

الضمانات المرتبطة بعملية تمويل المؤسسة الاقتصادية



طالب الدكتوراه / ثامر خالدي

جامعة وهران 2، الجزائر



ملخص:

التمويل عملية هامة وخطيرة في نفس الوقت، فهو هام لما يوفره من فوائد بالنسبة للبنك وللمؤسسة الاقتصادية. فبالنسبة للبنك هو يمثل إحدى عملياته الحيوية، لأنه يمثل وسيط فعال بين المودعين والمستثمرين، ومن خلال ذلك يتحصل على أرباح أو فوائد، هذه الأخيرة إذا كنا أمام بنك كلاسيكي. بينما بالنسبة للمؤسسة، به تسير عجلة الإنتاج وتقديم الخدمات. لكن مع ذلك، فهذه العملية لا تخلو من المخاطر، حيث إمكانية عدم استرجاع البنك لأمواله وارده، وبالتالي المساس بسمعته واستقراره، هذا قد يؤدي إلى إفلاسه. ولذا جرت العادة أن البنك متى قام بعملية التمويل، فإنه يطلب ضمانات لحماية أمواله من المخاطر، التي قد تؤدي إلى عدم استرجاعها نهائيا، أو على الأقل عدم استرجاعها في آجال استحقاقها.

الكلمات المفتاحية: بنك، تمويل، مؤسسة، مخاطر، ضمانات، ضمانات شخصية، ضمانات حقيقية، رهن.

Abstract:

Financing is both an important and risky operation, It's essential to providing banking interests and also to the economic institution for the ban, it is one of its vital processes, the bank being an active mediator between the deposition and the investor, getting benefits in the process, when it is an Islamic bank, and interests with classical banks, for economical compassions financing helps pushing the production cycle and priding services, however, this process is by no means without risks, the possibility of not getting bank the finances provided is always present, this endangering the banking society reputation and even leading bankruptcy, It is the custom that a bank requires guarantee to protect its operation and generally chooses law risk investments.

Keywords: Bank, Financing, Society, risks, Guarantees, personal guarantees, real guarantees, mortgage.

مقدمة:

إن أساس عملية توظيف الأموال المصرفية، هو الثقة، بأن الأموال التي يقرضها المصرف سوف تعود إليه في الأجل المتفق عليها، لأنها أموال المودعين، يجب أن تعود إليهم في التاريخ المحدد. لذا يتوقف المصرف على تمويل مشروع ما، ما لم يجد الثقة التي توحىها المؤسسة صاحبة المشروع، من حيث متانة

مركزها المالي، ومدى قدرتها على احترام التعهدات والالتزامات، وكيفية الوفاء بها، ثم مدى نجاعة الضمانات التي تكون المؤسسة مستعدة لتقديمها تأميناً للوفاء بتلك التعهدات، وهذا ما يؤكد أنّ البنك يسعى لتوظيف أمواله في مشاريع مضمونة من حيث الربح، ومن ناحية قلّة المخاطر التي تتعرض لها هذه الأموال⁽¹⁾.

فما هي المخاطر والضمانات المرتبطة بعملية تمويل المؤسسة الاقتصادية؟
للإجابة عن هذه الإشكالية خصصنا مبحثين، الأول للمخاطر، والثاني للضمانات.

المبحث الأول

المخاطر المرتبطة بعملية التمويل

إنّ عملية التمويل مهما كانت آلياتها، تقليدية أو مستحدثة أو صيغ تمويل إسلامية، فهي محفوفة بالمخاطر، مادام أن هناك فترة انتظار، بين منح التمويل وسداده.

المطلب الأول: المخاطر المرتبطة بنظام التمويل الكلاسيكي

البنوك الكلاسيكية تتعامل بآليات تمويل تقليدية، تعتمد أغلبيتها على نظام القروض، الذي يؤدي إلى عدة مخاطر، أبرزها خطر عدم التسديد.

الفرع الأول: خطر عدم التسديد

أول ما يواجه المصرفي هو عدم التزام المتعاقد معه بتنفيذ العقد، إمّا لعدم القدرة على الوفاء، أو للإعسار، أي بصفة غير عمدية، أو بسبب الامتناع عن التنفيذ، أي بصفة عمدية، بحيث قد لا يدفع أصل الدين وفوائده كلها أو جزء منها، أو أن يتأخر في الدفع⁽²⁾. وبصفة عامة يتحقق هذا الخطر في حالة اختلال الوضعية المالية للمؤسسة، بحيث أنه مجرد تسجيل حالة العجز لديها يعني ظهور خطر عدم التسديد.

أولاً- المخاطر الخارجية⁽³⁾:

المخاطر الخارجية، قد تكون متعلقة بالعوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للبلد (خطر عام)، أو بقطاع نشاط المؤسسة الاقتصادية (خطر مهني).

أ- الخطر العام:

ويعد انعكاساً لأوضاع مفاجئة لها تأثير على العلاقة التي تربط المؤسسة معاً لبنك، ويكون هذا الخطر ناجماً عن الظروف المحيطة، كالأزمات المالية السائدة داخلياً أو خارجياً مثل الأزمة المالية العالمية وتداعياتها على مختلف البنوك والمؤسسات، من هبوط في قيمة العملة، والنقص الحاد في السيولة، وكساد المنتجات لعدم الإقبال عليها لضعف القدرة الشرائية، أو استصدار قرارات اقتصادية ومالية قد تؤثر أحياناً على بعض الأنشطة في الدولة⁽⁴⁾. أمّا المخاطر السياسية فتظهر من خلال ما ينشأ عن التبعية الاقتصادية لدولة أجنبية، أو ينجم عن مخاطر الحروب وقطع العلاقات مع دول معينة وإقامة الحصر على السلع، أمّا المخاطر الاجتماعية كالإضرابات التي لها تأثير على نشاط المنشأة الاقتصادية، وعلى قدرتها على سداد ما عليها من ديون⁽⁵⁾. والخطر القانوني الذي يظهر من خلال صدور تشريعات التي قد تؤثر على توزيع الدخل بين فئات المجتمع، وبالتالي التأثير على القدرة الشرائية لهاته الفئات.

ب-الخطر المهني:

يرتبط هذا الخطر بالتطور الحاصل للعوامل والشروط التي تتحكم في نشاط المؤسسة، وكذا التحول في شروط الاستغلال، وطرق الإنتاج الناتجة عن التطور التكنولوجي، من ظهور منتجات بديلة بأسعار أقل، إلى ندرة المواد الأولية، فضعف القدرة التنافسية للنشاط الممول، فهذا يجعل البنوك تحجم على المخاطرة بأموالها في نشاطات تكون عرضة لعدم القدرة على السداد⁽⁶⁾.

ثانيا- المخاطر الخاصة:

أو ما يسمى كذلك بالمخاطر الداخلية، وهي المخاطر المرتبطة بالمؤسسة الاقتصادية ويمكن تقسيمها إلى:

أ- مخاطر متعلقة بالمؤسسة نفسها:

يرتبط هذا الخطر بأهلية المقترض، وصلاحيته للاقتراض، ومدى كفاءة وقدرة مسيري المؤسسة، حيث أنّ نجاحها مقترن بمدى كفاءة وخبرة مسيرها، وأن هذا الخطر كذلك يتعلق بسمعتها الائتمانية، ومدى احترامها لتعهداتها ووفائها بالتزاماتها في مواعيدها⁽⁷⁾.

ب- مخاطر تقنية:

إنّ نوعية التكنولوجيا المستعملة من طرف المؤسسة قد يجعلها في موقع هش بالنسبة لأطراف أخرى تستخدم تقنيات عالية وحديثة، يجعل وضعها التنافسي ضعيفا، إضافة إلى مدى قدرتها وخبرتها في التحكم في المستوى التكنولوجي المستخدم في إنتاج السلع أو الخدمات في مجال نشاط المؤسسة⁽⁸⁾، ومدى قدرتها على استخدام عناصر الإنتاج المختلفة، وآليات تصريفه، بما يحقق لها العائدات المنتظرة.

ج- مخاطر خاصة بالائتمان:

ينجم هذا الخطر عن مدة القرض، والغرض منه، حيث أنّ خطر عدم التسديد يظهر أكثر في التمويلات المتوسطة أو الطويلة، وفي الأموال الضخمة، وفي بعض النشاطات التي تمثل أكثر خطورة، كالنشاطات الفلاحية والصناعية.

فالبنوك التقليدية تواجه المخاطر الائتمانية في كل عملياتها تقريبا، لأن العلاقة بينها وبين عملائها هي علاقة دائن بمدين على الدوام مهما اختلفت العقود والمعاملات.

لذا يجب على البنوك عند قياس مستوى المخاطر المقبولة للمؤسسة المتعامل معها أن تتأكد من أن المعدل المتوقع للعائد على عملية التمويل يتناسب مع المخاطر، وأن تتجنب مخاطر الائتمان العالية على مستوى كل عملية تمويل⁽⁹⁾.

وبالنسبة للبنوك الكلاسيكية، فهذه المخاطر تعني أن تتخلف المؤسسة عن الدفع، أي العجز عن الوفاء بالتزاماتها بخدمة الدين، الذي يتولد عنه خسارة كلية أو جزئية لأي مبلغ مقرض إلى المؤسسة، وهذا له تأثير بالغ من حيث حدوث خسائر محتملة⁽¹⁰⁾.

وتتألف مخاطر الائتمان التي يتعرض لها البنك، من مبالغ القروض، التي تشمل مدفوعات الفائدة على القروض، ومبالغ أصل القرض. وتتكون كذلك من ديون العملاء كخطابات الائتمان أو سندات الكفالة لضمان التنفيذ⁽¹¹⁾.

وعن المعايير التي تعتمد عليها البنوك في تصنيف التمويل، والذي سيساعدها في تسييره جيدا، تتمثل في تصنيفه حسب طبيعة الشخص الممول، إن كان شخصا طبيعيا أو مؤسسة، ووفق طبيعة المشروع الممول، إن كان صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو خدماتيا، ثم النظر للمدة طويلة أو قصيرة أو متوسطة، وأخيرا فيصنف حسب قوة الضمان، فهناك عمليات تمويل دون ضمان، وهي قليلة جدا، فيكون ذلك عندما تكون المؤسسة تتمتع بمركز مالي قوي، فهنا تحل الثقة محل الضمانات، وهناك تمويلات تتم بضمانات، سواء بضمانات شخصية، أو عينية أو مختلطة، لذلك كل بنك يصنف عملياته المالية، هذا يتيح له سهولة تسييرها، والتحكم فيها وفي مخاطرها.

د- أخطار مالية:

ويترتب هذا الخطر عن مدى قدرة المؤسسة على تسديد الديون، ولكي يكون المصرفي على علم بالوضع المالي للمؤسسة، يلزمه دراسة وتحليل الوثائق المالية والمحاسبية المختلفة (الميزانية، المتاجرة، الأرباح والخسائر)، ومعرفة المؤشرات المالية المختلفة التي توضح توازن الهيكل التمويلي للمؤسسة⁽¹²⁾.

الفرع الثاني: خطر عدم السيولة

تمثل سيولة البنك خاصية لصيقة بماهية البنوك التجارية، باعتبارها تاجرة، وخالقة للنقود، فهي تتعامل بأموال الغير، التي تلتقتها في شكل ودائع جارية أو ادخارية، وأصبحت من خصومها، أي يلتزم بسدادها لأصحابها عند الطلب، أو بحلول الأجل.

ويجوز للبنوك التجارية أن تخلق ودائع افتراضية نتيجة القروض الممنوحة في شكل فتح اعتماد، وعليها أن تتوقع أن يتقدم الأفراد حائزي الشيكات المسحوبة على تلك الحسابات للمطالبة بقيمتها في شكل نقود قانونية. فإذا كانت البنوك تستخدم الأموال المودعة لديها في أوجه التوظيف المختلفة، من سلفيات وقروض وأوراق تجارية ومالية واستثمارات مقابل فوائد تحصل عليها تغطي تكاليفها الإدارية، وتحقق لها أرباحا، إلا أن هناك عدة التزامات قانونية قبل المودعين تتمثل في ضرورة سداد قيمة الودائع نقدا عند الطلب، أو عند حلول الأجل⁽¹³⁾.

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

وغالبا ما يساء تقييم خطر السيولة من طرف البنك، حيث التساهل في منح التمويل مع الودائع لأجل، هذا يؤدي إلى عدم ملاءة البنك، فتكون السبب في حدوث الخطر النظامي، الذي يمكن أن يززع كل النظام المصرفي في البلد نتيجة الترابط الفعلي مع البنوك الأخرى⁽¹⁴⁾.

الفرع الثالث: خطر سعر الفائدة

إنّ الفائدة هي السعر الذي يعود على البنك عندما يستثمر أمواله في مشاريع، أو هي تلك العمولة التي تقابل الخدمة التي يقدمها للغير. أمّا سعر الفائدة فهو أجر كراء النقود، يلتزم المقترض بدفعه للبنك مقابل التنازل المؤقت عن السيولة⁽¹⁵⁾، والذي يحدده البنك المركزي بصفة فصلية انطلاقا من الأوضاع الاقتصادية العامة للدولة، والسياسة النقدية المتبعة، وتقلبات السوق النقدي والمالي، وقيمة سعر الصرف المتغير بصفة مستمرة صعودا ونزولا.

الفرع الرابع: خطر سعر الصرف

إنّ مهنة المصرفي، تقتضي أن يلعب دور المقايض والمبدل للعملات الأجنبية لتلبية طلبات زبائنه في عمليات الصرف، وتعتبر هذه الأخيرة عملية تمويل، وبتغيير العملة الوطنية بالأجنبية، فالفارق بين العمليتين يسمى بسعر الصرف⁽¹⁶⁾، والتغير في هذا السعر، يؤدي إلى الوقوع في خطر الصرف، فيتأثر البنك لأنه يمتلك حقوقا وديونا بالعملات الصعبة، حيث أنّ معدل الصرف يتغير بسبب هبوط أو صعود في قيمة أو سعر الصرف، هذا الأخير يتأثر بأوضاع الدولة، من تصدير واستيراد أو إنتاج، ولأوضاع السوق داخليا وخارجيا، كما يتأثر بالأوضاع العامة داخل الدولة، إلاّ أنّه خطر تواجهه البنوك الدولية الكبرى خاصة، لأنّ لديها رؤوس أموال ضخمة، وديون بالعملات الصعبة لدى الغير⁽¹⁷⁾. ومما يصعب الوضع على البنك أو على المؤسسة الاقتصادية الممولة، أنّ هذا الخطر حدوثه مفاجئ، ناتج عن تقلبات أسعار العملات الأجنبية بالمقارنة مع العملة الوطنية، فيؤدي ذلك إلى تذبذب القيمة الحقيقية للقرض عند حلول آجال استحقاقها⁽¹⁸⁾.

المطلب الثاني: المخاطر المرتبطة بنظام التمويل الإسلامي

البنوك الإسلامية كغيرها من البنوك الكلاسيكية تتعرض لمخاطر عديدة جراء قيامها بعملية التمويل، فتتعرض لخطر السيولة، وخطر سعر الصرف، وخطر عدم التسديد، وخطر العميل، وما دام أنّها لا تتعامل بالفائدة، فهي لا تتعرض لمخاطرها، فهي تلجأ إلى صيغ مختلفة عنها في البنوك الكلاسيكية من أسلوب المرابحة، والمضاربة، والمشاركة، والإجارة، هذه الآليات هي كذلك لا تسلم من المخاطر⁽¹⁹⁾.

الفرع الأول: مخاطر التمويل بالمرابحة⁽²⁰⁾

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

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

الفرع الثاني: مخاطر التمويل بالمضاربة

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

المضاربة هي حجر الزاوية في التمويل الإسلامي، إلا أن البنوك تتعامل بها في حدود ضيقة، وبحذر شديد، ومرد ذلك يعود للمخاطر الأخلاقية، وتحدث عندما لا يكون الشخص الممول ذا ثقة وسيء النية، ولا يحسن التصرف في المال، أو لم تكن لديه الخبرة الكافية في إدارة المشروع، هنا تتحول عملية المضاربة إلى خسارة يتحمّلها البنك، وهو هنا البنك الإسلامي. لكن إذا ثبت أن الخسارة كانت بسبب سوء الإدارة أو لعدم الالتزام بشروط المضاربة أو أن هناك تقصير من العميل، فإن هذا الأخير يؤخذ على ذلك ويتحمل تبعات الخسارة⁽²¹⁾. لذلك ولتفادي هاته المخاطر، فإن البنك يتعامل على أساس ملاءة الشخص، وجودة ضماناته، وتشخيصه من حيث العناصر المالية وغير المالية، مع المراقبة والمتابعة للمشروع الممول.

الفرع الثالث: مخاطر التمويل بالمشاركة

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

كما أن هناك مخاطر تتعلق بالشريك، من خلال إمكانية إخلاله بالعقد أو تقصيره وسوء إدارته للمشروع، وما دام أن هناك شركة، فإمكانية التعرض للخسارة محتمل، لأن اقتسام الأرباح والخسائر، هو أحد شروطها الموضوعية الخاصة.

الفرع الرابع: مخاطر التمويل بالإجارة

هنا يقوم البنك باقتناء آلات ومعدات، ثم يقوم بتأجيرها للمؤسسة الاقتصادية حسب الحاجة، وأثناء مدة الإيجار يظل الأصل ملكاً للبنك، وبعد نهاية المدة المتفق عليها تنتقل هذه الحقوق إلى البنك، فهنا يكمن الخطر لأن هذه المعدات أو التجهيزات تكون قد اهتلكت، أو تعرضت لخطر التقادم التكنولوجي، بحيث لا يمكن تأجيرها مرة أخرى، أو يتعرض لخطر ظهور آلات جديدة أقوى وأسرع، ولم لا أوفق سعرا، فلا يستطيع البنك الاستفادة منها مرة ثانية، لأن المؤسسة الاقتصادية قد لا تجدد العقد مرة أخرى لهذه الآلات التي اهتلكت أو فقدت قيمتها في السوق، لأنها سوف تستأجر معدات وآلات حديثة. كما تعتبر مخاطر عقود الإجارة مخاطر ملكية، كون الأصل المؤجر تبقى ملكيته للبنك، وتنشأ المخاطرة عن احتمال تلف أو تقادم أو انخفاض قيمة العين المؤجرة، التي لا يستطيع البنك تحويلها للمستأجر، كما تنتج عن تخلف المستأجر عن سداد باقي أقساط الأصل، أو رفضه لتملكه وهذا بعد انتهاء عقد الإجارة، وبالتالي إعادته للبنك الذي يجب عليه تأجيره مرة أخرى، ولكن هذا أمر مستبعد، أو بيعه بأقل ثمن لأنه يكون قد تقادم استعماله لظهور آلات جديدة أو يكون قد اهتلك⁽²²⁾.

المبحث الثاني

الضمانات المرتبطة بعملية التمويل

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

المطلب الأول: الضمانات الشخصية

هذه الضمانات عبارة عن تعهد يُقدّم من شخص أو عدة أشخاص للوفاء بمبلغ الدين إذا عجز المدين الأصلي عن الوفاء إذا حلّ أجل الاستحقاق. فهي ضمانات توفرها ذمة الغير التي تتطلب انضمام مدين أو أكثر إلى المدين الأصلي، فهي تقتضي توزيع خطر عدم السداد عن طريق تضامن المدينين. هذا النوع من الضمانات، يقسم إلى نظام الكفالة، ونظام الضمان الاحتياطي.

الفرع الأول: الكفالة

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

أولا- تعريف الكفالة:

عرف المشرع الجزائري الكفالة في نص المادة 644 السالفة الذكر بأن "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه". ومن هذا التعريف نستنتج أن عقد الكفالة طرفاه الدائن والكفيل، أما المدين فليس طرفا فيه، لأنه يجوز كفالة المدين بغير علمه أو حتى معارضته⁽²³⁾، وعلى الدائن عند المطالبة بالمدين، أن يطالب المدين الأصلي أولا، وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل⁽²⁴⁾.

كما أن الكفالة تعني ضم ذمة مالية إلى أخرى في المطالبة بتنفيذ الالتزام الذي تمّ التعهد به⁽²⁵⁾، ففي هذه الحالة يعتبر الشخص الضامن كفيلا للمؤسسة الممولة عند إخلالها بالتزاماتها، أو عدم قدرتها على الوفاء بديونها تجاه البنك الممول، لذلك ونظرا لخطر عدم السداد، فالبنك عند تمويله لأي منشأة يطالبها بتقديم كفالة، سواء أكان ذلك من طرف شخص طبيعي أو معنوي، وهذا أخف ضمان يطلبه البنك إذا وجد أن المنشأة لديها المقدرة على السداد، وأن فترة القرض قصيرة الأجل، ولكي يطمئن ويتفادى أي مشكل محتمل، فانه يلجأ إلى المطالبة بضمان شخص يتمثل في الكفالة، لكن حتى أكثر يشترط في الكفيل أن يكون لديه الملاءة، وبالتالي القدرة على السداد، لأنه سوف يعود عليه حال عدم قدرة المنشأة على السداد عند مطالبتها بذلك. لهذا فالكفالة فعل حالي هدفه الاحتياط من احتمالات سيئة في المستقبل، ولا يمكن للكفيل أن يتدخل بشكل فعلي إلا إذا تحققت هذه الاحتمالات المتمثلة في خطر عدم القدرة على الوفاء اتجاه البنك الدائن⁽²⁶⁾.

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

وتبقى الكفالة عبارة عن فعل رضائي ووحيد الجانب، حيث يتمثل وجه الرضائية في أن قبول دور الكفيل لا يخضع لأي شكل من الأشكال القانونية والمألوفة، كما أن عنصر أحادية الجانب في الالتزام ينعكس في أن اتفاق الكفالة لا يحرر إلا في نسخة واحدة، ومن جهة أخرى، ونظرا لأهمية موضوع الكفالة تجبر الأنظمة المختلفة البنوك على ضرورة إعلام الكفيل بمبلغ الدين محل الالتزام وأجاله، ويكون ذلك خلال فترات معينة، ويمكن أن تتعرض البنوك لبعض العقوبات إذا لم تلتزم بذلك، والهدف من ذلك، تفادي المنازعات التي تنجم عن سوء التفاهم بين البنك الدائن والكفيل⁽²⁷⁾.

وتوجد الكفالة البنكية، التي تكون محررة من أجل نوعين من العمليات، إما لجعل المؤسسة المكفولة تستفيد من آجال تسوية ممنوحة من طرف الإدارة الضريبية، وكذا الجمركية، فتسمى الكفالات الممنوحة بالكفالة الضريبية أو الكفالة الجمركية. وإما السماح للمؤسسة الحصول على سلفيات أو أقساط أو إعفاءات في إطار الصفقات العمومية، إذن فهذه الكفالة وسيلة لمساعدة خزينة المؤسسة⁽²⁸⁾، كما تلعب الضمانات البنكية دورا أساسيا في الصفقات الدولية، كونها تقلل من المخاطر التي تنجم بين المتعاملين، وتوفر الثقة المطلوبة، وتزيل المشاكل المختلفة⁽²⁹⁾.

ثالثا- تقييم فعالية الكفالة:

رغم اعتبار الكفالة آلية قانونية في يد البنك الدائن يستعملها لحماية أمواله من خطر عدم تسديد المؤسسة الاقتصادية للديون، إلا أنها لا يعول عليها كثيرا، وهذا نظرا لسلبياتها، حيث أنها لا تضمن الحماية الكافية في مواجهة عدم قدرة المؤسسة على السداد، وكذا عدم ضمان إمكانية تنفيذ الكفيل للالتزامه إما لإعساره أو وفاته، وكذلك لإمكانية التحلل من التزامه الذي وقع، إذ أن خطر إعسار الكفيل، يظل قائما إلى جانب إعسار المدين، أو نظرا للدفع التي منحه إياها المشرع، من الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم، أو حتى عدم كفاية ذمته المالية للوفاء بديون البنك، وهذا لإمكانية وجود دائنين آخرين يزاخمون البنك وهو ليس على دراية بهم، وأكثر من ذلك ممكن أن تكون لهؤلاء تأمينات عينية لضمان الدين، وبالتالي يكون وضع البنك ضعيفا أمام هؤلاء الدائنين الذين لم يضيعوا هذه الضمانات. كما أن المشرع يلجأ إلى حماية الكفيل على اعتبار أنه الطرف الضعيف والمدين، عملا بالمبادئ العامة، حيث أن الآليات التي منحه إياها كثيرة وقوية للدفاع عن نفسه، وأن تفسير الكفالة دائما يكون ضيقا ولمصلحة الكفيل إذا شاب العقد غموضا، كما أن الخطر، قد يأتي من البنك الدائن نفسه من خلال إضاعته للتأمينات التي كانت ستعزز مركزه التعاقدية وتجعله محميا أكثر من مخاطر تمويل المؤسسة أو من عدم تنفيذ الكفيل للالتزامه، لأن البنك بإمكانه طلب كفيل عيني بدلا من الكفيل الشخصي، وأن خطر الكفالة قد يأتي من تضييع البنك للإجراءات القانونية عند مطالبة المؤسسة المدينة بالأموال التي اقترضتها منه. هذه الأسباب وغيرها تجعل الكفيل تبرأ ذمته اتجاه البنك الدائن.

إذن فالمخاطر التي تحيط بعقد الكفالة، تظهر من خلال⁽³⁰⁾، خاصية التبعية التي تميز هذه الآلية القانونية، والتي ينتج عنها حق تمسك الكفيل اتجاه البنك الدائن بكل الدفع التي يمكن أن يدفع بها المدين الأصلي، وصعوبة البنك الدائن في تقدير الذمة المالية للكفيل، وبالتالي خطر عدم استيفائه لحقه نتيجة إعسار هذا الأخير إلى جانب إعسار المدين الأصلي، كما أن لمزاخمة الدائنين الآخرين دوره في التأثير على حق البنك الدائن، نظرا لعدم تمكن هذا الأخير من التحري عن ذلك.

أمام هذه السلبيات للكفالة على البنك، اللجوء أكثر إلى المطالبة بالكفالة التضامنية، سواء تضامن الكفيل مع المدين أو تضامن عدة كفلاء، واختيار الكفيل العيني على الكفيل الشخصي، حتى تكون لديه أشياء ملموسة ينفذ عليها في حالة عجز المدين أو الكفيل على الوفاء بالدين، كما أنه في وسع البنك الدائن أن يجري دراسة وافية ومعمقة عن الكفيل الضامن من جميع النواحي، مع المطالبة بتأمينات أخرى، والتي تتمثل في أشياء ملموسة وذات قيمة تقدمها المؤسسة المدينة ولم لا الكفيل أيضا.

الفرع الثاني: الضمان الاحتياطي

هذه الآلية مجالها الأوراق التجارية، وخاصة السُفْتجة والسند لأمر، أما الشيك فهو واجب الأداء لدى الاطلاع.

أولا- تعريف الضمان الاحتياطي:

لقد اختلف الفقه في نظرهم إلى الطبيعة القانونية للكفالة، فهناك من اعتبره عقدا، وهناك من نظر إليه على أنه تصرف بالإرادة المنفردة، ويوجد من رأى بأنه كفالة⁽³¹⁾، وفي الحقيقة هو كفالة تجارية.

أما الذين اعتبروا الضمان الاحتياطي عقداً، فإنهم نظروا إلى الضامن الاحتياطي على أنه شخص أجنبي، واستبعدوا أن يكون من بين الموقعين على الورقة التجارية، ومنه عرفوه على أنه: "العقد الذي يلتزم بموجبه شخص من الغير بدفعه قيمة السند في ميعاد الاستحقاق في حالة عدم الوفاء من الملتزم المضمون"، وهناك من اعتبر الضمان تعهداً فقد قالوا عنه بأنه: "التعهد الذي يلتزم بموجبه شخص بوفاء قيمة السند عندما يتقاعس المدين عن الوفاء".

أما الذين ذهبوا إلى اعتباره تصرف بإرادة منفردة فقد عرفوه بأنه: "تصرف قانوني بإرادة منفردة، هي إرادة الضامن الاحتياطي، يترتب التزاماً في ذمته بضمان قبول الورقة التجارية وضمان الوفاء بها إلى الحامل على وجه التضامن مع الموقعين متى امتنع المدين الأصلي عن الوفاء".

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار الضمان الاحتياطي كفالة أو نوعاً من الكفالة فعرفوه بأنه: "كفالة أحد الموقعين على السفتجة والموقعين اللاحقين في الوفاء بمبلغها عند استحقاقها، ويسمى الكفيل فيها بالضامن الاحتياطي".

ثانياً: تقييم فعالية الضمان الاحتياطي

بمقارنة الضمان الاحتياطي بالكفالة، نجده آلية قانونية أكثر صلابة وأكثر حماية للبنك الدائن في مواجهة الضامن الاحتياطي أو المؤسسة المدينة المضمونة، لأن هنا الدين قائماً على التضامن، فيمكن للبنك الرجوع على أي كان الضامن أو المؤسسة المضمونة أو هما معاً.

كما أن الضامن الاحتياطي ليست لديه دفوعاً كثيرة يتقدم بها أمام البنك الدائن، فليس من حقه الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم، وهذا عملاً بمبدأ تطهير الدفع، كما أن مبدأ استقلالية التوقيع، يؤدي إلى عدم إمكانية تحلل الضامن من التزاماته حتى وإن كان المدين المضمون يشوبه عيب في الأهلية أو وجود عيب في المحل، فإنه يجوز للمدين المضمون أن يتمسك بالدفع حول ذلك، بينما الضامن الذي ضمنه ليس له الحق في أن يتمسك بهذه الدفع، وليس من حقه المطالبة ببطالان ضمانه، فيبقى ضمانه صحيحاً ومنتجاً لآثاره، عكس الكفالة التي يمكن للكفيل التحلل من التزامه إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال.

ويعتبر الضمان الاحتياطي آلية تمويل قصيرة الأجل، تنتمي إلى القرض بالالتزام أو بالتوقيع⁽³²⁾، وهي آلية سهلة الاستعمال بالنسبة للمؤسسة، حيث يمكنها سحب سفتجة على البنك للوفاء بديونها، كما يمكنها خصم ورقة تجارية لدى البنك إذا هي احتاجت إلى سيولة ولم يحن بعد أجل استحقاق الورقة التجارية، والبنك يمكنه فعل ذلك إذا احتاج إلى سيولة عاجلة، وهكذا إلى أن يصل ميعاد استحقاق الورقة التجارية، هذه الأخيرة التي تعتبر أداة وفاء وأداة ائتمان، وبالنسبة إلى البنك الدائن تعتبر أداة ضمان.

ولقد أحاط المشرع الأوراق التجارية عامة، والضمان الاحتياطي خاصة بشروط موضوعية وأخرى شكلية، هذه الأخيرة إذا لم تحترم تؤدي إلى بطالان الضمان، ومن هذا المنطلق تجعل البنك حريصاً على وجوب الالتزام بهذه الشكلية حتى لا يضيع عن نفسه آلية قانونية صلبة في مواجهة المؤسسة أو الضامن أو هما معاً، وبالتالي حماية أمواله من خطر عدم القدرة على الوفاء.

كما أن للبنك الدائن إمكانية لتقوية هذا الضمان باشتراط عدة ضامين احتياطين، سواء بضمان دين المؤسسة كاملاً أوكل واحد منهم يتكفل بضمان جزء، لأنه يمكن ذلك قانوناً عن طريق الالتزام بجزء من الدين المحرر على الورقة التجارية، فهذا يفيد البنك من جهة والضامين الاحتياطين من جهة أخرى، لأن هذه العملية وهي تقسيم المخاطر تجعل الخطر ضئيلاً إن لم يكن منعدماً، فجميع الضامين يشتركون في الوفاء بالدين، عندئذ إمكانية عدم الوفاء منعدمة. ومنه نكون أمام ضمان قوي. ولكن رغم هذه الايجابيات، فإن هناك بعض السلبيات، وإن كانت لا ترقى إلى السلبيات التي تتميز بها الكفالة، كصعوبة البنك في الحصول على هذه الآلية لعدم وجود ضامن احتياطي ثقة ممكن أن يتقدم بضمان مؤسسة قد تكون في وضع سيئ، لأن الضامن الاحتياطي يقدم ضمانه عندما يكون هناك توقيع ضعيف أو مشكوك فيه، فيأتي الضامن لتقوية الثقة لدى البنك الحامل للورقة، وبالتالي يقدم هذا الأخير على منح التمويل للمؤسسة التي هي بحاجة إلى ذلك، ولكن لا نتصور وجود ضامن يقوي هذه الثقة ما لم تكن هناك رابطة قوية أو مصلحة مادية قوية بين الضامن والمؤسسة المدينة المضمونة. ومادام أن الضمان الاحتياطي يرد على الأوراق التجارية وهي عبارة عن منقولات فإنه يمكن ضياعها أو سرقتها أو تعرضها للتزوير أو التحريف كما توجد كذلك مخاطر أخرى للضمان الاحتياطي تتمثل فيما قد يتعرض له الضامن من وفاة أو إفلاس.

والخطر يحل في حال ما إذا أضع البنك الدائن لأحد حقوقه، كعدم مطالبته للمدين بتقديم تأمينات وهذا لثقتة المفرطة في المدين أو الضامن، أو للتنازل عن هذا الحق لاستبعاده إمكانية حصول الخطر، أو عدم اتخاذ الإجراء القانوني المناسب لاستيفاء حقه، فهنا يستطيع الضامن أن يتحلل من التزامه وتبرأ ذمته لما أضعه الحامل من حقوق، أو نظراً لتأخر البنك في المطالبة بأمواله فتتقدم الدعوى التي يرفعها⁽³³⁾ على المدين، فيستطيع أن يتمسك الضامن بذلك، وهذا كله بناء على المادة 665 من القانون المدني⁽³⁴⁾.

والأسناد التجارية التي يمكن استعمالها في الضمان الاحتياطي كثيرة ومتنوعة، لكن الأكثر استعمالاً، والتي تؤدي هذه الوظيفة، هي السفحة، بينما السند لأمر هو أقل استعمالاً، والشيك لا يمكن التعويل عليه كثيراً لأنه أداة وفاء⁽³⁵⁾ بمجرد الاطلاع، لأن حياته قصيرة، وبالتالي لا يصلح لأن يكون أداة ائتمان، لأن الائتمان يتطلب فترة من الزمن⁽³⁶⁾.

المطلب الثاني: الضمانات العينية

بالنسبة للضمانات الحقيقية، فهي حصول البنك الممول على أشياء ملموسة، تُعطى على سبيل الرهن، ولا تُقدّم على سبيل تحويل الملكية. أما أنواعها، فقد تكون اتفاقية، كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي والحيازي، وقد تكون قضائية، حق التخصيص، وقد تنشأ بقوة القانون، وهو ما يعبر عنه بحق الامتياز والرهن الرسمي القانوني.

الفرع الأول: الرهن الرسمي

عرف المشرع الجزائي الرهن الرسمي على أنه: "عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان."⁽³⁷⁾

من خلال هذا التعريف نلاحظ أن المشرع غلب فكرة العقد على فكرة الحق الذي ينشأ عن هذا العقد، كان من المستحسن أن يعرف الرهن على اعتباره حقا، لأن الحق هو الغالب، وما العقد إلا وسيلة لنشوئه⁽³⁸⁾. إذن، فالرهن الرسمي هو حق عيني تابع لدين يقع على عقار غير قابل للتجزئة ينشأ بمقتضى عقد رسمي من عقود الضمان ملزم لجانب واحد وبمقابل⁽³⁹⁾.

أولا- طرق إنشاء الرهن الرسمي:

"لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون."⁽⁴⁰⁾، نستخلص من هذه المادة، أن هناك ثلاثة طرق لإنشاء هذا النوع من رهون، تتمثل في الرهن الرسمي الاتفاقي، والرهن الرسمي القضائي، والرهن الرسمي القانوني.

أ- الرهن الرسمي الاتفاقي:

ينشأ هذا الرهن بموجب اتفاق بين البنك الممول والمؤسسة الاقتصادية الراهن الممولة لضمان الوفاء بدينه، ولا يكون ذلك إلا وفق شروط شكلية وأخرى موضوعية، وإلا كان عقد الرهن باطلا.

ب- الرهن الرسمي القضائي:

إن الرهن القضائي إجراء معقد وطويل، بحيث يمكن من خلاله للدائن الحصول على حق تخصيص عقارات لأصل الدين، إذا كان بيده حكم قضائي نهائي، وواجب التنفيذ⁽⁴¹⁾، إلا أن هذا النوع من رهون لا تلجأ إليه البنوك كثيرا، فهو لا يتماشى وسرعة العمليات المصرفية.

والمشرع في القانون المدني، يبين كيفية حصول الدائن على حق تخصيص على عقارات مدينه، وذلك بتقديم عريضة إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها العقارات التي يريد التخصيص بها. ويجب أن ترفق العريضة بصورة رسمية من الحكم، وأن تشمل على كل ما يتعلق بالدائن والمدين وتاريخ الحكم وكذلك المحكمة التي أصدرته ومقدار الدين، وتعيين العقارات تعيينا دقيقا⁽⁴²⁾. ويقتصر القاضي على بعض العقارات أو على عقار واحد فقط، متى رأى أن ذلك كاف لتأمين أصل الدين والمصاريف المستحقة للدائن⁽⁴³⁾. مع وجوب إعلام المدين بالأمر الصادر بالتخصيص في نفس اليوم الذي يصدر فيه الأمر، ولهذا الأخير الحق في التظلم من هذا الأمر الصادر أمام القاضي الذي أصدره⁽⁴⁴⁾. وإذا رفض القاضي طلب التخصيص المقدم من الدائن جاز لهذا الأخير أن يستأنف أمام المجلس، وهذا ما نص عليه القانون المدني⁽⁴⁵⁾. وللدائن صاحب حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي.

ج- الرهن الرسمي القانوني:

سمحت المادة 883 السالفة الذكر أن ينعقد الرهن العقاري بمقتضى القانون وجاءت المادة 179 من قانون النقد والقرض صريحة في هذا الإطار، فنصت على: "ينشأ رهن قانوني على الأموال غير المنقولة العائدة للمدين، ويجري لصالح البنوك، وكذا المؤسسات المالية ضمانا لتحصيل الديون المترتبة

لها وللالتزامات المتخذة اتجاهها. يتم تسجيل هذا الرهن وفقا للأحكام القانونية التي تطبق على السجل العقاري، ويعفى هذا التسجيل من وجوب التجديد ثلاثين عاما".

ويستخلص من نص هذه المادة ما يلي،

هذا الامتياز خاص بالبنوك والمؤسسات المالية، قد منحه المشرع الجزائري لضمان سيرورة وسرعة العمليات المصرفية في التنفيذ، وهذا تماشيا مع المعطيات الاقتصادية الجديدة ونظام السوق وتشجيع الاستثمار وتمويله.

تسجيل الرهن العقاري القانوني يكون طبقا للأحكام القانونية المعمول بها في مصالح المحافظات العقارية.

إن تجديد الرهن الرسمي القانوني يتم بنفس الإجراءات، وهذا الامتياز الممنوح للبنوك لا يشترط عليهم هذه الشكليات مدة 30 ثلاثين عاما، حيث أن هذا التسجيل معفى من التجديد طيلة هذه المدة. كما يشترط أيضا من أجل نفاذ الرهن، أن يسلم العقار المرهون إلى الدائن أو إلى طرف ثالث يمكن الاتفاق بشأنه⁽⁴⁶⁾.

فالرهن الرسمي القانوني، يؤسس على الأملاك العقارية للمؤسسات، لفائدة البنوك والمؤسسات المالية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات المتفق عليها، وفي ذلك نجد،

يتم تسجيل هذا الرهن القانوني طبقا لأحكام القانون العقاري⁽⁴⁷⁾، وبمبادرة من البنك على أساس اتفاقية القرض التي تمت بين البنك والمؤسسة المدين، مع تبين المبلغ الأقصى للقرض، ووصف الأملاك موضوع الرهن. حيث يتم التسجيل لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا، لأن الرسمية لا تغني عن شهر العقود الرسمية، لأنها غير كافية في مواجهة الغير، الذي لا يمكنه العلم إلا من خلال إجراء الشهر⁽⁴⁸⁾. فمواجهة الغير لا تكون إلا من تاريخ الإشهار في مجموعة البطاقات العقارية. وكذلك كل عقد رسمي موضوعه عقار، إنشاء أو نقلا أو تعديلا أو شطبا، فإنه يكون له أثر إلا من خلال آلية الشهر، والتي بها تحفظ الحقوق⁽⁴⁹⁾.

وعلى الرغم من أن هذا النوع من الرهن العقاري جاء كامتياز منحه المشرع للبنوك والمؤسسات المالية إلا أن بعض الثغرات والمشاكل التي تعترض هذا النوع من الرهن تقلل من فعاليته. فالمادة 884 السالفة الذكر في فقرتها الأولى تنص على أنه يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين، ولكن المادة 179 السالفة الذكر جاءت ناقصة، على اعتبار أنها نصت، بأن العقار المرهون يجب أن يكون مملوكا للمدين فقط، فهذا الشرط، يحد بصفة معتبرة من أهمية هذا الضمان القانوني، فوجود الكفيل العيني الذي يضمن الدين عن المدين الأصلي له أهمية كبيرة بالنسبة للضمانات، لأن ذلك سوف يصب في مصلحة البنك الدائن، ويفتح المجال واسعا أمام هذا الأخير في الحصول على الضمانات التي تكفل له حماية أمواله، فجاءت هذه المادة كامتياز للبنك، وفي نفس الوقت ضيقت من هذا الضمان، عندما أبعدت الغير من إمكانية تقديم عقار كرهن لمصلحة المدين.

بالإضافة إلى هذا الفراغ القانوني فإن هذا الامتياز لا تتمتع به البنوك وحدها، بل تشاركها في ذلك المؤسسات المالية، كالخزينة العامة، فنكون هنا بصدد تراحم العديد من الرهن العقاري القانونية،

وبالتالي تكون هناك أولويات وتفضيل دائن على آخر حسب تاريخ القيد، كما للخبزينة العامة الأولوية في هذا الرهن، لذلك عادة ما يصبح البنك بمثابة دائن عادي لا يملك أي ضمان قانوني⁽⁵⁰⁾.

إذن، وحتى يمكن تفادي هذه النقائص وإعطاء هذا الامتياز حقه كضمان لحماية البنك الدائن كان لابد من الإشارة إلى إمكانية تقديم الغير رهن عقاري قانوني لمصلحة المدين، نظراً لأهمية آلية الكفالة العينية كضمان قوي للحماية من مخاطر التمويل، فهي تعطي أشياء ملموسة للبنك الدائن المرتهن للتنفيذ عليها عند عدم قدرة المدين على التسديد، فيصبح نص المادة كما يلي: "ينشأ رهن قانوني على الأموال غير المنقولة العائدة للمدين أو للغير..."، أضف إلى ذلك جعل هذا الامتياز حصري على البنوك التجارية الممولة، وهذا حتى يكون دائناً ممتازاً وليس دائناً عادياً تكون أمواله عرضة للخطر، هذا يزيد من تشجيع البنك على الإقدام على التمويل، هذا من شأنه أن يؤدي إلى التطور الاقتصادي بتشجيع الاستثمار، لأن البنك متى وجد حماية قانونية صلبة أقدم على التمويل دون إحجام أو تردد⁽⁵¹⁾. ويمثل الرهن القانوني سنداً تنفيذياً، غير أنه ولمباشرة إجراءات التنفيذ، يتعين وضع الصيغة التنفيذية عليه⁽⁵²⁾.

ثانياً- تقييم فعالية الرهن الرسمي:

إن الرهن الرسمي له أهمية كبيرة، حيث يعطي للبنك أشياء ملموسة عبارة عن عقارات يمكن له التنفيذ عليها عند عدم قدرة المؤسسة الممولة على السداد. إلا أنه لا يخلو من بعض السلبيات، حيث أحياناً لا يكون فعالاً في مواجهة المخاطر المرتبطة بعملية التمويل، ويظهر ذلك جلياً في الإجراءات الطويلة والثقيلة، سواء في عملية قيد الرهن، الذي إن أغفل عنها البنك المرتهن، ضاعت حقوقه وأصبح مجرد دائن عادي، إلى إجراءات حجز العقاري، والبيع بالمزاد العلني، وإجراءات الشهر التي تكون في كل مرحلة يمر بها أي تصرف يطرأ على العقار، فهذا لا يتلاءم والعمليات المصرفية التي تتميز بالسرعة والمرونة. حيث أن بيع العقار المرهون دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، يكون باطلاً، ولو كان هناك اتفاق قد أبرم بعد الرهن بين المالك والدائن⁽⁵³⁾، لأن حجز العقاري وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري على أموال المدين الراهن، بها يتمكن الدائن المرتهن من وضع عقارات مملوكة لمدينه⁽⁵⁴⁾ بيد القضاء من أجل الشروع في بيعها بالمزاد واستيفاء دينه من ثمنها. إلا أن التنفيذ الجبري على العقارات، يتميز بكثرة الشكليات وطول الإجراءات وتعقيدها، فهذا يقلل من فعالية الرهن الرسمي. وعلى الرغم من خطورة العمل المصرفي، لكنه لا يستفيد من أي استثناء قانوني في مجال إجراءات التنفيذ الجبري⁽⁵⁵⁾. أضف إلى ذلك أن هذه الإجراءات قد تصطدم ببعض العوامل⁽⁵⁶⁾، تؤدي إلى تأجيلها، وبالتالي مزيداً من ضياع الوقت والجهد والمال. كما نجد عدم كفاية حصيلة التنفيذ للوفاء بالدين المضمون، فما على الدائن المرتهن إلا تحمل الخسائر التي قد تنجم عن هذه العملية، كل هذا يجعل الرهن آلية ضمان، لا يمكن التعويل عليها كثيراً رغم أهميتها في مجال التأمينات.

بالإضافة إلى ما يطرأ على العقار المرهون من يوم رهنه إلى حلول أجل الدين، فهي فترة طويلة، لأنه عادة ما يقدم هذا النوع من الرهن على سبيل الحصول على تمويل طويل متوسط أو طويل الأجل قد تحدث في هذه المدة مستجدات ومتغيرات قد تؤثر سلباً على العقارات عامة، كأن تتدهور قيمة العقار المرهون نظراً للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وحتى المستجدات الدولية التي قد تكون لها

تأثير على سوق العقارات، هنا تتدهور قيمة العقار، وقد لا يفي بمستحقات الدين إذا تم بيعه، وما الأزمات المالية العالمية التي تحدث من حين لآخر لخير دليل على ذلك، حيث أدت إلى ركود وانكماش اقتصادي خطير أدى إلى تراجع الطلب على قطاع العقارات، وبالتالي انخفاض قيمتها⁽⁵⁷⁾، أضف إلى ذلك إمكانية تعرض العقار المرهون للهلاك، ومنه تناقص قيمته، فالضمان المطلوب في الوقت الراهن قد تكون قيمته مختلفة تماما عن قيمته وقت التنفيذ عليه عند عدم التسديد، ولهذه الاعتبارات فإن تحديد قيمة الضمان أمر هام لأنه يضع البنك الدائن في مأمن ضد الأخطار المحتملة.

مع إمكانية أن يكون العقار المرهون مثقلا برهون أخرى سابقة، تجعل وضعية البنك صعبة وحرجة، لأنه قيد رهنه في مرتبة متأخرة، قد لا يكفي ثمن العقار لتسديدها كلها، لأن الامتياز والأولوية لأصحاب المراتب المتقدمة والعبارة في ذلك بالقيود. لذا على البنوك الاستعلام حول وضعية العقارات المقدمة إليهم كرهن، وأنها غير منقولة برهون أو حقوق امتياز، وذلك في المحافظات العقارية وحصوله على شهادة سلبية منها. كما أنه يجب عليه أيضا الاطلاع على كل القواعد القانونية والإجراءات التي تخص هذا النوع من القطاعات، لأن أي خطأ أو جهل بذلك يؤدي إلى ضياع حقوقه. وكذلك، فإنه من الأفضل أن يضع البنك الدائن شروطا سواء على المدين الأصلي أو الحائز أو الكفيل العيني تجعله يتفادى الإجراءات الطويلة والمعقدة وتجعل مركزه كدائن قويا:

1- شرط المنع من التصرف في العقار المرهون، ولكن بشرط أن يكون مبنيا على باعث مشروع، وأن يكون مقصورا على مدة معقولة⁽⁵⁸⁾. ونظرا لما يتعرض له البنك من مخاطر الائتمان ومخاطر التأمينات العينية عامة والرهن الرسمي خاصة، فتضمنين هذا الشرط في عقد الرهن ممكن وفيه حماية فعالة للدائن المرتهن، ولكن بشرط شهره، لأن كل عملية متعلقة بالعقار مهما كانت يجب أن تشهر في المحافظة العقارية التي يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصها.

2- شرط تملك العقار المرهون، إن هذا الشرط اعتبره المشرع الجزائري باطلا، وعليه يكون قد غلب مصلحة المدين الراهن⁽⁵⁹⁾، في حين كان عليه أن يولي أهمية لمصلحة مانح الائتمان، ويترك في ذلك الحرية لأطراف العقد في تحديده، دون تحديد فترة إدراجه⁽⁶⁰⁾. فمثل هذا الشرط من شأنه تقوية مركز البنك الدائن، ويحقق الحماية له، ويبعده عن الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة التي تتطلبها عملية التنفيذ الجبري على العقار، ولكن ولتفعيل هذا الشرط ما على الدائن المرتهن إلا اللجوء إلى مصلحة الشهر العقاري لشهره، هذا يجعل له إمكانية الاحتجاج به في مواجهة الغير.

لذلك، وللحد من المخاطر الكثيرة والمتنوعة التي أصبحت تكتنف الرهن العقاري والتي تجعل منه آلية ضمان غير فعالة⁽⁶¹⁾، إباحة مثل هذه الشروط وغيرها من طرف المشرع على غرار ما فعل المشرع المصري والفرنسي، مع إحاطتها ببعض الحدود لتجنب التعسف من جهة، وتحقيق التوازن بين مصلحة الدائن المرتهن والمدين الراهن، لأن القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية للرهن الرسمي في التشريع الجزائري، فيها حماية وتغليب لمصلحة المدين الراهن على حساب مصلحة الدائن المرتهن، الذي في عمله مغامرة بأمواله، قد تؤدي إلى انهياره، إن لم تكن هناك آليات ضمان فعالة يوفرها له المشرع، ويحميها القضاء.

الفرع الثاني: الرهن الحيازي

لقد عرف المشرع الجزائري الرهن الحيازي في القانون المدني على أنه: "عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى الأجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"⁽⁶²⁾.

يمكن أن نستخلص من النص أن عقد الرهن الحيازي، هو عقد تباعي، يستند في وجوده للالتزام سابق ويضمن تنفيذه، كما أنه عقد شكلي يخضع لإجراءات الكتابة والتسجيل، وأنه عقد تبادلي يرتب التزامات على كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن إذا ما تحقق تطابق الإرادتين، إلا أن هذا العقد غير قابل للتجزئة، فكل جزء من الدين مضمون بكل الرهن وبأن كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين، فإذا انقضى جزء من الدين فإن الرهن لا ينقضي، بل يبقى قائما إلى حين استيفاء كامل الدين، والرهن الحيازي، يرتب نقل الحيازة المال المنقول من المدين إلى الدائن، لكن أحيانا قد تكون الأموال محل الرهن لا يمكن نقل الحيازة فيها، لأن ذلك سوف يجرد المدين من وسائل عملية⁽⁶³⁾.

أولا- أنواع الرهن الحيازي:

إن الرهن الحيازي، يترتب عليه نقل حيازة المال المرهون من المؤسسة المدين الراهن إلى البنك الدائن المرتهن، غير أن ذلك يضر بمصالح الطرفين، فمن جهة يجرد المؤسسة من وسائل عملية، فالمنقولات أدوات إنتاج ضرورية لممارسة نشاطها، ومن جهة ثانية يشكل عبئا ثقيلا على البنك، من بحث عن مخازن ومستودعات لتخزين الأشياء المرهونة، إلى وجوب بذل العناية اللازمة للمحافظة عليها وتحمله للمسؤولية اتجاه المؤسسة إذا ما أخل بذلك، لذلك نشأ في إطار النشاط التجاري نوع جديد من الرهون متعلق برهن أموال منقولة دون انتقال الحيازة.

أ- الرهن الحيازي مع نقل الحيازة:

إن الرهن العادي أو التقليدي يتطلب انتقال حيازة المنقول المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وهذا النوع من الرهن فيه فائدة لهذا الأخير حيث يجعل الأموال المرهونة تحت يده، وبالتالي عدم إمكانية المؤسسة التصرف فيها بأي شكل من الأشكال المادية أو القانونية إلى حين تسديد مبلغ التمويل أو إمكانية التنفيذ عليها وبيعها بالمزاد، واستيفاء حقه من ثمنها، كما أن في ذلك فائدة للغير، من خلال إعلامه بما آل إليه المال المنقول من رهن. لكن رغم ذلك، فإن هذا النوع من الرهن يضيف أعباء على البنك الدائن وتحمل المسؤولية ببذل العناية الكافية لحماية الأشياء محل الرهن وإلا توبع على أساس التقصير وخيانة الأمانة. وهذا النوع من الرهن يرد على جملة من المنقولات تتمثل في، الرهن الحيازي للصفقات، والرهن الحيازي لسندات الصندوق، والرهن الحيازي على الأوراق التجارية والقيم المنقولة، والرهن الحيازي للديون، ورهن البضائع والآلات.

ب- الرهن الحيازي دون نقل الحيازة:

نظرا لسلبات الرهن الحيازي مع نقل الحيازة، وما يشكله من أعباء ومخاطر على البنك الدائن من جهة، وحرمان المؤسسة من وسائل عملية من جهة ثانية، ظهر ما يسمى بالرهن الحيازي دون نقل الحيازة

للدائن المرتهن، حيث يكون للبنك الراهن الملكية على الأشياء المرهونة دون أن تنتقل حيازتها إليه، ومن هذا النوع من الرهون نجد، الرهن الحيازي للمحل التجاري، والرهن الحيازي للأدوات ومعدات التجهيز.

ثانيا- تقييم فعالية الرهن الحيازي:

إن الرهن الحيازي يوفر حماية حقيقية وصلبة للدائن المرتهن عامة وللبنك الممول المرتهن بصفة خاصة، ذلك أنه يعطيه الحق في حيازة الشيء المرهون وحبسه والحق في استرداده إذا ما خرج من يده كماله الحق في بيعه واستيفاء حقه من ثمنه.

إلا أن الرهن الحيازي لا يوفر الحماية الكافية من مخاطر تمويل المؤسسة ذلك لما ينم عنه من سلبيات تتمثل في، انتقال حيازة الشيء المرهون من المؤسسة إلى البنك بشكل عبئا ثقيلا على هذا الأخير من حيث البحث عن مستودعات لتخزين الأشياء المرهونة وتوظيف عمال للقيام على المحافظة عليها وضمان سلامتها، لأن للمنقولات عرضة للتلف والسرقة والضياع وهو مسئول عنها قبل المؤسسة الراهن التي يمكن أن تطالبه بالتعويض إذا كان هناك إهمال أو تقصير وإذا ما أخل بالتزاماته، لأن من التزاماته أن يبذل في الحفاظ على هذه المنقولات وحمايتها من العناية ما يبذله الرجل العادي، وإلا أتهم بجريمة خيانة الأمانة.

قاعدة الحيازة في المنقول تشكل خطرا آخر، فإن كان الحائز حسن النية فإن القانون يحميه حيث له أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون، وإن كان سيء النية فإن إثبات ذلك يقع على عاتق البنك الدائن المرتهن وهذا صعب تحقيقه عمليا.

الإجراءات الطويلة والصارمة التي يتطلبها الرهن الحيازي، بدء من كتابة العقد إلى قيده وانتهاء إلى إجراءات الحجز والبيع بالمزاد العلني التي يطالب بها القضاة مهما كان الدائن المرتهن حتى وإن تعلق الأمر بالبنوك عملا بقواعد الإجراءات المدنية بالرغم من الاستثناء الذي أورده المشرع في قانون النقد والقرض، كما أنه وأثناء القيد قد يجد البنك أن الشيء المرهون مثقلا برهون أخرى أو حقوق امتياز تجعل منه يكون في مرتبة متأخرة، فهنا تكون إمكانية عدم كفاية ثمن هذا الشيء المرهون للوفاء بمبلغ التمويل إذا ما بيع بالمزاد لوجود دائنين مرتين أو/ وممتازين يزاحمون.

كما أنه توجد إمكانية أن يضيع البنك المرتهن حقه بنفسه وبالتالي ضياع أمواله إذا لم تكن هناك دراسة دقيقة وجدية عن الشيء المرهون من حيث ما ورد عليها من تصرفات، ومن حيث عدم القيام بإجراءات القيد، واكتفائه بضمان واحد وعدم مطالبته بتأمينات أخرى كتقديم كفيل عيني وكفالة تضامنية ورهن رسمي، وهذا كله تفاديا لأي خطر متوقع يمس بعملية التمويل أو بهذا الرهن.

فإذا تعلق الرهن بأوراق تجارية فإن الالتزامات التي تتطلبها والتي تقع على عاتق البنك تقلل من فعاليتها كضمان من المطالبة بها في مواعيد استحقاقها وتحرير الاحتجاجات الواردة حولها ويمكن أن يطول أجل استحقاقها فيلجأ البنك إلى خصمها لدى بنك آخر هذا يكلفه مصاريف، وإن كان هناك إهمال في إجراءات المطالبة بها أو المطالبة بتأمينات أخرى كان للضامن إمكانية التنصل من التزاماته بحجة إهمال البنك وتقصيره. كما أن الخطر يظهر من خلال إنشاء الورقة في شكل عدة نظائر⁽⁶⁴⁾، أو استخراج الحامل لنسخ منها بعد تداولها⁽⁶⁵⁾، هذا إذا علمنا أن الوفاء قد يكون بمقتضى النظائر يبطل

النظائر الأخرى، كما أن هناك أوراق تسحب بغرض التواطؤ مع المدين (المسحوب عليه) كما هو حال سفائح المجاملة⁽⁶⁶⁾.

وبالنسبة لرهن المحل التجاري، فإنه يمثل ضمانا هامة للبنك إلا أن حيازته له غير ممكن، وبالتالي إمكانية التصرف فيه من المؤسسة الراهن بكل حرية، وكذا صعوبة تقدير القيمة الحقيقية للعناصر المكونة للمحل التجاري لأن أغلبها عبارة عن عناصر معنوية، كما أن الصعوبات التي تعترض المحل التجاري بسبب الظروف الاقتصادية المتغيرة والمتسارعة وبسبب الأخطاء التي ترتكب في تسيير المحل واستغلاله، يؤدي إلى الإنقاص من القيمة الاقتصادية للمحل التجاري.

وبإقرار المشرع لإمكانية حجز التحفظي على المحل التجاري من قبل أي دائن فهو بذلك يعطي أولوية للتنفيذ على حساب الائتمان، هذا يشكل تهديدا آخر لنظام رهن المحل التجاري، ومنه مساس بمصالح مانح الائتمان.

أما بالنسبة للرهن البحري وما يحيط به من مخاطر يجعل منه ضمان مشكوك في فعاليته في تحقيق الحماية للدين المضمون، التصرفات التي ترد على السفينة محل الرهن من قبل المدين المالك ومدى تأثيرها على قيمة السفينة، الإجراءات الطويلة والمعقدة من عقد الرهن إلى غاية البيع بالمزاد العلني، والمخاطر التي تتعرض لها السفينة، من غرق وتصادم بحري وقرصنة واهتلاك وفقد، كما أن الراهن يمكن أن يفقد حقه إذا لم يقم بقيد الرهن في سجل السفينة، أولم يتم تجديده وفقا لما نص عليه القانون، بالإضافة إلى الديون الممتازة التي لها الأسبقية على الرهن، أو الديون المضمونة برهن بحري والتي لها الأفضلية لأسبقيتها في القيد، هذا قد يستغرق كامل الثمن الذي بيعت به السفينة. كما أن السفينة يمكن أن تنتقل إلى عدة مناطق بحرية، من منطقة المياه الداخلية، إلى منطقة المياه الإقليمية، إلى منطقة أعالي البحار⁽⁶⁷⁾، وكلما توغلت أكثر ازدادت المخاطر المحيطة بها، فبالنسبة للمنطقة الأولى والثانية لإيثار إشكال، حيث يتم تطبيق قانون الدولة صاحبة هاتين المنطقتين، لكن إذا أصبحت السفينة في أعالي البحار، فالمنطقة لا تتبع لأي دولة، هنا نكون أمام منازعات دولية يثار فيها مشكل القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي⁽⁶⁸⁾ لحلها، التي تستغرق وقتا طويلا، يكون لها تداعيات خطيرة على مصالح الدائن المرتهن، وتأثير على خاصية السرعة، التي يتطلّبها العمل التجاري.

الفرع الثالث: حقوق الامتياز

لقد عرف المشرع الجزائري حقوق الامتياز في القانون المدني على أنها: "أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون امتياز إلا بمقتضى نص قانوني"⁽⁶⁹⁾.

من خلال هذا التعريف التشريعي لحقوق الامتياز، نستنتج أنها استثناء عن القاعدة القانونية التي تقرر المساواة بين الدائنين، ولا يكون للدائن امتياز إلا بنص قانوني، وأن الامتياز يترتب بناء على صفة الدين وليس بناء على صفة الدائن.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى أنواع الحقوق الممتازة⁽⁷⁰⁾، وقسمها إلى عامة وخاصة وإلى حقوق امتياز واردة على عقار وحقوق امتياز واردة على منقول. كما تضمن القانون التجاري بين طياته حقوقا ممتازة تجعل مرتبة الدائن المرتهن تتأخر حياها⁽⁷¹⁾، وكذلك بالنسبة للقانون البحري، حيث تضمن حقوق

الامتيازات البحرية التي عرفت على أنها: "تأمين عيني وقانوني يخول الدائن حق الأفضلية على الدائنين الآخرين نظرا لطبيعة دينه."⁽⁷²⁾، وأورد المشرع الامتيازات البحرية⁽⁷³⁾، وقسمها إلى طائفتين، الطائفة الأولى تتقدم الرهن البحري في المرتبة، والطائفة الثانية تلي الرهن البحري في المرتبة⁽⁷⁴⁾. ونجد ذلك أيضا في قانون العمل عندما منح المشرع الأفضلية لدفع الأجور وتسبيقاتها على جميع الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة والضمان الاجتماعي⁽⁷⁵⁾.

أما عن امتياز البنوك في التشريع الجزائري فكان ضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، حيث أعطى المشرع في هذا القانون امتيازاً لصالح البنوك والمؤسسات المالية⁽⁷⁶⁾. فطبقاً لذلك، فإن امتياز البنك يرد على جميع أملاك المدين المنقولة والديون والأرصدة، وبالتالي يستثنى القانون العقارات من هذا الامتياز الممنوح للبنوك.

أما مرتبة امتياز البنك والمحددة طبقاً لهذا القانون فهي الرابعة، حيث تأتي بعد امتياز كل من الأجراء والخزينة وصناديق التأمين الاجتماعي، وبالتالي فإن البنك إذا مول منشأة اقتصادية، فإنه يستوفي حقه بعد استيفاء كل من الأجراء والخزينة وصناديق الضمان الاجتماعي لحقوقهم⁽⁷⁷⁾. ونفس القانون يبين لنا كيفية ممارسة البنك لهذا الحق، حيث يتم ذلك اعتباراً من تبليغ الحجز للمؤسسة المدين الراهن، ويتم ذلك برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، وقد سهل قانون النقد والقرض للبنوك ممارسة هذا الحق في الامتياز وذلك بمجرد تبليغ الحجز برسالة موصى عليها بعلم الوصول، كذلك وبالإضافة إلى امتياز البنك في استيفاء حقه من أصل الدين وفوائد ومصروفات، فإن الإجراءات المبسطة أمامه، وهذا نظراً لطبيعة هذا القطاع وحساسيته وأهمية الوقت بالنسبة إليه والمخاطر الكثيرة والمتنوعة التي تعترضه والتي يمكن أن تنجر عن أي تعطيل أو تأخير في الإجراءات. إلا أن الواقع العملي عكس ذلك، وهذا نظراً لعدم إيراد امتياز البنك في القانون المدني، ولعدم وضع استثناء في قانون الإجراءات المدنية يمنح للبنوك امتيازاً في تبسيط الإجراءات، لأن معظم أو جل القضاة يطبقون الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية ويفرضون آلية الرسالة الموصى عليها التي يبلغها البنك للمدين، بل يجب أن تكون ممارسة البنك لحقه وفق ما ينص عليه هذا القانون بالنسبة للحجز، فيكون ذلك بضرورة الحصول على إذن من القاضي ويبلغ هذا الحجز للمدين عن طريق المحضر القضائي⁽⁷⁸⁾.

فقراءة القضاة لهذه المادة التي جاء بها قانون النقد والقرض قراءة ضيقة تحرم البنوك من الإجراءات المبسطة في حجز أموال المدين لاستيفاء حقوقها بسرعة ويسر، كما أنه لا معنى للامتياز وترتيبه الذي يصنف البنك الدائن في المرتبة الرابعة إذا كان ينحصر فقط في ترتيب دائنية البنك مقارنة بالدائنين الآخرين المحتملين إذا لم يكن مقروناً بإجراءات عملية مبسطة تسمح بممارسته بصفة فعالة وفي الوقت الملائم.

فالامتياز المنصوص عليه في قانون النقد والقرض والذي يخص البنوك واضح وله شقان، امتيازي تعلق بالحق في حد ذاته، وامتياز يتمثل في بساطة الإجراءات، لذا على القضاة قبول امتياز البنك في ممارسة حقه في حجز أموال مدينه عن طريق رسالة موصى عليها مع استلام إشعار بالوصول يدلّ على

علمه بما سيتخذ ضده من إجراء إذا لم يتم تنفيذه لالتزامه وهو سداد ما عليه من دين في ميعاد استحقاقه.

خاتمة:

إن التأمينات الشخصية والعينية حتى وإن كانت قد أعتبرت ولمدة طويلة بمثابة الضمانات الأكثر فعالية، فإنها اليوم أصبحت محل شك لظهور ما يسمى بأزمة التأمينات التقليدية التي نتجت عن وجود قواعد موضوعية وإجرائية صارمة وجامدة، طويلة ومكلفة لا تتماشى مع خاصية السرعة التي تميز الائتمان، ولا تحقق التوازن في المصالح بين مانحيه والمستفيدين منه الذين خصهم المشرع بحماية أكبر، وذلك يظهر من خلال آثاره الضمانات على هؤلاء. كما أن آلية حيازة الدائن للأموال المرهونة، أصبحت تشكل أعباء على الدائن المرتهن بدل أن تكون ضماناً حقيقية له. لذلك فالتفكير في آليات أخرى بديلة عنها أو مدعمة لها أمر ضروري، وهذا لما تعرفه مخاطر الائتمان من تطورات من جهة، وللضعف الذي أصاب الضمانات التقليدية من جهة ثانية.

الهوامش:

- (1) زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، الطبعة 6، دار الصفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 132.
- (2) قضية بين البنك الوطني، و (ش.ذ.م.ع)، حكم صادر في 13-07-2008: "...وحيث أن المحكمة تستخلص من خلال وقائع الدعوى أن هناك علاقة قرض بين الطرفين بموجب اتفاقية القرض المبرمة بينهما، وأن المدعي عليها رغم إعدارها بتسديد أقساط القرض تبعاً لاتفاق الطرفين، لكنها لم تستجب، لهذه الأسباب فالنزاع يقع حول طلب فسخ اتفاقية القرض وإلزام المدعي عليها بتسديد الدين الواقع في ذمتها...".
- (3) أحمد غنيم، صناعة قرارات الائتمان والتمويل في إطار الاستراتيجية الشاملة للبنك، مطابع المستقبل، مصر، الطبعة 1، 1998، ص 24.
- (4) إبراهيم مختار، التمويل المصرفي منهاج لاتخاذ القرارات، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، الطبعة 2، 1987، ص 49.
- (5) منير إبراهيم هندي، الإدارة المالية مدخل تحليلي معاصر، المكتب العربي الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة 1، 1999، ص 440.
- (6) عبد الحق بوعتروس، الوجيز في البنوك التجارية، دار النشر، قسنطينة، 2000، ص 52.
- (7) إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص 46.
- (8) الطاهر لطرش، تقنيات البنوك البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزائر، الطبعة 6، 2007، ص 137.
- (9) نفس المرجع، ونفس الصفحة.
- (10) طارق عبد العال حماد، حوكمة الشركات (تطبيقات الحوكمة في المصارف)، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص 364-365.
- (11) بربان كويل، تحديد مخاطر الائتمان، دار الفاروق للنشر والتوزيع، الطبعة العربية الأولى، مصر، 2008، ص 7.
- (12) إبراهيم مختار، المرجع السابق، ص 37.
- (13) مصطفى رشدي شيحة، الاقتصاد النقدي والمصرفي، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1995، ص 7.
- (14) صورايا قاصدي، قواعد الاحتياط من المخاطر البنكية في النظام المصرفي الجزائري، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 21.
- (15) الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 70.
- (16) الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 96.
- (17) صورايا قاصدي، المرجع السابق، ص 16.
- (18) كما كان الحال بالنسبة لمستوردي التجهيزات في الجزائر في فترة سابقة، حيث الخسارة الناجمة عن تدبب سعر الصرف التي كان سببها تدهور قيمة الدينار بالنسبة للعملة الأجنبية الأخرى، فكل مستوردي القطاع العام والخاص الدين تحصلوا على تجهيزات من الخارج بتمويل بنكي تأثروا كثيراً عند حلول أجل التسديد بفعل انخفاض قيمة الدينار مقابل العملات الأجنبية هذا أدى إلى مضاعفة هذه القروض

- إلى أربعة أضعاف، ولم يكن في استطاعتهم تحمل ذلك العبء المالي دون مساعدة الدولة. محمد اللوشي، الأخطار المصرفية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر، 2002، ص 27.
- (19) الحسين بلعجوز، مداخلة: دراسة مقارنة لمخاطر التمويل المصرفي بين النظام الكلاسيكي والقيمي، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2006، ص.9. عثمان بابكر أحمد، إدارة المخاطر، تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، جدة، الطبعة 1، 2003، ص 68-70.
- (20) حسن حزوري، المخاطر الواقعة على المصارف الإسلامية، المؤتمر الرابع للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، دمشق، سوريا، 1 و2 جانفي 2009، ص 89.
- (21) نفس المرجع، ص 174.
- (22) حسن حزوري، المرجع السابق، ص 89.
- (23) المادة 647 من القانون المدني: "تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته".
- (24) المادة 660 فقرة 1 من القانون المدني: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين".
- (25) شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 109.
- (26) لطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 168.
- (27) نفس المرجع، ص 167.
- (28) دغوش العطرة، البنوك التجارية ودورها في تمويل المؤسسة، مذكرة ماجستير، في العلوم الاقتصادية، نقود ومالية، الجزائر، 2001، ص 111.
- (29) قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية 2012، العدد 1، ص 251.
- (30) رقية جبار، مداخلة حول: الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، جامعة المديية، 20-30-2013، ص 14.
- (31) إبراهيم إسماعيل إبراهيم، الضمان التجاري في الأوراق التجارية، دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 1999، ص 24.
- (32) الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 67.
- (33) عندما يمنح الحامل المدين المضمون مهلة للوفاء، يرى بعض الاجتهادات في هذه الحالة عدم براءة ذمة الضامن الاحتياطي، في حين أن البعض الآخر يرى براءة الضامن الاحتياطي إذا لم يبلغ بتمديد مهلة الوفاء، مما يرتب عنه استحالة ممارسة الرجوع، راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 5، 2005، ص 77، أما قانونا فتتقضي الدعوى الناشئة عن سحب السفينة بتقادم قصير، فالدعوى التي يرفعها الحامل والمظهرين تتقادم بمضي سنة، المادة 461 من القانون التجاري الجزائري.
- (34) راشد راشد، المرجع السابق، ص 76.
- (35) قرار صادر عن المحكمة العليا، في 3-6-2010، قضية الديوان القومي لمنتجات الكروم ضد (م-م)، المجلة القضائية 2012، العدد 1، ص 259.
- (36) نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، (ب.س.ن)، ص 112، والضمان الاحتياطي الخاص بالشيك تناولته المواد 497 إلى 499 من القانون التجاري.
- (37) المادة 882 من القانون المدني.
- (38) فوزي بن سديرة، محاضرات في القانون المدني، لطلبة الليسانس، علوم قانونية وإدارية، جامعة الجلفة، 2004، ص 28.
- (39) هذا التعريف يمثل خصائص الرهن الرسمي باعتباره حق، وخصائصه باعتباره عقد، نفس المرجع، ص 28-29.
- (40) المادة 883 من القانون المدني.
- (41) المادة 937 من القانون المدني.
- (42) المادة 941 من القانون المدني.
- (43) المادة 942 من القانون المدني.
- (44) المادة 943 و 944 من القانون المدني.
- (45) المادة 945 من القانون المدني.
- (46) الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 172.

- (47) المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980، والمعدل والمتمم بالمرسوم رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993، الجريدة الرسمية عدد 30 لسنة 1976.
- (48) المادة 904 فقرة 1 والمادة 905 من القانون المدني، والمادة 793، والمادة 165 من نفس القانون، حيث لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى إلا من خلال آلية شهر العقار لدى المحافظة العقارية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون.
- (49) المادة 15 و16 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بالمسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري العام، الجريدة الرسمية العدد 92 لسنة 1975.
- (50) المادة 991 من القانون المدني.
- (51) إن هذا الامتياز لم يتبناه القانون البنكي الجديد الصادر بمقتضى الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، غير أنه سرعان ما استدرك المشرع ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس فائدة البنوك والمؤسسات المالية، المؤرخ في 03 أبريل 2006، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 05 أبريل 2006.
- (52) المادة 2 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 3 أبريل 2006 المتعلق بالرهن القانوني لفائدة البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 25 أبريل 2006.
- (53) قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 4، 1990، ص 16.
- (54) الرهن القانوني الممنوح للبنوك ينصب فقط على الأملاك العقارية التابعة للمدين الراهن دون غيره، وهذا يعتبر إنقاص من قيمة هذا النوع من الرهون في حق البنوك والمؤسسات المالية.
- (55) رغم أن المادة 124 من الأمر 03-11 السالف الذكر المتعلق بالنقد والقرض، تمنح للبنك الدائن إمكانية إجراء البيع مباشرة، إلا أن قانون النقد والقرض منح البنك أو المؤسسة المالية حق ممارسة حجز مباشرة على المال المرهون... "قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 1، 2007، ص 75.
- (56) هذه العوامل موجودة في المواد 744 و754 و757 و760 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (57) في عام 2006 حوالي 40 في المائة من القروض العقارية التي منحها البنوك الأمريكية هي قروض عالية المخاطرة، حيث هبطت قيمة العقارات ولم يعد المقترضون قادرين على سداد ديونهم حتى بعد بيع عقاراتهم المرهونة، وبذلك تضررت البنوك الدائنة، وأعلنت شركات عقارية إفلاسها. سمير آيت عكاش، تطورات القواعد الاحترازية للبنوك، رسالة دكتوراه، العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2013، ص 169.
- (58) المنع من التصرف لم ينص عليه المشرع الجزائري بصفة مباشرة، كما فعل نظيره المصري في المادة 823 من القانون المدني المصري: "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في المال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة محددة..."، إبراهيم سيد أحمد، المنع من التصرف فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 60.
- (59) المادة 903 فقرة 2 من القانون المدني. وقرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 1، 2008، ص 75.
- (60) المادة 903 فقرة 2 من القانون المدني.
- (61) هذه المخاطر تتمثل في: المخاطر المرتبطة بالملكية وحرية التصرف في العقار من طرف مالكه، المخاطر المتعلقة بسند الرهن، طول آجال التنفيذ، عدم كفاية الأموال المتحصل عليها من بيع العقار بالمزاد، مخاطر تتعلق بتدهور قيمة العقار.
- (62) المادة 948 من القانون المدني.
- (63) محمد حبار، محاضرات حول تمويل المؤسسة، لطلبة ماجستير قانون المؤسسة، بجامعة وهران، دفعة 2006، ص 15.
- (64) المواد من 455 إلى 457 من القانون التجاري.
- (65) المادتان 457 و459 من القانون التجاري.
- (66) راشد راشد، المرجع السابق، ص 37-39.
- (67) عبد الرحمان ملزي، محاضرات في القانون البحري، لطلبة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 2006، ص 8 إلى 10.
- (68) المواد من 287 إلى 290 من القانون البحري.
- (69) المادة 982 من القانون المدني.
- (70) المواد 989-1003 من القانون المدني.
- (71) المادة 159 من القانون التجاري.
- (72) المادة 72 من القانون البحري.

(73) المادة 73 من القانون البحري.

(74) المادة 75 من القانون البحري.

(75) المادة 79 من قانون العمل.

(76) المادة 175 من قانون النقد والقرض رقم 10-90، والمادة 121 من قانون النقد والقرض رقم 11-03.

(77) قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، ملف رقم 238272، بتاريخ 11-04-2000، قضية شركة أسهم ضد بنك البركة، المجلة القضائية 2003، العدد 1، ص. 273: "لا يجوز للبنك فرض حجز مباشر على حسابات الشركة الطاعنة دون مراعاة حق الامتياز الممنوح له قانوناً وتحديد مرتبته إزاء الحقوق الممتازة الأخرى المقررة لفائدة الأجراء والخزينة وصناديق الضمان الاجتماعي".

(78) المادة 446 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية، وقرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، ملف رقم 201563، المؤرخة في 07-12-1999، قضية بنك بدر ضد ش-ذ-م-م، المجلة القضائية، العدد 1، 2001، ص. 209.

