفي تماما ... وللوصول إلى حماية كاملة لا بد من اللجوء إلى التأمينات العينية⁽³⁾.

Michel , Matieu , op.cit ,p213

(1) راجع في ذلك:

Dominique , (2) راجع في ذلك:

Legeais , « La responsabilité des banques mises en cause par les cautions ». La revue Banque et droit , janvier-février 2000 n°69 , p 38

(3) راجع في ذلك:

M.cabrillac , c.Mouly , op.cit , p20 « Faite intervenir deux , trois ,dix cautions , les chances d'insolvabilité diminuent sans doute , mais ne sont jamais écartéespour obtenir une sécurité complète il faut recourir aux sûretés réelles ».

ولكننا لا نشاطر هذا الرأي باللجوء مباشرة إلى التأمينات العينية لأنه لابد علينا قبل ذلك من دراسة الضمان الاحتياطي في مجال الأوراق التجارية ، ثم نسلط الضوء على الضمانات الشخصية الناشئة عن الممارسة.

المطلب الثاني

الضمان الاحتياطي (ضمان الأوراق التجارية)

عادة ما تطلب البنوك (إذا ما تعلق الأمر بالأوراق التجارية) ضمانا احتياطيا (l'aval) ، الذي يعتبر من الضمانات الشخصية وهو شكل خاص للكفالة مجاله الأوراق التجارية. فإذا كانت التواريخ التي تتضمنها الورقة التجارية غير كافية لبعث الثقة لدى البنك لاستفاء قيمتها في ميعاد الاستحقاق ، فإنه يطلب ضمانا احتياطيا ، وغالبا ما يقدم هذا الضمان بنك أو شخص معروف ببساره ، يسمى الضامن الاحتياطي. فيعرف الضمان الاحتياطي بأنه كفالة الحق الثابت في الورقة التجارية أو « كفالة صرفية يقدمها ضامن احتياطي يكفل بمقتضاها أحد الموقعين على الورقة التجارية ». وبذلك يتميز الضمان الاحتياطي عن الكفالة في أنه يعد بمثابة التزام تجاري ، لأنه التزام صرفي (لتعلقه بالأوراق التجارية) وكذلك يعد التزاما تضامنيا ، كما يمكن أن يضمن التزاما باطلا (وسوف نوضح ذلك لاحقا). والضمان الاحتياطي يستلزم توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية (الفرع الأول) كما تترتب عليه آثار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الضمان الاحتياطي:

يشترط لصحة الضمان الاحتياطي شروطا موضوعية (أولا) وأخرى شكلية (ثانيا):
أولا: الشروط الموضوعية: ونميز ضمن الشروط الموضوعية بين الشروط العامة والشروط الخاصة:

1- الشروط العامة: وتتمثل فيما يلي:

أ- الأهلية القانونية للضامن: نظرا لتعلق الضمان الاحتياطي بالأوراق التجارية ، وبصريح نص المادة 561 من القانون التجاري التي تقضي في فقرتها الثانية « بأن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا... أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر عملا تجاريا... ».

فإن الأهلية اللازمة في الموقعين على الورقة التجارية مطلوبة أيضا في الضامن الاحتياطي ، وعلى هذا فإنه يجب أن يكون هذا الأخير أهلا للالتزام الصرفي ، وإلا أصبح الضامن كفالة عادية تسري عليها القواعد العامة⁽¹⁾.

ب- سبب الضمان: يفترض أن يكون سبب الضمان المتمثل في العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمضمون احتياطيا موجودا ومشروعا ، غير أن هذه الفرضية بسيطة يمكن إثبات عكسها.

ج- محل الضمان: الضامن الاحتياطي له الحرية في تحديد ضمانه في جزء من مبلغ الورقة التجارية أو تغطية ضمانه لكل قيمتها حسب يساره وقدرته على الوفاء. وعلى ذلك نصت المادة 402 من القانون التجاري في فقرتها الأولى « دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن احتياطي ». فالضامن الاحتياطي ضمانته تهدف إلى ضمان الوفاء بقيمة سفتجة ، سند لأمر ، أو شيك لكل قيمتها أو جزء منها⁽²⁾.

وتطبيقا في المجال البنكي استعمال الضامن الاحتياطي يكون بصفة منتشرة في السفتجة وأقل من ذلك في السند لأمر ويندر استعماله في الشيك. فالبنك الذي يخضم سفتجة مضمونة ضمانا احتياطيا تكون له فرص أكبر للرجوع في حالة عدم الدفع.

إضافة إلى هذه الشروط العامة هناك شروطا خاصة :

2- الشروط الموضوعية الخاصة :

أ- من يجوز له أن يكون ضامنا احتياطيا: الأصل أن يصدر الضامن عن شخص غير ملتزم بالورقة التجارية حتى يعتبر التزامه ضمانا جديدا يعزز ضمانات الوفاء للحامل وقد ثار اختلاف فقهي حول مدى إمكانية صدور الضامن الاحتياطي من قبل أحد الملتزمين

⁽¹⁾ راجع في ذلك: برهان الدين جمال ، السندات التجارية في القانون التجاري ، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، 1988، ص 105.

⁽²⁾ راجع في ذلك: M. Remillere , op.cit , p52. « L'aval est une garantie qui a pour but d'assurer la bonne fin de paiement de la lettre de change ,du billet a ordre ou du cheque , pour tout ou partie de son montant ».

بالورقة التجارية ، فقد اعتبر البعض منهم أنه لا يجوز ذلك لأن الضمان الاحتياطي من أحد الملتزمين لا يحسن من وضع الحامل (البنك) طالما أن الملتزم هو ضامن أصلا للوفاء. ولكن المشرع الجزائري أجاز ذلك بنص المادة 2/409 من القانون التجاري « ويكون الضمان الاحتياطي من الغير أو من أحد الموقعين على السفتجة ».

ب- عن يقع الضمان: من هو الشخص المضمون احتياطيا(وضع المدين المضمون)

يجوز أن يضمن احتياطيا أي ملتزم بالورقة التجارية ، فقد يكون المضمون احتياطيا ، هو الساحب ، أو المسحوب عليه القابل ، أو أحد المظهرين ، شرط ألا يكون ضمن السفتجة شرط عدم الضمان ، كما يجوز أن يعطي الضمان الاحتياطي لضا من احتياطي آخر ، ويجوز كذلك ضمان المسحوب عليه غير القابل ، فيكون التزام الضامن معلق على شرط واقف وهو قبول المسحوب عليه⁽¹⁾.

وبما أن المركز القانوني للضامن يتحدد بمركز مضمونه فمن المهم تحديد شخصية المضمون لتتضح حقوق وواجبات هذا الأخير ، وبالتالي حقوق وواجبات الضامن ، ولكن في حالة عدم تحديد اسم المدين المضمون ، فما هو الحل ؟.

أجاب المشرع عن ذلك في المادة 409 من القانون التجاري في فقرتها السادسة « يجب أن يذكر في الضمان الاحتياطي اسم المضمون وإلا عد للساحب » فذهب المشرع إلى افتراض أن الضمان الاحتياطي قد حصل لمصلحة الساحب وهذا رعاية لمصالح سائر الملتزمين بالورقة التجارية ، لأنه إذا تم الوفاء عنه ، برئت ذمتهم جميعا. هذا وتعتبر قرينة انصراف الضمان لصالح الساحب قرينة قاطعة لا تقبل الإثبات بالدليل العكسي⁽²⁾.

ج- زمن وقوع الضمان: يعطى الضمان الاحتياطي عادة في الفترة الممتدة بين تاريخ إصدار السفتجة وتاريخ استحقاقها.

ثانيا: الشروط الشكلية للضمان الاحتياطي:

⁽¹⁾ راجع في ذلك: إلياس حداد ، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري ، الجزائر (بدون سنة) ، ص 250 .

⁽²⁾ راجع في ذلك: علي البارودي ، القانون التجاري الأوراق التجارية والإفلاس ، مصر: الدار الجامعية ،

1991، ص 144.

- أنظر كذلك ، إلياس حداد ، المرجع السابق ، ص 250.

طبقا لنص المادة 409 من القانون التجاري فإنه « يجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها أو سند يبين فيه مكان صدوره ». فالضمان الاحتياطي طبقا لنص هذه المادة إما أن يكون على السفتجة ذاتها ، وإما أن يكون على سند مستقل.

1- الضمان الاحتياطي على السفتجة ذاتها: وفي هذه الحالة يتخذ الضمان أحد الشكلين:

أ- **الشكل الأول:** الضمان الاحتياطي بصيغة دالة عليه وذلك كعبارة (صالح كضمان) أو مقبول كضمان (*bon pour aval*) ثم تذييل العبارة المستعملة بتوقيع الضامن.

ب- **الشكل الثاني:** الضمان الاحتياطي غير المقترن بصيغة دالة عليه ر بل يكتفي فيه بتوقيع الضامن الاحتياطي على وجه السفتجة ، تمييزا له عن التظهير على بياض.

وذلك وفقا لنص المادة 5/409 من القانون التجاري « ويعتبر الضمان الاحتياطي حاصلا بمجرد توقيع ضامن الوفاء على وجه السفتجة ، إلا إذا كان صاحب التوقيع المسحوب عليه أو الساحب ».

فطبقا لهذا النص اشترط المشرع كي 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 قبولا للسفتجة وهو في الوقت نفسه ضامنا للوفاء ، أما توقيع الساحب فيعد إنشاء للسفتجة وهو ضامن لجميع الموقعين عليها .

2- الضمان الاحتياطي على سند مستقل: وليكون هذا الضمان الوارد ضمن سند مستقل

عن السفتجة صحيحا لا بد من توافر شرطين حددتهما المادة 1/409 وهما:

- استعمال صيغة تدل على الضمان الاحتياطي مذيلة بتوقيع الضامن الاحتياطي.
- بيان السفتجة المضمونة.

وحكمة المشرع من وضع هذا الحل تتمثل في اعتبارين الأول هو مصلحة حامل السفتجة التي تستدعي وجود ضامن جديد يزيد من فرص وفائها في تاريخ الاستحقاق .

والاعتبار الثاني يتمثل في مصلحة المدين المضمون التي تستدعي دفع الحرج عنه ، لأن ورود الضمان الاحتياطي في السند ذاته دلالة على الشك في ائتمانه وقدرته على الوفاء ، وكذلك لأن الضمان بسند مستقل يسمح بضمان عدة سندات تجارية دفعة واحدة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: إلياس حداد ، المرجع السابق ، ص 252 .

ونجد من هنا عدة مزايا للضمان الاحتياطي على سند مستقل كونه ضمانة سرية دون تضييع مصلحة الدائن⁽²⁾. رغم أن المشرع لم يحدد في المادة 409 من القانون التجاري الأشكال التي يتخذها الضمان الاحتياطي كسند مستقل.

الفرع الثاني: آثار الضمان الاحتياطي:

وتظهر آثار الضمان الاحتياطي من خلال علاقة كل من الضامن والحامل (أولا) وكذا العلاقة بين الضامن الاحتياطي والموقعين على الورقة التجارية (ثانيا) ، وأخيرا العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمضمون (ثالثا)

أولا : العلاقة بين الضامن الاحتياطي والحامل (البنك):

طبقا للمادة 409 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها السابعة والثامنة « يلتزم ضامن الوفاء بكل ما التزم به المضمون ويكون التزام ضامن الوفاء صحيحا ، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا ، لأي سبب آخر غير عيب في الشكل.

فالضامن الاحتياطي يكفل الوفاء بقيمة الورقة التجارية، ويعتبر التزام الضامن التزاما تجاريا ، يخضع لقواعد الصرف فالضامن ليس له أن يطلب مهلة قضائية للوفاء ، ولا يحق له أن يتعذر اتجاه الحامل حسن النية بدفع شخصية تعود له إزاء حامل سابق للسند (طبقا لمبدأ تطهير الدفع الخاص للسندات التجارية).

وإذا كان الأصل أن التزام الضامن الاحتياطي يتبع التزام الشخص المضمون في الصحة والبطلان ، فإن القانون خرج عن هذا الأصل ، واعتبر التزام الضامن صحيحا ، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا (كإعدام الأهلية ، عدم مشروعيته) تطبيقا لمبدأ استقلال التواقيع الذي يحكم السندات التجارية واكتفى المشرع لاعتبار الضمان الاحتياطي غير صحيح بطلان التزام المضمون بسبب عيب ظاهر في الورقة التجارية من الناحية الشكلية كخلوها من إحدى بياناتها الإلزامية⁽¹⁾.

عكس الكفالة التي لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا طبقا للمادة 648 من القانون المدني.

C.Gavalda ,J.,Stoufflet , droit de la banque ,Paris :Litec,1994, p 770.

M.remilleret , op.cit , p 56.

⁽²⁾ راجع في ذلك:

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

كما يعتبر الضامن الاحتياطي كفيل متضامن لأن التزام الضامن هو التزام تجاري ، فهو متضامن مع الملتزم المضمون .

ويلتزم به على الوجه الذي التزم به هذا الأخير ، وللحامل (البنك) مطلق الحرية في مطالبة الملتزم المضمون أو الضامن الاحتياطي أو الاثنين معا ، وإذا اختار الحامل مطالبة الضامن الاحتياطي فلا يحق لهذا الأخير الدفع بالتجريد الذي يحتم على البنك الرجوع على المدين المضمون أولا كما لا يكون للضامن أن يدفع في مواجهة البنك كذلك بتقسيم الدين في حالة تعدد الضامين الاحتيابيين.

وعند وفاء أحد الضامين بقيمة الورقة التجارية للبنك الحامل ، لا تكون لهذا الموفي ، مطالبة الضامين الباقين إلا كلا بنسبة حصته من مقدار الدين المضمون .

والتزام الضامن هو التزام تبعي يستند إلى التزام المضمون ولذلك يكون التزامه تابعا للالتزام الأصلي الذي وقع الضمان من أجله .

فيستطيع الضامن أن يتمسك بإهمال الحامل (البنك) ، مادام للمدين المضمون حق التمسك بهذا الدفع.

ولذلك يمكن للبنك لزيادة فعالية الضمان ولتفادي نتائج هذا الدفع أن يتخذ بعض الاحتياطات كأن يطلب من الضامن الاحتياطي التخلي عن هذه الدفوع أي التنازل عن الدفع بإهمال البنك الحامل في حالة التقديم المتأخر ، أو عدم تحرير الاحتجاجات .

ثانيا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والموقعين على الورقة التجارية:

فطبقا للفقرة التاسعة من المادة 409 من القانون التجاري «إذا دفع الضامن الاحتياطي قيمة السفتجة يكتسب الحقوق الناتجة عنها اتجاه المضمون والملتزمين له بمقتضى السفتجة».

ومن خلال هذا النص فإن الضامن الاحتياطي بمجرد وفاء بقيمة السفتجة لحاملها تكون له نفس الحقوق التي يتمتع بها كل موف للسفتجة ر فيكون له أن يرجع بالدعوى المصرفية على كل ملتزم ضامن للمدين المكفول الذي تم الوفاء لصالحه ، وإذا كان الضمان لمصلحة المستفيد للضامن الموفي الرجوع على الساحب والمسحوب عليه القابل دون المظهرين الآخرين إن وجدوا ، أما ضامن الساحب فليس له الرجوع إلا على المسحوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء.

ثالثا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمضمون:

إذا وفي الضامن الاحتياطي قيمة الورقة التجارية كان له حق الرجوع على المضمون ، فله أن يرجع على هذا الأخير بموجب الدعوى المصرفية ، إذ يحل محل حامل الذي استوفى الدين ، ويصبح بالتالي حاملا شرعيا للورقة التجارية (وهو يلجأ عادة إلى هذه الدعوى للاستفادة من مزايا القواعد المصرفية لمشددة).

كما يمكن له الرجوع بالدعوى الشخصية وفقا للقواعد العامة ويكون للضامن الاحتياطي مواجهة الحامل (البنك) بكل الدفع التي للمضمون اتجاه الحامل ، وعادة ما يلجأ الضامن إلى هذه الدعوى عندما تتقدم الدعوى المصرفية (لأننا كما نعلم مدد التقادم في السندات التجارية قصيرة) ، أو وفي حالة سقوطها (الدعوى المصرفية لإهمال الحامل).

وأخيرا يمكننا القول بأن الضمان الاحتياطي يعد كفالة تضامنية وكذلك صرفية (une caution combiaire) ، لذلك عادة ما يفضل اللجوء إلى هذه الضمانة نظرا لبساطة إنشائها وما تتميز به بالالتزامات المصرفية من خصائص (كتطهير الدفع ، استقلال التواقيع ... إلخ).

والضمان الاحتياطي كثير الوقوع في الحياة العملية ، والغالب أن البنوك هي أكثر من يستعمل هذا الضمان فهو يقدم للبنك كضمان ، وكذلك يعد كاعتماد تقدمه البنوك لضمان التزامات زبائنها المصرفية ، الأمر الذي يزيد من انتمان الأوراق التجارية ويشجع الناس على التعامل بها.

ولكن رغم ذلك فإن الضمان الاحتياطي قد تنجم عنه مخاطر إذا كان يشكل تأمين أدبي أكثر منه حقيقي ، خاصة إذا تم الاختيار للضامن الاحتياطي بطريقة مستعجلة مع غياب التبصر ، فالبنك الدائن الذي يبحث عن ضامن احتياطي لضمان مدين في وضع سيئ يصعب عليه إيجاده ، لذلك من الصواب ومن الضروري تقدير هذه الضمانة عند بداية العملية .

ونشير إلى أن الضمان الاحتياطي الذي يقدمه بنك أو مؤسسة مالية يعد ضمانا جد فعالة بالنسبة للبنك نظرا ليسار هذا الأخير من جهة ، وكون البنك لا يقدم ضمانه إلا إذا كان متأكدا ووثقا من المدين المضمون من جهة أخرى.

المبحث الثاني

الضمانات الشخصية الناشئة عن الممارسة

إن البحث عن الحماية الفعالة أدى إلى عدم التوقف عند الضمانات الشخصية التقليدية التي تنسم بجمود وصرامة القواعد التي تحكمها وعدم مسايرتها للتطورات الحديثة بل تعدى ذلك

إلى ما جاءت به الممارسة من ضمانات شخصية أخرى منها ما هو مشتق من الكفالة ومستمد من المجال الدولي كخطابات الضمان ، والضمانات المستقلة ، ومنها ما يتعلق باستعمال تقنية التأمين كضمان للقروض الممنوحة من طرف البنوك. وعلى ذلك سوف نتناول من خلال هذا المبحث كل من الضمانات الشخصية المشتقة من الكفالة في (مطلب أول) ، واستعمال تقنية التأمين كضمان للقروض في (مطلب ثاني):

المطلب الأول

الضمانات الشخصية المشتقة من الكفالة

وهي ضمانات شخصية ناشئة عن الممارسة تمثل في جوهرها أحكاما مشابهة لتلك الخاصة بالكفالة ولكنها مستقلة عنها بما أضفت عليها الممارسة التعاقدية من قواعد للتخفيف من شدة وصرامة القواعد التي تحكم الكفالة.

وقد ظهرت هذه الضمانات في المجال الدولي وأدمجت في المجال الداخلي ، ورغم أنها غير منتشرة في الجزائر إلا أننا فضلنا دراستها ولو بصفة وجيزة لتوضيح الفرق بينها وبين الكفالة ومنعاً للبس والخلط بين المصطلحات الدالة عليها .

وتتمثل هذه الضمانات في كل من خطابات الضمان (الفرع الأول) والضمانات المستقلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خطاب الضمان:

إضافة إلى أشكال التأمينات الشخصية الكلاسيكية نشأ عن الممارسة التعاقدية وخارج كل تدخل تشريعي ، تقنية حديثة للتخفيف من شدة وصرامة التأمينات الشخصية ، تتمثل في ما يسمى بخطابات الضمان⁽¹⁾ التي تقابل بالفرنسية عدة مصطلحات

la lettre d'intention ou lettre ' de patronage' , 'de soutien' , 'de confort'

فطبيعة العلاقات التجارية تدفع البنك إلى قبول هذا التطبيق التعاقدية (الناجم عن الممارسة) على سبيل الضمان عوض الكفالة.

وخطاب الضمان يقوي الثقة التي يحتاجها المدين ، ويسمح له بالحصول وبطريقة سهلة على القرض الذي يحتاجه لهذا سميت بخطابات الضمان أو خطابات الدعم⁽²⁾.

فنتساءل إذن عن مفهوم خطاب الضمان وذلك من خلال البحث عن تعريفه ، وطبيعته القانونية ؟ (أولا) ، وكذلك يطرح التساؤل حول نظامه القانوني ؟ (ثانيا)

أولا : مفهوم خطاب الضمان: من الصعب بما كان الوصول إلى تحديد مفهوم واضح ونهائي لخطاب الضمان وذلك نظرا لتنوع واختلاف أشكاله.

وسنتطرق إلى كل من تعريف خطاب الضمان ثم إلى تحديد طبيعته القانونية.

1- تعريف خطاب الضمان: نظرا لكون خطابات الضمان من إنشاء الممارسة فإنه من الصعب تحديد تعريف دقيق وشامل لها.

فأغلب التعاريف المقدمة لخطابات الضمان اعتبرت قاصرة نظرا لعدم شمولها لكل أشكال هذا الضمان ، الذي يشتمل على عدة صور تنتمي كلها إلى عائلة واحدة هي ضمانات من نوع خاص " *une famille suigeneris* " ، فهي لا تعد عقد من العقود المسماة ولا نوع من أنواع الضمانات الكلاسيكية المعروفة.

⁽¹⁾ ظهر مفهوم خطاب الضمان في إنجلترا ، وطور بعد الحرب العالمية الثانية بفضل ازدهار الاقتصاد الدولي ، وقد بدأ استعماله في فرنسا في بداية سنوات 1970 ، وفي المنازعات ابتداء من سنة 1979 بسبب أزمة التأمينات (*crise des sûretés*).
⁽²⁾ راجع في ذلك:

وأفضل تعريف هو ذلك الذي قدمته محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت أن «خطابات الضمان التزامات أدبية ، أو عقود ملزمة لجانب واحد مصاحبة لعقد أصلي عادة ما يكون عقد قرض بواسطته يقوم الملتزم بهذا الخطاب بإعطاء ضمانات (تأمينات) للدائن لضمان شخص طبيعي أو شركة.

وذلك في شكل التزام أدبي ، التزام بفعل أو ضمان الدفع⁽¹⁾.

وقد حاول هذا التعريف الجمع بين الصور المختلفة لخطابات الضمان التي سنتعرف على طبيعتها القانونية.

2- الطبيعة القانونية لخطابات الضمان: إن محاولة الوصول إلى مفهوم موحد لطبيعة خطابات الضمان يعد أمرا وهميا لأنها وفقا للعبارات المستعملة من طرف محررها تغطي وضعيات مختلفة وذلك وفقا لما قضت به محكمة النقض الفرنسية « إن خطابات الضمان رغم طابعها الملزم لجانب واحد ، فإنها يمكن ووفقا للعبارات التي تتضمنها وعند قبولها من طرف الأطراف تشكل على عاتق مكنتبها التزام تعاقدى بفعل أو عدم فعل شيء ما أو حتى الالتزام بتأمين نتيجة وإن لم تشكل كفالة في حد ذاتها »⁽²⁾. ووفقا لذلك يمكن حصر خطابات الضمان في ثلاثة صور.

أ- خطابات الضمان التي لا تتضمن التزام قانوني:

وهي خطابات تتضمن التزاما أدبيا ، فالملتزم هنا لا يلتزم بأي التزام قانوني اتجاه البنك الدائن ، فهي تتضمن تصريح أو إقرار عام بدون أي مدى قانوني ، ولا يتعلق الأمر بعقد وإنما فعل مجاملة ، أو التزام شرفي⁽³⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Xavier , Barré , Lettres D'intentions J.C.P ,Banque et crédit 1997 ,fax. 741, p3.

« Une famille d'engagement moraux ou de contrats unilatéraux accompagnant un contrat principal , généralement un crédit , contemporain de ceux-ci , par les quels le signataire prodigue des assurances au créancier d'une personne physique ou d'une société avec laquelle il a ou non des liens de capital , sans la forme d'un engagement moral , d'une obligation de faire ou d'une garantie du paiement ».

⁽²⁾ راجع في ذلك: Dominique , Legeais ,op.cit , p 179 (cass . com .21 dec 1987) « malgré son

caractère unilatéral , une lettre d'intention peut selon ses termes , lorcequ'elle a été accepté par son destinataire et eu égard a la commune intention des parties , constituer à la charge de celui qui la souscrit un engagement contractuel de faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat si même elle ne constitue pas un cautionnement ».

⁽³⁾ راجع في ذلك: Alin , Pousson , Relations juridiques , (de crédit , de travail et de, contentieux)

Paris : Dunod ,1998 , p27.

مثالها أن تلتزم الشركة الأم لتمثيل شركتها الفرعية لدى البنك وتبين بأنها تعرف الوضعية المالية للشركة الفرعية ، وأن هذه الأخيرة ستقوم بتنفيذها.

فلا يتضمن التزامها سوى التزام أدبي أو التزام طبعي أو حتى لا تتضمن أي التزام من أي طبيعة ، حتى أننا نشك في فائدتها بالنسبة للبنك الدائن ؟⁽¹⁾.

ب- خطابات الضمان المتضمنة التزام قانوني بفعل:

الالتزام القانوني الذي يتضمنه خطاب الضمان هو التزام بفعل والذي يمكن تكيفه على أنه التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة وهذا وفقا للعبارات المستعملة في الخطاب ، ووفقا للنية المشتركة للطرفين (طرفي الخطاب):

- **خطاب الضمان المتضمن التزام ببذل عناية:** فالملتزم لا يضمن تحقيق نتيجة معينة ومحددة ، ولكن يلتزم بالقيام بكل ما في وسعه لحمل المدين على الوفاء بالتزامه، وهذه الخطابات توفر حماية أقل للبنك الدائن ومثال هذا النوع نجده عندما تكون الشركة الملتزمة بخطاب الضمان مساهمة للشركة المستفيدة من القرض البنكي وتلتزم بأنها تبذل كل ما في وسعها لكي تستمر الشركة المدينة في نشاطها بصفة عادية دون أن تلتزم بتنفيذ التزامات هذه الأخيرة (الشركة المدينة) اتجاه البنك الدائن وتكون العبارات المستعملة في الخطاب كالتالي⁽²⁾.

« نلتزم ببذل كل الجهود لتمكين الشركة الفرعية أو المدينة من تنفيذ التزاماتها اتجاهكم... »

- **خطاب الضمان المتضمن التزام بتحقيق نتيجة:** والملتزم بخطاب الضمان في هذه الحالة يلتزم بتحقيق نتيجة معينة ، والالتزام هنا لا يجبر الملتزم على الدفع مباشرة للبنك ولكن يأخذ على عاتقه القيام بكل الوسائل لتمكين المدين من الدفع للبنك الدائن ، ويسهر على تحقيق هذه النتيجة (الدفع) فالضامن هنا يلتزم أو يتعهد بصفة غير مباشرة بدفع ديون المدين المضمون.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Jean pierre , Bertrel , les lettres d'intention, la Revue Banque n°465 ,octobre , 1986, p 895.

⁽²⁾ راجع في ذلك: Patrice Bouteiller, François Ribay , op. Cit., p 104. « Nous nous engagerons à faire tous nos efforts pour que notre filiale soit en mesure de respecter ses engagements à votre égard.... ».

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 18 أفريل 2000 (الغرفة التجارية) « بأن الالتزام بتحقيق نتيجة يفترض التزام بالحلول بصفة محضة وبدون شرط»⁽¹⁾.

وهذا الحل يؤدي بنا إلى التساؤل فيما إذا كان من الممكن اعتبار خطابات الضمان التي تتضمن التزاما بتحقيق نتيجة بمثابة كفالة؟.

الإجابة أنه قانونيا ليس هناك مجال لمساواة الكفالة بهذه التقنية ، وذلك لأنه من جهة الكفالة لا تفترض ولكن يجب أن تكون صريحة ومن جهة أخرى ، فإن الالتزام المقدم من طرف الضامن اتجاه البنك ليس كالالتزام الناشئ عن الكفالة (الذي يتمثل في دفع ما التزم به المدين مباشرة) ، فالالتزام في خطاب الضمان مجرد التزام بسيط بفعل محله نسبيا غير معين لأن صاحب هذا الالتزام له الحرية المطلقة في اختيار الوسائل اللازمة للوصول إلى تحقيق النتيجة التي التزم بتحقيقها وهي إعداد المدين لتنفيذ التزامه ، فالضامن المقدم لخطاب الضمان يمكنه استعمال كل الوسائل لجعل المضمون ينفذ التزاماته ، كمنحه قرض مثلا ، أو المساهمة في زيادة رأسماله بينما الكفيل لا يتحمل من التزامه إلا إذا دفع للبنك ما التزم المدين بدفعه وعدم حصول البنك على حق مباشر للحصول على الدين من الضامن يشكل عائق بالنسبة له مقارنة مع الكفالة.

ونظرا لهذه الفروق الواضحة بين الكفالة وخطاب الضمان فإنه لا يمكن إعطاء خطاب الضمان المتضمن التزام بفعل وصف الكفالة أو أي وصف آخر كاشتراط لمصلحة الغير ، أو لتعهد عن الغير .

ولكن خطابات الضمان كما سبق وأن رأينا هي نوع خاص من الضمانات الشخصية (suigeneris).

ج- خطابات الضمان التي تشكل كفالات حقيقية:

وهي خطابات الضمان التي تخفي وراء عباراتها التزامات حقيقية بالدفع في مكان المدين الأصلي وهي في الحقيقة كفالات مستورة أو متخفية.

⁽¹⁾ Revue de droit bancaire et financier , juillet/août 2000 n°4 , p 230 . « Une obligation de résultat suppose un engagement de substituer purement et simplement ». « La société mère n'ayant pris aucun engagement de substituer à sa filiale , la cour d'appel en a déduit qu'elle était tenue d'une obligation de moyens ».

وتكون العبارات التي تدل على ذلك والتي يتضمنها الخطاب كالتالي: « نلتزم بتنفيذ الالتزامات التي التزمت بها الشركة المدينة اتجاهكم... إلخ».

فيتعهد محرر الخطاب بتنفيذ التزام المدين في حالة عدم قيام هذا الأخير بالتنفيذ ، وبالتالي يعتبر محرر الخطاب في هذه الحالة بمثابة كفيل .

ونجد مثال ذلك خطاب ضمان موضوع القضية المعروضة على محكمة الاستئناف بتاريخ 10 جانفي 1985 ، ونص هذا الخطاب كالتالي « بصفتنا مساهمة لجزء كبير من أسهم الشركة ...نؤكد نيتنا في متابعة ودعم شركتنا الفرعية في احتياجاتها المالية.

وفي حالة ما إذا كان ذلك ضروريا نقوم بالحلول محلها في تنفيذ الالتزامات التي التزمت بها اتجاهكم ، وسنسر بصفة دائمة على يسرها الدائم⁽¹⁾ .

فالتحليل الحرفي لعبارات هذا الخطاب رغم التحرير الغامض له وبحث المحكمة للنية المشتركة للأطراف توصلت إلى القول بوجود التزامين : التزام بفعل يمكن تكييفه بأنه التزام بتحقيق نتيجة وذلك من خلال عبارة « نؤكد نيتنا في متابعة ودعم شركتنا الفرعية».

والالتزام حقيقي بدفع الدين في مكان المدين وفقا للعبارة:«وفي حالة ما إذا كان ذلك ضروريا نقوم بالحلول محلها بتنفيذ الالتزامات التي التزمت بها اتجاهكم ».

مما يسمح لنا القول بوجود (بصفة حقيقة) كفالة مستورة .

ثانيا: النظام القانوني لخطابات الضمان:

إن اختلاف الطبيعة القانونية لخطابات الضمان التي تختلف بتنوع أشكالها ينتج عنه بالضرورة عدم وجود نظام قانوني موحد يطبق على كل خطابات الضمان ، وهذا ما يؤدي بنا إلى التعرض للنظام القانوني المطبق على كل شكل من الأشكال.

1- بالنسبة لخطابات الضمان التي لا تتضمن أي التزام قانوني: ولكنها تتضمن التزام أدبي أو التزام شرفي ، وخاصية أدبية الالتزام تفسر أن تجاهله وعدم احترامه غير معاقب عليه .

لأننا كما نعلم أن الفرق بين الالتزام القانوني والالتزام الأدبي هو أن هذا الأخير لا يستفيد من الحماية القانونية عكس الالتزام القانوني.

Jean pierre , Bertrel ,op.cit , p 898.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

وبالتالي عدم تنفيذ الملتزم بكتاب الضمان لالتزامه لا يرتب عليه أي مسؤولية ولا يمكن للبنك مقاضاته ، ولكن يمكن تصور المسؤولية التقصيرية لمحرر خطاب الضمان في حالة ارتكابه خطأ أو إهمالا سبب ضررا للبنك الدائن المستفيد من هذا الخطاب ومثال ذلك إذا اعتقد أن المدين في حالة مالية جيدة في حين أن حالته معرضة للخطر ورغم ذلك قدم خطاب الضمان مما يجعل البنك يثق فيه ويقدم له القرض المتفق عليه.

فإذا تمكن البنك في هذه الحالة من إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحقه تقوم المسؤولية التقصيرية لمكتب خطاب الضمان ، وهذا الإثبات على ما نعتقد يصعب التوصل إليه.

2- بالنسبة لخطابات الضمان المتضمنة التزام قانوني بفعل: وهنا نميز بين الخطابات التي تتضمن التزاما ببذل عناية وتلك التي تتضمن التزام بتحقيق نتيجة.

أ- الخطابات المتضمنة التزام ببذل عناية: وهنا يتعهد مكتب خطاب الضمان بالالتزام ببذل كل ما في وسعه لتمكين المدين من تنفيذ التزامه ، فهنا لا يتعهد بتحقيق نتيجة معينة ، وعدم تحقق النتيجة المنتظرة وهي دفع المدين للبنك لا يعني عدم تنفيذ المكتب لكتاب الضمان لالتزامه ولكي يثبت البنك مسؤوليته يجب أن يثبت الخطأ الذي ارتكبه المكتب لكتاب الضمان وأنه لم يبذل العناية اللازمة . وهذا الإثبات كذلك يبدو صعبا بالنسبة للبنك.

ب- الخطابات التي تتضمن التزاما بتحقيق نتيجة: وفي هذه الحالة وكما سبق وأن رأينا يلتزم مكتب خطاب الضمان بتحقيق نتيجة معينة وهي تنفيذ المدين لالتزامه اتجاه البنك ، وعدم تحقق هذه النتيجة يقيم مسؤولية مكتب خطاب الضمان وعلى ذلك تنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت بسبب لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه » فهناك قرينة قانونية تعفي البنك من إثبات خطأ الملتزم بكتاب الضمان وكيفية فقط إثبات عدم تحقق النتيجة وهي عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

وهذه الالتزامات التي تتضمنها خطابات الضمان تجعل منها ضمانات حقيقية بالنسبة للبنك ، ومادامت كذلك يجب أن تخضع للقواعد الخاصة بالضمانات (كالأهلية مثلا ، أو شرط

الحصول على الإذن المسبق بالنسبة للشركات أو موافقة خطاب الضمان لغرض الشركة ومصلحتها..... إلخ⁽¹⁾.

3- بالنسبة لخطابات الضمان التي تتضمن التزام حقيقي بتنفيذ التزام المدين: وهذه تكون بمثابة كفالة مستورة كما سبق وأن رأينا ، والنظام القانوني المطبق في هذه الحالة هو كل ما يتعلق بأحكام الكفالة والتي سبقت دراستها⁽²⁾.

وفي الأخير ، نشير إلى أن الأسباب التي تؤدي إلى تحرير خطابات الضمان كثيرة ومختلفة ، فقد يرمي محرر الخطاب إلى الالتزام لأجل إرادة غير واضحة ، أو تلتزم الشركة الأم مثلا لإبداء الثقة لدى إحدى شركاتها الفرعية رغم أنها لا تريد الالتزام بصفة حقيقية ، أو تستعمل الخطاب كغطاء لكفالة عادية. لذلك قد يكون خطاب الضمان بالنسبة للبنك ضمانا وهميا لا يحقق له الحماية اللازمة ، وعلى هذا يجب عليه أن يراعي بحذر شديد تحرير خطابات الضمان ، نظرا لأهمية العبارات المستعملة في تحديد مدى التزام الضامن.

الفرع الثاني : الضمانات المستقلة :

إضافة إلى خطابات الضمان ابتكرت الممارسة البنكية اعتمادا على الحرية التعاقدية التي يمنحها مبدأ سلطان الإدارة ، ضمانة شخصية أخرى تتمثل في الضمانات المستقلة أو الضمانات للطلب الأول (*à première demande*) (*les garanties indépendantes*) وهي ضمانات ظهرت ضمن العلاقات الدولية ، وظهرت تدريجيا في العلاقات الداخلية ، وأصبحت تقدم كضمان للبنوك والغالب أن يكون الضامن بنكا أو مؤسسة مالية . ولدراسة هذه الضمانة ، نتطرق إلى كل من مفهومها (أولا) والآثار القانونية التي ترتبها (ثانيا).

أولا : مفهوم الضمانات المستقلة :

Dominique , Legiais ,op.cit , p 182.

Dominique , Legiais ,op.cit , p 181.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

⁽²⁾ راجع في ذلك:

ولا يمكن الكشف عن مفهوم الضمانات المستقلة إلا من خلال التعرض لتعريفها والعناصر المميزة لها(1) وكذا طبيعتها القانونية(2).

1- تعريف الضمانات المستقلة والعناصر المميزة لها:

أ-تعريفها : هذه الضمانات ليست معروفة بصفة دقيقة وواضحة لذا يصعب إيجاد تعريف دقيق لها .

فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية هذه الضمانات من خلال القرار الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1983 « واعتبرت أن الضمانات المستقلة ، العقد الذي بمقتضاه يتعهد الضامن أن يقوم ببناء على طلب مصدر الأمر بدفع مبلغ متفق عليه ، دون أن يقوم الضامن بإرجاء الدفع أو رفع أي اعتراض لأي سبب كان»⁽¹⁾. ومن خلال هذا التعريف يمكننا استخراج العناصر المميزة للضمانات المستقلة.

ب- العناصر المميزة للضمانات المستقلة: هناك عنصران أساسيان لإمكان اعتبار الضمانة مستقلة:

- **العنصر الأول:** يتمثل في ضرورة أن يكون محل التزام الضامن مستقلا عن محل التزام المضمون ، فمحل التزام المضمون (المدين) هو دفع القرض الممنوح من طرف البنك عند حلول أجل الاستحقاق.
- أما محل التزام الضامن ، هو دفع المبلغ المحدد في عقد الضمان المستقل بمجرد المطالبة الأولى من طرف البنك ، لذلك سميت هذه الضمانات بالمستقلة أو للطلب الأول.
- **العنصر الثاني:** يتمثل في تنازل الضامن عن الاستفادة من الدفوع الناتجة عن الالتزام الأصلي ، فلا يستفيد الضامن من الدفع بالدفوع التي يمكن أن يدفع بها المدين الأصل، ولا يمكنه إرجاء الدفع أو الاعتراض على ذلك لأي سبب كان .
- ويجب أن يكون هذا التنازل صريحا في عقد الضمان المستقل ، لذلك يجب أن يكون تحريره واضحا لتحديد التزامات الضامن ومدة الضمان وقيمه.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Dominique , Legiais ,op.cit , p 162. « c'est le contrat par le quel une banque s'engage à effectuer sur la demande d'un donneur d'ordre , le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu , sans que l'établissement financiere puisse différer le paiement ou soulever une contestation quelconque pour quelque cause que ce soit ».

2- الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة

إن دراسة الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة للوهلة الأولى تظهر بأنها كفالة عادية. ولكن عند التدقيق في العناصر المميزة للضمانة المستقلة نكتشف الفرق الواضح بين الكفالة وهذه الضمانة (المستقلة) .

باعتبار أن التزام الكفيل في عقد الكفالة يعد التزاما تبعا لالتزام المدين الأصلي ، يلتزم فيه الكفيل بأن يدفع إلى البنك الدائن ما التزم به المدين المكفول إذا لم يتم هذا الأخير بتنفيذه عند أجل الاستحقاق⁽¹⁾ .

ووفقا لخاصية التبعية في الكفالة ، فإنه يمكن للكفيل إثارة جميع الدفعات التي يمكن للمدين الأصلي إثارتها.

عكس الضمانات المستقلة التي يكون محل التزام الضامن مستقلا عن محل التزام المدين الأصلي ، إضافة إلى أنه ليس للضامن أن يتمسك بدفع المدين أو أي دفع آخر يدفع به مطالبة البنك الدائن ، ولكنه يلتزم بالدفع بمجرد المطالبة الأولى له ويجب أن يظهر ذلك بوضوح في الضمان المستقل ، وإلا فإنه يتعرض إلى إعادة تكييفه من قبل القضاء ، وذلك اعتمادا على العبارات المستعملة فيه.

فصيغة « الدفع للطلب الأول » ، تبين بصفة جلية استقلال تعهد الضامن وتكييفه بأنه ضمان مستقل .

ولكن الاجتهاد القضائي اعتبر بأن الضمان المستقل يعتبر كفالة عندما يلجأ الأطراف بهدف تحديد تعهد الضامن إلى الإحالة للعقد الأصلي ، لأنه عادة ما يشترط أن يتعهد الضامن للطلب الأول لكن لدفع مبالغ مستحقة من قبل المدين الأصلي.

وهذا ما قضت به محكمة لنقض الفرنسية (الغرفة التجارية) في قرار لها صادر بتاريخ 14 جوان 2000 بأنه « على الرغم من عنونة العقد بأنه ضمان مستقل ووضع عبارة «الدفع للطلب الأول» فإن الالتزام محل النزاع موضوعه الدين الخاص بالمدين الأصلي وبالتالي لا يعد ضمانا مستقلا »⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Claude , Martin. Martine . Deliereux , Les garanties Bancaires autonomes ,

Bruxelles : Bruylan , 1991 , p 62 , 63 .

⁽¹⁾ Revue de droit bancaire et financier , n°6 , novembre/décembre 2000 , p 355 . « En dépit de l'intitulé de l'acte comme « garantie autonome » est de la mention de paiement à première demande ,

ولكن إذا ورد في الضمان وبصفة صريحة بأن الضامن يلتزم بالدفع للطلب الأول رغم كل اعتراض من قبل المدين أو الغير ، فإن هذا الضمان لا يفقد استقلاله بمجرد إحالة بسيطة إلى العقد الأصلي ، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 ماي 1999 (الغرفة التجارية)⁽²⁾.

واعتبرت نفس المحكمة في قضية أخرى بتاريخ 27 جوان 2000 بأنه لا تعتبر بمثابة ضمانات مستقلة تلك التي تفرض الرجوع إلى العقد الأصلي لتحديد كيفية تنفيذ الضمان ومدته⁽³⁾.

ومن كل هذا نستخلص أن الضمانات المستقلة هي ضمانات ناشئة عن الممارسة لها مميزات تميزها عن الكفالة ، ولكن يجب أن تظهر هذه المميزات بصفة جلية وواضحة في عقد الضمان لإمكان اعتبارها مستقلة .

لأن كل غموض ولبس في العبارات التي يتضمنها الضمان المستقل يمكن أن يؤدي إلى إعادة تكييفها من قبل القضاء على أنها كفالة.

ثانيا: الآثار المترتبة على الضمانات المستقلة

إن الضمانات المستقلة يتولد عنها علاقات بين كل من : المدين المضمون (مصدر الأمر) ، الضامن المستقل (مقدم الضمان) ، البنك الدائن (مانح القرض والمستفيد من الضمان):

1- علاقة المستفيد (البنك الدائن) بالضامن: فالضامن يلتزم اتجاه البنك الدائن بالدفع بمجرد الطلب الأول من طرف هذا الأخير.

وقد يكون هذا الطلب بسيطا أو بتقديم مستندات (كما هو الحال في الاعتماد المستندي على مستوى العلاقات الدولية).

l'engagement litigieux avait pour objet la propre dette du débiteur principale et n'était donc pas autonome ».

⁽²⁾ *Revue banque et droit* , n°69 , janvier/ février 2000 ,p85 « La garantie dont l'étendue a été fixé au moment de sa conclusion et consistant en un engagement de payer a première demande malgré toute contestation du donneur d'ordre ou d'un tiers n'est pas privé de son autonomie par simples référence ou contrat de base n'impliquant pas appréciation des modalités d'exécution de celui-ci pour l'évolution des montants garanties ».

⁽³⁾ *Revue de droit bancaire et financier* , n°6 ,novembre/décembre 2000 ,p 355 . « Un engagement ne peut être qualifié autonome que s'il n'implique pas une appréciation des modalités d'exécution du contrat de base pour l'évaluation des montants garanties ou pour la détermination des durées de validité et s'il comporte une stipulation de l'inopposabilité des exceptions ».

وكل خلاف تقني ، قانوني ، تجاري ، بين مصدر الأمر (المدين) والبنك المستفيد يبقى أجنبي بالنسبة للضامن ، الذي يدفع الدين الخاص به . وذلك نظرا لاستقلالية التزامه عن التزام المدين الأصلي.

فليس له أن يدفع بأي دفع ناتج عن العقد الأصلي بين المستفيد والمدين المضمون ، ولا أن يعترض أو يحاول نفي التزامه.

2- علاقة الضامن بالمدين المضمون: عادة ما يكون الضامن بنكا ، فيكون إصدار الضمان بطلب من المدين (مصدر الأمر) عبارة عن اعتماد يقدمه البنك لزبونه ، وينطوي هذا الاعتماد على مخاطر كبيرة بالنسبة له ، يجب أن يحتاط لها ، وذلك من خلال دراسة طلب الاعتماد والتأكد من القدرات الصناعية والتجارية والمالية للمدين المضمون مع طلب ضمانات تضمن هذا الاعتماد.

وعند مطالبة البنك الدائن للبنك الضامن ويقوم هذا الأخير بتنفيذ ما طوّل به ، يمكنه أن يرجع على المدين المضمون لاسترجاع ما دفعه.

فالبنك هنا يقوم بدفع دين متفق عليه في عقد الضمان المستقل وليس الدين الذي التزم به المدين ، وهذا الأخير ليس له حق المعارضة في الدفع إلا إذا أثبت وجود غش أو تعسف ظاهر⁽¹⁾.

3- العلاقة بين البنك الدائن والمدين المضمون: فإنه في دراستنا هذه يتمثل القرض أو الائتمان الذي قدمه البنك للمدين المضمون الذي يلتزم بتسديده في أجل الاستحقاق. وتبقى هذه العلاقة مستقلة عن العلاقة التي تربط بين الضامن والمستفيد من الضمان (البنك الدائن) وإلا اعتبر الضمان المستقل كفالة. أخيرا ومن خلال هذا العرض الوجيز لكل من مفهوم الضمانات المستقلة والآثار المترتبة عنها .

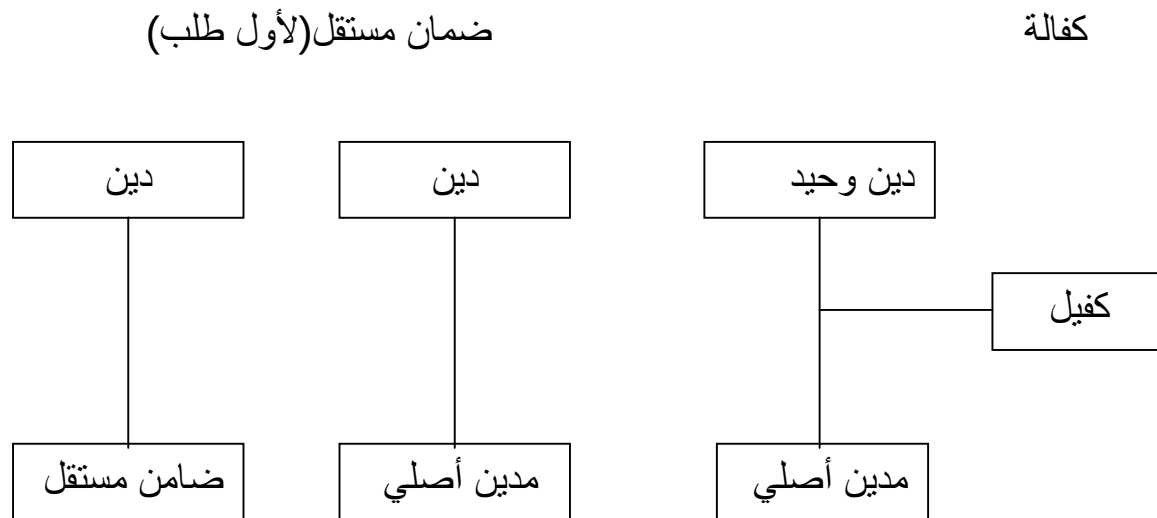
تجدر الإشارة إلى زرع هذه الضمانات في العلاقات الداخلية تنشأ عنه صعوبة كبيرة خاصة عند وضع الضمان المستقل حيز التنفيذ ، نظرا لعدم وجود قواعد قانونية خاصة تطبق على هذا النوع من الضمانات مما يؤدي إلى إطلاق العنان للحرية التعاقدية

Dominique , Legiais ,op.cit , p 170.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

للأطراف في تحرير الضمانات المستقلة وما يترتب عن ذلك من سوء اختيار العبارات والصيغ المناسبة ، الأمر الذي يلزم القضاء بإعادة تكييف هذه الضمانات بما يوافق العبارات المستعملة فيها.

لذلك فمن الواجب على البنك أخذ كل الحيطة والحذر ، ومراعاة استعمال العبارات والصيغ الواردة في الضمان التي يجب أن تحدد بدقة مدى التزام الضامن من خلال قيمة الضمان ومدته وحدوده ، وذلك للزيادة من فعالية الضمان والتوصل إلى توفير أكبر حماية.



المطلب الثاني

الضمانات الشخصية القائمة على تقنية التأمين (التأمين كضمان للوقاية من مخاطر القرض)

للحصول على حماية تفوق تلك الحماية التي توفرها التأمينات الشخصية فإنه يجب اللجوء إلى تقنية التأمين التي تعد من الضمانات الفعالة بالنسبة للبنوك.

مما أدى ببعض الفقهاء إلى اعتبار أن مخاطر القرض يمكن أن تغطي بتقنية أخرى وهي تقنية التأمين التي تعد علاجاً فعالاً لأزمة التأمينات⁽¹⁾.

وعقد التأمين كما نعلم هو من عقود الغرر (الباب العاشر من الكتاب الثاني) من القانون المدني.

بمعنى أن الحدث المؤمن ضده قد يقع وعندئذ يتوجب التعويض ، وقد لا يقع ، ومع ذلك يبقى المؤمن له ملتزماً بدوام دفع الأقساط ، ونحن هنا أمام خطر قد يقع صدفة وقد لا يقع ، فالوفاء بالدين موضوع الائتمان المصرفي قد يتم وقد لا يتم . وعلى هذا الأساس فإن الوفاء وعدم الوفاء (لأي سبب كان) يمكن أن يكون موضوع تأمين تقوم به شركة التأمين أو هيئة مختصة في ذلك (مؤمن) والمستفيد من هذا التأمين هو البنك الذي يستوفي حقه من المؤمن عند تحقق الخطر المتمثل في عدم الوفاء (بسبب الوفاة أو الإعسار... إلخ).

إذن فالتأمين لضمان القرض هو ضمان شخصي⁽²⁾ يقوم به شخص معنوي (المؤمن) شركة التأمين أو هيئة مختصة في ذلك.

فهو يعطي للبنك الدائن حقاً شخصياً قبل المؤمن⁽³⁾.

فالتأمين يمكن أن يستعمل كضمان لأنواع مختلفة من مخاطر القروض البنكية ، ويمكننا حصر ذلك في كيفيتين مختلفتين ، التأمين ضد مخاطر الوفاة والعجز (الفرع الأول) وكذا التأمين ضد مخاطر الإعسار وهو ما يسمى بتأمين القرض (الفرع الثاني) ، والبنك في النوع الأول يكون كمستفيد من التأمين ويعد كمكاتب للتأمين ومستفيد منه في النوع الثاني:

الفرع الأول: التأمين ضد مخاطر الوفاة والعجز:

عادة ما تشترط البنوك على المقرض عند منحها للقرض اكتتاب عقد تأمين على الحياة للوقاية من خطر الوفاة أو العجز⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: « Le risque de crédit peut être couvert par la technique de l'assurance , c'est un bon remède a la crise des sûretés » Boutelet – Blocaille , droit de crédit , Paris : Masson , 2^{ème} Edition ,1995 ,p 126.

⁽²⁾ راجع في ذلك: شاكراً القزويني ، المرجع السابق ، ص 109.

⁽³⁾ راجع في ذلك: نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 200 .

وقد وسعت هذه الضمانة في الدول المتقدمة لتشمل خطر البطالة أو فقدان العمل .
ويعتبر البنك كمستفيد من الضمان يمكنه أن يستوفي تعويضا من طرف المؤمن في حالة حدوث الخطر المتمثل في وفاة المقترض أو عجزه (المؤقت أو الدائم).
ويخضع هذا العقد لأحكام الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات والمرموز برقم 4-1 طبقا للترقيم المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 95-338 المؤرخ في 30-10-1995.

وللتعرف أكثر على هذه الضمانة نتناول المخاطر المغطاة بواسطة هذا التأمين (أولا) ثم نتعرض إلى التزامات كل من طرفي عقد التأمين وكيفية دفع التعويض (ثانيا).

أولا : المخاطر المغطاة : يتعهد المؤمن بأن يدفع للمستفيد مبلغ مالي يساوي المبلغ المتبقي من الدين في حالة الوفاة أو في حالة الإصابة بعجز كلي دائم.

1- حالة الوفاة: وأسباب الوفاة متعددة ، فزيادة على الأسباب الطبيعية قد تكون نتيجة لمرض أو حادث.

ويجب التأكد من الحادث المولد للوفاة لأن المؤمن له الحرية في وضع الاستثناءات التي لا يؤمن عنها ، وبصفة عامة يمكن ضمان جميع حالات الوفاة ماعدا :

- انتحار المؤمن له عن وعي وبمحض إرادته خلال السنتين الموالتين لبدأ مفعول العقد.
- قتل المؤمن له من طرف المستفيد .
- في حالة وقوع حادث جوي (إذا ترتب أثر الاستظاهرات خطيرة ،... إلخ).
- في حالة الحرب الأجنبية.
- وقوع حادث بسبب سكر أو تناول الكحول عندما تفوق نسبته في الدم (1غ/لتر).
- تعاطي المخدرات والممنوعات بغير أمر الطبيب من طرف المؤمن له
- الحرب الأهلية والحركات الشعبية... إلخ.

2- حالة الإصابة بعجز كلي دائم: إن الإصابة بالعجز الكلي الدائم تجعل المؤمن له قاصرا عن ممارسة أي عمل بصفة مطلقة ونهائية ، بل يضطر للاستعانة بالغير في ما يخص حاجياته اليومية ، وقد يكون سبب العجز حادث أو مرض .

(1) راجع في ذلك: أنظر نموذج عقد التأمين ضد مخاطر الوفاة في الملحق رقم 3 ، 4 .

ويقصد بالحادث كل إصابة جسمية غير متعمدة من طرف المؤمن له ، وتنشأ فجأة بسبب خارجي غير متوقع . أما المرض فيقصد به ل تدهور صحي يثبتته الطبيب ولا يكون ناتجا عن حادث.

وبالنسبة للمقترض عند اكتتابه لعقد التأمين ، يجب أن يقدم لشركة التأمين عقد القرض (وكل ما يتضمنه من معلومات خاصة بالبنك المانح للقرض) (المستفيد) وكذا مبلغ القرض ، مدته ، ...) ، لأن هذه المعلومات تفيد المؤمن لتحديد القسط وتقدير الخطر.

وكذلك يلزم المقترض المؤمن له بتقديم تقرير طبي مقدم من طرف طبيب عام ، هذا إذا كان سنه يتراوح بين 56 و65 سنة⁽¹⁾.

أما إذا كان سنه اقل من 45 سنة إلى غاية 55 سنة ، فإنه يصرح فقط بمعلومات عن صحته وحالته وذلك بملأ استمارة معلومات مقدمة من طرف المؤمن⁽²⁾.

ثانيا/التزامات كل من المؤمن له والمؤمن:

يرتب هذا العقد التزامات على عاتق كل من المؤمن له (المقترض) والمؤمن (شركة التأمين).

- **بالنسبة للمؤمن له:** إن الحفاظ على الضمان المقدم للبنك (المستفيد) ، يتطلب احترام المؤمن له (المقترض) لالتزاماته ، لأن عدم احترامها ينتج عنه فسخ التأمين من قبل المؤمن وبالتالي يفقد البنك الضمان.

فيلزم المؤمن له بدفع الأقساط إلى غاية التاريخ المتفق عليه في العقد ، غير أنه يوقف دفع القسط في الحالات التالية:

- عند وفاة المؤمن له إذا وقعت الوفاة قبل التاريخ المبين في الشروط الخاصة للعقد.
- عند استحقاق دفع مبلغ التأمين في حالة العجز الكلي الدائم للمؤمن له إذا وقع قبل التاريخ المبين في العقد.

ويجب أن يوفي المؤمن له الأقساط المحددة في تواريخ استحقاقها كما هو متفق عليه حتى ينتهي أجل العقد.

(1) أنظر نموذج التقرير الطبي في الملحق رقم 5 .

(2) أنظر نموذج استمارة المعلومات في الملحق رقم 6 .

فإذا امتنع المؤمن له عن تسديد القسط المستحق أو جزء منه خلال خمسة عشر يوما من استحقاقه ، فإن القانون يلزم المؤمن أن يوجه له رسالة مضمنة بعلم الوصول يعلمه فيها بأنه لم يبق لديه إلا مهلة ثلاثون يوما لسداد القسط المستحق ، وأن عدم دفع هذا الأخير وكذا الأقساط التي تستحق خلال تلك المهلة يمكن أن ينجر عنه فسخ العقد بقوة القانون .

- بالنسبة للمؤمن: يلتزم المؤمن بأن يدفع مبلغ مالي يساوي المبلغ المتبقي من الدين عند حدوث الخطر.

• ففي حالة الوفاة تدفع القيمة المتبقية من الدين للمستفيد (البنك) ولا يغطي المؤمن المبالغ المستحقة قبل وفاة المؤمن له غير المدفوعة من طرفه ، ويتم الدفع بصفة غير مجزئة بواسطة مخالصة للمستفيد. وتتم هذه التسوية خلال الثلاثين يوما التالية لتقديم الوثائق الثبوتية المطلوبة المتمثلة في:

- عقد التأمين.

- شهادة طبية توصف سبب الوفاة.

- شهادة الوفاة.

• أما في حالة العجز الكلي الدائم ، فإن دفع المؤمن المسبق المبلغ المؤمن عليه كما يلي:

- فورا وبعد الاستقرار إذا كان سبب العجز حادث.

- سنتين بعد الإصابة بالعجز إذا كان سببه مرض

ولا تغطي بواسطة هذا الضمان مبالغ القرض المستحق دفعها قبل استقرار العجز الكلي الدائم للمؤمن له.

وقبل الشروع في تسوية المبلغ المضمون الواجب دفعه عند إثبات حالة العجز الكلي الدائم تقديم :

- عقد التأمين.

- شهادة الحالة المدنية للمؤمن له المصاب.

ويثبت العجز الكلي الدائم عن طريق التصريح بما يسبب هذا العجز . ويجب أن يتم هذا التصريح في أقرب وقت.

ويسلم المؤمن وصلا ، إثر التصريح بالضرر فإذا تعلق الأمر بحادث يجب أن يتضمن التصريح: سبب الحادث والمكان والظروف التي وقع فيها وأسماء الشهود ...إلخ.

- الاستثمار الطبية: فعند استلام المؤمن للتصريح يوجه للمؤمن له استثمارة يجب عن أسئلتها الطبيب الذي يعالجه وتقع أتعاب الفحص الطبي على المؤمن له. وتحول هذه الاستثمارة إلى طبيب المؤمن الذي يتخذ قرار تسوية المبلغ أم لا.

• وتكون هناك حالات أين يكون فيها البنك هو مكتب التأمين على الحياة ومستفيد منه في نفس الوقت لأن المادة 38 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات أجازت أن يبرم التأمين من أجل الغير ولكن حصرت ذلك في حالتين : حالة التأمين الجماعي وحالة التأمين بين الدائن ومدينه وتأمين المجموعة يقوم على مبدأ تعدد المؤمن لهم ، فبدلاً من أن يبرم عقد تأمين متعلقاً بشخص واحد يبرم عقد يتعلق بمجموعة من الأشخاص.

ويمكن أن يبرم البنك عقد تأمين جماعي⁽¹⁾ مع المؤمن (شركة التأمين) لتأمين مدينيه (المؤمن لهم) لضمان تغطية القرض الممنوح في حالة الوفاة أو العجز الكلي الدائم على شكل دفع مبالغ التأمين.

ويكون هؤلاء المدينين (المؤمن لهم) محل قبول من طرف المؤمن (مراعاة المدينين المتمتعين بصحة جيدة والذين يباشرون نشاطهم المهني بصفة عادية)⁽²⁾.

الفرع الثاني: التأمين ضد مخاطر الإعسار (تأمين القرض):

لقد ظهر تأمين القرض في البداية في مجال التجارة الخارجية⁽¹⁾. لتغطية المخاطر السياسية ثم طور تدريجياً في مجال التجارة الداخلية، وأصبح يحتل اليوم أهمية بالغة ، فأصبحت البنوك تكتتب تأمين القرض كضمان لمخاطر القروض التي تمنحها (فهي تعتبر كمكاتب ومستفيد في آن واحد).

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Françoise , Dekeuwer- Defosez , Droit bancaire , Paris : Dalloz 4^{ème} édition , 1992 , p121.

⁽²⁾ أنظر نموذج عقد تأمين جماعي لتأمين تسديد القرض في حالة الوفاة بين البنك وشركة التأمين في الملحق رقم 7 .

⁽⁴⁾ وهناك هيأت متخصصة في تأمين القرض الخاص بالتجارة الخارجية وتتمثل في الجزائر في الشركة الجزائرية لتأمين وضمان الصادرات (CAGEX) بعد أن كانت تقوم بتأمين الصادرات شركات التأمين المتمثلة في الشركة الجزائرية للتأمين (CAAR) و (CAAT) إلى أن جاء الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير ، وفي فرنسا تقوم بهذه المهمة (COFACE).

وقبل التطرق إلى تطبيقات تأمين القرض في المجال البنكي في الجزائر (ثانيا) نحاول توضيح مفهوم تأمين القرض باعتباره نوع من التأمين وضمان حديث لم يعرف انتشارا واسعا وواضحا إلا في السنوات الأخيرة (أولا).

أولا : مفهوم تأمين القرض: وسيتوضح ذلك من خلال تعريفه وتمييزه عما يشابهه وكذا بيان صورته وأخيرا المبادئ الأساسية التي يقوم عليها.

1- تعريفه وتمييزه عن الكفالة: لم تعطى تعاريف واضحة لتأمين القرض، «فهنالك من يعتبر أنه من الصعب تحديد مفهوم تأمين القرض لأنه مفهوم شامل يغطي في الحقيقة عدة وضعيات وأشكال متنوعة من بولصيات التأمين فيما يخص مختلف أنواع المخاطر المرتبطة بالقرض»⁽²⁾. في حين نجد أن هناك من عرفه بأنه «نظام للتأمين بمقابل يسمح للدائنين بالحصول على تغطية عدم دفع الدين المستحق من أشخاص معروفين مسبقا وفي حالة عدم القدرة على الدفع»⁽³⁾.

وحسب الأستاذ bastin فإن لا أحد ينازع في اعتبار تأمين القرض تأمين على الشيء ذو طابع تعويضي⁽¹⁾.

والشيء في هذه الحالة هو الدين وعدم دفعه يشكل ضررا حسب تصور الدائن ، فيحصل على تعويض يغطي كليا و جزئيا الضرر الذي يلحق به.

⁽²⁾ راجع في ذلك: C.Gavalda , J , stoufflet ,op.cit , p 707. « L'assurance-crédit est une notion très

compréhensive , qui recouvre en réalité un Kaléidoscope de formules de police concernant les diverses variétés de risques attachés à une créance de crédit ».

⁽³⁾ راجع في ذلك: jean bastin la défaillance de paiement et sa protection l'assurance crédit paris :

L.G.D.j., 2^{ème} édition 1994 p.68 « c'est un système d'assurance qui contre rémunération permet à des créancier être couverts contre le non paiement de créances due par les personnes préalablement identifiées et en état de défaillance de paiement » .

أنظر كذلك: J.p Dexhanel, L,Laurant, L'assurance, crédit, paris :presses universitaire de france , 1996 , p8.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Jean bastin , op.cit., p.68.« Cette définition rentre parfaitement dans le cadre plus général du code des assurances. Et plus personne aujourd'hui ne conteste que l'assurance - crédit est une assurance de chose à caractère indemnitaire »

ولكننا نرى بأن تأمين القرض فرع مختلف بصفة حقيقية عن الفروع الأخرى للتأمين ، الأمر الذي يبرر وجود هيأت متخصصة في تأمين القرض .

وطبقا للمادة 206 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 الخاص بالتأمين ، فإن المرسوم التنفيذي رقم 95-338 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 المتعلق بهيئات وترقيم التأمين يرمز لتأمين القرض رقم 5-1 .

فتأمين القرض هو ذلك التأمين الذي يقوم به المؤمن لحساب المستفيد لتغطية خطر تعذر الوفاء بمبلغ القرض.

وبالتالي فإن الأثر الأساسي والطبيعي لتأمين القرض يتمثل في تعويض الدائنين عن الخسائر الاستثنائية الناشئة عن إعسار مدينهم والأثر التبعي أو الثانوي يتمثل في تقديم ضمان للدائنين وبالأخص للبنوك⁽²⁾.

ويختلف تأمين القرض عن الكفالة فالبank إما أن يطلب من المدين أن يقدم له كفילה وإما أن يلجأ إلى التأمين لصالح نفسه من خطر تخلف المدين عن الوفاء بخلاف المدين الذي لا يستطيع التأمين لصالح نفسه من خطر عدم الوفاء ، لأن هذا التخلف من جانبه لا يصلح أن يكون محلا للتأمين بوصفه فعلا إراديا واختياريا من جانبه إنما له أن يبرم تأمين لصالح نفسه من خطر إعساره ، وهو ما يسمى *assurance insolvabilite* .

ووجه الشبه بين الكفالة وتأمين القرض بصفة عامة أن عدم وفاء المدين بالدين يحرك التزام كل من الكفيل والمؤمن فالهدف من كل منهما هو ضمان وفاء الدين أو بعبارة أخرى تفادي نتائج التخلف عن الوفاء ، وهناك من يرى بأن التشابه يكمن كذلك في أن المؤمن الذي يدفع التعويض للبنك يمكنه الرجوع على المدين ويحل محل البنك في حقوقه ودعاويه مثل الكفالة⁽¹⁾.

ولكن بين العمليتين فروقا كبيرة فالكفيل يتدخل لضمان عملية هو غريب عنها ، وتتم دون مشاركته ، كما أنه لا يعتبر مؤمن لا للدائن ولا للمدين وتعهده غير مشروط بإعسار المدين ولا يقبض قسطا بل يتقاضى من المدين ، ثمنا للخدمة التي يقدمها له بتدخله ، كما أن الكفالة في جوهرها عقد ملزم لجانب واحد وهو عقد تابع (كما سبق وأن رأينا) أما التأمين

M , remillerer op.cit p 174.

M.Cabrillac , c , Mouly , op.cit , p 293 .

⁽²⁾ راجع في ذلك:

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

فهو عقد ملزم لجانبيين ويقوم استقلالا لأن التزام المؤمن مستقل عن التزام المدين الذي يغطي التأمين إيساره ، وسببه هو اقتضاء القسط وموضوعه ليس تنفيذ التزام المدين بل تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ هذا الالتزام⁽²⁾.

فإذا كان عقد تأمين القرض مبرم بين المدين والمؤمن فإننا نكون أما عقد مشابه لعقد الكفالة ، ولكن الوضع يختلف إذا كان العقد مبرما بين الدائن والمؤمن⁽³⁾.

2- صور تأمين القرض :

هناك صور لتأمين القرض ولإزالة اللبس في المصطلحات والمعاني التي تؤديها نوضح أن تأمين القرض يضم كل من الصور التالية :

- تأمين الضمان الاحتياطي (assurance aval) :

وهو تأمين غير منتشر بكثرة يلتزم بواسطته المؤمن اتجاه الدائن (ساحب الورقة التجارية) بضمان دفع المدين (المسحوب عليه) قيمة الورقة التجارية عند حلول الأجل وذلك مقابل دفع الدائن للقسط فهو تأمين الدفع في الأجل⁽⁴⁾.

وهذه الضمانة (أي التأمين) تنتقل إلى الغير حامل الورقة التجارية ولكن اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن هذه العملية لا تعطي بقوة القانون للبنك الخاصم الاستفادة من عقد تأمين القرض الذي لايعتبر تبعي للسفجة⁽¹⁾.

- تأمين الكفالة (Assurance-cautionnement) : وهو نوع من التأمين يكتتب من طرف المدين ويقدم كضمان للدائن.

ويعتبر هذا التأمين بمثابة تجاوز شركات التأمين مجالها إلى مجال البنوك⁽²⁾ مما أدى إلى حدوث نزاع في فرنسا بين شركات التأمين والبنوك وانتهى هذا النزاع في 1973 بإعطاء شركات التأمين الحق في ممارسة هذا النوع من العمليات⁽³⁾.

⁽²⁾ راجع في ذلك: على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق ص. 560-561

⁽³⁾ راجع في ذلك: L , ASSARAF opérations de crédits bancaire ,Paris : clet Edition Banque ,P 176

« lorsque le contrat d'assurance-crédit est conclu entre le débiteur et l'assureur on se trouve en présence d'une situation voisine de celle du cautionnement ordinaire , la conclusion de ce même contrat entre le créancier et l'assureur fait naître une situation distincte de cautionnement ».

C. Gavalda . G .stoufflet , op.cit , p 775 راجع في ذلك:

⁽¹⁾ أنظر Bernard, Saintoures, denis, Gatamel, droit de crédit, droit de travaille, Paris : Dunod, 1996, p.67 « Il a été jugé par la cour de cassation que cette opération ne transfère de plein droit au banquier escompteur le bénéfice du contrat d'assurance – crédit qui n'est pas l'accessoire de la lettre de change » cass.com. 25 fev. 1992 revue banque p. 530 .

-**تأمين القرض (Assurance-insolvabilité):** وهذه العملية تختلف عن الصورتين السابقتين ، فالمؤمن يلتزم بتغطية إعسار المدين وليس عدم الدفع في الأجل . وعادة ما تبرم هذه التأمينات من طرف الدائن لضمان مجموعة من الديون الناشئة في ذمة مجموعة من المدينين⁽⁴⁾ ويعتبر اليوم تأمين الإعسار (الفرع الأم) الصورة الأساسية لتأمين القرض⁽⁵⁾.

3- المبادئ الأساسية لتأمين القرض: نظرا لعدم وجود نصوص خاصة تنظم تأمين

- القرض فإنه لا بد من وجود مبادئ أساسية يقوم عليها بصفة عامة تتمثل فيما يلي:
- الخطر التجاري العادي هو الذي يكون موضوع تأمين القرض أما الخطر السياسي فإنه مضمون بموجب تأمين القرض الخارجي (التصدير) .
 - كل قرض ممنوح من طرف البنك (الدائن) يجب أن يكون محل اعتماد وقبول من طرف المؤمن وهذا يستلزم أن يكون طالب القرض (المدين) معرّفا مسبقا لان المؤمن الذي يدفع التعويض سيرجع على المدين لاسترجاع ما دفعه ولهذا يجب أن يكون هذا الأخير معروفا بالنسبة للمؤمن .
 - لكي يمكن التعويض عن الخسارة يجب أن يكون المدين في حالة إعسار التي تترجم بعدم القدرة على الدفع مثبتة قضائيا بواسطة حكم أو بعد مدة معينة من حلول الأجل وعد م قيام المدين بالدفع ، ويتلقى المؤمن من البنك تصريح بعدم الدفع في خلال مدة معينة من وقوعه .
 - قيمة التعويض ليس إلا إصلاح نسبي بالمقارنة مع الدين غير المسدد ،و المؤمن ينص دائما على النسبة التي يضمنها ويبقى الجزء الآخر على عاتق البنك وذلك كي لا يتماطل هذا الأخير في مطالبة المدين والحفاظ على الضمانات المقدمة له .
 - وبالتالي يكون كل من البنك والمؤمن شريكين في الخسارة مما يفرض تعاونهما من أجل تدارك خطر إعسار المدين⁽¹⁾ .

⁽²⁾ أنظر نموذج لتأمين الكفالة مقدم من طرف (CIAR) في الملحق رقم 8 .

⁽³⁾، ⁽⁵⁾ راجع في ذلك: Pascal , Ancel , op.cit , p 236 . 779.

⁽⁴⁾ راجع في ذلك: C. Gavalda . G.stoufflet , op.cit , p 779. « L'assurance-crédit insolvabilité est aujourd'hui la branche mère de l'assurance-crédit ».

-حلول المؤمن محل البنك في حقوقه ودعاويه :

منطقيا ، المؤمن الذي يقوم بدفع التعويض للبنك الدائن لا يمكنه الرجوع على المدين ،لأنه دفع دين خاص به مستقل عن التزام المدين (كما سبق وأن رأينا الفرق بين التأمين والكفالة) ، ويجد مقابله في القسط الذي يحصل عليه من البنك الدائن⁽²⁾ .

ولكن نجد أن القانون يعترف للمؤمن بحق الحلول محل المؤمن له في حقوقه ودعاويه اتجاه المقترض وهذا طبقا للمادة 38 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 .
وسنرى بوضوح هذه المبادئ ، من خلال تطبيقات تأمين القرض في المجال البنكي.

ثانيا : تطبيقات تأمين القرض في المجال البنكي:

1 - تأمين القرض الموجه للاستهلاك: البنوك عند منحها للقروض الاستهلاكية يمكن أن تتعرض لمخاطر عدم الدفع بسبب إعسار المقترضين ولحماية نفسها من هذه المخاطر تلجأ البنوك لاكتتاب تأمين القرض لدى شركة التأمين وفي هذا المجال نشير بأنه لحد الآن في الجزائر لم تنشأ هيئة متخصصة في هذا المجال ولكن تقوم بذلك شركات التأمين الموجودة حاليا التي تقوم بعمليات التأمين بصفة عامة .

ويبرم هذا العقد بين المؤمن (شركة التأمين) والبنك⁽¹⁾ وذلك لتغطية خطر إعسار الزبون المقترض سواء الإعسار المصرح به (déclarée) بواسطة حكم الإفلاس أو التسوية القضائية أو الإعسار المفترض (présumée) أي عدم الدفع بعد مرور مدة من حلول الأجل (هذه المدة تسمى *délai de carence*) وهي عادة مدة لا تتجاوز 60 يوما .

وتحدد هذه المخاطر بتلك التي تنجم عن قرض الاستهلاك فقط وتكون هذه الأخطار محل اعتماد من طرف المؤمن مع الأخذ بعين الاعتبار الأشخاص المقترضين الذين يثبتون مدخول دائم يساوي على الأقل الحد الأدنى للأجر الوطني المضمون ، وتستبعد الأخطار الناتجة عن الحرب أو الكوارث الطبيعية ... الخ .

ويرتب هذا العقد على عاتق كل من الطرفين التزامات :

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Michel , Bisch , Assurance banque , 2^{ème} génération ,paris , la securita éditeur ,1992 , p 100. « Seul une liaison très étroite , de préférence une liaison interne à l'entreprise , entre la banque et la compagnie d'assurance permet une information immédiate de chacune des parties en cas d'incident pour prévenir une évolution rapide du débiteur vers l'insolvabilité ».

⁽²⁾ راجع في ذلك: Pascal , Ancel , op.cit , p 236 .

⁽⁴⁾ أنظر نموذج عقد تأمين قرض استهلاك بين البنك وشركة التأمين (LA CAAR) ، في الملحق رقم 10 .

*بالنسبة للبنك يلتزم بأن يصرح للمؤمن في نهاية كل شهر عن القيمة الإجمالية للقروض التي منحها في الشهر السابق .

ويكون للمؤمن حق مراقبة صحة التصريحات المقدمة وحق الاطلاع على الوثائق التي تثبت ذلك .

ويجب على البنك أن يتخذ كل الإجراءات الضرورية للحفاظ على حقوقه ، ويلتزم أخيراً بدفع القسط مقابل التعويض الذي يتناسب مع مدة القرض وقيمه وعدم دفعه في أجل عشرة أيام تحسب من تاريخ استلام المؤمن له الوثائق التي تحدد القسط ، يؤدي إلى إيقاف الضمان وذلك بعد 30 يوما من إعدار البنك .

*أما بالنسبة للمؤمن فإنه يلتزم بدفع التعويض الذي يقدر بنسبة 80% من قيمة القرض الممنوح ، والجزء الباقي يبقى إلزامياً على عاتق البنك الذي يمنع عليه أن يلجأ للتأمين عليه لدى هيئة أخرى.

وتستبعد شركة التأمين تغطية الفوائد البنكية (والمصاريف الأخرى) ولا تقوم شركة التأمين بالتعويض إلا بعد أن يرسل البنك إلى المؤمن الملف المتضمن كل الوثائق الخاصة بعقد القرض وكذا تلك التي تثبت الحادث (عدم الدفع) وذلك خلال ثلاثين يوماً من وقوعه.

يدفع التعويض خلال الشهر الذي يلي إثبات الإعسار (بشرط الحصول على جميع الوثائق)

2- تأمين القرض الاستثماري:

أ- بهدف ضمان الخسائر الناجمة عن عدم دفع الديون الناتجة عن إعسار المؤسسة المستفيدة من القرض الخاص بالاستثمار أنشأت شركة تقدم ضمانها للبنوك في هذا المجال تسمى بشركة تأمين وضمان قروض الاستثمار (A.G.C.I) *compagnie d'assurance et de Garantie du crédit à l'investissement* ولا يمكن منح هذا الضمان إلا لمؤسسات القرض (لا يمكن منح الضمان) للأفراد.

ويمنح هذا الضمان بواسطة عقد بين البنك والمؤمن (ضمان القرض الاستثماري) ⁽¹⁾.

وفيما يخص طبيعة العمليات المضمونة من طرف (AGCI) فإنها تتمثل في قروض الاستثمار وقروض الاستغلال التي تمنحها البنوك للمؤسسات تمويل إنشاءها ، تجديدها ، إعادة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (P.M.E).

⁽¹⁾ أنظر نموذج لعقد التأمين للاستثمار المتضمن للشروط العامة والخاصة في الملحق رقم 9 .

ويستثنى من الضمان القروض الخاصة بالاستثمار الممنوحة للمؤسسات التي تكون عند اكتتاب التأمين:

- قد استفادت من تمديد الأجل.
 - تكون معسرة في تاريخ إمضاء عقد القرض.
 - استفادت من قرض لم يكن موضوع إنشاء تأمينات كافية.
- ويرتب هذا العقد التزامات على عاتق كل من البنك والمؤمن:
- بالنسبة للبنك: يلتزم بإعلام المؤمن شهريا بكل القروض الممنوحة للاستثمار.
- وكذلك يلتزم البنك مقابل التعويض الذي يقدمه المؤمن بدفع القسط الذي تحسب قيمته حسب قيمة القرض المضمون وتوقف البنك عن دفع الأقساط يؤدي إلى إيقاف الضمان وذلك بعد إذار يبقى بدون جدوى يرسله المؤمن إلى البنك وبعد عشرة أيام من تاريخ إيقاف الضمان ، تقوم AGC/ بفسخ عقد التأمين مع الاحتفاظ بالأقساط التي تم دفعها.
- وكذلك عند وقوع الحادث المؤمن منه (إعسار المقترض) يجب على البنك إعلام المؤمن وذلك خلال شهرين من يوم علمها بذلك.
- ويكون ذلك عند عدم احترام المقترض لشروط العقد كأن يتأخر في إرجاع القرض الذي يثبت عن طريق عدم الدفع خلال مدة 6 أشهر من مطالبته بذلك (أجل العوز *délai de carence*).
- أو في حالة إفلاس المقترض الذي يثبت بحكم الإفلاس أو التسوية القضائية. ويقدم الملف إلى المؤمن عند إعلامه بالحادث الذي يتضمن معلومات عن:
- اسم المؤسسة.
 - البنك المانح للقرض.
 - عقد القرض وكل المعلومات المتعلقة به.
 - المبلغ المتبقي بذمة المقترض.
- ويلتزم البنك بالحفاظ على التأمينات المقدمة من المقترض والتي تكون مشتركة بينه (البنك) وبين (AGCI).

- وبالنسبة للمؤمن (AGCI) يلتزم بعد تلقيه للحادث بتغطيته وذلك من خلال التعويض الذي يقدمه البنك، ونسبة التغطية تختلف فيما إذا كانت القروض قد تمت دراستها من طرف المؤمن (AGCI) أم أن دراستها فوضت للبنك .

فبالنسبة للحالة الأولى يقدر التعويض باتفاق بين البنك و (AGCI) ويكون في حدود 50% إلى 70% من قيمة القرض الممنوح.

أما بالنسبة للحالة الثانية فتقدر نسبة التغطية ب 50% والباقي يبقى على عاتق البنك.

ب- صندوق ضمان الكفالة المشتركة: (*Le fond de caution mutuelle de garanties des risques crédit/jeunes promoteurs*): أنشأ هذا الصندوق لضمان القروض الممنوحة من طرف البنوك للمؤسسات المصغرة المنشئة في إطار جهاز الوكالة الوطنية لدعم وتشغيل الشباب (ANSEJ).

ويشكل هذا الصندوق ضمان إضافي بالنسبة للبنوك إضافة إلى الضمانات المقدمة من طرف المؤسسة المصغرة والمتمثلة في :

- رهن التجهيزات لصالح البنك.

- التأمين المأخوذ باسم البنك.

ويقوم الصندوق على مبدأ التضامن بين المقترضين (المؤسسات الصغيرة) والمقرضين (البنوك) .

والاشتراك في الصندوق إجباري لكافة البنوك المشاركة في تمويل المؤسسات المصغرة لجهاز الوكالة الوطنية لدعم وتشغيل الشباب.

وكذلك يعد الاشتراك إجباري لكافة المؤسسات المصغرة لجهاز الوكالة الوطنية لدعم وتشغيل الشباب المتحصلة على قروض بنكية ومبلغ الاشتراك بالنسبة لها يحدد على أساس مبلغ القرض البنكي ومدته. ومعدل الاشتراك لكل أجل دفع ، حدد ب 0.35% من الأصول الباقية المستحقة للتسديد.

ويدفع أول اشتراك للمؤسسة المصغرة للصندوق بعد الحصول على القرض البنكي وقبل الحصول على اعتماد الوكالة الوطنية لدعم وتشغيل الشباب ، وأجال دفع هذه الاشتراكات توافق الآجال السنوية للقرض البنكي.

ويتدخل الصندوق بعد إعلان عدم قدرة المؤسسة المصغرة على تسديد القرض البنكي ، ويتم في هذه الحالة تحويل الدين المستحق للصندوق الذي يقوم بالتحقق من عدم قدرة المؤسسة المصغرة على التسديد.

بعد ذلك يقوم الصندوق بتعويض البنك في حدود 70% من الأصول المستحقة الباقية للتسديد ويصبح دائن للمؤسسة المصغرة ، وانطلاقا من ذلك يشرع الصندوق في عملية استرجاع القرض.

3- تأمين القرض العقاري: من أجل السماح للبنوك والمؤسسات المالية المتدخلة في التمويل العقاري من حماية نفسها من مخاطر إعسار المقرض النهائي أو المؤقت ، أنشأت هيئة تسمى بشركة ضمان القرض العقاري (SGCI) *Société du Garantie du Crédit (Immobilier)* وذلك في أكتوبر 1997⁽¹⁾.

ويؤمن البنك نفسه بواسطة إبرام عقد تأمين القرض بينه وبين المؤمن (المتمثل في شركة ضمان القرض العقاري)⁽¹⁾.

- موضوع هذا العقد يتمثل في ضمان المؤمن للمخاطر التي يتعرض لها البنك (خطر الإعسار المؤقت أو النهائي) للمقرض وذلك في إطار القروض التي يمنحها ، هذه القروض كي تكون مضمونة من طرف الشركة يجب أن تكون مخصصة لاكتساب أو تجديد أو بناء ذاتي من طرف الخواص لأملاك عقارية وهذا وفقا لتسمية الشركة من خلال مجال تخصصها.

أما من ناحية المقرض يجب أن يكون له دخل مستقر وموازي للقرض الممنوح ، إضافة إلى أخذ رهن على العقار يغطي على الأقل 120% من قيمة القرض وتستنثنى من المخاطر التي تضمنها الشركة ، الأحداث الخاصة بالحروب والاضطرابات العامة الكوارث الطبيعية... إلخ.

- ويسري هذا العقد ويرتب آثاره ابتداء من تاريخ تبليغ المؤمن للبنك بمنح ضمانه. ويسري هذا الضمان طيلة مدة القرض الممنوح.

⁽¹⁾ تعد هذه الشركة مؤسسة عمومية اقتصادية ، شركة ذات أسهم يبلغ رأس مالها 1,000,000,000 دج ، المساهمين فيها هم : البنك الوطني الجزائري ، البنك الخارجي الجزائري ، بنك الفلاحة والتنمية الريفية ، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط ، الشركة الجزائرية للتأمين ، الشركة المركزية لإعادة التأمين ، الشركة الجزائرية لتأمينات النقل.

⁽¹⁾ أنظر نموذج لعقد تأمين القرض العقاري بين البنك وشركة ضمان القرض العقاري في الملحق رقم 11 .

- ويرتب هذا العقد التزامات على عاتق كل من المؤمن له (البنك) والمؤمن.
- بالنسبة للبنك يلتزم بأن يصرح عند اكتتاب عقد التأمين بكل المعلومات اللازمة للسماح للمؤمن بتحديد المخاطر التي يأخذها على عاتقه وفي حالة إثبات المؤمن لوجود إغفال أو تصريح كاذب من طرف البنك بشأن تحديد قيمة القرض المضمون فإن مبلغ التعويض يخفض بحسب قيمة القرض.
- ويلتزم البنك كذلك يدفع القسط وذلك خلال 15 يوم من تاريخ موافقة المؤمن على منح الضمان.
- ويختلف القسط حسب مدة القرض الممنوح وما إذا كانت التغطية جزئية أو شاملة.
- ويلتزم كذلك بإعلام المؤمن عند وقوع الحادث (عدم الدفع) وذلك خلال 7 أيام من تاريخ العلم به.
- بالنسبة للمؤمن يلتزم بدفع التعويض عند وقوع الحادث المؤمن منه في لآجال المحددة ففي حالة عدم دفع المقرض القرض في الآجال المحددة يقوم البنك بالمطالبة القانونية له وذلك خلال أجل 60 يوما وفي حالة انقضاء هذه المدة دون أن يقوم المقرض بالوفاء يقوم البنك بتحويل ملف التصريح بالحادث النهائي إلى المؤمن (شركة ضمان القرض العقاري).
- ويتضمن التصريح بالحادث المعلومات التالية:
- رقم وتاريخ (بولصية التأمين) شهادة التأمين.
- اسم ولقب المقرض.
- قيمة القرض -الفوائد.
- أجل الدفع.
- أسباب الحادث (عدم الدفع) والوثائق التي تبرر ذلك.
- وبعد مراقبة المؤمن للملف وطبيعة وشروط الحادث يقدم موافقته المؤقتة في أجل لا يتعدى شهر من إعلامه بالحادث.
- وتكون تغطية الحادث وفقا لما إذا كان الإعسار مؤقت أو نهائي.
- 1- الإعسار المؤقت: خلال فترة الضمان تتعلق التغطية كحد أقصى بأربعة آجال شهرية مجتمعة أو ستة آجال (استحقاقات) شهرية غير مجتمعة.

وتغطية الحادث الناجم عن التأخر في الدفع لا يجري إلا بعد سنة واحدة من تنفيذ القرض المضمون ، ولا يعلن عن الحادث إلا بعد شهرين مع تقديم المبررات .

2-الإعسار النهائي: فإما أن تكون التغطية محدودة ويكون استعمال الرهن وبيع الملك المرهون لا يعود إلى مسؤولية الضامن والتعويض الناجم عن الحادث يساوي 90% من مجمل الأصل والفوائد ناقص المبلغ المحصل عليه من بيع الملك المرهون. وإما أن تكون التغطية شاملة فيكون استعمال الرهن وبيع الملك المرهون من مسؤولية الضامن . ويقدر التعويض عن الضرر ب 60% من مجمل الأصل والفوائد المطلوبة إلى تاريخ تنفيذ الضمان بعد إثبات الحادث.

الرصيد الممثل للبقية بعد البيع الفعلي للملك وبعد الخصم من التعويض المقدّر ب 60% سيدفع للمؤمن بعد البيع في حدود 30% الباقية وبعد أن يدفع المؤمن للبنك محلّه في حقوقه ودعاويه ضد المقترض طبقاً للأمر المتعلق بالتأمين رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 (م 38).

في نهاية هذا المطلب يمكننا أن نشير بأن الضمانات القائمة على تقنية التأمين تعد بصفة حقيقية الضمان الأكثر حماية بالنسبة للبنك⁽¹⁾.

فهي ضمانات حقيقية وأكيدة ، لأن التعويض المستحق يدفع بصفة إلزامية للبنك الدائن ، وبالتالي تعد استجابة اقتصادية لبعض المشاكل التي تعاني منها البنوك ، فمنح قرض معناها تحمل مخاطر ، وتقاسم هذه المخاطر مع المؤمن يزيد من القدرة على منح القروض⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Michel , Bisch ,op.cit ,p22. « Nous pourrions souligner que les garanties par

l'assurance sont certainement les plus sécurisantes pour le banquier ».

⁽²⁾ يمكننا أن نوضح ذلك بالأرقام للتمييز بين قرض مضمون بواسطة تأمين القرض وقرض بدون تأمين.

أ-قرض غير مضمون بواسطة تأمين القرض:

* القيمة المدفوعة ← 100 دج

* قيمة الضمانات المنشأة ← 70 دج

الخسارة بدون تأمين : 100 - 70 = 20 دج

ب-قرض مضمون بواسطة تأمين القرض:

* قيمة التأمين ← 1,13 دج

* المشاركة في مصاريف الإنشاء ← 10 دج

* التعويض الباقي ← 50 - 35 = 15 دج (35 تمثل 50% من القيمة المسترجعة)

المشاركة في التأمين: 15 + 10 = 25 دج

الخسارة مع التأمين: 100 + 20 + 1,13 - 70 = 26,13 دج ← قيمة الخسارة مع التأمين

قيمة مصاريف قسط قيمة المشاركة

فكس الكفالة أين يكون البنك كغير بسيط مستفيد في مواجهة الضامن (الكفيل) فانه في تأمين القرض يكون البنك زبون المؤمن ، وهذا الوضع يزيد من فعالية هذه الضمانة باعتبار أن العلاقة بينهما (البنك والمؤمن) علاقة تجارية ، فالمؤمن يحرص على تقديم أنجع الخدمات الممكنة لزبونه(البنك)⁽³⁾.

ولكن رغم كل هذا فإن تأمين القرض لا يمنح إلا حماية مكملّة⁽⁴⁾.

فيجب على البنك أن يأخذ دائما بعين الاعتبار المخاطر المترتبة على عدم تحمل الذمة المالية للمدين لآجال التنفيذ الممنوحة للمؤمن ويجب كذلك معرفة الفارق النسبي للخسارة المحتملة التي تبقى على عاتق البنك لأن المؤمن (كما سبق وأن رأينا) لا يضمن إلا نسبة من الخسارة هذا من جهة أين يكون البنك كمكتب للتأمين ، لأنه من جهة أخرى عندما يكون البنك كمستفيد (كالتأمين ضد خطر وفاة المقترض). فإن البنك يتعرض لعدة مخاطر رغم الاحتياطات التي يتخذها ، لأنه لا يستطيع مراقبة التزامات المدين المقترض اتجاه شركة التأمين ويكون ذلك خاصة عند عدم دفعه لأقساط التأمين ، السبب الذي يؤدي إلى فسخ التأمين وبالتالي توقف الضمان المقدم للبنك ، وعادة ما يتصدى البنك لمثل هذه الوضعية بتضمين عقد القرض شرط إخطار المؤمن للبنك لعدم دفع الأقساط من قبل المؤمن له.

فتأمين القرض لا يشكل إذن بالنسبة للبنك تأمين لكل المخاطر ولا يسمح بالتأكد من تغطية كل قيمة القروض الممنوحة⁽¹⁾.

الدين الإنشاء التأمين الضمانات في التأمين
فلكل 1,13 دج كقسط ، البنك ينقل إلى المؤمن 49% من الخسارة التي كان يستحملها وحده في حالة عدم وجود تأمين .
⁽³⁾ راجع في ذلك: Revue banque ; N ° 567 fevrér1996 , p33.

⁽⁴⁾ M , remillerer op.cit p 178 , 179 « la constitution d'un dossier d'une assurance-crédit confère au banquier une sécurité complémentaire » .

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Michel , Matieu , op.cit , p259.« L'assurance-crédit ne constitue donc pas pour la banque « une assurance tout risque » lui permettant d'avoir la certitude de recouvrer le montant de ses crédit ».

وفي ختام هذا الفصل المتعلق بالضمانات الشخصية ، يمكننا القول بأنه مهما كانت التسمية التي تتخذها الضمانة الشخصية أو الضامن (كفيل ، ضامن احتياطي ، ضامن بواسطة خطاب الضمان ، ضامن مستقل ، مؤمن... إلخ) فإنه يبقى أن هذه الضمانات كلها تقوم على قيمة المقدم للضمان أو الضامن سواء القيمة المادية أو المعنوية وكذا ما يمكن أن يقدمه هذا الضامن ومقدار ما يمكن أن يغطيه من مخاطر .

أين يصعب معه التأكد من ذلك بصفة قاطعة.

« فتاريخ التأمينات الشخصية يجسد بنزاع دائم بين البحث عن حماية فعالة للدائن وتقدير نصيب الضامن الذي يقبل تغطية دين الغير»⁽¹⁾.

فالبنك يجب أن يقبل هذه الضمانات بحذر شديد ورقابة واسعة أو يستغني عنها بالجوء إلى الضمانات العينية التي تمثل موضوع فصلنا الثاني من هذا البحث.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

Dominique, Legiais, op.cit., p.20

« L'histoire des sûretés personnelles marquée par un conflit permanent entre la recherche d'une protection efficace du créancier et le souci de ménager le sort du garant qui accepte de couvrir la dette d'autrui ».

الفصل الثاني

الضمانات العينية

نظرا لنقائص الضمانات الشخصية والصعوبات المرتبطة بها والتي كنا قد توصلنا إليها في نهاية الفصل الأول من هذا البحث فإن البنوك غالبا ما تلجأ إلى الضمانات العينية. والضمانات العينية هي تلك التي ترد على الأموال (*les biens*) وتعطي للدائن حق عيني على مال أو عدة أموال مملوكة للمدين أو لشخص آخر. وقد اقتصر القانون المدني على مجموعة من الضمانات العينية (التأمينات العينية التقليدية) المتمثلة في الرهن الرسمي ، الرهن الحيازي ، حق التخصيص ، حقوق الامتياز. في حين نجد أن الممارسة لم تقف عند هذا الحد من التطور وذلك بإنشاء ضمانات عينية أخرى قائمة على حق الملكية باستعمال هذا الحق كضمان. وهذا ما سنتعرض له من خلال هذا الفصل ، وذلك بدراسة الضمانات العينية التقليدية (التأمينات العينية) (المبحث الأول) ثم الضمانات العينية الناشئة عن الممارسة المتمثلة في استعمال حق الملكية كضمان (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الضمانات العينية التقليدية (التأمينات العينية)

التأمينات العينية (رغم عدم تعريفها من طرف المشرع) يمكن القول بأنها حقوق عينية تبعية تعطي للدائن حقا عينيا تبعيا (تابع للدين المضمون) 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 .

وقد تناول المشرع التأمينات العينية ضمن الكتاب الرابع من القانون المدني وقام بتنظيمها تنظيما مفصلا بحيث أفرد بابا خاصا لكل تأمين عيني .

وسنقوم بدراسة كل من هذه التأمينات في مطلب خاص وفقا لترتيب المشرع لها في القانون المدني مع الإشارة إلى أننا تناولنا حق التخصيص ضمن الرهن الرسمي القضائي ، فنقتصر إذن على الرهن الرسمي (مطلب أول) الرهن الحيازي (مطلب ثاني) وحقوق الامتياز (مطلب ثالث) .

المطلب الأول

الرهن الرسمي

يعتبر الرهن الرسمي بدون شك الضمان الذي يوفر أحسن حماية للبنك الدائن⁽¹⁾ ، نظرا لما يتميز به من مزايا تسمح له ببيع العقار المضمون واستفاء حقه بالأولوية على غيره من الدائنين.

ويستعمل البنك هذا الضمان (الرهن الرسمي) في مجال القروض المتوسطة والطويلة الأجل خاصة بالنسبة للقروض العقارية . وقد عرفت المادة 882 من القانون المدني الرهن الرسمي بأنه عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار للوفاء بدينه ، ويمكن له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان .

⁽¹⁾ راجع في ذلك: M, Remillrer , op.cit , p145. « A ce jour la garantie hypothécaire représente très certainement en nombre et en volume , la part la plus importante des garantie du système bancaire ».

وعلى هذا الأساس نعتبر الرهن الرسمي بمثابة حق عيني عقاري يرد على العقارات دون المنقولات⁽¹⁾ ، والعقارات التي يمكن رهنها هي تلك العقارات بطبيعتها وكل توابعها، مع العلم أن العقارات بالتخصيص لا يمكن رهنها بمفردها.

كما أن الرهن الرسمي ككل التأمينات العينية حق غير قابل للتجزئة فكل جزء من العقار المرهون يضمن كل جزء من الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بكل جزء من العقار المضمون.

وهو أيضا حق تبعي للدين الذي يضمنه فلا يقوم الرهن الرسمي إلا بقيام الدين المضمون ويسير معه وجودا وعدما.

وللتعرف أكثر على الرهن الرسمي لا بد من التعرض إلى كل من إنشاءه (الفرع الأول) آثاره ووضعه حيز التنفيذ (الفرع الثاني) وأخيرا إلى كيفية انقضائه (الفرع الثالث).

الفرع الأول : إنشاء الرهن الرسمي:

تنص المادة 883 من القانون المدني في فقرتها الأولى « لا ينعقد الرهن الرسمي إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون ».

فالرهن الرسمي إما أن يكون رهن رسمي اتفاقي (بموجب عقد) أو رهن رسمي قضائي (بموجب حكم) أو رهن رسمي قانوني (بواسطة نص قانوني).

وسنتعرض إلى إنشاء كل من هذه الرهون الرسمية تباعا ، ولكن باعتبار أن الرهن الرسمي الاتفاقي يعد الأكثر انتشارا في المجال البنكي ، وكذا نظرا لتنظيمه الكامل في القانون المدني نخصص له الجزء الأوفر من هذه الدراسة (أولا) لتعرض بعد ذلك إلى الرهن الرسمي القضائي (ثانيا)، ثم الرهن الرسمي القانوني (ثالثا)، بصفة وجيزة.

أولا : إنشاء الرهن الرسمي الاتفاقي:

تنشأ هذا الرهن كما يظهر من تسميته بموجب اتفاق بين البنك الدائن والراهن ، ويكون ذلك وفقا لعقد يشترط لصحته توافر شروطا شكلية وأخرى موضوعية.

⁽¹⁾ هناك بعض المنقولات يشملها الرهن الرسمي لأنها لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقولات مثال الرهن الرسمي الوارد على السفن البحرية والنهرية والطائرات

1- الشروط الشكلية: تتمثل الشروط الشكلية في عقد رسمي ، يقوم بتحريره موثق.

أ- **تحرير عقد رسمي:** ينشأ الرهن الرسمي الاتفاقي بواسطة عقد ملزم لجانبين ، ويلزم أن يكون هذا العقد رسميا ، إذ أن صحته مرتبطة بتحرير عقد رسمي ، وغياب ذلك يجعل من الرهن باطلا بطلانا مطلقا ، وهذا طبقا لنص المادة 883 من القانون المدني « لا ينعقد الرهن الرسمي إلا بعقد رسمي ... ».

وكذا نصت المادة 61 من الأمر رقم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن القانون المتعلق بالسجل العقاري والمعدل والمتمم بالمرسوم رقم 93-123 المتعلق بالسجل العقاري التي نصت على أن « كل عقد موضوع شهر عقاري في المحافظة العقارية يجب أن يكون مفرغا في الشكل الرسمي ».

وتنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني « العقود التي تتضمن نقل العقارات أو الحقوق العينية العقارية أو المحلات التجارية يجب تحت طائلة البطلان أن تفرغ في الشكل الرسمي ».

ب- **مسؤولية الموثق عن تحرير العقد :** الموثق هو ضابط عمومي مسؤول عن تحرير العقد الرسمي ، ويسأل مسؤولية تقصيرية إذا لم يحم بمهمة التوثيق أو ارتكب خطأ. وقد يسأل مسؤولية عقدية إذا باشر العمل بصفته وكيلًا عن الطرفين.

فالقانون يفرض احترام الأشكال القانونية اللازمة ، وعلى الموثق مهما كان دوره مسؤولية جد ثقيلة ، فهو مسؤول عن فعالية العقد الذي يحرره لذلك لا بد أن يتأكد مثلا بأن لراهن له الأهلية اللازمة للقيام بالرهن، وكذا التأكد من الشروط الأخرى ، فصفته كضابط عمومي تفرض عليه التوضيح للمتعاقدين وخاصة بالنسبة للراهن أهمية التصرف الذي يقدم عليه ، وذلك لكي يتخلص من المسؤولية التي تعود عليه من جراء إنكار المدين الراهن تصرفه وبأنه لا يدرك قيمته حتى يبطل الرهن ، وهذا ما يكثر حدوثه في المجال العملي.

• لذلك عند غياب الراهن وقت توقيع العقد يمكن لوكيله أن يوقع العقد عنه ولكن بشرط أن تكون الوكالة رسمية وخاصة .

- رسمية بكتابة الوكالة لدى موثق وذلك طبقا لنص المادة 572 من القانون المدني « يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ».

- وكالة خاصة باعتبار أن الرهن من أعمال التصرف لا الإدارة فإنه لا يكفي أن تكون الوكالة عامة ، بل يجب تخصيصها وذلك طبقا لنص المادة 1/574 من القانون المدني « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والرهن والبيع ».

- **الوعد بالرهن الرسمي :** وهو من إنشاء الممارسة ، يتمثل في وعد المقترض (المدين) بالالتزام بتخصيص رهن رسمي بمجرد طلب البنك الدائن لذلك⁽¹⁾.

وهذا الوعد يجب أن يكون رسميا وإلا اعتبر باطلا ، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 71 الفقرة 2 من القانون المدني « إذا اشترط القانون لتمام استيفاء العقد شكل معين ، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد ».

فمادام الرهن الرسمي يشترط فيه الشكل الرسمي فإن الوعد به يستلزم ذلك الشكل أيضا .

ولكن إذا تم الوعد بالرهن الرسمي ، فما هي القيمة القانونية لهذا الوعد ؟ .

أي هل يمكن للموعد له (البنك) في حالة امتناع الواعد (المدين) عن تنفيذ وعده بالرهن الرسمي ، أن يحصل على حكم يقوم مقام العقد إذا ما حاز قوة الشيء المقضي به طبقا لنص المادة 72 من القانون المدني ؟ .

إن الوعد بالرهن الرسمي لا يشكل أي ضمان بالنسبة للبنك لأنه لا يمنح له بصورة آلية إمكانية البيع بالمزاد العلني واستيفاء حقه من الثمن الناتج عن البيع بعد ترتيبه لحق عيني على العقار الموعد برهنه ، فلا يعد وسيلة لتغطية الدين وما هو إلا إقرار بالدين وصاحبه لا يمكن أن يتابع إلا على هذا الأساس⁽²⁾.

2- الشروط الموضوعية: لإنشاء الرهن الرسمي لا بد من توفر شروط موضوعية عامة وأخرى خاصة:

أ- الشروط الموضوعية العامة : الرهن الرسمي كغيره من العقود يستلزم لإنشائه الشروط الموضوعية العامة المتمثلة في التراضي ، لمحل والسبب.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Michel , Matieu , op.cit , p 180 , 199.

⁽²⁾ عادة ما يستعمل هذا الوعد لإخفاء آثار عيب عقد الملكية وتفادي اللجوء إلى شهر قيد الرهن ، ولا يخلوا هذا الوعد من مخاطر كون إفلاس المدين يحول دون قيد البنك لهذا الرهن وبالتالي لا تكون له أية مرتبة ويصبح هذا الوعد بدون أية قيمة.

- فلا بد من وجود تراضي بين المتعاقدين وهما البنك الدائن والراهن ، مع خلو هذا التراضي من عيوب الإرادة (كالغلط ، التدليس ، الإكراه...). ويشترط كذلك أن يكون كل من الراهن والدائن المرتهن أهلا لمباشرة عقد الرهن .
- وكذلك يلزم وجود المحل الذي هو إنشاء حق عيني على عقار مملوك للراهن لضمان الوفاء بالتزام يترتب في ذمة الراهن نفسه أو في ذمة غيره.
- وأما السبب ، فهو ضمان الدين لذلك يلزم وجود دين مضمون قد نشأ صحيحا ، ويبقى قائما إلى غاية انعقاد الرهن.

إضافة إلى هذه الشروط لا بد من شروط موضوعية خاصة :

ب- الشروط الموضوعية الخاصة: ومن هذه الشروط ما يتعلق بالراهن ومنها ما يتعلق بالدين المضمون والعقار المرهون .

- **الشروط المتعلقة بالراهن:** تنص المادة 884 من القانون المدني « يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا يقدم رهنا لمصلحة المدين ، وفي كالتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، وأهلا للتصرف فيه ».

فسواء كان الراهن هو المدين نفسه أو غيرا يجب أن يكون أهلا للقيام بالرهن ومالكا للعقار المرهون.

- بالنسبة للأهلية لا تطرح أي إشكال لأن الرهن الرسمي بالنسبة للمدين يعد من أعمال التصرف لذلك يجب أن يكون بالغاً سن الرشد وغير محجور عليه ، ونفس الشيء في حالة ما إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين (كفيل عيني) فيكون عمله تبرعا يستلزم أهلية التبرع (سن الرشد).

- ولكن الإشكال في العمل المصرفي يتعلق بملكية الراهن للعقار المرهون.

فحق الملكية كما نعلم هو الحق الذي يمنح لصاحبه سلطة على الشيء تمكنه وحده من استغلاله واستعماله والتصرف فيه وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 674 من القانون المدني.

والأصل أن تثبت الملكية لمالك واحد يستأثر بجميع عناصرها من استعمال واستغلال وتصرف وهذه هي الملكية المفروزة ، كما يمكن أن تثبت الملكية لعدة ملاك في نفس الوقت

وهذه هي الملكية الشائعة ، وقد يتجزأ حق الملكية إلى ملكية الرقبة وحق الانتفاع الذي يشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال⁽¹⁾.

وكما نعلم فإن الملكية تنتقل بعدة طرق ، مما يخلق عدة مشاكل وصعوبات في المجال العملي أهمها:

- **رهن ملك الغير:** وهي حالة رهن الراهن لعقار لا يملكه معتقدا أن المالك سيقره بورقة رسمية أو سيصبح العقار المرهون ملكا له في المستقبل.

ونجد أن المادة 884 من القانون المدني السابقة الذكر تشترط أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، ولا نجد نصا صريحا حول رهن ملك الغير ، لذلك فإن هذا الرهن يعد باطلا ، ولا يمكن قياسه ببيع ملك الغير.

- **رهن العقار المستقبل:** ونقصد به العقار الذي لا يملكه الراهن في الحال ، بل الذي سيملكه في المستقبل ، ومثلما هو الحال في رهن ملك الغير ، فإنه لم يرد نص صريح على حكم رهن العقار المستقبل في القانون المدني الجزائري ، فهل سكوت المشرع عن إيراد نص يتعلق برهن المال المستقبل يحمل منه الشك على إلحاقه ببيع المال المستقبل الذي يجيزه ، مادام الأول (أي رهن المال المستقبل) يعد أقل خطرا من الثاني (أي بيع المال المستقبل) نظرا لأن الأول يبقى في حيازة صاحبه ؟ أم يبطل نظرا لعدم تعيينه تعيينا دقيقا؟ ونجد أن المشرع الفرنسي وضع حلا صريحا في هذا المجال واعتبر أن رهن المال المستقبل يعد باطلا ، واستثنى من هذا البطلان حالات ثلاث:

1- حالة عدم كفاية الأموال المرهونة لضمان الدين فيكون للمدين عندئذ أن يرهن ما يمكن أن يكسبه في المستقبل من أموال.

2- حالة ما إذا هلكت الأموال المرهونة أو انخفضت قيمتها نتيجة تغير مادي حتى أصبحت غير كافية لضمان الدين.

3- حالة رهن العقارات في طور الإنشاء أو البناء وذلك كضمان للحصول على قرض لتمويل هذه المنشآت.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق ، مرجع سابق ، ص 25 .

والحقيقة أن الوضعية القانونية لهذه الحالة الأخيرة لا تفسر برهن رسمي لمال مستقبلي ولكن لحق إنشاء موجود مسبقا في ذمة المنشئ ، فهذا لا يشكل استثناء على رهن المال المستقبلي⁽¹⁾.

وبالنسبة للقانون الجزائري نجد حالة مشابهة تتمثل في رهن بناء على التصاميم:

- **رهن بناء على تصاميم أو على مخططات:** فطبقا للمرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، وحسب المادة التاسعة منه « يمكن للمتعاقل في الترقية العقارية أن يبيع لأحد المشتريين بناية أو جزء من بناية قبل إتمام الإنجاز شريطة تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية». ولذلك هل يمكن للمشتري أن يقدم هذا البناء على التصاميم كرهن للبنك؟. المشكل في هذه الحالة أن المشتري لا يصبح مالك لهذا البناء بمجرد إبرام عقد البيع ، فهناك مراحل جد معقدة للحصول على العقد النهائي الذي يعطي للمشتري صفة المالك. فحسب المرسوم السابق الذكر ، فإن عقد البيع يجب أن يشتمل على التصاميم والصيغ المحددة في المادة 10 من نفس المرسوم وكذلك مطابق للشكليات القانونية للتسجيل والإشهار .

ويستكمل العقد بمحضر يحرر حضوريا في نفس مكتب الموثق للتسليم النهائي للعقار . ويجب الحصول كذلك على تأمين إجباري لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة. وكذلك الحصول على شهادة المطابقة مسلمة من الأجهزة التقنية لهندسة المدن المنصوص عليها في المادة 14 من المرسوم السابق . وكل هذه الإجراءات والشكليات القانونية ضرورية لحصول المشتري على عقد الملكية النهائي ولإلزامه للقيام بقيد الرهن الرسمي.

- **حيازة الراهن لعقد إداري:** في إطار الترقية العقارية تقوم الإدارة بنقل أملاكها العقارية للغير ، ويكون ذلك بواسطة عقود إدارية وهذا في مجالات عديدة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Deen , Gibirila, suretes portant sur des biens, J.C.P, banque et crédit 1994 ,,fax, 760 , « En vérité la disposition légale ne prerconise pas l'hypothèque d'un bien future , mais celle d'un droit à la construction déjà existant dans le patrimoine de constituant , un droit en vertu du quel le bien immobiliser est ou sera édifiée . Elle ne constitue donc pas une éxcéption au droit commun de l'hypothèque ».

⁽⁴⁾ كالعقد الإداري المتضمن منح امتياز على أراضي الأملاك الوطنية طبقا للمرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05/10/1993 المتعلق بترقية الاستثمار ، والمرسومين التنفيذييين رقمي 94-321 و 94-322

لذلك نتساءل عن القيمة القانونية لهذه العقود وما إذا كان يمكن اعتبارها بمثابة سندات ملكية؟.

من خلال الممارسة القضائية نجد أن بعض المحاكم تعتبر بعض العقود الإدارية كسندات ملكية ، ولكنها في الحقيقة ليست كذلك ، ورغم أنها يمكن أن تشكل إثباتاً لتعامل صحيح بين الإدارة والمستفيد.

وكي يمكن اعتبارها سندات ملكية صحيحة يجب أن تفرغ في شكل عقد رسمي يحرره مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة والجماعات المحلية ، أو الموثق إذا اختارت الإدارة اللجوء إليه كما هو الحال بالنسبة للوكالات العقارية للبلدية.

ولكي يحتج بهذه العقود الإدارية على الغير يجب أن يتم إشهارها في المحفوظات العقارية⁽²⁾.

وهناك قرار في هذا المجال صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 1998/10/28 ، أكد على أن مداولة المجلس الشعبي البلدي لا ترقى إلى مرتبة العقد الناقل للملكية العقارية⁽³⁾.

- **قيمة الحق العيني الناتج عن عقد الامتياز:** طبقاً للمادة 117 من الأمر رقم 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 ، فإنه يمكن التنازل أو المنح بامتياز للأراضي التابعة للأملاك لفائدة هيئات خاصة للدولة ، أو الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية بالمزاد العلني ، وذلك لفائدة هيئات عمومية أو المعترف بمنفعاتها العمومية أو إلى الجمعيات التي لا تتسم بالطابع السياسي ، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي ، والأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص.

المؤرخين في 1994/10/17 المتعلقين بمنح الامتياز على أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار .

وكذا العقود الإدارية المبرمة بموجب القانون 81-01 المؤرخ في 1982/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية ولتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية.

⁽²⁾ راجع في ذلك: عمر ، حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية، 2000 ، ص 52 ، 53 .

⁽³⁾ راجع في ذلك: المجلة القضائية ، 1999 ، العدد 01 ، ص 83 .

ويمكن لهيأت القرض أي البنوك أن تحصل على رهن رسمي يقع على الحق العيني العقاري الناتج عن المنح بامتياز ، وكذا البنائيات المقام عليها ، وهذا لضمان القروض الممنوحة خصيصا لتمويل المشروع.

ولكن المشكل يبقى مطروح في حالة ما إذا لم يصبح المنتفع لسبب من الأسباب مالك لهذه الأراضي ، حتى وإن كان المشرع يسمح بالتنازل أو نقل هذه الاستثمارات مع الامتيازات المتعلقة بها(المادة 44 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بالاستثمار).

- **حيازة الراهن لشهادة الحيازة:** نظرا لاتساع رقعة مساحة الأراضي التي لم تشملها عملية المسح العقاري ولإمكان تطهير الملكية العقارية ، لجأ المشرع وبواسطة المرسوم التنفيذي⁽¹⁾ رقم 254/91 إلى إعطاء الأشخاص الذين يحوزون الأراضي لمدة سنة على الأقل في مناطق لم تشملها بعد عملية المسح ، الحق في الحصول على سند قانوني يبرر وضع يدهم على الأرض يسمى ' بشهادة الحيازة ' تسلم لهم من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي الواقع في دائرة اختصاصه العقار محل الطلب⁽²⁾ ، ولتشجيع هؤلاء الأشخاص الحائزين على شهادة الحيازة للحصول على قروض من البنوك من أجل تشجيع الاستثمار أعطي الحق لصاحب شهادة الحيازة في أن يوقع رهن حيازي عقاري من الدرجة الأولى لفائدة هيأت القرض ضمانا للقروض ذات الأمد المتوسط والطويل لغرض تمويل موسم فلاحي أو مشروع بناء على وجه الخصوص وهذا طبقا لنص المادة 44 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25/09/1995 .

ولكن نتساءل عن إمكان تطبيق هذا النص بالنسبة للرهن الرسمي ؟ وما إذا كان النص لا يتعارض مع نص المادة 884 من القانون المدني التي تشترط أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، وهل يعامل الحائز معاملة المالك في هذا المجال؟.

- **رهن المباني المقامة على أرض الغير:** ويحدث ذلك عندما تكون الأرض مملوكة لشخص والمباني مملوكة لشخص آخر ، ومثاله أن يرخص شخص لآخر إقامة هذه المنشآت على أرضه.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 27/07/1991 المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها.

⁽²⁾ راجع في ذلك: عمر ، حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 97.

فما حكم الرهن الوارد على هذه المباني؟.

تجيبنا عن ذلك المادة 889 من القانون المدني « يجوز لمالك المباني المقامة على أرض الغير أن يرهنها ، وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استقاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق ».

ومن خلال هذا النص نلاحظ أن مصير الرهن مرتبط بمصير ملكية الراهن لهذه المباني وبما يحل محلها.

- **رهن العقار المملوك على الشيوع:** ونقصد بذلك رهن عقار مملوك لعدة أشخاص دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه ، فما هو مصير هذا الرهن؟.

وفقا لنص المادة 890 من القانون المدني ، يجب التمييز بين الرهن الصادر عن جميع الشركاء ، والرهن الصادر من أحدهم فقط :

- **الرهن الصادر من جميع الشركاء :** تنص المادة 1/890 من القانون المدني « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته ».

ووفقا لذلك فإن الرهن الصادر عن جميع الشركاء في العقار المملوك على الشيوع رهنا صحيحا مرتبا لكافة آثاره سواء كان ذلك قبل القسمة أو بعدها.

- **الرهن الصادر من أحد الشركاء على الشيوع:** وهنا إما أن يرهن الشريك حصته الشائعة في العقار المملوك على الشيوع ، وإما أن يرهن جزءا مفرزا يساوي حصته من هذا العقار.

- فإذا رهن الشريك حصته الشائعة فإن الرهن يكون صادرا من مالك وينتج كافة آثاره ، على أن مصيره مرتبط بنتيجة القسمة فإذا تمت قسمة العقار ووقع جزء منه أو كله من نصيب هذا الشريك ، فإن الرهن يرد على ذلك الجزء الذي وقع في نصيبه ، وإذا وقع من نصيبه بعد القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبه إلى الأعيان المخصصة له بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي رهنه⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: أنظر السنهوري ، المرجع السابق (التأمينات العينية والشخصية) ، ص 333 .

ويبين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم البنك الدائن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه ذوي الشأن بتسجيل القسمة.

وإذا لم يحصل القيد خلال هذه المدة ، فإن مرتبة الرهن لا ترجع إلى تاريخ قيد الرهن الأصلي ، بل تحدد من تاريخ القيد الجديد وهذا طبقا للمادة 890 من القانون المدني.

- أما إذا رهن أحد الشركاء جزء مفرز من العقار المملوك على الشيوع فإنه قبل القسمة لا يكون لأي من الشركاء أي ملكية خالصة على العقار ، لذلك فرهن حصته مفرزة يعد تصرفا غير نافذ في حق الشركاء الآخرين ، ويكون مصير الرهن حسب نتيجة القسمة ، فإذا وقع هذا الجزء المفرز من نصيب الشريك الراهن اعتبر كأنه مالك له منذ البداية ، أما إذا وقع من نصيبه جزء آخر غير الجزء الذي رهنه انتقل الرهن إلى هذا الجزء.

- **الرهن الوارد على ملكية مهددة بالفسخ أو الإبطال:** تنص المادة 885 من القانون المدني « يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ».

وهذا النص يعتبر خروجاً صريحاً عن القواعد العامة التي تقضي أنه متى زال حق الملكية بأثر رجعي زالت معه التصرفات الواقعة على هذه الملكية بأثر رجعي أيضاً.

ويشترط لبقاء الرهن صحيحاً أن يكون الدائن الذي تقرر له هذه الحماية حسن النية وقت إبرامه لعقد الرهن أي لا يعلم بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال.

هذه هي أغلب المشاكل التي تصادف البنك فيما يتعلق بشرط ملكية الراهن للعقار المرهون المنصوص عليه بموجب المادة 884 من القانون المدني.

- **الشروط المتعلقة بالدين المضمون والعقار المرهون:**

• **تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون:** يلزم تخصيص الدين المضمون في عقد الرهن الرسمي ، وذلك بتحديد قيمته أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه ، سواء كان هذا الدين

معلقا على شرط أو احتمالي أو مستقبل (كفتح حساب جاري) وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 891 من القانون المدني.

وحسب القضاء الفرنسي فإنه لا يكفي تحديد مقدار وقيمة الدين المضمون ، ولكن يجب ذكر السبب أو المصدر الذي يبرر إرادة الأطراف في إنشاء الالتزام⁽¹⁾.

• **تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون:** يجب أن يتم تخصيص العقار المرهون ، وذلك بأن يكون معينا تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، ويجب أن يرد هذا التعيين في عقد الرهن الرسمي أو في عقد رسمي لا حق ، كما أن الرهن لا يشمل على العقار المرهون فقط ، وإنما لكل ملحقاته وتوابعه كحقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك ، وهذا طبقا لما تنص عليه المادتان 886 و 887 من القانون المدني.

ثانيا: الرهن الرسمي القضائي:

إضافة إلى الرهن الاتفاقي نجد نوعا آخر من الرهن الرسمي ناتج عن حكم قضائي يسمى الرهن الرسمي القضائي.

والبنك يمكنه الحصول على هذا الرهن في حالتين:

1-حالة وجود حكم قضائي: فإذا كان للبنك الدائن حكم قضائي ضد المدين يمكنه أن يقيد رهن رسمي قضائي على عقارات المدين وهذا ما يسمى بحق التخصيص المنصوص عليه في المادة 937 من القانون المدني التي تنص على أنه « يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين ، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف ».

فيجب أن يكون هناك نزاع مطروح أمام المحكمة وتفصل فيه بموجب سلطتها القضائية فتصدر حكما في أصل الدعوى أي في الموضوع.

ولكي يحصل البنك الدائن على حق تخصيص بعقارات مدينه يجب أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها العقارات التي تريد التخصيص بها.

Deen , Gibirila, J.C.P , fax 760, op.cit.,p.21,

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

وترفق هذه العريضة بصورة رسمية من الحكم أو شهادة من كتابة ضبط المحكمة مدون فيها منطوق الحكم ، ويجب أن تشمل العريضة

- على بيانات تتمثل في اسم الدائن ، لقبه ، موطنه ...إلخ.

- وكذا اسم المدين ولقبه ومهنته...إلخ.

- وتاريخ الحكم والمحكمة التي أصدرته.

- مقدار الدين.

- تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعها مع تقديم الوثائق الدالة على قيمتها(م 941 ق.م).

وبعد ذلك يقوم رئيس المحكمة بإصدار أمر على ذيل عريضة بالتخصيص ويراعي في ذلك مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة.

وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصورا على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع الدين والمصاريف المستحقة للدائن.

ويكون هذا الأمر واجب التنفيذ بقطع النظر عن جميع طرق الطعن (م 942 من القانون المدني).

ويحق للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالتخصيص أمام القاضي الذي أصدره(م 944) من القانون المدني.

وإذا رفض رئيس المحكمة طلب التخصيص المقدم من الدائن يحق لهذا الأخير صاحب استئناف الأمر أمام المجلس (م 945 ق.م).

ويكون للدائن صاحب حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ، ويسري على حق التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وخاصة ما يتعلق بالقيود وتجديده وشطبه وانقضائه (م 947 من القانون المدني).

وأخيرا نجد أن هناك من يكيف هذا النوع من الرهن الرسمي بأنه رهن رسمي قانوني وليس قضائي لأنه مقرر بموجب نص قانوني قبل أن يطلبه الدائن وبمجرد توافر الشروط المنصوص عليها قانونا⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Deen , Gibirila, J.C.P ,op.cit , p 32, « Elle constitue une hypothèque de plein droit attachée par le code civil ou aux jugements de condamnation contrairement à ce que pourrait laisser

2- حالة عدم وجود حكم قضائي: في حالة عدم وجود حكم قضائي لصالح البنك يمكنه إثبات وجود الدين ، ويطلب قيد مؤقت لرهن رسمي على عقارات مدينه للحفاظ على حقوقه

وللقاضي أن يرخص بواسطة أمر بإجراء قيد مؤقت على عقارات المدين وإذا حصل الدائن على رهن قضائي يجب أن يثبت ذلك في محضر تعين فيه العقارات مع تعيين موقعها وحدودها ومشتملاتها (م 1/352 من قانون الإجراءات المدنية).

ويقيد هذا المحضر بمكتب قيد الرهون التابع لمكان العقارات وللبنك أن يرفع دعوى في الموضوع لدى الجهات القضائية المختصة للمطالبة بدفع الدين.

وإذا تم تقرير إدانة المدين بدفعه للدين يمكن للبنك أن يقيد الرهن الرسمي قيда نهائيا وذلك خلال شهرين من تاريخ صيرورة الحكم الصادر في الموضوع حائزا لقوة الشيء المقضي به وذلك بناء على تقديم النسخة النهائية لهذا الحكم ويحل هذا القيد بأثر رجعي محل القيد المؤقت ، ويكون ترتيبه هو ترتيب هذا القيد المؤقت وذلك في حدود مبالغ الدين المضمونة للقيد الأول.

وفي حالة عدم القيام بهذا القيد الجديد في الميعاد المحدد آنفا يصبح القيد عديم المفعول وذلك بأثر رجعي (م 7/352 من قانون الإجراءات المدنية).

ثالثا: الرهن الرسمي القانوني:

وهو نوع آخر من الرهن الرسمي ، مصدره نص قانوني ، أي ممنوح بموجب نص قانوني لصالح بعض الدائنين الذين يتمتعون بحماية خاصة ، وما دمننا بصدد دراسة ضمانات البنك ، فإن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن ، هو مدى تمتع البنك بحق رهن رسمي قانوني؟ وما هي المشاكل الناجمة عن هذا الرهن؟.

1- مدى تمتع البنك بحق رهن رسمي قانوني: لقد أفاد القانون البنوك والمؤسسات المالية برهن رسمي قانوني، وذلك بواسطة نص المادة 179 من قانون النقد والقرض رقم 90-10

المؤرخ في 14 أبريل 1990 المعدل بموجب الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 02/27/2001/.

« ينشأ رهن قانوني على الأموال غير المنقولة العائدة للمدين ، ويجري لصالح البنوك والمؤسسات المالية ضمان لتحصيل الديون المترتبة لها والالتزامات المتخذة اتجاهها ». فمن خلال هذا النص نجد أن البنوك تستفيد من حق رهن رسمي على العقارات المملوكة للمدين وذلك ضمانا لتحصيل الديون المترتبة في ذمته.

ويتم قيد هذا الرهن لدى المحافظة العقارية التي يقع في دائرتها العقار المرهون. ويحفظ هذا القيد من وجوب التجديد خلال ثلاثين عاما طبقا لما تنص عليه المادة 179 من قانون النقد والقرض السالف الذكر فالرهن الرسمي القانوني واحد من الامتيازات التي أحاط بها المشرع البنوك ، فهو لا ينطوي على مزايا بالنسبة للبنوك فقط وإنما يفيد المقترضين كذلك ، لأن الرسم المفروض لقيد الرهن الرسمي القانوني يكون بنسبة محددة يقدر بـ 3000 دج عكس الرهن الرسمي الاتفاقي الذي يكون الرسم فيه بنسبة قيمة المبلغ المصرح به في العقد⁽¹⁾.

2- المشاكل الناجمة عن الرهن الرسمي القانوني: رغم الامتيازات التي يضمنها هذا الرهن بالنسبة للبنك ، إلا أن الصعوبات والمشاكل التي تعترضه تقلل نوعا ما من فعاليته. فنجد أن قانون النقد والقرض لم يستكمل نص المادة 179 بما يوافق نص المادة 884 من القانون المدني والتي تجيز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو الغير مالك العقار المرهون....

باعتبار أن المادة 179 اقتصرت على أن يكون العقار مملوك للمدين فقط ، وهذا الشرط يحد بصفة معتبرة من أهمية ومدى هذا الضمان القانوني، هذا من جهة. ومن جهة أخرى ، فإنه إضافة إلى الرهن الرسمي القانوني الممنوح للبنوك والمؤسسات المالية ، هناك رهون رسمية قانونية لفائدة هيآت أخرى (كالخزينة العامة مثلا) ، فنكون بصدد تزاخم العديد من الرهون الرسمية القانونية ، ويفضل دائن على آخر حسب تاريخ القيد في المحافظة العقارية ، مع العلم أن هذه الأخيرة تعطي الأولوية للرهن الرسمي

⁽¹⁾ طبقا للمادة 24 من الأمر رقم 97-02 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 تعدل المادة 2/353 من قانون التسجيل ، يحدد الرسم الخاص بالرهن العقاري بتعريفه 3000 دج.

القانوني الخاص بالخزينة العامة رغم عدم وجود نص يمنح هذه الأولوية ، لذلك عادة ما يصبح البنك بمثابة دائن عادي لا يملك أي ضمان قانوني⁽¹⁾.

الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي :

يرتب الرهن الرسمي آثارا بالنسبة للمتعاقدین (الراهن والدائن المرتهن) (أولا) ، كما يرتب آثارا بالنسبة للغير (ثانيا).

أولا : آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین:

والمتعاقدین في عقد الرهن الرسمي هما الراهن والدائن المرتهن ولذلك سنتطرق إلى آثار الرهن بالنسبة لكل منهما.

1- بالنسبة للراهن: يبقى الراهن مالكا للعقار المرهون طيلة مدة الرهن ، وفي مقابل ذلك يضمن سلامة الرهن وكذا ضمان هلاك العقار المرهون.

أ- بقاء ملكية الراهن للعقار المرهون: يبقى الراهن مالكا للعقار المرهون ، وبالتالي تكون له جميع السلطات الناتجة عن حق الملكية:

- سلطة استعمال واستغلال العقار المرهون والحصول على ثماره إلى غاية تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، ويمكنه إيجار العقار المرهون والحصول على الأجرة ، غير أن حقه مقيد بما ورد النص عليه في القانون ، حيث أن الإيجار الذي تزيد مدته عن سنتين لا يكون حجة على الغير إلا منذ شهره.

وعلى ذلك فإن الإيجار الذي تزيد مدته عن تسع سنوات يجب لنفاذه في مواجهه الدائن المرتهن أن يكون مسجلا قبل قيد الرهن ، فإذا لم يكن مسجلا وكان له تاريخ ثابت وسابق على تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، فلا يسري في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسعة سنوات فقط (م 2/896 من ق.م) وتبدأ هذه المدة منذ بدأ سريان عقد الإيجار.

أما بالنسبة للإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية أو تم بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة فلا يكون نافذا إلا إذا كان في حدود أعمال الإدارة الحسنة(أي مدة قصيرة ومعقولة) (م 1/896 من القانون المدني).

⁽¹⁾ الملتقى الدولي المنعقد في الجزائر بتاريخ 28 و 29 فيفري 2000 حول الرهن الرسمي والضمانات العينية.

- كما يكون للراهن سلطة التصرف في العقار المرهون ولا يؤثر الرهن على تصرفه في ملكه ، بشرط أن تكون هذه التصرفات قبل قيد الدائن للرهن.

ونجد بخصوص تصرف الراهن في العقار المرهون نص المادة 894 من القانون المدني « يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون على أن أي تصرف منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن ».

وحسب رأينا فإن المعنى الصحيح لهذا النص هو أن الراهن باعتباره مالكا للعقار المرهون يمكنه أن يتصرف فيه بشرط ألا يؤدي هذا التصرف إلى الإضرار بحق الدائن المرتهن في الرهن .

وغالبا ما نجد أن البنوك تشترط في عقد الرهن عدم تصرف الراهن في العقار المرهون ببيعه إلى شخص آخر وترتب على مخالفة هذا الشرط حلول أجل الدين فورا (إسقاط الأجل)⁽¹⁾.

وهذا يؤدي بنا إلى التساؤل عن مدى مساس هذا الشرط بمبدأ إطلاق حق الملكية باعتباره حق تام يعطي لصاحبه كافة السلطات على الشيء؟.

ونجيب عن ذلك بأن إطلاق حق الملكية لا يعني أنه حق تعسفي ، ولا ترد عليه حدود ، وقيود فلا يكون للراهن أن يتعسف في استعمال حقه في التصرف على نحو يضر بحق الدائن المرتهن (المادة 41 من القانون المدني).

وليس هناك نص يمنع الدائن المرتهن من اشتراط مثل هذا الشرط.

ب- بالإضافة إلى ذلك فإن من التزامات الراهن مقابل هذا الحق أنه يضمن سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية (اللازمة) وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك ، وهذا طبقا للمادة 898 من القانون المدني ، كالتصرفات التي يباشرها الراهن بعد انعقاد الرهن وقبل القيد ، والتي من شأنها الإضرار بالدائن فتعتبر خروجاً عن التزامه بضمان الرهن ويترتب عليها سقوط الأجل ، وحلول أجل الوفاء بالدين نظرا لإضعاف التأمينات (م 211 من القانون المدني).

(1) أنظر نموذج عقد الرهن الرسمي (الشروط) في الملحق رقم 12 .

- ويلتزم الراهن كذلك بضمان هلاك العقار المرهون أو تلفه فإذا ما تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان من حق الدائن المرتهن أن يخير بين طلب تأمين كاف أو يطلب استقاء الدين حالا أي قبل حلول أجله (م 899-1 من ق. م).
أما إذا كان الهلاك بسبب الدائن نفسه فإنه يلتزم بدفع التعويض بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية . أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي ، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان للمدين الراهن الخيار بين إسقاط أجل الدين ودفعه فوراً للدائن المرتهن أو تقديم تأمين كاف.
وإذا هلك العقار المرهون سواء كان ذلك بفعل الراهن أم بفعل الغير ، وترتب على هذا الهلاك دفع تعويض مقابل له سواء كان هذا التعويض مقدم من طرف المتسبب فيه أو مبلغ التأمين إذا كان العقار مؤمناً عليه⁽¹⁾ ، أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، فإن هذا التعويض يحل حلولاً عينياً محل العقار المرهون وينتقل حق الدائن المرتهن إلى هذا التعويض الذي يباشر عليه حقه في الأولوية.

2- بالنسبة للدائن المرتهن:

أ- يلتزم الدائن قبل التنفيذ على العقار المرهون أن يقوم أولاً بالتنبيه على المدين بالوفاء وبعد ذلك يمكنه أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقاً للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية.
وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك.
ولكن يجوز له تفادي أي إجراء موجه إليه إذا تخلص عن العقار المرهون (المادة 901 ، 902 من القانون المدني).

ب- يعد باطلاً كل اتفاق يشترط فيه الدائن على الراهن عند عدم استقاء الدين عند حلول أجله أن يملك العقار المرهون بثمن معين⁽¹⁾. مهما كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي وضعها القانون⁽²⁾.

⁽¹⁾ غالباً ما يشترط البنك في عقد الرهن الرسمي أن يكون العقار المرهون مؤمناً عليه ويقدم الراهن تفويض لصالح البنك بذلك (أنظر عقد الرهن الرسمي في الملحق رقم 12).

⁽¹⁾ يسمى هذا الاتفاق (Pacte comissoire).

⁽²⁾ ويسمى (Clause de voie parée) شرط الطريق الممهد.

ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه (المادة 903 من القانون المدني).

ثانيا : آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير:

إذا قام الراهن بعد حلول أجل الدين بتنفيذ التزامه يقوم البنك برفع اليد عن العقار المرهون وينقضي الرهن الرسمي ويتم شطبه لدى المحافظة العقارية.

ولكن في حالة امتناع الراهن عن تنفيذ التزامه بعد حلول أجل الدين أو قام بالتصرف في العقار لشخص آخر ، يكون للبنك في هذه الحالة أن يستعمل الامتيازات المقررة له بموجب حق الرهن الرسمي وهي استعمال حقه في الأولوية وذلك بالحجز على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني ، واستفاء حقه بالأولوية على غيره من الدائنين ، وكذا حقه في تتبع العقار المرهون في حالة انتقاله إلى الغير الحائز . ولكن لكي يمكن للبنك استعمال هذه الحقوق لابد أن يكون قد قيد الرهن الرسمي لدى المحافظة العقارية . وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى قيد الرهن الرسمي (1) ثم إلى استعمال حق الأولوية (2) وأخيرا إلى استعمال حق التتبع (3).

1- قيد الرهن الرسمي : لإمكان الاحتجاج بالرهن الرسمي على الغير لابد أن ينم قيده لدى المحافظة العقارية التي يقع بدائرة اختصاصها العقار المرهون ، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 « ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود والقرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحركة من قبلهم أو بمساعدتهم ، وذلك في الآجال المحددة في المادة 99 وبكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف ».

كما تنص المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري « إن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية » .

وحسب المادة 904 من القانون المدني « لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار ، وذلك دون الإخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس ».

ومن خلال هذه المواد نجد أن قيد الرهن الرسمي ضروري لحفاظ البنك على حقه ، فالقيد ينشئ حق أفضلية البنك وأولويته في استقاء حقه ، إضافة إلى دوره في إعلام الغير بهذه الأفضلية ، وإعطاء مرتبة للبنك وفقا لتاريخ القيد.

ويتم بصفة عامة بملئ جدولين يقدمان من طرف المحافظة العقارية إضافة إلى :

- تقديم عقد الرهن الرسمي المحرر من قبل الموثق.

- سند الملكية.

- اتفاقية القرض بين البنك والمقترض.

ويتلقى البنك جدول قيد مؤشر عليه من طرف المحافظ العقاري ويحتفظ بالجدول الآخر لدى المحافظة لعقارية.

ويحفظ القيد أولوية البنك لمدة 10 سنوات ، بينما نجد أن المرسوم رقم 47-77 المؤرخ في 19 فيفري 1977 ينص على أن القيود التي تقدم لصالح المؤسسات المصرفية الوطنية ، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط يحتفظ بها لمدة 35 سنة مهما كانت مدة القرض الممنوح وذلك عوض عشر سنوات.

بشرط أن يحمل جدول القيد عبارة تفيد بأن الدائن يرغب صراحة من الاستفادة من أحكام هذا المرسوم ، لذلك تعنون الجداول لزوما بأحرف مطبعية كبيرة « قيد الرهن العقاري معفى من التجديد... لغاية... تطبيقا للمرسوم رقم 47-77 المؤرخ في 19 فيفري 1977⁽¹⁾.

2- حق الأولوية: لقد ورد النص على هذا الحق في المواد (907 إلى 910) من القانون

المدني ، ويستعمل حق الأولوية عند الحجز على العقار المرهون وبيعه في المزاد العلني. وقبل البدء في الإجراءات ، من الضروري إجراء إنذار للمدين وإلزامه بالدفع⁽¹⁾ وبعد مرور مدة (20) عشرون يوما دون قيامه بالدفع يحرر المحضر القضائي محضر عدم امتثال⁽²⁾.

⁽¹⁾ أنظر نموذج جدول قيد رهن رسمي في الملحق رقم 15 .

⁽¹⁾ أنظر نموذج إلزام بالدفع في الملحق رقم 19 .

⁽²⁾ أنظر نموذج محضر عدم الامتثال في الملحق رقم 20 .

⁽³⁾ أنظر نموذج للعريضة الخاصة بطلب حجز عقاري في الملحق رقم 22.

⁽⁴⁾ أنظر نموذج الشهادة العقارية في الملحق رقم 16.

فهذه إجراءات أولية ضرورية قبل القيام بالحجز الذي يتم بواسطة عريضة إلى رئيس المحكمة يطلب فيها الحجز العقاري التي يجب أن تتضمن البيانات التالية⁽³⁾:

- استحقاق الدين (إثبات الدين).
- إنذار موجه للمدين يحمل تاريخ إجراءه.
- وجود رهن رسمي لفائدة البنك يشمل على كل البيانات اللازمة.
- تحديد موضوع العريضة (طلب الحجز على العقار الذي يباع بعد ذلك في المزاد العلني.
- ويقوم المحضر القضائي بتبليغ الحجز على العقار للمدين وذلك من خلال:
- تبليغ الحكم أو أي سند تنفيذي.
- حضور المدين أو غيابه في إجراءات الحجز.
- إعدار المدين بأنه إذا لم يدفع الدين في الحال يسجل الأمر بالمحافظة العقارية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون ويعتبر الحجز نهائيا ابتداء من يوم التسجيل(م 379 من ق.إ.م).

- بيان موقع العقار ونوعه ومشتملاته ، وتحديد المساحي (قسم ، رقم الخريطة ، الموقع المعروف)...إلخ.

ويودع أمر الحجز خلال شهر من التبليغ لدى المحافظة العقارية للتسجيل وعند تمام هذا الإجراء يعتبر ما جرى من أعمال التنفيذ بمثابة حجز نهائي.

وخلال عشرة أيام التالية للتسجيل تقدم المحافظة العقارية للمحضر القضائي القائم بالتنفيذ بناء على طلبه شهادة عقارية تثبت بها جميع القيود الموجودة على العقار⁽⁴⁾ (م 380 من قانون الإجراءات المدنية) وخلال الشهر التالي لتسجيل الحجز وإذا لم يقم المدين بوفاء الدين يحرر القائم بالتنفيذ قائمة شروط البيع⁽¹⁾ ويودعها لدى كتابة ضبط المحكمة ، ويجب أن تشمل القائمة على بعض البيانات التي حددتها المادة 386 من قانون الإجراءات المدنية كبيان السند التنفيذي الذي حصلت الإجراءات بمقتضاه ، بيان تبليغ الحجز مع التنويه بتسجيله ، تعيين العقار ، شروط البيع ، الثمن الأساسي...إلخ.

⁽⁴⁾ أنظر نموذج دفتر الشروط في الملحق رقم 21 .

وبعد إجراء الحجز وبيع العقار المرهون بالمزاد العلني يكون للبنك أن يستوفي حقه من الثمن الناتج عن البيع بالأولوية على غيره من الدائنين ، ولكن من هم الدائنين الذين يتقدمهم البنك؟.

- بالنسبة للدائنين العاديين يتقدم عليهم البنك في استفاء حقه بغض النظر عن تاريخ ديونهم.

- بالنسبة للدائنين المرتهنين الآخرين والذين لهم رهن رسمي على نفس العقار يتقدم في المرتبة من قيد رهنه أولا ، لأن القيد في المحافظة العقارية يحفظ مرتبة الرهن.

- أما بالنسبة للدائنين الذين لهم حق من حقوق الامتياز العامة التي تقع على العقارات ، فهذه الحقوق لا يجب فيها الشهر وتكون أسبق في المرتبة قبل أي حق امتياز آخر أو رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده.

- وفيما يخص المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بإقامة منشآت (المنصوص عليهم في المادة 1000 من القانون المدني) ، فيتقدمون على كل الرهون الرسمية حتى ولو كانت سابقة في القيد ، لكنه لا يسري إلا بنسبة مقدار الزيادة في القيمة الذي حققته الأشغال اللاحقة لقيده نظرا لانتفاع جميع الدائنين بهذه الأشغال ، لذا كان من العدل أن يتمتعوا بأفضلية بمقدار ما زادوا من قيمة.

- بالنسبة لامتياز بائع العقار والشريك المتقاسم ، فيتقدم كل منهما على الرهن الرسمي إذا حصل قيدهما في الميعاد القانوني وهو أجل شهرين من تاريخ البيع أو القسمة ، فيكون لبائع العقار وكذا الشريك المتقاسم امتياز يسبق الرهن الرسمي.

وتصادف البنوك عدة مشاكل عند وضعها الرهن الرسمي حيز التنفيذ ، فإضافة إلى هذه الإجراءات الطويلة والمعقدة قد يجد البنك مشاكل أخرى كتلك المتعلقة باشتراط بعض القضاة (رؤساء المحاكم) لإجراء الحجز العقاري تقديم محضر عدم وجود أو عدم كفاية الأموال المنقولة التي للمدين رغم أن المادة 379 من قانون الإجراءات المدنية تعفي الدائنين المرتهنين وأصحاب حقوق الامتياز من ذلك.

« فيما عدا ما يخص الدائنين المرتهنين ، وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة على العقارات الحائزين على سند تنفيذي ، لا يجوز نزع ملكية عقارات المدين إلا في حالة عدم كفاية المنقولات ».

وكذلك عادة ما لا تجد البنوك وضع مسبق لدفاتر الشروط من قبل المحضر القضائي مما يضطرها للرجوع إلى رئيس المحكمة لتعيين خبير قضائي تعهد إليه مهمة تحديد الثمن الأساسي للعقار وهذا ما يزيد من ثقل الإجراءات.

كما تجد البنوك مشكل المحكمة المختصة بإجراء البيع ، فعادة ما تقضي محكمة مقر المجلس بعدم الاختصاص في نفس الوقت الذي ترفض فيه محكمة موقع العقار إجراء البيع فتجد البنوك نفسها أمام تعطيل في الإجراءات.

3- حق التتبع: وقد ورد النص عليه في المواد من 911 إلى 914 من القانون المدني ولا يستعمل هذا الحق أي حق التتبع للعقار المرهون إذا ظل في ملكية الراهن.

غير أنه وبمقتضى ما لهذا الأخير من حق التصرف في العقار المرهون فقد يحدث أن يخرج هذا العقار من ذمته إلى الغير ، كما لو باع العقار بعد القيد (بعد قيد البنك إلى مشتر آخر فينتقل إليه هذا العقار وهو مثقل بحق الرهن).

فحق التتبع هو التنفيذ على المال المرهون الذي بين يدي الحائز ، ويقصد بالحائز ، من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو حق عيني قابل للرهن⁽¹⁾ ، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن⁽²⁾ وأن يكتسب هذا الحق بعد قيد الرهن وقبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، أما إذا اكتسب الحائز الحق قبل القيد امتنع عن المرتهن الاحتجاج عليه بحق الرهن ، وهنا يسقط حق التتبع ، أما إذا سجل الحائز حقه بعد تسجيل التنبيه لم يكن نافذاً في مواجهة الدائن المرتهن.

وحتى ينفذ الدائن على العقار المرهون بين يدي الحائز يجب أن يكون أجل الدين قد حل ، وإجراءات التتبع هي عبارة عن إجراءات نزع الملكية ، وتتم أولاً بالتنبيه على المدين وإنذار للحائز والتنبيه على المدين يكون بغرض الوفاء بالدين لأنه هو المسؤول الأول عنه فإن لم يفي به وجب إنذار الحائز أيضاً إما بدفع الدين أو تخلية العقار ، ويجب تسجيل كل من التنبيه والإنذار وذلك حماية للغير ، كما يترتب على التسجيل عدم نفاذ التصرفات التي تصدر بعد ذلك.

⁽¹⁾ فالمستأجر مثلاً لا يعتبر حائزاً فليس له سوى حقوق شخصية قبل المؤجر (المدين) ولا يجوز اعتبار من له حق الاستعمال وحق السكنى حائزاً لعدم إمكان رهنهما بالمزاد العلني كذلك لا يعتبر حائزاً من له حق رهن حيازي أو حق تخصص.

⁽²⁾ لا يعتبر حائزاً كل من المدين والكفيل الشخصي والكفيل العيني، وكذلك لا يعتبر الوارث حائزاً لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون فالوارث لا تنتقل إليه ملكية العقار المرهون إلا بعد سداد الديون أي بعد انتهاء الرهن.

وللحائر أن يختار بين الخيارات الواردة في المادة 911 من القانون المدني ، والمتمثلة فيمايلي (1):

1- قضاء الدين: طبقا لما هو وارد في المادة 912 من القانون المدني فإن قضاء الدين يكون اختياريا من طرف الحائر عندما لا يكون في ذمته مبلغ مستحق الأداء كضمن للعقار المرهون الذي اشتراه خاصة إذا كانت قيمته تفوق قيمة الدين ، فإذا أوفي الحائر بقيمة الدين المضمون (من أصل دين ومصاريف وملحقات) يكون من حقه أن يطلب تخليص العقار من القيود التي تثقله (م 914 من ق.م) ويكون له الحق في الرجوع على المدين وعلى المالك السابق للعقار بما وفاه ولكن قضاء الدين يكون إجباريا على الحائر إذا كان في ذمته بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، أو عندما يكون الدين الذي في ذمة الحائر غير مستحق الأداء حالا حيث يمكن للدائنين إذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائر بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم (م 914 من القانون المدني).

2- تطهير العقار المرهون: وقد لا ينتظر الحائر حلول أجل الدين المضمون بالرهن ليقضيه ، ولكن يمكنه في أي وقت أن يعرض تطهير العقار من الرهن بعرض قيمته على الدائنين أو إغذارهم إما بقبول العرض أو طلب البيع بالمزاد العلني (م 916 من ق.م).

3- تخلية العقار المرهون: ومعناه ترك الحيابة المادية للعقار ووضعه تحت يد حارس أو أمين تعيينه المحكمة على أن تتم إجراءات نزع الملكية ضد هذا الشخص.

4- تحمل إجراءات نزع الملكية: حسب المادة 923 من ق.م « إذ لم يختار الحائر أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته نزع الملكية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد ».

والإجراءات التي تتبع في جميع الأحوال هي إجراءات البيوع الجبرية المقررة في المواد (379 إلى 406) من قانون الإجراءات المدنية.

(1) عادة ما لا يصل البنك الدائن إلى مثل هذه الوضعية لأشراطه في عقد الرهن الرسمي بأنه في حالة بيع العقار المرهون يحل أجل الدين فوراً (أنظر نموذج عقد الرهن الرسمي في الملحق رقم 12).

وليتفادى البنك كل هذه الإجراءات يضع شرطاً في عقد الرهن الرسمي يقضي بأنه في حالة بيع العقار المرهون يصبح الدين المضمون بالرهن واجب الأداء فوراً وذلك بعد مضي شهر من إرسال تنبيه إلى المدين بقي بدون جدوى.

الفرع الثالث: انقضاء الرهن الرسمي

ينقضي الرهن الرسمي إما بصفة تبعية أي بانقضاء الدين المضمون به (أولاً)، وإما بصفة أصلية (ثانياً).

أولاً: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية:

سبق وأن توصلنا إلى أن عقد الرهن الرسمي لا ينشأ إلا لضمان دين معين ، يتبعه في نشوئه وفي انقضائه ، وهذا حسب نص المادة 1/893 من القانون المدني « لا يفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك ».

ونجد كذلك نص المادة 933 من نفس القانون « ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين ، دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته ».

ووفقاً لنص هذه المادة فإنه متى انقضى الدين المضمون بسبب من أسباب انقضاء الالتزام، وهي الوفاء ، الوفاء بمقابل ، التجديد ، المقاصة ، اتحاد الذمة ، الإبراء ، استحالة التنفيذ ، التقادم⁽¹⁾ ، انقضى معه الرهن ، ولكن بشرط أن يكون الدين قد انقضى بصفة نهائية ، لأنه إذا بقي جزء من الدين فإن الرهن يبقى ضامناً له وهذا وفقاً لخاصية عدم قابلية الرهن للتجزئة.

لكن وبمقتضى نص المادة 933 السابقة الذكر فإنه إذا زال السبب الذي أدى إلى انقضاء الدين المضمون ، يعود الدين المضمون ويعود معه الرهن لكن دون الإخلال بما يكسبه الغير من حقوق على العقار المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته متى تم شهره.

(1) أنظر أسباب انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود) من القانون المدني.

وينتهي الرهن بصفة تبعية كذلك إذا زال الدين المضمون به كما إذا كان هذا الدين باطلاً أو قابلاً للإبطال ثم أبطله من كان له الحق في إبطاله فيبطل الدين وكذا الرهن الضامن له بصفة تبعية.

ثانياً: انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية:

قد ينقضي الرهن الرسمي بصفة مستقلة عن الدين المضمون ويكون ذلك : إما بالنزول عن الرهن ، تطهير العقار المرهون ، هلاك العقار المرهون ، اتحاد الذمة.

1- النزول عن الرهن: والمقصود بذلك هو نزول الدائن عن الرهن دون الدين المضمون، ويكون ذلك صراحة أو ضمناً.

ويختلف النزول عن الرهن عن التنازل عن مرتبة الرهن لأن الدائن المتنازل لا يفقد مرتبة رهنه ، وإنما يتأخر في المرتبة فقط لمصلحة دائن آخر حل محله.

2- تطهير العقار المرهون: فالتطهير يحرر العقار المرهون من الرهن حيث ينتقل حق الدائن المرتهن إلى المبلغ الذي قوم به العقار حتى ينفذ عليه بحسب مرتبته.

وينقضي الرهن كذلك لدى بيع العقار المرهون بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز ، متى تم إيداع الثمن الذي رسي به المزاد.

3- هلاك العقار المرهون: فينقضي الرهن بهلاك العقار المرهون بصفة كلية ، وفي جميع الحالات ينتقل الرهن بمرتبته إلى مبلغ التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن المقدم مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة طبقاً لقاعدة الحلول العيني (م 900 ق.م).

4- اتحاد الذمة: ويقصد به اجتماع صفة المرتهن وصفة مالك العقار المرهون في شخص واحد ويكون ذلك في حالة ما إذا آلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن بأي سبب من الأسباب ، كأن يشتري العقار المرهون أو يرسوا عليه المزاد....

وأخيراً يطرح التساؤل حول انقضاء الرهن الرسمي بالتقادم ؟

والرأي الراجح أن الرهن الرسمي لا ينقضي بالتقادم مستقلاً عن الدين المضمون لعدم وجود نص صريح في القانون المدني يقضي بذلك ، وفي كل الحالات وبعد انقضاء الرهن الرسمي سواء بطريقة تبعية أو أصلية يتم رفع اليد عن العقار ويتم شطب القيد في المحافظة العقارية⁽¹⁾.

(1) أنظر نموذج شهادة شطب القيد مسلمة من المحافظ العقاري ملحق رقم 18.

و رغم الإيجابيات والمزايا التي يتميز بها الرهن الرسمي والتي تجعله من أكثر الضمانات انتشارا في مجال القروض العقارية⁽²⁾.

إلا أن الصعوبات والعراقيل التي تعترضه سواء من حيث إنشاءه أو من حيث وضعه حيز التنفيذ تقلل من فعاليته ، ويرجع ذلك ربما إلى جمود القواعد المنصوص عليها في القانون المدني بهذا الشأن ، وعدم تكيفها واستجابتها للمتطلبات الحديثة. ولتفادي البنك ذلك يجب عليه أن يتخذ الاحتياطات اللازمة فقبل تلقيه للرهن الرسمي ، لا بد من السهر على نوعية الضمان بإجراء ما يلي:

- المراقبة الفعالة للذمة المالية الكلية والحقيقية للمدين طالب القرض.
- الاستعلام حول وضعية العقارات المملوكة له بالتأكد من أن العقارات المراد رهنها غير مثقلة بحق امتياز أو ديون جبائية أو أي رهن آخر ، وفي هذه الحالة يحصل البنك على شهادة عدم القيد في المحافظة العقارية⁽³⁾.
- تحديد الوضعية الجبائية للراهن من خلال الوثائق المسلمة من الإدارة الجبائية.
- مراقبة القيمة الوظيفية للعقار وأهميته.

⁽²⁾ من خلال الملتقى الدولي حول الرهن الرسمي والتأمينات العينية المنعقد بالجزائر بتاريخ 28 و 29 فيفري 2000 ، وفي تدخل لوزارة المالية ، قدمت إحصائيات حول التزايد المستمر في التعامل بالرهن الرسمي وهي كالآتي: في سنة 1995 : 5312 ، 1996 : 5921 ، 1997 : 7148 ، 1998 : 8080 ، وفي 1999 : 13352 .

⁽³⁾ أنظر نموذج طلب وثائق وشهادة القيود الواردة على العقار في الملحقين رقم 17 ، 18 .

- محاولة تعيين ما اذا كان البيع الاحتمالي للعقار يكفي لتغطية الدين، أي العلاقة بين قيمة الدين وقيمة العقار المراد رهنه.

وللتخفيف من مخاطر القروض التي تتعرض لها البنوك وكذا التخفيف من نتائج الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تتحملها (1) والتي تعطل من استيفائها لحقها في الوقت المناسب ، أنشأت هيئة تسمى بشركة إعادة التمويل الرهني (*Société Refinancement Hypothécaire (SRH)*) وذلك في 1998/04/06 ، وهي مؤسسة مالية ، هدفها الأساسي هو إعادة تمويل القروض السكنية التي منحت من طرف البنوك ، ويجب أن تستغل هذه القروض في شراء سكن أو إقامة جديدة ، بناء سكن عائلي فردي ، توسيع السكن الموجود ، إعادة ترميم السكن أو إقامته.

ولا تتعدى قيمة القرض الممنوح لإعادة التمويل (80%) من قيمة الضمانات المقدمة المتمثلة في ضمانات رهنية من المرتبة الأولى ، زيادة على ضمانات إضافية إذا استدعت الضرورة ذلك في حالة تخفيض قيمة الضمانات المقدمة بسبب تذبذبات في أسعار الفائدة . ويتم تظهير عقد الرهن الرسمي المقدم للبنك كضمان لصالح شركة إعادة التمويل الرهني مقابل تمويل هذه الأخيرة للبنك وتحل محله في مطالبة الراهن والتنفيذ على الرهن. ويتفادى البنك بذلك طول الإجراءات ويحصل على السيولة في الوقت المناسب بفضل تمويل الشركة.

المطلب الثاني

الرهن الحيازي

(1) راجع في ذلك : Jacques, Branger , *Traité d'économie bancaire t.2 : Instruments juridiques* , Paris : PUF, 2éd., 1975 p 249. « Les prises d'hypothèque comportant des formalités qui en font un système Assez lourd et surtout onéreux ».

يعد الرهن الحيازي من أهم صور التأمينات العينية التقليدية ومن أكثر الضمانات انتشارا في مجال القروض البنكية.

ويعرف الرهن الحيازي طبقا لما جاء في المادة 948 من القانون المدني « أنه عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون ».

وحسب المادة 974 من القانون المدني فإن القواعد المنصوص عليها في هذا القانون الخاصة بالرهن الحيازي هي التي تطبق ، ما لم تتعارض مع أحكام القوانين التجارية(فيما يخص الرهن الحيازي التجاري كرهن المحل التجاري مثلا) ، والأحكام الخاصة بالمنشآت المرخص لها بالتسليف على الرهن (كقانون النقد والقرض الذي يورد أحكاما خاصة بالرهن الحيازي مثلا) ، والقوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول (كرهن السلع والبضائع مثلا).

ويرد الرهن الحيازي على المنقولات كما يرد على العقارات ويطلق مصطلح الرهن الحيازي على كل منهما ، على عكس القانون الفرنسي الذي يطلق اسم *Nantissement* على الرهن الحيازي بصفة عامة.

واسم (*gage*) على الرهن الحيازي الوارد على المنقول واسم (*Antichrèse*) على الرهن الحيازي الوارد على العقار .

ونلاحظ أن الرهن الحيازي الأكثر انتشارا في المجال البنكي هو ذلك الوارد على المنقولات نظرا لسهولة نقل الحيازة فيه إلى البنك عكس الرهن الوارد على العقارات ، ولذلك سوف نقتصر على دراسة الرهن الحيازي الوارد على المنقولات.

وسنتعرض من خلال هذا المطلب إلى دراسة الأحكام العامة للرهن الحيازي(الفرع الأول) ثم إلى تطبيقات الرهن الحيازي في المجال البنكي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأحكام العامة للرهن الحيازي

ويمكننا حصر ذلك من خلال التعرض إلى كل من إنشاء الرهن الحيازي ونفاذه (أولاً) ثم إلى آثار الرهن الحيازي ووضعه حيز التنفيذ (ثانياً) دون التعرض إلى انقضاء الرهن الحيازي لأنه ينقضي بنفس طرق انقضاء الرهن الرسمي⁽¹⁾.

أولاً : إنشاء الرهن الحيازي ونفاذه:

1-إنشاء الرهن الحيازي: ينشأ الرهن الحيازي بواسطة عقد بين البنك الدائن والمدين الراهن وهذا العقد هو عقد رضائي. ولا يستلزم شكلية معينة أي يتم بمجرد تراضي الطرفين على الرهن .

- وهو عقد تابع ، أي أنه ما وجد إلا لضمان الوفاء بالتزام سابق (الدين الأصلي) يتبعه في وجوده وصحته وانقضاءه.
 - أما بالنسبة لطرفي العقد فيشترط بالنسبة للراهن أن يكون أهلاً للقيام بالرهن ومالكا للشيء المرهون ، وبالنسبة للبنك فليس هناك إشكال لأنه من المؤسسات المؤهلة للتسليف على الرهن.
 - وبخصوص محل عقد الرهن الحيازي فهو الشيء المرهون الذي يجب أن يكون معيناً ، ومما يجوز بيعه بالمزاد العلني استقلالا (م 949 من القانون المدني) ، سواء كان هذا الشيء مملوكاً للمدين نفسه أو لشخص آخر.
- أما سبب الرهن الحيازي فيجد مصدره في الدين المضمون بالرهن المتمثل في مبلغ القرض أو الائتمان المقدم من طرف البنك والذي يجب أن يكون موجوداً وصحيحاً.
- والرهن الحيازي قد يكون مدنياً أو تجارياً ، والرأي الغالب أن الرهن بأصله لا يعتبر تجارياً ولا مدنياً بل هو عقد تابع بوصفه ينشئ حقاً يضمن الوفاء بحق آخر ، فيأخذ عقد الرهن وصف الدين الذي أنشئ الرهن لضمان الوفاء به ، فهو عمل محايد ، والعبرة هي بوصف الدين المضمون بالنظر إلى المدين به ولا عبرة بصفة طرفي الرهن ، لأن المدين هو الذي يقدم الرهن على مال له أو لغيره ، ولأن التنفيذ على الرهن إنما يتم في مواجهته⁽¹⁾.

(1) ما عدا الحالة التي نصت عليها المادة 952 من القانون المدني والخاصة بالرهن الحيازي الذي ينقضي إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن دون الإخلال بحقوق الغير.

(2) راجع في ذلك: جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها المرجع السابق ، ص 230 ، 231 .

وإذا كان الرهن تجاريا فإن قواعد القانون التجاري هي التي تطبق خاصة بالنسبة لقواعد الإثبات ، النفاذ على الغير ، إجراءات التنفيذ ، ويخضع فيما عدا ذلك للقواعد العامة (القانون المدني).

هذا فيما يخص إنشاء الرهن الحيازي.

2-نفاذ الرهن الحيازي: وفيما يتعلق بنفاذه على الغير فإنه يشترط انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن وذلك لإعلام الغير بوجود الرهن وبأن الشيء المرهون لا يدخل ضمن الذمة المالية للراهن ، فالرهن الحيازي ينقضي إذا رجع الشيء المرهون إلى حيازة الراهن ، إلا إذا أثبت الدائن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء العقد كل هذا دون الإخلال بحقوق الغير(م 952 من القانون المدني).

وليس من الضروري أن يبقى الشيء المرهون في حيازة الدائن ولكن يمكن أن يحوز هذا الشيء شخص أجنبي يعينه المتعاقدان (م948 ق.م) فنقل الحيازة إلى الدائن فيه حماية لهذا الأخير لأن بقاء الشيء المرهون بين يدي الراهن يبسر له التصرف فيه وتسليمه إلى شخص حسن النية يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية مما يؤدي إلى الإضرار بحقوق الدائن ، وتعرضها للخطر⁽²⁾.

ولا يشترط أن يكون نقل الحيازة إلى الدائن فعليا وحقيقيا بل يكفي أن يكون رمزيا أو صوريا وذلك إذا تمكن الدائن أو الغير الذي اختاره الطرفان من السيطرة الفعلية على الشيء المرهون بطريقة واضحة سيطرة تحول دون إمكان الراهن من الاستفادة من الشيء المرهون في زيادة ائتمانه كأن يكون المرهون بضاعة مودعة لدى مخازن عامة ويحوز البنك على سند الخزن الذي يمثل البضاعة مثلا.

على أنه في الآونة الأخيرة ، ظهر نوع من الرهن الحيازي دون انتقال الحيازة إلى الدائن، وذلك لوجود منقولات يصعب أو يستحيل على المقرض أن يتجرد من حيازتها وذلك نظرا لأهميتها في ممارسة نشاطه الاقتصادي وعوض نقل الحيازة للدائن بنظام آخر يتمثل في نظام القيد ، مثال ذلك الرهن الحيازي للمحل التجاري والرهن الحيازي للأدوات والمعدات التي يلزم قيدها لدى المركز الوطني للسجل التجاري وذلك لحماية الغير بإعلامهم بوجود هذا الرهن.

⁽²⁾ راجع في ذلك: نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 160.

وإلى جانب نقل الحيازة إلى الدائن المرتهن يشترط المشرع لنفاذ الرهن على الغير أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن (من أصل وفوائد وملحقات وتوابع)، والشيء المرهون بيانا كافيا ، ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن (م 969 من القانون المدني).

وهذه الكتابة ليست شرطا لإنشاء عقد الرهن الحيازي ولا لإثباته وإنما هي شرط لنفاذه في حق الغير ، ولهذا فهي لازمة أيا كانت قيمة الشيء المرهون.

ثانيا: آثار الرهن الحيازي ووضعه حيز التنفيذ

يرتب الرهن الحيازي آثارا سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير

1- بالنسبة للمتعاقدين: وذلك بفرض التزامات على كل من الراهن والدائن المرتهن:

أ- **التزامات الراهن:** يلتزم الراهن بتسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى الشخص الذي يعينه المتعاقدان ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون ما يسري على تسليم الشيء المبيع (م 951 ق.م)

- ويلتزم كذلك بضمان سلامة الرهن ونفاذه بحيث يتمتع عن القيام بأي عمل من شأنه إنقاص قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، ويمكن للدائن في حالة الضرورة أن يقوم بكل ما يلزم للمحافظة على الشيء المرهون وذلك على نفقة الراهن(م 953 ق.م)

- وأخيرا يلتزم الراهن بضمان هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة (م 954 ق.م) وعادة ما يطلب الدائن من الراهن التأمين على الشيء المرهون ليحل مبلغ التعويض محل الشيء المرهون في إيفاء حق الدائن.

ب- **التزامات الدائن المرتهن:** فيلزم الدائن المرتهن عند تسليمه للشيء المرهون بالمحافظة عليه ويعتبر مسؤولا عن هلاكه أو تلفه إلا إذا أثبت أن ذلك يرجع إلى سبب لا يد له فيه (م 955 من ق.م).

- وليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل (م 956 ق.م).

- ويجب على الدائن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بهذا الحق من ملحقات ومصاريف وتعويضات (م 959 ق.م) ويمتنع الدائن عن اشتراط تملك الشيء المرهون دون اتباع الإجراءات اللازمة لذلك (م 960 من القانون المدني) التي تحيل إلى نص المادة 903 من نفس القانون.

2- بالنسبة للغير: وكما سبق وأن ذكرنا أنه لنفاذ الرهن في حق الغير يجب أن يكون الشيء المرهون في حيازة الدائن أو الأجنبي الذي اتفق عليه الطرفان ويخول الرهن الحيازي للدائن المرتهن ما يلي

أ- قبل حلول أجل الدين:

• **حق الحبس:** الدائن المرتهن له الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة (م 962 من القانون المدني).

وحسب بعض الفقهاء يعتبر حق الحبس وسيلة ممتازة لحماية حق الدائن⁽¹⁾ ، ولكننا نعتقد أن الحبس لا يعد كضمان للدائن وإنما هو مجرد وسيلة إكراه وضغط على المدين للحصول الدائن على حقه دون الاستفادة من الشيء المرهون أو بيعه واستيفاء حقه من ثمنه فهو حق سلبي لا يعطي أي امتياز للدائن⁽²⁾.

لذلك القانون منح للدائن قبل حلول الأجل حقا آخر يتمثل في جواز الشيء المرهون:

ب- جواز بيع الشيء المرهون: حتى قبل حلول أجل الدين وذلك في حالتين:

- إذا كان الشيء المرهون مهدد بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة حيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن شيئا آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع هذا الشيء بالمزاد العلني أو بسعره في السوق.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Pascal , Ancel , op.cit , p 260 .

⁽²⁾ راجع في ذلك: Boutelet , blocaille , op.cit , p 104 « Le droit de rétention est un droit passif , le

créancier doit attendre qu'on le paye , il ne peut lui même prendre l'initiative de son paiement , les des simples créanciers chirographaires ou privilégiés exposés à la concurrence des autres créanciers ». rétenteurs en effet perdent leur droit de rétention des lorsqu'ils veulent faire vendre le bien .Il devient des simples créanciers chirographaires ou privilégiés exposés à la concurrence des autres créanciers ».

- إذا تحقق نفع من بيع المرهون بأن وجدت فرصة جيدة وكان البيع صفقة رابحة فهنا يمكن للدائن أن يطلب من القاضي الترخيص له ببيع هذا الشيء ويحدد القاضي شروط البيع ويفصل في أمر إيداع الثمن (م 972 ق.م).

ويجوز للدائن كذلك أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته وفقا لتقدير الخبراء (م 973 من القانون المدني).

ب- بعد حلول أجل الدين: إذا قام الراهن بالوفاء بالدين عند حلول أجله وكان كاملا أي لكل الدين من أصل وفوائد وملحقات ومصرفات انقضى الرهن ويقوم الدائن برفع اليد عن الرهن.

أما إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين الراهن بالوفاء يقوم الدائن باتباع إجراءات الحجز على المنقول المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (م 369 وما بعدها) ، وذلك بإنذار المدين الراهن بالدفع وبعد مرور مدة 20 يوما من إنذاره يقوم باستصدار أمر من القاضي بالحجز وتتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 371 وما بعدها فيما يخص البيع بالمزاد العلني ، هذا بالنسبة للرهن المدني ، أما بالنسبة للرهن التجاري ، الذي يختلف عن الرهن المدني في الرعاية التي أحاط بها المشرع الدائن المرتتهن رهنا تجاريا في الإجراءات المبسطة والسريعة للتنفيذ على الرهن خلاصتها ما نصت عليه المادة 33 من القانون التجاري بحيث متى حل ميعاد الاستحقاق ولم يف المدين بدينه يقوم الدائن بالتنبيه على المدين بالوفاء وبعد مرور مدة خمسة عشر يوما من إرسال التنبيه دون قيام المدين بالوفاء يقوم الدائن ببيع الشيء المرهون بالمزاد العلني.

ولكن رغم ذلك نجد العديد من القضاة يصرون على وجوب حصول البنك على أمر بالحجز من القضاء للقيام ببيع المرهون.

والمهم أنه بعد بيع الشيء المرهون والحصول على الثمن يكون للدائن الحق في الأولوية:

- **حق الأولوية:** فتكون له حق الأولوية في استيفاء حقه من الثمن الناتج عن البيع

وذلك على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة (والعبرة بتاريخ العقد)

بالنسبة للرهن الحيازي بصفة عامة على أن هناك أشكال أخرى تحدد مرتبة الدائن

(كالقيد في المركز الوطني للسجل التجاري مثلا) . ويمارس حق الأولوية بالنسبة لكل

الدين ين من أصل وفوائد ومصاريف وملحقات ، وكذلك بالنسبة للمصاريف الضرورية

التي أنفقت للحفاظ على الشيء ، مصاريف العقد الذي أنشأ الدين ومصاريف عقد الرهن الحيازي وقيده ، والمصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي (م 963 ق.م).

- **حق التتبع:** كون الرهن الحيازي هنا وارد على منقول وطبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، فإنه لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن ، فليس للدائن أن يتتبع الشيء المرهون وينفذ عليه بين يدي حائز حسن النية أي لا يعلم بوجود الرهن الحيازي ، (م 970 من القانون المدني) ، إلا إذا تمكن من إثبات سوء نيته أي علمه بحق الرهن الحيازي ، وهذا الإثبات صعب من الناحية العملية.

الفرع الثاني: تطبيقات الرهن الحيازي في المجال البنكي:

ولدراسة تطبيقات الرهن الحيازي في المجال البنكي سوف نتعرض لدراسة الرهن الحيازي الذي تنتقل فيه الحيازة إلى البنك سواء كان ذلك بصفة حقيقية أو بصفة صورية (أولا) وكذا الرهن الحيازي الذي لا تنتقل فيه الحيازة إلى البنك (ثانيا) وهذا نتيجة لتطور نظام الرهن الحيازي من رهن تنتقل فيه الحيازة لما يسببه من مشاكل سواء بالنسبة للبنك الذي يتكفل بحفظ المال المرهون أو بالنسبة للراهن الذي يحرم من استعمال هذا المال ، إلى رهن تبقى فيه الحيازة بيد الراهن مع حماية الدائن (البنك) بإيجاد وسيلة للشهر تقوم مقام الحيازة.

أولا : الرهن الحيازي مع نقل الحيازة للبنك:

هنا قد يكون نقل الحيازة بصفة حقيقية (فعلية) وقد يكون ذلك بصفة غير حقيقية (صورية)

1- نقل الحيازة إلى البنك بصفة حقيقية: ونجد في هذا المجال عدة صور للرهن الحيازي الذي تنتقل فيه الحيازة إلى البنك بصورة حقيقية ، ونقتصر على تلك المنتشرة بصفة واسعة في المجال البنكي⁽¹⁾ والمتمثلة فيما يلي:

أ- الرهن الحيازي للصفقات العمومية.

ب- الرهن الحيازي لسندات الصندوق.

ج- الرهن الحيازي للأوراق التجارية.

وكما نعلم فإن الضمانات العينية تعطي للدائن حق عيني على مال أو عدة أموال مملوكة للمدين أو لشخص آخر.

وهذه الرهون الحيازية التي سنتعرض لها من خلال هذه الدراسة ترد على حقوق أو ما يسمى برهن الحقوق (الديون) . والحق العيني يرد على شيء وليس على حق شخصي ، لذلك لا بد من تبني مفهوم واسع للحق العيني ليشمل ضمانات عينية أخرى كرهن الحقوق مثلا بحيث يحل هذا الحق على أنه قيمة وبهذه الصفة يمكن اعتباره مال ككل الأموال وبالتالي يتم رهن قيمة الحق الموجود في الصفقة العمومية أو في سند الصندوق أو في الورقة التجارية :

أ- **الرهن الحيازي للصفقات العمومية:** يرد هذا النوع من الرهن الحيازي على الصفقات العمومية المنظمة بموجب الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 والمعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/98 المؤرخ في 1998/03/07 المتضمن الصفقات العمومية. والصفقات العمومية هي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ووفقا للشروط الواردة في المرسوم الخاص بالصفقات العمومية. وتبرم من قبل الدولة ، الولاية ، البلدية... إلخ ، قصد إنجاز الأشغال ، اقتناء اللوازم ، تقديم الخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة (م 3 من ق. الصفقات العمومية).

⁽¹⁾ لأن هناك رهون حيازية أخرى كرهن الأوراق المالية أو القيم المنقولة أو رهن النقود، رهن وثيقة التأمين على الحياة... حواله الأجر للبنك (عن طريق وكالة مثلا)... إلخ وسبب عدم دراستنا لها يتمثل من جهة في عدم انتشارها بصفة واسعة في المجال البنكي ، ومن جهة أخرى نظرا لعدم وجود نصوص صريحة تنظمها مما يجعلنا نتردد في تطبيق القواعد العامة بشأنها لما تتسم به من خصوصيات.

وبهدف الوقاية من الإفلاس المحتمل للمقاول أو سوء تنفيذه للصفقة فإن الإدارة المتعاقدة بقصد التسوية المالية للصفقة تقوم بدفع تسبيقات أو الدفع تحت الحساب ، والتسبيق هو مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات التي هي موضوع العقد (م 63 من القانون السالف الذكر).

ولا تدفع هذه التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بإرجاع التسبيقات يصدرها بنك جزائري أو بنك أجنبي يعتمد بنك جزائري.

والبنوك تساهم بصفة واسعة لتمويل الاحتياجات المالية للصفقات العمومية ، وذلك إما بتقديم مبلغ مالي في شكل قرض إلى المتعامل المتعاقد للقيام بالأشغال ، وإما في شكل كفالة⁽¹⁾ ، وفي كلتا الحالتين يقدم المتعامل ضمانا في شكل رهن حيازي محله الصفقة العمومية ولإنشاء الرهن الحيازي لهذه الصفقة يجب توافر الشروط العامة للرهن الحيازي التي سبقت لنا دراستها ، إضافة إلى ذلك يجب أن يحصل البنك على النسخة الوحيدة للصفقة العمومية (L'exemplaire unique) ، فكل صفقة نسخة وحيدة تسلمها الإدارة المتعاقدة للمتعامل معها والتي تتضمن عبارة تسمح باعتبارها سند في حالة الرهن الحيازي والتي تقدم كضمان للبنك تطبيقا لما يشترط في الرهن الحيازي من انتقال الشيء المرهون إلى الدائن وتبقى النسخة التي تمثل الصفقة العمومية في حيازة البنك ، وتتضمن هذه النسخة بيان كيفية تنظيم الصفقة ، المحاسب المكلف بالدفع (Le comptable assignataire)... إلخ.

وبعد إبرام عقد الرهن الحيازي للصفقة العمومية بين البنك والراهن (صاحب الصفقة) مع استثناءه لكل الشروط⁽²⁾ ، يتم تبليغ الرهن مرفقا بالنسخة الوحيدة للصفقة إلى المحاسب المكلف بالدفع عن طريق رسالة مضمنة بعلم الوصول ويحمل التبليغ على رقم الصفقة ، المبلغ الذي تتضمنه ، موضوع الصفقة ، تاريخ التوقيع ، وضعية الصفقة ، وبأن هذه الصفقة محل رهن حيازي لصالح البنك مع ذكر اسم البنك ، عنوانه ، ممثله⁽¹⁾... إلخ.

(1) أنظر نموذج كل من إعادة التسبيقة وكفالة حسن التنفيذ في الملحق رقم 26 ، 27 .

- كفالة إعادة التسبيق : لتمكين صاحب الصفقة من الحصول على سيولة لمباشرة الأشغال بسرعة تمنح الإدارة المتعاقدة لصاحب الصفقة تسبيقة مقابل ضمان البنك الذي يلتزم بموجب كفالة إعادة عمله لهذه التسبيقة إلى الإدارة المتعاقدة معه عند مطالبة هذه الأخيرة.
- كفالة حسن التنفيذ: وهدفها إعفاء صاحب الصفقة من إيداع مبلغ الكفالة المشترطة كضمان لتغطية النفقات التي يمكن للإدارة المتعاقدة أن تتحملها لإصلاح العيوب الناتجة عن سوء أداء المتعامل لأعماله ، ويكون هذا النوع من الضمان بعد التسلم النهائي للإنجاز مع إيداء تحفظات وينتهي بانتهائها.

(2) أنظر نموذج عقد رهن حيازي لصفقة عمومية في الملحق رقم 24.

(1) أنظر نموذج لتبليغ رهن حيازي إلى المحاسب المكلف بالدفع في الملحق رقم 28 .

والهدف من تبليغ الرهن إلى المحاسب المكلف بالدفع هو تسديد كافة الحسابات الناتجة عن الصفقة لصالح البنك ، وهذا الأخير لن يستفيد من ذلك إلا بالتقديم الفعلي للنسخة الوحيدة إلى المحاسب المكلف بالدفع.

وليتمكن البنك من معرفة تقدم الصفقة بدقة وبشكل واضح يقوم بطلب معلومات عن كل التعديلات الواردة على الصفقة وتطوراتها ، وذلك بتقديم طلب إلى الإدارة المتعاقدة لتزويده بكافة المعلومات الخاصة بالصفقة التي تسمح للبنك بتكوين فكرة محددة عن تطور التزاماته وقيمة الضمان المقدم له⁽²⁾.

وأخيرا نصل إلى القول أن الرهن الحيازي للصفقات العمومية ينطوي على عدة مخاطر بالنسبة للبنك خاصة عند عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد للصفقة أو تنفيذه السيئ لها أو عدم احترام التزاماته اتجاه الإدارة المتعاقدة ويضاف إلى ذلك الامتيازات العديدة التي تترافق مع البنك في استيفاء حقه كامتياز الخزينة وامتياز أجور العمال.

فيجب أن يؤخذ هذا الرهن بحذر شديد وذلك من خلال تحليل الوضعية المالية لصاحب الصفقة ، وكذا التأكد من عدم وجود حقوق ممتازة⁽³⁾.

وقد أنشأ في السنوات الأخيرة هيئة تسمى بصندوق ضمان الصفقات العمومية *Caisse de Garantie des Marchés Publics (C.G.M.P)* وذلك بموجب المرسوم رقم 98-67 المؤرخ في 21 فيفري 1998 وهو مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري تعمل تحت وصاية وزارة المالية ، مهمتها منح ضمانها وكفالتها لتسهيل تحقيق الصفقات العمومية.

ب- الرهن الحيازي لسندات الصندوق: (bons de caisses): لضمان المبالغ التي يتحصل عليها العميل المقترض من أصل دين وفوائد وملحقات وتوابع فإنه يمكن أن يخصص على سبيل الرهن الحيازي لصالح البنك سندات الصندوق.

ولكن ماذا نعني بسندات الصندوق؟ إن القانون الجزائري لم يعرف ولم ينضم لا بنص عام ولا بنص خاص هذه السندات ، وقد ورد ذكرها بصدد ذكر العمليات التي يمكن أن تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية وذلك ضمن الفقرة الرابعة من المادة 124 من قانون النقد

⁽²⁾ أنظر نموذج للطلب الذي يقدمه البنك إلى الإدارة المتعاقدة لطلب معلومات في الملحق رقم 29 .

⁽³⁾ راجع في ذلك: M . Charif , pratique du financement de marchés publique et risques des opérations , convergence (Revue éditée par la banque extérieure d'Algérie n°6 ,décembre 2000 , p 16.

والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 « 4- أن يصدر قيما منقولة وسندات صندوق قابلة للتداول ».

المهم يمكننا القول أن سندات الصندوق هي سندات تصدرها البنوك ، يكتتبها المودعون مقابل دفع قيمتها في شبايك البنوك وتلتزم هذه الأخيرة بتسديد هذه القيمة للمكتب أو الحامل أو المجهول حسبما إذا كانت هذه السندات اسمية أو لحامل أو مغفلة .

كما تلتزم بدفع فائدة على كل سند عند استحقاقه تختلف حسب مدة الاستحقاق وتكيف هذه السندات قانونيا بأنها سندات لأمر يلتزم بموجبها البنك بوصفه مدينا بأن يدفع للمستفيد سواء كان مسمى أو مجهول بصفته دائنا مبلغ السند والفوائد المستحقة عليه.

- وينشأ الرهن الحيازي لسندات الصندوق حسب الحالات التالية.

1- بالنسبة لسندات الصندوق الإسمية: وهي تلك التي تصدر لاسم شخص مسمى ، وهذه السندات ليست قيمة منقولة قابلة للتداول ولكن سند يمثل حق قصير أو طويل الأجل.

وطريقة تحويله أو نقله تخضع لقواعد حوالة الحقوق المدنية لشخص مسمى.

ويجب أن يقام هذا الرهن بواسطة عقد مكتوب طبقا لما تنص عليه المادة 969 من القانون المدني « يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون والعين المرهونة بيانا كافيا ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن ».

ويبرم العقد وفقا للشكل الرسمي وفقا لما تنص عليه المادة 31 من القانون التجاري في فقرتها الخامسة « حوالة الحقوق المنقولة تثبت بعقد رسمي ، ويجب أن يسجل إلزاميا في الحقوق الثابتة طبقا لقانون التسجيل الساري المفعول ، حق الطابع وفقا لقانون الطابع ».

فإنشاء عقد الرهن الحيازي لسندات الصندوق الإسمية يكون بواسطة عقد بين البنك الدائن والمقترض صاحب السند ، ولنفاذ هذا العقد في حق الغير ولإحتفاظ البنك بمرتبة الرهن يجب أن يكون هذا العقد محرر في ورقة ثابتة التاريخ.

ولإثبات هذا الرهن يجب أن يبرم في شكل رسمي أي لدى موثق ويسجل لدى مصلحة التسجيل.

2- سندات الصندوق للحامل(سندات الصندوق المغفلة): وينتقل هذا السند إلى البنك بتداول بسيط ، أي بتحويل الملكية عن طريق المناولة فالرهن الحيازي ينشأ بنقل الحيازة من المالك

إلى البنك الذي يصبح مالكا طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وطبقا لما تنص عليه المادة 835 من القانون المدني « من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على المنقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية ». وإذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من هذه التكاليف والقيود العينية. والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك.

3- سند الصندوق لأمر: وهذا السند مشابه للأوراق التجارية وقابل للتداول والتحويل بمجرد تظهير بسيط.

وطبقاً لما تنص عليه المادة 2/31 من القانون التجاري فإن الرهن يثبت أيضاً بالنسبة للسندات القابلة للتحويل بتظهير قانوني يشير إلى أن القيم قد سلمت على وجه الضمان. فالتظهير يجب أن يتضمن عبارة تفيد الرهن مثالها أن « القيمة للضمان أو قيمة مرهونة » أو أي عبارة مماثلة متبوعة بتوقيع المظهر .

- ويجب أن يذكر في عقد الرهن الحيازي لسندات الصندوق كل المعلومات الخاصة بهذه السندات ، كالبنك أو المؤسسة المالية التي أصدرتها ، تاريخ ومكان اكتتابها ، رقم هذه السندات ، قيمتها ، تاريخ استحقاقها⁽¹⁾.

وللتنفيذ على كل هذه السندات فإن البنك ينتظر حلول أجل الدين فإن قام المدين بالدفع فإن الرهن ينقضي ويسترجع المدين الراهن سندات الصندوق محل الرهن ويتم رفع اليد عن الرهن ، أما إذا لم يقدّم المدين بالوفاء وكان البنك الذي قدم القرض للراهن هو نفسه البنك مصدر هذه السندات فإنه تجري المقاصة بين قيمة القرض الذي قدمه البنك وقيمة سندات الصندوق المدين بها للراهن وذلك طبقاً للمادة (981 و 297 من القانون المدني) أما إذا كانت السندات صادرة من بنك أو مؤسسة مالية أخرى غير البنك الذي قدم القرض فإن

⁽¹⁾ أنظر نموذج عقد الرهن الحيازي لسندات الصندوق في الملحق رقم 30 ، 31 .

البنك يشترط في عقد الرهن الحيازي بأن يرخص له المقترض بأن يتقل إلى حسابه مبلغ سندات الصندوق في حدود الدين الأصلي والفوائد والملحقات والمصروفات⁽¹⁾.

وعند استحقاق السند أو سندات الصندوق قبل الأجل المحدد لدفع القرض فإن البنك يحتفظ بحق التجديد وبصفة تلقائية للسندات ويلتزم بإشعار مكاتب أو محرر السندات بواسطة البريد وبدون أي إجراء آخر.

هذا بالنسبة لسندات الصندوق لحاملها أو لامر ، أما بالنسبة لسندات الصندوق الاسمية فإن البنك يجب أن يوجه أولا إعدار إلى المدين المقترض بدفع قيمة السندات⁽²⁾ وفي حالة عدم قيامه بالدفع ، فإنه يقدم طلب إلى رئيس المحكمة يطلب فيها الترخيص له بتملك قيمة سندات الصندوق محل الرهن⁽³⁾ وبوصف سندات الصندوق سندات لامر فإن قاعدة التقادم الثلاثية تنطبق على هذه السندات، والإشكال المطروح هو اعتراض المكتتب لدى البنك على دفع قيمتها بحجة ضياعها أو سرقتها منه في حين أن السندات عندما تكون لامر الحامل أو المجهول قابلة للدفع بمجرد تقديمها للمخالصة في تاريخ استحقاقها مهما كان حاملها بحيث يفترض في هذا الأخير حسن النية ما لم يثبت العكس.

وعليه فإن المكتتب الذي يرفع معارضة على دفع مثل هذه السندات ثم يطالب بتسديد قيمتها يضع البنك في حالة استجابته لهذا الطلب أمام مشكل تقديم هذه السندات للدفع من أي حامل لها بعد ذلك دون أن يتمكن البنك من إثبات سوء نية هذا الأخير أو التشكيك في ظروف حصوله على هذه السندات التي قد تنتقل ملكيتها بين أكثر من واحد دون أي شكلية يجب مراعاتها.

ومن جهة أخرى فإن رفض دفع هذه السندات لصاحبها قد يلحق به ضررا إذا ما اضطر إلى انتظار أجل 3 سنوات من جراء انخفاض قيمتها نتيجة التضخم أو حاجته للسيولة ، وعليه فإن البنوك أكثر ما توجه صاحب المعارضة إلى القضاء الاستعجالي للحصول على أمر بتسديد مبلغ السند ولكن العديد من القضاة يصرحون بعدم الاختصاص للبت في مثل هذه القضايا بالرغم من توافر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق⁽¹⁾.

(1) أنظر نموذج للتخصيص الذي يقيمه الراهن للبنك رقم 32 .

(2) أنظر نموذج إعدار المدين بدفع قيمة سند الصندوق الاسمي في الملحق رقم 34 .

(3) أنظر نموذج للعريضة الموجهة إلى المحكمة من أجل تملك البنك لسندات الصندوق المرهونة الملحق 35 .

(1) عرض منجز من طرف « بنك الفلاحة والتنمية ، بنك البركة »

ج- الرهن الحيازي للأوراق التجارية⁽²⁾:-

لكي يتفادى المستفيد من الورقة التجارية تكاليف خصمها والتخلي عن ملكيتها مقابل قيمة الحق الثابت فيها ، خاصة إذا احتاج إلى نقود عاجلة ولمدة أقل بكثير من أجلها ، فإنه يقترض من البنك المبلغ الذي يحتاج إليه ومقابل ذلك يقوم برهن الورقة التجارية كضمان للبنك:

- كيف يتم رهن الورقة التجارية؟: يتم رهن الورقة التجارية بالاتفاق بين الراهن والبنك الدائن مثل أي رهن آخر ، ولكن لا يتم هذا الرهن إلا بتظهير الورقة بأن يرد على الورقة عبارة تفيد أن القيمة للضمان أو للرهن ، أو للتأمين (تظهير تأميني). فإذا كانت الورقة للحامل فيتم رهنها بالاتفاق وبمناولة الورقة للبنك لأنها تعتبر كالمنقول المادي.

وقد يخفي الطرفان عملية الرهن حتى لا يتأذى ائتمان الراهن فيتفقان على الرهن ، ولكن يحصل تظهير الورقة إلى البنك تظهيرا تاما أي على سبيل التمليك أو تظهيرا على بياض، أي بمجرد توقيع المظهر الراهن على الورقة وتسليمها إلى البنك بحيث يظهر هذا الأخير كمالك للورقة أو كوكيل في تحصيلها .

- آثار الرهن ووضعه حيز التنفيذ: رغم حيازة البنك للورقة التجارية إلا أن ملكية الحق الثابت فيها تبقى للمظهر (الراهن).

على أن يلتزم هذا الأخير بالمحافظة على الورقة بما يقتضيه القانون للمحافظة على حقوق المستفيد في الورقة بالرجوع على الضامنين والمدين الأصلي من تحرير الاحتجاج وإعلانه ورفع الدعاوى في المواعيد القانونية وفي حالة عدم دفع قيمة الورقة التجارية ، فإن من حق البنك (المظهر إليه) أن يرجع على المدين المقترض (المظهر) ، ويتساءل الأستاذ جمال الدين عوض⁽¹⁾ عن طبيعة هذا الرجوع ؟ هل هو الرجوع الصرفي المقرر لحامل الورقة على من ظهرها إليه أم هو رجوع بمقتضى عقد القرض ؟ ويجيب عن ذلك أنه « لا جدال

(2) ونستبعد الشك في حالة الرهن الحيازي للأوراق التجارية لأنه كما نعلم أداة وفاء وليس أداة ائتمان.

(1) راجع في ذلك: جمال الدين عوض ، الإعتمادات المصرفية وضماناتها، المرجع السابق ، ص 124 .

في أن للدائن المظهر إليه أن يرجع على أساس عقد القرض، لكن هل له أن يرجع عليه رجوعاً صرفياً؟ لا نعتقد لأن العلاقة بين المظهر والمظهر إليه هي في جوهرها علاقة رهن ، وما التطهير إلا وسيلة لنقل حيازة الحق المرهون .».

أما في مواجهة الغير الذي ليس طرفاً في عملية التطهير التأميني ، فإن هذا التطهير يأخذ حكم التطهير الناقل للملكية ، فيكون للمظهر إليه أن يطالب المدين في الورقة بكل ما يقرره القانون للحامل من حقوق ، كما يكون للمدين أن يتمسك في مواجهته بكل ما يكون له أن يتمسك به ضد المظهر إليه على سبيل التملك ، ومن القضاء في ذلك ما حكم به من أنه «لئن كان التطهير التأميني لا ينقل ملكية الحق الثابت في الورقة إلى المظهر إليه ، إنما يظل هذا الحق للمظهر الراهن للورقة ، إلا أن هذا التطهير يعتبر بالنسبة للمدين الأصلي في الورقة في حكم التطهير الناقل للملكية يحدث آثاره وفي مقدمتها تطهير الورقة من الدفع بحيث لا يجوز لهذا المدين التمسك في مواجهة المظهر إليه حسن النية بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المظهر الراهن»⁽²⁾.

- **التنفيذ على الورقة المرهونة:** ويتم التنفيذ على الورقة التجارية محل الرهن وفقاً للحالات التالية:

- 1-** إذا حل أجل الدين المضمون في ذات موعد استحقاق الورقة وحصل البنك الحامل على قيمة الورقة ، استوفى منها حقه من أصل دين وفوائد ومصاريف ورد الباقي إلى الراهن.
 - 2-** إذا حل موعد استحقاق الورقة قبل حلول الدين المضمون ، كان للبنك أن يحصل قيمة الورقة ويستبقي القيمة لديه كضمان إلى غاية حلول أجل الدين . ولا يسقط أجل الدين المضمون باستيفاء قيمة الورقة التجارية ، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.
 - 3-** إذا حل أجل الدين قبل موعد استحقاق الورقة ، فإذا وفى المدين بالدين ، استرد الورقة ، وينقضي الرهن بانقضاء الدين المضمون.
- أما إذا لم يقم المدين الراهن بالوفاء بالدين ، كان للبنك الدائن أن يطلب من القاضي الإذن له ببيع الورقة التجارية أو يملكها (م 972 من القانون المدني).
- ويثور التساؤل حول ما إذا كان نص المادة 33 من القانون التجاري يطبق بشأن التنفيذ على الورقة التجارية ، وذلك باتباع إجراءات التنبيه على المدين بوفاء الدين الذي حل أجله ثم

⁽²⁾ راجع في ذلك: على جمال الدين عوض الاعتمادات المصرفية وضماناتها، المرجع السابق ، ص 263 .

بعد مدة 15 يوما من تاريخ التنبيه يطلب الإذن من القاضي ببيع الأشياء المرهونة بالمزاد العلني؟.

الجواب على ذلك أنه لا لزوم للتنبيه بوفاء الورقة التجارية لأن ميعاد الاستحقاق فيها حاسم لا مهلة فيه ، والراجح كذلك أنه لا لزوم لإذن القاضي ، ولكن كيف يتم البيع؟. حسب الأستاذ جمال الدين عوض ، يجب السماح للبنك بالبيع وديا بخصم الورقة لدى بنك آخر ، ولا ضرر على المدين من ذلك ومتى بيعت الورقة التجارية استوفى البنك حقه ورد الباقي إلى الراهن⁽¹⁾.

إن الرهن الحيازي للورقة التجارية يعد ضمانا فعالة لحماية البنك كون الورقة تبقى في حيازة البنك طيلة مدة الرهن.

لكن الالتزامات الملقاة على عاتق البنك بالحفاظ على الورقة التجارية والمطالبة بها في مواعيد الاستحقاق وتحرير الاحتجاجات كلها إجراءات تقلل من فعالية هذه الضمانة.

2- نقل الحيازة إلى البنك بصفة صورية: وفي هذا النوع من الرهن الحيازي لا تنتقل فيه الحيازة إلى البنك بصورة فعلية وحقيقة لكن بصفة غير حقيقة أي صورية وذلك كحيازة البنك سند الخزن الذي يمثل البضاعة في الرهن الحيازي للبضائع ، أو حيازته للوثائق الخاصة بسير السيارة في حالة الرهن الحيازي للسيارات.

أ- الرهن الحيازي للسلع والبضائع: إن تمويل شراء السلع والبضائع أو ما يسمى بالتسبيق على البضاعة من طرف البنك يستلزم بالضرورة حصول هذا الأخير على ضمان يتمثل في الرهن الحيازي لهذه السلع والبضائع ويتم ذلك بإبرام عقد الرهن بين البنك والمقترض صاحب البضاعة ، وفقا للشروط اللازمة لإنشاء عقد رهن حيازي بصفة عامة⁽¹⁾ ، ويجب أن تعين هذه السلع المراد رهنها في عقد الرهن الحيازي بصفة دقيقة وواضحة كذكر طبيعتها ، كميتها ، سعر الوحدة ، قيمتها الحقيقية... إلخ.

وكما نعلم فإن الرهن الحيازي يستلزم نقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن الذي هو البنك أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان ، وعادة ما توضع هذه السلع لدى مخازن عامة

⁽¹⁾ راجع في ذلك: جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها المرجع السابق ، ص 240 .

⁽¹⁾ أنظر نموذج عقد رهن حيازي للسلع والبضائع في الملحق رقم 36 .

معدة لهذا الغرض وهي محلات واسعة توضع تحت تصرف التجار لوضع السلع والبضائع وطبقا للمرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 في المادة 543 مكر 7 فإن المؤسسات المؤهلة حسب الشروط المحددة عن طريق التنظيم هي وحدها التي لها الحق في إيداع كل بضاعة غير محظورة وتكون مسؤولة عن حفظها.

ومقابل وضع البضاعة تسلم المخازن العامة لصاحب البضاعة سند مزدوج يتكون من جزئين متصلين ، جزء يفيد إيداع البضائع يحمل اسم صاحبها (البضائع)، وموطنه ، ومهنته ، وبيانات تحدد البضاعة من حيث النوع والكمية ، وجزء آخر يسمى سند الخزن أو سند الرهن يستخدم في رهن البضاعة (ويحتوي الجزئين على نفس البيانات). فإذا أراد صاحب البضاعة بيعها ، فإنه يستعمل الجزء الأول من السند المتمثل في إيصال إيداع البضاعة ويقوم بتظهيره إلى المشتري.

وعندما يرغب صاحب البضاعة في رهنها والاحتفاظ بملكيته يفصل الجزء الخاص بسند الرهن عن إيصال الإيداع ويقوم بتظهيره للبنك ، وهذا التظهير من شأنه أن ينشئ حق الرهن ، ولذلك يجب أن يحمل بيانات عن تاريخه ، ومقدار الدين المضمون وميعاد استحقاقه ، لأنه عند تاريخ استحقاق الدين المضمون بالرهن يقوم البنك بإنذار المدين(صاحب البضاعة) بالوفاء فإذا قام بالدفع انقضى الرهن وتحرر البضائع ويرجع البنك سند الخزن للراهن.

أما إذا مرت مدة 15 يوما من تاريخ الإنذار ولم يقم المدين بالوفاء يقوم البنك باستصدار أمر من القاضي لبيع البضاعة المرهونة بالمزاد العلني ويستوفي حقه من الثمن الناتج عن البيع⁽¹⁾.

وأخيرا نجد بان الرهن بضمان البضائع رهنا حيازيا ينطوي على مخاطر عديدة ، لذلك يجب على البنك أن يأخذ احتياطاته في قبول مثل هذه الضمانات:

- فالرهن يحتاج إلى تقدير كمية البضائع بالوسيلة المناسبة لطبيعتها وإلى تقدير قيمتها التسليفية مع الاحتياط للتقلبات.

⁽¹⁾ أنظر نموذج الحجز على منقولات في الملحق رقم 23 .

- الرهن قد يتعلق بسلع خاضعة لنظم إدارية ، أي توجد قوانين وقرارات تحدد كيفية التعامل فيها أو تقيده ، لذلك يجب أن يتابع البنك هذه القوانين والقرارات وما يطرأ عليها من تعديلات حتى يكون موقفه مطابقا لها⁽²⁾.

- إضافة إلى ذلك فإن البضائع قد تتعرض في فترة الرهن لمخاطر متنوعة كالسرقة ، الحرق ، التلف ، لذلك يحتاج البنك للتأمين عليها ، وعادة ما يشترط على المقرض شهادة تأمين على السلع ضد كل المخاطر وكذا يلتزم بالإبقاء وتجديد التأمين حتى تحرره من ديونه اتجاه البنك.

لذلك يجب على البنك ونظرا لخطر انخفاض قيمة السلع طيلة مدة الرهن أن يراعي في البضائع التي يقبلها كضمان أن تكون شائعة الاستعمال ، سهلة التصريف ، صالحة للاستعمال ، غير قابلة لتدهور القيمة أو بعبارة أخرى أن يكون الطلب عليها مستقر وأسعارها ثابتة.

هذا فيما يتعلق بالبضاعة ، إضافة إلى هذه المخاطر التي تقلل من فعالية هذه الضمانة فإن هناك خطرا آخر يتمثل في وجود امتيازات أخرى تسبق حق الرهن الذي يتمتع به البنك كدائن مرتهن منها حقوق الجمارك على البضاعة المرهونة ، حقوق المخزن العام المودعة فيه البضائع المرهونة⁽³⁾ باعتبار أن المخزن يحوز البضاعة حيازة فعلية عكس البنك الذي تكون له الحيازة الصورية بحيازة سند الخزن وهذا من شأنه أن يضيق من الحماية التي توفرها هذه الضمانة للبنك الدائن.

ب- الرهن الحيازي للسيارات: إن المشرع الجزائري لم ينظم الرهن الحيازي الخاص بالسيارات فنتساءل عما إذا كان يخضع للأحكام العامة للرهن الحيازي؟

- بقرائنتنا لنص المادة 168 من القانون التجاري فإن السيارات لا تطبق عليها الأحكام الخاصة بالرهن الحيازي للأدوات والمعدات ، فيبقى إذن فراغ في مجال الرهن الحيازي للسيارات مما جعل البنوك الجزائرية تطبق القانون الفرنسي المتعلق بالرهن الحيازي للسيارات المنظم بموجب المرسوم المؤرخ في 30 سبتمبر 1953 والمعدل بالمرسوم الصادر بتاريخ 20 ماي 1955.

⁽²⁾ راجع في ذلك: محي الدين إسماعيل، علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج.3، القاهرة: دار النهضة العربية،

1993، ص 1509 ، 1510 .

⁽³⁾ راجع في ذلك:

فالضمان المقدم للبنك مقابل القرض لاقتناء سيارة أو سيارات يتمثل في الرهن الحيازي لهذه الأخيرة.

وعادة ما يكون عقد القرض لتمويل شراء سيارة عقد عرفي يجب أن يعين فيه بصفة دقيقة السيارة المرهونة رقم تسجيلها ، الصنف ، الطراز ، النوع ، القوة ، رقم التسلسل في الطراز ، تاريخ الصنع ، سيارة جديدة أو مستعملة ، الحمولة المقيدة ، عدد المقاعد...إلخ. ومن شروط الرهن الحيازي كما سبق وأن ذكرنا ، انتقال الحيازة للشئ المرهون إلى الدائن المرتهن ، لكن باعتبار أن محل الرهن في هذه الحالة السيارة المرهونة فإنه لا يمكن نقل حيازتها إلى البنك وذلك لأنها تعد ضرورية بالنسبة للراهن ولا يمكن أن يتوقف عن استعمالها طيلة مدة الرهن ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن البنك قد يواجه صعوبات في احتفاظه بها.

لذلك عوض النقل الفعلي للحيازة بانتقال صوري وذلك بحيازة البنك للوثائق التي تمثل السيارة.

وليمكن من الاحتجاج بهذا الرهن على الغير ، يجب تسجيله في سجل خاص في الولاية التي تقدم البطاقة الرمادية (la carte grise) أو ما يسمى بإيصال وضع السير الخاص بالسيارة.

ويوضع ختم على هذا الإيصال أو البطاقة الرمادية للسيارة يفيد بأنها مرهونة مع ذكر تاريخ الرهن.

وهذا بعد تقديم طلب إلى الوالي لتسجيل رهن حيازي على السيارة ، ويشتمل الطلب على اسم البنك وعنوانه ، وكذا المعلومات الخاصة بوجود رهن حيازي والمعلومات الخاصة بالسيارة المرهونة والتي يجب تعيينها تعيينا دقيقا⁽¹⁾.

ويحصل البنك بعد ذلك على إيصال للتصريح بتسجيل الرهن الحيازي يحتفظ به البنك طيلة مدة الرهن.

وعند حلول أجل الدين فإن البنك يقوم بإعذار المدين بالدفع وفي حالة قيامه بالوفاء ينقضي الرهن ويرفع البنك اليد عن السيارة المرهونة ويشطب التسجيل في الولاية.

⁽¹⁾ أنظر نموذج طلب تسجيل رهن حيازي على السيارة في الملحق رقم 37 .

أما إذا لم يقيم المدين بالوفاء فلا يكون أمام البنك إلا طلب الحجز على السيارة وبيعها بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمنها بالأولوية على غيره من الدائنين.

وفي حالة هلاك السيارة فإن حق البنك ينتقل إلى مبلغ التعويض الذي تقدمه شركة التأمين ، لذلك يجب على البنك أن يسهر على مراقبة ائتمان التأمين وتجديده من طرف الراهن.

وأخيرا نجد أن الرهن الحيازي الوارد على السيارة لا يوفر الحماية المطلوبة للبنك باعتبار أن حيازته لها تكون بصورة غير حقيقية (صورية) أي أن المدين يستمر في استعمال السيارة ونحن نعلم أن الاستعمال المتكرر طيلة مدة الرهن سوف يقلل من قيمتها وبالتالي من الثمن الذي يمكن أن ينتج عن بيعها في حالة عدم وفاء المدين بالدين هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن البنك حتى وإن كان له أن يستعمل حقه في الحبس إلا أن ذلك يكون صوريا فقط ، خاصة إذا كانت السيارة في حيازة الميكانيكي مثلا الذي يقوم بإصلاحها فهذا الأخير يحوزها بصفة حقيقية ويمكنه أن يقوم بحبسها إلى حين استفاء حقه وبالتالي يسبق امتياز البنك مما يضعف من فعالية الضمان، ونفس الشيء بالنسبة للمودع لديه أي صاحب المستودع الذي تودع فيه السيارة أين تكون له الحيازة الفعلية على هذه الأخيرة ويمكنه استعمال حقه في الحبس أيضا.

ثانيا : الرهن الحيازي بدون نقل الحيازة للبنك:

إلى جانب الرهن الحيازي الذي تنتقل فيه الحيازة إلى البنك الدائن فقد وجد نوع آخر منه لا تنتقل فيه الحيازة ومن أمثلته: الرهن الحيازي للمحل التجاري والرهن الحيازي للأدوات.

1-الرهن الحيازي للمحل التجاري: المحل التجاري كما نعلم هو مال منقول معنوي مخصص للاستغلال التجاري ، أو مجموعة من الأموال المادية والمعنوية مخصصة للنشاط التجاري ، وتتمثل هذه العناصر المادية في السلع والمهمات والعتاد ، وأما العناصر المعنوية تشمل على العنوان ، الاسم التجاري ، الحق في الإيجار ، الاتصال

بالعملاء ، حقوق الملكية الصناعية . فالمحل التجاري وإن كان يشمل كل هذه العناصر إلا أن له قيمة اقتصادية منفصلة تختلف عن القيمة الذاتية لكل هذه العناصر على حدی.

والرهن الحيازي للمحل التجاري هو عقد بواسطته يمكن للبنك الدائن أن يكسب حقا عينيا على المحل التجاري ، لذلك سوف نتعرض من خلال هذه الدراسة إلى كل من إنشاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ونفاذه على الغير والآثار التي يترتبها هذا النوع من الرهن.

أ- إنشاء الرهن الحيازي للمحل التجاري ونفاذه على الغير:

- إنشاءه: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري هو عقد رضائي⁽¹⁾ وهذا طبقا لنص المادة 120 من القانون التجاري « يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي... » ، والنص صريح في اشتراط العقد الرسمي لإثبات الرهن وليس لانعقاده ، ولذلك يمكن أن ينشأ الرهن بواسطة عقد رسمي أو عقد عرفي ، وهذا لأن المادة 177 من قانون النقد والقرض رقم 90-10 تنص على أنه « يمكن أن يتم رهن المؤسسة التجارية لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول إضافة إلى نص المادة 57 من الأمر رقم 27/95 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996 » يسمح للبنوك و المؤسسات المالية بصفة استثنائية إنشاء رهن حيازي للمحل التجاري بواسطة عقد عرفي ».

وهذا التبسيط في الإجراءات يسبب عدة مشاكل عند وضع الضمان حيز التنفيذ لاستيفاء البنك حقه ، وعلى ذلك فالرهن الحيازي بعقد عرفي يشكل العديد من الصعوبات بالمقارنة مع الرهن الحيازي بواسطة عقد رسمي ، فبقدر ما يشكل هذا الأخير من ثقل في الإجراءات بضرورة المرور عبر موثق لكتابة العقد فإنه في نفس الوقت يعود بالمنفعة على البنك في الحصول على حقه باعتبار أن العقد الرسمي (النسخة التنفيذية) يشكل سند تنفيذي بيد البنك يمكنه من أن ينفذ على المحل التجاري بعد التبليغ عن طريق المحضر القضائي ، عكس العقد العرفي الذي يفرض على البنك أن يلتمس سند تنفيذي من القاضي ، وهذا قد يستغرق مدة طويلة وإن لم نقل سنوات طويلة.

- إضافة إلى التراضي في عقد الرهن الحيازي يجب أن يتأكد البنك من أهلية الراهن ، وكذا التأكد من ملكية الراهن للمحل التجاري بسند ملكية أو عقد إيجار (بأن يستغل هذا المحل لمدة سنتين لإمكان اكتساب الملكية التجارية).

- أما محل الرهن الحيازي: فهو المحل التجاري بما يشمل من عناصر ، ولكن هناك عناصر ترهن مع المحل التجاري بقوة القانون حتى وإن لم يتفق عليها الأطراف فيعقد الرهن وهي تلك المنصوص عليها في المادة 2/119 من القانون التجاري وتتمثل فيمايلي:

⁽¹⁾ أنظر نموذج عقد رهن حيازي لمحل تجاري في الملحق رقم 38 .

- العنوان
 - الاسم التجاري
 - الحق في الإيجار
 - الزبائن والشهرة التجارية
- وهناك عناصر أخرى لا يشملها الرهن الحيازي للمحل التجاري إلا إذا اتفق الأطراف على ضمها إلى الرهن ويجب أن يكون ذلك بصفة صريحة ومحددة في عقد الرهن وهي تلك التي نصت عليها المادة 1/119 من القانون التجاري المتمثلة فيمايلي :
- الأثاث التجاري.
 - المعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل التجاري.
 - براءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة.
 - الرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم الملكية الصناعية والأدبية والتقنية.
- ويجب أن لا نخلط بين الرهن الحيازي للمعدات والعتاد التجاري مع الرهن الحيازي للمحل التجاري ذاته الذي يشمل على الوسائل والمعدات لأن الرهن الخاص بهما يكون كضمان لتمويل شراء هذه الوسائل(وهو سوف ما ندرسه فيما بعد).
- **نفاذه:** ينفذ الرهن الحيازي للمنقول بصفة عامة بإخراج المال من حيازة المدين وإدخاله في حيازة الدائن أو شخص آخر يختاره الطرفان.
- ولكن نظرا لعدم إمكان نزع حيازة المحل التجاري من التاجر الراهن لما يسببه ذلك من عرقلة نشاطه التجاري واستغلال المحل طيلة مدة الرهن وبالتالي يؤثر في إمكانية إرجاع القرض ، فقد استحدثت طرق أخرى لنفاذ الرهن في حق الغير وذلك بقيد الرهن الحيازي للمحل التجاري لدى المركز الوطني للسجل التجاري ، وفي السابق كان يتم القيد في السجل العمومي لكتابة ضبط المحكمة التي يستغل في دائرة اختصاصها المحل التجاري طبقا للمادة 120 من القانون التجاري.
- ولكن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-109 المؤرخ في 4 أفريل 1998 حولت الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط وكتاب الضبط في المحاكم والمتعلقة بمسك السجلات العمومية للبيع ورهون حيازة المحلات التجارية وإجراءات قيد الامتيازات المتعلقة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ويهدف هذا القيد إلى حفاظ البنك على امتيازه وذلك بإعلام

الغير بهذا الامتياز ، وإعطائه مرتبة ، وعلى ذلك يجب إجراء القيد في أجل ثلاثين يوما من تاريخ العقد المنشئ للرهن الحيازي ، وإلا اعتبر القيد باطلا (م 121 من القانون التجاري) ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان وإن كان المدين نفسه.

هذا ويجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم كل حسب ترتيب قيودهم ، وتكون للدائنين المرتهنين المقيدون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية (م 122 من ق.م).

ويكون القيد في جداول حددت بموجب القرار المؤرخ في 4 أكتوبر 1998⁽¹⁾.

ويحتفظ بهذا القيد لمدة 10 سنوات على أن يجدد قبل انتهاء هذه المدة وإلا فإنه يشطب تلقائيا ، والبنك يعمل دائما على إجراء القيد وكذا تجديده في الآجال المحددة وذلك للحفاظ على هذا الضمان.

وفي حالة دفع المدين الراهن لكل الدين من أصل وفائدة وملحقات يجب على البنك أن يقوم برفع اليد عن المحل التجاري ويشطب الرهن.

ب- آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري: يرتب الرهن آثارا هامة بالنسبة للراهن وكذا بالنسبة للبنك الدائن:

- **بالنسبة للمدين الراهن:** يظل المحل التجاري في حيازة الراهن ويباشر استغلاله ، ولا يؤدي الرهن إلى تدخل الدائن في شؤون المحل ولا يؤدي إلى حرمان المدين من التصرف فيه.

ولما كانت قيمة المحل التجاري تعتمد كثيرا على موقعه ، فقد أوجب القانون على المدين الراهن الذي يرغب في نقل المحل التجاري إبلاغ الدائنين المقيدون في المحل المختار خلال خمسة عشر يوما عن طريق محضر قضائي عن رغبته في نقل المحل التجاري ، وعن المركز الجديد الذي يريد أن يقيمه فيه (م 123 من القانون التجاري).

وفي حالة عدم قيامه بذلك فإن ديون البنك المقيدة تصبح مستحقة الأداء بحكم القانون ، وإذا نشأ عن النقل إنقاص لقيمة المحل أصبح الدين واجب الأداء فورا بقدر ما نتج عنه انخفاض قيمة المحل (م 4/123 من القانون التجاري).

⁽¹⁾ أنظر نموذج لجداول قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري في الملحق رقم 39 .

- بالنسبة للبنك الدائن: يكتسب البنك بموجب عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري حق عيني على هذا المحل يمنح له إمكانية الحجز عليه وبيعه في المزاد العلني واستيفاء حقه من الثمن الناتج عن البيع وذلك بالأولوية على غيره من الدائنين.

وللتنفيذ على المحل التجاري يجب أن يقوم البنك بما هو وارد في نص المادة 178 من قانون النقد والقرض «في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه عند حلول أجل الدين يمكن للبنك وبعد مدة 15 يوما بعد تبليغ المدين بعقد غير قضائي وبواسطة عريضة إلى رئيس المحكمة⁽¹⁾ للأمر ببيع المحل التجاري محل الرهن الحيازي وحصول البنك مباشرة وبدون أي شكليات على ثمن البيع وذلك لتغطية أصل الدين والفوائد التأخيرية والمصاريف». وعادة ما يرجع البنك إلى رئيس المحكمة ليطالب يعيين خبير ليحدد الثمن الأساسي للمحل والذي يمكن أن يتم اعتماده كثمن افتتحي للبيع بالمزاد العلني.

والحق في الأولوية يرد كذلك على التعويض الذي يمكن أن يستفيد منه الراهن عند إخلاء المحل التجاري وعلى هذا نجد أن البنوك غالبا ما تشترط في عقد الرهن الحيازي أن يتنازل المدين الراهن عن حقه في التعويض ويفوض وينقل إلى البنك حق استيلائه . ويرد حق الأولوية على مبلغ التعويض في حالة هلاك المحل التجاري نظرا لاشتراط البنك أن يكون المحل مؤمنا عليه من جميع الأخطار⁽²⁾.

- بالنسبة لحق التتبع: للبنك الحق في تتبع المحل التجاري في أي يد يكون ولا يمكن للمتصرف إليه أن يتمسك بحيازته للمحل التجاري بحسن نية ، لأن المحل التجاري منقول معنوي لا تشمله قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولا يستطيع الحائز أن يحتمي بهذه القاعدة بالنسبة للمهمات المادية لأن الدائن يتتبعها بوصفها جزء من المحل كمنقول معنوي. أما إذا كان المدين قد تصرف فيها على أفراد فإن للمتصرف إليه هنا أن يتمسك بقاعدة الحيازة بالنسبة لها ، وهذا هو السبب في أن المشرع قرر عقوبة على من يتصرف فيها أضرار بالدائن المرتهن لأن التصرف فيها يجعلها تفلت نهائيا من يد الدائن ، بخلاف التصرف في المحل كله⁽³⁾.

⁽¹⁾ أنظر نموذج للعريضة في الملحق رقم 40 .

⁽²⁾ أنظر نموذج لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ومجموعة الشروط التي يتضمنها في الملحق رقم 38 .

⁽³⁾ راجع في ذلك :علي جمال الدين عوض ،الاعتمادات المصرفية وضماناتها، المرجع السابق ، ص 291 ، 172.

وأخيرا يمكننا القول أن الرهن الحيازي للمحل التجاري على الرغم من كونه ضمان هام باعتباره أداة للقرض حسب بعض الفقهاء⁽⁴⁾ إلا أن هذا الضمان يبقى نسبي بسبب القيمة غير الحقيقية للعناصر المكونة للمحل التجاري⁽⁵⁾.

فهناك عدة أسباب تجعل من هذه الضمانة ذات فعالية نسبية من بينها:

1- مالك المحل التجاري المستغل يمكنه أن يطلب فسخ الإيجار ، وبالتالي يؤدي إلى إنهاء الضمان المقدم للبنك (وهذا في غير الحالات التي يوجب فيها القانون تقديم تعويض إستحقاق).⁽⁶⁾

2- خارج تدخل المالك ، فإن البنك إذا أراد التنفيذ على المحل التجاري ببيعه قضائيا ، يبقى هذا المحل مغلقا لمدة طويلة قبل وضعه حيز البيع وكما نعلم فإن ما يشكل القيمة الأساسية للمحل التجاري هو الزبائن ، وهذا الغلق سوف يقلل من قيمة المحل التجارية.

3- يمكن أن يكون المحل التجاري مثقلا بامتياز البائع وما يترتب عن استعمال هذا الأخير لحقوقه من فقدان البنك لقيمة ضمانه.

4- وحتى وإن كان البنك مقيد في المرتبة الأولى فقد يكون هناك دائنين آخرين يضررون بحق البنك كالديون المستحقة لمصلحة الضرائب على المحل التجاري⁽¹⁾.

إضافة إلى كل هذه الأسباب نجد أن هناك حالات أين يكون:

- الراهن مستغل لجدران مملوكة للدولة ، وكما نعلم أن الرهن الوارد على المحل التجاري لا تكون له فعالية إلا بقدر العناصر التي يتضمنها هذا المحل ، ومن أهمها الحق في الإيجار (الملكية التجارية) وذلك نظرا للوضعية المؤقتة الناشئة عن قرار الانتفاع ، وفي هذه الحالة يجب على البنك أن يحتاط ويأخذ ضمانات أخرى أو ضمانات مكملة لزيادة فعالية الضمانة ولتحقيق الحماية الفعالة ، وليتفادى البنك كل هذه المشاكل يجب عليه أن يأخذ الاحتياطات اللازمة :

- كالتأكد من أن المحل التجاري لم يكن من قبل محل امتياز من امتيازات الخزينة ، أو أي رهن آخر وذلك بالحصول على شهادة عدم القيد من المركز الوطني للسجل التجاري.

⁽⁴⁾ راجع في ذلك :علي جمال الدين عوض ،الاعتمادات المصرفية وضماناتها، المرجع السابق ، ص 291 ، 172.

⁽⁵⁾ راجع في ذلك :علي جمال الدين عوض ،الاعتمادات المصرفية وضماناتها، المرجع السابق ، ص 291 ، 172.

⁽¹⁾ راجع في ذلك : Michel , Matieu , op.cit , p 230 , 231 .

- التأكد من وضعية الراهن المالية والضريبية عن طريق الوثائق المسلمة من مصلحة الضرائب.

- التأكد من صفة الراهن (مالك جدران) ، مستأجر (مدى توافر شروط الملكية التجارية).

2- الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز: يعد الرهن الحيازي للأدوات والمعدات رهن بدون نقل الحيازة للبنك الدائن وتخصص هذه الأدوات والمعدات كرهن حيازي لصالح البنك مقابل القرض الذي يقدمه هذا الأخير لتمويل شراء هذه المعدات ، ولدراسة هذا النوع من الرهن نتعرض إلى كل من إنشائه ونفاذه على الغير، ثم إلى الآثار التي يترتبها.

أ- إنشاء الرهن الحيازي للأدوات والمعدات ونفاذه على الغير:

- **إنشاؤه:** ينشأ هذا الرهن بواسطة عقد مكتوب بين الراهن والبنك الدائن⁽¹⁾ وهذا العقد قد يكون عرفيا كما يمكن أن يكون رسميا.

ويجب أن يذكر فيه أن هذا الرهن يعد كضمان لتمويل شراء هذه الأدوات والمعدات. ويحدد البنك الذي يتلقى الرهن بصفة حقيقية الدين المضمون من اصل وفوائد وملحقات ومصروفات.

ويتلقى البنك من المدين المقترض كل المعلومات الخاصة بالأدوات والمعدات المرهونة (كطبيعتها ، الوصف المحدد والدقيق ، قيمتها ، مكان توجدها) فيتحقق البنك من صفة الراهن الذي هو المشتري ومدى أهليته في التصرف في الشيء المرهون ، ويبرم العقد في مهلة شهر واحد من تاريخ تسليم المعدات ، وهذا طبقا للمادة 2/153 من القانون التجاري.

- **نفاذه:** لكي يمكن للبنك أن يحتج بالرهن الحيازي على الغير يجب أن يقوم بإجراء القيد وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ العقد المنشئ للرهن الحيازي ، وإلا عد باطلا (م 153 من القانون التجاري).

(1) أنظر نموذج عقد رهن حيازي للأدوات والمعدات في الملحق رقم 41 .
(2) أنظر نموذج جدول قيد الرهن الحيازي للأدوات والمعدات في الملحق رقم 42

ويتم القيد لدى المركز الوطني للسجل التجاري وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 109/98 المؤرخ في 4 أفريل 1998 بعدما كان يتم القيد لدى كتابة ضبط المحكمة.

وقد حدد القرار المؤرخ في 4 أكتوبر 1998 شكل جداول القيد⁽²⁾.

ويهدف القيد إلى إثبات امتياز البنك وإعلام الغير بالرهن الوارد على هذه المعدات وكذا إعطاء مرتبة لهذا الرهن.

- ويحفظ القيد لمدة خمسة سنوات ابتداء من تاريخ ضبطه النهائي ، وينتهي القيد إذا لم يجدد قيل انقضاء المهلة المذكورة ، ويمكن تجديده مرتين.

- وعند حصول البنك على حقه الكامل (أصل الدين ، فوائد ، مصروفات... إلخ) ينقضي الرهن ويشطب القيد ، ويتم رفع اليد عن الرهن.

ب- آثار الرهن الحيازي للأدوات والمعدات: يعطي الرهن الحيازي على الأدوات والمعدات للبنك الحق في استيفاء حقه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

وكذلك الحق في تتبع هذه الأدوات والحجز عليها وبيعها في المزاد العلني.

- بالنسبة لحق الأولوية: إذا حل أجل الدين ، ولم يتم الدفع يجوز للبنك المرتهن رهنا حيازيا أن يطلب من القضاء بيع الأدوات والمعدات محل الرهن⁽¹⁾ بواسطة أمر على ذيل عريضة ويتم تعيين العون المكلف بالتنفيذ ، ويتم ذلك طبقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 33 من القانون التجاري.

ويكون للبنك أن يستوفي حقه من الثمن الناتج عن البيع بالأولوية على غيره من الدائنين باستثناء ما جاء في نص المادة 155 من القانون التجاري:

1- امتياز الخزينة.

2- امتياز المصاريف القضائية.

3- امتياز المصاريف التي تنفق للمحافظة على الشيء.

4- الامتياز الممنوح لأصحاب الأجور بموجب النصوص الجاري العمل بها.

⁽¹⁾ أنظر نموذج استصدار أمر بالحجز على العتاد في الملحق رقم 43 .

ويمارس حق الأولوية كذلك ضد كل دائن مرتهن وكذا على امتياز بائع المحل التجاري الذي يخصص لاستغلاله الوسائل والمعدات محل الرهن الحيازي إضافة إلى الدائن المرتهن لمجموع المحل التجاري.

غير أنه لكي يمكن الاحتجاج بالرهن على الدائن المرتهن وبائع المحل التجاري والدائن المرتهن على مجموع المحل والمقيدتين مسبقا فإنه يجب على البنك المرتهن رهنا حيازيا على الوسائل والمعدات أن يبلغ للدائنين بواسطة عقد غير قضائي نسخة من العقد المثبت للرهن الحيازي ، ويجب أن يتم هذا التبليغ تحت طائلة البطلان خلال شهرين من إبرام عقد الرهن الحيازي.

- بالنسبة لحق التتبع: لكي يتمكن البنك من استعمال حق التتبع وليعلم الغير بالامتياز الوارد على الأدوات والمعدات يقوم بوضع لوحة مثبتة على هذه المعدات بصفة بارزة تتضمن مكان وتاريخ ورقم قيد الامتياز المثقلة به⁽¹⁾ . ولا يجوز للمدين أن يقوم بالمعارضة في هذا التدبير وإلا تعرض للعقوبات المنصوص عليها في المادة 167 من القانون التجاري. ولا يجوز أن تكون العلامة الموضوعة على هذا النحو معرضة للهلاك أو الانتزاع أو إخفاء المعالم قبل انقضاء الرهن.

ونظرا لاعتبار هذه الوسائل والمعدات من المنقولات ، فإن البنك يمكن أن يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، عند تصرف الراهن في هذه الأدوات للغير للإضرار بالبنك ، لهذه الأسباب قرر القانون عقوبات صارمة نصت عليها المادة 376 من قانون العقوبات على كل مشتر أو حائز للأدوات والآلات المرهونة حيازيا يقدم على إتلافها أو يحاول إفسادها بأي طريقة كانت بغرض تعطيل حقوق البنك.

وتطبيق نفس العقوبات على كل من يقوم بأي محاولة غش تهدف إلى حرمان البنك من حقه في الامتياز الذي له على الأدوات والمعدات أو لإنقاصه (م167من القانون التجاري). وأخيرا يمكننا القول بأن الرهن الحيازي للأدوات والمعدات ضمان ذات فعالية نسبية في حماية البنك الدائن وذلك لعدة أسباب أهمها

- قيمة الآلات أو الأدوات تنقص بسرعة بمجرد استعمالها فثمن الشيء المستعمل هو الذي يحدد حقوق البنك وليس الشيء الجديد.

Michel , Matieu , op.cit , p 233 , 234 .

⁽¹⁾ راجع في ذلك :

- بعض الآلات أو الأدوات ذات الاستعمال جد متخصص (كالأدوات الطبية مثلا) ليس من السهل دائما بيعها ، خاصة إذا تم البيع في المحكمة ويواجه البنك مشاكل وصعوبات عندما يطلب الترخيص من القضاء ببيعها لأن البيع يمكن أن لا يحقق الثمن الذي يرغب فيه إلا إذا كان هناك مشتر معين يريد شراء هذه الأدوات.
 - وضع اللافتات على الآلات والمعدات ليست إلا مجرد حماية نسبية لإمكانية إخفائها من طرف المدين سيئ النية(رغم وجود عقوبات على ذلك).
- فالرهن الحيازي للأدوات والمعدات فقد اليوم الأهمية التي كان يحققها في السابق لأن عدد كبير من الآلات والمعدات أصبحت تمويل بتقنية حديثة تتمثل في الاعتماد الإيجاري ، ومن المسلم به أن الاحتفاظ بالملكية يمكن أن يرد على هذا النوع من الأموال ، مما جعل هذا الضمان مطلوب بكثرة في المجال البنكي نظرا لاحتفاظ البنك بملكية الآلات والمعدات ، وسوف نتعرض لذلك من خلال المبحث الثاني لهذا الفصل ، وقبل ذلك نلقي نظرة سريعة على حقوق الامتياز كتأمين عيني من التأمينات العينية التقليدية.

المطلب الثالث

حقوق الامتياز

تعد حقوق الامتياز تأمينات عينية نص عليها القانون المدني في الباب الرابع من الكتاب الرابع ، وتعرف حقوق الامتياز وفقا لما جاء في نص المادة 982 من ق.م على أنها « أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للمدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني».

ونظرا لأهمية معرفة حقوق الامتياز المنصوص عليها في القانون المدني وأنواعها بالنسبة للبنك الدائن ليكون على علم بالامتيازات التي يمكن أن ترد على الأموال المقدمة له كضمان سوف نتعرض في البداية من خلال هذا المطلب إلى معرفة الأحكام العامة لحقوق الامتياز وأنواعها (الفرع الأول) ، ثم نبحت في مدى تمتع البنك بحق الامتياز (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأحكام العامة لحقوق الامتياز وأنواعها طبقا للقانون المدني:

لا بد من التعرض للأحكام العامة لحقوق الامتياز أولاً قبل دراسة أنواع هذه الحقوق ثانياً.

أولاً: الأحكام العامة لحقوق الامتياز:

طبقاً للتعريف الوارد في المادة 982 السالفة الذكر يمكننا أن نستخرج بعض الخصائص التي تتميز بها حقوق الامتياز عن غيرها من التأمينات العينية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي.

فحق الامتياز هو امتياز للحق ، وليس امتياز للدائن لأنه يرجع إلى طبيعة الحق وصفة فيه تجعله ممتازاً.

والقانون وحده يتولى تعيين الحقوق التي تقتضي طبيعتها أن تكون ممتازة ، فلا يوجد امتياز إلا بنص القانون.

وبالنتيجة ، لا يجوز للطرفين أن ينشأ امتياز بإرادتهما وبذلك يختلف حق الامتياز عن الرهن الرسمي والرهن الحيازي في أن حق الامتياز لا يتقرر إلا بنص القانون على خلاف التأمينات العينية الأخرى التي يمكن أن ينشأ إضافة إلى نص قانوني ، بموجب عقد رهن رسمي أو حيازي أو بموجب حكم قضائي.

إضافة إلى ذلك فإن الممتاز في حق الامتياز هو الحق لا الدائن ، أما في حق الرهن الرسمي أو الحيازي فإن الدائن هو الممتاز لا الحق فأى دين يمكن ضمانه برهن رسمي أو حيازي.

وينبني على ذلك أن الدين في حق الامتياز يظل ممتازاً ولو حل فيه دائن آخر محل الدائن الأصلي⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى يقترب حق الامتياز من سائر الحقوق العينية التبعية الأخرى في أنه حق عيني تبعي ، وذلك لاستلزامه وجود التزام أصلي يضمّنه ويتبعه في وجوده وصحته وانقضائه.

وكذلك فإنه كغيره من الحقوق العينية التبعية الأخرى ، حق غير قابل للتجزئة ، فكل جزء من الشيء يبقى ضامناً لكل الدين الممتاز وكل جزء من الدين مضمون بكل شيء.

⁽¹⁾ راجع في ذلك : السنهوري ، التأمينات العينية والشخصية المرجع السابق ، ص 922 .

- **مرتبة الامتياز:** حسب نص المادة 983 من القانون المدني فإن مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم يوجد نص خاص يعين مرتبة الامتياز ، يأتي هذا الامتياز بعد الامتيازات المنصوص عليها في هذا الباب .».

فمن خلال هذا النص نجد أن القانون وحده هو الذي يحدد مرتبة الامتياز وقد أورد القانون المدني مجموعة من الحقوق التي اعتبرها ممتازة وحدد مرتبة كل منها كما سنرى لاحقاً. فإذا كان هناك نص خاص يحدد مرتبة الامتياز يطبق هذا النص الخاص أما إذا لم يوجد فإن هذا الامتياز يأتي بعد الامتيازات المنصوص عليها في الباب الرابع من القانون المدني وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفى عن طريق التسابق ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك .

- **الأموال التي يرد عليها حق الامتياز:** وفقاً لنص المادة 984 من القانون المدني فإن حقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتقتصر على منقول معين أو عقار معين. فعكس الرهن الرسمي الذي يرد على العقارات فقط ، فإن حق الامتياز يرد على العقارات والمنقولات.

فإذا تعلق حق الامتياز بمنقول يمكن أن تعترضه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، فتتغلب هذه القاعدة على حق الامتياز فلا يحتج صاحب الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية (أي لا يعلم بوجود حق الامتياز).

وقد أورد نص المادة 985 من القانون المدني مثلاً: « ويعتبر حائزاً بحكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة للأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه ».

ويجسد هذه الأمثلة الأستاذ السنهوري كما يلي⁽¹⁾:

- كما إذا اشترى شخص منقول ولم يدفع ثمنه ، فإن المنقول يبقى مثقلاً بحق امتياز الثمن ، وإذا نقل المشتري هذا المنقول إلى منزل استأجره ، وكان المؤجر حسن النية لا يعلم أن المنقول مثقل بحق امتياز الثمن ، ومتى تم نقل المنقول إلى العين المؤجرة يحوزه المؤجر بحسن نية ، فتتغلب هذه القاعدة (الحيازة بحسن نية) على حق امتياز بائع المنقول.

⁽¹⁾ راجع في ذلك: السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ، ص 932 ، 933 .

- ونفس المثل يطبق في الحالة الثانية ، إذا قام المشتري بنقل المنقول الذي لم يدفع ثمنه إلى فندق نزل فيه ، وكان صاحب الفندق يعتقد بحسن نية أن المنقول ملك للمشتري ، فيتقدم صاحب الفندق حسن النية على بائع المنقول في امتياز.

ولحماية صاحب حق الامتياز من ذلك قرر المشرع في نص المادة 985 السالفة الذكر في فقرتها الثانية « إذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المترتب عليه حق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة ».

- **قيد حقوق الامتياز:** طبقا لنص المادة 986 من القانون المدني فإنه تسري على حقوق الامتياز العقارية أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق وتسري بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتعلق به من تجديد وشطب.

ولكن فيما يخص حقوق الامتياز العامة أي تلك التي ترد على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات فإنه لا يجب فيها الشهر ولو كانت مترتبة على عقار وتكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده.

- **هلاك الشيء المضمون بحق الامتياز:** وفقا لما جاء في نص المادة 987 من القانون المدني « يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه.

- **انقضاء حق الامتياز:** حسب المادة 988 ق.م فإن حق الامتياز ينقضي بنفس الطريقة التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي ورهن الحيازة ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، فينقضي إذن وفقا لأحكام الرهن الرسمي بالنسبة لحق الامتياز الوارد على عقار ، وفقا لأحكام الرهن الحيازي بالنسبة لحق الامتياز الوارد على منقول.

ثانيا : أنواع الحقوق الممتازة طبقا للقانون المدني:

إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة نجد أن المشرع في القانوني المدني قرر حقوقا ممتازة وحدد مرتبة كل منها.

ويمكن تقسيم هذه الحقوق إلى حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة واقعة على منقول. وإلى حقوق امتياز خاصة واردة على عقار.

1- حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول: وتتمثل هذه الحقوق فيما يلي:

أ- امتياز المصاريف القضائية: وهي المصاريف التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال ، كنفقات الحجز التحفظية والحراسة والحجز التنفيذي ، وإجراءات نزع الملكية... إلخ فهذه المصاريف تعتبر حقوقا ممتازة على أن تكون لمصلحة الدائنين المشتركة ، لأنها إذا كانت لمصلحة خاصة لدائن معين ، فلا تعتبر من ضمن هذا الامتياز (م 2/990 ق.م).

وتستوفى هذه المصاريف قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصاريف في مصلحتهم ، وتتقدم المصاريف التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع (م 2/990 من ق.م).
فمرتبة الامتياز الخاص بالمصاريف القضائية هي المرتبة الأولى ، فهذا الامتياز (المصاريف القضائية) لا يتقدمه امتياز آخر ولا يعادله ، ويستوفي أصحاب هذا الامتياز حقوقهم قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مصحوبا برهن ، حتى ولو كان هذا الحق الآخر هو حق أحد الدائنين الذين أنفقت المصاريف القضائية في مصلحتهم.
وإذا تزامنت المصروفات القضائية فيما بينها ، تقدمت المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك الخاصة بإجراءات التوزيع.

ب- المبالغ المستحقة للخرينة العامة: وهي المبالغ المستحقة بموجب قوانين خاصة كالضرائب والرسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان وهذه الحقوق لها امتياز ضمن الشروط المقررة في القوانين والمراسيم الواردة في هذا الشأن.

وتستوفى هذه المبالغ من الثمن الناتج عن بيع هذه الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت وقبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا بحق رهن رسمي ما عدا المصاريف القضائية وذلك طبقا لنص المادة 991 من القانون المدني.

فترتب المبالغ المستحقة للخرينة في المرتبة الثانية بعد الامتياز الخاص بالمصاريف القضائية.

ج- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول : وهي تلك المنصوص عليها بموجب المادة 992 من القانون المدني.

وهي المبالغ التي أنفقت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله فجميع المصروفات التي أنفقت في حفظ المنقول ووقايته من أن يهلك أو يتلف كله أو بعضه وجميع المصروفات التي لولاها لأصبح المنقول غير صالح للاستعمال الذي كان معدا له ، كل هذه تعتبر ديونا ممتازة.

ويقع الامتياز على كل المنقول المحفوظ لا على ما زاد فيه بسبب الترميم والحفظ فحسب⁽¹⁾. ومرتبة هذا الامتياز حسب الفقرة الثانية من المادة 992 السالفة الذكر هي المرتبة الثالثة أي بعد امتياز المصاريف القضائية ، وامتياز المبالغ المستحقة للخرينة مباشرة ، وإذا تعددت مصروفات الحفظ والترميم قدم منها ما كان متأخرا على المتقدم أي بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها.

د- حقوق الامتياز العامة: وهي تلك المنصوص عليها في المادة 993 من القانون المدني و ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار وتتمثل فيما يلي :

1- المبالغ المستحقة للخدم ، والكتابة ، والعمال ، وكل أجير آخر من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الإثني عشر شهرا الأخيرة.

2- المبالغ المستحقة لموردي المأكل والملبس للمدين ولمن يعوله وذلك في الستة أشهر الأخيرة . وأما بعد ذلك فلا تكون ممتازة.

3- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة.

وهذه الامتيازات بجميع أنواعها (الأجراء ، موردي المأكل والملبس ، النفقة) ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار لذلك تسمى بحقوق الامتياز العامة.

ومرتبة هذا الامتياز هي الرابعة ، وتأتي بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم.

وإذا تزامنت الديون المضمونة بامتياز عام(المستحق الأجراء مع المستحق للمأكل والملبس ، أو المستحق لنفقة الأقارب) تساوت في المرتبة ويتم وفائها بنسبة كل منها (م 2/993) وحقوق الامتياز العامة لا يلزم فيها الشهر.

هـ- حقوق الامتياز الخاصة على منقول: وقد أورد المشرع حقوق امتياز خاصة على منقول وتأتي بعد حقوق الامتياز العامة مباشرة وتتمثل فيما يلي:

⁽¹⁾ راجع في ذلك : السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ، ص 955 .

1- امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة مقابل آلات الزراعة: وهي تلك المنصوص عليها في المادة 994 من القانون المدني وتتمثل في المبالغ المترتبة على البذر والسماد ومواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المترتبة على أعمال الزراعة والحصاد.

ويكون لهذه المبالغ امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه وتكون لها جميعا مرتبة واحدة.

ويتم استيفائها من ثمن المحصول مباشرة بعد حقوق الامتياز العامة. ونفس الشيء بالنسبة للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة التي يكون لها حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات .

2- امتياز المؤجر: ونصت على هذا الامتياز المادة 995 من القانون المدني ، والحق الممتاز هو كل ما هو مستحق للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار من أجر لا تزيد عن سنتين وغير ذلك (أي كل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد إيجار). وبكون الإيجار لمباني أو لأراضي زراعية.

ومحل الامتياز يرد على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة المملوكة للمستأجر القابلة للحجز ومن محصول زراعي.

حتى وإن كانت هذه المنقولات مملوكة لزوجـة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت المؤجر إن كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها(دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة).

وتدخل أيضا المنقولات المملوكة للمستأجر الفرعي (المستأجر من الباطن) إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار الفرعي فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا على المبالغ المستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر الفرعي في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر.

وإذا أخرج المستأجر المنقولات المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة رغم معارضة المؤجر أو بدون علمه ، ولم يبق أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقي الامتياز قائما على الأموال التي نقلت لضمان هذه الحقوق.

ويبقى الامتياز قائما ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا وقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا في الأجل القانوني ، ولكن إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري.

3- امتياز صاحب الفندق: وهو الامتياز الذي نصت عليه المادة 996 من القانون المدني. ويتمثل في المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزول عن أجرة الإقامة والمؤونة وكل ما صرف لحسابه ويرد الامتياز على الأمتعة والأشياء التي يحضرها النزول معه إلى الفندق ويقع هذا الامتياز على الأمتعة حتى ولو كانت غير مملوكة للنزول ، إلا إذا أثبت أن صاحب الفندق حسن النية ، أي لا يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها (بشرط ألا تكون ضائعة أو مسروقة).

وفي حالة نقل الأمتعة من الفندق رغم معارضته ودون علمه فإن لصاحب الفندق إذا لم يستوفي حقه كاملا أن يعارض في ذلك ويبقى حق الامتياز قائما عليها دون الإخلال بحقوق الغير التي كسبها عليها.

ومرتبة هذا الامتياز (أي امتياز صاحب الفندق) نفس المرتبة التي تكون لامتياز المؤجر ، فإذا تراخى قدم من سبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة للآخر ، فإذا أخرج المستأجر مثلا بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها في فندق وكان صاحبه حسن النية أي لا يعلم بأن هذه الأمتعة مثقلة بامتياز المؤجر ، ولم يحجز المؤجر على الأمتعة في الميعاد ، تقدم امتياز صاحب الفندق على امتياز المؤجر.

4- امتياز بائع المنقول: وهو الحق المنصوص عليه بموجب المادة 997 من القانون المدني ويتمثل فيما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ويرد الامتياز على المنقول المبيع.

ويبقى هذا الامتياز قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته ، وهذا دون الإخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية.

ومرتبة هذا الامتياز تكون تالية لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على المنقول . ولكن يتقدم هذا الامتياز على امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان بامتياز بائع المنقول وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق.

5- امتياز المتقاسم في المنقول: ونصت على هذا الامتياز المادة 998 من القانون المدني ، ويسري هذا الامتياز في كل قسمة ، ودية أو قضائية ، كلية أو جزئية وأيا كان مصدر الشئوع .

فللشركاء الذين اقتسموا منقول ، حق امتياز عليه تأميننا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .
وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي تكون لامتياز البائع فإذا تزامن الحقان قدم الأسبق في التاريخ .

2 - حقوق الامتياز الخاصة والواقعة على عقار : وتتمثل هذه الحقوق فيما يلي :

أ- امتياز بائع العقار : ونصت عليه المادة 999 من القانون المدني وهو ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع .
ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، ولو كان البيع مسجلا ، وتكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع القيد في ظرف شهرين من تاريخ البيع .
وفي حالة انقضاء هذا الأجل يصبح الامتياز رهنا رسميا .

ب- امتياز المهندسين والمقاولين : وذلك طبقا للمادة 1000 من القانون المدني ، ويتمثل في المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشديد أبنية أو منشآت أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو في صيانتها ، ويكون للمقاولين والمهندسين امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائد بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه .
والقيد في هذا الامتياز لازم ، لأن مرتبته تحسب من تاريخ القيد .

ج- امتياز الشريك المتقاسم في العقار : وطبقا للمادة 1001 من القانون المدني فإن الشركاء الذين اقتسموا عقار يكون لهم حق امتياز عليه (على العقار) ضمنا لما تحتويه القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين ، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة ويجب أن يقيد هذا الامتياز في أجل شهرين من تاريخ القسمة وتحسب مرتبته من تاريخ القسمة إذا تم القيد خلال هذا الأجل .

الفرع الثاني: مدى تمتع البنك بحق امتياز:

طبقا للمادة 982 من القانون المدني ، فإن حق الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته.

فهل حق البنك في استيفاء دينه يستدعي تقرير حق امتياز لصالحه؟.

للإجابة عن هذا السؤال لا بد من البحث عن حقوق الامتياز الموجودة في القانون المدني التي يمكن للبنك أن يستفيد منها أولا (أولا) ثم نعرض بعد ذلك إلى مدى وجود حق امتياز ضمن قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المعدل والمتمم ثانيا (ثانيا):

أولا: حلول البنك محل بائع العقار في امتياز طبقا للقانون المدني:

على عكس القانون الفرنسي الذي نص في القانون المدني على حق امتياز مقرض النقود (م 2/2108 من القانون المدني الفرنسي) ، فإن القانون المدني الجزائري لم ينص على مثل هذا الامتياز على غرار امتياز بائع العقار المنصوص عليه في المادة 999 من القانون المدني « ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع ، ويجب أن يقيد الامتياز ، ولو كان البيع مسجلا ، وتكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع قيده في ظرف شهرين من تاريخ البيع ، فإذا انقضى هذا الأجل أصبح هذا الامتياز رهنا رسميا».

فيمكن للبنك الذي يقرض المشتري الأموال اللازمة لشراء العقار (وفي هذه الحالة فقط) يمكنه أن يحل محل البائع في امتياز المنصوص عليه في المادة السالفة الذكر.

وذلك طبقا لما هو وارد في المادة 263 من نفس القانون « يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو دون رضى هذا الأخير على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد ».

فيضمن البنك مبلغ القرض والأموال التي دفعها للمشتري بين يدي البائع عن طريق الحلول محل هذا الأخير في امتياز.

والحلول يجب أن يتم الاتفاق عليه في عقد القرض بين البنك والمقرض (المشتري) ، وقد يكون الحلول وقت البيع ، أو في وقت لاحق للبيع⁽¹⁾ (في حالة الدفع للأجل) ، ولكن يجب أن يقوم البائع بقيد هذا الامتياز في الأجل المحدد.

فإذا كان الحلول وقت البيع فإن البنك يتدخل في العقد ويقوم بدفع ثمن العقار للبائع مع تصريح أصلي للأموال ، ومخالصة البائع وحلول البنك محل البائع في حقوقه ، ويجري القيد لصالح البنك مباشرة.

أما إذا كان الحلول بعد البيع ، وهنا يجب على البنك أن يحصل على مخالصة لحلول صريح محل البائع في امتياز.

ويكون القيد بوضع عبارة على هامش القيد (الذي كان لصالح البائع) تفيد حلول البنك ، ويجب أن يتأكد هذا الأخير أن البائع قد قيد امتياز في الآجال القانونية وبطريقة سليمة. ويكون للبنك عندئذ كل الحقوق التي تكون لبائع العقار فله حق استيفاء حقه بالأولوية من ثمن بيع العقار بعد الحجز عليه وكذا حق تتبعه.

ويحل البنك محل بائع العقار كذلك في حق الفسخ ، فله أن يطلب فسخ عقد البيع ويرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد ويمكنه بذلك إعادة ملكية العقار⁽²⁾.

وهذه الضمانة تعد فعالة في تحقيق الحماية للبنك رغم أنها لا تخلو من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها هذا الأخير من خلال عدم قيد هذا الامتياز في الآجال القانونية

M. Remillere , op.cit p 144.

Michel , Matieu , op.cit , p 191 .

(1) راجع في ذلك :

(2) راجع في ذلك :

وخطر عدم إمكان استرداد المبيع من التفليسة في حالة إفلاس المشتري وبالتالي يصبح البنك بمثابة دائن عادي.

إضافة إلى أن هذا الامتياز لا يضمن سوى أصل الدين دون الفوائد والمصروفات والملحقات.

ثانيا: امتياز البنك طبقا لقانون النقد والقرض:

باعتبار أن حق الامتياز لا يتقرر إلا بموجب نص قانوني، ونظرا لصفة حق البنك فقد

قرر المشرع بموجب قانون النقد والقرض حق امتياز لصالح البنك. وذلك من خلال

المادة 175 من القانون السالف الذكر حيث ينص على ما يلي :

تتمتع المؤسسات المذكورة (البنوك والمؤسسات المالية) بامتياز على جميع الأملاك المنقولة والديون والأرصدة المسجلة في الحسابات ضمانا لإيفاء كل مبلغ يترتب كأصل دين أو فوائد أو مصاريف للبنوك والمؤسسات المالية ، أو مخصص لها كضمان لإيفاء السندات المظهرة لها أو المسلمة لها كأمانة ، وكذلك لضمان تنفيذ أي تعهد اتجاهها بكفالة أو تكفل أو تظهير أو كتاب ضمان .

وهذه المادة تعطي للبنك امتياز في استيفاء دينه من أصل وفوائد وملحقات ومصروفات، ولكن ما هو محل هذا الامتياز ، هل هو امتياز عام أو خاص ؟ أي هل يرد كل أموال المدين من منقولات وعقارات ؟ .

محل الامتياز : يرد امتياز البنك على الأملاك المنقولة سواء التي هي في ذمة المدين أو تلك التي تعتبر دينا للمدين في ذمة الغير كالديون والأرصدة المسجلة في الحسابات ولكن لا يرد هذا الامتياز على العقارات .

مرتبة امتياز البنك : هناك امتيازات عديدة نص عليها المشرع في القانون المدني والتي سبقت لنا دراستها ، فأين هو امتياز البنك من بين هذه الامتيازات ؟ طبقا للمادة 983 من القانون المدني فإن مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم يوجد نص خاص يعين مرتبة الامتياز يأتي بعد الامتيازات المنصوص عليها في القانون المدني في الباب الرابع من الكتاب الرابع⁽¹⁾.

⁽¹⁾ أنظر حقوق الامتياز وأنواعها طبقا للقانون المدني في الفرع الأول.

ولكن المشرع حدد مرتبة امتياز البنك من خلال المادة 175 السالفة الذكر (ق النقد والقرض) في فقرتها الثانية ، والتي تجعل مرتبة البنك الرابعة ، بعد امتياز كل من الإجراء ، الخزينة ، صناديق الضمان الاجتماعي.

وبالتالي فإن البنك يستوفي حقه بعد استيفاء كل من الإجراء والخزينة وصناديق الضمان الاجتماعي حقوقهم .

كيفية ممارسة هذا الامتياز: تتم ممارسة هذا الامتياز اعتبارا من تبليغ الحجز للغير المدين أو المودعة لديه الأموال المنقولة أو السندات أو الأرصدة بالحساب ، ويتم التبليغ برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام من تاريخ الإنذار وفقا لنفس الأشكال المطبقة في الحالات الأخرى .

وقد سهل قانون النقد والقرض للبنوك ممارسة هذا الحق في الامتياز وذلك بمجرد تبليغ الحجز برسالة مضمنة بعلم الوصول.

ولكن السؤال الذي يبقى مطروح في المجال العملي هو مدى الاعتراف بهذا الامتياز وتطبيقه (أي وضعه حيز التنفيذ) وبالتالي مدى الفعالية التي يحققها في حماية البنك الدائن؟. فقد تباينت واختلفت الآراء حول تفسير نص المادة 175 من قانون النقد والقرض ، وكيفية ممارسة هذا الامتياز الممنوح للبنوك.

ففي حين يذهب الكثير من القضاة إلى إقرار درجة الدائن الممتاز للبنوك والمؤسسات المالية أي حقها في تحصيل ديونها من ذمة مدينيتها قبل الدائنين العاديين وذلك مباشرة بعد امتياز الإجراء ، الخزينة ، الضمان الاجتماعي ، فإن معظمهم لا يعطي لهذا الامتياز معنى ديناميكي يسمح للبنوك بممارسة حجز ما للمدين لدى الغير بمجرد رسالة مع الإشعار بالاستلام.

فيرفض القضاة الاعتراف بشرعية الحجز الممارسة بهذه الطريقة وبدون التقيد بالإجراءات والشكليات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية ، ومعنى ذلك أن قراءة القضاة لهذه المادة قراءة ضيقة ، مفادها أن توقيع حجز ما للمدين لدى الغير يكون طبقا لما نصت عليه المادة 356 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية من ضرورة حصول البنك على إذن من القاضي بالحجز ، ويبلغ هذا الحجز عن طريق محضر قضائي.

والبنوك من جهتها ترفض هذه القراءة الضيقة لنص المادة 175 من قانون النقد والقرض ، لكونها مقتنعة أنه لا معنى للامتياز وترتيبه بعد امتياز الأجراء والخزينة والضمان الاجتماعي إذا كان ينحصر فقط في ترتيب دائنيه البنك مقارنة مع الدائنين الآخرين ، إذا لم يكن مقترنا بإجراءات مبسطة تسمح بممارسة هذا الامتياز بصفة فعالة وفي الوقت الملائم. إضافة إلى ذلك فإن المادة السالفة الذكر صريحة في كون الامتياز يمارس بتبليغ الحجز بمجرد رسالة مضمنة بعلم الوصول مع إشعار بالاستلام وما معنى التبليغ أن يكون برسالة إذا كان الحجز موقعا وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية فالمشكلة ليست في التبليغ بقدر ما هي في السرعة في توقيع الحجز بمجرد الإلمام بمكان تواجد أموال المدين أو حقوقه لدى الغير.

وترتيب امتياز البنوك بعد امتياز الأجراء والخزينة والضمان الاجتماعي الذين يمارسون توقيع الحجز التنفيذية بمجرد خطاب للغير الحائز (المادة 384 ، 387 من قانون الضرائب المباشرة) ، (والمواد 67 ، 68 من القانون رقم 15/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالضمان الاجتماعي) لدليل على أن قصد المشرع هو إلحاق البنوك بهذا الصنف من لدائنين الذين يستثنون من القواعد العامة بالنظر إلى خصوصياتهم والطابع الاستراتيجي لأعمالهم⁽¹⁾.

وقد برر الأستاذ جمال الدين عوض موقف القضاء باعتبار أن هذا الأخير من واجبه احترام الاعتبارات العملية وإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ولكن عاقه في سبيل تحقيق ذلك أمران:

الأول أن بعض الفقه كان يحاول جاهدا إدخال عمليات البنوك في إطار القانون المدني وهو ما أدى إلى خلافات حادة استتبعت مفارقة بين الواقع والنظريات.

الأمر الثاني أنه في الواقع تصارع أمام القضاء أمران الأمانة والعدالة فالبنك ونظرا لما يتعرض له في معاملاته من مخاطر ابتكر وسائل كثيرة تمكنه من تدبير النقود اللازمة لتلبية حاجيات المشروعات ، وتمكنه من الاحتفاظ بما يكفي لمواجهة الطلبات المفاجئة من دائنيه ، وكذا منحه امتيازات تجعله في مركز ممتاز على غيره من الدائنين ، وهذا الامتياز

(1) عرض منجز من طرف بنك الفلاحة والتنمية ، بنك البركة.

بدى غير مقبول من بعض الفقه والقضاء الذي استتكر أن يتميز بعض الدائنين على البعض الآخر فحارب هذا المركز⁽²⁾.

واعتبر البعض أن ذلك راجع إلى نقص في تكوين القضاة في هذا المجال⁽¹⁾.

وأخيرا ، نجد أن التأمينات العينية اعتبرت ولمدة طويلة بمثابة التأمينات الفعالة بالمقارنة مع التأمينات الشخصية ولكن هذه الفعالية أصبحت محل شك لظهور ما يسمى بأزمة التأمينات العينية التي نتجت عن وجود القواعد الصارمة والجامدة الخاصة بإنشاء هذه التأمينات أو بوضعها حيز التنفيذ تبررها حماية المدين ، والدائنين الآخرين ، إضافة إلى ذلك فإنها لا توفر إلا حماية نسبية للدائن ، لأن أموال المدين تكون محل تأمينات مختلفة ، أين يجد البنك الدائن نفسه في تزامم مع الدائنين الآخرين وهذه النسبية اتسعت بوجود حقوق امتياز جديدة وبعض الرهون الرسمية القانونية لفائدة بعض الدائنين مما يقلل من فائدة التأمين العيني الذي يستفيد منه البنك.

وهذا ما أدى إلى البحث عن أساليب وتقنيات أخرى كفيلة بتحقيق الحماية وتوصلت الممارسة الحديثة إلى استعمال حق الملكية كضمان وهذا هو موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل.

⁽²⁾ راجع في ذلك : علي جمال الدين عوض عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، مرجع سابق ص 30 .

⁽¹⁾ راجع في ذلك : M , Majid , Nassou , 'La banque et les principales contraintes de l'environnement institutionnel' ouvrage collectif 'L'entreprise et la banque dans les mutation economiques en Algerie » Alger , O.P.U 1994 p 93.

- أنظر كذلك : Dib , Said , Reforme du systeme bancaire ou R eforme de l'environnement bancaire , Revue Media BANK ,n°46 fevrier- mars 2000 , p 28

المبحث الثاني الضمانات العينية الناشئة عن الممارسة (استعمال حق الملكية كضمان)

إن الصعوبات المرتبطة بالتأمينات التقليدية والتي سبق أن توصلنا إليها من خلال المبحث الأول من هذا الفصل أدت بالممارسة إلى إيجاد ضمانات أخرى تتمثل في ملكية الأموال المخصصة لدفع الدين أو ما يسمى إستعمال حق الملكية كضمان (1)

فالدائن الذي يستعمل حقه في الملكية كضمان ليسترجع ماله لا يتبعه أحد من الدائنين لأن هذا المال لا يدخل ضمن الذمة المالية للمدين (2) مما أدى إلى اعتبارها من احسن الضمانات (3).

وبمجرد اعتبار حق الملكية كضمان ، يطرح فورا مشكل تكييف هذه الضمانة فيما إذا كان حق الملكية بطابعه التام والمطلق يمكن أن يستعمل كضمان و ما إذا كان يمكن اعتباره بمثابة تأمين عيني؟ (مطلب أول) ، ويطرح التساؤل أيضا عن مظاهر استعمال حق الملكية كضمان أي كيفية تجسيد هذه الضمانة في المجال العملي ومدى فعاليتها في تحقيق الحماية للبنك الدائن؟ (مطلب ثاني).

(1) راجع في ذلك : Dominique, Legeais, op.cit., p.122

استعمال حق الملكية كضمان كان موجودا في القانون الروماني، فالراهن كان ينقل ملكية أمواله إلى الدائن الذي يلتزم بإرجاعها وكانت هذه الوسيلة معروفة باسم (Fiducie) ولم تتجسد هذه التقنية في القانون المدني القديم لأنها كانت لا تفيد بشيء لأن الرهن الرسمي والحيازي كانا يشكلان في ذلك الوقت (1804) تأمينات فعالة وكافية للدائنين والمدنين، ولكن ابتداء من سنة 1980، ظهر التساؤل عن استعمال حق الملكية كضمان.

(2) راجع في ذلك : Boutelet , Blocaille , op.cit , p122 .

(3) راجع في ذلك : Frediric , Peltier , op.cit , p 49 .

المطلب الأول

تكييف استعمال حق الملكية كضمان

إن البحث عن تكييف حق الملكية كضمان ناتج عن استنكار أغلب الفقه اعتبار حق الملكية «الذي يعد من أتم وأهم الحقوق العينية الأصلية». وسيلة للضمان ، وللتوصل إلى تكييف حق الملكية لا بد من البحث عن مدى تكييف هذا الحق المستعمل كضمان مع خصائص حق الملكية من جهة (الفرع الأول) ، وعن مدى اعتبار حق الملكية كضمان بمثابة تأمين حقيقي أو مجرد ضمان عيني من جهة أخرى (الفرع الثاني) :

الفرع الأول: مدى مطابقة حق الملكية المستعمل كضمان لخصائص حق الملكية:

لقد نظم المشرع حق الملكية ضمن الباب الأول من الكتاب الثالث فهو من الحقوق العينية الأصلية ومن أوسعها نطاقا إذ تعرف بأنها الاستئثار بشيء باستعماله واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم بشرط أن يكون ذلك في حدود القانون⁽¹⁾.

ومن خصائص حق الملكية أنه حق جامع باعتبار أنه يشتمل على أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص ، فهي تخول المالك الانتفاع بالشيء واستغلاله والتصرف فيه. وكذلك فإن حق الملكية يتميز بأنه حق مانع أي أنه حق مقصور على المالك دون سواه ، ولا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه أو أن يتدخل في شؤون ملكيته.

وأخيرا من خصائص حق الملكية أنه حق دائم ، والدوام يكون بالنسبة للشيء المملوك ، لا بالنسبة إلى شخص المالك ، أي أن الملكية تبقى مادام الشيء المملوك باقيا وتزول بزوال هذا الشيء ويفيد دوام حق الملكية: أن الملكية بطبيعتها غير مؤقتة على خلاف الحقوق العينية الأخرى الأصلية ، (كحق الانتفاع وحق الارتفاق) وكذا الحقوق العينية التبعية (كالرهن الرسمي، الحيازي... إلخ) التي تعد حقوقا مؤقتة وتزول قبل أن يزول الشيء الذي ترتب عليه وكذلك فإن دوام حق الملكية يفيد أنها لا تزول بعدم الاستعمال عكس الحقوق

⁽¹⁾ راجع في ذلك: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني وحق الملكية بوجه عام الجزء السادس بيروت: دار الإحياء العربي (بدون سنة) ، ص 493 .

الشخصية التي تنقضي بالتقادم المسقط وتنقضي بانقضاءها الحقوق العينية التي تتبعها ، كما تزول الحقوق العينية الأصلية (غير حق الملكية) بعدم استعمالها مدة معينة⁽¹⁾. وأخيرا فإن دوام حق الملكية يفيد أنها لا يجوز أن تقترن بأجل لأن ذلك يجعل منها حقا مؤقتا وذلك مع وجود اختلاف فقهي حول تنافر اقتران حق الملكية بأجل مع دوام هذا الحق⁽²⁾. والدائن لضمان إفسار مدينه يلجأ إلى حق الملكية باعتباره حق كامل يمنح كل السلطات على الشيء ، وبالتالي وسيلة للحماية وبذلك فالملكية لا يمكن أن تكون إلا أحسن الضمانات⁽³⁾ (بصورة رمزية على الأقل).

ولكن هل يمكن أن تتكيف الملكية المستعملة كضمان مع خصائص حق الملكية بصفة عامة .

إن تطور استعمال حق الملكية كضمان نتج عنه تحديد هذا الحق بفرض قيود عليه-فما هي هذه الحدود ؟ وهل هي مطابقة للطابع المطلق (أولا) والطابع الدائم لحق الملكية(ثانيا) والتي تعتبر من أهم خصائص هذا الحق.

أولا: مطابقتها للطابع المطلق: فوظيفة الضمان عدلت من حق الملكية من خلال الإنقاص أو التقليل من الحقوق أو الامتيازات الممنوحة للمالك الدائن لأنه عادة ما يتفق الطرفان عند استعمال حق الملكية كضمان على التزام الدائن بعدم التصرف في الشيء المملوك إلى غاية حلول أجل الدين ، لأن معايير استعمال حق الملكية كضمان يمكن حصرها في ما يلي:

1- وجود صفة الملكية للدائن قبل وضع الضمان حيز التنفيذ ، فصفة المالك بالنسبة للدائن لا تنتج عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه فالملكية سابقة دائما على وضع الضمان حيز التنفيذ ، وهذا يسمح لنا باستبعاد حالات أخرى تنتقل فيها الملكية للدائن ، ومثال ذلك المادة 973 من القانون المدني في فقرتها الثانية بأنه « يجوز للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين ...»

وتكون الملكية هنا ناجمة عن إفلاس المدين وعدم تنفيذه لالتزامه أما في استعمال حق الملكية كضمان فإن الدائن تكون له صفة المالك قبل حلول أجل الدين⁽¹⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك :السنهوري ،حق الملكية بوجه عام ، المرجع السابق ، ص 534 .

⁽²⁾ راجع في ذلك :السنهوري ،حق الملكية بوجه عام المرجع السابق ، ص 538 .

⁽³⁾ راجع في ذلك : Pierre , crocq ,op.cit ,p 68 (La propriété est plénitude de pouvoir sur un bien et donc de synonyme de sécurité a cet égard au moins sur le plan symbolique , la propriété ne peut être que la meilleure des garanties).

إضافة إلى هذا الشرط لا بد من إضافة شرط آخر وهو :

2- أن هذه الصفة أي الملكية لا تكون نهائية إلا في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه :فهي لا تنتقل إلى الدائن إلا لضمان دفع الدين ، وبالتالي فإن التنفيذ الكامل للالتزام بدفع الدين يؤدي إلى نقل ملكية الشيء إلى المدين ، وبذلك يكون احتفاظ الدائن بالملكية مؤقتا وسابقا ويتوقف بمجرد تنفيذ المدين لالتزامه ، فعدم تنفيذ الالتزام وحده هو الذي يبرر صفة المالك⁽²⁾.

لكن رغم وجود حدود على امتيازات المالك إلا أن هذا لا يتعارض مع إطلاق حق الملكية، فحقيقة وضيعة الضمان عدلت من حق الملكية بتقليل من امتيازات المالك رغم أن هذه الحدود كانت معروفة من قبل مثال ذلك تفضيل حق الغير حسن النية على حق المالك طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وكذلك تلك الحدود التي أوردها المشرع على حق الملكية المنصوص عليها في القسم الثالث (القيود التي تلحق الملكية) من الفصل الأول (حق الملكية بوجه عام) من الباب الأول (حق الملكية) من الكتاب الثالث (الحقوق العينية الأصلية) من القانون المدني ، سواء المتعلقة بحماية المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة والأمثلة على ذلك عديدة(حق المطل ، الممر...إلخ) وكذا عدم تعسف المالك في استعمال حقه في الملكية ...إلخ.

فوظيفة الضمان لم تخلق حدود لحق الملكية ولكن سلطت الضوء على قيود كانت موجودة من قبل، لأن إطلاق حق الملكية لا يمكن أن يكون مرادفا لحق تعسفي هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذا الإطلاق لا يعني أبدا أنه غير قابل للتحديد لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو ما إذا كان هذا التحديد لا يخل بخاصة إطلاق حق الملكية ، فهل يؤدي إلى تجزئة هذا الحق؟

وهل هذا موافق لحق الملكية؟.

فتحديد حق الملكية عن طريق تقييد التزامات المالك الدائن سواء عن طريق الاعتراف للمدين بحق عيني على الشيء أو نقل الملكية إليه عند وفائه بالدين أو عن طريق التزام الدائن بعدم التصرف في الشيء هل يؤدي هذا إلى تجزئة حق الملكية بين الدائن والمدين؟

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Pierre , crocq , op.cit , p11.

⁽²⁾ راجع في ذلك: Pierre , crocq , op.cit , p15

هناك جانب من الفقه اعتبر أن التعدي على حق التصرف في الشيء المملوك غير موافق لمفهوم الملكية لأنه يؤدي إلى تجزئتها.

ولكن هذا الانتقاد ليس في محله لأن الإجابة عن هذا التساؤل تفرض علينا البحث عن جوهر حق الملكية، والمثال الأكثر توضيحا لذلك هو ما نجده في حالة حق الانتفاع فالمالك ليست له امتيازات على المال المملوك، ولا يكون له إلا حق التصرف في ملكية الرقبة، هنا نجد تضيق لامتيازات المالك، ومع ذلك يبقى مالك وهذا راجع إلى أن الطابع المطلق للامتيازات على الشيء ليس جوهر حق الملكية، فمالك الرقبة رغم تقييد سلطاته يبقى المالك والمنافع مهما كانت أهمية السلطات التي له على الشيء لا يمكن أن يعتبر أبدا بأنه مالك، ونفس الشيء بالنسبة لاستعمال حق الملكية كضمان فإن التزام الدائن المالك بعدم التصرف في الشيء لا يعد مساسا بالطابع المطلق لحق الملكية لأن سلطة التصرف تقتصر القدرة على الالتزام بعدم التصرف فهذا التقييد خاص بممارسة الحق في التصرف ولا يتعلق الأمر بوجود هذا الحق⁽¹⁾ إضافة إلى ذلك فإن إعطاء الدائن الحق للمدين بالانتفاع بالشيء لا يعني تخلي الدائن عن ملكيته ولكنه يحتفظ بقيمته⁽²⁾ فالفصل بين قيمة الشيء ومنفعته لا يترجم دائما بتجزئة حق الملكية.

ثانيا: مطابقة استعمال حق الملكية للطابع الدائم لهذا الحق: كون حق الملكية المستعملة كضمان، لا يمكن أن تكون إلا ملكية مؤقتة لمدة القرض الممنوح، فهذا الطابع المؤقت لحق الملكية المستعملة كضمان هل هو مطابق لخاصية دوام حق الملكية؟ نفس السؤال طرحه الأستاذ (Demolombe) في الحقيقة هل من الممكن أن نكون مالكيين لوقت؟.

هل حق الملكية الذي يعطي حق التصرف في الشيء بالطريقة الأكثر إطلاقا يمكن أن يكون محددا بوقت معين؟⁽¹⁾ للإجابة عن ذلك فإن الطابع الدائم لحق الملكية يظهر معنيين من

Pierre , crocq , op.cit , p81.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

Dominique , Legeais , op.cit , p 329.

⁽²⁾ راجع في ذلك:

⁽¹⁾ راجع في ذلك: Pierre ,Crocq , op .cit .p89 « vais, en vérité , est ce que l'on peut etre propriétaire à temps , est ce que le droit de propriété qui consiste à disposé la chose de la manière la plus absolue peut être limité à un certain temps ».

⁽²⁾ راجع في ذلك: Pierre ,Crocq , op .cit .p92 « le caractère temporaire n'est donc pas incompatible avec l'affirmation De la perpétuité de la propriété ».

جهة انه (حق الملكية) لا يسقط بعدم استعمال هذا الحق و انه يستمر مع بقاء محله من جهة أخرى .

فالطابع المؤقت لحق الملكية لا يتعارض مع المعنى الأول .

لأننا نعلم بأن السلطات الناتجة عن حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف يقتصر استعمالها على المالك دون سواه .

فيستعملها كيفما شاء ، وله أن يستعملها أولا يستعملها .

وبالنتيجة إذا كانت الحدود المؤقتة ناشئة عن إرادة المالك فإنها لا تعد مجرد كيفية لممارسة السلطات الممنوحة له بموجب حق الملكية⁽²⁾ هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فان الطابع المؤقت لا يمنع من استمرار حق الملكية طيلة بقاء محله ، لأنه حتى وان كانت ملكية الدائن مؤقتة فان الوفاء الكامل من طرف المدين لا يؤدي إلى انقضاء حق الملكية ولكن ينقل هذا الحق ويستمر مع بقاء محله .

وفي النهاية نصل إلى القول أن حق الملكية المستعملة كضمان لا تتعارض بصفة كلية مع الخصائص العامة لحق الملكية ، لكن لا يمكن أن نأخذ ذلك بصفة مطلقة قبل أن نبحث في إمكانية تكييف حق الملكية كتأمين يصنف ضمن التأمينات العينية التقليدية أم نعتبره مجرد ضمان عيني ؟

الفرع الثاني : مدى اعتبار حق الملكية كضمان بمثابة تأمين عيني .

يمكن تعريف التأمين العيني بأنه تخصيص مال أو عدة أموال مملوكة للمدين تأميناً لحق الدائن ، الذي يكون له حق عيني على هذا المال ، يمكنه من بيعه ، واستيفاء حقه من ثمنه بالأولوية على غيره من الدائنين إضافة إلى حقه في تتبع هذا المال في أي يد يكون ، ووفقاً لذلك يتميز التأمين العيني بأنه حق تابع لأنه لم يوجد إلا لضمان الدين فيكون تابعا له في وجوده وصحته وانقضائه . إضافة إلى ذلك فهو يعطي للدائن حق عيني على قيمة الشيء أو المال المخصص كضمان ، تسمح له بأن يستوفي حقه من الثمن الناتج عن بيع هذا الشيء بالأفضلية على غيره من الدائنين ، وكذا الحق في تتبعه .

لذلك نتساءل عما إذا كان حق الملكية كضمان يستجيب لهذه الخصائص وبالتالي يمكن اعتباره كتأمين عيني ؟ لقد انقسم الفقه في الإجابة عن هذا السؤال إلى مؤيد ومعارض.

أولاً : الاتجاه المؤيد : هناك جانب من الفقه اعتبر أن حق الملكية كضمان يعد بمثابة تأمين عيني يصنف ضمن التأمينات العينية التقليدية لأنه يوفر أحسن مرتبة للدائن باعتبار أن هذا الأخير له حق ملكية يسبق جميع الدائنين وبذلك فهو يستجيب لخصائص التأمين العيني⁽¹⁾. وكذلك حسب الأستاذ (Mouly) فإن الحق على القيمة ، هو معيار للرهن الرسمي ، وكذلك معيار الرهن الحيازي ، وهو معيار لكل التأمينات العينية الموجودة وإذا وجد هذا المعيار في حق الملكية المستعمل كضمان ، نكون إزاء تأمين عيني مما يسمح بدون تردد تكييف كل استعمالات حق الملكية كضمان بمثابة تأمينات عينية مثل التأمينات العينية الكلاسيكية⁽²⁾ وأمام هذا الاتجاه الذي يعتبر حق الملكية كضمان بمثابة تأمين عيني هناك اتجاه آخر يعارض ذلك .

ثانياً : الاتجاه المعارض: وهو اتجاه يعارض ذلك باعتبار أن التأمينات العينية التقليدية محددة لا يجوز إضافة تأمينات عينية أخرى طبقاً لمبدأ (Numerus clausus)⁽³⁾. إضافة إلى أن استعمال حق الملكية كضمان لا يستجيب لخصائص التأمين العيني باعتبار أن من أهم خصائص التأمين العيني:

1- أنه يعطي حق أفضلية للدائن ، وهذا غير مؤكد في استعمال حق الملكية كضمان لأن مفهوم الأفضلية يفرض وجود تزامن على نفس الشيء ولكي يمكن التكلم عن تفضيل شخص على آخر يفترض أن يكون هناك تزامن مسبق مع شخص أو أشخاص آخرين ، أما في حق الملكية المستعملة كضمان فإن الدائن له حق ملكية على الشيء ، وكل الامتيازات الناتجة عن حق الملكية تكون بين يدي الدائن ولا يمكن للدائنين الآخرين مزاحمته لأن الشيء مملوك له ولا يدخل ضمن الذمة المالية للمدين.

Pierre P . Crocq . op. Cit P 209 (M.stoufflet)

⁽¹⁾ راجع في ذلك: حسب الأستاذ

« La propriété pourrait être une sûreté parfaite selon tous les critères imaginables. Que demande t-on à une sûreté ? . d'abord un rang de préférence aussi favorable que possible , la propriété répond évidemment à cette première exigence , le créancier devenu propriétaire prime tous les autres créanciers du cédant ».

⁽²⁾ راجع في ذلك: P . Crocq . op.cit p 252 « Ce droit sur la valeur , c'est déjà le critère de toutes les

sûretés réelles qui existent . Et si l'on retrouve dans la propriété utilisée comme sûretés , ce même élément de droit sur la valeur , on y retrouve donc le critère des sûretés réelles , et cela permet sans hésitation de qualifier toutes les propriétés utilisées à titre de garantie de les qualifier de sûreté réelle au même titre que les sûretés traditionnelles ».

⁽³⁾ راجع في ذلك: Benedict , Faex , (sûretés bancaires et droit réels), sûretés et garanties bancaires ,

Paris : CEDIDAC , 1997 , p 122.

وبالتالي ليست هناك أفضلية في مجال حق الملكية لعدم وجود تزامن ولكن حق الملكية كضمان له طابع مانع (exclusif) وعلى ذلك لا يمكن تشبيه حق الملكية كضمان بالتأمينات العينية التقليدية⁽¹⁾ ولكن المعنى الذي أعطاه الأستاذ (P.Crocq) لحق الملكية كضمان بأنه حق مانع غير صحيح لأنه اعتبر أن المقصود بذلك (exclusif) هو تمام وكمال السلطات التي يتمتع بها الدائن المستعمل حق الملكية كضمان (وهذا يكون في حق الملكية بصفة عامة باعتباره حق مانع) لكن الملكية المستعملة كضمان هي حق مانع بمعنى منع التزام مع الدائنين الآخرين ، لكن هذا لا يمنع من وجود علاقة غير مباشرة بين المعنيين⁽²⁾ فيجب أن نفرق بين الحق المانع الذي يكون للمالك والحق المانع الذي يكون للدائن المالك.

زيادة على ذلك هناك من يعتبر أن حق الملكية المستعمل كضمان لا يمكن تشبيهه بالتأمين العيني لأنه لا يعطي حق أفضلية على شيء مملوك للغير وإنما يكون حق مانع على شيء خاص بالدائن⁽³⁾.

2- رأينا أنه من خصائص التأمين العيني تبعيته للدين المضمون (الالتزام الأصلي) وهذه التبعية تطرح مشكل في مجال استعمال حق الملكية كضمان ؟ فهل يعتبر حق الملكية في هذه الحالة تابع للدين المضمون بهذا الحق (الملكية) مع أننا نعلم أن العنصر التابع هو عنصر غير كامل ، فالأصل هو الكل وليس التابع فحق الملكية لا يمكن أن يكون حق تابع لأنه في الأصل حق كامل وتام وهذا ما يدل عليه عدم وضع المشرع لحق الملكية ضمن التأمينات العينية لأن هذه الأخيرة تشكل حقوق عينية تبعية في حين يشكل حق الملكية حقا عينيا أصليا هذا من جهة .

(1) راجع في ذلك: P . Crocq . op.cit p 254.

(2) راجع في ذلك: Jacques , Mestre , Emanuele , Putman , Marc Billon droit civile (droit commun des sûretés réelles) , Paris : Edition Delta , 1997 , p 32 « Un certain lien au moins indirect entre l'exclusivité conçu comme plénitude des prorogation , et l'exclusion du concours ».

p 34 « On doit seulement préciser que le droit d'exclusivité du propriétaire et le droit d'exclusivité du créancier propriétaire ne se situent pas ?

J:mestre , E purman , M Billian , op.cit , p30.

(3) راجع في ذلك:

ويفضل الكاتب استعمال الذمة المالية عوض الشيء رغم أننا نجد هذا المصطلح غير مناسب للتأمين العيني.

ومن جهة أخرى ، فإن العلاقة بين الأصل والتابع تظهر ارتباط التابع بالأصل وذلك بوضع التابع في موضع وسط بين الاستقلال الكلي والمطابقة التامة للأصل⁽¹⁾.

فالتابع يتبع الأصل لأن سببهما واحد ولكن يختلف عن الأصل ولا يختلط به ، ونظامهما القانون ليس دائما نفسه.

وبالتالي هل يمكن أن يكون حق الملكية حق تابع للدين الأصلي يتبعه في وجوده وصحته وانقضائه؟ إن قاعدة التبعية للأصل لا يمكن تطبيقها بصفة كاملة ، لأن وفاء المدين لا يؤدي إلى انقضاء التابع.

الأصل — الدين المضمون (مبلغ القرض) — وفاء المدين — انقضاء الدين (الأصل)
التابع — حق الملكية (المستعملة كضمان) — وفاء المدين — انتقال الملكية إلى المدين (لا تنقضي).

فإذا كان الدين المضمون ينقضي بالوفاء فإن حق الملكية لا ينقضي وإنما ينقل فقط إلى المدين ولكن حسب الأستاذ (Goubeaux) فإن العلاقة بين التابع والأصل لا تشكل دائما استقرارا مطلق⁽²⁾ أي أننا لا نأخذ بوجود تبعية مطلقة دائما.

- ونظرا لعدم استجابة حق الملكية المستعمل كضمان لخصائص التأمينات العينية فإنه لا يمكن اعتباره بمثابة تأمين عيني وإنما يمكن اعتباره كضمان ناتج عن الممارسة⁽³⁾ لكن ماذا نعني بالضمان؟.

لقد سبق لنا وان وضعنا مفهوم الضمان ، لكن لا يمنعنا ذلك من التذكير به لإمكان مطابقته مع حق الملكية المستعملة كضمان ، فالضمان له مجال واسع بالمقارنة مع التأمين وبالتالي فإن كل تأمين يعد بمثابة ضمان لكن لا يمكن اعتبار كل ضمان بمثابة تأمين.

فكل الميكانزمات التي تزيد من فرص الدائن في حصوله على حقه بالحد من نتائج المستجدات المستقبلية لإفلاس المدين بهدف الوقاية منها تعتبر بهذا المعنى ضمانات⁽¹⁾ (1).

⁽¹⁾ راجع في ذلك: P . Crocq . op.cit p61 « La fonction de l'accessoire ou principal présente cette particularité de placer l'accessoire dans une position intermédiaire entre l'indépendance totale et l'assimilation complète ou principal ».

⁽²⁾ راجع في ذلك: P . Crocq . op.cit p94 « Le lien d'accessoire au principal ne présente pas toujours une stabilité absolue ».

⁽³⁾ راجع في ذلك: François, Sage , Daniele , Chabbi, Sûretés ,réelles ,garanties ,assimilable et redressement judiciaire , Paris : L.D.J.D. , 1996. ,p.239

⁽¹⁾ (1) راجع في ذلك: P. Crocq. Op.cit., p.50

ومن خلال ذلك فإن الضمانات تتضمن إحالة أو إرجاع إلى الالتزام الأصلي الذي يراد ضمانه (الالتزام المضمون) فلا يمكن أن يكون هناك ضمان دون التزام مضمون ، ولكن هذا لا يعني بالضرورة أن يكون تابع لهذا الالتزام بالمعنى الضيق. كأن تكون التبعية للالتزام الأصلي أثر غير مباشر أو مجرد أثر من آثار الضمان⁽²⁾ (2).

وكذلك فإن الضمان منفعة خاصة للدائن يختلف بها عن غيره بحيث تجعله في وضعية أفضل من الدائنين الآخرين وهدف الضمان هو الحصول على هذه المنفعة من أجل إتمام التنفيذ المنتظم للالتزام أو للوقاية من عدم التنفيذ ، وبهذا المعنى يمكننا اعتبار استعمال حق الملكية كضمان بمثابة ضمان عيني يهدف من خلاله الدائن ضمان استيفاء حقه وتقادي مخاطر إفسار المدين أو إفلاسه.

ولكن السؤال الذي يبقى مطروحا في المجال العملي ، هل هناك تقنيات قانونية قادرة على أن تضع هذه الوظيفة الجديدة لحق الملكية مجال التطبيق؟ وهل هي قادرة على توفير الحماية للدائن؟.

هذا ما سنجيب عنه من خلال البحث عن مظاهر استعمال حق الملكية كضمان وذلك ضمن المطلب الثاني من هذا المبحث:

المطلب الثاني

مظاهر استعمال حق الملكية كضمان

لقد أدت المعارضة الشديدة لاستعمال حق الملكية بهدف الضمان بالممارسة إلى إدخال هذه

« Les mécanisme qui augmentent les chances d'un créancier déterminé ou de plusieurs , d'être payer en limitant les conséquences de la souvenance future de la défaillance du débiteur ou entendant prévenir celle ci sont donc des garanties ».

P . Crocq . op.cit p 237.

(2) راجع في ذلك:

الضمانة تحت معطف تقنيات تعاقدية معروفة مع تغيير لوظائفها العادية⁽¹⁾ ، وقد ساهم ذلك في تطوير قانون العقود الخاصة ، ومن بين هذه التقنيات التعاقدية نجد عقد البيع بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية (الفرع الأول) وعقد الإيجار بالنسبة للاعتماد الإيجاري (الفرع الثاني)، وسنقوم بتوضيح هذه التقنيات ومدى قدرتها على وضع هذه الوظيفة الجديدة لحق الملكية مجال التطبيق بصفة تحقق الغاية المرجوة منها ، لأننا كما نعلم أن فائدة الضمانات تؤخذ من خلال عدة اعتبارات (ككلفتها ، بساطة إنشائها...) وطبيعيها والأهم من كل ذلك الحماية التي توفرها للدائن ، فما مدى فعالية الحماية التي توفرها هذه الضمانة؟.

الفرع الأول: حلول البنك محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية:

طبقا لنص المادة 351 من القانون المدني فإن « البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي ». وبذلك يعتبر عقد البيع من العقود الناقلة للملكية ، حيث يؤدي إلى نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري مقابل الثمن المتفق عليه. ويعتبر عقد البيع من العقود الفورية لأن تنفيذ الالتزام بنقل الملكية والالتزام بدفع الثمن فور إبرام العقد ، لكن حاجة المعاملات قد تضطر المشتري إلى إرجاء الوفاء بكل أو بجزء من الثمن ، الأمر الذي يضيف على البيع صفة ائتمانية تحمل في طياتها مخاطر معينة بالنسبة لحق البائع في الثمن الأمر الذي يضطره إلى اشتراط الاحتفاظ بالملكية كضمانة اتفاقية⁽¹⁾ بالإضافة إلى الضمانات القانونية لاستيفاء حقه قبل المشتري التي لا توفر في الحقيقة الحماية المطلوبة⁽²⁾.

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

P . Crocq . op.cit p 59.

⁽⁴⁾ من بين الضمانات الاتفاقية نجد التأمينات العينية أو الشخصية وكذلك الشرط الجزائي الذي تتضاءل فعاليته أمام السلطة التقديرية للقاضي في تعديله وأخيرا نجد الشرط المانع من التصرف ، بأن يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن.

⁽²⁾ الضمانات القانونية لا توفر الحماية الفعالة للبائع ، فحق حبس المبيع إلى حين استيفاء الثمن لا يعطي للبائع أفضلية قانونية في استيفاء حقه من المشتري ونجد كذلك حق البائع في فسخ البيع واسترداد المبيع عند عدم وفاء المشتري بالثمن يعني أنه بعد الفسخ ينعدم العقد ويرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد فيسترد البائع المبيع ، ولكن الفسخ لا يشكل ضمانة كافية لأن الفسخ يكون في بعض الأحيان لمصلحة المدين المتقاعس الذي لا يرغب في السداد ، إضافة إلى أن حق البائع في الفسخ يسقط إذا قام دائنوا المشتري بالحجز على العقار ، وذلك لبيع المزداد العلني لأن هذا يؤدي إلى تطهير العقار من دعوى الفسخ.

وقد تردد البعض في البداية بشأن صحة شرط الاحتفاظ بالملكية لما يترتب عليه من وجود الشيء في غير يد مالكة ، فيضلل بذلك الغير الذي يعتقد أنه مالك ويتعامل معه على هذا الأساس بينما هو في الحقيقة غير مالك⁽³⁾ ، ولكن القانون المدني أجاز ذلك صراحة بنصه في المادة 363 على « إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوف على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع .

فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدان أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184 . وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع».

وبالتالي أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية من أهم الضمانات الممنوحة للبائع⁽⁴⁾ ويختلف بذلك عن أنظمة مشابهة له ، كالبيع لأجل والشرط المانع من التصرف.

فالبيع لأجل يقتصر على إضافة الالتزام بدفع الثمن إلى أجل معين ، حيث يقوم هذا البيع على ثقة البائع في المشتري أما بالنسبة للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية لا يتضمن هذه الثقة لأن البائع يربط نقل الملكية بالوفاء بالثمن.

- أما الشرط المانع من التصرف فهو شرط يضعه البائع ليمنع به تصرف المشتري في المبيع إلى غاية استيفاء كامل الثمن فهو يختلف عن شرط الاحتفاظ بالملكية من حيث أنه إذا قام المشتري بالتصرف في المبيع مخالفة للشرط المانع من التصرف وقع التصرف باطلا ، أما إذا تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكته كان التصرف غير نافذ في حق البائع لأنه وارد على ملك الغير .

وكذلك يسقط حق البائع في طلب الفسخ بمجرد الحكم بإفلاس المشتري ولا يبقى له سوى الدخول في التفليسة بالثمن. أخيرا نجد ضمن الضمانات القانونية حق امتياز البائع الذي يمكنه من استيفاء حقه من قيمة المبيع بالأولوية على غيره من الدائنين التاليين له في المرتبة ، ولكن هذا الامتياز لا يحقق الحماية المطلقة لأن حق البائع يأتي في المرتبة بعد حقوق الامتياز العامة ، وتحدد مرتبة امتياز بائع العقار بعد ذلك طبقا لوقت قيده ، أما امتياز بائع المنقول فيأتي في الترتيب بعد كل من امتياز المصروفات الزراعية ، وامتياز المؤجر ، وامتياز صاحب الفندق بالإضافة إلى أن وضع الامتياز حيز التطبيق يستلزم الكثير من الوقت.

⁽³⁾ راجع في ذلك: محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي. ، مصر: منشأة

المعارف ، 1996 ، ص 21 .

⁽⁴⁾ راجع في ذلك: Dominique , Legeais , op.cit , p 332 « Aujourd'hui la réserve de propriété est l'une des meilleurs garanties du vendeur , la stipulation d'une clause de réserve de propriété est aussi devenu usuelle ».

وبالتالي يعد شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة لضمان حق البائع في الثمن وقد يؤدي هذا الشرط إلى تقييد حرية المشتري في استغلال المبيع والتصرف فيه خلال فترة ما قبل الوفاء بالثمن مما يدفع المشتري إلى الاقتراض لإتمام الوفاء بالثمن ، فقد يشترط البنك مقابل منحه للقرض تقديم ضمان يتمثل في حله محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية لكن من الضروري قبل التطرق إلى كيفية الحل ومدى فعاليتها كضمان لتحقيق الحماية للبنك ، توضيح ما يحل فيه البنك محل البائع فلا بد من التعرض إلى تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية وبيان الآثار المترتبة عنه .

أولاً: تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية والآثار المترتبة عنه:

1- تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية : لقد اختلفت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية لشرط التحفظ بالملكية دون التوصل إلى نتيجة حاسمة فهناك من كيف البيع مع الاحتفاظ بالملكية بأنه:

أ- **بيع معلق على شرط واقف:** وإذا رجعنا إلى نص المادة 203 من القانون المدني فإن الشرط يتصف بعدم التأكيد والتحقق لأن الالتزام يكون معلقاً على شرط إذا كان وجوده مترتباً على أمر مستقبل وممكن الوقوع ، فهو بيع يتوقف وجوده على وفاء المشتري بالثمن ، ويظل البائع مالكا للمبيع ولا تنتقل الملكية للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن ، فإذا تحقق الشرط (دفع الثمن) تنتقل الملكية للمشتري منذ لحظة إبرام العقد ويكون المشتري قبل ذلك (قبل تحقق الشرط) صاحب حق احتمالي وقد تعرض هذا الرأي إلى عدة انتقادات من بينها أن الوفاء بالثمن الذي يعد التزام أساسي ناتج عن عقد البيع لا يمكن أن نعتبره بمثابة شرط لانعقاده⁽¹⁾.

ورغم احتفاظ البائع بملكية المبيع إلا أنه يقوم بتسليمه للمشتري دون تقييد حقه في استعماله ، أو التصرف فيه ، وإذا قلنا بأن هذا البيع معلق على شرط واقف ، فما هو الأساس الذي يقوم عليه هذا الحق؟ فهذه النظرية لا تصلح لتبرير الأساس الذي يستند إليه المشتري في

⁽¹⁾ راجع في ذلك: François ,Viterbo , le sort de la Réserve propriété en période de règlement amiable ,
Revue banque et droit Mais – Juin , 1999 , n° 65 p4 .

التصرف واستعمال المبيع رغم عدم انعقاد البيع ولهذه الأسباب ولأسباب أخرى لم تقبل هذه النظرية⁽²⁾.

ب- بيع مضاف لأجل واقف: إن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع يتفق فيه الطرفان على إرجاء تنفيذ العقد إلى حين حلول الأجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن ، وعند دفع كامل الثمن تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري وانتقد هذا الرأي كذلك باعتبار أن الأجل وصف من أوصاف الالتزام، فالالتزام يكون مضافاً لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل ولكن محقق الوقوع ، وبالنسبة للبيع مع الاحتفاظ بالملكية فإن الواقعة المرتبطة بالأجل هي دفع الثمن غير مؤكدة لأنه حتى وإن كان البائع متأكداً من وجود ثمن مستحق على المشتري إلا أنه غير متأكد من أن هذا الأخير سوف يقوم بالدفع ، لأنه لو كان كذلك ما أخذ احتياطاته باشتراط الاحتفاظ بالملكية ، ومن ثم يصعب القول بأن نقل الملكية مضاف لأجل⁽³⁾.

ج- بيع يعلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن: مفاد ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن يتعلق فقط بنقل الملكية أي أننا أمام شرط واقف لنقل الملكية وليس لتكوين العقد ، ويستند هذا التحليل على فكرة أن نقل الملكية من طبيعة عقد البيع وليس من جوهره⁽⁴⁾. ويجب أن نفرق بين الشرط الواقف الذي يلحق العقد في جملته ، والشرط الذي يلحق الالتزام بنقل الملكية ، أي أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الشرط وصف للعقد ككل أو وصف لأحد الالتزامات الناشئة عنه ، ففي الحالة الأولى لا ينعقد العقد قبل تحقق الشرط وهو الوفاء بالثمن ولا يحقق آثاره ، أما في الحالة الثانية فإن عقد البيع ينعقد ويرتب كافة آثاره ، ما عدا نقل الملكية الذي يتوقف إلى حين استيفاء كامل الثمن .

وقد أخذت بهذه النظرية محكمة النقض الفرنسية في قضية (Mecarex) التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 20 نوفمبر 1979⁽¹⁾.

⁽²⁾ راجع في ذلك: محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 225 .

⁽³⁾ راجع في ذلك: François ,Viterba ,op.cit , p 4.

⁽⁴⁾ راجع في ذلك: محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 233 .

⁽¹⁾ راجع في ذلك: P . Crocq . op.cit p 109 .

ويؤيد البعض هذا الحل (مثل سليمان مرقس) الذي يرى أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ينعقد باتا لا موقوفا على شرط طبقا لصريح نص المادة 430 من القانون المدني المصري(التي تقابلها 363 من القانون المدني الجزائري).

وغاية ما في الأمر أن الثمن فيه يكون مؤجلا ، وأن انتقال الملكية يكون موقوفا على الوفاء بالثمن ، أما باقي التزامات البائع والمشتري فإنها تكون منجزة طالما لم ينص العقد على غير ذلك ويرى بعض الفقهاء أن تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط أو أجل يبقى بدون إجابة نهائية⁽²⁾ ، ولكن حسب الأستاذ حسين منصور فإنه من الصعب أو من الخطأ محاولة وضع تكييف موحد للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، لأن الأمر يختلف حسب الفروض والمواقف نظرا لأن المسألة لا تتعلق بالنظام العام وتتسم بالمرونة والتطور لاتصالها بالمعاملات التجارية وعلاقات الائتمان، ولذلك يجب أن تترك للأطراف حرية تنظيم العلاقة بالطريقة التي يريدونها على ضوء طبيعة العلاقة والهدف منها⁽³⁾ .

2- الآثار المترتبة على شرط الاحتفاظ بالملكية :

وسوف نتطرق إلى الآثار التي يترتبها هذا الشرط بالنسبة للمتعاقدين وكذا بالنسبة للغير .

أ- آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للمتعاقدين :ويختلف ذلك وفقا لحلول ميعاد الوفاء بالثمن .

أ- قبل حلول موعد الوفاء بالثمن: ففي هذه الحالة ينتج العقد كافة آثاره بحيث يلتزم البائع بالتسليم وبالضمان ، ويلتزم المشتري بالتسلم ودفع لثمن ونفقات العقد طبقا للأجل المتفق عليها وكل ما في الأمر أن الالتزام بنقل الملكية يتراخى تنفيذه إلى حين سداد الثمن ويحتفظ البائع قبل حصوله على الثمن بملكية المبيع رغم تسليمه للمشتري الذي يعتبر مجرد واضع يد أو حائز عرضي له⁽¹⁾ ، يكون له حق استعماله دون التصرف فيه وإذا قام بذلك (أي بالتصرف في المبيع) قبل سداد الثمن جاز للبائع أن يطلب الفسخ أو التعويض أما بالنسبة

⁽²⁾ راجع في ذلك: F.Viterbo, Op , cit , p5 « La qualification de la modalit  de la clause , terme au condition , reste sans réponse définitive »..

⁽³⁾ راجع في ذلك: محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 276 .

⁽¹⁾ راجع في ذلك: حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 101 .

لتبعة هلاك المبيع أي تحمل نتائج فقدان الشيء أو تلفه بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة⁽²⁾ فإن المشرع الجزائري ربط تبعة الهلاك بالتسليم ، لأنه بالتسليم تنتقل الحيازة فإذا انتقلت الحيازة للمشتري بالتسليم تحمل تبعة الهلاك ولو لم تنتقل الملكية ، عكس المشرع الفرنسي الذي ربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية ولو لم يتم التسليم. ومادام شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدي إلى تمكين المشتري من حيازة المبيع فإنه يتحمل مقابل ذلك تبعة هلاكه.

ب- بعد حلول موعد الوفاء بالثمن: عند حلول أجل الوفاء ، وقام المشتري بسداد كامل الثمن انتقلت ملكية البائع إلى المشتري بأثر رجعي من وقت إبرام العقد (م 3/363 من ق.م) أما إذا تخلف المشتري عن الوفاء في الموعد المحدد ، فإن الملكية لا تنتقل إليه ، ولكن تبقى للبائع إذا لم يتم تسليم المبيع إلى المشتري، أما إذا تم التسليم فإن البائع يحق له طلب فسخ البيع واسترداد المبيع ولا يستطيع المشتري التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لتخلف كل من السبب الصحيح وحسن النية (لأن عقد البيع لم ينقل الملكية)⁽³⁾. وليزيد البائع من ضمانه في استيفاء حقه ، عادة ما يدرج العقد شرط إضافي يعطي له الحق في حالة الفسخ بسبب التخلف عن دفع الثمن في الاحتفاظ على سبيل التعويض بجزء أو بكل الأقساط المدفوعة من الثمن وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 363 من القانون المدني في فقرتها الثانية « فإذا كان الثمن يدفع إقساطا جاز للمتعاقد أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استقاء جميع الأقساط - ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للمفكرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني ».

2- آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير: تظهر أهمية شرط الاحتفاظ بالملكية (إضافة إلى اعتباره كوسيلة لضمان الوفاء بالثمن) في فعاليته لإمكان الاحتجاج به على الغير سواء كان هذا الغير دائنا للمشتري المفلس أو متصرفا إليه.

⁽²⁾ لأنه إذا نجم الفقد أو الهلاك عن فعل البائع أو المشتري ، فإن المتسبب فيه يكون مسؤولا عن التعويض قبل صاحب الحق فيه.

⁽³⁾ راجع في ذلك: حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 102.

أ- **نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين:** إن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان تظهر في إمكانية استرداد المبيع في حالة تخلف المشتري عن الوفاء ، ولا يثير هذا الاسترداد صعوبة عند بقاء المبيع بحالته العينية بين يدي المشتري المتقاعس عن الدفع ، وإذا تصرف المشتري في المبيع كان تصرفه وارداً على ملك الغير ، ويجوز للبائع استرداده من المتصرف إليه ما لم يكن المبيع منقولاً ، وحازره هذا الأخير بحسن نية.

ولكن الصعوبة تثور في حالة توقف المشتري عن لدفع في حالة الإفلاس حيث تتعارض مصلحة البائع في استرداد المبيع مع مصلحة باقي الدائنين في اعتباره أحد عناصر الذمة المالية للمشتري للتنفيذ عليه ولا يمكن الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة الدائنين فإذا أفلس المشتري قبل الوفاء كان المتبقي من الثمن ديناً في التفليسة يراحم فيه البائع سائر دائني المشتري ولا يكون له حق استرداد المبيع طبقاً لما جاء في نص المادة 307 من القانون التجاري (لا يجوز ممارسة حق الامتياز وحق الاسترداد القائم لصالح بائع الأموال المنقولة ضد جماعة الدائنين إلا في حدود الأحكام التالية).

ويجوز ذلك إلا إذا كانت البضائع قد فسخ بيعها قبل الحكم بالتسوية القضائية أو بالإفلاس (م 308). وكذلك يقبل الاسترداد إذا كان الحكم بفسخ البيع أو تقرير وجوده من مقتضى حكم قضائي تال للحكم بالتسوية القضائية أو الإفلاس وذلك متى كانت دعوى الاسترداد أو الفسخ قد رفعها البائع الذي لم يستوف الثمن قبل الحكم المنشئ للإفلاس (م 2/308 ق.ت) وهذا ما يؤدي إلى الإنقاص من فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية.

2- نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل المتصرف إليه: إن احتفاظ البائع بالملكية في عقد البيع لا يمنع المشتري من التصرف في المبيع للغير ، ولكن إذا تصرف المشتري في المبيع وقع البيع باطلاً لمصلحة المشتري الثاني طبقاً لأحكام بيع ملك الغير ولا يسري هذا البيع في مواجهة البائع إلا إذا أقره ، هذا بالنسبة للعقار .

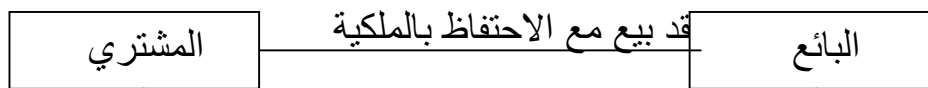
أما بالنسبة للمنقول فإنه إذا تصرف المشتري في المبيع المنقول إلى شخص آخر حسن النية وسلمه إليه ، كان من حق المتصرف إليه التمسك بنفاذ حقه قبل البائع بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية ولا يستطيع البائع أن يطلب استرداد المبيع استناداً إلى شرط الاحتفاظ بالملكية حتى ولم تم فسخ عقد البيع.

وباعتبار أنه ليس هناك نص يفرض إجراء شهر الشرط (الاحتفاظ بالملكية) فيقع على البائع عبئ إثبات سوء نية الحائز المتصرف إليه بمعنى علمه بأن من تصرف إليه لم يكن مالكا للمبيع ، وعند إثباته لذلك يمكنه استرداد المبيع وبالنسبة للثمن الذي لم يحصل عليه البائع عند عدم تمكنه من استرداد المبيع فإن المشرع الفرنسي خول للبائع الحق في أن يقتضي ثمن المبيع من المتصرف إليه إذا كان لم يقد بدفعه للمشتري أما إذا كان قد دفعه فلا يبقى للبائع سوى الدخول بحقه كدائن ضمن تفليسة المشتري (1).

أما بالنسبة لنفاذ حق الدائن صاحب التأمين العيني على المبيع المحتفظ بملكيته فإنه كما نعلم من شروط صحة الرهن ونفاذه أن يكون الراهن مالكا للشيء المرهون ، وبالتالي ليس للمشتري رهن المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته لحين استيفاء الثمن ، وإذا قام المشتري بذلك فلا يكون الرهن نافذا في حق البائع ويمكن له استرداده عند تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن ، ولكن حق البائع في الاسترداد يمكن أن يتعطل بسبب حيازة الدائن المرتهن للمنقول المبيع بحسن نية ولا يمكن للبائع أن يطلب الاسترداد (2).

ثانيا : كيفية حلول البنك محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية ومدى فعالية هذه الضمانة في تجسيد الحماية للبنك:

عندما يقوم البائع ببيع المبيع إلى المشتري مع الاحتفاظ بملكيته ويقوم المشتري عند حاجته إلى تسديد الثمن بالاقتراض من البنك ومقابل ذلك يطلب الحل محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان ، فوجود الشرط بين البائع والمشتري ضروري لإمكان الحل (1) ويمكن أن نوضح هذه العملية بالمخطط التالي:



(1) راجع في ذلك: حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 174 .

(2) ولضمان عدم تصرف المشتري في المبيع عادة ما يضمن عقد البيع إضافة إلى شرط الاحتفاظ بالملكية بشروط أخرى ، كشرط المنع من التصرف ولكن هذا المنع قد يكون عقبة أمام ممارسة المشتري لنشاطه التجاري إضافة إلى أن دوره يبقى محدود لأننا نكون أمام التزام بالامتناع عن عمل يتحول عند الإخلال به إلى الالتزام بالتعويض.

(1) راجع في ذلك:

1-حلول البنك محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية :

القانون المدني ينظم نوعين من الحلول الاتفاقي ، أولا هما يتمثل في الحلول بواسطة الدائن ويجسد في اتفاق الدائن مع الموفي على أن يحل محله في حقوقه بضماناته قبل المدين ولو لم يقبل هذا الأخير ذلك ويجب أن لا يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء (م262 من القانون المدني) وثانيهما يتمثل في الحلول بواسطة المدين ، بحيث يجوز له إذا اقترض مالا وفي به الدين أن يحل محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بدون رضى هذا الأخير، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي اقرضه الدائن الجديد (م263 من القانون المدني) وبذلك نتساءل عن إمكانية تطبيق هذا الحل بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية أي هل يستطيع البنك الذي يوفي للبائع ثمن المبيع أن يحل محله في شرط الاحتفاظ بالملكية ويمكنه أن يحل محله في حقوقه قبل المشتري ودائنيه وأن يطلب استرداد المبيع في حالة عدم استيفائه لحقه ؟ .

لقد اختلفت الإجابة عن هذا التساؤل بين مؤيد ومعارض .

فهناك من يؤيد ذلك ، باعتبار أن حلول البنك محل البائع لا يتعلق فقط بالحق وتوابعه ولكن يشمل كل الحقوق المرتبطة به ومن ذلك حق الملكية الذي يحتفظ به البائع في عقد البيع ، فالملكية لم يتم الاحتفاظ بها لذاتها ولكن على سبيل الضمان للحق في الثمن وبالتالي فمن الطبيعي أن ينتقل هذا الضمان إلى البنك ، وكذا إمكانية في الحلول محل البائع في دعوى الفسخ واسترداد المبيع .

ولكن جانب آخر من الفقه يعترض على انتقال شرط الاحتفاظ بالملكية عن طريق الحلول لأن القانون لا يقر بانتقال الملكية كضمان ، وإذا كان المشرع يقر الحلول محل الدائن في الحقوق والدعاوى والتأمينات قبل الدائن فان ذلك لا يشمل سوى الحقوق المقررة للدائن

على سبيل الضمان⁽¹⁾ وهناك من ينتقد ما توصل إليه البعض من اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية بمثابة تأمين عيني يدخل ضمن تأمينات عينية أخرى غير تلك المنصوص عليها في القانون المدني ، وان نتيجة الاحتفاظ بالملكية ليست وليدة اعتبار الملكية تأميناً جديداً ولكن تنجم ببساطة عن تضافر الأساليب التعاقدية التقليدية .

وإذا كانت الملكية باعتبارها وسيلة ضمان الوفاء بالثمن تؤدي دور التأمين فهذا لا يعني أنها تنقلب إلى تأمين عيني بالمعنى الضيق⁽²⁾ .

وقد اتخذت محكمة النقض الفرنسية موقفاً مغايراً بحيث قررت في حكمين لها بتاريخ 5 مارس 1988⁽³⁾ ، إمكانية هذا الانتقال عن طريق الحلول فالشخص الذي يحل محل الدائن يمكنه استخدام كل الدعاوى المقررة له والمرتبطة بهذا الحق قبل الوفاء به ، ومعنى ذلك أن البنك المحال إليه الحق في الثمن يستفيد تلقائياً من شرط الاحتفاظ بالملكية الضامن له سواء تم الانتقال عن طريق الحلول أو عن طريق حوالة الحق⁽⁴⁾ .

والذي يهمنا من هذين الحكمين ، الحم الثاني الذي نستعرض وقائع القضية الصادر بشأنها التي تتعلق بقرض خصص لدفع جزء من ثمن شراء سيارتين ، حل المقرض (البنك) محل البائع في كل حقوقه ودعاواه قبل المشتري بما في ذلك دعوى الاسترداد المستندة إلى شرط الاحتفاظ بالملكية ، طعن أمين التفليسة بالنقض في حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بصحة الحلول واستند أمين التفليسة إلى أن تأمين المقرض للثمن أدى إلى نقل ملكية السيارتين إلى المشتري وليس للمقرض ، ومن ثم ليس للأخير أن يطلب استردادها . إضافة إلى أن المقرض لم يدفع سوى جزء من الثمن ، ومن ثم ليس له أن يستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية .

ورفضت محكمة النقض هذا الطعن مقررّة أن هذا المقرض حل محل البائع في حقوقه ودعاواه قبل المشتري بما في ذلك دعوى الاسترداد . ونظراً لأن الاسترداد يتعلق بشيء

(1) راجع في ذلك: حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 199 .

(2) راجع في ذلك: حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 202 .

(3) راجع في ذلك:

F . Peltier, op , cit , p 43.

(4) يمكن أن يتم الانتقال (إضافة إلى الحلول) عن طريق حوالة الحق لأنه طبقاً للمادة 243 ق م فإن حوالة الحق تشمل ضماناته ... إلخ ومادام النص لم يحدد الضمانات على سبيل الحصر فإنه يمكن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية ضماناً مقررّاً لوفاء بالحق بالثمن .

معين بالذات فإن الالتزام بالرد لا يقبل التجزئة ، ومن ثم فإن القضاء برد السيارتين للمقرض يكون صحيحاً⁽¹⁾.

وبالنسبة للقانون الجزائري نجد نص المادة 264 من القانون المدني « من حل محل الدائن قانوناً أو اتفاق كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن ».

لا يمكننا أن نعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية بمثابة تأمين وفقاً لما توصلنا إليه بشأن تكييف حق الملكية وبالتالي لا يمكن إدخاله ضمن التأمينات لأن النص السالف الذكر ينص على (التأمينات) بالمعنى الضيق.

ولكن ما من شك في اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية من توابع الحق في الثمن ينتقل معه إلى البنك الذي يحل محل البائع⁽²⁾.

2 - فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في تحقيق الحماية للبنك: بالرغم إيجابيات هذه الضمانة الجديدة وقوة حق الملكية كضمان إلا أنها لم تلق رواجاً كافياً على صعيد الائتمان المصرفي ويرجع ذلك ربما لحدوثها وعدم وضوح واستقرار معالمها في أذهان الممولين⁽³⁾ من جهة وعدم فعاليتها من جهة أخرى وترجع عدم فعاليتها إلى ثلاث أسباب :

يرجع السبب الأول إلى قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية وذلك عند تصرف المشتري في المبيع إلى الغير ، فلا يحق للبنك استرداد المبيع إلا إذا أثبتت سوء نية الحائز ، وهذا الإثبات يصعب التوصل إليه في المجال العملي.

والسبب الثاني يرجع إلى عدم نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على جماعة الدائنين ولا يحق للبنك بذلك أن يطلب استرداد المبيع عند إفلاس المشتري كما سبق وأن رأينا عند دراسة آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير .

والسبب الثالث والأخير يرجع إلى ثقل وصعوبة الإجراءات عند وضع هذه الضمانة حيز التنفيذ، حيث يلزم البنك لاستيفاء حقه طلب استرداد البضاعة طبقاً للشروط التي يحددها

(1) راجع في ذلك: حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 218 .

(2) P ,Bouteiller , F Ribay , op.cit , p.12 « La propriété réserve est par conséquent un accessoire de la créance du vendeur qui peut être transmise par voie de subrogation ou de cession »

J.Rivers , Lange , M, Raynand , op.cit , p554.

(3) راجع في ذلك:

القانون ، وعند استرداده لها يلزم بحفظها وإعادة بيعها وهذا كله يتطلب وقتا ومصاريف إضافية (1).

فالاحتفاظ بالملكية لا يقدم للبنك امتيازات مضاعفة لتلك التي توفرها التأمينات العينية التقليدية ، لذلك لابد للمشرع أن يتدارك هذا الفراغ القانوني في مجال تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية وتكملة النقص فيما يخص الاسترداد عند إفلاس المشتري مثلما تدخل المشرع الفرنسي بزيادة فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية بواسطة قانون 12 ماي 1980 وذلك بالنص على نفاذه قبل جماعة دائنين المشتري المفلس ، أي أحقية البائع في استرداد المبيع الذي يحتفظ بملكته .

وحسب الأستاذ حسين منصور فان المخرج الملائم هو البحث عن وسيلة مناسبة للشهر للاحتفاظ بالملكية حتى يعلم به الغير ، وينبغي اختيار تلك الوسيلة حتى تتناسب مع طبيعة المنقول من جهة وما تتميز به العلاقات التجارية من سرعة وبساطة من جهة أخرى ، وذلك لان حيوية قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في استقرار العائلات بصفة عامة والنشاط التجاري بصفة خاصة تفوق لدى المشرع المصلحة التي يحققها شرط الاحتفاظ بالملكية للبائع لذلك نجده توقف عند هذا الحد دون المساس بتلك القاعدة (2).

فالضمانة الحقيقية للبنك الذي يحل محل البائع في حقوقه تقوم على الثقة التي يضعها في زبونه (المشتري المقترض) (1) وبذلك لابد عليه أن يأخذ هذه الضمانة بحذر شديد (2) ونظرا لعدم فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية للأسباب السالفة الذكر ، يلجأ البنك عادة إلى تقنية أخرى يحتفظ فيها بالملكية بطريقة غير مباشرة وتتمثل في الاعتماد الايجاري وهذا ما سنتناوله ضمن الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني: الاعتماد الايجاري :

J.Rivers , Lange , M, Raynand , op.cit , p554.

(1) راجع في ذلك:

(2) راجع في ذلك: حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 186

بدون صفحة (, Bouteiller , F Ribay , op.cit .)

(1) راجع في ذلك:

(2) راجع في ذلك: « La subrogation de la banque , dans la clause de réverse de propriété , est une garantie qui doit faire l'objet d'une attention particulière lorsqu'elle est utilisée ».

يعد عقد الاعتماد الإيجاري⁽³⁾ أحد الوسائل الحديثة لمنح الائتمان فهو وسيلة تمويل مستحدثة احتلت مكانة مرموقة في الأسواق المالية لإمداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة⁽⁴⁾.

فالشخص الذي يحتاج إلى منقول أو عقار لاستغلاله في مشروعه وليس لديه رأس مال اللازم لشرائه ولا يرغب في الاقتراض وتجميد هذا المال لهذا الغرض ، يقوم بإبرام عقد مع البنك أو مؤسسة مؤهلة لذلك ، يسمى عقد الاعتماد الإيجاري ، يلتزم البنك بمقتضى هذا العقد بشراء الشيء الذي يحتاجه التاجر من البائع الذي يعنيه هذا الأخير ثم يؤجره لعميله للمدة المتفق عليها ، ومقابل ذلك يدفع المستأجر أجرة للبنك المالك ، وعند نهاية المدة يكون أمام المستأجر خيار من الخيارات التالية : فأما أن يشتري الشيء بقيمته عند مباشرة هذا الخيار أو أن يكتفي بالانتفاع عند نهاية هذه المدة ويعيد الشيء للبنك الذي يبيعه أو يؤجره لشخص آخر، أو يطلب تجديد الإيجار مدة أخرى تكون عادة بأجرة أقل .

ويعتبر الاعتماد الإيجاري عملية من عمليات القرض (الائتمان) التي تقوم بها البنوك وذلك طبقاً للمادة 112 من قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 والتي تنص في فقرتها الثانية :

« تعتبر بمثابة عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء ولاسيما عمليات الاقتراض مع الإيجار » .

وبدأ تنظيم هذا العقد وهذه العملية من عمليات البنوك بموجب الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 / 01 / 1996 .

وتظهر أهمية هذه العملية في إعطاء ضمان للبنك يتمثل في احتفاظه بملكية المنقول أو العقار الذي قام بتمويله عن طريق الاعتماد التأجيري ولمعرفة مدى فعالية هذه الضمانة في توفير الحماية للبنك لابد لنا لنصل إلى ذلك ولو بإيجاز بإلقاء نظرة على مفهوم الاعتماد الإيجاري (أولاً) ثم الآثار التي تترتب عنه (ثانياً) .

أولاً: مفهوم عقد الاعتماد الإيجاري :

⁽³⁾ إن هذا العقد كوسيلة لتمويل الاستثمارات بدأ العمل به خلال الخمسينات (1952) أين أنشأت أول مؤسسة أمريكية متخصصة في ذلك (leasing) وعرفت هذه العملية نظامها الأول في الدول الأنجلوساكسونية ثم انتقلت بعد ذلك إلى دول أخرى كفرنسا أين أعطيت له تسمية (crédit-bail) الذي يقابل بالعربية (الاعتماد الإيجاري).
⁽⁴⁾ راجع في ذلك: محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 33 .

1-تعريف الاعتماد الايجاري ومراحل إنجازه :

أ-تعريفه : من خلال المادة الأولى من الأمر رقم 96 / 09 السالف الذكر فان عملية الاعتماد الايجاري هي 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 أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص .

تكون قائمة كل عقد إيجار يمكن أن تتضمن أولا تتضمن حق خيار بالشراء لصالح المستأجر .

وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو المحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية .

- ووفقا للمادة 7 من نفس الأمر فان الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة يعتبر عقد تمنح بمقتضاه شركة الاعتماد الايجاري (البنك) أو المؤجر أصول متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمعامل اقتصادي (شخص طبيعي أو معنوي) الذي يدعي المستأجر في شكل إيجار ومقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة ، ويترك للمستأجر إمكانية اكتساب كليا أو جزئيا الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار .

- أما بالنسبة للاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة فانه طبقا للمادة 8 من الأمر السالف الذكر يعتبر عقد يمنح من خلاله المؤجر (البنك أو المؤسسة المؤهلة لذلك) في شكل إيجار لصالح المستأجر أصول ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لحسابه مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة .

ويمكن للمستأجر أن يحصل على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار ويتم ذلك في إحدى الصيغ التالية :

- عن طريق التنازل بتنفيذ الوعد بالبيع من جانب واحد .
- أو عن طريق الاكتساب المباشر أو غير المباشر لحقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة .

- أو عن طريق التحويل قانونا ملكية الأصول التي تم تشييدها على الأرض والتي هي ملك للمؤجر.

- وأخيرا بالنسبة لعقد الاعتماد الايجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية فإنه عقد يمنح من خلاله المؤجر (البنك أو شركة الاعتماد المؤهلة) في شكل إيجار لصالح المستأجر محلا تجاريا أو مؤسسة حرفية من ملكه مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة ، مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصالح المستأجر وبمبادرة منه عن طريق دفع سعر متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجارات مع انعدام إمكانية المستأجر في إعادة تأجير المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية .

ب- مراحل إنجاز عملية الاعتماد الايجاري :

تتمثل مراحل إنجاز عملية الاعتماد الايجاري فيما يلي :

1- مرحلة شراء الأصل من قبل البنك :

حيث يلتزم البنك بشراء الوسائل والمعدات التي يحتاجها العميل ويقوم بدفع الثمن للبائع ويصبح البنك بذلك مالكا للشيء (الأصول المنقولة أو الغير منقولة أو المحلات التجارية) وبطبيعة الحال العميل (المستأجر) ليس طرفا في هذا العقد ويعتبر من الغير . مع العلم أن البنك يترك لهذا الأخير حق اختيار وتحديد الأشياء حسب احتياجاته من حيث النوع والكمية ، وعادة من الناحية العملية ما يقدم البنك وكالة لعميله للقيام بشراء الأشياء والتعاقد مع البائع لحساب البنك، أي المشتري الذي يقوم بتمويل العقد والذي يعتبر المالك لهذه الأشياء .

2- مرحلة الإيجار : وفي هذه المرحلة يضع البنك الأصل الذي اشتراه تحت تصرف

العميل (المستأجر) الذي ينتفع به مقابل أقساط الإيجار فمن الناحية الاقتصادية ، تتميز هذه المرحلة بدفع الإيجارات التي يمكن أن تعتبر رد لقيمة القرض الممنوح في شكل أصول حيث أن البنك يتحصل على الأموال التي دفعها في شراء تلك الأصول شيئا فشيئا ، مع العلم أن هذه الإيجارات تحدد قيمتها بحسب مردودية الأصل مما يجعل الإيجارات تتناسب وتتناقص حسب مردودية الأصل الذي يستعمله ، ولكن من الناحية القانونية فإن علاقة المتقاعدين هي علاقة إيجار ترتب التزامات على عاتق كل متقاعد طبقا للأحكام الخاصة

بعقد الإيجار⁽¹⁾، ويختلف الإيجار هنا عن عقد الإيجار العادي طبقا للقواعد العامة في نقطتين:

1- ارتفاع الأجرة نسبيا لأنه يراعى في تحديدها تغطية تكاليف الشراء وعائد مناسب للممول.

2- تحمل المستأجر كافة الأخطار التي تتعرض لها الأشياء والتجهيزات المسلمة له⁽²⁾.

3- مرحلة الخيار: وهنا نجد وعد ملزم لجانب واحد بالبيع أو بإعادة التأجير في نهاية مدة الإيجار ، حيث يتضمن الاتفاق وعدا للمستأجر إذا أعلن عن رغبته بتملك الأشياء محل العقد أو بإعادة استئجارها أو ردها.

وطبقا للمادة 45 من الأمر 09-96 فإنه إذا قرر المستأجر حق الخيار بالشراء في التاريخ المتفق عليه عن طريق رسالة مضمونة الوصول ، موجهة إلى المؤجر خمسة عشر يوما على الأقل قبل هذا التاريخ ، يتعين على المتعاقدين الإثبات بعقد ناقل للملكية يحرر لدى الموثق والقيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بالبيع والإشهار المنصوص عليها في القوانين المعمول بها.

وفي هذه الحالة ينتهي عقد الاعتماد الإيجاري بشرط أن يكون المتعاقدان قد وفيا بالتزاماتهما ، ويعتبر بيع الأصل المؤجر قد تم فعلا عند تاريخ تحرير العقد الرسمي المتعلق به بغض النظر عن عدم القيام بإجراءات الإشهار التي يبقى الطرفان البائع والمشتري ملزمان بها.

ولا يعني اشتغال الاعتماد الإيجاري لتلك العمليات القانونية تقسيمه أو تجزئته ، ولكننا نكون إزاء عملية قانونية مركبة من عدة عمليات تقليدية تكون في مجموعها تصرفا قانونيا واحدا غير قابل للتجزئة ومستقلا بذاته عن كل الأعمال القانونية المكونة له⁽¹⁾.

2- الطبيعة القانونية لهذا العقد: لقد اختلف الرأي حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد

الاعتماد الإيجاري، فهناك اتجاه يرى بأنه عقد قرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان⁽²⁾

⁽³⁾ فهذه العملية بالنظر إلى جوهرها هي قبل كل شيء تقنية للتمويل مضمونة بالملكية أين

(1) راجع في ذلك: M . Cabrillac , C.Mouly , op. Cit. , p.417 .

(2) راجع في ذلك: حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 36 .

(1) راجع في ذلك: محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 37 .

(2) راجع في ذلك: Chantal , Bruneau , Le crédit-bail mobilier , Paris :Banque éditeur 1999.p36.

يحتفظ المؤجر بالشيء طيلة مدة الإيجار ، وباعتبار ملكية الشيء كضمان يفترض أن لا نعتد بالمظهر القانوني للتركيب التعاقدية ، ولكن نأخذ بعين الاعتبار الحقيقة الاقتصادية للعملية ، فلا ننظر إليها كمجرد بيع متبوع بإيجار مع وعد بالبيع ولكن كقرض حقيقي مضمون بملكية الشيء الممول⁽³⁾.

ولذلك هناك من يرى أن عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد إيجار تم تغيير طبيعته ، والمستأجر يعد كمقرض أكثر منه مستأجر ، والبنك قبل كل شيء يعد مقرض أكثر منه مؤجر ، فكل من طرفي العقد لهم صفة لا تعبر عن الطبيعة الحقيقية لعلاقتهم ، والدليل على ذلك الشروط التي يضعها البنك في عقد الاعتماد الإيجاري التي ينقل بموجبها للمستأجر الحقوق والالتزامات المرتبطة بصفته كمالك⁽⁴⁾.

فبعض الفقهاء وضعوا ملاحظاتهم بصدد الطبيعة القانونية لحق الملكية كضمان في الاعتماد الإيجاري باعتبار أن ملكية المؤجر لا تعد بمثابة تأمين حقيقي لأنها لا تطابق المعايير الأساسية للتأمينات ، فغاية التأمين هي ضمان الدين ، و لكن بالنسبة للاعتماد الإيجاري لم يتم اختياره ليسس بهدف ضمان الدين فقط وإنما لأسباب أخرى ، مالية ، ضرائبية ، محاسبية ... إلخ.

فيكون التأمين مخصص بصفة استثنائية لضمان دفع الدين ، في الملكية في الاعتماد الإيجاري لم تخصص بصفة استثنائية كضمان للبنك لأنه يستمر في خصم قيمة الانتفاع في شكل مقابل للإيجار ، وفي حالة عدم دفع الإيجار يكون للمؤجر الحق في فسخ العقد ، ويسترجع الأصل المؤجر . وهذا لا يمكن أن يفسر مثل الفسخ للضمان ، كالرهن مثلا ، لأن المؤجر يحتفظ بمستحقات الإيجار غير المدفوعة في شكل شرط جزائي.

⁽³⁾ راجع في ذلك: J . Mestre , E .Putman , M , Billian , op.cit , p21.

⁽⁴⁾ راجع في ذلك: Dominique , Legeais , op.cit , p 335 . « Le régime applicable au crédit-bail se ressent fortement de ce décalage , par de nombreuses clauses les établissements de crédit-bail , transfèrent en effet aux crédit-preneurs les droits et obligation liées à leurs qualité de propriété ».

وأخيرا فإن تبعية التأمين غير متوافرة في الاعتماد الايجاري لأن الضمانة المتمثلة في الملكية ليست تابعة للدين⁽¹⁾ لأن الطابع التبعية يفترض أن يؤدي دفع الدين إلى انقضائه وبالتبعية ينقضي معه الضمان الذي ضمنه ، فحتى ولو استوفى البنك المؤجر كل دينه من المستأجر فإن الملكية (ضمان) لا تنقضي ، ويبقى البنك المؤجر مالك للأصل ، وتنتقل هذه الملكية إلى المستأجر في حالة واحدة وهي استعماله لحقه في خيار الشراء. فالملكية هنا مرتبطة بصفة المؤجر وليس بدينه.

وما دنا بصدد دراسة حق الملكية كضمان فإننا لا نخوض في الجدل حول تحديد الطبيعة القانونية ، لأن الذي يهمنا في هذا المجال هو الطبيعة الائتمانية للعقد حيث يحتفظ المالك (البنك) بملكية الأشياء المؤجرة على سبيل الضمان ، فالملكية هنا تكون وسيلة تؤمن حق البنك الممول استرداد المبلغ الذي دفعه في تمويل عملية الحصول على الشيء محل التعاقد . وليس هناك ضمان بالمعنى الضيق (تأمين). وسوف نتطرق إلى آثار هذا العقد من خلال حقوق والتزامات كل من المستأجر والمؤجر (البنك المقرض).

ثانيا : آثار عقد الاعتماد الايجاري:

يرتب عقد الاعتماد الايجاري آثارا بالنسبة لكل من المقرض (المستأجر) والبنك (المؤجر).

1- بالنسبة للمستأجر:

أ- حقوق المستأجر: يتمتع المستأجر بحقوق كحق الانتفاع بالأصل المؤجر بمقتضى عقد الاعتماد الايجاري ابتداء من تاريخ تسليم الأصل المؤجر من قبل المؤجر والمحدد في العقد إلى غاية انقضاء المدة المحددة.

ويضمن المؤجر هذا الانتفاع ، هذا بالنسبة للأصول المنقولة⁽¹⁾ أما بالنسبة للأصول غير المنقولة ، فإنه حسب نص المادة 37 من الأمر 09-96 تكون الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الطرفين في الأصول غير المنقولة هي تلك المحددة في إطار عقد الاعتماد الايجاري ، وفي حالة سكوت العقد تلك المقبولة من طرف القانون المدني في مجال الإيجار إلا في حالة

Boutelet , Blocaille , op.cit , p124 .

⁽¹⁾ راجع في ذلك:

⁽¹⁾ المواد 29 ، 30 ، 31 من الأمر 09-96 .

وجود استثناءات منصوص عليها في هذا الأمر أو عدم تلاؤم بعض أحكام القانون المدني مع طبيعة عقد الاعتماد الإيجاري الذي يعتبر كعملية قرض حسب المفهوم المحدد بمقتضى هذا الأمر فنرجع بذلك إلى حقوق المستأجر في عقد الإيجار المنصوص عليها في القانون المدني⁽²⁾.

ب- التزامات المستأجر⁽³⁾: يلتزم المستأجر بأن يدفع للمؤجر مقابل حق الانتفاع بالأصل المؤجر وفي التواريخ المتفق عليها ، المبالغ المحددة كإيجارات في عقد الاعتماد الإيجاري⁽⁴⁾.

- يلتزم كذلك بصيانة الأصل المؤجر والحفاظ عليه ، ويجب أن يسمح للمؤجر أن يدخل إلى المحلات التي يوجد فيها الأصل المؤجر ليتمكن من مراقبة حالته . وكذلك يلتزم المؤجر خلال مدة الانتفاع بالأصل المؤجر ، باستعماله حسب الاستعمال المتفق عليه . ويقوم بالتأمين عليه على حسابه ، ضد مخاطر الإتلاف الكلي أو الجزئي والتي تحد أو تمنع الاستعمال المتفق عليه وأخيرا وعند انقضاء مدة الإيجار يجب على المستأجر في حالة عدم رغبته في الشراء أو في تجديد الإيجار أن يرد الأصل المؤجر في حالة اشتغال واستعمال توافق حالة الأصل المماثل وحسب عمره الاقتصادي . هذا بالنسبة للأصول المنقولة ، وبالنسبة للأصول غير المنقولة يلتزم المستأجر إضافة إلى الالتزامات الواردة في القانون المدني فيما يخص الإيجار بالالتزامات التي حددها المشرع في الأمر السالف الذكر ، كالاتزام بدفع الإيجار حسب السعر والمكان والتواريخ المتفق عليها ، السماح للمؤجر بإجراء الترميمات للحفاظ على الأصل المؤجر.

- الالتزام بعدم إحداث أي تغيير للأصل بدون إذن المؤجر .
- الالتزام بالاعتناء بالأصل المؤجر والمحافظة عليه .
- الالتزام بعدم التنازل عن حقه في الانتفاع وعدم إعادة تأجير الأصل دون موافقة صريحة من المؤجر.

2- بالنسبة للمؤجر(البنك):

⁽²⁾ أنظر عقد الإيجار في القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثامن (العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء) من القانون المدني.

⁽³⁾ أنظر المواد 32 إلى 36 من الأمر 96-09 وكذا المادة 39 من نفس الأمر .

⁽⁴⁾ أنظر نموذج عقد الاعتماد الإيجاري بين البنك والمقترض في الملحق رقم 44 .

- أ- **التزامات المؤجر:** باعتبار المؤجر للأصل المؤجر يلتزم بالقيام بالتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية والمنصوص عليها في القانون المدني ، وذلك خلال كل مدة الإيجار ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك ، ومن بين هذه الالتزامات:
- الالتزام بتسليم الأصل المؤجر طبقا للخصوصيات التقنية المعينة من قبل المستأجر في الحالة وفي التاريخ المتفق عليهما في عقد الاعتماد الإيجاري.
 - الالتزام بدفع الرسوم والتكاليف الأخرى من هذا القبيل والتي تترتب على الأصل المؤجر.
 - الالتزام بعدم القيام بأي عمل من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر وعدم تغييره تغييرا يغير من انتفاعه.
 - التزام المؤجر بضمان المستأجر ضد جميع عيوب الأصل المؤجر أو نقائصه والتي تحول دون الانتفاع به أو تنقص بصفة ملموسة من قيمة الأصل ، باستثناء العيوب والنقائص التي يسمح العرف بها أو التي أعلم بها المستأجر وكان هذا الأخير على علم بها وقت إبرام عقد الاعتماد الإيجاري.
- ب- **امتيازات المؤجر:** يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الإيجاري إلى غاية تحقق شراء المستأجر لهذا الأصل باستعمال حقه في خيار الشراء عند انتهاء مدة الإيجار وبالتالي يستفيد البنك من كل الحقوق المرتبطة بحق الملكية.
- وله الحق عند عدم دفع المستأجر لقسط واحد من الإيجار وبعد إشعار مسبق أو إعدار لمدة 15 يوما كاملة أن يضع حدا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بديل عريضة عن رئيس المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إقامة المؤجر ، ويمكن للمؤجر بعد استرجاع الأصل أن يتصرف فيه عن طريق التأجير أو البيع أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية.
 - وفي حالة إفلاس المستأجر يكون للبنك امتياز قانوني يستطيع من خلاله أن يمتاز على الدائنين الآخرين للمستأجر ، وذلك بعدم تمكنهم من متابعة الأصل المؤجر مهما كان وضعهم القانوني.

- وإضافة إلى الضمانات التعاقدية ، يتمتع المؤجر من أجل تحصيل مستحقاته الناشئة عن عقد الاعتماد الإيجاري (من أصل وملحقات) بحق امتياز عام على كل الأصول المنقولة ، وغير المنقولة التي للمستأجر وكذا مستحقاته ، والأموال الموجودة بحسابه ، وبلي هذا الامتياز مباشرة الامتيازات المنصوص عليها في المادتين 990 و 991 من القانون المدني والامتيازات الخاصة بالأجراء.

وبالتالي يمكن للمؤجر الحصول على مستحقاته قبل أي دائن لآخر.

- أما فيما يتعلق بالأموال المودعة في الحسابات والمستحقات والمنقولات الخاصة بالمستأجر ، فيمارس حق الامتياز القانوني للمؤجر بمجرد اعتراض أو حجز نهائي أو حجز تحفظي أو إنذار يوجه للمستأجر أو الغير الحائز أو الغير المدين عن طريق رسالة مضمنة الوصول مع إشعار بالاستلام أو عن طريق محضر يعده محضر (م 24) من الأمر السالف الذكر.

- ويمكن للمؤجر للمحافظة على مستحقاته أن يتخذ جميع إجراءات الحجز التحفظي على منقولات المستأجر وعقاراته حسب الإشكال المنصوص عليها في القانون.

- وفي حالة ضياع جزئي أو كلي للأصل المؤجر ، للمؤجر الحق في قبض التعويضات الخاصة بتأمين الأصل المؤجر بغض النظر عن تكاليف المستأجر بأقساط التأمين المكتتبة ودون الحاجة إلى تفويض خاص لهذا الغرض.

- وقد يضيف البنك شروطا أخرى في عقد الاعتماد الإيجاري لزيادة الحماية⁽¹⁾ كأن ينص في العقد على أن يلتزم المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو شخصية ، ويحق للمؤجر طبقا للمادة 28 من الأمر 09-96 بصفته مانح للقرض أن يتقدم على كل دائني المستأجر الآخرين لتحصيل ناتج تحقيق الضمانات العينية المكونة لصالحه وكذا المبالغ المستحقة عليه في أي وقت.

- ويمكن للبنك أن يعفي نفسه من المسؤولية المدنية اتجاه المستأجر أو اتجاه طرف آخر.

- أو أن يعفي نفسه من الالتزامات الملقة عادة على صاحب الملكية ومثال ذلك أن يتكفل المستأجر بوضع الأصل المؤجر ، ويتحمل نفقاته والمخاطر التي يتعرض لها ، والالتزامات بصيانة هذا الأصل وإصلاحه والالتزام باكتتاب تأمين.

(1) المادة 17 من الأمر 09-96 .

ويمكن للبنك كذلك أن يشترط طبقاً للمادة 18 من الأمر السالف الذكر:

- تنازل المستأجر عن ضمان الاستحقاق وعن ضمان العيوب الخفية.
- تنازل المستأجر عن فسخ الإيجار أو تخفيض سعر الإيجار في حالة أتلاف الأصل المؤجر.

- التنازل عن إمكانية المستأجر بمطالبة المؤجر بتبديل الأصل المؤجر في حالة قدم طرازه خلال مدة عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

ومن خلال هذه الامتيازات الممنوحة للبنك المؤجر تظهر لنا فعالية هذه التقنية (التمثلة في الاعتماد الإيجاري) في تحقيق الحماية للبنك الدائن وذلك من خلال احتفاظه بحقه في ملكية الأصول الممولة وما ينتج عن هذا الحق من امتيازات تسمح له باسترجاع الأصول المؤجرة في حالة فسخ الإيجار ودون التزام مع باقي دائني المستأجر.

وعلى عكس شرط الاحتفاظ بالملكية فإن البنك في عقد الاعتماد الإيجاري وعند إفلاس المستأجر له الحق في استرداد الحقوق المؤجرة من التفليسة وذلك طبقاً لنص المادة 20 من الأمر 96-09 السالف الذكر ، وعدم وجود منع ذلك في القانون التجاري الذي يمنع بائع المنقول من استرداد المبيع المحتفظ بملكيته عند إفلاس المشتري.

ولكن مقابل هذه الامتيازات نجد مشاكل تصادف البنك في المجال العملي.

أهمها النقص القانوني في مجال الشهر للتمكن من الاحتجاج على الغير بهذه الضمانة لأنه إذا انتقل الأصل المنقول إلى شخص حسن نية يفقد البنك حقه ، وقد نصت المادة السادسة من الأمر السابق (96-09) على أنه تخضع عمليات الاعتماد الإيجاري إلى إشهار تحدد كفيته عن طريق التنظيم.

فهذا النقص القانوني لغياب نص تنظيمي لبيان كفيات الشهر على عمليات الاعتماد الإيجاري (على غرار الرهون الحيازية للمحلات التجارية والأدوات والمعدات) يؤدي إلى الأضرار بالبنك لأن الجهات القضائية تعتبره كشرط لصحة عقد الاعتماد الإيجاري وما يترتب من اعتباره كذلك من نتائج.

ولذلك لا بد على المشرع تدارك هذا الوضع ، بملى الفراغ بنص تنظيمي ومن الأحسن بمرسوم تنفيذي مثلما هو عليه الحال في الرهن الحيازي للمحلات التجارية والأدوات والمعدات.

إضافة إلى ذلك فإن المشكل الذي تتعرض له البنوك من الناحية الجبائية هو الخضوع إلى الدفع المزدوج لحقوق التسجيل بخصوص الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة على نقل العقار مرتين مرة بالنسبة إلى البنك عندما يشتريه من البائع.

ومرة أخرى عند نقله إلى المستأجر عندما يستعمل حقه في خيار الشراء

وفي نهاية هذا المبحث يظهر أن استعمال حق الملكية كضمان غير متكيفة ، ونظرا لعدم مع الميكانزمات التعاقدية المستعملة لقيام حق الملكية بوظيفة الضمان وهذا يدل على عدم قدرة قانون الالتزامات للقيام بهذه الوظيفة . فاستعمال حق الملكية كضمان لا تكون له فائدة حقيقية إلا إذا كان الدائنين المالكين في وضعية ممتازة بالمقارنة مع الدائنين الذين لهم تأمينات عينية كلاسيكية.

وختاما لفصلنا هذا يمكننا أن نقول بأن التأمينات العينية التقليدية تبقى ذات أهمية أساسية رغم نسبية الفعالية التي تحققها في توفير الحماية للبنك الدائن بسبب المشاكل والصعوبات المرتبطة بها .

ورغم توصل الممارسة إلى إيجاد ضمانات عينية أخرى تقوم على حق الملكية إلا أنها لا تخلو من العيوب والنقائص ولا تمنع تعرض البنك للمخاطر، ولا تغني عن اللجوء إلى التأمينات العينية التقليدية (1).

⁽¹⁾ راجع في ذلك. Jean pierre, Dexchanel, Droit Bancaire , paris : dalloz, 1997, p.51.52.

الخاتمة

وأخيرا ، وعلى ضوء ما تقدم ، يمكننا استخلاص ، أن الثقة هي جوهر الائتمان ، وأن الائتمان مرتبط بالمستقبل ولذلك فهو مرتبط بالمخاطر ، وهذه المخاطر يتحمل المصرفي جزء من مسئوليتها ، إذا لم يقدر الخطورة جيدا ، أو قصر في تأمين تدخله بالضمانات الكافية.

وقد قمنا بدراسة أغلب الضمانات المنتشرة في المجال المصرفي سواء الضمانات الشخصية أو العينية ، وسواء ضمانات كلاسيكية أو ضمانات ناشئة عن الممارسة.

وقد رأينا من خلال هذه الدراسة ، ومن خلال إثارتنا لأغلب المشاكل التي تصادف البنوك في المجال العملي ، أنه لا توجد ضمانات مثالية ، خالية من كل العيوب ، أو تأمين من كل المخاطر ، وليست هناك كيفية محددة لتفادي الأخطاء في اختيار أحسن الضمانات ، لأن كل مقترض ، وكل طلب قرض ، وكل نوع من أنواع القروض يحتاج إلى تحديد الضمان الأكثر تطابقا مع خصوصياته ، فكل الضمانات مهما كانت إيجابياتها تجر وراءها مخاطر يجب العمل على تفاديها.

فبالنسبة للضمانات الشخصية التقليدية وعلى رأسها الكفالة نجد أن أحكام القانون المدني الجامدة تعيق عقد الكفالة في تأدية وظيفته كضمان.

وفيما يتعلق بالضمانات الشخصية الناشئة عن الممارسة ، فإنه رغم مرونتها ، وبساطتها ، إلا أنها تحمل في طياتها عدة مخاطر (كخطابات الضمان التي تتضمن إلزاما ببذل عناية أو الضمانات المستقلة التي لا تصاغ في عبارات واضحة ، أو تقنية التأمين المستعملة كضمان والتي لا تغطي إلا جزء من المخاطر التي يتعرض لها البنك).

أما بالنسبة للضمانات العينية التقليدية ، رغم المزايا التي تتميز بها ، والتي تجعلها ضمانات أكيدة ، فإن الشكليات الطويلة والمعقدة اللازمة لإنشائها أو وضعها حيز التنفيذ تقلل من أهميتها وتضعف من فعاليتها.

وحتى بالنسبة للامتيازات القانونية التي أحيطت بها البنوك والمؤسسات المالية باعتبارها أحد أهم ركائز النشاط الاقتصادي وبحكم ائتمانها على ودائع الجمهور ، فإن هذه الحماية القانونية لم تجسد على أرض الواقع وليست لها أية إعانة في الميدان ، ويعود ذلك إلى عدم اعتراف القضاء بهذه الامتيازات واستنكاره أن يتميز بعض الدائنين على البعض الآخر.

ولا يختلف الأمر بالنسبة للضمانات العينية الناشئة عن الممارسة التي لا تخلو من المخاطر ، نظرا لعدم وجود وسيلة للشهر سواء بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية أو الاعتماد الاجاري وما ينتج عن ذلك من إمكان احتجاج الحائز حسن النية بقاعدة الحيازة في المنقول.

والهدف من التذكير بهذه المخاطر هو التعرف على المشاكل التي تعانيها البنوك في مجال منح الائتمان والتي تعتبر السبب في عدم فعالية الضمانات وذلك لإمكان إيجاد الحلول الملائمة لضمان هذه الفعالية ، أو على الأقل للتخفيف من تلك المشاكل.

وفي هذا المجال ، نرى أن أحسن حل لذلك يكمن في زيادة فعالية الضمانات الكلاسيكية الموجودة (التأمينات الشخصية والعينية) وتقوية مركز الدائن فيها ، ولتحقيق ذلك نقترح ما يلي:

- تشجيع الكفالة البنكية ، نظرا لما تحققه من فعالية (لأن البنك يكون دائما في حالة يسر ولا يقدم كفالاته إلا إذا تأكد من زبونه وقدراته على التسديد).

- العمل على تسهيل تداول الحقوق المدنية ، وتبسيط إجراءاتها لأن أهم ما يعزز حق الدائن هو قابلية وسرعة هذا الحق للتداول ، وبذلك لا يخشى البنك مانح الائتمان تجميد أمواله لمدة طويلة ، ويستطيع تسهيل حقوقه عن طريق التظهير أو الخصم أو غير ذلك مما هو مطبق في القانون التجاري.

- ضرورة تنظيم الإعسار المدني على غرار التشريعات الأخرى ، لأن ذلك يجعل الدائن مطمئنا على مصير حقه بأن يكفل دعم الثقة وبالتالي لا يحتاج إلى التزام مع غيره ، فضلا عن صيانة الضمان العام للدائنين بمنع المدين من العبث بأمواله وتبديدها.

- سرعة الفصل في المنازعات وتبسيط الإجراءات ، لأن سرعة الفصل في المنازعات من عوامل الحماية ، حتى لا ينتظر البنك كثيرا للوصول إلى حقه ، كما أن تبسيط الإجراءات يؤدي إلى تقليل تكلفة القرض باعتبار أن البنك يدخل في اعتباره عند حساب هذه التكلفة كل ما يتعرض له من مخاطر ، ومن بينها بطبيعة الحال مخاطر طول الإجراءات وتعقيدها وما يكلفه ذلك من مصاريف.

- التخفيف من حدة القواعد المنظمة للرهن الرسمي خاصة فيما يتعلق بملكية الراهن للعقار المرهون وما يثيره من مشاكل في المجال التطبيقي ، وإجازة أن يتم الرهن من شخص مستفيد من عقد إداري أو صاحب حق امتياز.

- إعطاء المادة 179 من قانون النقد والقرض فعاليتها القصوى ، فيما يتعلق بالرهن الرسمي القانوني بإجازة أن يكون الرهن من الغير.

- ملئ الفراغ القانوني في مجال الرهن الحيازي للسيارات.

- وبخصوص الامتيازات الممنوحة بموجب قانون النقد والقرض فإن أي تدخل تشريعي لتعزيز حقوق الدائن في مجال الائتمان لا بد أن يتواءم معه عمل مواز في القضاء ، لذلك لا بد من تدخل المشرع بصفة سريعة للزيادة من فعالية هذه الامتيازات وذلك من خلال وضع تكوين للقضاة حيز التطبيق في مجال البنوك والعمليات البنكية بهدف التعريف أكثر بهذا القطاع الحساس وخصوصياته التي تميزه عن باقي الدائنين العاديين ، وهو ما تم نقاشه من خلال الملتقى الوطني بين جهازي القضاء والبنوك في سنة 1998 والذي كشف عن الهوة الفاصلة بين الجهازين.

*ولكن زيادة فعالية الضمانات الكلاسيكية لا يعني أننا نقف عائقا أمام التطور ، وإنما يجب البحث عن أجدى وأحسن الأساليب والتقنيات التي تسمح بتوفير أكبر حماية فرغم ما تحمله الضمانات الناشئة عن الممارسة من إيجابيات ، إلا أن تدخل المشرع للزيادة من فعاليتها يبقى أمرا ضروريا ، لذلك يمكننا اقتراح ما يلي:

- تنظيم كل من خطابات الضمان والضمانات المستقلة بواسطة نصوص خاصة عن طريق تحديد النظام العام لهذه الضمانات مثلما هو وارد بشأن الكفالة.

- تنظيم تأمين القرض ضمن الأمر المتعلق بالتأمين على غرار أنواع التأمين الأخرى (التأمين ضد الحريق ، التأمين على الأشخاص...إلخ).

أو بنصوص خاصة ، كما هو الأمر بالنسبة لتأمين القرض عند التصدير (أو تأمين القرض الخارجي)، وذلك بتحديد المبادئ العامة لهذا التأمين ، حتى لا يبقى الأمر بيد المؤمن بدون قيد أو شرط .

- بالنسبة لاستعمال حق الملكية كضمان ولما تحققه من مزايا فإنه من الضروري أن يتدخل المشرع بإيجاد وسيلة لإشهار هذه الضمانات لإمكان الاحتجاج بها على الغير.

وفي الختام ، ونظرا لبحث البنوك عن الميكانزمات الأكثر فعالية في تحقيق الحماية والحد من المسؤولية البنكية في مجال منح الائتمان ، فإن الضمانات لا تقف اليوم عن التنوع والتطور ، ولهذا نبقي المجال مفتوحا أمام ضمانات أخرى كفيلة بتحقيق هذا الغرض.

قائمة المراجع باللغة العربية

أ/المؤلفات:

- 1- إسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، القاهرة: دار النهضة العربية ، ج.3، 1993.
- 2- الآجري ، خير الدين ، المختصر الشامل لتقنيات القروض البنكية وعمليات الخصم ، تونس : العالمية للإشهار والتنمية ، 1980.
- 3- البارودي ، علي ، القانون التجاري: العقود وعمليات البنوك ، بيروت: الدار الجامعية ، 1991.
- 4- البارودي ، علي ، القانون التجاري: الأوراق التجارية والإفلاس ، بيروت:الدار الجامعية ، 1991.
- 5- برهان الدين ، جمل ، السندات التجارية في القانون التجاري: السفتجة والسند لأمر الشيك ، الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، 1988.
- 6- البهنساوي ، صفوت ناجي ، القانون التجاري وعمليات البنوك ، القاهرة : دار النهضة العربية ، 1993.
- 7- حمدي باشا ، عمر ، نقل الملكية العقارية ، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، 2000.

8- حسنين ، محمد ، الوجيز في نظرية الالتزام ، بن عكنون الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب 1983.

9- حسنين ، محمد ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب.

10- خليل الحمزاوي ، محمد كمال ، إقتصاديات الائتمان المصرفي (دراسة تطبيقية للنشاط الائتماني وأهم محدداته) ، مصر – الإسكندرية: منشأة المعارف ، 1997.

11- سعد ، نبيل إبراهيم ، نحو قانون خاص بالائتمان ، القاهرة :منشأة المعارف ،1991.

12- السنهوري ، عبد الرزاق ، حق الملكية بوجه عام ، الجزء السادس ، بيروت : دار الإحياء العربي، [د.ت]

13- السنهوري ، عبد الرزاق ، عقد البيع ، الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة) ، الجزء الرابع ، بيروت:دار الإحياء العربي.

14- السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية) الجزء العاشر ، القاهرة : دار النهضة العربية ، 1970.

15- شيحة ، مصطفى رشدي ، النقود والمصارف والائتمان ، الدار الجامعة الجديدة للنشر 1999.

16- عوض ، علي جمال الدين ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، القاهرة: دار النهضة العربية ، 1994.

17- عوض ، علي جمال الدين ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، مصر: المكتبة القانونية ، 1993.

18- الفيومي ، محمد ، نظم المعلومات المحاسبية في المنشآت المالية : البنوك التجارية وشركات التأمين ، بيروت: الدار الجامعية ، 1990.

19- القزويني ، شاكِر ، محاضرات في اقتصاد البنوك ، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية ، 1992.

20- القيلوبي ، سميحة ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، القاهرة: مكتبة عين الشمس ، 1992.

21- محمد حسين ، منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي ، القاهرة الإسكندرية: منشأة المعارف ، 1996.

ب/ النصوص القانونية:

- قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المعدل بموجب الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 27 فيفري 2001 .

• الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-80 المؤرخ في 08 أوت 1980 والقانون رقم 01-83 المؤرخ في 29 جانفي 1983 والقانون رقم 21-84 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 والقانون رقم 14-88 المؤرخ في 03 ماي 1988 والقانون رقم 01-89 المؤرخ في 07 أبريل 1989.

• الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 20-87 المؤرخ في 23 ديسمبر 1987 والقانون رقم 04-88 المؤرخ في 12 يناير 1988 والمرسوم التشريعي 08-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 وأخيرا الأمر رقم 27-96 المؤرخ في 1996/12/09.

• الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

• المرسوم التنفيذي رقم 123-93 المؤرخ في 19 ماي 1993 المعدل للأمر 74-75 السالف الذكر.

• المرسوم رقم 74-77 المؤرخ في 19 فيفري 1977 المتعلق بتجديد قيود الامتياز والرهون العقارية لفائدة بعض المؤسسات والجماعات المحلية.

• المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري.

• المرسوم التنفيذي رقم 434-91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

• المرسوم التنفيذي رقم 98-109 المؤرخ في 14 أفريل 1998 الذي يحدد كيفية تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط في المحاكم والمتعلقة بمسك السجلات العمومية للبيع ورهون الحيازة للمحلات التجارية وإجراءات قيد الامتياز المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري.

• المرسوم التنفيذي رقم 99-44 المؤرخ في 13 فيفري 1995 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الأخطار الناجمة عن القروض المصغرة وتحديد قانونه الأساسي ، ج ر العدد 8.

• المرسوم رقم 96-09 المؤرخ في 10/01/1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري.

ج/ الملتقيات

- الملتقى الدولي المنعقد في الجزائر بتاريخ 28 و29 فيفري 2000 حول الرهن الرسمي والضمانات العينية.

- الملتقى الوطني بين جهاز القضاء والبنوك سنة 1998

قائمة المراجع باللغة الفرنسية

A- MONOGRAPHIES :

- 1-** Ancel , Pascal , Manuel de droit du crédit , 3^{ème} édition , Paris : Litec , 1994
- 2-** Assaraf, L. , Opération de crédits bancaires, Paris :Clet-Edition , Banque "[s.d].
- 3-** Bannival , P , Attia , A ,Haon :contester ou réclamer face aux banques, aux assurances....Paris, Mascima éditeur, 1998
- 4-** Bastin, Jean, La Défaillance de paiement et sa protection , L'assurance-crédit , 2^{ème} édition , Paris :L.G.D.J, 1993
- 5-** Baudinot, A., Technique et pratique bancaire,3^{ème} édition,Paris :Edition Sirey, 1974
- 6-** Bermond, Marie Laure, Droit du crédit, 3éd., Paris : Economica, 1993
- 7-** Bisch, Michel, Assurance Banque , Paris :La sécurita éditeur 1992
- 8-** Bouteiller-Patrice, Ribay, François droit Bancaire Pratique, 200 Questions Pratiques/réponses Paris :L'épargne 1991
- 9-** Bouvert , Poulette , Siret, Nicole, Relations Juridiques : Cas Pratique, énonces , corrigés des cas pratique (Manuel) , Paris : Dunod, 1998
- 10-** Branger, Jacques, Traités d'économie bancaire, t.2 : Instruments juridiques, Paris : PUF, 1975
- 11-** Branlard, Jean Paul , Droit du crédit , Paris :Aengde, 1997
- 12-** Burgard, Jean Jaques, massy , Olivier Robert de Massy , La banque en france, Paris : Dalloz 1995
- 13-** Cabrillac , M, Mouly ,C, Droit des sûretés , Paris : Litec 1990

- 14-** Chantal, Bruneaux, Le Crédit-Bail Mobilier, Paris : Banque éditeur, 1999
- 15-** Crocq, Pierre , Propriété et Garantie , Paris : L.G.D.j, 1995
- 16-** Dekeuwer-Defoses , Françoise, Droit Bancaire Paris..Dalloz 1992
- 17-** Deschanel, Jean Pierre, Lemoine Laurant, L'assurance-Crédit, Paris : PUF, 1996
- 18-** P.Bouteiller Francois Ribay L'exploitant de la banque et le droit : Réponse à 200 Questions Pratiques, Paris : La Revue Banque éditeur, 1993
- 19-** Nassou . Majid La banque et les principales contraintes de L'environnement institutionnel. L'entreprise et la banque dans les mutations économiques en Algérie , Alger : OPU , 1994 (Ouvrage collectif)
- 20-** Gaudin, Michel, Le Crédit au particulier, Paris : Société éducative financière internationale, 1996
- 21-** Gavalda, C., Staufflet, j , Droit de la banque, Paris : Litec 2^{ème} édition , 1994
- 22-** Gobin, Gilles, les opérations bancaires et leurs fondements économiques , Paris : Dunod, 1980
- 23-** Grua, François , Contrats bancaires : Contrats de services , Paris : Economica, 1994
- 24-** Hegner, Philip, La caution personnelle, Toulouse : Rezelfels, 2^{ème} édition, 1996

- 25-** Legeais , Dominique , Sûretés et garanties du crédit, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence , 1996
- 26-** Lucien, M.Martin, banques et bourses, Montchrestien, 3^{ème} édition , 1991
- 27-** Martin, Claude, Deliereux, Martine, Les garanties bancaires autonomes, Bruxelles : Bruylant, 1991
- 28-** Matieu, Michel, L'exploitant bancaire et le risque crédit, La Revue banque éditeur, 1995
- 29-** Mondino, Jean, Thomas, Y., le droit du crédit , Paris : Dunod, 1992
- 30-** Pausson, Alin, Relations juridiques de crédit de travail et de contentieux, Paris : Dunod, 1998
- 31-** Peltier, Frederic, Introduction au droit de crédit : La Revue banque éditeur, 2^{ème} édition, 1990
- 32-** Remilleret, M., Les sûretés de crédit, Paris : Clet édition banque, 1983
- 33-** Rivers, Lange, Jean-Louis, Reynaud, Monique, Contamine, Droit bancaire, Paris : Dalloz, 1996
- 34-** Sage, François, Chabbi, Daniele, sûretés réelles Garanties Assimilables et redressement judiciaire, Paris L.G.D.j : 1996
- 35-** Santoures, Bernard, Denis, Gatamel, Droit du crédit , Droit du Travail, Paris : Dunod, 1996
- 36-** Sert, Anne Maris percée Du sert, Risque et contrôle de risque, Paris :Economica, 1999

37- Simon, Claude , Les banques, Paris : Dunod, 1984

B- REVUES :

- 1-** M .Charif pratique du financement de marchés publique et risque des opérations . Convergence, Revue éditée par la Banque extérieur d'Algérie, N°6 (Déc.2000)
- 2-** Christian .Gavalda .Gilbert . parliani . Le cautionnement. JURIS - Classeur, Crédit-Banque, 1998. fasc. 740
- 3-** Dib .Said . Reforme du système bancaire ou reforme de l'environnement bancaire. Revue Media Bank N°46 (Févr-Mars 2000)
- 4-** Francois. Viterbo . Le sort de la réserve de propriété en période de règlement amiable. La Revue Banque et droit, N°65 (mai –juin1999)
- 5-** Jean pierre. Bertrel. Les lettres d'intention. La Revue Banque, N°465 (Oct. 1986) / N°567(Fév 1996)
- 6-** Revue de droit Bancaire et Financier N°5 (Sept-Oct 2000). et N°6 (Nov.-Déc. 2000). et N°4 (Janv.-Févr. 2000)
- 7-** Dominique . Legeais . La responsabilité des banques mises en cause par les cautions. La Revue Banque et droit, (Janv.-Févr. 2000), N°69

الفهرس

الشكر

الإهداء

المقدمة:	01
المبحث التمهيدي: مفهوم الائتمان وحماية البنك من مخاطره	03
المطلب الأول: مفهوم الائتمان	03
الفرع الأول: تعريف الائتمان	03
الفرع الثاني: أنواع الائتمان	05
أولاً: الائتمان قصير الأجل	05
ثانياً: الائتمان طويل الأجل (الائتمان الإستثماري)	07
الفرع الثالث: خصائص الائتمان البنكي والعناصر المميزة له	08
أولاً: خصائص الائتم	ان
البنكي	08
ثانياً: عناصر الائتم	ان
البنكي	10
المطلب الثاني: حماية البنك من مخاطر الائتمان	12
الفرع الأول: حماية البنك من خلال دراسة طلب القرض واحترام القواعد الحذرية	12
أولاً: دراسة طلب القرض وتحليله	12
ثانياً: إحترام القواعد الحذرية أو الوقائية	15
الفرع الثاني: حماية البنك من خلال اللجوء إلى الضمانات	16
أولاً: وضعية البنك في حالة عدم وجود ضمانات	16

23.....	ثانيا: وضعية البنك في حالة وجود ضمانات
29..	الفصل الأول :الضمانات الشخصية
30.	المبحث الأول : الضمانات الشخصية التقليدية
30.....	المطلب الأول : الكفالة النموذج الأمثل للتأمينات الشخصية
31.....	الفرع الأول:مفهوم الكفالة
31.....	أولا: تعريف الكفالة وخصائصها
32	ثانيا : تصنيفات الكفالة
34.....	الفرع الثاني: إلتزام الكفيل ، صحته ومداه
35.....	أولا: صحة التزام الكفيل
55.....	ثانيا:مدى التزام الكفيل
58.....	الفرع الثالث:تنفيذ الكفالة وتحلل الكفيل من التزامه
58.....	أولا: تنفيذ الكفالة ووفاء الكفيل
62.....	ثانيا: تحلل الكفيل من التزامه دون الوفاء للبنك
70.....	المطلب الثاني : الضمان الاحتياطي(ضمان الأوراق التجارية
70.....	الفرع الأول:شروط الضمان الاحتياطي
70	أولا : الشروط الموضوعية
73	ثانيا : الشروط الشكلية
74.....	الفرع الثاني:آثار الضمان الاحتياطي
74.....	أولا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والحامل
75	ثانيا : العلاقة بين الضامن والموقعين على السفتجة
76.....	ثالثا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمضمون
78.....	المبحث الثاني :الضمانات الشخصية الناشئة عن الممارسة
78.....	المطلب الأول :الضمانات الشخصية المشتقة من الكفالة
79.....	الفرع الأول: خطابات الضمان
79.....	أولا : مفهوم خطابات الضمان
83.....	ثانيا : النظام القانوني لخطابات الضمان
85.....	الفرع الثاني:الضمانات المستقلة

86	أولا : مفهوم الضمانات المستقلة
88	ثانيا : الآثار المترتبة عن الضمانات المستقلة
	المطلب الثاني : الضمانات الشخصية القائمة على تقنية التأمين (التأمين كضمان
91	للوفاة من مخاطر القرض)
92	الفرع الأول: التأمين ضد مخاطر الوفاة والعجز
92	أولا : المخاطر المغطاة بواسطة هذا التأمين
93	ثانيا: التزامات المؤمن له والمؤمن
96	الفرع الثاني: التأمين ضد مخاطر الإعسار (تأمين القرض)
96	أولا : مفهوم تأمين القرض
100	ثانيا : تطبيقات تأمين القرض في المجال البنكي
110	الفصل الثاني : الضمانات العينية
111	المبحث الأول : الضمانات العينية التقليدية (التأمينات العينية)
111	المطلب الأول: الرهن الرسمي
112	الفرع الأول: إنشاء الرهن الرسمي
112	أولا : الرهن الرسمي الاتفاقي
122	ثانيا : الرهن الرسمي القانوني
124	ثالثا: الرهن الرسمي القضائي
126	الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي
126	أولا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین
129	ثانيا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير
135	الفرع الثالث: انقضاء الرهن الرسمي
135	أولا: انقضاؤه بطريقة تبعية
136	ثانيا: انقضاؤه بطريقة أصلية
139	المطلب الثاني: الرهن الحيازي
140	الفرع الأول: الأحكام العامة للرهن الحيازي
140	أولا : إنشاء الرهن الحيازي ونفاذه على الغير
142	ثانيا : آثار الرهن الحيازي ووضعه حيز التنفيذ

الفرع الثاني: تطبيقات الرهن الحيازي في المجال البنكي.....	514
أولاً: الرهن الحيازي بنقل الحيازة للبنك.....	614
ثانياً: الرهن الحيازي دون نقل الحيازة للبنك.....	159
المطلب الثالث: حقوق الامتياز.....	168
الفرع الأول: الأحكام العامة لحقوق الامتياز وأنواعها طبقاً للقانون المدني.....	169
أولاً: الأحكام العامة لحقوق الامتياز.....	169
ثانياً: أنواع الحقوق الممتازة طبقاً للقانون المدني.....	172
الفرع الثاني: مدى تمتع البنك بحق الامتياز.....	178
أولاً: حلول البنك محل بائع العقار في امتياز طبقاً للقانون المدني.....	178
ثانياً: امتياز البنك طبقاً لقانون النقد والقرض.....	179
المبحث الثاني : الضمانات العينية الناشئة عن الممارسة (استعمال حق الملكية كضمان).....	184
المطلب الأول : تكييف استعمال حق الملكية كضمان.....	185
الفرع الأول: مدى مطابقة حق الملكية المستعمل كضمان لخصائص حق الملكية.....	185
أولاً : مطابقة معايير استعمال حق الملكية كضمان للطابع المطلق لحق الملكية.....	186
ثانياً : مطابقة استعمال حق الملكية كضمان مع الطابع الدائم لحق الملكية.....	188
الفرع الثاني: مدى اعتبار حق الملكية كضمان بمثابة تأمين عيني.....	189
أولاً: الإتجاه المؤيد.....	190
ثانياً: الإتجاه المعارض.....	190
المطلب الثاني : مظاهر استعمال حق الملكية كضمان.....	194
الفرع الأول: حلول البنك محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية.....	194

أولاً: تكيف شرط الاحتفاظ بالملكية والآثار المترتبة عنه

196

201 ثانياً : كيفية حلول البنك في شرط الاحتفاظ بالملكية

206 الفرع الثاني: عقد الاعتماد الإيجاري

207 أولاً: مفهوم عقد الاعتماد الإيجاري

212 ثانياً: آثار عقد الاعتماد الإيجاري

218 الخاتمة

219 الملاحق

222 المراجع

231 الفهرس

تم بحمد الله وعونه