

جامعة قاصدي مرباح - ورقلة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه طور الثالث LMD

شعبة: الحقوق

تخصص: قانون أعمال

عقد المراجعة

تاريخ المناقشة: 2025/06/24

تحت إشراف:

أ.د. حبيبة قدة

من إعداد الطالب:

إسحاق بن مالك

أمام اللجنة المتكونة من السادة:

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
هشام بن الشيخ	أستاذ التعليم العالي	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
حبيبة قدة	أستاذ التعليم العالي	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
محمد عماد الدين عياض	أستاذ محاضر -أ-	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا
انتصار مجوج	أستاذ محاضر -أ-	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا
عبد الرحيم صباح	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيد حمدين الجزائر 1	مناقشا
عادل عميرات	أستاذ التعليم العالي	جامعة حمه لخضر الوادي	مناقشا

السنة الجامعية 2024-2025

إهداء

إلى أبي وأمي مع خالص حبي وتقديري لمساندتهم.
إلى زوجتي وكل أفراد عائلي فردا فردا.
إلى أصدقائي وأحبائي.
إلى روح كل من فارقنا من الأحباء.
إلى كل من ساندني ولو بكلمة ومد لي يد العون في هذا
البحث مع خالص الشكر.

إسحاق بن مالك

كلمة شكر

اعترافاً بالفضل والجميل أتوجه خالص الشكر وعميق التقدير والامتنان إلى
الأستاذة الدكتورة: - **قده حببة** -

التي أشرفت على هذا العمل في جميع مراحله وزودتني بالنصائح والإرشادات
التي أضاءت أمامي سبيل البحث، فجزاه الله عني كل خير.
كما أتقدم بالشكر إلى جميع أساتذتي في جامعة قاصدي مرباح قسم الحقوق.

إسحاق بن مالك

قائمة أهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ط: طبعة

ج: الجزء

ت.ح: تحقيق

د.م.ن: دون مكان النشر

د.ت: دون تاريخ النشر

د.د.ن: دون دار النشر

د.ج: دينار جزائري

ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

مج: مجلد

ع: العدد

ص: صفحة رقم

ص ص: من صفحة رقم... إلى صفحة رقم...

ثانيا: باللغة الفرنسية

Art: Article.

L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence

p : Page

p p: de la page n°... à la page n°..

n°: Numéro

vol: volume

Op.cit: Ouvrage Précédemment cité

Ibid: Idibem (Même Référence)

المقدمة

المقدمة:

لقد شهدت المعاملات المالية عبر العصور تطورا مستمرا يعكس التحولات الاجتماعية والاقتصادية التي مرت بها المجتمعات البشرية، فمنذ العصور القديمة، فاعتمدت هذه المعاملات -خصوصا- التجارية على اعتبار أنها الأسبق ظهورا على أنماط بسيطة من المبادلات كالمقايضة وغيرها والتي كانت محدودة لغياب وسيط نقدي يسهل عمليات التبادل، ومع ظهور النقود وتطور الأسواق واتساعها بدأت المعاملات التجارية تأخذ أشكالا أكثر تعقيدا مما استلزم تطويرا واستحداثا لآليات تمويلية تتيح للأفراد والمؤسسات الحصول على الموارد المالية اللازمة لتمويل أنشطتهم المالية.

وقد أدى هذا التطور إلى نشوء أنظمة مالية تختلف عما اعتمدته الأنظمة الاقتصادية التقليدية التي كانت مبنية على سعر الفائدة كأساس ووسيلة لزيادة الأرباح، أي الاقتراض بفائدة.

ونظرا لتبني تلك الأنظمة المالية القائمة على مؤسسات مالية من قبيل البنوك للأسعار فائدة مرتفعة أثرت على الدورة الاقتصادية وأدت إلى بروز مظاهر العجز وعدم التوازن مما استوجب البحث عن نظام مالي يؤدي إلى تعزيز التوازن والعدالة الاقتصادية، ويحد من الاستغلال المالي لتلك الأنظمة المالية القائمة، هذا من جهة ويكون دافعا لتشجيع الأنشطة الاستثمارية والتجارية الحقيقية بديلا عن انتهاج المضاربة كوسيلة لتحقيق الأرباح... من جهة أخرى.

وقد جاء التمويل الإسلامي كاستجابة لهذا الطرح؛ نظرا لاستناده إلى المبادئ المستمدة من الشريعة الإسلامية والمتمثلة أساسا في تحريم المعاملات الربوية المعبر عنها في الوقت الراهن بسعر الفائدة، والاستناد إلى المشاركة كأساس في تحمل المخاطر، ويعزز مبدأ التداول العادل للثروة، وبظهور البنوك الإسلامية وتوسع حركة انتشارها، وتطور طرق عملها، وتنوع صيغ التعامل لديها اتجهت صوب الشريعة الإسلامية للبحث عن صيغ لتوظيف أموالها، وفي هذا السياق برزت مجموعة من التعاملات الشرعية في شكل عقود تمثل بدائل لمعاملات التمويل التقليدي من أهمها وأكثرها تداولاً هو **عقد المراجعة المركبة** الذي يعد أداة تمويلية لتوظيف الموارد المالية للبنوك، وذلك لما يوفره له من مميزات تساعد البنوك على تحقيق نشاط منح الائتمان الذي أنشأت من أجله بصفة عامة¹.

إن الفكرة الأساسية التي تقوم عليها البنوك الإسلامية هي البعد عن الربا في جميع المعاملات أخذا وعطاء، وهذا بناء على أن البنوك الإسلامية هي البديل الشرعي للبنوك الربوية، وبما أن البنوك

¹ - غردة عبد الواحد، أثر التمويل بصيغة المراجعة على تنمية القطاع الزراعي بين الواقع والمأمول - بعض المصارف الإسلامية أنموذجاً-مجلة رؤية اقتصادية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، مج10، ع01، أوت 2020 ص70

الإسلامية تسعى لإيجاد البدائل الشرعية للمعاملات الربوية، فقد استحدث البنوك الإسلامية مجموعة من الصيغ التمويلية والاستثمار الإسلامية التي تلبي الحاجة على الوجه الأمثل الممكن، فجاءت المضاربة والمشاركة على رأس القائمة. فهي من جهة تحقق أكبر قدر من العدالة بين الأطراف وهذا مطلب إسلامي اقتصادي، وهي من جهة أخرى أبعد ما تكون عن نموذج التمويل المصرفي التقليدي القائم على صيغة أو أداة القرض الربوي أخذاً وإعطاءً أو المتاجرة في الديون. فهو تمويل استثماري حقيقي بدون عائد محدد ثابت لأي طرف من الأطراف.¹

ثم جاءت بعد ذلك صيغ الإجارة والسلم والاستصناع وإن كانت استثمارية في جوهرها لكنها أيضاً تُعدّ مداينة وهي بذلك تشابه نموذج التمويل التقليدي، ثم ظهرت معاملة معروفة في الفقهاء ببيع المراجعة؛ وهي نوع من أنواع البيوع وليست من المشاركات وهي ذات طبيعة خاصة تميزها عن البيوع الأخرى السائدة وهي في صيغتها الأصلية والمعهودة في كتب الفقهاء على اختلاف مذاهبها بعيدة عن أن تكون أداة تمويلية، ثم أظهر أحد الباحثين في الفقهاء الشافعي صورة لها مغايرة لصورتها الأصلية. وهي في هذه الصورة التي سميت "بالمراجعة للأمر بالشراء"^{*} أصبحت لها مكانة بين الصيغ الإسلامية الأخرى في الاستخدام المصرفي الإسلامي، حيث تم التركيز على استخدامها في البنوك وعم الانتشار الواسع لها وأصبحت تعتبر من أكثر صيغ التمويل الإسلامية ممارسة من قبل البنوك الإسلامية²، وأصبح هذا العقد في الوقت الحاضر أكثر الوسائل التمويلية شيوعاً في البنوك الإسلامية وحتى البنوك التجارية الأخرى.

إن عقد المراجعة للأمر بالشراء أو المراجعة البنكية^{*} يعتبر من الصور المناسبة لطبيعة عمل البنوك والمؤسسات المالية في تمويل الأنشطة التجارية المختلفة، وهو يطبق على نطاق واسع فيها، وأصبح موضع نقاش الفقهاء المتخصصين، ومركز اهتمام الاقتصاديين، وموضوع تساؤل الأفراد

¹ - شوقي أحمد دنيا، المصارف الإسلامية إلى أين؟؟ وقفه مع المراجعة، ندوة بدائل البيع بالسعر المتغير، المجمع الفقهي رابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة 1437هـ، ص7، على الموقع: <https://themwl.org/ar/taxonomy/term/178>

^{*} يعتبر الدكتور سامي حسن محمود أول من طرح صيغة المراجعة للأمر بالشراء للتطبيق على نطاق المعاملات المصرفية، جاء في رسالته (الدكتوراه) بعنوان "تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية".

² - عزوز أحمد، واقع التزام المصارف الإسلامية بمتطلبات معيار المراجعة للأمر بالشراء الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معارف مجلة علمية محكمة، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة بويرة-الجزائر، السنة العاشرة، ع 20 (جوان 2016)، ص 219.

^{*} المراجعة البنكية أو المراجعة المصرفية هو تطور حديث لمفهوم المراجعة التقليدية المعروف في الفقهاء الإسلامي، وقد تم تبنيه وتطويره ضمن الصيرفة الإسلامية المعاصرة.

المسلمين. حيث أثرت حوله نقاشات كثيرة ليس من حيث الفكرة فقط¹، وإنما من حيث تطبيقه في البنوك الإسلامية الخاصة وشبابيك الصيرفة الإسلامية في البنوك العمومية، وكذا من حيث طبيعته القانونية وتكييفه قانونيا بما يتناسب مع قوانين البنوك العمومية. وهو ما جعله محور الاهتمام في كل الندوات والمؤتمرات والدراسات التي جرت مؤخرا، حيث يمثل عقد المراجعة للأمر بالشراء عينة من العقود التي استحدثت واستغلت في مجالات أوسع، من قبل البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، وأصبح من دعائم التمويل فيها وحتى البنوك العمومية التي استغلت مميزاته في شبابيكها المخصصة للصيرفة الإسلامية، وبعد انتشاره في الدول العربية، امتد إلى الدول الأجنبية تبعا لما له من خصائص ومميزات ساعدت على توسيع نطاق استغلاله.

فعقد المراجعة يعتبر بصورة عامة أحد ببيع الأمانة التي تقوم على الشفافية في تحديد تكلفة الشيء المبيع، وكذا تحديد هوامش الربح؛ مما يجعله يحقق نوعا من التوازن بين مصالح طرفي العقد كما أن ما يميزه عن المعاملات التقليدية المعتمدة عن سعر الفائدة أيضا هو احتواءه وتجسيده لعملية بيع حقيقية لسلعة ملموسة، ومرتبطة بصفته معاملة مالية على نشاط اقتصادي فعلي. فهو الصيغة الأكثر اعتمادا من طرف البنوك والخيار الأمثل لجمهور العملاء خاصة لأصحاب الدخل المحدود نظرا للخصائص التي يتميز وينفرد بها هذا العقد، ليكون بديلا تمواليا شرعيا مهما ومناسبا لكل من البنك والعميل.²

وقد أسهمت تلك المزايا على تعزيز انتشار عقد المراجعة البنكية ليس فقط داخل الأنظمة المالية للدول الإسلامية فحسب، بل تعداه إلى الدول الغربية، حيث تبنت غالبيتها الصيرفة الإسلامية ككل وعقد المراجعة كخيار مالي بديل لما تقوم عليها أنظمتها التقليدية. ومن ثم أصبح تزايد الإقبال على عقد المراجعة يعكس تحولا عالميا نحو اعتماد نموذج مالي أكثر إنصافا واستدامة، يقوم على تحقيق المنفعة المتبادلة بين أطرافه المتعاملة.

بالإضافة إلى ما يتسم به من مرونة وإمكانية التطبيق في مختلف القطاعات، فقد أصبح عقد المراجعة من بين الخيارات المتاحة سواء في تمويل الأفراد لشراء ما يحتاجونه من سلع وخدمات، أو في تمويل المشاريع الاستثمارية الكبرى، ذلك ما يجعله من بين أهم الركائز للمنظومة المصرفية لأغالب

¹ - على كاظم الرفيعي، اعتدال عبد الباقي يوسف، ماهية بيع المراجعة المصرفية، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة البصرة كلية الإدارة والاقتصاد، مج 6، ع23، كانون الثاني، 2009، ص161.

² - حدرباش لمياء، المراجعة للأمر بالشراء في إطار النظام 20-20 والتعليمات 2020-03، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مج7، ع1، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي-الأغواط، 2023، ص1.

الدول، مما دفع ببعض الدول ومن بينها الجزائر تبنيه ودمجه ضمن أنظمتها القانونية والمالية لتعزيز الاستقرار الاقتصادي.

حيث شهد النظام المالي الجزائري في السنوات الأخيرة تطورا ملحوظا خاصة بعد إدراج الصيرفة الإسلامية ضمن المنظومة القانونية والمصرفية، وجاء ذلك استجابة لمتطلبات السوق الجزائرية من خلال زيادة الطلب على المنتجات المالية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية من قبل الأفراد وحتى الشركات التي تبحث عن بدائل تمويلية تتماشى مع التشريعات الدينية، والتي تتيح الاستفادة من الخدمات المصرفية دون اللجوء إلى الفوائد الربوية المحرمة شرعا.

لذلك عمدت الجزائر إلى جلب شريحة واسعة من العملاء العازفين عن التعامل مع البنوك العمومية، بسبب طبيعة خدماتها القائمة على سعر الفائدة (الربوية)، من خلال الصيرفة الإسلامية كخيار استراتيجي من أجل محاولة الوصول إلى شمول مالي، لا يعتمد فقط إلى تلبية الطلب المحلي، بل يمتد إلى تعزيز قدرة القطاع المصرفي على استقطاب الاستثمارات الأجنبية، خصوصا من الدول الإسلامية والمؤسسات المالية الدولية المعتمدة على المعاملات الإسلامية.

وفي السياق التاريخي نجد أن المراجعة بصفة عامة قد بدأ العمل بها في الجزائر بداية التسعينات¹ بعد دخول بنك البركة نشاطه في الجزائر 1991، ثم تلاه بنك السلام 2008، وذلك في ظل غياب قانون يحكم هذا النوع من النشاط المصرفي إلى غاية صدور أول إطار قانوني متضمن لقواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية وهو النظام 02-18² الذي أسس بشكل محتشم لفكرة الصيرفة التشاركية وشبابيك الصيرفة التشاركية (الملغى)³، ليصدر بعدها النظام رقم 02-20 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف

¹ - قموح مولود، المراجعة وتطبيقها في الجزائر، مجلة العلوم والإنسانية، مج33، ع2، جوان 2022، ص 220.

² - النظام 02-18 المؤرخ في 26 صفر عام 1440 الموافق لـ 4 نوفمبر سنة 2018 المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية (ملغى)، الصادر عن بنك الجزائر على

الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar>

³ - حدرياش لمياء، مرجع سبق ذكره، ص2.

البنوك والمؤسسات المالية في الجزائرية¹، ليفتح الباب لهذا النشاط لكل من البنوك الإسلامية والبنوك العمومية على حد سواء، مع بقاء الصيرفة الإسلامية خاضعة لقانون النقد والقروض².

ولقد أسهم هذا التوجه إلى تشجيع البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر إلى استعمال عقد المراجعة في إطار عقود الصيرفة الإسلامية من قبل أغلب البنوك في الجزائر بعدما كان حكرا على البنوك الإسلامية فقط، حيث سعى المشرع الجزائري على توسيع نطاقه حتى مس مختلف البنوك العمومية في الجزائر، وذلك من خلال النوافذ أو الشبابيك الإسلامية، ولما تتمتع له من ثقة كبيرة لدى عملائها، وتزايد الطلب على منتجات المصارف الإسلامية وأدواتها وخدماتها.

وقد جاء نظام بنك الجزائر رقم 02-20 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية في الجزائرية³، ثم التعليم 03-2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية⁴، التي عرفته وبنيت مجموعة من خصائصه وطرق التعامل به على البنوك والمؤسسات المالية، كما أكد كذلك القانون رقم 09-23 المتعلق بالنقدي والمصرفي⁵ الحديث على تأكيد المشرع الجزائري على توسيع استعمال منتجات الصيرفة في البنوك والمؤسسات المالية، سواء كانت إسلامية أو تقليدية.

تبرز أهمية الموضوع إلى أن عقد المراجعة البنكية يعد من بين أبرز المعاملة التي تهم قاعدة عريضة من عموم الأفراد والمؤسسات، ولا تخص فئة معينة، حيث يلجأ إليها الكثير لتمويل احتياجات مشاريعهم، سواء كانت شخصية أو مهنية، حيث أصبحت إحدى معاملات النشاط التجاري المتعلقة بالتمويل، وتوضيح النظام القانوني لهذا العقد لما له من مساهمة في تنمية النشاط التجاري ورفع أرباح وعوائد المستثمرين بصيغة المراجعة.

¹ - النظام 02-20 المؤرخ في 20 رجب 1441 الموافق لـ 15 مارس سنة 2020، يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، الصادر عن بنك الجزائر. على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar>

² - الأمر 03-11، مؤرخ في 26 اغشت 2003، يتعلق بالقروض والنقد، ج.ر.ج، ع52، صادرة بتاريخ 27 اوت 2003 (الملغى).

³ - النظام 02-20 يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، مرجع سبق ذكره.

⁴ - التعليم 03-2020 المؤرخة في 02 أفريل 2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية. الصادرة عن بنك الجزائر، على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar>

⁵ - قانون رقم 09-23 مؤرخ في 3 ذي الحجة عام 1444 الموافق 21 يونيو سنة 2023، يتضمن القانون النقدي والمصرفي، ج.ر.ج، العدد 43، صادرة 27 يونيو 2023.

إضافة إلى أن عقد المراجعة البنكية من خلال التأثير الذي يمارسه على التنمية الاقتصادية، باعتباره يمثل صيغة من صيغ التمويل قصير الأجل التي تساهم في إمداد النشاط الاقتصادي بالأموال اللازمة لتدوير عجلة التنمية، وفي قدرته على تحقيق التوازن بين الأطراف المتعاملة بهذه الصيغة، خاصة وأنه يناسب كافة الأنشطة التجارية منها الصناعية والمهنية والحرفية، ويحقق أرباحا بالطريقة المشروعة، حيث إن أغلب البنوك سواء الخاصة الإسلامية أو شبابيك البنوك العمومية وكذا المؤسسات المالية التي تقوم بوظائف تجارية إيجابية من خلال القيام بتمويل وتوفير السيولة المصرفية، إذ توفر هذه الصيغة نصيبا معتبرا من إجمالي الدفعات التمويلية فبدونها لا يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يوفر السيولة التي تساهم في التغيير التنموي الاقتصادي وهو أسلوب تمويلي ذو أجل قصير المدى مقارنة بالأساليب التمويلية الأخرى، حيث يتم ضمن فترة زمنية قصيرة خلافا لباقي عمليات التمويل لاسيما القروض المتوسطة وطويلة المدى. إضافة إلى أنه عملية تحقق مصالح للبنوك الإسلامية كما يحقق مصالح للعميل أو الزبون الذي يستفيد من هذه العملية، بما توفره له المراجعة من تلبية لحاجياته الاستهلاكية أو الاستثمارية¹.

كما تعد المراجعة البنكية إحدى المصادر التي تعتمد عليها البنوك الإسلامية لتحقيق الأرباح إضافة إلى عمليات الاقتراض والمشاركة بالرغم من أن هذه الأخيرة تتضمن مخاطر خلافا لعملية المراجعة، هذه الأرباح تعود على أصحاب الودائع أو المتعاملين الذين قدموا أموالهم للبنك الإسلامي والذي قد يكون من بينهم المشتري أو الزبون إطارا في عملية المراجعة مما يحقق له فائدة.

كما تعزز صيغة المراجعة البنكية من تنشيط التجارة الداخلية والخارجية، وذلك من خلال توفير التمويلات للعملاء بسهولة كبيرة في مختلف الاحتياجات ومستلزمات التشغيل من معدات وآلات، فضلا عن احتياجات التجارة من بضائع مختلفة، وهذا بدوره يساهم في عملية التنمية الاقتصادية الحقيقية، ومن المعروف لدى المصرفيين أن البنوك والمؤسسات المالية تمثل قاعدة السوق الأولية للمال، وأن التكامل يتطلب وجود سوق ثانوية لكي تتمكن البنوك من طرح الفائض من السيولة للتداول، وتمتص منها ما تحتاجه عند الحاجة، فالبنوك ساهمت إلى حد كبير في نقل الأموال إلى السوق العالمية تحت ظلال المراجعة في السلع الدولية؛ مما حقق انسياب هذه السلع بتكلفة نهائية يمكن أن تكون أقل مما عليه في حالة التمويل بالفائدة وهذا الهدف لازم لحركة النشاط الإقتصاد ولخدمة العملاء، ذلك لأنه يقوم على أسس الشريعة الإسلامية والربح غير الربوي، لأنه يحل محل القرض بفائدة لدى البنوك العمومية والمؤسسات المالية.

¹ - بن حملة سامي، صيغ التمويل المصرفي لدى البنوك الإسلامية-عقد المراجعة نموذجا، مجلة الشريعة والاقتصاد، مج2، ع3، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة، الجزائر، ص 205

إن الهدف من هذه الدراسة هو البحث في تكوين عقد المراجعة البنكية من خلال التعرف على ماهيته بالتطرق إلى مفهومه وبيان شروطه وصوره، وكذا النظر إلى الأركان العامة والخاصة لصحته وأهم خصائصه وتكييفه وما يميزه عن غيره من العقود محاولين إيضاح الإطار القانوني لهذا العقد كونه بات من أهم وأبرز صيغ التمويل.

إضافة إلى ذلك نحاول تسليط الضوء على عقد المراجعة البنكية باعتباره أحد أهم منتجات الصيرفة الإسلامية المعتمدة من قبل التمويل البنكي في الجزائر، حيث قامت السلطات العمومية لاعتماد منتجات الصيرفة الإسلامية، بتكريسها سنة 2018 في النظام 02-18 كمرحلة أولى¹، ثم سنة 2020 في نظام 02-20 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية الجزائرية، ثم التعليم 03-2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، وتأكيد عليه في الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والذي عدل بالقانون 09-23 النقدي والمصرفي سنة 2023.

وبيان كافة الجوانب القانونية لهذا العقد وكذا إجراءات تطبيق والوقوف على إرادة المنظم البنكي في تطبيق هذا العقد ومنحه مكانة تسمح لها بمنافسة العقود الأخرى التي تمارسها البنوك والمؤسسات المالية، وذلك من خلال دراسة كيفية تطبيقه في البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر، حيث نسلط الضوء على المراجعة المركبة والإجراءات المتبعة في تنفيذها، ومراحل تكوين هذا العقد وصولاً إلى الآثار الناشئة عنه، وكذا مسؤوليات أطرافه في حالة الإخلال بالالتزامات في التشريع الجزائري وفق القانون والضوابط الشرعية للعقد باعتباره أحد عقود الصيرفة الإسلامية.

وقد واجهتنا عدة صعوبات وعقبات لعل أهمها قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع فأغلب الدراسات تطرقت إلى العقد من الناحية الشرعية الإسلامية أو الاقتصادية، وندرتها من الناحية القانونية، إضافة إلى تعقد المعاملات المالية المعاصرة وتعدد صورها، وكذا تشعب الموضوع وتعدد أبعاده الشرعية والاقتصادية والقانونية، كما أن حداثة القوانين المنظمة لهذا العقد في الجزائر فرض علينا اللجوء إلى القواعد العامة لدراسته لعدم تطرق الفقهاء والقضاء القانوني لهذا العقد.

كما أن تطبيق هذا العقد على أرض الواقع في البنوك والمؤسسات المالية واجه العديد من التحديات لعل أبرزها عدم التوفيق بين القواعد الفقهية للشريعة الإسلامية وبين منظومة القوانين المدنية والتجارية المعمول بها في الجزائر، خاصة من خلال ما يفرضه عقد المراجعة البنكية من الشروط القائمة

¹ - النظام 02-18، المتضمن الصيرفة التشاركية، مرجع سبق ذكره.

على الملكية الحقيقية للمبيع قبل البيع والذي يصعب في بعض الممارسات البنكية الإلتزام به في ظل القوانين الحالية التي تحكم المعاملات التجارية بالإضافة إلى غياب إطار موحد للرقابة الشرعية، حيث اعتمدت بعض البنوك والمؤسسات المالية على لجان شرعية داخلية تختلف فيما بينها في تفسير بعض الأحكام، مما قد يؤدي إلى بروز تفاوت في تطبيق عقد المراجعة، بالإضافة إلى ما تشهده البنية التحتية القانونية والمصرفية خاصة ما تعلق بالقوانين الضريبية والمحاسبية، يتطلب تعديلات بما يتوافق مع متطلبات عقد المراجعة.

ومن ثم فإن معالجة تلك الإشكالات القانونية والتنظيمية المرتبطة بعقد المراجعة وتعزيز التكامل بين التشريعات الوطنية والضوابط الشرعية يعد العامل الحاسم في إنجاح تطبيقه في الجزائر.

ولقد حاولنا من خلال هذه الدراسة الإجابة على إشكالية حول التنظيم القانوني لعقد المراجعة المطبق في البنوك الجزائرية، والذي لا يزال الفقهاء القانوني لم يوفه حقه، حيث تكمن إشكالية البحث الجوهرية في السؤال التالي:

كيف نظم المشرع الجزائري النظام القانوني لعقد المراجعة البنكية؟ وماهي أثاره؟

وبناء على ما سبق سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على الإطار القانوني الناظم لعقد المراجعة البنكية في التشريع الجزائري. وقصد الوصول إلى النتائج المرجوة وللإجابة عن الأسئلة المطروحة استخدمنا منهجين أساسيين لهذه الدراسة المنهج الوصفي: لتقديم الشروح والإيضاحات اللازمة والخاصة من تعريفات، والمنهج التحليلي: من أجل تحليل المواد التشريعية والتنظيمية لهذا العقد.

وقد قُسمت هذه الدراسة إلى بابين، تسبقهم مقدمة تضمنت عرض أهمية الدراسة وأهدافها ثم الإشكالية، وتعتبهم خاتمة تضمنت عرضاً لأهم نتائج الدراسة وكذا الاقتراحات والتوصيات المناسبة.

حيث تضمن هذا العمل مقارنة منهجية شاملة لدراسة (عقد المراجعة) من خلال تقسيمها إلى بابين رئيسيين، قصد الإحاطة بالجوانب النظرية والتطبيقية لهذا العقد.

فكان الباب الأول بعنوان "تكوين عقد المراجعة"، حيث تم تخصيص الفصل الأول للبحث في الأسس العامة التي يقوم عليها هذا العقد، من خلال دراسة ماهيته وتمييزه عن غيره من العقود المشابهة، فضلاً عن تحليل طبيعته القانونية في ظل التشريع الجزائري، لا سيما في ضوء توجه الدولة نحو ترسيخ دعائم الصيرفة الإسلامية. وقد تم الوقوف عند الإطار المفاهيمي لعقد المراجعة، سواء في الفقهاء الإسلامي أو في السياق المصرفي الحديث، مع رصد موقعه ضمن العقود المسماة أو غير المسماة وفقاً للنظرية العامة للالتزامات.

أما الفصل الثاني، فقد خُصص لدراسة العناصر الجوهرية المكونة لعقد المراجعة، حيث تم التطرق إلى أركانه، من ركن التراضي والسبب والمحل، مع تسليط الضوء على خصوصية هذه الأركان في سياق المراجعة المصرفية. وكذا عرض شروط الواجب توفرها في العقد لصحته، كما تناول الفصل أصناف عقد المراجعة المختلفة حسب معايير تقسيمها، مع تحليل الإجراءات الفنية والشرعية لانعقاد العقد، والتي تمر عادة بمراحل محددة، ابتداءً من وعد العميل بالشراء، مروراً باقتناء البنك للسلعة، وانتهاءً ببيعها للعميل بهامش ربح معلوم".

"أما الباب الثاني، فجاء بعنوان "آثار عقد المراجعة وانقضائه"، فقد خُصص لتتبع الأدوار القانونية والعملية المترتبة عن انعقاد العقد وتنفيذه. حيث خُصص الفصل الأول لدراسة آثار العقد على أطرافه، سواء من حيث انتقال الملكية، أو نشوء الالتزامات المتقابلة بين البنك والعميل، لا سيما إلزام البنك بنقل السلعة وإلزام العميل بالسداد. كما تم التطرق إلى أثر العقد في حالة الإخلال بالالتزامات، والضمانات المقررة لحماية حقوق الطرفين.

فيما خُصص الفصل الثاني من هذا الباب لدراسة الوسائل القانونية والشرعية المتاحة في حال نشوب نزاع بين الأطراف، وذلك من خلال تناول آليات حل منازعات عقد المراجعة، ابتداءً من التسوية الودية، مروراً بالتحكيم، وانتهاءً بالقضاء، مع إبراز دور الهيئة الشرعية في الرقابة والفتوى. كما تناول الفصل أيضاً طرق انقضاء العقد، سواء بالوفاء، أو بالفسخ أو الإبطال في حالات العيوب والاختلالات الجوهرية، مع إبراز التداخل بين حل النزاع وانقضاء العقد، وارتباط كل منهما بسلامة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا النوع من العقود التمويلية".

الباب الأول

تكوين عقد المراجعة

الباب الأول: تكوين عقد المrabحة

تنظم عقود المعاملات في الدول التي تستمد تنظيمها من الشريعة الإسلامية وفق الشريعة الإسلامية ووفق القانون السائد في تلك الدول وبالنظر إلى أشهر العقود كالبيع مثلا نجد موضعه نقلاً بعوض، فيثبت هذا الانتقال في محله وهو الشيء المباع، فينتقل مجرد البيع إلى ملك المشتري، حيث إن عقد البيع يعد من عقود الأمان التي جاءت في الشريعة الإسلامية وقسمته إلى ثلاثة أنواع المrabحة والحيلة والتولية. وقد نشأت في الفقهاء الإسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة، وسماها الفقهاء بأسماء خاصة، وقرروا لها أحكاماً خاصة منها عقد المrabحة.

والذي بدوره ينفرع إلى نوعين من أنواع المrabحة يختلف كل نوع عن الآخر من عدة جوانب منها الأطراف وجانب المواعدة من قبل المشتري، إضافة إلى جانب تملك السلعة، حيث إن النوع الأول وهو عقد المrabحة القديمة الذي كان يسري قديماً، وجرى العرف به في المجتمعات المتقدمة، وتناوله الفقهاء المتقدمون، فعرف هذه المعاملة وشروحها في الكثير من كتبهم، إذ يعتبر كنوع من البيوع الأمانة التي يكون طرفاها البائع والمشتري فقط، والثاني وهو المrabحة المركبة أو البنكية وهو الذي يطبق في البنوك والمؤسسات المالية، وله خصائص تختلف عن النوع الأول.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بعقد المrabحة البنكية عند تناوله للصيرفة الإسلامية في الجزائر، وهو موضع دراستنا وأساسها، وهو عقد يتكون من ثلاثة أطراف: يتمثل الطرف الأول في البنك أو المؤسسة المالية، والطرف الثاني وهو العميل وهو إما أن يكون زبون أو أمراً بالشراء، والطرف الثالث وهو إما أن يكون التاجر أو المورد أو مالك المبيع ويمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

ولقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين:

-الفصل الأول: ماهية عقد المrabحة وطبيعته في التشريع الجزائري

-الفصل الثاني: أركان وأصناف عقد المrabحة وإجراءات انعقاده

الفصل الأول:

ماهية عقد المراجعة وطبيعته في التشريع الجزائري

الفصل الأول: ماهية عقد المراجعة وطبيعته في التشريع الجزائري

ظهرت عدة أنواع من البيوع في الفقهاء الإسلامي منها ما يعرف باسم بيوع الأمانات، وهي التي يحدد فيها سعر الشراء تبعا لتكلفة السلعة أو ثمن شراء البائع لها؛ فإذا اشترى البائع السلعة، واتفق معه المشتري أن يربحه السلعة بلا ربح ولا خسارة فهي تولية، أما إن كان هناك ربح فهذا بيع مربحة، وإن قبل البائع بيع سلعة بأقل من تكلفتها فإن هذا هو بيع الحطيطة (الوضيعة). وهي ثلاث أنواع من بيوع الأمانات التي كانت سائدة في الفقهاء الإسلامي، حيث إن المراجعة التي كانت سائدة في عصور الفقهاء تتكون من طرفين البائع والمشتري، حيث يتم الاتفاق بين مالك السلعة والمشتري الذي يؤدي ثمنها مضاف إليه ربح معلوم يتحدد تبعا للقيمة المضافة للشيء محل عملية البيع، أو تبعا للعرف التجاري المتعامل.

وبعد توسع البنوك الإسلامية في الدول العربية واستحداثها لوسائل تمويل تتفق مع الشريعة الإسلامية استخدمت عقد المراجعة في تعاملاتها مع الأفراد والمؤسسات عند بحثها عن معاملات تحد من الفوائد الربوية التي كانت سائدة في تعامل البنوك التقليدية. أطلق على هذه المراجعة بعقد المراجعة المركبة أو مربحة الأمر بالشراء، تعتبر إحدى الصيغ التي استعملتها البنوك والمؤسسات المالية في أغلب الدول العربية، وهي النوع الثاني وتختلف على المراجعة القديمة في الفقهاء الإسلامي التي كانت سائدة في القديم في عدة جوانب.

أن الطبيعة القانونية لعقد المراجعة المركبة وما لها من خصائص جعلت من هذا العقد يتوافق من النظم القانونية التي تدير جل المعاملات المالية وتتوافق من التنظيم المصرفي خاصا في الجزائر، وهذا راجع للدور الذي قام به المشرع البنكي في الجزائر لتنظيم المعاملات المصرفية ذات الطابع الإسلامي وفق عقود الصيرفة الإسلامية، حيث تبنى المشرع الجزائري هذا العقد في النظام المصرفي الجزائري بما يتناسب مع خصوصية هذا العقد وتماشيا مع المبادئ الشرعية الإسلامية، مراعيًا بذلك الإطار القانوني والتنظيمي المحلي.

وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

-المبحث الأول: ماهية عقد المراجعة

-المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد المراجعة في التشريع الجزائري

المبحث الأول: ماهية عقد المراجعة

تعتبر المراجعة من العقود التي باتت تحظى باهتمام كبير من الباحثين في عدة تخصصات مثل الشريعة والإقتصاد والقانون، وهذا نظرا خصوصية طبيعة عقد المراجعة التي تمس جميع مجالات واختصاصات، فهو عقد تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية باعتباره نوع من أنواع بيع الأمانة السائد في الفقهاء الإسلامي منذ القدم، كما تناوله فقهاء الإقتصاد والقانون وهذا للمزايا والأهمية الاقتصادية التي يبرزها هذا العقد.

وعلى هذا الأساس تطرق له فقهاء القانون باعتباره أحد العقود التي نظمها القانون ووسطر أحكامها وأركانها، ولقد ميز الفقهاء القانوني بين نوعين من المراجعة الأولى تتمثل في مراجعة القديمة التي تعد الأصل وهي ما عرفها وأجازها الفقهاء الإسلامي وحدد شروطها وضوابطها، والثانية المراجعة المركبة أو ما يعرف بالمراجعة للأمر بالشراء وهو ما تقوم به البنوك والمؤسسات المالية.

المطلب الأول: مفهوم عقد المراجعة لغة واصطلاحا في الفقهاء الإسلامي

تعد الشريعة الإسلامية المصدر الأول لعقد المراجعة على اعتبار أن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبر المراجعة كعمالة تدرج تحت عقود البيع الجائزة شرعا، حيث تعتمد المراجعة على مجموعة من المبادئ والأحكام التي تهدف إلى تحقيق العدالة والشفافية في المعاملات المالية.

قبل التطرق إلى تحديد مفهوم المراجعة في الشريعة الإسلامية، تستدعي منهجية البحث العلمي الوقوف على معاني المصطلح لذلك ارتأينا التطرق إلى تعريف المراجعة لغة ثم المرور إلى تعريف الاصطلاح في الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول لنشوء هذا العقد.

الفرع الأول: تعريف المراجعة لغة: ¹

جاء في لسان العرب: "الرَّيْحُ والرَّيْحُ والرَّيْحُ: النماء في التجارة... ربح فلان وربحته، وهذا بيع مربح إذا كان يربح فيه، والعرب تقول ربحت تجارته إذا كان ربح صاحبها فيها... وأربحته على سلعته، أي: أعطيته ربحاً، وقد أربحه بمتاعه وأعطاه مالا، أي على الربح بينهما، وبعث الشيء مراجعة، ويقال: بعث السلعة مراجعة على كل عشرة دراهم درهم². وكذا اشتريته مراجعة، ولا بد من تسمية الربح.

¹ - أسامة محمد الصلابي، اختيارات الحافظ ابن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات من كتابيه التمهيد والاستنكار وتطبيقات معاصرة، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1436 هـ-2011م، ص 472.

² - ابن منظور، لسان العرب، مجلد1، دار صادر بيروت، لبنان، ص 442-443

وجاء في المصباح المنير: وأربحت الرجل إرباحاً: أعطيته ربحاً، وأما ربحته بالتثقيـل بمعنى أعطيته ربحاً فغير منقول، وبعته المتاع واشتريته منه مربحة.
أو سميت لكل قدر من المال ربحاً¹.

والمراجعة لغة: على وزن مفاعلة، من الربح وهو النماء في التجارة، ربح في تجارته يربح ربحاً وربحاً ورباحاً بمعنى استشف، وهو اسم ما ربحه، والعرب تقول: هذا بيع مربح، إذا كان يربح فيه، وتقول: ربحت تجارته، إذا ربح صاحبها فيها، قال تعالى: ﴿فَمَا رِبْحَتْ تِجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾²، أي ما ربحوا في تجارتهم، لأن التجارة لا تربح إنما يربح فيها، فإذا ربحوا فيها فقد ربحت وقد يستشكل البعض لفظ المراجعة على وزن مفاعلة وهي لا تكون إلا من اثنين، وإنما الطالب للربح البائع؟ ومما قبل جواباً على الأشكال:

- أن لفظ المراجعة يستعمل في المفاعلة، وفي أصل الفعل، وهو هنا ليس من باب المفاعلة بل بمعنى أصل الفعل، الذي هو إرباح.³
- إن المراجعة تقتضي فعلاً جانبين، لأن إبرام العقد يتوقف على رضاهما، فكان كل عاقد فاعلاً للربح، وإن اختلف به أحدهما.⁴

- إن المراجعة في حقيقتها تشمل أيضاً، (الوضعية) و(التولية) إضافة إلى (الزيادة)، ففي الزيادة ربح البائع، وفي الوضعية ربح للمشتري، وفي التولية ربح البائع بالثمن لانتقاعه به، إذ قد يشتري به سلعة أخرى يربح فيها - وربح للمشتري أيضاً، لأنه قد يبيع ما اشتراه فيربح فيه.⁵
الفرع الثاني: تعريف المراجعة اصطلاحاً في الشريعة:

لقد تم تعريف عقد المراجعة من طرف عدة فقهاء، وسوف نعرض أهم آراء فقهاء المذاهب الإسلامية:

¹ - أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير للرافعي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت، ص 215.

² - سورة البقرة، جزء من الآية 16

³ - أبي عبد الله محمد الخرخشي، شرح مختصر خليل، ط 2، مجلد5، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1317هـ، ص171.

⁴ - إبراهيم فاضل الدبو، المراجعة للأمر بالشراء دراسة مقارنة، مجلة مجتمع الفقهاء الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، ج2، 1409هـ=1988م، ص1009..

⁵ - محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د. ط، الجزء3، دار إحياء الكتب العربية، بيروت د.ت، ص 160.

عرف (الحنفية) المراجعة بأنه "بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح"¹ وأيضاً "المراجعة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح"²

أما (المالكية) فقد عرفوا المراجعة "وهو بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم لهما"³ وأيضاً "أن يبيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم يتفقان عليه"⁴

وقد ذهب الشافعية في تعريف المراجعة: وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح، بأن يقول: ثمنها مائة، وقد بعثك أياها برأس مالها، وربح درهم في كل عشرة"⁵، وكذلك المراجعة: "بيع المراجعة جائز من غير كراهية، وهو عقد يبنى الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة"⁶

أما (الحنابلة) فقد عرفوا المراجعة ب: "أن يبيعه بثمنه وربح معلوم، فيقول رأس مالي فيه مائة، بعثك هبها وربح عشر" وكذلك "أن يبيعه بربح، فيقول: رأس مالي فيه مائة، بعثك هبها وربح عشرة، أو على أن أربح في كل عشر درهم."⁷

وما يستخلص من هذه التعريفات أنها مهما اختلفت ألفاظها وتعددت عباراتها متفقة على معنى واحد للمراجعة، ولذلك يمكن أن نختار القول إن "المراجعة بيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح معلوم متفق عليه بين المتعاقدين"⁸.

1 - ابن عابدين محمد أمين، رد المختار (المعروف بحاشية ابن عابدين)، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، ط خاصة، مجلد 7، دار عالم الكتب، 1423-2003، ص 349.

2 - محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ت.ح: عبد الرزاق غالب المهدي، مجلد 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م، ص 456.

3 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ت.ح: سيد الشيخ محمد عليش، الجزء 3، دار إحياء الكتب العربية، د.ت، ص 160.

4 - بهرام الدميري، الدرر في شرح المختصر-وهو الشرح الصغير على مختصر خليل في الفقهاء المالكي، ت.ح: حافظ بن عبد الرحمن خير، أحمد بن عبد الكريم نجيب، مجلد 1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1435هـ-2014م، ص 1491.

5 - الشيرازي إبراهيم بن علي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ط 1، ج 2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1416-1995، ص 75.

6 - الأمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: زهير الشاوش، ط 3، ج 3، المكتب الإسلامي، 1416هـ-1991، ص 528.

7 - المقدسي شرف الدين بن أحمد، الإقناع لطالب الانتفاع، ت.ح: عبد الله بن المحسن التركي، ط 2، الرياض، دار عالم الكتب، 1419-1999، 255/2.

8 - أحمد سالم ملحم، بيع المراجعة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة تبين حقيقة المراجعة بصورتها البسيطة والمركبة والممارسات النظرية والعلمية لبيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005، ص 28.

إن الوصف الذي أعطى للمراجعة يتمثل في توضيح صاحب السلعة للمشتري بكم اشتراها، وكم يأخذ منها ربحاً، وفي الجملة مثلاً أن يقول اشتريتها بعشرة وتربحني دينار أو دينارين، وإما بالتفصيل وهو أن يقول تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك. وبعبارة موجزة إن المراجعة هي بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم للعاقدين.¹

كما يتضح أيضاً بأن المراجعة بيع تم بالتراضي بين البائع والمشتري، ولكل منهما ميزة خاصة ومنفعة أراد تحقيقها، فالمشتري تحققت له مصلحة الانتفاع بالسلعة التي غالباً ما كان في حاجة إليها، والبائع انتفع بالقدر الزائد على الثمن الأصلي الذي اشترى به، والذي يعد في حقيقة الأمر ربحاً².

المطلب الثاني: ماهية عقد المراجعة وفق القانون الوضعي

إن عقد المراجعة، رغم تجذره في الشريعة الإسلامية، يختلف تطبيقه القانوني بين الدول. ففي بعض التي تعتمد على الشريعة الإسلامية كنظام قانوني رئيسي أو تستند إليه في تنظيم المعاملات المدنية، يُعامل عقد المراجعة كنوع من أنواع البيع البسيط. وفقاً لهذا الإطار، يتم تنظيم العقد وفق أحكام القانون المدني، مع مراعاة مبادئ الشريعة التي تجيز البيع بشرط العلم والشفافية في تحديد التكلفة وهوامش الربح. وهو يمثل النوع الأول من أنواع المراجعة والمتمثلة في المراجعة القديمة.

أما في الدول التي تعتمد نظاماً قانونياً مدنياً غير مشتق مباشرة من الشريعة الإسلامية، فإن القانون المدني قد لا يشمل هذا النوع من العقود، حيث يُنظر إليه كعقد مالي مركب ينطوي على أبعاد استثمارية ومصرفية. ونتيجة لذلك، يتم تخصيص قوانين أو تنظيمات خاصة به، غالباً ضمن إطار القوانين المصرفية أو اللوائح المالية الحديثة، لتتوافق مع احتياجات البنوك والمؤسسات المالية التي تسعى لاستخدام المراجعة كوسيلة تمويلية وهو يمثل النوع الثاني من أنواع المراجعة والمتمثلة في المراجعة المركبة أو البنكية.

الفرع الأول: تعريف عقد المراجعة وفق القانون

سننتقل إلى عرض بعض التعاريف التي تناولتها قوانين بعض الدول، منها التي اعتمدت المراجعة كعنصر أساسي في تشريعاتها حيث طابقتها بعقد البيع واعتبرته امتداداً له أو نوعاً من أنواعه، ومنها من وضعت له تعريفاً خاصاً باعتباره نوعاً جديداً من العقود المستحدثة أو المركبة، ثم نعرض تعاريف بعض الفقهاء المعاصرين، وكذا بعض الهيئات الإسلامية.

¹ -وهبي زحلة، الفقهاء المالكي الميسر، مجلد 1، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، 2002، ص 482.

² -أحمد محمد لطفي أحمد، الحكم الشرعي للمراجعة كما تجرّيها المصارف الإسلامية (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 55، أبريل 2014، ص 585.

أولاً: عقد المراجعة وفق القانون الجزائري والمقارن

صنف المشرع الجزائري المراجعة كأحدى أشكال البيوع التي يتم تنظيمها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في البنوك والمؤسسات المالية، حيث تُنظم من خلال القوانين واللوائح التي تحكم المعاملات المالية الإسلامية، فقد عرف المشرع الجزائري عقد المراجعة بعد تبنيه من طرف الصيرفة الجزائرية في الأنظمة التي أصدرت من طرف بنك الجزائر، حيث أقر بنك الجزائر المراجعة في المادة 5 من النظام¹ رقم 02-20 وفي المادة 03 من التعليم² رقم 03-2020: "المراجعة هي عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ببيع لزبون سلعة معلومة، سواء كانت منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية، بتكلفة اقتنائها مع إضافة هامش متفق عليه مسبقاً ووفقاً لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين". وقد عرف المشرع الأردني عقد المراجعة في نص المادة من القانون رقم 43 لسنة 1976، "يجوز البيع بطريق المراجعة أو الوضعية أو التولية إذا كان رأس البيع معلوماً حين العقد وكان مقدار الربح في المراجعة ومقدار الخسارة في الوضعية محدداً"³، كما جاء تعريف آخر له في المادة 2 للبنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار ببيع المراجعة للأمر بالشراء بما يلي: "قيام المصرف بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه المصرف كلياً أو جزئياً وذلك في مقابل إلزام الطالب بشراء ما أمر به، وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء"⁴.

أما المشرع السوداني فقد عرف قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 م المراجعة بالباب الخامس الفصل (الثاني) البيع حيث أجاز القانون البيع بطريق المراجعة بالمادة (1/186) كما عرفت الفقرة الثانية من ذات المادة المراجعة بأنها بيع يزداد فيه قدر معلوم من الربح إلى الثمن الأصلي. ويجب أن يكون الثمن الأصلي في بيع المراجعة معلوماً ويعتبر تدليلاً للإدلاء ببيان على خلاف الحقيقة أو الكتمان لأمر ينقص من مقدار الثمن أو من قيمة المبيع⁵.

¹ - النظام رقم 02-20 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر.ج.، العدد 16، الصادرة في 2020/03/24.

² - التعليم 03-2020 المؤرخ في 02 أبريل 2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية. الصادرة عن بنك الجزائر، على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar>

³ - المادة 480 فقرة 1 من القانون رقم 43 لسنة 1976، المتضمن القانون المدني الأردني، ج.ر.ر. الأردنية الهاشمية، العدد 2645، الصادرة في 1 آب 1976، معدل ومنقح حتى سنة 2021. على موقع: https://www.mol.gov.jo/ebv4.0/root_storage/ar/eb_list_page

⁴ - قانون رقم 62 لسنة 1985 للبنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، الصادر بتاريخ 31 / 12 / 1985 على الموقع: <https://jordanianlaw.com>

⁵ - عبد الله نقد الله حميدى، كتيب المراجعة، ط2، د.ت، ص 28.

وكذلك قام المشرع المغربي بتعريف المراجعة في المادة 58 من قانون 12.103 المراجعة¹ بأنها: "كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي، منقولا أو عقارا محددًا في ملكيته، لعميله بتكلفة اقتنائه مضاف إليه هامش ربح متفق عليهما مسبقا، يتم الأداء تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين".

ثانيا تعريف الفقهاء المعاصرين:

هناك عدد كبير من الفقهاء المعاصرين الذين عرفوا المراجعة كل حسب طريق نظره لهذا العقد، حيث أن الاختلاف بينهم وبين فقهاء المذاهب هو أنه عرفوا المراجعة المركبة أو ما يعرف بالمراجعة البنكية (مراجعة الأمر بالشراء)، نذكر منهم على سبيل المثال:

*-عرفه الدكتور سامي حمود "أن يتقدم العميل إلى المصرف طالبا منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يحدده العميل وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلا مربحة بالنسبة التي يتفقان عليها، ويدفع الثمن مقسطا حسب إمكانيته"²

*-وقد عرفها الدكتور محمد سليمان الأشقر بقوله "يتفق البنك والعميل على أن يقوم البنك بشراء البضاعة المعنية، عقارا أو غيره، كاستيراد بضاعة، ويلتزم العميل أن يشتريها من البنك بعد ذلك، ويلتزم البنك بأن يبيعها له، وذلك بسعر عاجل أو بسعر آجل"³.

*-وعرفه د يونس المصري بقوله: "أن يتقدم الراغب في شراء سلعة إلى المصرف، لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقدا، ولأن البائع لا يبيعها له إلى أجل، إما لعدم مزاولته للبيع المؤجلة، أو لعدم معرفته بالمشتري، أو لحاجته إلى المال النقدي، فيشتريها المصرف بثمن نقدي وبيعها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى"⁴

¹ -القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، بنك المغرب، رقم 1-14-193، بتاريخ الفاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، صيغة محينة بتاريخ 31 مارس 2022. على الرابط:

<https://www.bkam.ma/ar/content/download/757666/8545665/loi%20bancaire%20ar%2022%20V2%20web.pdf>

² - سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط2، مطبعة الشرق ومنتجاتها، عمان-الأردن، 1402هـ=1982، ص 432.

³ -محمد سليمان الأشقر، بيع المراجعة كما تجريه البنوك الإسلامية، دراسة شرعية قدمت إلى المؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية المنعقد في الكويت (21-23/مارس 1983)، بحث منشور في كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد 1، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1418هـ=1998م، ص 72.

⁴ -رفيق يونس المصري، بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، بحث منشور، مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد 5، ج2، الكويت، 1409هـ=1988م، ص1133

*-عرفها الباحث أحمد ملحم بقوله "طلب شراء للحصول على مبيع موصوف مقدم من عميل إلى مصرف يقبله قبول من المصرف، "وعد" من الطرفين الأول بالشراء والثاني بالبيع، بثمن وريح يتفق عليهما مسبقاً"¹.

*-عرفها الدكتور على أحمد السالوس: "يذهب العميل إلى المصرف الإسلامي ويطلب شراء سلعة معينة، ويحدد أوصافها بدقة تمنع الجهالة، ويتفق مع المصرف على أن يربحه فيها كذا، سواء كانت السلعة في الخارج ويستوردها المصرف، أم كانت موجودة في داخل البلاد. ولما كان المصرف يشتري السلعة باسمه هو لا باسم العميل، ويملكها أولاً قبل أن يقوم بالبيع، فإنه يأخذ وعداً من العميل بشراء السلعة من المصرف بعد أن تكون حاضرة في حيازته"².

ثالثاً: تعريف بعض الهيئات الإسلامية لعقد المراجعة

عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي)³ المراجعة في المعيار الشرعي رقم 8 بأنها بيع المؤسسة إلى عميلها (الامر بالشراء) سلعة بزيادة محددة على ثمنها أو تكلفتها بعد تحديد تلك الزيادة (ربح المراجعة) في الوعد وتسمى المراجعة المصرفية لتمييزها عن المراجعة العادية وتقترن المراجعة المصرفية بتأجيل الثمن مع أن هذا التأجيل ليس من لوازمها، فهناك مراجعة حالة أيضاً، وحينئذ يقتصر البائع على الربح الأصلي دون مقابل الأجل.

بيع سلعة بمثل الثمن الذي اشتراها به البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه، بنسبة من الثمن أو مبلغ مقطوع سواء وقعت من دون وعد سابق وهي المراجعة العادية، أو وقعت بناء على وعد بالشراء من الراغب في الحصول على السلعة عن طريق المؤسسة وهي المراجعة المصرفية. وهو أحد بيوع الأمانة التي يعتمد فيها على بيان ثمن الشراء أو التكلفة (بإضافة المصروفات المعتادة)

كما جاءت فتوى المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي حول المراجعة: "يجوز للمصرف الإسلامي أن يبيع السلعة مرابحة بعد أن يملكها ويحوزها، ويقع عليه تبعة الهلاك قبل التسليم، وضمان الرد بالعيب الخفي بعد التسليم"

ويلاحظ من التعريفات السابقة أن العميل يطلب من البنك شراء سلعة ليست في حوزة البنك فيعده بشرائها، ويعد العميل البنك بشراء السلعة منه بعد تملكها، ويتم البيع بينهما مرابحة، أي أن الثمن والربح محددان، ويكون الثمن إما مؤجلاً أو مقسطاً لأن العميل سعى إلى البنك لعدم القدرة على التسديد المعجل.

¹ -أحمد سالم ملحم، مرجع سابق، ص75.

² -على أحمد السالوس، **فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر**، ط7، دار القرآن، مصر، 1429هـ=2008م، ص708

³ -هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي)، **المعايير الشرعية**، المنامة، البحرين،

1431هـ=2010م، ص103

الفرع الثاني: ظهور عقد المراجعة البنكية وتميزه عن المراجعة القديمة

بدأ عقد المراجعة البنكية كصيغة تمويلية في البنوك الإسلامية لتلبية احتياجات العملاء بطريقة تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهو معاملة مستحدث لبيع المراجعة الذي كان سائد في الفقهاء الإسلامي وقد ظهر هذا العقد كصيغة لأول مرة في السبعينيات، ومنذ ذلك الحين، أصبح عقد المراجعة واحد من أهم أدوات التمويل الإسلامي في البنوك سواء الإسلامية أو العمومية عن طريق شبائبيها.

أولاً: نشأة اصطلاح بيع المراجعة للأمر بالشراء :

إن اصطلاح بيع المراجعة للأمر بالشراء يعد من الاصطلاحات الأكثر شيوعاً وكان أول من استعمله بهذا الشكل هو دكتور سامي حمود، أردني الجنسية في رسالته الدكتوراه بعنوان تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، مقدمة في جامعة القاهرة بكلية الحقوق وقد نوقشت رسالته في 1976/06/30، حيث يقول د. سامي حمود عن ذلك: "وقد كان بيع المراجعة للأمر بالشراء بصورته المعروفة حالياً في التعامل المصرفي كشفاً وفق الله إليه الباحث أثناء إعداده لرسالة الدكتوراه في الفترة الواقعة بين 1973-1976 حيث تم التوصل إلى هذا العنوان الاصطلاحي بتوجيه من الأستاذ الشيخ العلامة محمد فرج السنهاوري رحمه الله تعالى، حيث كان أستاذ مادة الفقهاء الإسلامي المقارن للدراسات العليا بكلية الحقوق بجامعة القاهرة"¹

وهذه المعاملة لها أصل أطلق عليها الفقهاء المتقدمين بالمواصفة وصرح للإمام الشافعي في كتابه الأم (كتاب البيوع - باب بيع العروض) ما نصه: "إذا رأى الرجل السلعة فقال: أشتري هذه وأربحك فيها كذا فاشترها هذا الرجل فالشراء جائز"². كما قد وردت بيع المراجعة المركبة بصورتها المركبة في كتب المالكية (الموطأ)، و(القوانين الفقهية لابن جزي)، وكتب الحنفية (الحيل للإمام محمد بن الحسن)، والشافعية (الأم للشافعي)، والحنابلة (إعلام الموقعين لابن القيم).³

¹ - سامي حسن محمود، بيع المراجعة للأمر بالشراء، مجلة مجتمع الفقهاء الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثاني، 1409هـ=1988م، ص1092. - حسام الدين موسى عفانة، بيع المراجعة للأمر بالشراء، دراسة تطبيقية في ضوء تجربة شركة بيت المال الفلسطيني العربي، منشورات بيت المال الفلسطيني، مطبعة النور الحديثة، ط1، 1416 هـ= 1996، القدس، ص19.

² - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي القريشي المطلبي، الأم، ت.ح: حنان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، د.ط، د.ت، ص 461

³ - وهبة الزحيلي، فقه الإسلام وأدلته، النظرية الفقهية والعقود، ج5، ط4، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1425هـ/2004م، ص 3777.

وقد شاع استعمال هذا الاصطلاح لدى البنوك الإسلامية والمؤسسات التي تتعامل وفق أحكام الشريعة الإسلامية وصارت هذه المعاملة من أكثر ما تتعامل به البنوك الإسلامية.

ثانيا: التسميات الحديثة لعقد المراجعة

أن التطور الذي شهده هذا العقد زاد من انتشاره وتوسعه وهذا مما أعطى له عدة تسميات مختلفة خاصة بعد استخدام البنوك له، حيث أصبح يعد من بين أهم وسائل التمويل الحديثة في البنوك سواء الإسلامية باعتبارها السبابة لاستخدامه أو البنوك العمومية التي استحدثت وسائل وآليات لتطبيقه. حيث نلاحظ وجود عدة مصطلحات لهذا العقد تناولها الباحثين كل حسب رأيه في العقد ومنها:

1- المراجعة للأمر بالشراء:

يعد هذا المصطلح الأول لهذا العقد وهو الأكثر استعمالا وتداولاً من قبل الفقهاء والباحثين وهو ما جاء به الدكتور سامي حمود في رسالته¹، إلا أن هذه التسمية نالت العديد من الاعتراض من قبل الباحثين في صياغتها، ويلاحظ أن الاعتراض متوجه أساساً إلى لفظ (الأمر)، وهو اسم فاعل من الفعل (أَمَرَ)، والأمر في اللغة يكون من الأعلى إلى الأدنى، فيقتضي الإلزام والطاعة فيكون البنك ملتزماً بتنفيذ أمر العميل، وفي هذه الحالة يصير البنك أجيراً، وهو ما يؤدي إلى اجتماع الإجارة والقرض، فالبنك يدفع ثمن السلعة من عنده، وبهذه الصفة فهو مقرض، ثم هو وكيل بأجر، وهو أمر لا يصح، ولذلك يرى المعترضون استبدال لفظ (الأمر) بلفظ (الواعد) تجنباً لوضع الإلزام.²

ورغم الاعتراضات إلا أن هذا المصطلح (المراجعة للأمر بالشراء) قد استقر أو يكاد، وهذا راجع لكثرة استعماله من ثلاثة عقود من الزمن، وحتى المعترضون عليه لا يجدون مفراً من استعماله لشيوعه وانتشاره.

2- المراجعة المصرفية أو البنكية:

المراجعة المصرفية أو المراجعة البنكية³ هي التسمية مواتية للعمل المصرفي، لاسيما بالمقارنة مع المشاركة والمضاربة. وهي تسمية كثيرة التداول، وأحياناً تسمى (المراجعة كما تجريها البنوك الإسلامية)، أو (المراجعة في المصارف الإسلامية)⁴.

1 - سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 430.

2 - رفيق يونس المصري، بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص 1137.

3 - تجدر الإشارة بأن المراجعة البنكية تصنف إلى نوعين الأولى مراجعة بسيطة والثاني مركبة إلا أن أغلب الدراسة اعتبرت المراجعة البسيطة هي المراجعة القديمة أو التقليدية التي جرى العرف الإسلامي على استخدامها، والمركبة هي المراجعة التي تستخدم في البنوك وهي مراجعة الأمر بالشراء.

4 - رفيق يونس المصري، بحوث في فقه المعاملات المالية، ط2، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1430 هـ = 2009م، ص 112.

3- المراجعة للواعد بالشراء :

هناك من الفقهاء والباحثين من يحب استعمال مصطلح (الواعد) بدل الأمر، لما في كلمة الأمر من دلالة على الإلزام، وهو أمر يتحفظ عليه كثيرون.¹

حيث أنهم غيروا مصطلح "الأمر بالشراء" إلى مصطلح "الواعد بالشراء" وبهذا يعبر الاسم على مرحلتي العملية: مرحلة الوعد، ومرحلة البيع، وذلك بغض النظر عن نوع الوعد هل هو ملزم أو غير ملزم²

4- بيع المواعدة :

استخدم بعض الباحثين هذه التسمية لأنها تختلف كلياً عن المراجعة العادية المعروفة في الفقهاء الإسلاميين، ولأن استخدام كلمة المراجعة يعد خطأ وغير صحيح والأولى استعمال كلمة المواعدة، لأن العقد فيه وعدٌ وبيع من الطرفين، وعدٌ من العميل بالشراء من البنك، ووعدٌ من البنك بشراء السلعة وبيعها له، فصارت تسمية (بيع المواعدة).³

5- بيع الأمانة للأمر بالشراء

عرض الشيخ محمد عبده عمر هذه التسمية بدلا لبيع المراجعة للأمر بالشراء، لأنها غير دقيقة، حيث أن بيع الأمانة بالشراء لمقابل ربح معلوم للبائع المؤتمن على شراء السلعة للأمر بالشراء، بدعوى أن هذا البيع بيع أمانة أقرب منه للمراجعة، وأن هذا التخريج لهذا النوع من البيوع يخرجنا من الخلافات الفقهية الواقعة في هذه الصيغة.⁴

6- المواعدة على المراجعة:

أعطى بعض الباحثين هذه التسمية لأن هذا العقد يبدأ بالمواعدة أولا ثم المراجعة ثانيا.⁵

¹ - ربيع محمود الروبي، بيع المراجعة للواعد الملزم بالشراء والدور التنموي للمصارف الإسلامية، سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية (12)، جامعة أم القرى، 1411هـ = 1991م.

² - رفيق يونس المصري، بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، مجلة مجتمع الفقهاء الإسلامي الدولي، مرجع سابق، ص 1137.

³ - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، المجلد 2، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1416هـ = 1996م، ص 65.

⁴ - محمد عبده عمر، بيع المراجعة في الاصطلاح الشرعي وآراء الفقهاء المتقدمين فيه، مجلة مجتمع الفقهاء الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثاني، 1409هـ = 1988م، ص 1199.

⁵ - عبد الله بن محمد العمراني، العقود المالية المركبة - دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1431هـ = 2010م، ص 261. - رفيق يونس المصري، بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص 1137.

7- المراجعة المركبة:

ومن بين التسميات المتداول أيضا المراجعة المركبة وذلك لتفرقة بينها وبين المراجعة القديمة المعروفة في الفقهاء الإسلامي، والمراجعة المركبة هي عبارة عن معاملة مركبة من وعدين: وعد بالشراء من العميل (الأمر بالشراء) ووعد من البنك بالبيع بطريق المراجعة.¹

ثالثا: مقارنة بين نوعي المراجعة

رغم أن بيع المراجعة القديمة التقليدية تعتبر الأصل لهذا النوع من البيوع إلا أنه هناك فروق تميزها عن المراجعة البنكية المركبة التي تعد العقد المستحدث لها والتي جرى التعامل بها في البنوك والمؤسسات المالية الرغم وجود اختلافات في تطبيقه من بنك إلى آخر إلا أن أغلب البنوك تتحد في كيفية تطبيقه وفي مضمونه، حيث يمكن أن نعرض ونجيز بعض أوجه الشبه والفوارق بين عقد المراجعة القديمة والمراجعة البنكية كالتالي:

1- أوجه الاتفاق:

- كل من المراجعة القديمة والبنكية تتفقان في صفة العقدية، فكل منهما عقد يتم بين أطراف، والعقد يستلزم توافر الأركان العامة للعقود الرضا والمحل والسبب، وهي متوفرة في نوعي المراجعة.
- كل منهما من عقود المعاوضات المالية، تتحقق فيه المبادلة ومطلق المعاوضة².
- تماثل المحل في كل منهما، إذ لا بد أن يكون ذا قيمة مالية.
- في كل منهما يكون الثمن والربح معلومين للطرفين. ففي المراجعة القديمة، يكشف البائع عن الثمن الذي قام عليه المبيع، مضاف إليه الربح، أما المراجعة البنكية فيتفق العميل مع البنك على الثمن والربح مسبقا، قبل قيام البنك بشراء السلعة المطلوبة.³
- صيغة كل منهما واحدة وهي صيغة البيع مرابحة.
- توفر أهلية التصرف شرط لكل منهما؛ بأن يكون بالغاً عاقلاً فلا يصح من الصبي والمجنون؛ لأنه تصرف في المال فلم يفوض لهما لفقد التمييز قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "يرفع القلم عن الصغير وعن المجنون وعن النائم".

¹ - عبد الله بن محمد العمراني، مرجع سبق ذكره، ص 258

² - غادة على العمروسي، صور التعامل البنكي بنظام المراجعة من منظور الفقهاء الإسلامي، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 8، العدد 31، ص 531.

³ - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 82.

2- أوجه الاختلاف:

- عقد المراجعة القديمة من العقود بيع الأمانة الفقيه الإسلامية، تعارف الناس على استخدامها قديما، وقد ناقشها الفقهاء منذ القدم وظلوا يتعاملون به إلى الوقت الحاضر، بينما عقد المراجعة البنكية فهو من العقود المستحدثة التي ظهرت بعد ظهور البنوك الإسلامية.¹
- المراجعة القديمة كما سبقت الإشارة إلى ذلك تنحصر بين طرفين البائع والمشتري أما المراجعة المركبة تتكون بين ثلاثة أطراف البائع والمشتري والبنك الوسيط بينهما.
- المراجعة القديمة ليس فيها مواعدة وإنما يتم فيها العقد مباشرة لان المبيع في حوزة البائع وملكه، أما المراجعة البنكية فالمبيع ليس في حوزة البنك وإنما يتولى شراء السلعة لفائدة العميل.²
- البائع في المراجعة القديمة يتخذ المالك طريقا للربح أما في المراجعة البنكية؛ فإن وجود المشتري مسبقا هو الطريق إلى الامتلاك فلولا وجود العميل الأمر بالشراء لم يكن للبنك أي نية بالشراء.
- في المراجعة القديمة يمتن البائع الامتلاك بقصد البيع ويربح منها فهو تاجر حقيقي بينما في المراجعة البنكية فإن البنك يمتن التمويل المتوافق مع البيع بطريق المبايعة لتحقيق الربح فهو ليس تاجرا على الحقيقة.
- الثمن في المراجعة القديمة معلوم للبائع والمشتري عند البيع، أما الثمن في المراجعة المركبة فغالبا ما يكون غير معلوم عند الوعد؛ لأن الأسعار في اضطراب مستمر والبنك لم يشتري السلعة بعد ولم يعرف ثمنها وكلفتها³، إلا أنه يجب أن يكون معلوما عند عقد البيع.
- المبيع في المراجعة القديمة يكون مملوك للبائع وموجود لديه، أما في المراجعة المركبة فلا كون موجودا لديه ولا مملوك له غالبا، وإنما يقوم بشرائه بناء على طلب العميل الأمر بالشراء ليعيد بيعه له بمجرد تملكه له.
- المراجعة القديمة تعقد مباشرة في مجلس العقد دون أن تمر بمراحل، أما المراجعة المركبة فتعقد على مراحل الطلب ثم الاتفاق المعلق على شرط ثم التعاقد.
- المبيع في المراجعة القديمة قد يكون قابل الزيادة والنماء، أما في المراجعة المركبة فلا يكون المبيع قابل للزيادة غالبا.
- في المراجعة القديمة هناك مبالغ إضافية اختلف الفقهاء في إضافتها أو عدم إضافتها إلى ثمن المبيع، أما المراجعة المركبة فكل التكاليف تدخل في ثمن المبيع غالبا.

¹ - أحمد سالم ملحم، نفسه، ص 82.

² - بكوش فؤاد وجدي، صيغة المراجعة بين الفقهاء والقانون، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، العدد 6،

2020، ص 119

³ - غادة على العمروسي، مرجع سابق، ص 532.

- الربح في المراجعة القديمة يكون مقابل جهد البائع ووقته ومخاطراته، أما في المراجعة المركبة فغالباً ما يكون الربح مقابل التأجيل.
- المراجعة القديمة يكون اتفاق البائع مع المشتري على البيع مرابحة يكون بتا نهائيا لمعرفة الثمن في مجلس العقد أما في المراجعة المركبة الإلتزام الصادر من العميل للبنك بشراء السلعة غالباً ما يكون ملزماً له حتى مع الاضطراب المستمر في الأسعار.
- المراجعة القدية يكون البائع قد اشترى المبيع لنفسه بلا ريب، سواء للانتفاع به أو للإتجار، وقد يمضي وقت بين شرائه وإعادة بيعه، أما في المراجعة المركبة فلا يشتري البنك المبيع غالباً إلا بناء على طلب العميل الأمر بالشراء، فهو لا يشتريه لكي ينتفع به، بل ليعيد بيعه له بمجرد تملكه.
- وتجدر الإشارة إلى أن بعض فقهاء القانون والتشريعات أدرجوا نوع آخر من المراجعة المطبقة في البنوك والمؤسسات المالية وهي المراجعة البسيطة التي يقوم بها البنوك أو المؤسسات المالية حيث يقوموا بشراء المبيع وتملكه دون أمر بالشراء ثم يُعرض للبيع على العملاء بنفس شروط المراجعة البنكية.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد المراجعة في التشريع الجزائري

في الجزائر كما هو الحال في العديد من البلدان العربية، تم تبني النظام المصرفي الإسلامي بشكل تدريجي لتلبية احتياجات السوق المتوافقة مع الشريعة الإسلامية. حيث تم تشريع البنوك الخاصة الإسلامية في الجزائر منذ بداية الألفية الجديدة، وأصبحت هناك فروع من البنوك العمومية التي بدأت في تقديم منتجات مصرفية إسلامية بما في ذلك عقد المراجعة، ولعل تبني هذا العقد في التشريع الجزائري لما له من أهمية على الإقتصاد الوطني، حيث بواسطته تتمكن البنوك والمؤسسات المالية المطبقة له من تلبية رغبات عملائها في الحصول على بعض الاحتياجات، حيث يقوم البنك بشرائها وبيعها لهم مرابحة¹، وهو بذلك يحقق المصلحة لأصحاب رؤوس الأموال المساهمين فيه، وللعلماء الأميين بشراء الأشياء التي يطلبونها، وتلبية احتياجاتهم. كما أن الطبيعة القانونية لعقد المراجعة في التشريع الجزائري تعكس الخصوصية التي تميز هذا النوع من العقود عن غيره من العقود المالية، حيث يتسم بعناصر قانونية وشرعية تجعله ملائماً لطبيعة عمل البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر.

المطلب الأول: تبني الصيرفة الإسلامية في التشريع الجزائري

بعد دخول الجزائر في عضوية المؤسسة الإسلامية لتنمية القطاع الخاص في جدة، بتاريخ 25 رجب عام 1420 الموافق لـ 11/3/1999²، سعت إلى دعم التنمية الاقتصادية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك من خلال تشجيع إنشاء مشروعات القطاع الخاص المنتجة للسلع والخدمات الاستثمارية المؤدي إلى انسياب الأموال الخاصة والعامة، المحلية منها والأجنبية، كما انضمت إلى المؤسسة الدولية الإسلامية لتمويل التجارة المحررة بمدينة الكويت في 3 جمادى الأولى عام 1427 الموافق لـ 30 مايو 2006³.

¹ - إسحاق بن مالك، حبيبة قدة، المراجعة كصيغة من صيغ التمويل في البنوك الإسلامية، مجلة دفا تر السياسة والقانون، المجلد 15، العدد 01 (2023)، ص 109.

² - المرسوم الرئاسي رقم 06-374 المؤرخ في 23 أكتوبر سنة 2006، الذي يتضمن التصديق على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الدولية الإسلامية لتمويل التجارة، المحررة بمدينة الكويت في 3 جمادى الأولى عام 1427 الموافق لـ 30 مايو سنة 2006. ج.ر.ج، العدد 68، بتاريخ 29 أكتوبر سنة 2006

³ - المرسوم الرئاسي رقم 2000-189 المؤرخ في 8 يوليو سنة 2000، الذي يتضمن التصديق على اتفاقية تأسيس المؤسسة الإسلامية لتنمية القطاع الخاص، التي تمت في جدة يوم 25 رجب عام 1420 الموافق لـ 3 نوفمبر سنة 1999، ج.ر.ج، العدد 41، بتاريخ 12 يوليو سنة 2000.

ولعل الإصلاحات التي انتهجتها الجزائر بموجب قانون النقد والقرض 90-10 الذي فتح المجال لإنشاء البنوك الأجنبية وعرض شروط اعتمادها¹، حيث قدمت هذه الأخيرة صيغ تمويل تختلف عن تلك الصيغ التي تقدمها البنوك العمومية مثل المضاربة، المراجعة والمشاركة. فكان من بين البنوك الأجنبية التي تم فتحها مجموعة من البنوك الإسلامية مثل بنك البركة ومصرف السلام.

حيث حرص المشرع الجزائري من خلال الصيرفة الإسلامية على تطبيق أهم المبادئ والقواعد التي تتوافق مع الأسس العامة للشريعة الإسلامية ولا تخرج عن نطاقها، حيث يعد الدور الذي تقدمه في مجال العمليات المطبقة في البنوك بشتى أنواعها من الأدوار المهمة التي تهدف إلى المحافظة على خصائص ومقومات البنوك وهذا بعد التراجع الذي شهدته البنوك بسبب المزاحمة القائمة المتمثلة في العمل المصرفي التقليدي، وهي مزاحمة أقدم ميلادا، وأقوى عدة وعتادا، وهي أشد خطورة من أي مزاحمة في مجال آخر، للتداخل بين الجوانب الفنية المصرفية التي هي صعيد مشترك والالتباس في العمليات بالرغم من اختلاف الرؤى والاتجاهات والتشابه في آثارها ونتائجها.²

لقد عرفت الجزائر أول خطوة حقيقية نحو الصيرفة الإسلامية سنة 2018 بعد إصدار البنك المركزي الجزائري للنظام 02-18 الذي يحدد الشروط المطبقة على العمليات المتعلقة بالصيرفة التشاركية³، ثم تم إلغاؤه بعد صدور نظام رقم 02-20 الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، بهذا تم تكريس الصيرفة الإسلامية بشكل رسمي في الجزائر، أين وضع لها إطارا قانونيا ينظمها مع مراعاة القوانين التي تنظم المجال المصرفي في الجزائر مدعوما بهياكل تساعده على التطبيق الفعال لها.

الفرع الأول: الصيرفة الإسلامية في الجزائر

اعترفت الدولة الجزائرية رسميا بالصيرفة الإسلامية بعد نداءات عديدة من أهل الاختصاص، حيث وضعت لها إطارا قانونيا على شكل تنظيمات محاولة إدماجها في المنظومة التقليدية القائمة وتوظيفه في إطارها، أين حددت هذه النصوص التنظيمية والمنتجات المعروضة للتسويق.

¹ - قانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج، العدد 16، صادرة 18/04/1990 الملغى بموجب الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج، العدد 52، صادرة في 27/08/2003، المادة 62 فقرة -ز، الأمر 03-11 المتضمن قانون النقد والقرض.

² - وهيه ختري، نورة بوعلاقة، فيروز زروخي، أثر تطبيق الصيرفة الإسلامية في العالم العربي، المجلة المغربية للاقتصاد والمناجمنت، المجلد 07، العدد 02، سبتمبر 2020، ص 316.

³ - النظام 02-18 المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية (ملغى)، مرجع سبق ذكره.

أولاً: تنظيم الصيرفة الإسلامية في الجزائر

تم تنظيم الصيرفة الإسلامية في الجزائر رسمياً عبر جملة من النصوص التنظيمية الخاصة مع الأخذ بعين الاعتبار النصوص التي تدير المنظومة المالية التقليدية، على غرار الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقروض¹ الملغى بالقانون رقم 23-09 المتضمن القانون النقدي المصرفي²، والقانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما³ المعدل والمتمم بالقانون 23-01⁴، وكذا بعض القرارات منها: المقرر رقم 20-01 الصادر عن المجلس الإسلامي الأعلى في 01 أفريل 2020 الذي يتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، التي تعتبر من أهم ركائز التمويل الإسلامي لضبط المعاملات المالية⁵.

ولقد شرع بنك الجزائر بصفته الهيئة التي تشرع النظم وتعليمات القانونية المتعلقة بالصيرفة البنكية والمالية⁶، مجموعة من القواعد خاصة للمنتجات الصيرفة الإسلامية والمتمثلة في:

1- النظام رقم 18-02 (ملغى):

النظام 18-02 (ملغى) المؤرخ في 26 صفر عام 1440 الموافق لـ 4 نوفمبر سنة 2018 المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، والذي كان ينص فقط على الصيغ التمويل التشاركية، ولقد تم إلغائه بنظام جديد. صدر هذا النظام عن البنك المركزي بالجزائر باعتباره الممثل للسلطة النقدية، والملاحظ عليه تقادي ذكر وصف "الإسلامية" صراحة، مع أنه ذكر ضمناً؛ من خلال تصريح المادة 2 من النظام التي ترجعه إلى المواد 66-69 من الأمر 11-03 المؤرخ في جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003

¹ - الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 غشت 2003، يتعلق بالقروض والنقد، ج.ر.ج، العدد 52، صادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

² - القانون رقم 23-09 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سبق ذكره.

³ - قانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فبراير 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج.ر.ج، العدد 11، صادرة في 09 فبراير 2005.

⁴ - القانون رقم 23-01 المؤرخ في 17 رجب عام 1444 هـ الموافق 7 فيفري 2023 يعدل ويتم القانون 05-01 المؤرخ في 6 فيفري 2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج.ر.ج، العدد 8، صادرة في 8 فيفري 2023.

⁵ - البيان الإعلامي الصادر عن هيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، على موقع:

<http://www.autorite-hci.dz>

⁶ - بلقاسم سليم، عمليات الصيرفة الإسلامية في الجزائر على ضوء نظام بنك الجزائر رقم 20-02، مجلة نور للدراسات الاقتصادية، مجلد 06، العدد 10، جوان 2020، ص 89

المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، ثم إضافة القيد المتعلق بالصيرفة التشاركية "...لا يترتب عنها تحصيل أو تسديد الفوائد..."، وهو القيد الإسلامي للمعاملات المالية في الشريعة الإسلامية. ثم يشير إلى طبيعة تحصيل أو تسديد الفوائد من خلال المادة 9 منه، والتي حصرت الاستثمار الخاص بالمعاملات التشاركية في الودائع في حساب الاستثمار، ثم وضحت طريقة عمل هذه الاستثمارات من خلال إعطاء البديل التشاركي لنسبة الفائدة بالنص: "يحق للمودع الحصول على حصة من الأرباح الناجمة عن شباك المالية التشاركية ويتحمل حصة من الخسائر المحتملة التي يسجلها شباك المالية التشاركية في التمويلات التي يقوم بها المصرف"، وهو ما يعرف في المالية الإسلامية بـ 'نسبة الربح' التي تحقق القاعدة الفقهية "الغنم بالغرم".

2- النظام 02-20:

صدر النظام 02-20 المؤرخ في 20 رجب 1441 الموافق لـ 15 مارس سنة 2020 المتضمن العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية¹، ونلاحظ بخصوص هذا النظام أنه صدر من طرف بنك الجزائر أولا ثم تم نشره في الجريدة الرسمية بعد ذلك:

1- يعتبر النظام 02-20 أول نص قانوني يكرس الصيرفة الإسلامية بشكل صريح. وقد جاء ملغيا للنظام السابق 02-18 من خلال مادته 23 التي تنص على: "يلغي هذا النظام أحكام النظام رقم 02-18 المؤرخ في 26 صفر عام 1440 الموافق 4 نوفمبر سنة 2018 المتضمن لقواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية"، وعليه فإن هذا النظام جاء ملغيا للنظام السابق الذي خص الصيرفة باسم "التشاركية" عوضا عن "الإسلامية"².

صدر هذا النظام عن البنك المركزي بالجزائر من خلال مداوات مجلس النقد والقرض المنعقد في نفس اليوم؛ وكان إعلان هذا النظام سابقا لاعتماده في الجريدة الرسمية بأيام، ولعل أهم ما يمكن أن نشير إليه من خلال هذا النظام فيما يخص الصيرفة الإسلامية المادة 2 منه، والتي تنص على: "في مفهوم هذا النظام، تعد عملية بنكية متعلقة بالصيرفة الإسلامية كل عملية بنكية لا يترتب عنها تحصيل أو تسديد الفوائد. يجب على هذه العمليات أن تكون مطابقة للأحكام المشار إليها في المواد 66 إلى 69 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الملغى، يلاحظ على نص المادة أنها أدرجت تعريف المعاملات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، وربطتها مباشرة بموضوع الفوائد الربوية، وكيف أن صفة "الإسلامية" تلزم المتعامل بالصيرفة تحت هذا القيد بعدم التعامل بالفائدة الناتجة عن المعاملات البنكية أخذا أو عطاء،

¹ - النظام 02-20 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، مرجع سبق ذكره.

² - عبد الرحمان قاري، الإطار القانوني لعقد المراجعة، مجلة المعارف، المجلد 17، العدد 1 (جوان 2022)، ص 143

وذلك من في خلال اللفظتين "تحصيل، تسديد"، ثم يرجع نشوء الصيرفة الإسلامية إلى الأمر المتعلق بالنقد والقرض الصادر سنة 2011 المعدل والمتمم.

وقد حاول نص المادة أن يحدد معاملات الصيرفة بالوصف "الإسلامية" من خلال معاملاتها الممتنعة عن التعامل بالفائدة دون وضع تعريف مفصل للصيرفة الإسلامية، وربطها بالهيئات المتعاملة بها "البنوك" دون أن يشير إلى التعريف الدقيق "للبنوك أو المصارف الإسلامية من خلال اللفظ "كل عملية بنكية"، وهو القيد الذي يفتح المجال واسعا أمام البنوك التقليدية أن تتعامل بالمعاملات المالية الإسلامية سواء بفتح الشبائيك الإسلامية أو إنشاء الفروع المصرفية الخاصة بها والمختصة أساسا بالصيرفة الإسلامية، وهذا الذي حدث فعلا.

إلا أن هذا المجال المفتوح يدخل منظومة الصيرفة الإسلامية بالجزائر في العديد من الإشكالات التي تقع محل البحث والفتوى، ولعل أهمها الضابط الشرعي لفتح فروع تعامل بالصيرفة الإسلامية تابعة لبنك تقليدي، أو فتح الشبائيك الإسلامية في المصارف التقليدية، من جواز التعامل أو تحريمه؛ وهو ما بينته "المادة 17" من نفس النظام لضمان حلية التعامل لكلا الحالتين سابقتي الذكر، وذلك من خلال القيود الثلاثة الواردة في نص المادة:

أ) "... مستقلا ماليا عن الهياكل الأخرى للبنك أو المؤسسة المالية."؛ تقيد هذه الفقرة التمويل الموجه نحو النظام الإسلامي للصيرفة عن التقليدي، وتضمن عدم اختلاط الأموال الموجهة لأحدهما بالآخر.

ب) "يجب الفصل بين المحاسبة الخاصة بشباك الصيرفة الإسلامية والمحاسبة الخاصة بالهياكل الأخرى للبنك أو المؤسسة المالية..."؛ هذا القيد الذي يضمن استقلالية حسابات: الأصول/ الخصوم، والإيرادات/ النفقات الخاصة بالنظام الإسلامي للصيرفة عن تلك الخاصة بالنظام التقليدي، وكذلك الأمر المتعلق بالنسبة لاستقلالية العمليات المحاسبية من: مقاصة، توزيع، ترحيل، إعادة الجدولة، وغيرها في دفاتر محاسبية للصيرفة الإسلامية مستقلة عن تلك المخصصة للصيرفة التقليدية.

ج) "يجب أن تكون حسابات شبك الصيرفة الإسلامية مستقلة عن باقي الحسابات الأخرى للزبائن"؛ وهو قيد لضمان عدم اختلاط أموال العملاء الراغبين في التعامل بالمعاملات المالية الإسلامية -الواردة في المادة 4 من نفس النظام- بأموال العملاء الآخرين المفضلين للمعاملة وفق النظام التقليدي المعتمد أساسا على تسديد أو تحصيل الفوائد الربوية.

2- تم نشر هذا النظام في الجريدة الرسمية بعد أيام من صدوره عن البنك المركزي، والملاحظ عليه أنه تشيبت لما ورد في النظام رقم 20-02 الصادر عن البنك المركزي، الذي ذكر ذلك صراحة من خلال نص المادة الأخيرة منه بـ " ينشر هذا النظام في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".¹

¹ - عبد الرحمان قاري، مرجع سبق ذكره، ص 145

نشر هذا النظام في العدد 16 للجريدة الرسمية يوم الثلاثاء 29 رجب عام 1441 الموافق 24 مارس سنة 2020¹، والذي يعتبر نقلا حرفيا لما جاء في نص النظام الصادر عن البنك المركزي؛ بعدما كان صادرا عن السلطة النقدية دون نشر.

أصبح منشورا في الجريدة الرسمية، ومعتمدا من قبل الأمانة العامة للحكومة التي تعتبر الهيكل التنظيمي المشرف على النشر، وهي أعلى سلطة يمكنها أن تعتمد نص القوانين من خلال تبعيتها لرئاسة الجمهورية، ومسؤوليتها المباشرة عن مساعدة رئيس الجمهورية في هذا المجال. "وتصل قوتها التشريعية إلى حد اعتماد القرارات والمقررات الداخلية في إطار اختصاصها والتوقيع باسم رئيس الجمهورية من خلال أمينها العام"²

ومنه فقد أعطي النظام رقم 20-02 الصادر عن البنك المركزي الشرعية التامة والقوة القانونية العليا في السلم التشريعي من خلال اعتماده في الجريدة الرسمية، ويترتب عن هذا العديد من الأمور نذكر أهمها:

(أ) إعطاء صفة "الإسلامية" للصيرفة عوضا عن التشاركية دون أي تحفظات، الأمر الذي يعتبر ترسيما لها في الدستور الجزائري ورافعا لحرج التعامل بها في جميع المجالات.

(ب) فتح المجال أمام الصناعة المالية الإسلامية من أجل الانفتاح والتوسع ضمن القيود التي ذكرها نص النظام، وأهمها:

- إعطاء القوة القانونية للهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، وترسيما، من خلال نص المادة 14 من النظام: "يجب على البنك أو المؤسسة المالية أن يحصل على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة، تسلم من طرف الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية"

- ترسيم القيد: "كل عملية بنكية لا يترتب عنها تحصيل أو تسديد الفوائد..." من خلال المادة 2 من النظام 20-02 والذي يعتبر انسحابا جزئيا لمنظومة الإقتصاد الوضعي البنكية، وإفساح المجال لمنظومة الإقتصاد الإسلامي لتبدي ما لديها.

- طرح البديل عن سعر الفائدة المتسبب في الأزمات الاقتصادية الناتجة عن التعامل في الزيادة الوهمية للمال دون أثر حقيقي للاقتصاد، وذلك من خلال نص المادة 20: "يحق لصاحب حساب ودائع الاستثمار الحصول على حصة من الأرباح الناجمة عن 'شباك الصيرفة الإسلامية'، ويتحمل حصة من الخسائر المحتملة التي يسجلها 'شباك الصيرفة الإسلامية' في التمويلات التي يقوم بها". وهو ما يعرف بنسبة الربح.

¹ - النظام 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، مرجع سبق ذكره.

² - الموقع الإلكتروني الرسمي للأمانة العامة للحكومة على الرابط: www.Joradp.dz بتاريخ: 2020/16/13

3- تعليمية 03-2020

أصدر البنك المركزي التعليمية رقم 03-2020 المؤرخة في 02 أبريل 2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، والتي عرف بنك الجزائر¹ فيها بالمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، كما حدد فيها الإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، تم إصدار هذه التعليمية بعد الانتقادات الكثيرة للنظام رقم 20-02 الذي عرف الكثير من الفراغات فجاءت التعليمية 03-2020 مكملة له.

وبالرغم من الأنظمة السابقة والتعليمية 03-2020 إلا أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفاً واضحاً للصيرف الإسلامية فيها، وقد تدارك المشرع الجزائري في القانون رقم 23-09 المتعلق بالقانون النقدي والمصرفي الجديد الملغي للأمر 03-11 مفهوم الصيرفة في المادة 71 منه حيث اعتبر العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية كل عملية تقوم بها البنوك أو الشبابيك الإسلامية المطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية، وحسن ما فعل المشرع حيث لم يربط عمليات الصيرفة بموضوع الفوائد الربوية بل فتح المجال على كافة الأحكام التي تنظمها الشريعة الإسلامية عكس الأنظمة السابقة والتي ربطتها بعدم تحصيل أو تسديد الفوائد.

ثانياً: المنتجات المعروضة في إطار الصيرفة الإسلامية

وهي مجموعة من المنتجات التي صادق عليها بنك الجزائر، ويمكن للبنوك أو المؤسسات المالية الإسلامية أو الشبابيك في البنوك العمومية أن تعمل بها وفق لما جاء في المادة 04 النظام² رقم 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية: "تخص العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، المنتجات التالية:

- المراجعة،
- المشاركة،
- المضاربة،
- الإجارة،
- السلم،
- الاستصناع،
- حسابات الودائع،
- الودائع في حسابات الاستثمار."

¹ - التعليمية 03-2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، مرجع سبق ذكره.

² - المادة 04 من النظام 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، مرجع سبق ذكره..

الفرع الثاني: الإطار الهيكلي للصيرفة الإسلامية في الجزائر

لضمان تطبيق فعال للصيرفة الإسلامية في إطار يجعلها تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية توجب إفرادها بمؤسسات مصرفية وغير مصرفية تراعي خصوصيتها، وهذا ما حاول المشرع الجزائري فعله بموجب مختلف النصوص القانونية المنظمة لهذا المجال، حيث لا يقتصر تقديم منتجات الصيرفة الإسلامية على البنوك الإسلامية، بل إن ذلك يتم حتى عبر البنوك العمومية من خلال النوافذ أو شبابيك إسلامية، حيث وضع لها شروطا معينة.

أولا: البنوك الإسلامية:

حسب المادة 2 من النظام 02-20 سالف الذكر هي البنوك والمؤسسات المالية المتخصصة في الصيرفة الإسلامية، والتي كانت مقيدة بتلك البنوك التي تمارس حصريا عمليات بنكية لا يترتب عليها تحصيل فوائد أو تسديدها، حسب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الملغى بالقانون 09-23 المتضمن القانون النقدي والمصرفي والذي وسع من نطاقها لتشمل كل البنوك والمؤسسات المالية معتمدة لممارسة مهنتها الاعتيادية عمليات مصرفية متعلقة بالصيرفة الإسلامية حصرا.¹

ثانيا: الشبابيك الإسلامية في البنوك العمومية:

عرفت بموجب نص المادة 01/17 من النظام 02-20: "... هيكل ضمن البنك أو المؤسسة المالية مكلف حصريا بخدمات ومنتجات الصيرفة الإسلامية..."²

ولقد كان أول بنك أنشأ فرعاً إسلامياً له هو مصرف مصر بالقاهرة، وذلك في عام 1979 تحت اسم (فرع الحسين للمعاملات الإسلامية)، وزاد العدد ليلبلغ 30 فرعاً موزعة على مختلف المحافظات المصرية، وفي المملكة العربية السعودية أنشأ البنك الأهلي التجاري إدارة للخدمات المصرفية الإسلامية في عام 1992، يتبعها حالياً 64 فرعاً موزعاً على 20 مدينة سعودية، وقد لاحظت المصارف الأوروبية والأمريكية أن الأموال بدأت تنزح من خزائنها إلى خزائن المصارف الإسلامية فبادرت بافتتاح فروع إسلامية فعلى سبيل المثال افتتح City Bank الأمريكي فرعاً إسلامياً، وكذلك المؤسسة الفرنسية la Société Générale بافتتاحها فرعاً يختص بالمعاملات الإسلامية³

أما في الجزائر فكان أول بنك إسلامي بنك البركة الجزائر وقد تم تأسيسه في 20 ماي 1991 برأس مال مختلط، (عام، خاص) وتم اعتماده في نفس السنة، ثم تله تأسيس مصرف السلام الجزائر

¹ - المادة 72/أ من قانون 09-23 المتعلق بالقانون النقدي والمصرفي، مرجع سبق ذكره.

² - نظام رقم 02-20، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

³ - هناء محمد هناء محمد هلال الحنيطي، ساري سليمان محمد ملاحيم، تسعير المراجعة في المصارف الإسلامية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1437هـ=2016م، ص 47.

بتاريخ 8 جوان 2006 وقد تم اعتماد المصرف من قبل بنك الجزائر في سبتمبر 2008، مما مكنه من بدء عملياته البنكية بشكل رسمي.

- **شروط خاصة بشبابيك الصيرفة الإسلامية:** اشترطت نفس المادة في الفقرة الثانية منها استقلالية شباك الصيرفة الإسلامية عن الهياكل الأخرى للبنوك والمؤسسات المالية التقليدية، ولضمان استقلالية شباك الصيرفة الإسلامية اشترطت المادة 18 من نفس النظام وضع تنظيم إداري وبشري داخلي مستقل ومخصص في الصيرفة الإسلامية حصرا على مستوى البنك أو المؤسسة المالية التقليدية.

- **استقلالية شباك الصيرفة الإسلامية:** تكون الاستقلالية من حيث¹:

- استقلالية المحاسبة الخاصة بشباك الصيرفة الإسلامية عن المحاسبة الخاصة بالهياكل الأخرى للبنك أو المؤسسة المالية، على النحو الذي يسمح بإعداد بيانات مالية مخصصة حصريا لنشاط الشباك الصيرفة الإسلامية.

- استقلالية حسابات الزبائن في شبابيك الصيرفة الإسلامية عن باقي حسابات الزبائن الآخرين.

المطلب الثاني: خصائص عقد المراجعة في التشريع الجزائري

إن عقد المراجعة يتسم بخصوصية كبيرة، نظرا لحدثاته القانونية ولتعدد الروابط والعلاقات الناشئة له، لتعدد الأطراف من بنك وعميل وتاجر، وإن كنا نحاول حصرها في العلاقة التي تربط العميل بالبنك في عقد المراجعة، وهو ما دفع بنا إلى وضع هذا العقد موضع التنفيذ، وبالرغم من أن الأمر الظاهر أن جوهر هذه العملية هو صيغة من صيغ تمويل البنكي التي اعتمدت عليها البنوك الخاصة الإسلامية في الجزائر، ثم انتقلت إلى بعض البنوك العمومية من خلال شبابيكها.

حيث إن أغلب التشريعات القانونية تضع عقد المراجعة في صنف البيوع أي أنه عبارة عن نوع من أنواع عقود البيع المدنية، إلا أن له خصوصية تميزه عن العقود المشابهة له.

أن خصائص أي عقد تظهر حسب التصنيف الذي يندرج تحته، والمشرع الجزائري صنف العقود في قانون المدني إلى خمس تصنيفات وضعها في أبواب وهي: الباب السابع: العقود المتعلقة بالملكية، والباب الثامن: العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، والباب التاسع: العقود المتعلقة الواردة عن عمل، والباب العاشر: العقود المتعلقة الغرر، والباب الحادي عشر: العقود المتعلقة الكفالة.²

وعقد المراجعة باعتباره بيع فإنه يندرج في العقود المتعلقة بالملكية في الباب السابع، لذا فإن بعض خصائص عقد المراجعة تخرج من عقد البيع مع وجود بعض الاختلافات التي ينفرد بها عقد المراجعة.

¹ -أنظر: المادة 17 من النظام رقم 02-2020، مرجع سابق.

² -على فيلاي، العقود الخاصة-البيع، موفم للنشر السداسي الثاني، 2018، ص 31

كما يمتاز عقد المراجعة المركبة بالعديد من الخصائص، منها التي توجد في مختلف العقود فهي خصائص أغلبها حسب النظرية العام للإلتزام فهي خصائص عامة تفرض نفسها على مجمل العقود، كما يمتاز عقد المراجعة ببعض الخصائص والتي تعد خصائص خاصة ينفرد بها هذا العقد عن العقود الآخر.

الفرع الأول: الخصائص العامة:

الخصائص العامة لعقد المراجعة تنطبق مع الخصائص العامة لعقد البيع، حيث جاءت كل من المادة 5 من نظام 20-102¹، والمادة 3 من التعليم 03-02²: "المراجعة هي عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ببيع لزبون" لأنها تعد نوع من البيوع فهي عقد رضائي وهي ملزم للجانبين كما تعد أيضا عقد معاوضة ومحدد وهي في مجملها تستخلص من عناصر تعريف البيع الوارد في المادة 351 من القانون المدني.³

أولا: عقد المراجعة عقد رضائي

إن جميع العقود التجارية تعد من العقود الرضائية أساسا، حيث الإيجاب والقبول يعد شرط لانعقادها. ويتسع نطاق الرضائية في العقود التجارية أكثر من العقود المدنية، وذلك لأن المشرع الجزائري كثيرا ما يشترط في العقود شروطا معينة أو إتباع نظام أو شكل خاص لانعقادها، والهدف من فرض مثل هذه القيود والاشتراطات هو لحماية مصلحة كلا الطرفين في بعض العقود ذات الأهمية التي ترتب آثارا معينة بالنسبة لعاقديها كعقود التي ترد على العقارات.⁴

فعقد المراجعة البنكية عقدا رضائيا ينعقد بمجرد توافر الإيجاب والقبول من كلا الطرفين من دون أن يتطلب اتخاذ شكل خاص به.⁵

ومن المتعارف به قانونا إن معيار السكوت لا يعتبر قبولا كقاعدة عامة. ومع ذلك فإنه يعتبر قبولا في بيع المراجعة البنكية وذلك في حالة كان هناك تعامل واتصال مسبق بين البنك والزبون وإيجاب الزبون بهذا التعامل، فعندما يسلم البنك السلعة المتفق على شرائها للزبون ويسكت فإن ذلك يعتبر قبولا

1 - المادة 5 من النظام رقم 20-02 يحدد العلميات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سبق ذكره.

2- المادة 3 من التعليم 03-2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سبق ذكره.

3 - المادة 531 من القانون رقم 07-05، التضمن قانون المدني الجزائري: "البيع عقد يلزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

4 - سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، د.ط، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي القاهرة، مصر، 1987، ص7.

5 - على كاظم الرفيعي، اعتدال عبد الباقي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص185.

منه بالسلعة وبالحالة التي هي عليها، فهنا يعتد بسكوته فيما يتعلق بالسلعة من أوصافها وثنائها من دون حاجة إلى قبول صريح منه.

وقد جاءت الفقرة 2 من المادة 68 من القانون المدني الجزائري: "... ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه". يستخلص قبول الموجب له من الظروف والعوامل المحيطة بسكوته، والتي قد تتمثل في تعامل سابق بين المتعاقدين، أو يكون الإيجاب في مصلحة الموجب له، أو تكون طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يقتضيان ذلك، أو هناك ظروف أخرى يتولى القاضي تقديرها. لهذا فالقبول هنا هو مجرد افتراض لا يستند إلى وجود إرادة قطعية، وإنما يستند على ظروف العقد.¹

وبالرغم من ذلك فإن البعض يشترط في بيع المراجعة البنكية أن يكون طلب الشراء مكتوباً وألا يكون شفاهية ذلك حتى يتأكد البنك من جدية الطلب وبالتالي تصبح المخاطرة محسوبة، وحتى يتجنب البنك نكول وتخلفه الزبون أو الأمر بالشراء بعد طلبه، حيث أنه كثيراً ما يخالف الزبون الأمر بالشراء بوعده وذلك خاصة في حالة القول بعدم لزوم الوعد في بعض البنوك.²

وكما هو ملاحظ أن أغلب البنوك التي تتعامل بعقد المراجعة تقوم بإعداد نماذج من أمر أو طلب الشراء³ أو عقد الوعد بالشراء⁴ أو عقد البيع مربحة⁵ وهو لغرض تسهيل عملية الإثبات.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء يرون أن هناك استغلالاً يقع في عقد بيع المراجعة البنكية حيث يظهر باستغلال البنك لحاجة الزبون أو العميل الملحة في الحصول على السلعة وعدم تمكنه من شرائها نقداً فيضطر حينها إلى قبول شروط البنك وقبوله أيضاً بهامش الربح الذي يحدده البنك مقابل حصوله على السلعة التي يحتاج إليها مما ينفي بالتالي صفة الرضائية عن هذا العقد لتطغى عليه صفة الإذعان.⁶

والإذعان عكس الرضائية فهو عقد يملئ فيه أحد المتعاقدان شروطه على المتعاقد الثاني والذي ليس له الحق في مناقشتها، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر.⁷

1 - علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 100.

2 - علي كاظم الرفيعي، اعتدال عبد الباقي يوسف، المرجع نفسه، ص 185.

3 - أنظر الملحق رقم 10

4 - أنظر الملحق رقم 01

5 - أنظر الملحق رقم 04

6 - علي كاظم الرفيعي، اعتدال عبد الباقي يوسف، المرجع نفسه، ص 186.

7 - علي فيلالي، العقود الخاصة-البيع، مرجع سبق ذكره، ص 60.

حيث يثار تساؤلا فيما إذا كان القبول يصدر حقا عن إرادة حرة مقابلة لإرادة البنك أم أن إرادة الزبون الطرف الضعيف في العلاقة تخضع لضغوط اقتصادية وقانونية تفرضها إرادة البنك الطرف القوي في العلاقة، حيث لا يمكن القول إن الإرادتين حرتان ومتقابلتان وبالتالي وجود الإذعان في العقد.

والمشرع الجزائري واجه مسألة الإذعان في العقود بحيث خول للقضاء سلطة إبطال أو تعديل الشروط الجائرة أو التعسفية كيفما تعود المساواة إلى العلاقة، حيث أعطي للقاضي حق الرقابة على الشروط التعسفية وتعديلها أو إعفاء الطرف الضعيف منها عند الاقتضاء وذلك من خلال نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري¹ التي نصت على: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" وفي رأى بعض الباحثين والذي اتفق معهم أن الاتجاه الذي يصف العقود البنكية بأنها من عقود الإذعان لا يتوافق مع عمليات الصيرفة الإسلامية وخاصة بيع المراجعة البنكية إذ أن الأساس الذي أقامت عليه البنوك الإسلامية السبابة لاستخدام هذا النوع من العقود هو عدم إرهاب المواطن وتحميله ما لا يطيقه، عكس ما هو معمول به البنوك التي تأخذ الربا، فالصيرفة الإسلامية غرضها الأساسي محاربة الربا، كما أنها تعمل على تنوع شروطها وقابلية هذه الشروط للمناقشة، بالإضافة إلى عدم ثبوت نسبة الربح ينفي هذه الصفة عن عقد بيع المراجعة في هذه البنوك، كما وأن البنوك التقليدية التي تستعمل شبائيك الصيرفة الإسلامية فإن تطبيقها لهذا العقد أيضا يكون مطابقا للبنوك الإسلامية ولها رقابة من الهيئة الشرعية وبالتالي فإنها تطبق نفس أهداف البنوك الإسلامية من عدم استخدام الربا وعدم إرهاب الطرف الثاني (المواطن).

ثانيا: عقد المراجعة عقد معاوضة:

جاء في المادة 58 من القانون المدني الجزائري² "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما" وهذا يعني وجود عوض يتحصل عليه المتعاقد مقابل الالتزام الذي يتحمله. وبمعنى آخر، فإن عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يتحصل فيه المتعاقد على فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ التزامه، بحيث لا يفتقر عند تنفيذ ما التزم به، ولا يعد تبادل الالتزامات بين المتعاقدين -كما هو الحال في العقود الملزمة للجانبين- عقد معاوضة ما لم يتبادل الطرفان كذلك فوائد ومصالح ذات قيمة مالية.³

يعتبر عقد بيع المراجعة عقد معاوضة وذلك لأن كلا الطرفين يعطي مقابلا لما يأخذ، فالبنك يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى الزبون مع ضمان استغلال الزبون للمبيع وانتفاعه به انتفاعا هادئا من دون أن

¹ -المادة 110 من القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

² -المادة 58 من القانون المدني مرجع نفسه.

³ - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سبق ذكره، ص52

يتعرض له أحد، وذلك في مقابل حصول البنك على الثمن والذي يتكون من رأسمال المبيع مضافا إليه الربح المتفق عليه. أما الزبون فيلتزم بأن يعطي للبنك الثمن المتفق عليه مقابل حصوله على المبيع وحيازته والانتفاع به من دون أن يتعرض له أحد في هذه الحياة.¹

أما إذا كان البنك يقوم بنقل ملكية المبيع إلى الزبون من دون أي مقابل فإن هذا العقد لا يعد بيعا وإنما يعد من ضمن عقود التبرع أو يكون عقد هبة. وعلى هذا فإن عقد بيع المراجعة يعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وبهذا فهو يختلف عن عقود التبرع الضارة ضررا محضا. والعوض لابد أن يكون من النقود حتى يعتبر العقد بيعا، حيث إذا كان الثمن من غير النقود كان العقد مقايضة أو غير ذلك من العقود ولا يعتبر بيعا.

وهذا واضح من تعريف بيع المراجعة الذي أوردناه ذلك أنه اشترط أن يكون العوض نقدي يدفع كليا أو جزئيا حسب ما اتفق عليه الطرفين.

ثالثا: عقد المراجعة عقد ملزم للجانبين

قبل التطرق لهذه الخاصية أود أن أشير إلى أن الإلتزام الذي نشير إليه ليس المقصود منه إلتزام الوفاء بالوعود (أي في مرحلة المواعدة) والذي سيتم الطرق إليه، وإنما الإلتزام المراد هنا وهو بعد إبرام عقد المراجعة أي إلتزام كل طرفين بتنفيذ ما عليه في العقد، وهذه الإلتزامات تكون ملزمة للجانبين.

حيث يعتبر عقد المراجعة البنكية من العقود الملزمة للجانبين أو العقود التبادلية فهو يرتب منذ إبرامه الإلتزامات على عاتق كل من طرفيه، أهمها بالنسبة للبنك الإلتزام بنقل ملكية المبيع وتسليمه للزبون وأهمها بالنسبة للزبون دفع الثمن السلعة للبنك حسب الاتفاق بينهما.

أن خاصية الإلزام للجانبين عرفها المشرع الجزائري في المادة 55 من القانون المدني كما يلي: "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضا" فالعقد الملزم للجانبين، أو العقد التبادلي، هو الذي يرتب على عاتق المتعاقدين الإلتزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض، بحيث يكون أحد أطراف العقد دائما ومدينا في نفس الوقت نحو الطرف الأخرى.²

ففي عقد المراجعة البنكية هناك إلتزام من البنك بأداء وهو نقل ملكية المبيع إلى الزبون مقابل إلتزام الزبون بأداء الثمن إلى البنك ومن ثم فقد تحقق مكسب لكلا الطرفين.

رابعا: عقد المراجعة عقد محدد المدة

يعتبر عقد المراجعة من العقود المحددة المدة أي أن الزمن لا يُعتبر ركنا من أركان العقد ولكنه عنصر جوهري في ترتيب آثاره، خاصة إذا كانت المراجعة آجلة، أي يُؤجل فيها سداد الثمن، ولا يمكن اعتباره من العقود الاحتمالية، أن العقد المحدد المدة وهو العقد الذي يتحدد فيه وقت التعاقد مقدار الأداء

¹ - علي كاظم الرفيعي، مرجع سبق ذكره، ص 186

² - علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سبق ذكره، ص 45

الذي يبذله كل من المتعاقدين حتى لو انتفى التعادل بين الأدائيين¹، وإنما يكفي مقارنة التساوي بين العوضين، وذلك منعا للغبن الفاحش، وذلك يكون عكس العقود غير المحددة الأداء (عقود الغرر) حيث أنه لا يستطيع المتعاقدين أن يحددا وقت التعاقد ومقدار الأداء الذي يبذله كل من المتعاقدين، إذ لا يتحدد ذلك إلا في المستقبل وذلك تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول².

وعقد المراجعة باعتباره من العقود المحددة المدة فإنه لا يمنع من تسديده معجلا أو مؤجلا أو فق أقساط لأن في كل هذه الحالات يكون إلتزام العميل محدد ومعلوم. ولكن أذ اتخذ ثمن بموجب اتفاق العاقدين شكل أيراد دوري مدى الحياة، طبقا للمادة 613 القانون المدني الجزائري، فإن العقد يصبح عقد غرر، لكون مقدار ثمن المبيع مرتبط بمدى حياة وبقاء البائع (البنك أو المؤسسة المالية) على قيد الحياة³. وهذا مستبعد تطبيقه في عقد المراجعة لعدة اعتبارات منها أن عقد المراجعة من العقود الشرعية، التي تتنافى مع عقد الغرر.

كما أن تأثير الزمن على عقد المراجعة يظهر في عدة جوانب المختلفة منها:

- تحديد الثمن المؤجل: تعتمد بعض البنوك والمؤسسات المالية في المراجعة البنكية بتحديد الثمن النهائي من مجموع سعر الاقتناء مضاف إليه هامش الربح والمصروفات، حيث ويربط هامش الربح غالبًا بمدة الأجل، كلما طال الأجل، زاد الربح، وذلك بما لا يخرج عن الضوابط الشرعية لتجنب الربا.

- الأجل كشرط في العقد: يجب أن يكون الأجل محددًا ومعلومًا (تاريخ أو مدة واضحة)، وإلا كان العقد معرضًا للبطلان أو النزاع.

- زمن نقل الملكية: الملكية تنتقل إلى العميل فورًا بعد توقيع عقد المراجعة وتسليم العين، لكن الزمن قد يؤجل تسليم الثمن، لا العين.

- التقسيط والجدولة: يترتب على الزمن في العقد تحديد طريقة الوفاء بالدين: أقساط شهرية، ربع سنوية... إلخ، وفي حالة تأخير السداد بعد حلول الأجل له آثار قانونية (مثل فرض غرامة التأخير)

وعليه فإن الزمن في عقد المراجعة ليس مجرد ظرف، بل عنصر تنظيمي حاسم لتحديد الثمن، الأجل، الالتزامات، والآثار الناشئة عن العقد، حيث يجب الناحية القانونية، تضمينه بوضوح في شروط العقد، كما أن الضوابط الشرعية كذلك تقتضي تحديد الزمن بدقة لتفادي الغرر أو الربا.

¹ -دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، عناية، الجزائر، ص12

² - الشريف أحمد، عقد توريد-دراسة في القانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص52

³ - علي فيلاي، العقود الخاصة- البيع، مرجع سبق ذكره، ص ص61، 62

خامسا: عقد المراجعة عقد مسمى:

يعد عقد المراجعة من العقود المسماة وذلك بعد صدور كل من النظامين 02-18 الملغى، والنظام 02-20 من بنك الجزائر إضافة على التعليمات 03-2020 وبذلك أصبح هذا العقد والعقود المشابهة له التي تدخل في عمليات الصيرفة الإسلامية معرفة في التشريع الجزائري، والعقد المسمى هو ذلك الذي تولى المشرع تسميته وتعريفه وتنظيم أحكامه. والمغزى من تنظم العقود وتحديد نظامها القانوني برغم من أن الأصل هو حرية التعاقد بمفهومها الواسع، وهو سعى المشرع لتنظم هذه العقود لغرض مساعدة المتعاقدين على علاقتهم العقدية وتنظيمها كاملا يحول دون قيام أي نزاع بشأن تفاصيل قد تغفل.¹

إن المشرع الجزائري حاول تنظم مجموعة من العقود الصيرفة الإسلامية وهذا بعد الانتشار الواسع لها وتعدد استخداماتها من قبل الأفراد والمؤسسات، فقد أرسى قواعد هذه المعاملة حتى تعم جل البنوك سواء البنوك الإسلامية أو البنوك العمومية التقليدية، وذلك من خلال جملة من التنظيمات والتشريعات التي حاول المشرع الجزائري من خلالها على تنظيم هذه العقود تنظيما قانونا يتناسب مع الضوابط الشرعية الأصلية لهذه العقود.

الفرع الثاني: الخصائص الخاصة

تظهر خصوصية عقد المراجعة من خلال جملة من الخصائص التي امتاز بها هذا العقد والتي جعلت منه عقد ذو خصائص تختلف عن الخصائص العامة الموجودة في كل العقود، ومن بينها:

أولا: عقد المراجعة عقد فوري ناقل للملكية:

يتصف عقد بيع المراجعة بكونه عقدا ناقلا للملكية²، ذلك أن المشرع عندما قسم العقود إلى عقود تقع على الملكية وعقود ترد على الانتفاع بالشيء وعقود ترد على العمل وعقود احتمالية، كان نصيب عقد بيع المراجعة يقع ضمن العقود التي ترد على نقل الملكية فهو يتصف بهذه الصفة التي تميزه عن غيره من العقود فهو باعتباره نوع من عقود البيع يمتاز بهذه الخاصية مثله مثل عقد البيع.

حيث أن انتقال الملكية يتم فورا وبعد إبرام العقد مباشرة وقد جاء في المادة 08 من التعليمات 03-2020 ما يلي: "بموجب عقد المراجعة يتم الانتقال الفوري لملكية السلعة من البنك أو المؤسسة المالية إلى الزبون، مهما كانت كفاءات الدفع المتفق عليها".

حيث وضحت هذه المادة بأن عقد المراجعة يكون فيه نقل الملكية للزبون مباشرة وفور انعقاد العقد مهما كانت الطريقة التي يتم فيها الدفع، فمجرد إبرام العقد بين البنك أو المؤسسة المالية مع الزبون أو الأمر بالشراء حسب الحالة يتم نقل ملكية السلعة له.

¹ - علي فيلالي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، مرجع سبق ذكره، ص 88

² - علي كاظم الرفيعي، مرجع سبق ذكره، ص 189

ثانياً: عقد المراجعة عقد تجاري:

عرف الفقهاء العقد التجاري بأنه " العقد الذي ينشئ في ذمة أحد طرفيه أو ذمة طرفيه معا التزاماً تجارياً"، وبالرغم من ذلك إلا أن العقود التجارية من العقود الصعب إخضاعها لتعريف معين فكل عقد وارد في القانون المدني من الجائز استخدامه في ميدان التجارة، فقد تكتسب الصفة التجارية بتطبيق أحد المعايير المقررة للعمل التجاري وطبقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية فإن العقد يعتبر تجارياً إذا أبرمه تاجر لحاجات تجارته، وقد يكون العقد عمال مختلطاً، أي تجارياً بالنسبة لطرف ومدنياً بالنسبة لآخر على النحو المعروف في نظرية الأعمال التجارية.

جاء في المادة 2 من القانون التجاري الجزائري¹: " يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه: - كل عملية مصرفية أو عملية صف أو سمسة أو خاصة بالعمولة..".

وقد أكدت المادة 44 من القانون رقم 09-23 المتضمن قانون المصرفي والنقدي² على أنه: "يمكن للبنك أن يجري كل عملية خاصة بالسياسة النقدية يراها ضرورية. كما يمكنه تكييف أدوات التدخل على مستوى السوق النقدية مع خصوصيات العمليات المصرفية المتعلقة على وجه الخصوص بالصيرفة الإسلامية..."، لما كان عقد المراجعة أحد عقود الصيرفة الإسلامية فإن عقد المراجعة يعد عقد تجارياً حسب النصوص القانونية.

إضافة إلى ذلك فإن المادة 03 من القانون 09-22 المتضمن القانون التجاري الجزائري³ التي عدت الأعمال التجارية بسحب الشكل ومن ضمنها "الشركات" وهو ما تطابقه المادة 91 من القانون 09-23 النقدي والمصرفي ينص على أنه: "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية في شكل شركة ذات أسهم، ويقدر المجلس جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاقدية".

وحسب النصوص القانونية نجد أن البنك أو المؤسسة المالية يعد تاجراً في أعماله ويكتسب الصفة التجارية، فإن العقد المراجعة يعد عقداً تجارياً، كما أن هذا العقد لا يقام إلا بوجود هذا الطرف والمتمثل في البنك أو المؤسسة المالية (معتمدة ولها رخصة أو شباك)⁴ لاحتكارها إبرام هذا العقد حسب المادة 72 من

¹ - الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج.ر.ج، العدد 101، الصادرة بتاريخ 19/12/1975، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 09-22 المؤرخ في 5 مايو 2022، ج.ر.ج، رقم 32 مؤرخة في 5 مايو 2022.

² - من القانون رقم 09-23 المؤرخ في 3 ذي الحجة عام 1444، الموافق 21 يونيو سنة 2023، يتضمن القانون النقدي والمصرفي، ج.ر.ج، العدد 43، صادرة 27 يونيو 2023

³ - أنظر المادة 33 من القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق.

⁴ - تجدر الإشارة إلى أنه ليس كل البنوك والمؤسسات المالية لها صلاحية القيام بالأعمال المصرفية (إبرام عقد المراجعة) بل البنوك والمؤسسات المالية الحاصلة على شهادة المطابقة لمبادئ الشريعة الإسلامية صادرة عن الهيئة الشرعية للإفتاء في مجال المالية الإسلامية وموافقة البنك المركزي الجزائري، حسب المادة 73 من ق 09-23 المتعلق بالنقدي والمصرفي.

ق النقدي والمصرفي¹: أ) بنك أو مؤسسة مالية معتمدة لممارسة، بصفة مهنتها الاعتيادية، عمليات مصرفية متعلقة بالصيرفة الإسلامية حصرا". وهو ما جاء كذلك في المادة 5 من النظام 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمادة 3 من التعليم 03-2020 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية في تعريف المراجعة بأنها "عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ...". وباعتبار أن عقد المراجعة عقد تجاريا فإنه يخض إضافة للقواعد العامة التي نص عليها قانون المدني إلى قواعد خاصة تطبق على العقود التجارية تميزها لها عن العقود المدنية، وعلى أهمها فيما يتعمق بقواعد بالإثبات.

حيث أن طرق الإثبات في العقود التجارية تختلف عن غيرها من العقود تمتاز بنوع من التيسير وحرية الإثبات وكثرة وسائلها وتنوعها. يعد الإثبات وسيلة أو أداة لضمان استقرار الحياة المدنية والتجارية إذ وضع المشرع الجزائري قيود قصد منح المتعاقد فرصة للتريث والتفكير قبل الإقدام على العمل المراد تحقيقه.

إن القاعدة العامة للإثبات في المواد التجارية الحرية من كل قيد، ومن ثم يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما بلغت قيمتها بكافة وسائل الإثبات²، وهي عكس الإثبات في المواد المدنية حيث نصت المادة 333 من قانون المدني الجزائري على أنه³ " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 د.ج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك" ونلاحظ أن المادة قد استهلكت باستثناء واضح للمواد التجارية حيث تم تقرير مبدأ مهم جدا يحكم المعاملات التجارية مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية ويعني ذلك إطلاق حرية الإثبات من كل قيد حيث نصت المادة 30 من قانون رقم 22-09 المتضمن قانون التجاري⁴ على أنه "يثبت كل عقد تحاري:

1 - بسندات رسمية.

2- بسندات عرفية.

3- بفاتورة مقبولة.

4- بالرسائل.

5- بدفاتر الطرفين.

¹ -أنظر المادة 73 من القانون رقم 23-09 المتضمن قانون المصرفي والنقدي، مرجع سبق ذكره.

² - عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية-التاجر-الشركات التجارية، دار المعرفة، 2000، ص44.

³ -المادة 333 من القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

⁴ -المادة 30 من القانون رقم 22-09، التضمن قانون التجاري الجزائري، مرجع سبق ذكره.

6- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبوها ".

وعليه يتضح لنا اختلاف الإثبات في المجال المدني عنه في المجال التجاري، فقواعد الإثبات في هذا الأخير يسيرة لا تتصف بأي تعقيد، بل تتصف بالحرية، ويرجع السبب في ذلك إلى أن التجارة تقوم على دعامة السرعة.¹

ثالثا: عقد المراجعة عقد مركب:

تحقق العقود المركبة العديد من المزايا سواء على الصعيد القانوني أو الاقتصادي رغم حداثتها. فمن الناحية القانونية غالبا ما يواجه رجال القانون وبالأخص القضاة صعوبات كبيرة لتكييف بعض الأنواع من العقود نظرا لخروجها عن نطاق القواعد العامة، وذلك لتمييزها عن العقود البسيطة بتعدد الالتزامات الجوهرية والتي لا تتحقق الغاية الاقتصادية إلا بالوفاء بها جميعا، الأمر الذي يحتم النظر إليها كوحدة متكاملة تخضع في تكييفها لقواعد خاصة.

فالعقد المركب قد تجاوز بكثير النظرة التقليدية التي ترى فيه مجرد جمع وربط بين عدة عقود في قالب واحد وأصبح العقد المركب له مدلول أكثر وضوحا ودقة، إذ أن العقد لا يوصف بأنه مركب إلا إذا تضمن تعددا للالتزامات الجوهرية، غير أن هذا التعدد لا يؤثر في طبيعة العقد، فهو يبقى ذا طبيعة قانونية واحدة، ولهذا فإن التكييف المعمول به هو منهج التكييف الشامل، وللوصول إلى هذا المنهج فإن العقد المركب إما أن يأخذ الطبيعة القانونية لمكوناته الرئيسي، وإما أن يكتسب طبيعة قانونية جديدة مستقلة عن مكوناته على غرار عقد المراجعة، تجعله يخرج في كثير من الأحيان عن نطاق الكثير من القواعد العامة ومن أبرز معالم هذا الخروج ما يلي²:

- اشتراط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان يعد خروجاً على القواعد العامة المقرر في عقد البيع التي تقضي بنقل الملكية بدون قيد أو شرط.

- خرق مبدأ نسبية العقود، حيث يمكن أن يمتد أثره إلى الغير ففي عقد المراجعة المركبة، حيث يستطيع العميل أن يرجع على المورد بالرغم أنه لم يربطه به أي عقد.

- إعفاء المتعاقدين من بعض الالتزامات التي تقرها القواعد العامة، ففي عقد المراجعة مثلا، يمكن أن يعفى البنك أو المؤسسة المالية من بعض التزامات منها ضمان العيوب الخفية، والالتزام بالصيانة.

ولعل خصوصية عقد المراجعة في كونه عقد مركب وهو ذلك العقد الذي يشتمل على أكثر من عقد واحد أي يتناول أكثر من عملية قانونية واحدة ويحقق أغراض تهدف إليها عدة عقود أخرى أو يمكن

¹ -نادية فضيل، نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط9، الجزائر، ص 66

² - عمر عمور، العقود المركبة: حقيقة قانونية فرضها الواقع الاقتصادي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج4، ع2 (ص165-184)، 2018، ص181.

أن تكون مجموعة من العقود تصب في عقد واحد، وقد صنف بعض فقهاء القانون عقد المراجعة بأنه عقد مركب لعدة اعتباره، سواء كان في عدد الأطراف المتعاقد وهم ثلاثة عكس العقد البسيط يكون عدد أطراف اثنان دائماً، أو من حيث العقود المكونة للعقد فعقد المراجعة المركبة يتكون من ثلاثة عقود، عقد الأول وهو وعد بالشراء ويكون بين الأمر بالشراء والبنك أو المؤسسة المالية والثاني عقد بيع يكون بين البنك أو المؤسسة المالية والتاجر أو المورد أو مالك المبيع والثالث وهو عقد بيع مربحة الذي يتم بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل الأمر بالشراء.

إن هذا العقد في جميع مراحل له علاقة بالعقود المالية المركبة، حيث يعتبر الاتفاق بين الطرفين على إجراء عقود وإنجاز وعود في المستقبل من خصائص الجمع بين العقود. وإن من أهم ما في التمويل بالمراجعة هو مذكرة التفاهم التي تتضمن أمراً بالشراء مع وعدا بالشراء من البنك أو المؤسسة المالية، بعقد يتم بعد تملك البنك أو المؤسسة المالية للسلعة المأمور بشرائها وقبضه لها، والملاحظ على المراجعة للأمر بالشراء أنها عملية مركبة من وعد بالشراء وبيع ثم بيع بالمراجعة.¹

خاصية التركيب في عقد المراجعة المركبة تعد من الخصوصيات التي ينفرد بها هذا العقد، حيث أن العقد لا يقتصر على مجرد عملية بيع وشراء بسيطة، بل يتضمن مجموعة من الإجراءات والعقود المرتبطة التي تعمل معا لتحقيق الغاية الاقتصادية والشرعية في العقد من الناحية القانونية، هذه الخصوصية تعد ميزة يمتاز بها هذا النوع من العقود.

على سبيل المثال، عقد المراجعة المركبة قد يشمل عناصر متعددة مثل تمويل الشراء، ونقل الملكية، وضمانات الدفع. هذه العناصر تُدار من خلال عقود فرعية أو مراحل متعاقبة يتم دمجها تحت مظلة العقد الرئيسي.

أما من الناحية الاقتصادية فإن العقود المركبة أصبحت تحتل الريادة، خاصة بعد ظهور بعض الصيغ التعاقدية الجديدة كصيغ التمويل التي أصبحت الشريان النابض الذي ينعش الإقتصاد في الوقت المعاصر، وذلك نظرا لما يوفره من فرص جديدة للاستثمار بعيدا عن طرق التمويل التقليدي، بالإضافة إلى الضمان الكبير الذي تمتاز به هاته العقود والتي تحفز لا محالة المتعاقدين على الدخول في مختلف المعاملات الاقتصادية بأريحية كبيرة، ناهيك عن أنها تعطي فرصة كبيرة للمتعاملين الاقتصاديين لتوسيع نشاطهم سواء على المستوى المحلي، الخارجي

ولعل أهم المزايا الاقتصادية التي يوفرها عقد المراجعة المركبة ما يلي²:

¹ - محمد الشريف بن عوالي، العقود المالية المركبة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، مجلة الدراسات الإسلامية،

المجلد 10، العدد 1، جمادي الثاني 1443هـ = جانفي 2020م، ص 85

² - عمر عمور، مرجع سبق ذكره، ص ص 181، 182.

1- يسمح عقد المراجعة المركبة للعملاء أو المتعاملين الاقتصاديين بالحصول على التمويل اللازم، فعوض الاعتماد على أموالهم الخاصة لتمويل مشاريعهم، يمكنهم اللجوء إلى بنوك أو المؤسسات المالية والحصول على الآلات والمعدات اللازمة عن طريق إبرام عقد المراجعة التمويلي، فهو يخلق بذلك أريحية لديهم، تجعلهم يجتهدون أكثر في دفع عجلة التنمية الاقتصادية.

2- إتاحة الفرصة أمام المتعاملين الاقتصاديين في عدم إنفاق أموالهم جملة واحدة، إذ أن عملية التسديد تكون على شكل أقساط.

رابعا: عقد المراجعة عقد تمويل

يعتبر عقد المراجعة من عقود التمويل القصيرة الأجل، حيث يتمثل الهدف الأساسي من التمويل هو تسهيل المبادلات والأنشطة الحقيقية، فالنشاط الحقيقي (هو التبادل إما بغرض الاستثمار أو الاستهلاك) وهو عماد النشاط الاقتصادي، والخطوة الأولى نحو تنمية الثروة وتحقيق الرفاهية لأفراد المجتمع، فلو كان الأفراد يملكون المال اللازم لإتمام هذه الأنشطة لما كان هناك مبرر للتمويل.¹ وهو بذلك يكتسي أهمية بالغة على المستوى الاقتصادي والتنموي، بحكم مرونته وتنوع مزاياه، سواء بالنسبة للبنك أو العميل، وقد تطور هذا العقد بحكم تعامل البنوك والمؤسسات المالية به، حيث يعد نوع من بين أنواع المنتجات الصيرفة الإسلامية، التي لها أهمية في كبيرة التمويل الذي يعد عنصرا فعالا لنشاط وازدهار عجلة التنمية الاقتصادية²، نظرا لمساهمة في النهوض بقطاع الخدمات والتجارة والاستثمار، بما يقدمه من تسهيلات كبيرة في الحصول على أنواع متعددة من السلع، وتوفير العديد من مستلزمات المكاتب والمصانع والتجهيزات وغيرها، فقد أدرجه المشرع الجزائري ضمن منتجات الصيرفة الإسلامية التي جاء بها نظام بنك الجزائر 02-20، والتعليمية 03-2020، كوسيلة منافسة لأدوات التمويل الإسلامي الأخرى، حيث عد من بين أكثر أدوات التمويل الإسلامي مرونة، ومساهمة في تطوير وسائل الإنتاج والاستثمار.

ولعل الدور الرئيسي للتمويل بصيغة المراجعة هو إيجاد البديل عن الاقتراض بالفائدة، وذلك بأن يكون الاستثمار مشروعاً والتعامل مرضياً عنه، كذلك تمكين الأفراد من الحصول على سلع يحتاجونها قبل توافر الثمن المطلوب على أساس دفع القيمة بطريق القسط الشهري أو ما شابه ذلك، إضافة لذلك فإن التمويل بالمراجعة يدعم تنشيط الأعمال التجارية في القطاع المصرفي والتجاري معا.

¹ شريقي جعفر، دور صيغ التمويل الإسلامي في تحفيز النمو الاقتصادي-دراسة مقارنة (الجزائر ماليزيا) للفترة (2000-2018)، أطروحة دكتوراه مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الاقتصادية، تخصص: مالية وبنوك، جامعة

محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2021-2022، ص18

² - بن مالك إسحاق، قدة حبيبة، مرجع سبق ذكره، ص100.

وقد عمدت أغلب البنوك والمؤسسات المالية عند استخدامها لعقد المراجعة للتمويل في عدة أنشطة منها تمويل المشاريع الاستثمارية متوسطة المدى والتي تكون في إطار إنشاء أو تطوير أو توسيع مؤسسة معينة أو مباني أو كيانات اقتصادية، تمويل دورة الاستغلال من خلال شراء المواد الأولية، والمنتجات نصف المصنعة، تمويل النشاطات المهنية الحرة والأعمال الحرفية بشراء المعدات التي تساهم في تطوير هذه النشاطات.

بالرغم من أن عقد المراجعة يعد من أبرز صيغ التمويل الإسلامي المعتمدة في البنوك الإسلامية، وتتميز بكونها متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث تقوم على مبدأ البيع وليس الإقراض الربوي، وتستخدم أساساً لتمويل احتياجات الأفراد والشركات دون مخالفة الضوابط الشرعية، إلا أن جانباً من الفقهاء يرى أن عقد المراجعة في الأصل نوع خاص من البيع، وليس طريقة للتمويل. فالأسلوب الأمثل للتمويل حسب الشريعة، هو المضاربة أو المشاركة، لكن من المنظور الاقتصادي الحالي، هناك صعوبات خاصة تواجه استخدام المضاربة والمشاركة في بعض نواحي التمويل. ولذلك أباح علماء الشريعة المعاصرون، وفق شروط محددة، استخدام المراجعة على أساس الدفعات المؤجلة طريقة للتمويل. لكن هناك نقطتان أساسيتان يجب فهمهما تماماً في هذا الخصوص¹:

1- يجب ألا نتغاضى عن حقيقة أن المراجعة في الأصل ليست طريقة للتمويل، إنما هي فقط أداة لتجنب الوقوع في الربا، وليست الوسيلة المثلى لتنفيذ الأهداف الحقيقية استخدام هذه الوسيلة كمرحلة انتقالية فقط.

2- النقطة المهمة الثانية، هي أن عقد المراجعة لا يتم فقط من خلال استبدال كلمة "فائدة" بكلمات "الربح" أو "الزيادة". في الواقع قد أباح علماء الشريعة المراجعة طريقة للتمويل بعدة شروط، وإذا لم يتم مراعاة تلك الشروط كاملة، فلن تصبح المراجعة عقداً مشروعاً، في الحقيقة، إن مراعاة هذه الشروط هو الذي يجعل الفرق واضحاً بين القرض الربوي وعقد المراجعة، فإذا أهملت هذه الشروط، لم يصح عقد المراجعة.

وما تجر الإشارة إليه أن أغلب فقهاء القانون اتفقوا على أن عقد المراجعة ليس مجرد بيع تقليدي، بل هي صيغة تمويلية شرعية تتيح للأفراد والمؤسسات الحصول على احتياجاتهم من السلع والخدمات بطريقة مشروعة، وتكمن خاصية التمويل في هذا العقد في كونه وسيلة لتوفير السيولة للعميل دون اللجوء إلى القروض الربوية، مع الالتزام بمبدأ الشفافية والعدالة.

¹ - سماح المفتي محمد تقي عثمان، مقدمة في التمويل الإسلامي، ت.ع: عمر أحمد كشكار، ط1، دار الرواد للنشر، دمشق، سوريا، 1441هـ=2019م، ص77، 78.

وهو ما جعل عقد المراجعة من بين الركائز الأساسية للتمويل في عمل البنوك والمؤسسات المالية، ويعود ذلك إلى جملة من الأسباب والظروف أهمها:¹

1 - أن العمل بصيغة المراجعة يمكن البنك الإسلامي من تحديد الربح الناتج عن التمويل مسبقا، وهو ما لا يتوفى في بعض الصيغ الأخرى، كالمضاربة والمشاركة، إضافة إلى توثيق هذا التمويل بالضمانات المختلفة.

2 - يعد العمل بالمراجعة مقارنة بالصيغ الأخرى هي الأقرب إلى التمويل قصير الأجل، بالتالي ليس فيها تجميد كبير للأموال؛ لأن دورتها المالية تكون أقصر، مقارنة بصيغ المضاربة والمشاركة والاستثمار المباشر التي يكون فيها مدة التمويل طويلة الأخر إضافة إلى تحتمل مخاطر استثمارية نظرا لعدم إمكانية تحديد الربح مسبقا.

3 - اتخاذ سعر الفائدة السائد في السوق كمؤشر لتحديد الربح من طرف البنوك الإسلامية وتحديد الربح لا يتأتى إلا في بعض الصيغ التي تميل إلى التمويل قصير الأجل، كالمراجعة أو متوسط الأجل كالإيجار التمويلي.

خامسا: عقد المراجعة يقوم على الاعتبار الشخصي

تعتبر عقد المراجعة من عقود الائتمان والتمويل المطبق في البنوك والمؤسسات المالية والتي يتوقف فيها منح التمويل على الثقة في شخص العميل، فهو من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي وتبني عليه، أي أن كل طرف من طرفي العقد يضع في اعتباره شخصية الطرف الآخر عند التعاقد معه وتعتمد الثقة بين طرفي العقد على تاريخهم في التعامل أو مدى جديتهم في الوفاء بالتزامات المترتبة على تعاملاتهم، لذا يطلب البنك أو المؤسسة المالية من العميل في حالة تقدمه بطلب عقد المراجعة من تقديم بعض الأوراق والمستندات سواء الخاصة بنشاطه أو عمله مع تفصيل عن ميزانيته، لتحقيق الثقة فيه وفي قدرته على الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد، ومن خلال فحص البنك أو المؤسسة المالية لهذه المستندات المقدمة من العميل المستفيد التي توضح مركزه المالي يتخذ قراره إما بقبول تمويل بالمراجعة أو الرفض.²

¹ - سليمان ناصر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، قسم علوم التسيير، جامعة الجزائر، سنة 2004-2005، ص 116

² - عيسى بخت، طبيعة عقد الإيجار التمويلي وحدوده القانونية - دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل ماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2010-2011، ص 39

ويترتب على الغلط في شخص العميل باعتباره أحد طرفي عقد المراجعة قابلية هذا العقد للإبطال إذا طلب البنك أو المؤسسة المالية الذي وقع في الغلط إذ أنه ما قبل التعاقد معه إلا على ضوء الاعتبار الشخصي لديه.

أن الدور الذي يعلب للاعتبار الشخصي من أهمية في عقد المراجعة أوجب على معظم التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري إلى مراعات عقد ابتداء من تاريخ إبرامه وحتى انتهائه، فنصت مثلا على أنه لا يجوز للعميل أن يتنازل عن العقد إلى الغير، كما يفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا انهار الاعتبار الشخصي لدى العميل، كحالة إفلاسه أو إعساره أو انقضائه إذا كان شخصا معنويا، وغالبا ما ينص العقد نفسه على موافقة الطرفين على اعتبار العقد ملغى في حالة وفاة العميل.

المطلب الثالث: تكييف عقد المراجعة وتميزه عن العقود الأخرى:

يعد تكييف العقد من العناصر المهمة لمعرفة البنية الأساسية للعقد وخصائصه ولتمييزه عن العقود الأخرى، وعليه نجد أن تكييف عقد المراجعة من الناحية الفقهية، اختلف فيه معظم فقهاء الشريعة فمنهم من يرى بأنه وعد بالبيع ثم بيع مرابحة، ومنهم من يرى أنه وعد بين طرفين وعد من الأمر بالشراء ووعد من البنك بالبيع وآخرون يرون أنه عبارة عن عقدين مركبين، أما من الناحية القانونية وأن لم تكن هناك دراسات كثيرة في التكييف القانون للعقد إلا أن بعض الدراسات اتجهت إلى أنه عبارة عن عقد مركب مكون من عقدين، عقد وعد وعقد بيع.

وبتحديد تكييف عقد المراجعة يمكننا من تمييزه عن العقود الأخرى المشابهة له سواء التي تطرق لها القانون من عقد البيع وعقد القرض والبيع بالتقسيط وحتى الاعتماد المستندي أو العقود المشابهة له في الصيرفة الإسلامية من عقد المضاربة والمشاركة وعقود أخرى.

الفرع الأول: تكييف عقد المراجعة:

باعتبار أن عقد المراجعة من العقود الإسلامية التي استحدثتها البنوك الإسلامية فلقد اختلف فقهاء وعلماء الشريعة في تكييفها من الناحية الشرعية، وأعطى فقهاء القانون تكييف آخر لها من الناحية القانونية

أولا: التكييف الشرعي لعقد المراجعة

تعددت آراء فقهاء الشريعة في تكييف عقد المراجعة البنكية إلى عدة آراء، نجيز بعضها كالتالي:

- اتجه بعضهم إلى أن عقد المراجعة البنكية، يتكون من وعد بشراء وبيع بالمراجعة، إلا أنه يشترط أن يكون البيع بعد شراء السلعة من قبل البنك وتملك المبيع حتى لا يقع البنك في الربا¹.

- ويرى فريق آخر أنها تتكون من وعد من كلا الطرفين²: وعد من الأمر بالشراء ووعد آخر من البنك بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقا للشروط المتفق عليها بينهم، وهذا ما انتهى إليه مؤتمر المصرفي الإسلامي الأول عام 1979 واختاره مجموعة من الفقهاء.

- وهناك فريق ثالث من العلماء يرى بأن المراجعة البنكية تتكون من ثلاثة أطراف بائع ومشتري وبنك وسيط، حيث يقوم البنك بدور الممول، وهي تتطابق مع عمل البنوك الربوية، حيث يقوم البنك بدفع ثمن السلعة والتي يطلبها العميل إلى البائع نقداً، ويقبض من العميل ثمنها لها أعلى مؤجل³.

- وهناك فريق آخر يرى بأن عقد مراجعة يحتوي على نوع علاقة عقدية أو اتفاق أو أنها علاقة عقدية معلقة على شرط وهي تمر بمرحلتين: الأولى وهي طلب الأمر بالشراء، وقبول البنك له بعد دراسته، وهي ما يمكن تسميتها بمرحلة التعليق من كلا الطرفين، وقد سماها بعضهم: مرحلة المواعدة. وفي هذه المرحلة لا يتم البيع. والمرحلة الثانية يتم تحقيق التعاقد على أساس المراجعة، وطبقا لشروطها المعتمدة شرعا، فهي علاقة ثنائية وليست ثلاثية، فالبايع الأول ليس طرفا في العلاقة التعاقدية بين الأمر بالشراء والبنك، كما أن الأمر بالشراء ليس طرفا في العلاقة بين البائع الأول والبنك.

- وذهب رأي آخر على أنها مجموعة من العقود المتسلسلة الواردة على عين واحدة وأطلقوا على المشتري الأخير بالمتصرف إليه وهو الذي يعرف في الفقهاء القانوني بالخلف الخاص⁴.

ومن خلال هذه الآراء فإن تكييف علماء الفقهاء للمراجعة البنكية يلاحظ بأن أقربها للواقع والمعقول، القول الذي يرى أنها علاقة ثلاثية. ليس هذا فحسب، وإنما هي علاقة عقدية تعتمد على وجود ثلاثة أطراف وتبنى على المواعدة بالبيع مراجعة وإلى أجل، حيث أن كونها ثلاثية، فلأنها تتكون من ثلاثة أطراف وهي: الأمر بالشراء والبنك والبائع مالك السلعة (تاجر أو المورد).

¹ -أنظر: أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص77. - سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 432. - محمد سليمان الأشقر، بيع المراجعة كما تجرّه البنوك الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 6.

² -أنظر: يوسف القرضاوي، مرجع سبق ذكره، ص 32. -على أحمد السالوس، مرجع سبق ذكره، ص 709

³ - أنظر: جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مجلة الأمة، العدد 56، قطر، شعبان 1405هـ=ماي 1985م، ص60. -فريق المصري، بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجرّه المصارف الإسلامية، مجلة الأمة، العدد 61، قطر، محرم 1406هـ=أكتوبر 1985م، ص27.

⁴ -عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقهاء الإسلامي مقارنة بالفقهاء الغربي، ج5، مرجع سبق ذكره، ص 69.

أما كونها عقدية فلأنها تقوم على العقد بموضعين، الأول وهو عقد البيع الذي يعقد بين البنك والبائع (التاجر)، بقصد حصول البنك على السلعة التي طلبها الأمر بالشراء، والتي يملكها البائع حتى يتسنى للبنك بيعها مربحة للأمر بعد أن تدخل في ملكه، والثاني عقد مربحة الذي يتم بين البنك والأمر بالشراء بعد تملك البنك لسلعة¹.

وأما المواعدة، فلأن المراجعة البنكية تقوم على الوعد بين الأمر بالشراء والبنك حيث أن العميل الأمر بالشراء يعد البنك بأنه سيقوم بشراء السلعة بعد أن تدخل في ملكية البنك، والبنك يعد الأمر بالشراء بأنه يسعى لشراء السلعة ثم يبيعها له بعد تملكها.

وأما البيع لأجل فلأن الغالب في بيع المراجعة للأمر بالشراء أن يكون الثمن الذي يدفعه العميل مؤجلاً، إذ لو كان يملك الثمن نقداً لما لجأ إلى البنك ليطلب منه شراء ما يحتاج إليه.

ومما ذكر سابقاً فإن القول بأن العلاقة ثنائية غير صحيح ولا يستقيم، لأن المراجحة البنكية لا تعتمد على طرفين فقط بل لا بد من وجود ثلاثة أطراف وإن لم تجتمع هذه الأطراف بعقد واحد. كما وأن القول بأن عقد المراجعة يتكون من وعد فقط، فيه نقص وإغفال لعقد البيع الذي يعقد بين البنك والبائع، وكذلك فإن هذا القول يحتاج إلى بيان للوعد المقصود، وأنه ليس من طرف واحد بل من طرفين وهما الأمر بالشراء، والبنك.

وكما نلاحظ كذلك القول بأن المراجعة تتكون من وعدين فقط فيه كذلك نقص وإغفال لعقد البيع الذي يعقد بين البنك والبائع وعقد المراجعة الذي يعقد بين البنك والأمر للشراء. كذلك القول بأنها علاقة عقدية معلقة على شرط، ففيه إغفال ونقص للمواعدة الحقيقية التي تتشكل بين الأمر بالشراء والبنك، والتي في تسميتها شرط إبعاد لها عن وصفها الصحيح الذي ينبغي أن توصف به.

وفي الأخير مما يجدر الإشارة إليه، أن عناصر هذه العملية متداخلة، بعضها مبني على بعض، لذلك فالتكييف الصحيح لعقد المراجعة وهو ما كان يتناول جميع العناصر التي تقوم عليها مع بيان لنوع العلاقة القائمة بين تلك العناصر.

ثانياً: التكيف القانوني

أما من الناحية القانونية ومن خلال بيان الطبيعة المقررة لكل عملية من العمليات القانونية التي يتكون منها بيع المراجعة المركبة بدءاً بعملية المواعدة بالشراء من العميل للبنك أو المؤسسة المالية بالأمر بالشراء، ومروراً بقيام البنك أو المؤسسة المالية بشراء المبيع محل المواعدة بالشراء السابقة وانتهاءً بإبرام عقد المراجعة بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية.

¹ - عبد الله محمد العمراني، العقود المالية المركبة - دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع،

وقد رأى جانب من الفقهاء أن تكييفه هو مجموعة من العمليات القانونية وهي مجموعة العقود المتتابعة والواردة على مال واحد مع اختلاف أطرافها فيكيّفها الفقهاء القانوني بالسلسلة العقدية، أو سلسلة العقود المتتالية أو المجموعة العقدية¹. في حين ذهب جانب آخر من الفقهاء بأنه عقد مركب وهو ذلك العقد الذي يتضمن إلتزامين جوهريين أو أكثر، ويكون كل إلتزام مقصودا لذاته عند تنفيذ العقد، أو بعبارة أخرى أن المتعاقدين ما كانا ليبرما العقد لولا تعدد إلتزاماته الجوهرية².

ورغم تقارب وجهات النظر في التكييف بين مجموع العقود والعقد المركب، حيث يبدو للوهلة الأولى أن العقود المركبة مطابقة تماما لمجموع العقود، فهي من جهة تبرم في زمن واحد، وتهدف إلى تحقيق غاية واحدة، ومع ذلك فهي تختلف عنها من النواحي التالية³:

- العقود المركبة تتضمن إلتزامين رئيسيين جوهريين أو أكثر، لا يكون لأي منهما الهيمنة على الآخر، في حين أن مجمع العقود يتضمن إلتزاما جوهريا وحيدا، يناط به تحقيق الغاية التي قصدها المتعاقد الرئيسي، أما باقي الإلتزامات فهي لا تعدو أن تكون الإلتزامات ثانوية، مسخرة لخدمة الإلتزام الرئيسي.
- ينظر إلى العقود المركبة كوحدة متكاملة عند تكييفه، في حين أن مجمع العقود ينظر عند تكييفه إلى العقد الرئيسي المكون له، مع احتفاظ كل عقد بالتكييف الخاص به.
- مجمع العقود يتطلب دائما إبرام أكثر من عقد، أي أننا نكون أمام تعدد الإرادات، على عكس العقود المركبة التي يتم التعبير عن الإرادة مرة واحدة.

وهو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء القانوني بأن عقد المراجعة يعد من بين العقود المركب. إضافة إلى ذلك فإنه من حيث وصف العملية القانونية كونها مدنية أو تجارية فإنها تجارية، وذلك لأن أحد أطرافها يتمثل في البنك أو المؤسسة المالية في جمع العمليات المركبة لبيع المراجعة فتكون تلك المعاملات تجارية لكون تلك الأعمال تجارية بحسب الموضوع، وبالتالي فإن القانون المختص هنا هو القانون التجاري⁴، وهذا حسب المادة 2 فقرة 13 من قانون التجاري الجزائري⁵، وهذا بغض النظر عن كون العميل تاجرا أم ليس تاجرا وسواء تعلق بتجارته أو لم يتعلق بتجارته ويترتب على ذلك أحكام قانونية تتعلق بالإثبات ووسائله والتقدم وغيرها من القواعد القانونية.

¹ - نشأة نظرية المجموعة العقدية في ظل الفقهاء القانوني الفرنسي. كنظرية يراد منها وضع الحلول القانونية للمشكلات الناتجة عن تعدد العلاقات التعاقدية وتشابكها بسبب التطور، على يد الفقيه الفرنسي تيسي (Bernard Teyssie)

² - صفاء شكور عباس، التنظيم القانونية للعقد المركب في القانون المدني، مجلة الدراسات المستدامة، مج2، ع1، 2020، ص 216.

³ - عمر عمور، مرجع سبق ذكره، ص 173-174.

⁴ - القانون التجاري، مرجع سبق ذكره.

⁵ - المادة 2 من قانون التجاري الجزائري: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه: ... كل عملية مصرفية ..."

أما التكييف القانوني للوعد فقد نصت القوانين المعمول بها في بعض الدول الإسلامية التي تعمل بها بنوك إسلامية على أن الوعد عقد، وأنه ملزم، لكن تشترط هذه القوانين رضى الموعود له واتصال رضائه به إلى علم الواعد في المدة المحددة لبقاء الوعد، وتعيين المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها¹، كما هو الحال في القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري.

والوعد حسب المادة 71 من قانون المدني الجزائري يعد عقد كاملا يتم بإيجاب وقبول، وإن كان يمهد لعقد آخر يراد إبرامه نهائيا فيما بعد، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بأن الوعد بالتعاقد هو عقد، إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد الموعود به، والعناصر الأساسية التي لا ينعقد العقد بغير التراضي عليها، والمدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها². فإذا كان الوعد بإبرام عقد شكلي مستقبلا، وجب أن يتم الوعد بالتعاقد في شكل الذي يتطلبه القانون لقيام العقد الموعود به حسب المواد 71 و 72 و 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.³

إضافة إلى ذلك فإن القانون النقدي والمصرفي رقم 09-23 اعترف بالمراجعة كمنتج مصرفي مطابق للشرعية في المادة 71 وما بعدها⁴، حيث صنفه ضمن الصيرفة الإسلامية، وكذلك في التعليمات 03-2020 لبنك الجزائر، التي اعتبرته منتجاً تمويليّاً يتم على مراحل من وعد العميل وتملك البنك للمبيع وبيعه بالأجل للعميل، وقد فرضت له شروطاً دقيقة تخرجه من نطاق البيع العادي.

ومما تقدم أرى أن التكييف القانوني لعقد المراجعة هو عقد مركب، ذوا طابع تمويلي، يتكون من ثلاثة عقود، عقد الوعد الذي يتم بين العميل الأمر بالشراء والبنك أو المؤسسة المالية، حيث يقدم وعد لها على شراء المبيع في حال قبول وعده وشراء المبيع، وعقد بيع عادي وفوري يتم بين البنك أو المؤسسة المالية مع التجار أو المورد أو مالك المبيع الأول تحقيقاً للوعد السابق، حيث يملك بموجب البنك الحياة الكاملة للمبيع، ثم عقد بيع المراجعة بسيطة يتم بين البنك أو المؤسسة المالية مع العميل بعد شرائها للمبيع والاتفاق على الربح وطرق التسديد والضمانات.

وبالرغم من أن في الواقع العملي تقوم بعض البنوك بدمج الوعد مع عقد البيع في نموذج واحد. مما ينشئ عنه ظهور عقدين فقط في العلاقة الناشئ المراجعة.

¹ - فياض عبد المنعم حسنين، مرجع سبق ذكره، ص 30

² - المحكمة العليا، غرفة المدني، 1990/03/26، ملف رقم 56500: "من المقرر قانوناً أنه لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر إلا إذا عينت جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".

³ - بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سبق ذكره، ص ص 320-321.

⁴ - المواد 71 إلى 73 من قانون رقم 09-23 النقدي والمصرفي، مرجع سبق ذكره.

الفرع الثاني: تميز المراجعة على العقود المشابهة لها

يمتاز عقد المراجعة بمجموعة من الخصائص التي جعلته شبيها ببعض العقود التي تداخلت خصائصها مع خصائص عقد المراجعة، ولعل عقد البيع الذي يعتبر أساس العقود أخذ منه عقد المراجعة مجمل خصائصه باعتباره نوع من عقود البيع، كما يرى بعض الفقهاء أن عقد المراجعة ما هو في الأصل إلا عقد القرض، ويرى آخرون أنه بيع بالتقسيط، كما اختلف آخرون في أن المراجعة الخارجية والتي تعد أحد أنواع المراجعة ما هي إلا صورة من الاعتماد المستندي، وبالرغم من التشابهات مع العقود الأخرى إلا أن هناك اختلاف بينها وبين عقد المراجعة تظهر من خلال الخصوصية التي امتاز بها عقد المراجعة والتي سنحاول إظهارها في المطالب التالية:

أولاً: تميز عقد المراجعة عن عقد البيع

إن جل تعريفات عقد المراجعة تصب في صياغة واحدة وهي أنه عقد بيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح معلوم متفق عليه بين المتعاقدين¹، وحسب المادة 05 من نظام 20-02 المتعلق بالصيرفة الإسلامية² والمادة 03 من التعليم رقم 03-2020 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية³ فإن المشرع الجزائري أعطى تعريفاً لعقد المراجعة على أنه عقد بيع يقوم بين الزبون والبنك أو مؤسسة مالية. وعلى هذا الأساس فإن عقد المراجعة يخضع للقواعد العامة مثل عقد بيع وله نفس خصائص عقد البيع مع وجود بعض الاختلافات.

فتظهر أوجه الشبه بين عقد المراجعة وعقد البيع في مجموعة من الخصائص، حيث أن عقد المراجعة يعد من عقود البيع، وذلك أن معظم خصائص عقد البيع نجدها في المراجعة وهذا لأن البيع يعتبر الأصل في البيوع فخصائصه تكون في أغلب أنواع البيع وبالتالي فإن المراجعة تعتبر من أنواعه وتحمل بعض خصائصه، نذكر منها:

أ- تطابق خاصية الرضائية في عقد المراجعة مع عقد البيع، حيث أنه من المعلوم إن جميع العقود بما فيها العقود التجارية هي من العقود الرضائية أساساً، ذلك بأنها تستلزم الإيجاب والقبول لغرض انعقادها. ويتسع نطاق الرضائية في العقود التجارية أكثر من العقود المدنية لأن المشرع كثيراً ما يشترط في العقود المدنية شروطاً معينة أو إتباع نظام أو شكل خاص لانعقادها، والهدف من فرض مثل هذه القيود والاشتراطات هو لحماية مصلحة كلا الطرفين في بعض العقود ذات الأهمية التي ترتب آثاراً معينة بالنسبة لعاقديها كعقود التي ترد على العقارات.⁴

¹ - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 28.

² - أنظر المادة 05 من نظام 20-02 المتعلق بالصيرفة الإسلامية، مرجع سابق.

³ - أنظر المادة 03 من التعليم رقم 03-2020، مرجع سبق ذكره.

⁴ - سميحة القليوبي، مرجع سبق ذكره، ص 7.

فعقد المراجعة البنكية هو عقد رضائي ينعقد بمجرد توافر الإيجاب والقبول من كلا الطرفين من دون أن يتطلب اتخاذ شكل خاص به.¹

وكما هو معروف فالسكوت لا يعتبر قبولا كقاعدة عامة. ومع ذلك فإنه يعتبر قبولا في بيع المراجعة البنكية إذا كان هناك تعامل سابق بين البنك والعميل واتصل إيجاب العميل بهذا التعامل، فعندما يقوم البنك بتسليم البضاعة المتفق على شرائها للعميل ويسكت فإن ذلك يعتبر قبولا منه بالسلعة وبالحالة التي هي عليها، فهنا يعتد بسكوته فيما يتعلق بأوصافها وثمرتها من دون حاجة إلى قبول صريح منه. غير أن البعض يشترط في بيع المراجعة البنكية أن يكون طلب الشراء مكتوبا وألا يكون شفاهية وذلك لكي يتأكد البنك من جدية الطلب وبالتالي تصبح المخاطرة محسوبة، وحتى يتقاد البنك عدول العميل الأمر بالشراء عن طلبه، حيث إن كثيرا ما ينكل الأمر عن الشراء وذلك خاصة في حالة القول بعدم لزوم الوعد. ونرى أن بعض البنوك الإسلامية أو شبائيك البنوك العمومية تعد نماذج من طلب الشراء أو عقد الوعد بالشراء أو عقد البيع مربحة، لغرض تسهيل عملية الإثبات ولا يعني بالضرورة أن عقد بيع المراجعة عقد شكلي.

ب- تطابق (المعاوضة) في عقد (المراجعة) مع عقد البيع، حيث تعتبر خاصية المعاوضة من الخصائص التي تشملها أغلب عقود البيع والتي من بينها عقد المراجعة، حيث أن أحد أطراف العقد يلتزم بنقل المبيع إلى الطرف الآخر مقابل تسديد مبلغ المبيع حسب الاتفاق بينهما سواء كان المبلغ كاملا أو مقسطا، فالبنك أو المؤسسة المالية يقع عليها إلزام بنقل ملكية المبيع إلى العميل مع توفر له ضمانات استغلاله والانتفاع به انتفاعا جيدا دون تعرض، وعلى العميل دفع مبلغ مالي للبنك أو المؤسسة المالية والذي يتكون من رأسمال المبيع مضافا إليه الربح المتفق عليه.²

ج- تعد خاصية الإلزام للجانبين في عقد المراجعة من بين الخصائص التي تستمد من عقد البيع، فعقد المراجعة البنكية هو عقد ملزم لجانبين أو هو عقد تبادلي فهو يرتب منذ إبرامه التزامات على عاتق كل من طرفيه، أهمها بالنسبة للبنك أو المؤسسة المالية الإلتزام بنقل ملكية المبيع وتسليمه للعميل وأهمها بالنسبة للعميل دفع الثمن للبنك أو المؤسسة المالية حسب الاتفاق بينهما.

د- يتطابق عقد المراجعة مع عقد البيع في خاصية نقل الملكية التي تعد من الخصائص الخاصة، والتي تمثل محور البيع في حد ذاته، فنقل الملكية هو من بين الخصائص التي تميز عقود البيع عن الهبة، وباعتبار أن عقد المراجعة يعد أحد أنواع عقد البيع فهو يمتاز بنقل الملكية من البنك أو المؤسسة المالية إلى العميل الأمر بالشراء عند إتمام الإجراءات وحسب الاتفاق بينهما.

¹ - على كاظم الرفيعي، اعتدال عبد الباقي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 185

² - على كاظم الرفيعي، مرجع سبق ذكره، ص 187

ومن جهة أخرى هناك أوجه اختلاف بين عقد المراجعة والبيع، حيث تظهر خصوصية عقد المراجعة واختلافه عن عقد البيع في بعض الخصائص التي تعتبر من أساسيات عقد المراجعة أوهي ما تميزه عن عقد البيع والتي نذكر منها:

أ- **شرط ذكر الثمن ومقدار الربح:** يعد هذا الشرط من الشروط الخاصة بعقد المراجعة ولا تقوم عليه فلا يعتبر عقد مراجعة إلا بوجود هذا الشرط، حيث يجب أن يكون الثمن الأول معلوم للعميل المشتري ومقدار الربح قبل العقد، وهذا يختلف عن عقد البيع الذي يجب أن يكون الثمن معلوما للمشتري أو يمكن تحديده مستقبلا عند العقد، فالاختلاف في معرفة الثمن الأول مقدار الربح وبالتالي لا تكون هناك غموض للعميل عن الثمن في عقد المراجعة إذا يعتبر من الشروط التي يقام عليها العقد صحيحا، أما إذا كان هناك غموض أو جهالة للثمن فإن عقد المراجعة يصبح باطلا.

ب- **عقد ذو طبيعة ثلاثية :** وهذا راجع إلى وجود ثلاث أطرف في تكوينه وهم: الأول العميل سواء كان الزبون أو الأمر بالشراء والبنك أو المؤسسة المالية (الوسيط) كطرف ثاني والطرف الثالث وهو البائع والتمثل في التاجر أو المتدخل أو المورد أو صاحب المبيع، حيث يتم التعاقد في موضعين، أولهما عقد بيع يعقد بين البنك أو المؤسسة المالية مع التاجر أو المتدخل بقصد الحصول على المبيع الذي يطلبه العميل سواء كان زبون أو الأمر بالشراء، وثانيها عقد المراجعة الذي يعقد بين البنك أو المؤسسة المالية مع العميل بعد تملك البنك أو المؤسسة المالية للسلعة ودخولها في حيازته، وهو عقد يتم فيه بيع المبيع إلى العميل الأمر بالشراء بمعنى عقد بيع يفصح فيه عن ثمن شراء المبيع والربح الذي يتفق عليه المتعاقدين ليكون عقد بيع مراجعة.¹

ثانيا: تميز عقد المراجعة عن عقد القرض

شبه بعض الفقهاء عقد المراجعة بعقد القرض وهذا لتداخل بعض خصائص عقد القرض في عقد المراجعة حتى أن بعض فقهاء القانون صنفوا عقد المراجعة كعقد قرض أو أحد فروعه. فالقرض البنكي، عقد يتعهد البنك بأن يضع تحت تصرف العميل مبلغا نقديا، حيث تسلم النقود مباشرة إلى العميل أو تقيد في الجانب الدائن لحسابه"، ويملك العميل التصرف في مبلغ القرض دون قيد أو شرط دفعة أو على دفعات، ويلتزم فيه العميل برد مبلغ القرض على أقساط معينة مع زيادة وهي فوائد القرض وتتضاعف هذه الفوائد كلما تأخر العميل عن دفع القسط في موعده.²

¹ -أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 79.

² -محمد عبد المالك محسن الحبشي، النظام القانوني لبيع المراجعة المركبة (بيع المراجعة للأمر بالشراء) في القانون اليمني، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية- دورية علمية محكمة، ص763.

وقد أعطى بعض الفقهاء تعريفا للقروض البنكية "بأنها تلك الخدمات المقدمة للعملاء، والتي بمقتضاها يتم تزويد الأفراد والمؤسسات بالأموال اللازمة على أن يتعهد المدين بسداد تلك الأموال وفوائدها والعملات المستحقة عليها والمصاريف دفعة واحدة أو على أقساط في تواريخ محددة".¹

كما عرف عقد القرض بأنه: "العقد الذي يكون محله دائما شيئا مثليا، فينقل المقرض إلى المقرض ملكية الشيء المقرض على أن رد مثله في نهاية القرض، وذلك دون مقابل أو بمقابل يمثل الفائدة".²

جاء في المادة 450 من القانون المدني الجزائري، القرض: "هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض نظيره من النوع، والقدر والصفة"، ويمكن القول بأن عقد القرض عقد ما بين طرفين أحدهما المقرض والثاني المقرض يتم مقتضاه دفع مال مملوك من المقرض إلى المقرض على أن يقوم هذا الأخير (المقرض) برده أو رد مثله إلى المقرض في الزمان والمكان المتفق بينهما³،

ولقد حدد المشرع الجزائري مفهوم القرض كذلك بموجب قانون النقد والقرض⁴: "يشكل عملية قرض في مفهوم هذا القانون، كل عمل لقاء عوض، يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح شخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان...."

ومن خلال التعاريف نلاحظ أن هناك تقارب بين خصائص عقد القرض وعقد المراجعة، مما أدى إلى اختلاف آراء فقهاء الشريعة والقانون حول مدى مشروعية المراجعة وهناك من يرى أن عقد المراجعة ما هي إلا عقد قرض بفائدة وذلك بسبب قربها الشديد من القرض الربوي المحرم شرعا، والفارق الجوهرى بينهما يتمثل في وجود سلعة أو خدمة في الأولى بينما يقتصر القرض البنكي الربوي على تبادل مال بمال مع الزيادة، وهذا التشابه جعل الكثيرين يرون أن هناك تطابق بين العقدين، أي أن عقد المراجعة ما هو إلا عقد قرض ربوي مخفي، وهو بتالي تحايل على الشرع.

لذلك أوجب التفريق بينهما من حيث الفائدة والربح. حيث نرى أن الفائدة في القرض ناتجة عن إقراض الغير، فلا معاوضة فيها لأن البدلين من جنس واحد، أما الربح في المراجعة زيادة في معاوضة

¹ - زيبار الشاذلي، الآثار القانونية للوديعة المصرفية، ط1، دار الباحث للطباعة والنشر والتوزيع، 2023، ص76.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد العقود الواردة في الملكة، ج5، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص 419.

³ - سليمان ناصر، تطوير صيغ التمويل قصيرة الأجل للبنوك الإسلامية-مع دراسة تطبيقية حول مجموعة من البنوك الإسلامية، ط1، نشر جمعية التراث، القرارة، غرداية-الجزائر، 1423هـ=2002 م، ص 135.

⁴ - المادة 70 من القانون رقم 09-23 المتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سبق ذكره.

صحيحة بين نوعين من المال مختلفي الأغراض والمنافع، وأما من حيث تحديد الفائدة والعائد، حيث يكون المتعاقد في عقد القرض في موقف ضعف لاسيما إذا كان الطرف الآخر متمثل في بنك، حيث أن المتعاقد تملأ عليه شروط يحددها البنك مسبقا وبالتالي لا يستطيع التدخل في تحديد قدر الفائدة، أما في عقد المراجعة يتحدد الربح بين المتعاقدين تبعا لشروط متساوية وحسب الاتفاق بينهما¹.

وكذلك عند المقارنة بين عقد المراجعة وعقد القرض يتبين جليا أن المراجعة بديل للقرض الربوي، فالشخص أو المؤسسة التي تحتاج سلعة قد تتقدم إلى البنوك العمومية (التقليدية) دون الشبايك الصيرفة فتحصل على قرض بفائدة، أو تتقدم إلى البنوك الإسلامي أو الشبايك الصيرفة في البنوك التقليدية فتحصل عليها مرابحة. حيث يظهر بينهما فروقا منها أن محل التعاقد في المراجعة هو السلعة، فالزيادة فيها هي على سعرها، أما المحل في القرض الربوي فهو النقود، لذا تصبح المعاملة ربوية بالزيادة على القرض، كما أن القرض الربوي يزيد بزيادة الزمن، أما دين المراجعة فهو ثابت.

ومن حيث الغرض من التمويل وشرعيته حيث تقرض نقودا بصرف النظر ما إذا كانت ستستخدم في مجالات أحلها الشرع أو العكس، إضافة إلى أن هذه النقود لا يتاح لها القدر الكافي من الرقابة على إنفاق القرض في الغرض المخصص من أجل تمويله، أما المراجعة تخضع لضوابط الشرعية حيث لا يتعامل فيه إلا فيما أحله الله، كما أن المراجعة تتعامل في سلع، وبالتالي فإن الغرض من التمويل يكون واضح ولا يستخدم إلا فيما خصص من أجله².

بالإضافة إلى إن عمليات التمويل بعقد المراجعة الذي هو ابتكار إسلامي تختلف عن التمويل بالقروض الربوية، إذ أن البنك أو المؤسسة المالية في عقد المراجعة فيه مستأمن في الإفصاح عن الثمن الأصلي للمبيع ومقدار الزيادة على رأس المال أو الربح المعلوم، وتعد صيغة بيع المراجعة بضوابطها الشرعية السليمة، حيث أنه يحقق عدة منافع للعميل طالب المبيع ولا يملك كامل ثمنها حالا، والبنك أو المؤسسة المالية سواء كان بنك إسلامي أو شبايك الصيرفة الممول لعملية البيع بالمراجعة هو الذي يقوم بتوفير المبيع بالمواصفات التي يحتاجها العميل بعد أن يقبضها وتدخل في حيازته، فيبيعها للعميل الأمر بالشراء بثمنها زائدا نسبة الربح، على أن يقوم العميل بتسديد الثمن الإجمالي شاملا هامش الربح للبنك أو المؤسسة المالية على دفعات متتالية، وقد استعملت صيغة المراجعة كوسيلة تمويلية للبنوك الإسلامية أو المؤسسات المالية مكنتها من تحقيق أرباح وتلبية احتياجات التجار والصناع، بالمقابل في القروض الربوية يتلقى البنك فائدة ثابتة ترتبط بأصل القرض ومدته وتزداد الفوائد كلما زاد أجل السداد، ولا يوجد

¹ - شوقي بورقبة، التمويل في البنوك التقليدية والإسلامية، ط1، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2013، ص 98.

² - حمد محمود المكاوي، الاستثمار في البنوك الإسلامية، د.ط، دار الفكر والقانون، مصر، 2011، ص 186.

علاقة بين التكاليف التي يتحملها المتعامل عند الحصول على الإيرادات، وتكاليف الدين وأعباء خدمته من فوائد وغرامات وما تسببه من تعثر في السداد.¹

ويلاحظ أن الزيادة في القرض تعتبر فوائد استحقها البنك بسبب انتظاره وتقسيطه بدفع مبلغ القرض. بينما الزيادة في بيع المراجعة فهي على أساس الربح في البيع، والذي استحقه البنك أو المؤسسة المالية البائع بسبب عمله في قيامه بشراء المبيع من التاجر ثم بيعها للعميل الأمر بالشراء، وهو ما يقوم به البنك أو المؤسسة المالية من التأكد من وثائق المبيع. والسبب الثاني لاستحقاق البنك أو المؤسسة المالية للربح، فهو نظير ضمانته لذلك المبيع، من ضمان العيب وضمان الاستحقاق الذي لا يسقط أبدا ولا يجوز الإغفاء منها حتى يرضى العميل.²

ومهما يكن، فإن عقد المراجعة يختلف عن عقد القرض الربوي في كونه يتضمن اتفاقا بين البنك أو المؤسسة المالية وزبونه أو عميله بالرغم من اعتبار أن عقد المراجعة من هذه الزاوية كعقد إذعان لأن الزبون أو العميل لا يملك الحرية في مناقشة نسبة الربح الذي يبقى ثابتا طيلة سريان عقد المراجعة حتى لو اتفق الطرفان على تاريخ قبلي، أي أن نسبة الربح في المراجعة لا ترتبط بعامل الزمن خلافا للقروض الربوية فتظهر العلاقة بين عامل الزمن والفائدة، فكلما طالت المدة ارتفعت نسبة الفوائد والعكس صحيح فكل هذه الدلائل تجعل عقد المراجعة التي تعتمد بعض البنوك والمؤسسات المالية الذي يختلط بتنفيذه بالقروض الربوية كبديل عنها لاسيما في المجالات الاستهلاكية.³

ثالثا: تمييز بيع المراجعة المركبة عن بيع التقسيط:

البيع بالتقسيط هو نوع من أنواع البيع الذي يتفق فيه المتعاقدان على أن يدفع المشتري بعض الثمن ويسدد الباقي على أقساط تدفع في مواعيد دورية محددة، على الرغم من انتقال ملكية المبيع وتسليمه للمشتري، فهو بيع عادي ولكن أحد عناصره وهو الثمن لا يتم دفعه فورا إنما على أقساط دورية متساوية، أو تنازلية، أو تصاعدية، عادة ما تكون شهرية أو سنوية أو نصف سنوية. فهو بيع عادي يتأجل فيه الثمن ويقسم على دفعات بغض النظر عن وقت تسليم المبيع.⁴

¹ - عبد العزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية التجربة وتحديات العولمة، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 149.

² - محمد عبد المالك محسن المحبشي، مرجع سبق ذكره، ص 764.

³ - بن حملة سامي، مرجع سبق ذكره، ص 198.

⁴ - سعد زهية، الحماية الخاصة بالمتعاقدين في البيع بالتقسيط، مجلة بحوث، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 10، 2015، ص 122.

وقد عرفته المادة 157 من مجلة الأحكام العدلية¹ التي نصت على أن "التقسيط هو تأجيل أداء الدين مفرقا إلى أوقات متعددة معينة..، يتضح من المادة أعلاه أن العميل الأمر بالشراء (المشتري) يمكن له أن يقوم بتقسيط ثمن المبيع للبنك أو المؤسسة المالية (البائع)، مع ملاحظة أن هذا التقسيط يجب أن يكون محددا من حيث الأوقات، أي الأيام التي سيتم فيها دفع الثمن، وهذا إلزام مترتب على العميل الأمر بالشراء أي المشتري، فيجب بيان قيمة كل قسط من الثمن، وذلك لأنه عندما يتبايع المتعاقدان، ويتفقان على أن يكون الثمن مقسما دون قيامهم بتعيين مقدار كل قسط، فإن ذلك سيؤدي إلى فساد البيع، لوجود الجهالة التي قد تؤدي إلى النزاع.²

فبيع التقسيط فرع من البيع المطلق تباع فيه السلعة بثمن مؤجل أعلى من السعر الجاري، إلا أن الثمن هنا لا يدفع جملة واحدة وإنما بالتقسيط.³

ويتفق بيع التقسيط مع بيع المراجعة المركبة في أن الثمن يتم دفعه على أقساط دورية.

إلا أنهما يختلفان في أن الزيادة في الثمن في بيع التقسيط بسبب التأجيل بينهما في بيع المراجعة المركبة فالزيادة في الثمن إنما هو سبب المراجعة المشروطة في عقد المواعدة بالشراء، وهي من البيوع الجائزة.

كما يختلفان كذلك بالعلم بالثمن المبيع الأول أو تكلفة المبيع التي اشترى بها البنك أو المؤسسة المالية المبيع في عقد المراجعة حيث تعتبر من الأسس التي يجب العلم بها والتي يضاف إليها الربح، بينما في بيع التقسيط لا يوجد علم بالثمن الأول أو ثمن الاقتناء، بل هناك ثمن المبيع كاملا ودون تفصيل.

كما أن المراجعة التي تطبق في البنوك قد تعد تطبيقا عمليا للبيع بالتقسيط، إلا أن المراجعة يمكن أن يكون فيها الثمن نقدا أو يكون مؤجلا بخلاف البيع بالتقسيط الذي يكون فيه الثمن كله أو بعضه مؤجلا دائما.⁴

¹ -مجلة الأحكام العدلية، وضعتها لجنة من العلماء في الدولة العثمانية. وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي، وتشتمل على مجموعة من أحكام المعاملات والدعاوى والبيانات، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالأسنانة ورئاسة ناظر الديوان سنة 1286هـ، وصاغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة، ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها، وجاء مجموعها في 1851 مادة، ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة، نسخة الكترونية، من موقع <https://foulabook.com/ar/book> بتاريخ

2022/04/13 على الساعة 19:46

² -نداء خالد على، مرجع سبق ذكره، ص ص 71-72.

³ - محمد عبد المالك محسن المحبشي، ص762

⁴ - عادل عبد الفضيل عيد، البيع بالتقسيط في الاقتصاد الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص32-33.

وقد جاء في المادة 3 و9 من التعليم 03-2020 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية بأن بيع المراجعة يتم وفق الشروط المتفق عليها حيث أن المشرع الجزائري لم يحدد طريقة الدفع وتركها لحرية الأطراف ومنها يمكن أن يكون الدفع كاملاً أو بالتقسيط، إلا أنه بالنظر للواقع الفعلي لهذا العقد، نرى أن أغلبهم اعتمدوا على الدفع بالتقسيط لأنه الميزة التي تجلب إليها العميل، ولو كان باستطاعته الدفع كاملاً لما لجأ إلى المراجعة.

رابعا: تمييز المراجعة الخارجية مع الاعتماد المستندي.

يعتبر الاعتماد المستندي مجموعة من العمليات المعقدة تم استخلاصها من الأعراف المصرفية الدولية التي تم إدراجها في مجموعة النشرات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، بحيث أصبح كتقنية مصرفية منذ حوالي أواخر القرن الثامن عشر، وتوسع استعمالها نتيجة تزايد وتوسع التجارة الدولية والبحث المتواصل عن أحسن صورة لتأمين البائع المصدر ضد مخاطر عدم التسديد. والمشتري المستورد ضد خطر عدم وصول البضائع المرسله له في الوقت المناسب¹.

ولقد أشار المشرع الجزائري للاعتماد المستندي في بعض النصوص بطريقة غير مباشرة قبل النص على الإلتزام به، حيث أشار إليه من خلال نص المادة 32 فقرة 3 من نظام بنك الجزائر المتعلق بمراقبة الصرف² رقم 95-07 التي نصت على ما يلي: "يجب أن يراعى الوسيط المعتمد في قبول ملفات تعيين الموطن وأي تعهد يترتب عنه بالضرورة الدفع بواسطة تحويل العملة الصعبة إلى الخارج، على الخصوص ما يأتي: الأموال الضامنة وضمانات القدرة على الوفاء التي يقدمها زبون الوسيط، وقدرة الزبون على ممارسة التجارة الخارجية في أحسن الظروف وطبقا للقواعد والأعراف الممول بها في التجارة الدولية".

حيث أشارت هذه المادة إلى القواعد والأعراف الدولية الموحدة التي يلجأ إليها المستورد، والتي من بينها الاعتماد المستندي.

ولقد حاول البنك الوطني الجزائري إعطاء تعريف للاعتماد المستندي، حيث عرفه بأنه: "هو العملية التي من خلالها يقوم البنك المصدر بناء على طلب زبونه المستورد، بالتعهد مباشرة نحو البنك

¹ - أمين خالدي، النظام القانوني للاعتمادات المستندية (مدعم بالاجتهاد القضائي الجزائري)، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، ص 13

² - نظام بنك الجزائر رقم 95-07، المؤرخ في 23 ديسمبر سنة 1995، المعدل والمعوض للنظام رقم 92-04، المؤرخ في 22 مارس سنة 1992، والمتعلق بمراقبة الصرف، ج.ر.ج. العدد 11، والذي تم الغاءه بموجب نظام البنك رقم 07-01، المؤرخ في 03 فبراير سنة 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر.ج. العدد 31، المعدل والمتمم بنظام بنك الجزائر رقم 11-06، المؤرخ في 19 أكتوبر 2011، ج.ر.ج. العدد 08، والمعدل بنظام بنك الجزائر رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس، 2016، ج.ر.ج. العدد 17.

المراسل (بنك المصدر)، بالدفع لصالح المصدر، مقابل مستندات تثبت إرسال البضاعة أو إنجاز الخدمة تكون مطابقة للشروط الواردة في الاعتماد¹

ثم تطرق المشرع الجزائري للنظام الاعتماد المستندي في قانون المالية التكميلي سنة 2009 في المادة 69 منه، واعتبرها الوسيلة الإجبارية في عمليات الاستيراد في مجال التجارة الدولية، غير أن المشرع الجزائري تراجع عن ذلك واستثنى بعض البضائع والسلع من هذه الإجبارية². ويظهر جليا أن هدف المشرع الجزائري من إصداره لهذا الحكم الخاص (إجبارية التعامل بالاعتماد المستندي) مرده حرصه على حماية الإقتصاد الوطني الذي يتضرر كثيرا من تهريب رؤوس الأموال من وإلى الخارج³. ومنذ صدور المادة 69 في قانون المالية التكميلي أصبحت كلمة "الاعتماد المستندي" متداولة لدى المشرع الجزائري من خلال النصوص الصادرة لاحقا، من بينها القرار الصادر عن وزارة الصناعة والمناجم⁴ المتعلق بتحديد دفاتر الشروط المتعلقة بشروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، حيث تضمنت المادة 02 منه وسيلة الاعتماد المستندي: "طلبات السيارات الجديدة التي كانت محل فتح اعتماد مستندي والمقدمة قبل تاريخ إمضاء هذا القرار".

أما عن الاجتهاد القضائي الجزائري فهو يخلو من قرارات تشير إلى تعريف الاعتماد المستندي بصفة مباشرة بمعنى أن تعريفه لم يكن سببا لصدور أي اجتهاد، وإنما نجد المحكمة العليا الجزائرية عرفت عند تسبيبها لقرار صادر عنها بمناسبة فصلها في نزاع طرح عليها حول عنصر آخر من عناصر الاعتماد المستندي، حيث جاء في قرارها ما يلي⁵: "...حيث يجب التذكير أن القرض المستندي هو وسيلة

¹ - Banque Nationale d'Algérie, *les crédits documentaires-import*, (Guide utilisateur), Janvier, 2007, p2.

² - المادة 69 من الأمر رقم 09-01، المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج. العدد 44، والتي تنص على أن: "يتم دفع مقابل الواردات اجباريا فقط بواسطة الائتمان المستندي"، غير أن هذه المادة تم تعديلها لمرتين، مرة بموجب المادة 44 من قانون 10-01، المؤرخ في 26 غشت سنة 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي 2010، ج.ر.ج. العدد 49، بحيث استثنى المشرع الجزائري بعض الواردات الخاصة بمواد الصنع وقطع الغيار وكذا الواردات الخاصة بالخدمات، ومرة بموجب المادة 23 من قانون رقم 11-11، المؤرخ في 18 يوليو سنة 2011، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج.ر.ج. العدد 40.

³ - أمين خالدي، مرجع سبق ذكره، ص 15

⁴ - قرار وزارة الصناعة والمناجم، المؤرخ في 23 مارس سنة 2015، يحدد دفاتر الشروط المتعلقة بشروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، ج.ر.ج. العدد 16.

⁵ - القرار رقم 400293، المؤرخ 06/06/2007، قضية ملبنة المروج ضد شركة تكنوقادر ليميتد، الغرفة التجارية والبحرية مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2007، ص 315 وما يليها، "قضية ملبنة المروج ضد شركة تكنوقادر ليميتد، والغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا، يتعلق بنزاع تجاري بين الشركتين. القضية تتعلق بمسألة تجارية خاضعة لقانون التجارة والبحرية، وتم البت فيها من قبل الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا. يشير القرار إلى أن المحكمة العليا، بصفتها محكمة نقض، قد نظرت في القضية وأصدرت قرارًا بشأنها، وجاء في محتواها تعريفا للاعتماد المستندي"

دفع ثمن بضاعة منقولة أو معدة للنقل من طرف بنك الزبون المستورد لها للبائع مقابل تسليم مستندات تمثل تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته، وعليه فهو عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه وهو الأمر لصالح المستفيد بضمان مستندات تمثل هذه البضاعة، ويلتزم بذلك بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها بالعقد".

أن التعريف الذي جاءت به المحكمة العليا الجزائرية يعد ناقصا فهو لم يتناول مبدأ الاستقلالية الذي هو أساس التعامل بالاعتماد المستندي.

وكذلك باستقرار بعض القرارات التي أشارت فيها المحكمة العليا إلى الاعتماد المستندي نجد هناك خلط في تسمية الاعتماد المستندي فتارة تسميه "القرض المستندي" وتارة "القرض الوثائقي" وبالرغم من أن كلمة "القرض" نفسها كلمة "الاعتماد" وكلمة "مستند" نفسها كلمة "وثيقة" إلا أنه يجب التنويه بأن يكون هناك مصطلح موحد تعتمد عليه المحكمة العليا، ذلك أن القانون يعتمد على دقة المصطلحات وتوحيدها. وأن اختلاف المصطلحات قد يؤدي إلى غموض في فهم قرارات المحكمة العليا في بعض الأحيان، ووقوع قراراتها في التناقض باعتبارها محكمة قانون وليست محكمة موضوع.¹

- أوجه الشبه والاختلاف بين المراجعة الخارجية والاعتماد المستندي

تتفق المراجعة الخارجية المطبقة في البنوك الإسلامية مع الاعتماد المستندي في البنوك العمومية (التقليدية) في بعض العناصر منها:

- في الحالتين يتقدم العميل الأمر بالشراء إلى البنك أو المؤسسة المالية برغبته في الحصول على سلعة من الخارج، ويطلب من البنك أن يمكنه من الحصول عليها.

- تتكون المعاملة في الحالتين من ثلاثة أطراف: العميل (الأمر بالشراء)، والمستفيد (البائع)، والبنك.

أما أوجه الاختلاف فهي عديدة نذكر منها:

- طبيعة العلاقة بين البنك التقليدي وبين العميل هي علاقة وكالة، أما البيع فيقع من المستفيد (المصدر)

إلى العميل، وفي المراجعة الخارجية هناك أولا وعد بالشراء بين البنك والعميل، ثم عقد بيع من البائع المصدر إلى البنك، ثم عقد بيع من البنك للعميل، وأكثر الفروق إنما تنبني على هذا الفرق الجوهرية.

- تنتقل ملكية البضاعة في الاعتماد رأسا إلى العميل، أما في المراجعة فإن البنك الإسلامي يحتفظ بملكية البضاعة لنفسه.

- تعامل البنك التقليدي هو مع مستندات البضاعة ولا علاقة له إطلاقا بالبضاعة ذاتها، وأما البنك الإسلامي فإنه يتعامل مع ذات البضاعة.

¹ - أمين خالدي، مرجع سابق، ص ص 17 18

- تتحصر مسؤولية البنك التقليدي في مطابقة المستندات لشروط الاعتماد المتضمنة في خطاب الاعتماد، ولذلك لا يتحمل أي مخاطر للبضاعة، أما البنك الإسلامي فيتحمل مخاطر البضاعة حتى ساعة بيعها إلى العميل.

- مسؤولية البنك التقليدي مجردة أي منفصلة عن أي علاقات أخرى خارجة عن الاعتماد، لذلك يظل الاعتماد صحيحا حتى ولو ألغي الاتفاق الأساسي (عقد البيع) بين أطرافه، أما في المراجعة فإن البنك الإسلامي مرتبط ارتباطا وثيقا بعمليتي البيع، فهو مشتر في إحداها وبائع في الأخرى.

- يمكن لدائن العميل (طالب فتح الاعتماد) أن يحجزوا على مستندات البضاعة تحت يد البنك التقليدي، ولا يمكنهم ذلك لدى البنك الإسلامي إلا بعد نقل الملكية من البنك إلى عميله.

- تسري أحكام الاعتماد المستندي، كما هي في العرف المصرفي على العلاقة بين البنك التقليدي والعميل، ولا تسري وهذه الأحكام على العلاقة بين البنك الإسلامي والعميل لأن الأخير ليس طرفا فيه، وإنما تسري عليها أحكام الوعد بالبيع.

- يشترط البنك العمومي على العميل في الاعتماد المستندي أن يؤمن على البضاعة، ولا يقبل فتح الاعتماد إلا على هذا الأساس، أما في المراجعة الخارجية فتقع مسؤولية التأمين على البضاعة على البنك الإسلامي باعتباره مالكه.

تمثل هذه العناصر أبرز أوجه المقارنة بين العمليتين، ولعل أهم نتيجة يمكن الخروج بها من هذه المقارنة، أن البنوك الإسلامية قد استطاعت أن تستفيد من هذه الصيغة المعاصرة، باعتبارها وسيلة ناجعة، وأداة مهمة، تحقق الثقة بين المتعاملين كأداة للوفاء، ووسيلة للتمويل، وفي نفس الوقت أن تتجنب كثيرا من المحاذير الشرعية التي تكتنف التعامل بالاعتمادات المستندية كما قررتها القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية¹.

وبالرغم من أن المراجعة الخارجية تتشابه مع الاعتماد المستندي إلا أن نسبة العمل بها قليلة جدا مقارنة بالاعتماد المستندي في الجزائر وهذا راجع لحدثة استعمالها من قبل البنوك سواء الخاصة الإسلامية أو شبابيك الصيرفة في البنوك العمومية في الجزائر وكذلك لعدم وجود تنظيمات وقوانين خاصة تتعلق بالمراجعة الخارجية بصفة خاصة، وكذا وجود قوانين وتنظيمات تنظم عمل الاعتماد المستندي في البنوك العمومية ولا تتماشى مع الضوابط الشرعية للمراجعة الخارجية.

خامسا: تميز المراجعة عن عقود التمويل الإسلامية:

أن استحداث بعض الصيغ التمويلية في البنوك الإسلامية وفي شبابيك الصيرفة الإسلامية للبنوك العمومية أدى إلى تداخل هذه العقود فيما بينها وتشابكها، وهذا لقربها من الركيزة الأساسية التي تعمل بها

¹ - محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سبق ذكره، ص 12.

البنوك الإسلامية وشبابيك الصيرفة الإسلامية وهي عدم أخذها للفوائد الربوية في هذه العقود، وسوف نميز مجموعة من هذه العقود الإسلامية التي تختلف عن عقد المراجعة.

1- تميز عقد المراجعة عن عقد المضاربة

المضاربة اتفاق بين طرفين بحيث يقدم أحدهما المال والآخر الجهد في استثمار ذلك المال فيسمى الأول رب المال والثاني رب العمل على أن يكون ربح ذلك بينهما على حسب ما يشترطان، أما الخسارة فتكون على صاحب المال وحده، ولا يتحمل عامل المضاربة شيء منها مقابل ضياع جهده وعمله ما دام ذلك لم يكن عن تقصير أو إهمال¹.

ويفترض في المضاربة الأمانة والمحافظة على رأس المال باعتباره وديعة مقدمة من الطرف الآخر حيث يشترك في الربح ما لم تحصل الخسارة فعندئذ لا يؤخذ أجره في ذلك، كما يشترط أن يكون المال محل المضاربة معينا وأن يسلم إلى المضارب².

وبهذا تظهر المضاربة بالنسبة للبنوك الإسلامية كأحدى الصيغ التي يتدخل من خلالها المودعون لاستثمار أموالهم في شكل ودائع للبنوك الإسلامية التي تقوم باستثمارها بواسطة عدة صيغ كالمراجعة مثلا.

ومن جهة أخرى يأتي المضارب الذي يظهر في الغالب كمستثمر لتوظيف هذه الودائع، لذلك تعد المضاربة كألية للاستثمار والتمويل معا خلافا للمراجعة التي يغلب عليها الطابع الاستهلاكي والتمويلي فقط.

2- تميز عقد المراجعة عن عقد المشاركة

تعد عقود التمويل بالمشاركة من أهم صيغ التمويل والاستثمار، فالمقصود بالتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية هو ما يعرف بشركة العنان في المال (شركة عقود بالأموال عنان)، وذلك تحت إطار المعاملات المالية في الفقهاء الإسلامي. وهذه الشركة هي بين اثنين فأكثر، على أن يتاجروا في رأسمال مشترك بينهم. وهذا النوع من الشركة جائز باتفاق الفقهاء³.

وفي التمويل بالمشاركة⁴ يشارك البنك العميل في الناتج المتوقع ربحا كان أو خسارة، بعد أن يشتركا في إنشاء مشروع، أو استيراد معدات أو غير ذلك، وقد ظهرت عدة صور للمشاركة، ومن أهمها لمشاركة المنتهية بالتملك (المتناقصة) والمشاركة المتغيرة والثابتة.

¹ - بن مالك إسحاق، قدة حبيبة، مرجع سبق ذكره، ص 105.

² - بن حملة سامي، مرجع سبق ذكره، ص 195.

³ - أحمد شعبان محمد على، البنوك الإسلامية في مواجهة الأزمات المالية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 126.

⁴ - بن مالك إسحاق، قدة حبيبة، مرجع سبق ذكره، ص 104.

إن عقود المشاركة تعد من أهم صيغ التمويل المصرفي، غير أنها تتميز عن المراجعة في كون أن البنك أو المؤسسة المالية في المراجعة لا يكون شريكا مع العميل، إضافة إلى أنه يكون مالكا للشيء ملكية تامة، خلافا للمشاركة حيث يكون البنك مالكا بصفة مشتركة. إضافة إلى أن التمويل المالي في المراجعة يقع على عاتق البنك وحده دون مساهمة أو مشاركة العميل أو الزبون المستفيد.

في حين يتدخل باقي المساهمين أو المشاركين مع البنك في المشروع الاستثماري في صورة المشاركة، وغالب ما يظهرون كمدخرين لديه قد يكون الزبون مدخرا في البنك الإسلامي وفي نفس الوقت مشاركا معه في عملية المشاركة، وهذا ما يظهر خصوصا في الودائع الاستثمارية أو لأجل، خلافا للمراجعة حيث لا يؤثر اتفاق المودع مع البنك على حسابه الادخاري إلا في حالة عدم الملاءة.¹

3- تميز عقد المراجعة عن بعض العقود الأخرى

التطور الذي وصلت إليه التجارة في عصرنا الحالي أدى إلى استحداث وتنوع العديد من العقود التجارية التي تتعدد بتعدد احتياجات الناس ومجالاتهم، فقد تتعلق بالاحتياجات الاستهلاكية كعقد السلم، كما قد تتعلق في بعض المجالات الاقتصادية كالفلحة مثلا وهذا ما يظهر في المزارعة والمساقات أو في المجال الصناعي عن طريق عقد الاستصناع.

وهو ما ذهب بالبنوك الإسلامية التي كانت السبابة إلى استحداث هذه العقود، حيث يقوم البنك بشراء سلعة بمعرفته وخبرته ثم يبيعه لعملائه إما بالتقسيط وهو جائز شرعا وإما بالتأجير فينتفع المشتري بمنافع الشيء مع الاحتفاظ بحق التملك للمشتري بعد مرور فترة زمنية يدفع فيها أجرة فإذا أراد شراء المبيع فانه يشتريها مع حساب ما دفعه من أقساط.

هذه الصورة قد تشبه عقد المراجعة باعتبارها صورة من صور التمويل التي تضعها البنوك الإسلامية كأحد الاختيارات أمام زبائنها وعملائها. إلا أنها تختلف عن المراجعة في كون أن البنك ينقل ملكية المبيع إلى عميله أو إلى الزبون بموجب عقد المراجعة حيث يصبح المبيع مملوكا للزبون، خلافا لعقد المتاجرة أين يبقى البنك مالكا للمبيع رغم حيازة الزبون له فلا تنتقل ملكية المبيع إلا بعد انتهاء عقد الانتفاع أو الاتجار بناء على موافقة ورضا العميل، حيث يقوم بدفع قيمة المبيع كاملة بعد اقتطاع الأقساط التي كان يقدمها للبنك، كما يمكنه تجديد عقد الاتجار مرة أخرى أو إنهائه وعندئذ يبقى البنك مالكا للمبيع.

كما أن ملكية البنك للمبيع في عقد المراجعة قد تكون فعلا كما قد تكون حكما وهذا ما تجعل العملية تختلط ببعض صور التمويل التي تقوم بها البنوك الربوية لاسيما صورة الاعتماد التجاري أو البيع بالإيجار.

¹ - بن حملة سامي، مرجع سبق ذكره، ص ص 196، 197.

حيث يقوم البنك بشراء منقول لفائدة الزبون أو العميل لمدة زمنية قد تكون محددة مثلا حسب طبيعة المبيع، مقابل أقساط يدفعها العميل شهريا للبنك الذي يبقى مالكا للمبيع ما لم يقوم الطرفان عند نهاية العقد بنقل ملكيته للعميل بعد دفع الأقساط المتبقية أي قيمة المبيع.

وعليه يظهر الفرق بين المراجعة والاعتماد التجاري الذي يعتبر كعملية قرض ذي طبيعة خاصة في مجال بتمويل النشاطات الاقتصادية داخلية منها والخارجية غير أنها تتعلق بالمنقولات فقط خلافا للمراجعة التي تمول الأصول المنقولة منها والعقارية.

كما يتميز عقد المراجعة عن السلم الذي يعرف بأنه: "بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه"¹، والسلم هو عقد يتم بموجبه دفع الثمن نقدا من قبل المشتري (أي البنك) إلى البائع الذي يلتزم بتسليمه سلعة معينة محددة في أجل معلوم، فهو بيع أجل بعاجل، فالأجل هو السلعة المباعة التي يتعهد البائع بتسليمها بعد أجل محدد، والعاجل هو الثمن الذي يدفعه المشتري². وجاء تعريفه في المادة 09 من النظام رقم 20-02³، والمادة 36 من التعليمات 2020-03⁴: "هو عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية الذي قام بدور المشتري بشراء سلعة، التي تسلم له آجلا من طرف زبونه مقابل الدفع الفوري والنقدي".

حيث تقوم البنوك الإسلامية بدفع ثمن البضاعة للعميل عاجلا على أن يردها إلى البنك آجلا. ووجه الاختلاف بينهما أن في عقد السلم البنك الإسلامي لا يملك الشيء المبيع في هذه العملية وإنما يقوم بدور الوسيط بأن يصبح دائما للمشتري الذي يصبح مدينا، حيث يسدد ثمن المبيع بدلا عنه لفائدة البائع، خلافا للمراجعة حيث يمتلك البنك المبيع فعلا أو حكما ثم يقوم بنقل ملكيته إلى العميل. أما بالنسبة لصور المزارعة والمساقات والاستصناع فهي صورة يظهر من خلالها البنك كشريك في المشروع الاقتصادي، خلافا للمراجعة أين يحصل البنك على الربح من إعادة بيع المبيع للعميل.

¹ - شيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على شرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، ضبط وتصحيح: محمد بعد السلام شاهين، رب المسالك إلى مذهب مالك، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ=1995م، ص 261.

² -كمال لدراع، الصيرفة الإسلامية: أهميتها والحاجة إليها وآفاق تطبيقها في الجزائر، كتاب جماعي محكم: المالية الإسلامية في الجزائر-بين الواقع والمأمول، مخبر الدراسات الاقتصادية والمالية الإسلامية، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، الجزائر، ص38.

³ -النظام 20-02، يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

⁴ -التعليمات رقم 2020-03 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

إضافة إلى ذلك تختلف المراجعة عن الوكالات الاستثمارية التي يظهر فيها البنك الإسلامي كمستثمر سواء في أسواق القيم المنقولة أو المشاريع الاستثمارية الأخرى بدلا عن أصحاب الودائع المقدمة له. وبهذا تعد هذه الصورة الاستثمارية أكثر منها صورة تمويلية خلافا للمراجعة التي تعد صورة تمويلية أصلا.

الفصل الثاني:

أركان عقد المراجعة البنكية ومراحل تكوينه

الفصل الثاني: أركان وأصناف عقد المراجعة وإجراءات انعقاده

تختلف الأركان التي تحدد العقد حسب الخصوصية والمميزات التي يتشكل بها العقد، ولكل عقد أركان تحده إذ تعتبر الركائز التي يبنى عليها العقد، وعقد المراجعة ليس استثناء من العقود إذ تعد أركانه بمثابة الدعائم القائمة له ويتخلف ركن من أركانه يؤدي إلى بطلان العقد أو زواله، وأركان عقد المراجعة تتوافق إلى حد بعيد بأركان عقد البيع لأنه يعد أحد أنواع البيوع، وبالتالي يتكون أركانه من محل ورضي وسبب إضافة إلى ركن الشكلية الذي يفرض نفسه في هذا العقد.

باعتبار عقد المراجعة البنكية من العقود البنكية والتي تعد صيغة من صيغ التمويل الأكثر رواجاً واستخداماً في البنوك الإسلامية وهذا راجع لعدة اعتبارات وخصائص يتمتع بها العقد، فهو بنوعيه الداخلية والخارجية له أهمية اقتصادية كبرى على إقتصاد الدولة، حيث يمكن الأفراد أو المؤسسات من تلبية حاجاتهم سواء أكانت احتياجات محلية أو خارجية من خلال الحصول عليها بطريقة مشروعة عند تعاملهم مع البنوك الإسلامية أو من خلال شبائيك الإسلامية للبنوك العمومية.

ولقيام عقد المراجعة صحيحاً يجب أن تتوفر في الأطراف التي تكون العقد أركان خاصة والزامية، والتي يجب لقيامها صحيحاً قيام العقد والمتمثلة في ركن الرضا والذي يجب أن يكون صحيحاً خالياً من العيوب التي تشوبه، وكذا المحل والسبب إضافة إلى شكلية فرضتها الوثائق المختلفة لكل بنك أو مؤسسة مالية.

يمر عقد المراجعة البنكية بإجراءات لإبرامه في البنوك والمؤسسات المالية عبر مراحل يقوم بها البنك أو المؤسسة المالية مع العميل، حيث تتضمن كل مرحلة من هذه المراحل مجموعة من الخطوات التفصيلية وصولاً إلى إتمام الصفقة وعقد بيع المراجعة.

وسوف نتطرق في هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: أركان عقد المراجعة وشروطه

المبحث الثاني: أصناف المراجعة وإجراءات انعقاده في البنوك والمؤسسات المالية

المبحث الأول: أركان عقد المراجعة وشروطه

حتى يكون انعقاد عقد المراجعة صحيحا يستوجب توفر الأركان العامة اللازمة لإبرام أي عقد مع وجود أطراف العقد يعبران عن إداراتهم بالتراضي ومحل وسبب وفقا للقواعد العامة في نظرية الالتزام، وعليه سنعرض على بيان أطراف عقد المراجعة، ثم نخرج إلى أركانه والمتمثلة في ركن التراضي ثم ركن المحل والسبب، وهذه قاعدة تسري على جميع العقود مع بعض التصورات الخاصة لبعض العقود وطابعها الخاص، وقد يضيف القانون ركن آخر على خصوصية كل عقد مثل ركن الشكلية، والذي توسع نطاق استخدامه في العقود وأصبح ركن مضاف إلى الأركان الأساسية في أغلب العقود الحديثة. ثم نتطرق إلى شروط عقد المراجعة وهي شروط إلزامية لصحة عقد المراجعة منها ما يتعلق بأحد أطراف والمتمثل في البنك أو المؤسسة المالية ومنها ما يتعلق بالعقد بحد ذاته.

المطلب الأول: أركان عقد المراجعة:

تعتمد العقود على أركان أساسية لضمان صحتها وقانونيتها، وهي تختلف قليلاً من نظام قانوني إلى آخر، ووفقاً للنظرية العامة للعقود، يتأسس عقد المراجعة على أركان عامة تشكل أساس أي عقد صحيح، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية عقد المراجعة، حيث تشمل على ركن الرضا والسبب والمحل إضافة إلى الشكلية، هذه الأركان تضيف الشرعية والوضوح إلى عقد المراجعة وتجعل منه بديلاً متكاملًا يناسب متطلبات التمويل.

وبالرغم من أن عقد المراجعة باعتباره من عقود البيع فإن جل أركان عقد البيع تتطابق معه مع وجود بعض الاختلافات في شروطها وهذا راجع لخصوصية عقد المراجعة التي تداخلت فيها الشروط الفقهاء الإسلامي مع شروط القانون الوضعي.

الفرع الأول: ركن التراضي:

يعد ركن التراضي من الأركان الأساسية لأي عقد كان، وعقد المراجعة كغيره من العقود، يجب لتكوينه أن تتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين. لذا فلكي ينشأ العقد لا بد من وجود التراضي بين طرفيه العميل والبنك أو المؤسسة المالية، والتراضي هو أن يصدر من أحد طرفي العقد إيجاباً والمتمثل في طرف العميل (الأمر بالشراء/الزبون) يقابله قبول الطرف الآخر والمتمثل في (البنك أو المؤسسة المالية) على إتمام هذا العقد، ويجب أن يكون الإيجاب متطابقاً مع القبول فيما يتعلق بالمسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد، حيث يجب أن يكون تراضي الطرفين موجوداً حقيقة وأن ينصب هذا التراضي على شيء معين، إذ أن العقد يؤدي إلى إنشاء إلتزام أو حق أو تعديل الإلتزام، أو نقله أو زواله. لذا يجب أن يكون لهذا الإلتزام محل صالح لكي يرد عليه، وهذا هو الشيء المعين الذي ينصب عليه التراضي والمتمثل في المبيع والتمن.

وسنحاول أولاً تحديد أطراف عقد المراجعة، ثم عرض وجود التراضي وشروطه.

أولاً: أطراف عقد المراجعة البنكية

من المسائل الجوهرية لأي عقد هي تحديد الأطراف التي يقوم عليها العقد، حيث يعتبر أطراف العقد الركيزة الأساسية التي تظهر لنا معالم العقد وعناصره الحقيقية وحتى أنواعه، وعقد المراجعة خير دليل على ذلك، حيث نميز في هذا الجانب اختلاف بين نوعي المراجعة، ففي المراجعة القديمة نجد أنها تتكون من طرفان متعاقدان فقط وهما البائع والمشتري وهي بذلك تشبه البيع العادي.

أما في حالة المراجعة البنكية من الناحية القانونية تعتبر عقد ثنائي الأطراف بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل (الزبون أو الأمر بالشراء)، أما من الناحية الواقعية نجد ثلاثة أطراف وهم العميل (الزبون أو الأمر بالشراء)، والبنك أو المؤسسة المالية (الوسيط) والتاجر أو المورد أو مالك المبيع، والتي سوف نتطرق لها من خلال دراسة كل طرف باعتباره موضوع دراستنا.

رغم اختلاف خبراء وفقهاء القانون في أطراف علاقة عقد المراجعة البنكية، فمنهم من يرى أنها تتكون من طرفين وآخر يرى أنها تتكون من ثلاثة أو أربعة حسب نوع عقد المراجعة ثلاثة في حالة المراجعة البنكية الداخلية وأربعة في حالة المراجعة البنكية الخارجية¹، والرأي الراجح والمعتمد عند العديد من فقهاء القانون هو ثلاثة وذاك ما سنعرضه، حيث نتطرق إلى ماهية كل من البنك والمؤسسات المالية، ثم نتطرق إلى مفهوم العميل (الزبون أو الأمر بالشراء)، وفي الأخير نتطرق إلى التاجر أو المورد أو مالك المبيع.

1- البنك أو المؤسسة المالية

الطرف الأول في العلاقة التي تقوم في عقد المراجعة وهو البنك أو المؤسسة المالية الذي يعد بمنزلة الوسيط في عملية المراجعة، وهو دليل خصوصية قيام عقد المراجعة البنكية، حيث يعد وجود أحدهما شرطاً ضرورياً لهذا العقد، ورغم التشابه بين البنوك والمؤسسات المالية في بعض الوظائف إلا أن كل منها له كيان وحده ومفهوم خاص به وكذا شروط تتعلق به لذا سنعرض كل واحد منهما على حدى.

أ- تعريف البنك:

ولقد عرف البنك بأنه نوع من أنواع المؤسسات المالية يركز نشاطها في قبول الودائع ومنح الائتمان، وهي أنواع منها التقليدية (التجارية) والإسلامية، فالبنوك التجارية تعتبر وسيطاً بين أولئك الذين لديهم فائض في الأموال وبين أولئك الذين لديهم عجز في الأموال وعلى الرغم من أن البنوك التقليدية لا تعتبر الوسيط الوحيد في هذا الميدان إلا أنها تتميز بصفات معينة تميزها على غيرها من الوسطاء. وأما

¹ - ما يجدر الإشارة إليه أنه يمكن أن يكون هناك طرفاً رابعاً وهو بنك آخر، وهذا ما نراه في عقود المراجعة الخارجية حيث يكون هناك أما بنك تابع للبنك محل العقد في بلد أخرى يتم تعامل معه لجب السلعة المراد أو بنك أجنبي تتم معه الإجراءات حسب طريقة تعامله التي في غالب تكون حسب الاعتماد المستندي.

البنوك الإسلامية وهي البنوك التي لا تتعامل بالفائدة أخذاً ولا إعطاء، حيث يتلقى البنك الإسلامي الودائع من الأفراد دون الإلتزام بإعطاء فوائد، وإنما يستعمل هذه الموارد في نشاطاته والاستثمارية ليكون ذلك على أساس المشاركة في الربح والخسارة، وذلك في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية¹.

وعرف بعض فقهاء القانون البنك أنها منشأة تنصب عملياتها على تجمع النقود الفائضة على حاجة الجمهور، أو منشآت الأعمال أو الدولة لغرض إقراضها لآخرين وفقاً لأسس معينة، أو استثمارها في أوراق مالية محددة.²

وتقسم البنوك في الجزائر إلى ثلاثة أصناف وفق هيكل النظام البنكي الذي وضعه قانون النقد والقرض إلى:

أ-1- البنك المركزي:

تعددت واختلفت تعريفات فقهاء القانون للبنك المركزي، فظهر في ذلك مجموعة من التعريفات التي ترتبط مع الوظائف التي تقوم بها البنوك المركزية، ومن أهم التعريفات الشائعة للبنك المركزي هي: عرفه "سايرز" (Seyrs) بأنه "البنك المركزي هو عضو أو الجزء من الحكومة الذي يأخذ على عاتقه إدارة العمليات الخاصة للحكومة، وبواسطة إدارة هذه العمليات، إضافة إلى وسائل أخرى يتبعها يستطيع أن يؤثر في سلوك المؤسسات المالية بحيث يعضد هذا السلوك السياسة الاقتصادية للدولة"³، حيث اعتبر هذا الفقيه البنك المركزي على أنه أحد أجزاء الحكومة والمكلف الأساسي بإدارة العمليات المصرفية لها، وهو بذلك بنك الحكومة ووسيلة الدولة لتأثير على السياسة الاقتصادية فيها.

كما عرفه "شو" (W. Shaw) بأنه "البنك الذي يتحكم في الائتمان وينظمه"⁴، حيث يفهم من ذلك بأن البنك المركزي حسب هذا التعريف يقوم بوظيفة الائتمان ويتحكم في ذلك.

وقد عرف "دي كوك" البنك المركزي هو: "البنك الذي يقنن ويحدد الهيكل النقدي والمصرفي، حيث يحقق أكبر منفعة للاقتصاد الوطني"⁵، وبذلك يكون هذا التعرف شاملاً وكاملاً لجميع وظائف البنك المركزي.

¹ - كاوي محمد، البنوك الإسلامية، النشأة - التمويل - التطوير، ط1، المكتبة العصرية، مصر، 2009، ص. 13

² - شاكِر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1992، ص 25

³ - يوسف حسن يوسف، البنوك المركزية ودورها في الاقتصاديات الدول، ط1، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص25.

⁴ - زكرياء الدوري، ياسير السمراي، البنوك المركزية والسياسة النقدية، ط1، دار اليازدي العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص25.

⁵ - يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، ص 25.

ولقد شهد تعريف بنك الجزائر من طرف المشرع نوع من عدم الاستقرار منذ الاستقلال إلى غاية صدور آخر قانون 09-23 قانون النقدي والمصرفي، حيث كانت تتغير مهام البنك المركزي حسب كل تعديل للقانون ونذكر على سبيل المثال آخر تعديلات التي تناولت تعريف للبنك المركزي: -قانون النقد والقرض سنة 1990 (ملغى) المادة 11: نصت على ما يلي¹: " البنك المركزي مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي..."

الملاحظ هنا أن المشرع قد اعتبر بنك الجزائر مؤسسة وطنية فقط دون إعطائه وصف "العمومية". لقد ميز هذا القانون بين نشاط بنك الجزائر كسلطة نقدية ونشاط البنوك التجارية كموزع للقرض وبموجبه أصبح بنك الجزائر يمثل فعلا بنك البنوك ويراقب نشاطها ويتابع عملياتها، كما أصبح بإمكانه أن يوظف مركزه كملجأ أخير للإقراض²، وفي التأثير على السياسة الائتمانية للبنوك وفقا لما يقتضيه الوضع النقدي.

-الأمر 11-03 المتعلق بالقرض والنقد: عرفه في المادة 9 منه³: "بنك الجزائر مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويعد تاجر في علاقته مع الغير. ويحكمه التشريع التجاري ما لم يخالف ذلك أحكام هذا الأمر.

ويتبع قواعد المحاسبة التجارية ولا يخضع لإجراءات المحاسبة العمومية ومراقبة مجلس المحاسبة" -وفي القانون 09-23 المتضمن قانون النقدي والمصرفي المعدل للأمر 11-03 بقيت نفس المادة 9 ولم تتغير.

ويمكن إعطاء تعريف شامل لبنك الجزائر بأنه يمثل أعلى هيئة في الهرم المصرفي، يتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، يمارس مهمة إصدار النقد ومراقبة البنوك التجارية، كما يلعب دور استشاري للحكومة في المسائل المالية، وهذا بهدف تنظيم السياسة النقدية والمصرفية للدولة. إن بنك الجزائر باعتباره بنكا مركزيا فلا شك أنه يتمتع بعدة خصائص تميزه عن غيره من البنوك نذكر من أهمها أنه يعتبر المخول له بإصدار النقد كما يعتبر بنك للحكومة ومستشارها المالي، كذلك يتميز بأنه بنك البنوك.

¹ -قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج، العدد 16، صادرة بتاريخ 18 أفريل 1990 ملغى بموجب الأمر رقم 11-03.

² -ضويفي محمد، المركز القانوني للبنك المركزي، أطروحة دكتوراه حقوق، القسم الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 22

³ - الأمر 11-03، مؤرخ في 26 اغشت 2003، يتعلق بالقرض والنقد، ج.ر.ج، العدد 52، صادرة بتاريخ 27 أوت 2003 معدل ومتمم.

أ- 2 - البنوك العمومية.

عرفها المشرع الجزائري في المادة 114 من القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الملغى¹، "البنوك أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية إجراء العمليات الموصوفة في المواد من 110 على 113 من هذا القانون.

وتتمثل هذه العمليات في²:

- تلقي الأموال من الجمهور (المادة 110)

- عمليات القرض (المادة 112)

- وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل (المادة 113)

في حين أن الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض³ والذي ألغى القانون 90-10، فلم يعرف صراحة البنوك التجارية ولكن لمح إلى ذلك في المادة 70 من القانون بالقول إن البنوك هي المخولة الوحيدة للقيام بالعمليات المشار إليها في المرات من 66 إلى 68 أي تلقي الودائع ومنح الائتمان وأيضا خلق وسائل الدفع وإدارتها، وهي المواد التي تقابل من 110 إلى 113 من القانون 90-10 السالفة الذكر. وهو أيضا ما جاء في القانون رقم 23-09 المتعلق بالقانون النقدي والمصرفي⁴ الذي ألغى الأمر 03-11

يحث لمح للبنوك من خلال العمليات المخولة القيام بها في المواد من 75 إلى 82 منه. والبنوك المعتمدة في الجزائري حسب موقع البنك المركزي وهي⁵:

بنك الجزائر الخارجي (BEA)

البنك الوطني الجزائري (BNA)

بنك الفلاحة والتنمية الريفية (BADR)

بنك التنمية المحلية (BDL)

القرض الشعبي الجزائري (CPA)

الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط (CNEP)

¹ - قانون 90-10 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بالنقد والقرض (ملغى).

² - بن الشيخ هشام، **الاعتماد الإيجاري العقاري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، جوان 2006، ص 32.

³ - قانون رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

⁴ - القانون رقم 23-09 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سبق ذكره.

⁵ - موقع بنك الجزائر على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar> بتاريخ: 2022/12/16 على الساعة

أ-3-الفروع الأجنبية:

أتاح قانون 90-10 إنشاء فروع لبنوك ومؤسسات مالية أجنبية ويعود منح التراخيص لمجلس النقد والقرض الذي يقرر المنح أو الرفض وفق ما جاء في المادة 127 من القانون. وهذا الترخيص خاضع لمبدأ المعاملة بالمثل. بمعنى أنه تتم المساهمة الأجنبية في هذا المجال بإنشاء فروع تابعة لمؤسسات مالية أو بنوك توجد مقرها خارج الجزائر، وذلك بعد استقائها لمجموعة من الشروط التي وضعها قانون النقد والقرض، حيث يمكن أن تكون في شكل مساهمة في رأسمال البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري شريطة أن تكون للرعايا أو الشركات الجزائرية نفس الامتياز في البلاد الأصلية لهذه المساهمات¹.

والفروع البنوك الأجنبية المعتمدة في الجزائري حسب موقع البنك المركزي وهي:²

- بنك البركة الجزائري
- المؤسسة المصرفية العربية - الجزائر (BANK ABC)
- NATIXIS الجزائر
- SOCIETE GENERALE الجزائر
- CITIBANK N.A. الجزائر (فرع بنك)
- ARAB BANK PLC الجزائر (فرع بنك)
- BNP PARIBAS الجزائر
- TRUST BANK الجزائر (TBA)
- بنك الخليج - الجزائر (AGB)
- بنك الإسكان للتجارة والتمويل - الجزائر (HBTF)
- FRANSABANK الجزائر
- بنك السلام - الجزائر (ASBA)
- H.S.B.C. الجزائر (فرع بنك)

ب- المؤسسة المالية:

لقد تعددت المفاهيم وتعريف الخبراء للمؤسسات المالية نظرا لتنوعها وتعدد وظائفها، ومنها: عرفها بعض على أنها: "كل هيكل تنظيمي إقتصادي مستقل ماليا في إطار قانوني واجتماعي معين" كما

¹ - بطاهر علي، مرجع سبق ذكره، ص ص 43-44.

² - موقع بنك الجزائر على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar> بتاريخ: 2022/12/16 على الساعة

تعرف على أنها: "مجموعة من الموارد البشرية والمادية والمالية التي تعمل وفق تركيب معين بشكل متكامل ومهيكل من أجل أداء وظائف منطوية بها لتحقيق أهدافها".¹

كما عرفها البعض على أنها وسيط مالي يتم من خلاله توجيه الأموال من المقرضين من الأفراد والمؤسسات في الإقتصاد بهدف تقديم القروض للمقرضين وتعبئة الموارد المالية والاستثمارات، أو أنها مؤسسات تعمل على تحويل الأموال من الوحدات ذات الفائض المالي إلى الوحدات ذات العجز المالي.² وعرفت أيضا على أنها: "وحدات مصرفية أو مالية تقوم بتجميع الموارد المالية من مصادر مختلفة للقيام بأنشطة اقتصادية متعددة"³

وعلى ضوء هذه التعريفات فإن المؤسسات المالية تشمل جميع البنوك وشركات التأمين وكذا الأسواق المالية، كما عدّ البعض أن المؤسسات المالية وسيط مالي حيث تشكلت حلقة وصل بين وحدات الفائض ووحدات العجز.

وما يلاحظ من هذه التعاريف أنها لم تتوصل إلى تعريف موحد ومحدد للمؤسسات المالية نظرا لاختلاف تصنيفها، ولقد ربط أغلب فقهاء القانون تعريف المؤسسة المالية بالبنك وذلك لقيامها بنفس العمليات المصرفية، بل عدّ بعضهم أن البنوك ما هي إلا نوع من المؤسسات المالية، وفي الجهة المقابلة هناك بعض منهم أوضحوا الاختلاف والتمايز بين البنوك والمؤسسات المالية واعطوا تعريف لكل واحد على حدا من خلال فصل مهامها.

أما من الناحية التشريعية⁴، لم تورد أغلب التشريعات المقارنة تعريفا واضحا ومحددا للمؤسسات المالية، إلا أنها حاولت تعريفها انطلاقا من مهامها، مما يظهر تباينا واضحا في مفهوم المؤسسات المالية وكذا وظائفها وصلاحياتها.

¹ -علاء فرحان طالب، حيدر بوسن الموسوي، محمد فائز حسن، إدارة المؤسسات المالية، د.ط، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص20.

² - سرمد كوكب الجميل، مقدمة في إدارة المؤسسات المالية، نظريات وتطبيقات، د.ط، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017، ص9.

³ - رائد عبد الخالق عبد الله العبيدي، خالد أحمد فرحان المشهداني، إدارة المؤسسات المالية والمصرفية، د. ط، دار الأيام، عمان، الأردن، 2013، ص 24.

⁴ -سليبييل بن سماعيل، المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، تخصص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة غرداية، 2020-2021، ص14.

حيث نجد المشرع المصري لم يعرف هذه المؤسسات وإنما حددها على أنها¹: "البنوك العاملة في مصر وفروعها في الخارج وفروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر وشركات الصرافة والجهات الأخرى المرخص لها بالتعامل في النقد الأجنبي والجهات التي تبشر نشاط تحويل الأموال والجهات العاملة في مجال الأوراق المالية وفي مجال تلقي الأموال، وكذا صندوق توفير البريد والجهات التي تمارس نشاط التمويل العقاري وجهات التوريق العقاري والجهات التي تمارس نشاط التأجير التمويلي والعاملة في نشاط التخصيم، إضافة إلى الجهات التي تمارس أي نوع من أنشطة التأمين وصناديق التأمين الخاصة وأعمال السمسرة في مجال التأمين".

حيث يظهر من خلال هذه المادة أن المشرع المصري لم يفصل بين مفهوم المؤسسات المالية والبنوك.

والمشرع الفرنسي بدوره استعمل عدة مصطلحات خلاف المؤسسة المالية، فعرّفها في المادة 1-1511 L من القانون المالي والنقدي²، مستعملاً مصطلح مؤسسات القرض "Les établissements de crédit" وعرّفها على أنها أشخاص معنوية تقوم لحسابها الخاص وبحكم مهنتها بتلقي الأموال القابلة للاسترجاع من الجمهور ومنح القروض، كما استعمل مصطلح الشركات المالية في المادة 21-1511 L "sociétés de financement" وعرّفها على أنها أشخاص معنوية غير مؤسسات القرض، تقوم بحكم مهنتها ولحسابها الخاص بعمليات ائتمان ضمن الشروط المحددة قانوناً³.

أما المشرع الجزائري ومن خلال المادة 115 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض⁴ (الملغى) بأن المؤسسات المالية هي: "أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية القيام بالأعمال المصرفية ماعدا تلقي الأموال من الجمهور بمعنى المادة 111". بمعنى أن المؤسسات المالية تقوم بمهام الإقراض على غرار البنوك دون استعمال أموال الغير، وبإمكاننا القول إن رأسمالها هو الذي يحدد بشكل حاسم حجم استعمالاتها ومساهماتها في إحداث القرض وتوجيه السياسة الائتمانية بالإضافة إلى نوع معين

¹ - انظر: المادة 1، فقرة ج من قانون 80 لسنة 2002 المتعلق بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال المعدل بالقانون رقم 78 لسنة 2003، المعدل بالقانون رقم 181 لسنة 2008، ج.ر. لجمهورية مصر العربية، عدد 25 صادر بتاريخ 22 جوان 2008.

² - Art. L511-1, du *code monétaire et financier français* : « Les établissements de crédit sont les entreprises dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1.

³ - Les sociétés de financement sont des personnes morales, autres que des établissements de crédit, qui effectuent à titre de profession habituelle et pour leur propre compte des opérations de crédit dans les conditions et limites définies par leur agrément. Elles sont des établissements financiers au sens du 4 de l'article L. 511-21 »

⁴ - قانون 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج، عدد 16، الصادرة بتاريخ 18 أبريل 1990، الملغى بموجب الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

من المدخرات المأخوذة من المدخرين المحتملين وأيضا ما يمكن قوله هو أن المؤسسات المالية لن يكون بإمكانها خلق نقود الودائع نظرا لطول آجال المدخرات.¹

إلا أنه بصور الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض اكتفى المشرع بتعدد مهامها والأعمال التي لا يمكنها مباشرتها في نص المادة 72 منه، والتي بقت على حالها في المادة 79 من قانون رقم 09-23 المتضمن القانون النقدي والمصرفي (الجديد)² الذي ألغى الأمر 11-03، حيث نصت: "يمكن للمؤسسات المالية القيام بما يلي:

- عمليات الصرف.
- عمليات على الذهب والمعادن الثمينة والقطع المعدنية الثمينة.
- توظيف القيم المنقولة وكل منتج مالي، واكتتابها وشرائها وتسييرها وحفظها وبيعها.
- الاستشارة والمساعدة في مجال تسيير الممتلكات.
- الاستشارة والتسيير والهندسة المالية وبشكل عام كل الخدمات الموجهة لتسهيل إنشاء المؤسسات والتجهيزات وإنمائها مع مراعاة الأحكام القانونية في هذا المجال".
- وفي المقابل نصت المادة 78 من نفس القانون على عدم إمكانية تلقي المؤسسات المالية الأموال من العموم ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها.
- وهذا يعني أن المؤسسات المالية تقوم بالقرض ولكن دون استعمال أموال الغير، وأن المصدر الأساسي للأموال المستعملة يتمثل في رأس مال المؤسسة وقروض المساهمة والادخار طويلة الأجل³.
- في حين خول القانون 09-23 النقدي والمصرفي في المادة 80 منه، للمؤسسات المالية خلافا للأحكام القانونية المتعلقة بالاكنتاب، تلقي أموالا من الجمهور موجهة للتوظيف في شكل مساهمات لدى مؤسسة ما، وفقا لكل الكيفيات القانونية، كما في الأسهم وسندات الاستثمار وحصص الشركات والموصين في شركات التوصية أو سواها، مع خضوعها للعديد من الشروط أهمها:
- عدم اعتبار هذه الأموال كودائع في مفهوم المادة 69 من قانون 09-23 النقدي والمصرفي، بل تبقى ملكا لأصحابها، وعدم إنتاجها لفوائد، ووجوب بقائها مودعة لدى بنك الجزائر في حساب خاص بكل توظيف مزمع إلى غاية توظيفها.

¹ - بطاهر علي، اصلاحات النظام المصرفي الجزائري وأثارها على تعبئة المدخرات وتمويل التنمية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية، فرع: تحليل إقتصادي كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 43

² - قانون رقم 09-23 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سبق ذكره.

³ - سلسيل بن سماعيل، مرجع سبق ذكره، ص 16

وبالرغم من تحديد المهام لمؤسسات المالية في الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والتي بقت على حالها في قانون 23-09 النقدي والمصرفي إلا أن المشرع الجزائري أثار اللبس عند صدور قانون 05-01 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23-01¹، حيث جاء بتعريف صريح محدد للمؤسسات المالية بنصه في المادة 04 فقرة 04 من نفس القانون على أن المؤسسة المالية هي: "كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس لأغراض تجارية نشاطا أو أكثر من الأنشطة أو العمليات الآتية باسم أو لحساب زبون:

- تلقي الأموال والودائع الأخرى القابلة للاسترجاع.

- القروض أو السلفيات.

- القرض الإيجاري، ما عد القرض الإيجاري المالي المتعلق بمنتجات استهلاكية..."

حيث نلاحظ تعارض بين هذا التعريف مع أحكام قانون النقد والقرض، فنجدد يعرف المؤسسة المالية على أنها كل "شخص طبيعي.." في حين أن قانون النقد والقرض قد نص على إنشاء المؤسسات المالية في شكل شركات مساهمة تتمتع بالشخصية المعنوية. كما أنه ضمن نفس المهام الموكلة للبنوك على الرغم من أن الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، نص صراحة على عدم إمكانية مباشرة المؤسسات المالية لبعض المهام أهمها تلقي الأموال من الجمهور.

وبالرغم من هذا التعارض فسحب اعتقاد بعض الباحثين أن تعريف المؤسسة المالية الوارد في قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، يقصد به في الحقيقة " الهيئات والمهن المالية" كونه مصطلحا واسعا يشمل جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية التي تمارس الأنشطة المالية ومن بينها البنوك والمؤسسات المالية. لذلك كان على المشرع الجزائري ضبط المفاهيم والمصطلحات الخاصة بالمجال المصرفي تفاديا للعديد من الإشكالات.

ومما سبق نتوصل إلى أن المؤسسة المالية هي مؤسسة تتمتع بالشخصية المعنوية وظيفتها القيام بالأعمال المصرفية مثلها مثل البنوك، باستثناء تلقي الأموال من الجمهور ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد ألزم محافظ بنك الجزائر بتحيين ونشر قائمة البنوك والمؤسسات المالية كل سنة في الجريدة الرسمية، وحسب آخر تحيين لهذه القائمة فإن المؤسسات المعتمدة في الجزائر هي²:

¹ - القانون رقم 23-01، يعدل ويتمم القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، مرجع سبق ذكره.

² -موقع وزارة المالية: <https://www.mf.gov.dz/index.php/ar/annuaire-des-sites-2/486-institutions-financieres-specialisees>, date 26/12/2023 h 11:36

الصندوق الوطني للاستثمار FNI/BAD

المالية الجزائرية للمساهمة

الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار

شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية (SATIM)

شركة ضمان القرض العقاري

شركة إعادة التمويل الرهنية (SRH)

الشركة المالية للاستثمار والمساهمة والتوظيف

صندوق ضمان الصفقات العمومية.

الشركة الجزائرية للتأمين وضمان الصادرات

2- العميل (الزبون، الأمر بالشراء)

رغم وجود عدة مصطلحات للطرف الثاني في عقد المراجعة والمتمثل في العميل أو الزبون أو الأمر بالشراء¹، والذي يقابله المشتري في المراجعة القديمة، حيث أنه هو الذي يقوم بطلب الشراء للبنك أو المؤسسة المالية، وهو قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا²، فهو الطرف الآخر الذي ينصب اهتمامه على شراء الأشياء المعروضة للبيع من أجل تملكها والانتفاع بها بشكل خالص وكامل، وقد منح له القانون حماية خاصة في أحكام البيع يفرد بها دون البائع من خلال حق إبطال عقد البيع على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع أو التعويض الاستحقاق، في حالة عدم وجود نصوص مخالف لذلك في العقد باعتباره شريعة بين المتعاقدين، كذلك من أجل حماية أوسع للزبون فقد أشار إليه بمصلح المستهلك في قانون الاستهلاك. وهذا حتى يعزز الحماية له وفق هذا القانون.

وقد أشار المشرع في التعلية 03-2020 السابق الذكر إلى مصطلحين الأول الزبون والثاني الأمر بالشراء، حيث لم يعرف المشرع الأمر بالشراء في القوانين والتنظيمات إلا أن مصطلح الزبون تم الطرق له في عدة قوانين، لدى سوف نتطرق إلى تعريف الزبون ثم الطبيعة شخص الزبون، ثم التطرق إلى نظرة المشرع الجزائري للزبون أو الأمر بالشراء

أ- تعريف الزبون:

رغم أن هناك تعاريف متعددة وموسعة للزبون بصفة عامة في القانون إلا أننا حولنا التطرق إلى زبائن البنوك بصفة خاصة وذلك من خلال البحث عن تعريف زبون البنك، وهذا لخصر نطاق كلمة

¹ - جاء تعريف بيع المراجعة: طلب شخص يسمى الأمر، من آخر يسمى المأمور، بأن يشتري له سلعة، ويَعِدّه بأنه إذا قام بشرائها، سيشتريها منه، ويربحه فيها مقدارًا محددًا. أنظر: طلال بن سليمان بن إبراهيم الدوسري، عقود التحوط من مخاطر تذبذب أسعار العملات، جامعة الملك عبد العزيز مركز النشر العلمي، السعودية، 2013، ص 334.

² - مينة حوجو، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، 2021، ص 21

الزبون في الشخص الذي يتعامل مع البنك فقط. كما أن بعض القوانين في التشريع الجزائري أعطت مصلح أخرى يقابل الزبون والمتمثل في المستهلك والذي يعد نفسه الزبون، وهذا جاء بعد توسيع المشرع للحماية

لم يتناول المشرع الجزائري تعريف زبون البنك، بالرغم من إيراد المصطلح في نصوص قانون النقد والقرض، وحسنا فعل المشرع، ولذلك وجب علينا البحث في التعاريف الفقهية والقضائية وما جاءت به في هذا المجال، كما يلزم التعرف على طبيعة شخص الزبون إن كان طبيعيا أو اعتباري¹.

ب- طبيعة شخص الزبون:

قبل دخوله في أي علاقة مصرفية، يتعين على البنك أن يتحقق من توافر مجموعة من الشروط في المتعامل معه، سواء بوصفه شخصا طبيعيا أو معنويا.

ب-1- بالنسبة للزبون لشخص طبيعي:

يشترط في الزبون الشخص الطبيعي ما يشترط في القواعد العامة لإبرام العقود من توافر الأهلية اللازمة (أهلية الالتزام) للقيام بالتصرف القانوني، فعلى البنك التحقق من أهلية الزبون كونها تعد من النظام العام وبالتالي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على استبعادها، فلا بد أن يكون الزبون بالغا سن الرشد القانوني وهو 19 سنة كاملة² متمتعا بأهلية التصرف دون أن يصاب بعارض من عوارض الأهلية كالجنون أو السفه أو الغفلة.

كما أن الزبون المعسر لا يمكنه أيضا الإلتزام بشكل صحيح ونافذ على جماعة الدائنين في العقد البنكي، غير أنه يحق للوكيل المتصرف القضائي إذا أذن بالاستمرار في تجارة المفلس أن يفتح اعتمادا لحساب الزبون المعسر ويعتبر ذلك تعاقدًا نيابة عن التفليسة ذاتها، وإذا تم وضع أموال الزبون تحت الحراسة يمكن أن يفتح له اعتماد مصرفي بتدخل الحارس الذي يحل محله في إدارة أمواله لأن الحراسة لا تمس أهلية الزبون التي تظل كاملة وإنما تتأثر بذلك سلطاته فقط، مع ملاحظة أن الحراسة إذا فرضت على الزبون المستفيد مسبقا من الائتمان، فلا يجوز للحارس طلب استمرار الائتمان، وعلى البنك إنهائه فورا تأسيسا على تأثر الاعتبار الشخصي³.

¹ - زرواق عائشة، حماية زبائن البنك في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائري، 2019 ص 149

² - المادة 40 من القانون المدني الجزائري

³ - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة في القضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد

العربية، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، 1993، ص 441. - زرواق عائشة، مرجع سبق ذكره، ص 154.

ب-2- بالنسبة للزبون شخص معنوي:

يحق للشخص المعنوي المتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة القيام بمعاملات مصرفية بواسطة الشخص الطبيعي الممثل القانوني له، وسواء كان هذا الشخص عبارة عن شركة تجارية أو جمعية أو أي مؤسسة أخرى، فعلى البنك عند التعاقد أن يتأكد جيدا من أن ممثل الشخص المعنوي يحوز الصفة القانونية ويتصرف في حدود السلطات الممنوحة له، كما يجب عليه التأكد من صحة إجراءات تأسيس الشخص المعنوي واكتسابه الشخصية المعنوية، وله أن يطلب تقديم المستندات الدالة على ذلك كالسجل التجاري والقانون الأساسي للشخص المعنوي.¹

هذا عن الشركات بصفة عامة، أما إذا تعلق الأمر بشركات الأشخاص فإن كل شخص معني في نظام الشركة يعتبر زبونا ممثلا لها وبدون وجود أي تعيين واضح، حيث يعتبر كل شريك فيها زبونا ويحق له إدارة أعمالها بمفرده، كذلك فإن الشخص الذي يتمتع بصلاحيات الإدارة والتمثيل بحسب نظام شركات الأموال يعتبر زبونا ممثلا لهذه الشركات.²

كما تجدر الإشارة إلى أن شركة المحاصة ولكونها لا تتمتع بالشخصية المعنوية فلا يجوز لها إبرام أي تصرف قانوني مع البنك إلا من خلال الشريك المسير لها والمباشر لأعمالها. وهذا ولا يثير موضوع أهلية الشخص المعنوي فأى خلاف يذكر باعتباره شخصا اعتباريا أقر له المشرع الجزائري الشخصية القانونية بموجب نص المادة 50 من القانون المدني والمادة 544 من القانون التجاري.

يستخلص من كل ما سبق، وتبعا لما هو سائد في الواقع العملي أن لفظ زبون البنك يطلق على الشخص الذي له علاقة مع مؤسسة مصرفية ما، وبذلك يمكن تعريف زبون البنك بصفة عامة بأنه: كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بالأهلية الكاملة، دخل أو ينوي الدخول في معاملة مصرفية بخصوص الأنشطة والخدمات التي يقدمها البنك سواء كانت مستمرة أو متقطعة، بحيث يستفيد من خلالها من الالتزامات الواقعة على عاتق البنك تجاهه، وبذلك فالزبون الذي يلتزم البنك نحوه بالإعلام، فهو يلتزم أيضا تجاهه بجميع الالتزامات الأخرى، إما أثناء تكوين العقد أو عند تنفيذه.

ب-3- نظرة المشرع الجزائري للزبون أو الأمر بالشراء

ميز المشرع الجزائري بين مصطلح الزبون والأمر بالشراء في عقد المراهبة، وذلك من خلال ذكر المصطلحين في التعليمات 03-2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية السابقة الذكر، حيث أنه جاء في نص المادة 3 منها عند تعريفه لعقد المراهبة بمصطلح الزبون، وجاء بمصطلح الأمر بالشراء في الموارد 10 و11 و12 و13.

¹ - صفوت ناجي بهنساوي، القانون التجاري، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. 159.

² - نعيم مغيب، السرية المصرفية، مرجع سابق، ص. 145.

ولقد انتقد بعض الباحثين التميز الذي وضعه المشرع بين المصطلحين في هذه التعليمات لأن مصطلح الأمر بالشراء يعد من المصطلحات الشائعة والدالة على وجود هذا النوع من العقود إذ يعتبر كدليل على وجود عقد المراجعة بين البنك والطرف الآخر، أما مصطلح زبون فإنه مصطلح عام كما سبق ذكره، يدل على وجود علاقة مع البنك مهما كان نوع الخدمة سواء كانت شراء سلعة أو خدمات أخرى كقرض، سحب شيك... الخ.

3- التاجر أو المورد أو مالك المبيع (البائع الأول)

التاجر أو المورد أو مالك المبيع وهو الطرف الثالث في علاقة التي تربط البنك أو المؤسسة المالية بالعميل (الزبون أو الأمر بالشراء) في عقد المراجعة بالرغم من أنه لا يظهر فيها وهذا لأنه يكون في عقد البيع الذي يتم بينه وبين البنك أو المؤسسة المالية فقط وليس له علاقة بالعميل (الزبون أو الأمر بالشراء) وإن كانت بشكل عرضي يتمثل في حصول الأمر بالشراء على فواتير للسلع المراد شراءها منه. فالتاجر يعتبر مورداً في حالة حصوله على الترخيص التي تمكنه من استيراد السلع والبضائع من الخارج، وبذلك يجب أن يكون المورد مكتسباً لصفة التاجر إضافة إلى الترخيص، كما يمكن أن شخص طبيعياً متمثلاً في شركة تجارية أو مؤسسة أو مصنع.

وفي بعض الأحيان يكون الطرف الثالث شخصاً طبيعياً غير تاجر أو المورد كأن يكون مالك للمبيع المتمثل في عقار (أرض أو سكن) وبالتالي فالبنك أو المؤسسة المالية يتعامل مع مالك المبيع باعتباره شخصاً طبيعياً والذي يريد الأمر بالشراء الحصول على عقاره.

وعليه سنحاول عرض الطرف الثالث باعتباره تاجراً يريد البنك أو المؤسسة المالية التعاقد معه.

أ- مفهوم التاجر:

وقد اختلف فقهاء القانون في إعطاء تعريف عام وشامل للتاجر، في حالة كونه شخصاً طبيعياً أو معنوياً فإن تعريف يستند إلى الموضع والشكل وإن كان هناك عامل مشترك يجمع بينهما وهو ممارسة الأعمال التجارية¹، وينص القانون الفرنسي في المادة 1 على تعريف التاجر بأنه الشخص الذي يمارس الأعمال التجارية ويجعلها حرفة معتادة له، فمفهوم العمل التجاري طغى على تعريف التاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

عادة يقوم التاجر بعرض مبيعاته في المحلات التجارية وغيرها وفي أغلب الحالات يكون التاجر إما شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً (شركة أو مصنع...) ، وفي هذه الحالة ينبغي عليه أن يكون مقيد في السجل التجاري، حتى يسهل مسأئلته عن ما يبيعه تجاه المشتري والدولة (الضرائب)، حيث ألزم

¹ - الأعمال التجارية وهي كل ما يقوم به التاجر من أعمال لها علاقة بتجارته وأعمال المضاربة الهادفة للربح سواء كان القائم بها تاجراً أم لاو كل عمل مرتبط أو مُسهل لعمل تجاري والأعمال التي ينص القانون على اعتبارها أعمالاً تجارية.

المشرع الجزائري في المادة 9 و10 من القانون التجاري¹ كل شخص له صفة تاجر سواء كان طبيعياً أو معنوي بمسك الدفاتر التجارية، لكن قد يكون البائع تاجراً أو بائعاً عرضياً²، مثلاً هؤلاء الباعة يصعب تصنيفهم ومسائلهم قانونياً لأن في الغالب يمنعهم القانون من ممارسة البيع، لكن كونهم يمارسون البيع بطريقة عرضية أو غير شرعية في ما يسمى بالسوق السوداء، هذا لا يمنع من حملهم صفة البائع، عندها يلتزم كبائع تجاه المشتري بمجموعة من الالتزامات التي حددها المشرع تحديداً خاصاً ودقيقاً تشكل في مجملها حماية للمشتري لأنه الطرف الأضعف في عقد البيع لذلك خصه المشرع بحماية خاصة والمتمثلة في العلم الكافي وضمان العيب الخفي وضمان التعرض والاستحقاق.

وقد أعطى عدت تسميات للبائع وفق القوانين والتشريعات التي جاء بها المشرع الجزائري، فقد وصف بالتاجر الذي يمتن الأعمال التجارية، وهذا على خلاف الشخص الذي يقوم بالأعمال المدنية فإنه لا يعد تاجر ولا يكتسب هذه الصفة، حيث يمكن إثبات صفة التاجر بكافة طرق الإثبات، ولقاضي الموضوع سلطة استنباط القرائن الدالة عليها، ويترتب على اكتساب صفة التاجر آثار ونتائج قانونية هامة، إذ يصبح هذا التاجر ملزماً بالتزامات معينة، لا يخضع لها الرجل العادي، مثل مساك الدفاتر التجارية، والقيد في السجل التجاري، وشهر إفلاسه عند توقيعه عن الوفاء بديونه التجارية إلى غير ذلك من الأحكام الخاصة بالتجار³.

كما وقد وصف أيضاً التاجر بالمحترف وبالبائع أو المورد أو المهني أو المتدخل وهذا حسب المرسوم تنفيذي رقم 90-266 يتعلق بضمان المنتجات والخدمات (الملغى) الذي يأخذ عدة أوصاف فقد يكون هو البائع أو المنتج أو الموزع أو صانع أي متدخل في إطار العملية الاستهلاكية⁴، كما نصت المادة 3 فقرة 7 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في تعريف المتدخل على أنه⁵: "المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك".

¹ -المادة 9 و10 من القانون التجاري، مرجع سبق ذكره.

² -البائع العرضي كباعة الطرق والأرصفة والبائع المتجول، وحتى مالك العقار أو المبيع الذي يرد الأمر بالشراء شرائه من البنك بعقد المراجعة.

³ -نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2004، ص 54

⁴ -المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 29 صفر عام 1411هـ الموافق ل 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج.ر.ج، العدد 40، صادرة في 15/09/1990 (الملغى) عرف "المحترف": هو كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك"

⁵ - القانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج. العدد 15، صادرة

بتاريخ 08/03/2009

كما يعد بائعا العون الاقتصادي حيث نصت المادة 3 من نفس القانون رقم 02-04 على أنه¹: "1- عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أين كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"

وما نلمسه مما تقدم وما تطبقه البنوك والمؤسسات المالية في عقد المراجعة فإنها تعقد مع تاجر أو بائع أو متدخل أو مستورد² وهو كل شخص يقوم باستيراد المنتجات من الخارج إلى الجزائر، ويعتبر من المتدخلين نظرا إلى موقعه الحساس ضمن العملية الإنتاجية، حيث يمكن أن يدخل الوطن منتجات خطيرة وغير مطابقة للمواصفات، لذا أوجب المشرع عليه أن يراعي عند استيراد المنتجات توفر المواصفات القانونية والدولية المعمول بها، حتى يتأكد من أن المنتج مستوفي لشروط السلامة. ومهما كانت صفة الطرف الذي يعقد معه البنك أو المؤسسة المالية في المراجعة للشراء يجب أن يكون مقيد في السجل التجاري، وهذا لتكون جميع الإجراءات التي تتم معه قانونية ووفق التشريع المعمول. إلا أنه يوجد استثناء في حالة كان المبيع عقار مملوك لشخص طبيعي غير تاجر فهنا يكون الشراء بصفة عادية ولا يتطلب أن يكون الشخص مقيد في السجل التجاري إلا إذا كان مسجلا من قبل. وبالرغم من اختلاف التسميات التي تقع على التاجر إلا أن هناك شروط فرضها عليه المشرع طبق للقانون التجاري لاكتسابه الصفة التجارية والتي لا تقوم إلا بتوفرها مع إلزامه بالتزامات تقع على عاتقه وهي:

ب- شروط والتزامات التاجر

نظرا للدور الرئيسي الذي يقوم به التاجر والأهمية التي يتميز بها في الجانب الاقتصادي للدولة، فقد عمدت مختلف التشريعات لتنظيم هذه المهنة حيث سطرت له عدة شروط لاكتساب هذه الصفة والتزامات قصد ممارسة نشاطه التجاري وهي تختلف من بلد إلى آخر، وسوف نتطرق إلى أهمها:

ب-1- شروط اكتساب التاجر للصفة التجارية

وهي مجموع من الشروط فرضها المشرع على الشخص سواء كان شخص طبيعي أو معنوي وتتمثل في:

- القيام بالأعمال التجارية أو احترافها على وجه الامتثال

- أهلية الاتجار: لاكتساب صفة التاجر يجب أن يكون الشخص له أهلية الاتجار.*

¹ - المادة 3 من قانون رقم 02-04 المؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج. العدد 41، الصادرة في 2004/07/23.

² - المرسوم التنفيذي رقم 05-467 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005، يحدد شروط مراقبة ومطابقة المنتجات المستوردة عبر الحدود وكيفية ذلك، ج.ر.ج. العدد 8، الصادرة في 2005/12/11.

* سوف نتطرق لها في ركن التراضي من هذه المذكرة.

ب-2- التزامات التاجر

بتوفر الشروط القانونية لاكتساب الصفة التجارية يتعين على الشخص سواء الطبيعي أو المعنوي المراد لمزاولة النشاط التجاري والحصول على صفة التاجر القيام بالتزامات يجبرها المشرع عليه حتى تنظم هذه المهنة وهي الالتزام بمسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري:

ب-2-1- مسك الدفاتر التجارية: يتوجب على التاجر إمساك الدفاتر التجارية¹. والدفاتر أنواع وهي

***-الدفاتر الإلزامية:** وهي تتمثل في دفترين:

1-دفتر اليومية: والذي يعد من أهم الدفاتر التجارية، يسجل فيه التاجر جميع العمليات المالية التي يقوم بها²، وحسب المادة 9 من القانون التجاري³.

2- دفتر الجرد: وهو دفتر الزم المشرع الجزائري على كل تاجر بمسكه⁴، وذلك حسب نص المادة 10 من القانون التجاري الجزائري⁵.

***-الدفاتر الاختيارية:** وهي مجموعة من الدفاتر التي يمسكها التاجر إضافة إلى الدفاتر الإلزامية، إلا أنها اختيارية تبعا لطبيعة تجارته ومنها: - دفتر المسودة، دفتر الأستاذ، دفتر الأوراق التجارية، دفتر الصندوق أو الخزنة، دفتر المخزن.

ب-2-2- القيد في السجل التجاري: والمشرع الجزائري تناول آثار التسجيل وعدمه في الأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري وخصص له المواد من 21 إلى 28، والذي تم تعديله بموجب الأمر 15-20، إضافة على ذلك خصص في القانون 04-08 المتعلق بشروط الأنشطة التجارية، وكذا بعض القوانين والتنظيمات الأخرى.

ثانيا: وجود التراضي:

لا يقوم العقد إلا بوجود التراضي فهو أساس العقد وقوامه، ويقصد به اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، ولقيامه لا بد من وجود إرادة لشخص محدد يتجه إلى إحداث أثر قانوني معين وأن يخرج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها، وأن تتطابق مع إرادة أخرى.

والتراضي في عقد المراجعة يظهر من خلال تطابق الإيجاب مع القبول، والإيجاب هو العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر، أو آخرين بقصد إبرام عقد ما، للحصول على قبول هذا العرض وبالتالي إنشاء العقد. وبعبارة أخرى، الإيجاب تعبير نهائي عن الإرادة يتم به العقد، وإذا ما تلاقى معه قبول. وقد عرفته

¹ - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل، مرجع سبق ذكر، ص 141.

² - عمار عمورة، مرجع سبق ذكره، ص 115.

³ -أنظر: المادة 9 من القانون التجاري الجزائري، مرجع سبق ذكره.

⁴ -عمار عمورة، مرجع سابق، ص 116.

⁵ -أنظر: المادة 10 من القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق.

محكمة النقض المصرية بأنه "عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"

ولكي يعتبر العرض إيجاباً يجب أن يتضمن العقد المراد إبرامه مجموعة من العناصر الأساسية التي لا بد من توافرها لإبرام العقد.¹

أما القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب برضاه عن العرض الذي تقدم به الموجب. فالقبول هو الموافقة على إنشاء العقد، بناء على الإيجاب، وغالباً يتأخر صدوره عن صدور الإيجاب ويسمى الإرادة الثانية والإيجاب هو الإرادة الأولى.²

ويشترط في القبول حتى ينعقد أن تتوفر فيه الإرادة واتجاهاً إلى إحداث أثر قانوني والتعبير عنها. فالإيجاب في عقد المراجعة يصدر غالباً من العميل سواء كان الأمر بالشراء أو الزبون حسب الحالة، الذي يتقدم إلى البنك أو المؤسسة المالية طالبا منه شراء سلعة معينة بمواصفات محددة مقرّونا بوعده منه في حالة أن البنك أو المؤسسة المالية إذا امتلاك السلعة وصارت تحت تصرفه، فسيقوم العميل الأمر بالشراء بشراء تلك السلعة مربحة، بسعر أعلى من السعر الذي اشترى به البنك أو المؤسسة المالية. ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في تطابق الإيجاب والقبول: "فيجب إذا أراد أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه، وهو البيع. فلو قصد أحدهما رهنا وقصد الآخر بيعاً... فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن..."³

إذ لا يكتمل الإيجاب دون اقترانه بقبول يفضي إلى اتفاق المتعاقدين على الصيغة النهائية للعقد وإتمامه، وهذا ما جاء في المادة 89 من قانون المدني الجزائري: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد". وعليه فإنه إذا صدر القبول وطابق الإيجاب الذي كان قائماً، مطابقة تامة فإن العقد ينعقد بين طرفيه، وهذا لا يكون إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب، فإذا كان الإيجاب قد سقط لسبب أو لآخر عند صدور القبول أو حتى لو كان الإيجاب قائماً عندئذ ولكنه سقط قبل أن يتصل القبول بعلم الموجب فإنه لا يحصل اقتران القبول بالإيجاب، ومن ثم لا ينشأ العقد، لأن القبول هنا لا يصادف محلاً بسبب زوال الإيجاب.⁴

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة-دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط منقحة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2021، ص108

² - نفسه، 114.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الملكية، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص43.

⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة، مرجع سبق ذكره، ص117.

وفي المراجعة يكون رضى العميل غالباً بمجرد الموافقة على النموذج الذي يحرره البنك أو المؤسسة المالية، لذا يراه بعض الفقهاء إذعائاً لتعذر مناقشة الشروط الجوهرية في العقد ولكونها تتشابه بين بنك وآخر، ولكون التعامل مع البنوك أصبح لا غنى عنه في الحياة الحديثة بل انه كثيراً ما يوقع العميل على بيان يفيد أنه اطلع على شروط معينة وأنه قبلها في حين انه لم يطلع عليها فعلاً أو أنه لم يفهم المراد منها، وكثيراً ما يكون رضى العميل مستقداً من مجرد تنفيذه التزامه الناشئ من العقد.

فقد وصف بعض فقهاء القانون بأن أغلب العقود المصرفية عقود إذعان، بالرغم من أن مثل هذا القول على إطلاقه فيه الكثير من الإجحاف، وهو صحيح في بعض أنواع العقود وفي بعض الدول، ولكن في دول أخرى حيث هناك عدد كبير من البنوك المتنافسة والتي تعمل بأساليب مختلفة، فإنه لم يعد صحيحاً القول بأن الخدمة المقدمة واحدة ومتطابقة لدى جميع البنوك.

ثالثاً: شروط التراضي

من الشروط التي يفرضها المشرع الجزائري في التراضي وهي أهلية أطراف العقد وصحة الإرادة من العيوب وتلاقي الإرادتين:

1- أهلية التعاقد:

أهلية التعاقد هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب تلك الحقوق والالتزامات، يستوجب عقد المراجعة توفر أهلية بالنسبة لأطرافه حتى يقوم العقد صحيحاً وتتمثل هذه الأهلية في أهلية كل من البنك أو المؤسسة المالية وأهلية العميل (الزبون أو الأمر بالشراء)، كذلك يجب توفر أهلية المورد أو البائع الأول حتى يكون العقد الأول بين البنك أو المؤسسة المالية والبائع صحيحاً لاستكمال صحة عقد المراجعة.

أ- أهلية العميل (الزبون أو الأمر بالشراء):

تتمثل الأهلية بالنسبة للعميل سواء كان زبون أو أمر بالشراء المستفيد من المراجعة، فإن الأهلية الواجب توافرها فيه هي أهلية التصرف (الأداء) ذلك أن هذا المستفيد يكون طيلة مدة عقد المراجعة ملتزماً بدفع قيمة الثمن والمتمثلة في الأقساط خلال مدة من الزمن حسب الاتفاق بينهما، حيث يدخل في ثمن الأقساط ثمن شراء المبيع والمصاريف والنفقات التي تكبدها البنك أو المؤسسة المالية في سبيل إبرام هذه الصفقة، إضافة إلى هامش ربح معلوم.

وباعتبار أن العميل (الزبون أو الأمر بالشراء) يمكن أن يكون شخصاً معنوياً أو شخصاً طبيعياً فإنه في الحالة الأولى لا يشكل إشكالا باعتبار أن الشخص المعنوي يجب أن تتوفر فيه أهلية الأداء.¹

¹ سوف نتطرق لهذه الأهلية في النصر الموالي (أهلية البنك أو المؤسسة المالية)

أما بالنسبة للشخص الطبيعي فإن الإشكال الذي يقع في تحديد سن الشخص وهل هو قاصر أو مميز وكذا الحالة النفسية له مصاب بعته أو ذا غفلة ... الخ.

وقد ميز المشرع الجزائري الشخص الطبيعي فحدد أهليته في المادة 40 من القانون المدني بـ 19 سنة كاملة، أما المادة 43 من نفس القانون فقد نصت على أن كل من بلغ سن التمييز وهو سن 13 سنة دون بلوغ سن الرشد أو من بلغ سن الرشد لكنه مصاب بالسفه أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.¹

كما يمكن للقاصر المميز الذي يبلغ 18 سنة كاملة حسب المادة 05 من القانون التجاري الجزائري² أن يكون أهلا لممارسة الأعمال التجارية ومنها عقد المراجعة مع البنوك أو المؤسسات المالية، بعد الحصول على إذن من وليه، ويتمثل هذا الولي في الأب ثم الأم ثم مجلس العائلة وبعد صدور هذا الإذن للقاصر يتم في مرحلة ثانية المصادقة على هذا الإذن من طرف رئيس المحكمة المختصة.

وبالرغم من وجود إشكال حول ما يتعلق بمعرفة حدود الإذن، هل هو إذن مطلق أم إذن مقيد، فإن نص المادة 5 من القانون التجاري الجزائري لم يخصص حدود هذا الإذن بل تركه مطلقا دون قيد، لكن بالمقابل نجد في المادة 6 من نفس القانون³ التي تنص على أنه: "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5، أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم.

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية".

من خلال هذا النص، نلاحظ أن الإذن الممنوح للقاصر، غير مطلق في كل الأحوال حيث أنه مقيد في بعض التصرفات ومنها بيع الأموال والتي يجب عند القيام بها مراعاة أشكال وإجراءات قانونية خاصة بها.

ب-أهلية البنك أو المؤسسة المالية

عقد المراجعة طبقا للقواعد العامة يعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ويعتبر من أعمال الإرادة، فإنه يكفي في البنك أو المؤسسة المالية توافر أهلية الإرادة، ذلك أن عقد المراجعة من شأنه نقل

¹ -المادة 43 من قانون المدني الجزائري: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها، أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

² - المادة 5 من القانون التجاري: "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاوله التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم،

- ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

³ -انظر: المادة 6 من القانون التجاري

ملكية المحل (المبيع) إلى العميل (الزبون أو الأمر بالشراء) أمر إلزامي وهذا من خلال إلزام البنك أو المؤسسة المالية بتسليم المبيع إلى العميل.

كما وتتعلق أهلية البنوك أو المؤسسات المالية في التعاقد بصلاحياتها لتقديم خدمات مالية وإبرام عقود مالية وتحدد الأنظمة والقوانين شروط الأهلية للتعاقد. ولذلك فإن الأهلية الواجب توافرها في البنك أو المؤسسة المالية هي أهلية "الأداء" باعتباره ملزم بتنفيذ وعده بالبيع للعميل بعد إبرام العقد.

وحسب القانون فإن البنك أو المؤسسة المالية يعتبر شخصية اعتبارية يمثلها المدير العام أو نائبه أو وكيل من طرف البنك يشترط فيه الحصول على الأهلية، حيث يعترف المشرع الجزائري للشخص المعنوي بالأهلية القانونية في المادة 50 من قانون المدني الجزائري¹ التي تنص: " يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق، إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون ويكون لها خصوصا:

- ذمة مالية،
- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون،
- موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها،
- الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر،
- نائب يعبر عن إرادتها،
- حق التقاضي."

ومن هذه المادة نستنتج الملاحظات التالية²:

- أن الشخص المعنوي يكتسب نفس الصلاحيات الممنوحة للشخص الطبيعي، ماعدا منها ما كان ملازما لصفة الإنسان، وتتمثل هذه الصلاحيات بالخصوص في أهلية الشخص المعنوي للتوكيل إذا مارس وظيفته في عقد المراجعة كطرف ثاني.
- إن الأهلية الكاملة بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية، تكون عند الإلتزام بأحكام القانون من حيث إنشاء البنك كشركة مساهمة وإشهارها وإدارتها، وحصولها على الترخيص.
- إن أهلية الشخص المعنوي تكون في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون.
- وبذلك فالبنوك أو المؤسسات المالية التي يتضمن قانونها الأساسي السماح له بإجراء عقود الصيرفة الإسلامية (عقد المراجعة) مثل البنوك الإسلامية يكون بالتالي مرخص لها إبرام عقد المراجعة.

¹ - المادة 50 من القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

² - زقاري آمال، عقد المشاركة في المصارف الإسلامية، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2010-2011، ص ص 36، 37.

أما البنوك أو المؤسسات التي لا يتضمن عقده التأسيسي لها النص على إبرام عقود الصيرفة الإسلامية مثل البنوك العامة، فليس له الأهلية لإجراء هذا العقد إلا بعد الحصول على ترخيص من البنك المركزي وفتح شبائيك الصيرفة الإسلامية.

إضافة إلى ذلك هناك موانع أهلية تعاقد الشخص المعنوي أي البنك أو المؤسسة المالية، والتي تتعلق بالشروط الأخلاقية، نصت عليها المادة 80 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض¹، والتي تقابلها المادة 87 من القانون 09-23 المتضمن القانون النقدي والصرفي.

ج-أهلية التاجر أو المورد (مالك المبيع):

لقد سبق القول بأن الطرف الثالث في العلاقة عقد المراجعة وهو إما أن يكون تاجرا أو موردا أو شخص طبيعيا مالك للمبيع، حيث أن أهلية الشخص الطبيعي ترجع للقواعد العامة في القانون المدني، أما في حالة التاجر أو المورد فهو في تعامله هذا يكون تاجرا لدى وجب توفر شرط أهلية التاجر، ولقد عرفت المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري التاجر بأنه: "يعد تاجرا كل شخصي طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"، كما يشترط في العمل التجاري بعض الشروط الأساسية وهي الاعتیاد، القصد، الاستقلال.

وبما أن الأعمال التجارية ترتب التزامات على التاجر كان لزاما أن يتمتع هذا الأخير بأهلية تمكنه من تحمل هذه الالتزامات.

إن احتراف أي شخص للتجارة لا يعني بالضرورة أن هذا الشخص قد أصبح تاجرا أي أنه اكتسب الصفة التجارية، وحتى يكون كذلك يجب أن تكون لديه الأهلية اللازمة إلى جانب احترافه لعمل تجاري ما. إن الأهلية ترتبط بالقدرة على التمييز فإذا انعدم التمييز انعدمت الأهلية وإذا نقص التمييز نقصت الأهلية، وبما أن الأعمال التجارية مرتبطة بتصرفات الشخص فإنه يتوجب على هذا الأخير إذا احترف التجارة أن تكون لديه الأهلية اللازمة لترتيب الآثار القانونية على التصرفات التي يقبل بالقيام بها.

وبما أن التاجر يمكن أن يكون شخص معنوي أو شخص طبيعي فإنه يجب أن تتوفر فيه نفس الأهلية للشخص المعنوي والشخص الطبيعي (التي تم ذكرها سابقا).

وبما أن من التاجر أو المورد لا يعتبر طرفا في عقد المراجعة إنما طرفا في عقد البيع المبرم بينه وبين البنك أو مؤسسة مالية المشتري، فإنه من الطبيعي ألا توجد علاقة مباشرة بين التاجر أو المورد والعميل المستفيد من عقد المراجعة.

¹ -أنظر: المادة 80 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض (الملغى)، تقابلها المادة 87 من القانون 09-23 المتضمن القانون النقدي والصرفي، مرجع سبق ذكره.

لكن رغم هذا فإن أغلب الرأي مستقر على حق العميل في الرجوع المباشر على التاجر أو المورد بموجب عقد البيع الذي بين البنك أو المؤسسة المالية مع التاجر أو المورد بالضمان أو الرجوع على أساس الاشتراط لمصلحة الغير في حالة وجود عيب بالمبيع.¹

2- صحة الإرادة من العيوب:

والشرط الثاني لاستكمال صحة العقد لا بد من خلوه من عيوب الإرادة بالنسبة للطرفين لجميع الأطراف ففي العقد الأول والذي يعد عقد بيع بين التاجر والبنك أو المؤسسة المالية يجب أن يكون عقد خالي من عيوب الإرادة حتى يصبح عقد صحيح وهو أيضا أحد شروط عقد المراجعة، أما في العقد الثاني والذي يتم بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية وهو كذلك يتوجب صحة الإرادة فيه حتى يكون عقد صحيحا مستوفي الشروط القانونية والضوابط الفقهية لعقد المراجعة.

أن التراضي السليم أساس عقد المراجعة حتى يستقر العقد وتستقر معه المعاملة الاقتصادية أو التجارية، حيث يعد العقد قوام الإقتصاد والتجارة من خلال تحقق التنمية الاقتصادية والبشرية، لكن رضا أحد المتعاقدين قد تعترضه عيوب تهدد سلامته من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال الذي يؤدي إلى الغبن، هذه العيوب التي تعيب الرضا عند إبرام العقد، وقد حدد المشرع الجزائري على سبيل الحصر حين أدرجها في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام، وعليه فإنه إذا شاب رضا أحدا أطراف عقد المراجعة عيب من عيوب الرضا كان له أن يطالب بإبطال العقد على أساس هذا العيب الذي وقع فيه.

ورغم اختلاف عيوب الرضا إلا أن بعضها متداخل مع بعض الآخر، وقد عزز المشرع الجزائري من وسائل حماية رضا الأطراف المتعاقدة خاصة في عقد المراجعة وذلك من خلال الالتزامات المفروضة على الطرفين، حيث أن هذه حماية لطرفي العقد من عيوب الرضا يجب أن تكون حماية متعادلة، والقانون عادل هذه الوسائل لحماية كلا المتعاقدين مهما كان وصف العقد. من جانب آخر يستطيع الطرفين اللجوء إلى هذه الوسائل بصفة متعادلة ومتساوية دون تمييز على عكس القواعد الحماية الخاصة التي تميز بين أطراف العقد.²

3- تلاقي الإرادتين (الإيجاب والقبول) في عقد المراجعة:

يبرم عقد المراجعة بتلاقي إيجاب وقبول، ويتمثل الإيجاب في طلب³ الذي يقدمه العميل الأمر بالشراء لمبيع معين من البنك أو المؤسسة المالية، ويأتي القبول على هذا الطلب من طرف البنك أو

¹ - بن شيخ هشام، مرجع سابق، ص 44

² - يمينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 34.

³ - في أغلب البنوك والمؤسسات المالية يتمثل "طلب" في أمر بالشراء معد مسبق كنموذج من طرف البنك أو المؤسسة المالية، أنظر الملحق رقم 10.

المؤسسة المالية بعد دراسته وفق ضوابط محددة تفرضها تتمثل في جملة من البيانات الواجب تقديمها، ذلك أن البنك أو المؤسسة المالية يعمل على فحص هذه البيانات وكافة المستندات¹ المرفقة مع طلب، ثم يتخذ قراره إما بالقبول أو بالرفض، فالأمر يخضع لتقديره دون إلزام عليه، فإذا اتخذ قراره بالقبول انعقد عقد الوعد بالمراجعة، ويجب أن يرد الرضا على كافة بنود عقد الوعد بالمراجعة كمرحلة أولى.

أ- بيانات التي يقدمها العميل المتعلقة بشخصيته:

يلتزم العميل بأن يقدم للبنك أو المؤسسة المالية مجموعة من البيانات سواء كانت مدرجة في نموذج "أمر بالشراء"² بالنسبة للشخص الطبيعي: الاسم، اللقب، تاريخ ومكان الميلاد، العنوان... بالنسبة للشخص المعنوي: اسم المؤسسة، عنوان المؤسسة، مقر المؤسسة.... أو من الوثائق التي يطلب إرفاقها مع الطلب للبنك أو المؤسسة المالية، بالنسبة للشخص الطبيعي: نسخة من بطاقة التعريف، شهادة ميلاد، كشف راتب... بالنسبة للشخص المعنوي: سجل تجاري، رقم الجبائي، رقم الأعمال، نسخ من الميزانية....

ب- بيانات التي يقدمها العميل المتعلقة بالمبيع:

وهي مجموع من البيانات التي تحدد المبيع تحديدا دقيقا نافيا للجهالة وحتى لا يكون هناك اختلاف في وصف المبيع، حيث يجب على العميل التحري على المبيع قبل تحديد خصائصه ومميزاته في طلب "أمر بالشراء" سواء كان هذا المبيع من الأنواع المتواجد بكثرة ويمكن تحديدا خصائصه بسهولة (نوع المبيع، الطراز، اللون، مبلغ المبيع....) أو من الأنواع التي لا يمكن تحديد خصائصها بدقة إلا بوجود قوائم أو فاتورة أو "كتالوج" خاص به.

رابعا: إشكالية التراضي في عقد المراجعة

رغم نشوء التراضي في عقد المراجعة صحيحا إلا أن بعض الخبراء أجمع على أن رضا العميل يشوبه بعض العيوب خاصة وأن الواقع في عقد المراجعة يكون رضا العميل عند إقراره لنموذج الاتفاق المعد سابقا من قبل البنوك والمؤسسات المالية، حيث أن العميل يتمتع في المقام الأول بفرصة قراءة العقد الذي أعده البنك أو المؤسسة المالية بالفعل، مما يحد من قدرتهم على التفاوض بشأن الشروط وعدم مشاركته النشطة في عملية صياغة العقد، وهذا يؤدي إلى اختلال توازن القوة بين أطراف العقد وظهور اختلال كبير بين البنك والعميل، ويصبح للبنك أو المؤسسة المالية مركز أقوى، مما يسمح له بتحديد محتويات البنود التعاقدية من جانب واحد. في المقابل، غالبا ما يكون العميل في وضع أضعف، حيث يضطر إلى قبول الشروط التي وضعها البنك أو المؤسسة المالية دون تفاوض ذي مغزى، وهو بذلك

¹ -تختلف هذه الوثائق من بنك إلى آخر حسب العميل وحسب نوع عقد المراجعة.

² -أنظر الملحق رقم 10

يخضع للإرادة البنك أو المؤسسة المالية باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة، وبهذا نكون أمام عقد شبيه بعقود الإذعان.

وبالرغم من هذه الإشكالية إلا أن المشرع عالجها بقوانين حماية المستهلك من خلال سلطة إبطال أو تعديل الشروط الجائرة أو التعسفية من خلال المادة 110 من القانون المدني التي تعطي للقاضي الحق في تعديل بنود العقد، إضافة إلى ذلك أن الأساس الذي نشأت عليه عقود الصيرفة الإسلامية هو عدم إرهاق المواطن وتحمله ما لا يطيقه وتسهيل المعاملات المالية ورقابتها من طرف هيئات رقابة تدرس مراحل نشوء العقد صحيحا خاليا من عيوب الرضا ومتطابقا مع الضوابط الشرعية.

الفرع الثاني: ركن المحل في عقد المراجعة

يعد المحل من الركائز الأساسية التي يقام عليها العقد، فهو العلمية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، ومحل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين. أن محل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه، ولذلك نجد أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه، فعقد المراجعة ينتج عنه التزامين أساسيين أحدهما على البنك أو المؤسسة المالية، وهو نقل الملكية المبيع، وثاني على العميل (الزبون أو الأمر بالشراء) وهو الالتزام بدفع الثمن.

فالمحل في عقد المراجعة وهو المعقود عليه ويتمثل في المبيع والثمن، حيث اشترط فيهما نفس شروط عقد البيع كقاعدة عامة، مع وجود بعض الاختلافات التي تشترطها الشريعة الإسلامية في العقد.

أولاً: محل إلتزام البنك أو المؤسسة المالية (المبيع)

إن محل إلتزام البنك أو المؤسسة المالية في عقد المراجعة يتمثل في الشيء المبيع أي العين كمحل لهذا العقد، وهو الشيء المعين الذي يقع عليه البيع، وتعيينه إما بالرؤية أو بالوصف، كبيع سلعة¹ أو بضاعة أو عقارات مشاهدة، أو موصوفة بأوصاف معينة، وهو إما منقول أو غير منقول، ونصت المادة 351 من القانون المدني الجزائري، أن البائع والمتمثل في البنك أو المؤسسة المالية ملزم بنقل ملكية شيء أو حق مالي (المبيع)، والمشتري المتمثل في العميل ملزم بدفع الثمن لأن الثمن هو القيمة النقدية التي يدفعها العميل (المشتري) مقابل شرائه المبيع، وهو ما جاء أيضا في المادة 3 من التعلية 03-2020 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية.

¹ - السلعة هي المادة الخام التي يتم استخدامها في تصنيع السلع الكاملة الصنع، أما البضاعة هي عبارة عن المنتج النهائي الذي يتم بيعه للمستهلكين، ويعد الاختلاف الوحيد هو مكان تواجدهما في السلسلة، فالسلعة تقع في المراحل الأولى من الإنتاج والمنتج يقع في المراحل النهائية، لكن بالرغم من ذلك يعتبر كلاهما جزءاً من عمليات الإنتاج والتصنيع. أنظر: موقع الإلكتروني: موضوع كوم: على الرابط: <https://mawdoo3.com> بتاريخ 2022/03/12 على الساعة 19:52

ولقد اشترط المشرع في محل الإلتزام توفره على شروط معينة تضمنتها المواد 92، 96 من القانون المدني الجزائري، وكذا التعليمية 03-2020 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية وهذه الشروط هي:

1- أن يكون المبيع مشروعاً:

يجب حسب القواعد العامة والضوابط القانونية والفقهية أن يكون المبيع مشروعاً، بمعنى يدخل في دائرة التعامل، إذ أن هناك أشياء تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها حيث لا يمكن أن يستأثر أحد بالانتفاع بها أو حيازتها، مثل الشمس والبحر والهواء... الخ، ولكن هذه الأشياء إذا خرجت من طبيعتها جاز أن تكون محلاً للبيع، فيمكن بيع الهواء إذا وضع في عبوات (على شكل أكسجين) وهذا لأنه أصبح قابلاً للإحراز، وكذلك الأمر بالنسبة للماء البحر إذا أحرز في قارورات أو صهاريج وتمت معالجته¹. وهناك أشياء تخرج عن دائرة التعامل بنص القانون مثل الأموال العامة وكذلك الأشياء التي تتعارض مع النظام العام والآداب العامة مثل المخدرات والبيوت المخصصة للدعارة.

حيث جاء في نص المادة 96 من قانون المدني على أنه: "إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام، أو الآداب كان العقد باطلاً". ومناطق مشروعية محل الإلتزام أو عدم مشروعيته هو اتساقه أو مخالفته للنظام العام وحسن الآداب، فإن كان المحل لا يتعارض مع النظام العام ولا مع حسن الآداب في الدولة كان مشروعاً وقام العقد، وإلا فهو غير مشروع وبطل العقد. أن أساس فكرة النظام، والمصلحة العامة، ما هي إلا المصلحة الاجتماعية والسياسية والأدبية والاقتصادية في الدولة². وأساس حسن الآداب هو الرأي العام وما يتأثر به من مثل عليا، ومبادئ أخلاقية واجتماعية مبنية على الدين والعرف والتقاليد.

وباعتبار عقد المراجعة من العقود المستحدثة للعقود الأمانة التي تناولها الفقهاء الإسلامي فإن مشروعيته تنصب كذلك على الأشياء التي شرع الإسلام التعامل بها في البيوع، حيث حرم بيع الخمر وما اتصف بها، والسلع والضائع التي يكون مصدرها بعض الحيوانات المحرمة مثل الخنازير.

2- أن يكون المبيع موجوداً:

يختلف محل المبيع في عقد المراجعة عن عقد البيع حيث حسب الشروط العامة لعقد البيع فإنه يمكن بيع المبيع سواء كان موجوداً أو قابلاً للوجود، حيث يشترط أن يكون المبيع موجوداً وقت التعاقد

¹ - زكريا سريش، الموجز في شرح قواعد البيع، (رؤية جديدة وجوانب عملية تخص توثيق العقد والسكن الترقوي)، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2017، ص40

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة، مرجع سبق ذكره، ص218

مادام قابل للوجود في المستقبل مثل بيع منزل في طور الإنجاز، أو قيام مصنع ببيع سيارات على أن تكون جاهزة بعد شهر.¹

في حين أن المبيع في عقد المراجعة لا بد أن يكون موجودا وقت إبرام العقد وإن يكون ملك للبنك أو المؤسسة المالية، وبالتالي يتعارض هذا الشرط مع بيع الأشياء في المستقبل.

أن الوجود ليس شرطا مستقلا في المبيع بل هو أمر لازم لتحقيق إمكان هذا المحل كلما تعلق بشيء من الأشياء فإن كان العقد يولد التزاما متعلقا بشيء محدد، وظهر فيما بعد أن هذا الشيء لم يوجد أصلا أو وجد ولكنه هلك قبل العقد، فإن العقد لا يقوم أصلا ومثال ذلك أن يبيع شخص حصته في منزل قريب له مات، ثم يتضح أنه ليس وارثا له، أو أن البيت قد تهدم قبل إبرام العقد. ففي هذه الحالات ومثيلاتها يقع العقد باطلا لتخلف شرط الإمكان في محله (المبيع) لأن الإلتزام الناشئ عن البيع لم يرد على شيء موجود.²

كما أن إمكانية الوجود تختلف بحسب المبيع إذا كان من الأشياء المعينة بالذات والتي يجب أن تكون بنفس المواصفات مثل منزل سيارة، آلات... الخ، عن الأشياء المثالية فإنه يتصور دائما وجودها ما دامت متوافرة في السوق، كالقطن، والقمح...، والهلاك الذي يحول دون قيام العقد، هو الذي يحدث للشيء قبل إبرام العقد، إذ بذلك ينقص العقد ركنا من أركانه.

أما إذا كان الشيء موجودا وقت العقد ثم هلك فالعقد قام صحيحا وإن أمكن فسخه بسبب عدم تنفيذ المدين التزامه المتعلق بالشيء الذي هلك. وينفسخ أيضا بقوة القانون إذا كان الهلاك بسبب أجنبي.

كذلك يجب أن يكون المبيع ممكنا، فقد يكون المبيع موجودا ولكنه غير ممكن، ويحدث ذلك إذا استحال على البنك أو المؤسسة المالية (البائع) نقل ملكية المبيع إلى العميل (الزبون أو الأمر بالشراء)

3- أن يكون المبيع معينا وموجود:

يختلف تعيين المبيع بحسب طبيعته فيما إذا كان شيئا محددا بالذات أو شيئا محددا بالنوع، حيث أن الأول يعين بحسب ذكر أوصافه، بينما يتم تعيين الثاني بذكر جنسه ومقدراه وهذا حسب المادة 94 من القانون المدني الجزائري، والتي أجازت كذلك في حالة عدم تقدير الشيء المحدد بالنوع، فيشترط وضع أساس يتم على ضوءها التقدير، ومثال ذلك تقدير المبيع وفق حمولة شاحنة أو مساحة مستودع. وبالرغم من أن المشرع الجزائري أجاز قابلية التعيين للمبيع في التشريع الجزائري في حال كونه غير معين، إلا أنه وبالنظر لخصوصية عقد المراجعة فإن هذه الإمكانية تخل بالعقد ويصبح عقد باطل لأن الجهل في صفة المبيع يعد باطلا، ولذلك فإنه يعد من الشروط الأساسية التي يبنى عليها العقد وهو معرفة المبيع.

¹ - زكريا سرايش، مرجع سبق ذكره، ص 41.

² - محمد صبري، مرجع سبق ذكره، ص 213

وبالرغم من أن المشرع الجزائري أجاز أيضا بيع جزافا للسلع أو المنتجات في مدة معينة دون تحديد لمقدار هذه المنتجات فلا تحتاج إلى وزن أو العد أو الكيل وهذا حسب المادة 362 من القانون المدني الجزائري، إلا أنه في حالة عقد المراجعة بيع جزافا يعد باطلا، وهذا لعدم معرفة مقدار وحجم السلع أو المنتجات المباعة، وحسب ما جاء في المادة 3 من التعلية 03-2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية: "...بيع سلعة معلومة...". وبهذا فإن المشرع حدد بشكل نافي للجهالة نوع السلعة وكميتها حتى يتم البيع صحيحا.

وبالإضافة إلى التعيين أضاف المشرع الجزائري شرطا آخر، وهو مستمد من الفقهاء الإسلامي وهو خيار الرؤية، وتمثل في ضرورة علم العميل المشتري علما كافيا بالمبيع، فقد يكون المبيع معينا ولكن المشتري لا يعلم بأوصافه الأساسية ففي هذه الحالة يكون عقد البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشتري حسب المادة 352 من القانون المدني الجزائري¹.

ويختلف العلم الكافي بالمبيع عن تعيينه في جانبين²:

- **من حيث المضمون:** التعيين هو تمييز المبيع عن غيره من الأشياء، مثل تعيين المنزل عن طريق تحديد موقعه وشكله الخارجي، أما العلم الكافي فمقتضاه تحديد الأوصاف الأساسية لهذا المنزل مثل المساحة وعدد الغرف وشكله الداخلي وعدد الطوابق... الخ.

- **من حيث الأثر:** التعيين يعتبر شرطا لقيام المحل في عقد بيع المراجعة وغيابه يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، أما العلم الكافي فإن عدم توفره لا يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، وإنما إلى قابلية الإبطال لمصلحة العميل المشتري.

وكذلك نجد في الفقرة 2 من نفس المادة 352 من القانون المدني الجزائري أن القانون أجاز للعميل إذا اشترى شيئا لم يراه أن يرده، وذلك عن طريق دعوى طلب إبطال العقد وأما إن يبقى عليه، وهذا الحق ثابت للعميل المشتري ويثبت له حتى ولو لم يشترطه في شروط العقد³.

1 - المادة 352 من القانون المدني الجزائري: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب ابطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع".

2 - زكريا سرايش، مرجع سبق ذكره.

3 - خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، (عقد البيع)، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 2001، ص60

ثانيا: الشفافية والإفصاح عن الثمن في عقد المراجعة

يعتبر الثمن محل إلزام العميل أو الأمر بالشراء في عقد المراجعة وهو يتميز عن إلزام المشتري في عقد البيع، ويعد عنصر هام وضروري لاستكمال العقد. ويجب الاتفاق على الثمن والإفصاح عنه بين المتعاقدين، وذلك بتعيينه تعين دقيقا بطريقة لا تثير النزاع بين الأطراف ولقد جاء في قرار محكمة العليا¹ الذي أبطل وعدا ببيع عقار لعدم اتفاق الأطراف على الثمن.

حيث يعد إغفال تعيين الثمن يؤدي حتما إلى بطلان العقد لتخلف ركن المحل بالنسبة للعميل، كما يعد الثمن من المسائل الرئيسية والجوهرية التي يجب الاتفاق عليها وإلا استحال قيام العقد. وإذا ترك الأطراف الاتفاق على الثمن إلى وقت لا حق فإن العقد لا ينعقد، كما أنهما لا يستطيعان إسناد تعيين الثمن على القاضي في إطار الاتفاق الجزئي الذي أشارت إليه المادة 65 قانون مدني². إضافة إلى ذلك فإن الثمن معيار لتمييز عقود البيع كلها عما يشابهها من العقود الناقلة للملكية أو لحق مالي لكونه ثمنا نقديا، كما يعتبر أيضا محل إلزام العميل وسبب إلزام البنك أو المؤسسة المالية، ومن ثم يجب أن يكون موجودا وذلك من خلال تعيينه أو تحديده وأن يكون جديا وحقيقيا غير أن هذين الشرطين لم يمنعا من تحقق الغبن في بعض البيوع الواردة على العقارات.

ويختلف الثمن في عقد المراجعة على البيع العادي في تكوين الثمن، فالثمن في عقد البيع يعد جزءا واحد وقيمة واحدة بينما في عقد المراجعة يتكون من ثلاثة أجزاء وهي الثمن الأول والربح وثمان المصروفات.

ويعد ذكر الثمن والإفصاح عنه في العقد أمر لازم شرعا وقانونا خاصة في عقد المراجعة ويذكر في عقد الوعد بالشراء وفي عقد المراجعة بمعنى يتفق على الثمن في مرحلة الوعد عند تقدم العميل للبنك في المرحلة الأولية عند تقديم الفاتورة المبدئية وفي العقد النهائي عقد بيع مراجعة. وإلزام العميل بسداد الثمن يكون موضحا ومبيناً في عقد بيع المراجعة والذي يتم بين الأطراف الذي يحتوي على ثمن المبيع والمصروفات مضاف إليه الربح مقسمة إلى أقساط.

وهناك بعض البنوك تورد إجمالاً الثمن، ثم تذكر مشتملاته بقولها: أن الثمن البيع متضمناً الثمن الأساسي زائد المصاريف المدفوعة من البنك مضافاً إليه ربح قدره الخ. وهذا الأسلوب سليماً شرعاً لأنه يحقق شروط العلم بالثمن وهذا يتفق مع أن ثمن البيع في المراجعة معلوم ومحدد.

¹ -قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1990/03/26، ملف رقم 56500، م.ق، 1992-3-112.

² -على فيلالي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، مرجع سبق ذكره، ص250.

1- عناصر الثمن

إن الاتفاق على ثمن البيع، الذي يتكون من الثمن الأصلي الذي يدفعه البنك أو المؤسسة المالية للحصول على المبيع مضاف إليه النفقات، التزاماً بالضابط الشرعي المتعلق بضرورة العلم بعنصر الثمن، والذي يجب أن يكون معلوماً منذ البداية، محدد بشكل نهائي، حيث يتفق البنك أو المؤسسة المالية مع العميل على تحديد الثمن لا ينقصه تعجيل السداد ولا يزيده تأخير السداد¹، لأن كلتا الحالتين من الربا. كما يتضمن تحديد الثمن جميع عناصره تفصيلاً لا إجمالاً، كثمن الشراء، وتكلفة مختلف المصاريف وكذا الربح الذي يجب أن يكون محدداً ومعروفاً من قبل استبعاد للغرر².

أ- الثمن الأول للمبيع:

وهو الثمن الأساسي أو ثمن أول بيع وهو ثمن المبيع عند شرائه من التاجر أو المورد أو مالك المبيع الأول وهو المتعاقد عليه والمتفق عليه في العقد أو المدفوع فعلاً من طرف البنك أو المؤسسة المالية للمورد عند تملك المبيع. وقد تتغير قيمته أو صفته بسبب تغير الأسعار أو تغير في المبيع ذاته في حالة تلف أو تغير سعره بتغير سعر الصرف في حالة ما إذا كان المبيع مستورداً من الخارج.

ب- الربح:

وهو اصطلاحاً: هو الزيادة الحاصلة في المبيعات، وفي كل ما يعود من ثمرة العمل ككسب الحداد والتاجر والطبيب وغيرهما³.

والربح في علم الإقتصاد الفرق بين البيع ونفقة الإنتاج، ونقول الربح الصافي ما يحصل عليه رب العمل علاوة على فائدة رأس ماله⁴. كما عرف أيضاً بأنه ما يستحقه عنصر التنظيم لقاء تحمله لمخاطر الإنتاج المترتبة على عدم التأكد من ظروف المستقبل واتجاهات الأثمان والتكاليف واحتمالات الربح والخسارة⁵.

¹ - عبد الله محمد نوري الديرشوي، صيغ التمويل الزراعي في التشريع الإسلامي وإمكانيات تطبيقها، ط1، دار النوادر، 1431هـ=2010م، دمشق، سوريا، ص470.

² - محمد حداد، إجراءات إبرام عقد المراجعة للأمر بالشراء دراسة قانونية وشرعية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 08، العدد 02(2023)، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، تاريخ نشر 2023/06/03، ص26.

³ - بو القاسم الحسين بن محمد (بالراغب الأصفهاني)، المفردات في غريب القرآن، ج1، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، 1416هـ=1996، ص338.

⁴ - إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ=2005م، ص322.

⁵ - سليمان ناصر، مرجع سبق ذكره، ص64.

- عرف المجمع الإسلامي الربح بأنه: الزائد على رأس المال وليس الإيراد، أو الغلة، ويعرف مقدار الربح إما بالنضيز¹ أو التقويم للمشروع بالنقد، وما زاد على رأس المال عند النضيز، أو التقويم.²

يجب أن يكون الربح معلوماً، وهو ضروري؛ لأنه بعض الثمن، والعلم بالثمن شرط في صحة البيوع، فإن كان الثمن مجهولاً بطل عقد المراجعة، ولا فرق في تحديد الربح بين أن يكون مقداراً مقطوعاً، أو بنسبة عشرية في المائة، ويضم الربح إلى رأس المال ويصير جزءاً منه، سواء كان حالاً نقدياً، أو مقسطاً على أقساط معينة في الشهر أو السنة مثلاً.

وقد صدر قرار من المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي رقم: 124 (22/2) بتحريم البيع بالربح المتغير، حيث جاء فيه أن عقد البيع بسعر آجل متغير لا يصح؛ للأسباب الآتية:

1- جهالة الثمن وقت العقد، وهي جهالة كبيرة تفضي إلى المنازعة، ويحصل معها الغرر والمخاطرة، وليست من الجهالة اليسيرة المغفورة.

2- إن تأجيل الثمن يجعله ديناً في ذمة المشتري، وتغير المؤشر بالزيادة، يعني زيادة الدين بعد لزومه، مما يوقع في شبهة الربا.

كما وجاء في المعايير الشرعية³ الصادر عن هيئة المحاسبة الإسلامية يجب أن يكون كل من ثمن السلعة، في بيع المراجعة للأمر بالشراء، وربحها: محدداً ومعلوماً للطرفين عند التوقيع على عقد البيع.

ولا يجوز بأي حال أن يترك تحديد الثمن أو الربح، لمتغيرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل؛ وذلك مثل أن يعقد البيع، ويجعل الربح معتمداً على مستوى الليبور (LIBOR)³ الذي سيقع في المستقبل.

ولا مانع من ذكر مؤشر من المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد، للاستئناس به في تحديد نسبة الربح، على أن يتم تحديد الربح في عقد المراجعة للأمر بالشراء، على أساس نسبة معلومة من التكلفة، ولا يبقى الربح مرتبطاً بالمؤشر أو بالزمان.⁴

1 - التضيض أو ما يعرف بالتصفية الحقيقية بالعملية التي تُصير المتاع نقداً أو معاوضة، أما التصفية الحقيقية للاستثمار فهي تحويل جمع الأصول المملوكة بأنواعها مبانٍ أو أوراق متداولة إلى نقد.

2 - مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي، العدد الرابع، مرجع سبق ذكره، ص 7977.

3 - الليبور Libor: وهو سعر الفائدة السائد بين بنوك لندن، ويستخدم كمقياس مرجعي على نطاق واسع، وكلمة ليبور هي اختصار لعبارة London Inter-Bank Offered Rate، أي معدل الفائدة المعروض من قبل البنوك في لندن.

4 - حسام الدين موسى عفانة، بيع المراجعة المركبة كما تجرّيه المصارف الإسلامية في فلسطين، مرجع سبق ذكره،

-نسبة الربح: لقد أخذ تحديد مقدار نسبة الربح حيزا كبيرا من التساؤلات في الفكر الإسلامي¹ لما له من أهمية على الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للأفراد لذا فقد وضعت ضوابط في تحديد نسبة هامش الربح²:

1 -أن يكون هامش الربح معقولا حتى لا يؤدي إلى ارتفاع الأسعار ويقلل من سرعة دوران رأس المال ويرى بعض الفقهاء بألا تزيد نسبة الربح عن ثلث الثمن (ثلث التكلفة) ولا يرى الإمام الغزالي وجوب ذلك بل يراه من باب الإحسان في المعاملة.

2-أن يتلاءم هامش الربح مع درجة المخاطرة.

3 -أن يتمشى هامش الربح مع العرف التجاري.

4- ألا يتضمن هامش الربح فوائد ربوية أو إيرادات منهي عنها.

وباستعراض رأي آخر لمجمع الفقهاء الإسلامي في قراره رقم 46 (5/8)³ يتبين ما يلي:

أولاً: إن الأصل الذي تقرره النصوص والقواعد الشرعية هو ترك الناس أحرارا في بيعهم وشرائهم وتصرفهم في ممتلكاتهم وأموالهم، في إطار أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وضوابطها.

ثانياً: ليس هناك تحديد لنسبة معينة للربح يتقيد بها التجار في معاملاتهم، بل ذلك متروك لظروف التجارة عامة وظروف التاجر والسلع خاصة، مع مراعاة ما تقضي به الآداب الشرعية من الرفق والقناعة والسماحة والتيسير.

ج- المصروفات:

يستلزم لشراء المبيع ونقله إن كان منقول أو المحافظة عليه إن كان عقار مجموعة من تكاليف تصرف لأجل ذلك بخلاف ثمن شرائه بالتالي يتفق الطرفان على هذه التكاليف على عاتق من ستكون وتضاف إلى ثمن الشراء في حالة ما كانت على عاتق العميل وهي تدخل في نفقات تسليم المبيع للعميل.

2- شروط الثمن:

للثمن في عقد المراجعة مجموعة من الشروط يجب أن تتوفر فيه، تتمثل في:

أ-أن يكون الثمن محدد بالنقود أو ما يعادلها:

يمثل الثمن المبلغ النقدي الذي يتلزم العميل بتسديده أو دفعه في مقابل حصوله على المبيع، وهو إلزام رئيسي يتحمله العميل، لكي يكون صحيحا فإنه يفرض في المقابل ومبدئيا أن يكون نقودا فإذا

¹ - سامر مظهر قنطقجي، الفروق الجوهرية بين المراجعة والقروض الربوية، مجلة الأحياء، المجلد 12 العدد 1، جامعة الحاج لخضر - باتنة 1، الجزائر، 2010، ص 117

² - سليمان ناصر، تطوير صيغ التمويل قصيرة الأجل للبنوك الإسلامية، نفس المرجع السابق، ص 65.

3 -قرار رقم 46 (5/8) بشأن تحديد أرباح التجار، مجمع الفقهاء الإسلامي على الرابط:

<https://iifa-aifi.org/ar/1766.html>

حصل البنك أو المؤسسة المالية البائع على شيء آخر منقول أو غير منقول أصبحت العملية مقايضة وليس بيعاً¹ وعلى أن يكون الثمن نقداً، لا ذهباً ولا فضة أو بضاعة أخرى²، ولكن يمكن أن يكون ما يقابلها مثلاً شيك أو سفتجة أو التحويل الإلكتروني. حيث تعد النقود الوسيلة القانونية للدفع، فهي ذلك الشيء الذي يتمتع بالقبول العام في تسديد الديون أو في دفع قيمة السلع والخدمات، إذا تعد لها قوة إبراء قانونية وهي وحدة قياس القيم المتعامل بها في الدولة.

ويعد الدينار الجزائري الوحدة النقدية المطبقة في بلدنا الجزائر واختصارها (د.ج) حيث يقسم الدينار إلى مائة جزء يدعى كل واحد منها سنتيماً واختصاره (س.ج) طبقاً للمادة الأولى من قانون 23-09 يتضمن القانون المصرفي والنقدي³ ويلتزم العميل بدفعه حسب الاتفاق بينه وبين البنك أو المؤسسة المالية، حيث يجب أن يكون المقابل الذي يتلزم به العميل المشتري نقود وإلا اعتبر عقد آخر وليس عقد بيع المراجعة حتى ولو اقترب هذا الصرف من البيع كالمقايضة أو الوفاء بمقابل⁴.

كما أن الطبيعة النقدية للثمن لا تعني أن تسديده يكون حتماً وفي جميع الحالات بواسطة دفع النقود، سواء كانت ورقية أو معدنية⁵، بل يمكن أن يتم الوفاء أيضاً بالنقود مصرفية المتمثلة في الودائع الجارية لدى المصارف التجارية، أو بالنقود الإلكترونية والمتمثلة في البطاقات السحب والدفع والحافطة الإلكترونية وهي قيم مخزنة على وسائل الإلكترونية مدفوعة مقدماً، كما يمكن الدفع حتى بالسندات التجارية وهي محررات مكتوبة وفق أوضاع شكلية محددة قانوناً غير معلقة على شرط قابلية للتداول، كالسفتجة والسند لأمر والشيك، شريطة قبول البنك أو المؤسسة المالية بها.

ب- أن يكون الثمن محدداً:

من الشروط الأساسية لقيام عقد المراجعة هي أن يكون الثمن محدداً، والتحديد هنا يجب أن يكون قبل العقد وليس بعد إبرام العقد، كما أن عقد المراجعة يختلف على البيع في ناحية أن البيع يكون الثمن فيه محدداً أو قابل للتحديد مستقلاً، أما عقد المراجعة فيجب تحديد الثمن أولاً، ولا يمكن تحده مستقلاً، وفق الضوابط الشرعية⁶.

¹ -موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج6، من المواد 372 إلى 503، منشورات الحلبي بيروت، لبنان، 2007، ص 87

² - على فيلالي، العقود الخاصة-البيع، مرجع سبق ذكره، ص 149.

³ -أنظر: المادة 1 من قانون رقم 23-09 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سبق ذكره.

⁴ -يمينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 71.

⁵ -على فيلالي، العقود الخاصة-البيع، مرجع سبق ذكره، ص 150

⁶ - على فيلالي، العقود الخاصة-البيع، مرجع سبق ذكره، ص 151.

والثمن المحدد يقصد به تعيين مقدار المبلغ عدداً أو أرقاما كأن يكون ثمانية ألف أو عشر مليون دينار... الخ، ونذكر في هذا الشأن أن ثمن المبيع يحدد بالعملة الوطنية بالنسبة للمعاملات الوطنية (المراجعات الداخلية) ويقدر استثناء بالنسبة للعقود الدولية (المراجعات الخارجية) بالعملة الصعبة. كما أنه يلاحظ بالنسبة للمراجعة أن يكون الثمن مقسوط أي يتخذ شكل إيراد شهري وهو ما يعمل به في جل معاملات المراجعة.

ج- أن يكون الثمن حقيق وليس رمزي:

لطرفي عقد المراجعة مطلق الحرية في تحديد ثمن المبيع، إلا أن الثمن يشترط فيه القانون أن يكون حقيقيا، والثمن الحقيقي هو الثمن الذي يعكس قيمة المبيع إلى حد ما ولو من الناحية القانونية دون أن يكون مساويا بها فعلا، فقد يكون الثمن حقيقيا وهو أقل من قيمة المبيع في الواقع وهذا لمصلحة العميل المشتري، وقد يكون أكثر من قيمة المبيع وهذا لمصلحة البنك أو المؤسسة المالية البائع ورغم ذلك يبقى ثمننا حقيقيا وجديا.¹

أما الثمن الغير حقيقي فهو إما يكون في شكل الثمن الصوري الذي وضعه الطرفين بغرض توفير أركان البيع دون أن تتحقق لدى الطرفين نية البيع، وكذلك يكون ثمن غير حقيقي عندما يكون تافها وأقل بكثير من قيمة المبيع، وكذلك الثمن البخس فهو ثمن حقيقي كونه أكثر من الثمن التافه لكنه لا يرقى إلى درجة القيمة الحقيقية للمبيع، إلا أن العقد ينعقد صحيحا، وبالرغم من أن البنك أو المؤسسة المالية يقوم بالدراسة الجيدة للثمن المبيع حتى لا يقع في غبن، إلا أن هذه الوضعية تعطي الحق للبائع سواء كان بنك أو مؤسسة مالية في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بمراجعة الثمن إما ضمن القواعد العامة لأحكام الغبن أو ضمن القواعد الخاصة في البيوع العقارية.

وجاء في المادة 90 من القانون المدني الجزائري، التي تضع أحكام الغبن على أساس أنه اختلال في الالتزامات بين البائع والمشتري في عقد البيع، وهذا الاختلال لا يتصور إلا في جانبه المادي، بين قيمة الشيء المبيع والثمن المقدم من طرف المشتري مقابل انتقال ملكية المبيع له، وعليه فإن الغبن يتمحور حول الثمن وتقديره مقابل قيمة المبيع وفق معيار مادي بحت لا تدخل فيه إرادة أطراف العقد بطريقة مباشرة.

أما في حالة الغبن في بيع العقار، حيث يكون عدم التعادل في الثمن قد وصل إلى حد معتبر لدرجة أن يسمى بالغبن الفاحش، والثمن المقدم في شكل الغبن الفاحش هو ثمن حقيقي وجدي بوجوده يصح العقد، إلا أن الثمن الجدي هذا غير متناسب مع قيمة العقار وعدم التناسب وصل إلى درجة معتبرة بحيث تطلب الأمر تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في هذا العقد.

¹ - يخلف نسيم، مرجع سبق ذكره، ص 133.

ولقد جاء المشرع الجزائري بأحكام خاصة فيما يتعلق بالبيع الوارد على عقار في المادة 358 من القانون المدني الجزائري، حيث اعتبر أي بيع لعقار تم بثمن يشكل غبن يزيد عن الخمس فإن للبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس من ثمن المثل الذي يحسب بتاريخ إبرام عقد البيع. أن المعيار الذي اعتمده المشرع معيار مادي بحت لا علاقة له بالجانب النفسي ومن ثم فإن البائع ليس له إلا أن يثبت فقط ذلك الاختلال الوارد في الثمن إلى درجة تزيد عن 5/1 وهي مسألة سهلة مقارنة مع إثبات حالة الاستغلال مثلاً¹.

وما يلاحظ في بيع المراجعة البنكية أن الثمن هذا الأخير يبقى مرتقعا لدى العديد من البنوك والمؤسسات المالية، إذ يلاحظ اختلافات متباينة بين الهوامش الربحية التي تأخذها عن كل تمويل بالمراجعة المقدمة للنوع الواحد من النشاط خاصة المراجعة العقارية وذلك بتنوع آجال التمويل، خصوصا إذا ما قورنت بنسب الفوائد المأخوذة من طرف البنوك التقليدية حيث نجده أكبر منها أو معادلة لها في أحيانا كثيرة، ولم نجد هامش ربحي أقل من نسب القرض في هذه البنوك التقليدية، وإن كان وجه المقارنة غير ذي محل كون الربح في المراجعة مرتبط بعقد بيع كامل الأركان متوفر على كافة شروطه، وكل بيع هدفه الأول هو الربح الذي يختلف من عملية لأخرى وباعتبار آجال تحقيقه، عكس الفائدة التي تكون ثابتة في القروض، ونحن نرى أن البنوك العمومية مدعوة إلى وضع قواعد وضوابط لا بد من مراعاتها في تحديد أرباحها، ونؤيد ما ذهب إليه بعض الفقهاء بأن ينضبط البنك في تحديد ربحه لهامش مستقل ومتوافق صعودا وهبوطا مع الحالة الموجودة في السوق مسترشدا في تكوينه بمتوسط العائد من توظيفاته، ومن متوسط العائد في السلعة موضع التعاقد، واضعا نصب عينيه وظيفته الاجتماعية وأن لا يكون همه الوحيد الجري وراء الربح².

3- شروط الثمن وفق التعليمات 03-2020 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية

ولقد أكد المشرع الجزائري من خلال التعليمات 03-2020 على ضرورة العلم بثمن البيع مسبقا وذلك من خلال العلم بالعناصر المكونة له المتمثلة في تكلفة الاقتناء مضاف له هامش الربح متفق عليه مسبقا في المادة 9 منها³، و كما أن المشرع جسد قاعدة العلم بتفاصيل عناصر الثمن، فلم يكتفي بذكره مجملا، فتكلفة الاقتناء تتكون من ثمن شراء المبيع، مضاف لها التكاليف المباشرة المدفوعة المرتبطة

¹ - نفسه، ص ص 136، 137.

² - أحمد موازي، تمويل المراجعة في البنوك التشاركية، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، العدد 4، 2019، ص 203.

³ - المادة 09 من التعليمات 03-2020: " بسعر يساوي تكلفة اقتنائها... "

باقتناء المبيع في نص المادة 4 من التعلية 03-2020¹، حيث تعد التكاليف المباشرة منها التكاليف الصناعية المباشرة التي تزيد في المبيع بذاته، التكاليف التسويقية المباشرة والتي يلزم إنفاقها لإتمام تسويق المبيع، التكاليف الإدارية التي تنفق للحصول على المبيع ومثالها الرسوم والضرائب²، حيث تضاف جميع تلك المصاريف على رأس المال المبيع، ليكون ثمن شراء البنك أو المؤسسة المالية للمبيع، مضاف إليه هامش الربح³، في مقابل ذلك لا يمكن تحميل الأمر بالشراء أعباء وتكاليف ورسوم التأمين، فهي لازمة من حيث الأصل على البنك أو المؤسسة المالية قبل إقدام العميل على الشراء، وبعد تحديد الثمن يجب تحديد أصله، هل ينسب لثمن السلعة الأول أو إلى الثمن مع المصروفات، حيث استقر الرأي على أنه ما أثر في عين السلع فهو بمنزلة الثمن ويحسب ربحه، وبخلاف ذلك فيحسب في أصل الثمن ولا يحسب ربحه⁴.

ولقد نص مجمع الفقهاء الإسلامي على مجموعة من الضوابط في هذا الشأن، تتمثل أساساً في:

- أنه لا يصح البيع إلا إذا جزم المتعاقدان بثمن محدد سواء كان فوراً أو مؤجلاً، وهو ما أقره المشرع الجزائري بوجوب بقاء البيع ثابتاً وألا يكون محل زيادة لغاية تسديده بالكامل، وهذا طبقاً لنص المادة 04 فقرة 2 من التعلية 03-2020 السابقة الذكر.

- أنه لا يجوز النص على فوائد التقسيط منفصلة عن الثمن لترتبط بالآجل، حيث يجب الاتفاق عليها عند تحديد الثمن.

- تحديد طريقة تسديد ثمن السلعة وتحديد قسط المراجعة الذي يدفعه العميل دورياً لغاية السداد الكامل في حال الدفع المؤجل⁵.

- تأجيل الثمن في بيع المراجعة للأمر بالشراء، الذي تجرّيه البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية من عناصر العقد الأساسية، ليكون اشتراط إتمام البيع مرتبطاً بالتأجيل أو تقسيط الثمن، إلا أن الإشكال حسب الضابط الشرعي هو تلك الزيادة التي تصحب عملية تأجيل الثمن، فمن الفقهاء من اعتبرها جائزة ومنهم من اعتبرها غير جائزة، حيث يرى الجمهور من الفقهاء جوازها في البيع الآجل، مع ضرورة بيان ذلك أثناء الاتفاق على الثمن، استناداً إلى أن الزيادة تمت بتراض كل من البائع والمشتري، إضافة إلى

¹ -المادة 04 من التعلية 03-2020: "تمثل تكلفة الاقتناء سعر شراء السلعة المقتناة من طرف البنك أو المؤسسة المالية بإضافة التكاليف المباشرة ذات الصلة باقتناء هذه السلعة والمدفوعة للغير"

² - عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص336.

³ -عيسى ضيف الله المنصور، مرجع نفسه، ص336.

⁴ - مرجع نفسه، ص 342.

⁵ -محمد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 26

أن الزيادة نظير الأجل ليس ربا لغياب علته وهي الزيادة دون مقابل،¹ كما أن الزيادة في بيع السلعة وضياح بعض الأقساط وضعف موارد التقسيط ليست مرتبطة بالتأجيل، وإنما بالعوامل الاقتصادية أهمها، تغير سعر التمويل لدى التاجر فالزيادة هي لتعويض ذلك.

الفرع الثالث: ركن السبب في المراجعة

السبب هو اتجاه إرادة طرفي أي عقد إلى تحقيق هدف محدد من وراء التعاقد وهو ما يحقق هذا الركن ويشترط أن يكون هذا الباعث أو الدافع إلى التعاقد مشروعاً، وعليه فإن انعقاده أو مخالفته لما تقضي به قواعد النظام العام والآداب العامة يؤدي على بطلان العقد¹ وهذا تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بها نصوص القانون المدني.

حيث اشترط القانون توفر شروط خاصة للسبب حتى يكون صحيحاً ويصبح مكتملاً كشرط إلزامي في العقد حيث لا يقوم العقد إلا به، هذه الشروط هي أن يكون السبب حقيقياً ومشروعاً وهو ما نصت عليه المادة 98 من القانون المدني الجزائري.

إن اشتراط أن يكون السبب حقيقياً² وسيلة قوية لمراقبة العقود من حيث تحديد طبيعتها القانونية، فعند النزاع أمام القضاء يقوم القاضي بتكييف العقد وإعطائه الوصف القانوني الصحيح الذي يطابق حقيقياً الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين، فالقاضي لا يتقيد بما يعطي المتعاقدان من وصف على العقد الذي اتفقا عليه، إذ قد يكون هذا الوصف صورياً أريد به التحايل على القانون ومن هنا تظهر أهمية شرط حقيقية السبب كونها مسألة أساسية وضرورية لتحديد القواعد الواجبة التطبيق على العقد حال عرضه على القضاء.

حيث أن المشرع الجزائري اشترط في نص المادة 97 و98 من القانون المدني الجزائري أن يكون السبب مشروعاً أي لا يخالف النظام العام والآداب العامة³.

والسبب في عقد المراجعة يتمثل في اتجاه إرادة كل من الزبون أو الأمر بالشراء المستفيد والبنك أو المؤسسة المالية إلى إبرام هذا العقد، فمن جهة العميل المستفيد فإن السبب يتمثل في رغبته الملحة للحصول على ما يحتاج إليه من المبيع سواء كان منقولاً أو غير منقول، حيث يمكنه هذا المبيع من تحقيق احتياجاته والتي تعجز موارده الذاتية من توفيرها بطريقة الشراء، أو لعدم رغبته في دفع مبالغ مالية كبيرة كثمن لشرائه، لهذا الأمر فهو يتجه إلى صيغة التمويل بالمراجعة كبديل عن الشراء.

أما من جهة البنوك أو المؤسسة المالية فإن لجوئها إلى إبرام مثل هذه العقود تبرره حاجتها لاستثمار أموالها من خلال شراء المبيع سواء كان منقولاً أو عقارات التي يحتاج إليها الزبائن

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 471 وما بعدها.

² - يمينه حوحو، الأحكام العامة للعقد، تكوين وتنفيذ، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2023، ص 93

³ - يمينه حوحو، الأحكام العامة للعقد، تكوين وتنفيذ، مرجع سبق ذكره، ص ص 93-94.

(المستفيدون)، ثم بيعها لهم بالتقسيط مقابل أجرة دورية يتفق عليها الطرفين على نحو يضمن للبنوك أو المؤسسات المالية من تغطية مالية تشمل ثمن تكلفة المبيع مع هامش ربح إضافة إلى المصاريف والنفقات.

وبالتالي فإن السبب بالمعنى المذكور تفترض فيه المشروعية وحقيقته وعدم مخالفته لا النظام العام ولا الآداب العامة إلى أن يثبت العكس بكافة طرق الإنبات.

الفرع الرابع: الشكلية:

أوجب القانون في بعض العقود توفر شرط الشكلي لانعقاد العقد، حيث لا يقوم العقد إلا بها لتكون بمثابة ركن مضاف إلى أركان العقد حتى يقوم صحيح، ويقصد بالشكلية هو إفراغ العقد في شكل معين حيث تختلف هذه الشكلية من عقد إلى عقد. فقد تتمثل الشكلية في الكتابة العرفية سواء كانت على دعامة ورقية أو على دعامة إلكترونية، أو تتمثل في الكتابة الرسمية مثل العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، وقد تتمثل الشكلية في العقود العينية والتي تستلزم القيام بعمل لانعقاد العقد مثل تسليم الشيء محل العقد مثل عقد الرهن الحيازي أو عقد الوديعة، أو تتمثل الشكلية في العقود النموذجية حيث يتم إعداد العقد مسبقاً من أحد التعاقدتين في شكل ورقة مطبوعة تحتوي على شروط العقد كما هو الحال في عقد المراجعة¹.

أن عقد المراجعة يعتبر من العقود الرضائية حيث أن أغلب البنوك والمؤسسات المالية استخدمت عقود نموذجية للإبرام هذا العقد وحتى يسهل عليها فرض شروطها بسهولة مع الطرف الأخرى.

تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن عقد المراجعة ينصب في عقد نموذجي معد مسبقاً من الطرف البنك أو المؤسسة المالية، إلا أنه في بعض الحالات والتي تحتم فيه طبيعة المحل (المبيع) إضافة شكلية أخرى، وهي الحالات التي يكون فيها المحل غير منقول (عقاراً)، فقد أوجب أغلب التشريعات بضرورة خضوع أي تصرف يكون محله عقار إلى إجراءات الشهر العقاري. ولما كان شهر التصرف يفترض وجود عقد مكتوب فإن الكتابة الرسمية أصبحت ضرورية في هذا العقد².

أولاً: المراجعة كعقد نموذجي

تعرف العقود النموذجية انتشاراً واسعاً في قانون العقود المعاصرة بعدما تدخلت الدولة في تنظيم بعض العلاقات التعاقدية غير المتوازنة من أجل حماية الطرف الضعيف، وكثرة المنتجات الاستهلاكية وتطورها، وكذا بروز الهيئات المختصة في صياغة العقود، ووجود الحاجة الماسة للسرعة في التعامل.

ويمكن مصدر هذه العقود في مصدرين اثنين وهما:

¹ - يمينه حوحو، الأحكام العامة للعقد، تكوين وتنفيذ، مرجع سبق ذكره، ص 96.

² - بن الشيخ هشام، مرجع سبق ذكره، ص 57.

الأول أن تكون هذه العقود النموذجية ذات مصدر عام، معنى تدخل المشرع في فرضها على الأطراف المتعاقدة وهو ما نجده في العقود الكلاسيكية والحديثة التي تدخل المشرع في إنشائها، بعد الانتشار الواسع للعلاقات التعاقدية غير المتوازنة، وبروز عقود الإذعان على نطاق هائل إلى درجة قاربت أن تصبح هذه العقود الأصل في المعاملات في قانون العقود المعاصرة، هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى القول إن السلطات العامة قد فكرت في تحويل تقنية عقد الإذعان من أجل جعله وسيلة لحماية الطرف المتعاقد الضعيف تحقيقا لإعادة التوازن العقدي.

والثاني أن تكون هذه العقود نموذجية ذات مصدر خاص: أي أنها محررة من طرف غير السلطة العامة، إذا يساهم في إعدادها أشخاص طبيعيين أو اعتباريون، سواء كان تحريرها اتفاقيا أو انفراديا. حيث تظهر العقود النموذجية الاتفاقية التي يتم تحريرها مشاركة بين الأطراف المتعاقدة، مثلما هو الشأن بالنسبة لما يسمى عقد الإطار أو بين من يمثلهم، مثلما هو الشأن بالنسبة لاتفاق العمل الجماعي. أما العقود النموذجية الفردية فهي التي يتم تحريرها من طرف محترفون أو الهيئات المختصة في هذا المجال، وعقد المراجعة يعد أحد هذه العقود لأنه تم تحريره من طرف البنوك أو المؤسسات المالية، حيث يتم تحرير "الشروط العامة للعقد" وهي شروط تعاقدية نموذجية تظهر إما في شكل وثائق ملحقة بالعقد، وإما في شكل بيانات مطبوعة أسفل الوثيقة أو على ظهرها، فهي إما أن تكون في شكل عقود مكتملة أو ملحقة.

أن البنوك والمؤسسات المالية عند استخدامها للعقود النموذجية تكون بذلك تستجيب للحاجات العميقة للتجارة المعاصرة، إذ تسمح بتقليص فترة المرحلة ما قبل التعاقدية، وكذا متابعة المسار المتسارع لحياة الأعمال، كم أنها تسمح أيضا بمعالجة نقائص القانون المدني والقانون التجاري، ذلك أن بعض القواعد القانونية المطبقة على عدد من العقود ليست مفصلة ولا تناسب التطور والتقدم المتسارع للتجارة.

ثانيا: ضرورة إخضاع المراجعة للشهر العقاري:

أن اختلاف طبيعة المحل في عقد المراجعة يؤدي إلى الاختلاف في بعض الإجراءات، ففي المراجعة العقارية أو المراجعة التي يكون المحل فيها عقارا، فإنه إضافة إلى نموذج المراجعة المعد بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل، يفرض المشرع الجزائري إلزامية الشهر في الدفتر العقاري. في المراجعة التي يكون المحل فيها عقار يقوم العميل بتحديد طلبه بدقة في الأمر بالشراء فيقوم البنك أو المؤسسة المالية بعد المرافقة بتملك وشراء العقار من المالك الأول وحسب شروط التي يفرضها القانون، ثم بعد قيام بالإجراءات المراجعة وخطواتها مع العميل الأمر بالشراء يقوم البنك أو المؤسسة المالية ببيعه له.

المطلب الثاني: شروط عقد المراجعة

عقد المراجعة البنكية، كونه عقدًا تمويليًا متوافقًا مع الضوابط الشرعية وتمثيلاً للخصوصية في هذا العقد فإنه يخضع لعدد من الشروط التي تهدف إلى ضمان صحته ومشروعيته. حيث نلاحظ نوعين من الشروط يجب أن تتوفر في عقد المراجعة لصحته، الأولى شروط تتعلق بخصوصية البنك أو المؤسسة المالية والتي فرضها البنك المركزي الجزائري على البنوك أو المؤسسة المالية في الجزائر التي تريد استغلال عقد المراجعة باعتباره أحد منتجات الصيرفة الإسلامية، أما الشروط الثانية وهي شروط تتعلق بعقد المراجعة البنكية وهي تتشابه مع شروط المراجعة القديمة -تم الإشارة إليها سابقاً- وتختلف معها في بعض الجزئيات التي تعد أساساً لخصوصية عقد المراجعة، كما أن هذه الشروط تمثل الضوابط الشرعية التي اعتمدتها الشريعة الإسلامية لصحة العقد ومسايرته للشرع وعدم دخول الشبهات فيه.

الفرع الأول: شروط تتعلق بالبنك أو المؤسسة المالية:

اشتراط البنك المركزي على البنوك والمؤسسات المالية لاعتمادها والترخيص لها بالنشاط في المجال المصرفي الإسلامي جملة من الشروط وهي:

أولاً: الحصول على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية:

نصت المادة 73 من القانون رقم 93-09 المتعلق بالقانون النقدي والمصرفي على إلزامية الحصول مسبقاً على شهادة المطابقة صادرة من طرف الهيئة الشرعية للإفتاء في مجال المالية الإسلامية لتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية مع موافقة بنك الجزائر¹.

كما نصت أيضاً المادة 14 من النظام 20-02 على هذا الإجراء، عبر إجراءات متابعة حيث يقدم الملف إلى رئيس الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية الذي يحيله إلى الهيئة لدراسته لتقديم تقريراً بمدى مطابقة الملف لأحكام الشريعة، بعدها تصدر رأيها في أجل لا يتعدى 3 أشهر من تاريخ إيداع الملف إما بالقبول، وإما القبول بشروط معينة، وإما بالرفض، ويتكون الملف من:

- طلب رسمي للحصول على شهادة المطابقة الشرعية للمنتج والإجراءات العملية والعقود ذات الصلة المطلوب تقييمها،

- المستندات التعاقدية المتعلقة بتنفيذ المعاملة،

- تقديم أي معلومة أو وثائق تراها الهيئة ضرورية لإصدار التصريح بالمطابقة الشرعية للمنتج.

أما بخصوص شبابيك الصيرفة الإسلامية:

¹ - المادة 73 من القانون 23-09 متضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سبق ذكره.

- تقدم كتابيا الإجراءات المالية والإدارية والتقنية التي تمكن من التحقق من الفصل بين المعاملات المصرفية الإسلامية والمعاملات المصرفية في البنوك والمؤسسات المالية التقليدية التي ترغب بعرض هذه المنتجات.

ثانيا: طلب الترخيص المسبق من بنك الجزائر

اشتراط بنك الجزائر على البنوك والمؤسسات المالية طلب الترخيص المسبق لتقديم منتجات الصيرفة الإسلامية بموجب المادة 13 من النظام 20-02، يتكون الملف من:

- شهادة المطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية.

- بطاقة وصفية للمنتوج المراد تسويقه.

- رأي مسؤول المطابقة للبنك أو المؤسسة المالية طبقا لأحكام المادة 25 من النظام 11-08 المتعلقة بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية¹، التي نصت على: " يجب على البنك أو المؤسسة المالية التي تقرر إنجاز العمليات الخاصة بالمنتجات الجديدة لصالحها أو الموجهة للسوق، أو التي تحدث تغييرات هامة على المنتجات الموجودة، أن تقوم بتحليل خاص للمخاطر التي تولدها هذه المنتجات، لا سيما خطر عدم المطابقة.

يجب على مسؤول رقابة المطابقة التأكد بأن هذا التحليل قد تم مسبقا وقد أنجز بشكل صارم. كما يتوجب عليه التأكد من أن إجراءات قياس المخاطر الناجمة عن هذه المنتجات الجديدة وتحديد ورقاتها قد تم وضعها، والتأكد، عند الاقتضاء، من أن التأقلم الضروري بالإجراءات القائمة قد تم مباشرتها والمصادقة عليها، لا سيما، تلك المتعلقة بالإجراءات المحاسبية، والمعالجات المعلوماتية والمراقبة الدائمة. ويجب عليه إبداء رأيه كتابيا.

أما لضمان استقلالية الشباك الصيرفة الإسلامية بالبنوك والمؤسسات المالية التقليدية أضاف شرطا يتمثل فيما يلي:

- الإجراءات الواجب إتباعها لضمان الاستقلالية المالية والإدارية لشباك الصيرفة الإسلامية عن باقي أنشطة البنك أو المؤسسة المالية وفقا لما تقدمنا به.

ثالثا: إنشاء هيئة رقابة شرعية داخل البنك أو المؤسسة المالية:

يتعين على البنك إنشاء هذه الهيئة لرقابة نشاطات البنك أو المؤسسة المالية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية من الناحية الشرعية، يتم تعيين أعضائها من قبل الجمعية العامة للمؤسسة، حيث لا يقل عدد أعضاء هذه الهيئة عن ثلاثة.

¹ المادة 25 من النظام رقم 11-08 المؤرخة في 11 شوال عام 1433 هـ الموافق ل 29 غشت 2012 المتعلقة بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج.ر.ج، العدد رقم 47 المؤرخة في 29/08/2012.

الفرع الثاني: شروط تتعلق بالعقد:

وهي مجموعة من الشروط يجب توفرها لقيام العقد صحيح كما تتوافق مع الضوابط الشرعية لعقد المراجعة وتعد دليل لخصوصيته وتتمثل في:

أولاً: الشفافية في تحديد التكلفة والأرباح

ويقصد بذلك أن ثمن المبيع معلوما (العلم بالثمن الأول والعلم بالربح) فالشفافية في تحديد تكلفة المبيع هي معرفة ثمن المبيع سواء كان منقولاً أو عقاراً أي أن قيمة المحل معلومة بدقة لطرفي العقد البنك أو المؤسسة المالية والعميل (الزبون أو الأمر بالشراء)، حيث أن بيع المراجعة بيع بالثمن الأول، أو التكلفة الكلية للمبيع مع زيادة ربح متفق عليه بين الطرفين¹.

والجدير بالذكر أن شرط معلومية ثمن المبيع وهامش الربح في عقد المراجعة من الشروط الجوهرية، ويمثل أحد خصوصيات عقد المراجعة التي نصت عليها عقود المراجعة المطورة بواسطة هيئات الرقابة الشرعية سواء في البنوك الإسلامية أو نوافذ البنوك العامة أو المؤسسات المالية، بل إن هذه المبالغ تكتب في عقد مع العميل سواء كان الزبون أو الأمر بالشراء، ويوضح عقد المراجعة تفصيلاً لمبلغ البيع مقسم إلى ثمن شراء السلعة والمصروفات والربح الذي يعود على البنك أو المؤسسة المالية.

وقد أورد المشرع الجزائري شرط تحديد الثمن في المادة 05 من نظام 02-20 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية² والمادة 03 من التعليم 03-2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية³ "...يملكها البنك أو المؤسسة المالية بتكلفة اقتنائها..."

وقد عرف المشرع الجزائري تكلفة الاقتناء في المادة 03 من التعليم 03-2020 السابقة الذكر بقوله: "تمثل تكلفة الاقتناء سعر شراء السلعة المقتناة من طرف البنك أو المؤسسة المالية بإضافة التكاليف المباشرة ذات الصلة باقتناء هذه السلعة والمدفوعة للغير".

على أن يبقى سعر البيع ثابتاً دون زيادة لغاية تسديده كاملاً وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 4 من التعليم 03-2020 السابقة.

وعليه فيجب أن يكون ثمن المبيع أو السلعة وربحها محدداً ومعلومان للطرفين عند التوقيع على العقد ولا يجوز ترك تحديد الثمن أو الربح لمؤشرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل مثل مؤشر

¹ - أكرم علي محمد يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 133

² - أنظر المادة 05 من النظام 02-20، مرجع سبق ذكره.

³ - أنظر المادة 03 من التعليم رقم 03-2020، مرجع سبق ذكره.

الليبور الذي سيقع في المستقبل، لكن ذكر مثل هذا المؤشر في مرحلة الوعد للاستئناس به عند تحديد الثمن والربح وقت العقد جائز شرعاً، شريطة ألا يبقى الربح مرتبطاً بالليبور أو بالزمن.¹

كما لا يجوز للبنك أو المؤسسة المالية أن يضيف إلى تكلفة المبيع إلا المصروفات المالية المباشرة المدفوعة للغير، فليس له أن يضيف إلى الثمن مقابل أعمال موظفي البنك أو المؤسسة المالية أو نحو ذلك. وقد جاء في المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء² البند 4/4 "لا يحق للمؤسسة أن تضيف إلى تكلفة السلعة إلا المصروفات المالية المباشرة المدفوعة للغير، فليس لها مثلاً أن تضيف إلى الثمن مقابلاً لأعمال موظفي المؤسسة أو نحو ذلك".

وفي حالة ما إذ حصل البنك أو المؤسسة المالية على خصم من التاجر البائع على المبيع نفسه ولو بعد العقد فإن العميل يستفيد من ذلك خصم بتخفيض الثمن الإجمالي بنسبة خصم. ويجب على البنك أو المؤسسة الإفصاح للعميل عن الأجل إذا اشترى المبيع بالأجل بقصد بيعه مربحة كما يجب أن يبين جميع المصروفات التي ستدخل في الثمن، أما إذا لم يفعل ذلك فليس له أن يضيف إلا المصروفات التي جرى العرف باعتبارها من التكلفة.

وفي الواقع العملي للمراجعة البنكية يمكن إزالة إشكالية عدم معرفة الثمن وذلك عن طريق الفواتير التي يقدمها الأمر بالشراء فيتم فيها تحديد قيمة السلعة أو قيمة الثمن الأول.

ثانياً: صحة عقد البيع الأول:

ويقصد بالعقد الأول ذلك العقد الذي يكون بين البنك أو المؤسسة المالية والتاجر أو المورد، والذي بموجبه تملك البنك أو المؤسسة المالية المبيع محل التعاقد مع العميل، فلو شاب العقد الأول أي بطلان أو فساد فلا يمكن للبنك أو المؤسسة المالية بيعه وهذا الشرط يعد من الشروط الأساسية؛ فوفقاً للنظريات القانونية المقتبسة من الشريعة الإسلامية والمعمول بها في البنوك الإسلامية طالما أن العقد الذي اشترى بموجبه البنك أو المؤسسة المالية المبيع باطل فإن هذا العقد لا يترتب عليه تملك المبيع للبنك أو المؤسسة المالية المشتري، والذي بدوره لا يكون مالكا للمبيع، فلا يجوز له بيعه للعميل (زبون أو الأمر بالشراء)؛ ذلك أنه لا يجوز لشخص قانوناً أن يبيع ما لا يملك، كما أن القاعدة الذهبية في القانون هي أن ما بني على باطل فهو باطل³. كما يعد عقد المراجعة باطلاً كذلك في حال كون العقد الأول صورياً وليس حقيقياً.

¹ - محمود علي السرطاوي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ط1، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، الأردن، 1436هـ=2015م، ص 48

² - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي)، المعايير الشرعية، مرجع سبق ذكره، ص 96

³ - أكرم علي محمد يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 135.

ثالثا: الإلتزام بالضوابط الشرعية وخلوه من الفوائد الربوية:

أن الإلتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية التي حرمة الربا والغرر أو الممارسات غير المشروعة وحرمة كل معاملة مالية يدخل الربا فيها، ولقد أجمع فقهاء على وضع شروط وضوابط لكل المعاملات بتأكد من خلو الربا فيها أو أكل أموال الناس بالباطل.¹

هذا الشرط يعد من الأساسيات التي يقوم عليها عقد المراجعة لأنه من بيوع الأمانة ويبنى على العقد الأول الذي سبقه وعلى وجه الخصوص على الثمن في البيع الأول الذي سبق المراجعة مباشرة.² وباعتبار أن أحد أطراف العقد هو البنك أو المؤسسة المالية والتي تقوم بالمعاملات المالية التي تعتمد على الفوائد في حساب ربحها، فكان واجبا أن يدرج هذا الشرط لمنع البنوك والمؤسسات المالية من إدراج الفوائد الربوية في عقد المراجعة الذي أساسه الشريعة الإسلامية وبذلك تعارض تطبيقه مع الضوابط الشرعية.

كما وأن هذا الشرط وهو شرط بديهي، ينبغي أن يراعى في كل العقود، وخاصة في بيع المراجعة؛ لأنه من بيوع الأمانة؛ لذلك يجب أن يكون العقد الأول الذي يسبقه والذي يتم بين البنك أو المؤسسة المالية والتاجر أو البائع الأول خاليا من الربا. ذلك أن البنوك الإسلامية خاصة تنقيد بما ورد بالشريعة الإسلامية من أحكام وطالما أن الفائدة هي ربا محرم، فإن المراجعة للأمر بالشراء تتفق وتتطابق مع المراجعة الفقهية في هذا الشرط خاصة أن أهم ما يميز البنوك الإسلامية هي عدم تعاملها بالربا.³

وقد أجاز بعض الأنظمة للبنوك العمومية باستخدام تمويل المراجعة ولكن بشرط أن تكون هناك نوافذ خاصة لهذا النوع من المعاملات، والمشرع الجزائري بدوره أجاز للبنوك العمومية في إطار استغلالها لمنتجات الصيرف الإسلامية بفتح نوافذ الصيرف الإسلامية التي ساعدت البنوك العمومية من استغلال عقد المراجعة وفق الضوابط الشرعية وخلوه من الربا.

رابعا: تملك البنك أو المؤسسة المالية للمبيع

إن تملك أو حيازة البنك أو المؤسسة المالية للمبيع يعد أحد خصوصيات عقد المراجعة حيث يعد هذا الشرط من الشروط المهمة وهي الفصل بين بيع صحيح وبيع منهي عنه، إذ يجب على البنك أو المؤسسات المالية قبل بيع المبيع للعميل سواء كان زبون أو الأمر بالشراء أن يملكها تملكا حقيقيا أو حكما تدخل في حكمه ولأنه إذا باع قبل تسلم السلعة من التاجر أو البائع يكون قد باع ما لا يملك وهو بيع منهي عنه شرعا.

¹ - أكرم علي محمد يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 137.

² - الوثائق عطا المنان محمد أحمد، عقد المراجعة - ضوابطه الشرعية - صياغته المصرفية وانحرافات التطبيقية، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، دط، ص 16.

³ - أكرم علي محمد يوسف، مرجع سابق، ص 139.

وقد جاء في قرار مجمع الفقهاء الإسلامي المنعقد بالكويت، تحت رقم 2، 3 بشأن الوفاء بالوعد، والمراجعة للأمر بالشراء ما يلي¹: "إن بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض شرعا هو بيع جائز شرعا طالما كانت تقع على المأمور مسئولية التلف قبل التسليم وتبعية الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه" وقد أورد المشرع الجزائري هذ الشرط في نص المادة 05 من قانون 20-02 المتعلق بالصيرفة الإسلامية² والمادة 03 من التعليم رقم 2020-03 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية³ "...يملكها البنك أو المؤسسة المالية ..." وهي تأكيدها على تملك البنك أو المؤسسة المالية للسلع سواء كانت منقولة أو غير منقولة، كما المادة 09 من نفس التعليم⁴ تؤكد على إلغاء أي ارتباط عقدي سابق، بين العميل الأمر بالشراء والبائع الأصلي إن وجد، ويشترط ألا تكون هناك علاقة بينهما⁵.

كما تجدر الإشارة إلى أن خصوصية عقد المراجعة تظهر بشكل واضح من خلال دخول ملكية أو حيازة المبيع للبنك أو المؤسسة المالية قبل انعقاد المراجعة، حيث أن هذا الشرط يقصد من ورائه ليس الملكية بذاتها، إنما المقصود هو إدخال البنك أو المؤسسة المالية في المخاطرة⁶، والتي ستتحقق بملكيتها للمبيع قبل بيعها إلى العميل ودخولها في ضمانه، وقد جاء في معيار المراجعة الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (يحرم على المؤسسة أن تباع سلعة بالمراجعة قبل تملكها لها... ويعتبر بيع المراجعة غير صحيح إذا كان عقد الشراء الأول باطلا لا يفيد ملكا تاما للمؤسسة)⁷، ويفهم من هذا أن شرط الملكية ولزومه خلافا للقواعد العامة للبيوع هو لضرورة إدخال المخاطرة على البنك أو المؤسسة المالية وهذا من دلالة الخصوصية للمراجعة البنكية، ويتعد بها عن فكرة التمويل التقليدي، ومما يظهر دورها في تدوير السلعة ودفع عجلة الإقتصاد بالمبايعات والتجارة المباشرة، ولو اعتمدنا هذا الفهم، فيثار عليه أنه غير منضبط في العقود التي تبرمها البنوك والمؤسسات المالية، حيث إن هذا المعنى الذي أرادوه بالملكية المشروطة قد اختلف في شروط أخرى، أدخلت على المراجعة البنكية،

¹ - قرار رقم (2، 3)، بشأن الوفاء بالوعد، والمراجعة للأمر بالشراء، مجمع الفقهاء الإسلامي، مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد 5، ج2، المنعقد بالكويت، 1409هـ=1988م ص 1599.

² -أنظر المادة 05 من النظام 20-02، مرجع سبق ذكره.

³ - أنظر المادة 03 من التعليم رقم 2020-03، مرجع سبق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 09 من التعليم رقم 2020-03، مرجع سبق ذكره.

⁵ -حجي الشريف نصير، مزغيش عبير، دراسة في أحكام عقد المراجعة على ضوء النظام 20-02 والتعليم 2020-03، مجلة الفكر، المجلد 17، العدد 01(2022)، ص338

⁶ - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، المعايير الشرعية، مرجع سبق ذكره، ص 95

⁷ - نفسه، ص 94

قد اتخذت فيها الأسس العامة للبيوع كأسس للمراجعة البنكية، دون مراعاة خصوصيتها وهذه الشروط ترسخ معنى، التمويل البنكي فيها وتهدر دورها في تدوير السلع.

وما يمكن ملاحظته أن شروط المراجعة البنكية تعد من أسس الخصوصية لهذا العقد، حيث يجب أن تكون مراعية للمحظورات الشرعية التي تؤدي إلى فساد عقد المراجعة، إذ يجب على البنك أو المؤسسات المالية عند القيام بالعمليات المصرفية التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية واتباع فتاوى الرقابة الشرعية والإلتزام بها، مع القوانين التي تنظم عمل البنوك، خاصة بعد إدراج هذه العقود في البنوك العمومية والمؤسسات المالية من خلال تطبيقها في شبايك الصيرفة، والتي كانت في الأصل عقود تطبيق في البنوك الإسلامية فقط.

المبحث الثاني: أصناف عقد المراجعة وإجراءات انعقاده في البنوك والمؤسسات المالية

عقود المراجعة في البنوك والمؤسسات المالية لها عدة أصناف تختلف من بنك إلى آخرى حسب التطبيق المعتمد من طرف البنوك والمؤسسات المالية، حيث يؤثر اختيار صنف عقد المراجعة على إجراءات تنفيذها وفقا للصنف والضوابط المطبقة، وسوف نتطرق إلى أصناف عقود المراجعة في البنوك والمؤسسات المالية، ثم إجراءات انعقادها وكذا بعض من تطبيقاتها في البنوك الجزائرية

المطلب الأول: أصناف المراجعة في البنك والمؤسسات المالية

يعد النوع الثاني للمراجعة والمتمثل في المراجعة البنكية من بين أشهر الأنواع انتشار في البنوك والمؤسسات المالية وهذا لما له من خصوصية يمتاز بها عن العقود الأخرى المطبقة في البنوك والمؤسسات المالية وهو يتفرع إلى عدة أصناف أو صور مختلفة حسب وجهة نظر الفقهاء، فهناك من صنفها حسب عدد العقود المشكلة لها، وآخرون صنفوها حسب الوعد والإلزام الذي يتم بين العميل (الزبون أو الأمر بالشراء) والبنك أو المؤسسة المالية، وهناك من صنفها حسب بيان مصدر السلع التي يشتريها البنك للعملاء فإذا كانت سلع محلية فإننا بصدد مراجعة داخلية (محلية)، أما العكس أي إذا كانت السلعة مستوردة فإننا في صدد مراجعة خارجية.

الفرع الأول: أصناف المراجعة حسب تعدد العقود المشكلة لها:

أتخلف الفقهاء في إعطاء تصنيف صحيح لعقد المراجعة، حيث نرى البعض منهم أنه قسم المراجعة إلى نوعين، مراجعة بسيطة ومراجعة مركبة، واعتبر البسيطة هي التي أخذ بها الفقهاء الإسلامي قديما، وهي تعقد بعقد واحد يتم بين طرفين فقط وهما المشتري والبائع، والمركبة وهي المستحدثة في البنوك والتي تعقد باتحاد مجموعة من العقود، وهي عقد وعد بالشراء بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية وعقد بيع بين البنك والتاجر وعقد مراجعة بسيطة بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية، أي أن

عقد المراجعة المركبة يكون فيه ثلاثة أطراف هم العميل كطرف أول، والبنك أو المؤسسة المالية كطرف ثاني، والتاجر أو المورد أو مالك المبيع كطرف ثالث.

أما البعض الأخرى فيرى بأن المراجعة تنقسم إلى نوعين مراجعة قديمة أو تقليدية وأخرى بنكية، فالتقليدية وهي التي تطرق لها الفقهاء الإسلامي، أما البنكية فهي التي تطبق في البنوك والمؤسسات المالية وهي تصنف إلى صنفين، الأولى بسيطة أو ما يعرف بالمراجعة البنكية البسيطة وهي عقد واحد يكون بين البنك أو المؤسسة المالية والزبون، حيث يتكون من طرفين فقط، وهي تختلف عن المركبة في عدم وجود وعد يسبق المراجعة لأن الزبون يعقد العقد مع البنك أو المؤسسة المالية دون وجود أمر بالشراء من طرفه، كما أن المبيع موجود لدى البنك أو المؤسسة المالية ومعروض للبيع، وهي بذلك تشبه كثيرا بيع بالتقسيط. أما الثانية وهي المراجعة المركبة أو مراجعة الأمر بالشراء والتي يكون فيها وعد بالشراء أولا من العميل الأمر بالشراء للبنك أو المؤسسة المالية ثم عقد بيع بين البنك والتاجر أو المورد مالك المبيع ثم عقد بيع المراجعة بسيطة بين العميل الأمر بالشراء والبنك أو المؤسسة المالية.

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري عند تصنيفه للمراجعة في التعليمات 03-2020 حيث عرف المراجعة البسيطة في المادة 3 وعرف المراجعة المركبة في المادة 9 من نفس التعليمات¹.

حيث أن المشرع عندما تطرق إلى مصطلح "الزبون" في المادة 3 أرد أن يصف أو يحدد المراجعة البسيطة البنكية التي تجرّها بعض البنوك والمؤسسات المالية وذلك بأن البنك أو المؤسسة المالية هنا يعد بمثابة تاجر لأن المبيع في حوزته وموجود ومعروض للبيع للزبائن وهذا في حالة المبيع الذي يعد من السلع ذات الطلب والاستهلاك الكثير، حيث يقوم البنك أو المؤسسة المالية بشرائها مسبقا لتغطية الطلب الكبير عليها، أو أن المبيع بقي لديه لفسخ عقد مراجعة سابقا واردا البنك إعادة البيع².

أما في حالة مصطلح "الأمر بالشراء" حسب المادة 9 فهنا المبيع لا يوجد عند البنك أو المؤسسة المالية، فيقوم العميل الأمر بالشراء بطلب الشراء عن طريق الوعد الذي يقدمه، وبالتالي فإن البنك أو المؤسسة المالية يسعى لشرائه أولا بعد دراسة الطلب والقيام بإجراءات المراجعة، والقيام ببيعه للأمر بالشراء حسب الاتفاق بينهما.

وبالرغم من أن المراجعة البسيطة التي تتم في البنوك والمؤسسات المالية تتكون من طرفين فقط وهما العميل (الزبون) والبنك أو المؤسسة المالية، إلا أن الطرف الثالث والمتمثل في التاجر أو المورد أو

¹ - أنظر المادة 3 و9 من التعليمات 03-2020، مرجع نسبق ذكره.

² - هذه الحالة تكون نتيجة لفسخ عقد مراجعة سابق بين البنك أو المؤسسة المالية مع عميل أمر بالشراء سابق نتيجة لعدم قيامه بالتزاماته مما أنجر عنه الفسخ، وبالتالي يكون البنك أو المؤسسة المالية مجبر على إعادة بيع المبيع لزبون آخر، حيث يقوم البنك أو المؤسسة المالية على ترك العقد على حالة وإعادته بنفس الشروط مع عميل زبون آخر أو القيام ببعض التعديلات في العقد حسب حالة المبيع، منها تقليل من نسبة هامش الربح والعودة على الأمر بالشراء الأول بفارق الربح.

مالك المبيع يظهر أثره بصورة غير مباشر عند الإفصاح عن تكلفة المبيع أي ثمن البيع الأول الذي اشترى به البنك أو المؤسسة المالية المبيع، وهو دليل على وجود طرف ثالث حتى وأن لم يذكر صراحة في العقد.

الفرع الثاني: أصناف المراجعة حسب الوعد بالإنزام:

يعتبر مدى إلزامية الوعد في بيع المراجعة للآمر بالشراء من أهم المسائل التي أثارت الجدل بين علماء المسلمين في العصر الحديث؛ بسبب اعتماد بعضهم إلزامية هذا الوعد استناداً إلى المصلحة المرسله في تسيير معاملات البنوك والمؤسسات المالية، وعدم تعريضها لمخاطر ركود المبيع لصالح الأمر بالشراء إذا ما ترك له الخيار في تنفيذ هذا العقد؛ إذ بذلك لا يستطيع البنك أو المؤسسة المالية بيع وتصريف هذا المبيع، فيقع في خسارة مادية¹، وهذه الصور متعددة ومختلفة قد أوصلها بعض الباحثين إلى عشرون صورة²، لكن أكثر هذه الصور لا تزيد عن كونها تفصيلاً وتفرعاً للصور التي تتعامل بهما معظم البنوك والمؤسسات المالية:

أولاً: المراجعة للآمر بالشراء على أساس الإنزام لكل الطرفين:

وهي أن يقصد العميل الأمر بالشراء البنك ويطلب منه شراء سلعة معينة بالوصف، ويلتزم بوعده أن يشتريها منه بثمان حال أو مؤجل. كما يلتزم البنك ببيعها للعميل، وقد صور أحد الباحثين هذه الصورة بطريقة عملية مبسطة؛ مثلاً يذهب صاحب مستشفى إلى البنك الإسلامي ويعرض رغبته في شراء أجهزة متطورة، وأنه لا يملك ثمنها أو لا يملكه كاملاً، ولا يريد أن يقترض من بنك ربوي، طالباً من البنك مساعدته بأن يشتري تلك الأجهزة من الشركة المصنعة ثم يبيعها لصاحب المستشفى بعد ذلك بربح محدد وفي أجل محدد، ويوقع الطرفان وثيقة، هي طلب رغبة ووعده بالشراء من العميل، ووعده من البنك بالبيع، وحين يملك البنك السلع يوقع الطرفان عقداً بالبيع على أساس الوعد السابق³.

حيث أنه يترتب على الإنزام بالوعد لكل الطرفين أن البنك يكون ضامناً للسلعة حتى تمام تسليمها للعميل المشتري، وينتقل الضمان له بعد التسليم، ويتحمل العميل تبعات عدم وفائه بالإنزامه بالشراء بأن يقوم البنك ببيع البضاعة واستقاء التكاليف التي تكبدها فيها، فإذا نقص ثمن البيع عن مقدار تلك التكاليف، رجع على العميل بالفرق (بالخصم من العربون الذي دفعه العميل أو دفعة ضمان الجدية)،

¹ - أكرم علي محمد يوسف، تطور صيغة المراجعة بالتطبيق على بعض المصارف السودانية، مجلة جامعة شندي، العدد الثامن، يناير 2010، ص 147

² - بدرن، أحمد حامد، التمويل بالمراجعة في المصارف الإسلامية، د.ط.، بنك الكويت الصناعي، الكويت، 2005، ص 31-32

³ - يوسف القرضاوي، بيع المراجعة للآمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية، دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية، ط3، مكتبة وهبة، القاهرة، 1415هـ-1995م، ص ص 24-25.

وفي المقابل فإن البنك يتحمل تبعه عدم وفائه بالتزامه في توفير السلعة في المكان و الزمان وبالمواصفات المحددة من قبل، يعرض العميل عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم الوفاء بوعده.¹ وهي كذلك ما يعرف عند فقهاء الشريعة بالمواعدة ولقد اختلفوا في حكمها فمنهم من أجازها ومنهم من حرمها.

وقد ذهب المؤتمر المصرف الإسلامي الأول في دبي المنعقد في شهر مايو سنة 1979م، إذ أوصى بأن هذا التعامل يتضمن وعدا من عميل المصرف بالشراء في حدود الشروط المنوه عنها، ووعدا آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقا للشروط إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقاً لأحكام المذهب المالكي. كما هو ملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى. وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكن للقضاء التدخل فيه". وقد أوصى مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت في مارس 1983م كذلك بأن المواعدة على بيع المراجعة للأمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراة وحيازتها، ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور هو أمر جائز شرعاً، ما دام كانت تقع على المصرف الإسلامي مسئولية الهلاك قبل التسليم، وتبعة الرد فيها يستوجب الرد بعيب خفي. وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للأمر أو المصرف أو كليهما . فإن الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل".²

ولقد أخذ بهذه الصورة بعض البنوك الإسلامية في الدول العربية منها بنك الإسلامي الأردني، حيث تعد المراجعة للأمر بالشراء من أكثر طرق التمويل والاستثمار التي يعتمد عليها البنك الإسلامي الأردني الذي يعد من فئة المصارف التي تتعامل بالمراجعة على أساس الإلزام بالوعد لكل من البنك والعميل.³ والمشرع الجزائري قام من خلال المادة "72" من القانون المدني الجزائري⁴، والتي تنص على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد، ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

¹ - فياض عبد المنعم حسنين، **بيع المراجعة في المصارف الإسلامية**، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1417هـ=1996م، ص 23-25.

² - أكرم علي محمد يوسف، مرجع سابق، ص ص149، 150.

³ - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 221.

⁴ - الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن قانون المدني الجزائري، ج.ر.ج، العدد 78 الصادرة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج. العدد 31 الصادرة في 2007.

يستفاد من نص المادة أنه ينشأ في ذمة الواعد (العميل) إلزام بإتمام عقد البيع متى كان الوعد الصادر منه متوافراً على كافة الشروط اللازمة لتتمام العقد، فإن لم يفعل، كان للموعد له (البنك الإسلامي) حق الحصول على حكم قضائي يقوم مقام العقد متى حاز على قوة الشيء المقضي فيها.¹ وقد أخذت بعض البنوك الجزائرية بالإلتزام للطرفين منها مصرف السلام وبنك البركة (ملحق 04 وملحق 09)

ثانياً: المراجعة للأمر بالشراء على أساس عدم الإلتزام للطرفين:

وهذه الصورة عكس السابقة، حيث أن العميل الأمر بالشراء يذهب إلى البنك، ويطلب منه شراء السلعة الموصوفة، ويتواعدان على ذلك دون اعتبار الوعد اتفاقاً ملزماً للطرفين. وهذه الصورة هي شبيهة بالصورة الأولى، وتختلف عنها في عدم الإلزام بالوعد بين المتعاقدين أي البنك والعميل الأمر بالشراء.² ولقد أجازها أغلب فقهاء الشريعة.

ثالثاً: المراجعة للأمر بالشراء على أساس الإلتزام لأحد الطرفين:

وهي مثل الصورتين السابقتين إلا أنها تقوم على أساس الإلزام بالوعد لأحد الطرفين أما العميل الأمر بالشراء أو البنك.³

وهي تعريف أيضاً عند فقهاء الشريعة بالوعد وقد أجازها أغلبهم.

وقد أخذت بها بعض البنوك الإسلامية في الدول الإسلامية مثل بنك فيصل الإسلامي السوداني الذي أخذ على أساس الإلتزام بالوعد على البنك أما العميل الأمر بالشراء فهو غير ملزم بالوعد وهذا بناء على توجيهات هيئة الرقابة الشرعية فيه⁴، وكذا المصرف الإسلامي للاستثمار والتنمية الأردني.

الفرع الثالث: أصناف المراجعة حسب بيان مصدر السلعة (محلية، خارجية)

اعتمد بعض العلماء في تصنيف عقد المراجعة البنكية على بيان مصدر السلع التي يشتريها البنك للعملاء، أي على الإقليم الذي جاءت منه السلعة أو مكان شرائها، فإذا كانت سلع محلية أي تم شرائها داخل إقليم الدولة فإننا بصدد مراجعة مركبة داخلية (محلية)، أما إذا كان مكان شرائها خارج الإقليم أي كانت السلعة مستوردة فإننا في صدد مراجعة خارجية والتي تماثل الاعتمادات المستندية التي تقوم بها البنوك العامة.

¹ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1990، ص36.

² - حسام الدين موسى عفانة، بيع المراجعة للأمر بالشراء، مرجع سبق ذكره، ص 26.

³ - مرجع نفسه، ص 26.

⁴ - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 239.

أولاً: المراجعة الداخلية:

المراجعة الداخلية باعتبارها صنف من أصناف المراجعة فهي عبارة عن قيام البنك بشراء وبيع السلع والبضائع المحلية مربحة، على نحو يمكن المتعاملين معه من شراء السلع وسداد قيمتها على دفعات وفقاً للأسس الشرعية بناء على طلب العميل الأمر بالشراء.¹ فالميزة التي تميزها عن المراجعة الخارجية هي أن البنك يقوم بشراء وبيع البضائع والسلع التي تم تصنيعها أو إنتاجها داخل النطاق الجغرافي للدولة أي أنها سلعة محلية وليست مستوردة من خارج البلاد. وبالتالي تكون قيمتها في بعض الأحيان منخفض مقارنة بالسلع المستوردة من خارج البلاد.

وفي مختلف أصناف المراجعة البنكية، لا بد من وجود المستندات المثبتة لعملية التملك التي تقيد إجراء عقد الشراء الأول للسلعة من قبل البنك أو المؤسسة المالية وانتقال ملكيتها إليه، وهذا يعنى ضرورة وجود صيغتي الإيجاب والقبول الدالتين على تنفيذ شراء السلعة. وهذه المستندات المثبتة لعملية التملك تختلف بحسب طبيعة وكيفية إجراء عمليات المراجعة أي بحسب نوعية المراجعة، وذلك على النحو التالي:

1- المراجعة المحلية مع إبرام البنك عقد تملك السلعة بنفسه

تتمثل المستندات المطلوب توافرها في هذه الحالة² في وثيقة التعاقد المبرمة بين البنك والبائع الأصلي والموقعة من طرفهما، وهذا ما يحدث خصوصاً عند شراء بعض السلع المميزة كالأراضي والعقارات وما شابههما. كما يمكن أن يقوم مقام هذا العقد المراسلات والإشعارات بين البنك والبائع الأصلي عما يفيد الإيجاب والقبول المتبادلين بين الطرفين.

وقد يكون الإيجاب بالبيع من قبل البائع الأول من خلال عرض الأسعار الذي يصدره باسم البنك في حين يتحدد قبول البنك عبر رسالة إشعار شراء السلعة موجهة للبائع مرفقة بأمر تسليم السلعة للعميل بالإضافة إلى إرسال شيك بقيمة السلعة، وتجدر الإشارة هنا إلى أن تسليم المبيع ودفع الثمن في حالة تبادل الإرادتين بالإيجاب والقبول هما من آثار التعاقد وليست لهما علاقة. مستندات التملك المتمثلة في الإيجاب (عرض الأسعار) والقبول (الأشعار بشراء السلعة).

ويلاحظ هنا أن الإيجاب يكون من قبل البائع والقبول من قبل البنك في حالة وجود عرض أسعار من البائع موجه للبنك بحيث يعتبر ذلك إيجاباً. أما في حالة وجود عرض أسعار باسم العميل الواعد بالشراء فإن هذا لا يمثل الإيجاب لعملية شراء البنك السلعة ويكون إشعار البنك بشراء السلعة في هذه الحالة هو الإيجاب ويتمثل القبول عندئذ في موافقة البائع وإصداره لفاتورة البيع.

1 - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره ص 68.

2 - عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمراجعة، ط1، مجموعة داله البركة، 1419هـ/1998، ص52

2- المراجعة المحلية مع توكيل الواعد بالشراء لإبرام العقد الأول:

توجد بعض الحالات التي لا يقوم فيها البنك بشراء السلعة مباشرة بنفسه وإنما يوكل الواعد بالشراء بإبرام عملية التملك للسلعة نيابة عنه. ولكن نتيجة لخصوصية بيع المراجعة وخشية أن تتحول هذه المعاملة إلى مجرد تمويل ربوي يغيب فيه دور البنك اختلفت الفتاوى المعاصرة بشأن توكيل الواعد بالشراء.

وبالرغم من وجود فتاوى هيئات شرعية عديدة تقر فكرة توكيل البنك شخص آخر غير العميل بما في ذلك الواعد بالشراء لإبرام عقد الشراء الأول للسلعة، فإن هناك فتاوى كثيرة أخرى ومنها قرار مجمع الفقهاء الإسلامي يؤكد أن الأفضل أن يكون الوكيل بالشراء غير العميل مقدم الوعد، بل اتجهت بعض الفتاوى المتأخرة إلى القول بالمنع التام لتوكيل البنك عميله الواعد بالشراء، وهذا ما جاء في الفتوى الصادرة عن ندوة البركة التاسعة.

ولعل الرأي الوسط هو ما قرره الهيئة الشرعية الموحدة لبنك البركة حيث إنها وجهت بعدم الاسترسال في توكيل العميل في كل عمليات المراجعة التي تجريها بنوك المجموعة، وطلبت العمل على حصر هذا التوكيل في أضيق الحدود وفي الحالات الضرورية بعد اطلاع المستشار الشرعي الخاص بكل بنك للحصول على موافقته، وبهذا يكون الأصل قيام البنك بالشراء بنفسه والتوكيل هو الاستثناء.¹ وفي مثل هذه الحالات الاستثنائية التي يتم فيها توكيل الواعد بالشراء، فإن المستندات المطلوب توافرها في مرحلة التملك هي:

- وجود عقد التوكيل موجه يفوض البنك عميله لإبرام التعاقد مع البائع الأصلي؛
- وجود إشعار من العميل يخطر فيه للبنك بأنه قام بتنفيذ الوكالة المطلوب.

وتجدر الإشارة إلى ضرورة قيام البنك بدفع ثمن السلعة مباشرة إلى البائع التاجر بالمبلغ المطلوب وتحمل جميع النفقات والمصاريف الداخلة في حساب الثمن مثل مصاريف النقل والرسوم وغيرها، ولا يجوز في جميع الحالات دفع ثمن السلعة للعميل الواعد بالشراء ولو في حالة توكيله بالشراء دفعا للشبهات، وقد نصت الفتوى الثامنة من ندوة البركة التاسعة على عدم جواز توسط الواعد بالشراء في دفع الثمن.

والمرجع الجزائري أقر بوجود هذه الوكالة في المادة 10 من التعليم رقم 03-2020² المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية. "يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يوكل زبونه، بشكل استثنائي، لاختيار بل وحتى

¹ - عز الدين محمد خوجة، سبق ذكره، ص 53.

² - المادة 10 من التعليم رقم 03-2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سبق ذكره.

شراء باسم البنك أو المؤسسة المالية، السلعة موضوع العقد" وهذا يعني انه في حالات استثنائية يمكن للزبون أن يكون وكيل عن البنك أو المؤسسة المالية في اختيار سلعة عند الممول أو البائع إذا كانت السلعة محلة أي مرابحة داخلية، وهذا في حالات التي يكون فيها الزبون متخصصا وله علم كافي بالسلعة في شراء السلعة، كم يمكن أن يقوم بالشراء هذه السلعة وتسلمها أيضا باعتباره وكيل عن البنك أو المؤسسة المالية، وذلك وفق شروط هذه الأخيرة.

- أهمية المrabحة الداخلية:

تظهر أهمية المrabحة الداخلية باعتبار أحد أنواع المrabحة في الدور الاقتصادي الذي تساهم فيه المrabحة البنوك الإسلامية عن طريق تمويل احتياجات بعض القطاعات الاقتصادية، منها قطاع التجارة، سواء الداخلية أو الخارجية، بالإضافة إلى القطاعات الإنتاج. فالمrabحة توفر احتياجات التجارة الداخلية، من سلع وسيطة و سلع معمرة سواء لتجار الجملة أو التجزئة أو للمستهلكين الأفراد، وذلك عن طريق شراء تلك السلع وإعادة بيعها مرابحة، وبذلك يمكن للأفراد شراء تلك السلع مرابحة مع تقسيط الثمن على أقساط مستقبلية، مما يرفع مستويات الاستهلاك لهؤلاء الأفراد¹.

ثانيا: المrabحة الخارجية:

وهي قيام البنك بشراء البضائع والسلع من المصدر الذي يحدد العميل الأمر بالشراء خارج البلاد وفق المواصفات التي يطلبها، ثم حيازتها وبيعها للتاجر المستورد، بثمن وريح يتفق عليه مسبقا². ويطلق عليها أحيانا المrabحة الاستيرادية أو اعتمادات المrabحة، نظرا لأن هذا النوع من المrabحة يتم عن طريق فتح البنك اعتمادا مستنديا باسمه³. وهو عكس الاعتماد المستندي الذي يقوم فيه بفتح الاعتماد باسم عميله.

كما يظهر اختلاف المrabحة الخارجية عن الداخلية في مصدر السلع أو البضاعة والتي تكون خارج البلاد، وليست من إنتاج محلي وبتالي تكون قيمتها بالنسبة للبعض السلع والبضائع مرتفع مقارنة بالسلع المحلية.

والمrabحة الخارجية تقوم عن طريق قيام البنك بفتح اعتماد مستندي باسمه لدى أحد البنوك في الخارج سواء أكانت أحد فروعها أو بنك آخر، فإن التعاقد في هذين الحالتين يكون مبرما بين العميل الأمر بالشراء والبنك بالتقاء الإيجاب بالبيع الصادر من البنك (إشعار بوصول المستندات وإيجاب بالبيع) مع قبول الشراء الصادر من العميل (إشعار القبول بالشراء أو توقيع عقد المrabحة).

¹ - فياض عبد المنعم حسنين، مرجع سبق ذكره، ص14

² - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 68

³ - عمر محمد عبد الحليم، مرابحات السلع الدولية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر للمؤسسات المالية الإسلامية، ص 1418.

وعلى أساس هذه الإرادة المتبادلة يقوم البنك بتظهير مستندات الشحن للعميل ليتولى تخليصها من الميناء وتسلمها بنفسه، فإذا وجد العميل بالسلعة عيب من العيوب أو وجدها ناقصة أو غير مطابقة للمواصفات فإن من حقه أن يرجع على البنك بما يقابل العيب الموجود وإن شاء يرفض المعاملة كلها ويفسخ العقد، وعندها يرجع البنك بدوره على البائع الأصلي أو شركة التأمين، أما إذا تسلم العميل السلعة دون اعتراض أو مر على تسلمها مدة زمنية متفق عليها تنتهي بعدها مسؤولية البنك عن العيب الخفي، فإن ضمان السلعة ينتقل إلى العميل المشتري.

ويتضح أن إخلاء مسؤولية البنك وانتقال ضمان السلعة إلى العميل تكون بعد تسلم هذا الأخير السلعة وموافقته عليها، أما قبل ذلك فإن السلعة تبقى على ضمان البنك، وتتحد بداية ضمان البنك للسلعة عند نهاية ضمان البائع الأصلي، وقد تطول هذه الفترة أو تقصر بحسب عقد شراء السلعة المبرم مع المصدر الخارجي.¹

ولقد مكن المشرع الجزائري البنك أو المؤسسة المالية في حالة المراجعة الخارجية أي أن السلعة تكون من الخارج، أن يشترط على الأمر بالشراء إمضاء تعهد شراء أحادي الطرف للسلعة المعينة، يتضمن مجموعة من البيانات التي تخص السلعة، حسب المادة 11 من التعلية رقم 03-2020 السابقة الذكر² التي نصت على: "في حالة عقد المراجعة للأمر بالشراء، يمكن أن يشترط البنك أو المؤسسة المالية، قبل شراء السلعة التي عينها الأمر بالشراء، إمضاء هذا الأخير على تعهد شراء أحادي الطرف للسلعة المعينة.

يجب أن يتضمن التعهد بالشراء أحادي الطرف، خصائص السلعة، سعر الاقتناء، كفاءات وآجال تسليمها للأمر بالشراء".

يعد هذا التعهد كدليل إثبات بأن الأمر بالشراء قد تحقق وعاین السلعة المرادة شرائها مرابحة، وهذا التعهد هو عقد منفصل عن عقد الوعد وعقد المراجعة، حسب نص المادة 13 من التعلية 03-2020 السابقة الذكر.

ومن المعلوم أن عقود البيع التجارية الدولية كما تصدرها غرفة التجارة الدولية تحدد مسؤولية البائع وحدود تحمله للمخاطر بالنسبة لكل عقد، ويلاحظ في هذه العقود الدولية أن انتقال مسؤولية مخاطر هلاك البضاعة أو تلفها وكذلك مسؤولية مصاريف البضاعة يرتبط دائما بالتسليم في جميع العقود الدولية. فالعبرة في انتقال مسؤولية مخاطر البضاعة هي بإتمام البائع لالتزاماته بتسليم البضاعة.

¹ - عز الدين محمد خوجة، مرجع سبق ذكره، ص 61-62.

² - المادة 11 من التعلية رقم 03-2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سبق ذكره.

1-ضوابط المراجعة الخارجية:

للمراجعة الخارجية مجموعة من الضوابط تستند عليها، وباعتبار أن المراجعة كان في أصل تطبيقا للبنوك الإسلامية السبابة للعمل بها تجنب للوقوع في المحاذير الشرعية، فكانت صيغة تمويل بديلة لاعتماد المستندي المستعمل في البنوك التقليدية*، وعليه نذكر بعض الضوابط التي تطبقها البنوك الإسلامية منها¹:

- 1- يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يجعل الاعتماد المستندي بصيغة المراجعة للأمر بالشراء، وأن يدخل في مشاركة مع طالب فتح الاعتماد في الجزء غير المغطى حال فتح الاعتماد.
- 2- يمكن أن يتفق الطرفان عند توكيل البنك أو المؤسسة المالية لغيره في شراء المبيع أن تكون الوكالة غير معلنة؛ فيتصرف الوكيل كالأصيل أمام الأطراف الأخرى، ويتولى الشراء مباشرة باسمه ولكن لصالح البنك أو المؤسسة الموكل، وإن كان إفصاح الوكيل بصفته الحقيقية أولى.
- 3- الأصل أن تكون الوثائق والعقود والمستندات الصادرة عند إبرام عقد شراء المبيع باسم البنك أو المؤسسة المالية وليس باسم الأمر بالشراء، حتى لو كان هذا الأخير وكيلا عنه ولكن يجوز ذكر اسم الأمر بالشراء في بوليصة الشحن مع اسم البنك أو المؤسسة المالية أو وكيله لمجرد الإحاطة.
- 4- يعتبر قبضا حكما تسلم البنك أو المؤسسة المالية أو وكيله لمستندات الشحن عند شراء البضائع من السوق الخارجية، وكذلك تسلمه لشهادات التخزين التي تعين البضاعة من المخازن التي تدار بطريق مناسبة موثوق بها.
- 5- الأصل أن يتسلم البنك أو المؤسسة المالية المبيع بنفسه من مخازن البائع أو من المكان المحدد في شروط التسليم، وتنتقل مسؤولية ضمان المبيع إلى البنك أو المؤسسة المالية بتحقيق حيازته للمبيع، ويجوز للبنك أو المؤسسة المالية توكيل غيره للقيام بذلك نيابة عنه.
- 6- التأمين على المبيع محل المراجعة مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية في مرحلة التملك، ويقوم بهذا الإجراء على حسابه باعتباره مالكا للمبيع ويتحمل المخاطر المترتبة على ذلك، ويكون التعويض من حقه وحده وليس للأمر بالشراء حق فيه إن حدث موجب التعويض قبل انتقال الملكية إلى الأمر بالشراء. ويحق للبنك أو المؤسسة المالية أن يضيف المصروفات بعد ذلك إلى تكلفة المبيع وبالتالي إلى ثمن بيع المراجعة.

* سوف نعرض الاعتماد المستندي والمراجعة الخارجية والعلاقة بينهما بشيء من التفصيل.

¹ - حسام الدين موسى عفانة، **بيع المراجعة المركبة كما تجريه المصارف الإسلامية في فلسطين**، مؤتمر المصارف الإسلامية في القرن الواحد والعشرين تحديات آمال معاملات المصارف الإسلامية وضبط وتأهيل، جامعة الخليل فلسطين، 2009، ص ص 18-19.

7- لا يشترط تسجيل المبيع باسم البنك أو المؤسسة المالية؛ لأن ملكية المبيع تنتقل إليه بالعقد، ولا تحتاج إلى التسجيل الذي هو مجرد إجراء قانوني لتأكيد العقد.

8 - يمكن التوكيل بتنفيذ إجراءات التأمين على المبيع في مرحلة تملك البنك أو المؤسسة المالية للمبيع، ولكن يجب أن يتحمل البنك أو المؤسسة المالية تكاليفها.

2- واقع المراجعة الخارجية في الجزائر:

إن للمراجعة الخارجية أهمية كبيرة في الإقتصاد الوطني إذ تعد من صيغ التمويل التي طرحتها الشريعة الإسلامية فهي تساهم في تمويل التجارة الداخلية والخارجية، فتطبق بيع المراجعة في عمليات الاستيراد، والذي تمارسه مشروعات التمويل والبنوك الإسلامية والمؤسسات المالية حقق نجاحا كبيرا لأن الحاجة ماسة إلى هذا الأسلوب - تمويل الاستيراد بالمراجعة- حيث إن إقتصاد الدول النامية يعتمد على الاستيراد من الخارج وعندما يقوم البنك أو المؤسسة المالية بتلبية ما يحتاجه أصحاب المصانع من مواد خام أو غير ذلك مما يساعد في دعم ذوي الخبرات الصناعية فهو بذلك يكون قد حقق المصلحة لأصحاب المشاريع الذين يحتاجون إلى الاستيراد من الخارج وهو بذلك يساعد في دعم الصناعات ورأس المال والاقتصاد.

كما توفر المراجعة الخارجية العديد من المزايا منها استيراد السلع والمواد الخام من الخارج، خاصة في الدول النامية، كما يمكن أن تكون وسيلة لتمويل تجارة الصادرات، حيث يتم البيع بين البنوك والمؤسسات المالية في دول مختلفة على أساس المراجعة الخارجية أحدهما مستورد والأخرى مصدر.

إن استعمال المراجعة في الاستيراد في الجزائر يكاد يكون معدوما¹، وهي فرصة ضائعة يمكن في حالة تفعيلها من طرف البنوك الإسلامية وشبابيك البنوك التقليدية تحقيق نتائج جيدة للمستوردين والمستثمرين والبنوك والدولة الجزائرية، وبهذا يمكن لجميع الأطراف الاستفادة، فمن جهة يمكن للعميل الأمر بالشراء الجزائري أن يتحصل على البضاعة التي يرغب بها من الخارج مع دفع ثمنها بالدينار الجزائري على أقساط للبنك أو المؤسسة المالية المستورد ونفس الشيء بالنسبة للمستثمر من خلال توفير المواد الداخلة في التصنيع سواء مواد خام أو نصف مصنعة من طرف البنك أو المؤسسة المالية هذا الأخير الذي يحقق ربحا من زيادة ثمن البيع المنفق عليه مع المستورد أو المستثمر، أما الدولة فتستفيد بتوفير السلع في السوق للمواطنين وعدم الوقوع في الندرة.

الفرع الثالث: صور المراجعة حسب تقسيمها في بعض البنوك

حيث نلاحظ تطبق هذه الصور في عدة بنوك حتى أنها أصبحت تأخذ كمرجع وهو ما لاحظنا أيضا في مختلف البنوك الجزائرية وذلك من خلال نماذج المراجعة وهي عديدة ولعل أشهرها:²

¹ - قموح مولود، مرجع سبق ذكره، ص 229

² - شروق للمحامات، العقود الإسلامية وأنواعها -مقاربة مع القوانين الوضعية في دولة قطر، 2021، ص 6.

أولاً: المراجعة الشخصية:

وتهدف إلى الحصول على سلع للاستخدام الشخصي على أن يقوم البنك بتوفيرها بطرق سداد ميسرة عن طريق بيع المراجعة.

ثانياً: المراجعة التجارية:

وهي تلك التي يقوم بها البنك بشراء متطلبات الشركات أو المؤسسات من سلع وخدمات نقداً لقلة إمكانياتها التمويلية، ولأجل ذلك يعتمد البنك أو المؤسسات المالية سقفاً ائتمانياً للتمويل يمنح بموجبه العميل حق الاستفادة من ذلك السقف المتاح في تمويل شراء كل ما يحتاجه بالمراجعة.

ثالثاً: المراجعة العقارية:

وهي التي كون فيها محل العقد أي المبيع عقارات كأراضي أو مباني أو غيرها من العقارات والتي تتطلب إجراءات أخرى إضافة لإجراءات المتبعة في عقد المراجعة المركبة، وتتمثل هذه الإجراءات في الشهر والتسجيل، بالرغم من أن بعض الدول خففت من هذه الإجراءات واعتبرتها غير ملزمة لتكرار الإجراء إلا أن أغلبها ألزمت بإجراءات الشهر والتسجيل سواء عند تملك البنك أو المؤسسة المالية للعقار في العقد من البائع الأول أو تملك العميل للعقار عند انقضاء عقد المراجعة.

رابعاً: المراجعة الدولية

وهي تلك التي يقوم بها البنك أو المؤسسة المالية وبالوكالة عن عميله بشراء سلع من السوق الدولية وهي نفسها المراجعة الخارجية، من صورها شراء البنك أو المؤسسة المالية للسلع نقداً كالمعادن، ومن ثم يبيعها بدوره لأطراف أخرى في السوق عينه بسعر أعلى وبشروط سداد مؤجلة.

خامساً: مراجعة الخدمات:

وهي عبارة عن خدمات تقدمها البنوك لعملائها عن طريق عقد المراجعة حيث أن محل العقد هنا يتمثل في تقديم خدمة مقابل الثمن أي أنه يستبدل المبيع بخدمة يقدمها البنك، هي عبارة عن منتج جديد مستحدث من قبل البنوك والمؤسسات المالية، كمثال على ذلك عقد "رحلتي" (وهو عقد رحلة التي يقدمه مصرف السلام)، حيث أن البنك يقوم بعقد المراجعة مع العميل الذي يرغب في السفر إلى بلد آخر سواء لقضاء إجازة أو للعلاج أو حتى لتأدية مناسك الحج أو العمر، فيقوم البنك أو المؤسسة المالية بتعاقد مع وكالة السفر ويقدم أتعاب العميل كاملة ويعقد مع العميل عقد المراجعة الذي يسترد منه مبلغ وتكاليف السفر مضاف إليه الأرباح وذلك بالتقسيط.

وبخصوص هذا العقد والمتمثل في عقد مراجعة الخدمات يمكن توسيع نشاطه حسب الخدمات التي يردها العميل، حيث يمكن أن تكون علاج أو دراسة في الخارج أو أي خدمة يقدمها البنك أو المؤسسة المالية للعميل لتعقد عن طرق المراجعة شرط أن يكون البنك أو المؤسسة المالية يملك الترخيص باستعمال هذا النوع من المنتجات (الخدمات) من قبل الهيئات الرقابة في الدولة، والمتمثلة في الجزائر بالهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية.

المطلب الثاني: إجراءات انعقاد عقد المراجعة

تمر إجراءات عقد المراجعة المركبة في تكوينه على عدة مراحل، اختلف الفقهاء في تقسيمها منهم من يراها تتكون من مرحلتين وهي مرحلة الوعد ومرحلة المراجعة ومنهم من رأى بأنها تقسم إلى ثلاث مراحل وهي مرحلة المواعدة ومرحلة الإلتزام ومرحلة البيع (المراجعة)، ورغم الاختلاف إلا أن هذه المراحل يجب أن تكون مرتبة وفق ترتيب ممنهج ومنظم حسب الضوابط الشرعية، وسوف نتطرق إلى مراحل تكوين عقد المراجعة حسب إجراءات إبرامه في البنوك وذلك من خلال تقسيمه إلى مرحلتين، حيث نعرض في المرحلة الأولى: مرحلة تأسيس العقد، والمرحلة الثانية نتطرق فيها إلى مرحلة تنفيذ العقد، ثم نعرض تطبيق بعض البنوك للمراجعة في الجزائر.

الفرع الأول: مرحلة تأسيس عقد المراجعة للأمر بالشراء (المواعدة):

وهي مرحلة تمهيدية لعقد المراجعة للأمر بالشراء تتم بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل الأمر بالشراء، وتسمى مرحلة المواعدة¹، يتم من خلالها إبرام عقد الوعد، وذلك من خلال تقدم العميل لطلب الشراء للبنك أو المؤسسة المالية المراد التعامل معها، ثم يقوم البنك أو المؤسسة المالية بدراسة ملف العميل والرد عليه وذلك إما بالرفض أو الموافقة وإبرام عقد الوعد بينهما، ثم تقدم العميل الأمر لضمانات الوفاء².

حيث يتمثل الهدف منها في إبرام عقد الوعد بين العميل الأمر بالشراء والبنك أو المؤسسة المالية، تمهيدا لتنفيذ عقد المراجعة. وعليه يجب أن يقدم العميل الأمر بالشراء إيجابا عن رغبته في شراء المبيع حسب نوعه سواء كان سلعة أو عقاراً، معيناً بالذات، ويترك القرار للبنك من أجل دراسة الإيجاب الصادر إليه، فإذا وافق على طلبه ذلك يوقع عقد الوعد يلتزم فيه العميل بالشراء، والبنك أو المؤسسة المالية بالبيع، ويبينا المسائل الجوهرية لعقد البيع بالمراجعة وفق ما تقتضيه الضوابط الشرعية الإسلامية، وقبل أن يتم تنفيذ الوعد يشترط البنك على العميل الأمر بالشراء بتقديم ضمانات الوفاء في حال تماطله عن التسديد.

أولاً: تقديم العميل الأمر بالشراء طلب الشراء

يعد طلب الشراء أولى مراحل التعاقد، يقدمه العميل ويعلن فيه عن رغبته في أن يشتري له البنك أو المؤسسة المالية مراجعة المبيع محل الطلب، يحدد فيه وصف المبيع سواء كان سلعة أو عقاراً مع تعيينه له تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة -المؤدية للنزاع- من حيث: المصدر، المنشأ، في حالة كونه سلعة والموقع في حال كونه عقار وكذا السعر، ويعتبر هذا الطلب إيجاباً من العميل يحتاج قبولاً من البنك.

¹ - رفيق يونس المصري، بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 1133

² - محمد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 22

من خلال مبادرة العميل الإعلان عن رغبته، في شراء المنتجات التي تناسب احتياجاته وتتوافق مع إمكانياته المادية، باعتباره العالم بالمبيع المراد للشراء.

يوفر عقد المراجعة للأمر بالشراء على البنك أو المؤسسة المالية، جهد مطابقة رغبات العملاء مع العروض التي لديه، وهذه المسألة فيها مصلحة للبنك أو المؤسسة المالية الذي يتقاضي القيام بمجهود لمعرفة رغبات الزبائن¹، ويلتزم على أساس هذا الطلب شراء السلعة، بربح متفق عليه بنسبة معينة من ثمن الشراء، ويمثل هذا الطلب عقد المواعدة التمهيدي².

يقوم العميل الأمر بالشراء بتقديم فاتورة محل الطلب، معدة من طرف التاجر موجهة للبنك أو المؤسسة المالية، يعرض فيها المبيع محل طلب العميل، ويبين فيها الثمن النقدي للمبيع، فعرض البيع هذا يعد الركن الأول من أركان عقد البيع الذي سينعقد بين البنك والتاجر المالك للسلعة، وهو الإيجاب الصادر من العميل الأمر بالشراء.

وباعتبار عقد المراجعة للأمر بالشراء عملية مصرفية، تمارسها البنوك والمؤسسات المالية تدخل في مهنتها العادية، حيث يشترط أن يكون الثمن الأول معلوما للمتعاقدين، لأن ضابط البيع في المراجعة قائم على البيع بالثمن الأول إضافة لربح معلوم³، فالعلم بثمن المبيع واجب تحت طائلة بطلان عقد المراجعة.

فإنه تعين على البنوك والمؤسسات المالية في طلب الشراء أن تقدم وفق نموذج معد مسبقا من طرف البنك أو المؤسسة المالية، فيقوم العميل بملء هذا النموذج وتوقيعه، معبرا بذلك عن إيجابه، فمتى وصل التعبير إلى علم البنك أو المؤسسة المالية، يصبح الإيجاب ملزما للأمر بالشراء⁴، شريطة أن يتضمن معلومات التعاقد الجوهرية، المتمثلة خصوصا في:

- ذكر المواصفات الجوهرية ومصدر المبيع المراد شرائه.
- ذكر الثمن الأصلي للمبيع مع إرفاق فاتورة مبدئية.
- عرض من التاجر أو المورد أو مالك المبيع لسعر المبيع محل الطلب باسم البنك⁵.
- تحديد مدة الأجل والتي من خلالها يتم تحديد الثمن، فالبيع يكون استنادا لثمن مؤجل. (تنزع)

1 - أحمد أموزاي، مرجع سبق ذكره، ص 199.

2 - محمد حداد، مرجع سابق، ص 23

3 - محمد عبد الكريم، محمد المومني، الانحرافات التطبيقية في عقد المراجعة في المصارف الإسلامية، مجلة المعارف، جامعة بويرة-الجزائر، العدد 19، ديسمبر 2015، ص 107

4 - أنظر: المادة 2/63 القانون المدني الجزائري.

5 - نجاح ميدني، الطاهر قانة، توظيف الأموال في البنوك الإسلامية (المراجعة للأمر بالشراء أنموذجا)، مجلة الاقتصاد الصناعي، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر-الجزائر، العدد 11، ديسمبر 2016، ص 537

- تحديد الثمن الأول للمبيع وتكاليف اقتنائه التي تدفع إضافة للثمن، كنقل، الصيانة، النفقات الضريبية والجمركية¹.

ثانيا: دراسة البنك أو المؤسسة المالية لطلب العميل

بعد تلقي البنك أو المؤسسة المالية للإيجاب الصادر عن عميله، يقوم البنك بدراسة هذا الطلب والاستعلام عن العميل، وتختلف دراسة الطلب من عميل لآخر حسب حجم التمويل وأهميته وطبيعة المبيع والهدف من دراسة الطلب هو تحديد نسبة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها، لكي يتمكن من اتخاذ قراره، فمن بين أهم العناصر التي يدرسها:

- التحري من صحة المعلومات والبيانات التي يقدمها العميل الأمر بالشراء (سمعته، خبرته، مركزه المالي).

- التأكد من أن العملية تتفق مع الضوابط الشرعية والقانونية لعقد المراجعة، بأن يكون المبيع محل الطلب في إطار نشاط العميل الأمر بالشراء، وأن التمويل ليس مجرد غطاء للحصول على مبلغ النقدي للمبيع².
- تحليل ودراسة القدرة المالية للعميل وإمكانية الوفاء في المواعيد المتفق عليها³، وهل السداد يكون فوراً أم يكون بالتقسيط⁴.

- دراسة نوعية المبيع المراد اقتناؤه مراجعة وتحديد أوصافه التفصيلية الدقيقة⁵.

- دراسة سوق المبيع سواء كانت سلعة أو عقاراً لمعرفة القدرة على تسويقه في حالة تخلف العميل عن الدفع.

-دراسة تكلفة الشراء بالتركيز على دراسة تكلفة العملية خلال كل مرحلة من مراحلها، حيث يتم تحديد المصاريف: من نقل، توريد، شحن، تخزين، تفريغ، والتكاليف الإدارية.

¹ - عبد الكريم البزور، أفاق المراجعة بهامش ربح متغير في البنوك التشاركية بالمغرب- الشرعية والضوابط، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، العدد 4، 2019، ص273

² - بنون خير الدين، تهتان موارد، البنوك الإسلامية بين حتمية مخاطر المضاربة والمشاركة في النظرية ومنطق ضمان المراجعة في التطبيق- دراسة تحليلية تقويمية الإشارة لحالة بنك البركة الجزائري-المجلة الجزائرية للاقتصاد والمالية، العدد 08، سبتمبر 2017، ص144

³ - سعاد سطحي، بيع المراجعة للأمر بالشراء (دراسة فقهية مدعمة بقرارات مجمع الفقهاء الإسلاميين)، مجلة المعيار، العدد 14، 2007، ص128.

⁴ - محمد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 24.

⁵ -نجيم اهتوت، بيع المراجعة كصيغة تمويلية جديدة في العمل البنكي، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 4، المغرب، 2019 ، ص 209

- دراسة نسبة الربح استنادا لنوعية المبيع وتاريخ السداد، والمخاطر المرتبطة عنها¹.
- دراسة وتقييم الضمانات المقدمة من العميل، التي تضمن حق البنك أو المؤسسة المالية في تحصيل الثمن على أساس وضعية العميل وقيمة الصفقة، ومدى إمكانية الاستناد إليها في حال لم يتمكن العميل من الدفع.
- دراسة الدفعة المقدمة والأقساط وآجالها².
- دراسة مدى تطابق مختلف مراحل العملية مع الضوابط الشرعية الإسلامية، والذي يعد من اختصاص هيئة الرقابة الشرعية المتواجدة في كل بنك أو مؤسسة مالية، توافقا مع شهادة المطابقة التي تسلمها الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية طبقا لنص المادة 02 من التعليمات 03-2020³.

يجوز أن يطلب العميل الأمر بالشراء من البنك أو المؤسسة المالية أن يكون شراء السلعة من جهة معينة لا غير، لكون له دراية سابقة عن المبيع ومكان توافره وأسعاره وكل المعلومات حوله ليقرر شراؤه. لذلك له الحق أن يحدد المبيع ويطلب شراؤه بذاته⁴، ويحق للبنك أو المؤسسة المالية الاعتذار عن المضي في العملية في حالة رفض العميل عروضاً أخرى هي الأنسب للبنك، حيث يمكن للبنك أو المؤسسة المالية الحصول على عروض غير التي يقدمها العميل تكون أفضل وفيها مميزات أحسن⁵. ومن الممكن أيضا للعميل أن يحصل على عروض بأسعار السلعة سواء كانت موجهة باسمه الخاص، أو خالية من التوجيه، وعند ذلك تعتبر إرشادية وليس لها صفة الإيجاب، ويفضل أن تكون تلك العروض باسم البنك لتعتبر إيجاباً من البائع يظل قائماً إلى انتهاء المدة المحددة فيه، فإذا صدر جواب بالقبول من البنك أو المؤسسة المالية انعقد البيع تلقائياً بينه وبين البائع.

بعد دراسة جدوى طلب العميل، والتأكد من توافر المعلومات والبيانات الصحيحة التي تمكن البنك أو المؤسسة المالية من اتخاذ قرار قبول الطلب بشكل صائب، يصدر البنك أو المؤسسة المالية قبوله بإرسال إشعار يتضمن العناصر التالية: الضمانات الموافقة عليها والتي تكفل سداد الثمن⁶، تحديد الثمن

¹ - حلموس الأمين، كزيز نسرين، بيع المراهبة للأمر بالشراء دراسة في: (المفهوم، الإجراءات، الضوابط الشرعية)، مجلة الامتياز لبحوث الاقتصاد والإدارة، المجلد 01، العدد 01، جامعة عمر ثليجي الأغواط-الجزائر، جوان، 2017، ص 110.

² - حسام الدين موسى عفانة، بيع المراهبة المركبة كما تجرّيه المصارف الإسلامية في فلسطين، مرجع سابق، ص 17 .

³ -أنظر المادة 02 من التعليمات 03-2020، مرجع سبق ذكره.

⁴ -صادق راشد الشمري، أساسيات الاستثمار في المصارف الإسلامية، ط1، دار البارودي العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 227.

⁵ - حلموس الأمين، كزيز نسرين، مرجع سابق، ص 110.

⁶ - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 254.

وطريقة السداد والقسط الذي يدفع دوريا من طرف العميل الأمر بالشراء، المدة الإجمالية التي يدفع فيها الثمن بكامله، تحديد الربح الذي يستحقه البنك أو المؤسسة المالية، بيان مكان التسليم وتاريخه.

ثالثا: إبرام عقد الوعد بالشراء

وبعد دراسة العملية وقبول البنك أو المؤسسة المالية القيام بها يتم إبرام عقد الوعد مع العميل والذي يتفق بموجبه الطرفان على تنفيذ العملية.

هناك من الفقهاء من يرى بأن الطلب يكفي ولا يشترط إبرام عقد الوعد، حيث لا توجد ضرورة لإبرامه، خاصة في صورة الوعد غير الملزم أين سيكون بدون أثر، إلا أن ممارسات البنوك والمؤسسات المالية تقوم بإفراغ الاتفاق في عقد متضمن الأركان، حماية لحقوق الأطراف¹، نظرا لأنها من جهة لا تملك توفير كل السلع حاضرة لتلبي كل طلبات بيع المراجعة مباشرة، ومن جهة أخرى لكي يكون العقد متققا والضابط الشرعي بعدم إمكانية بيع ما لا يملك، والمشرع الجزائري في المادة 11 من التعلية 03-2020 وافق رأي الفقه، الذي يرى أنه بإمكان البنك اشتراط على الأمر توقيع تعهد بالشراء.

وعليه جاءت فكرة الوعد بالشراء، لكي تجعل العقد متققا وأحكام الشريعة الإسلامية باعتباره مرحلة ثانية من التعاقد، يعلن فيه البنك أو المؤسسة المالية عن قبوله، بموافقه على شراء السلعة بالثمن الذي جاء في فاتورة عرض البيع، وبذلك يكتمل الركن الثاني لعقد البيع، ويتم العقد بين البائع وهو البنك أو المؤسسة المالية²، أين يتم تدوين جملة من الشروط فيه حسب الممارسة العملية هذا الوعد والمتمثلة في:

- النص على قيام طالب الشراء بدفع تسبيق يسمى هامش أو ضمان الجدية، وهو مبلغ مالي يجمد في حساب خاص ضمانا لجدية العميل الأمر.

- النص على عدم فرض غرامات تأخيري في حال عدم التسديد أو التأخر عن دفع الأقساط، ويمكن في مقابل ذلك حسبما تقرره "هيئة الرقابة الشرعية بالبنك أو المؤسسة المالية" إذا ما أثبت تماطله أن يتم جبره على دفع جزاء مدني يصرف في حساب الخيرات، وهو أمر يجيزه بعض الفقهاء فبنك البركة الجزائري يفرض غرامات تأخير³، أما إذا كان عجزه راجع لعذر معتبر كالإعسار مثلا فلا يمكن مطالبته بمبلغ إضافي، ويمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يمهله بجدولة الديون دون زيادة، وهو نفس ما أقره المشرع

¹ - محمد عبد الحليم عمر، التفاصيل العملية لعقد المراجعة في النظام المصرفي الإسلامي، بحث منشور، مجلة مجمع

الفقهاء الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد 5، ج2، الكويت، 1409هـ=1988م، ص1308.

² - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 254.

³ - نزليوي خير الدين، ضوابط الحيل وتطبيقاتها على صيغ التمويل-عقد المراجعة للأمر بالشراء والايجار المنتهي بالتملك لدى بنك البركة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم الشريعة، تخصص فقه مقارنة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الخروب، الجزائر، 2010-2011، ص129، 130.

الجزائري بحيث سمح في المادة 6 من التعليمات 03-2020 بإلزام العميل دفع غرامة التأخير عن السداد أو عدم التسديد، على أساس الضرر الفعلي.

-النص بأنه يحق للبنك بيع السلعة تحت مسؤولية العميل الواعد بالشراء، والرجوع عليه لاستيفاء قيمة المبيع في حال لم يتمكن من استيفاء قيمته من خلال بيعه وذلك استثناء في حال الوعد الملزم.

- تعهد العميل بأن ينفذ وعده بالشراء للسلعة موضوع الطلب، في حال إخطار البنك أو المؤسسة المالية له بوصول البضاعة وجاهزيتها¹، ويتعهد البنك أو المؤسسة المالية ببيع السلعة للعميل في مقابل ذلك يتعهد الأمر بالشراء باقتناء المبيع المطابق للمواصفات المحددة في عقد الوعد.

إضافة للشروط السابق توضيحها فقد حددت الفقرة 2 من المادة 11 من التعليمات 03-2020 المعرفة لمنتجات الصيرفة الإسلامية بنودا يشترط ذكرها على سبيل الوجوب في التعهد بالشراء هي:

- خصائص السلعة التي على الأمر بالشراء تحديدها بدقة حتى يتسنى للبنك أو المؤسسة المالية اقتنائها مطابقة لتلك الخصائص.

- سعر الاقتناء وهو السعر الثابت والمحدد والمعلوم المتفق عليه مسبقا بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية.

-كيفية التسليم للأمر بالشراء لأن البنك أو المؤسسة المالية يمكنه تفويض المورد أو حتى العميل لاستلام السلعة.

- آجال ومكان تسليم السلعة للأمر بالشراء.

كما يمكن أن يتضمن عقد الوعد إضافة لتلك الخصائص، خصائص أخرى يضمنها الطرفان على حسب الظروف المحيطة بالعقد.

بعد استيفاء جميع تلك المتطلبات، وتطابق إرادة كل من البنك أو المؤسسة المالية والعميل الأمر، يوقع عقد الشراء وفق نظام المراجعة، ليقر بذلك العميل أهليته للتعاقد، والتزامه بأحكام الشريعة والنظام الأساس للبنك أو المؤسسة المالية في تنفيذ العقد.²

رابعاً: تقديم العميل الأمر ضمانات الوفاء

طالما أن بيع المراجعة للأمر بالشراء يركز على الأجل، وحماية للبنوك والمؤسسات المالية خلال هذا الأجل من المخاطر التي قد تقف عائقاً لاسترجاع ثمن المبيع، خاصة عامل التماطل عن التسديد لاسيما أن البنوك والمؤسسات المالية لا يمكنها فرض غرامات عدم التسديد، لذا تطالب عملائها ضماناً للوفاء بالثمن ويتم النص في العقد على حق البنك أو المؤسسة المالية في استخدام هذه الضمانات عند

¹ - حلموس الأمين، كزيز نسرين، مرجع سبق ذكره، ص 111.

² - محمد عبد الحليم عمر، مرجع سبق ذكره، ص 1309

الحاجة¹، ويعتبر جائز شرعا طلب البنك ضمانات للوفاء بالثمن لأن الثمن في البيع المؤجل يصبح دينا على المشتري فور إبرام العقد²، وهو ما نصت عليه المادة 7 من التعليمات 03-2020 .

من بين الضمانات وديعة ضمان تسمى هامش الجدية، وهو عبارة عن مبلغ مالي يدفعه الأمر بالشراء تأكيدا للرغبة في تنفيذ وعده بشراء المبيع، فهو ضمان للبنك أو المؤسسة المالية يأخذه خلال مرحلة إبرام الوعد، لإثبات جدية الأمر بالشراء لإبرام العقد، وتجدر الإشارة هنا، أن هامش الجدية ليس إلزاميا بل يمكن للبنك أو المؤسسة أن تطالب به كشرط ضروري لتنفيذ الطلب من عدمه³، وهذا ما يستفاد من عبارة "يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يشترط..." وهو ما نصت عليه المادة 12 من التعليمات 03-2020 ، كما يجب ألا يتعدى نسبة معينة يحددها بنك الجزائر من تكلفة الاقتناء، فبنك المغرب مثلا حدد النسبة بـ 10% من تكلفة الاقتناء⁴.

يعتبر هامش الجدية ضمان نقدي، يمكن استرجاعه في حال إلزام العميل بتنفيذ وعده في إبرام العقد واقتناء السلعة. ليكون من حقه استرجاع هامش الجدية، أو في الحال التي لا يتمكن البنك أو المؤسسة المالية من تسليم المبيع وفق الشروط المتفق عليها فيسترد العميل هامش الجدية كاملا، إضافة لإمكانية طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء عدم تنفيذ البنك أو المؤسسة المالية لالتزامه⁵، كما يمكن دفعه كقسط من سعر البيع طبقا لنص المادة 12 فقرة 3 من التعليمات 03-2020 ، وفي حال لا يلتزم العميل بتنفيذ الوعد، يفقد حقه في استرجاع هامش الجدية ليقطع البنك أو المؤسسة المالية منه النسبة التي توافق الضرر الفعلي الذي أصابه، جراء تخلف العميل بالأمر بالشراء عن الوعد، فالإقتطاع من هامش الجدية طريق استثنائي للتعويض عن الضرر، في حال عدول العميل عن طلبه.

يحتفظ البنك أو المؤسسة المالية بهامش الجدية في حساب خاص لغاية تصريف المبيع، ويلتزم بعدم استعماله وهو ما يميزه عن عقد الوديعة البنكية، طبقا للفقرة الثانية من المادة 12 من التعليمات 03-2020، ليخصم منه ما قد تحمله من خسارة في حال الوعد الملزم، ليعاد كاملا حتى ولو بيع المبيع بأقل ثمنه في حالة الوعد غير الملزم.

¹ -أنظر الملحق رقم 01 (بنك السلام)، وملحق رقم 09 (بنك البركة)

² - الهام المواس، المحتوى القانوني لعقد المراجعة وفق مبادئ المالية الإسلامية، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، العدد4، المغرب، 2019، ص 379

³ - يلول خديجة، ضمانات التمويل بالمراجعة العقارية في إطار البنوك التشاركية، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، العدد 4، المغرب، 2019، ص 253

⁴ -نجم أهتوت، مرجع سبق ذكره، ص 213

⁵ - يلول خديجة، مرجع سبق ذكره، ص 253.

وقد رأى جانب من الفقهاء في هذه الحالة أن المبلغ الذي يدفعه الأمر بالشراء للبنك أو المؤسسة المالية في بداية التعامل، تنطبق عليه أحكام العربون، وعليه إن كان القصد منه جزء معجل من الثمن فهو غير جائز ولا يستقيم، وطبيعة المبلغ المقدم في بيع المراجعة للأمر بالشراء، بحيث لا يمكن اعتباره جزء من الثمن، فالمبيع لا يوجد أصلا وبالتالي لا يمكن تقديم عربون، وإن كان القصد منه، فقدان المشتري العربون الذي دفعه للبائع، في حال كره المبيع ولم يمض العقد، هذه الصورة غير جائزة حسب جمهور الفقهاء على أساس وجود الغرر.

فهامش الجدية يخول للبنك أو المؤسسة المالية، الاقتطاع منه بقدر الضرر الفعلي في حال عدول الواعد بالشراء، بخلاف العربون والذي يخول للبائع أحذه كاملا في حال العدول¹، كما أن العربون يتم تقديمه في مرحلة البيع، وهو دفعة أولية من ثمن المبيع في حال اختيار البيع في عقد استكملت أركانه، ولا يصح تقديمه في مرحلة الوعد بالشراء في بيع المراجعة، فتقديمه في هاته المرحلة يوثق العقد ويؤكدده، ويجعله أقرب للعقد منه إلى الوعد، ليقع البنك أو المؤسسة المالية في مخالفة الضابط الشرعي وهو بيع ما ليس عنده².

من خلال ما سبق يتضح، أنه لا يمكن إسقاط أحكام هامش الجدية على بيع العربون، حيث لا يستقيم ذلك وعقد الوعد، لعدم وجود مبيع، وكذلك لأن البائع لا يأخذ كل المبلغ، بل يقتطع منه على حسب الضرر، فإن لم يترتب ضرر قام بإرجاعه كاملا.

لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 12 الفقرة 01 من التعلية 03-2020، الطبيعة القانونية لهامش الجدية وفصل بذلك الجدل الفقهي القائم، حيث كيفه على أنه وديعة ضمان. كما يمكن أن يكون الضمان حق امتياز³ البائع على المبيع محل العقد، حيث يمكن إجراء قيد حق امتياز المبيع لدى مصالح السجل التجاري، فيكون هنا حق الامتياز خاصا بمفهوم المادة 984 من قانون 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري⁴.

ومن بين الضمانات المقدمة، الضمان الشخصي المرتكز على الثقة في شخصية العميل ويساره المالي، وهو أهم ما يمكن أن يقدمه العميل الأمر للبنك أو المؤسسة المالية والتي يكتسبها العميل من

¹ - أنظر المادة 2/72 من قانون 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

² - بن تاسة محمد، عقد المراجعة في الفقهاء الإسلامي وإشكالاته في البنوك الإسلامية، ماجستير في العلوم الإنسانية، تخصص أصل الفقه، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص 248.

³ - المادة 982 من قانون 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري: "الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته. ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى القانون.

⁴ - المادة 984 من قانون 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري: "ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار. أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون على منقول أو عقار معين"

حيث الأساس استنادا للمعاملات السابقة من جهة، ولسلوكه مع البنوك الأخرى وتاريخه المالي، ومدى التزامه بأداء ما عليه من جهة أخرى، أما مركزه المالي فيتم الاستناد على كونه موظفاً أو تاجراً، أي مدى قدرة مداخله لتسديد قيمة المبيع.¹

كذلك قد يطلب البنك أو المؤسسة المالية ضمانات أخرى تتمثل في رهن المبيع، سواء بحيازته أو من دون حيازة، ليصبح الالتزام على الأمر بالشراء، بإكتتاب رهن للمبيع يسمى رهن المبيع على ثمنه، ويرى جانب من الفقهاء، أنه لا يتوافق مع الضابط الشرعي لعقد المراجعة، لأن الواعد قبل إتمام عقد البيع يقوم برهن ما ليس ملكه، في مقابل أن عقد البيع، يقتضي تسليم المبيع للانتفاع به، أما الرهن فلا يشترط ذلك²، فيقوم العميل برهن المبيع لصالح البنك أو المؤسسة المالية، إلى حين قيامه بسداد جميع الأقساط المستحقة عليه.³

ويرى جانب آخر من الفقهاء، بأن رهن المبيع على ثمنه جائز لأن الرهن لا يحصل فعلاً إلا بعد البيع، وما يقدمه العميل في مرحلة الوعد هو وعد الرهن، وذلك لا يندرج ضمن رهن ما ليس للبائع، فمن مقتضيات عقد البيع أن يتم التصرف في المبيع، ومن بين صور التصرف أن يقوم العميل برهنه، وبذلك لا يتعارض عقد البيع مع عقد الرهن.⁴

يقع التأمين على مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية، في الحال التي لا يزال المبيع ملكاً للبنك أو المؤسسة المالية، ويعتبر مستحقاً للتعويض لتنتقل مسؤولية التأمين بعد انتقال الملكية للأمر بالشراء، أين يلتزم بإكتتاب تأمين عن كل المخاطر لصالح البنك أو المؤسسة المالية.⁵ وقد جاء في المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء في البند 6/2/3⁶: "التأمين على سلعة المراجعة مسؤولية المؤسسة في مرحلة التملك وتقوم بهذا الإجراء على حسابها باعتبارها مالكة للسلعة وتتحمل المخاطر المترتبة على ذلك ويكون التعويض من حقها وحدها وليس للعميل حق فيه إن حدث بموجب التعويض قبل انتقال الملكية إلى العميل، ويحق للمؤسسة أن تضيف المصروفات بعد ذلك إلى تكلفة المبيع، وبالتالي ثمن بيع المراجعة".

من بين الضمانات التي يقدمها نظام عقد البيع مرابحة، هو أن البنك أو المؤسسة المالية يبقى شريكاً للبائع في السلعة المقدمة، حيث يعتبر ضمان قوي للبنك، كأن يشترط البنك عدم نقل ملكية السلعة

¹ - يلول خديجة، مرجع سبق ذكره، ص 252.

² - بن تاسة محمد، مرجع سبق ذكره، ص 258.

³ - محمد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 30.

⁴ - بن تاسة محمد، مرجع سابق، ص 260.

⁵ - نزليوي خير الدين، مرجع سبق ذكره، ص 129.

⁶ - المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 96

للعمل إلا بعد دفع كامل الأقساط، وكمثال ذلك تصدر البطاقة الرمادية باسم البنك ولا تنتقل ملكية السيارة إلا بعد تكملة الأقساط¹، وكذا في حالة عقار يبقى باسم البنك أو المؤسسة المالية إلى غاية دفع آخر قسط فيتم توثيق العقار لحساب العميل، إلا أن هذا الضمان لا يمكن تصوره في القانون الجزائري لانتقال ملكية السلعة فوراً بمجرد إبرام العقد.

كما قد يشترط البنك تجميد رصيد حسابات الأمر بالشراء، لتكون بذلك ضماناً تسديد ما عليه من التزامات، لسهولة التنفيذ عليها.

وقد يطلب البنك أو المؤسسة المالية من العميل رهن أوراق تجارية، كالسفتجة أو سند لأمر وذلك لسهولة عملية تحصيل الحقوق الثابتة فيها، حيث يلتزم الأمر بتظهيرها تأميناً للبنك، ليقوم عند التأخر عن دفع الأقساط بتداولها لاستيفاء قيمة المبيع².

الفرع الثاني: مرحلة تنفيذ عقد المراجعة

بعد إبرام عقد الوعد بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل، تأتي مرحلة تنفيذ عقد المراجعة للأمر بالشراء، والتي تتم بقيام البنك أو المؤسسة المالية بشراء السلعة محل طلب الأمر من الغير، وبجاهزية السلعة يقوم البنك أو المؤسسة المالية باستلامها، قصد بيعها للأمر بالشراء مربحة ونقل ملكيتها إليه.

أولاً: تعاقد البنك أو المؤسسة المالية مع التاجر أو المورد (مالك المبيع)

يقوم البنك أو المؤسسة المالية بشراء السلعة من الغير، ويقصد بالغير أي شخص بخلاف الأمر بالشراء أو وكيله، وذلك طبقاً لنص المادة 9 من التعليمات 03-2020 حيث يتم التقدم للتاجر أو المورد المحدد في طلب الشراء ليقوم بمعاينة العروض المقدمة، إذا رأى بأن العرض المقدم مناسب يقوم بعملية الشراء، كما يمكنه أن يتقدم إلى تاجر أو موردين آخرين من أجل الحصول على عروض أخرى ليقترحها على العميل³، خاصة إذا كانت أقل في السعر، إلا أن البنك أو المؤسسة المالية لا يمكنه أن يقوم بعملية الشراء إلا بعد أن يوافق الأمر على العرض الجديد، لأن الشراء يكون بناءً على أمره وبمواصفاته طبقاً لنص المادة 9 من التعليمات 03-2020، وإلا فإنه يقع في ضرر عدم مطابقة السلعة للمواصفات المحددة في الطلب المقدم يترتب عليه مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية.

يمكن للبنك أو المؤسسة المالية استثناءاً بتوكيل زبونه إما لشراء السلعة وبالتالي التعاقد مع المورد مباشرة أو يوكله لاختيارها، فالأصل أن يقع إلزام شرائها على عاتق البنك أو المؤسسة المالية، إلا أن

¹ - صهيبي عبد الله البشير الشخانية، الضمانات العينية الرهن ومدى مشروعيتها في بيع المراجعة، دار النفائس، عمان، الأردن، 2008، ص 138.

² - مرجع نفسه، ص 141.

³ - محمد عبد الحليم عمر، مرجع سبق ذكره، ص 1310.

المشرع لم يحدد حالة الاستثناء التي تخول إمكانية التوكيل، وهذا طبقاً للمادة 10 من التعليمات 03-2020.

كما يمكن أن يكون المبيع موضوع عقد المراجعة للأمر بالشراء، عقاراً يطلب العميل إما تمويل شرائه أو بنائه مربحة، وقد يكون منقولاً¹ مادياً أو معنوياً كالمحل التجاري، والأسهم والسندات،² غير أن المبيع في هذه الحالة غير مطلق، بل مقيد بضوابط شرعية يجب إتباعها لاجتناب شبهة الربا، فإذا كان محل العقد شراء الذهب والفضة، أو السندات والأوراق المالية، فإن الدفع يجب أن يكون فوراً، يدا بيد بين البنك وعميله بعد شرائها فوراً، ولا يجب أن يكون الدفع مؤجلاً.

يقوم البنك أو المؤسسة المالية بشراء السلعة بأحد الأسلوبين، الأول أن يحضر العميل للبنك أو المؤسسة المالية وينتقل مع موظف البنك أو المؤسسة المالية لمخازن التاجر ليعاين البضاعة، ويتأكد من مطابقتها للمواصفات المحددة في الطلب، وفي حال حصلت المطابقة يقوم البنك بإعلام التاجر، ليعد هذا الأخير بدوره، فاتورة البيع نقداً باسم البنك أو المؤسسة المالية، لتتم بذلك عملية إبرام عقد البيع.³

الأسلوب الثاني وهو ما تعتمد البنوك أو المؤسسات المالية، أين يتم تفويض التاجر لإبرام عقود الشراء مع عملاء البنوك أو المؤسسات المالية الأمرين بالشراء، ليقوم التاجر ببيع البضاعة وإضافة نسبة الربح التي يريدها البنك أو المؤسسة المالية، وهي طريقة توفر الكثير من الجهد والنفقات.

ويرى جانب من الفقهاء أن للبنك أو المؤسسة المالية إمكانية البيع بمجرد إبرام العقد، دون اشتراط تنفيذ باقي إجراءات نقل الملكية، لتوفر ضابط الملكية بالحيازة الحكيمة تمهيداً للحيازة الحقيقية التي تتحقق بتسليم الشيء المبيع.

يمكن في مجلس عقد واحد، استدعاء الأمر أمام المورد التاجر، ليعاين السلعة التي حددها في طلب الشراء، وبموافقته على السلعة يقوم البنك أو المؤسسة المالية بإبرام العقد مع البائع، لتنتقل ملكية المبيع إلى البنك أو المؤسسة المالية، مع بقاء الحيازة في يد البائع والذي بدوره يقوم بإبرام عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء.

ومن الفقهاء من يرى أن توقيع البنك أو المؤسسة المالية، لعقد شراء السلعة وإعادة بيعه للعميل في مجلس واحد، يفقد الشرعية القانونية لعقد المراجعة، وينقص من ضمان تحمل البنك أو المؤسسة المالية لتبعة هلاك المبيع قبل بيعه⁴، فعنصر المخاطرة يكاد ينعدم، والذي على أساسه يستحق البنك أو

1 - المادة 9 من التعليمات 03-2020، مرجع سبق ذكره.

2 - الهام الهواس، مرجع سبق ذكره، ص 369.

3 - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 254.

4 - محمد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 32.

المؤسسة المالية هامش الربح هذا من جهة، ومن جهة أخرى يخالف الضابط الشرعي الذي ينص على عدم إمكانية القيام ببيعيتين في بيعه.

حيث يجب الشراء باسم البنك أو المؤسسة المالية ودفع الثمن للبائع¹، بحيث لا يمكن توكيل الأمر القيام بذلك، فذلك يشكل مخالفة للضوابط الشرعية للعقد.

ثانياً: تسلم البنك أو المؤسسة المالية للسلعة

يقوم البنك أو المؤسسة المالية باستلام السلعة الموصوفة من المورد² ليتأكد من مطابقتها للمواصفات المطلوبة، لتقع على عاتقه قبل تسليم السلعة، مسؤولية التحقق من مطابقتها للمواصفات المحددة في الطلب، والتي تحقق احتياج العميل الأمر بالشراء لها، قد يقتزن إبرام عقد الوعد بإبرام عقد وكالة، لتوكيل العميل بالاستلام بدلاً من البنك أو المؤسسة المالية، ففي صورة الوعد الملزم، يجب أن يكون المستلم طرفاً آخر غير العميل لتقادي عنصر الصورية، بأن يبيع العميل لنفسه، إظهاراً لدور البنك أو المؤسسة المالية في المعاملة إضافة لفصل ضمان هاته الأخيرة وضمن العميل³.

ثم يقوم البنك أو المؤسسة المالية بدفع الثمن المحدد في العقد وبذلك يكون قد أتم شرط تملك السلعة قبل بيعها تملكاً تاماً، تطبيقاً للضابط الشرعي للعقد الذي يخول للعميل التصرف فيها ببيعها⁴، فالبنك أو المؤسسة المالية لا يقوم ببيع السلعة للأمر بالشراء إلا بعد أن يقوم بتملكها⁵، وهو ما يوافق نص المادة 03 من التعليم 03-2020 بضرورة تملك السلعة.

تملك البنك أو المؤسسة المالية للسلعة محل عقد المراجعة يكون من خلال تملك الوثائق والمستندات المثبتة لذلك، حيث تكفي الحيازة الحكيمة من الناحية القانونية لكي يتمكن البنك أو المؤسسة المالية من بيعها للعميل⁶، الأصل أن الأمر يعود لطبيعة الشيء والأعراف الممارسة فاننتقال الملكية في السيارات مثلاً تكون بشطب البطاقة الرمادية، ومثال ذلك تطبيقاً للضابط الشرعي درءاً للشبهة أن يتم الاستلام ووضع السلعة في موقف خاص به، فالشراء يكون باسم البنك أو المؤسسة المالية وتحت مسؤوليته⁷.

¹ - نجاح ميدني، الطاهر قانة، مرجع سبق ذكره، ص 538.

² - نجم اهتوت، مرجع سبق ذكره، ص 211.

³ - نزليوي خير الدين، مرجع سبق ذكره، ص 126.

⁴ - حلموس الأمين، كزیز نسرين، مرجع سبق ذكره، ص 111.

⁵ - محمد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 33.

⁶ - أنظر: المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، البند 1/1/3: "يحرم على المؤسسة أن تبيع سلعة بالمراجعة قبل تملكها لها. فلا يصح توقيع عقد المراجعة مع العميل قبل التعاقد مع البائع الأول لشراء السلعة موضوع المراجعة، وقبضها حقيقة أو حكماً بالتمكين أو تسليم المستندات المخولة بالقبض...."، ص 94.

⁷ - نجاح ميدني، الطاهر قانة، مرجع سبق ذكره، ص 538.

بين فترة تملك السلعة محل العقد وفترة بيعها فإن ضمان مخاطر السلعة يكون على عاتق البنك أو المؤسسة المالية باعتباره مالكا للسلعة¹، وفق ما يقضي به الضابط الشرعي الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمصارف الإسلامية، غير أن ممارسة البنوك والمؤسسات المالية غالبا ما تقضي بإدراج مبلغ التأمين ضمن تكلفة الشراء ليتحملها العميل الأمر بالشراء، حيث يعتبر بعض الفقهاء أن هاته الشروط تعسفية وهي التي من شأنها الطعن في مدى مطابقة العقد لأحكام الشريعة.

ثالثا: بيع المبيع مربحة بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل

يقوم البنك أو المؤسسة المالية بإرسال إشعار للعميل، يخبره بأن المبيع سواء كان سلعة أو عقارا متوفر وموجود حقيقة تحت حيازتها ويعلن عن إيجابه بيع المبيع، وذلك بعد أن تحققت ملكيته للمبيع، لأن الغاية الأساسية من إبرام العقد هو تحقيق هدف اقتنائه المتمثل في بيع المبيع مربحة وذلك طبقا لنص المادة 9 من التعليم 03-2020، بمقابل ذلك يرسل العميل الواعد بالشراء إشعارا بقبوله وموافقة على إتمام شراء المبيع مربحة، وبذلك ينعقد بيع المراجعة، بأن يتفق كل من البنك أو المؤسسة المالية والعميل أن يتم التلاقي المباشر لتوقيع عقد بيع المراجعة²، ويتضمن العقد بنودا تتمثل في ما يلي:

- تعهد البنك بتسليم مستندات المبيع للأمر بالشراء،
 - قبض المبلغ المحدد في العقد،
 - تعهد العميل بإكتتاب تأمين ضد كافة المخاطر لصالح البنك أو المؤسسة المالية سداد كافة الأقساط،
 - استحقاق الأقساط في حالة التأخر عن سداد أحد منها.
- يقوم الأمر بالشراء بدفع الثمن حسب الاتفاق سواء بدفع القسط المحدد في العقد نقدا، أو بتوقيع سفاتج على

حسب ما تم الاتفاق عليه في عقد الوعد، ليكون العميل مدينا للبنك أو المؤسسة المالية بقيمة السفاتج التي تمثل ثمن المبيع الذي تم الاتفاق عليه³.

يدفع الأمر بالشراء دفعة أولى من ثمن المبيع تكون قيمتها حسب عرف الممارسة العملية بين 20-25 بالمئة، فريح البنك أو المؤسسة المالية يكون على الثمن المتبقي من ثمن المبيع وليس على كامل الثمن.

في حال لم يتم الأمر بالشراء بدفع الثمن كاملا عند إتمام العقد، يبقى البنك أو المؤسسة المالية شريكا للعميل في ملكية المبيع، وذلك لغاية دفع ثمنه بالكامل⁴، هذا ما جرى عليه عرف الممارسة

¹ - نجم اهتوت، مرجع سبق ذكره، ص 211

² - محمد عبد الكريم، محمد المومني، مرجع سبق ذكره، ص 111

³ - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 255.

⁴ - نجاح ميديني، الطاهر قانة، مرجع سابق، ص 541.

التجارية بهذا العقد، إلا أن نص المادة 8 من التعليمية 03-2020 ينص على ضرورة الانتقال الفوري لملكية المبيع وذلك مهما كانت طريقة الدفع، ما يترتب عنه انتقال جميع سلطات المالك للأمر، والتي من بينها إمكانية التصرف في المبيع كبيعه.

من حيث الأصل لا يجوز إلزام الواعد بالشراء إذا تأخر عن دفع الأقساط في الموعد المحدد، بأي زيادة على سعر البيع سواء بشرط سابق أو بدون شرط، ويجوز في مقابل ذلك أن يشترط البنك أو المؤسسة المالية سقوط الأجل واستحقاق كامل الأقساط قبل موعدها في حال تأخر الواعد عن أداء بعضها¹، هذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 6 من التعليمية 03-2020، إلا أنه واستثناء في حال التأخر أو عدم الدفع، يجوز الاتفاق على إلزام الزبون بدفع مبلغ يساوي جزء أو كامل الضرر الفعلي، وهو ما يفهم ضمناً من عبارة "يسمح" التي استعملها المشرع في هذا السياق في الفقرة 2 من المادة 6 من التعليمية 03-2020.

على أن هذا المبلغ لا يستحقه البنك أو المؤسسة المالية بل يجب أن يصرف في أعمال خيرية تحت رقابة هيئة الرقابة الشرعية طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 6 من التعليمية 03-2020. يتم تحديد هامش الربح في هذه المرحلة، بالاستناد إلى تكلفة الاقتناء، مضاف إليها المصاريف ويتحكم في تحديد هامش الربح نسبة المخاطرة التي يتحملها البنك أو المؤسسة المالية التي تتضمن تبعات الهلاك وكذلك أجل البيع، بالرغم من أن هامش الربح قائم على أساس عقد بيع كامل الأركان، بخلاف عقد القرض الذي يستند إلى نسبة فائدة²، إلا أن نسبته مرتفعة مقارنة لما تشترطه البنوك التقليدية، ما قد يشكل عزوف عن استعمال عقد المراجعة كآلية للتمويل.

يمكن تعديل شروط عقد الوعد بظهور ظروف جديدة، لكيلا تقع الأضرار لأحد أطراف العقد على حساب الطرف الآخر³، فمن الفقهاء من يرى بضرورة أن يتم تحديد الثمن في مرحلة البيع وليس في مرحلة الوعد، على أساس المصاريف: الجمركة، تغير الأسعار وغيرها من الظروف المستجدة. يقوم البنك أو المؤسسة المالية بتسليم المبيع للأمر حسب الشروط المتفق عليها في عقد الوعد، عن طريق مندوب البنك أو التاجر نفسه استناداً للتفويض الذي يعد حالة استثنائية⁴، ويمكن وكالة عن البنك أو المؤسسة المالية، توكيل العميل باستلام البضاعة مباشرة من البائع، هذا الاستلام لا يكون إلا

¹ - حسام الدين موسى عفانة، مرجع سبق ذكره، ص 121.

² - أحمد أموزاري، مرجع سبق ذكره، ص 203.

³ - على جمعة محمد، محمد أحمد السراج، أحمد جابر بدران، موسوعة فتاوي المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، القسم الأول: صيغ الاستثمار، المجلد الأول: المراجعة (ج1-ج2)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط1، 1430هـ=2009م، ص 751.

⁴ - أحمد سالم ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 255.

عند الحاجة الملحة وتعذر ذلك على البنك أو المؤسسة المالية¹، وفق ما يقضي به المعيار الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية²، لأن البنك هنا يتحمل مسؤولية الاستلام، وتبعا لذلك مسؤولية هلاك المبيع، ما من شأنه أن يطعن في الضوابط الشرعية للعقد.

تتم بعدها عملية البيع بالمراجعة للأمر بالشراء، بتسليم المبيع للعميل الأمر تسليميا يمكنه من الانتفاع بالمبيع وفق العقد، ويتم تسليم المبيع في المكان والزمان المتفق عليهما³.

ليتسلم العميل الأمر المبيع بعد التأكد من مطابقته للمواصفات المطلوبة، أما إذا تبين له خلاف ذلك، أو كان به عيب خفي لم يكتشفه البنك أو المؤسسة المالية أو لم يطلع عليه، فيمكنه ألا يقبل استلام المبيع، ليتحمل البنك أو المؤسسة المالية مسؤولية ذلك⁴.

إذا تراجع العميل عن وعده*، في الحالة التي يكون البنك أو المؤسسة المالية قد قام بشراء المبيع مطابقة، فيمكن للبنك أو المؤسسة المالية بيع المبيع لشخص آخر، وتختلف الآثار في حالة كان الوعد ملزما أم لا، فإذا كان وعد العميل ملزما، تقع مسؤوليته بدفع فارق السعر أي الخسارة، ويتم اقتطاعها في العادة من هامش الجدية، وإذا كانت الخسارة كبيرة يمكن في مقابل ذلك إلزام الواعد بها قضائيا، وإذا بيع المبيع بثمن البيع يحق للعميل استرداد مبلغ الجدية، أما إذا بيع بأكثر من ثمن البيع فلا يحق للعميل الذي تراجع أن يطلب فارق السعر، وإذا كان الوعد غير ملزما فيتحمل البنك أو المؤسسة المالية جميع الآثار المترتبة عن تراجع الواعد، بحيث إن باع المبيع بأقل من سعره يتحمل هو الخسارة، ولا يترتب عن العميل دفع فارق السعر⁵.

ويمكن طرح إشكال في حال تراجع العميل، هل للبنك أو المؤسسة المالية أن يبيع السلعة مرابحة مرة أخرى بثمن الشراء الأول مضاف إليه نفس قيمة الربح، أم يبيعه بثمن البيع مضاف إليه هامش الربح، أم يمكن بيعه في المرة الثانية دون بيان؟

يرى جانب من الفقهاء أنه يجب توضيح مقدار الزيادة في الربح، ويرى آخرون إمكانية البيع دون بيان، ويرى جانب آخر من الفقهاء والذي أتفق معه، أنه طالما أن البنك أو المؤسسة المالية سيبيع المبيع

1 - عزوز أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 230

2 - أنظر: المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، المعيار الشرعي رقم (8) المرابحة للأمر بالشراء، البند 3/1/3: الأصل أن تشتري المؤسسة السلعة بنفسها مباشرة من البائع، ويجوز لها تنفيذ ذلك عن طريق وكيل غير الأمر بالشراء، ولا تلجأ لتوكيل العميل (الأمر بالشراء) إلا عند الحاجة الملحة. ولا يتولى الوكيل البيع لنفسه، بل تبعية المؤسسة بعد تملكها العين، وحينئذ يراعى ما جاء في البند 3/1/5، ص 95.

3 - المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين"

4 - محمد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 34

* - تراجع العميل عن وعده يطلق عليه في مصطلح الفقهاء الإسلامي نكول العميل

5 - حسام الدين عفانة، مرجع سبق ذكره، ص 16

مراجعة، فعليه أن يتبع نفس الضوابط والشروط التي تكون عقد المراجعة، حتى لو كان يملك المبيع مقدما، وبالتالي عليه بيان سعر التكلفة للعميل المشتري الثاني، وبيان الربح حتى يكون عقد المراجعة صحيحا شرعا وقانونا، ولكن في هذه الحال لن نكون أمام مراجعة للأمر بالشراء، بل مراجعة بسيطة¹، لأن السلعة متوفرة تحت يد البنك أو المؤسسة المالية بمواصفات محددة مسبقا ولا تتوفر إمكانية شراء السلعة بناء على أمر المشتري فله قبول المبيع أو رفضه دون أن يكون له خيار تحديد المواصفات مسبقا. ويقوم البنك أو المؤسسة المالية بمتابعة العميل الأمر وتقييم العملية بعد تمام عملية البيع، من خلال تقديم المشورة والتوجيه ومساعدته إذا تطلب الأمر، حتى لا يتعثر ويتوقف عن التسديد.²

المطلب الثالث: بعض تطبيقات المراجعة في البنوك الجزائرية:

إن تطبيق المراجعة في البنوك الإسلامية الجزائرية لا يختلف كثير عن تطبيقها في البنوك الدول العالم الأخرى نظرا لأن أغلب البنوك ماهي إلا فروع عن بنوك كبرى، كما هو في حالة بنك البركة الجزائري ومصرف السلام الجزائري.

الفرع الأول: تطبيق المراجعة في بنك بركة الجزائري:

بنك البركة الجزائري: بنك البركة الجزائري: شركة مساهمة رأسمالها 10 مليار دج، خاضعة حاليا لأحكام الأمر رقم 09-23 المتعلق بالقانون النقدي والمصرفي، تم تأسيسه في 20 ماي من العام 1991م كأول مصرف إسلامي، وذلك وفقا للترخيص الممنوح له من قبل بنك الجزائر، يساهم في البنك كل من مجموعة البركة المصرفية البحرينية³ بنسبة 56% وبنك الفلاحة والتنمية الريفية الجزائري بنسبة 44%، وتمثل الأنشطة الرئيسية للبنك في تقديم خدمات الصيرفة بالتجزئة والصيرفة التجارية، ويدير البنك 30 فرعا في الجزائر.⁴

¹ -أنظر: الفرع الأول: أصناف المراجعة حسب تعدد العقود المشكلة لها، من هذه الأطروحة.

² - محمد حداد، مرجع سبق ذكره، ص35

³ - مجموعة البركة المصرفية هي شركة مساهمة نشأت في مملكة البحرين، تتداول أسهمها في كل من بورصتي البحرين ودبي، وتعتبر من المصارف الإسلامية الرائدة عالمياً، تأسست سنة 1978، مقرها الرئيسي المنامة في البحرين، وهي مرخصة كشركة استثمارية - الفئة 1 (المبادئ الإسلامية) من قبل مصرف البحرين المركزي، كما أنها تمثل مجموعة مالية إسلامية دولية رائدة تقدم الخدمات المالية من خلال فروعها المصرفية في 13 دولة، وتقدم خدمات مصرفية للأفراد والشركات والخزينة والاستثمار، مع الالتزام الصارم بمبادئ الشريعة الإسلامية. وتتمتع المجموعة بحضور جغرافي واسع مع عمليات في الأردن ومصر وتونس والبحرين والسودان وتركيا وجنوب أفريقيا والجزائر وباكستان ولبنان وسوريا، بالإضافة إلى فرعين في العراق ومكتب مبيعات في ليبيا خدماتها في أكثر من 600 وكالة. تخدم شبكة ABG ما يقرب من مليار

عميل. انظر: 13/02/2021 h 15:36 <https://www.albaraka-bank.dz> date

⁴ - عزوز أحمد، مرجع سبق ذكره، ص227.

حيث شرع في مزاولة نشاطه برأس مال قدره 500.000.000 دينار جزائري ليصل إلى 20.000.000.000 دينار جزائري سنة 2020.¹

فيما يلي نقوم باستعراض الإجراءات العملية لبيع المراجعة للأمر بالشراء كما يجريها ويطبقها بنك البركة الجزائري خطوة بخطوة، وقد أخذنا مثال لتمويل شراء سيارة بصيغة المراجعة²:

- 1- يتقدم العميل إلى البنك لطلب تمويل شراء سيارة محددة بصيغة المراجعة؛
- 2- يقوم البنك بتوقيع عقد تمويل بالمراجعة مع العميل يتضمن وعد بالبيع للسيارة حسب مواصفات وشروط يتم التفاوض عليها ويعد هذا العقد كمشابة لإلتزام العميل بشراء السيارة محل العقد؛
- 3- يتم الاتفاق مع العميل على تحمله لكافة المصاريف القانونية المتعلقة بالعقد (كمصاريف التوثيق مثلا... الخ)؛
- 4- يقوم البنك بتوكيل العميل في عملية التفاوض مع المورد حول شروط شراء السيارة واستلامها، تبعا لذلك يتدخل العميل بصفته وكيلًا وممثلًا للبنك وفي هذه المرحلة يعتبر البنك المشتري الحقيقي للسلعة، وعليه يتحمل كل المصاريف والتكاليف غير المحددة في عقد المراجعة؛
- 5- يقوم العميل بتقديم طلب للمورد لاقتناء نوع السيارة التي يريدها؛
- 6- يقدم المورد للعميل فاتورة شكلية يحررها باسم البنك لحساب العميل، حيث يقوم فيها بتوضيح نوع السيارة، سعرها إلى جانب كل الحقوق والرسوم المحتملة؛
- 7- يقدم العميل للبنك طلب (أمر) شراء السيارة، مدعما بالفاتورة الشكلية، موضحا في ذلك مبلغ العملية، وهامش الربح العائد للبنك وتاريخ استحقاق مبلغ المراجعة؛
- 8- يقوم البنك بدراسة طلب العميل وبعد الموافقة يتم تقديم ترخيص بالتمويل يحتوي كل المعلومات المتعلقة بالعميل (الاسم، الشكل القانوني، المهنة، العنوان، طريقة التمويل، موضوع التمويل، الضمانات، الشروط)؛
- 9- يقدم العميل الضمانات لتغطية مبلغ التمويل بصيغة المراجعة بنسبة يحددها البنك أو المؤسسة المالية مع مطالبته بتحرير سندات لأمر، إضافة للتأمينات لغاية 90% تتمثل في: (تأمين كافة الأخطار على السيارات، تأمين مبلغ التمويل ضد التوقف عن السداد، الرهن الحيازي على السيارة)؛
- 10- يسدد البنك مبلغ الفاتورة الشكلية عن طريق تحرير شيك لصالح المورد باسم البنك (بتوكيل العميل بمبلغ التمويل لاقتناء السيارة ليقوم العميل بإجراءات الشراء شخصيا بعد توقيعه عقد وكالة)؛
- 11- تتم عملية المراجعة (تحويل ملكية السيارة من المورد للبنك) عند تسلم الفاتورة الشكلية واستلام السيارة؛

¹ -موقع بنك البركة الجزائري، على الرابط <https://www.albaraka-bank.dz> بتاريخ 2024/06/03 على الساعة 23:56.

² -أسمع سفيان، عبدات عبد الوهاب، واقع بيع المراجعة للأمر بالشراء وتطبيقاتها في الجزائر بنك البركة الجزائري نموذجًا، مجلة الاقتصاد الجديدة، المجلد 12، العدد 4 (2021)، ص 69

12- إذا لم يتم التعاقد نتيجة إخلال العميل بوعده بالشراء يأخذ البنك من الضمانات مقدار الضرر الذي لحقه؛

13- يتم فرض غرامات على تأخير العميل للتسديد بسبب المماطلة على ألا يملكها البنك، بل يقوم بصرفها في وجوه الخير. علما بأنها تحسب على النحو التالي: غرامة التأخير = القسط (أو مجموع الأقساط المتعثرة) x 2%؛

14- يجوز للبنك خصم جزء من مبلغ المراجعة عند تعجيل العميل في الدفع.

الفرع الثاني: تطبيق المراجعة في مصرف السلام الجزائري:

تأسس بنك السلام-الجزائر في جوان 2006 وانطلق في نشاطه في أكتوبر 2008 برأس مال مكتتب ومدفوع قدره (7.2) بليون دينار جزائري، أي ما يعادل (100) مليون دولار أمريكي، وكان ذلك في إطار عملية تأسيس مجموعة من مساهمي بنوك السلام في البلدان العربية والإسلامية، منها المجموعة العمرية "إعمار" ومؤسسة التأمين الإماراتية إضافة إلى البنك اللبناني الكندي، بعد النجاح الذي حققته الصيرفة الإسلامية، واختيرت الجزائر لتحتضن أحد مقراته لما تتمتع به من محيط استثماري خصب وساعد على هذا الاختيار الانفتاح الاقتصادي الذي كان للجزائر على الدول العربية، كما عززه التقارب الجزائري الإماراتي كون جل رأس مال السلام الجزائري إماراتي، وقد اختار مؤسسو البنك لقناعتهم الراسخة به، المنهج الصيرفي الإسلامي لعمل البنك وهو منذ ذلك يجتهد في أن يمثل المصرفية الإسلامية أحسن تمثيل، ويسعى إلى التحقق ما استطاع بهذه الصفة.

ويعد مصرف السلام الجزائري بنكاً متعدد المهام والخدمات يعمل طبقاً للقوانين الجزائرية، ووفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في كافة تعاملاته.

إن مصرف السلام الجزائري يعمل وفق استراتيجية واضحة تتماشى ومتطلبات التنمية الاقتصادية في جميع المرافق الحيوية بالجزائر، من خلال تقديم خدمات مصرفية عصرية تنبع من المبادئ والقيم الأصلية الراسخة لدى الشعب الجزائري، بغية تلبية حاجيات السوق، والمتعاملين، والمستثمرين، وتضبط معاملاته هيئة شرعية تتكون من كبار العلماء في الشريعة والاقتصاد¹.

يقوم مصرف السلام بتقديم منتج المراجعة المصرفية وفق الخطوات التالية:

1- يتلقى البنك طلباً من العميل يوضح فيه رغبته في شراء سلعة بمواصفات معينة ليشتريها منه مرابحة حيث يحرر العميل نموذج طلب الشراء يحتوي على بعض المستندات المتعلقة به شروط التسليم ومكانه وغيرها المعلومات الأخرى.

¹ -موقع مصرف السلام: على الرابط <https://www.alsalamalgeria.com/ar/page/list-10-0-186.html> بتاريخ

2- يقوم البنك بدراسة جدوى طلب الشراء وذلك من خلال التحقق من صحة البيانات الواردة من العميل ودراسة السلعة وسوقها من ناحية المخاطر والقابلية للتسويق. وكذا دراسة النواحي الشرعية للتجارة في السلعة المرغوب شرائها، وتكلفة الشراء ونسبة الربح، ثم يقوم بدراسة البيانات المقدمة من العميل، والدفعة المقدمة والأقساط.

3- تحرير عقد الوعد بالشراء¹ وتسديد ضمان الجدية، في حالة قبول طلب العميل يستدعي من أجل التوقيع على وعد الشراء الذي يلزم من خلاله البنك العميل بشراء البضاعة عند ورودها، يسجل فيه موصفات المبيع المرغوب شراؤها من جديد وبيانات عن الربحية، الدفعة المقدمة، الأقساط، آجالها، ويحدد أيضا هامش الجدية المطلوب دفعه من قبل العميل.

4- بعد التوقيع على عقد الوعد ودفع مبلغ ضمان الجدية يقوم المصرف باقتناء السلعة وذلك بعد الاتصال بالمورد (البائع الأصلي) والتعاقد معه لشرائها تحت اسمه وعلى مسؤوليته، وتختلف أساليب التعاقد من سلعة إلى سلعة، ومن دولة إلى أخرى، كما تختلف حسب مكان الشراء إذا كانت مشترة محليا أو في الخارج.

5- يقوم المصرف بعد شراء السلعة باستدعاء العميل للتوقيع على عقد المراجعة المتضمن بيانات ومعلومات متمثلة في ثمن البيع الأصلي وأطراف التعاقد، والمصروفات والأرباح، ضمان الجدية، وقيمة الأقساط وزمنها.

6- تسليم واستلام البضاعة² وهي آخر مرحلة، ويقوم من خلالها البنك بتسليم السلعة للعميل.

¹ - الملحق رقم 01.

² - الملحق رقم 02 و 03.

خلاصة الباب

أثناء دراستنا في الباب الأول لتكوين عقد المراجعة البنكية تبين لنا أن أصل المراجعة مستمد من الشريعة الإسلامية باعتباره أحد أنواع بيوع الأمانة التي جرى العرف عليها قديمًا، واستحدث استخدام في من طرف البنوك الإسلامية التي تعد السباق في استعماله، وبعد الانتشار السريع والواسع له لسهولة إجراءاته، نظمت أغلب الدول هذا العقد في قوانينها.

عقد المراجعة البنكية كغيره من العقود عرفه العدد من فقهاء الشريعة وخبراء القوانين ورغم اختلاف في تعاريفه إلا أن أغلبهم اجتمع على شروطه والركائز الأساسية لتكوينه، حيث تم دراسة هذا العقد من عدة نواحي أثناء التطرق إلى ماهيته وطبيعته القانونية في التشريع الجزائري، حيث عرفه ونظمه المشرع الجزائري عند تبنيه لعقود الصيرفة الإسلامية في النظام 20-02 المحدد لنظام الصيرفة الإسلامية، وكذا التعليمية 03-2020 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية التي إبرزت شروطه وبعض خصائصه حتى يمكن تمييزه عن العقود المشابهة له.

تظهر الطبيعة القانونية لعقد المراجعة البنكية عن طريق الخصائص العدة التي شملها هذا العقد منها خصائص عامة تتمثل في أنه عقد رضائي مبنى على رضا الأطراف، وعقد معاوضة وكذلك عقد ملزم للجانبين، إضافة إلى أنه عقد محددة المدة، وخصائص الخاصة وتتمثل في أنه عقد فوري ناقل للملكية وعقد تجاري وعقد مركب من وعد وبيع، وعقد ذو طبيعة تمويلية، إضافة إلى أنه يقوم على الاعتبار الشخصي، هذه الخصائص تميزه عن العقود المشابهة له مثل عقد البيع وعقد القرض وعقد البيع بالتقسيط، كما تميزه عن عقود الصيرفة الإسلامية المشابهة له.

وبالرغم من اختلافات تكييف عقد المراجعة البنكية إلا أن أغلب الفقهاء أجمعوا على تعدد أطرافه إلى (ثلاثة) والمتمثلة في البنك أو المؤسسة والمالية ثم العميل (الزبون أو الأمر بالشراء) وكذا التاجر أو المورد أو مالك المبيع (البائع الأول)، ورغم اختلاف أطراف العلاقة الناشئة عن العقد إلا أن لكل واحد منهما دور فعال في نشوئه، كما أن أركان عقد المراجعة البنكية مستمدة من الأركان العامة النظرية للعقد والمتمثلة في ركن التراضي وركن السبب والمحل إضافة للشكلية. حيث نلاحظ أن وجود عقد المراجعة وإن كان يستمد الكثير من أحكامه من القواعد العامة التي تجد مصدرها أساسا في القانون المدني، إلا أن عقد المراجعة مع كل ذلك يتمتع بخصوصية أحكامه في كثير من الأحيان، خاصة إذا كانت الأحكام العامة في القانون المدني لا تتلاءم مع خصوصية عقد المراجعة باعتباره عملية مصرفية من جهة، وباعتباره عملية تقوم على فكرة المخاطرة.

لذا نجد أن عقد المراجعة لا ينبرم بمجرد توافر الشروط المتضمنة في القواعد العامة، بل يلزم إتمام إجراءات معينة تكون الغاية الأساسية منها تقادي المخاطر المصاحبة للعقد أو على الأقل التقليل منها والاحتياط لها. وعليه نجد أن قيام عقد المراجعة هو عقد صحيح يتحقق إبرامه من خلال توافر

مجموعة من الشروط بعضها يتعلق بالبنك أو المؤسسة المالية وبعضها الآخر يتعلق بعقد المراجعة بحد ذاته.

كما لاحظنا أن عقد المراجعة البنكية في البنوك أو المؤسسات المالية له عدة أصناف مختلفة حسب معايير معينة فنجد منها؛ حسب تعدد العقود المشكلة له: فنجد المراجعة البسيطة والتي يكون طرفين فيها البنك والعميل فقط والمراجعة المركبة التي يكون الأطراف فيها العميل والبنك والتاجر، وحسب إلزامية الوعد: الأولى مراجعة بالإلزام بالوعد للطرفين والثانية بعدم الإلتزام للوعد للطرفين والثالثة إلتزام أحد الطرفين فقط، وتصنيف آخر حسب مصدر المبيع فتكون عقد مراجعة دولية إذا كان المبيع من خارج البلد أو عقد مراجعة داخلية إذا كان المبيع من داخل البلد، كما عرضنا بعض الصور التي تضعها البنوك بنفسها منها: مراجعة العقارية، مراجعة استهلاكية، مراجعة الخدمات.....

كما يمر عقد المراجعة في تكوينه بمجموعة من المراحل والإجراءات في البنوك والمؤسسات المالية التي تستوجب إلزامية المرور بها من مرحل تأسيسه إلى مرحلة تنفيذ العقد بالرغم اختلاف هذه المراحل من بنك أو مؤسسة مالية إلى آخر في التطبيق إلا أن أغلبها تتحد في الأهداف التي يسعى إليها الأطراف وهي إبرام عقد المراجعة.

إن دراستنا لمختلف الأحكام القانونية المتعلقة بوجود عقد المراجعة وإن كانت تشكل جزءا من النظام القانوني لهذا العقد، إلا أن الوصول إلى نظام قانون متكامل لعقد المراجعة يستدعي منا معالجة مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بمرحلة أخرى في عقد المراجعة وهي دراسة آثار عقد العقد، والذي سيكون موضوعنا في الباب الثاني.

الباب الثاني

أثار عقد المراجعة وانقضائه

الباب الثاني: أثار عقد المراجعة وانقضائه

يرتب عقد المراجعة البنكية أثار على أطراف العقد تتمثل في التزامات أساسية تقع على عاتق البنك أو المؤسسة المالية، متقابلة مع التزامات العميل سواء كان زبون أو الأمر بالشراء، وفق لما يتطلبه العقد والمشرع الجزائري حرصا على تنظيم نشاط البنوك والمؤسسات المالية وكذا التطبيق الفعلي لمتطلبات الصيرف الإسلامية وفق تعليمية 03-2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية والقانون المدني الجزائري، حيث نظم العلاقات الناشئة عن التزامات المتعاقدين فنجد أن التزامات البنك أو المؤسسة المالية في عقد المراجعة تتنوع بين التزامات فرضها المشرع البنكي على البنوك والمؤسسات المالية لضمان الحرص والحذر والتزامات فرضها واقع عقد المراجعة حتى يكون صحيحا ومطابق للقانون والضوابط الشرعية التي بنى عليها العقد، حيث تمثل هذه الالتزامات التي تقع على أطرافه سواء تعلقت بالبنك أو المؤسسة المالية كإلتزام بالسر المصرفي وكذا الإلتزام بالإعلام والنصيحة وبتوفير السلعة أو البضاعة محل العقد وتسليمها للعميل الأمر بالشراء، والتزامات تقع على الطرف الثاني والمتمثل في العميل الأمر بالشراء كإلتزام استلام السلعة ودفع ثمنها حسب الطريقة المتفق عليها بينهما.

أن الإخلال بالالتزامات المفروضة على أطراف العلاقات الناشئة في عقد المراجعة يؤدي لا محال إلى مسؤولية الطرف المخل بالالتزامات التعاقدية، فتقام المسؤولية على البنك أو المؤسسة المالية عند عدم تنفيذ التزاماته بالشكل الصحيح، وهي تختلف حسب نوع الإلتزام المخل، فهي مسؤولية مدنية أو عقدية أو حتى جنائية، كما تثار مسؤولية العميل عند تخلفه للالتزامات العقدية بينه وبين البنك أو المؤسسة المالية، وهناك أيضا مسؤولية أخرى تقع على الطرف الثالث في العلاقة المتمثل في البنك أو المورد (مالك المبيع) وإن كانت تبدو بشكل عرضي.

فقيام المسؤولية يترتب عليه جزاءات تقرر على الطرف المخل، فهي إما أن تكون جزاءات قانونية حسب النصوص القانونية أو التنظيمية أو تكون جزاءات عقدية مستمدة من بنود عقد المراجعة.

إضافة إلى ذلك يحتوي عقد المراجعة على العديد من المخاطرة منها مخاطر شرعية ومخاطر قانونية...، حيث أن البنوك والمؤسسات المالية لكي تتخلص من عنصر المخاطرة الذي هو أساس مهم في معظم العقود المالية البنكية تلجأ إلى بعض الإجراءات التي تساعد في الحد من هذه المخاطر منها الأخذ بالوعد الملزم في تعاملاتها مع العملاء، وكذا طلب ضمانات سواء كانت رهناً أو تأمينات أو ضمان الجدية... الخ، وهذا للحد من المخاطر التي يقع فيها البنك أو المؤسسة المالية.

وعلى هذا الأساس فقد شدد المشرع الجزائري على دور عمل الرقابة، إذ يوجد نوعين من الرقابة تفرض على البنوك والمؤسسات المالية منها الرقابة العامة وهي إما أن تكون خارجية والمتمثلة في رقابة

البنك المركزي، ورقابة اللجنة المصرفية، أو داخلية المتمثلة في محافظي الحسابات، ورقابة خاصة وهي هيئة الرقابة الشرعية للبنك أو المؤسسة المالية. حيث تعمل هذه الآليات للحد من هذه المخاطر وكذا مراقبة التزام هذه البنوك والمؤسسات المالية بالضوابط الشرعية والقانونية لتطبيق عقد المراجعة بشكل صحيح وفعال.

كما أن هناك حالات قد ينشأ فيها نزاع بين أطراف عقد المراجعة نتيجة لاختلاف في تنفيذ الالتزامات أو تفسير الشروط التعاقدية، ما يدفع أغلب البنوك والمؤسسات المالية إلى اللجوء إلى آليات قانونية أقرها المشرع لحل هذه النزاعات، وفي مقدمتها وسائل التسوية الودية مثل الصلح والوساطة، أو التحكيم الذي يعد وسيلة فعالة، خاصة في العقود ذات البعد الدولي. وفي حال فشل هذه الآليات البديلة، يعرض النزاع على القضاء باعتباره الحل الأخير والحاسم. ومن الجدير بالذكر أن حل النزاع قد يرتبط أحياناً بإنهاء العلاقة التعاقدية، وبالتالي فإن آليات تسوية النزاعات تظل مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بطرق انقضاء العقد. ففي حال تنفيذ الالتزامات المتقابلة تنفيذاً صحيحاً وكاملاً، يعد عقد المراجعة قد انتهى وتنتحل بذلك الرابطة القانونية بين الطرفين، غير أن هناك حالات استثنائية قد تحول دون تمام تنفيذ العقد، مما يؤدي إلى انقضائه قبل أوانه، سواء من خلال الإبطال الناتج عن وجود عيوب في الرضا، أو الفسخ عند تحقق شرط فاسخ مضمن في العقد.

وقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين:

-الفصل الأول: آثار عقد المراجعة.

-الفصل الثاني: حل منازعات عقد المراجعة وطرق انقضائه.

الفصل الأول:

آثار عقد المراجعة

الفصل الأول: آثار عقد المراجعة

يعتبر عقد المراجعة من العقود الملزمة للجانبين -كما تقدم ذكره- وعليه فإنه يترتب عند تكوينه آثار تتمثل في مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق البنك أو المؤسسة المالية عند تنفيذه عقد المراجعة، منها التزامات تقع عليه على أساس مهنته تتمثل في السر المصرفي، الإعلام والنصيحة وهي التزامات تفرض عليه من السلطة العليا في الدولة والمتمثلة في بنك المركزي الذي يفرض بعض الالتزامات على كافة البنوك والمؤسسات في الدولة لضبطها وللسير الحسن، بذلك تعد هذه الالتزامات من المبادئ الأساسية للبنوك والمؤسسات المالية، والالتزامات تتعلق بعقد المراجعة كونه عقد خاص يلتزم توفير التزامات معينة ومحددة، ولعل من أهمها توفير المبيع المراد للعميل بعد بشرائه واستلامه من التاجر المورد أو مالكة الأصلي وتملكه أولاً ثم تسليمه وبيعه للعميل حسب الشروط المتفق بينهما.

كما تقع على العميل المتمثل في الزبون أو الأمر بالشراء مجموعة من الالتزامات تفرض عليه بحكم عقد المراجعة منها استلام المبيع، دفع الضمانات، وكذا دفع الأقساط التي عليه حسب الاتفاق المبرم بينه وبين البنك أو المؤسسة المالية.

وبالرغم من أن هناك علاقة تنشأ بين البنك أو المؤسسة المالية والتاجر أو المورد أو المالك الأول للمبيع تدخل في إطار عقد البيع عادي وما لها من آثار في عقد المراجعة وإن كانت بصورة مباشرة وغير مباشرة.

أن تعدد هذه الالتزامات وتنوعها دليل على حصر المشرع على التنفيذ الحسن للعقد من الناحية القانونية ووفق الضوابط الشرعية، وعلى هذا الأساس فقد أقر المشرع قيام المسؤولية على الطرف المخل بالتزاماته وفرض عليه جزاءات عديدة ومتنوعة.

وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: التزامات أطراف عقد المراجعة

المبحث الثاني: مسؤولية أطراف عقد المراجعة من الإخلال بالالتزامات التعاقدية

المبحث الثالث: مخاطر المراجعة وآلية هيئة الرقابة عليها

المبحث الأول: التزامات أطراف عقد المراجعة

تتمثل التزامات الناشئ عن العلاقات القانونية في عقد المراجعة في مجموعة من التزامات التي تقع على البنك أو المؤسسة المالية وعلى العميل، كما يمكن أن تكون هناك التزامات أخرى تدخل ضمن العلاقة الناشئة بين التاجر أو المورد مالك المبيع مع البنك بحكم عقد البيع بينهما، وإن كانت تخرج عن إطار دراستنا إلا أنه وجب الإشارة إليها.

المطلب الأول: التزامات البنك أو المؤسسة المالية:

أن الالتزامات التي تقع على البنك أو المؤسسة المالية باعتباره شخص مهني عديدة حيث يرى بعض الفقهاء أنه يجب التمييز بين نوعين من الالتزامات التي تقع عليه، الأولى فهي الالتزامات التي تجد مصدرها في العادات والأعراف المهنية، فهذه الالتزامات ذات الطبيعة مهنية خاصة يشكل الخطأ الناتج عن الإخلال بها نوع جديد من الخطأ يطلق عليه الخطأ المهني، الذي يقوم في حالة أخل الشخص المهني المتمثلة في البنك أو المؤسسة المالية بالالتزامات التي تفرضها القواعد والأصول المهنية.

أما الثاني في التزامات يتضمنها العقد المبرم بين البنك أو المؤسسة المالية باعتباره المهني والعميل فهي تعتبر التزامات عقدية وأي إخلال بها يشكل خطأ عقدياً يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية في مواجهة المهني المسؤول، حيث أن التزامات الناشئة بحكم الواقعة القانونية وهي إبرام عقد المراجعة وهذه التزامات تتعلق بالعقد بحد ذاته متمثلة في إلزام البنك أو المؤسسة المالية بشراء المبيع وتسلمه من التاجر (البائع) ودخوله في ملكه أي حيازته التامة وإلزام بتسليم المبيع للعميل سواء كان زبوناً أو أمراً بالشراء حسب الحالة. وعليه سوف نعرض أهم هذه الالتزامات:

الفرع الأول: التزامات فرضها المشرع البنكي على البنوك والمؤسسة المالية

تلتزم البنوك والمؤسسات المالية بمجموعة من الالتزامات فرضها واقع خطورة ممارسة نشاط المصرفي، ومن أهمها الإلتزام بقواعد الحيطة والحذر، الإلتزام بالإعلام والنصيحة، وكذا الإلتزام بالسر المصرفي، حيث تعتبر هذه الالتزامات إجبارية فرضها المشرع البنكي على كل البنوك والمؤسسات المالية بصفتها شخص مهني. وسوف نعرض بعض من هذه الالتزامات بشيء من الاختصار:

أولاً: الإلتزام بقواعد الحيطة والحذر:

وهو الإلتزام مكرس في التشريع المصرفي الجزائري فكل البنوك والمؤسسات المالية التي تخضع لهذا القانون ملزمة بالحيطة والحذر في إطار ممارسة المهنة المصرفية.¹

ويعود أساسه إلى مفهوم حسن النية الذي يجب أن يراعى تفسير وتنفيذ العقد استناداً إلى أحكام القانون المدني، هذا المفهوم الذي فَعَلَ نتيجة تطور مفهوم المسؤولية المهنية بشكل عام بوصفها أحد أشكال المسؤولية المدنية²، وقد جاء تعريف لهذا الإلتزام في الاجتهاد الفرنسي عن طريق تطبيقه لمفهوم حسن النية، بحيث شكلت هذه الإلتزامات إحدى النتائج الحتمية لتطبيق هذا المفهوم³، هذا التفعيل لمفهوم حسن النية في إطار العلاقات المهنية قد شمل بطبيعة الحال النشاط المصرفي، كونه نشاطاً مهنيًا يظهر خصائص متميزة، وبالتالي لم تعد الإلتزامات المصرفية في إطار العمليات المصرفية حكراً على العقود المصرفية والنصوص التنظيمية المؤطر للمهنة، بل قام الاجتهاد القضائي بتعريفها وتكريسها.

لقد أصدر المجلس النقدي والمصرفي في الجزائر أنظمة تتضمن ما يجب أن تلتزم به البنوك والمؤسسات المالية من قواعد أثناء عملياتها المصرفية، تتضمن قواعد يطغى عليها الإلتزام بالحيطة والحذر خصوصاً عندما يتعلق الأمر بالاستعلام أو التحليل والملاءة، وبهذا الصدد تتولى إدارة المخاطر في القطاع المصرفي توحيد الأسس ودراسة مخاطر التسهيلات والتوظيفات وإدارتها ومعالجتها وذلك لأجل⁴ -تحقيق قدر من الاستقرار للقطاع المصرفي بحيث لا يتم منح التسهيلات إلا بشكل مدروس مما يحد من الانعكاسات الاقتصادية السلبية للعمليات المصرفية العشوائية.

-تسهيل مهام لجنة الرقابة المصرفية في ممارستها لدورها الرقابي.

وعليه فإنه إذا كان الإلتزام بالحيطة والحذر يستمد وجوده القانوني من مقتضيات حسن النية في إطار العلاقات المهنية، فإن أهمية الموقع الاقتصادي للقطاع المصرفي والدور المهني المميز الذي

¹ - نظام رقم 91-09 مؤرخ في 04 أوت 1991، يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف والمؤسسات المالية، ج.ر.ج العدد 24، صادر في 25/03/1992، المعدل والمتمم بموجب النظام رقم 95-04 المؤرخ في 20 أفريل 1995، ج.ر.ج العدد 39، صادر في 23/07/1995، أنظر أيضاً: نص المادة 56 مكرر من الأمر 03-11 متعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-04، مرجع سابق، في المادة 05 منه، حيث يراقب بنك الجزائر مدى اتخاذ البنوك والمؤسسات المالية للتدابير اللازمة لضمان سلامة أنظمة الدفع.

² - لبنى عمر مسقاوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 235 — 238.

³ - LETOURNEAU PH., CADIET L., *La responsabilité civile et professionnelle*, Economica, Paris, 1995, P.460.

⁴ - آيت وازو زينة، مرجع سبق ذكره، ص 243

يمارسه هذا القطاع هما اللذان أوجدا المبرر الرئيسي لتطبيق هذا الإلتزام على عاتق البنوك والمؤسسات المالية خصوصا إذا تعلق الأمر بعمليات التمويل المصرفي والتي تعد عملية المراجعة أكثرها انتشارا.

ثانيا: إلتزام البنك أو المؤسسة المالية بالأعلام والنصيحة

يلتزم البنك أو المؤسسة المالية بالإعلام أو الإرشاد، أو بنصح العميل الأمر بالشراء بكافة المعلومات الحقيقية المتعلقة بعقد المراجعة، عن مدى ملائمة العملية المطروحة فنيا وتقنيا وماليا باعتماده على ضميره المهني الحي، فلا يستغلا عدم تخصص العميل الأمر بالشراء في مسائل فينة أو مالية ليزج به في عقد لا يناسبه. بالألا يخفي عنه شيئا ولا يتركه مخدوعا في أمر يعلم حقيقته، مما يستوجب على كل بنك أو مؤسسة مالية أن يتلزم بالمصارحة والتبصير والشفافية والنصيحة¹، حيث يقع على عاتق البنوك والمؤسسات المالية إعلام العميل بالشروط العامة بتكوين عقد المراجعة، بحيث يعتبر هذا الإلتزام طبقا للقواعد العامة بمثابة تدبير وقائي لحماية التراضي وذلك دون إخلال بإرادة أي متعاقد، في حالة لجوء المتعاقد معه إلى سلوك التستر والكتمان على المعلومات التي يكون لها تأثير على قراره بشأن إبرام العقد المراجعة من عدمه.

1- مفهوم الإلتزام بالإعلام والنصيحة

لم يعرف المشرع الجزائري الإلتزام بالإعلام، واكتفى بالنص عليه في العديد من القوانين كقانون النقد والقرض والأنظمة المطبقة له²، والقانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش³، والقانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم⁴، وحسنا فعل لأن التعريف من اختصاص الفقهاء والقضاء لا من اختصاص التشريع، وسوف نعرض بعض التعاريف التي أوردها فقهاء القانون بالاجتهاد للإلتزام بالإعلام.

من أبرز التعريفات التي أوردها الفقهاء المصرفي، التعريف الذي مفاده أن الإلتزام بالإعلام هو: "إلتزام بنقل المعلومات التي يمتلكها البنك إلى الزبون، وهو موجب موضوعي بمعنى أن عملية النقل هذه

¹ - بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2019، ص 186.

² - أمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، مرجع سبق ذكره.

³ - قانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج. العدد 15، صادرة بتاريخ 08/03/2009، معدل ومتمم بالقانون رقم 09-18، مؤرخ في 10 جوان 2018، ج.ر.ج. العدد 35 صادر بتاريخ 13/06/2018..

⁴ - قانون رقم 02-04، المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41 لسنة 2004.

تتم دون تدخل من البنك، فهو يتمثل في تمرير المعلومة الخام بصورتها البسيطة دون أي فعل إيجابي من البنك".¹

وهناك من يرى الإلتزام بالإعلام هو: "الإلتزام سابق على التعاقد يتعلق بالإلتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد".²

كما يعرف أيضا بأنه: "الإلتزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد، ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى الزبون المستهلك".³

وهناك تعرف آخر بأنه: "إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز قانوني أقوى من المتعاقد الآخر، الطرف الآخر في العقد، بكافة البيانات عند إبرامه للعقد والتي تساهم في تكوين الرضا الحر المستتير والتي تمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على حل العقد عند إبرامه أو التحلل منه إذا شاء".⁴

ومن جملة التعاريف السابقة يمكن تعريف الإلتزام بالإعلام بأنه إلتزام قانوني يستوجب على كل مهني محترف في إطار مزاولة عمله عند إبرامه للعقد مع زبون إبلاغه بكل المعلومات المهمة والجوهرية ذات صلة بالعقد المبرم بينهما بشتى الطرق والوسائل سواء أكانت تقليدية أو إلكترونية مستحدثة حتى يكون على اطلاع كامل بالعقد.

2-أساس الإلتزام بالإعلام والنصيحة

يعد قيام البنك أو المؤسسة المالية بهذا الإلتزام قد استجاب لمقتضيات حسن النية في التعاقد من جهة ولمبدأ النزاهة العقدية من جهة أخرى، الذي يفرض على كل شخص يريد إبرام عقد ما أن يتصرف مع الطرف الأخرى بنزاهة، وذلك من خلال اطلاعه على كل المعلومات الضرورية والمهمة المرتبطة بالمسائل الأساسية للعقد، مما يمكنه من التعبير بشكل أفضل عن إرادته لما قد ينشأ عنه من حقوق والتزامات.⁵

¹ - لبنى عمر مسقاوي، مرجع سبق ذكره، ص. 169.

² - نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص ص 15-16.

³ - أكرم محمد حسين التيمي، التنظيم القانوني للمهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 96.

⁴ - سعد سعيد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص. 8.

⁵ - قريمس عبد الحق، المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري - قسنطينة، 2010-2011، ص 12

تقوم البنوك أو المؤسسات المالية عند إبرامها لعقد المراجعة بتزويد العميل الأمر بالشراء بجميع المعلومات المرتبطة بعمية المراجعة سواء كافة الإجراءات المتعلقة بكيفية إبرام العقد أو المعلومات المتعلقة بالمحل (المبيع) حتى وأن كان العميل على علم بالمبيع، وهذا يرجع إلى البنك أو المؤسسة المالية عند دراسته لعملية المراجعة يمكنه الوصول إلى نتائج جديدة لا يعلمها العميل الأمر بالشراء.

وقد اعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة أثناء التعاقد تدليسا، تجيز للمدلس عليه إبطال العقد جاء في نص المادة 86-2 من قانون المدني¹: "...ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد، لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة". وهو ما سارت عليه اجتهادات المحكمة العليا من أن المبدأ في القانون الجزائري هو اعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، اللهم إذا كان المتعامل حرفيا أو مهنيا فإنه لا يمكن له الادعاء بالغش والتدليس.²

كما ركز المشرع الجزائري كثيرا على الإلتزام بالإعلام وذلك من خلال اشتراط إعلام المتعاقد وإخباره بمضمون العقد من جهة، وبالأسعار وشروط البيع من جهة أخرى في تشريعات خاصة. كما أنه تدخل لحماية إرادة المشتري العميل، وإعادة التوازن بين طرفي العقد، وهنا يستوجب أن يتدخل المشرع الجزائري لإقرار الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة أو المضللة، التي تعد إخلال واضحا وجليا بقواعد المنافسة التجارية الحرة³. حيث أكد المشرع الجزائري على الإلتزام بالإعلام من خلال مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية من بينها ما جاء في مواد قانون 04-02⁴ المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي يمكن تطبيقه على البنوك والمؤسسات المالية باعتبارهما عون اقتصادي يقوم بتقديم خدمات، حيث يتم تطبيق هذا الإلتزام من الناحية الفعلية وفقا لنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي⁵ 06-306 والتي جاء فيها: "يتعين على العون الاقتصادي لإعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".

¹ - المادة 82-2 من قانون المدني الجزائري.

² - المحكمة العليا الجزائرية، غرفة مدني، 1993/06/23 ملف رقم 101365

³ - بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سبق ذكره، ص 194.

⁴ - القانون رقم 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سبق ذكره.

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

ولقد أقره المشرع الجزائري كذلك بموجب المادة 17-1 من القانون رقم 09-03 إلزام بالإعلام على عاتق المتدخل لفائدة المستهلك، إذ نص على¹: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج...."

كما كرس المشرع البنكي كذلك أحكام إضافية للإلزام بالإعلام من خلال تحديد القواعد العامة المتعلقة بشرط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية بموجب أحكام النظام 2020-01²، حيث نصت المادة 09: "يتعين على البنوك والمؤسسات المالية، أن تبلغ زبائنهم والجمهور، عن طريق كل الوسائل، بالشروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها"³.
يتضح من قراءة المادة أن البنوك والمؤسسات المالية ملزمة بأعلام الزبائن والجمهور بالشروط المطبقة على

العمليات البنكية بكل الوسائل المتاحة لها لا سيما أسعار الخدمات والالتزامات المتبادلة بين البنك والزبون على أن يتم تحديد هذه الشروط في العقد. وعليه وبموجب هذا النص يتبين أنه قد تم تكريس إلزام البنك بواجب الإعلام.

إن واجب نقل المعلومات من طرف البنك إلى عميله تعتبر التزاما موضوعيا يقتصر على تقديم المعلومات كما هي، في حين أن الإلزام بالنصح يتمثل في عمل إيجابي مقتضاه توجيه العميل إلى تفضيل أحد الخيارات المطروحة أمامه، وبعبارة أدق فهو يهدف إلى مساعدة العميل على انتقاء الخيار المناسب لنشاطه مع تحذيره من المخاطر المحيطة به، وذلك اعتمادا على خبرة البنك ووسائله الفنية في مجال مهنته بهدف توفير أفضل الظروف والشروط للتعاقد.⁴

ثالثا: الإلتزام بالسرية المصرفية:

تعتبر السرية المصرفية من المبادئ الأساسية المعروفة منذ الأزل ومن القواعد المستقرة واللصيقة بعمل البنوك والمؤسسات المالية والتي تلتزم بموجب القواعد العامة حفظ أسرار العملاء ما لم ينص أو يتفق على خلاف ذلك.

¹ -قانون 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج.ر.ج، العدد 15، الصادرة 2009/03/08.

² -النظام رقم 2020-01 المؤرخ في 20 رجب 1441 الموافق لـ 15 مارس 2020، المحددة للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

³ - هي نفسها المادة 05 من نظام رقم 13-01 المؤرخ في 08 ابريل 2013، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية (الملغى) وكذلك المادة 07 من النظام 09-03 (الملغى بالنظام 2020-01)

⁴ -جليلة مصعور، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، الجزائر، 2016، ص

وتبرز أهمية السرية المصرفية في الهدف من تشريعها وهو حماية خصوصية العميل بشكل عام والمصلحة العامة¹، وكذا كسب ثقة الأفراد سواء المواطنين أو الأجانب في خدمات البنوك والمؤسسات المالية مما يساهم في تحرير الإقتصاد ويشجع على الاستثمار الخاص.²

من خلال هذا الالتزام يحق للعميل الأمر بالشراء أن يعتمد على أمانة موظفي البنك أو المؤسسة المالية على سرية أي عملية مرابحة يقوم بها على أساس أنه أمر تعاقدية، خاصة في الحالات التي يكون فيها عقد المراجعة على بضائع أو سلع معينة لا يريد العميل الأمر بالشراء أن يعلمها منافسيه.

كما يحق له أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه عند إفشاء هذا السر، ويعتمد على هذا النوع من السر المصرفي في معظم دول العالم.³

كرس المشرع الجزائري مبدأ التزام البنوك بالسر المصرفي في القانون رقم 12-86 المتعلق بنظام البنوك والقروض.⁴

وكذلك في قانون العقوبات حيث جاء في نص المادة 301 فقرة 1 منه على الالتزام بالسرية⁵، أين تعاقب جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة مهما كانت مؤقتة أو دائمة على أسرار التي يقومون بإفشاءها. حيث بين لنا أن الأشخاص الملزمون بكتمان السر المهني، تم ذكرهم على سبيل المثال لا الحصر، وهذا ما يظهر لنا جليا من خلال عبارة: «... وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم...»، وبهذا فتح المشرع الجزائري المجال وأخضع أصحاب المهن الحرة والموظفين الدائمين والمؤقتين لواجب السر المهني⁶ والتي من بينهم موظفو البنوك والمؤسسات المالية.

¹ - Gamaleu Kameni Christian, *le secret professionnel du banquier réaffirmé à propos de l'arrêt Cass 5 février 2013*, Revue juridique de l'ouest, 2013-2, pp217-227, p222.

² -سعدية العيد، المسؤولية الجزائية للبنك عن جريمة تبييض الأموال، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2016 ص 170.

³ -زيبار الشاذلي، مرجع سبق ذكره ص19.

⁴ - تنص المادة 36 من القانون رقم 86-12 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بنظام البنوك والقروض، ج. ر. ج، العدد 34 لسنة 1986 (الملغي) على ما يلي: «تكون الودائع الموضوعة لدى مؤسسات القروض محمية بالسر المصرفي وتستفيد من ضمان القانون»

⁵ -المادة 301 القانون 16-02 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج، العدد 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016، معدل ومتمم: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك...".

⁶ -ملكية حجاج، جريمة افشاء الأسرار المهنية "قراءة تحليلية للمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 14، العدد 03 (2021)، ص512

أن المشرع الجزائري لم يقنن السرية المصرفية بقانون خاص بها، بل اعتبرها ترتكز على المبادئ والأحكام العامة للسر المهني المنصوص عليها في قانون العقوبات وكذا النصوص الواردة في قانون النقد والقرض، حيث خصص للسر المصرفي بمواد في الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض¹ والذي تم تعديلها بمواد من القانون 09-23 النقدي والمصرفي²، حيث نصت المادة 28 منه على ما يلي: "لا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة أن يفشوا بصفة مباشرة أو غير مباشرة وقائع أو معلومات اطلعوا عليها في إطار عهدهم، وذلك دون المساس بالالتزامات المفروضة عليهم بموجب القانون، وما عدا الحالات التي يدعون فيها للإدلاء بشهادة في دعوى جزائية.

يلتزم بنفس الواجب كل شخص يلجأ إليه مجلس الإدارة في سبيل تأدية مهامه". وكذلك المادة 63 من نفس القانون نصت على ما يلي: "يلزم أعضاء المجلس بالواجبات المنصوص عليها في المادة 28 أعلاه، كما يلزم بها كل شخص يمكن أن يلجأ إليه المجلس لأي سبب كان" أما المادة 133 منه، التي حددت الأشخاص الملزمين بالسرية المصرفية والسلطات المعفاة من هذه السرية إضافة إلى استثناء بعض الأشخاص والهيئات التي لا يحتج أمامها بالالتزام السر المصرفي.

الفرع الثاني: إلتزام البنك أو المؤسسة المالية بشراء واستلام المبيع

ينشئ عقد المواعدة بالشراء التزاما في ذمة البنك أو المؤسسة المالية ببيع المبيع للعميل، وهذا الإلتزام لا يتم إلا إذا كان عقد المواعدة بالشراء لازما، والذي لا يكون لازما إلا إذا قام البنك أو المؤسسة المالية بشراء واستلام المبيع.

حيث بعد دراسة البنك أو المؤسسة المالية لملف العميل الأمر بالشراء وقبول طلبه يقوم البنك أو المؤسسة المالية بالبحث على المبيع المراد سواء كان منقولاً أو عقاراً، محل العقد بالمواصفات التي طلبها العميل في حالة أنها ذات نوعية خاصة أو شرائها في حالة وجودها في السوق، وذلك بموجب عقد بيع بين البنك أو المؤسسة المالية والتاجر البائع أو مالك المبيع، ومن ثم يدخل هذا المبيع في حيازة البنك أو المؤسسة المالية ويمتلكه.

كما نلاحظ أن عملية شراء واستلام المبيع من التاجر أو مالك المبيع تتم وفق طريقتين أما عن طريق قيام البنك أو المؤسسة المالية بنفسه من تملك المبيع من التاجر أو عن طريق توكيل العميل الأمر بالشراء لشراء المبيع، كما ويلاحظ أن طريقة انتقال الملكية للمبيع تختلف حسب نوع المبيع إذا كان منقولاً أو عقاراً.

¹ -انظر: المادة 25 و61 و117 من الأمر رقم 03-11 متعلق بالقرض والنقد (الملغى)، مرجع سابق.

² - القانون رقم 09-23 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سابق.

أولاً: طرق شراء المبيع

تختلف طرق شراء المبيع من طرف البنك أو المؤسسة المالية إلى حالتين إما أن يقوم البنك أو المؤسسة المالية بشراء السلعة مباشرة من التاجر أو المورد أو مالك المبيع، أو أن يقوم البنك أو المؤسسة المالية بتوكيل العميل الأمر بالشراء بشراء المبيع من المالك ولحساب البنك أو المؤسسة المالية.

1- قيام البنك أو المؤسسة المالية بشراء المبيع بنفسه:

عند توفر المبيع أو السلعة محل العقد أي أنها موجودة ومتوفرة وليس هناك تعقيد في مواصفاتها يقوم البنك أو المؤسسة المالية بشرائها من التاجر البائع أو المورد أو مالك المبيع لحسابه الخاص وأصاله عن نفسه بحيث لا تكون هناك نيابة أو وكالة من العميل، فيستلم البنك أو المؤسسة المالية المبيع سواء كان منقولاً حيث يدخل مخازنه وتكون له الحيازة التامة أي تملكه، أما إذا كان عقار فتنتقل الملكية للبنك أو المؤسسة المالية حسب شروط قانون العقد الرسمي والشهر وحسب الضمانات المتفق بينهما، وبما أن البنك أو المؤسسة المالية يشتري المبيع لبيعه مرابحة، في هذه الحالة يعتبر مشترياً ويمثل طرفاً من أطراف عقد البيع الذي يتم بينه وبين التاجر البائع أو المورد أو مالك المبيع، حيث يلتزم التاجر بنقل حق ملكية المبيع إلى المشتري (البنك أو المؤسسة المالية) كاملاً بكل سلطاته فور إبرام عقد البيع بينهما.

وقد جاء في فتوى الهيئة الشرعية للبركة بأن شراء البنك السلع في المراجعة أصالة عن نفسه وليس نيابة عن الواعد، حيث جاء في اتفاقية الوعد بالشراء بأن "الواعد يقر بموافقته على أنه قد طلب من البنك أن يشتري نيابة عنه السلع المبينة في الملحق المرفق.."، ورأت الهيئة حذف كلمة "نيابة عنه"، لأن البنك يشتري السلعة أصالة عن نفسه وليس نيابة عن العميل.¹

ويشترط كذلك في عقد المراجعة ألا يكون هناك تعاقد سابق بين التاجر أو مالك المبيع والعميل بشأن نفس المعاملة، حيث إذا تبين للبنك أن العميل الواعد بالشراء دخل في علاقة تعاقدية مع التاجر أو مالك المبيع بأي شكل من الأشكال كأن قام بتوقيع عقد معه أو دفع عربون له أو غير ذلك، فإنه لا يجوز للبنك أو المؤسسة المالية حينئذ مواصلة إجراءات عملية المراجعة ويجب عليه العدول عن شراء المبيع إلى حين التأكد من إلغاء كل ارتباط من النوع المشار إليه حتى لا تتوول المعاملة إلى مجرد تمويل ربوي بحث بعيداً عن أي مخاطرة.

وهذا الشرط أساسي لتحقيق سلامة تنفيذ معاملة بيع المراجعة للواعد بالشراء، ويقوم البنك أو المؤسسة المالية عادة ببحث هذا الموضوع والتأكد منه في مرحلة الوعد عند دراسته لطلب الشراء ودراسة البيانات عن العميل.²

¹ - على جمعة محمد، محمد أحمد السراج، أحمد جابر بدران، موسوعة فتاوي المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية مرجع سبق ذكره، ص 493

² - عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمراجعة، مرجع سبق ذكره، ص 137.

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 9 من العليمة 03-2020 حيث أشار إلى أن عقد المراجعة للآمر بالشراء يقتضي بموجبه البنك أو المؤسسة المالية بخلاف الأمر بالشراء أو وكيله بشراء سلعة منقول أو غير منقولة بهدف بيعها له بسعر يساوي تكلفة اقتنائها مع إضافة هامش ربح متفق.

2- قيام العميل بالشراء المبيع بتفويض من البنك أو المؤسسة المالية:

يمكن للعميل إبرام عقد المراجعة بنفسه مباشرة أو بتوكيل غيره للقيام بذلك نيابة عنه لأن الوكالة من العقود الجائزة في الفقهاء الإسلامي والقانون. وعلى هذا الأساس فإنه يجوز للبنك توكيل الغير لشراء ما سوف يبيعه البنك بعقد المراجعة، سواء كان هذا الغير طرف ثالث أو هو الأمر بالشراء نفسه، وهذا ما ذهبت إليه العديد من الفتاوى المعاصرة¹.

ولكن نتيجة لبعض الاعتبارات الخاصة لبيع المراجيح للآمر بالشراء وخشية أن تتحول هذه المعاملة إلى مجرد تمويل ربوي يغيب فيه دور البنك أو المؤسسة المالية، فقد نصت بعض الفتوى بأن الأفضل أن يكون الوكيل بالشراء غير العميل إذا تيسر ذلك، كما وضعت الهيئات الشرعية شروط وضوابط خاصة في مثل هذه الحالة، بل اتجهت بعض الفتاوى المتأخرة إلى القول بمنع توكيل البنك للعميل أصلاً ومن هذه الفتاوى ما صدر عن ندوة البركة التاسعة التي ذكرت أنه يجب أن يكون للبنك دور بارز أساسي في شراء السلعة لنفسه أولاً وتسلمها ثم بيعها للآمر بالشراء للابتعاد عن صورة التمويل الربوي، ولكيلا تختفي صورة الضمان الذي يحل به الربح.

وقد جاء في فتوى الهيئة الشرعية الموحدة لقطاع الأموال بمجموعة دالة البركة²، أن الأصل في عقود المراجعة عدم جواز توكيل البنك العميل الأمر بالشراء للقيام بالشراء والتسلم، لأن ذلك يفقد عملية المراجعة معناها، ويجعل البنك بعيداً عن أي مخاطرة وعن تحمل الضمان الذي بموجبه يطيب له الربح. ولكن يمكن قبول توكيل الأمر بالشراء كاستثناء في بعض الأمور، مثل أن يكون للبضاعة وكيل رسمي لا يمكن تسويق البضاعة لغيره، ومثل الحالات التي يسمح فيها التوكيل تفادي تحميل البضاعة ضربيتين مرة باسم البنك، ومرة أخرى باسم الأمر بالشراء ... ففي مثل هذه الاستثناءات يجوز توكيل الأمر بالشراء، ولا بد من إطلاع المستشار الشرعي بها قبل تنفيذها.

يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يفوض للآمر بالشراء بشراء هذه السلعة باسم البنك أو المؤسسة المالية ولكن في حالات استثنائية فقط كأن تكون السلع محل العقد ذات نوعية متخصصة لا يمكن لوكلاء البنك أو المؤسسة المالية من تحديدها بشكل دقيق فيترك الأمر للعميل الأمر بالشراء

¹ - عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمراجعة، مرجع سبق ذكره، ص 147

² - على جمعة محمد، محمد أحمد السراج، أحمد جابر بدران، موسوعة فتاوى المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 322.

لتخصصه وخبرته في هذا النوع من السلع وهذا حسب ما جاء في المادة 10 من التعليم 03-2022.¹ حيث نصت على "يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يوكل زبونه، بشكل استثنائي، لاختيار بل وحتى شراء، باسم البنك أو المؤسسة المالية، السلعة موضوع العقد".

حيث أنه في هذه الحالة يقوم الأمر بالشراء بالإمضاء على تعهد شراء يتضمن خصائص السلعة وسعر الاقتناء وكيفيات وأجال تسليمها وهذا ما جاء في نص المادة 11 من التعليم 03-2022: "في حالة عقد المراجعة للأمر بالشراء، يمكن أن يشترط البنك أو المؤسسة المالية، قبل شراءه للسلعة التي عينها الأمر بالشراء، إمضاء هذا الأخير على تعهد شراء أحادي الطرف للسلعة المعنية.

يجب أن يتضمن التعهد بالشراء أحادي الطرف، خصائص السلعة، سعر الاقتناء، كيفيات وأجال تسليمها"

وهذا التعهد يعد ضماناً للبنك أو المؤسسة المالية وهو بمثابة توكيل منه للأمر بالشراء حتى يتمكن من استحواذ على السلعة محل العقد المراجعة.

ويشترط في هذه الوكالة كمبدأ عام أيضاً أن يقوم البنك أو المؤسسة المالية بدفع ثمن المبيع مباشرة إلى البائع، ولا يجوز دفعه للعميل الأمر بالشراء ولو في حالة توكيله دفعا للشبهات، حيث لا يجوز دفع النقود للعميل الأمر بالشراء ليقوم بشراء البضاعة التي يردها لنفسه عن طريق المراجعة، بل لا بد من أن يقوم البنك أو المؤسسة المالية بذلك في جميع الأحوال حتى في حالة توكيله العميل بإبرام عقد الشراء نيابة عنه. يقوم البنك أو المؤسسة المالية بدفع ثمن المبيع للمورد أو التاجر البائع أو مالك المبيع مباشرة مع المبالغ المضافة الزائدة مثل الشحن والرسوم الجمركية وغيرها، ولا يمكن بأي حالة من الأحوال أن يقوم البنك أو المؤسسة المالية بدفع المبالغ (التمن مع المصاريف الإضافية) للعميل أو إيداع هذه المبالغ في حساب الجاري للعميل أو غيره من الحسابات على أن يقوم هذا العميل بالسحب من الحساب ليسدد ثمن المبيع للتاجر أو مالك المبيع لأن ذلك يجعل المعاملة تمويل بفائدة وبعيدة عن أسلوب بيع المراجعة المشروع.²

ثانياً: طرق انتقال ملكة المبيع إلى البنك أو المؤسسة المالية

ينبغي على التاجر البائع أو مالك المبيع أن ينقل حق الملكية للبنك أو المؤسسة المالية كما تفق عليه بكل عناصره ومقوماته³ حسب القواعد العامة المطبقة في عقد البيع.

¹ -التعليم 03-2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سبق ذكره.

² - عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمراجعة، مرجع سبق ذكره، ص 159.

³ -مينة حوجو، مرجع سبق ذكره، ص 67.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد البيع لا ينقل حق الملكية إلا في حالة بيع المنقول المعين بالذات وإنما ينشأ في ذمة البائع التزاما بنقل حق الملكية للمبيع عندئذ يكون البائع ملزماً بتنفيذ التزامه فور إبرام العقد بحكم القانون وهو ما تنص عليه المادة 165 من القانون 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري¹: "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"

ومن خلال المادة نلاحظ أن طرق تنفيذ الالتزام بنقل حق الملكية في المنقول تختلف عنه في العقار. كما أن نقل الملكية من قبل البائع أو المورد مرتبط بدفع الثمن من قبل المشتري المتمثل في البنك أو المؤسسة المالية. وبالتالي لا تنتقل الملكية إلا إذا دفع الثمن. وسوف نتطرق إلى نقل الملكية للسلعة في حالة كونها منقول ونقل الملكية في حال كونها عقاراً.

1- نقل ملكية السلعة في حال كونها منقول:

في هذه الحالة فإن البنك أو المؤسسة المالية عند تطابق مواصفات السلعة مع التي تم الاتفاق عليها مع الزبون أو الأمر بالشراء يقوم بدفع ثمنها للمورد أو البائع وتملكها مباشرة باعتبارها من المنقولات سواء بنقلها إلى مخازنه أو استلامها استلاماً قانونياً وبالرغم من أن المنقولات صنفها المشرع الجزائري إلى منقول معين بالذات² و أخرى معينة بالنوع³، حيث نلاحظ أن عقود المراجعة تنصب كثير على المنقولات المعينة بالذات وهذا يعود إلى أن الزبون أو الأمر بالشراء يحدد مواصفات السلعة ابتداء في الوعد بالبيع الذي يسبق المراجعة أو من خلال الفاتورة التي يقدمها في طلبه، وبالتالي يكون تحديد السلعة معين بالذات خاصة في حالات شراء السيارات أو البواخر أو الآلات الميكانيكية الضخمة، إلا أنه توجد حالات تمت بها المراجعة على سلع معينة بالنوع بكميات ضخمة وفي صفقات كبيرة مثل شراء بالمراجعة للسلع كالأقمشة والألبسة أو السلعة الغذائية كمختلف الحبوب مثل قمح والشعير...الخ.

أ-سلع المعينة بالذات:

¹ -المادة 165 من القانون 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري

² -السلع المعينة بالذات هي المنقول أو الشيء القائم بذاته حيث يكون محدد العناصر والمقومات والخصائص بحيث يمكن تمييزه عن غيره كالسيارة والباخرة...الخ. أنظر: يمينه حوحو، مرجع سبق ذكره، ص100

³ -السلع المعينة بالنوع هي الأشياء التي تقوم بعضها مقام بعض وهي التي تقدر بالزبون والعد، وبالكيل، وبالقياس ولا تنتقل الملكية في هذه الأشياء إلا بفرزها حسب نص المادة 166 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري: "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء" أي أن نقل الملكية في المنقول المعين بالنوع لا يتم إلا من خلال فرزها عن باقي المنقولات الأخرى. والفرز هو عزل المبيع عن باقي المنقولات الأخرى حتى تتحدد ذاتيته بحيث يتميز عن غيره من الأشياء التي هي من نفس النوع. أنظر: يمينه حوحو، مرجع سبق ذكره، ص102

حتى تنتقل ملكية السلعة في المنقول المعين بالذات يجب أن تتوفر فيه شروط معينة وهي¹:

أ-1- قيام الشيء بذاته:

لا يمكن أن يكتسب العميل سواء كان الزبون أو الأمر بالشراء حقا عينيا على شيئا معيناً إلا إذا كان معين بالذات حيث أن الحق العيني وهو سلطة بمشارة على الشيء لا يتم إلا إذا تحدد الشيء بذاته، ويترتب على ذلك أن العميل يصبح مالكا للمنقول الذي وقع عليه الخيار من وقت التعاقد لا من وقت استعمال الخيار ما دام أن ذلك المنقول كان معيناً بالذات وقت التعاقد.

أ-2- ملكية البنك أو المؤسسة المالية (البائع) للمبيع

من استقراء نص المادة 165 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري: "إذا كان محل الإلتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم"، فالملتزم الذي هو البنك أو المؤسسة المالية (البائع) يجب أن يكون مالكا للشيء محل الإلتزام لأنه لا يمكن إلزام غير المالك بنقل حق الملكية إذا كان البائع غير مالك للمبيع، حيث يستحيل نقل الملكية إلى العميل المشتري، أن فاقد الشيء لا يعطيه، ورغم اعتبار بيع ملك الغير في التشريع الجزائري صحيح إلا أنه سيتعذر نقل الملكية الشيء إلى العميل الزبون أو الأمر بالشراء، وهنا يكون عقد قابل للإبطال لصالحه.

ب- سلع معينة بالفرز:

جاء في نص المادة 166 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري: "إذا ورد الإلتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء"، يستخلص من المادة أن نقل الملكية في المنقول المعين بالنوع لا يتم إلا من خلال فرزه عن باقي المنقولات الأخرى. والفرز هو عزل المبيع عن باقي المنقولات الأخرى حتى يتحدد ذاتيته بحيث يتميز عن غيره من الأشياء التي هي من نفس النوع، وهو بذلك عملية يترتب من خلالها تعيين الشيء بذاته بعد أن كان معيناً بالنوع، ويشترط في الفرز ما يلي²:

- يجب تحديد المبيع تحديدا ذاتيا سواء بالوزن أو الكيل أو القياس أو العد ووضعه جانب أو وضع علامة عليه تجعله متميزا عن باقي المقادير.
- يجب أن تتم عملية الفرز في المكان الذي تم الاتفاق عليه، وإذا لم يوجد اتفاق على تحديد المكان فيكون عندئذ في مكان التسليم، لأن عملية الفرز هي تهيئة المبيع من أجل تسليمه للمشتري.
- يجب أن تتم العملية في الوقت المتفق عليه، فإن لم يوجد اتفاق، يكون الفرز واجبا وقت التسليم باعتبار أن هذا هو الوضع لغالب.

2- نقل الملكية في حال كون المبيع عقارا:

¹ - يمينه حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 100، 101.

² - يمينه حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 102.

عندما يكون عقد المراجعة منصب على عقار أو على حق عقاري بمفهوم أوسع، فإن نقل ملكية هذا العقار تخضع للإجراءات خاصة يقوم بها البنك أو المؤسسة المالية بصفته مشتري حتى يدخل هذا العقار في ملكيته أولاً وذلك بعد تعيينه من طرف العميل الأمر بالشراء ووصفه وصفا دقيقا وتحديد مالكه الأصلي أي البائع¹، ولإتمام تحقق شرط ملكية البنك أو المؤسسة المالية للمبيع قبل بيعه مرابحة للعميل ولكي يتم الشراء الأول فإنه يستلزم أن يتسلم البنك أو المؤسسة المالية المبيع، لكن هذا الاستلام لا يشترط أن يكون بالحيازة الحقيقية للمبيع من قبل البنك، إذ يمكن أن تكون الحيازة حكومية عن طريق الوثائق والمستندات المثبتة للملكية فقط، وهذا ما ينطبق على العقارات التي يتم فيها الاستلام عن طريق الكتابة والتسجيل لدى مصلحة التسجيل والشهر العقاري².

الفرع الثالث: إلزام تسليم المبيع للعميل

تعد عملية التسليم من العمليات المهمة في عقود البيع ككل، والإلتزام بالتسليم يتضمن قيام البنك أو المؤسسة المالية بمجموعة من التصرفات تهدف إلى وضع المبيع تحت تصرف العميل الأمر بالشراء وفق صورة من الصور التي حدد القانون وحسب ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين ووفق ما تقتضيه طبيعة المبيع وما جرى العرف عليه، وسوف نعرض مفهوم التسليم وبعض الصور القانونية له.

أولاً: مفهوم التسليم:

لقد عرف المشرع الإلتزام بالتسليم في المادة 367 من القانون رقم 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري³: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك..." ونفس الحكم أخذ به المشرع المصري⁴ وذلك من خلال المادة 435 من التقنين المدني المصري⁵.

كما نلاحظ أن كلا المشرعين الجزائري والمصري باستحدثهما لعبارة "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري" يكونا قد تفاد أوجه النقد الموجهة للتعريف الوارد في التقنين المدني الفرنسي⁶.

¹ -انظر من هذه المذكرة: الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الأول: أركان عقد المراجعة، المطلب الخامس الشكلية، الفرع الثاني: ضرورة إخضاع المراجعة للشهر العقاري، ص 140.

² - نجم أهتوت، مرجع سبق ذكره، ص 212

³ أنظر: المادة 367 من القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

⁴ -سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة عقد البيع، عالم الكتاب، ط4، القاهرة، 1980، ص 340 .

⁵ -المادة 435 من القانون المدني المصري: يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلم بذلك" قانون مدني مصري

⁶ -حيث عرف التقنين المدني الفرنسي الإلتزام بالتسليم من خلال نص المادة 1604، بأنه نقل الشيء المبيع إلى سلطة وحيازة المشتري "

Art 1604 « La délivrance est le transfert de la chose vendu en la puissance et la possession de l'acheteur»=

وعليه يكون التسليم تاما سواء في التقنين المدني الجزائري أو التقنين المدني المصري مادام البائع قد وضع المبيع تحت تصرف المشتري، ولو لم يضع المبيع بصفة فعلية، أي ولو لم يستولي عليه استيلاء ماديا. إذ أن التسليم عموما هو دفع للشيء المبيع إلى المشتري، ووضعه تحت تصرفه أي تمكنه من السيطرة عليه والانتفاع به ذلك أن السليم يقتضي اشتراكا من البائع والمشتري، ومادام الأمر كذلك وجب أن يحمي المشرع البائع إذا ما رفض المشتري القيام بالاستلام لسبب ما.¹

ومن ثم فإن الأمر يحتاج إلى مفهوم وضع اليد على المبيع من طرف المشتري كمفهوم نظري كلاسيكي بحث وإن كان القانون والفقه لا يشترطان ذلك ماديا في كل الأحوال.² ويتحقق تسليم الشيء عادة وفقا للطريقة المتفق عليها في عقد البيع، علما أن أحكام المادة 367 من القانون رقم 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري هي ذاتها مكملة وأن التسليم لا يقتصر أيضا على صورة محددة، بل تتعدد صورها بتعدد طبيعة الأشياء، فتسليم شيء مثلي يختلف عن تسليم الشيء المعين بالذات، كما يختلف تسليم العقار عن تسليم المنقول..³

ثانيا: عناصر الإلتزام بالتسليم:

ينشأ على الإلتزام بالتسليم حسب القواعد العامة عنصرين نصت عليهما المادة 367 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري⁴، وتمكينه من المبيع وإعلامه أن المبيع تحت تصرفه، حيث بتوفرها يكون البنك أو المؤسسة المالية قد نفذ التزامه حتى ولو لم يكون العميل قد حاز على المبيع ماديا أو فعليا.

1- وضع المبيع تحت تصرف العميل بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق:

يجب على البنك أو المؤسسة المالية أن يضع المبيع تحت تصرف العميل الأمر بالشراء أو الزبون حتى ولو لم يضع العميل يده ماديا على المبيع⁵، أي يجب على البنك أو المؤسسة المالية أن يقوم

= وهذا التعريف التشريعي للتسليم منتقد من جانب الفقهاء الفرنسي. قد أخلط بين التسليم كأثر لعقد البيع، وبين التسليم الناقل للملكية كما كان الشأن في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، والحقيقة أن الإلتزام بالتسليم مستقل عن انتقال الملكية، ويكون في غالب الأحيان لاحق عليه، ذلك أن الملكية تنتقل بحسب الأصل بمجرد التراضي وإن كان من الممكن أن يكون التسليم سابقا عن انتقال الملكية كما هو الحال في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، أنظر: أمازن لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جزائر، 2011، ص 17

¹ - أمازن لطيفة، مرجع سبق ذكره، ص ص 17-18.

² - يخلف نسيم، مرجع سبق ذكره، ص 185.

³ - علي فيلاي، العقود الخاصة بالبيع، مرجع سبق ذكره، ص ص 198-199.

⁴ - المادة 367 فقرة 1 من القانون رقم 07-05، التضمن قانون المدني الجزائري " تم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه.."

⁵ - سيمينة حوحو، مرجع سبق ذكره، ص 132.

بالأعمال الضرورية التي تجعل المبيع تحت سيطرة وتصرف العميل الأمر بالشراء حتى يتمكن من الانتفاع به كمالك له. وبالمقابل على العميل استلام المبيع. لذلك إذا لم يتم بتسلمه فلا يكون البنك أو المؤسسة المالية قد أخل بالتزامه وإنما يعد هذا الإلتزام قد نفذ من قبله، كذلك يعد حماية للبنك أو المؤسسة المالية الذي يضع المبيع في حيازته المادية لمدة طويلة رغم تنفيذه لالتزامه بالتسليم مع تعنت العميل الأمر بالشراء أو الزبون في تسلم المبيع خصوصا إذا كان المبيع ذو طبيعة خاصة يحتاج إلى مصروفات للمحافظة عليه أو أن يكون سريع العطب.

2- إعلام البنك أو المؤسسة المالية للعميل بأن المبيع وضع تحت تصرفه

يجب إعلام العميل بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه ويكون الإخطار أو الإعلام بجميع الوسائل¹ حيث يشترط أن علم الأمر بالشراء بأن المبيع قد أصبح تحت تصرفه كان ناتجا عن إخطار البنك أو المؤسسة المالية له².

إن إخطار العميل الأمر بالشراء بوضع المبيع تحت تصرفه، وكون أن الوضع تحت التصرف هو فعل مادي يتضمن تمكين العميل المشتري منه من جهة ومن جهة أخرى عدم التعرض للعميل في الاستيلاء على المبيع أو مزاحمته في الحيازة أو الانتفاع به سواء منه هو مباشرة أو من طرف عملاء آخرين بالرغم من انتقال الملكية فلا يكون للوضع تحت التصرف أي أثر إذا لم يصل إلى علم العميل المشتري ذلك، ومنه يقع كإلتزام على عاتق البنك أو المؤسسة المالية البائع بأن يخطر العميل بالوضع تحت التصرف وفق أية وسيلة تفيد ذلك كون أن المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري لم يشترط سوى إخبار العميل بذلك³

كما لا يقع شرط الإخطار إذا علم العميل بوسائله الخاصة بوضع المبيع تحت تصرفه من طرف البنك أو المؤسسة المالية، بل يجب أن يتم إخباره من طرف البنك أو المؤسسة المالية، كون أن الأمر متعلق بالإلتزام على عاتقه كما جاء في نص المادة 367 من القانون رقم 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

ثالثا: طرق التسليم:

ومن خلال المادة 367 من القانون رقم 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري يتضح لنا أن المشرع لم يحدد طرق خاصة بالتسليم وإنما وضع قاعدة عامة يقتضي بوضع المبيع تحت تصرف العميل المشتري، ومن خلال نفس المادة يتضح لنا نوعين من التسليم وهما التسليم القانوني والتسليم الحكمي.

¹ - لم يشترط القانون شكل خاص لإخطار العميل الأمر بالشراء فقد يكون الإخطار شفويا مباشرة له أو عن طريق الهاتف أو كتابيا بواسطة رسالة عادية أو الكترونية أو بواسطة رسول أو محضر قضائي، أو حسب ما جاء في عقد المراجعة.

² - يمينه حوحو، مرجع سبق ذكره، ص 133.

³ - يخلف نسيم، مرجع سبق ذكره، ص 187

يتم التسليم القانوني عن طريق توافر شروط المادة 367 السابقة الذكر، من وضع المبيع تحت تصرف العميل المشتري، وكذا إجبار البنك أو المؤسسة المالية البائع للعميل المشتري بأن المبيع قد تم وضعه تحت تصرفه، وبتوفير هذا الشرطين يكون بذلك قد تم التسليم على الوجه الذي اشترطه القانون ومنه جاءت تسمية التسليم القانوني، وهذا التسليم لا يشترط مسألة وضع اليد على المبيع وحيازته بل يكفي لقيامه تحقيق الشرطين لا غير وعندها لا يحق للعميل المشتري التذرع أو الادعاء بعدم قيام التسليم لعدم الحيازة المادية للمبيع، ولكون أن التسليم القانوني لا يشترط الحيازة المادية فإن المسألة تقتضي التطرق لبعض الحالات فيما يلي¹:

- في حالة احتساب مدة التقادم بسنة في الدعوى الناشئة في النقص والزيادة في الشيء المبيع طبقا للمادة 366 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري، العبرة ستكون في الحيازة المادية والتسليم الفعلي وحدة لا القانوني.

- في حالة تسليم السند المقدم عن بضاعة مودعة بالمخزن معهود بها إلى أمين النقل يقوم مقام تسليم البضاعة ذاتها حسب المادة 2/813 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري، إلا أنه إذا تسلم شخص السند وتسلم شخص آخر البضاعة وكليهما كانا على حسن نية فإن الأفضلية تكون للذي تسلم البضاعة أي التسليم الفعلي وليس القانوني.

- في حالة البيع بالعينة مع وجود شرط الفسخ في حالة عدم مطابقة البيع للعينة، العبرة تكون بوقوع التسليم الفعلي لا القانوني

أما التسليم الحكمي يتم بمجرد تراضي المتعاقدين على المبيع ويكون ذلك بالاتفاق على تغيير صفة الحيازة لأن المشتري يكون حائزا للمبيع من قبل بموجب حق آخر غير البيع. يقوم التسليم الحكمي مقام التسليم القانوني وهو ما يتضح من نص المادة 2/367 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري التي ورد فيها ما يلي: "وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية". لكن يتميز التسليم الحكمي عن التسليم الفعلي في أنه يتم بتراضي بين البائع والمشتري يكون ناتجا عن تصرف قانوني آخر يجعل التسليم قائم ولا يكون البائع عندئذ ملزم بالقيام بعمل مادي.²

بالرجوع إلى مختلف عقود المراجعة والتي نلاحظ أن التسليم القانوني الفعلي ينطبق عليها، خاصة في حالة كون العميل الأمر بالشراء قد حدد وصف دقيق للمبيع فيجب مطابقته في هذه الحالة ومخالفة التطابق تؤدي إلى فسخ العقد.

¹ - يخلف نسيم، مرجع سبق ذكره، ص 188

² - يمينة حوحو، مرجع سبق ذكره، ص 135

وبالتسليم تنتقل ملكية المبيع إلى العميل الأمر بالشراء أو الزبون فور بعد إبرام عقد المراجعة في حال كونه معين بالذات، فيكون له حق التصرف فيه والانتفاع به والحق في ثماره ولو لم يتسلم المبيع وهذا ما نصت عليه المادة 389 من القانون رقم 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري: "يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع..."

وحسب المادة 8 من التعلية 03-2020 فإنه يجب أن يتم الانتقال الفوري لملكة السلعة من البنك أو المؤسسة المالية إلى الزبون مهما كانت كيفية الدفع المتفق عليها. كما أن البنوك والمؤسسات المالية اعتمدت خلال تسليم المبيع سواء كان عقار أو منقول بإعداد محضر استلام أو أمر بالتسليم¹ يتم التطرق فيه إلى تاريخ استلام المبيع ومكان والأطراف الدين قاموا بهذه المهمة سواء من العميل الأمر بالشراء أو وكيله مع وكيل البنك أو المؤسسة المالية وبالتوقيع على هذا الأمر تكون عملية الاستلام قد تمت.

رابعاً: أشكال التسليم:

رغم انتقال ملكية المبيع إلى الزبون أو العميل الأمر بالشراء لا يصبح قادراً على الانتفاع بها إلا بعد عملية التسليم.

وليس للتسليم صورة معينة لاختلاف الأشياء في كيفية وضع اليد عليها. والمعنى العام الجامع لكل صورة هو أن يصبح العميل المشتري متمكناً من المبيع بناء على تخلي البنك أو المؤسسة المالية له عنه، وإذنه له باستلامه. وعن هذا كان المقرر فقها أن التسليم تختلف كميته باختلاف المبيع فيكون في كل شيء بحسب طبيعته وما يمكن فيه. ولا يشترط لتمامه أن يمسك العميل المشتري المبيع بيده فعلاً أو ينقله من مكانه، ولو كان من المنقولات².

حيث أن طبيعة الشيء المبيع تبين لنا طريق تسليمه بمعنى إن كان المبيع عقاراً أو منقولاً فهذه العلامة تختلف باختلاف طبيعة المبيع وفق أشكال التسليم تبعاً لنوع المبيع فإما أن يكون عقاراً أو منقولاً.

1- في حالة كون المبيع عقاراً:

إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقاراً معيناً بالذات ومملوكاً للمدين كأرض أو دار محددة، فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشؤه، بل يجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية كالملكية³.

¹ - أنظر الملحق رقم 03 (محضر استلام - مصرف السلام)

² - مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة في الفقهاء الإسلامي - عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، سوريا،

1433هـ=2012م، ص115

³ - عبد الرزاق السنهوري، الإثبات - آثار الالتزام، نفس المرجع السابق، ص 771، 772

كما يتم التسليم بتقديم سندات الملكية والمفاتيح عند الاقتضاء إذا كان في يد وكيل البنك أو المؤسسة المالية، أما إذا كان في يد الغير فيكفي تسليم سند الملكية أنه يسمح للعميل الأمر بالشراء الحصول على المفاتيح من ذلك الغير.¹

بعد تملك البنك أو المؤسسة المالية للعقار تتم إجراءات بيع المراجعة حسب مراحل والإجراءات التي يتبعها البنك أو المؤسسة المالية، فيتم تسليم المستندات والمفاتيح العقار للعميل الأمر بالشراء لاستغلال العقار مباشرة، إلا أن ملكية العقار لا تنتقل حتى يستوفي العميل الأمر بالشراء لكل أقساط المبلغ المتفق عليها في العقد وعند دفع آخر قسط، وتتمثل عملية التنازل على العقار من البنك أو المؤسسة المالية للعميل الأمر بالشراء بنفس الطريقة السابقة، وذلك بالكتابة والشهر وتسجيل لدى المحافظة العقارية.

وبالرغم من الظاهر بأن العملية تتم بطريقة سهلة إلا أن هناك عقبات ومخاطر تتخللها لطول إجراءاتها، حيث يطرح سؤالاً جوهرياً يتعلق بالشخص الملزم بضمان المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها العقار خلال المرحلة الفاصلة بين تملك البنك أو المؤسسة المالية للعقار، وبيعه مراجعة للأمر بالشراء، إذ قد تظهر خلال هذه المرحلة عيوب بالعقار تمنع الانتفاع به.² ويقتضي التسليم أيضاً خلو العقار وإخلائه، كذلك الأمر إذا كان المبيع أرض، بحيث يصبح بمقدور العميل وضع يده عليها والاستفاد بها دون أي عائق..

2- في حالة كون المبيع منقول:

فإذا كان الشيء الذي يقع عليه الإلتزام منقولاً وكان عينا معينة مملوكة للمدين، كسيارة معينة بذات أو مجوهرات، فإن الإلتزام بنقل حق عيني على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه. ويتم التسليم بالمناولة أي التسليم المادي، أو بتوفير وسيلة الدخول إلى مكان تواجد المبيع بسهولة ودون عسر، أما إذا كان المنقول غير معين بالذات فإن تسليمه يتم عن طريق إفراز المبيع بحضور وكيل البنك أو المؤسسة المالية ودعوة العميل الأمر بالشراء لتسلمه.

وقد يتم التسليم بواسطة وضع علامات أو رموز على المبيع لتحديد عن باقي السلع، كما هو الحال بالنسبة للحيوانات والأشجار، أو بتسليم السند الممثل للسلعة والقابل للانتقال بواسطة التطهير مثل ما هو الحال بالنسبة للبيوع المراجعة الخارجية التي تستوجب فيها النقل البحري للمبيع.³ حيث نصت الفقرة

¹ -لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سبق ذكره، ص 329.

² - نجم أهتوت، مرجع سبق ذكره، ص 212

³ -أنظر: لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سبق ذكره، ص 330.

الأولى للمادة 813 قانون مدني جزائري¹: "تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهودة بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها"

وفي حالة لم يتفق المتعاقدان على صورة محددة يتم تسليم الشيء بوضع المبيع تحت تصرف العميل المشتري (الزبون أو الأمر بالشراء)، وذلك بحسب صفات المبيع، فمثلا من خلال الفرز إذا كان من المثليات، أو من خلال تسليم مفاتيح السيارة، أو مفاتيح المحل الموجودة فيه المبيع، أو وضع علامة مميزة على الشاة المبيعة داخل سوق المواشي، أو تسليم سند الشحن في حالة بيع سلع موجودة على ظهر الباخرة...الخ²

الغاية أو الفائدة من التسليم هو أولا تنفيذ البائع (البنك أو المؤسسة المالية) لالتزامه فتبرأ ذمته، ثم انقضاء الإلتزام بالمحافظة على المبيع، فتنتقل تعبة هلاك المبيع التي كانت على عاتقه لتصبح على عاتق المشتري (الزبون أو الأمر بالشراء) عملا بالمادة 369 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري.

وقد نصت المادة 167 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري "الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم" وعليه فإن نقل البنك ملكية المبيع إلى الزبون أو العميل الأمر بالشراء لا يكفي بل لا بد من تسليمه إياه بشكل يسمح له بالحيازة عليه والانتفاع به دون عوائق تمنعه، ودون اعتراض من الغير، ويجب أن يكون التسليم للمبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وهذا يعني أن البنك أو المؤسسة المالية يجب أن تحافظ على المبيع حتى تسليمه للعميل وإلا فإن تعبة الهلاك ترد عليهما.

خامسا زمان ومكان التسليم

يختلف زمان ومكان التسليم في عقد المراجعة حسب نوع المراجعة أن كانت داخلية أو خارجية، ففي المراجعة الداخلية تنص المادة 281 فقرة 1 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين. ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك" هذا يعني أنه في حالة غياب اتفاق بين الطرفين على تحديد ميعاد خاص لتسليم شيء المبيع، يجب تسليمه فور انعقاد العقد حتى ولو لم يتم المشتري بدفع الثمن كما هو الحال في البيع المؤجل لكن يستطيع البائع رفض التسليم بسبب عدم دفع الثمن إذا كان موجب الدفع حالا، إذ في هذه الحالة يستطيع البائع حبس المبيع لديه على أساس القواعد العامة³. كما نصت عليه المادة 200 من القانون رقم 07-

¹ - المادة 213 من القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

² - على فيلالي، العقود الخاصة-البيع، مرجع سبق ذكره، ص 199

³ - ميمية حوجو، مرجع سبق ذكره، ص 136

05 المتضمن القانون المدني الجزائري: "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام وترتب عليه ولع علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين".

وحسب المادة 08 من التعليم رقم 03-2020¹ "بموجب عقد المراجعة يتم الانتقال الفوري لملكية السلعة من البنك أو المؤسسة المالية إلى الزبون، مهما كانت كيفيات الدفع المتفق عليها" حيث اشترط المشرع في هذه المادة على البنك أو المؤسسة المالية بتقديم السلعة المباعة مباشرة للعميل بعد إتمام الإجراءات وقبل بداية دفع الأقساط. وهذا راجع لخصوصية عقد المراجعة، حيث يعد التسليم الفوري خاصية تميز عقد المراجعة عن بعض العقود البيع المشابهة له.

أما بالنسبة لمكان التسليم لم ينص المشرع الجزائري على مكان خاص لتسليم المبيع بل تركه للحرية المتعاقدان أو للقواعد العامة، حيث نصت المادة 282 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان محل التزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في الماكن الذي يوجد فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك"

وهو كذلك جاء واضح في المادة 394 من القانون رقم 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري حيث بينت أنه في حالت لم يحدد ماكن أو زمان التسليم فللأطراف حرية الكاملة في تحديد مكان وزمان تسليم المبيع، فلهما أن يتفقا على ذلك، وإذا لم يتطرق الاتفاق لهذه المسألة يجب الرجوع أولاً إلى العرف، وإذا لم يوجد عرف يحتكم الطرفان إلى أحكام النص، فيكون التسليم في المكان الذي يوجد به المبيع وعلى الفور، أو على أكثر تقدر خلال المدة التي يستغرقها عملية التسليم².

وقد يقضى الاتفاق أو العرف على خلاف المادة 394 مدني في حالة اتفاق الطرفين على أن ينقل المبيع إلى موطن المشتري أو مكان وجود مستودعه أو مؤسسته، أو أن يودع المبيع عند شخص ثالث، أو بأن ينقل المبيع إلى محطة السك الحديدية أو الميناء أو المطار... الخ³.

وهو ما تعمل به بعض البنوك الجزائرية عند بيع السيارات بالمراجعة فإن الاستلام يكون في مستودعات خاصة بها في العاصمة.

كما قد يتفق الطرفان على تحدد زمان آخر لتسلم المبيع غير زمان التسليم، وبالتالي يبقى البائع (البنك أو المؤسسة المالية) ملتزم بالمحافظة على المبيع لغاية حلول أجل التسليم، ويقع على العميل عبء إثبات تأجيل التسليم، وكذا مكان تسليم المبيع، لأن الأصل في الالتزام أنه مطلوب وليس محمول، والادعاء على خلاف ذلك يستوجب الإثبات.

¹ - التعليم 03-2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

² - على فيلالي، العقود الخاصة - البيع، مرجع سبق ذكره، ص 220

³ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 536

أما في حالة المراجعة الخارجية والتي يقوم البنك أو المؤسسة المالية من خلالها بشراء السلع أو البضائع من الخارج ففي هذه حالة نلاحظ تجتمع في البنك أو المؤسسة المالية ثلاث صفات من خلال نظام الاعتمادات المستندية في التجارة الدولية والتعامل بأسلوب البيع بالمراجعة للأمر بالشراء وهذه الصفات هي:

1- ففتح الاعتماد المستندي.

2- المشتري للبضاعة والمالك لها.

3- البائع للبضاعة للأمر بالشراء أو طالب الشراء مراجعة.

وعلى أساس هذه الصفات الثلاثة تطبق القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية، ومن هذا المنطلق

تكون مجموعة القواعد والعادات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية محل اعتبار بشرط عدم مخالفة أحكام الشرع الإسلامي، كذلك نصوص نشرة غرفة التجارة الدولية رقم 350 لسنة 1980م

وعليه فمكان التسليم في المراجعة الخارجية يتعلق به بعض الأحكام التي تتضمنها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم (350) لسنة 1980م ومن ثم تكون واجبة لمن يلتزم بها وذلك على النحو التالي¹:

1- تسليم البضاعة في مكان منشئها (إنتاجها): وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع (البنك أو المؤسسة المالية و) (العميل) المشتري والتي نصت عليها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم (350) لسنة 1980، وعلى وجه الدقة والتفصيل قطعاً للنزاع وحسماً لأي خلاف قد يثار، حيث يلتزم البائع (البنك أو المؤسسة المالية) بوضع البضاعة تحت تصرف العميل المشتري في الموعد والمكان المحددين بشروط العقد، وإخطاره بذلك في وقت مناسب، كذلك يلتزم بتحمل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر منذ وضع البضاعة تحت تصرفه.

2- التسليم على رصيف ميناء البائع (Free along side (C.A.F.): على هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشتري، حيث يلتزم البائع (البنك) بتوريد البضاعة مطابقة لشروط العقد، وتسليمها في المكان والزمان المحددين على رصيف التحميل بميناء الشحن وإخطار المشتري بدون إبطاء بذلك. ويلتزم المشتري بتحمل كافة المسئوليات والأخطار والمصاريف من تاريخ وضع البضاعة تحت تصرفه بجوار الباخرة.

3- التسليم على ظهر الباخرة (Free On Board):

4- التسليم في ميناء المشتري (Coast and Freight (C.I.F): وتحت هذا الشرط تتحدد التزامات كل من البائع والمشتري أيضاً.

¹ - الواثق عطا المنان محمد أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 42، 43

سادسا: نفقات التسليم:

من القواعد العامة نجد أن الأصل في إلزام التسليم يقع على عاتق البائع، وهو ما قصت به المادة 367 من الأمر 05-07 المتضمن القانون المدني، بأن يضع المبيع تحت تصرف المشتري مع إخباره بذلك وفق أية طريقة تفيد ذلك ومن ثم فإن أية تكاليف أو نفقات يتكبدها البائع للوفاء بهذا الإلتزام فإنها ستكون على عاتقه لأنه هو المدين بالإلتزام بالتسليم وهذا الأمر حددته القواعد العامة في نص المادة 283 من الأمر 05-07 المتضمن القانون المدني، مع منح الأولوية للاتفاق إن وجد حتى ولو كان مخالف لأحكام هذه المادة أو كان هناك نص قانوني ينظم مسألة محددة بشكل خاص.¹

أي أن البائع هو المدين بالتسليم هو الذي يتحمل نفقاته ويدخل في هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع لا يفرز إلا بأحد هذه الطرق. كذلك دفع الرسوم الجمركية إذا كانت البضاعة مستوردة، كل هذا ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشتري لا على البائع.

وكذلك الحل بالنسبة للعقار فإن تكليف الموثق الذي يقوم بعملية شهر العقار تقع على المشتري (الزبون). وطبقا للمقتضيات المادة 367 و283 من القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري، فإن نفقات التسليم تقع على من يعينه المشرع فالمادة 395 من نفس القانون، التي تنص على أن: "أن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

أحكام هذه المادة تكون قابلة للتنفيذ في حالة سكوت الطرفين على الاشتراط فيها بنصوص خاصة ومخالف في العقد، أما في حالة وجود اتفاق على عكس ما سبق ذكره فإن الأولوية ستكون للاتفاق إن وجد حتى ولو كان مخالف للأحكام المادة 395 من الأمر (سابق الذكر)، أو كان هناك نص قانوني ينظم مسألة محددة الشكل خاص مالم يكن النص في شكل القاعدة الآمرة، وقد يتضمن الاتفاق على تحمل البنك أو المؤسسة المالية (البائع) لمصاريف التسليم مع تحديدها، وأثناء القيام بالتسليم تظهر مصاريف إضافية لم تكن محل تحديد وجرى في الاتفاق، فهنا يحق للبنك أو المؤسسة المالية (البائع) التملص منها كونها غير متضمنة في العقد استنادا لحرفية الاتفاق، ويرجع القاضي تفسير هذا الأمر في حالة النزاع.²

وكذلك بالنسبة لقواعد العرف قد تسقط في مسألة تطبيقها لهذا النص في حالة ما إذا تمسك العميل (المشتري) بما جرى به التعامل، وكانت القاعدة العرفية هنا تقضي يتحمل البائع لنفقات التفريغ وإعادة الشحن للشيء المبيع مثلا، فهنا تكون الأولوية للعرف وليس لأحكام المادة 395 السابق، ويقع عبئ إثبات وجود هذه القاعدة العرفية على عاتق الطرف المتمسك بها.

¹ - يخلف نسيم، مرجع سبق ذكره، ص 206

² - المرجع نفسه، ص 333

وعليه ومن الواقع نلاحظ أن جل البنوك والمؤسسات المالية تضع بنود وشروط لتحويل نفقات التسليم على العميل (المشتري) قصد وضع يده على المبيع وحيازته، كمصاريف نقل المبيع من مكان تواجده إلى موطن العميل أو نقله إلى الميناء أو المطار قصد شحنه، وكذا مصاريف الحمالين والتعبئة المبيع، أو تصفيفه على الباكسة أو الشاحنة، وكذا نفقات التوثيق في حال كون المبيع عقار.... الخ. وبما أن العميل ملزم بتسليم المبيع فإن نفقات التسليم تقع على عاتقه، بما أن الإلتزام بالتسليم هو الإلتزام رئيسي والإلتزام بتحمل نفقات التسليم هو الإلتزام فرعي فإنه يتبع الإلتزام الرئيسي¹.

وباستقراء المادة 4 من التعليمية 03-2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، نلاحظ أن المشرع عرف تكلفة الاقتناء بأنها سعر الشراء إضافة إلى التكاليف المباشرة ذات الصلة باقتناء هذه السلعة والمدفوعة للغير والتي من بينها نفقات التسليم، كمصاريف الوزن، أو الشحن، أو النقل، أو تكاليف الموثقين أو رسوم الضرائب الجمركية.... الخ.

وهي التي تدخل ضمن الثمن وبالتالي فإن هذه التكاليف تحسب على عاتق العميل.

الفرع الرابع: إلتزام البنك أو المؤسسة المالية بالضمان العيوب الخفية:

يعد ضمان العيوب الخفية من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق البنك أو المؤسسة المالية باعتباره بائعا، حيث يتحمل تبعه الرد بالعيوب الخفية، إضافة إلى اعتبار هذا الإلتزام من القواعد العامة للبيع وكذلك من شروط صحة بيع المراجعة من الناحية الشرعية، لذلك فإن المصرف سيتحمل مسؤولية مطالبته بالتعويض من قبل العميل في حالة ظهور عيوب خفية في المبيع، مع الملاحظة بجواز اشتراط البنك أو المؤسسة المالية في بيع المراجعة للأمر بالشراء براءته من جميع العيوب التي تظهر في المبيع أو من بعضها، وعند وجود مثل هذا الشرط يفضل أن يفوض البنك أو المؤسسة المالية العميل بالرجوع على التاجر للتعويض عن العيوب الثابتة للبنك أو المؤسسة المالية، أما في الحالة التي لا يشترط فيها براءته من العيوب الخفية التي قد يظهر أثرها بعد العقد فإن مسؤوليته تقتصر على ضمان هذه العيوب الخفية القديمة دون العيوب الجديدة، إضافة إلى أنه لا يجوز إلزام العميل بإبرام عقد المراجعة في الحالة التي قد تظهر فيها السلعة معيبة أو معدومة عند التعاقد².

والمشرع الجزائري توسع في نطاق ضمان العيوب الخفية فقد عزز حماية العميل المشتري في نطاق الضمن في القوانين والتشريعات الجزائرية وهذا نتيجة للتقدم الهائل الذي حصل في المجال العلمي والتكنولوجي الذي أدى إلى التطور في حقل الإنتاج، وبالتالي ظهور كم هائل من السلع والمنتجات المعقدة فنيا، والتي قد تكون في الغالب متماثلة، ويكون من الصعب على العميل المستهلك غير المتخصص العلم بدقائق وتفاصيل أمورها الفنية أو الإحاطة بكيفية استعمالها، في حين نجد في المقابل

¹ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 536

² - نداء صبري، المرجع السابق، ص 105.

طرفاً أقوى في العقد، يملأه المنتج الذي تتوفر لديه مقومات العلم الكافي بالمعلومات الجوهرية والضرورية المتصلة بالعقد المزعم إبرامه. وعليه فقد أقر المشرع الجزائري حماية أكثر فاعلية لمصلحة المستهلك، بشأن ما يقتنيه من سلع أو خدمات، تكمل الحماية التي تقررها القواعد العامة في القانون المدني وذلك من خلال اللجوء إلى وسائل قانونية خاصة؛ تجسد هذه الحماية؛ فقام بإصدار القانون رقم 98-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك¹ (الملغى) الذي يعد الركيزة الأساسية واللبنية الأولى في إقرار صرح هذه الحماية، وأصدر بعده عدة نصوص تنظيمية توضح وتكمل قواعده، منها المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بالمنتجات والخدمات²، وكذا القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش³، مدعماً إياه بمجموعة من النصوص التنظيمية من أهمها المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المتعلق بشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ⁴.

وقد عرف المشرع الجزائري ضمان العيوب الخفية في المادة 379 من القانون المدني الجزائري⁵ والتي تقابلها المادة 447- (1) من القانون المدني المصري⁶: " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده".

وباستقراء هذه المادتين نجد أن العيب المؤثر هو العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو من استعماله ومعنى ذلك أن العيب يكون مؤثراً في التشريعين الجزائري والمصري إذا أنقص من قيمة المبيع أو من درجة الانتفاع به.⁷

¹ - القانون رقم 98-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر.ج، الصادرة في 1989/02/02

² - المرسوم التنفيذي 90-226 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق 15 سبتمبر سنة 1990، يتعلق بضمانة المنتجات والخدمات، ج.ر.ج، العدد 40، الصادرة في 1990/09/15

³ - القانون رقم 09-03، يتعلق متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26 سبتمبر سنة 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع وضمان السلع حيز التنفيذ، ج.ر.ج، العدد 49، الصادرة في 2013/10/02

⁵ - المادة 379 من القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

⁶ - المادة 447- (1) من القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري، وفق لآخر تعديل صادرة في

13 أكتوبر 2021. على الرابط <https://manshurat.org/node/72413>

⁷ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سبق ذكره، ص 445.

أولاً: شروط العيب الخفي الموجب للضمان

أجمعت جل التشريعات على وجود شروط يحدد بها العيب الخفي وذلك حتى يمكن العميل من الحصول على الضمان، وقد أشارت المادة 379 من القانون المدني الجزائري إلى أنه: "يكون البائع ملزماً بالضمان... أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها. غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشاً".

وتبين لنا المادة السابقة أنه لكي يستوجب الضمان من طرف البائع يجب توفر الشروط العيب موجب للضمان والمتمثلة في أربعة شروط وهي: أن يكون مؤثراً، وأن يكون قديماً، وأن يكون خفياً، وأخيراً أن يكون غير معلوم للمشتري.

1- شرط قدم العيب في المبيع

اشتراط فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون العيب موجوداً وقت إبرام عقد البيع أو بعد ذلك ولكن قبل التسليم، حيث أنه لو حصل بعد التسليم فإن الخيار لا يثبت للمشتري¹، غير أنه لا يكفي أن يكون العيب قد وقع قبل التسليم، وإنما يجب كذلك أن يبقى ثابتاً بعده، لأن العيب إذا لحق بالشيء المبيع قبل التسليم وزال قبله يكون المشتري قد قبض الشيء المبيع سليماً من العيب فلا يكون له الخيار². وعلى هذا الأساس فإن الفقهاء قد اتفقوا على أن العيب الذي يوجد في الشيء المبيع قبل إبرام العقد يدخل في زمان ضمان البائع باعتباره عيباً قديماً، خلافاً للعيب اللاحق بالمبيع بعد قبضه من المشتري الذي يعتبر عيباً حادثاً لا يضمنه البائع لأنه لا يوجد في زمن ضمانه وإنما في زمان ضمان المشتري³.

غير أنه بالرجوع إلى التشريعات الحديثة يلاحظ أنها اختلفت في تحديد ما إذا كان البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية التي توجد في الشيء المبيع وقت تسليمه للمشتري، أو تلك التي يحتويها عند إبرام العقد⁴.

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص 559

² - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقهاء الإسلامي-دراسة مقارنة بالفقهاء الغربي، الجزء 4، نظرية السبب ونظرية البطان، سنة 1957، ص 274

³ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ = 2003م، ص 277.

⁴ - أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دار أقراء، بيروت، لبنان، 1993، ص 78.

يعتبر هذا الشرط من الشروط التي استنتجها فقهاء القانون، حيث يجب أن يكون العيب مجود في المبيع وقت تسلمه للعميل، لأن البنك أو المؤسسة المالية يلتزم بتسليم المبيع خالياً من العيوب، ذلك أن العيب محل الضمان هو ذلك العيب الذي يكون موجود وقت انعقاد العقد ويبقى في المبيع إلى حين التسليم. فلو ظهر العيب بعد انعقاد العقد بين البنك أو المؤسسة المالية مع العميل وقبل التسليم اعتبر عيباً طارئاً موجب للضمان.¹

أما العيب الذي ينشأ بعد التسليم فلا يشمل الضمان. فالعيب الخفي هو هلاك جزئي للمبيع، ولما كانت تبعة الهلاك المبيع على عاتق البنك أو المؤسسة المالية إلى غاية تسليمه، لتنتقل بعد ذلك إلى العميل، فمن الطبيعي أن يكون العيب الخفي موجود بالمبيع قبل أو وقت تسليمه. وهذا ما يصفه الفقهاء بشرط العيب القديم.²

وقد جاء القانون المدني الأردني³ بنص المادة 513 فقرة 2 على أن "يعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً في المبيع قبل البيع، أو حدث بعده، وهو في يد البائع قبل التسليم."

ومنه فإن العيب القديم الذي يكون موجوداً قبل البيع من قبل البنك (البائع)، وكان المبيع في يد هذا الأخير، أو كان العيب القديم بعد انعقاد بيع المراجعة بين العميل الأمر والبنك (البائع) لكن قبل أن يتم التسليم، فإن ضمان هذه العيوب القديمة تكون على البنك في حال أن العميل قد اكتشفها فيما بعد، كما أن المشرع الأردني أتاح للعميل الأمر في المادة 513 فقرة 1 الخيار في حال أنه قد اكتشف هذا العيب القديم، فله إن أراد رد المبيع إلى البنك (البائع) أو إن شاء قبل هذا العيب بالثمن المسمى دون المطالبة بما أنقصه العيب من الثمن، كما تجدر الإشارة إلى الحالات الأخرى التي قد يكون فيها العيب غير جسيماً في عقد بيع المراجعة، ففي هذه المرحلة يكون للعميل الأمر (المشتري) أن ينقص الثمن بناء على ما يتم تقديره من خلال أهل الخبرة، أما في حالة كان العيب القديم جسيماً بالنسبة للعميل، فله الحق في فسخ العقد سواء كان ذلك في كل المبيع أو في الجزء منه.⁴

وقد اعتد المشرع الجزائري في ضمان العيوب الخفية بالتسليم، شأنه في ذلك شأن المشرع المصري حيث أن غالبية الفقهاء المصري ترى أن قيام مسؤولية البائع بالضمان يتطلب أن يكون العيب موجوداً في المبيع وقت تسليمه للمشتري، أما إذا طرأت عيوب على المبيع في يد المشتري فإن البائع لا يضمنها، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان المبيع معيناً بالذات أو معيناً بالنوع، حيث أن العبرة في الضمان

¹ - سيمينة حوجو، عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 174.

² - علي فيلالي، العقود الخاصة بالبيع، مرجع سبق ذكره، ص 251.

³ - المادة 513/2 من قانون رقم 43 لسنة 1976، المتضمن القانون المدني الأردني، مرجع سبق ذكره.

⁴ - نداء خالد علي صبري، نفس المرجع السابق، ص 80.

بتمام التسليم¹ كما أن المبيع إذا كان معينا بالنوع فإن العيب لا يمكن أن يلحقه وقت البيع لأن ذاتيته لا تتعين إلا بالإفراز الذي غالبا ما يقع وقت التسليم، أما إذا سبقت عملية الإفراز تسليم الشيء المبيع ولم يكن به عيب خفي عند إفرازه ثم لحقه العيب في الفترة الفاصلة بين تاريخ الإفراز وتاريخ التسليم فإن البائع يلتزم بالضمان.²

ويلزم العميل المشتري بموجب المادة 380 من القانون المدني عند تسلم المبيع: "...التحقيق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول فإن لم يفعل اعتبر رضيا بالمبيع.... غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريقة الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك والا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب". وباستقراء هذه المادة يتبين أن ضمان العيوب الخفية مرتبط بعملية تحقيق المشتري من حالة المبيع متى تمكن من ذلك، مما يثير بعض الصعوبات بالنسبة لحالتي التسليم الحكمي للمبيع ورفض المشتري تسلم المبيع.³

كما وقد يثار تساؤل حول إذا كان بإمكان المشتري أن يطالب البائع بضمان العيوب التي تظهر في الشيء المبيع في الفترة الفاصلة بين تاريخ التسليم الحكمي وتاريخ تحقق التسليم الناقل للحياة في الحالة التي يتفق فيها المشتري مع البائع بموجب عقد لاحق لعقد البيع على أن يبقى البائع حائزا للشيء المبيع، فيترتب على ذلك أن تنتقل الملكية إلى المشتري مع بقاء الشيء المبيع في حيازة البائع الذي قد يحتفظ بصفة الحائز لمدة معينة تنتقل الحيازة بعد انقضائها للمشتري بصفته مالكا، فيكتشف بعد فحص الشيء المبيع أنه يحتوي على عيوب خفية لم يكشفها قبل ذلك لعدم فحصه للشيء المبيع عند اتفائه مع البائع على أن يبقى هذا الأخير حائزا⁴. فهناك من الفقهاء من يرى أن العبرة ليست بالتسليم المادي أو الحكمي بل بالتسليم الذي يخول المشتري فحص المبيع. فالعبرة بالتاريخ الذي يتمكن فيه المشتري فعلا من فحص الشيء المبيع ويستوي في ذلك أن تكون عملية الفحص تلي التسليم المادي، بينما إذا كان التسليم حكما، فالعبرة بالتسليم الذي يسمح بفحص المبيع.⁵

هو ما يحدث واقعا عند تسلم العميل وثائق لسند ملكية السيارة وبعد ذهابه إلى حظيرة السيارات التابعة للبنك أو المؤسسة المالية لاستلام السيارة يجد بها عيوب مما يستدعي عدم إمضائه لمحضر الاستلام، وبالرجوع على البنك أو المؤسسة المالية بضمان العيب الموجود في المبيع.

¹ -أسعد دياب، مرجع سبق ذكره، ص 79.

² -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، مرجع سبق ذكره، ص 722

³ - علي فيلالي، نفسه، ص 252

⁴ -سعد فتحة، مرجع سبق ذكره، ص86.

⁵ - علي فيلالي، العقود الخاصة بالبيع، مرجع سبق ذكره، ص 252.

2- أن يكون العيب خفيا:

كذلك من الشروط الموجبة للضمان أن يكون العيب خفيا لأن البنك أو المؤسسة المالية لا يضمن العيب الظاهر إذا وافق عليه العميل المشتري وارتضاه وبالتالي قد تنازل عن حقه في الضمان لأن المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني تلزمه صراحة بتفحص المبيع عند تسلمه.

ولقد اعتمد المشرع الجزائري في تحديد معيار الخفاء على قدرة الشخص العادي في اكتشافه للعيب لا على عناية المشتري، لأنه في حالة ما إذا اكتشف المشتري العيب بعد تفحصه للمبيع بقدرة واستطاعة الرجل العادي اعتبر هذا العيب ظاهرا، أما إذا لم يستطع المشتري اكتشاف العيب بنفسه حتى لو أنه تفحص المبيع بعناية الرجل العادي فإن العيب في هذه الحالة يعتبر خفيا، حيث أنه وصل درجة من الخفاء لا يمكن الكشف عنه إلا إذا تم فحص المبيع من طرف رجل خبير.

فإذا كان العميل شخص مهني بالنسبة للمبيع الذي اشتراه، وظهر عيب فيه، فلا يحق له الرجوع بالضمان لأنه يفترض فيه عالما به وظاهرا بالنسبة له، أي أن البائع لا يكون مسؤولا عن العيوب الظاهرة التي كان بإمكان العميل اكتشافها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، باستثناء حالتين يكون فيهما البائع مسؤولا عن العيب الظاهر¹:

- الحالة الأولى: حالة ما إذا أثبت المشتري أن البائع كان قد أكد له خلو المبيع من العيب لأن المشتري يكون بذلك قد اعتمد على قول البائع.

- الحالة الثانية: عندما يثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه لأن اكتشاف العيب حينئذ لا تكفي فيه نباهة الرجل المعتاد.

كما أوجبت المادة 380 من القانون المدني أن يتحقق العميل المشتري من حالة المبيع عند تسلمه.

لكن قد يعد العيب خفيا إذا فحصه العميل المشتري لكن لم يظهر له لنقص خبرته عن مستوى الرجل العادي حيث ينبغي في هذه الحالة اللجوء إلى أصحاب الخبرة المتخصصة في إظهار العيب لذلك غالبا ما يتم تعيين خبير عند وجود نزاع تحدد العيب الخفي من حيث توفر هذا الشرط². هذا ويلتزم البنك أو المؤسسة المالية بالضمان العيب الخفي حتى ولو قام العميل بتفحصه لكنه تعذر عليه إدراك العيب لأنه ليست له الخبرة في رؤية العيب كرجل عادي³. لكن ينبغي في هذه الحالة إخطار البنك أو المؤسسة المالية به وإلا اعتبر راضيا بالعيب الموجود في المبيع وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 380 السابقة الذكر.

¹ - سي يوسف زاهية حورية، **الواضح في عقد البيع**، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 295.

² - مينة حوجو، مرجع سبق ذكره، ص 174.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، مرجع سبق ذكره، ص 625.

3- أن يكون العيب مؤثراً:

تعد درجة تأثير العيب من العوامل التي من شأنها أن تنقص من قيمة المبيع أو من منفعته التي قصدها المشتري، فيؤثر العيب في قيمة شيء المبيع أو منفعته أو حسبما يظهر من طبيعته.¹ اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن النقص في قيمة الشيء المبيع أو في منفعته يعد ركن يدور العيب معها وجوباً وعدمًا. وفقد اتفق أغلب فقهاء القانون على أن نقص قيمة الشيء المبيع أو في منفعته يعتبر شرطاً من الشروط التي يجب توفرها في العيب حتى يكون موجبا للضمان.² فالغاية التي قصد بها العميل أن يخصص المبيع لها دون أن تدل عليها طبيعة المبيع أو طريقة إعدادها ودون أن يعلنها العميل للبنك أو المؤسسة المالية لا تدخل في الاعتبار عند تحديد ما إذا كان العيب مؤثراً أو غير مؤثراً لأنها قد تنقص المنفعة بالمبيع دون نقص قيمته.³ إضافة إلى ذلك لا يشترط أن يكون العميل قد أعلنها للبنك أو المؤسسة المالية أو لم يعلنها. كما لا يشترط أن تكون المنفعة المألوفة وإنما تكون منفعة خاصة قصده العميل من خلال شرائه للمبيع. لكن جرى العرف أن لا ضمان في العيب المتسامح به، فقد يوجد في المبيع عيب مؤثر ولكن العرف يسمح إلا إذا وقع اتفاق خاص يقضى بغير ذلك.⁴

فقد ذهب المشرع الأردني في المادة 512 فقرة 1 من القانون المدني الأردني التي نصت على أنه⁵: "يعتبر البيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه" بمعنى أن تقدير العيب فيما إذا كان مؤثراً أم إذا كان غير ذلك، فإنه راجع إلى العرف، فمثلاً إذا كان العرف يعتبر أن عيباً ما قد جرى التسامح عليه فلا يعد مؤثراً، وبالتالي لا يضمنه البائع.⁶ أما المشرع الفرنسي في نص في المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي على أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية التي تجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال لدرجة أن المشتري ما كان ليشتره أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمناً أقل لو أنه علم به.⁷ وقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني في فقرتها الأولى ضرورة أن يكون العيب الموجب للضمان مؤثراً بالقول: "هو الذي ينقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به بحسب

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، مرجع سبق ذكره، ص 718.

² - أنظر: أسعد دياب، مرجع سبق ذكره، ص 54، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، مرجع سبق ذكره، ص 717.

³ - أنظر: أمازون لطيفة، مرجع سبق ذكره، ص 375، سليمان مرقس، ص 400.

⁴ - يمينه حوحو، مرجع سابق، ص 175.

⁵ - المادة 1512/1 من القانون رقم 43 لسنة 1976، المتضمن القانون المدني الأردني، مرجع سابق.

⁶ - نداء خالد على صبري، مرجع سبق ذكره، ص 80.

⁷ - Article 1641 du Code civil français, Dernière modification : 2023, op.cit.

الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في عقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته استعماله". ومعنى ذلك أن العيب يكون مؤثرا إذا أنقص من قيمة المبيع أو من منفعته بحيث لو كان المشتري يعلم به لكان يحجم عن إبرام العقد أو على الأقل لا يقبل الشراء بالثمن الوارد في العقد وإنما بثمن أقل.¹ وهو كذلك ما يقابلها المادة 447-(1) من القانون المدني المصري.

كما أن البنك أو المؤسسة المالية البائع لا يضمن عيب المبيع إلا إذا كان على قدر من الأهمية ويؤثر تأثيرا جسيما، وهذا على أساس المعيار الموضوعي، بمعنى أن جسامه العيب لها وجهين: يتمثل الأول في وجوب كون العيب مؤثرا في قيمة المبيع، ويرتبط الثاني بتأثير العيب على استعمال الشيء المبيع.² حيث أن العيب قد يترتب عليه نقص في القيمة من شأنه أن يؤدي إلى قيام التزام البنك أو المؤسسة المالية البائع بالضمان رغم أنه قد لا يؤثر على صلاحية الشيء المبيع للاستعمال، ومثال ذلك أن يتعلق الأمر بسيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة، غير أنها تحتوي عيبا خفيا في غطاءها الخارجي أو في مقاعدها مما ينقص من قيمتها دون المساس بصلاحياتها لجميع الأغراض المقصودة منها.³

4- جهل العميل المشتري للعيب:

اشتراط فقهاء الشريعة الإسلامية لقيام التزام البائع بالضمان أن يكون العميل المشتري جاهلا بوجود العيب عند العقد والقبض، فإن كان عالما به عند أحدهما فلا خيار له لأنه يكون راضيا به دلالة.⁴ اختلف الفقهاء القانوني حول شرط جهل العميل للعيب، إذ يرى بعض أنه لا حاجة لهذا الشرط، فهو عنصر من عناصر خفاء العيب، في حين يرى فريق آخرون أنه شرط مستقل وقائم بدأته.⁵ ولقد استند الفرق الأول إلى أن علم المشتري بالعيب يدل على أنه أصبح عيبا طاهرا ومن ثم لا يمكن وصفه بالعيب الخفي.⁶ لأنه لثبوت العيب الخفي يتطلب توفر أمران أحدهما يتعلق بالعيب في حدا ذاته، حيث يجب أن يكون غير طاهر، والآخر ينصرف إلى المشتري كونه يجهل وجود العيب، وإذا تخلف أحدهما فلا وجود للعيب الخفي. كما أن العيب الطاهر إذا سكت عنه المشتري سقط حقه بالضمان.⁷

¹ -الفضلي جعفر محمد جواد، ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، مجلة دار المنظومة، العدد 21، العراق، 1990، ص 147.

² -سعدى فتيحة، مرجع سابق، ص 99.

³ -رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، في عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، د.ط، د.ت، ص 384.

⁴ -وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص 559.

⁵ -انظر: رمضان أبو السعود، رجح سبق ذكره، ص 389، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، مرجع سبق ذكره، ص 727.

⁶ -سليمان مرقس، مرجع سبق ذكره، ص 563.

⁷ -توفيق حسن فرج، مرجع سبق ذكره، ص 186.

ويرى بعض الفقهاء أن العيب الخفي فكرة قانونية تقوم على جانبين أما على العلم الفعلي، كأن يكون المشتري عالماً بالعيب، أو العلم الحكمي كأن يكون بمقدور المشتري اكتشاف العيب عند فحصه للمبيع. وإذا ما تحقق العلم الفعلي فلا نكون بحاجة إلى العلم الحكمي. وأما إذ لم يكن هناك علم حكمي فيجب البحث عن العلم الفعلي كأن يكون المشتري عالماً بالعيب وقت البيع، فيكون العيب عندئذ ظاهراً، وعليه يكون العيب خفياً إذا لم يكن المشتري عالماً به فعلاً ولا يكون باستطاعته الكشف عنه عند فحص المبيع.¹

أما الفريق الثاني من الفقهاء فيرى أن شرط جهل العميل للعيب هو شرط مستقل قائماً بذاته. وقد استند هؤلاء على أن علم المشتري بالعيب لا يحول دون تحقيق العيب الخفي، فقد يكون المشتري عالماً بوجود عيب بالمبيع، إلا أنه لا يعلم بمدى جسامته ولا بآثاره، فيثبت العيب الخفي ويصبح قابل للضمان لفائدة المشتري، أو يحدث العكس، حيث يكون العيب ظاهراً ومع ذلك لا يعلمه المشتري، كما هو الأمر في حالة تأكيد البائع للمشتري أن المبيع خال من العيوب. فيكون بوسع المشتري اكتشاف العيب كونه ظاهراً، غير أنه اكتفى بتأكيد البائع على خلو المبيع من كل عيب، وإذا تبين أن بالمبيع عيباً، استحق المشتري الضمان على أساس أنه عيب خفي. وهو الوضع نفسه في حالة إخفاء البائع عن المشتري عيب المبيع غشاً منه². وعليه يعد جهل المشتري شرطاً مستقلاً لاستحقاق الضمان.

وعليه من خلال تطرقنا للشروط العيب الموجب للضمان فإنه في حالة توفرها، فإنه يمكن للعميل الرجوع على البنك أو المؤسسة المالية لضمان هذه العيوب التي تكون مؤثرة في المبيع؛ لأن العميل لو علم بأن هذا العيب قد ينقص من قيمة المبيع أو من منفعة لما تعاقد مع البنك أو المؤسسة المالية، أو قبل الشراء منه، ولكن بثمن أقل، وهذا ينطبق على بيع المراجعة باعتبار أن هذا العقد تابع للبيع، فتتطبق عليه أحكامه العامة، ومن هذه الأحكام إلزام البنك أو المؤسسة المالية بضمان العيوب سواء كانت العيوب الخفية أو القديمة أو المؤثرة.

ثالثاً: حالات عدم استحقاق الضمان

وهي حالات لا يتحقق فيها ضمان العيب الخفي، حيث يعفى البنك أو المؤسسة المالية من ضمان العيب الخفي حتى ولو تحققت شروط العيب الخفي ويعتبر هذا الإلتزام كأن لم يكن، وبالتالي يصبح دون نفع للعميل في مواجهة البنك أو المؤسسة المالية، وهي ثلاثة حالات:

¹ - محمد حسن قاسم، القانون المدني العقود المسماة: البيع-التأمين-الضمان-الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 358.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، مرجع سبق ذكره، ص 772.

1- في حالة علم العميل بالعيب ولم يخطر البنك أو المؤسسة المالية:

وهي الحالة التي علم العميل المشتري بالعيب الخفي سواء من تلقاء نفسه أو من الغير ومع ذلك لم يخطر بها البنك أو المؤسسة المالية وتصرف في المبيع.

حيث ذهبت محكمة التمييز الأردنية¹ في حكم لها إلى أنه: "يسقط حق المشتري في طلب الفسخ وإنقاص الثمن في حال تصرفه في المبيع بعد الاطلاع على العيب تصرف المالكين سواء تصرف به بأي تصرف قانوني، أو شرع في هكذا تصرف بما يفيد قبوله بالعيب". وهو تأكيد على سقوط حق الخيار للمشتري في الحالة التي يعلم بها بوجود العيب في المبيع، فلا يستطيع المشتري في هذه الحالة التمسك بوجود عيوب في المبيع طالما كان على علم بها، لذلك لا يتحمل البائع في هذه الحالة ضمان هذه العيوب.

وقد نصت المادة 380 من المادة من القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني الجزائري: "...فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع...."، تبين هذه الفقرة بأنه في حالة لم يخبر المشتري بالعيب يعتبر كأنه راضي به وبالتالي لا يضمن هذا العيب.

2- حالة إخبار البنك أو المؤسسة المالية للعميل بوجود العيب:

إذا قام البائع ببيان العيب الخفي للمشتري وقت إبرام العقد، فلا يتحمل المسؤولية في ضمان هذا العيب، لأنه لم يعد خفيا للمشتري، وإنما أصبح ظاهرا له ويعلم بوجوده، أما إذا قام البائع ببيان العيب الخفي بعد إبرام البيع، فيكون ضامنا له إلا إذا تنازل المشتري عن حقه في هذا الضمان.²

وهذا ما أكدته المادة 341 من مجلة الأحكام العدلية³ التي نصت على أنه "إذا ذكر البائع أن في المبيع عيب كذا وكذا، وقبل المشتري مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب"

بالإضافة إلى ذلك فإن البائع حتى يضمن العيب لا يكفي أن يكون خفيا، بل يجب أيضا أن يكون غير معلوم من المشتري وهذا حسب شروط العيب الخفي، لذلك فلو كان المشتري يعلم بالعيب وهو خفي فلا يكون البائع ضامنا لهذا العيب، كما أنه لا يشترط أن تكون هناك طريقة خاصة حتى يعلم المشتري بالعيب، إنما يعلم به مباشرة إما عن طريق خبرته، أو عن طريق الغير، حيث يترتب على البائع إثبات العلم بالعيب بجميع طرق الإثبات باعتبار أن ذلك متعلق بواقعة مادية⁴.

¹ - أنظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 188/1968، هيئة خماسية، الصادرة بتاريخ

1968/07/21، مجلة نقابة المحامين، ص 617، نداء خالد على صبري، مرجع سبق ذكره، ص 83.

² - نداء خالد على صبري، مرجع سبق ذكره، ص 82

³ - مجلة الأحكام العدلية، مرجع سبق ذكره، ص

⁴ - أسعد دياب، مرجع سبق ذكره، ص 240.

والمشرع الجزائري أعفى البائع من الضمان في نص المادة 378 الفقرة 2 من المادة من القانون رقم 05-07، المتضمن القانون المدني الجزائري، حيث جاء النص صريحا بأن البائع يعفى من الضمان في حالتين هما: "...لا يكون البائع ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان باستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع..."

3- حالة وجود شرط البراءة من العيب في العقد

تعتمد أغلب البنوك والمؤسسات المالية عند وضع شروطها الخاصة في عقد المراجعة على وضع شرط انتفاء المسؤولية الملقاة على عاتقها في ضمان عيوب المبيع في حالة وجودها، حيث يشترط على العميل عند العقد ألا يرجع عليه بأي عيب من العيوب جميعها، حيث عرفها فقهاء التشريع الإسلامي "البيع بشرط البراءة من العيوب" أو "بيع البراءة"،¹ وهو شرط عدم رجوع العميل على البنك أو المؤسسة المالية بأي عيب قد يوجد بالمبيع.

إن اشتراط البراءة من العيب في عقد المراجعة التي تجريها البنوك والمؤسسات المالية ينبغي أن ينظر إليها باعتباره حلقة ضمن سلسلة الإجراءات الهادفة إلى تحقيق أعلى قدر من الضمانات للبنك أو المؤسسة المالية التي تبعده كلياً عن أدنى قدر من المخاطرة التي تستلزمها الممارسة التجارية وتجعل الصورة الكلية لعقد المراجعة يماثل المعاملات الربوية.²

حيث يجوز في عقد المراجعة اشتراط براءة البنك أو المؤسسة المالية من العيوب ما لم يكن البنك يعلمها، وإن كان الأفضل للبنك أن يتحمل مسؤولية العيوب خروجاً من الخلاف واتباعاً لتوصية مجمع الفقهاء الإسلامي³ في قرار رقم (2،3) بشأن الوفاء بالوعد، والمراجعة للأمر بالشراء: "أولاً: أن بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها. في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم. وتبعه الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه".

وباستقراء هذا القرار نجد أن توصيات مجمع الفقهاء الإسلامي قيد الجواز الشرعي لهذا البيع بأمرين، أحدهما تبعة الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفي، إلا أن العمل التطبيقي الذي تقوم به البنوك والمؤسسات المالية يتعارض مع هذه التوصيات في بعض البنوك والمؤسسات المالية، وذلك من خلال اشتراط على العميل بالبراءة من كل العيوب في المبيع.

¹ - ابن تاسنة مرجع سبق ذكره، ص 273

² - مرجع نفسه، ص 281

³ - أنظر: القرار رقم (2،3) بشأن الوفاء بالوعد، والمراجعة للأمر بالشراء، مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي، الدورة الخامسة، الجزء الثاني، الكويت، 1409هـ=1988م، ص1599.

إلا أن معيار الشرعية رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء¹ جاء في إبرام المراجعة: "... جواز اشتراط البراءة من العيوب أن المطالبة بضمان العيب الخفي حق للمشتري متعلق بالمبيع فيحق له التنازل عنه وهو قول جماعة من أهل العلم".

الفرع الخامس: إلزام البنك أو المؤسسة المالية بالمطابقة للمبيع

يعد إلزام بالمطابقة من الالتزامات التي رتبها المشرع على أطراف عقد البيع الكلاسيكي والتي نرى أثارها في كذلك في عقد المراجعة البنكية وعليه فإنه يقع على عاتق البنك أو المؤسسة المالية (البائع) وقت تسليم المبيع، والمقصود بالمطابقة في هذا المجال هو مطابقة المبيع في اطار تنفيذ البنك أو المؤسسة المالية لالتزامه بتسليم المبيع للعميل، إذ يجب أن يكون مماثلاً لذلك المتفق عليه في العقد²، أو العرف الجاري العمل به عند إغفال المتعاقدين تحديده في العقد، والمطابقة قد تكون للكمية المبيع المتفق عليها في العقد، من خلال تسليم المبيع بالكم أو العدد أو الوزن المتفق عليه، أو مطابقة المواصفات للمبيع المتفق عليه بينهما، الأمر الذي يسمح للعميل (المشتري) في حالة إخلال البنك أو المؤسسة المالية بالتزامه، الرجوع عليه بمقتضى دعوى المسؤولية العقدية أو الفسخ متى ظهر اختلاف بين ما اتفق عليه في العقد صنفاً وكماً، ليستفيد مما تخوله له القواعد العامة من حماية في حالة إلحاق ضرر به نتيجة ذلك.

وفي حالة عقد بيع المراجعة نرى أن إلزام المطابقة يقع على التاجر أولاً باعتبار البائع الأول في عقد البيع الذي يتم بين البنك أو المؤسسة المالية والتاجر، ثم يكون على البنك أو المؤسسة المالية مع الزبون وقت استلام المبيع له باعتبار أن البنك أو المؤسسة المالية يعد البائع الثاني، ومنه فإن هذا الإلتزام يكون في مرحلتين في عقد المراجعة.

وقد عرف الإلتزام بالمطابقة بعض الفقهاء بشكل عام بأنه "إلتزام البائع بأن يكون المبيع وقت التسليم سواء كان منتجاً أم خدمة مطابقاً للمواصفات والشروط والرغبات المشروعة للمستهلكين سواء الواردة في القوانين واللوائح والمقاييس والعادات المهنية أو الواردة في أحكام العقد بما يضمن الصلاحية لوجهة الاستعمال"³

¹ - أنظر: المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 106

² - على فلال، العقود الخاصة - البيع، مرجع سبق ذكره، ص 207.

³ - اسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، 2018، ص 659.

وكذلك عرفه آخرون بأنه: "تعهد البائع بأن يكون المبيع وقت التسليم موافقا للشروط المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمنا ومحتويا على المواصفات التي تجعله صالحا للاستعمال بحسب طبيعته وعلى وفق غرض المشتري بما يضمن حسن الانتفاع به وتوقي أضراره".¹

وحسب المادة 364 ق. مدني: "...بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع وعند الاتفاق". هذه المادة تبين لنا استنادا للإلتزام العقدي فإن البائع يتلزم بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها عند عقد البيع.

إضافة إلى ذلك أن المشرع الجزائري مهد لمطابقة المنتجات في نص القانون رقم 98-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك² (الملغي) في المادة 03 التي جاء فيها: "يجب أن تتوفر في المنتج أو الخدمة التي تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه.

ويجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتج و/أو الخدمة للطلبات المشروعة للاستهلاك، لاسيما فيما يتعلق بطبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكمياته...".

ثم جاء بتعريف للمطابقة وفق قانون حماية المستهلك وقمع الغش³ في المادة 18 فقرة 3: "المطابقة: استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به"، وقد نص كذلك على إلزامية كل المتدخلين بإثبات مطابقة المنتجات في الفصل الثالث المادة 11 و12 من نفس القانون.

غير أننا نعتبر أن المشرع الجزائري قد عرف المطابقة في قانون حماية المستهلك الأخير رقم 09-03، حين نص على "تلبية المنتج للخدمة المشروعة للمستهلك". وهذه الرغبة محددة طبقا لمعايير مؤسسة على مبادئ هامة، مثل قواعد ومقاييس المنتج أو الخدمة، طبيعة وغرض المنتج والخدمة، وكذا إعلام المنتج المهني أو البائع المستهلك بكافة المعلومات الخاصة بالمنتج أو الخدمة.

¹ - ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص10.

² - قانون رقم 89-02 مؤرخ في 7 فبراير 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر.ج، العدد 06، الصادر بتاريخ 1989/02/08.

³ - قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج، العدد 15، الصادر بتاريخ 2009/03/08.

الملاحظ من خلال كل هذه المفاهيم المذكورة سلفاً، أنها لم تتضمن معنى الإلتزام بالمطابقة، بل اقتصر بعضها على تعريف المطابقة، بكونها محل إلتزام البائع بما تتضمنه من مواصفات للمبيع متفق عليها عند التعاقد¹.

كما ويختلف إلتزام بالمطابقة على الإلتزام بالتسليم فعظم الفقهاء يجعلون الإلتزام بالمطابقة من عناصر التسليم، والمشرع الجزائري بتطرقه إلى إلتزام بالتسليم في المادة 367 فقرة 1 من القانون المدني لم يشر إلى للإلتزام بالمطابقة، إلا أنه في المادة 364 ق. مدني (السابقة الذكر) أشار إلى المطابقة في عبارة "...الحالة التي كان عليها وقت البيع وعند الاتفاق".

غير أن هناك من الفقهاء من عرفه الإلتزام بالمطابقة بأنه مطابقة المنتج أو الخدمة للقواعد الأمرة الخاصة بالمواصفات الواردة في القوانين، واللوائح وللمقاييس، والعادات المهنية². وآخرون يرون أنه لا بد أن تتجسد هذه المطابقة في مطابقة الرغبات المشروعة للمستهلكين للمنتجات والخدمات³.

أولاً: أحكام إلتزام البنك أو المؤسسة المالية البائع بمطابقة المبيع

يلتزم البنك أو المؤسسة المالية البائع بموجب عقد المراجعة بتسليم الشيء المبيع إلى العميل وبمقتضاه يلتزم إضافة إلى نقل الحيازة المادية للشيء المبيع، بضمان ما يحقق الانتفاع الأفضل والأمثل منه، ولهذا تم فرض الإلتزام بالتسليم المطابق، لتوفير الحماية الكافية للعميل، وخاصة أن هذا الأخير لا يدفع أقساط الثمن، إلا في سبيل أن يحصل على المبيع للانتفاع به، وإشباع حاجاته الخاصة، ولا يمكن الانتفاع بالشيء الانتفاع الأمثل، إلا إذا كان مطابقاً من حيث المواصفات المتفق عليها في العقد، بالإضافة إلى تسليم مبيع مطابق في مقداره لما هو متفق عليه⁴.

1- المطابقة الوصفية

يقوم البنك أو المؤسسة المالية بالإلتزام بتسليم ذات المبيع المتفق عليه أثناء التعاقد، وبصفاته المحددة، وذلك طبقاً لما يقتضيه قصد المتعاقدين أو العرف الجاري العمل به، في حالة إغفال المتعاقدين تحديدها في العقد، إلا أنه في حالات نادرة لأن خصوصية عقد المراجعة تتطلب تحديد المبيع تحديداً دقيقاً

¹ - معزوز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو-، الجزائر، 2014، ص 355

² - محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري، ط1، دار الفجر للنشر، مصر، سنة 2005، ص 283

³ - Calais Jean Auloy et Steinmetz Frank, *Droit de la consommation* 7^{ème}, Éditeur Dalloz Paris, 2006, p 219

⁴ - قونان كهينة، الإلتزام بمطابقة المبيع على ضوء القانون المدني الجزائري، كتاب جماعي حول النظام القانوني لحماية المستهلك في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مخبر القانون والتنمية المحلية، جامعة أدرار، الجزائر، سبتمبر 2020، ص 43.

نافيا للجهالة خاصة في كون الأمر بالشراء قد حدد المبيع بفتورة من قبل التاجر بها مواصفات المبيع بدقة.

أ- حالة الاتفاق على مواصفات المبيع في العقد

إذا تم الاتفاق بين البنك أو المؤسسة المالية مع العميل على تحديد أوصاف معينة في المبيع، فإنه يجب الأخذ بها. وهذا تطبيقاً لقاعدة العقد شريعت المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 من الأمر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري. والمشتري في هذه الحالة هو المكلف بإثبات وجود تطابق أوصاف المبيع عند التسليم مع الأوصاف المتفق عليها عند إبرام الوعد، وإلا نكون في حالة من حالات عدم المطابقة الوصفية في المبيع¹، وفي ذلك نصت المادة 364 من الأمر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري، على ما يلي: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

وعليه يقع على عاتق البنك أو المؤسسة المالية التزاما بتسليم الشيء المبيع بصفاته وخصائصه المنصوص عليها صراحة أو ضمناً، فإذا وجد اتفاق بين البنك أو المؤسسة المالية مع العميل على تحديد حالة المبيع وقت التسليم، وجب الأخذ بها، وهو ما كرسته المحكمة العليا في عدة قرارات، قضت فيها أن البائع ملزم بالضمان² إذا لم يشتمل المبيع على المواصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري مستندة إلى المادة 379 من الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفقات التي تعهد بوجودها وقت التسليم ".

وقد يتفق البنك أو المؤسسة المالية مع العميل على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة³، إذ يجري العمل كثيراً على أن يكون تعيين المبيع عن طريق تقديم عينة منه، وتقديم العينة في هذه الحالة تغني عن تعيين المبيع بأوصافه، فهي صورة مصغرة للمبيع، وهي أيضاً تغني عن رؤية العميل له⁴.

¹ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 709، 710.

² - أنظر: قرار المحكمة العليا - غرفة تجارية وبحرية - ملف رقم 75204، بتاريخ 1991/01/27، المجلة القضائية، عدد 03، 1992، ص 98.

- قرار آخر لها - الغرفة المدنية - ملف رقم 103934، بتاريخ 1993/01/06، المجلة القضائية، عدد 02، 1994، ص 15.

³ - تعريف العينة بأنها عبارة عن جزء صغير من الشيء المبيع يحدد مواصفات الشيء الذي سيسلم، وهو بيع يقوم به البائع بتقديم عينة

للمشتري ويتفق معه على أن يقدم له بضاعة مطابقة لهذه العينة.

⁴ - علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 53.

فالباع بالعينة قد نصت عليه المادة 1587 من التقنين المدني الفرنسي، وكذا المادة 420 مدني مصري، التي تقابلها في التشريع الجزائري المادة 353 من الأمر رقم 07-05 المتضمن القانون المدني: "إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة".

وباستقراء هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد نظر إلى العينة كوسيلة يتحدد بمقتضاها مضمون المطابقة الوصفية، واعتبرها شرطاً يتوقف عليه مصير العقد، بمعنى أن العميل (الأمر بالشراء) يعلق التزامه النهائي على كون المبيع مطابقا للعينة، فإذا رأى العميل عدم مطابقة بين ما سيشتريه والعينة، جاز له رفض التسلم، حتى ولو سلم له مبيع أفضل من العينة.

والبيع بالعينة ليس دائما ينصب على الأشياء المثلية، إذ يمكن أن ينصب على الأشياء التي تكون مفرزة كبيع الآلات، حيث يقدم البائع للمشتري إحدى الآلات كعينة، حتى يكون تسليم باقي الآلات مطابقا لها¹، ونظرا لأن العينة المقدمة من البائع تكون المرجع الوحيد لتحديد المطابقة، فإنها عادة ما تقدم ويوقع عليها من الطرفين بطريقة تمنع التغيير فيها أو العبث بها وتحفظ حتى تنفيذ العقد بالكامل².

وقد ينصب اتفاق المتعاقدين على ضمان البنك أو المؤسسة المالية وجود صفة معينة بالمبيع، حينئذ لا يكون قد وفى التزامه بالتسليم، إلا إذا توفرت هذه الصفة في المبيع، وإلا كان مسؤولا عن تخلفها طبقا للمادة 379 من الأمر رقم 07-05 المتضمن القانون المدني.

كما قد ينصب اتفاق الطرفين، على صلاحية المبيع للاستعمال لغرض معين يريده العميل (المشتري)، أي أن يكون المبيع مطابقا للوظيفة التي يرغبها العميل، وعليه فإن المطابقة الوظيفية هي صلاحية المبيع للاستعمال في الغايات التي تستعمل من أجلها منتوجات من نفس النوع³، فضلا عن الصلاحية للاستعمال في الأغراض الخاصة التي يبتغيها العميل المشتري⁴، وكذلك للمطابقة الوظيفية مقصود أخرى وهي أن الشيء بخصائصه الذاتية يكون صالحا للاستعمال المرجو منه⁵، وهو مالا يتم التحقق منه إلا باستعمال المبيع بعد استلامه من قبل المشتري، وعليه فإنه يجب على البائع أن يلتزم

¹-LORVELLEC Louis , *L'essai dans les contrats, thèse pour le doctorat*, faculté des sciences juridiques, université de Rennes, 1972, p28. PUIG Pascal, p.244.

² - أمازون لطيفة، مرجع سبق ذكره، ص 154

³ - معزوز دليلة، *الالتزام بالمطابقة في مجال الصناعة الغذائية*، معارف، المجلد 9، عدد 17، 2014، ص 81.

⁴ - أمازون لطيفة، مرجع سبق ذكره، ص 159.

⁵ - قونان كهينة، مرجع سبق ذكره، ص 46.

بتقديم للمشتري شيئاً مفيداً له، على نحو تتوافر فيه الخصائص المطلوبة، بالإضافة إلى موافقته إلى احتياجاته التي من أجل إشباعها أقبل على التعاقد.¹

فإذا كان المبيع عقاراً - كأرض مثلاً - فيجب تسليمها وفقاً لما ذكر في العقد، كحدود الأرض، مساحتها وما لها من حقوق وما عليها من تكاليف، وأيضاً ملحقات العين المبيعة²

ب- حالة عدم وجود اتفاق بين البنك أو المؤسسة المالية مع العميل

إن الشكلية في عقد المراجعة تقضي وضع وصف محدد ودقيق لاتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية للعقد مما لا يترك مجالاً للشك في تحديد المبيع تحديداً كافياً نافياً للجهالة، إلا أنه يمكن أن يغفل المتعاقدان، عن تحديد حالة المبيع أو درجة الجودة في العقد، وفي هذه الحالة يتعين الرجوع إلى الأعراف المعمول بها، وفي هذا الصدد يتعين التفرقة بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بالنوع.

فإذا تعلق الأمر بمبيع معين بالذات، وجب على البنك أو المؤسسة المالية البائع أن يسلم الشيء ذاته المتفق عليه في العقد، بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وطبقاً للصفات المحددة فيه، وفقاً للمادة 364³ الأمر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني.

وفي هذا الحالة لا يستطيع البنك أو المؤسسة المالية (البائع) تسليم شيء آخر، حتى ولو كان مساوياً له في القيمة، بل حتى ولو كان قيمته أعلى، وهو ما يؤكد المشرع الجزائري من خلال المادة 276⁴ من الأمر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني. أما في حالة إذا كان المبيع معيناً بالنوع، واتفق المتعاقدان على نوعه ودرجة جودته، فإن البنك أو المؤسسة المالية ملزم بتسليم شيء من نفس النوع والجودة المتفق عليها، ولا يغنيه عن ذلك تسليمه مبيعاً من نوع آخر، حتى ولو كان مماثلاً.

2- المطابقة الكمية

يقصد بالمطابقة الكمية هي تسليم المشتري أو المستهلك المبيع بالكم أو العدد أو الوزن المتفق عليه عند إبرام العقد⁵، وتتوافر حالة عدم المطابقة الكمية حسب البعض كلما قام البائع بتسليم مبيع ناقص

¹ - سميرة زوية، الحماية العقدية للمستهلك، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 38.

² - معزوز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) "دراسة مقارنة"، مرجع سبق ذكره، ص 359.

³ - أنظر: المادة 364 الأمر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

⁴ - أنظر: المادة 276 الأمر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني: "الشيء المستحق أصلاً هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى".

⁵ - معزوز دليلة، الالتزام بالمطابقة في مجال الصناعة الغذائية"، مرجع سبق ذكره، ص 81.

قدرا أو كما، بحيث لا يصلح للاستعمال في الأغراض التي تستعمل من أجلها عادة المبيعات من هذا النوع.

يلتزم البنك أو المؤسسة المالية البائع على هذا الأساس، بتسليم المبيع بالكمية المتفق عليها في العقد، وإلا كان مسؤولا بقدر ما انتقص منه، وفقا لما يقضي به العرف، حسب المادة 365 من التقنين المدني التي تنص على ما يلي: «إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف...».

والأصل أن يلتزم البنك أو المؤسسة المالية بتسليم المبيع دفعة واحدة ولا يقبل التجزئة، وذلك طبقا لأحكام المادة 277 من التقنين المدني، التي تقضي بأنه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه¹ كما تقضى المادة 8 من التعليم 03-2020¹ بأن يجب أن يتم الانتقال الفوري لملكية السلعة، وهنا يشير المشرع على كامل السلعة ولم يستثن جزءا منها.

وكذلك يجب أن يعين المبيع تعينا دقيقا لتحديد كميته، وعليه، إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، فإذا كان المبيع من المثليات وجب تعيين مقداره أو ما يستطاع به تعيين هذا المقدار² وهو ما قض به المشرع الجزائري في المادة 94³ من الأمر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني.

وإذا لم يسلم البائع المقدار المتفق عليه، جاز للمشتري إجبار البائع على تنفيذ التزامه (أي القيام بالإفراز) تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا⁴، كما يجوز له أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة البائع بعد استئذان القاضي، فيشتريه بنفسه ثم يرجع بالثمن والمصروفات على البائع⁵، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير الإخلال بحقه في التعويض⁶.

وفي حالة كون المبيع معين بذاته دون التعرض لمقداره، كبيع قطعة أرض محددة المعالم دون ذكر مساحتها، فإن البائع يلتزم بتسليمها بحالتها دون أن يسأل عن مقدارها، وقد يتفق الطرفان صراحة

¹ -التعليم 03-2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، مرجع سبق ذكره.

² -لطيفة أمازون، مرجع سبق ذكره، ص 185.

³ - أنظر: المادة 94 من الامر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني: "إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا العقد باطلا. ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره...".

⁴ - أنظر المادة 164 من الامر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني

⁵ - أنظر المادة 170 من الامر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني

⁶ - أنظر المادة 166 من الامر رقم 05-07 المتضمن القانون المدني

على تحديد مقدار المبيع، بالكيل أو الوزن أو المقياس ويتم تحديد الثمن جملة أو على أساس الوحدة، حينئذ يضمن البائع في هذه الحالات تسليم المبيع بالمقدار المتفق عليه في العقد.¹

ثانياً: ضوابط المطابقة في عقد بيع المراجعة

وفقاً للقواعد العامة يمكن أن يحدد معيار الإلتزام بضمان المطابقة، بحسب ما هو متفق عليه في العقد، فإن ذلك لا يختلف عن الإلتزام بضمان المطابقة الذي يلزم تحديد مضمونه لتتضح حدوده حتى يتسنى معرفة مدى الإخلال به من عدمه وكذلك وجه الإخلال.

ولما كان عقد المراجعة لا يتم عادة إلا باتفاق الطرفين على المواصفات والشروط التي يلزم تواجدها في الشيء المبيع محل العقد فإن هذا الاتفاق سواء كان صريحاً أو ضمناً هو المعيار الذي سيتم من خلاله تحديد مضمون الإلتزام بضمان المطابقة من عدمه، بمعنى آخر فإن ضوابط ضمان المطابقة هي المواصفات والشروط التي ضمنها عقد المراجعة، فإذا أخل البنك أو المؤسسة المالية في تسليمه للشيء المبيع الذي تعاقد عليه مع العميل، فيكون قد أخل بالتزامه بالمطابقة وتتحقق مسؤوليته على ذلك الإخلال.

يعتبر عيب اختلاف مواصفات المبيع من العيوب الموجبة الضمان وذلك لتقويت الفرصة على العميل، ولقد عد فقهاء الشريعة ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع واحداً من الخيارات التي تعطي للمتعاقد الذي ثبت له الخيار الحق في إمضاء العقد أو فسخه وأسموه "خيار فوات الوصف"، فإذا اشترط العميل صفة معينة في المبيع فإن تخلفها لا يبطل العقد وإنما يترزع لزومه بالخيار لتخلف الوصف المشروط، لذا عرف البعض خيار فوات الوصف: (حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه التعاقد في المعقود عليه).²

ولكي يثبت خيار فوات الوصف للعميل المشتري لا بد من توافر الشروط التالية:

- 1- أن يشترط العميل توافر الصفة في المبيع صراحة أو أن تكون الصفة من المفترض أن تتوافر في المبيع بمقتضى العرف.
- 2- أن تكون الصفة مقصودة إذ أن كل ما يشترطه العميل من الصفات المقصودة مما لا يعد فقده عيباً يثبت الخيار عند عدمه... وإذا اشترط ما ليس بمقصود ظهر الخلاف فلا خيار، أما اشتراط الصفة غير المقصودة فلا يلزم الخيار معه، ولا يلزم الخيار إذا رافق الصفة تحقق الغرر حيث يصح العقد ويبطل الشرط، وهذا يعني ألا تكون الصفة المشروطة مسببة للغرر وذلك بحيث يمكن معرفة الوصف المشروط

¹ - أنظر المادة 119 من الامر رقم 07-05 المتضمن القانون المدني

² - سلام الفتلاوي، ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع "دراسة مقارنة"، كلية القانون، جامعة بابل، العراق،

والحكم بوجوده أو عدمه. ومثال ذلك أن يشترط العميل صفة لون معين للسيارة المراد شرائها مربحة، فإن وجد اللون المطابق يتم العقد أما إذا اختلف فلا يتم العقد.

3- كما يلزم أن تكون الصفة المشترطة عينا ولا يشترط في الصفة أن تكون ذات قيمة مالية بل يكفي أن تحقق غررا مقصودا وسائغا لدى المتعاقد غير متعارضة وأحكام الشرع وممكنة الوفاء وإلا فلا خيار.

أحكام هذا الخيار¹:

- يورث خيار الوصف، فلو مات العميل الذي له خيار الوصف، فظهر المبيع خاليا من ذلك الوصف، كان للوارث حق الفسخ، في حالة أن العقد ما زال مستمرا مع الورثة لأن أغلب البنوك والمؤسسة المالية عند وفات العميل ينقضي العقد.

- إذا تصرف العميل الذي له خيار الوصف تصرف الملاك، بطل خياره.

- للعميل الحق في فسخ البيع أو استبقاء المبيع بجميع الثمن، فإن هلك المبيع أو تعيب في يده، فله الرجوع على البنك أو المؤسسة المالية البائع بمقدار نقص المبيع بسبب فوات الوصف المرغوب فيه، ويعرف ذلك بتقويم المبيع مع الوصف، وبدون الوصف، ويضمن العميل الفرق بينهما.

المطلب الثاني: التزامات العميل

من خصوصيات عقد المراجعة أنه عقد ملزم للجانبين لذلك فإنه يقع على العميل مجموعة من الالتزامات نظير الخدمة التي سيتحصل عليها من عقد بيع المراجعة، وأهم هذه الالتزامات هي استلام العميل البضاعة من البنك أو المؤسسة المالية عند توفرها وإخطاره من قبله حتى يكون على علم بتوفرها وكذا دفع ثمن البضاعة والذي يتمثل في أقساط في الأوقات المتفق عليها دون تأخير.

ولقد فرض الواقع على البنوك أو المؤسسات المالية أخذ الحيطة والحذر في تعاملاتها مع الزبائن وعدم الاقتناع بالثقة فقط كأساس لمنح احتياجات الفرد من خلال البيع بعقد المراجعة بل تعدت ذلك إلى طلب ضمانات كافية لكي يكون البنك أو المؤسسات المالية في مأمن من خطر عدم سداد أقساط المراجعة، فالضمان يكون بمثابة الغطاء القانوني الذي يحمي البنك والمؤسسات المالية، وبمثابة التعويض المناسب عند عدم استرجاع حقوقه.

ولهذا نجد أن بعض البنوك والمؤسسات المالية تشترط عند إبرامها لعقد المراجعة الحصول على مقابل ذلك على نوع خاص من الضمان سواء كانت مادية أو مالية تغطي قيمة السلعة أو جزء منها. وتختلف أنواع الضمانات التي يمنحها العميل للبنك بين هامش جدية أو عربون وضمانات شخصية كالكفالة والضمان الاحتياطي على الأوراق التجارية والتضامن، أو ضمانات عينية بحيث يخصص مالا معيناً منقولاً كان أو عقاراً لصالح البنك للتنفيذ عليه في حالة تأخر أو امتناع العميل عن التسديد بشأن

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص 523

الرهون سواء كانت عقارية أو تجارية أو رهن المنقول (بضائع) أو رهن الأوراق المالية أو الودائع النقدية.¹ كما قد يمنح البنك عميله التمويل اللازم بدون ضمان عيني اكتفاء بأن يقوم العميل بتوقيع سندات شخصية عليه وهذا ما يسمى بالضمان الأسمى.

وبالاطلاع على نماذج عقود المراجعة في البنوك نجد أنها تطلب كل أو بعض الضمانات منها كأن يقوم بطلب كفالة شخص آخر ملئ لضم ذمته إلى ذمة المشتري والضمان الشخصي المتعلق بسمعة العميل ومركزه المالي وهذا يظهر في دراسة العملية أو التأمين على البضاعة محل العقد من كافة الأخطار لصالح البنك أو الحصول على رهن بقيمة الثمن أو رهن البضاعة ذاتها رهنا تأميناً أو توقع المشتري على إيصال أمانة أو شيكات مؤجلة السداد بقيمة المبلغ، مع إعطاء البنك حق امتياز البائع على السلعة المباعة.²

ولكن يجب ألا تؤثر هذه الضمانات على جوهر عقد المراجعة، فلا يجوز للبنك أو المؤسسة المالية أن يشترط في العقد أن يكون هو المالك للضمانات حتى يستوفي قيمة السلعة من العميل، فهذا يخالف مبدأ التملك والانتقال في المراجعة. كما لا يجوز للبنك أو المؤسسة المالية أن يزيد هامش ربحه بسبب تقديم الضمانات من قبل العميل، فهذا يؤدي إلى زيادة التكلفة على العميل دون مقابل شرعي. وفي حالة حدوث خلاف بين الطرفين بشأن السلعة أو الضمانات، فيجب حله بالتراضي أو باللجوء إلى القضاء أو إلى هيئة فصل المنازعات المختصة، مع مراعاة الأحكام الشرعية والقانونية المنظمة لعقد المراجعة.

الفرع الأول: إلزام العميل بتسليم المبيع من البنوك أو المؤسسة المالية:

يعد من الإلتزام التي تقع على عاتق العميل وهو استلام المبيع من البنك أو المؤسسة المالية وهو يقابل إلتزام تسليم المبيع الذي تم التطرق إليه في التزامات البنك أو المؤسسة المالية، حيث يلتزم العميل باستلام المبيع من البنك أو المؤسسة المالية، وهذا الاستلام يختلف باختلاف طبيعة وصفة المبيع فإذا كان المبيع منقولاً يتم الاستلام الفعلي أما في حالات المبيع عقاراً فإن الاستلام يكون حكماً كاستلام أوراق أو مفاتيح، لحيازة المبيع، ومن ثمة يصبح تحت سيطرته، فيستعمله أو ينتفع به كيف يشاء. ويتم تسليم المبيع من طرف العميل بحسب طبيعته فقد يتحقق تسليم المبيع من خلال أعمال مادية كأن يستحوذ العميل على المنقول المبيع مادياً، فيأخذه من البنك أو المؤسسة المالية عن طريق المناولة أي يد بيد، وقد يتم تسليم المبيع عند استلام العميل أوراق السيارة ومفاتها، ويتحقق على العموم استلام المبيع بمجرد

¹ - جليلة معصور، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2016، ص117

² - محمد عبد الحليم عمر، مرجع سبق ذكره، ص 27.

وضع العميل يده على المبيع فيستطيع استعماله والانتفاع به. إذ تم تسليم المبيع حكماً، فإن تسلم المبيع من طرف العميل يتحقق لمجرد انعقاد عقد البيع، إذ يستمر العميل في استعمال المبيع والانتفاع به ولكن بصفته المالك الجديد.¹

حيث تنص المادة 394 من القانون 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري " أنه إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخر باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم " باستقراء المادة السابقة نلاحظ أنه يلتزم العميل بتسلم المبيع من البنك أو المؤسسة المالية في المكان والزمان المحدد المتفق عليه في العقد دون أي تأخير وفورا، وهذا أيضا ما جاء في المادة 8 من التعليم 03-20 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، التي أوجبت الفورية في استلام المبيع، ويقع عبء تسلم المبيع عليه وهو عملية مكتملة لإلتزام البنك أو المؤسسة المالية بتسليم المبيع². والمدة اللازم لحضور المبيع تحدد على من يقع عبء تسلم المبيع والذي يكون على العميل، في حين يوضع المبيع تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع به مباشرة، حيث تتم عملية تسلم المبيع التي تكون من خلال موظف للبنك أو المؤسسة المالية يرافق العميل (الأمر بالشراء) إلى مكان تواجد المبيع، في حالة امتناع العميل عن تسلم المبيع بعد إبرام عقد المراجعة يعد مخلاً بالتزامه بتسلم المبيع وبعد إنذاره يكون من حق البنك أو المؤسسة المالية بيع السلعة لعميل آخر لاستقاء حقه و له أيضا الرجوع على العميل في تبعة هذا الإخلال في حالة ما إذا ذكر ذلك في العقد.³

الفرع الثاني: إلتزام العميل بدفع ثمن أو أقساط ثمن المراجعة البنكية

يعتبر الإلتزام بدفع الثمن من الإلتزامات المهمة والأساسية التي يبنى عليها عقد المراجعة فهو يمثل الجزء الذي يقع على العميل سواء كان زبون أو الأمر بالشراء إذا يعد بمثابة المقابل للإلتزام البنك أو المؤسسة المالية في هذا العقد، وبالرغم من أن للطرفين الحرية في اختيار طريقة الدفع سواء كان ثمن كاملاً أو مقسط على أجزاء، وإن كان التقسيط سائداً لكنه ليس شرطاً لتحقيقها⁴، فإن أغلب معاملات المراجعة البنكية تبنى على أقساط، حيث دفع الثمن على مراحل إذا تعد الميزة التي تجذب العملاء للأخذ بالمراجعة وهي بذلك تشبه بيع التقسيط إلا أنها تختلف عنه كما سبق وذكره في تميز المراجعة على بيع بالتقسيط.

¹ -على فيلالي، العقود الخاصة-البيع، مرجع سبق ذكره، ص 314.

² -انظر: خليل أحمد حسن ققادة، مرجع سبق ذكره، ص 204

³ -نداء خالد علي صبري، نفس المرجع السابق، ص 101.

⁴ -نبيل بن عرفة، ربح المراجعة: الشفافية ماليا لرفع الجاهلية شرعياً، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد 17، السداسي الثاني، 2017، ص 16

أولاً: أقساط الثمن

لقد تطرقنا لعنصر الثمن في أركان عقد المراجعة، حيث أنه يعد من مقومات بيع المراجعة خاصة وانه الفصيل في تحديد هامشها الربحي، والثمن هنا عبارة عن أقساط تدفع دورية، وقد جاء تعريف التقسيط اصطلاحاً هو: "تأجيل أداء الدين مفرقا إلى أوقات معلومة"، والثمن المقسط هو: "ما اشترط أدائه أجزاء معلومة في أوقات معينة"

حيث يجوز للبنك والعميل الاتفاق على طريقة سداد ثمن السلعة على أن يكون على شكل أقساط متقاربة أو متباعدة عندما يكون الثمن آجلاً على أقساط، لكن لا يجوز الحصول على زيادة على الثمن بسبب زيادة الأجل أو التأخير لعذر أو لغير عذر، لأن ثمن البيع بالأجل متى تم الاتفاق عليه لا يزداد بعد ذلك في ذمة العمل المشتري والدين لا يزيد بزيادة الأجل¹.

وقد يشترط البنك أو المؤسسة المالي غرامة تأخيره على العميل المماطل على ذلك في العقد في حال تأخر عن الوفاء بالدين ويلتزم العميل بدفعها.

ثانياً: شروط التقسيط

- أن تكون آجال الدفع معلومة للطرفين، حيث يحدد البنك أو المؤسسة المالية أوقت دفع الأقساط بتواريخ محددة ومعلومة للعميل لأن التخلف عن تاريخ دفع القسط يؤدي إلى الإخلال بالالتزام وينجر عليه مسؤولية تقع على العميل كالفسخ أو حلول جميع الأقساط...الخ.

- أن يكون القسط معلوماً ومحدد بين الطرفين، وحسب الاتفاق بينهما حيث يمكن أن تكون الأقساط بنسب ثابتة كأن تكون الأقساط بقية محددة واحد طول أجل الدف أو أن تكون بنسب متغيرة ولكن محددة الثمن كأن يكون القسط الأول ببلغ والقسط الثاني بمبلغ أقل ومحدد وهكذا. ولا ينبغي أن يرجع إلى إرادة أحدهما بأن يدفع ما شاء في وقت حلول أجل القسط.

ثالثاً: طرق الوفاء بالثمن

رغم أن المشرع الجزائري لم يعرض في أحكامه لكيفية الوفاء بالثمن في القواعد العامة، ومن ثم فلا حرج أن يتم ذلك نقداً من يد إلى يد، وللطرفين أن يتفقا على خلاف ذلك أو حسب شروط العقد إذا تطرقت لها، وعليه يمكن أن يكون الدفع عن طريق حوالة بريدية، أو تسليم صك أو غيره من وسائل الدفع التقليدية، أو الإلكترونية الحديثة مثل بطاقة السحب أو بطاقة ائتمان أو بطاقة الدفع الشهري، أو بطاقة ائتمان مسبقة الدفع، وقد يتم الوفاء عن طريق مقاصة...

غير أن حرية الأطراف هذه قد تكون مقيدة قانوناً، فتكون طرف الدفع محددة وجوباً أو يتم دفع الثمن بين يدي الموثق حفاظاً على بعض المصالح.

¹ - محمد عبد الحليم عمر، نفس مرجع سبق ذكره، ص 26.

1- وسائل الدفع الكتابية:

جاء في نص المادة 6 فقرة 1 من القانون رقم 05-01 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما¹: "يجب أن يتم كل دفع يفوق مبلغا يتم تحديده عن طريق التنظيم، بواسطة وسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية" وذلك تحت طائلة عقوبات جزائية، وحددت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15-153² مقدار الدفع الذي يجب أن يتم عن طريق القنوات البنكية والمالية كما يلي: "...كل المبادلات التي تساوي أو تفوق المبالغ المحددة أسفله، بوسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية والمالية:

- خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج) لشراء أملاك عقارية،
- واحد مليون دينار (1.000.000 دج) لشراء:
- اليخت وسف النزهة، شرعية كانت أم لا، مزودة بمحرك مساعد أو لا،
- معدات متحركة..."

قصد المشرع من خلال هذه المادة وسائل الدفع الكتابية عن طريق النقود المصرفية³ وهي الأرصدة الدائنة للحسابات الجارية والودائع تحت الطلب المفتوحة لدى البنوك المختلفة ومراكز البريد والمواصلات والخزينة العمومية وصناديق الادخار وغيرها من الهيئات المالية. حيث تتميز هذه الوسائل من طريقة تداول وانتقال ملكيتها من شخص إلى آخر، إذ يتم ذلك دون حاجة إلى دفع نقود معدنية أو ورقية فهي مجد قيود أو كتابات تدون بحسابات البنوك والمؤسسات المالية، فانتهال ثمن المراجعة من حساب العميل إلى حساب البنك أو المؤسسة المالية من خلال خصم مبلغ ثمن المبيع المتمثل في القسط الشهري من رصيد العميل وإضافته إلى رصيد البنك أو المؤسسة المالية.

أما المقود بوسائل الدفع الكتابية فنكرت المادة 4 من المرسوم السابق: "... كل وسائل الدفع التي تسمح بتمويل الأموال عن طريق القنوات البنكية والمالية لا سيما:

- الصك،
- التحويل،
- بطاقة الدفع،
- الاقتطاع،

¹ - القانون رقم 05-01، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، سبق ذكره.

² - المرسوم التنفيذي رقم 15-153، مؤرخ في 28 شعبان عام 1436 الموافق 16 يونيو 2015، يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الكتابية من طريق القنوات البنكية المالية، ج.ر.ج، العدد 33 الصادرة 2015

³ - علي فيلالي، العقود الخاصة-البيع، مرجع سبق ذكره، 304.

-السفتجة، السند لأمر،

-وكل وسيلة دفع كتابية أخرى ينص عليها القانون".

2- دفع الثمن لدى الموثق

أوجب المشرع الجزائري في بيع العقار أن يتم البيع تحت يدي الموثق حيث جاءت الفقرة 1 من المادة 325 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري: "...تحت طائلة البطلان، تحرر العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية، أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم شركة أو حصص فيها.. في الشكل الرسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد". وأما المادة 256 من قانون التسجيل المعدلة¹: التي تكرر هي أيضا دفع ثمن بين يدي الموثق، إلا أن صيغة الدفع هذه تعني خمس الثمن فقط، إذ تنص: "1- يجب أن يدفع لزوما خمس (5/1) ثمن نقل الملكية في جميع العقود الموثقة المتضمنة نقلا كاملا لملكية لقاء عوض أو لملكية الرقبة أو حق الانتفاع لعقارات أو حقوق عقارية وكذلك المحلات التجارية أو الزبائن.

وتماشيا مع متطلبات الصيرفة الإسلامية قام المشرع الجزائري بتحديد الحقوق الواجب تحصيلها بمناسبة تسجيل وإشهار العقود المحررة في إطار الصيرفة الإسلامية، والتي تخص نقل ملكية عقارات، والتي تكون بإحدى الصيغ الإجارة بالتملك، أو المراجعة العقارية. أن عملية تسجيل العقود تخضع للرسم المنصوص عليه في قانون التسجيل، وأنه يجب مراعاة ما تنص عليه أحكام قانون المالية في نص المادة 13 التي تنص على أن تعفى من رسم نقل الملكية المنصوص عليه في المادة 252 من قانون التسجيل البنوك والمؤسسات المالية، فيما يخص كل العمليات المتعلقة بنقل ملكية العقارات ذات الاستعمال السكني المكتتة باسمها في إطار عمليات التمويل بصيغتي المراجعة وإجارة منتهية بالتملك، من أجل اقتناء السندات لفائدة الخواص.

وقد جاء في مذكرة موجهة لرئيس الغرفة الوطنية للموثقين²، تحت عنوان تسجيل العقود المحررة في إطار الصيرفة الإسلامية بتاريخ 2020/01/16، حيث طلب رئيس الغرفة الوطنية للموثقين توضيحات حول الحقوق الواجب تحصيلها بمناسبة تسجيل وإشهار هذه العقود نتيجة الاختلافات المسجلة بمناسبة تسجيل العقود المحررة في إطار الصيرفة الإسلامية، العقود المتضمنة اقتناء عقارات ذات استعمال سكني في إطار التمويل البنكي الإسلامي، تُسجل بدفع حقوق التسجيل كما يلي:

¹ -أمر رقم 76-105، مؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 هـ الموافق 9 ديسمبر سنة 1976م، يتضمن قانون التسجيل، متمم ومعدل قانون التسجيل، 2024.

² -موقع جريدة الشروق: مقال بتاريخ 2022/02/06 على الرابط <https://www.echoroukonline.com> بتاريخ

2023/05/06 على الساعة 18: 39

- أولاً: العقد المتضمن عملية شراء العقار والمبرم بين البنك والبائع -لفائدة المستفيد- يُسجل مقابل دفع حقوق التسجيل بنسبة 2.5 بالمئة يتكفل بها البائع، تُحتسب على مبلغ العقار المصرح به في العقد، مع الإشارة إلى إلزامية إيداع الخمس من ثمن البيع، بمرأى وبين يدي الموثق محرر العقد، وهو الإجراء المنصوص عليه في أحكام المادة 256 فقرة 1 من نفس قانون التسجيل.

- ثانياً: العقد المتضمن عملية بيع العقار والمبرم بين البنك البائع والزبون المتعامل معها -المشتري- يسجل مقابل تسجيل الرسم بنسبة 2.5 بالمئة من طرف المشتري، يحتسب من ثمن العقار بعد خصم هامش الربح، المحدد مسبقاً في عقد المراجعة وهذا طبقاً لما تنص عليه أحكام المادة 27 من قانون التسجيل.

ونبهت المذكرة، أنه وبموجب أحكام المادة 12 من قانون المالية التكميلي لسنة 2021، التي عدلت أحكام المادة 257 من قانون التسجيل، أن هذه العملية معفاة من إيداع الخمس من ثمن العقار بمرأى وين يدي الموثق محرر العقد.

الفرع الثالث: تقديم هامش الجدية في عقد المراجعة:

رغم تحدد مفهوم هامش الجدية من قبل جل فقهاء القانون وبعض الهيئات الإسلامية إلا أن هناك من الفقهاء يعتبر هامش الجدية ما هو إلا عربون يدفع في المرحلة الابتدائية في عقد المراجعة، وعليه سنعرض مفهوم هامش الجدية ثم نعرض مقارنة بين هامش الجدية والعربون

أولاً: مفهوم هامش الجدية:

هامش الجدية فقد عرفة كذلك معيار المحاسبة المالية رقم (28) المراجعة والبيع الآجلة الأخرى الصادر عن (أيوفي)،¹ بأنه "هو المبلغ المدفوع من قبل المشتري الذي ينوي الشراء وذلك على سبيل الضمان الذي سيتحول إلى دفعة مقدمة كجزء من سعر البيع، بموجب الوعد بالشراء. وبموجب الشروط التعاقدية، يمكن للبائع الاحتفاظ بالعربون في حالة عدم وفاء المشتري بالوعد بالشراء". وكذلك جاء تعريف آخر لهامش الجدية في المعيار الشرعي المتعلق بالمراجعة للأمر بالشراء رقم (8)² في البند 3/5/2: ".....مبلغاً نقدياً يسمى هامش الجدية، يدفعه العميل بطلب من المؤسسة من أجل أن تتأكد من القدرة المالية للعميل، وكذلك لتطمئن على إمكان تعويضها عن الضرر اللاحق بها في حال نكول العميل عن وعده الملزم"

¹ -معيار المحاسبة المالية رقم (28) المراجعة والبيع الآجلة الأخرى، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (للأيوفي)، يومي 2-4 محرم 1439، الموافق لـ 22-23 سبتمبر 2018، مكتب أيوفي، البحرين، ص 8

² - المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 94

فهامش الجدية تلجأ إليه البنوك والمؤسسات المالية لضمان جدية الشراء من قبل العميل في حال تحقق ضرر تخلفه عن الشراء، فيقوم عندئذ بخصم مبلغ من هذا الهامش بشرط أن يكون مساوياً للضرر الذي لحق به.¹

وأما هامش الجدية فقد تناوله المشرع الجزائري في المادة 12 من تعليمية² 03-20 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية: "يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يشترط على الأمر بالشراء وديعة ضمان تسمى هامش الجدية تمثل تعهداً بجدية الأمر بالشراء"

ولقد ذهب العلماء المعاصرون إلى القول بجواز العربون في المراجعة³، ولكنهم استبدلوا لفظ العربون بلفظ هامش الجدية لأن العربون لا يصح إلا بعد العقد لا قبله.⁴

يلتزم الواعد بالشراء بدفع نسبة من قيمة البضاعة، عند التوقيع على الوعد، على أساس أن هذا المبلغ هو تأمين لضمان جدية الواعد، وتنفيذ التزامه للبنك وقد صدرت بذلك فتوى عن مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت سنة 1983، ونص على جواز أخذ العربون في عمليات المراجعة وغيرها، بشرط ألا يستقطع من العربون المقدم إلا مقدار الضرر الفعلي المتحقق عليه من جراء نكول العميل. وهكذا نجد أن هامش الجدية يختلف عن العربون بمعناه الفقهي، والذي يحق للبائع أخذه كاملاً، إذا عدل المشتري عن الشراء. وفي ظل هذا الاختلاف رأى بعض الفقهاء أن العربون لا يصح أن يكون في المراجعة، إلا بعد عقد البيع، لأن العربون دفعة أولى من ثمن المبيع، في حال اختيار إمضاء البيع، في عقد استكملت الشروط والأركان؛ والمواعدة على البيع والشراء لا تعتبر بيعاً ولا شراءً⁵ وقد صدر بذلك قرار مجمع الفقهاء الإسلامي، حيث جاء في قراره بشأن العربون⁶ بأنه لا يجري في المراجعة للأمر بالشراء في مرحلة المواعدة، ولكن يجري في مرحلة البيع التالية للمواعدة.

¹ - عمر يوسف عابنه، هامش الجدية وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد 5، العدد 6، 2021، ص 69

² - المادة 12 من التعليمية 03-2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، مرجع سابق.

³ - ابن تاسة، مرجع سبق ذكره، ص 248.

⁴ - رفيق يونس المصري، بيع العربون، ط 2، دار المكتبي، دمشق، 1430 هـ = 2009 م، ص 40-41.

⁵ - خوجة، الدليل الشرعي للمراجعة، مرجع سبق ذكره، ص 117-118.

⁶ - قرار رقم 85/3/76 بشأن بيع العربون، مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد 8، ج 1، ص 793

ثانياً: مقارنة بن هامش الجدية والعربون:

أن الغرض الأساسي من هامش الجدية وأهميته للبنوك والمؤسسات المالية أنه يستوفى مباشرة بعد طلب العميل ووعده بإتمام موضوع العقد، وهو في هذا يتشابه مع صورة العربون وألية عمله، والغاية منهما

التحوط والضمان، فهو يمثل نسبة قليلة من مجموع مبلغ العقد ويدفع سلفاً قبل إتمام العقد، حيث يطالب به البنك أو المؤسسة المالية كضمانة من بين الضمانات المفروضة على العميل. أما العربون يقع ضمن العقد وجزء من الثمن وليس فقط مقابل حق الفسخ، فما يدفع قبل العقد لا يعتبر عربوناً وإنما شيئاً آخر، ويصح أن يكون نقداً أو عينا أو منفعة يدفعه العميل للبنك أو المؤسسة المالية في مدة معلومة يكون فيها الخيار للمشتري بإمضاء العقد من عدمه، فإن تنازل المشتري عن الحق وقرر إنفاذ العقد اعتبر جزء من الثمن المطلوب تكملته، وإذا اختار حق فسخ العقد خسر هذا العربون، بينما نجد ذلك مختلفاً في هامش الجدية الذي يقع قبل العقد، وهو أمانة لدى الحاصل عليه، ولا يستحق منه إلا مقدار الضرر إن وقع¹.

والتفريق بين هامش الجدية والعربون، أوضحه معيار المراجعة، الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

وقد جاء في معيار المراجعة من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما يلي: 3/5/2² "يجوز للمؤسسة في حالة الإلزام بالوعد أن تأخذ مبلغاً نقدياً يسمى (هامش الجدية)، يدفعه العميل بطلب من المؤسسة من أجل أن تتأكد من القدرة المالية للعميل، وكذلك لتطمئن على إمكان تعويضها عن الضرر اللاحق بها في حال نكول العميل عن وعده الملزم، وبذلك لا تحتاج المؤسسة إلى المطالبة بدفع تعويض الضرر، وإنما تقتطع ذلك من مبلغ (هامش الجدية)، ولا يعتبر هامش الجدية عربوناً، وهذا المبلغ المقدم لضمان الجدية إما أن يكون أمانة للحفظ لدى المؤسسة، فلا يجوز لها التصرف فيه، أو أن يكون أمانة للاستثمار بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة الشرعية بين العميل والمؤسسة."

وعليه فقد فصل المعيار بين مصطلح العربون، ومصطلح هامش الجدية، خاصة وأن بعض المصارف درجت على استخدام الأول بمعنى الثاني؛ إذ إن العربون بلغة الفقهاء هو: مبلغ من المال، يدفعه العميل إلى البائع، على أن يكون جزءاً من الثمن إن اختار العميل شراء السلعة، وإلا فإنه يذهب للبائع.

¹ - عمر يوسف عابنه، مرجع سبق ذكره، ص 70.

² - المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 94.

أما هامش الجدية فهو: المبلغ الذي يدفع للمأمور (العميل)، تأكيداً على جدية الأمر في طلب السلعة. فإن عدل الأمر في حالة الإلزام، جبر الضرر الفعلي من هذا المبلغ، ويعاد الباقي إلى الأمر. فإذا لم يف هامش الجدية بالضرر، فللمأمور أن يعود على الأمر بما تبقى من الخسارة، ويجوز للدائن أن يطلب ضماناً من المدين، ويجوز أن تكون السلعة المباعة من الضمانات.

الفرع الرابع: تقديم الكفالة في عقد المراجعة:

يعتبر عقد الكفالة تأمين شخصي في تسهيل المعاملات المالية والتجارية، حيث يجسد عقد الكفالة الصورة المثلى للتأمينات الشخصية التي تقوم على توسيع وعاء الضمان العام وتدعيمه، من خلال التنفيذ على الذمة المالية لشخصين أو أكثر وذلك بالرجوع على المدين الأصلي والكفيل في حالة إعسار مدينه أو عجزه عن الوفاء بالكفالة الشخصية باعتبارها ضماناً قانونية مقررة لحماية أموال البنك أو المؤسسة المالية من الضياع فهي وسيلة تبعث في نفسه مزيداً من الثقة والاطمئنان، فتقرب البنك أو المؤسسة المالية من العميل (الزبون أو الأمر بالشراء) وتسهل لتعامل بينهما وتزيد في الائتمان، فإن تطبيقها على أطراف العلاقة تخضع لنظام قانوني مستقل بذاته، عن عقد المراجعة له أحكامه الخاصة به.

وقد عرف بعض الفقهاء الكفالة بأنها "عقد يتضمن إلزام شخص بحق واجب على غيره، وإشراك نفسه معه في المسؤولية به تجاه الطالب"¹.

والمرجع الجزائري عرف الكفالة في المادة 644 من القانون رقم 07-05، تتضمن قانون المدني الجزائري²: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه"

ومن هذا التعريف يظهر لنا أن عقد الكفالة نشأ عن وجود علاقة مديونية تقوم بين دائن ومدين، وأن الكفيل إنما يأتي لضمان الوفاء بهذه المديونية، وأنه لولا عقد الكفالة لظل الكفيل غريباً عن هذه العلاقة.

كما يتبين لنا من هذا التعريف أن الكفالة هي عقد يتم بين شخصين أساسيين هما الدائن في الإلتزام الأصلي والكفيل غير المدين الأصلي، فهو ليس طرفاً في عقد الكفالة بل يظل أجنبياً عنه، ولا يشترط رضائه وموافقته، وبالرغم من ذلك فالمدين يلعب دور مهم في وجود الكفيل، فهو ما تبرع إلا ليضمن إلزام هذا المدين لدائنه، وليوفر له الثقة لدى دائنه، وبالتالي فهو يمنح هذا الأخير الأمن والأمان.³

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دار القلم، دمشق، 1425هـ=2004م، ص 608.

² - المادة 644 من القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

³ - زهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة المدنية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار الامل، الجزائر، 2001، ص 24.

وترتكز الكفالة على إلزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به فهي تابعة دائمة له، ولأن الكفالة ترتب إلزام شخصي في ذمة الكفيل محله الوفاء بالإلتزام الأصلي إذا لم يف به المدين.

ويعد إلزام الكفيل هو تابع لإلتزام المدين الأصلي في وجوده وانقضاءه وصحته وهذا ما جاء في المادة 648 من القانون رقم 07-05، التضمن قانون المدني الجزائري¹، وأيضا في بطلانه وفي أوصافه، كما لا ينبغي أن يفهم من العبارة الواردة في التعريف السابق: إذا لم يف به المدين أن إلزام الكفيل إلزام معلق على شرط واقف هو عدم وفاء المدين الأصلي، لأن إلزام الكفيل هو إلزام بات يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة، ويراد من هذا التعليق إبراز صفة التبعية لإلتزام الكفيل التي تجعله ملتزما من الدرجة الثانية، فالدائن ملزم بأن يطالب المدين الأصلي أولا، وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل².

أولا: أنواع الكفالة في التشريع الجزائري:

ينقسم عقد الكفالة من حيث مصدرها إلى كفالة قانونية واتفاقية، قضائية

1-الكفالة القانونية:

تكون الكفالة قانونية متى نص عليها القانون، بمعنى أنه قد يلتزم المدين في بعض الأحيان بتقديم كفيل بناء على نص قانوني، وبذلك يكون مصدر إلزام المدين بتقديم الكفيل في هذه الحالة هو القانون.

وتكون هذه الكفالة في الأحوال التي يلزم فيها على المدين تقديم كفيل للدائن، وذلك حسب نص المادة 851 ق م ج والتي تنص على أنه: "إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به فإن لم يقدمها بيع المال ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها، وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك بشرط أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع، وله نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما هلك من الأصل بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة". بمعنى أن تلزم المنتفع بالمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بالتزامه أو برد المنقول أو بدله³.

¹ -المادة 648 قانوني المدني: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا"

² -زهية حورية سي يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 25

³ -معزوز دليلة، محاضرات في مقياس التأمينات العينية والشخصية-الرهن الرسمي، الكفالة، مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2020-2021، ص 95.

وأيضاً ما تضمنته المادة 212 من قانون رقم 07-05، تتضمن قانون المدني الجزائري¹، والتي إجازة للدائن قبل انقضاء أجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين إن خشي إفلاس المدين.

2- الكفالة الاتفاقية

يعد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبدئ التي يبنى عليها العقد، وعليه فإن الكفالة تكون دائماً اتفاقية حيث إذا كان مصدر إلزام المدين بتقديم كفيل هو الاتفاق القائم بينه وبين الدائن أو بينه وبين شخص آخر يشترط لمصلحة الدائن، فالكفالة هنا توصف بأنها اتفاقية، فهي تعتبر اتفاق بين الدائن والمدين على أن يقوم المدين بتقديم كفيل، مقابل أن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه بأن يؤدي خدمة للمدين أو للدائنة².

فالكفالة الاتفاقية هي التي يكون المدين قد التزم بإرادته أن يقدمها للدائن، وتعتبر اتفاقية ولو لم يقر المدين بتقديمها إلا بعد إكراهه على ذلك قضاء³، ويلحق بالكفالة الاتفاقية الكفالة التي يتطوع المدين بتقديمها دون أن يكون ملتزماً بذلك، بل يمكن القول إن الكفالة تعتبر اتفاقية في كل الأحوال التي لا يكون فيها المدين ملزماً بتقديم كفيل بناء على نص في القانون أو بموجب حكم قضائي.

3- الكفالة القضائية:

الكفالة القضائية هي الكفالة المقررة عن طريق القاضي بعد أن يرى القاضي وجوب تقديم كفيل من قبل المدعى عليه لكي يضمن حق المدعي بالحق، وهناك أسباب التي يرى القاضي فيها أن مصالح الطرف الآخر سوف تتضرر إذا لم يقدم كفيل يضمن أقواله أو حضورها، وأي أمر يأمر به القاضي وذلك جملة من الأسباب التي تؤدي بالقاضي إلى اتخاذ إجراءات مثل هذه، وإذا كان الكفيل المراد تقديمه منصوص عليه في الاتفاق أوفى العقد، فإذا أمر القاضي على أساس ذلك فإنه يغير من طبيعة الكفالة القضائية ما دام أمر بها القاضي حتى ولو كان منصوصاً عليها في العقد أوفى الاتفاق وعليه فإن الكفالة القضائية هي جوازيه وليست جزائية، إنما يلجأ إليها القاضي للحفاظ على مصالح الأفراد واحترام هيبة وكرامة القضاء⁴.

¹ -أنظر المادة 121 من القانون المدني، مرجع سبق ذكره

² - سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية-الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص33.

³ - مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة- عقد الكفالة، ط3، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1994، ص21.

⁴ -زهراء خليل إبراهيم، عقد الكفالة وأثره على الغير، بحث لنيل شهادة البكالوريوس في القانون، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، مصر، 2017، ص17.

ثانيا: ضوابط الشرعية لكفالة في عقد المراجعة

وحسب التطبيق العملي لكفالة في بيع المراجعة للأمر بالشراء، من قبل البنوك تظهر مسألتين:

-**المسألة الأولى:** مطالبة العميل بكفيل، فبعض البنوك في تطبيقها للمراجعة تطالب العميل الواعد بالشراء بكفالة شخص آخر ملئ، لضم ذمته إلى ذمة العميل، لتوثق استيفاء الدين، عند عجز العميل المدين عن الوفاء¹، وهذا الأمر جائز شرعا، إذا أنه شرط لا يخالف مقصود العقد، بل يؤكد، وقد جاء في مقررات ندوة البركة الأولى أنه: "يجوز أخذ الكفيل في بيع المراجعة بالأجل، شأنه في ذلك شأن أي بيع بالأجل"²

-**المسألة الثانية:** كفالة العميل للبائع³، الأصل في بيع المراجعة أن يقوم البنك بنفسه بشراء البضاعة، الموعود ببيعها مرابحة للعميل، وأن يتحمل جميع المخاطر التجارية المعهودة من تبعة الهلاك، والرد بالعيب، وغيرها.

ولكن نتيجة عدم معرفة البنك للبائع الذي يكون غالبا من اختيار الواعد، فإن البنك يطلب أحيانا أن يضمن العميل الواعد بالشراء حسن أداء البائع، وذلك بتوقيعه على كفالة، يتحمل بموجبها ما سيدرك البنك من أضرار، نتيجة عدم تنفيذ البائع لالتزاماته، أو التقصير فيها⁴

وقد أجازت العديد من الهيئات الشرعية هذه الكفالة، التي يقدمها العميل في مرحلة الوعد، فيكون ضامنا للضرر، ولكن لا على سبيل إلزامه حينئذ بعقد المراجعة الذي وعد به، لأن محل العقد أصبح معدوما أو معيبا، فهي كفالة مستقلة عن المراجعة سابقة لها، أي أنها كفالة لشيء مستقبلي، ويطلق عليها الفقهاء **كفالة الدرك**، وهو اللحاق في اللغة وكفالة الدرك هي خلوص المال المبيع من كل حق قد يلحق المبيع لغير البائع، ففيه ضمان للمشتري إذا ظهر المبيع مستحقا، كأن يظهر مملوكا لغير البائع، أو مرهونا أو وقفا، فإذا كان الأمر كذلك، ضمن الكفيل رجوع الثمن للمشتري، أو إحضار البائع للقضاء.

إن ضمان الواعد بالشراء يجب أن ينحصر في حسن أداء البائع الأصلي لالتزاماته، بشأن تسليم المبيع، أما حالات العطب والهلاك والتلف، فلا يجوز النص على تحمل الواعد بالشراء ضماها، لأن ضمانه ليس مطلقا، ويجب أن يبقى هذا النوع من المخاطر مسؤولية البنك في جميع الأحوال.

ومع ذلك فإن الأولى اجتناب هذه الكفالة في بيع المراجعة، لما فيها من شبهات، ولا سيما تقليص دور البنك، وجعله أقرب إلى التمويل الربوي منه إلى ممارسة التجارة، التي من مقتضياتها تحمل المخاطرة، والبنك إنما يشتري لنفسه فعليه أن يتحمل تبعات شرائه، ولا يحمل العميل هذا التبعات، ويلقي ها على كاهله، ويكلفه ما لم يكلفه الله به.

¹ -أنظر: حسام الدين موسى عفانة، بيع المراجعة للأمر بالشراء، مرجع سبق ذكره، ص 117.

² - خوجة، الدليل الشرعي للمراجعة، ص 269

³ - بن تاسة محمد، مرجع سبق ذكره، ص 255.

⁴ - خوجة، الدليل الشرعي للمراجعة، ص 124.

يدعم ذلك ويؤيده أن البنك يفترض فيه أن يبحث عن أفضل عروض للسلعة المطلوبة، فهذا هو الأصل، مع جواز أن يقوم بالشراء من البائع الذي حدده الواعد وفي هذه الحالة ينبغي للبنك أن يتأكد من عدم وجود تواطؤ بين الواعد بالشراء والبائع.

الفرع الخامس: تقديم الرهن في عقد المراجعة

يعد الرهن من بين الضمانات التي يقدمها العميل (زبون / أمر بالشراء)، في عقد المراجعة الذي يبرمه مع البنك أو المؤسسة المالية، حيث يفرض عليه تقديم رهون تكون ضامنة لاستيفاء حقه في حالة عسر المدين، وعلية سوف نعرض تعاريف لأنواع الرهون، ثم نعرض الضوابط الشرعية للرهن في عقد المراجعة.

أولاً: أنواع الرهن

عدد الفقهاء القانوني نوعين من الرهن وهما الرهن الرسمي والرهن الحيازي، التي تطبق في مختلف التشريعات للدول، إلا أنه لأهمية التي كانت تضمنها هذه الرهون في الائتمان البنكي، قد أورد المشرع الجزائري قوانين خاصة لأحد أنواع الرهن الرسمي والمتمثل في الرهن القانوني والذي خص به البنوك والمؤسسات المالية لتسهيل عمليات الائتمان المبرمة بينها وبين العملاء.

1- الرهن الرسمي:

عرفه بعض فقهاء الإسلام بأنه "إعطاء من يصح تصرفه ما يجوز بيعه وثيقة بحق"¹، وكذا عرفه ابن قدامة بقوله: "المال الذي يجعل وثيقة بالدين، ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه". وعلى ضوء هذين التعريفين يمكن أن يعرف الرهن بأنه: "جعل عين مالية أو ما في حكمها وثيقة بدين يستوفي منها، أو من ثمنها، إذا تعذر الوفاء"².

والمشرع الجزائري عرف الرهن الرسمي في المادة 882 من القانون المدني³: "على أنه عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً، 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"

ما نستخلصه من هذه المادة أن الرهن الرسمي يطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار مخصص لوفاء دينه، حيث يكون للدائن بموجبه هذا العقد حق التقدم في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون، كما له أن يتقدم بموجب هذا الحق العيني ليس فحسب على الدائنين العاديين لمالك

¹ بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ضبط وتصحيح: أحمد بن عبد الكريم نجيب،

ج1، ط1، مركز نجويه للطباعة والنشر والدراسات، القاهرة، مصر، 1429هـ=2008م، ص 632

² - بند رقم 2 من المعيار الشرعي رقم (39) - الرهن وتطبيقاته المعاصرة، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، مرجع سبق ذكره، ص 534.

³ - المادة 882 من القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

العقار المرهون، بل على الدائنين الذين لهم حق عيني آخر على هذا العقار من دائنين مرتهنين وأصحاب حقوق التخصيص إذا كانوا متأخرين في المرتبة، أي مقيدين بعد تاريخ قيد الدائن المرتهن.

عادة ما يلجأ الدائن المرتهن في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون للتنفيذ على هذا العقار. وبيعه بالمزاد العلني ولكن العقار المرهون قد يهلك قبل بيعه بالمزاد العلني. كأن يتعدى الغير على العقار المرهون. فيتحول حق الدائن المرتهن إلى قيمة هذا العقار كمبلغ تعويض. أو مبلغ تأمين في حالة التأمين على العقار عند إحدى شركات التأمين. أو مبلغ مقابل في حالة نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة. كما أن للرهن الرسمي ثلاثة أنواع وهي الرهن الاتفاقي والرهن القضائي والرهن القانوني، والذي سوف نتطرق إليه في فرع خاص به لأنه

2- الرهن الحيازي:

نظمه المشرع الجزائري الرهن الحيازي من المادة 948 إلى 981 من القانون المدني الجزائري، وقد عرفت المادة 948 الرهن الحيازي كما يلي: " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

ويلاحظ على المادة أنها تضمن تعريف للرهن الحيازي باعتباره مصدرا لحق الرهن فعبارة الرهن الحيازي تطلق إما على العقد باعتباره مصدرا للحق وإما على الحق العيني ذاته الذي أنشأه هذا العقد، وقد تضمن النص في ذات الوقت تعريفا كحق الرهن الحيازي عن طريق بيان مضمونه بقولها: " يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون " أهم ما يتميز به عقد الرهن الحيازي هو انتقال الحياة من الراهن إلى المرتهن أو أي أجنبي يعينه المتعاقدان، والمرتهن يصبح حائزا للشيء المرهون وصاحب حق في حبس حتى يستوفي دينه.

ولكننا عندما نتكلم عن الرهن إنما ينصرف العقد إلى حق الرهن وليس للعقد المنشئ له لذلك كان من الأولى تعريف الرهن الحيازي باعتباره حقا على أنه: " حق عيني تبقي يقوم على نقل الحياة المال الذي يترتب عليه الدائن المرتهن الذي يستطيع بمقتضاه حسب هذا المال في استيفاء حقه وتكون الأولوية على ثمة في أي يد يكون". فتخلي الراهن عن حياة المال المرهون هي جوهر هذا الرهن ولذلك يطلق عليه اسم الرهن الحيازي.

الضمانات التي يوفرها الرهن الحيازي في المرابحة:¹

يعد الرهن الحيازي من الضمانات التي يمكن أن يلجأ إليها العميل من أجل تعزيز أو تدعيم ضمانه الشخصي في عقد المرابحة ومما يزيد من فرصه في إبرام عقد المرابحة من البنك أو المؤسسة المالية، إضافة إلى أن بعض البنك والمؤسسة المالية تفرضه على العميل وتعهده شرط من شروط عقد المرابحة، وهذا لما يتمتع بخصائص جوهرية تجعله من أكثر الضمانات فعالية في مجال الائتمان ومن أهمها لحماية البنك أو المؤسسة المالية من إفسار العميل أو إفلاسه، أو تماطله عن الوفاء بالدين المرابحة.

إن حماية البنك أو المؤسسة المالية بصفته المرتهن في الرهن الحيازي تجد أساسها وشرعيتها في الميزة الأساسية التي تميزه والمتمثلة في انتقال الحيازة إلى المرتهن والتي تعتبر من أهم الضمانات التي يمنحها هذا الرهن لصاحبه، إذ تعتبر جوهر هذا الرهن وشرط لنفاذه.

وتظهر أهمية اشتراط نقل الحيازة كشرط عام لنفاذ الرهن الحيازي في إعلام الغير بتعلق حق البنك أو المؤسسة المالية المرتهن بالمبيع المرهون بالرغم من بقاءه تحت ملكية العميل الراهن، إذ يحمي البنك أو المؤسسة المالية من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في حال انتقال المبيع المنقول المرهون إلى الغير حسن النية، باعتبار أن بقاء المبيع المرهون بين يدي العميل يسهل له التصرف فيه وتسليمه إلى الغير مما يؤدي بالإضرار بحقوق البنك أو المؤسسة المالية وتعريضها للخطر.

والملاحظ أن الرهن الحيازي يرد على المنقول كما يرد على العقار، وفق القانون إلا أنه في الواقع العملي فإن غالبية المتعاملين بالرهن وخاصة البنوك هجرت الرهن الحيازي، لما يكلفها من التزامات مرهقة كأعباء المحافظة على المبيع المرهون وصيانتها وإدارته، مع تحمل مسؤولية كبيرة في حال الإخلال بهذه الالتزامات، ويكون الرهن الحيازي مدنيا وهو ما أورده المشرع في المواد الخاصة برهن المنقول من المادة 969 إلى 981 من القانون المدني الجزائري، وقد يكون تجاريا من خلال نصوص القانون التجاري في القسم الثالث من الفصل السادس تحت عنوان " الدائنين ذوي الرهون والدائنين أصحاب الامتيازات على الأموال المنقولة "، بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في قوانين خاصة مثل قانون النقد والقرض 03-11 من خلال المواد 121 إلى 124 منه.

2- الرهن القانوني:

نظم المشرع الجزائري الرهن القانوني في نصوص خاصة متفرقة، منها قانون المالية 2003، وقد أصدر بعد ذلك النص المنظم هذه المادة المتمثل في المرسوم التنفيذي 06-132 المتعلق بالرهن القانوني

¹ - بنت الخوخ مريم، دور الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020-2021، ص 213

المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية وصندوق ضمان الصفقات العمومية¹، وهذا الرهن يتميز بأهمية خاصة في مجال التعامل الائتماني، لأنه يؤمن الدائن ضد خطر إعسار المدين المحتمل، وهو مفيد للمدين أيضا لأنه يشجع الدائنين على الثقة به، ومنحه ما يحتاج إليه من عقود وقروض².

يعد الرهن القانوني أحد أنواع الرهن الرسمي، وقد تم منحه في البدائية لفائدة البنوك والمؤسسات المالية بموجب القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقروض طبقا للمادة 179 منه، لكن وبعد وبإلغاء هذا القانون تم التخلي على هذا المبدأ، إلا أنه بصور القانون رقم 02-11 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002 المتضمن قانون المالية³ لسنة 2003، منح للبنوك والمؤسسات المالية حق الرهن القانوني طبقا لنص المادة 96 منه، كما تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 05-16 المتضمن قانون المالية لسنة 2006، حيث أضاف المشرع هيئة جديدة تستفيد من نفس الحق وهي صندوق ضمان الصفقات العمومية⁴، إلا أن صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المتعلق بالرهن القانوني لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، الذي جسد أحكام الرهن القانوني من الانعقاد إلى التنفيذ على العقار.

حيث عرفت المادة بموجب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-132 السابق، الرهن القانوني: "يهدف هذا المرسوم إلى تحديد كليات تطبيق أحكام المادة 96 من القانون رقم 02-11 المؤرخ في 20 شوال عام 1423 الموافق 24 ديسمبر سنة 2002 المعدلة بموجب المادة 56 من القانون رقم 05-16 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1426 الموافق ل 31 ديسمبر 2005 والمذكورين أعلاه ، والتي أسست رهنا قانونيا على الأملاك العقارية للمدينين لفائدة البنوك والمؤسسات المالية وصندوق ضمان الصفقات العمومية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها"⁵ وانطلاق من ذلك، تم تأسيس رهن قانوني على الأملاك العقارية للمدينين لفائدة البنوك، والمؤسسات المالية، وصندوق ضمان الصفقات العمومية، من أجل ضمان تحصيل الديون والالتزامات

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 3 أبريل 2006، المتعلق بالرهن القانوني لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، ج.ر.ج، العدد 21 الصادرة في 2006/04/05.

² - نجاه بوساحة، الرهن القانوني المؤسس للبنوك والمؤسسات المالية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016، ص 39

³ - القانون رقم 02-11 المؤرخ في 24/12/2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج.ر.ج، العدد 86 الصادرة في 2002/12/25.

⁴ - القانون رقم 05-16، المتضمن قانون المالية لسنة 2006، ج.ر.ج، العدد 85 لسنة 2005.

⁵ - المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132، المتعلق بالرهن القانوني لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، مرجع سابق.

التي تم الاتفاق عليها. وبناءً على ما سبق ذكره نستطيع القول إن الرهن القانوني ما هو إلا تأمين عيني، ينشأ لضمان دين معين عن طريق تخصيص عقار لسداده مع بقاءه في حيازة مالكه¹.

ثانياً: الضوابط الشرعية للرهن في عقد المرابحة:

الرهن في المرابحة يعد من الضمانات التي تسعى البنوك للحصول عليها لأن هم البنك في بيع المرابحة الآجلة هو ضمان الحصول على ثمن السلعة من العميل الواعد، ولا يخفى أن الرهن يعتبر من أهم وسائل تحقيق هذا الضمان، ولذلك تلجأ إليه البنوك على نطاق واسع، أحياناً بصورة الرهن المعروفة في الشرع، وأحياناً بصور أخرى معروفة عند الفقهاء، وإن لم يدرجوها تحت مسمى الرهن، كحبس المبيع عن المشتري إلى أن يسدد الثمن، وأحياناً أخرى بصور جديدة، لم يعهدها الفقه الإسلامي قديماً، ولم يتطرق إليها الفقهاء.

ونعرض فيما يلي لأهم الإشكالات الشرعية التي تثيرها أهم هذه الصيغ:

1- رهن المبيع على ثمنه:

لعل مما يميز حياتنا المعاصرة كثرة توسع الناس في المديات، فصار كثير من متوسطي الحال يلجئون إلى البيع الآجل لشراء حاجياتهم، ومعظم هؤلاء لا يملكون عقارات أو منقولات، يمكنهم رهنها مقابلاً لمشترياتهم، مما يحتم على البنك أو المؤسسة المالية البائع توثيقاً لحقه أن يطلب رهن السلعة المباعة بالمرابحة. وذلك من خلال رهن السلعة على ثمنها والتي اختلف الفقهاء في حكمها، ولقد نص مجمع الفقهاء الإسلامي على الجواز²: "لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة".

وجاء في معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن الرهن: "يجوز للبائع أن يشترط على المشتري في عقد البيع رهن المبيع، بثمنه المؤجل بعد قبض المشتري له حقيقة أو حكماً"³. حسب المعيار نلاحظ أنه يمكن رهن المبيع على ثمنه، وبالمقابل منع البائع من الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع أي منع حبس المبيع بثمن مؤجل حتى استيفاء ثمنه، والواقع أن هناك فروقاً بين المسألتين، من أهمها:

¹ - طيب عائشة، فكري أمال، دور الرهن القانوني في تأمين القرض البنكي، مؤلف جماعي، الرهن المتعلقة بالعقارات المبنية ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية - الإشكالات والضمانات، منشوران مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، نوفمبر 2020، ص 84

² - قرار رقم 2/6/53 بشأن بيع التقسيط، مجمع الفقهاء الإسلامي، العدد 6، 448/1.

³ - بند رقم 7/2/3 من المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (39) الرهن وتطبيقاته المعاصرة، هيئة المحاسبة والمراقبة للمؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 535.

أ- في مسألة الضمان: فالعين المحبوسة من البائع لاستيفاء ثمنها المؤجل إذا هلكت انفسح البيع، وليس للبائع شيء من ثمنها. أما العين المرهونة على ثمنها، فضمانها إذا هلكت من غير تعد ولا تفريط على المشتري الراهن.

ب- في مسألة التصرف: فحبس البائع للعين تصرف منه فيما لا يملك، ومنع للمشتري من التصرف في ملكه، وأما رهن المبيع على ثمنه فهو تصرف من المشتري في ملكه.

2- رهن المبيع على ثمنه رهنا رسميا:

يطلق علماء القانون على عقد الرهن المعروف في الفقهاء الإسلامي، والذي سبقت بعض أحكامه اسم الرهن الحيازي تمييزا له عن الرهن الرسمي الذي ظهر حديثا. ويقصد بالرهن الرسمي: "توثيق الدين بعين يسجل رسميا أنها مرهونة بذلك الدين، من غير أن يحوزها المرهن، ويترتب عليه ما يترتب على الرهن الحيازي"¹

وبذلك يتميز هذا النوع من الرهن بما يلي:

أ- أنه يختلف عن الرهن الحيازي في أن المبيع المرهون يبقى في يد المشتري الراهن فيحق له أن ينتفع به، ويستبقه عنده ويتصرف فيه بما لا يضر بالمرهن أو يضعف حقه فيه

ب- يمكن المرهن (البائع) من توثيق دينه وله الحق أن يستوفيه من ثمن الرهن عند العجز عن الوفاء، كما يتقدم به بقية الغرماء في الاستيفاء.

ج- يمكن لكل شخص أن يوثق دينه به خلافا للرهن الحيازي فإنه يتطلب أن يكون عند الراهن عين صالحة للرهن، وهو مستغن عنها.

وعليه يتضح أن الفرق بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي هو في مسألة القبض والظاهر أن مقصود الشرع من قبض الرهن هو تأمين الدائن المرهن، وإلقاء الثقة والطمأنينة لديه، من حبس المرهون تحت يده، حتى يستوفي منه دينه، وليس المقصود من اشتراط القبض تنفيذ المطلوب بدون معنى. وقياسا عليه يصح أن يقوم مقام القبض الحقيقي قبض مستندات الملكية: لأنها تثبت الحق في العين المرهونة، وتحقق حفظ المرهون وبقائه ضمانا للدائن، وتأمينا لمصلحته، فيقوم هذا مقام القبض المطلوب شرعا².

وهذا ما يؤيد القول بجواز الرهن الرسمي شرعا، إضافة إلى اعتبارات أخرى متعددة تعمم هذا الحكم، منها أن الرهن عقد جائز في حق المرهن، فيجوز له ألا يشترطه أصلا، ومن باب أولى أن يسقط بعض ذلك الحق، ومن ذلك أن يسقط القبض، باعتباره حقا له، لتمام والاستئمان وكذا أن الرهن الرسمي قد تعارف عليه الناس، وفي القول مشروعيته تسهيل عليهم؛ يتمكن توثيق الديون هذه الطريقة، لأنها لا

¹ ابن تركي سليمان، بيع التقييد وأحكامه، ط1، دار اشبيليا، الرياض، 1424هـ=2001م، ص 430.

² ابن تاسة محمد، مرجع سبق ذكره، ص 263

تتطلب تعطيل العين المرهونة من جهة، ولعدم قدرة كل الناس على تحصيل عين صالحة للرهن، ويمكن الاستغناء عنها من جهة أخرى¹.

ولقد أفتت بجوازه العديد من جهات الفتوى في العالم الإسلامي منها:

أ- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، إذ نصت أن من الضمانات التي على المؤسسة أن تطالب بها العميل: "...أو رهن سلعة محل العقد رهنا ائتمانيا رسميا دون حيازة..."².

ب - هيئات الرقابة الشرعية لبنك دي الإسلامي، والبنك الإسلامي السوداني³.

ج - الهيئة الشرعية لبنك البلاد الإسلامي السعودي، والتي وضعت ضوابط لبيع المراجعة، ومنها في المادة 67 من ضمانات المراجعة ومعالجة مديونيتها: "للبنك أن يطلب من العميل ضمانات مشروعة في عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء، ومن ذلك "...أو كان المرهون السلعة محل العقد، سواء كان الرهن حيازيا، أو رسميا دون حيازة..."⁴.

الفرع السادس: تقديم تأمينات على عقد المراجعة

تعد التأمين من الضمانات التي تطلبها البنوك والمؤسسات المالية عند إبرامها لعقود المراجعة مع العملاء وهذا لما لها من أهمية تعود عليها، حيث تمكنها هذه التأمينات من استيفاء مبالغ المالية المؤمن عليها في حال وقوع أخطار على المبيع، لذلك فإن بعض البنوك والمؤسسات اعتبر هذه التأمينات من العناصر المهمة في عقد المراجعة، وسوف نعرض مفهوم التأمين في الفقه الإسلامي والقوانين ثم نعرض عناصره المشكلة له، ثم نتطرق إلى التأمين في المراجعة.

وقد عرف التأمين في الفقه الإسلامي هو إلزام طرف لآخر بتعويض نقدي يدفعه له، أو لمن يعينه، عند تحقق حادث احتمالي مبين في العقد، مقابل ما يدفعه له هذا الآخر من مبلغ نقدي، في قسط أو نحوه.

ولقد تطرق المشرع الجزائري للتأمينات حيث عرفت المادة 619 من القانون المدني الجزائري⁵ التأمين بأنه "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

¹ - بن تركي سليمان، مرجع سابق، ص 433

² - عطية السيد فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المراجعة، ط1، دار النشر للجامعات، مصر، 1419هـ=1999، ص159.

³ - عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمراجعة، مرجع سبق ذكره، ص 263

⁴ - بنك البلاد، ضوابط عقد المراجعة، قرار الهيئة الشرعية رقم 15، موقع بنك البلاد: على الموقع:

⁵ - قانون القانون المدني، مرجع سبق ذكره. <https://www.bankalbilad.com/ar/about/sharia/Pages/decisions.aspx>, date:12/12/2022. h 18:36

⁵ - قانون القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

وذهبت المادة 02 من الأمر 95-07، الصادر في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات¹ في نفس السياق حيث تنص على "إن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني: عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المعين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى"

ولقد أوجبت عقود المراجعة وفق الضوابط الشرعية على تأمين عقد المراجعة²، حيث تنص عقود المراجعة التي تتعامل به البنوك والمؤسسات المالية على اشتراط تأمين المبيع ضد كل الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها، ويتم هذا التأمين في مرحلة تملك البنك أو المؤسسة المالية للمبيع، وقبل بيعه للعميل، وتلتزم البنوك أو المؤسسات المالية العميل بالتأمين على المبيع بعد بيعه له لتوثيق المديونية، وقد تؤمن على سندات المديونية أو تطالب العميل بذلك.

أولا: تأمين المبيع في مرحلة التملك:

منذ شراء البنك أو المؤسسة المالية المبيع وتسلمه. وإلى أن يبيعه ويسلمه للعميل الواعد بالشراء. تكون السلعة ملكا للبنك أو المؤسسة المالية، ولذلك فالمقرر شرعا أن ضمانها يكون عليه. أي أنه هو من يتحمل مخاطرها، ولو هلك. فإنها هلك على ملكه، ومن ذلك أن مسؤولية التأمين على المبيع هي على عاتق البنك أو المؤسسة المالية، ولا يحق له أن يشترط على العميل التأمين عليه لأنه لم يدخل بعد في ضمانه.

ومن الإشكالات التي يطرحها التأمين في هذه المرحلة، الاختلاف بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية في حدود هذا التأمين، إذ مصلحة البنك أو المؤسسة المالية تقتضي أن يؤمن على مختلف أنواع المخاطر المحتملة حماية لنفسه، وهذا التوسع في التأمين يتعارض مع مصلحة العميل. لأنه سيرفع تكلفة المبيع ويزيد ثمنه. خصوصا إذا علمنا أن بعض البنوك والمؤسسات المالية تدخل قيمة التأمين ضمن تكلفة المبيع. وتحتسب هامش ربح محدد على إجمالي التكلفة المتضمنة لقيمة التأمين، وهذا ما يزيد في قيمة المبيع.

كما البنوك أو المؤسسة المالية تفرض على العميل بأن يكون مبلغ التأمين لحسابها، أي في حالة حصول التأمين فإن قيمته تكون من نصب البنك أو المؤسسة المالية.

¹ - الأمر 95-07، الصادر في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، بالقانون 06-04، المتضمن قانون التأمينات، ج.ر.ج.، العدد 15، صادرة في 2006/03/12.

² - بن تاسة، مرجع سبق ذكره، ص 269.

ثانيا: التأمين المبيع في مرحلة البيع:

تبين من العنصر السابق أن مسؤولية المبيع في مرحلة تملك البنك أو المؤسسة المالية تقع على البنك أو المؤسسة المالية، ومن ذلك نفقات تأمينه، كما أن التعويض عن الضرر في حال حصوله هو من حق البنك أو المؤسسة المالية، وليس للعميل حق فيه.

أما في مرحلة البيع. فتخرج السلعة من ملكية البنك أو المؤسسة المالية، وتصبح ملكا للعميل، وذلك بعد إتمام التعاقد وتسليم المبيع، فالواجب حينئذ أن يتحمل العميل أي تأمين للمبيع، ويكون التعويض من حقه دون البنك أو المؤسسة المالية، وفي هذا السياق يطرح إشكالان مهمان:

أ- أن بعض البنوك الإسلامية تشتري السلعة من البائع الأصلي، بشرط تسليمها في ميناء الإقلاع، فإذا استلمت مستندات الشحن قامت ببيع البضاعة إلى الواعد، وشرطت عليه تأمين البضاعة إلى ميناء الوصول.

وهذا وإن كان في المراجعة الخارجية فإنه يتصور في المراجعة الداخلية؛ بأن يلزم البنك العميل بالتأمين على السلعة بعد إتمام عقد البيع بينهما، وقبل أن يسلم البنك السلعة للعميل.

إن الحكم الشرعي على هذا الشرط ينبني على اختلاف الفقهاء، في مسؤولية ضمان البيع قبل قبضه.

والراجع أن ضمان المبيع قبل قبضه على البائع، ما لم يتمكن المشتري من القبض، فإذا تمكن المشتري من القبض، فلم يقبض فالضمان عليه، لأن المبيع قبل التمكن من القبض تحت سلطة البائع، فضمانه عليه، أما إذا تمكن المشتري فلم يقبض، فيكون مفرطا فيصير الضمان عليه، فالسبب الموجب لانتقال الضمان هو التمكن من القبض وليس القبض نفسه، وسبب هذا أن المبيع قبل التمكن من قبضه تحت سلطة البائع فضمانه عليه، أما إذا تمكن المشتري فلم يقبض فيكون قد فرط، فيستوجب الضمان.¹ وعلى ضوء هذه النتيجة، فإنه لا يحق للبنك أن يشترط على العميل التأمين على السلعة قبل أن يتمكن من القبض فعلا، لأن ضمان السلعة على البائع.²

ب- بعض البنوك الإسلامية يلزم العميل بإجراء التأمين على السلعة ضد كل الأخطار بعد أن يبيع السلعة له، ويقبضها العميل، وهذا الإجراء يطرح تساؤلات عدة، من أهمها: ما مصلحة البنك في هذا الإلزام بعد أن صار المبيع في ضمان العميل المشتري؟ وما مدى مشروعيته؟

إن غرض البنك من إلزام العميل المشتري بالتأمين على البضاعة في هذه المرحلة، هو توثيق المديونية، وإيجاد سبب للاستيفاء من التعويض، فإذا حصل خطر واستحق التعويض، فإن البنك البائع يستفيد من ذلك التعويض، لتغطية المديونية المتبقية التي لم يسدها العميل إلى ذلك الوقت، وقد أجازت

¹ - يوسف بن عبد الله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقهاء الإسلامي، رسالة لنيل

درجة الدكتوراه في الفقهاء المقارن، 1463هـ=2002م، ص 359

² - بن تاسة، مرجع سبق ذكره، ص 272.

بعض هيئات الفتوى ذلك؛ في حين منعت فتاوى أخرى إلزام المشتري بالمراجعة القيام بالتأمين الشامل، هدف الحفاظ على مورد لتحصيل المديونية، ورأت الإقتصار على الإلزام بالكفيل أو الرهن¹، وهذا المنع يعد صحيحاً، لأن هذا الشرط فيه إجحاف بحق العميل باعتبار أن السلعة قد صارت في ضمانه بعد أن قبضها، فلا ينبغي إرهاقه بنفقات التأمين².

وشبيهه بالإجراء السابق من جهة غرضه، ما تقوم به البنوك من تأمين على أقساط عميل المراجعة، خصوصاً عند الشك في قدرته على التسديد، وهي في الحقيقة كفالة للديون التي على العميل، والكفيل في هذه الحالة هي شركة التأمين التي تحصل على أقساط التأمين، فتكون الكفالة بأجر، والكفالة هي عقد تبرع، فلا يصح أن تكون بأجر.

إن مشكلة التأمين الأولى أن معظم حالات التأمين التي تتم من قبل البنوك الإسلامية تكون لدى شركات التأمين التجارية، بسبب أن شركات التأمين الإسلامية لازالت في خطواتها الأولى في بعض الدول، وهي منعدمة في كثير من الأقطار.

وقد انتهى الرأي في كثير من هيئات الرقابة في البنوك الإسلامية بدعوى الضرورة، وأنه لا سبيل أمام البنك للحفاظ على أمواله إلا التأمين التجاري، إلى القول بجواز هذا التأمين³.

أن خصوصية عقد المراجعة باعتباره عقد من عقود الصيرفة الإسلامية أو جبت على البنوك والمؤسسات المالية التي تتعامل به على إمكانية فرض ضمانات أخرى تفرضها بعض البنوك والمؤسسات المالية على العميل منها⁴:

- ودائع محتجزة طرف البنك باسم المتعامل
- تخزين البضاعة في مخازن البنك أو مخازن مغلقة ولا يتم السحب منها إلا بعد توريد قيمة المبيعات
- إيصال أمانه بكامل قيمة البضاعة
- أوراق تجارية أخرى قبل للتعاملين أو صادرة لصالحه من للتعاملين
- تنازل عن المستحقات قبل بعض للجهات
- تعويض عن لأضرار الناتجة من التأخير في السداد في المواعيد
- حلول باقي لأقساط مجرد تخلف المتعامل عن قسط مستحق.
- بضائع أخرى ضامنة

¹ - عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمراجعة، مرجع سبق ذكره، ص 283.

² - عبد العظيم أبوزيد، بيع المراجعة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1425هـ=2004م، ص226.

³ - عطية السيد فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المراجعة، مرجع سبق ذكره، ص167..

⁴ - فياض عبد المنعم حسنين، بيع المراجعة في المصارف الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص ص 38-39

المطلب الثالث: التزامات التجار أو المورد أو مالك المبيع:

رغم أن التاجر أو المورد يعد الطرف الثالث في العلاقة في عقد المراجعة والمتمثلة في عقد البيع الذي يتم بين البنك أو المؤسسة المالية مع التاجر أو المورد والذي تترتب عليه التزامات بينهما بحكم المراكز القانونية لهما والمتمثلة في عقد البيع، والتي تدخل في القواعد العامة لعقد البيع. كما يمكن أن تكون هناك التزامات بين التجار أو المورد مع العميل بحكم العلاقة السابقة، حيث تؤثر على عقد المراجعة وهي إما أن تكون مباشرة أو غير مباشرة.

الفرع الأول: المركز القانوني للتاجر أو المورد في عقد البيع مع البنك أو المؤسسة المالية

يفرض المركز القانوني للتاجر أو المورد العديد من الالتزامات التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بموضوع البيع، على النحو المحدد في حدود عقد البيع. الهدف الأساسي من عقد البيع هذا هو تسهيل نقل الملكية إلى بنك أو مؤسسة مالية، والتي تتولى دور المشتري في المعاملة. وبالتالي، يصبح من واجب التاجر أو المورد، الذي يعمل كبائع في هذا الترتيب، الوفاء بواجبه القانوني لتنفيذ نقل ملكية البيع إلى البنك أو المؤسسة المالية، حيث لا يكون هذا الإلتزام على التاجر أو المورد إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات، إذ تنتقل الملكية مباشرة بمجرد إبرام عقد البيع، وبالتالي لا يكون هنا مجال للحديث عن إلتزام التاجر أو المورد بنقل الملكية. ويختلف محل إلتزام التاجر أو المورد بنقل الملكية ما بين المنقول المعين بالنوع، فهنا يجب عليه إفراز هذا المنقول وتعيينه، فإذا قام بهذا العمل فإنه يكون قد نفذ إلتزامه بنقل الملكية. أما إلتزام التاجر أو المورد أو الشخص مالك المبيع بنقل ملكية العقار فهنا يجب عليه إلتزام بمعاونة البنك أو المؤسسة المالية لإكمال إجراءات نقل الملكية بالتسجيل العقاري¹.

ولما كان المبيع في حوزة التاجر أو المورد أو مالك المبيع فإنه يلتزم بعد نقل الملكية بتسليم المبيع وملحقاته في الحالة التي كانت عليها وقت التعاقد. ويكون هذا التسليم في الزمان والمكان المتفق عليهما أو زمان ومكان إبرام العقد، ويتحمل التاجر أو المورد مصروفات التسليم ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك. تطبيقاً للقواعد العامة في عقد البيع.

ولا يكفي تنفيذ التاجر أو المورد إلتزامه بتسليم المبيع للبنك أو المؤسسة المالية بل يجب عليه أن يضم الانتفاع. وهذا لا يتم إلا بعدم تعرض التاجر أو المورد للبنك أو المؤسسة المالية تعرضاً مادياً أو قانونياً (ضمان التعرض)، وكذا بضمان تعرض الغير تعرضاً قانونياً بسبب سابق لعقد البيع (ضمان الاستحقاق). ومن صور ضمان الانتفاع ضمان العيوب الخفية المؤثرة في الانتفاع بالمبيع والسابقة لعقد البيع.

¹ - محمد عبد المالك محسن المحبشي، مرجع سبق ذكره، ص 795.

الفرع الثاني: المركز القانوني للبنك أو المؤسسة المالية في عقد البيع

يثبت للبنك أو المؤسسة المالية في عقد البيع المركز القانوني للمشتري، والذي يتحمل بالتزامه بدفع الثمن والتزامه بدفع مصاريف العقد من كتابة ونحوه والتزامه بتسليم المبيع وغالبا ما يكون دفع الثمن هنا فوراً، فبالتالي لا مجال للكلام عن الإخلال بالإلتزام بالثمن، وإنما يحصل الإخلال بالثمن في حالة ما إذا كان مؤجلاً أو جزه منه فالقاعدة العامة في أي إخلال بالإلتزام وبينها إخلال المشتري بأي إلتزام من التزاماته فإنه يحق له المطالبة بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ حسب القواعد العامة.

المبحث الثاني: مسؤولية أطراف عقد المراجعة من الإخلال بالالتزامات التعاقدية:

تنطوي مسؤوليات إخلال أو خرق الالتزامات في عقد المراجعة على آثار قانونية مختلفة لكل أطرافه، حيث يحدث إخلال العقد أو التقصير في تنفيذه، عندما يفشل أحد الأطراف في الوفاء بالتزاماته على النحو المنصوص عليه في بنود عقد المراجعة، مما قد يؤدي إلى عواقب قانونية ومسؤولية عن الأضرار. ويمكن أن يؤدي الفشل في فهم عقد المراجعة إلى نزاعات كبيرة بين الأطراف المعنية، ويرجع ذلك أساساً إلى التفسيرات الخاطئة للالتزامات التعاقدية والإطار القانوني الذي يحكم هذه الاتفاقيات. يمكن أن يظهر سوء الفهم هذا بطرق مختلفة، مما يؤدي إلى نزاعات التقاضي أو التحكيم.

إن سوء تفسير الالتزامات التعاقدية لعقد المراجعة يظهر عند ما لا تترك الأطراف مسؤولياتها بالكامل، مما يؤدي إلى خرق العقد. وبمجرد انعقاد عقد المراجعة بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل يترتب في ذمتهم التزامات تعاقدية، سبق التطرق لها، حيث يتعرض البنك والمؤسسة المالية للمسؤولية العقدية إذا لم ينفذ أحد التزاماته الناشئة بموجب العقد، فيكون مسؤولاً عنها وتقام عليه جزاءات جراء تخلف القيام بها، وكذلك بالنسبة للعميل عند عدم قيامه بالتزامات العقدية تترتب عليها جزاءات كذلك.

أن قيام المسؤولية بين أطراف عقد المراجعة جراء عدم القيام بالالتزامات المفروضة على أطرافه يؤدي إلى تحمل الطرف المخل بالتزاماته سواء كان البنك أو العميل للجزاء المترتبة وفق القانون والضوابط الشرعية. وحسب ما ورد في بنود اتفاقية عقد المراجعة، إضافة إلى أنه يمكن أن تكون هناك مسؤوليات آخر لها آثار على عقد المراجعة تتمثل إخلال الالتزامات التعاقدية بين الطرف الثالث المتمثل في التاجر أو المورد في علاقته مع البنك أو المؤسسة المالية في عقد البيع بينهما.

المطلب الأول: صور مسؤولية إخلال البنك أو المؤسسة المالية بالتزاماته وجزاءاته

طبقاً للقواعد العامة تنقسم المسؤولية المدنية إلى نوعين هما المسؤولية العقدية والتي تترتب عند الإخلال بالإلتزام عقدي، والمسؤولية التقصيرية المترتبة عن إهمال، والمسؤولية المدنية التي يمكن أن تترتب على البنك أو المؤسسة المالية قد تكون عقدية تقتض إخلاله بالموجبات العقدية المفروضة عليه في

علاقته بالعميل، وقد تكون تقصيرية تقتض خطأ وضرراً ورابطة سببية بين الخطأ والضرر عند إخلال التزام فرضه القانون.

وباعتبار أن عقد المراجعة يتم بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل وفق عقد فإن قيام المسؤولية العقدية هي التي تترتب عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد وتقوم مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية العقدية متى وجد عقد بين البنك وعماله.

كما يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح، وأن يكون الضرر ناتجاً من عدم تنفيذ الالتزامات التي رتبها هذا العقد، وأن تقوم هذه المسؤولية في إطار العلاقة التي تربط بين المتعاقدين.

ومسؤولية البنك أو المؤسسة المالية العقدية تهدف إلى الحكم لصالح العميل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم وفاء البنك أو المؤسسة المالية بالتزامه ويكفي لقيامها وجود عقد بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يثبت العميل أن الضرر الذي لحقه والموجب لمسؤولية البنك أو المؤسسة المالية ناشئ عن إخلال البنك بأي من التزاماته التعاقدية، ولذا فإن هذه المسؤولية تحدث في الغالب مع عملاء البنك أو المؤسسة المالية¹، حيث تثار مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية عند إخلاله للالتزامات المفروض عليه في عقد المراجعة من قبل العميل الذي تضرر أو قد يتضرر من هذا الإخلال، لذا فقد عمل المشرع البنكي على حماية العميل سواء ببنود العقد أو وفق القواعد العامة في القانون.

ويعد البنك أو المؤسسة المالية مخلاً بالتزاماته في حالة عدم التزامه بشراء المبيع حسب الوعد وبالضمان العيوب الخفية والالتزام بالمطابقة وكذا تحمل مسؤوليته في حالة هلاك المبيع قبل تسليمه للعميل.

الفرع الأول: المسؤولية عن إخلال التزامات التي فرضها المشرع البنكي على البنوك والمؤسسة المالية
الالتزامات القانونية هي تلك الالتزامات الواقعة على عاتق الأطراف بالرغم من عدم الاتفاق عليها صراحة ولا حتى في العقد، فمصدرها ليس العقد ولكن القانون، لذا تعتبر المسؤولية الناشئة عن الإخلال هذه الالتزامات مسؤولية تقصيرية بتوافر أركانها (الخطأ، الضرر، علاقة السببية) أو جنائية في حالة إذا ما وجد نص تشريعي يجرم هذا الإخلال ويعاقب عليه.
أولاً: مسؤولية البنك عن إخلاله بالتزامه بحفظ السر.

يقع على البنك أو المؤسسة المالية في حالة إخلاله بالتزام السر المصرفي مسؤوليتان وهما:

¹ -عربي باي يزيد، المسؤولية المدنية للبنك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، نوفمبر 2018، ص ص 443-444.

1-المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المهني المصرفي

إن الإلتزام بالسر المصرفي يدعم عامل الثقة بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل على أساس العقد المبرم بينهما وخرقه يترتب العديد من المسؤوليات تقع على عاتق موظفه مباشرة إذا كان خطأه شخصيا، وعلى البنك، أو عليهما معا. وهي تعتبر جريمة في نظر القانون يطلق عليها جريمة إفشاء السر المهني البنكي والتي نص عليها المشرع الجزائري ضمن قانون النقد والقرض من خلال تحديد الأشخاص الملزمين بالسر المهني، وأحال النص على عقوبتها إلى نص قانون العقوبات من خلال المادة 301 من قانون العقوبات.

أ- أركان جريمة إفشاء السر المهني:

لقيام مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية عن إفشاء السر المهني يجب توفر ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي، وبالرغم أن المشرع الجزائري من خلال نص المواد: 28، 63، 133 من قانون 09-23 النقدي والمصرفي لم يحدد أركان الجريمة لكنه وصف فعلا ماديا واحدا من خلالها، وهو الإفشاء بصفة مباشرة، أو غير مباشرة لوقائع أو معلومات اطلع عليها إما أعضاء مجلس إدارة بنك الجزائر، أو اللجنة المصرفية أو مجلس النقد والقرض، أو أي شخص شارك في رقابة البنك وتوصل بمعلومات عن الزبون وربط المشرع أركان هذه الجريمة بالمادة 301 قانون عقوبات¹، والمتعلقة بإفشاء السر المهني².

1-الركن المادي:

يتمثل الركن المادي لجريمة إفشاء السر المهني المصرفي في فعل الإفشاء، وهو كل فعل إرادي يترتب عليه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إعلام الغير بكل أو جزء من الواقعة التي تعد سرا، ويتم فعل الإفشاء بالوسائل التالية³:

-إعطاء الغير معلومات أو بيانات سرية متعلقة بالعمل أو حسابه أو العملية التي قام بها في البنك أو المؤسسة المالية، ويتحقق ذلك بأن يقوم من تلقاء نفسه بتقديم هذه المعلومة السرية إلى الغير أو بناء على طلب الغير، أو بنشر هذه المعلومات بوسيلة من شأنها إعلام الغير بهذه المعلومات والبيانات ويمكن أن يتم هذا الإفشاء شفاهة أو ضمنا.

¹-الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج، العدد 37 الصادر في 1966/06/11 المعدل ومتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016، ج.ر.ج، العدد 37 المؤرخة في 22 يوليو سنة 2016.

² -حمزة عادل، مرجع سبق ذكره، ص 645

³ - زيار الشاذلي، مرجع سبق ذكره، ص 58

- تمكين الغير من الاطلاع على البيانات والمعلومات المصرفية السرية وذلك إذا سمح الموظف البنك أو المؤسسة المالية للغير بالاطلاع على هذه البيانات والمعلومات السرية المتعلقة بالعمل، ويتحقق ذلك إما بسلوك إيجابي كأن يمنح البنك أو المؤسسة المالية سجلاته للغير للاطلاع عليها لمعرفة نشاطات العميل وحجم رصيده، كما يمكن أن يتحقق الإفشاء بسلوك سلبي من قبل موظف البنك أو المؤسسة المالية، كأن يشاهد شخص من الغير يطلع على سجلات البنك أو المؤسسة المالية ولا يحاول أن يمنعه بالرغم من استطاعته.

أ-2-الركن المعنوي:

وهو توفر القصد الجنائي أي توفر نية الإفشاء لدى الفاعل، ويتفق الفقهاء والقضاء على أن القصد الجنائي المتطلب لقيام هذه الجريمة هو القصد الجنائي العام الذي يتحقق بإرادة إفشاء السر مع العلم بمضمونه، إذ لا يشترط توفير نية الإضرار بالقصد الجنائي العام لهذه الجريمة يقوم على عنصرين هما العلم والإرادة، فيجب أن يعلم المتهم بأن للواقعة صفة السرية، وطابعها المهني، وأن مهنته تفرض عليه هذه السرية، كما يجب أن يعلم أن الإفشاء قد تم في غير الحالات المصرح بها قانونا.

ب- العقوبات المقررة لجريمة إفشاء السر

أما العقوبات التي قررها المشرع الجزائري لهذه الجريمة فقد أحالها إلى المادة 301 قانون العقوبات وهذا بموجب نص المادة 133 قانون النقدي والمصرفي، وبالرجوع إليها فإنها تحدد العقوبة بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، وغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج، ويجوز الحكم على الشخص المدان بالعقوبات التكميلية المحددة بنص المواد: 9، 9 مكرر 1، 14 قانون عقوبات¹ على ألا تزيد مدتها عن 5 سنوات تسري من تاريخ انقضاء العقوبة السالبة للحرية، أو الإفراج عن المحكوم عليه في حالة حبسه.²

كما لم يتضمن قانون النقدي والمصرفي عقوبات على الشخص المعنوي أي البنك الذي يعمل الجاني به وتطبق القواعد العامة المحددة في قانون العقوبات من خلال نص المادة 51 مكرر، على عكس بعض التشريعات التي تفرض إيقاف النشاط لمدة تتراوح من شهر إلى سنتين على الأكثر في قوانينها البنكية في حال ارتكاب مديرها، أو أعضاء مجلس إدارتها أو ممثليها أو عمالا باسمها أو لحسابها

¹ - القانون رقم 16-02 متضمن قانون العقوبات، مرجع سبق ذكره.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، الطبعة التاسعة 2008، ص 255.

جريمة يعاقب عليها بالحبس سنتين على الأقل مع إمكانية فرض تدابير احترازية تتناسب مع طبيعتها القانونية كالغرامات المالية أو المصادرة إلى الوقف عن العمل، أو حل البنك أو المؤسسة المالية.¹

غير أنه وباعتبار أن البنك أو المؤسسة المالية شخص معنوي، فإنه لا يمكن توقيع عقوبة الحبس عليها، لذا تكون العقوبة المقررة عن إفشاء السر المصرفي من قبله هو الغرامة المحددة سابقاً، غير أن هذا لا يمنع من توقيع عقوبة الحبس على موظف البنك مرتكب فعل الإفشاء.

2- المسؤولية المدنية للبنك أو المؤسسة المالية عن إفشاء السر المصرفي

إن مسؤولية البنك إما أن تكون عقدية إذا كان الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد، وإذا لم يكن ثمة قد كانت المسؤولية تقصيرية أي مخالفة لواجب قانوني مؤداه مراعاة اليقظة والتبصر في السلوك لعدم الإضرار بالآخرين، وهذه المبادئ تنطبق في حالة مسؤولية البنوك والمؤسسات المالية عن إفشاء أسرار مهنتها، فإذا كان ثمة عقد صحيح بين البنك أو المؤسسة المالية والزيون، فإنها تلتزم التزاماً ضمناً بموجب هذا العقد بأن لا تفتشي أسرار هذا العميل، ويكون إفشاؤها خطأً عقدياً.

وإذا لم يكن ثمة عقد أو كان العقد باطلاً، كان خطأً البنك أو المؤسسة المالية خطأً تقصيرياً، وبالتالي تلتزم بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، ونشير هنا أنه لا يلزم لقيام مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية أن يقع إفشاء السر عن قصد أو تعمد، بل يكفي أن تتسرب هذه المعلومات بإهمال منه.

غير أنه لا يكفي أن يقع من البنك أو المؤسسة المالية خطأً بإفشاء سر من أسرار العميل بل يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر للعميل، والضرر قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً، كما يجب أن يكون ما أصاب العميل من ضرر مترتباً على ما صدر من البنك أو المؤسسة المالية من خطأ.

فإذا كان الضرر مترتباً على خطأ صادر من العميل نفسه أو من الغير أو نتيجة لقوة قاهرة أو حادث فجائي لم يكن البنك أو المؤسسة المالية مسؤولاً، ويترتب على ثبوت خطأ في جانب موظف البنك أو المؤسسة المالية الذي صدر منه الإفشاء التزامه بالتعويض، ويلتزم البنك أو المؤسسة المالية أيضاً باعتباره متبوعه.²

¹ - خليل يوسف جندي الميراني، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الاعتداء على سرية الحسابات المصرفية، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2013، ص 110

² - المواد 136-137 من القانون المدني الجزائري، بالمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

ثانياً: مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية بخصوص تقديم النصيحة.¹

هناك من فقهاء القانون من أنكر إلزام البنك أو المؤسسة المالية بتقديم النصيحة بحسب الأصل، وبذلك فلا يلتزم البنك أو المؤسسة المالية بإخطار العميل ولا بتقديم النصح إليه لعدم وجود نص قانون يلزمها بذلك، فإن العميل الذي يدعي أن البنك أو المؤسسة المالية أخطأت لأنها لم تحطه علماً بشيء أو لم تتصحه، أن يقيم الدليل على وجود واجب بذلك على البنك أو المؤسسة المالية، ويقدر القضاء مدى إلزام البنك أو المؤسسة المالية هذا بالنظر إلى مهنة العميل وظروفه وخبرته لأن ذلك يدخل في بيان مدى حاجة العميل إلى النصح أو الإخطار.²

ولكن بعد أن كان قضاة الموضوع في البداية يعتبرون بأن البنك ليس أو المؤسسة المالية ليس مسؤولاً إذا كانت النصيحة التي قدمها لعميله غير ملزمة له، غير أنه واعتباراً بأن النصيحة لا تقدم بخفة وطيش لا سيما في مجال تقني ومعقد كمجال البنوك والنشاط المالي الذي يعد مثالا للنشاطات المنظمة فيما يخص تقديم النصائح، أصبح القضاء يقر مسؤولية البنك عن عدم إثارة انتباه عميله لمخاطر السوق والعملية التي يقبل عليها عن طريق تقديم النصيحة إليه.

والأصل أن تكون مسؤولية بمناسبة تقديمها النصح مسؤولية تقصيرية، باعتبار الإلزام بالنصيحة إلزام قانون ملازم للإلزام بالإعلام، بحيث يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق العميل بسبب النصح السيئ المقدم له، أو بسبب امتناع هذا البنك عن تقديم النصح في الحالات التي يلزم فيها بذلك، وتقرر مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية كما يلي³:

- مسؤوليته تجاه العميل، قد تكون هذه المسؤولية عقدية، إذا ما تم الاتفاق في عقد المراجعة على أن يلتزم البنك أو المؤسسة المالية بتقديم النصح وإرشاد العميل في عقد المراجعة، كما قد تكون تقصيرية إذا لم يتضمن العقد مثل هذا الاتفاق، وفي هذه الحالة يلزم العميل بإثبات إلزامية النصح المقدم من البنك أو المؤسسة المالية في عقد المراجعة من جهة، وأن اتباعه لهذا النصح هو السبب في انهيار المشروع. وبالتالي فلا يسأل البنك أو المؤسسة المالية إذا كان مركز العميل في حال كونه تاجراً -وقت إعطاء النصيحة- منهاراً، فلا يكون للنصيحة عندئذ علاقة بإفلاسه اللاحق.

¹ - بلجودي أحلام، النظام القانوني لعقد القرض البنكي في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص

² - على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة في القضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، 1993، ص 772

³ - بلجودي أحلام، مرجع سبق ذكره، ص 101

وكذلك لا يسأل البنك أو المؤسسة المالية عن نتائج اتباع نصحه متى كان رأيه وقت إبدائه سليما ولكن الظروف حادت به عن مقصده، وذلك لأن الظروف لا تستجيب دائما لما يأمله التاجر¹.

- مسؤوليته تجاه دائن العميل: بحيث يمكنهم المطالبة بحقوقهم في مواجهة العميل والتي ضاعت بسبب تدخله بتقديم النصيحة، ويقرر بعض الفقهاء هذه المسؤولية، على أساس اعتبار البنك أو المؤسسة المالية مديرا بسبب تدخله فعليا في إدارة الشركة، وتحمل ديونها.

- كما تتقرر مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية تجاه الغير، كدائن العميل، بسبب انهيار تجارته نتيجة النصح المقدم له من قبل البنك أو المؤسسة المالية، كما قد يتم الرجوع على البنك أو المؤسسة المالية باعتبارها شريكا فعليا، وفي هذه الحالة إذا تحققت ادعاءات العميل حول البنك أو المؤسسة المالية إلى شريك موصى أخذا بنظرية الوضع الراهن.

- كما قد يسأل البنك أو المؤسسة المالية عن عدم تقديمه النصح لكفيل العميل، في إطار ما يعرف بإعلام الكفيل عن الوضعية المالية للعميل، حيث قرر الاجتهاد القضائي الفرنسي مسؤولية المؤسسة المقرضة على أساس قواعد المسؤولية المدنية المقررة في القواعد العامة، بسبب مخالفته لالتزامه بالإعلام السنوي للكفيل والذي فرضته المادة 48 من قانون 01 مارس 1984 الفرنسي²

وتجدر الإشارة إلى أن واجب النصح أو تقديم المشورة لا يعتبر من قبيل التدخل في شؤون العميل، لأنه وبحسب الأصل لا تكون هذه المشورة المقدمة من قبل البنك أو المؤسسة المالية ملزمة للعميل، فله الأخذ بها كما يكون له استبعادها، لذا يرى الفقهاء بأنه لا يمكن للبنك التملص من التزامه بتقديم النصيحة احتجاجا بالتزامه بعدم التدخل في شؤون العميل³.

الفرع الثاني: مسؤولية البنك عن إخلال التزامه بشراء المبيع محل عقد المواعدة

أن إخلال البنك أو المؤسسة المالية بوعدها بشراء المبيع لا يشكل مسؤولية في حالة أن المراجعة مبنية على عدم الالتزام للطرفين أو للبنك كطرف وحيد، إلا أن في الحالة التي يكون الالتزام واجب للطرفين أو على البنك/المؤسسة المالية فإنه إذا امتناع عن شراء المبيع يكون ذلك إنهاء لعقد المواعدة بالشراء مع إلتزام البنك أو المؤسسة المالية هنا بتعويض العميل عن ذلك الفسخ على أساس المسؤولية التقصيرية. أما إذا أصبح عقد المواعدة بالشراء ملزما بقيام البنك أو المؤسسة المالية بشراء السلعة، فهنا يصبح عقد المواعدة بالشراء ملزما لأطرافه العميل والبنك أو المؤسسة المالية، فكما يلتزم العميل بشراء المبيع مربحة، فإن البنك أو المؤسسة المالية بالمقابل يلتزم ببيع المبيع مربحة للعميل. وإذا امتنع البنك

¹ - على جمال الدين عوض، مرجع سبق ذكره، ص 723

² - Michel CABRILAC: « crédit et titre de crédit: obligation l'information de la caution », RTD, no 3, Paris, 2001, pp 751,752.

³ - بلجودي أحلام، مرجع سبق ذكره، ص 102

عن تنفيذ التزامه بالبيع، فإنه يمكن التنفيذ العيني الجبري قضاء، حيث يقوم حكم القاضي مقام عقد البيع فيتملك العميل المبيع وللبنك أو المؤسسة المالية الثمن حسب ما هو عليه في عقد المواعدة بالشراء مخصصا منه مصاريف القضية، وحكم القاضي هنا بالتملك ليس إبرام العقد بالنيابة وإنما هو تنفيذ جبري للإلتزام على أساس عقد المواعدة بالشراء الملزم. وإذا استحال تنفيذ الإلتزام البنك أو المؤسسة المالية بالبيع بسبب هلاك تحت وهو تحت حيازته وبسببه فهنا يكون البنك أو المؤسسة المالية ملزمة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت العميل على أساس المسؤولية العقدية.

الفرع الثالث: المسؤولية عند اختلاف المواصفات وعدم المطابقة:

إن إلتزام مطابقة المبيع في عقد المراجعة يعد من أهم الإلتزامات التي تقع على البنك أو المؤسسة المالية، ويترتب عن الإخلال بهذا الإلتزام مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية، ويظهر هذا الإخلال في اختلاف المواصفات وعدم مطابقة المبيع التي يقع فيها البنك أو المؤسسة المالية في تعامله في عقد المراجعة، حيث أن البنك أو المؤسسة المالية يتفق مع العميل على سلعة أو مبيع معينة محددة الأوصاف لاقتنائها مرابحة، فيصل المبيع أو السلعة محل المراجعة إلى العميل مختلفا اختلافا كبيرا أو صغيرا عن مواصفات المتفق عليها، وعليه تقوم مسؤولية على البنك أو المؤسسة المالية ويتحمل جزاءات إخلال بالإلتزام بالمطابقة في حال حدوثه. وذلك باعتبار أنه قام بشراء المبيع لنفسه قبل أن يبيعه للعميل.

ويشترط لقيام المسؤولية العقدية عن اختلاف الوصف وعدم المطابقة للمبيع أن تتوفر أركان تلك المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولأن الإلتزام بالمطابقة التزاما بتحقيق نتيجة، فإن العميل يحمل البنك أو المؤسسة المالية المسؤولية عن الإخلال بالمطابقة بمجرد إثبات ذلك الإخلال، ففي الإلتزام بتحقيق نتيجة يكفي أن يثبت الدائن بالإلتزام عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كي يفترض وقوع الخطأ من جانبه وكي يفترض أيضا قيام علاقة سببية بين هذا الخطأ والضرر الذي تحقق عن عدم التنفيذ، ويستطيع البنك أو المؤسسة المالية دفع تلك المسؤولية عنه إذا أثبت أن الإخلال راجع لسبب أجنبي، فهو بذلك ينفي خطأ عدم المطابقة من جانبه كما أنه ينفي علاقة السببية المفترضة بين خطأ عدم المطابقة والضرر. وهو ما أشار له المشرع الجزائري في المادة 127 من قانون المدني.

-الجزاء المترتب عند الإخلال بضمان المطابقة

يترتب على عدم الإلتزام بالمطابقة عند تسلم المبيع جزاءات تقع على البنك أو المؤسسة المالية، ولكن هذه الجزاءات لا تتحقق إلا بعد توفر بعض الشروط، حيث يتعين على العميل المشتري فحص المبيع في مدة معقولة¹، حتى يتأكد من مطابقته للمواصفات التي أُردها قبل التوقيع على وثيقة التسليم. فإذا ثبت تسليمه مبيعا غير مطابقا للصفات أو الكميات المتفق عليها، فيجب على العميل إعلام البنك أو

¹ -المادة 380 من القانون المدني الجزائري، يقابلها المادة 449 قانون رقم 131 لسنة 1948 القانون المدني المصري.

المؤسسة المالية في وقت معقول والمطالبة بالضمان، غير أنه إن سكت ولم يخبر البنك أو المؤسسة عن الإخلال الموجود في المبيع، وقبل المبيع بالزيادة أو النقصان فيه، اعتبر سكوته قبولاً للمبيع. ففي هذه الحالة عليه التزم بان يؤدي إلى البائع مقابلاً لهذه الكمية وفقاً للسعر المحدد في العقد¹.

مجرد ثبوت عدم المطابقة للمبيع، يلزم مرتكبه ضمانها وذلك بالطرق أو الوسائل القانونية المختلفة للضمان، وفي هذا الشأن لقد صدر قرار بالضمان عن المحكمة العليا² بشأن عدم مطابقة المبيع بعد التسليم لما تم الاتفاق عليه في العقد، تم تسليم كمية من البطاطا المخصصة لاستهلاك، بدلا من بذور البطاطا المعدة للزراعة. كما قضت كذلك في قرار آخر بتاريخ 13 أبريل 1983 حيث جاء فيه: "بان البائع ملزم بالضمان إن لم يشمل المبيع بعد التسليم الصفات المفروضة فيه وقت العقد، والتي تم الاتفاق عليها أو وجد بالمبيع عيب أنقص من قيمته، فان عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف البائع وعدم مطابقة السلع للنوعية والجودة المتفق عليها، فتكون محل ضمان البائع".

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في الحكام الصادر بتاريخ 1975/10/28، وقد ترجع عدم المطابقة كذلك لسبب إحداث تغيير إيجابي أو سلبي في المبيع، وهو ما نصت عليه كل من المادة 136 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 206 مدني مصري، وكذا المادة 167 مدني جزائري.

غير أن في حالة التغيير الإيجابي، ككون المبيع عقارا وتحسينه ببناء منشآت عليه أو كونه سيارة وتحسينها بأغطية مقاعد ثمينة، فللمشتري الخيار بين تجريد المبيع منها ويكون على نفقة البائع أو تركها فيه مع دفع ثمنها. وقد يكون التغيير أو التحسين من الكماليات، كما هو في المثال السابق الخاص، فلا يدفع المشتري ثمنها ويمكن للبائع نزعها³.

أما في حالة كون التغيير سلبي، وكان ذلك بفعل البائع أو بفعل الغير أو أجني فيعد البائع ملزماً بإعادة المبيع إلى الحالة التي كان عليها عند التعاقد إن كان ذلك ممكناً أو تعويض المشتري عنها، كما يحق للمشتري اختيار المطالبة بالفسخ مع التعويض.

قد يحدث انعقاد البيع بالعينة، فلا بد أن تكون هذه الأخيرة مطابقة للمبيع وهذا ما نصت عليه المادة 1587 مدني فرنسي، وكذا المادة 420 مدني مصري المقابلة للمادة 353 مدني جزائري.

¹ - معزز دليلا، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) "دراسة مقارنة"، مرجع سبق ذكره، ص 373

² - قرار محكمة العليا، رقم 213691 بتاريخ 16 فيفري 2000، المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001، ص من 122 إلى 126 و328.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، مرجع سبق ذكره، ص 564

لكن في حالة عدم تجسيد هذه المطابقة، يحق للعميل المشتري رفض المبيع والمطالبة بفسخ العقد مع التعويض¹، حتى لو سلم له مبيعاً أفضل من العينة التي رآها، وتم الاتفاق عليها أو يطالبه بالتنفيذ العيني أو كذلك أن يحصل من السوق على سلعة أو منتج مطابق للعينة ويكون على نفقة البنك أو المؤسسة المالية البائع.

كما يستطيع العميل قبول السلعة غير المطابقة للعينة مع مناقشة البنك أو المؤسسة المالية في إنقاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء الذي قبله أقل من قيمة العينة². وإثبات عدم المطابقة سوف يقع على عاتق العميل، وما على البنك أو المؤسسة المالية إلا نفي هذا الادعاء بكل طرق الإثبات.

لذا الإخلال بالإلتزام بالمطابقة عاقب عليه المشرع الجزائري، واعتبره من قبيل جرائم الخداع والغش والحيازة، فإذا ترتب عن الإخلال بالمطابقة أضراراً للعميل، فيعد ذلك إهمالاً، يستوجب تعويض المضرور منه.

إذا ترتب على عدم المطابقة حالة الوفاة أو العجز المادي للعميل، فتسري على البنك أو المؤسسة المالية الجاني العقوبات المشددة التي نصت عليها المادة 432 من 16-02، متضمن قانون العقوبات الجزائري وكذا المادة 83 فقرة 3، المادة 19 فقرة 3 من قانون رقم 09-03، المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش.

وكذلك يترتب على الإخلال بالمطابقة، أن يمكن للعميل رفض التسليم، ويدرج ملاحظته في وثيقة التسليم، أو يطلب استبداله أو أخذه مع تخفيض الثمن أو يمكنه فسخ العقد إن كانت عدم المطابقة جسيمة، وهذا ما نصت عليه اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع في المادة 37. وبإمكانه كذلك إتباع طرق الضمان الموجودة في عقد البيع الكلاسيكي، كالضمان الاتفاقي أو ضمان الخدمة ما بعد البيع، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الفرنسي في المواد³: L.211.9, L211.10, L211.11 أما قانون رقم 67 لسنة 2006 الخاص بحماية المستهلك المصري⁴ قد نص في المادة 8 و 9 على الجزاء المترتب عند تحقق عدم المطابقة للمبيع، حيث جاء في نص المادة 8 فقرة 1 أنه إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله يلتزم المورد في هذه الأحوال بناء على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية، كما

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، مرجع سبق ذكره، ص 238.

² - سي يوسف زاهية، الواضح في عقد البيع، مرجع سبق ذكره، ص 47

³ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation. Op.Cit:

-Réparation ou remplacement (art L.211.9 et L.211-10)

-Résolution de la vente ou la réduction du prix (art L.211.10)

-Dommages et intérêts (art.L.211.11)

⁴ -قانون رقم 67 لسنة 2006 قانون حماية المستهلك المصري، ج.ر. المصرية، العدد 20 مكرر، صادرة في 20 مايو

نص في المادة 24 منه على معاقبة كل مخالفة أحكام هذا القانون بغرامات مالية مع مضاعفاتها في حالة العود.

يمكن البنك أو المؤسسة المالية أن يعود على الأطراف التي باعته المبيع المتمثل في التاجر أو المورد أو مالك المبيع الأول¹، ويحملها المسؤولية اختلاف الوصف، كما يمكنه أيضا عند شراء المبيع أن يحيل إلزام المطابقة للعميل فيعود على التاجر أو مالك المبيع الأول مباشرة دون البنك أو المؤسسة المالية.

إلا أنه في الواقع العملي نجد أن بعض البنوك والمؤسسات المالية لتجنب هذا الخطر فهي تعتمد على العميل في اختيار المورد الذي يراه ملائما لاقتناء المبيع أو السلعة التي يريدها والمفترض أن يكون قد رآها مسبقا وبذلك يوجه البنك أو المؤسسة المالية مباشرة على التاجر المورد أو مالك المبيع المقصود لاقتناء هذا المبيع أو السلعة سواء من الداخل أو الخارج.

كما يمكن للبنك أو المؤسسة المالية في حالة تحديد العميل الأمر بالشراء لمبيع معينة بمواصفات خاصة من تاجر معين، أن تحصل من العميل على كفالة حسن أداء التاجر الأصلي للالتزاماته تجاه البنك أو المؤسسة المالية بصفته الشخصية، وليس بصفته أمراً بالشراء، ولا وكيلاً للمؤسسة، وعليه فلو لم يتم عقد المراجعة تظل كفالته قائمة، حيث يترتب على هذا الضمان تحمل العميل الضرر الواقع على البنك أو المؤسسة المالية نتيجة عدم مراعاة التاجر لمواصفات المبيع وعدم الجدية في تنفيذ التزاماته²، مما يؤدي إلى ضياع جهود البنك أو المؤسسة المالية وأمواله أو يترتب عليه الدخول في منازعات قانونية. فيكون الضمان بمثابة حل لهذا الخطر وما ينجر عنه.

الفرع الرابع: المسؤولية عند ظهور العيوب الخفية على المبيع

في بعض الحالات يظهر في المبيع عيوب خفية عند استلامه من العميل، ناتجة عن الأسباب مختلف ومتعددة، ومهما كان هذا السبب فإن هذا العيب يؤثر في المبيع، مما يؤدي إلى رفضه من قبل العميل سواء عند استلامه أو بعد استلامه.

أن ظهور هذه العيوب يؤدي إلى عدم اكتمال إبرام عقد المراجعة بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية الذي يقع على عاتقه الإلتزام بالضمان، لأنه يعد شروط صحة هذا البيع من الناحية الشرعية.

-جزء عدم الإلتزام بضمان العيوب الخفية

للحد من ظهور العيب الخفي فرضت على البنوك والمؤسسات المالية التزامات بضمان العيوب الخفية التي تعد من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البنوك والمؤسسات المالية باعتبارها بائعة³،

¹ - نداء صبري، مرجع سبق ذكره، ص 103، 104.

² - أحمد شوقي سليمان، (موقع: كنانة أونلاين)، مرجع سبق ذكره.

³ - تم التطرق للالتزام بضمان العيوب الخفية في هذه الأطروحة.

إضافة إلى اعتبار هذا الإلتزام من شروط صحة بيع المراجعة من الناحية الشرعية، لذلك فإن البنك أو المؤسسة المالية سيتحمل مسؤولية مطالبته بالتعويض من قبل العميل في حالة ظهور عيوب خفية في المبيع.

حيث تنص المادة 124 ق مدني¹: "كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"

ويتمثل الجزاء المترتب عن مسؤولية البنك في التعويض الذي يلزم أن يتناسب مع ما أصاب العميل من ضرر، فالحصول على تعويض مناسب وعادل هو ما يسعى إليه هذا الأخير من خلال رفع دعواه ضد البنك أو المؤسسة المالية الذي تسبب بخطئه المباشر أو غير المباشر في إحداث ضرر له، ويقع على العميل عبء إثبات وقوع الضرر، وهي مسألة موضوعية يختص قاضي الموضوع بتقديرها، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه.

على أساس أن دعوى العميل يرفعها تبعا لما تنص عليه القواعد العامة، لأن المشرع الجزائري لم يخص المسؤولية المصرفية بأحكام خاصة، فعلى القاضي تعيين طريقة التعويض ومقداره بالاستناد على مجموعة من المعايير المختلفة.

غير أنه يمكن للبنك أو المؤسسة المالية في بيع المراجعة للأمر بالشراء براءته من جميع العيوب التي تظهر في المبيع أو من بعضها، بوضع شروط في عقد المراجعة تعفيه من ضمان العيوب الخفية، وعند وجود مثل هذا الشرط يفضل أن يفوض البنك أو المؤسسة المالية العميل بالرجوع على البائع للتعويض عن العيوب الثابتة، وفي الحالة التي لا يشترط فيها براءته من العيوب الخفية التي قد يظهر أثرها بعد العقد فإن مسؤوليته تقتصر على ضمان هذه العيوب الخفية القديمة دون العيوب الجديدة، إضافة إلى ذلك أنه لا يجوز إلزام العميل بإبرام عقد المراجعة في الحالة التي قد تظهر فيها السلعة معيبة أو معدومة عند التعاقد لأن أصل عقد المراجعة من عقود الأمان².

الفرع الخامس: مسؤولية هلاك المبيع قبل التسليم

من المعروف أن تبعة هلاك السلعة قبل التسليم تقع على عاتق البنك أو المؤسسة المالية في بيع المراجعة، على اعتبار هذا أحد الضوابط الشرعية التي لا يصح بيع المراجعة إلا بها³.

كمثال حدوث أضرار تقع على السلعة خلال فترة الشحن أو التخزين لحين تسليمها للعميل. في هذه الحالة يجب على البنك أو المؤسسة المالية أن تبين للعميل العيب الحادث بعد الشراء، وأن تتحمل

¹ - القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

² - نداء صبري، مرجع سبق ذكره، ص 105.

³ - بكر ربحان، سلسلة صيغ التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية، بيع المراجعة للأمر بالشراء، منشورات مصرف الجمهورية-رائد العمل المصرفي في ليبيا، ص 49.

كافة الأضرار التي قد تقع نتيجة سوء في تخزين السلعة أو نقلها من محل البائع، لحين قبول العميل شرائها واستلامها¹.

وبناء عليه، فإن هلاك السلعة كلياً أو جزئياً قبل التسليم يمثل خسارة واقعة ينبغي على البنك أو المؤسسة المالية تحملها، أو تحمل مسؤولية مطالبة الأطراف الأخرى المسؤولة عن ذلك الهلاك، سواء كانت شركات التأمين أو الشركات الناقلة أو المصدرين، فالمعايير الشرعية والأعراف القانونية تقضي بأن هلاك السلعة قبل تسليمها للعميل يقع على عاتق البنك أو المؤسسة المالية، حيث أن القاعدة تقول إن العقد ينقل الملكية والتسليم ينقل الضمان وبالتالي ينتقل ضمان هلاك المبيع أو السلعة للعميل بمجرد استلامه للمبيع².

وقبل ذلك فإن البنك أو المؤسسة المالية يتحمل الخسارة المتوقعة لمثل هذه الحالات، فتتأرجح من الخسارة الكلية لمبيع إلى خسارة الوقت والمصاريف والجهود المبذولة في مطالبة الأطراف الأخرى بتحمل مسؤولياتها.

وفي البنك والمؤسسات المالية العديد من الحالات الواقعية لهلاك السلعة قبل تسليمها للأمر بالشراء، خاصة السلع الغذائية، التي كان يثبت عدم صلاحيتها للاستهلاك لدى فحصها في المختبرات العلمية المختصة.

ومثالاً عن القاعدة الفقهية القائلة بأن عقد البيع ينقل الملكية والتسليم ينقل الضمان³: إذا أبرم البنك أو المؤسسة المالية عقد شراء سيارة، واشترى المبيع من الشركة، ولم يستلمها، فهلك المبيع، هنا تم العقد، ولكن لم يستلم البنك أو المؤسسة المالية للمبيع بمعنى عدم وجود سند تسليم، فالذي يتحمل مسؤولية تبعة الهلاك هو الشركة على اعتبار أنها لم تسلم البنك أو المؤسسة المالية المبيع (السيارة) ولكن فيما لو تم عقد اتفاقية الشراء، وقامت الشركة بعمل إقرار استلام للبنك أو المؤسسة المالية إلا أن المبيع (سيارة) بقي في الشركة، هنا بما أنه تم إقرار الاستلام بين الشركة باعتبارها البائع، وبين البنك أو المؤسسة المالية باعتباره

المشتري بمعنى أن المبيع السيارة انتقلت لضمان البنك أو المؤسسة المالية ولكن لم يستلمها بالرغم من إقرار الاستلام الذي تم بينهما، فالذي يتحمل مسؤولية تبعة الهلاك هنا البنك أو المؤسسة المالية، أما في الحالة التي يستلم فيها البنك أو المؤسسة المالية المبيع (سيارة) من الشركة، وقام بتسليمها للعميل إلا أنها هلكت بيد العميل، فهنا يتحمل تبعة هلاك التسليم العميل، على اعتبار أن البنك أو المؤسسة المالية قام بتسليم المبيع (سيارة) له.

¹ - أحمد شوقي سليمان، (موقع: كنانة أونلاين)، مرجع سبق ذكره.

² - نداء صبري، مرجع سبق ذكره، ص 105.

³ - نفسه، ص 106.

-الجزاء المترتب عن هلاك المبيع قبل التسليم

أن الأحكام التي تسري على عقد المراجعة في التشريع الجزائري هي القواعد العامة باعتبار هذا العقد هو عقد بيع، ومن هذه الأحكام العامة التي تسري أيضا على المراجعة هي مرحلة تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه، حيث تنص المادة 369 من القانون المدني الجزائري أنه: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إغذار المشتري بتسليم المبيع". يتضح من هذه المادة أن المشرع اتبع أحكام القواعد العامة فجعل هلاك المبيع يقع على مالكة أي على المدين بالالتزام وهو البنك أو المؤسسة المالية قبل تسليم الشيء المبيع طبقا للقاعدة التي تقول أنه في العقود الملزمة لجانبين يتحمل المدين تبعة الهلاك حتى ولو كان ذلك راجعا لسبب لا يد للبنك أو المؤسسة المالية البائع فيه، وذلك بمجرد انعقاد العقد، وبالتالي إذا هلك المبيع وهو في حيازة البنك أو المؤسسة المالية وقبل تسليمه للعميل هلاكا كليا ترتب على ذلك انفساخ عقد البيع المراجعة بقوة القانون ودون حاجة إلى حكم القاضي¹.

كما أن هناك حالتين لهلاك المبيع وهي حالة هلاك الجزئي وحالة هلاك كلي وقد تناولهما المشرع الجزائري:

-حالة هلاك الجزئي نصت المادة 370 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أنقصت 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 يبقى البيع مع إنقاص الثمن"، فطبقا لنص هذه المادة، يكون هلاك المبيع ماديا وجزئيا إذ يترتب عنه نقصان في قدر المبيع وفي ذاتيته.

لذلك إذا هلك المبيع هلاكا جزئيا وهو في حيازة البنك أو المؤسسة المالية فإن تحمل تبعة الهلاك تكون على عاتقها، ويكون الخيار للعميل في طلب إنقاص الثمن لجعله يتعادل مع المبيع الذي أصابه نقص، وإما أن يطلب فسخ العقد من القضاء إذا كان الهلاك الجزئي جسيما، بحيث لو كان هذا الهلاك الجسمي موجودا قبل إبرام العقد لما أقبل العميل على التعاقد.

-حالة هلاك الكلي للمبيع قبل تسليمه بسبب قوة قاهرة أو حدث مفاجئ مثل زلزال أو فيضان أو حريق بحيث لا يكون للبنك أو المؤسسة المالية يد فيه وينعدم الشيء المبيع بعد إبرام العقد وقبل تسلمه للعميل، في هذه الحالة يتحمل البنك أو المؤسسة المالية تبعة هلاك الشيء لأن التسليم لم ينفذ وكان المبيع في حيازته.

وعليه يترتب إفساخ العقد لأنه فيه استحالة مطلقة لتنفيذ الإلتزام بسبب هلاك، حيث نصت المادة 176 من القانون المدني الجزائري: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض

¹ -حوحو يمينه، عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 152.

الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذ تأخر المدين في تنفيذ التزامه". لذلك إذا كان ثمن شيء المبيع لم يدفع بعد، فلا يحق للعميل مطالبة به لأن هذا الأخير غير ملزم بدفعه، وإذا كان العميل قد دفع هامش الجدية فله الحق في المطالبة باسترداده، كما له الحق أن يطالب بالضرر الذي لحقه من جراء تفويت الفرصة له.

أما إذا قام البنك أو المؤسسة المالية بإعذار العميل بتسليم المبيع وتعتت دون مبرر ثم هلك المبيع هلاكاً كلياً، فإن العميل يتحمل تبعه الهلاك، وإذا كان جزء من الثمن أو هامش الجدية لم يدفع بعد من قبل العميل المشتري يكون هذا الأخير ملزماً بدفعه كاملاً للبنك أو المؤسسة المالية وإذا كان قد دفعه فلا يجوز له استرداده من عند البنك أو المؤسسة المالية لأنه أصبح من حقه.¹

كما يمكن لبنوك أو المؤسسات المالية التغلب على مخاطر هلاك السلعة قبل التسليم عن طريق التأمين على السلعة من خلال إحدى شركات التأمين التكافلي أو غيرها من مؤسسات التأمين ضد المخاطر المتعارف عليها حريق، سطو، فعلى سبيل المثال إذا كانت السلعة المشتراة من خارج البلاد فتتم عن طريق فتح اعتماد مستندي أو مستند تحصيل، ويجب التأمين على السلعة ضد المخاطر التي قد تتعرض لها السلعة عند النقل البحري أو الجوي أو البري وكذا التأمين عليها عند التخزين لحين تسليمها للعميل (الأمر بالشراء).²

***الإجراءات المتخذة من قبل البنك أو المؤسسة المالية عند هلاك المبيع قبل تسليمها**

قبل تملك البنك أو المؤسسة المالية للمبيع سواء كان القبض حقيقي أو حكومي لا يجوز تحميل العميل (الأمر بالشراء) ضمان ما يطرأ على المبيع من أضرار وهلاك خلال فترة الشحن أو التخزين، ولا يمكن اعتبار هذا من قبيل كفالة حسن أداء البائع التي تقتصر على حسن تنفيذ الالتزامات ولا تتعدى إلى ضمان مخاطر الطريق التي يجب أن يتحملها مالك المبيع.

بعد قبض البنك أو المؤسسة المالية للمبيع يتم إبرام العقد بينه وبين العميل هنا تنتقل ملكية المبيع إلى العميل وكذلك ضمان المبيع ويقوم العميل بسداد الدين الذي في ذمته وفق الآجال المتفق عليها، فالبنك أو المؤسسة المالية لا يتحمل هنا المسؤولية و مثالا على ذلك : قام بنك باستيراد بصيغة المراجعة لأحد الزبائن مأكبات تحويل مادة البلاستيك، وعند وصول البضاعة إلى ميناء الجزائر حدثت مشاكل بين مصالح الجمارك والزبون المستفيد، بسبب التصريح بالمبلغ الحقيقي مما أدى لعدم قدرة الزبون على التسديد في آجال محددة و بالتالي تحقيق خسائر معتبرة، وبهذا أفتت الهيئة الشرعية للبنك بعدم جواز أخذ أرباح على هذه العملية طالما أنها لم تنجز بعد.³

¹ - حوحو يمينه، نفسه، ص 153

² - أحمد شوقي سليمان، (موقع: كنانة أونلاين)، مرجع سبق ذكره.

³ - BASOUIH Mouna, NMER Rabiha, MIMOUNI Yacine, Op.Cit, p 26.

المطلب الثاني: صور مسؤولية إخلال العميل بالتزاماته وجزاءه

تتعدد صور إخلال العميل بالتزاماته العقد في عقد المراجعة ولعل أهمها: عدم تسلم المبيع من البنك أو المؤسسة المالية، توقف العميل عن الدفع أو نكول العميل وتهربه من الدفع

الفرع الأول: مسؤولية عدم تسلم المبيع من طرف العميل وجزاءه

إذا أخل العميل بالتزامه من تسلم المبيع وفق العقد أو فق العرف بأن كان مكان التسليم في موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه، أو كان في موطنه فأتى له البنك أو المؤسسة المالية بالمبيع فرفض تسلمه أو تخلف عن تسلمه في المعاد المحدد لتسلم، جازا للبنك أو المؤسسة المالية أن يطلب من القضاء تنفيذ الإلتزام جبرا على العميل ويكون ذلك عن طريق إيداع المبيع في ذمة العميل بمصروفات يتحملها أو يتم عن طريق الحكم عليه بغرامة تهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسلم، أو يتم بطرق أخرى من الطرق المقررة للتنفيذ العيني مثل أن يقوم بتسليم المبيع للمشتري أي بوضعه تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه ولا يطالب العميل بعد ذلك بتسلمه هنا، حيث يكون البنك أو المؤسسة المالية قد قام بالتزامه ويحق له المطالبة بالثمن سواء تسلم العميل المبيع أو لم يتسلمه، ويسبق ذلك كله إعدار البنك أنه يستنفذ التزامه بتسلم المبيعة.¹

كذلك يجوز للبنك أو المؤسسة بعد اعذرا العميل أن يطلب فسخ البيع بعد استئذان القاضي وله أن يلجأ إلى البيع بالمزاد العلني². وسواء طلب البنك أو المؤسسة المالية التنفيذ العيني أو الفسخ، فله في الحالتين أن يطلب تعويضا عما أصابه من الضرر بسبب تخلف العميل عن تنفيذ التزامه، وذلك كأجرة المكان الذي بقي مشغولا بالمبيع وقت تسلمه.

الفرع الثاني: مسؤولية توقف العميل عن الدفع:

أغلب عمليات البيع في المراجعة تكون على أقساط. فإذا ما تأخر أو ماطل العميل في سداد تلك الأقساط، فلا يستطيع البنك أو المؤسسة المالية أن يزيد عليه، أو يفرض غرامات تأخير أصلا حسب الضابط الشرعي، وفي هذه الحالة يكون البنك أو المؤسسة المالية مخييرا بين إمهاله إن كان معسرا، أو اللجوء إلى المحاكم إن كان المدين غير معسر ومماطلا، وفي كلا الحالتين يتضرر البنك أو المؤسسة المالية، وتحدث له الخسارة، ويلاحظ هنا اختلاف مخاطر المراجعة للأمر بالشراء مع الوعد الملزم، ومع عدم إلزامية الوعد، وفي عقود المراجعة تتوقف مخاطر الأسعار، وتحل محلها مخاطر الائتمان المتعلقة بمبلغ الذم المدينة المستحقة على العميل بعد تسلمه للسلعة، أما في حال عملية المراجعة للأمر بالشراء

¹ - عبد الرزاق السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، نفس المرجع السابق، ص 851.

² - خليل أحمد حسن ققادة، نفس المرجع السابق، ص 206.

التي لا يكون فيها الوعد ملزماً، فإن البنك يتعرض لمخاطر الائتمان على مبلغ الذمم المدينة المستحقة على العميل عندما يتسلم السلعة ويتولى ملكيتها.¹

ففي المراجعة المركبة للأمر بالشراء مع الوعد الملزم يتعرض البنك أو المؤسسة المالية لمخاطر الطرف المتعامل معه في حال عدم وفاء الأمر بالشراء في المراجعة بإلزامه بموجب وعد الشراء، لذلك يقوم البنك أو المؤسسة المالية ببيع السلعة لطرف ثالث، وربما يكون سعر البيع أقل من سعر الشراء، وعادة يتم التخفيف مخاطر البيع بخسارة عند نكول الواعد بالشراء، وذلك بالحصول على هامش جدية عند توقيع وعد الشراء مع العميل، ويكون للبنك أو المؤسسة المالية حق الرجوع للعميل لتغطية أي نقص في هامش الجدية

لتعويض الخسائر التي لحقت به من جراء ذلك النقص.

يتم التعامل في المراجعة المركبة للأمر بالشراء في المنقولات أو العقارات، وفي العمليات التحويلية التي تتضمن منقولات وعقارات مضمونة بضمان عيني، جرت العادة أن تؤخذ في الاعتبار القيمة السوقية، وقيمة البيع القصيرة للموجودات عند تسعيرها، ويراعي في الحد من مخاطر الائتمان، أي تخفيض على قيمة الموجودات المرهونة كضمان عيني يؤخذ في الاعتبار عند تقييم مخاطر الائتمان.

ومن الوسائل التي يمكن للبنك أو المؤسسة المالية استخدامها للحد من مخاطر الائتمان رهن الموجود أو موجود عيني آخر، وهو ما يعرف (بمراجعة بضمان عيني)، ويمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن تستخدم ضمانات أخرى، كضمان ودائع، أو ضمان مالي من طرف ثالث. ويمكن أن يستبدل وزن مخاطر الضمان المالي بوزن مخاطر المشتري شريطة أن يكون للضمان تصنيف ائتماني أفضل من المشتري، وأن يكون الضمان قابلاً للتنفيذ من الناحية القانونية.

-الجزء المترتب عن توقف العميل عن الدفع

إذا لم ينفذ العميل التزامه بدفع أقساط الثمن، يجوز للبنك أو المؤسسة المالية طلب فسخ عقد المراجعة المبرم بينهما طبقاً للقواعد العامة لأن العقد المراجعة ملزم للجانبين، وفي حالة عدم الوفاء المتعاقد بالتزامه جاز للطرف الآخر أن يطالب الفسخ كما نصت المادة 119 من رقم 07-05 متضمن القانون المدني الجزائري، والتي ورد فيها²: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

¹ -فضل عبد الكريم محمد، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز معهد الاقتصاد الإسلامي، تاريخ النشر 2008/6/4، السعودية، ص22

² -المادة 119 من القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

حيث أن العميل يعد مخلصاً بالتزامه إذا أمتنع عن دفع الأقساط المتبقية ولو كانت جزءاً قليلاً من الثمن¹. ولا يعد العقد مفسوخاً بقوة القانون وإنما على البنك أو المؤسسة المالية رفع دعوى قضائية يطالب فيها المحكمة بفسخ العقد (الفسخ القضائي) بعد أن يكون قد أعذر العميل بالدفع، وللقاضي تقرير الفسخ طبقاً للفقرة 2 من نص المادة 119، لكن هذا لا يعني أن القاضي ملزم بالحكم بفسخ العقد وإنما يجوز له منح العميل أجل لدفع الثمن إذا طلب هذا الأخير أجل لتسديد ما تبقى خصوصاً إذا كانت الأقساط المتبقية ضئيلة وذلك لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في هذه المسألة.

ويحكم القاضي بفسخ العقد إذا استمر تعنت العميل وتمسك البنك أو المؤسسة المالية بالفسخ وهذا حسب ظروف وملابسات القضية، أما إذا ورد في العقد شرط فاسخ اتفاقي يقضي بفسخ العقد دون الحاجة إلى حكم القاضي، فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه - كما أشرنا إليه سابقاً.

عند تقرير الفسخ عن طريق حكم قضائي أو اتفاقي يزول العقد المراجعة بأثر رجعي حيث نصت المادة 122 من القانون المدني: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"

وفي هذا الشأن عالجت البنوك تلك المسألة بعدد من الإجراءات عادة ما تشترطها لنفسها كالاحتفاظ بحق الملكية للبضائع المباعة مرابحة، حتى السداد كامل الثمن واعتبار حياة المشتري للبضاعة قبل وفاء الثمن حياة ناقصة، وفي حالة تأخره أو عدم تسديده للأقساط بشكل منتظم فإن كافة الأقساط اللاحقة تصبح حالية الدفع فوراً دون تنبيه أو إنذار أو حكم قضائي، مع استخدام الضمانات والتنفيذ عليها لاستقاء حقوقها أو فرض مبلغ على العميل بسبب توقفه عن الدفع أو عدم الانتظام فيه أو المماطلة.

كما قد يقوم البنك أو المؤسسة المالية باسترداد السلعة إذا كانت لا تزال موجودة أو فرض مبلغ على العميل لتعويض البنك عن الضرر الذي وقع عليه من جراء هذا التوقف، أو من جراء تأخر العميل عن دفع أقساطه في مواعيدها وتحسب قيمة الضرر في البنك من طرف هيئة التحكيم التي يفوض لها تقدير الضرر.²

وقد عالجت بعض البنوك والمؤسسات المالية حالة تعثر العميل بفرض عقوبات التأخير في العقد، يجوز الاشتراط على العميل المماطل بالسداد بأن يدفع غرامة تأخير على ألا يملكها البنك أو المؤسسة المالية، بل يقوم بصرفها في وجوه الخير، وبالرغم من أن فقهاء التشريع الإسلامي حرموا غرامات التأخير واعتبروها من الربا، فقد جاء في قرار للمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ما يلي:

¹ -مينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 115.

² - مينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 236.

1- إذا تأخر المشتري في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرما.

2 - يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حال التأخر عن الأداء.

وقد ورد في المعيار الشرعي رقم (8) المتعلق بالمراجعة للأمر بالشراء من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين في البند (8/5)¹ ما يلي: "إذا وقعت المماطلة من العميل المدين بالأقساط فإن المستحق هو مبلغ الدين فقط ولا يجوز للمؤسسة أن تلزم العميل بأداء أي زيادة لصالحها مع مراعاة ما ورد في البند (6/5)" الذي ينص على ما يلي:² "يجوز أن ينص في عقد المراجعة للأمر بالشراء على إلزام العميل المشتري بدفع مبلغ أو نسبة من الدين تصرف في الخيارات في حالة تأخره عن سداد الأقساط في مواعيدها المقررة على أن تصرف في وجه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة ولا تنتفع بها المؤسسة".³

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بنص المادة 6 من التعليم 03-2020 على عقوبات التأخير، حيث اشترط المشرع الجزائري على أن تنفق في أعمال الخيرية تحت رقابة الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعات المالية.

ولقد اعتمد بنك البركة الجزائري حساب هذه العقوبة بالطريقة التالية:⁴

- قبل سنة 2009: كان بنك البركة الجزائري ينتظر إلى أن يعجز العميل عن سداد دينه، ثم يقوم بفرض غرامة تأخير والمحسوبة بالطريقة التالية: غرامة التأخير = (مبلغ التمويل الأساسي + هامش الربح) 2% - أما بعد سنة 2009: أصبحت غرامة التأخير تحسب شهريا، وعند عدم السداد تفرض عليه الغرامة - أي عند العجز عن السداد يتم إنذاره للمرة الأولى، ثم الثانية، ثم يتم طلب ذلك من شركة التأمين التي أمن فيها على التمويل - المحسوبة بالطريقة التالية: غرامة التأخير = القسط (أو مجموع الأقساط المتعثرة) 2x%

1 - المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 98.

2 - المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 97-98.

3 - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص 97-98.

4 - عامر يوسف العتوم، عبد الحق العيفة، تقييم شرعي لصيغة المراجعة للأمر بالشراء كما يجريها بنك البركة الجزائري، المجلة الجزائرية للدراسات المالية والمصرفية، العدد 2017/03، ص 91.

وفي التطبيق العملي نجد أن بعض البنوك والمؤسسات المالية في حالة توقف الزبون عن دفع أقساط المستحقة وكان مسيرا فهناك عدة تدابير يمكن اتخاذها من طرف البنك أو المؤسسة المالية يمكنه من استرداد حقوقه كما يلي¹:

- أن يستخدم الضمانات المقدمة إليه في استرداد حقه؛

- أن يلجأ إلى القضاء؛

- يمكن أن يفرض مبلغا على الزبون كتعويض له عما حدث من أضرار نتيجة توقفه عن الدفع. ونذكر بعض الإجراءات المطبق في أحد البنوك الجزائرية والمتمثل في بنك البركة الجزائري حيث يطلب²:

- ضمانات عقارية تغطي نسبة التمويل ب 120% إضافة إلى كفالات شخصية بالتأمين على البضاعة، كما يمكن أخذ ضمانات مالية كسندات الخزينة.

- الحصول على كفالة طرف ثالث، أو رهن الوديعة الاستثمارية للعميل أو رهن مال منقول أو عقار، أو رهن السلعة محل العقد رهنا ائتمانيا (رسميا) دون حيازة، أو مع الحيازة للسلعة، وفك الرهن تدريجيا مع نسبة سداد الديون، ويحق للبنك أن يطلب تفويضا من العميل ببيع الرهن واستيفاء حقه دون الرجوع إلى القضاء.

- الحصول على شيكات أو سندات لأمر قبل إبرام عقد بيع المراجعة من العميل الأمر بالشراء قبل توقيع عقد بيع المراجعة شريطة النص على أنه لا يحق للبنك استخدام الشيكات أو السندات إلا في مواعيد استحقاقها، وتمتع المطالبة بالشيكات في البلاد التي يمكن فيها تقديمها للدفع قبل موعدها، ويمكن تأجيل تسجيل ملكية السلعة باسم العميل، إلا أن يتم سداد الثمن.

الفرع الثالث: مسؤولية نكول العميل وتراجعته عن المراجعة:

وهي حالات التي يكون فيها نكول عن الوعد، فبعد طلب العميل للمبيع أو السلعة، ودفعه لمقدم المراجعة (هامش الجدية)، يمكن أن يغير رأيه في العملية، في الوقت الذي يكون فيه البنك أو المؤسسة المالية قد قام بشراء المبيع المطلوبة. وعليه فسيحمل البنك أو المؤسسة المالية تكلفة التخزين، وما قد يصيب المبيع من تلف، أو ما يحدث من تغير في الأسعار، إلى أن يجد مشتريا آخر لهذه المبيع. ثم يقوم البنك المؤسسة المالية بتحميل العميل مسؤولية التكاليف التي أشرنا إليها، بجانب الخسارة إذا كان هناك farka في السعر من مخاطر السوق.

¹ - شخار نعيمة، مخاطر المراجعة في البنوك الإسلامية - دراسة حالة بنك البركة الجزائري، مجلة "الأبحاث الاقتصادية"

جامعة البليدة 2، العدد 9 (2013)، ص 202

² -BASOUIH Mouna, NMER Rabiha, MIMOUNI Yacine, *Murabaha Risk Management in Islamic Finance*, Journal of Economic Growth and Entrepreneurship, Vol. 4, No. 1, 19-30(2020), p 26

-جزاءات نكول العميل

أجاز بعض الفقهاء المعاصرين، أن يلزم البنك أو المؤسسة المالية العميل بمقدار ما لحقه من خسارة، جراء تخلفه عن الوعد، وإذا لم تكن هناك خسارة فلا يلزمه التعويض بشيء¹.

في حالة نكول العميل عن الشراء يتصرف البنك أو المؤسسة المالية ببيع المبيع إلى طرف ثالث، ويكون للبنك أو المؤسسة المالية حق الرجوع على هامش الجدية المدفوع من قبل العميل وكذلك يمكن أن يكون للبنك أو المؤسسة المالية الحق في أن يسترد من العميل أي خسارة يتعرض لها من بيع المبيع أو السلعة بعد استيفائه لهامش الجدية أو يمكن ألا يكون له الحق في ذلك، وفي كلتا الحالتين يتم التخفيف من هذه المخاطر بواسطة المبيع الذي في حوزة البنك أو المؤسسة المالية وهامش الجدية المدفوع في حالة أن يكون للبنك أو المؤسسة المالية الحق في استرداد الخسارة التي تعرض لها، فإن هذا الحق يمثل مطالبه مستحقة معرضة لمخاطر الائتمان. ويقاس هذا التعرض على أنه إجمالي تكلفة الشراء ناقصا القيمة السوقية له كضمان خاضع لأي حسم وناقصا مبلغ أي هامش جدية.

ولقد لاحظنا قيام بنك بركة الجزائر في حالة تراجع العميل عن إتمام العقد المراجعة ببيع السلعة بالسعر السائد في السوق، كما وله الحق بأخذ الدفعة المقدمة في مرحلة المواعدة لضمان الجدية، مع إمكانية إحالة الأمر إلى القضاء².

كما تشترط الضوابط الشرعية لعقد المراجعة بأنه لا يكون للبنك أو المؤسسة المالية الحق في الرجوع للعميل لاسترداد أي خسارة تفوق هامش الجدية فإن تكلفة السلعة تمثل مخاطر السوق كما هو الحال في المراجعة المركبة للأمر بالشراء عند عدم إلزامية الوعد، ويتم الحد من مخاطر السوق عن طريق هامش الجدية الذي يحق للبنك للحصول عليه للتعويض عن الضرر الذي لحقه.

إن نكول العميل وتراجعته عن طلب شرائه بمعنى عدم تنفيذه لوعده بالشراء السابق، فنكون هنا بين حالتين الأولى إذا كان البنك أو المؤسسة المالية لا يأخذ بالإلزام بالوعد، في هذه الحالة يتولى بيع المبيع لحساب نفسها وينتهي الأمر عند هذا الحد، أما الثانية أي إذا كان البنك أو المؤسسة المالية يأخذ بالإلزام بالوعد فإن هذا الأخير يقوم إما ببيع المبيع بالسعر السائد في السوق وقبض الثمن استيفاء لحقه حيث جاء في نص المادة 72 من القانون المدني: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا لتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد". بمعنى أن يمكن للبنك أو المؤسسة المالية إذا قل الثمن عن مستحقته كان له الرجوع على العميل لاستيفاء باقي حقه، إذا زاد الثمن كانت الزيادة خالصة له باعتباره مالكا للبضاعة هذا مع مراعاة أن حق البنك أو المؤسسة المالية هنا يتمثل في تكلفة المبيع وقيمة الأضرار التي لحقته من جراء

¹ - فضل عبد الكريم محمد، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 21

² - شخار نعيمة، مرجع سبق ذكره، ص 202

نكول تنفيذ الصفقة كما أن هناك بعض البنوك والمؤسسات المالية ترجع الزيادة للعميل، وهناك أيضا إجراء آخر يتمثل في مصادرة الدفعة المقدمة في مرحلة المواعدة لضمان الجدية.¹

لذلك يمكن القول أن المبيع في مرحلة الشراء الأول يكون ملكا للبنك أو المؤسسة المالية، وبالتالي فإنه إذا باعه يكون البيع لحسابه ويتحمل بخسارته ويعود إليه ربح بناء على الرأي القائل بأن البيع يكون من ضمان البائع لا من ضمان المشتري قبل البيع، و بالإضافة إلى ذلك أنه تنفيذاً للإلزام العميل بالوعد تقدر الأضرار التي عادت على البنك أو المؤسسة المالية سواء خسارته في المبيع أو أية أضرار أخرى ويطالب بها العميل ويستوفيهما البنك أو المؤسسة المالية، إما من الدفعة المقدمة لضمان الجدية أو مطالبة العميل بها دون مصادرة الدفعة أيا كانت قيمتها.

كما يمكن للبنك أو المؤسسة المالية اتخاذ بعض التدابير اللازمة لمواجهة خطر نكول الأمر بالشراء عن سداد الالتزامات المستحقة عليه في مواعيدها ومن هذه التدابير التالي:²

- يحق للبنك أو المؤسسة المالية الحصول على التعويض عن الضرر الفعلي الناشئ عن نكول العميل في حال الوعد الملزم، وذلك بتحمل العميل الفرق الحاصل بين ثمن السلعة المباعة للغير وبين الثمن الأصلي المدفوع من المؤسسة للبائع الأول.³

- يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يشتري المبيع من التاجر أو المورد بالخيار حتى يمكنها رد المبيع مرة أخرى إذا نكل عنها الأمر بالشراء العميل وهذا يكون في حالة قبول التاجر أو المورد هذا الشرط، وهذا أمر صعب ومعقد لاسيما إن كانت المراجعة خارجية.

- يجوز أن يرهن البنك أو المؤسسة المالية المبيع محل العقد رهناً ائتمانياً (رسمياً) دون حيازة أو مع الحيازة للمبيع مع فك الرهن تدريجياً حسب نسبة السداد ضماناً لعقد بيع المراجعة للأمر بالشراء.

- يجوز إرجاء تسجيل المبيع باسم العميل لغرض ضمان سداد ثمنه مع الحصول على تفويض من العميل للبنك أو المؤسسة المالية ببيع المبيع إذا تأخر عن سداد الثمن. ولا يجوز اشتراط عدم انتقال ملكية المبيع للعميل إلا بعد سداد الثمن.

¹ - عطية السيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص 33.

² - أحمد شوقي سليمان، المخاطر المحيطة بصيغة المراجعة والمراجعة للأمر بالشراء وكيفية الحد منها، منشور على موقع: كنانة أونلاين: على الرابط: <https://kenanaonline.com/users/ahmed0shawky/posts/712782> بتاريخ 2024/01/22 على الساعة 18:30

³ - أنظر: البند 2/4 المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره،

- يجوز للبنك أو المؤسسة المالية مطالبة الأمر بالشراء بتقديم شيكات أو سندات لأمر قبل إبرام عقد المراجعة للأمر بالشراء ضماناً للمديونية التي ستتسبب بعد إبرام العقد شريطة النص على أنه لا يحق للبنك أو المؤسسة المالية استخدامها إلا في مواعيد استحقاقها.
- يجوز اشتراط البنك أو المؤسسة المالية على العميل حلول جميع الأقساط المستحقة قبل مواعيدها عند امتناعه أو تأخره عن أداء أي قسط منها من دون عذر معتبر.
- يمكن أن يحصل البنك أو المؤسسة على كفالة طرف ثالث ضماناً لعقد بيع المراجعة للأمر بالشراء.
- يمكن أن يحصل البنك أو المؤسسة على رهن الوديعة الاستثمارية للعميل ضماناً لعقد بيع المراجعة للأمر بالشراء.
- يمكن أن يحصل البنك أو المؤسسة أن يرهن أي مال منقول أو عقار ضماناً لعقد بيع المراجعة للأمر بالشراء.

المطلب الثالث: مسؤولية انحلال عقد البيع بين التاجر والبنك وصوره في العلاقة بين البنك والعميل:

تقاوم كذلك المسؤولية عن إخلال التزامات أحد أطراف العلاقة القانونية القائمة بين التاجر أو المورد والبنك أو المؤسسة المالية في عقد البيع الأول بينهما، مما يؤدي إلى انحلال عقد البيع الأول وما له من آثار على العميل في عقد المراجعة.

الفرع الأول: مسؤولية انحلال عقد البيع بين التاجر أو المورد والبنك أو المؤسسة المالية

قد يحصل انحلال عقد البيع بين التاجر والبنك أو المؤسسة المالية بأثر رجعي إما بسبب البطلان لاختلال أركان العقد أو للفسخ بسبب اختلال في تنفيذ العقد. والقاعدة العامة أن انحلال العقد هنا ينحل بأثر رجعي فيعود كل من التاجر والبنك أو المؤسسة المالية إلى الحالة قبل العقدية فيرجع المبيع إلى التاجر أو المورد البائع ويسترد العميل الثمن. ولكن ما أثر ذلك الانحلال على عقد بيع المراجعة بين البنك والعميل؟

لن يستطع البنك أو المؤسسة المالية رد المبيع إلى التاجر؛ كونه قد باعه إلى العميل، وهذا الإشكال إنما يكون بسبب طلب التاجر أو المورد لحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو كان الحكم بالبطلان المطلق من المحكمة من تلقاء نفسها.¹

أما البنك أو المؤسسة المالية فلا يمكنه طلب حل العقد؛ لأنه يشترط في هذا الطلب قدرة الطالب على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، وهو هنا عاجز عن ذلك؛ كونه قد تصرف في المبيع إلى العميل، والمركز القانوني للعميل في العقد بين التاجر والبنك هو مركز الغير، ويختلف هذا المركز في حالتين حالة ما إذا كان المبيع المطلوب إعادة للتاجر أو المورد منقولا أو عقارا، فإذا كان منقولا فلا

¹ - محمد عبد المالك محسن المحبشي، مرجع سبق ذكره، ص 796.

يستطيع التاجر استرجاعه من العميل، حيث سيحتج عليه العميل بقاعدة أن الحياة في المنقول سند الملكية، وبالتالي فهو مالك له ويرجع لتاجر أو المورد على البنك أو المؤسسة المالية بالتعويض لاستحالة الرد بسبب البنك. كل ذلك ما لم يثبت التاجر أن العميل سيء النية وأنه يعلم انحلال العقد وبالتالي فإن أثر انحلال العقد سيسري عليه وتنزع منه ملكية ذلك المنقول. أما إذا كان المبيع عقارا فإذا سجل التاجر أو المورد أو مالك العقار في حالة أنه شخص - كما ذكرنا سابقا - دعوى الانحلال في السجل العقاري قبل تسجيل العميل لملكيته فيسري عليه، أما إذا كان العكس فلا يسري عليه ما لم يثبت التاجر أن العميل هنا سيء النية كما سبق في المنقول. ولا يكون أمام العميل هنا إلا الرجوع على البنك أو المؤسسة المالية بضمان الاستحقاق بموجب عقد المراجعة.

الفرع الثاني: صور المسؤولية للعلاقة بين العميل والتاجر

الأصل هنا أن أي علاقة قانونية بين طرفين لا تقوم إلا بوجود سبب مباشر بينهما. وفي حالتنا هذه لا نجد أي تصرف مباشر بين العميل والتاجر مالك السلعة، إلا أنه يمكن وجود عمل قانوني مباشر وهو خطأ التاجر مثلا في إنتاجه للسلعة التي اشتراها منه البنك وباعها للعميل الذي تضرر منها جراء استعمالها لهذه السلعة، فإنه يمكن للعميل المضرور الرجوع المباشر على التاجر المسئول بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

والأصل أن مدى إمكانية وجود علاقة مسئولية عقدية بين العميل والتاجر باعتباره من آثار بيع المراجعة المركبة كمجموعة مركبة من التصرفات واردة على محل واحد، وسنذكر هنا صورتين لهذه العلاقة الأولى غير مباشرة والثانية مباشرة كما يلي:

أولا: العلاقة غير المباشرة بين العميل والتاجر أو المورد مالك المبيع:

توجد عدة مراكز قانونية متعاقبة في مجموعة التصرفات القانونية المكونة لبيع المراجعة المركبة، فنلاحظ مركز التاجر بالنسبة للعميل هو مركز مدين المدين، فالعميل دائن للبنك أو المؤسسة المالية في التزاماته في عقد بيع المراجعة، والبنك دائن للتاجر أو المورد في التزاماته في عقد البيع، والعكس أيضا فإن التاجر يكون دائنا للبنك أو المؤسسة المالية في التزاماته في عقد البيع، والبنك أو المؤسسة المالية دائن للعميل في التزاماته في عقد المراجعة، وينتج عن هذه المراكز القانونية بين العميل والتاجر أو المورد مالك المبيع علاقة غير مباشرة، ويكون فيها (العميل) التاجر أو المورد مدينا غير مباشر للتاجر أو المورد، وبالمقابل أيضا - يكون التاجر أو المورد مدينا غير مباشر للعميل في التزامه بالضمان، حيث يحصل هنا في حالة أن التاجر أو المورد أخل بالتزامه بضمان العيوب الخفية مثلا في المبيع مع البنك أو المؤسسة المالية، والذي ينتج عنه إخلال البنك أو المؤسسة المالية في هذا الإلتزام تجاه العميل، فهنا يحق للعميل مطالبة التاجر أو المورد بتنفيذ التزامه بضمان العيوب الخفية. ولكن هذه المطالبة تكون باسم البنك أو المؤسسة المالية ومع وجوب إدخاله في المطالبة وعند الحكم للعميل بالضمان فإنه يدخل في

أموال البنك أو المؤسسة المالية وليس للعميل، على أساس أن العميل سيستفيد من ذلك بطريق مباشر عندما ينفذ على البنك أو المؤسسة المالية مباشرة.

وبالعكس فإنه يحق للتاجر أو المورد مطالبة العميل باسم البنك بثمن المبيع والأقساط المتأخرة إذا أخل العميل بهذا الالتزام تجاه البنك ويدخل هذا الثمن في ملك البنك التي يستطيع التاجر التنفيذ المباشر عليها مع ضرورة إدخال البنك في الدعوى. وتعرف هذه المطالبة بالدعوى غير المباشرة والتي يقصد بها أن يستعمل الدائن باسم مدينه حقوق هذا المدين التي لم يقم باستعمالها. وهذه الدعوى تجد أساسها في المادة 189 من القانون رقم 07-05 المتعلق بالقانون المدني¹.

إلا أنها نادرة الوقوع بحكم أن البنك أو المؤسسة المالية يقوم بالدفع كاملة للتاجر أو المورد عند شراء المبيع وبالتالي لا يمكن للتاجر أو المورد من التدخل في حالت إخلال العميل في التزاماته الدفع المبلغ أو الأقساط مع البنك أو المؤسسة المالية.

ثانيا: العلاقة المباشرة بين العميل والتاجر أو المورد مالك المبيع:

وفي العلاقة غير المباشرة بين العميل والتاجر أو المورد نلاحظ أن كلا منهما لا يستفيد مباشرة من تلك العلاقة، حيث يطلب كل منها بحقوق مدينه وهو في كلا الحالتين البنك أو المؤسسة المالية، حيث ستدخل هذه في ذمة البنك أو المؤسسة المالية وأمواله والتي تكون ضمانا عاما لكل دائنيه منهم العميل والتاجر أو المورد ويكونون أسوة الغرماء مما قد يؤدي إلى نقصان حقهما. إلا أنه مع هذا أعطى المشرع للعميل مركزا قانونيا خاصا في مواجهة مدين مدينه التاجر أو المورد في مطالبتة بحقوق مدنية إذا تعلقت بشيء انتقلت ملكيته إلى هذا العميل الدائن وهو ما يعرف قانونا بالخلف الخاص، حيث خلف العميل البنك أو المؤسسة المالية في حق خاص وهو المبيع الذي تعلق به حق الضمان. فيحق هنا للعميل مطالبة التاجر بتنفيذ التزامه بضمان العيب في المبيع الذي باعه للبنك أو المؤسسة المالية، وتكون هذه المطالبة باسم العميل وليست باسم البنك أو المؤسسة المالية، ولذلك يدخل في ملك ذمة العميل. وهذا الرجوع المباشر قد أجاز به بعض فقهاء (المالكية) حيث أجازوا رجوع المشتري الثاني على البائع الأول بالضمان، ويعد ذلك تطبيقا لقاعدة فقهية وهي من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته. ولما كان العميل قد ملك المبيع فإنه يملك كل ما هو من ضروراته ومنها حق الضمان، فإذا ملكه فإنه يستطيع الرجوع مباشرة على من عليه هذا الحق وهو هنا التاجر أو المورد بائع المبيع للبنك.

كان ما سبق في رجوع العميل على التاجر مباشرة، على أساس الخلافة الخاصة في العين المبيعة وهذا المركز ليس للتاجر لأنه لم يخلف البنك في سلعة وإنما هو دائن، وبالتالي لا يستطيع الرجوع المباشر على العميل بثمن المبيع باعتباره من حقوق مدينه، ولا يكون رجوعه إلا بطريق غير مباشر

¹ - أنظر المادة 189 من القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

(الدعوى غير المباشرة)، وهذا قد يكون من الناحية العملية نادرا حيث إن الغالب أن البنك يدفع الثمن للتاجر فوراً- كما أشرنا سابقاً-. فالعميل أصلاً لم يرجع إلى البنك بطلب شراء المبيع، لأن التاجر أو المورد يريد الثمن عاجلاً وإلا لكان العميل أحق بتأجيل الثمن من التاجر بدلاً من البنك المورس.

المبحث الثالث: مخاطر المراجعة وآلية هيئة الرقابة عليها

بالرغم من أن عقد المراجعة يعد من أكثر صيغ التمويل استخداماً وانتشاراً وهذا لسهولة وبساطة إجراءاته بالنسبة للعقود الأخرى، إلا أنه لا يمنع من وجود مخاطر عديدة تتخلل هذا العقد، حيث يرى بعض الباحثين بأنه يمكن لعقد المراجعة عند تنميط العقد وتوحيده فإن مخاطره قريبة من مخاطر التمويل التقليدي الربوي أو مشابهة له.

تنطبق الكثير من المخاطر التي تتعرض لها المعاملات الإسلامية التي تجريها البنوك والمؤسسات المالية من عقود التمويل، فضلاً عن أن هناك مخاطر خاصة بمعاملات المصرفية الإسلامية وعقودها تعود إلى تقيد هذه الأخيرة وانضباطها بأحكام الشريعة الإسلامية، وإلى حداثتها نسبياً، الأمر الذي جعلها عرضة لعدة مخاطر تعيق نجاحها في تحقيق الفائدة والربح سواء للبنك والمؤسسة المالية أو لعملائها.

وتختلف المخاطر التي يتعرض لها عقد المراجعة حسب المنتجات التمويلية التي يقدمها البنك أو المؤسسة المالية لعملائها. ومن المخاطر التي تواجهها هذه المعاملة عموماً المخاطر الائتمانية، ومخاطر السوق، ومخاطر السيولة، والمخاطر التشغيلية والفنية. وكذا المخاطر القانونية والتي منها ما يرتبط بصيغة عقد المراجعة بصفة مستقلة في نماذجها، هذه المخاطر وأن كانت متعددة فإنها متعلقة بعدة عناصر متفرقة منها ما هو متعلق بطبيعة عقد المراجعة، ومنها ما هو متعلق بالعميل وبعضها متعلق بالبنية الداخلية للبنك أو المؤسسة المالية، وبعضها متعلق بالإطار الاقتصادي والسياسي الذي يعمل فيه البنك أو المؤسسة المالية. وعلى الرغم من وجود أكثر من مصدر للمخاطر، إلا أن كافة هذه المخاطر تنتج عنها خسائر، أو معوقات تحد من قدرة البنوك والمؤسسات المالية على تحقيق أهدافها.

وبوجود آلية الرقابة الشرعية التي فرضت على مختلف البنوك والمؤسسات المالية التي تلعب دوراً بارزاً في ضبط المعاملات البنكية للمصارف سواء الإسلامية أو العمومية، فالرقابة الشرعية هي المنتبعة للضوابط الشرعية والتأكد من مدى مطابقة الأعمال البنكية لأحكام الشرعية من طرف الهيئة الشرعية، حيث يعد عقد المراجعة البنكية من أكثر المعاملات البنكية التي تطالها شبهة الربا، لدى فقد عمدت هيئات والمجمعات الدولية الإسلامية على غرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي) إلى وضع معايير وقوانين خاصة لتبيين الحقائق والضوابط المتعلقة بهذه المعاملة، والتي عملت على الأخذ بها الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية في الجزائر.

المطلب الأول: مخاطر المراجعة وطرق الحد منها

ورغم تعدد هذه المخاطر، فإن أهم المخاطر التي تتعرض لها صيغة المراجعة هو التأخر في سداد الدفعات من قبل العميل في حال كون الثمن أقساط بين المتعاقدين وهو الحالة الأكثر شيوعاً، حيث أن البنك أو المؤسسة المالية لا يستطيع حسب الضابط الشرعي لعقد المراجعة أن يفرض غرامة تأخير على العميل، مما يؤثر سلباً على ربحية البنك أو المؤسسة المالية.

بالإضافة إلى ذلك فقد تواجه البنوك أو المؤسسات المالية في بيع المراجعة مخاطر تغير الأسعار فقد تتغير سعر السلع بالزيادة في الفترة المتراوحة بين تاريخ شرائها من طرف البنك أو المؤسسة المالية البنك أو المؤسسة المالية ووقت بيعها للمتعامل، وهنا يجد البنك أو المؤسسة المالية أنه مفروض عليه شراؤها بثمان أعلى من الثمن الذي اتفق عليه مع العميل مما قد يكبده خسارة مالية هائلة.

وكذلك هناك عدة مخاطر قد يتعرض لها البنك أو المؤسسة المالية قد تلحق به أضرار ويكون ذلك في حالة توقف العميل عن الدفع أو في حالة نكول العميل (التراجع عن طلب الشراء)، وبالمقابل يتصدى البنك أو المؤسسة المالية إلى هاته المخاطر عن طريق طلب ضمانات من العميل خلال عملية البيع بالمراجعة.

أضافة إلى مسؤوليات عدم تنفيذ أطراف عقد المراجعة للالتزامات هناك مخاطر أخرى تصيب عقد المراجعة سواء كانت من أحد أطرافه أو كليهما، حيث عمدت أغلب البنوك والمؤسسات المالية لإجراءات للحد منها أو تقليلها، وهي عديدة منها:

الفرع الأول: موت العميل وما يوقعه من ضرر

تعد وفاة العميل أحد أسباب المخاطر التي تؤثر على البنك أو المؤسسة المالية وهذا إذا كان شخصاً طبيعياً، والوفاة قد تحدث قبل إجراء عقد المراجعة أو بعدها، فلما يكون موت العميل قبل إبرام العقد عقد المراجعة فهنا يتحقق ضرر البنك أو المؤسسة المالية فعلاً إن كان قد اشترى المبيع الموصوفة لهذا العميل وبخاصة لو كان هذا المبيع من السلعة نادرة أو مصنوعة خصيصاً له أو كان عقار ففي هذه الحالة البنك أو المؤسسة المالية يتحمل كل الأضرار الناجمة عن ذلك، وهذا لعدم إبرام عقد المراجعة مع العميل وما جرى بينهما مجرد وعد لا يرقى بأن يكون عقداً تاماً وإن كان قد أبرم عقد المراجعة ثم توفي العميل بعده فإن في الحالة يؤول ثمن المبيع بربحه المتفق عليه من الطرفين إلى ما تركه العميل من بعده أي يصبح بمثابة دين على عاتقه ومنه يخصم من تركته فيطالب به الورثة، وهذا حسب القاعدة المقررة قانوناً في المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري¹، أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون الثابتة في ذمة المتوفي، وهذا بعد أخذ أولاً مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

¹ - القانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 04 مايو 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج. العدد 43 الصادرة في 2005/06/22

ولقد اتجه جمهور من الفقهاء إلى أنه يحل هذا الدين بموت المشتري لعدم إمكانية بقاء هذا الدين مؤجلاً في ذمة المشتري بموته أو ذمة الورثة لأن الشراء لم يكن منهما. ولأن البنك أو المؤسسات المالية قد لا يرضي تنقل دينه من المراجعة إلى الورثة لأنه يضر بالورثة من حيث قسمته، فعلى هذا يحل الدين بموت العميل ويؤول إلى دين في تركته. وفي الواقع نجد أن العديد من البنوك أو المؤسسات المالية في حال موت العميل تعود إلى التأمينات المتخذة لاستقاء حقها مباشرة وبدون انتظار قسمة التركة بين الورثة لاستيفاء حقها، كما أنه يوجد بعض البنوك والمؤسسات المالية تعد شرط في العقد لهذه الحالة، غير أنه توجد بعض البنوك والمؤسسات المالية التي تضع شرط يمكن من خلاله للورثة من مباشرة عقد المراجعة معهم في حالت توفيرهم على شروط معينة.

الفرع الثاني: جائحة كورونا كظرف طارئ في عقد المراجعة

الظروف الطارئة هي حالة عامة غير مألوفة لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وإن لم يصبح مستحيلا. وهي مخاطر استثنائية ونادرة الحدوث مثل الحروب ومما ينجر عنها من عدم استطاعة العميل الدفع، وأيضا مثل مخاطر غرق السفينة الناقلة للسلعة أو احتراقها لكن عادة ما يتم تغطيتها من طرف شركات التأمين.

وقد ظهر في نهاية 2019 ظرف طارئ عرف بجائحة كورونا وهي فيروس كورونا المستجد (كوفيد19) هو أحدث الفيروسات التاجية المكتشفة، والذي يسبب مرضا معديا، وهذا الفيروس والمرض الذي يسببه لم يكونا معروفين من قبل، فقد بدأ نقشي المرض في جميع أنحاء العالم ابتداء من منطقة ووهان بمحافظة هوبي في الصين ابتداء من ديسمبر 2019، ومنه انتشر لمعظم دول العالم. فجائحة كوفيد19 أمر غير مألوف لم تكن في حساب العملاء المدينين، والالتزام البعض منهم في ظل الجائحة بالأقساط المالية يعد إرهابا لهم بسبب الظروف الطارئة التي أدت إلى انخفاض في راتبهم المعيشي، وقد يتوقف راتبهم بالكامل حسب عملهم أو صنعتهم، وهكذا يستحيل عليهم أن يوفقوا بين ديونهم ومعيشتهم¹.

وتقوم فكرة الظروف الطارئة على اختلال التوازن الاقتصادي؛ لحصول حوادث استثنائية غير متوقعة وخارجة عن إرادة العاقدين، كحرب أو زلزال أو فيضان أو إضراب مؤثر أدى إلى تغير فاحش في الأسعار، وذلك بعد العقد وقبل الانتهاء من تنفيذه، فيصبح العميل مرهقا - وإن لم يكن التنفيذ مستحيلا -

¹ -إبراهيم أسامة حسن، حسن مجد الرفاعي، أثر تداعيات جائحة كوفيد19 في التزامات المدين المالية: عقد المراجعة للأمر بالشراء في بنك دبي الإسلامي نموذجا، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 13، العدد 3، (السداسي الثاني 2021م)، ص533.

بحيث تلحق به خسارة فادحة إذا أتم تنفيذ العقد، فيقوم القاضي أو المحكم بتعديل الالتزامات المترتبة على العقد بما يرفع الإرهاق الذي يؤدي إلى خسارة فادحة، فيتبين من ذلك أن نظرية الظروف الطارئة مستثناة من نظرية لزوم العقد.

ونزول جائحة كوفيد19 على العالم، قد يسبب عدم إلتزام بعض العملاء المدينين بتسديد أقساطهم المصرفية، وبالتالي يضطرون إلى إيقاف تسديد الأقساط بسبب تلك الظروف الطارئة.

***بعض الحلول التي عملت عليها البنوك للحد من جائحة كورونا:**

قامت البنوك المركزية في بعض الدول بأصدر توجيهها غير ملزم للبنوك بتأجيل الأقساط للعملاء المتضررين بسبب الجائحة، وإعادة جدولة الديون، ومنح تأجيلات وتسهيلات، وخفض الرسوم والعمولات للعملاء المتأثرين بها.¹

من بين البنوك التي باتخاذ الإجراءات اللازمة بنك دبي الإسلامي الذي أصدر ورقة تسمى "تأجيل أقساط التمويل"، يقوم العميل المدين بملئها، ويرفق معها أوراقا ثبوتية تعلم المصرف بحالته المادية والمعيشية في ظل جائحة كوفيد19 من خلال ورقة يستخرجها من مقر عمله موضحا بها حال راتبه، فيقوم البنك بدراسة الطلب، وبعد الموافقة يؤجل الأقساط للعميل لمدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر، وترحل هذه الأقساط لآخر قسط يكون على العميل، وهنا أصبح العميل شرعا يسمى المدين المعسر.

وقد جاء قرار مجمع الفقهاء الإسلامي² الدولي رقم 241(25/3) بشأن آثار جائحة كورونا على أحكام المعاملات والعقود والالتزامات المالية³ في بعض بنود ما يلي:

- جائحة كورونا تُعد من الأعذار الطارئة التي تجيز إعادة النظر في الالتزامات التعاقدية، إما بتأجيل، أو فسخ، أو إسقاط، أو غير ذلك، وتخضع أحكامها في باب المعاملات لما تخضع له أحكام الجوائح والأوبئة في الفقهاء الإسلامي.

¹ - أبوظبي، بيان صادر من مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي، قرار بتاريخ 1/3/2020.

² - مجمع الفقهاء الإسلامي الدولي تأسس في ربيع الأول 1401هـ (يناير 1981م) بجدة (المملكة السعودية) وهو جهاز علمي عالمي منبثق عن "منظمة التعاون الإسلامي"، يتكون أعضاؤه من الفقهاء والعلماء والمفكرين في شتى مجالات المعرفة الفقهية والثقافية والعلمية والاقتصادية من مختلف أنحاء العالم الإسلامي لدراسة مشكلات الحياة المعاصرة والاجتهاد فيها اجتهدا أصيلاً فاعلاً بهدف تقديم الحلول النابعة من التراث الإسلامي والمنفتحة على تطور الفكر الإسلام، عدد أعضائه حالياً 76، الدول المشاركة فيه 57 دولة حالياً، وله العديد من القرارات والدورات . على الموقع: <https://iifa-aifi.org>

³ - موقع : مجمع الفقهاء الإسلامي الدولي، قرار بشأن آثار جائحة كورونا على أحكام المعاملات والعقود والالتزامات المالية على الرابط: <https://iifa-aifi.org/ar/44186.html> بتاريخ 2023/12/27 على الساعة

- من حق المتضرر في العقود التي يتعطل إبرامها أو تنفيذها أثناء الجائحة مع وجود عربون، أو هامش جدية إلغاء العقد، واستعادة العربون، وهامش الجدّية، أو التصالح على إيقاف تنفيذ التزامات العقد مؤقتاً، أو تخفيف إلزام الطرف المتضرر بما يحقق التوازن بين مصلحة الطرفين.
- لا يجوز الإلزام بالشرط الجزائي إذا كانت جائحة كورونا سبباً في تأخير التنفيذ.
- المتأخرات المالية المترتبة على العقود التمويلية المختلفة التي تسببت جائحة كورونا في تعثر سداد أقساطها، ينبغي أن يتم الصلح فيها بما يقتضي العدل.

أما في الجزائر فقد قام البنك المركزي الجزائري بإصدار تعليمة رقم 05-2020 بتاريخ 06 أبريل 2020¹ للبنوك والمؤسسات المالية تهدف إلى السماح لهم بضمان مرافقة مناسبة لمؤسسات انتاج الخدمات والسلع، بهدف الحد من الآثار السلبية لوباء كورونا على الإقتصاد الوطني. حيث أن بنك الجزائر قد اعتمد تخفيفات استثنائية بهدف دعم مرونة البنوك والحفاظ عليها أمام الصعوبات التي قد تواجه زبائنها الذين تأثروا بالأزمة الصحية.

وقد جاء في المادة 4 من تعليمة 05-2020 السابقة: "وفقاً لتقديرها، يمكن للبنوك والمؤسسات المالية أن تؤجل تسديد أقساط القروض المستحقة أو إعادة جدولة قروض زبائنها المتأثرين بالظروف الناجمة عن تفشي وباء كوفيد 19".

ومن خلال هذا التدبير يعتمد بنك الجزائر على "الإلتزام الموحد وروح الفطنة" لدى البنوك من أجل توفير الدعم الضروري لزبائنها في هذه الفترة الصعبة، لكون تطوير نشاط المؤسسات يشكل رهانا دائما في مجال ممارسة نشاط البنوك التي تتنافس في النهاية على حفظ مصالحها الخاصة، إلا أنه يتضح أن بعض البنوك لم تفهم معنى التدابير المتخذة من طرف بنك الجزائر وتواصل تطبيق إجراءات تحصيل عقابية على المؤسسات التي تعاني من صعوبات ظرفية، حسب ما جاء في بيان لبنك الجزائر.²

الفرع الثالث: مخاطر أخرى قد تقع فيها البنوك والمؤسسات المالية وطرق الحد منها

إضافة للمخاطر السابقة هناك مخاطر القانونية وشرعية أخرى عديدة منها ما جاء في المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء الصادر عن (أيوفي) يمكن ذكرها على سبيل المثال لا الحصر مع الحلول المقترحة لها:

¹ - تعليمة رقم 05-2020 المؤرخة في 6 أبريل 2020، المتعلقة بالإجراءات الاستثنائية لتخفيف بعض الأحكام الاحترازية المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية

² -موقع وكالة الأنباء الجزائرية على الرابط : <https://www.aps.dz/ar/economic/103144-19> بتاريخ 2024/07/03 على

1- الأخطاء التي ترد من طرف موظفي البنك أو المؤسسة المالية في حالة عدم تحري الدقة والاستعلام عن العميل الأمر بالشراء. وهذا ما يعرض البنك أو المؤسسة المالية لبعض المشاكل خلال إجراء عملية المراجعة.¹

ويمكن الحد من هذا الخطر من خلال الاستعلام الدقيق عن العميل وعن الجهة التي يشتري منها العميل من خلال سبل الاستعلام المختلفة ومنها التالي:

-الحصول على تفويض من الأمر بالشراء للاستعلام عنه.

-إذا كان العميل الأمر فرداً طبيعياً يتم الحصول على تقرير استعلام لمعرفة الأطراف المرتبطة به، وإن كان يكفل أشخاص طبيعية أو اعتبارية يتم التحقق من طبيعة علاقته بالأفراد المكفولين للتأكد من أن الأمر ليس البائع للسلعة.

-إذا كان الأمر شخصية اعتبارية يتم الحصول على سجل تجاري له لمعرفة طبيعة المؤسسة وصفة كل الشركاء بها، وللتأكد من عدم شراء السلعة من الأمر بالشراء.

-كما يمكن لمندوب البنك أو المؤسسة المالية بالقيام بالزيارات الميدانية لمحل الأمر بالشراء المشتري إذا لزم الأمر.

2- حدوث خطأ من جهة أحد موظفي البنك أو المؤسسة المالية القائمين بالدراسة الائتمانية، مثل إغفاله لبعض المستندات التي قد تظهر عدم قدرة العميل على الوفاء بالالتزامات في مواعيدها. ويمكن الحد من هذا الخاطر من خلال التالي:

-عمل قائمة بالمستندات اللازمة (الأساسية) التي يتم الرجوع إليها عند إجراء الدراسة الائتمانية للعميل في ضوء السياسة الائتمانية للبنك أو المؤسسة المالية التي أبرمة عقد المراجعة مع العميل.

-يتم مراجعة كافة المؤشرات المالية الخاصة بالعميل من جهة إدارة أخرى غير الجهة القائمة بإعداد الدراسة الائتمانية، وفي الواقع العملي توجد إدارة لإعداد الدراسة الائتمانية الخاصة بطلب العميل والعرض على إدارة أخرى لمراجعة الدراسة الائتمانية وتسمى إدارة مخاطر الائتمان، ثم تقوم إدارة مخاطر الائتمان بمناقشة الإدارة المعدة للدراسة الائتمانية لدراسة ومعالجة كافة المخاطر الائتمانية التي تحيط بالعميل (الأمر بالشراء) ثم العرض على اللجان الائتمانية المختصة لاتخاذ القرار الملائم بشأن منح العميل التسهيل من عدمه أو تخفيضه حسب ما يترأى لها.

¹ -أحمد شوقي سليمان، (موقع: كنانة أونلاين)، مرجع سبق ذكره.

3- في بعض الأحيان يكون العميل الأمر بالشراء له علاقة بالتاجر أو المورد أو مالك المبيع ويردا من عقد المراجعة أن ستار لقرض ربوي، حيث يكون العميل الأمر بالشراء هو نفسه أو وكيله المالك الأصلي للسلعة أو أن تكون الجهة البائعة للسلعة مملوكة للعميل.¹

ويمكن الحد منها من خلال الحصول على مركز مجمع للعميل الأمر بالشراء إذا كان شخصية اعتبارية لمعرفة الأطراف المرتبطة له، والكفالات إن وجدت وللتحقق من أن الأطراف المرتبطة والكفالات ليست لها علاقة ببائع للسلعة وللتأكد من أن الذي يبيع السلعة طرف ثالث غير العميل حتى لا تكون عملية البيع باطلة، ويجب أخذ موافقة هيئة الرقابة الشرعية بالبنك أو المؤسسة المالية على ذلك، كما يجب أيضا أن يكون التوكيل كتابية وليس صوريا، وأن يكون في حالة تعذر موظف البنك أو المؤسسة المالية بتسلم الشيك للمورد واستلام البضاعة منه وتسليمها كما هو في حالة الاعتمادات المستندية.²

وحسب البند 4/2/2 لمعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء³: "يجوز للمؤسسة شراء السلعة ممن بينهم وبين الأمر بالشراء قرابة نسب أو علاقة زوجية مع العميل الأمر بالشراء ثم بيعها إليه مرابحة بالأجل، ما لم يكن ذلك حيلة لبيع العينة، ويفضل اجتناب ذلك في تطبيقات المؤسسة". بمعنى يمكن البنك أو المؤسسة المالية أن تبرم عقد المراجعة مع التاجر أو المورد أو مالك المبيع الذي يكون له قرابة مع العميل بشرط ألا يكون البيع عطاء لبيع محرم.

4- قد يحتوي عقد البيع بالمرابحة على مخالفات شرعية وتشوبه شبه من شبهات الربا مثلاً:
-تحصيل عمولة ارتباط:⁴ وهي النسبة أو المبلغ الذي يأخذه البنك أو المؤسسة المالية من العميل للدخول في العملية ولو لم يتعاقد العميل.

-تحصيل التسهيلات:⁵ وهي الحد الأعلى لمبلغ تعتمده البنوك أو المؤسسات المالية، فيحق له الاستفادة منه في عدد من التعاملات، وقد يتقيد لنوع معين من المعاملات أو من السلع أو بفترة محددة.
وحل هذا الخطر يكمن بأن تقوم البنوك والمؤسسات المالية من تقليص منها لأدنى حد ممكن، فيجب عليها اتخاذ التدابير اللازمة ومنها الآتي⁶:

¹ -انظر: البند 3/2/2، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 92.

² - عزوز أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 227.

³ - المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 92.

⁴ - المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 108

⁵ -المرجع نفسه.

⁶ -أحمد شوقي سليمان، (موقع: كنانة أونلاين) مرجع سبق ذكره.

- أن يتم إعداد عقود المراجعة وعرضها على هيئة الرقابة الشرعية لإبداء الرأي فيها ومدى مطابقتها للشرعية الإسلامية وخلوها من المخالفات الشرعية.

- أن تكون عقود المراجعة للأمر بشراء على نماذج موحدة بالمؤسسة شاملة لكافة الأركان الخاصة بالمراجعة للأمر بالشراء ومعتمدة من هيئة الرقابة الشرعية.

- في الحالات التي تتطلب تغيير في صيغة العقود نظراً لاختلاف طبيعة التمويل يفضل عرض العقود على هيئة الرقابة الشرعية بالبنك لإبداء الرأي الشرعي واعتمادها. أو إعدادها من خلال مكتب استشاري قانوني خارجي على دراية وخبرة بطبيعة المعاملات المصرفية الإسلامية .

5- خطر تقلب الأسعار حيث بعد أن يتعاقد البنك أو المؤسسة المالية مع التجار أو المورد أو مالك المبيع واستلامه وقبضه، يتعرض المبيع أو السلعة لتقلبات الأسعار لحين عرض المبيع على العميل الأمر بالشراء وإبرام عقد المراجعة معه.

فتواجه بعض البنوك أو المؤسسات المالية هذا الخطر كالتالي¹:

-توكيل العمل الأمر بالشراء في شراء المبيع أو سلعة محل المراجعة واستلامها باسم البنك أو المؤسسة المالية ثم يقوم البنك أو المؤسسة المالية بالمبيع له بعد تملكها للسلعة، ولا يتم بيع لنفسه، حيث يجب على البنك أو المؤسسة المالية في هذه الحالة على وثائق ومستندات من التاجر البائع للتأكد من عملية البيع، وأن تكون كافة الوثائق والمستندات باسم البنك أو المؤسسة المالية.²

-وإذا لم يتم توكيل العميل بالشراء والاستلام للمبيع، فيجب أن يكون الوعد بالشراء ملزماً للأمر بالشراء حتى لا تتعرض المؤسسة لمخاطر انخفاض الأسعار.

-يجب أن تكون المدة بين تملك البنك أو المؤسسة المالية للمبيع وعرضها للبيع على العميل الأمر بالشراء . قصيرة لأدنى وقت ممكن.

- يقوم البنك أو المؤسسة المالية بشراء المبيع أو السلعة من التاجر البائع مع اشتراط حق الخيار له خلال مدة معلومة، فإذا لم يشتري العميل (الأمر بالشراء) السلعة أمكنها رد السلعة إلى البائع ضمن تلك المدة بموجب خيار الشرط المقرر شرعاً، ولا يسقط الخيار بين البنك أو المؤسسة المالية والتاجر أو مالك المبيع، بعرض البنك أو المؤسسة المالية السلعة على العميل، بل بالمبيع الفعلي لها.

-أن يتجنب البنك أو المؤسسة المالية التعامل في السلع السريعة التلف وأن يتم التعامل في السلع التي تتسم بكثرة الطلب عليها (مثل السيارات، ومواد البناء الأساسية) والمواد ذات تاريخ الصلاحية الكبيرة

¹ - أحمد شوقي سليمان،، مرجع سبق ذكره.

² -أنظر ملحق رقم 06 (مصرف السلام)، الملحق رقم 11 (بنك البركة).

مثل الدهانات، المواد الدوائية، الأحبار، الزيوت الصناعية، وكذا الأغذية التي لا تتسم بقصر فترة الصلاحية.

- ألا يتعامل البنك أو المؤسسة المالية في السلع ذات الأسعار المتغيرة في فترات زمنية قصيرة.
- ألا يقوم البنك أو المؤسسة المالية بتخزين السلع لفترات زمنية طويلة، سواء في مخازنه أو على مستوى المخازن التي يؤجرها لهذا الغرض.

6- اعتبار البنك أو المؤسسة المالية الرغبة الصادرة من العميل الأمر بالشراء وعدا أو تعهدا بالشراء بدون تصريح منه.¹

والحل لهذه المخالفة: هو إعداد مستند واحد موقع عليه من قبل العميل يشمل الرغبة والوعد معتمدا من قبل البنك أو المؤسسة المالية يوقع عليه العميل، مع مراعاة ألا يتضمن هذا الإجراء صفة الوعد أو التعهد.²

7- أن يعتبر البنك أو المؤسسة المالية حصول العميل على عروض بأسعار السلعة قبولا من العميل بالعقد بدون تصريح منه.

والحل لهذه المخالفة: هو عدم اعتبار عروض الأسعار للسلعة قبولا من العميل يتضمن صفة الوعد أو التعهد إلا إذا تم التصريح بذلك، ويجوز إعداد مستند موقع عليه من قبل العميل يشمل الرغبة والوعد، بشرط ألا يعتبر ذلك قبولا من العميل بالعقد.

8- أن يصدر من العميل الأمر بالشراء قبول على إيجاب البائع المالك للسلعة.
والحل الشرعي لمثل هذه المخالفة هي: أنه يجب إلغاء أي ارتباط عقدي سابق، بين العميل الأمر بالشراء والبائع الأصلي إن وجد، ويشترط أن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقيقية وليست صورية، ولا يجوز تحويل العقد المبرم بين العميل والمصدر إلى المؤسسة.³

9- أن تشمل وثيقة الوعد أو ما في حكمها على مواعدة ملزمة للطرفين (المؤسسة والعميل).⁴
والحل لهذه المخالفة: هو إخلاء الوثيقة من الوعد الملزم للطرفين بحيث لا يترتب أي إلزام على أحدهما حال التراجع.

10- أن يشترط البنك أو المؤسسة المالية عدم انتقال ملكية السلعة إلى العميل إلا بعد سداد الثمن.

¹ - أحمد بن جابر بن يحيى مدبش، صيغ التمويل بالمراجعة ومخاطرها، مجلة العلوم التربوية والإنسانية، العدد 29، نوفمبر 2023، ص 37

² - أنظر: البند 3/1/2، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 92.

³ - أنظر: البند 2/2/2، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 92.

⁴ - أنظر: البند 1/3/2، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 92.

والحل في هذه الصورة: يجوز إرجاء تسجيل السلعة باسم العميل المشتري لغرض ضمان سداد الثمن، مع الحصول على تفويض من العميل للبنك أو المؤسسة المالية ببيع السلعة إذا تأخر عن سداد الثمن. وعلى البنك أو المؤسسة المالية إعطاء العميل المشتري (سند ضد) لإثبات حقه في الملكية. وإذا باع البنك أو المؤسسة المالية السلعة لعدم سداد الثمن في حينه فيجب عليه الاقتصار على مستحقاته وإعادة الباقي إلى العميل.¹

11- أن يقوم البنك أو المؤسسة المالية بجدولة الدين للعميل مقابل زيادة في مقداره.²
والحل في هذه الصور: يجوز البنك أو المؤسسة المالية أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته إذا لم يكن بشرط متفق عليه في العقد.
12- أن يتفق البنك أو المؤسسة المالية والعميل على أداء دين المراجعة للأمر بالشراء بعملة أخرى مغايرة لعملة الدين مع الإخلال بأحد شروط الصرف المعتبرة.

والحل في هذه الصورة: يجوز الاتفاق بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل على أداء دين المراجعة للأمر بالشراء بعملة أخرى مغايرة لعملة الدين إذا كان ذلك بسعر الصرف يوم السداد، شريطة أن يتم تسديد الدين بأكمله أو تسديد المقدار المتفق على مصارفته، بحيث لا يبقى في الذمة شيء من المبلغ المتفق على مصارفته.³

13- أن يقوم البنك أو العميل بعد الوعد وقبل إبرام المراجعة بتعديل الوعد منفردا دون الاتفاق مع الطرف الآخر.⁴

والحل لهذه المخالفة: هو أن يكون تعديل الوعد باتفاق الطرفين، وليس لأحدهما الانفراد بذلك.⁵

14- أن يلزم البنك أو المؤسسة المالية العميل (الأمر بالشراء) التأمين على سلعة المراجعة.⁶
والحل لهذه المخالفة: هو التأمين على سلعة المراجعة مسؤولية البنك أو المؤسسة في مرحلة التملك، ويقوم بهذا الإجراء على حسابه باعتباره مالك للسلعة ويتحمل المخاطر المترتبة على ذلك، ويكون التعويض من حقه وحده وليس للعميل حق فيه إن حدث موجب التعويض قبل انتقال الملكية إلى العميل. ويحق للبنك أو المؤسسة المالية أن يضيف المصروفات بعد ذلك إلى تكلفة المبيع، وبالتالي إلى ثمن بيع المراجعة.

¹ -انظر: البند 4/5، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 97.

² -انظر: البند 7/5، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 98.

³ - انظر: البند 10/5، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 98.

⁴ - أحمد بن جابر بن يحيى مدبش، مرجع سبق ذكره، ص 38

⁵ -انظر: البند 4/3/2، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، ص 92.

⁶ -انظر: البند 6/2/3، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 92.

15- عدم إفصاح البنك أو المؤسسة المالية للعميل بتفاصيل المصروفات التي سيدخلها في الثمن، عدا ما جرى العرف على اعتباره من التكلفة، أو أن يضيف البنك إلى تكلفة السلعة مصروفات أخرى غير المصروفات المالية المباشرة المدفوعة للغير، ويحملها العميل.¹

والحل لهذه المخالفة: في أنه يجب على البنك أو المؤسسة المالية أن يصرح عند التعاقد على البيع بتفاصيل المصروفات التي تضاف في الثمن، وله أن يدخل أي مصروفات متصلة بالسلعة إذا قبل بها العميل، أما إذا لم تفصل تلك المصروفات فليس للبنك أو المؤسسة المالية أن تدخل إلا ما جرى العرف على اعتباره من التكلفة؛ مثل مصروفات النقل، والتخزين، ورسوم الاعتماد المستندي، وأقساط التأمين، وليس له مثلاً أن يضيف إلى الثمن مقابلاً لأعمال موظفيه أو نحو ذلك.

16- أن يحصل البنك أو المؤسسة المالية على خصم من المبلغ على السلعة ولو بعد العقد، ثم يخفي هذا الخصم على العميل.²

والحل في هذه الصورة: أنه يجب على البنك أو المؤسسة المالية إذا حصل على خصم من التاجر البائع على السلعة المباعة نفسها ولو بعد العقد، فإن العميل يستفيد من ذلك الخصم بتخفيض الثمن الإجمالي بنسبة الخصم.³

17- أن يترك البنك أو المؤسسة المالية في عقد المراجعة تحديد الثمن أو الربح لمتغيرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل.

والحل في هذه الصورة: أنه يجب أن يكون كل من ثمن السلعة في بيع المراجعة للأمر بالشراء وربحها محدداً ومعلوماً للطرفين عند التوقيع على عقد البيع، ولا مانع من ذكر مؤشر من المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد للاستئناس به في تحديد نسبة الربح، على أن يتم تحديد الربح في عقد المراجعة للأمر بالشراء على أساس نسبة معلومة من التكلفة ولا يبقى الربح مرتبطاً بمؤشر مثل مؤشر "الليبور" مثلاً، أو بالزمن.⁴

18- أن يقتصر البنك أو المؤسسة المالية في عقد المراجعة على بيان الثمن الإجمالي دون تحديد مقدار الربح.

والحل في هذه الصورة: أنه يجب أن يكون الربح في عقد المراجعة للأمر بالشراء معلوماً ولا يكفي الاقتصار على بيان الثمن الإجمالي، ويجوز أن يكون الربح محدداً بمبلغ مقطوع أو بنسبة مئوية من ثمن

¹ - انظر: البند 3/4، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 92.

² - انظر: البند 5/4، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 96.

³ - أحمد بن جابر بن يحيى مديش، مرجع سبق ذكره، ص 40

⁴ - انظر: البند 6/4، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 96.

الشراء فقط أو من ثمن الشراء مضافا إليه مبلغ المصروفات. ويتم هذا التحديد بالاتفاق والتراضي بين الطرفين¹.

19- أن يطالب البنك أو المؤسسة المالية من العميل زيادة على المبلغ المتفق عليه بعد سداد له، بسبب زيادة الأجل أو التأخير.²

والحل في هذه الصورة: أن هناك عدة طرق تعين البنك أو المؤسسة المالية على ضمان سداد مستحقاته:

الأول: أن يشترط البنك أو المؤسسة المالية على العميل حلول جميع الأقساط المستحقة قبل مواعيدها عند امتناعه أو تأخره عن أداء أي قسط منها من دون عذر معتبر، وهذا يكون بإحدى الصور الآتية³:

(أ) الحلول تلقائيا بمجرد تأخر السداد مهما قلت مدته.

(ب) أن يكون الحلول بالتأخر عن مدة معينة.

(ج) أن تحل بعد إرسال إشعار من البائع بمدة معينة.

وللبنك أو المؤسسة المالية أن تتنازل في هذه الحالات عن جزء من المستحقات.

الثاني: أنه ينبغي أن تطلب البنك أو المؤسسة المالية من العميل ضمانات مشروعة في عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء، ومن ذلك حصول البنك أو المؤسسة المالية على كفالة طرف ثالث، أو رهن الوديعة الاستثمارية للعميل أو رهن أي مال منقول أو عقار، أو رهن السلعة محل العقد رهنا ائتمانيا (رسميا) دون حيازة، أو مع الحيازة للسلعة وفك الرهن تدريجيا حسب نسبة السداد.⁴

الثالث: أنه ينبغي مطالبة البنك أو المؤسسة المالية للعميل بتقديم شيكات أو سندات لأمر قبل إبرام عقد المراجعة للأمر بالشراء ضمانا للمديونية التي ستنشأ بعد إبرام العقد، شريطة النص على أنه لا يحق البنك أو المؤسسة المالية استخدام الشيكات أو السندات إلا في مواعيد استحقاقها، وتمتع المطالبة بالشيكات في البلاد التي يمكن فيها تقديمها للدفع قبل موعدها.⁵

المطلب الثاني: هيئة الرقابة كآلية للحد من مخاطر المراجعة

تلعب الرقابة دورا هاما في البنوك والمؤسسات المالية فهي تعد صمام الأمان لها، وهي من أهم أعمال الإدارة حيث تقوم بها السلطة أو الهيئة المختصة للتحقق من أن العمل يسير وفق الأهداف

¹ - انظر: البند 7/4، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 96.

² - أحمد بن جابر بن يحيى مديش، مرجع سبق ذكره، ص 41

³ - انظر: البند 1/5، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 97.

⁴ - انظر: البند 2/5، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 97.

⁵ - انظر: البند 3/5، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره، 97.

المرسومة بكفاءة وفي الوقت المحدد لها، كما أن مبدأ الرقابة يعد من المبادئ الهامة الواجبة في الأعمال المصرفية، وذلك لتنشيط دور البنوك والمؤسسات المالية وتمكينها من أداء وظائفها على الوجه الأمثل، مما يبعث الثقة في نفوس العملاء، لذا يجب تفعيل دور الرقابة سواء الرقابة العامة أو الخاصة.

الفرع الأول: الرقابة العامة التي تخضع لها جميع البنوك في الجزائري

يتحد مفهوم الرقابة العامة بالرقابة التقليدية¹، وهي تلك الرقابة التي تخضع لها جميع البنوك مهما كان شكلها أو تنظيمها، سواء كانت تقليدية أو إسلامية، ويكون الهدف منها الحفاظ على النظام المصرفي في البلاد².

والمرشح الجزائري لم يعرف الرقابة المصرفية، بل عرف أحد أجهزتها وبأنه ذلك الجهاز الذي يقوم بالمراقبة عن طريق تحديد تشكيلتها ومهامها، فهي ذلك الجهاز الذي يسهر على حسن سير المهنة وعلى النوعية المالية للبنوك والمؤسسات المالية ويراقب مدى احترامها للأحكام التشريعية والتنظيمية ويعاقب كل الاختلالات التي تتم معاينتها، وهي إما أن تكون خارجية أو داخلية.

أولاً: الرقابة خارجية:

وفقاً لقانون النقدي والمصرفي تتعدد الأجهزة المكلفة بالرقابة، كما تتعدد أساليبها والفترة التي تتم فيها، لذلك تخضع جميع البنوك والمؤسسات المالية للرقابة خارجية تتمثل في رقابة البنك المركزي، ورقابة اللجنة المصرفية.

1- رقابة البنك المركزي:

تختلف طريقة التعامل مع البنوك الإسلامية من دولة لأخرى، إذ يفترض وجود ثلاثة أنظمة مختلفة، فالأول النظام المصرفي الإسلامي الكامل ويقصد به الاعتماد على النظام الإسلامي في جميع المعاملات والذي لا تخضع له البنوك التقليدية، والثاني نظام الجمع بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية، ومعنى ذلك هو الاعتماد على كلا النظامين بالإبقاء على البنوك التقليدية وإنشاء بنوك إسلامية في نفس الوقت، أما الثالث فهو نظام خاص لكل بنك إسلامي.

والجزائر بدورها انتهجت النظام الثاني والمتمثل في نظام الجمع بين النوعين، ويظهر ذلك من خلال إصدار النظام رقم 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية- سالف الذكر، الذي سمح بإمكانية الاعتماد على العمليات

¹ - جميلة بلعيد، الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية، 2018-2017 ص 384.

² - زوطاط نصيرة، بوكايس سامية، الرقابة على بنوك وشبابيك الصيرفة الإسلامية وفقاً للنظام رقم 20-02، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية - المجلد 07، العدد 02، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة - الجزائر، ديسمبر 2022، ص 671.

المصرفية الإسلامية، وكذا منح البنوك التقليدية إمكانية إنشاء شبائيك خاصة بالصيرفة الإسلامية والتي تكون مستقلة عنها ماليا وإداريا.¹

وقد أكدت المادة 22 منه على ذلك، إذ نصت على أن الصيرفة الإسلامية تخضع في عملها للأحكام القانونية والتنظيمية السارية المفعول. وبالتالي، تخضع البنوك الإسلامية وشبائيك الصيرفة الإسلامية المتواجدة بالبنوك التقليدية لرقابة البنك المركزي بحكم اعتبارها من أجهزة النظام المصرفي الجزائري، إذ يتشكل هذا الأخير وفقا لقانون النقدي والمصرفي الصادر من البنك المركزي المتواجد على رأس هذا النظام حيث تتمثل مهمته الرئيسية في إصدار النقود والتكفل بضمان سلامة النظام المصرفي، وذلك بالإشراف على السياسة النقدية في البلاد.

تتمثل الرقابة السابقة من قبل البنك المركزي في منح الاعتماد والترخيص عند تأسيس البنك، حيث لا يمكن أن ينشأ أي بنك بالجزائر إلا إذا حصل على الاعتماد. ويتم سحبه في حال ما إذا تبين أن تلك البنوك لم تعد تتوفر فيها شروط التأسيس.²

وقد حدد قانون النقدي والمصرفي الأحكام المتعلقة بالاعتماد من خلال المادة 89 منه وكذا النظام 01-24 الذي يحدد شروط ترخيص بتأسيس بنك ومؤسسة مالية واعتمادها.³

ويعد هذا من قبيل أساليب الرقابة، بالإضافة كذلك إلى الترخيص الذي يمنحه محافظ بنك الجزائر في حال ما إذا كان البنك منشأ وأراد التعامل بإحدى منتجات الصيرفة الإسلامية، فلا يمكن البدء فيها إلا بعد الحصول على هذا الترخيص، ووفقا لما ينص عليه النظام رقم 20-02 سالف الذكر، لا يمكن ممارسة عمليات الصيرفة الإسلامية إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق يقدم لدى البنك المركزي وهذا ما تؤكدته المادة 13 من ذات النظام والمادة 2 من التعليم رقم 03-2020 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية السابقة الذكر.

وقد اشترطت المادة 14 من النظام رقم 20-02 عدم تقديم الترخيص إلا بعد الحصول على شهادة المطابقة الواجب تقديمها من قبل الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، وهي عبارة عن هيئة عليا منشأة من قبل المجلس الأعلى الإسلامي.

كما يقوم البنك المركزي بالرقابة أثناء ممارسة النشاط، والتي تتكفل بها هيئات منشأة من قبله، منها مركزية المخاطر، والتي تتولى جمع المعلومات المتعلقة بالقروض البنكية.⁴

¹ -أنظر: المادة 17 من النظام رقم 20-02 سالف الذكر

² -أنظر: المادة 104 من قانون 09-23 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سابق.

³ -النظام رقم 01-24، يحدد شروط الترخيص بتأسيس بنك ومؤسسة مالية واعتمادها، مرجع سابق.

⁴ -أنظر: المادة 110 من قانون 09-23 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سابق.

وهناك مركزية المبالغ غير المدفوعة ينضم إليها جميع الوسطاء الماليين حيث تقوم هذه الهيئة بتسيير القروض المتعثرة، وذلك بهدف حماية البنوك والمؤسسات المالية. يقوم البنك المركزي خاصة بمراقبة مدى احترام التعليمات الصادرة عنه فيما يتعلق بإيداع العملات الأجنبية وسحبها، الاحتياطي النقدي الإلزامي، الالتزام بسقف الائتمان الإجمالي المحدد لها في مدة معينة، واللجوء إلى عمليات التفتيش عن طريق الزيارات الميدانية للتأكد من صحة المعلومات المقدمة.¹ وعليه، فإن البنوك الإسلامية تخضع لما يفرضه البنك المركزي عليها، باستثناء ما يتعارض مع الطبيعة الإسلامية للبنك، وهي المجالات التي يكون فيها التعامل بالفوائد.²

2- رقابة اللجنة المصرفية

تعد اللجنة المصرفية كسلطة إدارية مستقلة تتكفل بمراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية بما فيها البنوك الإسلامية للنصوص القانونية السارية المفعول ومعاينة المخالفين لها وفقا لنص المادة 116 من قانون النقدي والمصرفي وهذا بهدف وقاية النظام البنكي من الوقوع في الثغرات المالية المختلفة التي قد تؤثر على القطاع المصرفي، مما ينعكس تأثيرها على الإقتصاد الوطني، كما تقوم بمهمة البحث والكشف عن المخالفات التي يرتكبها الأشخاص الذين يمارسون نشاطات البنك دون الحصول على الاعتماد، وكذا السهر على حسن سير المهنة المصرفية، وتمتلك في ذلك وسائل قانونية تمكنها من أداء مهامها، تتمثل هذه الوسائل خاصة في الرقابة المستندية والرقابة في عين المكان. وباعتبارها سلطة إدارية مستقلة فإنها تمتلك سلطة العقاب والردع، حيث يمكنها إصدار عقوبات كالمنع من ممارسة بعض العمليات أو الحد من ممارسة النشاط، وقد تصل العقوبات إلى حد سحب الاعتماد.

ثانيا: الرقابة الداخلية:

تتمثل الرقابة الداخلية في وجود هيئات داخل البنوك والمؤسسات المالية تقوم بمراقبة عملها، وتكمن فيما يلي:

1- محافظي الحسابات

أوجب المشرع الجزائري كل البنوك بالاستعانة على الأقل بإثنين من محافظي الحسابات على الأقل مسجلين في الغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات وفق شروط محددة، وتكون مهمتهما التحقيق

¹ - فارس مسدور، الرقابة المصرفية بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية، ندوة علمية دولية حول: "الخدمات المالية وإدارة المخاطر في المصارف الإسلامية"، بجامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر، أيام من 18 إلى 20 أفريل، 2010، ص 9.

² - جميلة بلعيد، مرجع سبق ذكره، ص 385.

والتدقيق في الوثائق المحاسبية والمالية، ويعتبران بذلك مراقبان للشرعية والقانون داخل المؤسسة، وهذا ما جاء في المادة 111 من القانون 09-23 المتضمن قانون النقدي والمصرفي¹.

كما حددت المادة 112 من ذات القانون مهام محافظي الحسابات في البنوك والمؤسسات المالية منها إعلام محافظ بنك الجزائر بكل مخالفة ترتكبها المؤسسة محل رقابته والتي تتعلق بأحكام قانون النقدي والمصرفي، وتقديم التقارير بشكل دوري لرئيس اللجنة المصرفية وكذا الهيئات المعنية².

2- رقابة المطابقة وفقا للنظام 08-11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية:

تخضع البنوك الإسلامية لقواعد الرقابة الداخلية وهذا وفقا لما يتضمنه النظام رقم 08-11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية³ والذي جاء تطبيقا لنص المادة 97 مكرر من قانون النقد والقرض⁴ الملغى، والتي تنص على ضرورة استحداث جهاز داخلي غرضه احترام القوانين والتنظيمات والإجراءات، وقد أكد القانون 09-23 النقدي والمصرفي على ضرورة وضع جهاز فعال للرقابة الداخلية في نص المادة 107 فقرة 2 منه، كما أوجب المادة 108 من نفس القانون على ضرورة احتواء هذا الجهاز على الإجراءات والتنظيمات الداخلية الكفيلة بضمان مطابقة القوانين والأنظمة المعمول بها على ضمان السير الحسن والأمثل للعمليات، وكذا تكييف جميع الأجهزة الموضوعة مع طبيعة وحجم النشاطات في البنوك والمؤسسات المالية للسماح بالتعرف والقياس والتخفيف من مختلف المخاطر التي تتعرض لها البنوك والمؤسسات المالية⁵.

وما نستنتجه في الأخير أن الهدف من الرقابة العامة هو المساهمة في الحفاظ على الثقة في النظام النقدي والمصرفي والاقتصادي بشكل عام والمحافظة على حقوق الأطراف المرتبطين بالبنوك والمؤسسات المالية.

الفرع الثاني: الرقابة الخاصة التي تخضع لها البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية في الجزائري

يقصد بالرقابة الخاصة تلك الرقابة التي تخضع لها البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية دون غيرها من البنوك والمؤسسات المالية، وهي مرتبطة بها، وذات أهمية قصوى، إذ لا يتحقق وجود البنك الإسلامي إلا بوجود هذه الهيئة داخلها، فكل عملية أو خدمة تقدمها البنوك الإسلامية عليها أن تطابق

¹ -المادة 11 من قانون رقم 09-23 يتضمن القانون النقدي والمصرفي: "يجب على كل بنك أو مؤسسة مالية وعلى كل فرع من فروع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية أن يعين، بعد رأي اللجنة المصرفية وعلى أساس المقاييس التي تحددها، محافظين (2) للحسابات، على الأقل، مسجلين في الغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات وفق شروط محددة".

² -أنظر: المادة 112 من قانون رقم 09-23 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سابق.

³ - من النظام رقم 08-11، المتعلقة بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، مرجع سبق ذكره.

⁴ -أنظر: المادة 97 مكرر من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض (الملغى)، مرجع سبق ذكره.

⁵ -أنظر: المادة 108 من قانون رقم 09-23 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، مرجع سبق ذكره.

حكم الشريعة الإسلامية فيها، لذلك يتطلب الأمر ضرورة إنشاء هيئة مختصة في المجال الشرعي تبحث في حكم الإسلام فيما يرد إليها من تساؤلات من البنك الإسلامي والمؤسسات المالية وهذه الهيئة تسمى بهيئة الرقابة الشرعية¹، وقد أضاف النظام رقم 20-02 ضرورة وجود رقابة شرعية بالنسبة للبنوك التقليدية التي تفتح شبابيك داخلها تعمل بقواعد الصيرفة الإسلامية.

أولاً: مفهوم ونشأة الرقابة الشرعية

حيث أن عمل هيئات الرقابة الشرعية يتمثل بإجازة منتجات ومعاملات وعقود العديد من البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، ومطابقتها للمعايير الشرعية سواء التي تصدرها عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، أو قرارات المجامع الفقهية، أو هيئات الشرعية الوطنية للإفتاء وقد ساهم تطور الصناعة المصرفية الإسلامية في إيجاد بدائل عن المعاملات المالية المخالفة للشريعة الإسلامية، ومع ابتكار الكثير من المنتجات الإسلامية الجديدة أدى إلى ضرورة الالتفات إلى الرقابة الشرعية وضرورة تفعيلها بشكل أكبر من أجل الرقابة على عمل البنوك والمؤسسات المالية لضمان تطبيقها لمعايير الجودة الشرعية.

ولقد التزمت بعض البنوك الجزائرية في تطبيق متطلبات المعالجات المحاسبية للمراجعة للأمر بالشراء كما جاء في المعيار الشرعي رقم (8) والذي يمكن أن يساعد تطبيقه في التطوير والارتقاء بالخدمات البنكية الإسلامية.

1- مفهوم الرقابة الشرعية:

للرقابة الشرعية عدة تعاريف، نذكر منها: يعرفها الدكتور عبد الحميد البعلي²: "هي حق شرعي يخول الهيئة الشرعية سلطة معينة تمارسها بنفسها وعن طريق أجهزتها المعاونة بهدف تحقيق أهداف المؤسسة المالية وفقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية". ويعرفها الدكتور عبد الستار أبو غدة: "على أنها التحقق من تنفيذ الفتاوى الصادرة عن جهة الاختصاص إيجاد البدائل والصيغ المشروعة لأية أعمال تخالف الأحكام الشرعية". ويعرفها الدكتور يوسف الشبيلي: "بأنها وضع الضوابط الشرعية المستمدة من الأدلة الشرعية ثم متابعة تنفيذها للتأكد من صحة التنفيذ".

¹ - فارس مسدور، مرجع سبق ذكره، ص 233.

² - عبد الحميد محمود البعلي، فقه المراجعة في التطبيق الإقتصادي المعاصر، مكتبة السلام العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.ت، ص 82.

فالرقابة الشرعية هي المتابعة للضوابط الشرعية والتأكد من مدى مطابقة الأعمال المصرفية للأحكام الشرعية من طرف الهيئة الشرعية.¹

2- نشأة الرقابة الشرعية:

بدأت الرقابة الشرعية بشكل مستشار شرعي في بنك دبي الإسلامي، وبيت التمويل الكويتي، وكان المستشار يختار من العلماء المعروفين، دون التدقيق في تخصصه في فقه المعاملات وما يليه من علوم مساعدة أصولية وشرعية. ومن خلال التجربة نشأت الحاجة إلى تفضيل المتخصصين في فقه المعاملات مع الإمام بالعمل المصرفي، مما أدى إلى تعيين أفراد ذوي تخصصات قانونية و/أو اقتصادية ممن لهم إلمام بالشرعية الإسلامية في هيئات الرقابة.

ثم جاءت هيئة معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية ونصت معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (1) تحت عنوان تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها وتقريرها. ثم ظهرت الهيئة الشرعية الموحدة للبركة لها أمانة عامة موسعة، تجمع إلى جانب التخصصات الشرعية التخصصات الاقتصادية والمصرفية، وهي من أنشط الأمانات العامة.

ثم أنشأت اللجنة الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية تقوم بمراجعة وإجازة الدراسات الشرعية الممهدة لإصدار معايير المراجعة والمحاسبة والأخلاقيات²، كما تعمل على مراجعة هذه المعايير عند إعدادها بواسطة مجلس المعايير ولجانه، وفي عام 1999 تم رفع هذه اللجنة إلى مجلس شرعي يوازي مجلس المعايير، ويقوم المجلس بذات الأغراض التي كانت تقوم بها اللجنة، وللمجلس ثلاث لجان متخصصة تمهد له الدراسات المطلوبة، وتمثل الأمانة العامة لهيئة معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أمانة المجلس الشرعي، وقد عين فقيه في الأمانة العامة ليتولى الإشراف على أعمال المجلس الشرعي.

أ- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي):

AAOIFI: Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions

تم إنشاء هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بموجب اتفاقية التأسيس الموقعة من عدد من المؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ 1 صفر 1410 هـ الموافق 26 فبراير 1990 م في الجزائر.

¹ - حسيبة سميرة، لينة كرميش، أهمية الرقابة الشرعية في ضبط المعاملات البنكية-المراجعة للأمر بالشراء ببنك البركة أنموذجاً، ورقة بحثية مقدمة بغرض المشاركة في الملتقى الإقتصادي الدولي الأول حول: "الفائدة الربوية من الأزمات إلى الحلول المالية الإسلامية"، من تنظيم: المدرسة العليا للمحاسبة والمالية بقسنطينة، الجزائر، يومي 10 و11 أكتوبر 2022، ص4.

² - محمد عبد الغفار الشريف، الرقابة الشرعية على المصارف والشركات المالية الإسلامية، بحث منشور على موقع موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي، على الرابط: <https://iefpedia.com/arab> بتاريخ 2024/05/13 على ساعة 15:32

وتم سجيل الهيئة في 11 رمضان 1411هـ الموافق لـ 27 مارس 1991م بدولة البحرين، بصفتها هيئة عالمية ذات شخصية معنوية مستقلة لا تسعى إلى الربح¹، و تهدف الهيئة إلى تطوير معايير الصناعة المالية والمصرفية الإسلامية، معايير المحاسبة والمراجعة والضبط وأخلاقيات العمل والمعايير الشرعية، كما تسهم الهيئة إسهاماً كبيراً في عملية التطوير المهني لهذه الصناعة، وتجاوز عضوية الهيئة 200 مؤسسة مالية في أكثر من 45 بلداً² ولها منجزات مهنية بالغة الأثر على رأسها إصدار 100 معياراً حتى الآن في مجالات المحاسبة والمراجعة وأخلاقيات العمل والحوكمة بالإضافة إلى المعايير الشرعية التي اعتمدتها البنوك المركزية والسلطات المالية في مجموعة من الدول باعتبارها إلزامية أو إرشادية، كما تحظى الهيئة بدعم عدد من المؤسسات الأعضاء، من بينها المصارف المركزية والسلطات الرقابية والمؤسسات المالية وشركات المحاسبة والتدقيق والمكاتب القانونية من أكثر من 45 دولة، وتطبق معايير الهيئة حالياً المؤسسات المالية الإسلامية الرائدة في مختلف أنحاء العالم، والتي وفرت درجة متقدمة من التجانس للممارسات المالية الإسلامية على مستوى العالم. كما تصدر أيوفي خمسة أنواع من المعايير، بلغ مجموع الصادر منها حتى الآن 98 معياراً³.

وسوف نعرض بعض الشروط التي فرضتها هيئة (أيوفي) الواجب توفرها في هيئات الرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية. كما نعرض أيضاً المعيار الذي أصدرته هذه الهيئة الخاص بالمراجعة.

ب- شروط التي يجب أن تتوفر في هيئة الرقابة الشرعية:

وقد وضعت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بعض الشروط التي يجب أن تتوفر في هيئة الرقابة الشرعية حتى تقوم بمهام على أكمل وجه منها:⁴

- أن تكون جهاز مستقل من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات، وأجازت أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء على أن يكون من المتخصصين في مجال المصارف الإسلامية وله إلمام بطبيعة المعاملات، ولها أن تستعين بمختص في إدارة الأعمال أو الإقتصاد أو القانون أو المحاسبة وغيرهم؛
- ألا يقل أعضاؤها عن ثلاثة؛
- أن تحكم عملها لائحة تنظم اختصاصاتها وتصف عملها وتحدد لها مسؤولياتها وتمنحها الصلاحيات والسلطات المطلوبة لأداء مهمتها.

¹ - موقع: أيوفي على الرابط: <https://aaoifi.com> بتاريخ 2024/07/04 على الساعة 23:41

² - عزوز أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 221

³ - موقع: أيوفي على الرابط: <https://aaoifi.com>

⁴ - سميرة مشراوي، دور هيئة الرقابة الشرعية في ضبط المعاملات المالية الإسلامية-المراجعة للأمر بالشراء ببنك البركة نموذجاً، مجلة المستقبل للدراسات الاقتصادية المعمقة، مج 02، ع 04، ديسمبر 2019، ص 94

ج- معيار المراجعة الصادر عن هيئة (أيوفي):

أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، معياراً خاصاً بالمراجعة الهدف منه بيان الأسس والأحكام الشرعية للمراجعة للأمر بالشراء، والمراحل التي تمر بها عملية المراجعة من مرحلة الوعد إلى غاية نهاية تملك العميل للمبيع، والضوابط الشرعية التي يجب على البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية الالتزام بها. وقد جاء في نطاق المعيار الخاص بالمراجعة ما يلي: "يطبق هذا المعيار على عمليات المراجعة الأمر بالشراء بمراحلها المتعددة، وما يتعلق بضمانات الشروع فيها، مثل الوعد وهامش الجدية، وما يتعلق بضمانات المديونيات الناشئة عن المراجعة"، وقد اعتمد المجلس الشرعي المتطلبات الشرعية لصيغة المراجعة للأمر بالشراء، وذلك في اجتماعه الرابع المنعقد في 29 - 31 ماي 2000

وقد ميزت "المعايير الشرعية" بين النوعين، وعرفت المراجعة كما يلي: بيع سلعة بمثل الثمن الذي اشتراها به البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه، بنسبة من الثمن أو بمبلغ مقطوع، سواء وقعت من دون وعد سابق وهي المراجعة العادية، أو وقعت بناء على وعد بالشراء من الراغب في الحصول على السلعة عن طريق المؤسسة، وهي المراجعة البنكية، وهي أحد بيوع الأمانة التي يعتمد فيها على بيان ثمن الشراء، أو التكلفة بإضافة المصروفات المعتادة.

ثم زادت الأمر إيضاحاً بشأن المراجعة البنكية، فقالت: المراجعة للأمر بالشراء: هي بيع المؤسسة إلى عميلها -لأمر بالشراء- سلعة زيادة محددة على ثمنها أو تكلفتها بعد تحديد تلك الزيادة في الوعد، وتسمى المراجعة المصرفية، لتمييزها عن المراجعة العادية.

ثانياً: رقابة الهيئات الشرعية الداخلية:

تتكون الرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية من هئتين هما¹: الأولى وهي هيئة الفتوى وهي تقوم من الناحية النظرية بإصدار الفتاوى، وإيجاد البدائل الشرعية والحلول العملية لمشاكل البنوك والمؤسسات المالية، والثانية وهي هيئة التدقيق الشرعي التي تعنى أساساً بالناحية العملية بالتأكد من التزام البنك أو المؤسسة المالية الإسلامية بالحدود والضوابط الشرعية المرسومة لها ومتابعة تنفيذ فتاوى هيئة الفتوى.

وتعتبر كل هيئة مكملة للهيئة الأخرى إذ لا تستغنى إحداها عن الأخرى لأسباب عدة منها:

- أن دور هيئات الفتوى في معظم البنوك والمؤسسات المالية يتعدى دور الإفتاء النظري إلى القيام بالرقابة الفعلية على أعمال البنك أو المؤسسة المالية وتتولى هيئة التدقيق متابعة تنفيذ الفتاوى وعرض جميع أعمال البنك أو المؤسسة المالية على هيئة الفتوى.

¹ - حمزة عبد الكريم حماد، الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، ملخص رسالة ماجستير في الفقهاء وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن، 2004، ص 5.

- مع تطور ونمو البنوك والمؤسسة المالية الإسلامية وتزايد أعمالها وتشعب أنشطتها المصرفية والاستثمارية، أصبح من غير اليسير على هيئات الفتوى - والتي غالبا ما تكون غير متفرغة - أن تطلع على جميع الأعمال والنشاطات، وتقوم بنفسها بمتابعة مجريات التنفيذ ومدى إلزام إدارة البنك بتوجيهاتها وقراراتها؛ لذلك كله دعت الضرورة إلى إيجاد هيئة التدقيق الشرعي.

1- مجال ممارسة هيئتي الفتوى والتدقيق للرقابة الشرعية: أ- مجال ممارسة هيئة الفتوى للرقابة:

تتولى هيئة الفتوى ممارسة دورها الرقابي من خلال بعض الاختصاصات التي تتوزع على أكثر من صعيد، ولعل أهمها ما يلي:

- مراعاة الجوانب الشرعية في عقد التأسيس واللوائح والنظام الأساسي للبنك.
- إشرافها على إعداد وصياغة نماذج العقود، والخدمات المصرفية، والاتفاقيات مع الآخرين، ومناقشة المشروعات ودراسات الجدوى من وجهة النظر الشرعية.
- إيجاد المزيد من الصيغ الشرعية المناسبة للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامي لمواكبة التطور في الأساليب والخدمات المصرفية؛

- المراجعة الشرعية لكل ما يقترح من أساليب استثمار جديدة.

- وضع القواعد اللازمة لضبط التعامل مع البنوك والمؤسسات المالية غير الإسلامية.

- إعداد دليل عملي شرعي، وهو دليل الإجراءات الذي يشمل مختلف عمليات البنك ابتداء من فتح الحسابات الجارية، وحسابات الاستثمار، ومرورا بعمليات التمويل في المراجعة والمضاربة وانتهاء بأشكال الخدمات المصرفية من حوالات وفتح اعتمادات، وتكمن أهمية هذا الدليل في كونه يسهل توحيد المنهج والضبط والمراقبة، ويعمل كذلك على تنمية الوعي لدى العاملين بحيث يحيطون بالأسس الشرعية الحاكمة للعمل المصرفي الإسلامي، ويساعد هيئة الفتوى لمعرفة ما وراء العمال المصرفية من ارتباطات تعاقدية.

- المراجعة الشرعية لجميع مراحل تنفيذ العملية الاستثمارية وإبداء الملاحظات في جميع مراحل تنفيذ العملية الاستثمارية.

- القيام بدور فاعل في مجال تثقيف موظفي البنك أو المؤسسة المالية بالأحكام الشرعية الضابطة للعمل المصرفي وعقد الدورات والملتقيات العلمية والرد عن التساؤلات والاستفسارات الفقهية.

- مراجعة تقارير الجهات الرقابية الخارجية كالبنك المركزي وتقديم تقريرا دوريا تبدي فيه رأيا في المعاملات التي أجراها البنك ومدى التزامه بالفتاوى الصادرة عن الهيئة وتطبيقه للتوجيهات والإرشادات.

ب - مجال ممارسة هيئة التدقيق الشرعي:

يعد التدقيق الشرعي الداخلي من أهم مكونات نظام الرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية حيث يقع على عاتقه بشكل رئيس تقييم مدى إلزام البنك أو المؤسسة المالية بالفتاوى والقرارات

الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية، ويجب أن تكون هذه الدائرة أو الوحدة في مستوى إداري وتنظيمي يضمن عملها باستقلالية، وأن يكون كادرها الوظيفي مؤهلاً بحيث يضمن موضوعية تأدية المهام¹، ومن أهم ما تقوم به هذه الهيئة في مجال المراقبة ما يلي:

- التأكد من أن أعمال البنك تتسجم مع أحكام الشريعة الإسلامية.

- التأكد من تنفيذ قرارات وتوصيات الهيئة الشرعية بشأن الالتزام بالجوانب الشرعية للمعاملات.

- مراجعة عمل الوحدات التنظيمية في الدوائر الإدارية العامة والفروع والشركات التابعة، وإعداد التقارير حول الملاحظات الشرعية التي تم اكتشافها والإجراءات المعنية باتخاذ الإجراءات اللازمة لمعالجة تلك الملاحظات والمخالفات وتعد التقارير دون أي تدخل خارجي ويحق لدائرة التدقيق الشرعي الداخلي مناقشة تقاريرها مع الفروع والشركات التابعة التي تم تدقيقها.

- حصر المكاسب المخالفة للشريعة والتصرف ما وفق قرارات الهيئة.

- تقييم التزام إدارة البنك أو المؤسسة المالية بنظام إدارة مخاطر يحتاط به من تحقيق خسائر بالأعمال امتثالاً للمبدأ الإسلامي (لا ضرر ولا ضرار)، وذلك في ضوء ما تقرره مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها وفقاً لقاعدة الخراج بالضمن.

2- مهام وواجبات هيئة الرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر:

رغم اختلاف هيئات الرقابة على مستوى البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر، كل حسب نظام الداخلي المطبق من طرف نوع البنك أو المؤسسة المالية إلا أن مهامها وواجباتها تتشابه إلى حد كبير نظراً للرقابة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية في الجزائر، حيث أوجبت عليهم بعض المهام والواجبات منها:

- اعتماد الجوانب الشرعية في عقد التأسيس والنظام الأساسي واللوائح، وتعديل ما يلزم منها وفقاً للمتطلبات الشرعية في البنك أو المؤسسة المالية².

- التأكد من شرعية وصحة العمليات والأنشطة التي تقوم بها المؤسسات المالية والمصرفية، وإبداء الرأي الشرعي في المنتجات التي تقدمها، ومحاولة إيجاد البدائل الشرعية المناسبة للمنتجات التقليدية؛

- التأكد من صحة العقود والمعاملات الإسلامية ووضع آليات لضبط التطبيق ومعالجة الخل؛

- تقديم المشورة الفقهية والقانونية للمؤسسات المالية والمصرفية وللعلماء؛

¹ - عبد الله عطية، مفاهيم الرقابة والتدقيق والمراجعة والامتثال الشرعي بين النظرية والتطبيق، مداخلة قدمت ضمن فعاليات المؤتمر السادس للتدقيق الشرعي المنظم من قبل هيئة شورى للاستثمارات الشرعية بإسطنبول بتاريخ 07/04/2016، ص 17.

² - عبد الستار أبو غدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، مجموعة البركة المصرفية، البحرين، 2005، ص 74-75.

- المصادقة على مدى مطابقة أعمال البنك أو المؤسسة المالية للشرعية ضمن التقارير السنوية؛
- التحقق من إلتزام الإدارة التنفيذية في البنك أو المؤسسة المالية بعرض جميع المعاملات على هيئة الفتوى والرقابة الشرعية، وذلك عن طريق المراقب الشرعي؛
- دراسة تقارير وملاحظات المراقب الشرعي المتفرغ على الممارسات التنفيذية في الجوانب الشرعية لمسيرة الأعمال اليومية والتوصية بما يلزم بشأنها¹؛
- تحديد القضايا أو الأنشطة التي تتطلب عناية خاصة من المراقب الشرعي المتفرغ، وطلب إعداد الدراسات التفصيلية التي ترى الهيئة أهميتها.
- توجيه نشاطات البنك أو المؤسسة المالية ومراقته والإشراف عليها للتأكد من إلتزامه بأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية في جميع معاملاته، والتثبت من شرعية معاملاته.
- دراسة مجالات العمل والعقود وصياغتها بحيث تتفق مع أحكام الفقهاء الإسلامي، ودراسة مشروعية العقود قبل التوقيع عليها للتأكد من عدم وجود أي بند فيها يتعارض مع أحكام فقه المعاملات الإسلامية؛
- بيان المخالفات والأخطاء وإبداء الرأي والتقويم والتنبه عليها لاجتنابها.
- بيان المعاملات الحلال التي يقوم بها البنك أو المؤسسة المالية وإقرارها.
- إيجاد البديل الإسلامي الحلال للمعاملات المخالفة للشرعية الإسلامية، واستحداث صيغ استثمارية شرعية جديدة؛
- تحفيز البنوك والمؤسسات المالية من العاملين بها والمتعاملين معها إلى الإلتزام في معاملاتهم بتطبيق الأحكام الشرعية، وإعداد برامج تثقيف العاملين وتقديم المحاضرات والندوات اللازمة لهم ومتابعتها، وتنقيهم بالمبادي الشرعية الأساسية لتنمية الوعي المالي الإسلامي لديهم ولإلزامهم بأحكام المعاملات الشرعية.

- تنفيذ عملية الرقابة الشرعية في عقد المراجعة البنكية:

تتم عملية الرقابة الشرعية في عقد المراجعة من طرف الهيئة الرقابة الشرعية للبنك أو المؤسسة المالية بفحص ومعاينة عمليات المراجعة للأمر بالشراء التي تنفذ مع العملاء، والمراقبة والاطمئنان من أنها تتم وفقاً لما هو معتمد ووفقاً لفقه المراجعة والمعياري الشرعي رقم (08) ومعياري المحاسبة المالية للمراجعة والمراجعة للأمر بالشراء رقم (02) الصادران عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية والمتعلقان بالمراجعة والمراجعة للأمر بالشراء، وبيان المخالفات والتبليغ عنها وتصويبها، ويتم التأكد من خلو المخالفات الشرعية التالية:²

¹ - عبد الحق حميش، تفعيل دور هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، مجلة جامعة

الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، مج4، ع1، محرم 1428هـ، فبراير 2007م، ص122

² - سميرة مشراوي، مرجع سبق ذكره، ص ص 99-101

-الفحص والتأكد من خلو الإجراءات التي تسبق تنفيذ المراجعة من المخالفات الشرعية، وهو دور هيئة الرقابة الشرعية للتأكد من إلغاء أي ارتباط عقدي سابق بين العميل والمورد قبل إجراء عملية المراجعة، وأن مالك السلعة هو طرف ثالث غير العميل أو الوكيل عنه وألا تعود ملكية الجهة البائعة للعميل.

- التأكد من الالتزام بخطوات الإجراءات التنفيذية للمراجعة للأمر بالشراء بترتيب، لأن تتسلسل إجراءات يعد من الضوابط الشرعية، فتوقيع نموذج الوعد بالشراء وعقد الشراء والتملك وتوقيع عقد البيع بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل وألا تتم في آن واحد، لأنه لو تم ذلك فقد باع البنك أو المؤسسة المالية ما لا يملك وذلك بإبرامه عقد البيع مع العميل قبل تملكه المبيع وحيازته، وهو بيع ما لم يملك وهو محرم ومحظور.

- التأكد من تملك البنك أو المؤسسة المالية للسلعة محل عقد المراجعة، وهو دور هيئة الرقابة الشرعية في تأكدا من أن ملكية المبيع للبنك أو المؤسسة المالية لأنه شرعا لا يصح توقيع عقد المراجعة مع العميل قبل التعاقد مع البائع الأول لشراء السلعة موضوع المراجعة، وقبضها حقيقة أو حكما بالتمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسيا فقبض المبيع يكون بالتخلية وتمكين اليد من التصرف أو تسليم المستندات المخولة بالقبض، والغرض من ذلك هو تحمل البنك أو المؤسسة المالية تبعه هلاك المبيع.

- التأكد من عقد المراجعة، وذلك من خلال قيام هيئة الرقابة الشرعية بفحص العقد لأنه لا يصح شرعا اعتبار عقد المراجعة للأمر بالشراء مبرما تلقائيا بمجرد تملك البنك للمبيع محل المراجعة، كما يجب أن يتأكد بأن كل من ثمن المبيع محل عقد المراجعة وربحها محددان ومعلومان للطرفين عند التوقيع على عقد البيع.

- التأكد من صفة وصلاحيات الموكل له بشراء المبيع حسب إجراءات تنفيذ المراجعة في البنك أو المؤسسة المالية تبين انه يتم توكيل الأمر بالشراء بالتفاوض نيابة عن البنك أو المؤسسة المالية حول شروط الشراء فقط وليس توكيل للشراء مباشرة لصالحه، وهذا ما ينبغي للمدقق التأكد منه لأنه الأصل حسب المعيار الشرعي رقم (08).¹

-التأكد من تحرير الشيك باسم المورد وليس باسم العميل، فاذا تم تحرير الشيك باسم العميل في هذه الحالة لا يختلف عن منح الائتمان الذي تقوم به البنوك التقليدية، وكأن البنك أو المؤسسة المالية أقرض المال للعميل وهذا الأخير يسدده بزيادة للبنك، ولم يتم دفع ثمن شراء المبيع من طرف البنك أو المؤسسة المالية فيعتبر هذا التصرف من قبيل المعاملات الربوية "مبادلة مال بمال وزيادة"، حتى تباع للعميل مرة أخرى، وأن وجود البنك أو المؤسسة المالية بين المورد والعميل مسألة صورية وتحايلا فقط.

¹ -انظر: البند 3/1/3، المعيار الشرعي رقم (8) المراجعة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي)، مرجع سبق ذكره،

- التأكد من تملك البنك أو المؤسسة المالية للمبيع وذلك بفحص نموذج الوعد بالشراء، وعقد البيع الذي تم صحيح بينه وبين المورد، فإذا تحققت هيئة الرقابة في حالة قبوله لطلب الأمر أن يقوم بشراء المبيع لنفسه بعقد بيع صحيح بينه وبين المورد، فإذا تحققت هيئة الرقابة الشرعية بأن العميل اشترى المبيع قبل أن يوقع على نموذج الوعد بالشراء وقبل أن يوقع على عقد البيع وذلك بالاتفاق مع المورد، ثم قيامه باستلام الشيك من البنك أو المؤسسة المالية وتسليمه للمورد سدادا لثمن المبيع، فالأمر في هذه الحالة شبيه بسداد للمديونية التي على العميل للمورد.

-التأكد من وجود المبيع محل عقد المراجعة، إن الهدف من عملية المراجعة التي تتم بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل هو تمويل المبيع المراد اقتناؤه من طرف العميل، ولابد أن تقوم هيئة الرقابة الشرعية بالتأكد من سير العملية، وأن المبيع موجود فعلا وليس تحايلا من طرف العميل بإجراء ذلك لتسديد دين عليه اتجاه المورد مثلا وذلك فيه تحايل على البنك أو المؤسسة المالية المانح للتمويل.

-التأكد من تطابق المبيع المستلمة مع المبيع الواردة في عقد المراجعة، فقد يحدث أحيانا أن يتم التحايل على البنك أو المؤسسة المالية وذلك بأن يشتري العميل باتفاق مع المورد مبيع أو سلعة مخالفة لما هو موجود في العقد وبقيمة أقل ويحصل على الفارق.

- التأكد من كيفية معالجة تأخر العميل عن سداد أقساطه، حيث يجب على هيئة الرقابة الشرعية التأكد من عدم لجوء البنك أو المؤسسة المالية إلى تأجيل موعد أداء الدين مقابل زيادة في مقداره (جدولة دين العميل) وذلك ما يعد من الربا ولا تختلف عن زيادة الدين بسبب التأخير، إذ لا يجوز شرعا حصول البنك أو المؤسسة المالية على زيادة على الدين الذي في ذمة العميل سواء بسبب زيادة الأجل أو التأخير لعذر أو لغير عذر.

ثالثا: الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية في الجزائر:

تعد الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، مؤسسة مهمتها منح شهادة المطابقة الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية بعد استيفاء هذه المؤسسات للشروط المطلوبة لتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية، كما ينص على ذلك، نظام رقم 02-2020 مؤرخ في 25 رجب عام 1441 هـ الموافق 15 مارس سنة 2020، الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

1-نشأة الهيئة الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية في الجزائر

وقد تم الإعلان عن ميلاد الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية¹، يوم 2020/04/01 بمقرر صادر عن المجلس الإسلامي الأعلى (مقرر رقم 20/01، 2020)². وتعتمد الهيئة على تشكيلة أعضاء، منحت المادة 3 من مقرر إنشائها صلاحية تعيينهم لرئيس المجلس الإسلامي الأعلى، ويجب أن تتوفر فيهم يتم تعيينهم الشروط والمؤهلات التالية:

- أن يكون حائزا على شهادة الدكتوراه في الفقه والشريعة أو أي فرع معادل.
- أن يكون من الفقهاء المختصين في فقه المعاملات المالية الإسلامية أو من الخبراء الحاملين لشهادة الدكتوراه في الفقه، وله إمام كاف بفقه المعاملات المالية الإسلامية.
- ألا يكون مديرا أو إطار مسيرا في بنك أو مؤسسة مالية أو مساهما فيها. (مقرر رقم 20/01، 2020).

ويمكن استنادا للمادة الخامسة من المقرر أن تستعين الهيئة عند الحاجة بخبرات وطنية من خارج أعضائها المعينين.

وتجتمع هذه الأخيرة أربع مرات في السنة عند نهاية كل ثلاثي، كما يجوز لها أن تجتمع كلما دعت الضرورة بناء على دعوة من رئيسها، أو بطلب من ثلثي 3/2 من أعضائها، وتعد الاجتماعات في مقر المجلس الإسلامي الأعلى، مع إمكانية عقد الاجتماعات في أي مكان آخر بعد موافقة رئيس المجلس.

2-مهامها:

-تقويم مدى مطابقة المنتجات التي تعرضها الجهات الرسمية والبنوك والمؤسسات المالية المعتمدة لأحكام الشريعة الإسلامية وإصدار شهادة بذلك.

-إبداء الرأي الشرعي في أية منتجات مالية أخرى تعرض عليها لا سيما في مجال التأمين التكافلي وسوق القيم المنقولة الخاصة بالأسهم والصكوك المتداولة في البورصة، والتمويل الخيري مثل أموال الزكاة والأوقاف والصدقات³؛

1 -موقع: الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية على الرابط: <http://www.autorite-hci.dz/>

بتاريخ 2024/07/04 على الساعة 23:58

2 -المقرر رقم 01-20 المؤرخ في 01 أفريل 2020 المتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، العدد المؤرخ في 17 أوت 2020، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر.

3 -أنظر: المادة 02 من المقرر رقم 01-20 المتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، مرجع سبق ذكره.

-مراجعة عقود وصيغ التمويل ومختلف المعاملات المالية الإسلامية التي اعتمدها هيئات الرقابة الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية بخصوص مدى التزامها بالأحكام الشرعية؛

-إبداء الرأي في كل ما تراه مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية وتقديم التصويبات المناسبة بشأنها قبل إجازتها.

-دراسة ما تراه من المسائل المستجدة أو الإشكالات التطبيقية التي تعترض سير البنوك والمؤسسات المالية وتقديم الحلول المناسبة لها بما يتوافق وأحكام الشريعة.

-إيجاد الحلول لكل الإشكالات العملية التي تطرح بمناسبة تطبيق أية صيغة أو منتج مصرفي أو مالي إسلامي سواء بسبب عدم الوضوح أو التعارض مع صيغ ومنتجات أخرى أو التعارض مع دليل شرعي.

-إبداء الرأي في كل ما يعرض عليها من طرف البنوك والمؤسسات المالية أو يحال عليها من طرف رئاسة المجلس.

-اعتماد المعايير الشرعية المتعلقة بالمنتجات المصرفية والمالية المطروحة، والبت في توافق هذه المنتجات مع هذه المعايير.

وما تجدر الإشارة إليه أنه بالرغم من أن الهيئات الرقابية على البنوك والمؤسسات المالية قد دعمت بإنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للصناعة المالية الإسلامية في أبريل 2020، كخطوة تهدف إلى تعزيز الرقابة الشرعية على البنوك والمؤسسات المالية، والتي تتولى فحص مطابقة المنتجات المطروحة من هذه البنوك لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنها مازلت لم تحقق أغلب الأهداف المسطرة لها وهذا راجع لعدة أسباب منها الإقبال المحتشم للجزائريين على منتجات الصيرفة الإسلامية خوفا من مغبة الوقوع في التعاملات الربوية المقنعة، وكذا قلة عدد الفقهاء المتخصصين في محال المعاملات المصرفية والمسائل الاقتصادية الحديثة؛ مما يؤدي إلى عدم وجود تصور واضح لهذه المسائل، ومن ثم صعوبة الوصول للحكم الشرعي الصحيح فيها.

وعلاوة على ذلك، فإن استجابة البنوك والمؤسسات المالية لقرارات وتوصيات الهيئة الشرعية غالباً ما تتسم بالبطء أو التجاهل، مما يفرغ هذه الرقابة من مضمونها ويحولها إلى مجرد إجراء صوري، لا ينعكس فعلياً على واقع المعاملات البنكية. كما أن محدودية صلاحيات الهيئة، واقتصار دورها في كثير من الأحيان على إصدار الفتاوى في شكل استشارات فقهية دون سلطة ملزمة أو متابعة تنفيذية، أدى إلى استمرار بعض الممارسات غير المتوافقة مع الضوابط الشرعية، بل وأصبحت هذه الهيئة، في نظر البعض، مجرد واجهة شرعية تمنح غطاءً دينياً للمنتجات المصرفية، وتستخدم في الترويج لها أمام الجمهور دون إحداث أثر حقيقي في بنية النظام المصرفي.

الفصل الثاني:

حل منازعات عقد المراجعة وطرق انقضائه

الفصل الثاني: حل منازعات عقد المراجعة وطرق انقضائه

تعد النزاعات من الظواهر المحتملة في مختلف العلاقات التعاقدية، لا سيما في العقود المالية التي تتسم بتعدد الأطراف وتداخل الالتزامات، كعقد المراجعة المعتمد في البنوك والمؤسسات المالية، تبرز هذه النزاعات نتيجة لعدة عوامل، من أبرزها الغموض في صياغة بعض بنود العقد، أو غياب الفهم الدقيق لطبيعة العلاقة التعاقدية من قبل أحد الأطراف، أو نتيجة الإخلال بالالتزامات الدفع من قبل العميل، أو حتى بسبب تغير الظروف الاقتصادية والمالية التي تؤثر على تنفيذ العقد. وقد تنشأ أيضًا خلافات حول توقيت انتقال الملكية أو مسؤولية تحمل المخاطر، وهي مسائل جوهرية في عقود المراجعة.

وأمام هذه الاحتمالات، تقتضي الضرورة اللجوء إلى آليات فعالة لحل النزاعات، تتنوع بين وسائل بديلة وودية مثل المصالحة، والتوفيق، والوساطة، والتي تسعى إلى تسوية الخلاف دون تصعيد قانوني، إضافة إلى آلية التحكيم، التي تكتسب أهمية خاصة في عقود المراجعة ذات الطابع الدولي. وفي حال فشل هذه الآليات، يبقى اللجوء إلى القضاء هو السبيل الأخير لحسم النزاع، وفقًا لأحكام القانون المعمول به ومبادئ الشريعة الإسلامية في العقود ذات الطابع الشرعي، وتجدر الإشارة إلى أن آليات حل النزاعات التي قد تنشأ خلال تنفيذ عقد المراجعة قد تؤثر بشكل مباشر على مصير العقد، إذ قد تُقضي بعض هذه الآليات، كالمصالحة أو التحكيم، إلى إنهاء العلاقة التعاقدية بين الطرفين، مما يجعل طرق حل النزاع مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بطرق انقضاء العقد، سواء بالتراضي، أو بفسخ العقد، أو بانقضائه بقوة القانون.

وبنهايته تنقضي رابط الالتزامات فهي ليست دائمة أبداً لذلك من الطبيعي والبدهي أن العقود الملزمة للجانبين تنقضي وتنتهي هذا الرابطة وعقد المراجعة باعتباره من العقود الملزمة فإنه ينقضي بأسباب قانونية، فلا يتصور بقاء تلك الرابطة على الدوام وإلا كان ذلك مصادرة لحرية أطراف عقد المراجعة، وهذا يتعارض مع الحرية الشخصية ثم أن براءة الذمة وانشغالها بالالتزام أمر عارض والعارض لا يدوم ولا يغير من هذا المبدأ إلزام المدين طوال حياة الدائن، وبمعنى آخر أن الإلتزام الذي يترتب نتيجة نشوء عقد المراجعة ما هو إلا إلتزام مؤقت، إذ لا يجوز أن يبقى المدين العميل في هذا العقد الأخير ملزماً إلى الأبد، لذا فمصير الإلتزام الزول والانقضاء.

حيث أن عقد المراجعة ينقضي وتنتهي التزامات الأطراف إما بالتنفيذ وهو انتهاء الالتزامات وانقضاء العقد منتجا لآثاره أو يكون الانقضاء غير الطبيعي لعقد المراجعة البنكي لسببين رئيسيين، أحدهما يتعلق بعدم صحة أحد شروط العقد، ونكون هنا أمام إبطال للعقد، أو بسبب عدم تنفيذ الطرف الآخر الإلتزام عقدي، وهنا نكون أمام فسخ للعقد.

وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: حل منازعات المراجعة

المبحث الثاني: طرق انقضاء عقد المراجعة

المبحث الأول حل منازعات عقد المراجعة

تعد تسوية المنازعات أمراً حيوياً في عقد المراجعة البنكية، حيث تسعى البنوك والمؤسسات المالية إلى إيجاد آليات فعالة لحل هذه المنازعات بطرق القانونية والمتوافقة مع الشريعة الإسلامية باعتباره عقد من عقود الصيرفة الإسلامية، وتتميز عمليات تسوية المنازعات التي تُثار بين البنوك والمؤسسات المالية وعملائها بالتركيز على العدل والمساواة بين الأطراف المتنازعة، وتحقيق الحلول المرضية والمتفق عليها وفقاً للقانون والأصول الشرعية، حيث إن تسوية المنازعات في البنوك والمؤسسات المالية تشمل مجموعة واسعة من الإجراءات والآليات التي تهدف إلى تحقيق العدل والتوافق بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل.

تتضمن هذه الإجراءات استخدام وسائل وآليات مثل التسوية الودية كالمصالحة أو الوساطة أو عن طريق آلية التحكيم، حيث توظيف الخبراء وعلماء في الشريعة الإسلامية لفحص المنازعات وإصدار قرارات متوافقة مع القانون والضوابط الشرعية. وفي حالة عدم نجاعة الوسائل السابقة ينتقل النزاع إلى التسوية القضائية التي تعد آخر ملجأ لحل النزاع.

المطلب الأول: التسوية الودية لحل منازعات عقد المراجعة

وتتم التسوية الودية بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل في عقد المراجعة عن طريق آليتين تتمثل الأولى في المصالحة والتوفيق أما يعرف بالتفاوض المباشر والثانية عن طريق الوساطة:

الفرع الأول: المصالحة والتوفيق (التفاوض المباشر)

المصالحة والتوفيق أو ما يعرف بالتفاوض المباشر هو عملية تواصل بين طرفي النزاع البنك والعميل بهدف التوصل إلى تسوية ودية للنزاع الناشئ عن عقد المراجعة دون تدخل طرف ثالث أو اللجوء إلى إجراءات رسمية مثل التحكيم أو القضاء. يُعتبر التفاوض المباشر الخطوة الأولى والأكثر شيوعاً في حل المنازعات البنكية في الجزائر، نظراً لسرعته، مرونته، وتكلفته المنخفضة.

حيث تبدأ المصالحة والتوفيق بين أطراف عقد المراجعة لحل الخلافات دون اللجوء إلى الجهات الرسمية القضائية، ففي البداية يقوم الطرف المتضرر بإرسال إشعار خطي يوضح نقاط الخلاف والالتزامات المخلة، مما يفتح المجال لعقد اجتماعات تفاوضية تشمل ممثلين عن البنك أو المؤسسة المالية مع العميل (وأحياناً الطرف الثالث إن وجد) لمراجعة الأسباب والوثائق المتعلقة بالنزاع. خلال هذه الاجتماعات يستعرض موقف كل طرف، ويتم البحث عن حلول عملية مثل تعديل بعض بنود العقد أو الاتفاق على تعويضات مالية تناسب طبيعة الإخلال، وذلك مع الاستعانة إن لزم الأمر بمستشار قانوني أو شرعي أو حتى خبير مالي إذا لزم الأمر لضمان الشفافية وحماية الحقوق. وفي حال التوصل إلى اتفاق، يتم توثيقه كتابة ليصبح ملزماً لجميع الأطراف، مما يساهم في إنهاء النزاع بسرعة وتفادي الإجراءات القضائية المكلفة والمعقدة.

وقد تلجأ البنوك والمؤسسات المالية إلى هذه الطرق لما تحققه من توازن في رعاية مصالح الطرفين بطريقة ودية وتقاديا لطول إجراءات التقاضي¹.

أولاً: الأساس القانوني للتفاوض المباشر في القانون الجزائري

لم يتناول المشرع الجزائري التفاوض المباشر في نص صريح يلزم به الأطراف كشرط مسبق لحل المنازعات البنكية، لكن مبدأ حرية التعاقد المنصوص عليه في المادة 54 من القانون المدني الجزائري²، يمنح الأطراف الحق في الاتفاق على كيفية تسوية خلافاتهم، حيث ينص هذا المبدأ على أن "الاتفاقات المبرمة وفقاً للقانون تُعتبر قانوناً بين المتعاقدين". وبناءً على نص المادة يمكن للبنك أو المؤسسة المالية والعميل أدرج بند أو شرط في عقد المراجعة يلزمهما بالتفاوض المباشر في حالة وجود نزاع قبل اللجوء إلى وسائل أخرى .

كما أن المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ تشجع على الحلول الودية كجزء من الإطار العام لتسوية المنازعات، حيث تُعتبر التسوية الودية (بما فيها التفاوض) مقدمةً للوساطة أو التحكيم. وإضافة إلى أن المشرع البنكي في سياق المعاملات المالية دعم في القانون رقم 09-23 المتضمن النقدي والمصرفي مبدأ الحلول الودية من خلال السماح للبنوك والمؤسسات المالية بإدارة العلاقات مع العملاء بمرونة، شريطة الالتزام بالشفافية والعدالة.

ثانياً: الإطار الشرعي للتفاوض في عقد المراجعة

يُشترط في عقود المراجعة، أن تكون الحلول الناتجة عن التفاوض متوافقة مع الشريعة الإسلامية. على سبيل المثال، لا يجوز للبنك فرض فوائد تأخير (ربا)، لكن يمكنه طلب تعويض عن الضرر الفعلي إذا كان ذلك منصوصاً عليه في العقد الأصلي.

ثالثاً: مراحل آلية التفاوض المباشر في عقد المراجعة

1-مرحلة تحديد النزاع: من خلال هذه المرحلة يتم تحديد نقاط الخلاف بين طرفي النزاع أو أماكن الإخلال، مثل تأخر العميل في السداد، أو ادعاء العميل بأن البنك لم يلتزم بشراء السلعة فعلياً قبل بيعها (مخالفة شرط التملك في المراجعة).

¹ - جلييلة مصعور، منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار: القرض المتعثر نموذجاً، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 16، العدد 01، العدد التسلسلي 33، مارس 2024 (صص85-98) جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص92.

² - أنظر: المادة 54 من قانون 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

³ - القانون رقم 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق لـ 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج،ر،ج، ع48، مؤرخة في 17 يوليو 2022.

2-مرحلة التواصل المباشر: في هذه المرحلة يتم التواصل بين مسؤولي البنك أو المؤسسة المالية والعميل عبر اجتماعات أو مراسلات رسمية لمناقشة مواطن النزاع وعرض الحلول الممكنة لها.

3-مرحلة الاتفاق على الحل: قد يتضمن الحل إعادة جدولة الديون، تخفيض هامش الربح، أو تقديم تعويض في حال وجود ضرر مثبت.

4-مرحلة توثيق الاتفاق: وهي المرحلة النهائية، حيث في حال التوصل إلى تسوية، يُوثق الاتفاق كتابة ويعتبر ملزماً قانونياً بموجب المادة 54 من قانون المدني -المذكورة أعلاه.

رابعاً: تطبيق إجراءات المصالح في حالة تعثر العميل عن الدفع (مثال):

تتم إجراءات التسوية الودية بين البنك أو المؤسسة المالية في إطار المصالحة (التفويض المباشر) مع العميل وفق التطبيق التالي:

-دراسة وضعية العميل وحجم وطبيعة التعثر، ويخضع تحديد شكل التسوية لإرادة البنك المنفردة بالنظر إلى خبرته وكفاءته في مجال تحصيل الديون المتعثرة.

- إغذار العميل عند حلول أجل الأقساط وعدم دفع الأقساط التي عليه، قبل أن تصبح هذه الوضعية حرجة حيث يقوم البنك أو المؤسسة المالية في هذه الحالة باستعمال التفاوض لتقادي سوء التفاهم بواسطة اللجوء إلى مختلف الاستدعاءات في مقر العمل أو المؤسسة عبر أفراد العائلة أو عبر البريد الإلكتروني بواسطة الرسائل العادية ثم رسالة مؤشر عليها بالوصول مع إعطائه مهلة معينة لتسوية الوضعية، ومن أجل معرفة النية الحقيقية للعميل اتجاه أقساط المراجعة وتقادي لانتهاكات حقوقه، وتنتهي هذه المرحلة بالإنذار الغير قضائي عن طريق المحضر القضائي، حيث يقوم البنك أو المؤسسة المالية بتوضيح وضعية العميل بالأخص ذكر عبارة قبل المتابعة القضائية.¹

- جدولة الديون في إطار عقد المراجعة، حيث تتمثل في وضع خطة لإعادة جدولة استحقاق مبلغ المراجعة ومنح العميل المتعثر فترة لتمديد التزاماته عوض إشهار أسعاره أو إفلاسه.

ويتم ذلك في إطار إبرام عقد جديد يقوم بموجبه البنك بمنح تسهيلات أخرى للعميل لتخطي أزمة العسر المؤقتة.²

وبالرغم من أن لهذه الآلية مزايا جيدة تتمثل في سرعة الحل وتجنب التكاليف القضائي والمرونة في صياغة الحلول، وكذا الحفاظ على العلاقة التجارية بين البنك والعميل. إلا أنه في بعض الحالات قد يفشل التفاوض إذا كان أحد الطرفين غير متعاون مما لا يُنتج قراراً لتوقيع اتفاق التفاوض بين الأطراف المتنازعة مما يتوجب على أطراف النزاع التوجه إلى آلية أخرى لحل النزاع القائم بينهما.

¹ -فاضلي لهر، "دور البنوك والمؤسسات المالية في التنسيق مع الخبراء القضائيين في المنازعات البنكية"، ملتقى إداري بمجلس قضاء سطيف حول الخبرة القضائية في المجال البنكي، يوم 26/09/2022، ص 6.

² - فريد راغب النجار، إدارة الائتمان المصرفي، مؤسسة شباب الجامعة، 2000، ص 59.

الفرع الثاني: آلية الوساطة في منازعات عقد المراجعة

تتضمن طرق الوساطة في منازعات عقد المراجعة مجموعة من التدابير الهادفة إلى إعادة الحوار بين أطراف النزاع لحل وسط دون سبب لاتخاذ الإجراءات القانونية الرسمية. حيث تبدأ الوساطة بالاتفاق بين طرفي النزاع عادة ما يكون ذلك منصوصاً في بنود العقد عند نشوب نزاع، ثم يتم تعيين الوسيط القانوني أو الوسيط المتخصص في التحكيم المالي الإسلامي¹. تتم عدة جلسات وسيطة أو غير رسمية، سواء بحضور أو بدون حضور الأطراف باستخدام تقنيات الاتصال، حيث تتيح لكل طرف عرض موقفه لدعم الأدلة والمستندات الداعمة. يعمل الوسيط في تحليل الأسباب واقتراح حلول لهذا النزاع.

أولاً: ماهية الوساطة أساسها القانوني في التشريع الجزائري

حسب المشرع الجزائري تعد الوساطة من الطرق البديلة لحل المنازعات، استحدثها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، للتقليل من حجم المنازعات التي تثار أمام القضاء والتي أضحت تثقل كاهل القضاة وتؤثر سلباً على حكاهم، حيث أن المشرع لم يعرفها واكتفى بعرض الأحكام القانونية المتعلقة بها، من خلال المواد من 994 إلى 1005 من قانون رقم 22-13 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية² إلا أنه بالعودة إلى نص المادة 994 من هذا القانون، يمكننا استخلاص المعنى الذي قصده المشرع من استحداث هذا الإجراء، إذ عرفها على أنها وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة من الأطراف في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، بهدف بلوغ الحلول المناسبة للخصومة القضائية ودون إجبار الأطراف على قبول نتائجها.

كما يمكن تعريفها على أنها: "آلية تقوم على أساس تدخل طرف ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخصصين بحيث يعمل على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع.

ثانياً: أنواع الوساطة في القانون الجزائري

نظم القانون الجزائري الوساطة التجارية كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات، من خلال نوعين أساسيين من الوساطة وهما الوساطة الاتفاقية والوساطة القضائية. وقد تكرست هذه الأنواع في التشريع الجزائري لاسيما من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية³.

¹ - يمكن أن يكون الوسيط شخصاً طبيعياً له الخبرة القانونية أو تكليف خاص بالوساطة أو شخص طبيعي متمثل في مؤسسة أو هيئة خاصة بالوساطة والاستشارات القانونية مثل (المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (IICRA) في دبي، هيئة التحكيم التابعة لمجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB)، غرفة التحكيم التابعة للأيو في (AAOIFI).

² - القانون رقم 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سبق ذكره.

³ - القانون رقم 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سبق ذكره.

1-الوساطة الاتفاقية

الوساطة الاتفاقية هي الوساطة التي تتم بناء على اتفاق مسبق بين الأطراف، سواء تم هذا الاتفاق قبل نشوء النزاع (بشرط يدرج ضمن العقد التجاري)، أو بعد نشوء النزاع، وذلك بهدف الوصول إلى حل ودي للنزاع القائم دون تدخل القضاء.

تتميز الوساطة الاتفاقية بعدة خصائص، منها أنها طوعية وتقوم على إرادة طرفي النزاع، كما يمكن لهما اختيار الوسيط بحرية بشرط تحديده في العقد المبرم بينهما، كما أن إجراءات الوساطة الاتفاقية تتم بشكل مرن وغير رسمي، تكون جلساتها سرية، وتحترم خصوصية النزاع.

أن الاتفاق الناتج عن الوساطة له قوة تعاقدية، ويمكن أن يمنح قوة تنفيذية بمصادقة قضائية. تعد الوساطة الاتفاقية وسيلة فعالة في النزاعات التجارية، خاصة تلك ذات الطابع الدولي أو التي تتطلب الحفاظ على العلاقات التجارية بين الأطراف، وهو ما يمكن أن تكون كآلية لحل نزاعات المراجعة.

2-الوساطة القضائية

الوساطة القضائية هي التي تجرى في إطار دعوى قضائية قائمة، حيث يمكن للقاضي أن يقترح على الأطراف اللجوء إلى الوساطة، لكن بشرط موافقتهم الصريحة، حيث تتميز الوساطة القضائية بمجموعة من الخصائص منها، أنها تتم بإشراف غير مباشر من القاضي، حيث يمكن أن يعين الوسيط من قبل المحكمة أو يختار باتفاق الأطراف. كما يتم توقيف إجراءات المحاكمة مؤقتاً خلال فترة الوساطة. وفي حالة نجاح الوساطة، يتم تحرير اتفاق يعرض على القاضي للمصادقة عليه، ويصبح له قوة تنفيذية. أما في حالة فشلها يستأنف النظر في النزاع أمام المحكمة وفق الإجراءات المعتادة.

تستخدم الوساطة القضائية بشكل خاص عندما يكون النزاع قد بلغ القضاء، لكن لا يزال هناك مجال لحله ودياً دون إصدار حكم قضائي.

حيث أن الوساطة طريقة لحل النزاع بصفة رضائية، مباشرة ونهائية،¹ وهذا ما تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إذ تنص المادة 2/1003 على ما يلي: "... في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضراً يضمه محتوى الاتفاق ويوقعه والخصوم"، وتضيف المادة 1004 على ما يلي: " يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن ويعد محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً".

¹ - شريفة ولد الشيخ، الطرق البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، مج7، ع2، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو، 2006، (ص ص 90-134) ص 113.

الوساطة المكرسة في قانون الإجراءات المدنية والتي تعتبر بديلا لحل النزاعات، تحدث بعد رفع دعوى قضائية وهي إلزامية على القاضي في جميع المواد ما عدا في مادة الأحوال الشخصية والقضايا العمالية أو التي تمس بالنظام العام، وغير إلزامية بالنسبة للخصوم. بحيث يمكن قبولها أو رفضها. والملاحظ أن المشرع الجزائري يشجع الوساطة الاتفاقية في المعاملات التجارية، خاصة الدولية، وهو ما يتناسب مع عقد المراجعة باعتباره عقد تجاري إضافة إلى أن المراجعة الخارجية تتطلب هذه الآلية لحل النزاعات.

ثالثا: مراحل سير الوساطة

بعد تعيين الوسيط سواء في العقد المراجعة أو بعد نشوء نزاع وقبوله لمهمة الوساطة، تمر الوساطة بمراحل محددة يتعين على الوسيط الإلمام بها وهي حسب النقاط التالية¹:

- 1- اللقاء الأول: يمكن للوسيط بداية تقديم فكرة حول تطور وتسيير جلسة الوساطة، وقبل ذلك يعرفهم بنفسه كما يطلب منهم التعريف بأنفسهم، ثم يبين لهم أهمية الوساطة كحل بديل لفض النزاعات، وشرح إجراءات الوساطة، ودوره كوسيط والتأكيد على حيادته وعلى سرية الإجراءات حتى يكسب ثقتهم مع إتاحة المجال لهم للاستفسار عن عملية الوساطة، مع تذكيرهم بإمكانية الانسحاب في أية لحظة من المفاوضة.
- 2- الاستماع إلى وجهة نظر الأطراف عقد المراجعة: ويكون ذلك في جلسة مشتركة أو مغلقة، ففي الجلسة المشتركة يستمع إلى وجهة نظر كل طرف أو ممثله القانوني، وفهم المشكلة وأسبابها وتحديد مصالح الأطراف، وذلك بأن يطلب من المدعي عرض كل ما لديه من طلبات والحجج المعتمد عليها في ذلك، ونفس الشيء يطلبه من الطرف الآخر إبداء دفوعاته والحجج المعتمد عليها.
- وقد يقتضي الأمر أن ينفرد الوسيط بطرفي النزاع كل على حدي بهدف جمع المزيد من المعلومات حول ماهية النزاع، والبحث في احتمالات التسوية، حيث يستمع إلى وجهة نظر كل طرف دون حضور الطرف الآخر ويتلقى منهم العروض المقترحة لحل النزاع.²
- 3- وقد يعود إلى الجلسة المشتركة مع تسهيل الحوار المباشر بين الأطراف وإعادة ربط العلاقة بينهم والدفع بهم إلى اقتراح الحلول الممكنة مع تقييمها والتوافق حول حلول مرضية للجميع، وهنا يبرز دور

¹ - حمه مرمرية، نظام الوساطة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، مج 30، ع3، ديسمبر 2019 (صص 23-33)، صص 29-30.

² - كمال فنيش، الوساطة، الطرق البديلة لحل النزاعات - الوساطة والصلح والتحكيم، مجلة المحكمة العليا، العدد الخاص، الجزء 2، سنة 2009، صص 579

الوسيط ومهاراته في استخدام أساليب الاتصال الملائمة لإدارة عملية التفاوض بما يتلاءم مع شخصية ومصالح الأطراف وتوظيفها في حل النزاع.¹

وللوسيط أن يتخذ ما يراه مناسباً لتلقي وتقريب وجهات النظر، ويخطر القاضي بكل الصعوبات، ويتم ذلك في سرية فلا يجوز الكشف عنها أو الاحتجاج بها.

4- في المرحلة الأخيرة التي تعد مرحلة التسوية والاتفاق في حال نجاح الوساطة يتوصل فيها الوسيط إلى اتفاق بتسوية النزاع، فيقوم بتحرير محضر يضمنه محتوى الاتفاق وهو الحل الذي توصل إليه الأطراف، يوقعه رفقة الخصوم، ثم ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقاً عملاً بالمادة 1003 من قانون رقم 22-13 المتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية عند إنهاء الوسيط لمهمته، يخبر القاضي كتابياً بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.

حيث تتم المصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر قضائي غير قابل لأي طعن ومنه يعد محضر الاتفاق المصادق عليه سنداً تنفيذياً²، وما يبرر ذلك أن القاضي في الوساطة لا يشرف بنفسه على الإجراءات، لذلك لا بد من صدور أمر ينهي الخصومة بالتصديق على محضر الوساطة.

أما في حالة عدم وقوع الصلح لأي سبب من الأسباب فإن الوسيط يسلم وثيقة عدم وقوع الصلح إلى القاضي المختص موضحاً فيها السبب الذي أدى إلى ذلك، وهنا يجب أن ترجع القضية للجدول، على اعتبار أنه لا يترتب عن الوساطة تخلي القاضي عن النزاع. ولا يقلل بأي حال من الأحوال حق الأطراف في اللجوء إلى القضاء.

المطلب الثاني: آلية التحكيم في منازعات عقد المراجعة

تعتبر عملية التحكيم في نزاعات عقود المراجعة المركبة وسيلة فعالة بديلة عن اللجوء إلى القضاء الرسمي. يتم تطبيقها في حال وجود بند في عقد المراجعة يسمح بذلك، حيث تتبع هذه العملية خطوات وإجراءات منظمة تهدف إلى ضمان استماع جميع الأطراف وإصدار حكم عادل ونهائي.

والتحكيم هو نظام لتسوية النزاعات يركز على اتفاق بمقتضاه يعهد إلى شخص أو أشخاص لا ينتمون إلى القضاء العادي مهمتهم الفصل في هذه النزاعات ولهم الخبرة والدراية القانونية والشرعية. ويطلق على هؤلاء الأشخاص وصف المحكمين. ويكون من شأن اللجوء إلى التحكيم استبعاد اختصاص المحاكم العادية للنظر في النزاع عن طريق التوسيع الاتفاقي للاختصاص.

¹ - علاء أبريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008 ص 68.

² - المادة 1004 من قانون رقم 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سبق ذكره.

إنّ فالمقصود بالتحكيم هو إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سلب النزاعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة التحكيم لهم جبرة في العقود المالية الإسلامية، فجوهره كائن في تلك السلطة التي تمنح المحكم الفصل في النزاع بقرار ملزم بحيث يكون التحكيم ضربا من القضاء والمحكم قاضيا خاصا مهمته حسم القضايا بقرار ملزم.

الفرع الأول: أشكال التحكيم في عقد المراجعة

يتم لجوء الأطراف المتنازعة إلى التحكيم بموجب اتفاقية مشتركة بينهما، وتأخذ هذه الآلية التي تعتبر البداية في نظام التحكيم شكلين: إما اتفاق التحكيم، أو شرط التحكيم.
أولا: اتفاق التحكيم.

في بعض الحالات لا يتطرق أطراف عقد المراجعة إلى الاتفاق على الإمكانية للجوء إلى التحكيم في العقد المراجعة الأصلي، ولكن عند نشوب النزاع بينهما يبرمان اتفاقا لعرض هذا النزاع على التحكيم للفصل في الموضوع.

حيث تنص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوؤه على التحكيم".¹

اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل اتفاق مكتوب، ويكون لاحقا لنشوب النزاع، يحدد فيه كل من البنك أو المؤسسة المالية مع العميل على القانون الواجب التطبيق على النزاع، وكذلك إجراءات التحكيم وقد يحددون موضوع النزاع وأسماء المحكمين.

وتخضع الشروط الموضوعية للاتفاق التحكيم في تكوينه للقواعد العامة للعقود، على اعتبار أن اتفاق التحكيم عقد تابع لعقد المراجعة ينشأ التزامات متبادلة بين الطرفين عقد المراجعة، لذلك من الضروري توافر الرضا المتمثل في تطابق الإرادتين، وتتجه إلى التحكيم لحسم النزاع، وتكون خالية من العيوب، وإلا كان العقد قابلا للبطلان، وفقا لقواعد القانون المدني، أما بخصوص الأهلية المطلوبة في التحكيم، هي أهلية التصرف بالحق، أهلية الأداء".

ويستثنى الأشخاص المذكورين في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تجري التحكيم إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر²، أما محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع ويشترط أن يكون مشروعا، غير مخالف للنظام العام والآداب العامة"، ولقد نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 1006 على ضرورة أن يكون موضوع النزاع مما يجوز فيه التحكيم.

¹ - انظر: لمادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع.

² - أنظر المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع.

أما بالنسبة للشروط الشكلية تعتبر الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم حيث ورد في المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة"¹، وهو ما جاء كذلك في المادة 2/1040 من نفس القانون: "...يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

حيث جعل المشرع الجزائري من كتابة اتفاقية التحكيم شرطا شكليا لانعقادها، ولم يستوجب في الكتابة أن تكون رسمية، بل أجاز أن تكون عرفية موقعة من الطرفين، هذا فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي، أما بخصوص التحكيم التجاري الدولي يستدل من أحكام المادة 1040 أن الكتابة وسيلة للإثبات والانعقاد، فعدم وجودها يؤدي إلى عدم وجود اتفاقية التحكيم، كذلك ما نصت عليه المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يثبت الحكم التحكيمي بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم، أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها"، فالكتابة شرط لانعقاد اتفاقية التحكيم وإثباتها، ويترتب على تخلفها البطلان حسب ما أقره المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إضافة إلى ذلك يشترط في التحكيم أن يكون في عقد المراجعة شرط ينص على أنه في حالة وجود نزاع بين البنك أو المؤسسة المالية مع العميل يعرض على هيئة تحكيم متخصصة وهذا حسب المادة 1/1008 من قانون رقم 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كم يشترط تعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم²، وقبولهم لهذه المهنة وفي حالة رفض المحكم المعين بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة.³

ثانيا: شرط التحكيم.

يعرف شرط التحكيم بأنه اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم"، ويرد الشرط عادة في عقد المراجعة المبرم بينهما أي من مصدر الرابطة القانونية، وبالتالي فإن شرط التحكيم يناط به أن يتنازل المتعاقدون مسبقا، وقبل نشوء النزاع عن مراجعة المحاكم والتزامهما بعرض الخلاف على المحكمين.

ورد تعريف شرط التحكيم في التشريع الجزائري ضمن المادة 1007 من قانون رقم 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة وردت في المادة 1006 من نفس القانون إلى التحكيم مهمة الفصل في أي نزاع قد ينشأ بشأن هذا العقد. قد يقتصر مضمون شرط التحكيم على اتجاه نية كل من البنك أو المؤسسة المالية والعميل إلى الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات التي يمكن أن تثار بينهما في عقد المراجعة، دون أي

¹ - انظر: لمادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع.

² - انظر 2/1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع.

³ - انظر المادة 3/1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع.

تفصيل آخر، فمثلا يمكن أن يأتي بند التحكيم كآلآتي: "أي نزاع ينشأ بين الأطراف يحال إلى التحكيم ما لم يحسم بالمفاوضات" فمثل هذا النص لا يستفاد منه إلا قبول نظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات، فلا يمكن إعمال هذا البند إلا بإقامة اتفاق لاحق يحدد موضوع النزاع وتشكيل المحكمة والإجراءات التي تتبع في ذلك، وكذا القانون الواجب التطبيق، لذلك أطلق على مثل هذه الشروط تسمية شرط التحكيم الفارغ، عالج المشرع الجزائري هذه النقطة ضمن المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث اشترط وتحت طائلة البطلان أن يكون الشرط مكتوباً سواء في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، وأوجب أيضاً أن يتم تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كفاءات تعيينهم تحت طائلة البطلان كذلك"، وهو نفس ما ورد سابقاً في المادة 1/1008 من نفس القانون.

الفرع الثاني: مراحل آلية التحكيم في عقد المراجعة

ويتم التحكيم وفق المراحل التالية:

أولاً: تقديم طلب التحكيم وتحديد الهيئة التحكيمية :

يبدأ الطرف المتضرر من العلاقة الناشئة بموجب عقد المراجعة المركبة بتقديم طلب تحكيم إلى الهيئة المتفق عليها في العقد أو إلى مؤسسة تحكيم متخصصة، مع تحديد النزاع وجمع كافة المستندات والأدلة التي تدعم موقفه. وفي حال غياب اتفاق مسبق، يتفق الأطراف على اختيار محكم أو لجنة تحكيمية من جهات محايدة وهذا حسب المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

ثانياً: جلسة تأسيسية وتحديد إجراءات التحكيم

تتعد جلسة تأسيسية يتم فيها الاتفاق على قواعد وإجراءات التحكيم (مثل جدول المواعيد، طريقة تبادل المذكرات، مدة الجلسات)، كما يحدد فيها نطاق النزاع والمواضيع المطلوب البت فيها. ويجري خلالها تعيين أعضاء الهيئة التحكيمية رسمياً.

ثالثاً: تبادل المذكرات والأدلة :

يطلب من الطرف المتضرر من عقد المراجعة تقديم مذكراته القانونية التي توضح موقفه وتدعمها بالأدلة والمستندات، وذلك وفق جدول زمني يحدده المحكمون. يتاح لكل طرف الفرصة للرد على أدلة الطرف الآخر، مما يضمن شفافية العملية ووضوح الوقائع.

¹ -المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".

رابعاً: جلسات الاستماع والمداولات:

يعقد للمحكّمين جلسات استماع حيث يعرض كل طرف موقفه شفهيّاً، ويتم استجواب الشهود أو الخبراء إذا دعت الحاجة. ثم تناقش الأدلة والدفع وتدار المناقشات في الجلسة بهدف الوصول إلى فهم شامل لحيثيات النزاع.

خامساً: إصدار قرار التحكيم والحكم النهائي

بعد استكمال الجلسات والمداولات، تقوم الهيئة التحكيمية بإصدار قرار نهائي وملزم للأطراف. ويكون القرار عادة كتابياً حيث نصت المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك، ومتضمناً الأسباب والأدلة التي اعتمدت عليها الهيئة، ويتم إرساله إلى الأطراف لتنفيذه. تتيح هذه المراحل للطرفين فرصة حل النزاع بصورة أسرع وأقل تكلفة مقارنة بالتقاضي أمام المحاكم الرسمية، كما أنها تحافظ على سرية الإجراءات¹ وتضمن احترام مبادئ الشريعة الإسلامية في إطار العقد.

المطلب الثالث: التسوية القضائية لمنازعات عقد المراجعة

تتم التسوية القضائية بعد فشل كل إجراءات التسوية الودية من الصلح والوساطة والتحكيم وبالتالي تعتبر آخر ملجئ للأطراف لحل النزاع القائم بينهم. وذلك برفع الطرف المتضرر لدعوى قضائية أمام القضاء.

أن عقد المراجعة يعد من العقود التجارية وبهذا فإن القسم التجاري في المحكمة هو المتخصص في هذا النوع من الدعاوى، حيث أن أغلب الدعاوى التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية ضد العميل عند تعذره لسداد الأقساط المتفق عليها، فيلجأ البنك إلى التحصيل القضائي كخطوة أخيرة لاسترداد مستحقاته.

يشكل التحصيل القضائي طريقاً من طرق التحصيل المصرفي، وعملياً يبرز أهمية بالغة من خلال إلزام البنك أو المؤسسة المالية عميله المتعثر بتسديد الأقساط عن طريق الحكم القضائي النهائي. وهو على طريقتين حيث يكون التحصيل القضائي وفقاً للقواعد العامة أو وفقاً للقواعد الخاصة.

الفرع الأول: التحصيل القضائي وفقاً للقواعد العامة:

حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية قواعد وشروط ممارسة التحصيل القضائي، ويلجأ البنك عادة إلى استخدام الطرق الإجرائية الأكثر سرعة في تحصيل مبالغ الأقساط المتعثر من طرف العميل وذلك من خلال أوامر الأداء لما لها من خصائص، كما يلجأ البنك إلى الدعوى القضائية العادية².

¹ -أنظر المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سبق ذكره

² - جلييلة مصعور، منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار، مرجع سبق ذكره، ص 93.

أولاً: الرجوع القضائي بواسطة أوامر الأداء:

نظم المشرع الجزائري أوامر الأداء في القانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، وقد حدد شروط ممارستها والجهة القضائية المكلفة بإصدارها وطرق الطعن فيها.

حيث تتمثل شروط² ممارسة الرجوع القضائي بواسطة أوامر الأداء، في وجوب أن يكون الدين مبلغاً من النقود مستحقاً وحال الأداء ومعين المقدار وثابت بالكتابة، ويمكن إثبات الدين بسند عرفي يتضمن الاعتراف بالدين أو التعهد بالوفاء أو فاتورة مؤشر عليها من المدين. وعملياً تطالب البنوك عن طريق أوامر الأداء، بأصل قيمة عقد المراجعة حيث ترفق الطلب القضائي بكشوف الحسابات أو بشهادة بنكية تتضمن قيمة المبيع وهامش الربح استناداً إلى عقد المراجعة. وعادة ما تدرج بنود تعاقدية تقضي بسقوط آجال الدين، إذ تصبح حالة الأداء عند عدم تسديد العميل لقسط من أقساط عقد المراجعة حسب الاتفاق. وهو امتياز يسمح للبنوك بالرجوع القضائي قبل انتهاء مدة تسديد أقساط المراجعة.

كما تتم إجراءات تقديم الطلب في شكل عريضة على نسختين إلى رئيس المحكمة التي يتواجد في دائرتها موطن العميل الأمر بالشراء، ويجب أن تحتوي العريضة، اسم ولقب كل من أطراف العقد وموطنهما الحقيقي أو المختار في الجزائر. وإذا كان العميل شخص معنوي، فيتعين ذكر تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي. كما يشترط أن تتضمن العريضة موجز عن سبب الدين ومقداره، وترفق جميع الوثائق المثبتة للدين مع العريضة³. يفصل رئيس المحكمة في الطلب بأمر خلال خمسة أيام من تاريخ الإيداع⁴. ويسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية من أمر الأداء إلى البنك. ويتم تبليغ المدين رسمياً حيث يكلف بالوفاء بأصل الدين والمصاريف في أجل خمسة عشر يوماً⁵. ويحق لهذا الأخير إجراء الاعتراض على أمر الأداء في أجل خمسة عشر يوماً ابتداءً من تاريخ التبليغ الرسمي، وفي حالة عدم الاعتراض يحوز أمر الأداء قوة الشيء المقضي به⁶ وتمنح الصيغة التنفيذية للبنك بعد تقديم شهادة عدم الاعتراض.

¹ - المواد من 306 إلى 309 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع..

² - المادة 306 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع.

³ - أنظر: المادة 3/306 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع..

⁴ - أنظر: المادة 1/307 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع..

⁵ - أنظر: المادة 2/308 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع..

⁶ - أنظر: المادة 309 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع..

ثانيا: الرجوع القضائي عن طريق الدعوى التجارية:

إن الطبيعة الفنية للنزاعات المصرفية استدعت استحداث محاكم تجارية متخصصة بموجب نص المادة 536 مكرر من القانون الإجراءات المدنية والإدارية،¹ تختص بالنظر في ستة أنواع من المنازعات التجارية، منها منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار، وبهذا التحديد يفترض أن اختصاص النظر في منازعات البنوك مع العملاء غير التجار يبقى خاضعا لاختصاص الأقسام التجارية على مستوى المحاكم العادية.

الفرع الثاني: التحصيل القضائي وفقا للقواعد الخاصة:

نظم القانون النقدي والمصرف بعض القواعد الخاصة المتعلقة بالتحصيل القضائي للديون المصرفية دون إتباع الإجراءات القضائية التي تتميز غالبا بالتعقيد والطول، وتمثل في الإجراءات المتبعة في إطار الامتيازات التي تتفرد بها البنوك عن غيرها من أشخاص القانون الخاص نظرا لطبيعة نشاطها²، وتتمثل في امتياز الحجز وامتياز الرهون القانونية والرهن الحيازي.

أولا: امتياز الحجز:

نلخصها في إجراءات تثبيت حجز ما للمدين لدى الغير، والحجز الوارد على الأموال المنقولة:

1- إجراءات تثبيت حجز ما للمدين لدى الغير:

كرس القانون النقدي والمصرفي³ مبدأ امتياز الحجز، الذي يخول للبنوك الحق في توقيعها حجز مباشر على حساب العميل المتعثر المفتوح لدى بنك آخر دون اللجوء إلى القضاء، من خلال تقديم طلب إلى السيد رئيس المحكمة من أجل تثبيت الحجز بمجرد تسلمها إخطار يقضي بوجود رصيد دائن في حساب العميل المتعثر المفتوح لدى بنك آخر استنادا إلى القانون النقدي والمصرفي، دون حصول البنك على أمر مسبق بتوقيع حجز تحفظي كما تقضي به القواعد العامة.

2 - الحجز الوارد على الأموال المنقولة:

حيث يتعهد العميل المتعثر بتقديم رهن حيازي يمثل ضمانا يخول للبنك التنفيذ عليه في حالة عدم تسديده للقرض مع بقاء الحياة للعميل المتعثر، ويتم تسجيل الرهن بعبارة "مرهونة لفائدة البنك" ما يخول له تتبع المنقول للتنفيذ عليه في حالة تعثر العميل.

¹ - أنظر: المادة 536 مكرر من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع...

² - جلييلة مصعور، منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار، مرجع سابق، ص 95.

³ - نظم المشرع الجزائري أحكام الرهن في القانون رقم 23-09 المتعلق بالقانون النقدي والمصرفي في المواد من 139 إلى 142.

ثانيا: امتياز الرهن القانوني:

يختلف الرهن القانوني عن الرهن الاتفاقي وعن الرهن القضائي من حيث المصدر، وهو امتياز يستعمله البنك لتحصيل ديونه المتعثرة، بشرط تسجيل الرهن القانوني المتعلق بإنشاء الدفتر العقاري لدى الحافظة العقارية المختصة والتي تكون في مكان تواجد العقار، كما يشترط لتحقيق الرهن ملكية العميل للعقار موضوع الرهن، وألا يكون هذا العقار موضوع قيد رهن سابق لفائدة بنك آخر. ويمثل الرهن القانوني سنداً تنفيذياً يتمتع بنفس القيمة القانونية للحكم القضائي النهائي. غير أنه ولمباشرة إجراءات التنفيذ يتعين وضع الصيغة التنفيذية على الرهن القانوني وذلك عن طريق تقديم طلب إلى السيد رئيس محكمة مكان وجود العقار.

1- إجراءات التنفيذ

بعد انتهاء إجراء القيد، يثبت حق البنك أو المؤسسات المالية في التنفيذ والحجز على العقار المرهون في حالة عدم دفع الأقساط أو عدم تنفيذ الالتزامات من طرف العميل الراهن خلال الآجال المحددة.

وحدد المرسوم التنفيذي رقم 06-132 في مواده من المادة 02 إلى المادة 07، إجراءات الحجز والتنفيذ التي تتمثل في الآتي:

أ- الإعذار

إذا حل أجل أحد الأقساط ولم ينفذ العميل الراهن التزاماته، يقوم الممثل القانوني للبنك أو المؤسسة المالية، بتعيين محضر قضائي لمباشرة إجراءات التنفيذ لعدم وفاء المدين بالتزامه، ويكون ذلك عن طريق الاطلاع على عقد المراجعة التي تتضمن آجال الدفع وشروطه.

بناء على ذلك يبلغ المحضر القضائي إعذاراً بالدفع للمدين لتسديد المبالغ المستحقة في أجل شهر واحد.¹ وفي حالة عدم استجابة العميل في أجل شهر الممنوح له، يبلغ للمرة الثانية بنفس صيغة الإعذار الأول، ويمنح له 15 يوماً أخرى، ويخطر بأنه في حال الامتناع عن الدفع ثانية سيحال الأمر للمحكمة المختصة إقليمياً.²

ب- الحجز العقاري

عند امتناع العميل عن تنفيذ التزامه بالدفع وبعد انقضاء الآجل المحدد ب 15 يوم، يقدم الممثل القانوني للبنك أو المؤسسة المالية طلباً إلى المحكمة المختصة إقليمياً للحصول على الصيغة التنفيذية،

¹ - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132، المتعلق بالرهن القانوني لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، مرجع سبق ذكره.

² - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132، مرجع سبق ذكره.

التي تمكن من تنفيذ إجراء الحجز العقاري ضد المدين العاجز عن الوفاء.¹ وتتضمن العريضة إلزاميا البيانات التالية:

- التسمية والمقر الاجتماعي للبنك أو المؤسسة المالية، وكذا تعيين ممثلها المؤهل قانونا.
- هوية العميل المدين.

- تعيين العقار المتقل بالرهن القانوني.

- مبلغ الدين المراجعة، واجل الأقساط المتفق عليها للدفع.

ويجب أن يلحق بهذا الطلب ما يلي:

- عقد المراجعة المبرمة بين البنك أو المؤسسة المالية وزبونها.

- نسخة من جدول قيد الرهن القانوني بالمحافظة العقارية.

- نسخة من إعدارين بالدفع يحرران ويبلغان كما هو منصوص في المادتين 02 و 03.²

بعد الحصول على الصيغة التنفيذية، يقوم الممثل القانوني للبنك أو المؤسسة المالية، بتبليغ السند الممهور بالصيغة التنفيذية عن طريق محضر قضائي بالدفع في الحال، وفي حالة عدم الدفع يطلب المحضر القضائي المخول بأمر من المحكمة إشهار الأمر بالحجز خلال مدة شهر واحد بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا.³

ثم يتم الحجز على العقار محل الرهن القانوني وبيعه بالمزاد العلني، على أن يخضع حكم البيع بالمزاد للشهر بالمحافظة العقارية.

ثالثا: امتياز الرهن الحيازي المصرفي:

تستخدم البنوك الرهن الحيازي في كثير من الحالات خاصة الرهن الحيازي بتخلي العميل عن الحيازة خاصة في المنقولات التي يتخلّى فيها عن حيازته ليضعها لدى البنك أو يضعها بين يدي الغير، وتتمثل في رهن القيم المنقولة، رهن النقود والحسابات المجمدة⁴، أو دون نقل الحيازة كالرهن الحيازي للمحل التجاري، بموجب عقد عرفي مسجل قانونيا.⁵

¹ -المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132، نفس المرجع.

² -المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132، نفس المرجع.

³ -المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-132، نفس المرجع.

⁴ - المادة 139 من القانون رقم 23-09 المتعلق بالقانون النقدي والمصرفي

⁵ - المادة 141 من القانون رقم 23-09 المتعلق بالقانون النقدي والمصرفي

المبحث الثاني: انقضاء عقد المراجعة

ينقض عقد المراجعة طبق للقواعد العامة، بالتنفيذ التزامات وانقضاء مدة المتفق عليها لتسديد الأقساط، فإذا نشأ العقد صحيحا وفقا للأركان والشروط التي يتطلبها القانون ترتبت عليه آثارا قانونية ملزمة لكلا الطرفين البنك أو المؤسسة المالية والعميل سواء كان زبون أو أمر للشراء، حيث يخضع المتعاقدان لقوة العقد وما يترتب من التزامات تعاقدية مادامت الرابطة العقدية قائمة.

وإذا كان القانون قد أعطى أهمية كبرى لمرحلة تكوين العقد، فإن عنايته بتنفيذه لا تقل عن عنايته بتكوينه، لأن العميل المتعاقد الذي يلتزم في مواجهة غيره يهدف من وراء دخوله في العلاقة التعاقدية إلى الحصول على مقابل ما التزم به هو شراء والحصول على المبيع، المتعاقد الآخر وهو البنك أو المؤسسة المالية والذي سعى للحصول على النقود جراء دخوله في هذه العلاقة، الأمر الذي يقتضي سعي الطرفين المتعاقدين إلى إدخال العقد حيز التنفيذ، لأن الأصل في إبرام العقود هو السعي إلى تنفيذها.

ينبغي على الطرفين المتعاقدين (البنك أو المؤسسة المالية والعميل) تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه طبقا للقاعدة العامة التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين. فالعقد خاضع لمبدأ حرية التعاقد وللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاءون، بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة وبذلك فتنفيذ العقد يكون وفقا لمبدأ حسن النية.

إلا أنه في توجد حالات يكون هذا العقد غير قابل للتنفيذ وبالتالي الانقضاء الطبيعي وهي في حالة شاب رضى أحد الأطراف عيب من عيوب الرضى يؤدي بالعقد المراجعة إلى الإبطال من شابه الرضا، وفي حالات أخرى يؤدي عدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة إلى فسخ العقد وبالتالي عدم تنفيذه كذلك. كما يمكن للبنوك والمؤسسات المالية أن تدرج بنود تقضي بمنح الاختصاص للجهات القضائية المختصة في حالة وقوع نزاعات تتعلق بتنفيذ أو تفسير العقد، كما تدرج بإرادتها المنفردة بنود تقضي بحقها في فسخ العقد، وهي كأصل عام لا تخضع للرقابة القضائية. كما تحتفظ لنفسها بسلطة تقديرية واسعة في مجال إنهاء العقد.

وعليه سوف نتطرق إلى انقضاء الطبيعي لعقد المراجعة ثم التطرق إلى الإبطال ثم فسخ عقد المراجعة.

المطلب الأول: انقضاء عقد المراجعة بالوفاء:

إن عقد المراجعة يحدد مبدئيا مبلغ المبيع (عقار أو منقول)، والذي هو يمثل ركن المحل، الذي يشترط القانون أن يكون محددا أو قابلا للتعيين، وعند سداده كاملا سواء كان دفعة واحد أو بالأقساط وهو ما تجري عليه مختلف عقود المراجعة يكون قد تم الوفاء بالمبلغ كله وتنقضي الالتزامات بين الطرفين بالوفاء.

وعليه فعند وصول دفع العميل للأقساط المبلغ المعين أو القابل للتعيين إلى نهايته، ينتهي إلزام البنك أو المؤسسة المالية عن طريق الوفاء به، ولا يمكن إلزامه بأكثر من ذلك؛ ففي حدود هذا المبلغ فقط يكون إلزام البنك قائما طالما لا يوجد سبب مشروع لسقوطه. فإن أعطى العميل شيك به مبالغ دفع تتجاوز المبلغ المتفق، يكون البنك ملزما باستلامها المبلغ الذي عليه الدين ورده الباقي للعميل.

الفرع الأول: حرية البنك أو المؤسسة المالية في إنهاء عقد المراجعة:

للبنك أو المؤسسة المالية حرية إبرام عقد المراجعة من عدمه، وذلك بعد اتباع الإجراءات المتعارف عليها بنكيا، من دراسة ملف، والمطالبة بالضمانات إلى جانب الاستعلام عن العميل طالبه، فإذا قام بإرادته بإلزام نفسه عقديا في هذا الإطار، فإنه يبقى كمبدأ عام، مقيدا بتنفيذ التزاماته في العقد طوال المدة المحددة لسريانه أو طوال المدة المطلوبة لتنفيذ العملية المتفق عليها ولا يحق له التراجع عن ذلك أو تغيير ما تم الاتفاق عليه أو عدم تنفيذه أو الانفراد بإنهاء علاقته بالعمل قبل ذلك، ودون سبب مشروع، يحكمه في ذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير أنه يجوز له ذلك استثناء وفي حالات خاصة¹.

أولا: عدم جواز إنهاء عقد المراجعة باردة منفردة من طرف البنك أو المؤسسة المالية

في ظل غياب نصوص خاصة تبين الحالات التي يمكن للبنك أو المؤسسة المالية المبادرة فيها بإنهاء عقد المراجعة بإرادته المنفردة، فإنه يخضع في ذلك للقواعد العامة، بحيث يلتزم بما ورد فيه من بنود تم الاتفاق عليها مسبقا مع العميل، تحت طائلة تعرضه للمسؤولية، بما في ذلك البند المتعلق بالالتزامات المتبادلة التي يقع عليهما تنفيذها، مروراً بشروط إزاء العقد وانتهاء ببيان الحالات التي يمكن فيها لأحدهما المبادرة بقطع العقد قبل استغراقه لأجله، وإن كان البنك أو المؤسسة المالية يحتفظ عادة بحق الاعتراف بهذه الإمكانية لنفسه مقارنة بالعمل.

لذا يبقى العقد ساريا بين المتعاقدين إلى حين انقضائه بصورة طبيعية باستنفاد أجله، ولا يمكن نقضه المسبق كمبدأ قبل ذلك إلا باتفاق الطرفين.

ثانيا: إنهاء العقد بانقضاء أجله وتسديد كامل الأقساط:

وهو الطريق الطبيعي لإنهاء عقد المراجعة، حيث يستوجب تقديم كامل الأقساط تزامناً مع المدة المحددة في العقد، وهو من حيث دفع كامل الأقساط يشبه البيع بالتقسيط، ومن حيث أجل يشبه عقد القرض البنكي واستنادا لذلك، ينقضي عقد المراجعة محدد المدة تلقائياً، بدفع آخر قسط وبنفاذ أجله وعند هذا التاريخ يتوقف عن إنتاج آثاره، دون حاجة إلى قيام البنك أو المؤسسة المالية بتذكير العميل بذلك،

¹ -فاطمة الزهراء بوقطة، سلطة البنك في إنهاء عقد القرض، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج59، ع4، سنة 2022، ص76.

وتبعاً لذلك، يتوقع من العميل أن يكون قد سدد كامل الأقساط خلال مدة الآجل حسب الاتفاق، كما يكون للبنك أو المؤسسة المالية مطالبتة بذلك في حال مماطلته¹.

إن من الشائع في العقود إعمالاً بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" فيكون للمتعاقدين الحرية التامة في تحديد الآجل وآثاره²، حيث يتم تحديد آجال متعددة في عقد المراجعة لكل قسط تاريخ محدد يدفع فيه، لأن إلزام العميل بدفع الثمن يكون مقسط إلى عدة تواريخ، ولا تكون إلا إذا ورد اتفاق صريح بتقسيط الثمن حيث نصت المادة 363 من القانون المدني الجزائري على ما يلي³: "إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع..."، هذا ولا يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن تطالب العميل بتسديد كامل الأقساط قبل آجال المحددة في العقد، إلا في حالة مماطلة العميل عن دفع قسط من الأقساط شرطة أن يكون هناك بند في العقد يجيز هذا الشرط.

المطلب الثاني: بطلان عقد المراجعة.

ويقصد بالبطلان الانقضاء غير الطبيعي لعقد المراجعة البنكي، وهو انقضاء العقد قبل انتهاء مدة دفع كامل أقساطه بالرغم من كونه محدد المدة، لسبب يعود لعدم صحة إحدى شروط العقد، أو بطلب من أحد الطرفين لأسباب معينة، حيث يمكن لأحد أطراف العقد سواء كان العميل أو البنك والمؤسسة المالية من اللجوء إلى القضاء لطلب إبطال أو فسخ للعقد، كما قد يتم بقوة القانون⁴.

وهذا الانقضاء يتفق مع انتهاء عقد المراجعة، حيث يتم بتدخل أحد الطرفين، إلا أن الاختلاف الوارد بينهما أنه إنهاء العقد لا يحتاج الطرف الذي قرر إنهاء العقد - والذي غالباً ما يكون البنك أو المؤسسة المالية إلى تقديم مبرر عن هذا الإنهاء، أو حتى الحاجة إلى حكم قضائي، أما في الانقضاء غير الطبيعي للعقد فإنه يحتاج بحسب الأصل إلى صدور حكم قضائي بانقضاء العقد بطلب أحد الطرفين، باستثناء الفسخ الذي يتم بقوة القانون.

الفرع الأول: إبطال عقد المراجعة.

ونقصد هنا بالبطلان النسي دون البطلان المطلق، إذ أن هذا الأخير يؤدي إلى انعدام العقد وبالتالي فلا مجال للحديث عن انقضائه مادام منعماً.

والبطلان النسي هو الجزاء المقرر عن عدم صحة أحد شروط العقد، بحيث يؤدي إلى إعدام أي أثر له، وباعتبار عقد المراجعة من العقود المستحدثة فإن نظرية إبطال عقد المراجعة البنكي فتتم وفق القواعد

¹ - فاطمة الزهراء بوقطة، مرجع سبق ذكره، ص 77.

² - يمينة حوحو، الأحكام العامة للعقد-تكوين وتنفيذ، مرجع سبق ذكره، ص 154.

³ - المادة 636 من القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

⁴ - بلجودي أحلام، مرجع سبق ذكره، ص 71.

العامّة، بإسقاط الأحكام الواردة في القانون المدني الجزائري على هذا العقد، وسنتعرض لبيان أسباب إبطال العقد (أولاً)، ثم ننقل لبيان الآثار المترتبة على إبطال عقد المراجعة البنكية (ثانياً).
أولاً: أسباب إبطال عقد المراجعة البنكية.

بالنظر إلى الأسباب التي تؤدي إلى إبطال العقود الملزمة للجانبين حسب ما هو مقرر في القواعد العامة فإن العقد يكون قابلاً للإبطال في حالتين:

1- عيوب الإرادة:

فإذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة التي نص عليها القانون المدني الجزائري، والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، أمكن المطالبة بإبطال العقد.
وبذلك فإنه يكون للطرف المتعاقد في عقد المراجعة، سواء البنك / المؤسسة المالية أو العميل (الزبون/الأمر بالشراء) إمكانية طلب إبطال العقد إذا شابت إرادته إحدى عيوب الإرادة، غير أنه لا بد من مراعاة بعض الأحكام الخاصة، والتي أقرها الفقهاء والاجتهاد القضائي، والتي غالباً ما يفقد فيها الطرف المتعاقد الحق في طلب إبطال العقد بسبب تعيب إرادته بعيب من عيوب الإرادة، وتتمثل على فيما يلي:

- فقدان البنك أو المؤسسة المالية لحقها في طلب إبطال عقد المراجعة البنكية بسبب وقوعها في غلط، باعتبار أنها لا تعامل معاملة الشخص العادي، وإنما تعامل كمهين محترف يفترض فيها الكثير من الحرص وإبداء العناية، والذي من شأنه أن يجنبها الوقوع في أغلط، وبالتالي فإنه يعزى أي غلط تقع فيه إلى تقصيرها.

إذ أن إعطاء البنك أو المؤسسة المالية إمكانية المطالبة بإبطال العقد فيه إفادة لها من خطئها، وهو ما يخالف المبدأ العام القائل بعدم إفادة الملوث من خطئه.

- وكذلك فيما يتعلق بعيب الاستغلال، فلا يكون للبنك أو المؤسسة المالية إمكانية طلب إبطال عقد المراجعة البنكية بسبب استغلالها من قبل العميل المتعاقد، لأن هذا العيب يفترض في حد ذاته وجود طيش أو هوى جامح في المتعاقد واستغلال هذا الطيش البين أو الهوى الجامح من قبل المتعاقد الآخر للوصول إلى عدم تعادل في التزامات طرفي العقد¹.

والملاحظ أن صفتي الطيش البين أو الهوى الجامح لا يمكن أن تتعلق بأي حال من الأحوال بالبنك أو المؤسسة المالية لسببين، الأول يتعلق باحترافه وافتراض الحرص والحذر من جانبه، والثاني يتعلق بكونه شخص معنوي، وحيث أن هذه الصفات تعبر عن حالة نفسية فلا يمكن أن تتعلق بشخص

¹ - المادة 90 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد..."

معنوي، مع ملاحظة أن قرار إبرام العقد حتى لو كان موقعا من قبل ممثل البنك أو المؤسسة المالية، إلا أن ذلك لا يجعله متعلقا بإرادته، بل هو خلاصة تضافر جهود عدة جهات داخل البنك أو المؤسسة المالية، وابتاع إجراءات واضحة ومحددة مسبقا.

أما إذا قام العميل بتزوير مستندات أو تقدم معلومات خاطئة للبنك أو المؤسسة المالية قامت على أساسها إبرام عقد المراجعة، فإن هذا يعد تدليسا منه مكن البنك أو المؤسسة المالية من إمكانية طلب إبطال عقد المراجعة البنكية، خاصة وإن كان البنك أو المؤسسة المالية تصرفه متوافق مع الأعراف المصرفية فيما يتعلق بإبداء العناية والحذر، لأنه يصعب أحيانا اكتشاف عدم صدق المعلومات المقدمة.¹ وبذلك يعتبر تدليسا كل ما يقدمه العميل من مستندات مزورة حول وضعيته سواء مالية أو الشخصية، فيبرم البنك أو المؤسسة المالية عقد المراجعة معه على هذا الأساس (ويسمى بالتدليس الدافع)، أو أن يقدم تقريرا كاذبا عن الأرباح التي تحققها مؤسسته، فيطلب البنك أو المؤسسة المالية على أساس هذا التقرير تأمينا على عقار معين، في حين لو علمت أن الأرباح التي تحققها المؤسسة أقل من تلك المدرجة في التقرير لطلبت ضمانا بقيمة أعلى، ويقر الفقهاء في هذه الحالة الأخيرة بترك الخيار للبنك أو المؤسسة المالية إما بالمطالبة بإبطال العقد أو التعويض عن التفاوت الملاحظ استنادا إلى أحكام المسؤولية التقصيرية²

2- نقص الأهلية:

السبب الثاني لتقرير البطلان بالنسبة لعقد المراجعة هو نقص الأهلية بالنسبة للعميل إذا كان شخصا طبيعيا، لأن نقص الأهلية متعلق بالشخص الطبيعي فقط، ولقد أجازا القانون لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وناقص الأهلية هو الصبي المميز، ووفقا للقانون الجزائري هو من بلغ ثلاثة عشر سنة ولم يبلغ التاسعة عشر أو إذا تعرض لعاهة عقلية.³

ولا يكون حق التمسك بإبطال العقد إلا للمتعاقد الذي قرر القانون لمصلحته هذا الإبطال، وبالتالي فإن حق المطالبة بإبطال عقد المراجعة البنكية مقرر للعميل أو البنك/ المؤسسة المالية حسب الحالة، غير أن هذا الحق في التمسك بإبطال العقد يمكن أن ينتقل إلى دائني للمتعاقد، ولكن يكون هذا التمسك باسم مدينهم بطريق الدعوى غير للمباشرة.⁴

¹ - على جمال الدين عوض، ص 507.

² - نفسه، ص 507

³ - أنظر المواد 42 و 43 من القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 189 من القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

ثانيا: سقوط حق إبطال العقد:

يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه وقد جاء في نص المادة 101 من القانون المدني الجزائري: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد". كما أوضحت المادة المدة الزمنية التي يسقط حق المتعاقد في طلب إبطاله العقد والمقدرة بخمسة سنوات، ويختلف حساب هذه المادة حسب الحالات التي وردة في المادة السابقة سواء بسبب نقص الأهلية أو بسبب عيوب الرضا¹:

- 1- بالنسبة لنقص الأهلية تحتسب مدة 5 سنوات من وقت بلوغ سن الرشد أو زوال سببها.
 - 2- بالنسبة للغلط والتدليس من تاريخ كشف الغلط أو التدليس للمتعاقد الذي كان الضحية.
 - 3- أما بالنسبة للإكراه فتبدأ المدة من تاريخ انقطاع الإكراه عن المكره.
- وفي كل هذه الأحوال لا يمكن التمسك بإبطال العقد بعد مضي 10 سنوات من تاريخ إبرام العقد.
- 4- أما الاستغلال المؤدي إلى الغبن فمدة سقوطه سنة واحدة فقط من يوم إبرام العقد طبقا لنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على إبطال عقد المراجعة البنكية:

الأثر المباشر للإبطال عقد المراجعة هو إعادة الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، حيث تنص المادة 103 من القانون المدني الجزائري في فقرة 1 أنه: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل". غير أنه وباعتبار عقد المراجعة قيام البنك أو المؤسسة المالية بشراء المبيع وتملكه والهدف من العملية الربح فإنه يستحيل إعمال الأثر الرجعي للبطلان، بإعادة المبيع للبنك أو المؤسسة المالية إذ حتى وإن كان العميل مازال محتفظ بالمبيع، لذا فإنه قرر المشرع من خلال المادة 103 السالفة الذكر تقدم تعويض في الحالة التي يكون فيها إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد مستحيلا، لذا يلتزم هنا العميل بتقديم تعويض عن المبيع دون التقيد بالمقابل المتفق عليه في العقد².

وقد استثنى المشرع الجزائري ناقض الأهلية الذي أبطل العقد بسبب نقص أهلية³، في نفس المادة 103 السابقة: " ... غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من

¹ - يمينه حوحو، الأحكام العامة للعقد-تكوين وتنفيذ، مرجع سبق ذكره، ص 126

² - بلجودي أحلام، مرجع سبق ذكره، ص 74

³ - يمينه حوحو، الأحكام العامة للعقد-تكوين وتنفيذ، مرجع سبق ذكره، ص 119-120.

منفعة بسبب تنفيذ العقد. يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعية أو كان عالما به" وعليه لا يكون ملزم برد ما قبضه بسبب تنفيذ العقد الباطل من قبل البنك أو المؤسسة المالية، لكن يكون ناقص الأهلية ملزم برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد تطبيقا لقاعدة الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري.¹

المطلب الثالث: فسخ عقد المراجعة

رغم اختلاف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد المراجعة كما سبق ذكر - إلا أن ما هو متفق عليه بالإجماع إن هذا العقد من العقود الملزمة للجانبين، فعقد المراجعة ينشأ بالالتزامات تتقل كاهل طرفيه، ورغم التقيد والبنود الاتفاقية التي يفرضها البنك أو المؤسسة المالية على العميل إلا أنه يكون طلب فسخ عقد المراجعة من أحد الطرفين أمرا واردا جدا بسبب إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته.² ولقد عالج المشرع الجزائري الفسخ من خلال سنّه لمجموعة من النصوص تشكل في مجملها القواعد العامة لفسخ العقد الملزم للجانبين، وهذه المواد هي: 119-221 قانون مدني الجزائري ومن خلالها يمكن أن نعرف الفسخ بأنه: حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين في طلبه لحل الرابطة العقدية، إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه، ومنه فهو جزء إخلال المتعاقد بالتزامه ليتحرر المتعاقد الآخر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد.

وللفسخ أنواع منها القضائي والاتفاقي والفسخ بقوة القانون والفسخ القضائي المقصود به فسخ العقد عن طريق القضاء، أن حل الرابطة التعاقدية لا يقع من تلقاء نفسه كقاعدة عامة؛ نظرا لما لهذا الإجراء من خطورة بالغة على العقد وبذلك ينبغي تدخل القاضي واستصدار حكم قضائي بذلك. أما الفسخ بقوة القانون يقصد به انفساخ العقد وانحلاله بقوة القانون، مما يجعل الالتزامات التي كانت قد نشأت عنه من قبل ذلك تزول وتنقضي رغم إرادة المتعاقدين ورغم إرادة القاضي أيضا إذا ما عرض عليه النزاع.

أما الفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين يقصد به أن للطرفين المتعاقدين الحق في الاتفاق على إبرام العقد على أنه يجوز لأحدهما فسخ العقد إذا لم يقيم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد، دون اللجوء إلى القاضي لاستصدار حكم قضائي في شأنه.

وباعتبار عقد المراجعة من العقود الملزمة للجانبين يجب أن يكون قد نشأ صحيحا يتم التعامل بمحتواه بطريقة قانونية حتى يكون منتجا لآثاره سواء بالنسبة للأطراف المتعاقدة أو الغير، فقد يتفق المتعاقدين على وضع شرط فاسخ يؤدي إلى فسخ العقد بمجرد وقوعه عند إبرام العقد، وهذا الشرط يحدد

¹ -المادة 141 من القانون المدني الجزائري: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها ملزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء"

² -بن شيخ هشام، مرجع سبق ذكره، ص 126.

مصير العقد¹، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استيفائه والمطالبة بتنفيذه إلا إذا امتنع المدين عن الوفاء بالتزامه فإن هذا الشرط يكون حق لصالح الدائن وله التمسك به عند إخلال المدين بالتزامه حتى لا تبقى المسؤولية العقدية للدائن قائمة وحتى يتحلل من التزامه.

يمكن للعميل أن يطلب فسخ عقد المراجعة طبقاً للقواعد العامة²، وذلك عند إخلال البنك أو المؤسسة المالية بالتزامات، إلا أننا رأينا بأن البنوك والمؤسسات المالية تعمل على حصر بنود العقد المراجعة مع العميل في حدود ضيقة حتى لا تترك مجالاً لإثارة المسؤولية³، حيث نجد أغلب نماذج عقد المراجعة تحتوي على بنود تعفيها من بعض الالتزامات مثل ضمان العيوب الخفية، حيث لا تضمن إلا العرض الصادر منها أو التعرض وبالمقابل أيضاً نجد أنها تضع بنود للفسخ العقد في حالة تخلف العميل على التزاماته.

الفرع الأول: شروط الفسخ الاتفاقي لعقد المراجعة:

لقد تناول المشرع الجزائري لمجموعة من الشروط التي يجب توفرها في الفسخ الاتفاقي بنص المادة 120 من القانون المدني الجزائري⁴ والتي تحتوي على شروط خاصة يجب أن تتوفر عند طلب حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ الاتفاقي والصيغ القانونية للشرط الصريح الفاسخ حيث يفهم منها أن المقصود هو حل العقد الملزم للجانبين لتوفر شروط الفسخ الاتفاقي وهذا ما يسمح بالفسخ لصحة العقد ولحلول أجل الوفاء.

فالعقود التبادلية تلزم الدائن بالتزامات خاصة بها في العقد كما تلزم المدين، وقد أعطى المشرع الجزائري حرية واسعة في مجال الفسخ الاتفاقي بتحديد الشرط الصريح الفاسخ وقد ضيقها بحيث جعل من الإعذار شرطاً أساسياً لفسخ العقد الاتفاقي.

أولاً: اتفاق البنك أو المؤسسة المالية مع العميل على الشرط الفاسخ:

تدرج البنوك أو المؤسسات المالية في عقود المراجعة شروط فاسخة صريحة يؤدي إلى حل الرابطة العقدية، فعند وقوع الشرط إلى جانب إعذار العميل قبل رفع دعوى الفسخ، حيث يكون هذا الشرط مدرجا في العقد ويتضمن عبارات تدل على الفسخ كأن يقول "أنهيت العقد أو ألغيته أو فسخته أو أي لفظ

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع سابق، ص 782.

² - المادة: 119 من القانون المدني الجزائري: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"

³ - أنظر: بن شيخ هشام، مرجع سبق ذكره، ص 127

⁴ - المادة 120 قانون المدني الجزائري: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون الحاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين."

من الألفاظ التي تفيد الإنهاء"، والفسخ يكون البنك أو المؤسسة المالية باعتباره الدائن الذي انتظر حلول الأجل حتى يكون إعمال الشرط الصريح الفاسخ قانونياً¹ فاقتران الإلتزام بشرط فاسخ فإن الإلتزام يكون موجوداً نافذاً غير أنه مهدد بالزوال²

ويمكن للمتعاقدين عدم اللجوء إلى القضاء لأن طريقة الفسخ تتسم بالبطء في إجراءاتها ويحمل المدعي مصاريف رفع الدعوى، إلا أنه إذا حدث نزاع بين الطرفين وتم اللجوء إلى القضاء لاستصدار الحكم فإن القاضي يتحقق من وقوع الشرط وإعذار الدائن لمدينه قبل الحكم بالفسخ. إن المدين يستطيع تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم طالما أن العقد يعتبر قانونياً ما زال قائماً.

إن سلطة القاضي تكون مقيدة في الفسخ الاتفاقي لتحقيق الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين وبعد الحكم بالفسخ يعاد المتعاقدين إلى الحالة السابقة.

ثانياً: اتفاق البنك أو المؤسسة المالية مع العميل على عدم اللجوء إلى القضاء

لتجنب الإجراءات الدعاوي يدرج البنك أو المؤسسة المالية شرط على فسخ العقد بالاتفاق دون اللجوء إلى القضاء وجعل الفسخ اتفاقي لا قضائي، وهذا أعلى درجة من درجات الاتفاق على الفسخ طبق للقانون المدني الجزائري³، ولا يحتاج إلى تفسير لأن الربط واضح وصريح، لأنه إذا وقع نزاع بين البنك والعميل فإن اللجوء إلى الفسخ يكون عن طرق المحكمة لإصدار حكم الفسخ ويكون هذا الحكم كاشفاً، وعلى البنك أو المؤسسة المالية (الدائن) أن يثبت إعذاره للعميل (المدين) لأن وجود الشرط الفاسخ الصريح هو شرط يخدم مصلحة البنك أو المؤسسة المالية (الدائن). وإذا قام الشرط الفاسخ الصريح فإنه يلزم لإعماله أن يثبت الإخلال بالإلتزام على وجه رسمي بأن يكون البنك أو المؤسسة المالية قد أعذر العميل بعد حلول أجل دينه.

ثالثاً: أن يكون سبب الفسخ هو عدم التنفيذ.

قد يتفق المتعاقدان على أن يكون فسخ العقد قائماً لمجرد عدم تنفيذ العميل لالتزامه، وبما أن العقد الملزم للجانبين هو عقد رضائي يتم باتفاق ورضا الأطراف على الشروط التي اتفقا عليها فإن فسخ العقد قائماً لمجرد وقوع الشرط ويستلزم القانون إعذار العميل (المدين) قبل طلب الفسخ.

¹ -وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، الاستثناءات الواردة عليها بين الفقهاء الإسلامي والقانون المدني، دار الجديدة للنشر، مصر 2009، ص 201..

² -محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الإلتزام، العقد والإدارة المنفردة، مرجع سبق ذكره، ص 349

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الإلتزام، العقد والإدارة المنفردة، مرجع سبق ذكره، ص 385

وفي حالة أن العميل قد نفذ التزاماته كاملا وعلى الوجه المتفق عليه فلا يمكن للبنك أو المؤسسة المالية المطالبة بالفسخ، وإلا كان متعسفا في استعمال حقه وعلى العميل مدين أن يثبت قيامه بالتزامه.

رابعاً: إعدار العميل

أوجب المشرع الجزائري حسب نص المادة 180 قانون المدني إعدار العميل بإنذاره قبل الفسخ، فإعدار العميل المدين يتم عن طريق البريد أو بأي وسيلة كانت سواء بوسائل الاتصال (مثلاً، الهاتف، الفاكس، البريد الإلكتروني...الخ) أو عن طريق محضر، أو رسالة، وإعدار البنك أو المؤسسة المالية للعميل هو وضعه في حالة المتأخر في التنفيذ فالإعدار كما هو موضح في 120 قانون المدني الجزائري أهم إجراء يلزم به البنك أو المؤسسة المالية (الدائن)

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بأن "العقد لا يزال قائماً بين المتعاقدين لم يفسخ لأن الدائن قد خالف شرط الإعدار عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه، حيث لم يثبت الطاعن أنه قد قام فعلاً بإعدار خصمه عند إخلاله بشروط العقد، إذ يعتبر الإعدار شرطاً ضرورياً وليس اختيارياً للمطالبة بفسخ العقد ولقد دفع المدعي بأن الإعدار المنصوص عليه في المادة 119 قانون المدني الجزائري غير ملزم لأن المشرع استعمل لفظ (جاز). إلا أن المحكمة قد قضت بغير ذلك واعتبرت هذا الدفع غير مؤسس، لأن المادة 119 من القانون المدني تنص على أنه يجوز لأحد المتعاقدين عندما لا يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه إذ أن مسألة الجواز هنا تتعلق بإمكانية المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه، أما الإعدار فيبقى دائماً إجبارياً"¹.

ورغم أن الفسخ اتفاقي ورضائي ومؤسس على اتفاق الطرفين فلو نظرنا إلى 106 قانون المدني فالعقد شريعة المتعاقدين، فنجد أن الأولى تخالف حرية التعاقد لأن فرض الإعدار على الدائن هو إجبار خالف فيه حرية التعاقد وخالف بقية التشريعات ويعتبر المشرع المصري في المادة 158 قانون المدني المصري² أكثر واقعية في حرية التعاقد.

إن استصدار الحكم بالفسخ الاتفاقي في القانون الجزائري يتطلب الإجراءات الشكلية والموضوعية فإذا انعدم الإعدار رفضت الدعوى ويبقى العقد قائماً. ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها البنك أو المؤسسة المالية العميل إلى الوفاء. وترفع الدعوى في حد ذاتها باعتبارها الضمان الذي يخوله النظام القانوني لصاحب الحق لكي يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه.

إلا أنه يجوز للبنوك أو المؤسسات المالية أن يكون الشرط مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون العميل معذوراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر. وتعتبر هذا الاتفاق على درجة أشد من كل ما تقدم، وهي أن يكون الفسخ بدون حكم من القضاء وبدون إعدار إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 115182 الصادر في 21/03/1994 م ق، ع 02، 1994، ص ص 167-169.

² - أنظر: المادة 158 من القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري، مرجع سبق ذكره.

التزامه، وفي هذه الحالة يتم الفسخ دون حاجة إلى حكم من القضاء ودون حاجة إلى إعدار، وإذا حدث نزاع حول هذا الاتفاق ورفع إلى القضاء فعل القاض أن يقضى بالفسخ حتماً، ويكون حكمه كاشفاً للفسخ وليس منشئاً له.¹

الفرع الثاني: صور الشرط الفاسخ الصريح

رغم تعدد صور الشرط الفاسخ الصريح إلا أن مجملها ينحصر في ثلاثة صور، فقد يتفق الأطراف على اعتبار العقد مفسوخاً، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، وقد يكون الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار.

أولاً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً

يجوز أن يتفق البنك أو المؤسسة المالية مع العميل الأمر بالشراء في العقد على أنه إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزاماته أو بتنفيذ التزام معين بالذات يكون العقد مفسوخاً، ويتوقف حكم هذا الشرط على نية المتعاقدين فقد يكونان أراداه وقوع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المتعاقد بالتزامه، ويكون الفسخ قد وقع بتراضي المتعاقدين مقدماً على ذلك.

غير أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود الشرط بهذه الصيغة، والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا تقرير القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ، وعلى ذلك لا يغني هذا الشرط عن اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، بل هو لا يسلب القاضي سلطته التقديرية، فهو قد لا يحكم بالفسخ ويعطي للمدين العميل مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك.²

ثانياً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه

يمكن للبنك أو المؤسسة المالية الاتفاق مع العميل الأمر بالشراء على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا تحقق الشرط، ففي الحالة تتم صياغة الشرط على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وهذا الأمر يفسر على أن الطرفين (البنك والعميل) اتجهت نيتهما إلى سلب السلطة التقديرية للقاضي المقررة له في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به، فليس أمام القاضي إزاء هذا الشرط إلا الحكم بالفسخ³، أي تجنب

¹ - على علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2003، الجزائر، ص107.

² - حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/12/20، ص 112

³ - توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد - القسم الثاني، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 257 .

السلطة التقديرية للقاضي، حيث يقتصر دوره على معاناة مدى توفر الشروط التي وضعها المتعاقدان من أجل تحقيق الفسخ.¹

تظهر فائدة هذا الشرط في تقييد القاضي وحرمانه من سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ ويتحتم عليه النطق به متى طلبه الدائن بعد التحقق من وقوع المخالفة، وبذلك يقتصر دور القاضي على التحقق من واقعة الإخلال بالالتزام، وعما إذا كان هذا الإخلال سببا لإعمال الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه في العقد.²

وبالرغم من أنه عند تحقق الشرط يفسخ العقد من تلقاء نفسه إلا أنه لا يغني عن اللجوء إلى القضاء، حيث ينبغي على البنك أو المؤسسة المالية رفع دعوى للمطالبة بالفسخ، وليس للقاضي سلطة تقديرية في صدد الفسخ بل له فقط أن يتحقق من توافر شروطه، فإذا تحقق من ذلك وقع الفسخ منذ توافر تلك الشروط، ويكون حكم القاضي في مثل هذه الحالة مقررًا.³

وفي هذا الموضوع قد قضت محكمة النقض المصرية أنه متى كانت المحكمة قد انتهت إلى وجود شرط فاسخ صريح في العقد، فإنه لا تكون لها سلطة في صدد الفسخ ولا يبقى للحكم باعتبار الفسخ حاصلا إلا أن تتحقق من حصول الشرط الموجب له. وإذا تحققت المحكمة في ضوء الوقائع السابقة على رفع الدعوى من أن المدين لم ينفذ التزامه وحكمت بالفسخ دون أن تعطي المشتري مهلة أثناء نظر الدعوى للوفاء بالتزامه فإنها تكون قد التزمت صحيح بالقانون.⁴

حيث أنه لا يستبعد ضرورة إعدار العميل، وهو وضعه قانونا موضع المتأخر في تنفيذ التزامه، فالإعذار ضمانا قررها المشرع لصالح العميل، وذلك بمنحه فرصة أخيرة للوفاء بالتزامه، حيث يمكنه القيام بذلك خلال المهلة التي يتضمنها الإعذار ولا يقع الفسخ تلقائيا بمجرد عدم تنفيذ العميل المدين لالتزامه في الأجل المحدد لذلك طالما لم يقم البنك أو المؤسسة المالية بإعذاره.

ثالثا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

في بعض الحالة يكون هناك شرطا صريحا في العقد يعفي البنك أو المؤسسة المالية من اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى للمطالبة بالفسخ، ولا يعفيه هذا الشرط من التزامه بإعذار العميل. فلا يكفي مجرد حلول الأجل وعدم التنفيذ، بل يتطلب الأمر لفت نظر العميل إلى التزامه وضرورة تنفيذه وإلا طبق جزاء الفسخ.

¹ -علي فيلالي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد، مرجع سبق ذكره، ص426

² -ENCINAS DEMUNAGORRI Rafael, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, L.G.D.J, Paris, p134

³ -COLLAR DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 3ème Ed, Paris, 1996, 204.

⁴ -محمد حسين منصور، الشرط الصريح، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 57

فإذا نازع العميل في واقعة تنفيذ العقد، أو في قيام الشرط الفاسخ، أو توافر شروط إعماله، يتعين اللجوء إلى القضاء للتحقق من ذلك، ويقتصر دور القاضي في هذه الحالة على التحقق من واقعة الوفاء بالالتزام، ومدى مشروعية امتناع العميل عن تنفيذ التزامه أو توافر شروط إعمال الشرط الفاسخ، فإذا تبين له ذلك قضى بوقوع الفسخ دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك.¹

رابعاً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إذار

يعد الاتفاق الذي يرد فيه شرط الفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إذار من أعلى الدرجات التي يمكن أن يصل إليها الاتفاق، ويكون العقد بمقتضاه مفسوخاً بقوة القانون في التاريخ المحدد لتنفيذ الإلتزام دون حاجة إلى إذار من البنك أو المؤسسة المالية أو دعوى قضائية، فإذا حدثت منازعة حول تطبيق الشرط، فإن الدعوى التي تقام بهذا الصدد تكون لمجرد الكشف عن الفسخ، وإذا لزم تدخل القضاء بسبب منازعة العميل المدين في واقعة الإخلال بالالتزام، أو المنازعة في تحقق الشرط الصريح الفاسخ، اقتصر دور القاضي على التحقق من توافر شروط الفسخ، ويتعين عليه القضاء به، ويكون الحكم الصادر مقرراً للفسخ لا منشئاً له.

كما لا يتم إعمال الشرط الصريح الفاسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية إلا إذا كانت صيغته صريحة، ودالة بذاتها على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه دون حاجة إلى حكم أو إذار.

ومهما كانت الصيغة التي اتفق عليها المتعاقدان، إلا أن الفسخ حق قرره المشرع حماية للدائن المتمثل في البنك أو المؤسسة المالية وهو يتم استناداً إلى طلبه في حالة تخلف العميل المدين عن تنفيذ التزاماته التي يوجبها عليه عقد المراجعة، وبالتالي لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بالفسخ عند أخلاله بالالتزام لكي يتفادى تنفيذ الإلتزام عينياً، فلو سمح له بذلك لكان العميل المدين إذن في موقف أقوى من موقف البنك أو المؤسسة المالية الدائن، فيستطيع أن ينفذ التزامه أو يمتنع عن تنفيذه ويصبح البنك أو المؤسسة المالية رهناً لإرادته.

وهذا ما عملت به معظم البنوك والمؤسسات المالية في عقد المراجعة، لأن هذا الشرط يخفف عنها أعباء كثيرة كإذار العميل أو إجراءات دعوى القضائية، فيصبح العقد مفسوخاً بمجرد وقوع الشرط الفاسخ الصريح.

¹ - حمو حسينة، مرجع سبق ذكره، ص 113.

خلاصة الباب الثاني:

من خلال دراستنا للباب الثاني المتعلق بآثار عقد المراجعة وانقضائه فقد تبين لنا أن الطبيعة المختلطة لعقد المراجعة هي ما تتميز بها العلاقات القائمة بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل (الزبون/الأمر بالشراء)، وهو ما أضفى تبعاً لذلك تنوعاً وتعددًا في التزامات بين الأطراف التي تباينت من حيث طبيعتها بين التزامات فرضها المشرع البنكي والمتمثل في بنك الجزائر والتزامات فرضها عقد المراجعة، ما استلزم قيام مسؤولية الإخلال بها على طرفي العقد، وإن كان جل الالتزامات التي فرضها المشرع البنكي والمتمثلة في الإلتزام بالإعلام والنصيحة، والإلتزام بالسرية المصرفية، تعد من الالتزامات القديمة المفروضة على البنوك والمؤسسات المالية بواقع مهنتهم التي تستوجب الاحترافية والاحتكار من قبلهم. أما لالتزامات المتعلقة بواقعة عقد المراجعة والمتمثلة في الإلتزام بالتسليم والإلتزام بالضمانات والالتزامات الأخرى وإن كانت حديثة على البنوك في تطبيق هذا العقد إلا أن معالم هذه الالتزامات ما زالت لم تتحدد بصفة دقيقة، مما جعل مختلف البنوك والمؤسسات المالية ترجع إلى تطبيق الالتزامات العامة تبعاً لقانون المدني والمطبقة على عقد البيع، إضافة للالتزامات التي تقع بين البنك أو المؤسسة المالية والتاجر أو مالك المبيع في إطار عقد البيع بينهما.

وقد تظهر مسؤوليات عند اختلال إحدى أطراف العقد للالتزامات مما يستوجب جزاء يتناسب حسب الضرر، حيث توجد عدة مسؤوليات تقام على أطراف عقد المراجعة وذلك لتعدد العلاقات القائمة على إنشائه، تؤدي المسؤوليات عن إخلال أو خرق الالتزامات في عقد المراجعة إلى تداعيات قانونية ومسؤولية الضرر واضحة للأطراف المعنية.

وتقع المسؤولية عند عدم الالتزامات في عقد المراجعة إلى مواجهة الطرف المخالف، سواء كان البنك أو العميل لعقوبات قانونية، إضافة إلى ذلك قد تفرض شروط عقد المراجعة مزيداً من المسؤوليات التي تؤثر على الاتفاقية، كما يمكن أن تكون هناك مسؤوليات أخرى تقع عند إخلال الالتزامات التي تشمل الطرف الثالث والمتمثل في التجار أو الموردين في عقود البيع الخاصة بهم مع البنك أو المؤسسة المالية.

ورغم المخاطر التي يحتويها عقد المراجعة إلا أن مهام وأدوار هيئات الرقابة عملت على الحد منها، حيث ساعدت الرقابة العامة المتمثلة في البنك المركزي واللجنة المصرفية وكذا الرقابة الداخلية (محافظي الحسابات) البنوك والمؤسسات المالية على الإلتزام بالقوانين والنظم المسيرة للعمل المصرفي، إضافة إلى الرقابة الشرعية التي فرضها العمل المصرفي الإسلامي وذلك بواسطة الدراسات والبحوث التي تقوم بها هيئات الرقابة الشرعية بتطبيقها وتعميمها على البنوك والمؤسسات المالية، مما ساعد من تعزيز الرقابة في البنوك والمؤسسات المالية وإيجاد حلول لهذه المخاطر والقضاء عليها أو الحد منها حسب درجة وجسامة هذه المخاطر.

كما إن طرق انقضاء عقد المراجعة تختلف حسب الوقائع التي يتم فيها إبرام العقد، فينتهي وجوده بانقضاء العقد مهما، كان شكل هذا الانقضاء سواء طبعياً بالوفاء، أو كان بانقضاء غير طبعياً عن طريق إبطاله أو فسخه، حيث أنه ففي حالة التنفيذ العيني وانقضاء العقد تكون الالتزامات تمت بطرق المتفق عليها بين المتعاقدين ويبرم عقداً صحيحاً منتجاً لأثاره ومحققاً للهدف المرجو منه وهو الوفاء الطبعي، أما في حالات الإخلال بالالتزامات سواء الذي تقع على البنك والمؤسسة المالية أو العميل تؤدي لا محالة إلى فسخ العقد وقيام مسؤولية وكذا تعويض الضرر.

وهناك حالات التي تثار فيها نزاعات بين أطراف عقد المراجعة مما يستدعي إلى الاعتماد على طرق لحل هذه الخلافات بين الأطراف سواء كانت مدرجة في بنود العقد أو غير مدرجة، نظم المشرع الجزائري طرق التفاوض لحل النزاعات في القطاع المصرفي والمؤسسات المالية عبر مجموعة الآليات تتمثل في الصلح والوساطة والتحكيم ثم القضاء كآخر آلية لحل النزاع.

خاتمة

خاتمة:

أعتبر عقد المرابحة أحد أبرز الأساليب وطرق العمل التمويلية العصرية التي تعتمد على المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، إذ يحظى بشهرة واسعة بصفته أحد أهم صيغ التمويل شيوعاً في ذلك القطاع. وترجع تلك الضرورة إلى الخصوصية التي يمتاز بها العقد من مواصفات مميزة تجعله وسيلة نافذة لتلبية الاحتياجات النقدية للأشخاص والمؤسسات بنفس الدرجة، سواء على المستوى الإقليمي أو الخارجي، وهذا عبر توفير حلول تمويلية متوافقة مع الأحكام التشريعية. ولا تقتصر منافعه على الجانب الفردي ولكن تمتد إلى مساعدة الاستثمار الوطني عن طريق توطيد الأعمال التجارية المحلية وتوسيع مدى توفير النفقات الملزمة بالضوابط الشرعية والقانونية، ما يحرر العملاء من قيود المعاملات الربوية التي تفرضها البنوك أو المؤسسات المالية.

ورغم حداثة عقد المرابحة في البنوك والمؤسسات المالية إلا أن الأمر يتطلب الاهتمام والتخطيط القانوني السليم بهذا النوع من العقود وذلك بواسطة وضع الأحكام الذي يركز عليها حتى يتسنى تحديد حقوق الطرفين والتزاماتهما، إذ إن الالتزامات المتولدة عن هذا العقد المترابطة والمتشابكة تثير العديد من الإشكاليات والتساؤلات التي تقود الإجابة عنها إلى تحديد خصوصية عقد المرابحة وطبيعته القانونية.

ثم أن المشرع الجزائري على الرغم من تبنيه للنصوص المنظمة للصيرفة الإسلامية التي عرفت تأخراً كبيراً في الجزائر، التي كانت بدايتها في سنة 2018 ممثلة في النظام 02-18 الملغى، الذي شابه الكثير من القصور والاضطرابات، ثم جاء النظام 02-20 بنظرة أعم وأشمل وأكثر وضوحاً، وصحح كثيراً من النظام 02-08 السابق حيث بلغت مواده 24 مادة، وتمتته التعليمية 03-20 بـ 60 مادة تعنى بمنتجات الصيرفة الإسلامية وآليات تنفيذها. التي مست عقد المرابحة في 11 مادة فقط والتي لم تتناول جميع الجوانب القانونية له، والتي يجب إعادة النظر فيها.

وفي الختام وجب ذكر أهم النتائج المتوصل إليها بعد هذه الدراسة، ثم التطرق إلى بعض الاقتراحات الواجب إتباعها من أجل زيادة تفعيل وظيفة عقد المرابحة في النظام المصرفي الجزائري.

أولاً: نتائج الدراسة

نظراً للأهمية والخصوصية التي يمتاز بها هذا العقد ارتأينا الإحاطة بكل جوانبه عن طريق البحث في جميع الأحكام المتعلقة به ابتداء من لحظة انعقاده حتى تنفيذه، وقد تمكنا من استخلاص النتائج الآتية:

- صيغة المرابحة للأمر بالشراء، وهي الأكثر تداولاً وانتشاراً في أوساط البنوك والمؤسسات المالية.
- يمكن تعريف المرابحة المركبة في البنوك بأنه: طلب من العميل إلى البنك أو المؤسسة المالية على أساس وعد منه بشراء مبيع معين بمواصفات محددة، عاجل أو آجل، وبربح يتفق عليه، ثم قيام البنك أو المؤسسة المالية بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه.

- عقد المراجعة للأمر بالشراء تناوها الفقهاء قديماً، لكن أول من أبرزها إلى التطبيق العملي في البنوك الإسلامية هو الدكتور سامي حسن حمود اعتماداً على نص للإمام الشافعي في كتاب الأم.
- أركان عقد المراجعة تتطابق مع أركان البيع، والمتمثلة في التراضي والمحل والسبب إضافة إلى الشكلية وتختلف في بعض الشروط
- تبني المشرع الجزائري عقد المراجعة في نظام 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، وكذا التعليم 03-2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، والتي صنف فيها المشرع نوعين منها وهي البسيطة والمركبة.
- يتم عقد المراجعة عملياً في البنوك والمؤسسات المالية وفق المراحل التالية:
- * **المرحلة الأولى:** مرحلة تأسيس العقد ويتم فيها تقديم العميل الأمر بالشراء طلب الشراء ثم دراسة البنك أو المؤسسة المالية لطلب العميل ثم إبرام عقد الوعد بالشراء، وكذا تقديم العميل الأمر ضمانات الوفاء.
- * **المرحلة الثانية:** مرحلة تنفيذ العقد ويتم فيها تعاقد البنك أو المؤسسة المالية مع التاجر أو المورد ثم تسلم البنك أو المؤسسة المالية للسلعة ثم بيع السلعة مربحة بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل.
- عقد المراجعة هو معاملة ذات ثلاثة أطراف: أولهم العميل أما أن يكون زبوناً أو أمر بالشراء، والطرف الثاني وهو التاجر أو المورد أو مالك المبيع، والطرف الثالث وهو البنك أو المؤسسة المالية.
- يمتاز عقد المراجعة ببعض الخصائص المهمة التي تميزه عن العقود المشابهة له منها:
- * من خلال تحقيقه شرط تملك للمبيع من طرف البنك أو المؤسسة المالية ودخول المبيع في حيازته الفعلية، لأن دخول البنك أو المؤسسة المالية في مخاطر تملك المبيع يعد دليل لخصوصية العقد المراجعة.
- * تظهر خصوصية عقد المراجعة في خاصية التركيب، حيث إن عقد المراجعة عقد مركب من وعد بالبيع بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية وعقد بيع بين البنك أو المؤسسة المالية والتاجر أو المورد أو مالك المبيع وعقد بيع مربحة بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية، فخاصية التركيب في عقد تعد دليل لخصوصية وتميزه عن العقود الأخرى.
- * تحقيق شروط عقد المراجعة السابقة الذكر -سواء الشروط التي تتعلق بالبنك أو المؤسسة المالية باعتباره أحد أطراف العقد من الحصول على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية والترخيص من بنك الجزائر وإنشاء هيئة رقابة شرعية داخل البنك، أو شروط المتعلق بعقد المراجعة في حد ذاته من العلم بثمن المبيع والربح، وكذا صحة عقد البيع الأول

- بين البنك والتاجر، إضافة الإلتزام بالضوابط الشرعية وخلوه من الفؤاد الربوية، حيث إن هذه الشروط تعد مظهرا من مظاهر الخصوصية الواجب توفرها لصحة عقد المراجعة.
- يعد عقد المراجعة مهم بالنسبة للأفراد من حيث أنه يمثل أداة لتمويلهم، وذلك عن طريق دفع الثمن على شكل أقساط شهرية، مما يخفف عنهم العبء المادي عنهم.
- يعتبر الوعد بالتعاقد من الناحية القانونية ملزما للعميل الأمر بالشراء ويترتب على هذا الإلتزام إما تنفيذ العميل لوعده أو تحمل العميل للتعويض نتيجة لعدم الوفاء بالتزامه حسب القانون المدني الجزائري.
- اعتمدت البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية على تطبيق المراجعة الخارجية كبديل للاعتماد المستندي الذي يعد من أساسيات التجارة الخارجية، حتى تتوافق المعاملة مع الضوابط الشرعية لعقد المراجعة.
- اعتماد البنوك والمؤسسات المالية على التأمينات العينية والشخصية لضمان حقها في هذه المعاملة.
- أجازت كثير من الهيئات الشرعية الكفالة التي يقدمها العميل في مرحلة الوعد، بأن يضمن حسن أداء البائع، ولكن يجب أن ينحصر في حسن أداء البائع الأصلي لالتزاماته بشأن تسليم المبيع، أما حالات العطب والهلاك والتلف فلا يجوز النص على تحمل الواعد بالشراء ضمانها، لأن ضمانه ليس مطلقا، والأولى اجتناب هذه الكفالة في بيع المراجعة لما فيها من شبهات.
- التطبيق العلمي لبيع المراجعة في البنوك والمؤسسات المالية يشهد حصول كثير من الأخطاء والتجاوزات الشرعية، التي تسيء وتطعن في مشروعية ومصداقية معاملاتها، وعليه فإن مسؤولية التجاوزات تقع على أطراف عملية المراجعة جميعا ابتداء بالعملاء، ومرو بإدارة البنك أو المؤسسة المالية، وانتهاء هيئة الرقابة الشرعية الموحدة بها.
- شاب المشرع الجزائري بعض القصور عند تنظيمه لهذا النوع من العقود، وعلى أهم النقائص هي:
- * لم ينظم المشرع الجزائري جميع الجوانب القانونية لعقد المراجعة والتي تخص طرفي العقد، لذلك تبقى الأحكام التي وضعها غير كافية على غرار باقي العقود المركبة وهذا القصور هو الذي يؤكد لنا مدى الصعوبات التي تعترض تحديد ماهيته الناتجة بالأساس عن التدخل المحتشم للمشرع في تنظيم البعض من جوابه وفق التعليمات 03-2020 المعرفة للمنتجات الصيرفة الإسلامية، وما أثر بشكل مباشر في العلاقة القائمة بين العميل والبنك أو المؤسسة المالية وما ينتج عن ذلك من قصور كبير في حماية العميل سواء كان زبون أو آمر بالشراء باعتباره الطرف الضعيف مقارنة مع القدرات التي يتمتع بها الطرف المهني المتمثل في البنك أو المؤسسة المالية في هذا العقد.
- * يتم سد النقائص في أغلب الأحيان بالرجوع إلى القواعد العامة سواء الواردة في القانون المدني باعتباره ينظم العلاقات الخاصة أو تلك الواردة في قوانين أخرى، دون أن يكون هناك تنظيم متكامل وشامل لهذا العقد بالرغم من وجود التعليمات 03-2020 -السابقة الذكر- التي احتوت بعض من المواد التي لم يتجاوز عددها 11 مادة خاصة بعقد المراجعة والتي لم تعطيه حقه.

- تعارض نصوص وأحكام القوانين المدنية والتجارية وغيرها مع بعض أحكام العقود الشرعية المطبقة في عمليات بعض البنوك، وهذا التعارض يجعل الأمر عند التنازع خاضعا للقواعد الملزمة في القوانين السارية، كالتسجل لنقل الملكية العقارية وملكية السيارات والفوائد التعويضية

- تعارض الأحكام الخاصة بمسألة نظام الفوائد التأخيرية على الدين المماطل في القوانين المدنية السارية مع أحكام الشرعية الإسلامية.

- اشترطت القوانين السارية دفع رسوم على عقود نقل الملكية العقارية ونقل ملكية السيارات، مما يخضع العملية لرسوم خروج عند شراء البنك من المالك الأصل ثم عند بيع البنك للعميل، وهذا مما يزيد من تكلفة السلعة على العميل.

ثالثا: توصيات والاقتراحات.

- نظرا لأهمية عقد المراجعة وشيوع انتشاره خاصة مع ما يشهده البلد من تطور واستقرار وازدهار مستقبلي، نوصي بأن يقوم المشرع بتدارك النقص في التشريع وأن ينظم عقد المراجعة تنظيم يشمل كل جوانبه وكل أطرافه.

- التأكيد على وضع قانون خاص بهذا العقد يشمل كل أحكام عقد المراجعة، بشرط أن يكون التنظيم بشكل مفصل، يسهل على القضاء حسم أي نزاع ينشأ عن ذلك العقد، ويحسم أي جدل قائم بشأن تكييفه من خلال ما يضعه المشرع من أحكام، ليكون مرجعا لحل الإشكالات التي يثيرها هذا العقد. لأن التنظيم القانوني السليم لعقد المراجعة سيعمل بالتأكيد على تطوير التمويل وجلب رؤوس أموال كثيرة للبنوك والمؤسسات المالية وحتى جذب الاستثمارات الأجنبية وذلك من خلال العملاء يكونون على علم بكافة حقوقهم والتزاماتهم بموجب عقد المراجعة، أو حتى إصدار قوانين منظمة لصيغ التوظيف الإسلامي مثل المضاربة والمشاركة والمراجعة مستمدة من أحكامها من الشرعية الإسلامية، مع الحرص على الصياغة الدقيقة للنصوص.

- تعديل القوانين المختلفة التي تمس أو تتربط مع نشاط الصيرفة الإسلامية، كالقانون المدني، والقانون التجاري، وقانون الإجراءات المدنية وقوانين الضرائب، وذلك لوضع الإطار القانوني المناسب لنشاط البنوك الإسلامية والمتفق مع الشريعة الإسلامية وفق الشكل التالي:

* بإضافة فصل خاص بعقد المراجعة في المكان المناسب في القانونين المدني والتجاري، يفصل أحكام هذا العقد مستمدة من الشريعة الإسلامية، حيث تصبح أحكامه معروفة مقننة ومعروفة للكافة وللمتعاملين.

* إضافة مواد مناسبة في المدني والتجاري أو بموجب قانون خاص، تعطي التوازن للعميل كطرف ضعيف في العلاقة، وكذا لتعويض الدائن في مواجهة المدين المماطل، بديلا عن نظام الفوائد التأخيرية، ومتفقا مع الشريعة الإسلامية.

- تعديل القوانين الضريبية حيث تعامل البنوك الإسلامية نفس معاملة البنوك التقليدية، من الناحية الضريبية بصرف النظر عن تسميات المعاملات في كل منهما، وذلك في المجالات التالية:
- * تغير معاملة هامش المربحة كمعاملة فوائد القروض من الناحية الضريبية، لأنهما ليس من نفس النوع.
- * عدم دفع الضريبة مرتين بسبب دخول البنك أو المؤسسة المالية مشتريا ثم بائعا في عقد المربحة، وذلك بالنسبة لرسوم نقل الملكية العقارية، وملكية السيارات، ورسوم القيمة المضافة وغيرها.
- يجب الاجتهاد القضائي بشأن موضوع عقد المربحة لمزيد من الضبط لهذا العقد في الجزائر لتجنب الوقوع في المحذور، حيث لاحظنا ندرة للاجتهادات القضائية المتعلقة بمنتجات الصيرفة الإسلامية والتي منها عقد المربحة.
- على السلطات الإشرافية في الجزائر فرض إجراءات موحدة بين البنوك والمؤسسات المالية لتطبيق المربحة، مع فرض رقابة صارمة لزرع الثقة في المتعاملين.
- أن تسعى البنوك والمؤسسات المالية إلى بناء قاعدة معلومات توفر لها التاريخ التجاري للعميل، وسمعته ومركزه المالي، وتوحيد قواعد البيانات بينها. ومعالجة القصور الذي تعانيه في دراسات الجدوى الاقتصادية، وذلك من خلال إدخال نظام البيانات المجمعة عن العملاء لدى البنك المركزي، حيث يساعد ويمكن البنك أو المؤسسة المالية معرفة المعلومات اللازمة عن عميله، سواء من ناحية مراكزه المالية مع البنوك الأخرى، أو من ناحية مماطلته في الوفاء بالتزاماته.
- إعادة تعديل نماذج عقود المربحة المستعملة من البنوك والمؤسسات المالية المختلفة واستعمال نموذج موحد يطبق على كافة البنوك والمؤسسات المالية، يحتوي على حقوق والتزامات الأطراف، مع ضرورة أن يكون العقد النموذجي مفصل، يفرضه البنك المركزي على جميع البنوك والمؤسسات المالية، يشمل جميع أحكام عقد المربحة بصورة محددة، حيث يتم الاختيار من بين الآراء الفقهية المختلفة لرأي واحد، يحقق غرض المشرع ومصلحة المتعاملين، ويراعي الأعراف التجارية والضوابط الشرعية، وأن يكون هذا النموذج ملحقا بكل عقد مربحة يبرمه البنك أو المؤسسة المالية، ويشار فيه إلى ذلك، حتى يكون هو القانون الذي ارتضاه المتعاقدان لتنظيم العلاقة، ويكتس بالتالي صفته الشرعية والقانونية، من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين.
- من الضروري تشجيع ودعم إنشاء بنوك ومؤسسات إسلامية في الجزائر، لكونها تعتبر بديلا هاما للمعاملات البنكية الربوية خاصة أننا في مجتمع مسلم ترفض غالبية التعامل مع أي شيء له علاقة بالفائدة (الربا)، إضافة إلى تسهيل فتح فروع أو شبابيك تقدم خدمات بنكية إسلامية من طرف البنوك الخاصة العاملة بالجزائر وخاصة تلك التي لا تستطيع التحول كلية إلى العمل المصرفي الإسلامي.

- إنشاء هيئات رقابية تضمن الالتزام بالقوانين والمعايير الشرعية. بالإضافة إلى ذلك، ينبغي تعزيز التعليم والتوعية حول عقود المرافحة المركبة وتوفير موارد متاحة للعمل لفهم حقوقه وواجباته بشكل أفضل.
- دعم استقلالية هيئات الرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية، والعمل على إيجاد هيئات مركزية للرقابة الشرعية.
- العمل على إعداد وتجهيز الأطارات المصرفية وتعليمهم المعارف الأساسية عن الجوانب الشرعية والقانونية للعقود الصيرفة الإسلامية وتدريبهم على اكتساب المهارات المصرفية، مع تحديث تلك البرامج وتطويرها باستمرار لتواكب الجديد في الفن المصرفي تماشياً مع تطورات الحالية ومواكبة التقدم المالي والمصرفي.
- العمل على إنشاء معاهد متخصصة للدراسات القانونية والمالية الإسلامية وتطويرها بما يتماشى مع الإقتصاد المالي العالمي، وكذا نشر الوعي القانوني والفكر المالي الإسلامي من خلال تكوين لجان لإفتاء متخصصة في الجانب القانوني والمصرفي والمالي، إضافة إلى عقد ندوات وملتقيات متعلقة بالصيرفة الإسلامية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

I-المصادر

أولاً: المصادر الشرعية:

-القران الكريم

ثانياً: المصادر تشريعية

1- الأوامر والقوانين

1.الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج، العدد 37 الصادر في 11/06/1966، المعدل ومتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016، ج.ر.ج، العدد 37 المؤرخة في 22 يوليو سنة 2016.

2.الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن قانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، ج.ر.ج، العدد 31 الصادرة في 2007

3.الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج.ر.ج، العدد 101، الصادرة بتاريخ 19/12/1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 5 مايو 2022، ج.ر.ج، رقم 32 مؤرخة في 5 مايو 2022.

4.القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان 1399 الموافق 21 يوليو 1979 المتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم بقانون رقم 17-04 المؤرخ في 19 جمادي الأول عام 1438 الموافق 16 فيفري 2017، ج.ر.ج، العدد 11 صادرة 16/02/2017، المعدل ومتمم بقانون رقم 22-24 المؤرخ في 25 ديسمبر 2022 * ج.ر.ج، العدد 89 الصادرة 29/12/2022

5.الأمر 95-07، الصادر في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، بالقانون 06-04، المتضمن قانون التأمينات، ج.ر.ج، العدد 15، صادرة في 12/03/2006.

6.الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، المتضمن القانون التجاري. (ملغى)

7.الأمر 15-20 المؤرخ في 30/12/2015 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج.ر.ج، العدد 71 صادرة بتاريخ 30/12/2015.

8.الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج، العدد 47، الصادرة بتاريخ 23/08/2001.

9.الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج، العدد 13، الصادرة 7 شوال 1415هـ الموافق- 8 مارس 1995.

10. الأمر 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، الصادر في: "...دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني"
11. الأمر 11-03، مؤرخ في 26 اغشت 2003، يتعلق بالقرض والنقد، ج.ر.ج، العدد 52، صادرة بتاريخ 27 أوت 2003 معدل ومتمم.
12. الأمر رقم 01-09، المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر. العدد 44،
13. الأمر رقم 04-10، المؤرخ في 26 غشت سنة 2010، المتضمن قانون النقد والقرض.
14. الأمر رقم 105-76، مؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 هـ الموافق 9 ديسمبر سنة 1976م، يتضمن قانون التسجيل، متمم ومعدل قانون التسجيل، 2024.
15. القانون رقم 86-12 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بنظام البنوك والقروض، ج.ر.ج، العدد 34 لسنة 1986 (الملغي)
16. القانون رقم 89-02 مؤرخ في 7 فبراير 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر.ج، العدد 06، الصادر بتاريخ 1989/02/08.
17. القانون رقم 98-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر.ج، الصادرة في 1989/02/02
18. قانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج، العدد 16، صادرة 18/04/1990 الملغى بموجب الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج، العدد 52، صادرة في 2003/08/27.
19. القانون رقم 02-11 المؤرخ في 24/12/2002، المتضمن قانون المالية، ج.ر.ج، العدد 86 الصادرة في 2002/12/25.
20. القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج. العدد 41، الصادرة في 2004/07/23.
21. القانون رقم 04-08 المؤرخ في 27 جمادي الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004، يتعلق بشرط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر.ج.، العدد 52، الصادرة 2004/08/14
22. القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهم، ج.ر.ج، العدد 11، الصادر 2005/02/06.
23. القانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 04 مايو 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج. العدد 43 الصادرة في 2005/06/22
24. القانون رقم 05-16، المتضمن قانون المالية لسنة 2006، ج.ر.ج، العدد 85 لسنة 2005.

25. القانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر، العدد 14، 2006.
26. القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ، الموافق 25 فبراير 2009، يتعلق متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج، العدد 15، الصادرة في 08/03/2009، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-09، مؤرخ في 10 جوان 2018، ج.ر.ج، العدد 35 صادر بتاريخ 13/06/2018..
27. القانون 10-01، المؤرخ في 26 غشت سنة 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي 2010، ج.ر.ج، العدد 49.
28. القانون الإجراءات الجبائية لسنة 2010
29. القانون رقم 11-11، المؤرخ في 18 يوليو سنة 2011، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج.ر.ج، العدد 40.
30. القانون رقم 13-09 المؤرخ في 23 يوليو 2013 معدل ومتمم بالقانون 04-08 المؤرخ 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة، ج.ر.ج، العدد 33، صادرة بتاريخ 31/07/2013.
31. القانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج، العدد 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016، معدل ومتمم
32. القانون 15-06، المؤرخ في 15 فبراير سنة 2015، المتعلق بالوقاية من تبييض الموال وتمويل الإرهاب، ج.ر.ج، العدد 8، الصادرة في 15/02/2015.
33. القانون رقم 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق لـ 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج، العدد 48، مؤرخة في 17 يوليو 2022.
34. قانون رقم 23-09 مؤرخ في 3 ذي الحجة عام 1444 الموافق 21 يونيو سنة 2023، يتضمن القانون النقدي والمصرفي، ج.ر.ج، العدد 43، صادرة 27 يونيو 2023 .
35. القانون رقم 23-01 المؤرخ في 17 رجب عام 1444هـ الموافق 7 فيفري 2023 يعدل ويتم القانون 05-01 المؤرخ في 6 فيفري 2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج.ر.ج، العدد 8، صادرة في 8 فيفري 2023.

2- النصوص التنظيمية

1. المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 29 صفر عام 1411هـ الموافق لـ 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج.ر.ج، العدد 40، صادرة في 15/09/1990 (الملغى)
2. المرسوم التنفيذي 96-93، المؤرخ في 03 مارس 1996، يتضمن إنشاء غرق التجارة والصناعة، ج.ر.ج، العدد 14، بتاريخ 06/03/1996.

3. المرسوم التنفيذي رقم 05-467 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005، يحدد شروط مراقبة ومطابقة المنتجات المستوردة عبر الحدود وكيفيات ذلك، ج.ر.ج، العدد 8، الصادرة في 2005/12/11.
 4. المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 3 أبريل 2006، المتعلق بالرهن القانوني لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، ج.ر.ج، العدد 21 الصادرة في 2006/04/05.
 5. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.
 6. المرسوم التنفيذي رقم 13-140 المؤرخ في 29 جمادى الأولى عام 1434 الموافق 10 أبريل سنة 2013، يحدد شروط ممارسة الأنشطة غير القارة، ج.ر.ج، العدد 21، الصادرة بتاريخ 2013/04/23.
 7. المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26 سبتمبر سنة 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع وضمان السلع حيز التنفيذ، ج.ر.ج، العدد 49، الصادرة في 2013/10/02.
 8. المرسوم التنفيذي رقم 15-153، مؤرخ في 28 شعبان عام 1436 الموافق 16 يونيو 2015، يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الكتابية من طريق القنوات البنكية المالية، ج.ر.ج، العدد 33 الصادرة 2015.
 9. المرسوم التنفيذي رقم 15-234 المؤرخ في 14 ذي القعدة عام 1436 هـ الموافق 29 غشت سنة 2015، يحدد شروط وكيفيات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري.
 10. المقرر رقم 20-01 المؤرخ في 01 أبريل 2020 المتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، العدد المؤرخ في 17 أوت 2020، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر.
- 3- الأنظمة والتعليمات:**
1. نظام رقم 91-09 مؤرخ في 04 أوت 1991، يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف والمؤسسات المالية، ج.ر.ج، العدد 24، صادر في 25/03/1992، المعدل والمتمم بموجب النظام رقم 95-04 المؤرخ في 20 أبريل 1995، ج.ر.ج، العدد 39، صادر في 23/07/1995.
 2. النظام 92-05 المؤرخ في 17 رمضان عام 1412 الموافق لـ 22 مارس 1992، المتعلق بالشروط الواجب توافرها في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيرها وممثليها.
 3. نظام بنك الجزائر رقم 95-07، المؤرخ في 23 ديسمبر سنة 1995، المعدل والمعوض للنظام رقم 92-04، المؤرخ في 22 مارس سنة 1992، والمتعلق بمراقبة الصرف، ج.ر.ج، العدد 11، (الملغى).

- 4.نظام رقم 97-02 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق ل 6 ابريل سنة 1997 يتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر.ج، ع73.
- 5.النظام رقم 06-02 المؤرخ في 01 رمضان عام 1427 الموافق 24 سبتمبر سنة 2006، يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسات المالية وشروط إقامة بفرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، ج.ر.ج، ع 77، الصادرة في 2006/12/02.
- 6.نظام البنك رقم 07-01، المؤرخ في 03 فبراير سنة 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر. العدد 31، المعدل والمتمم بنظام بنك الجزائر رقم 11-06، المؤرخ في 19 أكتوبر 2011، ج.ر. العدد 08، والمعدل بنظام بنك الجزائر رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس، 2016، ج.ر. العدد 17.
- 7.النظام رقم 11-08 المؤرخة في 11 شوال عام 1433هـ الموافق ل 29 غشت 2012 المتعلقة بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج.ر.ج، العدد رقم 47 المؤرخة في 2012/08/29.
- 8.النظام رقم 13-01 المؤرخ في 08 ابريل 2013، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية (الملغى).
- 9.النظام 18-02 المؤرخ في 26 صفر عام 1440 الموافق ل 4 نوفمبر سنة 2018 المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية(ملغى)، الصادر عن بنك الجزائر، على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar>
- 10.النظام رقم 20-02 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر.ج، العدد 16، الصادرة في 2020/03/15.
- 11.النظام رقم 24-01 المؤرخ في 25 رجب عام 1445 الموافق 6 فبراير سنة 2024، يحدد شروط الترخيص بتأسيس بنك ومؤسسة مالية واعتمادها، ج.ر.ج، ع 18، الصادرة في 2024/02/06.
- التعليمية رقم 11-07 المؤرخة المؤرخة في 23 ديسمبر 2007، والمحددة لشروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وإقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية. الصادرة عن بنك الجزائر، على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar>
- 12.التعليمية رقم 03-2020 المؤرخة في 02 أبريل 2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية. الصادرة عن بنك الجزائر، على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar>
- التعليمية رقم 05-2020 المؤرخة في 6 أبريل 2020، المتعلقة بالإجراءات الاستثنائية لتخفيف بعض الأحكام الاحترازية المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية. الصادرة عن بنك الجزائر، على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar>

4- القوانين المقارنة

1. قانون الالتزامات والعقود المغربي، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، صيغة محينه بتاريخ 18 فبراير 2016.
2. القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، بنك المغرب، بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1-14-193، بتاريخ الفاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، صيغة محينة بتاريخ 31 مارس 2022. على الرابط:
<https://www.bkam.ma/ar/content/download/757666/8545665/loi%20bancaire%20ar%2022%20V2%20web.pdf>
3. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته
4. قانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام "مجلة الالتزامات والعقود التونسية"، الرائد الرسمي، عدد 68، المؤرخ في 15 أوت 2005.
قانون رقم 43 لسنة 1976، المتضمن القانون المدني الأردني، ج.ر. الأردنية الهاشمية، العدد 2645، الصادرة في 1 آب 1976، معدل ومنقح حتى سنة 2021، على الرابط:
https://www.mol.gov.jo/ebv4.0/root_storage/ar/eb_list_page
5. قانون رقم 62 لسنة 1985 للبنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، الصادر بتاريخ 31 / 12 / 1985 على الرابط: <https://jordanianlaw.com>
6. قانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري، وفق لآخر تعديل صادرة في 13 أكتوبر 2021. على الرابط: <https://manshurat.org/node/72413>
7. قانون رقم 67 لسنة 2006 قانون حماية المستهلك المصري، ج.ر. المصرية، العدد 20 مكرر، صادرة في 20 مايو 2006.
8. قانون 80 لسنة 2002 المتعلق بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال المعدل بالقانون رقم 78 لسنة 2003، المعدل بالقانون رقم 181 لسنة 2008، ج.ر. لجمهورية مصر العربية، عدد 25 صادر بتاريخ 22 جوان 2008.

5-القرارات المحاكم والمجالس

1. قرار المحكمة العليا رقم 115182 الصادر في 1994/03/21 م ق، ع 02، 1994.
2. قرار المحكمة العليا- غرفة تجارية وبحرية- ملف رقم 75204، بتاريخ 1991/01/27، المجلة القضائية، عدد 03، 1992.
3. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1987/01/03، ملف القضية رقم 41272.
4. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1990/03/26، ملف رقم 56500، م.ق، 1992-3-112.
5. القرار رقم 172994، بتاريخ 1998/07/27، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002.

6. قرار رقم 3339، صادر في 12/11/1930 قانون الملكية العقارية اللبناني
7. القرار رقم 400293، المؤرخ 06/06/2007، قضية ملبنة المروج ضد شركة تكنوقادر ليميتد، الغرفة التجارية والبحرية، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2007.
8. قرار رقم 2/6/53 بشأن بيع التقسيط، مجمع الفقهاء الإسلامي، العدد 6.
9. قرار رقم 85/3/76 بشأن بيع العربون، مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد 8، ج 1.
10. قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1335/1965، هيئة خماسية، الصادرة بتاريخ 10/10/1965، مجلة نقابة المحامين.
11. قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 188/1968، هيئة خماسية، الصادرة بتاريخ 21/07/1968، مجلة نقابة المحامين، ص 617، نداء خالد على صبري، مرجع سبق ذكره، ص 83.
12. قرار محكمة العليا، رقم 213691 بتاريخ 16 فيفري 2000، المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.
13. قرار وزارة الصناعة والمناجم، المؤرخ في 23 مارس سنة 2015، يحدد دفاتر الشروط المتعلقة بشروك وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، ج.ر، العدد 16.
14. المحكمة العليا الجزائرية، غرفة مدني، 23/06/1993 ملف رقم 101365
15. المحكمة العليا، غرفة المدني، 26/03/1990، ملف رقم 56500
16. محكمة النقض المصرية، في 08/04/1948، مجموعة القواعد القانونية، ج 5، رقم 296.

II-المراجع اللغة العربية:

أولاً: الكتب

1-كتب الفقهاء الإسلامي

1. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ = 2005م.
2. ابن عابدين محمد أمين، رد المختار (المعروف بحاشية ابن عابدين)، ت.ح: عادل عبد الموجود، علي معوض، ط خاصة، مجلد 7، دار عالم الكتب، 1423-2003.
3. ابن منظور، لسان العرب، مجلد 1، دار صادر بيروت، لبنان.
4. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي القرشي المطليبي، الأم، ت.ح: حنان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، د.ط، د.ت.
5. أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل، ط 2، مجلد 5، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1317هـ.

6. أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير للرافعي، ت.ح: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت.
7. الأمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، اشراف: زهير الشاوش، ج3، المكتب الإسلامي، ط3، 1416هـ-1991.
8. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، المجلد 2، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1416هـ=1996م.
9. بهرام الدميري، الدرر في شرح المختصر-وهو الشرح الصغير على مختصر خليل في الفقهاء المالكي، تحقيق: حافظ بن عبد الرحمن خير، أحمد بن عبد الكريم نجيب، مجلد1، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، قطر، 1435هـ-2014م.
10. بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ضبط وتصحيح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج1، ط1، مركز نجويه للطباعة والنشر والدراسات، القاهرة، مصر، 1429هـ=2008م.
11. بو القاسم الحسين بن محمد (بالراغب الأصفهاني)، المفردات في غريب القرآن، ج1، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، 1416هـ=1996.
12. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ت.ح: سيد الشيخ محمد عlish، ج3، دار إحياء الكتب العربية، د.ت.
13. شيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على شرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، ضبط وتصحيح: محمد بعد السلام شاهين، رب المسالك إلى مذهب مالك، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ=1995م.
14. الشيرازي إبراهيم بن علي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ط1، ج2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1416-1995.
15. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ = 2003م.
16. محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د. ط، ج3، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د.ت.
17. محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ت.ح: عبد الرزاق غالب المهدي، ج6، ط1، دار الفكر، 1424هـ=2003م، ص459.
18. المقدسي شرف الدين بن أحمد، الإقناع لطالب الانتفاع، ت.ح: عبد الله بن المحسن التركي، ط2، الرياض، دار عالم الكتب، 1419-1999.
19. وهي زحلة، الفقهاء المالكي الميسر، مجلد1، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، 2002.

2- الكتب العلمية:

1. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، الطبعة التاسعة 2008.
2. أحمد سالم ملحم، بيع المربحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة تبين حقيقة المربحة بصورتها البسيطة والمركبة والممارسات النظرية والعلمية لبيع المربحة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2005.
3. أحمد شعبان محمد على، البنوك الإسلامية في مواجهة الأزمات المالية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
4. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام (العقد والإرادة المنفردة في الفقهاء وقضاء النقض المصري والفرنسي)، منشأة المعارف، مصر، سنة 2004 .
5. أسامة محمد الصلابي، اختيارات الحافظ ابن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات من كتابيه التمهيد والاستنكار وتطبيقات معاصرة، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1436 هـ-2011م.
6. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دار أقرأ، بيروت، لبنان، 1993.
7. إسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، 2018.
8. إسماعيل، عمر مصطفى، ضمانات الاستثمار في الفقهاء الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، دار النفائس، عمان، 1430هـ=2010م
9. أكرم محمد حسين التميمي، التنظيم القانوني للمهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010
10. إلياس ناصف، الكامل في قانون التجاري، عمليات المصارف، ج5، منشورات البحر المتوسط، (بيروت-باريس) ومنشورات عويدات (بيروت-باريس)، 1999.
11. أمين خالدي، النظام القانوني للاعتمادات المستندية (مدعم بالاجتهاد القضائي الجزائري)، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر.
12. أنطوان جورج سركيس، السرية المصرفية في ظل العولمة (دراسة مقارنة)، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
13. بدر الدين يونس، مدخل لدراسة قانون التامين، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، 2021.
14. بدرن، أحمد حامد، التمويل بالمربحة في المصارف الإسلامية، د.ط.. بنك الكويت الصناعي، الكويت، 2005.

15. البزايعة خالد رمزي، الاعتمادات المستندية من منظور إسلامي، ط1، دار النفائس، عمان، 1429هـ=2009م.
16. بكر ربحان، سلسلة صيغ التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية، بيع المربحة للأمر بالشراء، منشورات مصرف الجمهورية-رائد العمل المصرفي في ليبيا، ص49.
17. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2019.
18. بن تركي سليمان، بيع التقسيط وأحكامه، ط1، دار اشبيليا، الرياض، 1424هـ=2001م.
19. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام- نظرية العقد - القسم الثاني، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
20. حسام الدين موسى عفانة، بيع المربحة للأمر بالشراء، دراسة تطبيقية في ضوء تجربة شركة بيت المال الفلسطيني العربي، منشورات بيت المال الفلسطيني، ط1، مطبعة النور الحديثة، 1416هـ=1996م، القدس.
21. حلو أبو حلو، القانون التجاري الجزائري -الأعمال التجارية والتاجر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
22. حمد محمود المكاوي، الاستثمار في البنوك الإسلامية، د.ط، دار الفكر والقانون، مصر، 2011.
23. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، (عقد البيع)، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
24. خليل يوسف جندي الميراني، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الاعتداء على سرية الحسابات المصرفية، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، لبنان، 2013.
25. دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، عنابة، الجزائر.
26. رائد عبد الخالق عبد الله العبيدي، خالد أحمد فرحان المشهداني، إدارة المؤسسات المالية والمصرفية، د. ط، دار الأيام، عمان، الأردن، 2013.
27. ربيع محمود الروبي، بيع المربحة للواعد الملزم بالشراء والدور التنموي للمصارف الإسلامية، سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية (12)، جامعة أم القرى، 1411و=1991م.
28. رفيق يونس المصري، بحوث في فقه المعاملات المالية، ط2، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1430هـ = 2009م.
29. رفيق يونس المصري، بيع العربون، ط2، دار المكتبي، دمشق، 1430هـ=2009م.
30. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، في عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، د.ط، د.ت.

31. زكريا سرايش، الموجز في شرح قواعد البيع، (رؤية جديدة وجوانب عملية تخص توثيق العقد والسكن الترقوي)، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2017.
32. زكرياء الدوري، ياسير السمرائي، البنوك المركزية والسياسة النقدية، ط1، دار اليازدي العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.
33. زهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة المدنية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار الامل، الجزائر، 2001.
34. زيار الشاذلي، الآثار القانونية للوديعة المصرفية، ط1، دار الباحث للطباعة والنشر والتوزيع، برج بوعريج، الجزائر، 2023.
35. زينب سلامة، الشهر التجاري في القانون المصري المقارن - السجل التجاري وشهر الشركات التجارية، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 1987.
36. سامي حمود، تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية، ط2، مطبعة الشرق ومنتجاتها، عمان-الأردن، 1402هـ=1982.
37. سرمد كوكب الجميل، مقدمة في إدارة المؤسسات المالية، نظريات وتطبيقات، د.ط، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017.
38. سعد سعيد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
39. سلام الفتلاوي، ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع "دراسة مقارنة"، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008.
40. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة عقد البيع، ط4، عالم الكتاب، القاهرة، 1980.
41. سليمان ناصر، تطوير صيغ التمويل قصيرة الأجل للبنوك الإسلامية-مع دراسة تطبيقية حول مجموعة من البنوك الإسلامية، ط1، نشر جمعية التراث، القرارة، غرداية-الجزائر، 1423هـ=2002 م.
42. سماح المفتي محمد تقي عثمان، مقدمة في التمويل الإسلامي، ت.ع: عمر أحمد كشكار، ط1، دار الرواد للنشر، دمشق، سوريا، 1441هـ=2019م.
43. سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي القاهرة، مصر، 1987.
44. -----، الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1992.
45. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية-الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.
46. سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2012.
47. شاعر الفزويني، محاضرات في إقتصاد البنوك، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1992.

48. شروق للمحامات، العقود الإسلامية وأنواعها -مقاربة مع القوانين الوضعية في دولة قطر، 2021.
49. شوقي بورقبة، التمويل في البنوك التقليدية والإسلامية، ط1، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2013.
50. صادق راشد الشمري، أساسيات الاستثمار في المصارف الإسلامية، ط1، دار البارودي العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
51. صفوت ناجي بهنساوي، القانون التجاري، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
52. صهيب عبد الله البشير الشخانية، الضمانات العينية الرهن ومدى مشروعيتها في بيع المراجعة، دار النفائس، عمان، الأردن، 2008.
53. طلال بن سليمان بن إبراهيم الدوسري، عقود التحوط من مخاطر تذبذب أسعار العملات، جامعة الملك عبد العزيز مركز النشر العلمي، السعودية، 2013.
54. عادل عبد الفضيل عيد، البيع بالتقسيط في الإقتصاد الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
55. عبد الحميد محمود البعلي، فقه المراجعة في التطبيق الاقتصادي المعاصر، مكتبة السلام العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.ت.
56. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام (العقد- العمل غير مشروع- الإثراء بلا سبب- القانون)، ج1، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت.
57. -----، مصادر الحق في الفقهاء الإسلامي-دراسة مقارنة بالفقهاء الغربي، ج4، نظرية السبب ونظرية البطلان، سنة 1957.
58. -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الملكية، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
59. -----، الوسيط في القانون المدني الجديد العقود الواردة في الملكة، ج5، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
60. -----، الوسيط في القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية، ج10، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1970.
61. عبد الستار أبو غدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، مجموعة البركة المصرفية، البحرين، 2005.
62. عبد العزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية التجربة وتحديات العولمة، ط1، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2011.

63. عبد العظيم أبوزيد، بيع المربحة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1425هـ=2004م.
64. عبد الله محمد العمراني، العقود المالية المركبة - دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، دار كنوز اشبيليا للنش والتوزيع، ط1 و2، 2010.
65. عبد الله محمد نوري الديرشوي، صيغ التمويل الزراعي في التشريع الإسلامي وإمكانات تطبيقها، ط1، دار النوادر، 1431هـ=2010م، دمشق، سوريا.
66. عبد الله محمود الحلو، الجهود الدولية العربية لمكافحة جريمة تبييض أموال (دراسة مقارنة)، منشورات حلي الحقوقية، د.ط، بيروت، 2007.
67. عبد الله نقد الله احميدى، كتيب المربحة، ط2، د.ت.
68. عز الدين بنستي، الشركات التجارية في التشريع المغربي والمقارن، ج 1، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1998.
69. عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمربحة، ط1، مجموعة داله البركة، 1419هـ/1998.
70. عصام حنفى محمود، القانون التجاري، الجزء الأول - الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري - شركات الأشخاص، كلية الحقوق - جامعة بنها، مصر، د.ت.
71. عطية السيد فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المربحة، ط1، دار النشر للجامعات، مصر، 1419هـ=1999.
72. علاء فرحان طالب، حيدر بوسن الموسوي، محمد فائز حسن، إدارة المؤسسات المالية، د.ط، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
73. علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، ط7، دار القرآن، مصر، 1429هـ=2008م.
74. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة في القضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، 1993.
75. علي جمعة محمد، محمد أحمد السراج، أحمد جابر بدران، موسوعة فتاوي المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، القسم الأول: صيغ الاستثمار، المجلد الأول: المربحة (ج1-ج2)، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، 1430هـ=2009م.
76. على علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
77. علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، ط2، موف للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
78. -----، العقود الخاصة - البيع، موف للنشر السداسي الثاني، 2018.
79. علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

80. عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية-التاجر-الشركات التجارية، دار المعرفة، 2000.
81. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، مصر، 2004.
82. عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
83. غانم عبد الجبار الصفار زينة، الأسرار المصرفية، دراسة قانونية مقارنة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.
84. فرحة الزاوي صالح، الكامل في القانون التجاري-الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي-الأنشطة التجارية المنظمة-السجل التجاري، ط2، نشر وتوزيع ابن خلدون، 2003.
85. فريد راغب النجار، إدارة الائتمان المصرفي، مؤسسة شباب الجامعة، 2000.
86. فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، نظرية التاجر والنشاط التجاري، ط2، دار الأفاق العربية للنشر والتوزيع، 2012.
87. فياض عبد المنعم حسنين، بيع المربحة في المصارف الإسلامية، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1417هـ=1996م.
88. قاسم نور الدين، القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعات التقليدية والحرف، دراسة مقارنة، منشورات بغداد، الجزائر، 2009.
89. كاوي محمد، البنوك الإسلامية، النشأة - التمويل - التطوير، ط1، المكتبة العصرية، مصر، 2009.
90. لبنى عمر مسقاوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
91. محمد الفروجي، التاجر وقانون التجارة الغربي، دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المدني والاجتهاد القضائي، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1999.
92. محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري، ط1، دار الفجر للنشر، مصر، سنة 2005.
93. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، باللغة العربية المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.
94. -----، القانون المدني العقود المسماة: البيع-التأمين-الضمان-الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
95. -----، محاضرات عقد التأمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

96. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1990.
97. محمد حسين منصور، الشرط الصريح، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
98. محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية - الكفالة والحوالة والرهن والأمانات والهبة والغصب والحجر والاكراه والشفعة، المجلد 2، مطبعة الترقى بدمشق، سنة 1346هـ = 1928م.
99. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
100. -----، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للتزامات مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة - دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط منقحة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2021.
101. محمد عبد الغفار البسيوني، تامر يوسف سغفان، محمد عبد الرحمن الصالحي، القانون التجاري دراسة موجزة في الأعمال التجارية والتاجر - الأوراق التجارية - الشركات التجارية، الجامعة العالمية أكاديمية الدراسات المتخصصة، 2009.
102. محمد فريد العريني، جلال وفاء محمدين، القانون التجاري الأعمال التجارية - التجار - المحل التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009.
103. محمود سمير الشرقاوي، الإلتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
104. محمود علي السرطاوي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ط1، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، الأردن، 1436هـ = 2015م.
105. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة - عقد الكفالة، ط3، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1994.
106. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دار القلم، دمشق، 1425هـ = 2004م.
107. -----، العقود المسماة في الفقهاء الإسلامي - عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، سوريا، 1433هـ = 2012م.
108. مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
109. معراج جديدي، مدخل لدراسة نظام التأمين الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
110. -----، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، 2008.

111. معزوز دليلة، محاضرات في مقياس التأمينات العينية والشخصية-الرهن الرسمي، الكفالة، مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2020-2021.
112. ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
113. مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج6، من المواد 372 إلى 503، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2007.
114. نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
115. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
116. نعيم مغبغب، السرية المصرفية، دراسة في القانون المقارن بلجيكا، فرنسا، لكسمبورغ، سويسرا ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1996.
117. -----، مبدا عدم مسؤولية المصرف موزع الاعتمادات واستثناءاته، دراسة في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
118. -----، نظريات في القوانين المصرفية والإدارية والمدنية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
119. هناء محمد هناء محمد هلال الحنيطي، ساري سليمان محمد ملاحيم، تسعير المربحة في المصارف الإسلامية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1437هـ=2016م.
120. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، الاستثناءات الواردة عليها بين الفقهاء الإسلاميين والقانون المدني، دار الجديدة للنشر، مصر 2009.
121. وهبة الزحيلي، فقه الإسلام وأدلته، النظرية الفقهية والعقود، ج4، ط3، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1409هـ/1989م.
122. ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقهاء الإسلاميين والقانون المدني، دار الجامعة الجديد، مصر، 2008.
123. يخلف نسيم، أحكام البيع والشراء في التشريع الجزائري-وفق آخر التشريعات المتعلقة بقانون التجارة الإلكترونية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1441هـ=2019م.
124. يمينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، 2021.
125. -----، الأحكام العامة للعقد، تكوين وتنفيذ، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2023.

126. يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية، ط3، مكتبة وهبة، القاهرة، 1415هـ-1995م.

127. يوسف حسن يوسف، البنوك المركزية ودورها في الاقتصاديات الدول، ط1، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1-رسائل الدكتوراه:

1.أمازن لطيفة، إلزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جزائر، 2011.

2.آيت وازو زانية، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في ظل القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري -تيزي وزو، الجزائر، سبتمبر 2012.

3.بطاهر علي، اصلاحات النظام المصرفي الجزائري واثارها على تعبئة المدخرات وتمويل التنمية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية، فرع: تحليل اقتصادي كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2005-2006.

4.بنت الخوخ مريم، دور الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020-2021.

5.جليلة معصور، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2016.

6.جميلة بلعيد، الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية، 2018-2017.

7.دموش حكيمة، مسؤولية البنك بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، 2017.

8.زرواق عائشة، حماية زبائن البنك في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائري، 2019.

9.سعدية العيد، المسؤولية الجزائرية للبنك عن جريمة تبييض الأموال، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، 2016 .

10. سلسبيل بن سماعيل، المسؤولية الجزائرية للمؤسسات المالية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، تخصص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة غرداية، 2020-2021.
11. سليمان ناصر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، قسم علوم التسيير، جامعة الجزائر، سنة 2004-2005.
12. الشريف أحمد، عقد توريد-دراسة في القانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
13. شريقي جعفر، دور صيغ التمويل الإسلامي في تحفيز النمو الاقتصادي -دراسة مقارنة (الجزائر ماليزيا) للفترة (2000-2018)، أطروحة دكتوراه مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الاقتصادية، تخصص: مالية وبنوك، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2021-2022.
14. ضويفي محمد، المركز القانوني للبنك المركزي، أطروحة دكتوراه حقوق، القسم الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
15. قريمس عبد الحق، المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري - قسنطينة، 2010-2011.
16. معزوز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، 2014.
17. يوسف بن عبد الله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقهاء الإسلاميين، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقهاء المقارن، 1463هـ=2002م.

2-مذكرات الماجستير:

1. بلجودي أحلام، النظام القانوني لعقد القرض البنكي في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006.
2. بن تاسة محمد، عقد المراجعة في الفقهاء الإسلاميين وإشكالاته في البنوك الإسلامية، ماجستير في العلوم الإنسانية، تخصص أصل الفقه، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1، 2011-2012.

3. بن شيخ هشام، **الاعتماد الإيجاري العقاري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، جوان 2006.
4. حمزة عبد الكريم حماد، **الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية**، ملخص رسالة ماجستير في الفقهاء وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن، 2004.
5. حمو حسينة، **انحلال العقد عن طريق الفسخ**، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/12/20.
6. زقاري آمال، **عقد المشاركة في المصارف الإسلامية**، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2010-2011.
7. زهراء خليل إبراهيم، **عقد الكفالة وأثره على الغير**، بحث لنيل شهادة البكالوريوس في القانون، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، مصر، 2017.
8. عيسى بخت، **طبيعة عقد الإيجار التمويلي وحدوده القانونية- دراسة مقارنة**، مذكرة مقدمة لنيل ماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2010-2011.
9. سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، **عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري**، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2006.
10. سميرة زوية، **الحماية العقدية للمستهلك**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.
11. علاوه هوام، **الرهن الحيازي في الفقهاء الإسلامي والقانون المدني الجزائري**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2007-2008.
12. نزيوي خير الدين، **ضوابط الحيل وتطبيقاتها على صيغ التمويل- عقد المرابحة للأمر بالشراء والإيجار المنتهي بالتمليك لدى بنك البركة**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم الشريعة، تخصص فقه مقارن، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الخروب، الجزائر، 2010-2011.

ثالثا: المجلات والمؤتمرات والدوريات

1. إبراهيم أسامة حسن، حسن مجد الرفاعي، **أثر تداعيات جائحة كوفيد 19 في التزامات المدين المالية: عقد المرابحة للأمر بالشراء في بنك دبي الإسلامي نموذجا**، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 13، العدد 3، (السداسي الثاني 2021م).

2. إبراهيم فاضل الدبو، **المربحة للأمر بالشراء دراسة مقارنة**، مجلة مجتمع الفقهاء الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثاني، 1409هـ=1988م.
3. أحمد بن جابر بن يحيى مدبش، **صيغ التمويل بالمربحة ومخاطرها**، مجلة العلوم التربوية والإنسانية، العدد 29، نوفمبر 2023.
4. أحمد محمد لطفي أحمد، **الحكم الشرعي للمربحة كما تجريها المصارف الإسلامية (دراسة مقارنة)**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 55، إبريل 2014.
5. أحمد موازي، **تمويل المربحة في البنوك التشاركية**، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، العدد 4، 2019.
6. أسامة عبد الله قايد، **المسؤولية الجنائية للبنك على إفشاء سر المهنة**، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 4، العراق، 2003.
7. أسامع سفيان، **عبدات عبد الوهاب، واقع بيع المربحة للأمر بالشراء وتطبيقاتها في الجزائر بنك البركة الجزائري نموذجا**، مجلة الإقتصاد الجديدة، المجلد 12، العدد 4 (2021).
8. أكرم علي محمد يوسف، **تطور صيغة المربحة بالتطبيق على بعض المصارف السودانية**، مجلة جامعة شندي، العدد الثامن، يناير 2010.
9. أحمد سعد الدين، **كيفية القيد في السجل التجاري على ضوء أحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-111**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 53، العدد 3، 2016.
10. بكوش فؤاد وجدي، **صيغة المربحة بين الفقهاء والقانون**، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، العدد 6، 2020.
11. بلقاسم سليم، **عمليات الصيرفة الإسلامية في الجزائر على ضوء نظام بنك الجزائر رقم 20-02**، مجلة نور للدراسات الاقتصادية، مجلد 06، العدد 10، جوان 2020، ص 89.
- بن حملة سامي، **صيغ التمويل المصرفي لدى البنوك الإسلامية - عقد المربحة نموذجا**، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 2، العدد 3، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة، الجزائر، 2013.
12. بن مالك إسحاق، **قده حبيبة، المربحة كصيغة من صيغ التمويل في البنوك الإسلامية**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 15، العدد 01 (2023).
13. بنون خير الدين، **تهتان موارد، البنوك الإسلامية بين حتمية مخاطر المضاربة والمشاركة في النظرية ومنطق ضمان المربحة في التطبيق - دراسة تحليلية تقويمية الإشارة لحالة بنك البركة الجزائري - المجلة الجزائرية للإقتصاد والمالية**، العدد 08، سبتمبر 2017.

14. بوطالب هاجر، تمييز الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، عما يشته به من أنظمة قانونية وفقا للقانونين الفرنسي والجزائري وفي اتفاقية فيينا 11/04/1980، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 9، العدد 2، سبتمبر 2014.
15. جلييلة مصعور، منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار: القرض المتعثر نموذجا، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 16، العدد 01، العدد التسلسلي 33، مارس 2024 (صص 85-98) جامعة محمد خيضر، بسكرة.
16. جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مجلة الأمة، العدد 56، قطر، شعبان 1405هـ=ماي 1985.
17. حدرباش لمياء، المراجعة للأمر بالشراء في إطار النظام 20-02 والتعليمات 2020-03، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مج 7، ع 1، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي-الأغواط، 2023.
18. حسام الدين موسى عفانة، بيع المراجعة المركبة كما تجرّيه المصارف الإسلامية في فلسطين، مؤتمر المصارف الإسلامية في القرن الواحد والعشرين تحديات آمال معاملات المصارف الإسلامية وضبط وتأهيل، جامعة الخليل فلسطين، 2009.
19. حسية سميرة، لجنة كرميش، أهمية الرقابة الشرعية في ضبط المعاملات البنكية-المراجعة للأمر بالشراء ببنك البركة أنموذجا، ورقة بحثية مقدمة بغرض المشاركة في الملتقى الاقتصادي الدولي الأول حول: "الفائدة الربوية من الأزمات إلى الحلول المالية الإسلامية"، من تنظيم: المدرسة العليا للمحاسبة والمالية بقسنطينة، الجزائر، يومي 10 و11 أكتوبر 2022.
20. حلموس الأمين، كزيز نسرين، بيع المراجعة للأمر بالشراء دراسة في: (المفهوم، الإجراءات، الضوابط الشرعية)، مجلة الامتياز لبحوث الإقتصاد والإدارة، المجلد 01، العدد 01، جامعة عمر ثلجي الأغواط-الجزائر، جوان، 2017، ص 110.
21. حمزة عادل، إفشاء السر المهني البنكي في التشريع الجزائري (بين التجريم والإباحة)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 13، جامعة العربي التبسي، تبسة-الجزائر، جويلية 2018.
22. رفيق يونس المصري، بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، بحث منشور، مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد 5، ج 2، الكويت، 1409هـ=1988م.
23. رفيق المصري، بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجرّبه المصارف الإسلامية، مجلة الأمة، العدد 61، قطر، محرم 1406هـ=أكتوبر 1985.
24. سامر مظهر قنطقجي، الفروق الجوهرية بين المراجعة والقروض الربوية، مجلة الأحياء، المجلد 12 العدد 1، جامعة الحاج لخضر - باتنة 1، الجزائر، 2010.

25. سامي حسن محمود، **بيع المربحة للآمر بالشراء**، مجلة مجتمع الفقهاء الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة، العدد 5، ج2، الكويت، 1409هـ=1988م.
26. سعاد سطحي، **بيع المربحة للآمر بالشراء (دراسة فقهية مدعمة بقرارات مجمع الفقهاء الإسلامي)**، مجلة المعيار، العدد 14، 2007.
27. سعاد سطحي، **عقد التأمين (التعريف-النشأة - الأهداف-العناصر-الخصائص)**، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم والإسلامية، العدد 23، ربيع الثاني 1428/ماي 2007.
28. سعدي زهية، **الحماية الخاصة بالمتعاقدين في البيع بالتقسيط**، مجلة بحوث، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 10، 2015.
29. سمير شيهاني، **ضريفي الصادق، اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثرهما على العلاقة التعاقدية**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد2.
30. سميرة مشراوي، **دور هيئة الرقابة الشرعية في ضبط المعاملات المالية الإسلامية-المربحة للآمر بالشراء ببنك البركة نموذجا**، مجلة المستقبل للدراسات الاقتصادية المعمقة، المجلد رقم 02، العدد 04، ديسمبر 2019.
31. شخار نعيمة، **مخاطر المربحة في البنوك الإسلامية- دراسة حالة بنك البركة الجزائري**، مجلة "الأبحاث الاقتصادية" جامعة البليدة 2، العدد 9 (2013).
32. شريفة ولد الشيخ، **الطرق البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، مجلد 7، العدد2، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو، 2006.
33. شيخ محمد زكرياء، **شروط الالتحاق بالمهنة المصرفية في التشريع الجزائري**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد07، العدد 01، جوان 2022.
34. طيب عائشة، **فكري أمال، دور الرهن القانوني في تأمين القرض البنكي**، مؤلف جماعي، الرهون المتعلقة بالعقارات المبنية ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية -الإشكالات والضمانات، منشوران مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، نوفمبر 2020.
35. عامر يوسف العتوم، **عبد الحق العيفة، تقييم شرعي لصيغة المربحة للآمر بالشراء كما يجريها بنك الركة الجزائري**، المجلة الجزائرية للدراسات المالية والمصرفية، العدد 2017/03.
36. عبد الحق حميش، **تفعيل دور هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية**، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 4، العدد1، محرم 1428هـ، فبراير 2007م.
37. عبد الرحمان قاري، **الإطار القانوني لعقد المربحة**، مجلة المعارف، المجلد 17، العدد1 (جوان 2022).

38. عبد الكريم الزور، افاق المربحة بهامش ربح متغير في البنوك التشاركية بالمغرب - الشرعية والضوابط، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، العدد 4، 2019.
39. عبد الله عطية، مفاهيم الرقابة والتدقيق والمراجعة والامتثال الشرعي بين النظرية والتطبيق، مداخلة قدمت ضمن فعاليات المؤتمر السادس للتدقيق الشرعي المنظم من قبل هيئة شورى للاستثمارات الشرعية بإسطنبول بتاريخ 2016/04/07.
40. عربي باي يزيد، المسؤولية المدنية للبنك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، نوفمبر 2018.
41. عزوز أحمد، واقع إلتزام المصارف الإسلامية بمتطلبات معيار المربحة للأمر بالشراء الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معارف مجلة علمية محكمة، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة بويرة-الجزائر، السنة العاشرة، العدد 20 (جوان 2016).
42. على كاظم الرفيعي، اعتدال عبد الباقي يوسف، ماهية بيع المربحة المصرفية، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة البصرة كلية الإدارة والاقتصاد، العدد 23، المجلد السادس، كانون الثاني، 2009.
43. عمر محمد عبد الحليم، مرابحات السلع الدولية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر للمؤسسات المالية الإسلامية.
44. عمر يوسف عابنه، هامش الجدية وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد 5، العدد 6، 2021.
45. عمر عمور، العقود المركبة: حقيقة قانونية فرضها الواقع الاقتصادي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 4، ع 2، 2018، ص 173-174.
46. غادة على العمروسي، صور التعامل البنكي بنظام المربحة من منظور الفقهاء الإسلامي، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 8، العدد 31.
47. غردة عبد الواحد، أثر التمويل بصيغة المربحة على تنمية القطاع الزراعي بين الواقع والمأمول - بعض المصارف الإسلامية أنموذجاً-مجلة رؤية اقتصادية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، المجلد 10، العدد 01، أوت 2020.
48. فاطمة الزهراء بوقطة، سلطة البنك في إنهاء عقد القرض، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية المجلد 59، العدد 4، سنة 2022.
49. فارس مسدور، الرقابة المصرفية بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية، ندوة علمية دولية حول: "الخدمات المالية وإدارة المخاطر في المصارف الإسلامية"، بجامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر أيام من 18 إلى 20 أفريل، 2010.

50. فاضلي لزهري، "دور البنوك والمؤسسات المالية في التنسيق مع الخبراء القضائيين في المنازعات البنكية"، ملتقى إداري بمجلس قضاء سطيف حول الخبرة القضائية في المجال البنكي، يوم 2022/09/26.
51. فتيحة يوسف المولود عماري، الآثار القانونية لعدم القيد في السجل التجاري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج41، العدد2، 2004.
52. فضل عبد الكريم محمد، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز معهد الإقتصاد الاسلامي، تاريخ النشر 2008/6/4، السعودية.
53. الفضلي جعفر محمد جواد، ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، مجلة دار المنظومة، العدد 21، العراق، 1990.
54. قاشي علال، جوانب قانونية من منظور التأمين ووظائفه، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 3، العدد1.
55. قموح مولود، المراجعة وتطبيقها في الجزائر، مجلة العلوم والإنسانية، المجلد 33، عدد 2 جوان 2022.
56. قونان كهينة، الإلتزام بمطابقة المبيع على ضوء القانون المدني الجزائري، كتاب جماعي حول النظام القانوني لحماية المستهلك في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مخبر القانون والتنمية المحلية، جامعة أدرار، الجزائر، سبتمبر 2020.
57. كمال لدرع، الصيرفة الإسلامية: أهميتها والحاجة إليها وآفاق تطبيقها في الجزائر، كتاب جماعي محكم: المالية الإسلامية في الجزائر-بين الواقع والمأمول، مخبر الدراسات الاقتصادية والمالية الإسلامية كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، الجزائر.
58. محمد الشريف بن عوالي، العقود المالية المركبة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 10، العدد1، جمادي الثاني 1443هـ=جانفي 2020م.
59. محمد حداد، إجراءات إبرام عقد المراجعة للأمر بالشراء دراسة قانونية وشرعية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 08، العدد 02(2023)، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، تاريخ نشر 2023/06/03.
60. محمد سليمان الأشقر، بيع المراجعة كما تجرّيه البنوك الإسلامية، دراسة شرعية قدمت إلى المؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية المنعقد في الكويت (21-23/مارس 1983)، بحث منشور في كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد1، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1418هـ=1998م.
61. محمد عبد الحليم عمر، التفاصيل العملية لعقد المراجعة في النظام المصرفي الإسلامي، بحث منشور، مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد 5، ج2، الكويت، 1409هـ=1988م.

62. محمد عبد الكريم، محمد المومني، الانحرافات التطبيقية في عقد المراجعة في المصارف الإسلامية، مجلة المعارف، جامعة البويرة-الجزائر، العدد 19، ديسمبر 2015.
63. محمد عبد المالك محسن المحبشي، النظام القانوني لبيع المراجعة المركبة (بيع المراجعة للأمر بالشراء) في القانون اليمني، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية- دورية علمية محكمة.
64. محمد عبده عمر، بيع المراجعة في الاصطلاح الشرعي وآراء الفقهاء المتقدمين فيه، مجلة مجتمع الفقهاء الاسلامي الدولي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثاني، 1409هـ=1988م.
65. مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة في الفقهاء الإسلامي- عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، سوريا، 1433هـ=2012م.
66. معزوز دليلة، الإلتزام بالمطابقة في مجال الصناعة الغذائية"، معارف، المجلد9، عدد 17، 2014.
67. ملكية حجاج، جريمة افشاء الأسرار المهنية "قراءة تحليلية للمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 14، العدد 03 (2021).
68. نبيل بن عرفة، ربح المراجعة: الشفافية ماليا لرفع الجهالة شرعيا، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد 17، السادسي الثاني، 2017.
69. نجاة بوساحة، الرهن القانوني المؤسس للبنوك والمؤسسات المالية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد13، جوان 2016.
70. نجاح ميدني، الطاهر قانة، توظيف الأموال في البنوك الإسلامية (المراجعة للأمر بالشراء أنموذجا)، مجلة الإقتصاد الصناعي، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر-الجزائر، العدد11، دسمبر 2016.
71. نجيم اهتوت، بيع المراجعة كصيغة تمويلية جديدة في العمل البنكي، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، العدد 4، 2019.
72. صفاء شكور عباس، التنظيم القانونية للعقد المركب في القانون المدني، مجلة الدراسات المستدامة، مج2، ع1، 2020.
73. الهام المواس، المحتوى القانوني لعقد المراجعة وفق مبادئ المالية الإسلامية، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، العدد4، 2019.
74. الواثق عطا المنان محمد أحمد، عقد المراجعة -ضوابطه الشرعية- صياغته المصرفية وانحرافاته التطبيقية، المؤتمر العالمي الثالث للإقتصاد الاسلامي، جامعة أم القرى.
75. وهيه ختري، نورة بوعلاقة، فيروز زروخي، أثر تطبيق الصيرفة الإسلامية في العالم العربي، المجلة المغربية للإقتصاد والمناجمنت، المجلد 07، العدد 02، سبتمبر 2020.
76. يحي الشريف نصير، مزغيش عبير، دراسة في أحكام عقد المراجعة على ضوء النظام20-02 والتعليمية 2020-03، مجلة الفكر، المجلد 17، العدد 01(2022).

77. يلول خديجة، ضمانات التمويل بالمرابحة العقارية في إطار البنوك التشاركية، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، العدد 4، 2019.

78. يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، يوليو 2010.

رابعاً: المعايير والبيانات

1. أبوظي، بيان صادر من مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي، قرار بتاريخ 1/3/2020.
2. المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، المنامة، البحرين، 1431هـ=2010م،
3. المعيار الشرعي رقم (39) - الرهن وتطبيقاته المعاصرة، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية (أيوفي)، المنامة، البحرين، 1431هـ=2010م،
4. المعيار الشرعي رقم (8) المرابحة للأمر بالشراء، المعايير الشرعية، (أيوفي) (أيوفي)، المنامة، البحرين، 1431هـ=2010م،
5. معيار المحاسبة المالية رقم (28) المرابحة والبيع الآجلة الأخرى، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (للأيوفي)، يومي 2-4 محرم 1439، الموافق لـ 22-23 سبتمبر 2018، مكتب أيوفي، البحرين.

خامساً: المواقع

1. أحمد شوقي سليمان، المخاطر المحيطة بصيغة المرابحة والمرابحة للأمر بالشراء وكيفية الحد منها، منشور على موقع: كنانة أونلاين: على الرابط:
<https://kenanaonline.com/users/ahmed0shawky/posts/712782>,
2. محمد عبد الغفار الشريف، الرقابة الشرعية على المصارف والشركات المالية الإسلامية، بحث منشور على موقع موسوعة الإقتصاد والتمويل الإسلامي، على الرابط: <https://iefpedia.com/arab>
3. شوقي أحمد دنيا، المصارف الإسلامية إلى أين؟؟ وقفه مع المرابحة، ندوة بدائل البيع بالسعر المتغير، المجمع الفقهي .رابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة 1437هـ، ص7، على الرابط:
<https://themwl.org/ar/taxonomy/term/178>
4. بنك البلاد، ضوابط عقد المرابحة، قرار الهيئة الشرعية رقم 15، موقع بنك البلاد: على الموقع:
<https://www.bankalbilad.com/ar/about/sharia/Pages/decisions.aspx>,
5. البيان الإعلامي الصادر عن هيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، على موقع: <http://www.autorite-hci.dz/>
6. موقع : مجمع الفقهاء الإسلامي الدولي، قرار بشأن آثار جائحة كورونا على أحكام المعاملات والعقود والالتزامات المالية على الرابط: <https://iifa-aifi.org/ar/44186.html> date h

- 7.الموقع الإلكتروني الرسمي للأمانة العامة للحكومة على الرابط: www.Joradp.dz
- 8.موقع الالكتروني: موضوع كوم: على الرابط: <https://mawdoo3.com>
- 9.موقع بنك البركة الجزائري، على الرابط <https://www.albaraka-bank.dz>
- 10.موقع بنك الجزائر على الرابط: <https://www.bank-of-algeria.dz/ar>
- 11.موقع جريدة الشروق: مقال بتاريخ 2022/02/06 على الرابط <https://www.echoroukonline.com>
- 12.موقع مصرف السلام: على الرابط <https://www.alsalamalgeria.com/ar/page/list-10-0-186.html>
- 13.موقع وزارة المالية: <https://www.mf.gov.dz/index.php/ar/annuaire-des-sites-2/486-institutions-financieres-specialisees>,
- 14.موقع وكالة الأبناء الجزائرية على الرابط : <https://www.aps.dz/ar/economie/103144-19>
- 15.موقع: الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية على الرابط: <http://www.autorite-hci.dz/>
- 16.موقع: أيوفي على الرابط: <https://aaofi.com>

III-المراجع باللغة الفرنسية

1-Lois

- 1.-code civil français, Dernière modification 2023.
- 2.Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, Journal officiel de la République française. Lois et décrets n° 0171 du 27/07/1993.

2-Livres

- 1.Alain Couret et Jean Jacques Barbieri, Droit commercial, 13ème édition Dalloz Sirey, Paris, 1996.
- 2.Banque Nationale d'Algérie, les crédits documentaires-import, (Guide utilisateur), Janvier, 2007.
- 3.Betty Laborrier, *conditions d'exercice de l'activité commercial*, obligations d'immatriculations, comptes bancaires et fiscales, Juris classeur, édition 2002.
- 4.Calais Jean Auloy et Steinmetz Frank, *Droit de la consommation* 7ème, Éditeur Dalloz Paris, 2006.
- 5.Charles Demolombe, *Traité de la distinction des biens, de la propriété de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Auguste Durand 4ème édition, Paris.
- 6.COLLAR DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 3ème Ed, Paris, 1996.
- 7.ENCINAS DEMUNAGORRI Rafael, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, L.G.D.J, Paris.
- 8.Georges Ripert, René Roblot , *Traité de Droit commercial* , Tome 1 , 16ème édition , Librairie générale de Droit et de Jurisprudence , E.G.A Paris 1996.
- 9.Ghestin J. *L'obligation pré- contractuelle de renseignements*, LGDJ.

10. Henry Terrel et Henry Le Jeune, *Traité Des Opérations commerciales des Banque*, 5^{ème} éd.
11. Jérôme Lasserre Capdeville, *le Secret Bancaire, étude de droit Comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, Tome 1&2, P.U.A.M, 2006.
12. Jourdain P, *le devoir de se renseigner*, D 1983, chron.
13. LETOURNEAU PH., CADIET L., *La responsabilité civile et professionnelle*, Economica, Paris, 1995.
14. -PLANIOL et RIPERT, *Traite pratique de droit civil francais*, t.2, 1932, no.1252.
15. Roger Houin et René Rodiere, *Droit commercial*, 7^{ème} édition, Dalloz Sirey, Paris 1980.
16. SAFA Joceligne, *Devoir de vigilance du banquier*, éditions SADER, Paris, 1996.
17. Said Ali Boukrami, *La finance Internationale*, Alger, OPU, sd, 2^{ème} édition.
18. SAMAHA Dany, *Le secret bancaire au Liban en France et en Suisse*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 2001.
19. Yves Picod, Hélène Davo, *Droit de la consommation*, éd Armand Colin, Dalloz 2005.
20. Yves Rechard, *droit commercial, actes de commerce, commerçant, fonds de commerce*, 5^{ème} édition, Librairie de la cour de cassation, Paris 1998.
21. ZENNER A, "Responsabilité du donneur de crédit", *Revue de la banque Belge*, 1974.

3-Thèses et Mémoire

1. LORVELLEC Louis, *L'essai dans les contrats*, thèse pour le doctorat, faculté des sciences juridiques, université de Rennes, 1972, PUIG Pascal.

4-Journal et revues:

1. Gamaleu Kameni Christian, *le secret professionnel du banquier réaffirmé à propos de l'arrêt Cass 5 février 2013*, *Revue juridique de l'ouest*, 2013.
2. BASOUIH Mouna, NMER Rabiha, MIMOUNI Yacine, *Murabaha Risk Management in Islamic Finance*, *Journal of Economic Growth and Entrepreneurship*, Vol. 4, No. 1, 19-30(2020).

5-Site web:

1. Aurélien Bamdé, *L'obligation d'information qui pèse sur les futurs contractants est expressément formulée à l'article 1112-1 du Code civil*. Site web: <https://aurelienbamde.com/2017/01/11/lobligation-precontractuelle-dinformation-art-1112-1-c>

الملاحق

الملاحق

ملاحق مصرف السلام:

الملحق رقم 01



وحد بالهراء (صيغة الراجحة)

وعد بالشراء رقم :/.....

نحن السيد/الشركة _____ والكائن مقره(ها) الاجتماعي بـ _____ والممثلة من قبل مسيرها القانوني. (الواعد).

ج - نرخص للمصرف أن يخصم هذه المبالغ، مما يكون لنا من حسابات مفتوحة باسمنا سواء كانت بالدنار أو العملة الأجنبية، ونفوضه في صرف العملة الأجنبية بسعر يوم الخصم.

الضمانات:

نلتزم بتقديم ضمانات كافية للمصرف تضمن له استيفاء حقوقه في حال تخلفنا عن سداد الأقساط في مواعيدها وهذه الضمانات هي:

- أ-
ب-

المصاريف والالتزامات:

تتحمل كافة المصروفات المترتبة على انتقال ملكية البضاعة من المصرف إلينا بالإضافة إلى مصروفات التسليم وغيرها من مصاريف يتحملها المصرف في سبيل ذلك.

نلتزم بإخطار المصرف فوراً في حالة تركنا عملنا، وفي حالة حصولنا على عمل لدى جهة أخرى فنلتزم بتحويل الراتب للمصرف تحويلاً غير قابل للإلغاء.

أحكام عامة:

أ - نتعهد بإشعار المصرف خطياً بدون أي تأخير عن كل تغيير يطرأ على عنواننا ووضعنا القانوني أو المالي أو الإداري.

ب- كل ما لم ينص عليه صراحة في هذا الوعد يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والنظام الأساسي لمصرف السلام - الجزائر.

حضرة المدير العام لمصرف السلام - الجزائر؛

نرجو منكم التكرم بالموافقة على طلبنا منكم شراء السلعة الآتية:..... (المينة أوصافها

في الفاتورة المرفقة بالطلب) ثم بيعها لنا عن طريق صيغة المراجعة.

إن قيام المصرف بتنفيذ هذه الرغبة يتوقف على وعد منا بشراء البضاعة بعد تملك المصرف لها وقبضها قبضاً ناقلاً للضمان بالشروط المحددة أدناه.

إننا نقر بأن هذا الوعد غير ملزم للمصرف وله كامل الحق في رفض عروض الأسعار المقدمة إليه واعتبار طلب الشراء مرفوضاً تلقائياً.

الثمن الأساسي للبضاعة وثمن بيعها مراجعة:

- الثمن الأساسي للبضاعة: دج
المصاريف الفعلية: دج
ربح المصرف: ... % مبلغ قدره: دج

هامش ضمان الجديدة:

نودع نحن الواعد (المتعامل) في حسابنا لدى المصرف، مبلغاً وقدره دج (بالحروف والأرقام) كهامش ضمان للجديدة. ويعتبر هذا المبلغ أمانة للحفظ لدى المصرف، وفي حال تخلفنا عن وعدنا نلتزم بما يأتي:

أ - في حال كان تراجعنا عن إبرام العقد، قبل تملك المصرف السلعة المطلوبة، لكن بعد إنفاقه مصروفات إدارية مختلفة من أجل تملكها؛ أن نعوض المصرف عن الأضرار الفعلية التي لحقت به نتيجة التكاليف التي تكبدناها، ويكون للمصرف الحق في خصم هذا التعويض من هامش ضمان الجديدة الذي دفعناه عند تقديم طلب الشراء.

ب - في حال كان تراجعنا عن إبرام العقد، بعد تملك المصرف السلعة المطلوبة، وقبضها قبضاً ناقلاً للضمان أن نعوض المصرف بدفع الفارق بين ما يحصل عليه المصرف من خلال بيعه السلعة، وما تكلفه في شرائه لها، فإن كان هامش ضمان الجديدة المدفوع من قبلنا كافياً لذلك، استوفى للمصرف حقه منه، وإن كان لا يكفي، ألتزم بتسديد الفارق.

وبناء على ما تقدّم جرى توقيع هذا الوعد بتاريخ: / / م

التوقيع:



فرع ---

الجزء في: ---/---/---

الرقم: م س / ف ---/---/---

محضر معاينة تسليم واستلام

أنا مندوب متعدد المهام بفرع --- أشهد أنه بتاريخ ---/---/---، تم
التنقل إلى الشركة / المؤسسة / السيد ----- الكائن مقرها/محلها/عنوانه -----
وتتم من خلاله معاينة السلع محل الفاتورة الأولية المرفقة التي تحمل رقم -----، المؤرخة في ---
/---/---، بمبلغ --- دج.
وقد سلمنا لها/له شيكا بنكيا مؤرخ في ----- ويحمل رقم ----- بقيمة الفاتورة الأولية،
واستلمنا بموجبه الفاتورة النهائية للبضاعة التي اشتراها المصرف، والتي تحمل رقم -----، والمؤرخة في ---، كما
قمنا باستلام السلعة وفق سند التسليم المرفق والذي يحمل رقم -----، والمؤرخ في -----.
وطلبنا من البائع أن يحفظ السلعة المحددة في الفاتورة في مخازنه وأن يستلمها بعد ذلك لمن يعينه المصرف.

توقيع البائع

توقيع مندوب المصرف

فرع ---



الجزء في: -/-/-
الرقم: م س / ف -/-/-/-/-

محضر تسليم واستلام

أنا مندوب متعدد المهام لدى فرع -- -- أشهد أنه بتاريخ -- -- م، تم التنقل إلى
الشركة / المؤسسة / السيد ----- الكائن مقرها -----

و سلمنا لها/له شيكا بنكيا مؤرخا في ----- ويحمل رقم ----- بقيمة الفاتورة الأولية
المرفقة التي تحمل رقم -----، بمبلغ ----- واستلمنا بموجبه الفاتورة النهائية للبضاعة
التي اشتراها المصرف، والتي تحمل رقم -----، والمؤرخة في ----- كما اتفقنا معها/معه حول كيفية تاريخ
ومكان التسليم .

توقيع البائع

توقيع مندوب المصرف



عقد مزايحة (مطلبة)

عقد رقم :/.....

بين:

مصرف السلام-الجزائر شركة مساهمة رأسمالها 10.000.000.000 دج، والكائن مقره الاجتماعي بـ 233 شارع أحمد وأحمد دالي إبراهيم الجزائر، والممثل من قبل السيد مدير فرع:

من جهة و يشار إليها فيما يلي "بالمصرف / الطرف الأول" والسيد/الشركة والكائن مقره(ها) الاجتماعي بـ والممثلة من قبل مسيرها القانوني.

من جهة أخرى و يشار إليه فيما يلي "المتعامل / الطرف الثاني"

المادة الثالثة: تعهدات العميل

يقر المتعامل أنه عاين المبيع موضوع العقد المعاينة النافية للجهالة والغرر، وأنه قد وجده مطابقا للمواصفات الواردة في طلب الشراء المرفق بهذا العقد والذي يعد جزء لا يتجزأ منه، وأنه قد قبله واستلمه على الحالة التي هو عليها، ويتحمل العميل فور تسلمه للمبيع كامل المسؤولية عن فقدانه وأي ضرر أو خسارة تلحق به، كما يلتزم المتعامل في حدود ما جاء في المادة الرابعة أدناه بعدم مطالبة المصرف بأي حقوق بشأن المبيع بعد استلامه، كما يلتزم أيضا بعدم الرجوع على المصرف بأي عيب من العيوب الظاهرة في المبيع.

المادة الرابعة: تعهدات المصرف

إذا كان البائع الأصلي للمبيع موضوع هذا العقد قد منح المصرف ضمانا عليه لمدة معينة، فإن المصرف يلتزم بتحويل هذا الضمان إلى المشتري وينقل إليه الحق في توجيه مطالبته إلى مانح الضمان مباشرة دون الرجوع للمصرف، فإذا انتهت مدة الضمان فليس للمتعامل الحق في توجيه أي مطالبة للمصرف في هذا الخصوص.

المادة الخامسة: تفسير العقد

يُفسر هذا العقد ويكتمل ما لم يرد فيه حسب أحكام القانون الجزائري بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وما ليس للقانون فيه حكم يطبق عليه حكم الشرع.

المادة السادسة: المرفقات

تعتبر مرفقات العقد جزء لا يتجزأ من هذا العقد ومكتملا له.

المادة السابعة: نسخ العقد

حرر هذا العقد من تمهيد وسبع مواد، في ثلاث نسخ أصلية باللغة العربية، وقد استلم الطرف الثاني نسخة منها في حين استلم الطرف الأول نسختين منها. ويصرح المتعامل أنه قرأ هذا العقد وملاحظه قبل التوقيع عليه وأنه فهمه واستوعبه استيعابا تاما وأنه وافق على كل محتوياته، ويلتزم بما ورد فيه التزاما كاملا لا رجوع عنه وغير قابل للنقض.

تقعيد:

بالإشارة إلى اتفاقية الحساب الجاري الموقعة بين المصرف والمتعامل عند فتح الحساب والتي تعتبر جزء لا يتجزأ من هذا العقد. وبالإشارة إلى اتفاقية التمويل الموقعة بين الطرفين والتي تعد جزء لا يتجزأ من هذا العقد. وبالإشارة إلى طلب الشراء مع الوعد الموقع قبل هذا العقد والذي يعد جزء لا يتجزأ منه .

حيث إن المتعامل قد قدم طلبا للمصرف من أجل شراء البضاعة والخدمات المرتبطة بما الموضح نوعها ومقدارها ومواصفاتها ومكان وجودها في طلب الشراء مع الوعد، ووعد بشراؤها منه بما قامت به على الطرف الأول، من ثمن شرائها ومصاريف تملكها وقبضها، بالإضافة إلى هامش الربح الموعود به والحد في الوعد الذي قدمه المتعامل للمصرف.

بما أن الطرفين يتمتعان بكامل الأهلية الشرعية والقانونية للتعاقد فقد اتفقا على ما يأتي:

المادة الأولى: الموضوع

في مقابل ثمن الشراء المحدد في المادة الثالثة أدناه، والشروط المحددة في هذا العقد، فقد باع المصرف إلى المتعامل البضاعة المبين نوعها ومقدارها وأوصافها ومكان وجودها في طلب الشراء مع الفاتورة المرفقة بهذا العقد، باعتبارها جزء منه.

المادة الثانية: ثمن البيع وطريقة الدفع

1 - يتكون ثمن البيع من تكلفة شراء البضاعة بما في ذلك جميع المصروفات الفعلية ومقدارها ... (بالأحرف والأرقام)، وهامش الربح الموعود به ومقداره (بالأحرف والأرقام).

يعتبر ما دفعه المتعامل عند طلب الشراء مع الوعد كهامش ضمان جدية المقدر بـ دج (بالأحرف والأرقام) جزء مدفوعا من الثمن.

2 - وبناء عليه يكون ما تبقى من الثمن..... دج. (بالأحرف والأرقام) ويلتزم المتعامل بدفعه على أقساط أو دفعة واحدة كما هو مبين في جدول السداد المتفق عليه معه، والذي يعد جزء لا يتجزأ من هذا العقد.

وبناء على ما تقدم جرى توقيع هذا العقد بتاريخ: ____/____/____ م

الطرف الثاني / المتعامل

قرائنه ووافقت عليه (خط اليد)

الطرف الأول / المصرف



فرع ---

الجزء في: ---/---/---

الرقم: م س / ف ---/---/---

أمر بالتسليم

بناءً على الفاتورة رقم ---/---/--- المؤرخ في ---/---/--- - الصادرة عنكم -----،
وعمقتضى المحضر المحرر بتاريخ ---/---/--- المتعلق بالعملية التجارية المنفذة بيننا، فإننا نطلب منكم تسليم السلعة التي
اشتريناها منكم إلى المتعامل مع مصرفنا السيد / الشركة / المؤسسة ----- الممثلة من قبل
(الممثل القانوني)



AL SALAM BANK
السلام بنك
Algeria

عقد تحويل في الهاء (حيفة الراية للوحدات بالهراء)

عقد رقم :

أبرم هذا العقد بين كل من:

مصرف السلام الجزائر، شركة مساهمة رأسمالها 10.000.000.000 دج، الكائن مقره الاجتماعي بـ 233 شارع أحمد وأحمد دالي إبراهيم الجزائر، والمقيد بالسجل التجاري بالجزائر تحت رقم 07 بـ 0976530.

الممثل من طرف السيد
مدير فرع
من جهة و يشار إليها فيما يلي بـ: "المصرف/الطرف الأول/الموكل"

و:

والسيد/الشركة
والكائن مقره (ها) الاجتماعي بـ
والممثلة من قبل مسيرها القانوني.

من جهة أخرى و يشار إليه فيما يلي "بالمعامل / الطرف الثاني/ الموكل"

تهديد:

3-4 أن يلتزم بدفع الثمن على النحو التالي:
دفعه واحدة.....، أو على أقساط.....
4-4 يرسل الطرف الثاني (الموكل) للطرف الأول (الموكل) الملحق رقم (1) يحدد فيه كمية ومواصفات البضاعة التي اشتراها لصالح الطرف الأول (الموكل) ويعرض عليه فيه شراء هذه الكمية لنفسه بثمن محدد شاملا تكلفة البضاعة والربح الموعود به، مع تحديد أجل دفع الثمن وأنه يرى البائع من العيوب، ويقوم الطرف الأول (الموكل) عند تلقي هذا الإيجاب بإرسال الملحق رقم (2) على الطرف الثاني يعلمه فيه بقبول إيجابه، ويصير الطرف الثاني مالكا وقابضا للبضاعة اعتبارا من تاريخ وصول هذا القبول.
5-4 يقر الطرف الثاني بأنه عاين البضاعة التي اشتراها لنفسه وقبلها على حالتها الرائحة وأنه يرى الطرف الأول مما قد يظهر فيها من العيوب الظاهرة والخفية.

6-4 تنتقل جميع حقوق الطرف الأول بصفته بالعا لذي المورد الأصلي للطرف الثاني بصفته مشتريا ويحق له المطالبة بها وذلك لضمان العيوب والاستحقاق والتعرض.

البند الخامس:

يتقيد الطرف الثاني (الموكل) في تنفيذه لالتزاماته وذلك بموجب هذا العقد بأحكام الوكالة الشرعية وشروط وأحكام هذا العقد يلتزم بدفع الثمن، فإذا أخل بتلك الالتزامات وجب عليه تعويض الطرف الأول عن الأضرار الفعلية التي لحقت من جراء هذا الإخلال.

يلتزم الموكل بأن يقدم للموكل بناء على طلبه، البيانات والمستندات التي تتعلق بالعمليات التي يقوم بها تنفيذا لهذا العقد، كما يلتزم بتمكينه من الاطلاع على هذه البيانات والمستندات، وذلك للتأكد من التزام الطرف الثاني في قيامه بأعمال الوكالة بأحكام الشريعة الإسلامية وبنود هذا العقد.

البند السادس:

بدون الإخلال بأحكام البند الثالث أعلاه، يقدم الموكل الضمانات التالية:

البند الأول:

يوكل الطرف الأول الطرف الثاني في شراء البضاعة الموصوفة في الملحق رقم (1) شريطة أن يعد بشرائها بالتكلفة بالإضافة إلى هامش ربح مقداره (.....)، على أن يدفع الثمن جملة واحدة، أو على أقساط حسب الجدول المحدد في الملحق رقم (2).

البند الثاني:

مدة هذا العقد سنوات من تاريخه تتجدد تلقائيا لمدة أخرى مماثلة باتفاق الطرفين.

البند الثالث:

يلتزم الموكل بعد شراء البضاعة وقبضها بأن يقدم إيجاباً للموكل بشراء البضاعة منه بالتكلفة مضافا إليها هامش ربح قدره (.....) وإلا جاز للطرف الأول بيع هذه البضاعة في السوق ومطالبة الفرق بين ثمن بيعها وتكلفة شرائها.

البند الرابع:

يعد الموكل الطرف الثاني الموكل بشراء ما يشتريه بالوكالة لصالح الطرف الأول، وذلك بالشروط التالية:

1-4 أن يتم البيع بما قامت به البضاعة على الموكل (تكلفة شراء البضاعة) بالإضافة إلى نسبة ربح مقداره (.....).
2-4 أن يتم البيع عن طريق إيجاب يرسله للموكل بعد شراء البضاعة وقبضها وقبول من الطرف الأول.

1- -----	يقر الوكيل بتفهمه لبنود وأحكام وشروط هذا العقد وأنه لم يتعرض في ذلك لأي نوع من التدليس أو الغلط أو أي عيب آخر يشوب الإرادة
2- -----	البنود السابعة:
	يلتزم الوكيل بأن يحسب حسابا مستقلا ويحتفظ بالمستندات التي تثبت عملية الشراء والقبض.
	البنود الثامن:
	ينتهي العقد بشراء الوكيل بضاعة الوكالة لنفسه.
	البنود التاسع:
	يخضع هذا العقد ويفسر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومالا يتعارض معها من القوانين السارية في دولة الجزائر والأعراف السائدة وأي خلاف أو مطالبة أو ادعاء ينشأ بين الطرفين حول تفسير أو تطبيق أحكام هذا العقد فيحال إلى المحكمة المختصة.
	البنود العاشر:
	وبناء على ما تقدم جرى توقيع هذا العقد بتاريخ:/...../.....م.

الطرف الأول / المصرف	الطرف الثاني / المتعامل
	الاسم واللقب بخط اليد متبوعا بعبارة "قرأته ووافقت عليه"

AL SALAM BANK

الجزائر Algeria



خطاب إيجاب

ملحق عقد وكالة

التاريخ: --/--/....

السيد مدير فرع مصرف السلام الجزائر؛

وفقا لعقد الوكالة المبرم بيننا بتاريخ --/--/....م فقد اشترينا وتسلمنا بصفقتنا وكيلكم البضاعة الواردة بياناتها تفصيلا كالاتي (أو المحددة بياناتها تفصيلا ضمن الفاتورة المرفقة رقم...):

1- كمية البضاعة:

2- مواصفات البضاعة:

3- اسم المورد:

4- سعر التكلفة:

نعرض عليكم شراء البضاعة الموصوفة أعلاه لأنفسنا وفقا للشروط التالية:

1- ثمن الشراء بمبلغ وقدره ----- دج شاملا سعر التكلفة وأجر الوكالة.

2- ندفع لكم ثمن الشراء المحدد أعلاه فقط بتاريخ --/--/----م بموجب --- (قسط/أقساط).

إن هذا الخطاب يعتبر إيجابا وفقا للبند (4) من عقد الوكالة.

عن :

الاسم:-----

الصفة:-----

التوقيع:-----



خطاب قبول

ملحق عقد وكالة

التاريخ: --/--/.....

السيد/الشركة: _____ والكائن مقره (ها) الاجتماعي بـ _____

وفقا لعقد الوكالة المبرم بيننا بتاريخ --/--/..... م فإننا نوافق على عرضكم الوارد في الخطاب المؤرخ
 --/--/..... م لشراء ----- (البضاعة) الواردة بياناتها تفصيلا كآلاتي
 (أو المحددة بياناتها تفصيلا ضمن الفاتورة المرفقة رقم...):

1- كمية البضاعة:

2- مواصفات البضاعة:

3- اسم المورد:

4- سعر التكلفة:

على أن يكون ثمن الشراء مبلغا قدره-----دج شاملا سعر التكلفة وأجر الوكالة ومقداره
 (.....) وعلى أن تدفعوا لنا هذا الثمن بتاريخ --/--/..... م بموجب -- (قسط/أقساط).

إن هذا الخطاب يعتبر قبولاً للعرض المذكور أعلاه وفقا للبند (4) من عقد الوكالة.

عن مصرف السلام الجزائر

مدير فرع-----

التوقيع:-----

الملاحق بنك البركة الجزائري

عقد المراجعة لتمويل الاستهلاك

الشروط العامة

بين:

بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها 2.500.000.000 دج خاضعة لأحكام القانون رقم 03-11 المؤرخ في 2003.08.26 المتعلق بالنقد و القرض الكائن مقرها الاجتماعي حي بوثلجة هويدف ، فيلا رقم 01 ، بن عكنون ، الجزائر ، مقيدة بالسجل التجاري بالجزائر تحت رقم 00/B/0014294 ، ينوب عنها في الإمضاء على هذا العقد السيد.....بصفته.....

من جهة و يشار إليها فيما يلي " بالبنك "

والسيد/الشركة.....المقيد(ة) بالسجل التجاري لولاية.....تحت رقم.....والكائن مقره(ها) الاجتماعي ب.....وينوب عنها في الإمضاء السيد.....بصفته.....

من جهة أخرى و يشار إليه فيما يلي " بالعميل "

تمهيد:-

بالإشارة إلى أحكام النظام الأساسي للبنك و التزامه بالتعامل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية،
بالإشارة إلى الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك البركة الجزائري الملحق بهذا العقد والتي تعتبر الإطار المرجعي للشروط المالية لهذا العقد .

بالإشارة إلى اتفاقية الحساب الجاري الموقعة بين البنك والعميل عند فتح الحساب والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد
بالإشارة إلى طلب / طلبات التمويل الموقع(ة) من العميل المتضمن (ة) أوامر الشراء الموقعة بهذا العقد والتي تعد جزء لا يتجزأ منه.
- حيث أن العميل طلب من البنك أن يشتري له السلع محل الفاتورة و أمر/أوامر الشراء المرفقين بهذا العقد و اللذان يعتبران جزءا لا يتجزأ منه.

-حيث أن البنك فوض العميل للتعامل و التعاقد مع المزود في طلب و تسليم السلع و /أو البضائع محل هذه الفاتورة أو الفواتير.

-حيث أن الطرفان يتمتعان بكامل الأهلية القانونية المعتبرة و اللازمة للتعقاد.

فقد تم الاتفاق على ما يلي:

المادة الأولى: الموضوع

يمنح البنك العميل الذي يوافق على ذلك تمويلا بالمراجعة في حدود المبلغ المرخص به من قبل البنك مضاف إليه هامش الربح متفق عليه و المشار إليهما في ملحق الشروط الخاصة بهذا العقد و الذي يعد جزءا لا يتجزأ منه.
يجب على العميل أن يقدم للبنك لكل عملية مراجعة منجزة في إطار الخط التمويلي موضوع هذا العقد أمرا بالشراء بين فيه خاصة مبلغ العملية (ثمن المراجعة) و نسبة الربح المتفق عليه و مواعيد التسديد.
تنفيذا لهذا العقد ، يبيع البنك للعميل الذي يوافق السلع أو البضاعة محل الفاتورة أو الفواتير و الأمر أو الأوامر بالشراء المرفقة بهذا العقد والتي تشكل جزء لا يتجزأ منه .

المادة الثانية: استعمال التمويل

يتم التمويل بتسديد البنك ثمن السلع و /أو البضاعة للمزود و كذا كافة المصاريف التي يوافق على تحملها في حدود المبلغ المذكور في ملحق الشروط الخاصة بهذا العقد، و هذا بعد تسلم الوثائق الخاصة بها (عقود، فواتير ، وثائق شحن، مستند تسليم، وثائق جمركية... الخ)

يلتزم العميل بشراء السلع أو البضاعة محل أمر/أو أوامر الشراء من البنك بنفس المواصفات المذكورة في الفاتورة أو الفواتير الملحقة بها، كما يلتزم بعدم الرجوع على البنك بخصوص أي عيب أو خلل في هذه السلع و يعتبر العميل المسؤول الوحيد فيما يخص نوعية ومواصفات السلع و /أو البضاعة محل هذا عقد، و كذلك مطابقتها للقوانين والقواعد و التنظيمات المعمول بها.

المادة الثالثة: ثمن البيع وكيفية تسديده

يتمثل ثمن بيع السلع و /أو البضاعة من البنك إلى العميل في مبلغ الفاتورة أو الفواتير المسددة للمزود مضافا إليها كل المصاريف و الملحقات الأخرى ونسبة الربح المتفق عليه .

يلتزم العميل بدفع ثمن المراجعة كما هو مبين في الفقرة أعلاه طبقا للأقساط المذكورة في الأمر/الأوامر بالشراء المرفق(ة) بهذا العقد و الذي يعتبر جزءا لا يتجزأ منه.

في حالة تسديد مبلغ الدين قبل الاستحقاق، يمكن أن يمنح البنك العميل تخفيضا من اصل ثمن المراجعة المسدد قبل الاستحقاق. يرخص العميل للبنك بموجب هذا العقد، عند حلول أجل الاستحقاق ،أن يخصم المبالغ المستحقة في إطار هذا العقد. من كل حساب مفتوح باسمه على دفاتر البنك.

المادة الرابعة : التزامات العميل

يلتزم العميل بموجب هذا العقد بأن:

-يودع جميع إيرادات بيع السلع و/أو البضاعة موضوع هذا العقد لدى البنك إلى غاية التسديد الكلي للثمن كما هو مبين في المادة 3 أعلاه و /أو التزامات أخرى التزم بها البنك بطلب من العميل.

-يدفع للبنك بمجرد الحصول عليها، النقود، الشيكات و أي وسيلة دفع أخرى خاصة ببيع السلع و /أو البضاعة محل هذا التمويل في حدود مبلغ ثمن المراجعة كما حدد في المادة 3 أعلاه.

-يسمح العميل للبنك أن يحل محله في تحصيل كل الشيكات و الأوراق التجارية الأخرى المسلمة للبنك لغاية التحصيل. الا أن العميل يظل مدينا بمبلغ التمويل و مسؤولا أمام البنك إلى غاية التسديد الكلي و الفعلي للدين.

المادة الخامسة: مراقبة السلع أو البضاعة

يحق للبنك في أي وقت مراقبة السلع و/أو البضاعة محل هذه المراجعة في مخازن العميل، وكذا الإيرادات و حسابات هذا الأخير. و يلتزم العميل بتأمين هذه السلع و /أو البضاعة ضد كل المخاطر مع إعطاء البنك الحق في أن يحل محله لقبض التعويضات في حالة حدوث أي حادث.

المادة السادسة: غرامات التأخير

يحق للبنك أن يفرض على المدين المماطل غرامة تأخير من المبلغ المستحق بالنسبة المنصوص عليها في الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك البركة الجزائري ، عن كل شهر تأخير، بغض النظر عن الوسائل الأخرى التي يمنحها له القانون لتحصيل دينه.

المادة السابعة: احتجاجات

يصرح العميل بأنه يعفي البنك من كل احتجاج أو معارضة احتجاج و كل رجوع لعدم الوفاء، و هذا على سبيل الذكر فقط لا الحصر.

المادة الثامنة : تأمين السلع

إن العميل يصرح بأن السلع مؤمنة تأميناً خاصاً ضد كل الأخطار يحدد ضمناً ، كما يلتزم العميل بالإبقاء على التأمين سارياً وتجديده إلى غاية وفائه بجميع ديونه اتجاه البنك، ويلتزم بدفع علاوة التأمين المنصوص عليها في عقد التأمين، وإطلاع البنك بذلك كلما طلب منه ذلك.

و في حالة عدم قيام العميل بتجديد التأمين ضد كافة الأخطار مع الإنابة لفائدة البنك رغم إخطاره ، يحق لهذا الأخير بتجديدها واقتطاع علاوات التأمين من حساب العميل المفتوح على مستوى البنك .
في حالة وقوع حادث قبل تحرر العميل المذكور أعلاه من ديونه تجاه البنك، فإن لهذا الأخير حق الامتياز على مبلغ التعويض، وعليه يتعين تبليغ عقد التأمين مرفقاً بإبراء دفع مبلغ العلاوة إن وجد إلى شركة التأمين على نفقات العميل.

المادة التاسعة: الشروط الفاسخة للعقد

-يصبح مبلغ الدين مستحق الأداء فوراً، و يفسخ العقد تلقائياً في حالة عدم احترام العميل لأي شرط من شروط هذا العقد و خاصة في الحالات التالية:

- *في حالة عدم دفع إيرادات البيع للبنك، و /أو عدم الوفاء في الموعد بأحد الالتزامات المكتتبة بموجب هذا العقد.
- *في حالة عدم دفع أي قسط من أقساط المراجعة عند الاستحقاق
- *في حالة التوقف عن التجارة، الإفلاس، التسوية القضائية ، التوقف عن النشاط الذي أبرم في إطاره العقد أو التوقف عن الدفع.
- *في حالة عدم تمكن البنك لسبب ما من تسجيل الضمان المتفق عليه من الدرجة الأولى على الممتلكات المخصصة من العميل كضمان لتسديد التمويل محل هذا العقد، أو سبق و أن خصصت هذه الممتلكات لفائدة بائع آخر أو أي دائن آخر.
- *في حالة البيع الودي أو القضائي للممتلكات المخصصة من طرف العميل كضمان ، وكذلك في حالة إيجارها ، إتلافها أو تخصيصها كحصة في شركة تحت أي شكل كان.
- *في حالة ما إذا كان العميل محل متابعة قضائية من شأنها إعاقة تسديده لثمن المراجعة المشار إليه أعلاه.
- *في حالة تحويل العميل لكل أو جزء من عملياته المالية الناتجة عن النشاط موضوع هذا التمويل إلى مؤسسة مالية أخرى غير بنك البركة الجزائري.

- * في حالة عدم تغطية التأمين المكتتب لقيمة السلع المشتراة بواسطة هذا التمويل.
- *في حالة وفاة المدين ، يعتبر أصل الدين بما فيه ، نسبة الربح، التكاليف و المصاريف غير قابلة للتجزئة ، مستحقاً، و يمكن مطالبته من كل واحد من ورثة المدين ، غير أنه يمكن لأبناء المدين الشرعيين وزوجه الاستفادة من هذا التمويل بشرط أن يكونوا قادرين حسب تقدير البنك غير القابل للمراجعة أو المنازعة على احترام و تسديد التزامات المدين المتوفى.
- *و بصفة عامة في كل الحالات الواردة في القانون.

المادة العاشرة: الضمانات

ضماناً لتسديد مبلغ التمويل محل هذا العقد بما في ذلك الأصل، نسبة الربح ، النفقات و المصاريف الأخرى، يلتزم العميل بتخصيص كل الضمانات العينية و / أو الشخصية التي يطلبها البنك .

المادة الحادية عشر: المصاريف والحقوق

اتفق الطرفان على أن تكون كل المصاريف، الحقوق و الأتعاب بما فيها أتعاب الموثقين و المحامين و المحضرين القضائيين و محافضي البيع بالمزاد وكذا مصاريف الإجراءات التي قد يتخذها البنك لتحصيل مبلغ التمويل الخاصة بهذا العقد أو المترتبة عنه حالاً

ومستقبلا على عاتق العميل وحده الذي يوافق على ذلك صراحة وذلك بأن يدفعها مباشرة أو يخصمها من حسابه أو حساباته المفتوحة لدى البنك دون الحاجة إلى إذن مسبق منه .

المادة الثانية عشر: المرفقات

تعتبر مرفقات العقد و أي مستندات أخرى يتفق عليها الطرفان، كتابيا جزءا لا يتجزأ من هذا العقد و مكملا له.

المادة الثالثة عشر: الموطن

لتنفيذ هذا العقد، اختار الطرفان موطنهما العناوين المذكورة في التمهيد أعلاه.

المادة الرابعة عشر: حل النزاعات

اتفق الطرفان على أن أي خلاف ناشئ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره لم يتمكن الطرفان من حله وديا يحال على محكمة الجزائر.

المادة الخامسة عشر: فسخ العقد

حرر هذا العقد من ثلاثة نسخ أصلية موقعة من الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية أو القانونية.

حرر ب..... يوم

البنك

العميل



AGENCE : فرع :
CODE :

le : / /

أمر بالشراء Ordre d'achat

رقم:
إلى بنك البركة الجزائري

الاسم واللقب:

العنوان:

طبقا لطلب التمويل بالمربحة المرفق.

يشرفني أن أطلب منكم شراء و / أو البضاعة المبينة كمياتها ومواصفاتها وأسعارها في الفاتورة الأولية

بتاريخ وتحت رقم: و المرفقة بهذا الأمر.

ألتزم صراحة وبذون رجعة أن أشتري هذه السلع و / أو البضاعة من البنك بعد تسلمها بمبلغ العقد أو الفاتورة المذكورة أعلاه، مضاف إليه

المصاريف والنفقات والحقوق والملحقات الأخرى التي تحملها البنك زندهامش ربح قدر، دج خارج الضريبة

كما أتعهد بأن أسدد لبنك مبلغ المربحة كما حدد أعلاه في مدة أقصاها أشهر ابتداء من تاريخ تسلم السلع من العميل

كما أتعهد بدفع قيمة بالمائة من مبلغ المربحة كدفعة ضمان جدية تتحول إلا عربون بعد توقيع عقد المربحة

وأخيرا ألتزم بتعويض البنك عن كل ضرر قد يلحقه من جراء أي إخلال من طرفي بالتزاماتي بموجب هذا الأمر و كذا أحكام عقد المربحة

المرتبط به والمشار إليه أعلاه

حرر يوم:

الخاتم و التوقيع



Hai Bouteldja Houidéf, Villa N°1 Roclade Sud Ben Aknoun - Alger
Société par action au capital de 15.000.000.000 DA
If: 099 116 010 000 160 / R.C: N° 0014294 B 00

حي بوتلدة هويدف قبله رقم 1 روكاد الجنوبي بن عكنون - الجزائر
مؤسسة بالنسهم ذات رأس مال قدره 15.000.000.000 دج
التعريف الجبائي: 099 116 010 000 160 رقم السجل التجاري: 0014294 ب 00

Tel: +213 (0)23 38 12 73/70/68/ Fax: +213 (0)23 38 12 77 Télex: 67928 / 67931
Web: albaraka.bank.com Mail: dg@albaraka.bank.com / info@albaraka.bank.com SWIFT: BRKADZ AL



AGENCE : فرع :
CODE :

le : / /

عقد توكيل

بين:

بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها 15.000.000.000 دج خاضعة لأحكام الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 2003.08.26 المتعلق بالنقد و القرض مقيدة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 00/ب/ 0014294 الكائن مقر، الاجتماعي بحي بوتلجة هويدف بن عكنون فيلا رقم 1 الجزائر، يفوبه في الإمضاء على هذا العقد السيد(ة): مدير(ة) وكالة

ويشار إليه فيما يلي البنك

السيد(ة):

الساكن(ة):

المادة الأولى:

حيث أنه توافر الرضا الكامل و كذلك الأهلية القانونية المعتبرة و اللازمة للتعاقد لدى كل من الطرفين فقد تم الاتفاق.

الاتفاق على ما يلي:

يوكل الطرف الأول بموجب هذا العقد الطرف الثاني في التعاقد مع المورد نيابة عنه لشراء السلع و /أو البضاعة محل الفاتورة أو الفواتير الأولية المحررة بتاريخ: و تحت رقم: يتحمل الطرف الثاني مسؤولية التفاوض مع المورد و الاتفاق معه على المواصفات المبينة في الفاتورة أو الفواتير المشار إليها أعلاه وتسليمه ثمن الشراء و جميع الشروط والأوضاع المتعلقة بشراء المواد و كل الأمور الأخرى المتعلقة بتسليمها ، و على الطرف الثاني أن يوضح للمورد في جميع الأوقات أنه يتعاقد نيابة عن الطرف الأول.

المادة الثانية:

يتحمل الطرف الثاني مسؤولية الإخلال بالالتزامات المتعلقة بتسليم السلع و /أو البضاعة سواء كان هذا الالتزام مفروضاً بموجب القانون أو جرى به العرف.

حزب يوم:

الطرف الثاني

الطرف الأول



Hai Bouteldja Houdéf, Villa N°1 Roclade Sud Ben Aknoun - Alger
Société par action au capital de 15.000.000.000 DA
IF: 099 116 010 000 160 / R.C: N° 0014294 B 00

حي بوتلجة هويدف فيلا رقم 1 روكاد الجنوبي بن عكنون - الجزائر
مؤسسة بالأسهم ذات رأس مال قدره 15.000.000.000 دج
التعريف الجبائي: 099 116 000 010 160 رقم السجل التجاري: 0014294 ب 00

Tel: +213 (0)23 38 12 73/70/68/ Fax: +213 (0)23 38 12 77 Télex: 67928 / 67931
Web: albaraka.bank.com Mail: dg@albaraka.bank.com / info@albaraka.bank.com SWIFT: BRKADZ AL

فهرس المحتويات

المقدمة:	1 -
الباب الأول: تكوين عقد المراجعة.....	11 -
الفصل الأول: ماهية عقد المراجعة وطبيعته في التشريع الجزائري.....	13 -
المبحث الأول: ماهية عقد المراجعة.....	14 -
المطلب الأول: مفهوم عقد المراجعة لغة واصطلاحا في الفقهاء الإسلامي.....	14 -
الفرع الأول: تعريف المراجعة لغة:.....	14 -
الفرع الثاني: تعريف المراجعة اصطلاحا في الشريعة:.....	15 -
المطلب الثاني: ماهية عقد المراجعة وفق القانون الوضعي.....	17 -
الفرع الأول: تعريف عقد المراجعة وفق القانون.....	17 -
أولا: عقد المراجعة وفق القانون الجزائري والمقارن.....	18 -
ثانيا تعريف الفقهاء المعاصرين:.....	19 -
ثالثا: تعريف بعض الهيئات الإسلامية لعقد المراجعة.....	20 -
الفرع الثاني: ظهور عقد المراجعة البنكية وتميزه عن المراجعة القديمة.....	21 -
أولا: نشأة اصطلاح بيع المراجعة للأمر بالشراء:.....	21 -
ثانيا: التسميات الحديثة لعقد المراجعة.....	22 -
ثالثا: مقارنة بين نوعي المراجعة.....	24 -
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد المراجعة في التشريع الجزائري.....	27 -
المطلب الأول: تبني الصيرفة الإسلامية في التشريع الجزائري.....	27 -
الفرع الأول: الصيرفة الإسلامية في الجزائر.....	28 -
أولا: تنظيم الصيرفة الإسلامية في الجزائر.....	29 -
ثانيا: المنتجات المعروضة في إطار الصيرفة الإسلامية.....	33 -
الفرع الثاني: الإطار الهيكلي للصيرفة الإسلامية في الجزائر.....	34 -
أولا: البنوك الإسلامية:.....	34 -
ثانيا: الشبايك الإسلامية في البنوك العمومية:.....	34 -
المطلب الثاني: خصائص عقد المراجعة في التشريع الجزائري.....	35 -
الفرع الأول: الخصائص العامة:.....	36 -
أولا: عقد المراجعة عقد رضائي.....	36 -
ثانيا: عقد المراجعة عقد معاوضة:.....	38 -
ثالثا: عقد المراجعة عقد ملزم للجانبين.....	39 -
رابعا: عقد المراجعة عقد محدد المدة.....	39 -
خامسا: عقد المراجعة عقد مسمى:.....	41 -
الفرع الثاني: الخصائص الخاصة.....	41 -
أولا: عقد المراجعة عقد فوري ناقل للملكية:.....	41 -
ثانيا: عقد المراجعة عقد تجاري:.....	42 -
ثالثا: عقد المراجعة عقد مركب:.....	44 -
رابعا: عقد المراجعة عقد تمويل.....	46 -
خامسا: عقد المراجعة يقوم على الاعتبار الشخصي.....	48 -
المطلب الثالث: تكييف عقد المراجعة وتميزه عن العقود الأخرى:.....	49 -
الفرع الأول: تكييف عقد المراجعة:.....	49 -
أولا: التكييف الشرعي لعقد المراجعة.....	49 -
ثانيا: التكييف القانوني.....	51 -
الفرع الثاني: تميز المراجعة على العقود المشابهة لها.....	54 -
أولا: تميز عقد المراجعة عن عقد البيع.....	54 -
ثانيا: تميز عقد المراجعة عن عقد القرض.....	56 -
ثالثا: تمييز بيع المراجعة المركبة عن بيع التقسيط:.....	59 -
رابعا: تمييز المراجعة الخارجية مع الاعتماد المستندي.....	61 -

خامسا: تميز المراجعة عن عقود التمويل الإسلامية:	- 64 -
الفصل الثاني: أركان وأصناف عقد المراجعة وإجراءات انعقاده	- 70 -
المبحث الأول: أركان عقد المراجعة وشروطه	- 71 -
المطلب الأول: أركان عقد المراجعة:	- 71 -
الفرع الأول: ركن التراضي:	- 71 -
أولا: أطراف عقد المراجعة البنكية	- 72 -
ثانيا: وجود التراضي:	- 87 -
ثالثا: شروط التراضي	- 89 -
رابعا: إشكالية التراضي في عقد المراجعة	- 94 -
الفرع الثاني: ركن المحل في عقد المراجعة	- 95 -
أولا: محل التزام البنك أو المؤسسة المالية (المبيع)	- 95 -
ثانيا: الشفافية والإفصاح عن الثمن في عقد المراجعة	- 99 -
الفرع الثالث: ركن السبب في المراجعة	- 107 -
الفرع الرابع: الشكلية:	- 108 -
أولا: المراجعة كعقد نموذجي	- 108 -
ثانيا: ضرورة إخضاع المراجعة للشهر العقاري:	- 109 -
المطلب الثاني: شروط عقد المراجعة	- 110 -
الفرع الأول: شروط تتعلق بالبنك أو المؤسسة المالية:	- 110 -
أولا: الحصول على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية:	- 110 -
ثانيا: طلب الترخيص المسبق من بنك الجزائر	- 111 -
ثالثا: إنشاء هيئة رقابة شرعية داخل البنك أو المؤسسة المالية:	- 111 -
الفرع الثاني: شروط تتعلق بالعقد:	- 112 -
أولا: الشفافية في تحديد التكلفة والأرباح	- 112 -
ثانيا: صحة عقد البيع الأول:	- 113 -
ثالثا: الالتزام بالضوابط الشرعية وخلوه من الفوائد الربوية:	- 114 -
رابعا: تملك البنك أو المؤسسة المالية للمبيع	- 114 -
المبحث الثاني: أصناف عقد المراجعة وإجراءات انعقاده في البنوك والمؤسسات المالية -	- 116 -
المطلب الأول: أصناف المراجعة في البنك والمؤسسات المالية	- 116 -
الفرع الأول: أصناف المراجعة حسب تعدد العقود المشكلة لها:	- 116 -
الفرع الثاني: أصناف المراجعة حسب الوعد بالإنزام:	- 118 -
أولا: المراجعة للأمر بالشراء على أساس الإنزام لكل الطرفين:	- 118 -
ثانيا: المراجعة للأمر بالشراء على أساس عدم الإنزام للطرفين:	- 120 -
ثالثا: المراجعة للأمر بالشراء على أساس الإنزام لأحد الطرفين:	- 120 -
الفرع الثالث: أصناف المراجعة حسب بيان مصدر السلعة (محلية، خارجية)	- 120 -
أولا: المراجعة الداخلية:	- 121 -
ثانيا: المراجعة الخارجية:	- 123 -
الفرع الثالث: صور المراجعة حسب تقسيمها في بعض البنوك	- 126 -
أولا: المراجعة الشخصية:	- 127 -
ثانيا: المراجعة التجارية:	- 127 -
ثالثا: المراجعة العقارية:	- 127 -
رابعا: المراجعة الدولية	- 127 -
خامسا: مراجعة الخدمات:	- 127 -
المطلب الثاني: إجراءات انعقاد عقد المراجعة	- 128 -
الفرع الأول: مرحلة تأسيس عقد المراجعة للأمر بالشراء (المواعدة):	- 128 -
أولا: تقديم العميل الأمر بالشراء طلب الشراء	- 128 -
ثانيا: دراسة البنك أو المؤسسة المالية لطلب العميل	- 130 -
ثالثا: إبرام عقد الوعد بالشراء	- 132 -
رابعا: تقديم العميل الأمر بضمانات الوفاء	- 133 -
الفرع الثاني: مرحلة تنفيذ عقد المراجعة	- 137 -

أولا: تعاقد البنك أو المؤسسة المالية مع التاجر أو المورد (مالك المبيع).....	137 -
ثانيا: تسلم البنك أو المؤسسة المالية للسلعة.....	139 -
ثالثا: بيع المبيع مرابحة بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل.....	140 -
المطلب الثالث: بعض تطبيقات المرابحة في البنوك الجزائرية:.....	143 -
الفرع الأول: تطبيق المرابحة في بنك بركة الجزائري:.....	143 -
الفرع الثاني: تطبيق المرابحة في مصرف السلام الجزائري:.....	145 -
الباب الثاني: آثار عقد المرابحة وانقضائه.....	150 -
الفصل الأول: آثار عقد المرابحة.....	153 -
المبحث الأول: التزامات أطراف عقد المرابحة.....	154 -
المطلب الأول: التزامات البنك أو المؤسسة المالية:.....	154 -
الفرع الأول: التزامات فرضها المشرع البنكي على البنوك والمؤسسة المالية.....	154 -
أولا: الإلتزام بقواعد الحبطة والحذر:.....	155 -
ثانيا: إلتزام البنك أو المؤسسة المالية بالأعلام والنصيحة.....	156 -
ثالثا: الإلتزام بالسرية المصرفية:.....	159 -
الفرع الثاني: إلتزام البنك أو المؤسسة المالية بشراء واستلام المبيع.....	161 -
أولا: طرق شراء المبيع.....	162 -
ثانيا: طرق انتقال ملكية المبيع إلى البنك أو المؤسسة المالية.....	164 -
الفرع الثالث: إلتزام تسليم المبيع للعميل.....	167 -
أولا: مفهوم التسليم:.....	167 -
ثانيا: عناصر الإلتزام بالتسليم:.....	168 -
ثالثا: طرق التسليم:.....	169 -
رابعا: أشكال التسليم:.....	171 -
خامسا زمان ومكان التسليم.....	173 -
سادسا: نفقات التسليم:.....	176 -
الفرع الرابع: إلتزام البنك أو المؤسسة المالية بالضمان العيوب الخفية:.....	177 -
أولا: شروط العيب الخفي الموجب للضمان.....	179 -
ثالثا: حالات عدم استحقاق الضمان.....	185 -
الفرع الخامس: إلتزام البنك أو المؤسسة المالية بالمطابقة للمبيع.....	188 -
أولا: أحكام إلتزام البنك أو المؤسسة المالية البائع بمطابقة المبيع.....	190 -
ثانيا: ضوابط المطابقة في عقد بيع المرابحة.....	195 -
المطلب الثاني: التزامات العميل.....	196 -
الفرع الأول: إلتزام العميل بتسليم المبيع من البنوك أو المؤسسة المالية:.....	197 -
الفرع الثاني: إلتزام العميل بدفع ثمن أو أقساط ثمن المرابحة البنكية.....	198 -
أولا: أقساط الثمن.....	199 -
ثانيا: شروط التقسيط.....	199 -
ثالثا: طرق الوفاء بالثمن.....	199 -
الفرع الثالث: تقديم هامش الجدية في عقد المرابحة:.....	202 -
أولا: مفهوم هامش الجدية:.....	202 -
ثانيا: مقارنة بن هامش الجدية والعربون:.....	204 -
الفرع الرابع: تقديم الكفالة في عقد المرابحة:.....	205 -
أولا: أنواع الكفالة في التشريع الجزائري:.....	206 -
ثانيا: ضوابط الشرعية للكفالة في عقد المرابحة.....	208 -
الفرع الخامس: تقديم الرهن في عقد المرابحة.....	209 -
أولا: أنواع الرهن.....	209 -
ثانيا: الضوابط الشرعية للرهن في عقد المرابحة:.....	213 -
الفرع السادس: تقديم تأمينات على عقد المرابحة.....	215 -
أولا: تأمين المبيع في مرحلة التملك:.....	216 -
ثانيا: التأمين المبيع في مرحلة البيع:.....	217 -
المطلب الثالث: التزامات التاجر أو المورد أو مالك المبيع:.....	219 -

- 219 - الفرع الأول: المركز القانوني للتاجر أو المورد في عقد البيع مع البنك أو المؤسسة المالية
- 220 - الفرع الثاني: المركز القانوني للبنك أو المؤسسة المالية في عقد البيع
- 220 - المبحث الثاني: مسؤولية أطراف عقد المراجعة من الإخلال بالالتزامات التعاقدية: - 220 -
- 220 - المطلب الأول: صور مسؤولية إخلال البنك أو المؤسسة المالية بالتزاماته وجزاءاته
- 221 - الفرع الأول: المسؤولية عن إخلال التزامات التي فرضها المشرع البنكي على البنوك والمؤسسة المالية
- 221 - أولا: مسؤولية البنك عن إخلاله بالتزامه بحفظ السر
- 225 - ثانيا: مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية بخصوص تقديم النصيحة
- 226 - الفرع الثاني: مسؤولية البنك عن إخلال التزامه بشراء المبيع محل عقد المواعدة
- 227 - الفرع الثالث: المسؤولية عند اختلاف المواصفات وعدم المطابقة
- 230 - الفرع الرابع: المسؤولية عند ظهور العيوب الخفية على المبيع
- 231 - الفرع الخامس: مسؤولية هلاك المبيع قبل التسليم
- 235 - المطلب الثاني: صور مسؤولية إخلال العميل بالتزاماته وجزاءاته
- 235 - الفرع الأول: مسؤولية عدم تسلم المبيع من طرف العميل وجزاءاته
- 235 - الفرع الثاني: مسؤولية توقف العميل عن الدفع
- 239 - الفرع الثالث: مسؤولية نكول العميل وتراجعه عن المراجعة
- 242 - المطلب الثالث: مسؤولية انحلال عقد البيع بين التاجر والبنك وصوره في العلاقة بين البنك والعميل
- 242 - الفرع الأول: مسؤولية انحلال عقد البيع بين التاجر أو المورد والبنك أو المؤسسة المالية
- 243 - الفرع الثاني: صور المسؤولية للعلاقة بين العميل والتاجر
- 243 - أولا: العلاقة غير المباشرة بين العميل والتاجر أو المورد مالك المبيع
- 244 - ثانيا: العلاقة المباشرة بين العميل والتاجر أو المورد مالك المبيع
- 245 - المبحث الثالث: مخاطر المراجعة وآلية هيئة الرقابة عليها - 245 -
- 246 - المطلب الأول: مخاطر المراجعة وطرق الحد منها
- 246 - الفرع الأول: موت العميل وما يوقعه من ضرر
- 247 - الفرع الثاني: جائحة كورونا كطرف طارئ في عقد المراجعة
- 249 - الفرع الثالث: مخاطر أخرى قد تقع فيها البنوك والمؤسسات المالية وطرق الحد منها
- 256 - المطلب الثاني: هيئة الرقابة كآلية للحد من مخاطر المراجعة
- 257 - الفرع الأول: الرقابة العامة التي تخضع لها جميع البنوك في الجزائري
- 257 - أولا: الرقابة خارجية
- 259 - ثانيا: الرقابة الداخلية
- 260 - الفرع الثاني: الرقابة الخاصة التي تخضع لها البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية في الجزائري
- 261 - أولا: مفهوم ونشأة الرقابة الشرعية
- 264 - ثانيا: رقابة الهيئات الشرعية الداخلية
- 269 - ثالثا: الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية في الجزائر
- 273 - الفصل الثاني: حل منازعات عقد المراجعة وطرق انقضائه - 273 -
- 274 - المبحث الأول حل منازعات عقد المراجعة - 274 -
- 274 - المطلب الأول: التسوية الودية لحل منازعات عقد المراجعة
- 274 - الفرع الأول: المصالحة والتوفيق (التفاوض المباشر)
- 275 - أولا: الأساس القانوني للتفاوض المباشر في القانون الجزائري
- 275 - ثانيا: الإطار الشرعي للتفاوض في عقد المراجعة
- 275 - ثالثا: مراحل آلية التفاوض المباشر في عقد المراجعة
- 276 - رابعا: تطبيق إجراءات المصالح في حالة تعثر العميل عن الدفع (مثال)
- 277 - الفرع الثاني: آلية الوساطة في منازعات عقد المراجعة
- 277 - أولا: ماهية الوساطة أساسها القانوني في التشريع الجزائري
- 277 - ثانيا: أنواع الوساطة في القانون الجزائري
- 280 - المطلب الثاني: آلية التحكيم في منازعات عقد المراجعة
- 281 - الفرع الأول: أشكال التحكيم في عقد المراجعة
- 281 - أولا: اتفاق التحكيم
- 282 - ثانيا: شرط التحكيم
- 283 - الفرع الثاني: مراحل آلية التحكيم في عقد المراجعة

- 283 -	أولا: تقديم طلب التحكيم وتحديد الهيئة التحكيمية:
- 283 -	ثانيا: جلسة تأسيسية وتحديد إجراءات التحكيم
- 283 -	ثالثا: تبادل المذكرات والأدلة:
- 284 -	رابعا: جلسات الاستماع والمداولات:
- 284 -	خامسا: إصدار قرار التحكيم والحكم النهائي
- 284 -	المطلب الثالث: التسوية القضائية لمنازعات عقد المراجعة
- 284 -	الفرع الأول: التحصيل القضائي وفقا للقواعد العامة:
- 285 -	أولا: الرجوع القضائي بواسطة أوامر الأداء:
- 286 -	ثانيا: الرجوع القضائي عن طريق الدعوى التجارية:
- 286 -	الفرع الثاني: التحصيل القضائي وفقا للقواعد الخاصة:
- 286 -	أولا: امتياز الحجز:
- 287 -	ثانيا: امتياز الرهن القانوني:
- 288 -	ثالثا: امتياز الرهن الحيازي المصرفي:
- 289 -	المبحث الثاني: انقضاء عقد المراجعة
- 289 -	المطلب الأول: انقضاء عقد المراجعة بالوفاء:
- 290 -	الفرع الأول: حرية البنك أو المؤسسة المالية في إنهاء عقد المراجعة:
- 290 -	أولا: عدم جواز إنهاء عقد المراجعة باردة منفردة من طرف البنك أو المؤسسة المالية:
- 290 -	ثانيا: إنهاء العقد بانقضاء أجله وتسديد كامل الأقساط:
- 291 -	المطلب الثاني: بطلان عقد المراجعة:
- 291 -	الفرع الأول: إبطال عقد المراجعة:
- 292 -	أولا: أسباب إبطال عقد المراجعة البنكية:
- 294 -	ثانيا: سقوط حق إبطال العقد:
- 294 -	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على إبطال عقد المراجعة البنكية:
- 295 -	المطلب الثالث: فسخ عقد المراجعة:
- 296 -	الفرع الأول: شروط الفسخ الاتفاقي لعقد المراجعة:
- 296 -	أولا: اتفاق البنك أو المؤسسة المالية مع العميل على الشرط الفاسخ:
- 297 -	ثانيا: اتفاق البنك أو المؤسسة المالية مع العميل على عدم اللجوء إلى القضاء:
- 297 -	ثالثا: أن يكون سبب الفسخ هو عدم التنفيذ:
- 298 -	رابعا: إعذار العميل:
- 299 -	الفرع الثاني: صور الشرط الفاسخ الصريح:
- 299 -	أولا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا:
- 299 -	ثانيا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه:
- 300 -	ثالثا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم:
- 301 -	رابعا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار:
- 305 -	خاتمة:
- 312 -	قائمة المصادر والمراجع:
- 341 -	الملاحق:
- 356 -	فهرس المحتويات

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تحليل وبيان عقد المrabحة المستخدمة من قبل البنوك والمؤسسات المالية وذلك بعرض النظام القانوني لعقد المrabحة بإظهار خصائصه وشروطه وأصنافه وما يميزه على العقود المشابه له وكذا التركيز على جوانبه القانونية من حيث التكوين عقد المrabحة بعرض أطرافه المتمثلة في البنك أو المؤسسة المالية والعميل سواء كان أمر بالشراء أو زبون، والتاجر، ثم تحديد الأركان العامة والخاصة له وكذا شروطه ومراحل تكوينه حسب ما تناوله المشرع الجزائري في النظام 02-20 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، وكذا التعليمية 03-20 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

كما تطرقت الدراسة إلى الآثار المترتبة عن عقد المrabحة من ناحية الالتزامات والمسؤوليات التي تقع على أطرافه، ثم عرض مخاطر عقد المrabحة ودور هيئات الرقابة للحد من هذه المخاطر، وصولاً إلى انقضاء العقد وما ينجر عنه من حالات الانقضاء والفسخ، وكذا عرض طرق حل المنازعات التي تثار عنه.

الكلمات المفتاحية:

عقد المrabحة، البنوك، المؤسسات المالية، العميل، أمر بالشراء، الزبون، التاجر، الصيرفة الإسلامية، هيئات الرقابة.

Summary:

This study aims to analyze and explain the Murabaha contract used by banks and financial institutions by presenting the legal system of the Murabaha contract by highlighting its characteristics, conditions, types and what distinguishes it from similar contracts, as well as focusing on its legal aspects in terms of the composition of the Murabaha contract by presenting its parties represented by the bank or financial institution, the customer, whether he is an order taker or a client, and the trader, then identifying its general and specific elements as well as its conditions and stages of its composition as addressed by the Algerian legislator in Regulation 20-02 defining the banking operations related to Islamic banking and the rules of practice by banks and financial institutions, as well as Directive 03-20 defining the products related to Islamic banking and specifying the procedures and technical characteristics for their implementation by banks and financial institutions.

The study also addressed the implications of the Murabaha contract in terms of the obligations and responsibilities that fall on its parties, then the risks of the Murabaha contract and the role of supervisory bodies to minimize these risks, up to the termination of the contract and the resulting cases of termination and cancellation, as well as the methods of resolving disputes that arise from it.

Keywords

Murabaha contract, banks, Financial institutions, Customer, Purchase order, Client, Trader, Islamic banking, Control bodies.