جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم السياسية والحقوق

قسم الحقوق

الضمانات القروض البنكية الخاضعة للقواعد الخاصة

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبة:

1/ عروسي حياة

2/ بن يحي مارية

إشراف الأستاذ:

دمانة محمد

لجنة المناقشة

الأستاذ:.....رئيسا

الأستاذ:.....مشرفا ومقررا

الأستاذ:.....عضوا مناقشا

2023/2022

بسم الله الرحمن الرحيم

دعـــــــاء

اللهم نور بالكتاب بصري واطلق به لساني واشرح به صدري ويسر به أمري كي نسبحك كثيرا ونذكرك كثيرا

اللهم لا تدعني أصاب بالغرور إذا نجحت ولا أصاب باليأس إذا فشلت بل ذكرني دائما لأن الفشل هو التجارب التي تسبق النجاح

يا رب علمني أن التسامح هو أكبر مراتب القوة أن حب الانتقام هو أول مظاهر الضعف

يا رب إذا أسأت للناس أعطيني شجاعة الاعتذار وإذا أساء لي الناس أعطيني شجاعة العطف، يا رب إذا جردتني من المال فاترك لي الأمل وإذا جردتني من النجاح اترك لي القدرة على الصبر حتى أتغلب على الفشل وإذا جردتني من نعمة البصر اترك لي نعمة الإيمان يا رب إذا نسيت لا تنساني

اللهم إني أسألك علما نافعا ورزقا طيبا وعملا متقبلا

يا ارحم الراحمين

امين

كلمة شكر

بسم الله الرحمن الرحيم

"فَتَبَسَّمَ ضَاحِكًا مِنْ قَوْلِهَا وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ(19) سورة النمل

صدق الله العظيم

بادئ ذي بدء الشكر لله وحده الذي أمدني بالصبر القوة والعزيمة لإتمام هذه الدراسة من شيم الإنسان المخلص العرفان بالجميل، وأنا لا أملك في هذا المقام من الكلمات سوى كلمة شكر لكل من مد لب يد العون لانجاز هذه المذكرة وأخص بالذكر الأستاذ المشرف" دمانة محمد" على الحرية التي منحها لي وعلى تشجيعاته المتواصلة وتوجيهاته السديدة ونصائحه القيمة الوجيهة التي أفادني بها طوال إعداد وإنجاز هذه المذكرة شكر خاص لكافة أساتذة قسم الحقوق دون استثناء على جهودهم المبذولة من أجل تدريسنا وتعليمنا دون أن أنسى تقديم أسمى عبارات الشكر والتقدير للجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة وكل من ساعدني في انجاز هذه المذكرة ولو بجزء صغير سواء كان من قريب أو بعيد.

وشكرا

الإهداء

الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين

أول من أهدي ثمرة جهدي إلا من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما والديا الذي تمنيتهما أن يشاركاني فرحتي التي لا تكتمل بدونهما اللهم ارحمهم برحمتك الواسعة وأسكنهما فسيح جناتك.

إلى من بوجودهم أكتسب القوة ومحبة لا حدود لها أختاي نبضات قلبي: حميدة، محبوبة الذين دعموني بالدعاء الصادق فكانوا دافعي دوما إلى النجاح حفظهم الله.

وأخص بالذكر في إهدائي هذا خالتي وأمي الثانية "مباركة" حفظها الله وأدام عليها الصحة والعافية.

وأختي أمال وأجمل بنات "زكية" و"توبة".

إلى أجمل ما أهدتني أختي طيلة عمري أولادها محمد أنس حبيبي وطفلي المدلل الذي جعلني أنظر للحياة بروح طفلة بريئة وفرحتي الثانية يانيس عبد الرحمان قطعة السكر التي تحلي أيامي اللهم أحفظهم وأسعدهم ولا ترني فيهم مكروه يارب.

وإلى كل من نسيتهم مذكرتي ولم تنساهم ذاكرتي.

وإلى كل من أحب.

عروسي حياة

الإهداء

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله نحمده حق حمده الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع الذي أرجو أن يكون خالصا لوجهه، وأن ينفعنا به وأن يجد غيرنا فيه منفعتنا.

أهدي هذا العمل إلى من ربط الله بها العمل والعبادة إذ قال سبحانه وتعالى "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا".

إلى "والدي رحمه الله" أسأل الله تعالى أن يتغمد روحه الطاهرة بمزيد من المغفرة والأجر والثواب.

إلى التي تعجز الكلمات عن وصفها "أمي الحبيبة حفظها الله".

إلى كافة أفراد عائلتي إخوتي وأخواتي.

إلى كافة الأصدقاء والأساتذة التي تتلمذت على يدهم.

بن يحي مارية

المحتوى

كلمة شكر	
الإهداء	
مقدمة	1
الفصل الأول: الضمانات المستحدثة للقروض البنكية	
تمهيد	5
المحبث الأول:التوريق كضمان للقروض البنكية	6
المطلب الأول: مفهوم التوريق	6
المطلب الثاني: تأمين القرض كضمان للقروض البنكية	11
المبحث الثاني: الضمان المالي كآلية لضمان القرض البنكي	14
المطلب الأول: مفهوم الضمان المالي	15
المطلب الثاني: مراحل طلب الضمان المالي	22
خلاصة الفصل	26
الفصل الثاني: ضمانات عملية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان	
تمهيد	28
المبحث الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان للقروض البنكية	29
المطلب الأول: مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان	29
المطلب الثاني:التكييف القانوني لشرط الاحتفاظ بالملكية كضمان	40
المبحث الثاني:الاعتماد الايجاري كصورة لشرط الاحتفاظ بالملكية كضمان	40
المطلب الأول: مفهوم الاعتماد الايجاري	41
المطلب الثاني: أطراف الاعتماد الايجاري	44
خلاصة الفصل	48
الخاتمة	50
قائمة المراجع	53
الملخص	59

مقدمة

لاشك أن البنوك دور هام في انتعاش الاقتصاد والمساهمة في تنميته، حيث كلما زاد نموها زاد نمو الاقتصاد، وهذا عن طريق تمويل الأفراد والمؤسسات في إطار دعم المشاريع والاستثمارات، عبر توفير السيولة اللازمة من أجل دعم قدرة البنوك على التوسع في منح الائتمان، الذي يساهم في تعزيز الاستقرار، حيث تسعى جاهدة من خلال أنظمتها إلى مسايرة الواقع ومواكبة العصر لما يفرضه عليها من مستجدات وتحديات، من خلال معاملاتها المالية والمصرفية، والخدمات المقدمة من جهتها اتجاه زبائنها المتعاملين المستفيدين أو المقترضين أو المستثمرين، والمشرع لا يزال في سعي كبير وبحث مستمر ومتواصل عن ضمانات أكثر نجاعة وأكثر فعالية وملائمة، تعمل على توطيد العلاقة بين العميل والبنك، وتحفظ مصلحة الطرفين، ومصلحة الاقتصاد الوطني في آن واحد، لذلك فحاجة البنوك إلى الضمان كحاجة الأرض إلى الماء، باعتبار أن الضمان هو وعد بالوفاء والأمان، والتعامل بهذه الأموال المودعة لدى البنوك هي في حقيقة الأمر ملك للغير، وجب الوفاء بردها بعد استغلالها.

وبما أن الضمانات أصبحت قبلة للبنوك، فإن الدور الحقيقي للمشرع هو الإرشاد إلى الوجهة الصحيحة، أي إلى بر الأمان القانوني، وذلك بتفعيل النص القانوني وإسقاطه على مثل هذه المعاملات المالية، بما يتماشى مع متطلبات الحياة التجارية والاقتصادية، وبما لا يتعارض أو يخالف النظام العام.

مما لا ريب فيه، أن للبنك خصوصية، تتمثل في سلطته التقديرية في منح القروض، التي منشؤها الحرية التعاقدية، في اختيار المتعاملين معه، وكذا طبيعة ونوع وحجم العقود المراد إبرامها، فهي كمبدأ عام تصلح للتطبيق على كل المعاملات العقدية، بغض النظر عن أطرافها أو إجراءاتها أو آثارها المترتبة عليها، ومن هذا المنطق، فإن ضرورة الموازنة بين مصلحة البنك والعميل، تتجلى من خلال تفعيل مجموعة من الآليات القانونية، التي تساهم حقيقة في حماية كلا الطرفين، ومن أبرز هذه الآليات القانونية الضمانات البنكية، منها الضمانات الكلاسكية المتمثلة في ضمانات شخصية وضمانات عينية وأخرى ضمانات مستحدثة.

أهمية الموضوع:

إن الضمانات بمختلف أشكالها وأنواعها تلعب دورا وقائيا كبيرا ضد المخاطر المترتبة عن العمليات البنكية خاصة عند منحها للقروض، كما يكتسب هذا الموضوع من أهمية في القانون الخاص للضمانات وفي مجال التعاملات اليومية للمتعاملين من أجل التقليل من المشاكل التي تواجه البنوك عند منحها قرض للقروض والدخول في العمليات المصرفية وضمان إسترجاع حقوقها المالية

ومن الأسباب التي دفعت المشرع إلى ضرورة وضع الضمانات المستحدثة على أن الضمانات الكلاسيكية لم تعد كافية في خلق إئتمان لهذه القروض أو لبعض القروض وربما يرجع إلى أنه هناك قروض سواء طويلة الأجل أو قصيرة الأجل يقابلها نوع معين من الضمانات.

أسباب إختيار الموضوع:

- أنه كان من المواضيع المقترحة من قبل الإدارة في كلية الحقوق.
- إن هذا الموضوع من المواضيع الشيقة التي ساهمت في خلق ثقة كبيرة لدى البنوك.
- محاولة الإستفادة ولو بجزء قليل والحصول على المعرفة في هذا المجال.

صعوبات الدراسة:

ككل بحث أو دراسة قانونية لموضوع معين يواجه الطالب عدة صعوبات ومن بين الصعوبات التي واجهتها عند دراستنا لهذا الموضوع نذكر ما يلي:

- عامل الوقت الذي لا يتناسب مع أهمية الموضوع.
- معظم الكتب الموجودة هي كتب عامة تتناول الضمانات بصفة مستقلة كالكفالة والتأمينات العينية بحيث ندرة في الكتب التي تتطرق إلى موضوع الضمانات القروض البنكية في القواعد الخاصة بحد ذاتها مما أدى بالإستعانة بالقوانين والمقالات وأطروحات دكتوراه والبحوث العلمية ورسائل ماجستير.
- الموضوع موسع خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار كل جزئية من هذا البحث، لأنها تصلح أن تكون موضوعا لبحث جديد بإشكالية جديدة.

خطة موجزة للبحث:

للإحاطة بالموضوع تم تقسيم خطة البحث إلى فصلين الفصل الأول بعنوان الضمانات المستحدثة للقروض البنكية الذي بدوره ينقسم إلى مبحثين في المبحث الأول منه تم التطرق إلى التوريق كضمان للقروض البنكية. بينما كان الفصل الثاني بعنوان ضمانات عملية لشرط الإحتفاظ بالملكية كضمان مقسم

إلى مبحثين، المبحث الأول يعالج فيه شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان للقروض البنكية، والمبحث الثاني يتضمن الإعتماد الإيجاري كصورة شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان.

الإشكالية:

يتمثل الإشكال الرئيسي للبحث في التساؤل التالي:

فيما تتمثل أهمية الضمانات الممنوحة للقروض البنكية في التشريع الجزائري.

هذه الإشكالية بدورها تتفرع منها عدة تساؤلات حاولنا جاهدين للإجابة عليها في المتن التالي:

- ما نقصد بالضمان المالي كآلية للقروض؟.
- ما هي النصوص القانونية الخاصة التي تناول فيها المشرع الجزائري الضمانات البنكية وكيف نظمها؟.
- ما مدى نجاعة شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان للقرض؟.

المنهج المتبع:

للإجابة عن هذه الإشكالية تم إتباع المنهج التحليلي للنصوص القانونية التي تطبق على هذه الضمانات، ذلك أن هذا المنهج يتناسب بشكل أفضل مع صيغة الدراسة حيث تم إستقراء الموضوع من عدة بحوث وجمع المعلومات بمنهج تحليلي وإعتماد المنهج الوصفي بغرض مختلف الضمانات الممنوحة للقروض البنكية.

الفصل الأول:

الضمانات المستحدثة للقروض البنكية

تمهيد:

لقد أدى التراجع النسبي لدور الجهاز المصرفي في توفير التمويل طويل ومتوسط الأجل إلى قيام المؤسسات المالية والعديد من الجهات الراغبة في الحصول على التمويل، بالبحث عن أدوات مالية جديدة تستفيد من خلالها السوق المصرفية من الدور المتنامي لسوق رأس المال وكان من بين هذه الأدوات نظام التوريق.

يلجأ البنك أيضا إلى عدة تقنيات بحثا عن ضمان القرض بالإضافة أو تكملة لضمان أخرى مشترطة (الشخصية أو العينية)، تقوم بها هيئات متخصصة مثل شراكة تأمين القرض أو شركة تأمين عادية المتخصصة في هذا النوع من الضمانة "تأمين القرض".

وكذلك في نفس السياق إنشاء صندوق الضمان للقروض المستثمرة من طرف هذه المؤسسات التي بدورها تمنح الضمان المالي ويتميز هذا الأخير بخصوصيات من بينها الطابع النقدي والملموس فيعطي أكثر إطمئنانا للمصرف وقد أنشأت هيئات مختصة لهذا النوع من الضمانات.[1]

وعليه سوف يتم التطرق في هذا الفصل إلى التوريق المصرفي في المبحث الأول ثم يتم التعرض في المبحث الثاني إلى الضمان المالي.

[1] الطاهر لطرش: تقنيات البنوك، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة2010، ص165.

المبحث الأول: التوريق كضمان للقروض البنكية

تعد عمليات التوريق من الأنشطة المستحدثة والتي تلقى أهمية كبيرة في المنظومة المصرفية، وبالذات في القروض البنكية الأمر الذي جعل الجزائر وأغلب دول العالم تستعين بهذه الآلية كأداة للضمان ومنح الائتمان وتوفير السيولة، لهذا سيتم دراسة مفهوم التوريق في المطلب الأول.

المطلب الأول: مفهوم التوريق

يعتبر التوريق كحل للدائنين عند عدم وفاء مديونيهم المشكوك فيهم أو ذوي الديون المعدوم بينهم، فيورق أو يباع دينهم دون تكوين مؤونة له في الميزانية. وبالتالي يتحصل مقابلة على سيولة تمكنه من إعادة الإقتراض وتحقيق أرباح لصالح الدائن.

إن السوق المالية الجزائرية في أمس الحاجة لهذه الآلية في التمويل بإعتبارها توفر فرص تمويل جديدة، وتزيل أو تنقص من عبئ الديون على البنوك بنقلها إلى السوق المالية، وبالمقابل فهي تمكن المؤسسات الاقتصادية المختلفة من تنظيم مخاطرها وتسوية أو مقابلة الأموال والخصوم لديها.

وفي هذا المجال ومن أجل إعطاء نفس جديدة لسوق الأوراق المالية في الجزائر وتنويعها، صدر القانون الخاص بالتوريق سنة 2006 لتحديد النظام القانوني اللازم لتوريق القروض الرهنية الخاصة بقطاع السكن.[1]

الفرع الأول: تعريف التوريق

التوريق لغة: هو إخراج الأوراق والورق هو النقد.

إن مصطلح التوريق:ظهر في بادئ الأمر في المجال المالي هو يعرف بتقنية في الولايات المتحدة الأمريكية Securitization، وهي إشارة إلى فكرة التحويل إلى أوراق مالية، ويقابل هذا المصطلح في القانون الفرنسي Titrisation، لتعريف العملية التي يتم بمقتضاها تحويل الديون أوراق مالية قابلة للتداول في السوق المالي. ويقصد به أيضا تحويل القروض وأدوات الديون غير

[1] صليحة بن طلحة: التوريق أداة حيوية لتنشيط السوق المالية مع قراءة لقانون توريق القروض العقارية في الجزائر، مجلة العلوم الاقتصاد والتسيير والتجارة، ص79-80.

السائلة إلى أوراق مالية سائلة أي عبارة عن سهم ومستندات قابلة للتداول في أسواق تستند إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة.[1]

أما التوريق قانونا: ونجد المشرع الجزائري قد نظم عملية التوريق بموجب القانون 05/06 المتضمن توريق القروض الرهنية.[2]

والذي نجده قد عرف التوريق هو عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية وتتم هذه العملية على مرحلتين:

- تنازل عن القروض الرهنية من قبل مؤسسة مصرفية أو مالية لفائدة مؤسسة مالية أخرى.
- قيام هذه الأخيرة بإصدار أوراق مالية[3] قابلة للتداول في السوق ممثلة للقروض الرهنية.

من خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى المعنى العام لعملية التوريق والذي يعني تمثيل حق بسند أو ورقة، وإنتقل بعد ذلك إلى بيان المراحل الأساسية لعملية التوريق، حيث تتم عبر مرحلتين هما: قيام مؤسسة مصرفية أو مالية.

تسمى المؤسسة المتنازلة بالتنازل على الديون الرهنية (موضوع العملية) لفائدة مؤسسة مالية متخصصة تقوم بتحويل الديون المقتنات إلى أوراق مالية قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.[4] كذلك يتبين من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري قد قصر مجال التوريق على القروض الرهنية التي عرفها في المادة 2 من القانون رقم 05/06 المتعلق بتوريق بالقروض الرهنية[5] بأنها السلفيات الممنوحة من البنوك والمؤسسات المالية في إطار تمويل السكن، وبذلك فهي تشمل القروض الممنوحة في إطار إقتناء المساكن الفردية أو إصلاحها أو توسيعها أو القروض الممنوحة في لإطار البناء الفردي للسكن.[6]

صحيح أن الولايات المتحدة الأمريكية بدأت أولا بتوريق القروض الرهنية ثم توسعت بعد ذلك لتشمل أنواعا أخرى من القروض، لكن بالنسبة للجزائر يمكن التفكير في وضع إطار قانوني واسع

[1] ونوغي غادة: ضمنات القروض البنكية، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مسيلة، 2017/2016.

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

[3] عرفت المادة الثانية من القانون رقم 06-05 الأوراق المالية بأنها الإلتزامات المالية المدعمة بقروض رهنية من الرتبة الأولى.

[4] بالعيساوي محمد الطاهر: توريق القروض الرهنية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010، ص163.

[5] قانون رقم 06-05 يتضمن توريق القروض الرهنية: مرجع سابق.

[6] بالعيساوي محمد الطاهر: مرجع سابق.

لعملية التوريق بحيث تشمل أشكالا متنوعة من القروض إضافة للقروض لرهنية. فالإستفادة من تجربة من سبقنا في هذا المجال مع الأخذ بعين الإعتبار لواقع الاقتصادي الجزائري، تسمح بإختصار الوقت والإستقادة من إيجابيات التوريق.[1]

الفرع الثاني: أطراف عملية التوريق

يتدخل في عملية التوريق عدة أطراف تتمثل في المقترض وهو المدين الراهن والبنك المانح للقض (الدائن المرتهن) ومؤسسة التوريق والمؤتمن المركزي على السندات والمستثمرون. سوف نقوم بتوضيح المراكز القانونية لهؤلاء بإيجاز.

1- **المقترض المدين:**

ويمكن أن يأخذ اسم العميل وهو شخص طبيعي أو معنوي وأول من يحرك عملية الائتمان البنكي بطلبه قرض من البنك أو المؤسسة المالية، على أن يكون هذا القرض مضمونا برهن عقاري أي في قطاع السكن مثلا، وقد يكون الغرض من الإقتراض هو التعثر المالي أو إعادة الهيكلة، أو الإستعانة بالأموال المقترضة للوفاء بديون حل تاريخ إستحقاقها، وإحلال دين القرض طويل الأجل محل هذه الديون.[2]

أي أن المدين في هذه العملية هو صاحب القرض الرهني المخصص لتمويل السكن، ويشترط في هذا القرض أن يكون مضمونا برهن عقاري من الرتبة الأولى كما جاء في 02 من القانون 05/06 المذكور سابقا

2- **مؤسسة التوريق:**

وتسمى أيضا بالمؤسسة المبادرة لعملية التوريق أو البادئ للتوريق[3] وهي مؤسسة تتدخل على مستوى السوق الثانوية، تم إعتمادها من قبل مجلس النقد والقرض رقم 01/98 المؤرخ في 1998/04/06، وتتخذ شكل شركة مساهمة ذات طابع إقتصادي، وتختلف تسميتها بإختلاف التشريعات، وهي منشأة متخصصة تعرف في أمريكا (Spécial purpose vehicle) ويختصر (SPV) وفي فرنسا يطلق عليها تسمية (Le fond commun de créance) ويختصر (FCC) وفي الجزائر تسمى بشركة إعادة التمويل الرهني (La Société de retinancement

[1] دردر نصيرة: التوريق البنكي أداة لجلب السيولة وتحقيق الربح، مجلة دراسات إقتصادية، العدد 02، مركز للبصيرة االحوث والإستثمارات والخدمات التعليمية، الجزائر، 2009، ص89.

[2] صليحة بن طلحة: مرجع سابق.

[3] حسين فتحي عثمان : التوريق المصرفي للديون الممارسة والإطار القانوني، دار أبو المجد للطباعة، 1999.

Hypothécaire) وتختصر ب (SRH) وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 02 من قانون التوريق بأنها هيئة لها صفة مالية تقوم بعملية التوريق في سوق الأوراق المالية[1] وتسمى غالبا في أدبيات الهندسة المالية بوسيلة ذات غرض خاص أو تسمى أيضا وسيلة الإستثمار المنظمة وتسمى أيضا شركات القرض الخاص، وهذا الإختلاف في التسمية راجع لتعدد مجالات التوريق بدءا من القروض المنزلية، القروض العقارية، قروض السيارات...إلخ.[2]

وهي شركة تنشأ لتحول إليها الحقوق المالية المضمونة بأصول وتقوم بإصدار أوراق مالية تكون مضمونة بحصيلة هذه الحقوق المالية والأصول الضامنة لها.[3]

3- المستثمرون:

وفي الغالب سيكون هؤلاء مستثمرون مؤساستيون كشركات التأمين، البنوك أو المؤسسات المالية ويقوم هؤلاء المستثمرون بشراء السندات من مؤسسة التوريق (SRH) من أجل الإحتفاظ بها بحثا على إعادة بيعها في السوق المالية فهي تمثل ديون مرهونة من الدرجة الأولى.[4]

4- البنك المانح للقرض:

وهو الدائن المرتهن المتنازل عن القرض الرهني لمؤسسة التوريق. يصطلح عليه بالمؤسسة المتنازلة وقد عرف المشرع الجزائري المؤسسة المتنازلة في القانون رقم 05/06 المتعلق بالتوريق "على أنها مؤسسة مصرفية أو مالية تتنازل بواسطة جدول التنازل عن قروض ممنوحة في إطار تمويل السكن.[5]

---

[1] بالعيساوي محمد الطاهر: المرجع السابق.

[2] بوزيان رحماني، يوسفات علي: التوريق والأزمة المالية العالمية الملتقى الدولي الثاني حول الأزمة المالية الراهنة والبدائل المالية والمصرفية النظام المصرفي الإسلامي نموذجا، معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المركز الجامعي خميس مليانة، يومي 05 و06 ماي 2009، ص06.

[3] خميسي محمد بن رجم: التوريق وواقعه على الأزمات المالية، مجلة أبحاث إقتصادية وإدارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 2010/12/08.

[4] منصور حليمة، مزغيش نجيب: ضمانات القروض البنكية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2022، ص66.

[5] أمينة عبدلي: الإطار القانوني لشركة إعادة التمويل الرهني في التشريع الجزائري، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 09، سنة 2020، المركز الجامعي مرسلي عبد الله تيبازة (الجزار)، ص100.

5- المؤتمن المركزي على السندات:

أنشئ المؤتمن المركزي على السندات بموجب المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 1993/05/23 المعدل والمتمم والمتعلق ببورصة القيم المنقولة[1] إلى جانب لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وشركة تسيير بورصة القيم المنقولة، وحددت مهام المؤتمن المركزي على السندات بموجب المادة 19 مكرر من القانون 04/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، والمادة 02 من قانون التوريق الجزائري وهي كلها تدور حول حفظ الأوراق المالية ومتابعة حركتها وإدارتها. ونجد أن مهام لجنة تنظيم عمليات البورصة تتمثل في حماية المستثمرين في القيم المنقولة، وحسن سير سوق القيم المنقولة وشفافيتها. ومنه يشكل إشراط وجود المؤتمن المركزي على السندات ضمانا داعما لبث الثقة لدى المستثمرين للإقبال على شراء الأوراق المالية بالنظر إلى المهام المنوطة إلى هذه الهيئة.[2]

وتتمثل مهام المؤتمن المركزي على السندات في:

- حفظ السندات الذي يمكن من فتح حسابات باسم المتدخلين المعتمدين.
- متابعة حركة السندات من خلال التنقل من حساب إلى حساب.
- إدارة السندات لتمكين المتدخلين المعتمدين من ممارسة حقوقهم المرتبطة بها.
- الترقيم القانوني للمستندات.
- نشر المعلومات المتعلقة بالسوق.

ومنه فإن وظيفة المؤتمن المركزي على السندات في عمليات التوريق التي تقوم بها مؤسسات التوريق.[3]

الفرع الثالث: مميزات التوريق.

يمكن إعتبار التوريق من الضمانات المستحدثة التي لجأ إليها معظم الدول والتي عمل بها المشرع الجزائري ضمن القانون 05/06 المتعلق بالقروض الرهنية، وذلك لإعادة تمويل القروض

[1] القانون 04/03 المؤرخ في 17 فبراير 20 ماي المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 1993/05/23 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، الجريدة الرسمية، العدد 34.

[2] منصور حليمة، مزغيش نجيب: مرجع سابق، ص66.

[3] نصت المادة 4 من القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية على أنه يجب على مؤسسة التوريق للأوراق المالية التي قامت بإصدارها لدى المؤتمن المركزي على السندات وتكون هذه الأوراق قابلة للتناول في السوق المالي.

العقارية ومنحها الائتمان والضمان الكافي، ومعالجة العجز وتفادي الإفلاس الذي قد يلحق البنك إذا لم يفي المقرض بديونه ومميزات التوريق.

أولا: التوريق وسيلة لمواجهة الخطر

بما أن النشاط البنكي متشعب بالمخاطر التي تقع على عاتق البنك وحده، ولابد للبنك إتباع مجموعة القواعد بكل أشكالها وفقا للقوانين السارية المفعول، وبظهور نظام التوريق أصبح البنك محضا ضد كل ذلك، لذلك يعتبر عملية التوريق ضمان للقروض البنكية.[1]

نظرا لأن القروض الرهنية تنتقل هي وضماناتها لتتحول إلى أوراق مالية وبالتالي فإن حماية هذه القروض يعد حماية لضماناتها وبالتالي فالتوريق هو ضمان إضافي للقرض والبنك.

ثانيا: التوريق وسيلة لتحسين السيولة

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

ثالثا: دور التوريق في التمويل

بما أن عملية التمويل تعتبر العملية الرئيسية والأهم على الإطلاق للبنك في ممارسة نشاطه البنكي وبالتالي فالتوريق يساعد على الشفافية في سوق المعاملات المالية، وتحسين تبادل المعلومات. وكذلك يساعد على تنشيط سوق الأوراق المالية من خلال تعبئة مصادر تمويل جديدة، كما يساعد على تدفق رؤوس الأموال ويساهم في رفع إقتصاد البلاد.[2]

المطلب الثاني: تأمين القرض كضمان للقروض البنكية

شرعت الجزائر سنة 1988 في إصلاحات جادة وفعالة ومس هذا القطاع العام، القطاع المصرفي، والقطاع العام. كما شرعت الحكومة في وضع الإطار القانوني لتشجيع وتنمية القطاع الخاص وفي إطار هذه الإصلاحات التي عرفتها الجزائر. وذلك من خلال إعادة هيكلتها للمؤسسات الوطنية كما أن قطاع التأمين عرف نظاما جديدا وتغيرا جذريا، وذلك من خلال تمتع

[1] سفيان زغيدي: الأليات القانونية لمواجهة مخاطر القروض العقارية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، قسم الحقوق، 2013/2012، ص92.

[2] حسين فتحي عثمان: التوريق المصرفي للديون الممارسة والإطار القانوني، بحث منشور على الموقع www.arablawingo.com

المؤسسات التأمين بالإستقلالية، كما تم القضاء على إحتكار الدولة لقطاع التأمين لممارسة المؤسسات نشاطها في جميع فروع التأمين، وفتح المجال للإشمارات الخاصة والمنافسة الحرة وكان ذلك نتيجة صدور الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات حيث قامت الشركة الجزائرية وذلك من أجل تشجيع صادرتها بممارسة التأمين على القرض عند التصدير.[1]

الفرع الأول: تعريف تأمين القرض

تأمين القرض فالتأمين لغة يعني الأمن وهو طمأنينة النفس وزوال الخوف.

أما إصطلاحا وفي المصطلح المالي إعطاء الأمن ذلك أن التأمين هو نشاط تجاري غرضه أن يحصل تأمين الأفراد والشركات.

أما مصطلح القرض وهو أهم كلمة في الموضوع البحث هو ضمان القروض البنكية فيقصد به الإئتمان والاعتماد والتسليف وقد عرفته المادة 68 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض "يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص أخر....."

أما التعريف القانوني للتأمين على القرض بأنه "عقد يعتمد بموجبه طرف مقابل أجر بتفويض طرف أخر عن الخسارة إذا كانت سببها وقوع حادث محدد في العقد.

كما عرفه الفقيه الفرنسي "هيمار" بأنه: عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له "تطير دفع مبلغ معين وهو القسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير في حالة تحقق خطر معين من طرف الأخر وهو المؤمن الذي يحصل على عاتقه مجموعة من المخاطر، ويجري بينهما المناقصة وفقا لقوانين الإحصاء.[2]

حيث ورد تعريف التأمين في المادة 6/9 ق.م.ج بقولها " التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى عوض المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا

[1] رحيمة شلغوم: ضمنات القرض، رسالة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة2008/2007، ص77.

[2] مرجع سابق، ضمنات القروض البنكية، ياسمين ذويب، سعيدة هامل.

أو أي عوض مالي أخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.[1]

نستخلص من نص المادة أن طرف التأمين هما المؤمن والمؤمن له تربطهما علاقة تعاقدية يلتزم الطرف الأول وهو المؤمن بتغطية الخطر عند وقوعه والمؤمن له الطرف الثاني المعرض لخطر معين سواء في ماله أو في شخصه.

وفي الجزائر يخضع هذا النوع من الضمانات إلى الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات السابق ذكره ويعتبر الأمر رقم 96-06 المتعلق بعمليات القرض عند التصدير[2] هو التنظيم الفعلي لهذا التأمين، وذلك لكي لا يختلط التأمين العام الوارد في القواعد العامة كالقانون المدني مع تأمين القرض الخاص وتأمين القرض يتفرع إلى أشكال عديدة من بينها تأمين القرض عند التصدير المذكور أعلاه الخاضع للأمر 96-06، وهناك تأمين الكفالة والذي يكتتب من طرف المدين ويقدم كمان للدائن، وكذلك نجد تأمين المال الإحتياطي.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتأمين القرض

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

أولا: الفريق الأول

ذهب رأي من الفقه في هذا الفريق إلى إعتبار تأمين القرض مجرد نشاط من إختصاص المؤسسات المالية، لاسيما البنوك، حيث إستندوا في ذلك على مجموعة من الحجج أهمها:

- أن المؤمن في تأمين القرض يدفع مبلغ التعويض عندما لا يتوقف المدين عن دفع الدين في أجل الإستحقاق. وهذا ما يتعارض مع المبدأ الأساسي للتأمينات وهو دفع التعويض عن تحقق الكارثة.

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
[2] الامر رقم 96-06 المؤرخ في 1996/01/01 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 03، المادة 5. 6. 7.

- أنه لو أدرج تأمين القرض ضمن قانون التأمينات، لكان ذلك عائقا لعمليات التأمين على القرض الذي يغطي الأخطار التي يحتمل أن تقع.[1]

ثانيا: الفريق الثاني

يرى أنصار هذا الرأي أن تأمين القرض يعتبر عقدا تأمينيا كيفية عقود التأمين الأخرى. وإستندوا في ذلك إلى:

- أن عقد تأمين القرض يتميز بنفس الخصائص التي يتميز بها عقد التأمين المعروف.
- أن فكرة الخطر والضرر تنشأ بمجرد توقف المقترض عن دفع ديونه كما يرون أنه لو أخضعنا هذا العقد (عقد تأمين القرض) إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري لقللنا نسبة تعرض وقوعه في التعسف من طرف شركات التأمين.[2]

من خلال ماسبق وبالنظر إلى رأي الفقهاء حول هذا العقد نجد أن تأمين القرض عبارة عن عقد مبرم بين المؤمن وشركة التأمين وأيضا هو عبارة عن عملية تأمينية وإتفاقية بين المؤمن والمؤمن له، يخضع بموجب هذه الإتفاقية وهذا العقد إلى أحكام القوانين المتعلقة بالتأمينات.

الفرع الثالث: إنقضاء عقد تأمين القرض

ينقضي عقد تأمين القرض بإنقضاء مدة العقد أو بفسخه أو بتقادم دعواه ، وذلك طبقا للقواعد العامة وللأطراف كامل الحرية في تحديد مدة العقد التي تكون ملزمة لكافة الأطراف ولا يجوز مخالفتها. ولكن وفقا للمادة 10 من الأمر المتعلق بالتأمينات[3] فإنه يمكن فسخ العد قبل المدة المحددة.

المبحث الثاني: الضمان المالي كألية لضمان القروض البنكية

يعد الضمان المالي وسيلة لضمان القروض المخصصة للإستثمار، كما أصبحت المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الوقت الحالي الوسيلة المناسبة لتحقيق التمنية المحلية إذا أنها تملك محفزات إستثمارية كبيرة وغير مكلفة، قادرة على توسيع حركية النشاط الاقتصادي للدول خاصة تلك التي إعتمدتها لتحقيق قفزتها التنموية، فهي تعمل على تلبية الحاجات الإستهلاكية وتوفير

[1] نورة فضيل: النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، قسم الحقوق، 2004/2003، ص 22. 23.

[2] مرجع سابق، رحيمة شلغوم، ص127.

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

مناصب العمل وتزيد من روح المنافسة بين المؤسسات الأمر الذي جعل البلدان المتقدمة تعمل على توفير البيئة المناسبة للنمو القطاع وإزدهاره.

إن إستحداث تقنية الضمان المالي عن طريق صناديق الضمان كان في ظل قوانين إعادة الهيكلة المالية التي مست المؤسسات العمومية الاقتصادية، وهو ما نلاحظه من خلال نص المادة 31 من قانون المالية لسنة 1985. والتي كانت عرضة لمجموعة من التعديلات المصاحبة للتحول الاقتصادي الذي شهدته البلاد بحيث كان أخر تعديل لها بموجب المادة 131 من المرسوم التشريعي رقم 93-01 المتضمن قانون المالية لسنة 1993 حيث ظهرت صناديق الضمان والكفالة المتبادلة التي تهدف إلى ضمان القروض البنكية لقطاعات إقتصادية معينة.[1]

المطلب الأول: مفهوم الضمان المالي

الضمان المالي يعتبر من الضمنات المكملة للضمنات العينية والشخصية التي تشترطها البنوك ويعتبر أيضا وليد الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر حيث يمثل رؤية جديدة ومستحدثة وجدت من أجل دعم الإستثمار وتحقيق التمنية الاقتصادية.

الفرع الأول: تعريف الضمان

الضمان إصطلاحا هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه إلتزام الحق الواجب حالا أو مستقبلا وهو تعريف شامل لأنواع الضمان[2] لأن إلتزام الحق قد يكون بالمال وقد يكون بالنفس، كما لم تتناول القوانين المدنية التعريف بالضمان. والسبب في ذلك يعود إلى أن معظم القوانين المدنية استخدمت مصطلح الضمان للتعبير به عن معنى معين. فالضمان يستخدم للدلالة على معان ثلاثة وهي:

- الضمان يقصد به الكفالة أي ضم ذمة إلى ذمة أخرى.
- الضمان مقصود به الأداء أو إعطاء تعويض معين عما لحق المعطى من أضرار تسبب بها المعطي.
- الضمان مقصود به شغل الذمة وقد عرفه بعض الفقهاء الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد به ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه.[3]

[1] تنص المادة 131 المرسوم التشريعي رقم 93-01 المتضمن قانون المالية لسنة 1993، "يمكن إحداث صناديق للضمان والكفالة المتبادلة في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي عن طريق التظيم".
[2] منصور حليمة، مرجع سابق، ص70.
[3] نفس المرجع منصور حليمة، ص70.

الضمان المالي قانون: لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للضمان المالي لكن إستنادا إلى المرسوم التنفيذي رقم 02-373 المؤرخ 2002/11/11 المتعلق بإنشاء صندوق الضمان للقروض الصغيرة والمتوسطة،[1] يمكن إستخلاص تعريف للضمان المالي.

إن الضمان المالي عبارة عن وسيلة يتم منحها من قبل مؤسسات الضمان المالي بإعتباره هيئة أسندت لها مهمة منح هذا الضمان للقروض أو للمستفيد من القرض، ويحمي هذا الضمان القروض المخصصة للإستثمار ومن خلال ماسبق تظهر خصائص الضمان المالي متمثلة في:

- الضمان عبارة عن إلتزام مابين البنك ومؤسسات الضمان لمؤسسات الصغيرة المتوسطة بموجبه يلتزم البنك بتعويض المؤسسة إذا أخل المقترض بتنفيذ إلتزامه.
- إن هذا الضمان مخصص للمشاريع الإستثمارية فقط.
- إن مؤسسات الضمان المالي تعتبر مؤسسات متخصصة قانونا في منح الضمان .
- الضمان المالي أداة إئتمان ويعتبر وسيلة موثوق فيها من قبل البنوك.
- الضمان المالي له الأولوية في إستفاء الحقوق على باقي الضمنات .

تنص المادة 03 من المرسوم المذكور أعلاه بقوله "يهدف الصندوق إلى ضمان القروض الضرورية للإستثمارات التي يجب على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة أن تنجزها...".

فالضمان المالي هو أداة أو وسيلة مستعملة من قبل الهيئات المتخصصة في منحه للمستفدين من القرض لتدعيم الثقة بين طرفي عقد القرض. أو لضمان القروض اللازمة للإستثمارات المحققة من قبل المؤسسات المالية. كما تنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المتضمن إنشاء صندوق ضمان قروض الإستثمار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة [2](CGCI) حيث يهدف الصندوق الصندوق إلى ضمان تسديد القروض البنكية التي تستفيد منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بعنوان تمويل الإستثمارات المنتجة للسلع والخدمات المتعلقة بإنشاء تجهيزات المؤسسة وتوسيعها وتجديدها ويكون المستوى الأقصى للقرض القابل للضمان خمسين (50) مليون دينار.

الفرع الثاني: أطراف الضمان المالي

الضمان المالي يتكون أطرافه من المؤسسة الصغيرة والمتوسطة والبنك والصندوق المالي:

[1] المرسوم التنفيذي رقم 373/02، المؤرخ في 2002/11/11 المتعلق بإنشاء صندوق الضمان للقروض الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 74.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المتضمن إنشاء صندوق ضمان قروض الإستثمار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 27، الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 2004.

أولا: المؤسسة الصغيرة والمتوسطة

حسب القانون 01-18 المؤرخ في 27 رمضان 1422 الموافق ل 12 ديسمبر 2001 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، نجد أن هناك تقارب كبير في المعايير الخاصة بالإتحاد الأوروبي في تحديد تعريف هذه المؤسسات، حيث وفي المادة الرابعة من نفس القانون تعرف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على أنها مؤسسة إنتاج السلع والخدمات تشغل من واحد إلى 250 عامل ولا يتجاوز رقم أعمالها 2 مليار دج أولا يتعدى إجمالي حصيلتها السنوية 500 مليون دج، وهي تستوفي معايير الإستقلالية.[1]

- المؤسسة المصغرة: هي مؤسسة تشتغل مابين عامل واحد إلى 09 عمال، وتحقق رقم أعمال أقل من 20 مليون دج أولا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية 10 ملاين دج.
- المؤسسة الصغيرة: تعرف على أنها مؤسسة تشتغل بين 10 أو 49 عامل ولا يتجاوز رقم أعمالها السنوي 200 مليون دج أولا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية 100 مليون دينار.
- المؤسسة المتوسطة: هي مؤسسة تشتغل مابين 50 و250 عامل ويكون رقم أعمالها السنوي 200 مليون دينار أو يكون مجموع حصيلتها السنوية مابين 100 و500 دينار.[2]

يتوقف الشكل القانوني لهذه المؤسسات على طبيعة وحجم رأس المال المستثمر فيها وطبيعة تمويلها، فشركات الأموال غالبا ما يكون رأسمالها كبير مقارنة مع شركات الأشخاص وفي هذا الإطار، تشمل المؤسسة الصغيرة والمتوسطة، مؤسسات الأشخاص والشركات والمهن الصغيرة الإنتاجية والصرفية والبناء ....إلخ.

وقد وضعت عدة معايير لتميز هذه المؤسسات في السوق منها معيار التنظيم والإدارة، حيث تتميز هذه الأخيرة ببساطة التنظيم المستخدم ومعيار الحصة في السوق، تعتبر مؤسسات صغيرة والمتوسطة تلك المؤسسات التنافسية وليس إحتكارية وتعتبر حسب معيار الملكية أن هذه المؤسسات تعود ملكيتها للعائلات غالبا أي شركات أشخاص.

كما نجد معيار محلية النشاط، ويقصد به أن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تكون موجودة في منطقة واحدة وليست متعددة الفروع. كما نجد معيار الكمية وينقسم إلى عدد العمال ورقم الأعمال

[1] كريوش محمد: إستراتجية نمو المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية التجارية والتسير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013، ص 09.

[2] فراجي بلحاج: تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودورها في عملية التنمية الاقتصادية بالجزائر، أطروحة دكنوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2011/2010، ص11.

ورأس المال المستثمر، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري[1] والأولوية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تستثمر في مشاريع تستجيب لمجموعة من المعايير أيضا منها إنتاج السلع والخدمات التي لا يتم إنتاجها في الجزائر، تحقيق قيمة مضافة معتبرة، تساهم في تقليص الواردات أو تنمية وزيادة الصادرات، تساهم في عميلات الإبتكار والتطوير، تحتاج إلى حجم تمويل يتناسب مع عدد مناصب الشغل المستحدثة أو تستخدم أيدي عاملة من الشباب ذوي الكفاءات والمتخرجة من مراكز التكوين أو الجامعات أو المعاهد المتخصصة.

بينما لا يمكن لبض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الحصول على ضمان الصندوق وهي: المؤسسات التي إستفادت سابقا من التسهيلات البنكية والتي عجزت لأسباب تسييرية عن الوفاء بإلتزامها، المؤسسات التي تستجيب للشروط المنصوص عليها في قانون رقم (02/17) والمتعلق بتعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،[2] البنوك والمؤسسات المالية، شركة التأمين المؤسسات التي يتم تداول أسهمها في سوق القيم المنقولة، شركات التصدير والإستراد بإستثناء المؤسسات الإنتاجية والوكلات العقارية.

ثانيا: البنك

البنك هو وحدة إقتصادية، يتولى تسيير الموارد المالية عن طريق توظيف الإدخار وإعادة توجيهها في عملية تمويل النشاط الاقتصادي من أوجه مختلفة، فمهمته الأساسية هي إيجاد الأموال اللازمة لسير العادي لنشاط المؤسسة الاقتصادية مع مراعاة النشاطات الممولة في التنمية الاقتصادية بغرض إيجاد محيط اقتصادي فعال بالإضافة إلى حاجة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للتعامل مع البنوك والإستفادة من خدماتها المتنوعة، هي حاجة حيوية وملحة تمليها متطلبات العمل الميداني ومقتضيات المحيط الذي تعمل فيه المؤسسات لذلك من الصعب إعطاء مفهوم للبنوك لأن البنوك في معظم الدول تباشر نشاطها في الحدود التي ترسمها لها تشريعتها.

وعرف المشرع الجزائري البنوك في قانون النقد والقرض رقم (10/90) الملغي،[3] الذي ينص على أن البنك هو شخصية إعتبارية تمتهن بصفة دائمة كل وضائف البنوك من إستقبال الودائع منح

[1] عوادي مصطفى إشكالية إستدامة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، ملتقى وطني، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2018/2017، ص04.

[2] القانون رقم (02/17) المؤرخ في 2017/01/10 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر.ب، سنة 2017، عدد 02.

[3] القانون 90-10 الصادر بتاريخ 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض الجريدة الرسمية 16 المؤرخة في 23 رمضان 1410 الملقى بموجب الأمر 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 المتعلق بالقرض والنقد الجريدة الرسمية.

القروض وتوفير وسائل الدفع وتسيرها المادة 114 من القانون 90-10 الصادر بتاريخ 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض.

حيث تنص المادة 83 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على ما يلي: " يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة وبدرس المجلس جدوى إتحاد بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاضدية".

كما نصت المادة 70 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على ما يلي: "البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع لعمليات المبينة في المواد 66 إلى 68 بصفة مهنتها العادية".

ونجد أيضا أنها تتعلق بالأعمال المصرفية

وعليه فإن الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض لم يعرف البنوك وإنما أشار إلى كيفية تأسيسها وذلك في شكل شركة مساهمة تقوم دون سواها بالعمليات المصرفية طبقا لنص المادتين (66) و(67) من قانون النقد والقرض الساري تخضع لأحكام القانون التجاري وقانون النقد والقرض.

أما المؤسسات المالية فهي شخص معنوي في شكل شركة مساهمة بإمكانها قيام بسائر العمليات المصرفية بإستثناء تلقي الأموال من العموم وإدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها.

وبذلك تستفيد من الضمان المالي كل مؤسسة ينطبق عليها تعريف البنك أو المؤسسة المالية، إضافة إلى بعض الشروط الخاصة التي نص عليها المشرع الجزائري التي تختلف بإختلاف المؤسسة المانحة للضمان المالي.

ثالثا: الهيئات المتخصصة في منح الضمان المالي:

عندنا ثلاث صناديق متخصصة في الضمان المالي في الجزائر وهي:

1- صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

أنشئ صندوق ضمان القروض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-373 المؤرخ في 06 رمضان 1423 الموافق ل1 نوفمبر 2002 المتعلق بتطبيق القانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة المتضمن للقانون الأساسي لصندوق ضمان قروض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

صندوق ضمان قروض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة هي مؤسسة عمومية ذات طابع إجتماعي، اقتصادي وضع تحت وصاية وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية يديره مدير عام ويسيره مجلس إدارة يتكون من ممثلي بعض الوزارات.

وممثل الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، ويتمتع هذا الصندوق بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وقد أسس برأس مال يقدر ب1.01 مليار دينار مخصص من قبل الخزينة.[1]

ويسعى صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى إيجاد حلول فعالية فيما يخص إشكاليات التمويل التي تعترض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، إذا تمثل أهم المصاعب التي نواجه هذا النوع من المؤسسات في ضعف القدرات المالية والمساهمات الشخصية للمستثمر في حد ذاته وعدم كفاية الضمان الحقيقية التي يقدمها البنك، وهذا ما يساهم في زعزعة ثقة البنوك بالمشاريع التي تعرضها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

2-صندوق ضمان لقرض الإستثمار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة

أنشئ صندوق ضمان القروض الإستثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المؤرخ في 39 صفر 1425 الموافق ل19 أفريل 2004.[2]

الصندوق طبقا لهذا القانون شركة أسهم يتكون رأس ماله المسموح به من ثلاثين مليار دينار، ويقدر الرأس مال المكتب بعشرين مليار دينار، منها نسبة 60 بالمئة على الخزينة ونسبة 40 بالمئة على البنوك ويتكون الفرق بين رأس مال المسموح به والرأس مال المكتب من سندات غير مكافأة بحوزها الصندوق على ذمة الخزينة. ويمكن أن تقدم البنوك والمؤسسات المالية مساهمتها في رأس مال الصندوق بواسطة الحقوق والممتلكات التي تحوزها في شركة التأمين وضمان قروض الإستثمار حسب الشروط التي تحددها الجمعية العامة للصندوق.

يهدف الصندوق إلى ضمان تسديد القروض البنكية الممنوحة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الخاصة بتمويل الإستثمارات المنتجة للسلع والخدمات المتعلقة بإنشاء تجهيزات المؤسسة وتوسيعها وتجديدها.

[1] المادة 1و 2و 3و 10 من المرسوم التنفيذي 02-373 السابق الذكر.
[2] المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المؤرخ في 29 صفر 1425 الموافق ل 19 أفريل 2004، المتعلق بالقانون الأساسي لصندوق ضمان قروض إستثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية رقم 27 المؤرخة في 28 أفريل 2004.

ويستفيد من ضمان الصندوق:

- قرض الإستثمار المادي (منقول، تجهيز وتهيئة) الذي تكون مدة تسديده الأصلية مساوية لسبع سنوات أو تقل عنها بما في ذلك مهلة التأجيل.
- الإعتماد الإيجاري للمنقول والعقار الذي لا يمكن أن تزيد مدة تسديده الأصلية عن 10 سنوات.[1]
- يكون المستوى الأقصى للقروض القابلة للضمان (50) مليون دينار.[2]
- لا تستفيد من ضمان الصندوق القروض المنجزة في قطاع الفلاحة والقروض الخاصة بالنشاطات التجارية وكذا القروض الموجهة للإستهلاك.[3]

تخص المخاطر المغطاة من الصندوق ما يأتي:

- عدم تسديد القروض الممنوحة.
- التسوية أو التصفية القضائية للمقترض.

تتشكل إدارة الصندوق من الجمعية العامة للصندوق ومجلس إدارة[4] وتنصب تغطية المخاطر على أجال الإستحقاق بالرأس مال، وكذا الفوائد المستحقة طبقا للنسب المغطاة، ويحدد مستوى تغطية الخسارة نسبة 80 بالمئة للقروض الممنوحة عند إنشاء مؤسسة صغيرة ومتوسطة بعنوان تمويل الإستثمارات المنتجة للسلع والخدمات المتعلقة بتجهيزات المؤسسة وتوسيعها وتجديدها.

ويخضع ضمان الصندوق إلى الكيفيات والشروط الواردة في الإتفاقية

يلتزم المصرف بجمع الوثائق لملف خاص بالصندوق على عكس صندوق FGAR والتي يكون للمقترض الحرية في إيداع الطلب لدى البنك أو الصندوق، وعندئذ يتولى البنك دراسة الملف وإصدار قرار يا إما بقبول الضمان أو رفضه مع السبب بالطبع وهذا كله في إطار الشروط التي أقرتها الإتفاقية التي تربط الصندوق بالبنك.

[1] شغلوم رحيمة: المرجع السابق، ص175.
[2] المادة 04 من المرسوم الرئاسي 04-134 السابق الذكر.
[3] المادة 05 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر.
[4] المادة 21 و22 من نفس المرسوم السابق الذكر.

3- صندوق الضمان المشترك للقروض المصغرة:

لقد أنشئ هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-16 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1424 الموافق ل22 يناير سنة 2004 والذي يتضمن إحداث صندوق الضمان المشترك للقروض المصغرة وتحديد قانونه الأساسي.

يتمتع الصندوق بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، ويوطن لدى الوكالة الوطنية لتسير القرض المصغر المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-14 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1424 الموافق ل 22 يناير سنة 2004.

- يتضمن الصندوق القروض المصغرة التي تمنحها البنوك والمؤسسة المالية المنخرطة في الصندوق.[1]
- يغطي الصندوق بناء على تعجيل البنوك والمؤسسات المالية المعينة باقي الديون المستحقة من الأصول والفوائد عند تاريخ التصريح وفي حدود خمسة وثمانين بالمئة.[2]

يحدد مجلس إدارة الصندوق كيفيات تنفيذ الضمان طبقا لأحكام المادتين 04و05 من المرسوم التنفيذي 04-16 السابق الذكر.

- يتولى المدير العام للوكالة الوطنية لتسير القرض المصغر تسير الصندوق بمساعدة أمانة دائمة.[3]

المطلب الثاني: مراحل طلب الضمان المالي

يمر الضمان المالي بإعتباره آلية لضمان القروض البنكية بعدة مراحل وذلك وفقا لنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المتضمن القانون الأساسي لضمان قروض من الإستثمار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة[4] وفقا للإتفاقية المتوقعة بين البنوك والمؤسسات المالية والصندوق لتحديد مراحل سير العمل والقواعد المنظمة لمنح الضمان وتطبيقه وأهم هذه المراحل هي:

أولا: مرحلة إنشاء الضمان المالي

[1] المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 04-16 المؤرخ في 29 ذي القعدة 1424 الموافقة ل22 يناير 2004، الجريدة الرسمية رقم 06 المؤرخ في 23 يناير2004.
[2] المادة 04 من نفس المرسوم السابق الذكر.
[3] المادة 08 من نفس المرسوم السابق الذكر.
[4] المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 04-134 سابق الذكر.

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

ثانيا: مرحلة تسير الضمان المالي

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

ثالثا: مرحلة التنفيذ

وفي هذه المرحلة ينقضي عقد القرض الاستثماري للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وذلك أنه عند تنفيذ الضمان يعتبر العقد نافذا وبالتالي ينقضي بانتهاء المدة المحددة للضمان، أو بالفسخ أو أذا شاب العقد عيب من عيوب الإرادة أو نقص في الأهلية.[1]

الفرع الأول: انقضاء عقد الضمان المالي.

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

الفرع الثاني: مراحل منح الضمان من الصندوق

تمر عملية طلب الضمان من طرف الصندوق بالمراحل التالية:

[1] ونوغي غادة: مرجع سابق، ص48.

أ- مقابلة مع صندوق الضمان من أجل التعريف بالمشروع:

يجب على المستثمر تقديم مخطط للمشروع الذي يريد من الصندوق أن يضمنه وذلك بتقديم دراسة (تقنية- اقتصادية)، كما يجب عليه أيضا تقديم جميع الوثائق القانونية المتعلقة بالمؤسسة، ويمكن أن يتم تقديم طلب الضمان من طرف المستثمر صاحب المشروع مباشرة إلى الصندوق، كما يمكن أن يتم تقديمه من طرف البنك مانح الائتمان مباشرة إلى الصندوق.[1]

ب-استلام الملف من طرف الصندوق:

يقوم الصندوق بإرسال وصل إستلام يؤكد من خلاله قابلية المشروع للحصول على الضمان أو عدم إمكانية ذلط، وفي حالة القابلية يطلب من المستثمر تقديم دراسة دقيقة عن المشروع.

ج- دراسة المكلف بالدراسات:

يقوم المكلف بالدراسات بدراسة الملف المقدم من طرف المستثمر بدراسة دقيقة، وتقديم المخاطر المترتبة عنه، وفي النهاية يقوم بوضع المخطط التحليلي للمشروع بالإضافة إلى التوصيات (تقييم الملف)، ثم يتم إرسال وثيقة فتح الملف إلى المؤسسة المستفيدة، ولا تشمل وثيقة فتح الملف قبولا بمنح الضمان، ولكنها تأكيد على أن الملف مقبولا مبدئيا، وسيتم رفعه إلى اللجنة المقررة المتمثلة في لجنة الالتزامات والمتابعة، وخلال هذه المرحلة يجب على المؤسسة طالبة الائتمان تقديم علاوة كتكلفة لدراسة المشروع تحدد وفقا لمبلغ القرض، وفي حالة عدم منح الضمان يرد مبلغها لصاحبه، وقد ذهب قضاء المحكمة العليا الجزائرية إلى أن منح القرض يتم بموجب عقد مكتوب بين البنك والمستفيد يحدد الالتزامات المتقابلة للطرفين، ولا ترقى مراسلة الموافقة المبدئية إلى مرتبة الالتزام بمنح القرض.[2]

د- دراسة لجنة الالتزامات:

يتم دراسة الطلب من طرف لجنة الالتزامات على مستوى الصندوق من أجل الموافقة أو عدمها على طلب الضمان، بحيث يقوم مدير الالتزامات والمتابعة بعرضه على اللجنة المكونة من عدة أطراف بهدف دراسة.

هـ- عرض منح الضمان:

[1] أنظر موقع صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة: www.fgar.dz

[2] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 590758، صادر بتاريخ 07 جانفي 2010، قضية (ج.ف) و(أ.ر) ضد مدير القرض الشعبي الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2010، ص173.

في حالة الموافقة يرسل إلى المؤسسة عرض بمنح الضمان يعتبر بمثابة قبول مبدئي لمنح الضمان في انتظار الحصول على التمويل البنكي.

و- إبرام اتفاقية منح الائتمان:

يقوم المستثمر بتقديم نسخة من عرض الضمان الممنوحة من طرف الصندوق للبنك، ويتم إعداد اتفاقية القرض بين المؤسسة والبنك، وترسل نسخة من الاتفاقية إلى الصندوق الضمان.[1]

ي- منح شهادة الضمان إلى البنك:

يقوم الصندوق بإعداد شهادة الضمان بطلب من البنك، هذه الأخيرة يجب أن تتضمن العناصر التالية:

- قيمة ونسبة الضمان ومدته.
- طريقة التسديد.
- العمولات (عمولات دراسة الملف- عمولة الالتزام)
- الضمانات المقدمة من المستفيد.
- التزامات المؤسسة.

وبتقديم شهادة الضمان مستوفية لكل الشروط يقوم البنك بمنح ائتمانه للمؤسسة المقترضة بضمان من الصندوق.[2]

[1] شعيب أنشي، مرجع سابق، ص83.
[2] أنظر موقع الصندوق www.fagr.dz، مرجع سابق.

خلاصة الفصل

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

وتعتبر هذه الضمانات المستحدثة معروفة في المنظومة البنكية، وتهدف إلى الدعم والمساهمة في التنمية الاقتصادية بعضها متمثل في مؤسسات متخصصة في منح الضمان المالي وكذا تحويل القروض المضمونة إلى أوراق مالية، حيث يعتبر الضمان المالي داعم الإستثمار ومساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية ودعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتطويرها في الاقتصاد.

الفصل الثاني:

ضمانات عملية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان

تمهيد

يقترن شرط الاحتفاظ بالملكية بعقد الاعتماد الايجاري، ولقد كثر اللجوء إليه من طرف البائعين في الآونة الأخيرة، بحيث بمقتضى هذا الشرط يمنح البائع ائتمانه للمشتري، فيقبل تأجيل الوفاء بالثمن لأجل معلوم يتفق عليه الطرفان، بحيث سكون البائع الحق في إستيراد الشيء المبيع في حالة عدم الوفاء بالثمن، غير أنه وفي ظل غياب نظام قانوني محكم لهذا الشرط، تدق المسألة خاصة إذا توقف المشتري عن دفع ديونه، وتم شهر إفلاسه. ونظرا للخصوصية التي يتميز بها هذا الشرط كضمان خاص.

فمع التطور الاقتصادي والاجتماعي أصبح الشخص في غاية من الدقة والذر في اختيار الأسلوب التبعات المالية لمختلف المخاطر التي من حوله، او التأهب لمواجهة حدث معين، وعليه أصبح التأمين يقدم نفسه على أساس ذلك من خلال توفير الحماية اللازمة.

المبحث الأول: شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان للقروض البنكية

يكثر في المجال الصناعي والتجاري أن لا يكون تسليم المبيع ودفع الثمن فوريا، لذلك فإنه لحماية البائع من خطر عدم دفع المشتري للثمن لسبب ما، اعتاد البائعون وبخاصة في حالات بيع المنقولات، الاتفاق على احتفاظ البائع المالك بملكية الشيء المبيع، حتى يدفع المشتري الثمن بكامله أو حتى الوفاء بآخر قسط من الثمن المتفق عليه، وهذا ما يعرف بالبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية، والذي نص عليه المشرع في المادة 363 من ق.م، وعليه يمكن ملاحظة أن شرط الاحتفاظ بالملكية بسببه تأجيل الوفاء بالثمن، حيث أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفه أي احتفاظ البائع يضمن له وفاء المشتري بالتزامه بدفع الثمن، فالبائع لا يريد أن بفقد ملكية الأشياء المبيعة قبل أن يقوم الطرف الآخر بتقديم المقابل الذي يتعهد به، فيظل المبيع بمقتضاه على ملك البائع.

المطلب الأول: مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان للقروض البنكية

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

الفرع الأول: تعريف شرط الإحتفاظ بالملكية

عرف شرط الاحتفاظ بالملكية عدة تعريفات يمكن حصرها ما بين معنى لغوي وآخر إصلاحي من جهة، وما بين الفقه الإسلامي وفقهاء القانون الوضعي من جهة أخرى، كما تباينت الآراء حول مدى صحته من مؤيد ومعارض.

أ- لغة:

الشرط لغويا مصدر فعل فهو شارط الأمر الفلاني أي لازما له، وفي القاموس يعتبر الشرط "إلزام الشيء وإلتزامه في بيع ونحوه"، وقد يطلق على المشروط نفسه أي اسم المفعول فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه".[1]

ب-إصطلاحا:

"إن شرط الإحتفاظ بالملكية يقترن في الغالب مع عقود البيوع ذات الطابع الإئتماني، حيث أن هذا النوع من البيوع هو في الواقع بيع عادي ويرتب أثاره صحيحة وكاملة غير أن أحد الأطراف يرجو تنفيذ إلتزام ما من إلتزامه بفترة ما أو لسبب ما ويأتمنه الطرف الأخر على ذلك، فقد يكون البيع ائتمانيا بالنسبة للباع إذا كان إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن مؤجلا كله أو جزء منه رغم تسلمه للمبيع.

ج- قانونا:

عرفت المادة 674 ق.م.ج حق الملكية : "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة. ونجد هذا النوع من الحقوق عادة عقد البيع، الذي ينعقد بالشروط الموجودة عادة في أي عقد من تراضي وأهلية ومحل وسبب، وعرفها البعض (شرط الاحتفاظ بالملكية) على أنها: "عبارة عن بند يمكن إدراجه داخل عقد البيع يتم من خلاله احتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يتم الوفاء بثمنه كاملا عادة ما يحدث ذلك في البيع المؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط".[2]

فعرف شرط الإحتفاظ بالملكية حسب نص المادة 363 ق.م.ج التي جاء فيها: "إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع".[3]

ويفهم من نص المادة أن البائع له حق الإحتفاظ بملكية المبيع لغيابه استيفاء الثمن كله، وذلك من باب التأكد على الزيادة في الضمان بغض النظر عن التأمينات الأخرى وجدت أم لم توجد،

[1] محمد بن عمارة: الملكية كأداة ضمان في مجال للعلاقات التعاقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2006، ص10.

[2] نوال قحموسي يامي: عقد الإعتماد الإيجاري في ظل القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، قسم الحقوق، 2013/2012، ص36.

[3] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن ق.م المعدل والمتمم في ج.ر.ج.ج، ع 78، 2007.

فالقانون م.ج أعطى البائع ضمانا أخر لتوثيق العلاقة التعاقدية مع العلم أنه لا يوجد لمثل هذا النص في ق.ف رغم تأثير هذا الأخير على م.ج.

من خلال التعاريف السابقة يمكننا استخلاص تعريف أقرب لشرط الاحتفاظ بالملكية فنقول: "أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو الشرط الذي من خلاله يحتفظ بائع المنقولات المادية بملكيته لها لغاية تسديد الثمن المتفق عليه كاملا من قبل المشتري وله الحق في استردادها في حالة الإفلاس كمالك لها لا كدائن ممتاز.[1]

يهدف شرط الإحتفاظ بالملكية إلى العديد من الأهداف التي من شأنها الزيادة في الضمان والتي يمكن حصرها في الآتي:

- في حالة إفلاس المشتري قبل تمام الوفاء بالثمن فإنه يحصل على أكبر قدر من الحماية، ففي هذه الحالة لن يجبر البائع على الدخول في تفليسة المشتري كدائن عادي بالثمن، وإنما يكون من حقه أن يطالب باستيراد المبيع باعتبار أن الشيء المبيع لا يزال مملوكا له، وليس عنصرا من عناصر الذمة المالية للمدين (المشتري المفلس أو المعسر)
- عدم اللجوء إلى الوسيلة الكلاسيكية لضمان مصالحه أي سحب كمبيالة بالثمن على المشتري، ثم القيام بخصمها لدى أحد البنوك قبل حلول ميعاد استحقاقها، فالنص على شرط الاحتفاظ بالملكية، يستغني البائع عن عملية خصم الأوراق التجارية لدى البنك ويعتبر كل ذلك من مزايا البيع تحت الشرط المذكور.[2]
- توجد نصا العقود التي تتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية وتكتب عادة في الصياغةالفرنسية الآتية: Jusqu' au paiement complet du prix, la marchandise reste la proprété du vendeur.

أي تظل البضاعة مملوكة البائع في استرجاع البضاعة موضوع البيع من المشتري في حالة عدم التسديد قبل أو بعد الحكم بالإفلاس والتسوية القضائية، فقانون 1980 جاء لحماية البائع من جماعة الدائنين علما أن محكمة النقض الفرنسية اعتمدت مثل هذا الموقف سنة 1934.

[1] محمد بن عمارة: المرجع السابق، ص 13.
[2] محمد بن عمارة: المرجع السابق، ص19.

الفرع الثاني: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان للقرض

يكون عقد البيع عملية بسيطة عندما يتم المتعاقدان تنفيذ التزاماتها عقب اتفاقهما، إلا أنه ونظرا لحاجة المعاملات التجارية، يحدث أن يتم تأجيل الوفاء بالثمن أمام هذا الوضع المحفوف بالمخاطر احتمال عدم قدرة المشتري على الوفاء بالثمن، يفرض على البائع اللجوء إلى اشتراط احتفاظه بملكية فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير.

أولا: آثار الاحتفاظ بالملكية فيما بين المتعاقدين

يرتب عقد البيع بمجرد انعقاده التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري، وكل من التزام في حد ذاته هو حق للطرف الآخر، فالبائع يلتزم بنقل الملكية، يلتزم بالتسليم، الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية، وبالمقابل من ذلك فأن المشتري هو الآخر يلتزم بدفع الثمن ومصاريف البيع وتكاليف المبيع وكذا تسليم المبيع.

أ- حقوق والتزامات البائع:

لقد جعل المشرع من شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة للضغط على المدين، وحمله على أداء التزامه المتمثل في دفع الثمن، ذلك أن احتفاظ البائع بالشيء المبيع سيحرم المشتري حتما من الإستفادة منه وبالتالي فأنه سيسعى إلى تنفيذ إلتزامه ليحصل على المبيع.

حقوق البائع:

يظل البائع الذي اشترط الاحتفاظ بملكية المبيع لحين استقاء للثمن، المالك الوجيد له، وتكون ملكيته للشيء المبيع ملكية خالصة، ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد الوفاء بكامل الثمن، فإذا كان الشيء لا يزال في حيازة البائع (المالك) أي قبل تسليمه للمشتري فتكون له سلطة استعماله واستغلاله وحتى التصرف فيه، وإذا قام البائع بالتصرف في المبيع الذي باعه مع شرط الاحتفاظ بالملكية، سواء كان تصرفه ماديا أو قانونيا، فإن تصرفه يعد صحيحا، لأنه يتصرف في شيء مملوك له، هذا طالما اعتبرنا أن البيع معلق فيه انتقال الملكية على شرط واقف، أما إذا اعتبرنا أن البيع معلقا على شرط فاسخ، فإن البائع يكون ملزما بعدم التصرف في الشيء، وذلك حتى لحظة تحقق الشرط، ذلك أن الأخذ بالشرط الفاسخ يترتب عليه نقل ملكية الشيء إلى المشتري منذ لحظة تكوين العقد.

إلتزامات البائع:

يلزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت العقد،[1] ومن ثم ستعين المحافظة عليه وتسليمه بالحالة الموجود عليها.

كما يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري في الزمان والمكان المتفق عليهما، ذلك أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمنع عملية تسليم المبيع للمشتري، وهذا مانص عليه المشرع صراحة في المادة 363 من القانون المدني/ ف1 (ولو تم تسليم الشيء المبيع).

وعليه إلى حين سداد الثمن يبقى البائع محتفظا بالملكية، وإن تم تسليم المبيع للمشتري فإن هذا الأخير لا يعتبر سوى واضح جدا أو مجرد حائز عرضي.[2]

هذا ومن حق البائع استقاء ثمن المبيع من المشتري في الزمان والمكان المتفق عليهما، وفي المقابل ذلك يلتزم البائع ضمان خلو المبيع من العيوب الخفية، وبضمان التعرض والاستحقاق وفقا للقواعد العامة، كما يحق للمشتري المطالبة بإستلام الشيء المبيع بالحالة المتفق عليها،[3] وفي الزمان والمكان المتفق عليهما، وإذا تم وإن تسلم المشتري المبيع المحافظ بالملكية، فالبائع رغم تخليه عن الحيازة يظل هو المالك، ويكون من حقه استغلاله وتلقي ثماره بل والتصرف فيه، إذ أن إنتقال الحيازة للمشتري يؤدي إلى حرمان البائع من مكنة الاستعمال فقط، وليس للمشتري كمجرد حائز عرض ممارسة أي مكنة من مكنات حق الملكية على المبيع كأصل، وعليه فإنه لا يستطيع ما لم يوجد اتفاق مخالف، استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه، وإذا تصرف بالمخالفة لذلك قبل سداد الثمن تعرض للجزاء المدني المتمثل في الفسخ أو التعويض أو كلاهما.[4]

يكون لدائني البائع الحق في توقيع الحجز على المبيع بتطبيق قواعد حجز ما للمدين لدى الغير، باعتبار المبيع يدخل ضمن أحد عناصر الذمة المالية لمدينهم، ولا يكون لدائني المشتري هذا الحق، ويجوز للبائع الإعتراض على الحجز الموقع من قبلهم.

---

[1] تنص المادة 364 ق.م.ج على: "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في حالة التي كان عليها وقت البيع".

[2] ونوغي غادة: مرجع سابق، ص91.

[3] في الحقيقة التزامات البائع هي عبارة عن حقوق للمشتري في نفس الوقت، اذا يصعب الفصل بينهما.

[4] لا يمكن متابعة المشتري الذي تصرف في المبيع المحتفظ بملكية، على أساس جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها في قانون العقوبات، باعتبار أن عقد البيع ليسن من العقود التي تقوم خيانة الأمانة بمناسبتها، فعقد البيع ليس من عقود الأمانة.

ب-حقوق والتزامات المشتري:

إذا لم يكن المشتري قد استلم الشيء المبيع بعد، فلس له الحق استعمال ذلك الشيء أو أخذه من المالك الحائز له، كما لا يجوز له إعادة بيع الشيء قبل أو بعد استلامه ما لم يصبح المشتري مالكا بعد الشيء.

يحق للمشتري المطالبة باستلام الشيء المبيع بالحالة المتفق عليها، وفي الزمان والمكان المتفق عليهما، كما يحق له الاستثمار باستعمال واستغلال الشيء المبيع بالطريقة المتفق عليها، والحصول على عائد ذلك لنفسه ما لم يتفق على غير ذلك.[1]

وإذا استلم المشتري الشيء المبيع فأنه يلتزم بالمحافظة عليه واستعماله في الغرض المخصص لأجله، وعدم تحويل الشيء إلى هيئة مغايرة لهيئته الأصلية ولا يجوز للمشتري التصرف في الشيء بالبيع أو بالرهن وإلا كان من حق البائع طلب فسخ العقد واسترداد المبيع، مع الحصول على تعويضات مناسبة إذا لزم الأمر.[2]

تحمل تبعية هلاك المبيع:

من بين المسائل الهامة التي قد تثور أثناء المرحلة الممتدة ما بين لحظة انعقاد العقد إلى حين تحقق شرط الوفاء بالثمن كله، مسألة تبعية الهلا، فإذا ما حدث هلاك أو تلف للمبيع خلال هذه الفترة، من يتحمل تبعية ذلك؟.

ينبغي أولا بدء الإشارة إلى أن المقصود بتبعية الهلاك، هو تحمل نتائج فقد أو تلف الشيء بصفة كلية أو جزئية، فالرجوع إلى نص المادة 369 ق.م.ج والتي تنص على: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لابد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إل إذا وقع الهلاك بعد أعذار المشتري بتسليم المبيع.[3]

نلاحظ أن المشرع يربط كمبدأ، بين تبعة هلاك الشيء وتسليمه، بصرف النظر عن وقت انتقال الملكية، ولا يتحمل المشتري تبعة هلاك الشيء بقوة قاهرة إذا لم يكن قد تسلمه أو أعذره البائع لاستلام المبيع، هذا وقد نصت المادة 370 من ق.م.ج على :"إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقي البيع من إنقاص الثمن.

[1] محمد بن عمارة: مرجع سبق ذكره، ص70.
[2] محمد بن عمارة: مرجع سبق ذكره، ص70.
[3] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن ق.م. المعدل والمتمم في ج.ر.ج.ج، ع78، 2007.

نلاحظ من خلال نص المادة، أنه إذا نتج هلاك جزئيا بسبب أجنبي، فإنه الهلاك يتحمل البائع ولكن المشرع راعي في ذلك جسامة الهلاك بحيث وضع النص حكمين مختلفين:

- حكم الهلاك الجزئي الجسيم، فالمشتري في هذه الحالة طلب الفسخ واسترداد الثمن إذا دفعه، أو عدم دفعه إن لم يكن ذلك قد تم، كما له الحق في الإحتفاظ بالمبيع وطلب إنقاص الثمن.[1]
- حكم الهلاك الجزئي غير الجسيم، ففي هذه الحالة ليس للمشتري سوى المطالبة بإنقاص الثمن دون طلب الفسخ.

حيث أن موقف المشرع الجزائري يتسم بالمنطقية، ذلك أن ربط تبعية الهلاك بالتسليم في العقود الناقلة للملكية كالبيع، موقف تسليم ومن ثم تقع تبعية هلاك المبيع قبل التسليم على البائع، ولو كانت ملكية قد انتقلت إلى المشتري قبل الهلاك.

لحظة انتقال ملكية المبيع إلى المشتري:

إن مصير شرط الاحتفاظ بالملكية يتوقف في حقيقة الأمر على قيام المشتري بالوفاء بالثمن من عدمه والغالب أن يتم تعيين الثمن مباشرة بواسطة طرفي العقد، باعتبار أنهما خير من يقدر أن ظروف الصفقة المبرمة بينهما، ومقدار ما يتكبده كل طرف من مشقة وكلفة، وما قد يعود عليه من ربح ومنفعة، فلا يستقل البائع بتعيين الثمن، لأنه قد يبالغ فيه فيغبن المشتري، ولا يستقل به المشتري لأنه قد يبخس الثمن فيغبن البائع.

وإذا تم سداد الثمن كاملا في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري بأثر رجعي من وقت إبرام البيع، وتصبح التصرفات التي صدرت من المشتري نافذة منذ البداية، كأن يتصرف فيه بالبيع أو الرهن مثلا، فتنتقل ملكيته إلى المشتري الثاني، وينشأ حق الرهن للدائن المرتهن مع وقت إبرام عقد الرهن مع المشتري، كما تصبح ثمار المبيع ملكا للمشتري منذ إبرام العقد،[2] وهذا ما سيكشف من المادة 336 الفقرة الرابعة من القانون المدني الجزائري التي نصت صراحة على: "وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع.[3]

ثانيا: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في اتجاه الغير

إن الدور التأميني لشرط الاحتفاظ بالملكية، يتمثل في استعمال هذا الشرط كوسيلة للضغط على المدين (المشتري) وحمله على تنفيذ إلتزامه المتمثل في الوفاء بالثمن، بعبارة أخرى أن هذا اشرط

[1] ونوغي غادة: مرجع سبق ذكره، ص93.
[2] ونوغي غادة: مرجع سبق ذكره، ص94.
[3] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن ق.م. المعدل والمتمم في ج.ر.ج.ج، ع78، 2007.

يلعب دورا هاما في حث المشتري على السداد، كي يتحرر من القيود المفروضة عليه في الانتفاع والتصرف في المبيع، وجمع مكنات حق الملكية كاملة بين يديه، ولمعرفة أثار شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير، تقتضي من التعرض لنفاذ الشرط قبل الدائنين، ومن أثار الشرط قبل التصرف فيه.

أ- نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين:

إن فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لضمان حق البائع في الثمن، إن هذا الإستيراد لا يثير أي إشكال إذا ما بقي المبيع بين يدي المشتري المتقاعس عن الدفع، كما أن الإشكال لا يعد تصرفا في ملك الغير، إذ يجوز للبائع الأصلي استرداده من المتصرف إليه، ما لم يكن المبيع منقولا وحازه هذا الأخير بحسن نية، كما أن دائني المشتري إذا قاموا بالحجر على أموال المشتري المدين، وكان من ضمنها المبيع المحتفظ بملكيته، فإن البائع يمكنه أيضا ممارسة دعوى الإسترداد لأن ملكية المبيع لم تنتقل بعد للمشتري المحجوز عليه.[1]

ب-دعوى استرداد البائع للمبيع المحتفظ بملكيته:

أجاز المشرع بقانون 12 ماي1980 الاحتجاج بشرد الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين واعترف بفاعلية هذا شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين، والتسليم للبائع بحقه في استرداد البضاعة من أموال التقليسة، [2] يتوقف على تحقق مجموعة من الشروط القانونية:

- **الكتابة:**

طبقا للقواعد العامة، لا يخضع شرط الاحتفاظ بالملكية كشكلية محددة في اثباته ونفاذه، إلا أن المشرع الفرنسي خرج عن هذه القاعدة ونص صراحة على أنه لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع في مواجهة جماعة الدائنين، إلا إذا كان هناك اتفاق مكتوب على الشرط قبل لتسليم المبيع للمشتري، وعليه فإن الكتابة الصريحة في ظل ق.ف للشروط لازمة لصحة الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية.

- **قيام الاتفاق على الشرط قبل تسليم البضاعة:**

لتفادي حالة الغش والاضرار بمصالح جماعة الدائنين، استلزم المشرع الفرنسي لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية، والإحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين، أن يكون الاتفاق عليه كتابة قبل

[1] ونوغي غادة: مرجع سبق ذكره، ص94
[2] ونوغي غادة مرجع سبق ذكره، ص94

تسليم البضاعة للمشتري أو على الأكثر عند التسليم، أي أن شرط الإحتفاظ بالملكية المتفق عليه بعد التسليم، لا يكون نافذا في مواجهة جماعة الدائنين لذا من مصلحة البائع الحرص على بيان تاريخ وجود الشرط لحظة تسليم البضاعة.

- **عدم الخضوع الشرط للشهر:**

لا يشترط المشرع الفرنسي لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الغير إجراءات شهر معينة، حتى وإن كان قانون 12 ماي 1980 نص على بعض الإجراءات إذ نصت المادة الثالثة منه بأن البضاعة المبيعة مع الاحتفاظ بملكيتها ينبغي أن تبرز في قيد مستقل من الجانب الإيجابي لميزانية المشتري، ويجب أيضا إبراز الحق الناجم عن هذا المبيع في قيد مستقل من الجانب الإيجابي لميزانية البائع.

إن هذا الشرط أو الإجراء ذو الطبيعة المحاسبية يساعد في إعلام الغير بالشرط ويلقي الضوء على الذمة المالية للمتعاقدين تفاديا للإحتجاج باليسار الظاهر للمدين، إلا أنه ليس شرطا لنفاذ الشرط قبل دائني المشتري أي لإسترداد المبيع من تقليسة هذا الأخير، وليس للمشتري التمسك بعدم قيد الشرط في ميزانيته للتهرب من استرداد البائع للبضاعة.[1]

الفرع الثاني: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية لضمان القرض

إن الحياة العملية قد جعلت مانح الائتمان، في بحث دائم عن الضمان، وإذا اعتبرنا أن التأمينات العينية والشخصية لم تعد تحقق الضمان الكافي، نتيجة ارتفاع تكلفتها وتعقيد إجراءاتها وعدم مواكبتها للتغيرات الاقتصادية، والتي أثرت بشكل بارز على نظم الإفلاس، وبالتالي على فعالية التأمينات فإن الأمر يقتض البحث عن ضمان يتدارك هذا العجز، حيث سنتناول جدوى الضمان الذي يحققه شرط الإحتفاظ بالملكية، وفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في بعض القروض.

أولا: جدوى الضمان الذي يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية

باستقراء نص المادة 363 من ق.م.ج.ق1 التي تنص على: "إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع".[2]

[1] ونوغي غادة: مرجع سبق ذكره، ص95.
[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن ق.م، المعمول والمتمم في ج.ر.ج.ح.ع 78، ص2007.

ونلاحظ من نص المادة كان المستفيد من هذا الضمان، هو البائع وحده ذلك وأنه وطبقا لنص المادة فأن هذا الضمان الإتفاقي أطرافه هما البائع والمشتري، فالسؤال الذي يطرح هل يمكن نقل هذا الضمان إلى الغير وبالتالي استفادة هذا الأخير منه؟ فمثلا هل يمكن لبنك أن يحل محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية؟.

الأجابة على هذا السؤال يكون من خلال نقطتين:

أ- بساطة شرط الإحتفاظ بالملكية:

تظهر بساطة هذا الشرط يطالب في أنه لا يستلزم سوى الاتفاق عليه بين بنود العقد، وهذا ما يستخلص من مضمون المادة 363 من ق.م.ج.، ذلك أن المشرع لم يشترط شكلا معينا أو إجراءا خاصا، لذلك أن هذا الشرط شائع في بيع الآلات الميكانيكية والدرجات وآلات الخياطة والآلات الكهرومنزلية، ولا مانع من إدراج هذا الشرط في بيع المحلات التجارية والأراضي، حيث تتأتى فعالية هذا الشرط من خلال إمكانية البائع بأن يطالب باسترداد الشيء المبيع باعتباره مالكا له، مما يجنبه مزاحمة يأتي دائني المشتري له، لكن الإشكال الذي يثور هو لأنه في حالة إفلاس المشتري فإن باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر، وهو أن الشيء يدخل في الضمان العام للمدين خاصة وأن حيازة الدائنين للشيئ المبيع تغرز هذا الوضع الظاهر، فهل هذا الضمان قادر على مواجهة هذا الوضع بعبارة أخرى هل شرط الإحتفاظ بالملكية قادر على الوقوف في وجه دائن المشتري وبالتالي منهم هذا التنفيذ على المبيع؟.[1]

في الحقيقة إن فعالية هذا الشرط تظهر بشكل جلي ضمن أحكام عقد الإعتماد الإيجاري حيث نصت المادة 22 من الأمر 09/96 المتعلق بالإعتماد الإيجاري على: "في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار، أو في حالة التراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الإمتيازيين مهما كان وضعهم القانوني وصفتهم، سواء أخذو بعين الإعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي".[2] يتضح أن احتفاظ المؤجر بملكية الأصل يشكل ضمانا فعالا، في مواجهة الإجراءات الجماعية المتخذة من طرف

[1] ونوغي غادة: مرجع سبق ذكره، ص96-97.
[2] الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

دائني المستأجر، في إطار الإفلاس أو التسوية القضائية حيث أن العين المؤجرة لا تخضع لأي متابعة.

ب-إمكانية إنتقال الإستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية:

إن السؤال الذي يصلح في هذا المجال، هل يمكن لكل من البائع والمشتري أن ينقل إلى البنك شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وذلك عند حاجتها للإئتمان؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا معرفة كيفية حلول البنك محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية، عندما يقوم البائع ببيع المبيع إلى المشتري، مع الاحتفاظ بمليكة، ويقوم المشتري عند حاجته إلى تسدي الثمن بالإقتراض من البنك، ومقابل ذلك يطلب الحلول محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان، فوجود الشرط بين المشتري والبائع ضروري لإمكان الحلول، حيث أن ق.م. ينظم نوعين من الحلول، أحدها يكون عن طريق الحلول بواسطة الدائن أي أن الدائن يتفق مع الموفى على أنه يحل محله في حقوقه بضماناته قبل المدين ولا يشترط أن يقبل هذا الأخير بذلك، مع الإشارة إلى أنه يجب أن لا يتأخر هذا الاتفاق عند وقت الوفاء،[1] وهذا ما جاءت به المادة 262 من ق.م. بنصها: "يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء".[2]

أما الطريق الثاني للحلول، فيكون بواسطة المدين، فإذا اقترف هذا الأخير مالا من أجل الوفاء بالدين، فإن المقترض يحل محل الدائن الذي استوفى حقه، بغض النظر عن رضا هذا الدائن، ويجب أن يكون المال المقترض مخصصا لهذا الوفاء ويجب أن يذكر ذلك في عقد القرض، وعقد المخاصة يجب بيان أن الوفاء كان من هذا المال المقترض، وهذا ما جاءت به المادة 263 من ق.م. بنصها: "يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو دون رضا هذا الأخير على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد تخصص للوفاء وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي اقرضه الدائن الجديد".[3]

وعليه فإن للبنك الذي يوفي للبائع ثمن المبيع، أن يحل محله في شرط الإحتفاظ بالملكية، ويمكنه أن يحل محله في حقوقه قبل المشتري ودائنيه، وأن يطلب استرداد المبيع في حالة عدم استيفائه لحقه، ذلك أن حلول البنك محل البائع لا يتعلق فقط بالحق وتوابعه ولكن يشمل كل الحقوق

[1] ونوغي غادة: مرجع سبق ذكره، ص97.
[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن ق.م. المعدل والمتمم في ج.ر.ج.ج.ع 78 س 2007.
[3] الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن ق.م. المعدل والمتمم في ج.ر.ج.ج.ع 78 س 2007.

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.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لشرط الاحتفاظ بالملكية كضمان

إختلف الإتجاهات الفقهية حول تكييف شرط الإحتفاظ بالملكية فمنهم من يرى بأنه بيع معلق على شرط واقف، ومنهم من يرى بأنه بيع مضاف لأجل واقف، أو بأنه بيع يعلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن أو أنه معلق على شرط فاسخ. وبالرجوع إلى رأي المشرع الجزائري حول هذا الأمر كان لابد من الرجوع إلى نصوص المواد من ق.م.ج وبالذات في المادة 363 منه،[1] التي يستخلص منها أن المشرع اعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف هو تسديد كامل الثمن المتفق عليه.

المبحث الثاني: الاعتماد الايجاري كصورة لشرط الاحتفاظ بالملكية كضمان

لقد فرضت السوق المالية على المشرع نتيجة عجز الضمانات التقليدية وعدم كفايتها في غالب الأحيان عن تقديم الضمانات الفعالة والكافية التي تحمي البنوك ممولة المشاريع الاقتصادية من خطر ضياع أموالها، مما نتج عنه وجود مؤسسات تملك الأصول الاستثمارية والتجهيزات المتطورة مقابل وجود مشاريع اقتصادية في حاجة إلى تلك المعدات والتجهيزات لكنها تفتقد إلى السيولة الكافية لإقتنائها، البحث عن صيغ تمويلية ذات مرونة أكبر وتكاليف أقل تشكل في آن واحد ضمانات أكثر ضمانا للمؤسسات المالية والبنوك، اعتمادا على آليات وصيغ تقليدية من خلال تطويعها وتطويرها لتواكب التطور الحاصل في مجال الإئتمان والتمويل، فلجأ المشرع إلى سن الأمر رقم (96/09)[2] المتعلق بالاعتماد الايجاري، وهو نوع من العقود التي يحتفظ فيها البنك أو المؤسسة الممولة بالملكية على سبيل الضمان وفق شروط محددة.

ويعتبر عقد الاعتماد الايجاري من أهم عمليات التمويل انتشارا في السنوات الأخيرة، التي توظف الملكية كضمان، والتي نظمها المشرع الجزائري في نص خاص بالرغم من عدم سنه لأحكام خاصة بشرط الاحتفاظ بالملكية.

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
[2] الأمر رقم (96/09) المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري، ج.ر.ج لسنة 1996، ع3.

المطلب الأول: مفهوم الاعتماد الايجاري

نظم المشرع أول مرة آلية الاعتماد الايجاري في قانون النقد والقرض الملغى رقم (10/90) بطريقة ضمنية غير صريحة بنصه في الفقرة الثانية من المادة (112) منه على (تعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات الشراء المقرونة بحق خيار بالشراء ولاسيما عمليات الإقراض مع الإيجار)، ليصدر بعدها بسنوات الأمر رقم (96/09) المتعلق بعقد الاعتماد الايجاري الذي حاول من خلاله المشرع وضع تعريف لهذه الصيغة التمويلية فجاء في نص المادة الأولى منه أنه عمليات تجارية مالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة التأجير تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر، تتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية.

والواضح من النص أن المشرع الجزائري لم يحدد الطبيعة القانونية للعقد بشكل بات واضح، كما أن التعريف حدد أطراف العقد والأموال التي يمكن أن تكون محلا له، لكنه لم يحدد تعريفه، لهذا سنحاول البحث عن تعريف عقد الاعتماد الايجاري في الفقه وبعض القوانين المقارنة.

الفرع الأول: تعريف الاعتماد الايجاري

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

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

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

سار المشرع الجزائري على نهج المشرع المصري فلم ينص على شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن الضمانات المسماة التي نظمها القانون، بل اعتبره ضمانا إتفاقيا لا يتعارض مع الأحكام العامة

[1] القانون رقم 96-09، المتعلق بالاعتماد الايجاري، المادة 01-09.

لعقد البيع، فأعطى الحق للمتعاقدين في تشديد الضمان أو تخفيفه في عقد البيع وترك الأمر خاضعا لأرادتهما، واعتبر احتفاظ البائع بملكية المبيع مصوغا ينشأ عن التزامات المتقابلة للبائع والمشتري.

فنصت المادة (363) من ق.م.ج على أنه (إذا كان الثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع)، وهو ما يظهر أن المشرع الجزائري يتبنى نظرية الشرط الواقف، ولكن التساؤل يثار حول إذا كان الشرط الواقف يتعلق بوجود العقد برمته أو مرتبط بانتقال الملكية إلى المشتري دون المساس بصحة العقد وترتيبه لآثاره؟.

بالرجوع إلى نص المادة (206) من ق.م.ج، يتبين أن المشرع أجاز للدائن اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ حقه المعلق على شرط، فيكون للبائع حق الفسخ طبقا للقواعد العامة ويسترد المبيع من المشتري إذا كان قد تسلمه، كما يسترد المشتري ما دفعه من أقساط الثمن [1]، كما يحق للبائع طلب التعويض طبقا لنص المادة(19) من ق.م.ج، ويجوز الاتفاق على احتفاظ البائع بالأقساط التي دفعها المشتري على سبيل التعويض في حال تخلف المشتري عن الوفاء، مما يدل على أن الشرط يوقف انتقال الملكية لا نفاذ عقد البيع ووجوده، لكن وفي ذات الوقت اعتبر أن الالتزام المعلق على شرط واقف لا يكون نافذا ولا يترتب آثاره إلا إذا تحقق هذا الشرط، وقبل ذلك لا يمكن التنفيذ الجبري للالتزام ولا التنفيذ الاختياري، والملاحظ على نص المادة أن المشرع من جهة اعتبر الحق غير موجود قبل تحقق الشرط الواقف فلا يحول للطرفين التنفيذ الجبري ولا الاختياري، وفي نفس الوقت أعطى الحق للدائن أي المشتري في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية اتخاذ كل الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقه على اعتبار أن الالتزام نتج عنه حق للدائن، وهو ما نراه نوع من التناقض فتارة الشرط الواقف يتعلق بوجود الحق ذاته وتارة أخرى يرتبط بانتقال الملكية دون المساس بوجود العقد وترتيبه لبعض آثاره بين المتعاقدين في حين نص المادة (1304) من القانون المدني الفرنسي اعتبرت الحق المعلق على شرط واقف موجودا وليس محتمل الوجود.

وما تجدر الإشارة إليه أن نص المادة (208) من ق.م.ج تعتبر أن للالتزام أثر رجعي متى تحقق الشرط، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام يكون فورا من وقت تحقق الشرط، وهو أيضا ما أكدته الفقرة الرابعة من المادة (363) من ق.م.ج بنصها (وإذا وفي

[1] محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن، ص 82.

المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع)، ومن ثم متى قام المشتري بالوفاء بكامل الثمن اعتبرت الملكية كأنها انتقلت إليه من تاريخ انعقاد العقد وذلك نتيجة الأثر الرجعي لتحقق الشرط، أما إذا تخلف الشرط ولم يوفي المشتري بالثمن حسب الاتفاق فإن ملكية هذا الأخير التي كانت معلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعي ويعتبر البيع كأن لم يكن وتبقى الملكية للبائع.

وفي ظل غياب أحكام خاصة لتنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان وفي ظل غياب اجتهادات قضائية تساعد على تحديد الطبيعة القانونية لهذه الآلية، تبقى وبحسب اعتقادنا الأحكام المنظمة لشرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع قريبة من التكييف القانوني للمشرع المصري، خاصة مع التقارب اللفظي للنصين، الذي تأثر بدوره بالقضاء الفرنسي الذي اعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان شرطا واقفا لانتقال الملكية إلى المشتري دون المساس بوجود العقد، وهو ما يبرر منح المشرع البائع بموجب نص المادة (363) من ق.م.ج حق طلب فسخ البيع المؤجل فيه انتقال الملكية إلى غاية استيفاء الثمن في حال تخلف المشتري عن دفع الثمن، والفسخ لا يكون إلا لعقد موجود، وهو ما يمكن أن يعطي ضمانات أكثر لكلا الطرفين للتمسك بكل الإجراءات التي من شأنها حفظ حقهما الناشئ عن العقد.

الفرع الثاني: مزايا عقد الاعتماد الايجاري:

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

أ- المزايا التي تتحقق للمستأجر:

يمكن للمستأجر واعتمادا على الاعتماد الايجاري الحصول على تمويل يغطي الاستثمار بالكامل دون أن يتكلف بأي نفقات سابقة على حيازة الأموال المؤجرة، كمل يفعل المقترض من البنوك والذي تشترط عليه تقديم ضمان كافي، كما وأن البنك لا يمنحه القرض المطلوب بالقيمة الكاملة للضمان المقدم.[1]

[1] القانون رقم 96-09، المتعلق بالاعتماد الايجاري، المادة 01-09.

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

ب- المزايا التي تحقق المنتج:

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

ج-المزايا التي تحقق للاقتصاد الوطني:

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

المطلب الثاني: أطراف الاعتماد الايجاري

يشهد تنفيد عقد الاعتماد الايجاري زيادة على المؤجر والمستأجر تدخل طرف ثالث هو المنتج أو البائع أو المقاول أو المورد، فالمورد لا يعتبر طرفا في عقد الاعتماد الايجاري، وإنما طرفا في عقد البيع (بائع المبرم بينه وبين المشتري المؤجر)، فمن الناحية القانونية لا يوجد هؤلاء الأطراف في عقد واحد بل في عقدين مستقلين، عقد البيع بين المورد والمؤجر والمستأجر، وبالتالي لا توجد علاقة عقدية بين البائع (المورد) والمشروع المستفيد (المستأجر)، فإبرام عقد الاعتماد الايجاري يشهد وجود طرفين أساسيين فقط هما المؤجر والمستأجر.[1]

أولا: التزامات المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري

بمجرد إ[رام عقد الاعتماد الايجاري فإن المؤجر يلتزم اتجاه المستأجر بجملة من الالتزامات، وهذه الأخيرة لا تخرج عن الالتزامات التي يرتبها عقد الإيجار على المال المؤجر، إلا ما لا يتفق مع طبيعة عقد الاعتماد الايجاري، ولهذا سنتطرق للالتزامات الرئيسية الواقعة على عاتق المؤجر، في هذا العقد مع التمييز بين الالتزامات الاختيارية والالتزامات الإجبارية.[2]

[1] محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص09.
[2] محمد صبري السعدي: المرجع السابق، 2010، ص09.

أ- التزامات المؤجر الإختيارية:

بناء على القواعد الخاصة بعقد الاعتماد الايجاري، والقواعد العامة القانون المدني، يقع على عاتق المؤجر التزامات رئيسية، ويمكن المؤجر إعفاء نفسه من هذه الالتزامات بالاتفاق مع المستأجر، وذلك نظرا لعدم تعلق أحكامها بالنظام العام، وتتمثل هذه الالتزامات في الالتزام السليم، والالتزام بالضمان.

- **الالتزام السليم:**

يعتبر التزام بتسليم العين المؤجرة أساس وجوهرة عقد الايجار، ففي حالة غياب هذا الالتزام تصبح التزامات المؤجر دون سبب مما يؤدي إلى بطلان العقد.

كما نصت المادة 8 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري يقع على عاتق المؤجر طبقا للخصوصيات التقنية المعينة من قبل المستأجر في الحالة وفي التاريخ المتفق عليهما في عقد الاعتماد الايجاري".[1]

ويعرف التسليم أيضا بأنه: "دفع الشيء أو الأصل المؤجر تحت تصرف المستأجر بشكل يمكنه الانتفاع به".

صور التسليم:

- يتم التسليم حسب القواعد العامة، إما بشكل فعلي أو بشكل حكمي.
- يكون التسليم حكميا بمجرد تراضي المتعاقدين أن العين المؤجرة قد تم تسليمها من المؤجر إلى المستأجر، فهو يتميز عن التسليم الفعلي بأنه تصرف قانوني وليس عملا ماديا، إنما التسليم الفعلي يكون بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر بحيث يتمكن هذا الأخير من حيازتها والانتفاع بها دون عائق ويتميز عقد الاعتماد الايجاري بقواعد خاصة فيما يخص الالتزام بالتسليم، إذ أن الأموال المؤجرة لا تكون مملوكة إبتداء للمؤجر بل يشتري بغية تأجيرها، فالمستأجر هو الذي يقوم بالاستلام مباشرة من المورد أو المقاول في أغلب الأحيان إن تسليم الأموال محل العقد تتخذ واحدة من هاتين الصورتين.[2]

[1] المادة 08 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري.
[2] محمد صبري السعدي: مرجع سابق، ص10.

التسليم المباشر: يتم التسليم مباشرة من المؤجر إلى المستأجر، بعدما يتسلم المؤجر الأموال محل العقد من المورد أو المقاول، وقد يحدث التسليم مباشرة كما هو الحال في الاعتماد الايجاري اللاحق.

التسليم غير المباشر: وهو حالة تسليم المستأجر الأموال المؤجرة من المورد أو المقاول، وهذا باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك.[1]

حالة التسليم وكيفية تنفيذه:

- **حالة تسليم الأصل المؤجرة:**

عقد الاعتماد الايجاري لا يخالف القواعد العامة، حيث يلتزم المؤجر التمويلي بتسليم الأموال المؤجرة سواء كانت منقولات أو عقارات مع ملحقاتها إلى المستأجر في حالة صالحة لكي تؤدي الغرض المتفق عليه في العقد والمؤجر ملزم بإجراء جميع الترميمات الضرورية واللازمة المتعلقة بالأصل المؤجر قبل تسليمه للمستأجر.[2]

الفرع الأول: انقضاء عقد الاعتماد الايجاري

ينقضي العقد إما بمزاولة حق خيار الشراء، أو بتجديد الايجار لفترة أخرى، وإما برد الأصل إلى المؤجر، وهو ما نصت عليه (المادتين 10 و16 من الأمر 96-09).

ومن خلال دراستنا الميدانية، لدى كلا من: "بنك البركة"، و"بنك سوسيتي جينيرال" بولاية قسنطينة، وجدنا أنه كان للترتيبات التشريعية للاعتماد الايجاري انعكاس إيجابي على الواقع العملي لتمويل الاستثمار في الجزائر، إذ أصبحت هذه التقنية تمثل لدى بنك البركة مثلا مانسبته 50% من قيمة مختلف تمويلاتها، كما أن العديد من البنوك سايرت هذه الموجة من خلال إدراج هذه التقنية كمنتج تمويلي ضمن أعمالها، أما البنوك والمؤسسات المالية التي لم تواكب هذا النشاط فإن أغلبها يدرس إمكانية تقديم هذه الخدمة لتمويل الاستثمار في المستقبل القريب، غير أن الإشكال الذي يطرح هو:

[1] محمد صبري السعدي: مرجع سابق، ص12.
[2] جوادي سهام، عزو ليندة: نهاية عقد الاعتماد الايجاري الجزائري في القانون، مذكرة شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، 2017، ص2.

أ- رغم كون سوق الاعتماد الايجاري في الجزائر كبيرا بسبب النمو الاقتصادي حاليا، غير أننا نجد حصته للمؤسسات الاقتصادية في السنتين الأخيرتين في حدود 10%، أي قيمة 70 مليار سنتيم بالمقارنة بالتمويل الموجه للاستثمار في شكل قروض بنكية.

ب- كل العقود التي تروج له كمنتج تنقضي بتملك الأصل، وذلك بموجب بند يتضمنه العقد. وفي تقديرنا أن ذلك راجع لصعوبة تطبيق الخيارين الأخرين: تجديد الايجار، أو رد الأصل بعد نهاية مدة الإيجار، بسبب صعوبة إيجاد مستأجر آخر يريد هذا الأصل كما أن غالبية العقود منصبة على تمويل المنقولات وليس العقارات.

-بالنسبة للمستأجر: عادة ما يطمح المستأجر إلى تغيير المعدات بأخرى متطورة، لذلك يلجأ إلى شركات الإجارة التي تضمن له ذلك، وهو ما ليس متوفرا في الجزائر.

-بالنسبة للمؤجر: إن تأجير الأصل فقط دون انتقال الملكية يتطلب توفر مؤجرين متخصصين في هذا النوع من العقود، ويحتاج الأمر أيضا إلى إمكانيات مادية كبيرة، كالحضائر التي توضع فيها الأصول، وورشات الصيانة التي تتكفل بصيانتها وتطويرها.

وبالتالي لابد أن ينظر المشرع في هذا الأمر، من خلال تقنين قواعد تسمح بتأسيس شركات إجارة في شكل شركات مساهمة كفروع لمجمعات اقتصادية، بحيث تضطلع هذه الأخيرة بصناعة تجهيزات الإنتاج (مفهوم المؤجر الصانع) الذي أتى به النظام المحاسبي المالي، ليتكفل فرعها بتأجيرها لتلبية حاجات المستأجر من صيانة، واستبدال التكنولوجيا القديمة بالجديدة، فذلك سيعود بالفائدة على المستأجر، لأنه سيحصل على المعدات وفق التكنولوجيا الجديدة، ويضمن صيانتها واستبدالها بتكنولجيا أحسن.[1]

[1] نابتي عبد الحق يوسف: عقد الاعتماد الايجاري كوسيلة لتمويل الإستثمار في التشريع الجزائري: دراسة نظرية وتطبيقية من منظور قانوني اقتصادية، مجلد ميلاف للبحوث والدراسات جامعة عبد الحميد مهري قسنطينة، الجزائر، المجلد5، العدد 1، 2019 جوان.

خلاصة الفصل:

من خلال ما سبق يمكن إستخلاص أنه يقترن شرط الاحتفاظ بالملكية بعقد الاعتماد الايجاري بحيث بمقتضى هذا الشرط يمنح البائع إئتمانه للمشتري.

غير أن هذه الضمانات لا تعتبر كافية لضمان القروض البنكية بل لابد من توافر ضمانات أكثر أهمية جديدة لهذا نجد المشرع الجزائري في محاولة منه لمواكبة التطورات الحاصلة والنهوض بالاقتصاد الوطني وتوفير الإئتمان الكافي للعمل.

خاتمة

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

- أن البنك لا يستطيع التخلي عن الضمانات التقليدية حتى ولوتم استحداث العديد من الضمانات المجددة.
- أن الكفالة باعتبارها ضمان للقروض القصيرة الأجل، لا يختلف تنظيمها عن الكفالة العادية، غير أن المشرع يعاب عليه في موضوع الكفالة عند حصره إثباتها بالكتابة وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة المطبقة على البنك كونه يعتبر تاجرا، وتتسم قواعده بحرية الاثبات.
- أن الضمان المالي يعتبر وسيلة فعالة لضمان القروض البنكية وهو يعتبر شكل من أشكال الكفالة غير أنه يرد على الأوراق التجارية.
- أن القروض الطويلة أو المتوسطة الأجل تكون معرضة أكثر من غيرها لخطر الإعسار وعدم الدفع وغيرها من الأخطار، مما يستوجب تقديم ضمانات أكثر فعالية من الضمانات الشخصية هي الضمانات العينية متمثلة في الرهن الرسمي والحيازي.
- أنه وإثر التطور الحاصل في التجارة والاستثمار والاقتصاد وكثرة السكان والبناء والتعمير، كان لابد للمشرع وضع ضمانات مخصصة لهذا النوع من القروض المسحوبة، متمثلة في التوريق والضمان المالي اللذان يعتبران مجازفة قام بها المشرع ساعدت بشكل جيد في توفير السيولة وسهولة منح الائتمان وحماية البنك من مخاطر الإعسار والإفلاس.
- أنه وبالرغم من وجود هيئات جديدة لتأمين القروض إلا أن المشرع لم تستغني عن الضمانات الكلاسيكية,

واستنادا إلى هذه النتائج يمكن اقتراح ما يلي:

- تعديل نصوص القانون المدني والمتعقلة بالكفالة أو وضع قوانين جديدة تتناسب ووضع الكفالة باعتبارها ضمان للقروض البنكية خاصة وأن الطرف في هذا العقد هو البنك باعتباره تاجرا.

- وضع لجان مهمتها الرقابة على أعمال البنوك خاصة طريقة منح القرض، الضمانات الممنوحة، آجال التسديد الإجراءات المتبعة في حالة عدم الدفع.
- عند استحداث ضمان جديد يستحسن وضع وسيلة ملمة لفهم كيفية العمل به أو تكون مواكبة وبشكل أكثر للتطور الحاصل، وكذا القيام بدورات تدريبية لكافة العاملين بالبنوك عن كيفية تقييم القرض استنادا إلى هذا الضمان.

قائمة المراجع والمصادر

1- الكتب والمؤلفات:

- حسين فتحي عثمان: التوريق المصرفي للديون الممارسة والإطار القانوني، دار أبو المجد للطباعة، 1999.
- حمزة شرابن: الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، دار هومة، الجزائر، 2011.
- الطاهر لطرش: تقنيات البنوك، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- محمد حسين: عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العيينة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

2- المذكرات والمجالات:

- أمينة عبدلي: الإطار القانوني لشركة إعادة التمويل الرهني في التشريع الجزائري، دارة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد09، سنة 2020، المركز الجامعي مرسلي عبد الله تيبازة الجزائر.
- بالعيساوي محمد طاهر: توريق القروض الرهنية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010.
- جوادي سهام، عزو ليندة، نهاية عقد الاعتماد الايجاري الجزائري في القانون، مذكرة شهادة الماستر في القانون قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، 2017.
- دردر نصيرة: التوريق البنكي أداة لجلب السيولة وتحقيق الربح، مجلة دراسات اقتصادية، العدد02، مركز البصيرة للبحوث والاستثمارات والخدمات التعليمية، الجزائر، 2009.
- رحيمة شلغوم: ضمانات القرض، رسالة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر سنة2008/2007.
- سفيان زبغدي: الآليات القانونية لمواجهة مخاطر القروض العقارية في الجزائرية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، قسم الحقوق، 2013/2012.

- سقلاب فريدة: التوريق المصرفي كآلية لضمان القروض المصرفية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
- صليحة بن طلحة: التوريق أداة حيوية لتنشيط السوق المالية مع قراءة لقانون توريق القروض العقارية في الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والتجارة، ص79-80.
- عاودي مصطفى: إشكالية إستدامة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، ملتقى وطني، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي 2018/2017.
- علي يوسفات، هاجر بوزيان رحماني: التوريق والأزمة المالية العالمية الملتقى الدولي الثاني حول الأزمة المالية الراهنة والبدائل المالية والمصرفية النظام المصرفي الإسلامي نموذجا، معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المركز الجامعي خميس مليانة، يومي 05-06 ماي 2009.
- فراجي بلحاج: تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودورها في عملية التنمية الاقتصادية بالجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.2011/2010.
- كريوش محمد: إستراتجية نمو المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية، التجارية والتسيير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013.
- محمد بن عمارة: الملكية كأداة ضمان في مجال العلاقات التعاقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2006.
- محمد خميسي بن رجم: التوريق وواقعه على الأزمات المالية، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 2010/12/08.
- مراد لمين: الإطار القانوني لضمان المخاطر الائتمان في البنوك التجارية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة بوضياف، مسيلة، 2015/2014.
- منصور حليمة، مزغيش نجيب: ضمانات القروض البنكية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2022.

- نابتي عبد الحق يوسف: عقد الاعتماد الايجاري كوسيلة لتمويل الإستثمار في التشريع الجزائري: دراسة نظرية وتطبيقية من منظور قانوني اقتصادية، مجلد ميلاف للبحوث والدراسات جامعة عبد الحميد مهري قسنطينة، الجزائر، المجلد5، العدد 1، 2019 جوان.
- نوال قحموس يامي: عقد الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، قسم الحقوق.
- نورة فضيل: النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، قسم الحقوق، 2004/2003.
- ونوغي غادة: ضمانات القروض البنكية، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مسيلة، 2017/2016.
- ياسمين ذويب: عقد الاعتماد الايجاري كوسيلة لتمويل الاستثمار في التشريع الجزائري، دراسة نظرية وتطبيقية من منظور قانوني اقتصادي، مجاد ميلاف للبحوث والدراسات، جامعة عبد الحميد مهري، قسنطينة، الجزائر، المجلد5، العدد1، 2019.

3- القوانين والمراسيم:

- المرسوم الرئاسي رقم 04-134.
- المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المؤرخ في 29 صفر 1425 الموافق ل 19 أفريل 2004، المتعلق بالقانون الأساسي لصندوق ضمان قروض استثمارات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية رقم 27 المؤرخة في 28 أفريل 2004.
- الأمر المتعلق بالتأمينات مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتأمين على الأشخاص يجوز للمؤمن له في العقود التي تفوق مدتها 3 سنوات أن يطلب فسخ العقد كل 3 سنوات عن طريق إشعار مسبق بثلاث سنوات.
- المرسوم الرئاسي رقم 04-134 المتضمن إنشاء صندوق ضمان قروض الاستثمار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد27، الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 2004.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، ج.ر.ج، 2007.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- القانون 90-10 الصادر بتاريخ 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية 16 المؤرخة في 23 رمضان 1410 الملغى بموجب الأمر 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 المتعلق بالقرض والنقد، الجريدة الرسمية.
- المرسوم التشريعي رقم 93-01 المتضمن قانون المالية لسنة1993 يمكن إحداث صناديق للضمان والكفالة المتبادلة في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي عن طريق التنظيم.
- الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 1996/01/01 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، لجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 03، المادة 5 و6 و7.
- المرسوم التنفيذي رقم 02-373 المؤرخ في 2002/11/11 المتعلق بإنشاء صندوق الضمان للقروض الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 74.
- القانون رقم 02/17 المؤرخ في 2017/01/10، المتضمن القانوني التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. ج.ر.ج، 2017، العدد02.
- القانون 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 20 ماي 03 بعدل وبتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 1993/05/23 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، الجريدة الرسمية العدد 34.
- المرسوم التنفيذي رقم 04-16 المؤرخ في 29 ذي القعدة 1424 الموافق ل22 يناير 2004، الجريدة الرسمية رقم 06 المؤرخ في 23 يناير 2004.
- المرسم التنفيذي رقم 04-16 المؤرخ في 29 ذي القعدة 1424 الموافق ل22 يناير 2004، الجريدة الرسمية رقم 06 المؤرخ في 23 يناير 2004.
- المرسم التنفيذي رقم 04-16 المؤرخ في 29 ذي القعدة 1424 الموافق ل22 يناير 2004، الجريدة الرسمية رقم 06 المؤرخ في 23 يناير 2004.
- القانون رقم 06-05 الأوراق المالية بأنها الإلتزامات المالية المدعمة بقروض رهنية من الرتبة الأولى.

- القانون رقم 06-05 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن توريق القروض الرهنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 2006/03/12، العدد 15.
- القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية على أنه يجب على مؤسسة التوريق للأوراق المالية التي قامت بإصدارها لدى المؤتمن المركزي على السندات وتكون هذه الأوراق قابلة للتناول في السوق المالي.

الملخص

ملخص:

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

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

Résumé :

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

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

الكلمات المفتاحية: الضمانات القروض,الضمان المالي, شرط الاحتفاظ بالملكية, الاعتماد الايجاري.