جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان– الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة دكتوراه علوم

تخصص: القانون الخاص

دور البنوك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة

مقدمة و مناقشة علنا من طرف

الطالبة : **تحت إشراف الأستاذ:**

حاج بوسعادة فتيحة **أ.د بن عصمان جمال**

أعضاء لجنة المناقشة

– د. فرحي محمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	رئيسا
– أ.د. بن عصمان جمال	أستاذ	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
– د. بوزيدي إلياس	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي مغنية	مناقشا
– د. شيخ محمد زكرياء	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي مغنية	مناقشا

السنة الجامعية: 2021-2022

إهـــــــــــداء

الحمد لله و الشكر لله، الذي بفضله تم إعداد هذه الأطروحة.

إلى روح أمي العزيزة رحمة الله عليها،

إلى أبي العزيز أطال الله عمره

إلى زوجي الغالي

إلى أبنائي الأعزاء

إلى إخوتي و أخواتي

حفظهم الله جميعا

كلمـة الشكـر

أشكر الله شكرا كثيرا و أحمده على نعمه وكرمه لإتمام هذه الأطروحة

وأتقدم بخالص عبارات الشكر والتقدير إلى أستاذي الكريم الأستاذ الدكتور بن عصمان جمال الذي وافق على الإشراف على إعداد هذه الأطروحة، والذي لم يبخل عليّ بالنصائح

و التوجيهات، والذي منحني من وقته الثمين،

كما لا يفوتني أن أشكر الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الموقرة الذين قبلوا

قراءة هذا العمل،

إلى كل من علمنا و أحسن تعليمنا

جزاهم الله عنا كل خير

قائمة بأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج ر ج ج ..... الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية

ص .....صفحة

ط ..... طبعة

ق.ت.ج .....القانون التجاري الجزائري

هـ.ت.ج.ق.م ..... هيئات الوظيف الجماعي للقيم المنقولة

ثانيا: باللغة الفرنسية

Autorité des marchés financier ……..……..AMF

Article ……..…….. art

Code monétaire et financier ……c.m.f

Journal officiel de la république française ……..…..….. J.O.R.F

Même référence……..…..……..Ibid

Loi……..L

La librairie générale de droit et de jurisprudence ……...……....L.G.D.J

Numéro……...N°

Ouvrage précité ……..……..op.cit.

Page……..p

مقدمـة

تُعتبَرُ التنمية المستدامة الحل الذي يفرض نفسه للأزمة متعددة الجوانب التي تهدد عالمنا اليوم بالانهيار. هذه الوضعية في الحقيقة تشمل العديد من النواحي سواء الجانب البيئي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي وحتى الأمني. هذه الحالة من عدم الاستقرار ليست وليدة اليوم، فحتى لا نرجع إلى أزمنة بعيدة، يمكن أن نؤكد على أنها تميز العصر الحديث. إذ نتج عن التصنيع الهائل الذي حدث منذ القرن العشرين خطر بيئي كبير يهدد المحيط الذي نعيش فيه والعنصر البشري ككل منه ظاهرة الاحتباس الحراري. كما ساهم التصنيع المتزايد في ظهور شركات كبيرة صاحبها مشاكل اجتماعية متعلقة بالوضعية الاقتصادية للشركاء الاجتماعيين، وحتى المجتمع أصبح أكثر طبقية والنمو الاقتصادي الهائل لم يعد في خدمة الجميع، بل لصالح فئة قليلة من أصحاب رؤوس الأموال أو المسيرين، إلى درجة أن فئات من المجتمع المتقدم أو الدول المتطورة أصبحت تعتبر فقيرة وحتى من الموظفين والعمال، ناهيك عن افتقار دول ومناطق بأكملها لاسيما الدول الإفريقية.

أدى تأزم الوضعية الاجتماعية والاقتصادية والبيئية إلى المناداة بضرورة تدخل الدولة للحد من التداعيات السلبية للتطور الصناعي، وقد ظهرت عدة مبادرات منذ السبعينات من القرن العشرين على مستوى الهيئات الدولية الرسمية وعلى مستوى المنظمات غير الحكومية، للحد من النتائج السلبية التي تسبب بها النشاط البشري على البيئة من خلال تشخيص تلك الظواهر لفهمها ومحاولة وضع إطار نظري لها، ومن ثمة إيجاد الحلول ومن بين تلك الحلول المقترحة للخروج بالبشرية إلى بر الأمان هي "وقف التنمية"، ولكن وقف التنمية ليس الحل المقبول الذي يرضى به الجميع، وفيما بعد جاء طرح جديد تمثل في التنمية المستدامة. وقد أكدت أغلب الدراسات على ضرورة تكثيف الجهود من طرف

القطاع العام والقطاع الخاص من أجل تحقيق التنمية المستدامة[1] التي تعني "التنمية التي تلبي احتياجات الجيل الحاضر دون التضحية والإضرار بقدرة الأجيال القادمة على تلبية احتياجاتها"[2].

اتفقت الدراسات القانونية والاقتصادية على أن التنمية المستدامة تحتوي على ثلاثة عناصر أو أهدا ف[3] يجب تحقيقها. وأول عنصر من عناصرا هو حماية البيئة، وحتى القوانين الوطنية والمواثيق الدولية تؤكد ذلك.

بالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري، فقد ربط المشرع بين حماية البيئة والتنمية المستدامة، وأنه من الضروري التوفيق بين التنمية الاجتماعية والاقتصادية والقابلة للاستمرار وحماية البيئة. وعلى المستوى الدولي، لقد تم الربط بين مفهوم التنمية المستدامة وحماية البيئة منذ انعقاد يوم الأرض الذي أحيته الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1970 من أجل هواء نقي، ثم في المبدأ الرابع من مؤتمر ريو[4]. علما أن حماية البيئة تتجسد في عدة عناصر، سواء تعلق الأمر بحماية الهواء أو الأرض أو المياه أيا كان مصدر التلوث، بالإضافة إلى حماية الكائنات الحية كالحيوانات والنباتات، أو قد يتعلق الأمر بالمحافظة على العناصر الطبيعية من الاستنفاذ الناتج عن التصنيع المتزايد، وهذا كله نلخصه في عنوان واحد هو حماية البيئة.

أما بالنسبة للعنصر الثاني أو الهدف الثاني من أهداف التنمية المستدامة فهو حماية المستهلك، حيث ظهرت الحاجة إلى حماية المستهلك (مستهلكي السلع والخدمات) باعتباره الطرف الضعيف في العلاقات الاقتصادية والقانونية، مما أدى إلى ظهور قوانين جديدة متعلقة بحماية

---

[1] عرف المشرع الجزائري التنمية المستدامة بموجب المادة 04 الفقرة 4 من القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة إطار التنمية المستدامة (ج ر العدد 43، السنة 40، بتاريخ 20 يوليو سنة 2003): " مفهوم يعني التوفيق بين تنمية اجتماعية واقتصادية قابلة للاستمرار وحماية البيئة، أي إدراج البيئة في إطار تنمية تضمن تلبية حاجات الأجيال الحاضرة و الأجيال المستقبلية".

[2] جاء في تقرير بورتلند اللجنة غير الحكومية للأمم المتحدة عن قضايا البيئة التنمية المستدامة.

[3] بالرجوع إلى موقع الأمم المتحدة نجد أن عدد أهدافها هو سبعة عشر (17) هدفا لكن الفقهاء والدارسون يحصرونها في ثلاث أو أربع أهداف. أنظر موقع الأمم المتحدة : un.org/ar/ تمت زيارة الموقع آخر مرة بتاريخ 12 جوان 2022، على الساعة 20:00.

[4] حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 52.

المستهلك. أما المسؤولية الاجتماعية، فهي تعتبر كذلك أحد عناصر التنمية المستدامة، وهناك المسؤولية الاجتماعية للأفراد، والمسؤولية الاجتماعية للشركات، ونحن في دراستنا سنتناول المسؤولية الاجتماعية للبنوك، باعتبار أن موضوع دراستنا متعلق بالبنوك وهي شركات مساهمة تخضع للمسؤولية الاجتماعية للشركات كباقي الشركات والمنظمات.

وبذلك يمكن القول أن حماية البيئة، المسؤولية الاجتماعية وحماية المستهلك هي المكونات الثلاث أو العناصر الثلاث للتنمية المستدامة، وهي من فروع الدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية. لذلك فكل فرع منها يتناولها كل من وجهة نظره ومن خلال المبادئ والعناصر التي يرى أنها مهمة، دون إغفال لوجهات النظر للفروع الأخرى.

لتمويل التنمية المستدامة يلزم تمويل ضخم، من جهة، لا تستطيع الدولة أن توفره لوحدها، ومن جهة أخرى غالبا ما تعتبر الشركات أن التنمية المستدامة ما هي إلا مصدر لتكاليف مالية إضافية تتحملها الشركة. لذلك يجب حتما الاستعانة بالتمويل البنكي لتمويل قطاع التنمية المستدامة. علما أن البنوك أصبحت مطالبة باحترام متطلبات التنمية المستدامة في جميع عناصره وأن تلعب دورا فعالا في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، ليس فقط باعتبارها شركة بل باعتبارها عنصرا مؤثرا– ومكن أن يؤثر – في نشاط واتجاهات الأعوان الاقتصاديين الآخرين لاسيما زبائنها.

استجابة لمتطلبات الدقة ولصعوبة الموضوع وتشعبه، فإن موضوع دراستنا يقتصر على دور البنوك التجارية فقط في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، فلا نتطرق للقواعد الخاصة المتعلقة بالبنوك المركزية إلا في اطار علاقة البنك المركزي بالبنوك التجارية المتمثل في التنظيم والرقابة. والتنظيم يمارسه مجلس النقد والقرض[1]، أما الرقابة فتمارسه اللجنة المصرفية[1]، لما لها من دور في ضمان

[1] المادة 62 من الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم (ج ر ج ج رقم 52، بتاريخ 27 غشت 2003).

تطبيق البنوك تطبيقا صحيحا لقواعد القانون البنكي بصفة عامة ولالتزامها بتحقيق أهداف التنمية المستدامة من خلال العناصر الثلاث للتنمية المستدامة من جهة، ومن جهة أخرى الرقابة على البنوك المتعلقة بحوكمة البنوك. وبذلك اخترنا ألا نتعرض في دراستنا إلى الجهود المبذولة على المستوى الدولي، والضغوطات التي تتعرض لها الجهات الدولية كالبنك العالمي.

يجد البنك– موضوع دراستنا– نفسه خاضعا لقواعد صارمة سواء تعلق الأمر بممارسة النشاط البنكي، وحماية المستهلك، وهناك القواعد المختلفة المتعلقة بإدارة وبتسيير المخاطر البنكية أو تعلق الأمر بالنسب المختلفة (احتياطي ملائمة والسيولة)، التي يجب على البنك أن تحتفظ بها لمواجهة المخاطر، بالإضافة إلى القواعد الخاصة بالحوكمة التي يخضع لها، بدون أن ننسى إمكانية تفعيل مسؤوليته المدنية باعتباره مُقرِض الأموال، في حالة إثبات الخطأ الذي صدر من جانبه. كلها قواعد تفرض على البنك العمل بحذر شديد حتى لا يتأثر مركزه المالي سلبا، ولا صورته ذلك أن سمعة البنك هي رأسماله.

لتحفيز البنك على الاستثمار في التنمية المستدامة أي العمل على تحقيق أهداف التنمية المستدامة، يجب قبل كل شيء أن يحقق الاستثمار ربحا للبنك بمعنى أن تكون له قيمة مضافة وألا يكون فقط مصدرا للتكاليف المالية. بالإضافة لوجود قواعد وميكانزمات وآليات قانونية من شأنها حمل البنك على احترام التزاماتها القانونية المتولدة عن ضرورة تحقيق أهداف التنمية المستدامة. علما أنه عندما يتعلق الأمر بحماية البيئة يكون البنك خاضعا للقواعد العامة المعروفة في الوقاية من الأضرار المتعلقة بالبيئة فيجب أن لا تتولد عن أعماله أية أضرار وإلا كان مسؤولا عنها، فمثلا لا يجوز استعمال مواد مسببة للسرطان في المحلات والأماكن التي يقوم فيها موظفي البنك بأعمالهم الوظيفية، وهذا النوع من المسؤولية عن الأضرار البيئية ليس محل دراستنا في هذه الأطروحة، لأنه يخضع

[1] المادة 105 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

للقواعد العامة المعروفة سواء تطبيق الأسس التقليدية للمسؤولية عن الضرر البيئي أي المسؤولية على أساس الخطأ، نظرية التعسف في استعمال الحق، وإعمال الأسس الحديثة للمسؤولية البيئية سواء تعلق الأمر بمسؤولية حارس الأشياء والمسؤولية الموضوعية المطلقة عندما يكون من الممكن تطبيقها- كاستغلال المنشآت الصناعية التي تنتج عنها نفايات خطيرة[1] فالبنك لا ينشئ المشاريع الصناعية ولا يسيرها-. بل موضوع دراستنا هو البحث في دور البنك في التنمية المستدامة من خلال البحث في مدى حماية البنك للبيئة باعتباره وسيطا ماليا أي بالنسبة للقروض التي يمنحها من جهة، علما أن نشاط البنك أصبح واسعا فلم يعد يقوم فقط بأعمال في إطار الوساطة البنكية، بل تعدتها ليشمل العمليات في البورصة والخدمات المالية والاستشارة. بدون أن ننسى أن دخول قواعد الصيرفة الإسلامية أصبح يؤثر لحد كبير في المسؤولية الاجتماعية للبنوك من جهة أخرى.

ليلعب البنك دوره المنوط به في التنمية المستدامة يجب الاعتماد على آليات خاصة لاسيما منها الحوكمة، فهي الأداة الأكثر مرونة وفعالية لضمان التزام البنك. خصوصا أن الحوكمة تعتمد على آليات داخلية وخارجية أهمها الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية، وكلها يمكن الاعتماد عليها لضمان ذلك الالتزام المطلوب من البنك، بدون أن ننسى أن المسؤولية المدنية والإدارية والجزائية المتولدة عن مخالفة المتطلبات القانونية هي كذلك من أهم الضمانات لالتزام البنك بتحقيق أهداف التنمية المستدامة، غير أن التجريم يجب أن يبقى محصورا في بعض الأفعال فقط حتى لا يؤثر سلبا في عمل البنك.

يعتبر موضوع التنمية المستدامة موضوعا حديثا وصعبا ومتشعبا، أولا لأنه لم يظهر إلا منذ سنوات السبعينات من القرن العشرين، وهو موضوع اقتصادي وقانوني في نفس الوقت، وهو ينتمي إلى المواضيع التي لا يمكن فصل الجانب الاقتصادي فيها عن الجانب القانوني، وهذه النظرة المزدوجة لم

[1] حميدة جميلة، المرجع السابق، ص 104-173.

تعد مقصورة على الجانب الفقهي فقط، فحتى القضاء أصبح مطالبا بالأخذ بعين الاعتبار الجانبين معا.

كما أن هذا النوع من الدراسة لا يمكن أن نتناوله من جانب القانون الوطني فقط، بل من الضروري أن نستعين فيها بالقوانين المقارنة، وهذا لعدة اعتبارات فقهية وقانونية، لا يمكن إغفالها، أهمها أنه حدث تطور كبير في التشريع والفقه المقارن في مجال التنمية المستدامة وتحقيق أهدافها، وبالخصوص في موضوع دور البنوك في التنمية المستدامة. أما التشريع والفقه الوطني (الجزائري) لا يزال لم يرق إلى الإلمام بكل المواضيع الجزئية التي تؤطر هذا الموضوع. مما يجعل هذا النوع من الدراسة صعبا وشيقا في نفس الوقت.

أما من ناحية توفر المراجع الفقهية حول هذا الموضوع، فالملاحظ أن أغلب الدراسات القانونية والفقهية التي تناولت موضوع التنمية المستدامة غالبا ما تركز على حماية البيئة باعتبارها عنصر من عناصر التنمية المستدامة، وذلك لعدة اعتبارات أهمها مثلا فيما يخص القانون الجزائري نجد أن القانون المتعلق بحماية البيئة جاء في إطار التنمية المستدامة. وبذلك يرتبط به ارتباطا وثيقا، وحتى في الدراسات الأجنبية نلاحظ نفس التركيز لنفس السبب. أما موضوع حماية المستهلك فغالبا ما يكون موضوعا منفصلا. وكذلك بالنسبة للمسؤولية الإجتماعية للشركات. أما موضوع دور البنوك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، فإنه –حسب المراجع التي اطلعنا عليها– فيمكن القول أنه من المواضيع المستجدة التي لحد علمنا وحسب دراستنا لم تخصص له أية دراسة فقهية مستقلة تماما. وحتى الدراسات التي اهتمت بالموضوع فأغلبها دراسات اقتصادية.

ويجب أن نشير هنا إلى الصعوبة الكبيرة التي يتلقاها الباحث أثناء دراسة هذا الموضوع نظرا لتشعبه وعدم وضوح معالمه لاسيما بسبب قلة الدراسات في المجال البنكي سواء باللغة العربية أو

الأجنبية، وقلة المراجع في مجال الموضوع المتعلق بعلاقة البنك بحماية البيئة، فإذا رجعنا إلى جزئية التزامات البنك في مجال العقود البنكية على كثرتها، وأحيانا يعتبر التزام بذل العناية هو العنوان الكبير أي الالتزام الأصلي للبنكي وباقي الالتزامات فهي تتفرع عنه ومنها التزام الحيطة والحذر[1]، وهناك من يرى أن التزام الحيطة والحذر(موجب الحيطة والحذر) هو الالتزام يتشكل من أربعة التزامات رئيسية وهي الالتزام بالاستعلام، الالتزام بالتحليل والملاءمة، التزام الإعلام والنصح، والتزام الرقابة[2]. وعند رجوعنا إلى الوسيط في شرح القانون المدني فقد اعتبر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن 'الالتزام ببذل العناية' هو مرادف لمصطلح (obligation de moyen) أو بعبارة (obligation générale de prudence et de diligence)[3].

وفي نفس الإطار نجد أن الدراسات الفقهية الفرنسية، بدورها تتناول مختلف الالتزامات وفي كثير من الأحيان تدرج بعض الالتزامات ضمن دراسة التزامات أخرى، مثلا بخصوص التزام الاحتياط الالتزام بالاستعلام متعلق بالتزام المراقبة والأمن والعناية والحذر في التزام موجود مسبقا وهو التزام الحذر[4].

وعليه فإنه حسب رأينا، فإن كل من الالتزامات المذكورة هي التزامات أصلية وغير متطابقة، يمكن أن تكون متداخلة، ويمكن أن يكون أحدها أصلا لالتزام آخر، فمثلا التزام العناية نجد أنه يمكن أن نقول انه يشبه التزام او واجب المطابقة (سنتناول التزام المطابقة في الباب الثاني الفصل الثاني). إلا ان كل واحد منها لها اساسها القانوني ونطاق تطبيق منفصل. حيث أن لكل فقيه مبرراته في تقسيم

[1] نعيم مغبغب، مبدأ عدم مسؤولية المصرف موزع الاعتمادات، واستثناءاته: دراسة في القانون المقارن، الطبعة الأولى 2009، ص 93.
[2] لبنى عمر مسقاوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006، ص 163.
[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول :نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام –العقد-العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، طبعة منقحة ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004،ص 538.
[4] Richard Routier, Obligations et responsabilité du banquier, 4e éd, Dalloz éd, paris, 2017, p 891, : « on peut se demander si l'obligation de s'informer du banquier ne rejoint pas ses obligations de surveillance, de sécurité, de diligence et de prudence dans une obligation préexistante plus générale de ' précaution ' ».

الدراسة بما يتوافق مع موضوع الدراسة، وكذلك استبعاد البعض منها إذا لم يكن متعلقا بها. علما أننا سنركز هنا على مسؤولية البنك عن الضرر البيئي في حالة إخلاله بالتزاماته.

ويعتبر نقص المراجع المتخصصة في موضوع دراستنا أهم الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد الأطروحة، وانعدام الدراسات المتخصصة في الجزائر، سواء في القانون البنكي بصفة عامة أو في دور البنوك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة هما أهم دافع لاختيارنا لموضوع البحث، وهذا بهدف التخصص في مجال البحث أولا من خلال مناقشة أطروحة الدكتوراه، ثم هو محاولة منا لإثراء الدراسة في هذا المجال.

بدون أن ننسى ذكر أن هذه الدراسة هي امتداد للتكوين الأكاديمي القانوني في الماجستير المتعلق بالقانون البنكي والمالي. علما أن التشريع الجزائري يجب أن يعرف تعديلات عميقة بحيث يتماشى مع أحدث التطورات التي عرفتها التشريعات في هذا المجال. وكذلك نجد أن القضاء الجزائري يمكن في المستقبل أن تعرض عليه العديد من القضايا بخصوص دور البنوك في حماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية للشركات، وكذلك حماية المستهلك–بخصوص مثلا بعض العمليات التي لم يتناولها القانون الجزائري بالتفصيل– وعليه فإنه مثل هذه الدراسة قد تساهم ولو بالقدر البسيط في تنوير المشرع والقاضي وذلك حتى من باب فتح النقاش حول المسائل التي تناولتها. وكذلك عسى أن تكون هذه الدراسة مرجعا يستند إليه الطلبة في طرح بعض المواضيع الجديدة–إن شاء الله–.

ويمكن الإشارة هنا، إلى أن من أهم الدراسات السابقة المتعلقة بالموضوع نجد كتاب

Pauline abadie, entreprise responsable et environnement : Recherche d'une systématisation en droits français et américain[1].

[1] Pauline abadie, entreprise responsable et environnement : Recherche d'une systématisation en droits français et américain, éd Bruylant, Bruxelles, 2013.

وقد تناول موضوع حماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية للشركات في إطار التنمية المستدامة، وهي دراسة قانونية خصص الجزء الثاني منها لمسؤولية الشركات في المجال المالي.

أما الكتاب الثاني فهو Marlène Morin, Banque et développement durable[1]، وقد تناول موضوع علاقة البنك بالتنمية المستدامة من الناحية الاقتصادية.

عملا بالمنهجية المطلوبة في الدراسات القانونية فإنه ارتأينا أن نتبع المنهج الوصفي التحليلي نظرا لتناسبه مع الدراسات القانونية، بالإضافة إلى المنهج المقارن نظرا لاعتمادنا على القوانين الأجنبية والدراسات الفقهية الأجنبية خاصة منها الفرنسية والمصرية في دراستنا.

الإشكالية: ما هي الآليات التي من شأنها تدعيم دور البنك في التنمية المستدامة ؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنتطرق في الباب الأول إلى: الإطار القانوني لعلاقته البنك بأهداف التنمية المستدامة، وفي الباب الثاني سنتناول: الآليات القانونية التي تدعم دور البنك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

[1] Marlène Morin, Banque et développement durable, éd l'Harmattan, paris.

الباب الأول

الإطار القانوني لعلاقة البنك بعناصر وأهداف التنمية المستدامة

في سنوات السبعينات أعد نادي روما[1] (club de Rome) تقريرا أكد فيه أن عملية التنمية لا يمكن أن تتم إلا في لإطار استنزاف المواد الأولية[2]، عقبها عرف العالم موجة تنادي بوقف التنمية لتفادي الأضرار البيئية والاجتماعية، وفي نفس الوقت زاد الوعي بأنه لا يمكن وقف التنمية، ولا الاستمرار على النمط المحدث للأضرار البيئية والآثار الاجتماعية والاقتصادية السلبية للمشاريع، وبالتالي بات من الضروري العمل على التوفيق بين التنمية والبيئة والمجتمع[3]. وبذلك تزايد الاهتمام بموضوع التنمية المستدامة. لكن في نفس الوقت تفطنت الدراسات الفقهية والمؤسسات والهيئات الدولية أنه أصبح من الضروري التركيز على دور البنوك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة. ذلك أن النشاط الاقتصادي خصوصا، والإنساني بصفة عامة في العصر الحديث يعتمد لحد كبير على البنوك التجارية.

لتحديد أهمية الدور الذي يجب أن تلعبه البنوك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، سندرس دور البنوك في تحقيق كل هدف من أهداف أو مبادئ التنمية المستدامة على حدى، ألا وهي المتعلقة بحماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية وحماية المستهلك. ويجب الإشارة هنا أن هذه العناصر متداخلة فلا يمكن أن تحمي البنوك البيئة دون أن تراعي المسؤولية الاجتماعية للشركات أو حماية المستهلك.

---

[1] هيئة دولية تعمل على البحث في التحكم في التنمية الاقتصادية دون حدوث ان انفلات كلي للنظام. أنظر:
Dominique Carreau et Patrick Juillard, Droit international économique, Dalloz éd, 4ème éd, paris, 2010, p57.

[2] Emmanuel Arnaud, Arnaud Berger et Christian de Perthius, Le développement durable, éd Natan, paris, 2011, p 7.

[3] العايب عبد الرحمن، التحكم في الأداء الشامل للمؤسسة الاقتصادية في الجزائر في ظل تحديات التنمية المستدامة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، جامعة فرحات عباس – سطيف، (2010- 2011)، ص 43. (المصدر الأنترنت)

فحماية البيئة هي كذلك مطلب من مطالب أصحاب المصالح ويمكن أن نقول هنا أنه متعلق المسؤولية الاجتماعية للشركات.

انطلاقا من ذلك تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، يتناول الفصل الأول مدى حماية البنك للبيئة، أما الفصل الثاني فيتناول المسؤولية الاجتماعية للبنوك وحماية المستهلك.

الفصل الأول

مدى حماية البنك للبيئة

يعتبر موضوع دور البنك في حماية البيئة من الموضوعات الحديثة الذي يجب التركيز عليه نظرا لضرورة الإلمام بهذا الموضوع من وجهة النظر التقليدية وكذلك على ضوء التطورات المتعلقة بمتطلبات التنمية المستدامة وتزايد الدور غير التقليدي للبنوك أي دورها في السوق. فهناك من جهة الدور التقليدي للبنوك المتمثل في دور الوساطة المتمثل في تلقي الودائع، منح الائتمان وتوفير وسائل الدفع وإدارتها[1] –وهو مهم جدا لاسيما في توفير الأموال التي يحتاجها أصحاب الحاجة لرأس المال من خلال الاعتماد على أموال المدخرين– وهنا نجد أن دور البنوك في حماية البيئة يكون متعلقا أصلا بالائتمان البنكي، وهذا يخضع لقواعد ومبادئ القانون البنكي لاسيما مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات بالإضافة إلى الالتزامات المهنية للبنك وقد بُنِيت على أساسها قواعد المسؤولية البنكية، خاصة المسؤولية المدنية، الذي على أساسه بنى الفقه والقضاء نظرية متكاملة تبين العلاقة بين البنك وحماية البيئة.

ولكن القطاع البنكي ليس بمنأى عن المستجدات المتعلقة بمتطلبات التنمية المستدامة، علما أن البنوك لم تعد تعتمد في نشاطها فقط على منح الائتمان[2] البنكي في إطار الوساطة البنكية، فقد توسع نشاطها ليشمل الاستشارة والعمليات المتعلقة بالبورصة وكلها تتأثر وتؤثر في دور البنك في حماية البيئة.

[1] المادة 66 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[2] أما موضوع علاقة الودائع البنكية بالتنمية المستدامة فيدخل ضمن الفصل الثاني من هذه الأطروحة.

وعليه، سنتناول في المبحث الأول أثر مبدأ عدم مسؤولية البنك والالتزامات المهنية للبنك على حماية البيئة، وفي المبحث الثاني حماية البنك للبيئة في إطار العمليات ذات العلاقة بنشاطها[1] سواء تعلقت بالبورصة أم لا.

المبحث الأول: أثر مبدأ عدم مسؤولية البنك والالتزامات المهنية البنكية على حماية البنك للبيئة

يعمل البنك في إطار الوساطة البنكية على تجميع الادخار ومنح الائتمان، ويخضع في ذلك لمجموعة من الالتزامات والمبادئ التي يجب عليه احترامها. يمكن القول أن مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات هو أهم مبادئ القانون البنكي والذي يجب البحث فيه لتبيان مدى تأثيره في حماية البنك للبيئة. أما الالتزامات المهنية للبنك فهي كثيرة ومتعددة، وهي مرتبطة بمبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات، وعلى أساسها تكون مسؤولية البنك، وهناك مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون، وهو يعتبر كمبدأ مرتبط بالتزامات البنك حيث يعتبر كحد أو خط فاصل لعمل البنك لا يجب أن يتخطاه وإلا تقررت مسؤولية البنك.

وعليه، سنتناول في المطلب الأول مفهوم مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات وأثره على حماية البيئة، أما في المطلب الثاني فسنتناول الالتزامات البنكية في منح الاعتمادات وأثرها على حماية البنك للبيئة، وفي المطلب الثالث فسنتناول التزام البنك بعدم التدخل بشؤون الزبون والاستثناءات الواردة عليه، وأثرها على مسؤولية البنك عن حماية البيئة.

[1] المادة 72 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض:" يمكن البنوك والمؤسسات المالية أن تجري جميع العمليات ذات العلاقة بنشاطها كالعمليات الآتية:.إلخ".

المطلب الأول: مفهوم مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات وأثره على حماية البيئة

تعمل البنوك في إطار نشاطها وعملياتها البنكية مع زبائن مختلفين وطنيين وأجانب، تربطهم معها علاقات تعاقدية، تحكمها قواعد مختلفة حسب الاتفاق وحسب أحكام القانون البنكي. وقد تتعدى آثار تلك العلاقات التعاقدية إلى الغير، مما يستلزم دراسة أهم المبادئ في القانون البنكي والتي لها تأثير كبير على دور البنك في حماية البيئة إما إيجابا أو سلبا. ويعتبر مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات من أهم تلك المبادئ. فما هو مضمونه ومبرراته؟ وهل يؤثر في حماية البنك للبيئة أم أن عمل البنك لا يؤثر في حماية البيئة؟ لتبيان ذلك سنتناول مضمون مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات ومبرراته في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى رأي الفقه التقليدي الرافض لتحميل البنك أية مسؤولية عن حماية البيئة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مضمون مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات ومبرراته

يعتبر مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات من أهم المبادئ في القانون البنكي، وهو من المبادئ الاستثنائية أي أنه مبدأ غير مألوف في القانون. وتطبيق المبدأ يؤثر في حماية البنك للبيئة، وعليه سنتناول مضمون المبدأ ثم أساسه القانوني ومبرراته.

أولا- مضمون المبدأ وأساسه القانوني

يبدو مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات من المبادئ القانونية غير المألوفة[1]، أي أنه مبدأ استثنائي متعلق بالقانون البنكي، والذي غالبا ما يسعى البنك للدفع به فيما إذا رفعت ضده دعوى قضائية حتى يدفع عن نفسه المسؤولية في حالة حدوث أضرار كانت ناتجة عن النشاط الذي قام

[1] "مبدأ غير متعارف عليه في الميدان القانوني الفرنسي [الافرنسي]". أنظر: نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 17.

بتمويله وهذا ما لا قد يراه الأطراف الأخرى في الدعوى، وكل جهة قد تكون لها علاقة بالنزاع، خاصة إذا تعلق الأمر بأشخاص تطالب بتعويض عن أضرار بيئية نتجت عن مشاريع إنتاجية أو صناعية مولت عن الطريق البنكي.

لفهم هذا المبدأ والإحاطة به يجب أن نحدد مضمون المبدأ ثم أساسه القانوني، ثم في الأخير سنتناول رأي المجلس الدستوري الفرنسي بخصوصه.

1- مضمون المبدأ

بالرجوع إلى أحكام القانون البنكي، فإننا نجد من بين أهم المبادئ التي يقوم عليها هو مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات، والذي يقضي بعدم جواز مساءلة البنك عن الضرر الناشئ بفعل زبائنها لمجرد حدوث الضرر عن المشاريع والأشخاص التي قام بتمويلها. فالبنك عندما يكون أمام دعوى قضائية مرفوعة ضده أمام المحاكم، يدفع بهذا المبدأ كلما كان موضوع الدعوى طلب تعويضات عن أضرار لم يتسبب بها شخصيا، بل كان المتسبب بالضرر هو أحد الزبائن. ويتجسد هذا، عادة عندما يرفع الغير الدعوى ضد البنك للمطالبة بالتعويضات عن أضرار كان زبون البنك قد تسبب فيها، ومنها الأضرار البيئية، خاصة في حالة إذا ما كانت الذمة المالية للمدعى عليه الأصلي في الدعوى غير كافية لتغطية التعويضات المطالب بها.

ولكن استقر القضاء والفقه على أن الحكم بالتعويض على البنك يجب أن يكون مؤسسا على بعض الحالات فقط والتي يحددها القانون بالتفصيل. وهي متعلقة أصلا بحالة ارتكاب البنك

الخطأ الجسيم لاسيما في حالة "دعم المؤسسة بصورة تعسفية"[1] ، أما اطلاق اعتبار البنوك مسؤولة عن الأضرار الناشئة بفعل زبائنها فلا يوجد ما يبرره قانونا.

2- الأساس القانوني لمبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات

بالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي، نجد أن المشرع الفرنسي قد أسس مبدأ عدم مسؤولية البنك بموجب نص المادة L.650-1 من القانون التجاري[2] في الفقرة الأولى المعدل بموجب القانون 2005-845 بتاريخ 26 جويلية 2005[3] والذي دخل حيز التنفيذ في 2006. أين نص صراحة على أنه لا يمكن اعتبار الدائنين مسؤولين عن الأضرار الناتجة عن الأموال المقرضة. علما أن هذه المادة لا تطبق إلا على الدعاوى القضائية المرفوعة ابتداء من الفاتح جانفي 2006، وبذلك يجب مراعاة تاريخ الوقائع موضوع المطالبات القضائية[4].

لقد وجهت الكثير من الانتقادات لمبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات، وخاصة بعد إقراره قانونا، واعتبره جانب من الفقه أنه مبدأ غير دستوري، أي مخالف لأحد أهم المبادئ الدستورية وهو حق الادعاء، والذي بموجبه يحق لأي شخص رفع الدعوى القضائية أمام القضاء إذا كانت له مصلحة مشروعة- أي معتبرة قانونا-. وقد نظر المجلس الدستوري الفرنسي في مشروعية هذا المبدأ وأصدر قراره بتاريخ 22 جويلية 2005 والذي أقر أن مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات هو مبدأ دستوري، ولا يعني تكريسه قانونا عدم جواز رفع الدعوى ضد البنوك، فالحق في رفع الدعاوى

[1] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 24.

[2] L'art L-650-1 c.c.f : « Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie sont disproportionnées à ceux-ci… ».

[3] L.N° 2005-845, du 26 juillet 2005, relative à la sauvegarde des entreprises, J.O du 27 juillet 2005, rectifié J.O du 22 octobre 2005.

[4] Christian Gavalda et Jean stoufflet, Droit bancaire, 9ème éd, éd LexisNexis, paris, 2015, p 391.

أمام الجهات القضائية هو مكفول للجميع أصلا[1]. أي يحق لأي شخص اللجوء ورفع الدعوى ولكن قبول الدعوى والحكم على البنوك بالتعويض عن الأضرار هو الذي يخضع لمبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات باعتباره من أحد أهم مبادئ القانون البنكي. وقد أكد القرار هذا الاتجاه أي مشروعية المبدأ على أساس أن هذا المبدأ له ثلاث استثناءات حددها نص المادة L.650-1 من القانون التجاري الفرنسي أي أن المشرع هو الذي يضع حدود مسؤولية البنك موزع الاعتمادات.

وهذا يتوافق مع الشرطين الذين حددهما المجلس الدستوري الفرنسي ليكون تحديد المسؤولية من طرف المشرع مقبول قانونا، فالشرط الأول يتعلق بعدم جواز أن ينص النص التشريعي على إلغاء المسؤولية كلية أي على اطلاقها. وهنا أقر المشرع مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات لكن في نفس الوقت أقر ثلاثة استثناءات أي مسؤولية البنك موزع الاعتمادات في بعض الحالات. أي أنه لا يوجد إلغاء للمسؤولية بصفة مطلقة، أما الشرط الثاني الذي وضعه المجلس الدستوري فمتعلق بضرورة أن يكون تدخل المشرع جاء في إطار المصلحة العامة أي لتوضيح الإطار القانوني لمسؤولية البنك موزع الاعتمادات، وهذا من شأنه تعزيز وضعية البنك الذي من دوره توفير الأموال اللازمة لاستمرارية الشركات التي تكون بحاجة لتلك الأموال لتعزيز وضعيتها المالية[2]، وبهذا يكون حسب المجلس الدستوري أن تدخل المشرع بالنص على عدم مسؤولية البنك ووضع استثناءات عليه مشروع قانونا.

لا ننسى أن ننوه هنا إلى أن الاتجاه الحديث في فرنسا بخصوص إقرار مشروعية القواعد القانونية المختلفة لا يتوقف عند رأي المجلس الدستوري فقط، بل يمكن أن يكون محلا لدعوى مرفوعة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. خاصة في حالة رفض القضاء للطلبات القضائية المؤسسة

[1] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص22- 23.

[2] Richard Routier, op.cit., p 35.

على الدفع بعدم مشروعية المبدأ. وقد اعتبر الفقه أن هذا المبدأ يعتبر 'قنبلة موقوتة' إذا قضت محكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بعدم مشروعيته[1].

ثانيا- مبررات مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات

يجب تحديد المبررات القانونية والاقتصادية لمبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات خاصة أن هذا المبدأ قد يبدو أنه يتعارض مع بعض مبادئ القانون أهمها حق التقاضي.

1- المبررات القانونية لمبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات

هناك العديد من المبررات القانونية التي يمكن أن تفسر مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات، وتلك المبررات لها علاقة مباشرة بدور البنك في حماية البيئة أي يؤثر في مسؤولية البنك عن الضرر البيئي الناشئ عن فعل الزبون. أهم المبررات القانونية لدينا انفصال عقد الائتمان عن نشاط الزبون المحدث للضرر البيئي، وعدم جواز التوسع في تحميل البنك المسؤولية الموضوعية.

أ- انفصال عقد الائتمان عن نشاط الزبون المحدث للضرر البيئي

عادة ما يلجأ الأفراد والشركات وحتى الدولة إلى البنك لتوفير المبالغ المالية اللازمة لتمويل نشاطاتهم الصناعية والإنتاجية ولتمويل الحاجات المالية المختلفة، وهنا يرتبط البنك بالزبون من خلال التوقيع على عقد الائتمان بعد الاتفاق على مختلف الشروط التعاقدية. وهنا نجد أن هناك علاقة قانونية أصلية تنشأ بين الزبون ومشروعه الصناعي تتمثل في ملكية أو تسيير أو أية علاقة قانونية أخرى. أما علاقة البنك بالزبون فهي علاقة قانونية أخرى غير مرتبطة مباشرة بعلاقة الزبون بالمشروع، وإن كانت سببا لطلب الأموال من البنك.

[1] Richard Routier, op.cit., p 374.

من أهم قواعد القانون البنكي ومن المستقر عليه فقها نجد مبدأ عدم مسؤولية البنك عن فعل الزبون وذلك كمبدأ عام، وهذا يجد ما يبرره من الناحية القانونية، وهو أن عقد الائتمان منفصل تماما عن المشروع الذي من أجله طلب الزبون المبالغ المالية[1] .

فإذا أحدث مشروع أو نشاط الزبون الذي موله البنك أضرارا بيئية فإنه بالرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية عن الأضرار الناتجة فإن المسؤول عن جبر الضرر هو صاحب المشروع –أي زبون البنك– الذي قام بأفعال أحدثت أضرارا بالبيئة[2]. وعليه فإن البنك لا يكون مسؤولا عن الأضرار البيئية بل صاحب المشروع أو النشاط هو المسؤول عن الضرر البيئي الحاصل. وحتى بعد اثارة الصعوبات المتعلقة بإثبات الخطأ من الناحية العملية، فقد تم اعتماد نظرية العمل غير المشروع، وهي تتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية مضار الجوار كأساس للمسؤولية، وأغلبها متعلقة باستغلال مشروع صناعي تسبب في الأضرار البيئة محل المطالبات بالتعويض[3]، أي الأصل أنها لا تنطبق على البنك الذي لا ينشئ المصانع ولا يمكتلكها، ولا يسيرها.

ب– عدم جواز التوسع في تحميل البنك المسؤولية الموضوعية

على أساس مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات[4] والمستقر عليه فقها[5] فإن البنك عندما يقوم بعمليات البنوك كالإقراض لا يمكن أن يكون مسؤولا عن الأضرار الناشئة عن فعل الزبون عموما وعليه لا يجوز تحميل البنك المسؤولية الأضرار البيئية التي تنشأ بفعل الزبائن، لأن الفعل المحدث للضرر البيئي لا يتعلق بعمل البنك المتمثل في منح الائتمان، فالبنك لا ينشئ المشاريع ولا يديرها ولا

[1] « Le crédit est donc normalement indépendant du contrat ou de l'activité qu'il permet de financer » ; Pauline abadie, op.cit. , p 553.

[2] تقوم المسؤولية عن الضرر البيئي على أساس المسؤولية الشخصية أي على أساس الخطأ. وهنا يجب إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ ة الضرر، أنظر: حميدة جميلة، المرجع السابق، ص.ص 105-122.

[3] حميدة جميلة، المرجع السابق، ص 143.

[4] L'art L-650-1 c.c.f.

[5] أنظر الصفحة الموالية.

يتدخل في عملية الإنتاج ولا يمكن أن نقول أن الائتمان البنكي تسبب في ضرر بيئي، فوحده النشاط الصناعي الذي قام به الزبون قد يحدث بفعله أضرارا بالبيئة.

وإن جاءت تبريرات في اتجاه تحميل البنك المسؤولية باعتبار أنه لولا تمويل البنك للزبون لما قام أصلا بالنشاط المحدث للضرر البيئي فإن هذا يكون تأسيسا للمسؤولية الموضوعية لمسؤولية البنك، وهذا يعتبر توسعا غير مبرر في تحمل البنك لتبعات أعمال الزبون وأن هذا من شأنه أن يفتح مجالا لتحميل البنك مسؤولية عن أعمال الزبائن كما في حالة الطرد التعسفي لمستخدميها إلى غير ذلك من حالات المسؤولية[1].

بالرجوع إلى أحكام القانون، يعتبر ركن الخطأ ركنا أساسيا في المسؤولية المدنية للبنوك، وبذلك يكون أساس المطالبات القضائية المرفوعة ضد البنوك هو إثبات الخطأ البنكي. أي إثبات أن الخطأ الذي أدى إلى حدوث الضرر محل التعويض صادر عن البنك شخصيا. فحالات المسؤولية البنكية تكون دائما مبنية على إما ممارسة البنك لحق والذي أدى إلى احداث ضرر، أو على عدم تنفيذ البنك لالتزاماته[2]، وليس لمجرد أنه الطرف الموسر (المليئ) الذي يمكن الرجوع عليه في حالة إعسار المدين.

وعلى أساس مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات، فإن تقدير دور البنك في حماية البيئة يكون بالسلب، أي أن البنك ليس له أية علاقة بحماية البيئة، ذلك أن اعتبار أن النشاط البنكي الأصلي المتمثل في منح الاعتماد لا يمكن أن يحدث ضررا بيئيا، وبذلك لا يجوز مساءلة البنك عن الضرر البيئي.(وهذا هو رأي الفقه التقليدي الذي سنبينه لاحقا)[3]. وهذا هو موضوع دراستنا، أي أن

[1] Pauline Abadie, op.cit., p 553.

[2] لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 67 .

[3] أنظر أدناه: ص 23.

تقتصر هذه الدراسة على حالة وجود علاقة عقدية بين البنك والزبون الذي تسبب بالضرر البيئي. أما حالات وجود ضرر بيئي متعلق بالبنك أي ناتج عن فعل البنك فقط فهو خاضع للأحكام العامة للمسؤولية عن الضرر البيئي وليس موضوع دراستنا هنا. أما حالات تدخل البنك للقيام بأعمال تعتبر صديقة للبيئة كالتبرع بمبلغ مالي لصالح جمعية تنشط في مجال حماية البيئة أو مخابر بحث لتطوير الدراسات حول حماية البيئة فكلها تدخل في موضوع المسؤولية الاجتماعية للبنك في شقه المتعلق بالمسؤولية الاجتماعية للشركات أي خارجيا وهذا يدخل في الفصل الثاني من هذا الباب[1]. ونفس الشيء فيما يخص توفير البنك خدمات أو عقود للزبائن تدخل في إطار حماية البيئة، كلها تدخل في الفصل الثاني.

كما أن مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات هو أصلا مرتبط بحالة عدم كفاية الذمة المالية للمدين لتسديد ديونه أي بحالة إفلاسه. وقد أقره المشرع حتى لا تكون كل الدعاوى المرفوعة على مدين البنك من طرف الغير موجهة ضد البنك لأنه شخص موسر. علما أنه في أغلب الحالات المتعلقة بالتعويض عن الأضرار البيئية تكون المبالغ المالية المطلوب الحكم بها كبيرة جدا وحتما ستكون الذمة المالية للمعنيين بها غير كافية لتسديدها، وهنا يكون الالتجاء للبنك كحل لاستيفائها، وهذا غير مبرر قانونا.

2- المبررات الاقتصادية لمبدأ عدم مسؤولية البنك

يرى جانب من الفقه أنه لا يجوز البحث في موضوع مسؤولية البنك موزع الاعتمادات "ومن البديهيات استبعادها عنه، لأنه يضطلع بنشاط اقتصادي اجتماعي. فيعود له ضخ الأموال لدعم الاقتصاد الوطني، مما يعادل ضخ الدماء في جسم الانسان أو الهواء لانعاش الرئة، وأكثر من ذلك،

[1] أنظر أدناه ص 110 وما يليه.

فهو يقوم بهذا النشاط ويتحمل المخاطر المرتقبة والتي تتلازم مع نشاطه"[1]. فالأصل أن يُنظَر للبنوك من جانب أهميتها الاقتصادية في الدولة، والاعتراف بالحاجة إلى البنوك في التنمية[2]، من خلال البحث في كيفية زيادة الكفاءة البنكية، وأما البحث في مسؤولية البنك عن الضرر البيئي الحاصل بسبب المشاريع التي تمولها البنوك من شأنه أن يقلل من نجاعة البنوك، وقد يزيد من تخوف البنوك ويكون ذلك سببا في إحجام البنوك عن تمويل بعض المشاريع الاقتصادية.

كما أنه، وإن كان نشاط البنك هو أصلا تجارة النقود، إلا أن هذا لا يعني أن البنك يجب أن يكون مسؤولا ماليا واقتصاديا عن نزاهة المدينين[3] ومدى عنايتهم بالبيئة. بل يبقى زبون البنك مسؤولا مسؤولية شخصية عن أفعاله وعن الأضرار –منها الأضرار البيئية– الناتجة عن أفعاله.

الفرع الثاني: موقف الفقه حول دور البنوك في حماية البيئة

تقوم العلاقة بين البنك والزبون على توفير المبالغ المالية اللازمة لتمويل مشاريع الزبائن، وبذلك يرى الفقه أن البنك ليس له أية علاقة بمتطلبات حماية البيئة ، وهذا لعدة اعتبارات أهمها كما رأينا أهمية دور البنك في التنمية والحاجة إليه وعدم جواز التوسع في تحميله المسؤولية الموضوعية. ولكن رأي الفقه ليس جامدا بل يتطور بتطور الزمن وبتطور النظرة القانونية إلى موضوع حماية البيئة، وهنا نجد أن رأي الفقه حول موضوع حماية البنك للبيئة قد مر بعدة مراحل. وقد تطور من رفض لعلاقة البنك بحماية البيئة إلى مطالبة الفقه للبنوك بحماية البيئة.

[1] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 19.
[2] تشوار خير الدين، الوساطة المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية: حالة الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر-كلية الحقوق، العدد 03، سنة 2010، ص 120.
[3] Richard Routier, op.cit., p 39.

أولا– الاتجاه الرافض لعلاقة البنك بحماية البيئة

من المستقر عليه فقها وقضاء أن البنك ليس له أية علاقة بالنشاطات المحدثة لآثار سلبية على البيئة، كما يرى جانب من الفقه أنه من الصعب ايجاد الرابط بين النشاط البنكي الأصلي المتمثل في تلقي الودائع من الجمهور ومنح القروض البنكية مع التنمية المستدامة لاسيما لصعوبة إظهار آثاره على التنمية المستدامة[1]. خاصة أن البنوك لا تدخل في النشاط الإنتاجي والصناعي بطريقة مباشرة فهي لا تشيد المصانع ولا تستخرج مواد أولية ولا تنقل المواد الكيماوية التي قد يكون لها أثر سلبي على الطبيعة وعلى البيئة. وتكمن العلاقة بين البنك وحالات الأضرار المتسببة للبيئة في علاقتها مع الزبائن. أي أنها علاقة غير مباشرة.

كما أنه بالرجوع إلى أحكام الالتزامات المهنية العامة للبنك لاسيما واجب عدم التدخل في شؤون الزبون فإن الزبون يكون وحده مسؤولا عن الأضرار البيئية الناشئة بفعله وهذا هو رأي الفقهاء والقضاء الفرنسيين، لاسيما Bonneau وGavalda. خاصة أن الدراسات تؤكد أنه عند البحث في القانون والقضاء الفرنسي حول قضايا مرفوعة أمام المحاكم بخصوص مسألة الحكم على البنوك بالتعويض عن الأضرار البيئية الناشئة بفعل الزبون فإنه لا توجد أية قضية في القضاء الفرنسي بهذا الشأن لغاية سنة 2013[2].

[1] Marlène Morin, op.cit., p 15.

[2] Gérard Mondello, la responsabilité environnementale des préteurs, difficultés juridiques et ensemble des possibles , Ed l'actualité économique, vol 88 , n° 2, p 269. Source internet : https://doi.org/10.7202/1018431ar téléchargé le 01 juin 2020 à 03 :18.

ثانيا– نقص الاهتمام بالجانب البيئي قبل السبعينات

على أية حال، موضوع حماية البيئة لم يكن أحد الأولويات لا على المستوى المحلي ولا على المستوى الدولي وذلك لعدة اعتبارات أهمها أن التركيز كان على التنمية والتنمية الاقتصادية، وأما موضوع حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة فهو موضوع جديد ظهر في نهاية السبعينات وتكرس كما نعرفه الآن منذ التسعينيات من القرن العشرين. ولكن في نفس القول يمكن القول أنه حدثت عدة تغييرات جوهرية على هذا الرأي مع تطور النظرة إلى البيئة وضرورة حماية البيئة، إلى ظهور مفهوم حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة. وهذا مر بعدة مراحل، وهي مرحلة أولوية التنمية والتطور الاقتصادي على حماية البيئة، ثم مرحلة إصدار المواثيق والقوانين المتعلقة بالبيئة، وأخيرا مرحلة مطالبة البنك بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

1– مرحلة أولية التنمية والتطور الاقتصادي على حماية البيئة

يعتبر التطور الاقتصادي وتوفير الحاجات الضرورية للإنسان أهم ما تركز عليه الدول والمجتمعات فحفظ العنصر البشري والرقي به، مقصد معتبر. ويقصد بالنمو الاقتصادي "حدوث زيادة مستمرة في متوسط الدخل الفردي الحقيقي مع مرور الزمن"[1]، فالنمو الاقتصادي يرتبط بزيادة نصيب دخل الفرد بزيادة الدخل الكلي، فلا يمكن أن يكون هناك نمو اقتصادي متعلق بأحدهما دون الآخر. أما التنمية الاقتصادية فهي أشمل من النمو، وهو يشمل القدرة على توفير الاحتياجات الأساسية للإنسان في إطار الحياة الكريمة للإنسان وما يكفل له نصيبا من الحرية والرفاه.

[1] يوسفات علي، اقتصاديات المواقع ودورها في تحقيق التنمية المستدامة، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية اللوم الاقتصادية والعلوم التجارية والتسيير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 327.

فما كان إلا أن أدى التصنيع المتزايد والتسابق نحو تحقيق معدلات إنتاج كبيرة خاصة بعد الحرب العالمية الثانية إلى تفاقم المشاكل البيئية وتمركزها في مناطق معينة كأوروبا. ولكن ظهور الدول المستقلة حديثا وما صاحبها من نمو سكاني، وتعاظم الحجم الصناعي لدول كالصين والهند بالإضافة إلى تزايد المبادلات التجارية وظهور الشركات متعددة الجنسيات والاستثمار المباشر وغير المباشر أدى إلى أن المشاكل البيئية الناتجة عن التصنيع أصبحت مشاكل تشترك فيها البشرية جمعاء وتضرب أقطار المعمورة دون تمييز بين شمال وجنوب أو شرق وغرب، أو بين دول نامية وأخرى متقدمة، فتزايد الاهتمام بحماية البيئة.

إن الاهتمام بحماية البيئة موضوع يعتبر حديثا نوعا ما. ومن الناحية القانونية عندما ندرس موضوعا ما، فإننا سوف نرجع إلى أهم عنصر ألا وهو تصنيف ذلك الموضوع ضمن دائرة الحقوق والالتزامات سواء بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للدولة، فيرى جانب من الفقه، أن الحق في بيئة سليمة " أنه حق غير محدد المضمون سواء من حيث مضمونه أو من حيث صاحبه وكذلك ما المراد بالحماية، هل نحمي الإنسان نفسه بتأمين وسط صالح للعيش له أم نحمي ونصون البيئة بما نستطيع عنه في النهاية حماية الإنسان"[1]، كما أن الاعتراف بالحق في بيئة سليمة يهدد وجود حقوق أخرى مضمونة كالحق في العمل من خلال القيود التي ترد عليه حماية للبيئة[2].

وبالرجوع إلى القواعد العامة المتفق عليها فإنه نجد أن الحق في بيئة سليمة لايزال من الحقوق التي نصت عليها المواثيق والدساتير لكن لم توضع بعد الآليات والميكانزمات الدقيقة لضمان حمايته. يعتبر المشرع الجزائري حماية البيئة حقا للشعب وللمواطن، وهو واجب تلتزم به الدولة، وهذا في الدساتير والتعديلات المتوالية.

[1] سايح تركية، حماية البيئة في ظل التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، ص 41.
[2] نفس المرجع، ص 42.

2- مرحلة إصدار المواثيق والقوانين المتعلقة بالبيئة

لقد تجسد الاهتمام بحماية البيئة من خلال اصدار الدول على المستوى الداخلي للعديد من القوانين الوطنية المتعلقة بحماية عناصر البيئة، أما على المستوى الدولي فقد تزايد عدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة منها:

- قدم المتخصصون في الاقتصاد تقريرا سنة 1972 إلى نادي روما (Le club de Rome) ينددون فيه بالمشاكل المترتبة عن ربط التطور بالنمو الاقتصادي[1].
- لقد ربط المكتب الدولي للعمل (BIT) سنة 1976 بين العمل والفقر.
- اعتماد فكرة جديدة في قمة ريو سنة 1992، وهي أن حل مشاكل التنمية المستدامة يكمن في التجارة.
- فرض بروتكول كيوتو في 11 ديسمبر 1997 ضريبة على الغازات المتسببة في الاحتباس الحراري (Quota d'émission de gaz à effet de serre)[2] .
- اتفاق باريس حول التغيرات المناخية في 12 ديسمبر 2015[3] الذي صادقت الجزائر عليه بموجب المرسوم الرئاسي 15-119 المؤرخ في 13 ماي 2015 المتضمن قبول تعديلات الدوحة المدخلة على بروتكول كيوتو حول اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ المنعقدة بالدوحة، قطر في08 ديسمبر 2012.

[1] Gisèle Belem, Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable ? L'expérience de l'industrie minière du Mali, thèse présentée comme exigence partielle du doctorat en sciences de l'environnement, l'Université du Québec à Montréal, Canada, 2009, p 34.

[2] Alain court et Catherine Malecki, Collectif, les défis actuels du droit financier, Virginie Mercier, (contraintes environnementales et création de valeurs), Joly éditions et Lextenso éditions, paris, 2010, p 267

[3] المرسوم الرئاسي رقم 15-119 المؤرخ في 24 رجب عام 143الموافق 13 مايو سنة 2015 يتضمن قبول تعديلات الدوحة المدخلة على بروتكول كيوتو حول اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ المنعقدة بالدوحة، قطر في 08 ديسمبر سنة 2012، ج ر العدد 26، السنة 52 بتاريخ 20 مايو سنة 2015.

- صادقت الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي144/04 المؤرخ في 28 أفريل 2004 المتضمن التصديق على بروتوكول كيوتو حول اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ المحرر بكيوتو في 11 ديسمبر 1997[1].

– صادقت الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99/93 المؤرخ في 10 افريل 1993 المتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 09 ماي 1992.

نجد أنه خلال هذه المرحلة لا توجد أية قوانين أو اجتهادات قضائية متعلقة بمسؤولية البنك عن الضرر البيئي.

وقد اهتم دستور 2020[2] اهتماما خاصا بموضوع حماية البيئة، وخاصة من خلال النص عليه في الدباجة[3]، والذي إن دل على شيء دل على أن مبدأ حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة أصبح يعتبر بالنسبة للقانون الجزائري مبدأ قانونيا تلتزم به جميع أجهزة الدولة من إدارات عمومية وجهات حكومية. مما تجدر الإشارة إليه أن أهمية ديباجة الدستور لا تقل عن أهمية المتن أو النص، بل ويعتبر جانب من الفقه أن الديباجة عبارة عن المبادئ السامية التي تصبح جميع الجهات الإدارية في الدولة ملزمة بها ومصدرا من مصادر المشروعية[4].

[1] المرسوم الرئاسي رقم 04-144 المؤرخ في 28 أفريل 2004 المتضمن التصديق على بروتوكول كيوتو حول اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ المحرر بكيوتو في 11 ديسمبر 1997، (ج ر ج ج العدد 29، السنة 41، بتاريخ 9 مايو سنة).

[2] المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية (العدد 82 بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2020).

[3] "كما يظل الشعب منشغلا بتدهور البيئة والنتائج السلبية للتغير المناخي، وحريصا على ضمان حماية الوسط الطبيعي والاستعمال العقلاني للموارد الطبيعية وكذا المحافظة عليها لصالح الأجيال القادمة".

[4] Jacqueline Morand Deviller, Droit administratif, Edition Montchrestien, 11ème éditions, paris, 2009, p 281.

وقد نصت المادة 64 من دستور 2020 "للمواطن الحق في بيئة سليمة في إطار التنمية المستدامة"، وهذا تأكيد لما جاء به دستور 2016 لاسيما في المادة 68 والمادة 19 من دستور 2016 .[1]

ولكن، حماية البيئة لاتزال تصنف ضمن الأهداف التي يرجى تحقيقها، أي أنها آمال تصبوا المجتمعات لتجسيدها وليست حقا بالمعنى الضيق، فالحق بالمعنى القانوني الدقيق يكون مصلحة للدائن في ذمة المدين ، والحماية القانونية تتدخل بفرض التزام المدين. وهذا ما لا يجد أي تطبيق له عندما نبحث في التزام البنك بحماية البيئة عند النظر له من جانب الفقه التقليدي.

ثالثا– ظهور جانب من الفقه يطالب البنك بأن يلعب دورا إيجابيا في حماية البيئة

تطورت نظرة الفقه إلى البنوك فظهرت العديد من الدراسات المتخصصة التي ترى أنه أصبح لزاما على البنوك الاهتمام بموضوع حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، وعدم الاهتمام فقط بالمسائل الاقتصادية والمالية وادخاله في نظرتها المستقبلية واستراتيجيتها على المدى الطويل[2].

وقد تطور رأي الفقه وأصبح ينادي بضرورة تدخل البنوك لحماية البيئة وأن تلعب دورا إيجابيا لاسيما تحت تأثير المنظمات غير الحكومية وأصحاب المصالح– كما سنفصله لاحقا في الفصل الثاني –. علما أن رجال الاقتصاد كانوا سباقين في ذلك، لاسيما من خلال دراسة الأهمية الاقتصادية لتطبيق المسؤولية بدون خطأ، خصوصا موضوع المسؤولية البيئية للدائنين وأهم الكتاب في هذا المجال نجد (Boyer et Laffont) و(Pitchford)[3].

[1] القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 06 مارس 2016سنة المتضمن التعديل الدستوري، (ج ر العدد 14 بتاريخ 07 مارس 2016).

[2] Marlène Morin, op.cit., p 12.

[3] Gérard Mondello, op.cit., p 259.

وقد زاد هذا الاهتمام خصوصا بعد اصدار الولايات المتحدة الأمريكية العديد من القوانين الفيدرالية البيئية[1] وفتح لمكاتب فيدرالية متخصصة بحماية البيئة (EPA)[2]، ثم صدر قانون (CERCLA)[3] في 11 ديسمبر 1989. والذي أنشأ صندوق خاص (Superfund) و القاعدة المتبعة في تحصيل مستحقات الصندوق هو الملوث الدافع[4]، وتوسيع المسؤولية إلى الشركاء الاقتصاديين وهمنهم البنك، أي جواز تحصيل التعويضات المحكوم عليها لجبر الضرر البيئي من البنك، باعتباره شريكا اقتصاديا لاسيما أن البنك يقع عليه التزام قانوني بالسهر على اختيار المشاريع التي يقوم بتمويلها على أساس احترامها للمعايير البيئية، وبذلك المساهمة في السياسة الوقائية من الأخطار البيئية[5].

في إطار ذلك القانون كانت البنوك المعنية تقوم بتسيير المنشآت المتوقفة عن النشاط لاسيما بسبب حدوث أضرار على البيئة، ذلك لأن البنك بصفته ممولا للمشروع يقوم بتصفية الكفالة التي تمت بمناسبته، وبذلك يبدو البنك كمالك للمنشأة، وبهذه الطريقة كانت المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية تفرض في بعض الحالات على البنك في إطار قانون (CERCLA) أحكاما بالتعويض للضحايا[6]، بدون خطأ وبالتضامن[7] فتتم متابعة كل جهة أو مؤسسة أو بنك له علاقة بالمنشأة المتسببة في الضرر البيئي.

[1] National Environmental Policy Act 1969.
[2] l'Agence de protection de l'environnement du 02 février 1970.
[3] Comprehensive Environemental Response Compensation and Liability Act
[4] Thierry Sénéchal, Un aperçu des expériences étrangères : le Superfund américain, 10 septembre 2007. thierry.sénéchal@post.harvard.edu
[5] Julien Jacob, Prévention ou innovation ? Vers une nouvelle définition de la gestion publique des risques technologiques Revue d'économie politique, Edition Dalloz, N° 04, juillet –aout 2016, p 508.
[6] Gérard Mondello, op.cit., p 259.

[7] Sandrine Spaeter, Les firmes face à leur responsabilité environnementale, Revue Problèmes économiques, mercredi 24 novembre 2004, p 58.

لكن فيما بعد عرف هذا القانون العديد من التعديلات حيث قام الكونغرس في 1994 بإلغاء الرسم المتعلق بالنشاطات الملوثة مما أدى إلى تراجع ميزانية الصندوق[1]. وعليه فتعويض الضحايا وتنقية الأماكن الملوثة يقع في الأخير على كل جهة يمكن إثبات أنها كانت تتصرف بصفتها مالكا للمنشأة التي تسببت في الضرر. كما صدر سنة 1997 في الولايات المتحدة الأمريكية قانون (Ressource Conservation and Recovry Act –RCRA) المتعلق بتحصيل التعويضات. حيث نصت المادة 9607 من قانون (CERCLA) على أن مالك المشروع أو مستغله وكذلك المقرض أو الدائن أو الدائن المرتهن ، المؤمن، الشركة الأم أو فروع الشركات أي كلهم يمكن أن يعتبروا مسؤولين عن التلوثات البيئية التي تسبب بها المشروع، وذلك بهدف حث البنوك خاصة على صرامة أكبر تجاه زبائنهم فيما يخص حماية البيئة[2]، وبذلك تساهم البنوك في السياسة الوقائية من الأخطار البيئية[3].

غير أنه لا يمكن اتخاذ القانون الأمريكي كأساس يعتمد عليه في تقرير مسؤولية البنك الدائن عن الضرر البيئي نظرا لعدة اعتبارات قانونية من أهمها اختلاف التطبيقات المتعلقة بمفهوم الضمان العيني والشخصي، ففي الولايات المتحدة الأمريكية تنتقل ملكية الضمان إلى البنك بمجرد ثبات عدم قدرة الزبون على تسديد الدين. لكنه في نفس الوقت سمح بالانفتاح على طرق جديدة في التعامل مع الضرر البيئي.

[1] Thierry Sénéchal, Thierry Sénéchal, La réparation des atteintes à l'environnement : un aperçu des expériences étrangères : le Superfund américain, thierry.senechal@post.harvard.edu le 25-05-2007.pdf (téléchargé le 26-10-2016 à 04 :23), P 10.

[2] Sandrine Spaeter, l'incidence des régimes de responsabilité environnementale sur les comportements de prévention et d'assurance des firmes, Revue économique, vol 55, N°2, 2004, P 231.

[3] Julien Jacob, op.cit., p 508.

ويرى الفقه الفرنسي، أنه يمكن القول أن الاهتمام بموضوع حماية البنك للبيئة من خلال إمكانية إقرار مسؤوليته عن الديون الناشئة عن الزبائن المُتسببين في التلوث خصوصا في حالة وجودهم في وضعية صعبة، قد زاد خصوصا مع احتمال تدخل المشرع في هذا الاتجاه[1].

المطلب الثاني: الالتزامات البنكية في منح الاعتمادات وأثرها على التزام البنك بحماية البيئة

يجب أن نبين هنا أن دراسة مسؤولية البنك عن حماية البيئة محل الدراسة هنا تستلزم دراسة ما هي الالتزامات الملقاة على البنك في إطار العلاقة التعاقدية بينه وبين الزبون، في حالة أن الزبون هو الذي يحدث الضرر البيئي. وأهم الالتزامات الملقاة على البنك في علاقته مع الزبون تتمثل في التزام بذل العناية، التزام بدراسة مالية الزبون، والتزام بعدم التدخل في أعمال أو شؤون الزبون وكلها التزامات مهنية أي "وظيفية"[2].

وقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلي الالتزامات البنكية المتمثلة في التزام بذل العناية في الفرع الأول، في الفرع الثاني التزام الاستعلام، في الفرع الثالث التزام المراقبة، في الفرع الرابع واجب الحيطة والحذر.

الفرع الأول: التزام بذل العناية

يعتبر التزام بذل العناية من الالتزامات البنكية الأساسية. وعليه، سنتطرق إلى الأساس القانوني لالتزام البنك ببذل العناية وتأثيره في مسؤولية البنك عن الضرر البيئي، كما سنتطرق لمعيار حسن النية في تطبيقه.

[1] Virginie Mercier, contrainte environnementale et création de valeur, op.cit., p 265-266.

[2] عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه-القضاء-التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجاري وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2006، ص 143.

أولا– الأساس القانوني لالتزام البنك بذل العناية

يعتبر التزام بذل العناية من أهم الالتزامات البنكية، لكن هذا الالتزام يجد أصله في القانون المدني، " وهو التزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق الغرض أو لم يتحقق، فهو إذا التزام بعمل، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته"[1].

يعتبر التزام بذل العناية من أهم الالتزامات الملقاة على البنوك، غير أن مضمونه يبقى صعب تحديد المعالم لأنه متعلق بالعديد من الالتزامات البنكية التي تحكم النشاط البنكي، وإن لم نقل أنها تتعلق بكل الالتزامات البنكية. ذلك أن البنوك باعتبارها تمتهن النشاط البنكي يقع عليها الالتزام باحترام كل القواعد القانونية الملزمة لها أيا كان مصدرها القانوني (المشرع أو مجلس النقد والقرض) أو العرف البنكي أو الأحكام التعاقدية لاسيما في مجال منح الائتمان المصرفي، ولكن كذلك في كل العمليات والخدمات التي تقدمها. والالتزامات البنكية كثيرة ومتعددة وهي أحكام عامة متداخلة يصعب فرزها بسهولة. وهي تشمل موجب التقيد بالسرية المهنية، موجب الاستعلام والحق في العلم، موجب المراقبة، موجب الحيطة والحذر وموجب النصح والإرشاد والسر البنكي[2]. أي أنه متعلق بجميع التزامات البنك[3]. غير أن جانبا من الفقه يرى أن التزام بذل العناية منفصل عن الالتزامات الأخرى، فهي كذلك التزامات أصلية في القانون البنكي.

ثانيا– معيار حسن النية في التزام بذل العناية

يرى الفقه أن تنفيذ التزام بذل العناية متعلق بمدى توفر حسن النية، أي في الأصل أن يكون استوفى التزام بذل العناية عندما يقوم بما هو مطلوب منه قانونا. دون النظر إلى أن النتيجة المطلوبة

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام –العقد-العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، طبعة منقحة، منشأة المعارف بالأسكندرية، 2004، ص 538.
[2] لا نتعرض لموضوع السر البنكي في هذه الأطروحة.
[3] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 93.

تحققت أم لا. أي " لا تعتبر موجب نتيجة، إنما وسيلة بحيث يطلب من المصرف اتخاذ أقصى درجات الحيطة والحذر في منحه الاعتمادات، فعليه أخذ كل ما يلزم لتنفيذ الهدف المفروض بموجب حسن النية والوصول إلى الغاية المنشودة".

علما أن مفهوم حسن النية في حد ذاته صعب التحديد[1]، وهو متعلق بالنية التي هي أصلا باطنية وشخصية يصعب التعرف عليها. غير أنه بالرجوع إلى القواعد القانونية المتفق عليها، نجد أنه بالرغم من أن النية داخلية لا يمكن التعرف عليها ما دامت متعلقة بما يضمره الشخص في نفسه، لكن بمجرد صدور الأفعال من الشخص فإنه يمكن التعرف على النية من خلال الظروف ومقتضيات كل حالة على حدى.

يجب على البنك حسب التزام بذل العناية الأخذ بعين الاعتبار عند منح الائتمان للزبون جميع الواجبات القانونية المترتبة على الزبون بخصوص حماية البيئة، فلا يغفل البنك طلب التوضيحات والوثائق التي تثبت أن الزبون يحترمها، وبذلك يكون البنك قد احترم التزام بذل العناية بخصوص القواعد المتعلقة بحماية البيئة، ولا يكون مسؤولا عن حالة إحداث الزبون لضرر بيئي. أما في حالة إغفال البنك لها ، أي أنه مثلا لم يراعي في منحه الائتمان البنكي التحقق من أن الزبون يراعي كل المتطلبات القانونية المتعلقة بحماية البيئة منها على سبيل المثال المتعلقة بالمنشآت المصنفة تطبيقا لالتزام بذل العناية ، فإنه في هذه الحالة، يتعرض البنك لخطر المطالبات القضائية المتعلقة بالتعويض عن التلوث البيئي الحاصل[2].

[1] هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2014، ص 135.
[2] Richard Routier, op.cit., p 386.

الفرع الثاني: التزام الاستعلام

سنتطرق في هذا الفرع إلى التزام البنك بالاستعلام والحق في العلم، وأثره على دور البنك في حماية البيئة.

أولا- واجب الاستعلام

تقوم العلاقة بين البنك والزبون على الاعتبار الشخصي [1](Intuitu personae)، حيث يعتبر البنك حر في الدخول أو عدم قبول الدخول في علاقة مع أي شخص، ولكن إذا اختار البنك الدخول في علاقة مع شخص ما فإنه يقع على عاتق البنك الالتزام بالاستعلام حول هذا الشخص الذي يصبح الزبون.

نشأ واجب الاستعلام واجبا مهنيا، الهدف منه حماية المصالح الخاصة للبنك ومصالح المودعين كذلك[2]. وواجب الاستعلام يقابله حق الزبون في تزويده بكل المعلومات والمعطيات المتعلقة بالعقد[3] أو واجب اعلام الزبون. ولقد كرس القضاء الفرنسي هذا الالتزام ثم نص عليه القانون في عدة مواضع.

يعتبر البنك شخصا يمتهن النشاط البنكي وهو الشخص الأكثر دراية ومعرفة بالخدمات التي يقدمها من خلال الخبرة التي اكتسبها[4] خاصة إذا كان الزبون غير ذلك، أي شخصا عاديا لا يمتهن النشاط البنكي أو أي نشاط متعلق به كالمحاسبة والهندسة المالية، وهو عموما يكون غير مختص في

[1] Thierry Bonneau, Droit bancaire, 9ème éd, Montchrestien Lextenso édition, paris, 2011, p 405.
[2] لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 164.
[3] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 114.
[4] Christian Gavalda et Jean Stouflet, op.cit., p 190.

القانون البنكي وعمليات البنوك. وهنا يقع على البنك التزام بتوضيح كل ما هو متعلق بالعملية للزبون.(أما واجب اعلام الزبون يدخل في حماية المستهلك المبحث الثاني من الفصل الثاني).

1- تعريف واجب الاستعلام

يعتبر واجب الاستعلام هو " العمل الإيجابي المتمثل في جمع المعلومات من مصادرها المختلفة بهدف تكوين صورة واضحة وكاملة عن العميل طالب التمويل والعملية موضوع التمويل"[1].

و ننوه هنا إلى أن واجب الاستعلام لا يكون فقط بمناسبة علاقة الائتمان بل كل العمليات البنكية يمكن أن تكون محلا لواجب الاستعلام مثلا بخصوص قبول الودائع البنكية (التي قد تكون من عائدات إجرامية) وكذلك نفس الشيء بالنسبة للعمليات الأخرى.

2- الطبيعة القانونية لواجب الاستعلام

نشأ واجب الاستعلام واجبا مهنيا الهدف منه حماية المصالح الخاصة للبنك ومصالح المودعين كذلك[2]. ولكن فيما بعد أصبح التزاما قانونيا حيث تنص العديد من النصوص القانونية في مختلف الدول عليه صراحة، فالقانون الجزائري أورد واجب الاستعلام في عدة نصوص قانونية أهمها قانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب الوقاية من الفساد كما ينص على أن بعض المعلومات لاسيما تلك المتعلقة بالهوية يجب تحيينها كل سنة وعند تغيرها. كما ينص نفس القانون على الاحتفاظ بكل الوثائق الثبوتية لمدة خمس سنوات[3]. أما القانون المصري الذي نص على

---

[1] لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 164.

[2] نفس المرجع.

[3] المادة 14 المادة 08 من القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 06 فبراير 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب و مكافحتهما (ج ر العدد 11 بتاريخ 09 فبراير 2005) المعدل والمتمم :" يتعين على البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى، الإحتفاظ بالوثائق الآتي ذكرها وجعلها في متناول السلطات المختصة :

1- الوثائق المتعلقة بهوية الزبائن وعناوينهم خلال فترة خمس (5) سنوات على الأقل، بعد غلق الحسابات أو وقف علاقة التعامل.

2- الوثائق المتعلقة بالعمليات التي أجراها الزبائن خلال فترة خمس (5) سنوات على الأقل، بعد تنفيذ العملية".

أن يكون الاستعلام عن العميل عن طريق مصادر موثوق فيها وأن تحين تلك المعلومات كل ستة (6) أشهر[1].

والاستعلام وحده غير كاف لاتخاذ القرار الائتماني بل يجب أن يقوم البنك بالقيام بعملية التحليل المالي للمشروع ودراسة التدفقات النقدية[2]. ويكون التحليل المالي على أساس النسب والمعدلات بهدف دراسة : المديونية العامة، السيولة، الربحية، الفعالية، ودراسة التدفق النقدي[3].

3- ضرورة تخصيص جهاز الاستعلام في البنك

يجب أن يخصص البنك جهاز خاص بالاستعلام و جهاز خاص بالتحليل.

أ- الجهاز الخاص بالاستعلام

لا يتعلق الاستعلام بمجرد حصول على المعلومات والبيانات حول العميل والنشاط المطلوب تمويله، بل هو من أهم عناصر اتخاذ القرار الائتماني، لأن العملية الاستعلامية قد تؤدي إلى التوصية بالموافقة أو إلى التوصية بعدم الدخول في علاقة مع العميل محل الاستعلام، "أن نظم الضبط والرقابة الداخلية تفرض على البنوك أن تفصل بين وظيفة الاستعلام وسلطة المنح لضمان موضوعية كل منهما"[4]. وعليه يجب على البنك أن يخصص قسما أو مكتبا خاصا بالاستعلام، وأن يكون الأشخاص المنوط بهم مهمة الاستعلام وتوفير المعلومات لمختلف العاملين على وضع القرار الائتماني منفصلين تماما، أي لا يقومون باتخاذ القرار الائتماني.

[1] صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان من منظور قانوني ومصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 296.
[2] صلاح إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص 301-318.
[3] لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 91-99.
[4] صلاح إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص 295.

ب- الجهاز الخاص بالتحليل

يجب على البنك أن يخصص جهازا منفصلا مهمته تحليل ملفات القروض، أي يكون مستقلا عن الهيئات العملياتية، و يمكن أن تتطلب بعض عمليات القروض الموافقة أي التوقيع من على قرار الموافقة من شخصين على الأقل إذا كان الملف يتطلب ذلك[1].

4- مضمون الإستعلام

يجب أن يستعلم البنك عن شخصية وهوية الزبون، ونزاهته، ومركزه المالي، وطبيعة العملية ومواصفاتها التقنية.

أ- الإستعلام حول هوية وشخصية الزبون

الأصل أن البنك يجب أن يحصل على معلومات دقيقة حول هوية الزبون شخص عادي أو معنوي، ويتأكد من وضعيته القانونية والمالية، وصفة ممثله القانوني، وفي نفس الوقت يستعلم حول موضوع العقد. حيث نصت المادة 07 من القانون رقم 01/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المعدل والمتمم على التزام البنوك بالتأكد من هوية الزبون قبل الدخول في علاقة تعاقدية معه[2]. وكذلك يستعلم البنك حول ما إذا كان الشخص المتعامل معه

[1] المادة 46 من النظام رقم 11-08 مؤرخ في 03 محرّم عام 1433 الموافق 22 نوفمبر سنة 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية (ج ر ج ج العدد 47 السنة 48 بتاريخ 28 غشت 2012).

[2] المادة 07 من القانون رقم 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المعدل والمتمم :" يجب على البنوك والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى أن تتأكد من هوية وعنوان زبائنها قبل فتح حساب أو دفتر أو حفظ سندات أو قيم أو إيصالات أو تأجير صندوق أو ربط أية علاقة عمل أخرى.

يتم التأكد من هوية الشخص الطبيعي بتقديم وثيقة رسمية أصلية, سارية الصلاحية، متضمنة للصورة، ومن عنوانه بتقديم وثيقة رسمية تثبت ذلك.

يتم التأكد من هوية الشخص المعنوي بتقديم قانونه الأساسي وأية وثيقة تثبت تسجيله أو إعتماده وبأن له وجودا فعليا أثناء إثبات شخصيته.

و يتعين الإحتفاظ بنسخة من كل وثيقة.

يجب تحيين المعلومات المذكورة في الفقرتين الثانية والثالثة سنويا وعند كل تغيير لها.

يتصرف باسمه ولحسابه أم أنه يمثل مصالح شخص آخر، وإن كان المتعامل مع البنك يتعامل لحساب شخص آخر آمر حقيقي للعملية فإنه على البنك البحث والاستعلام حول هذا الآمر الحقيقي بالعملية[1]. وذلك تحت طائلة توقيع غرامات جزائية على البنك تتراوح بين بغرامة من 50.000 دج إلى 1.000.000 دج للمسيري ومدراء البنوك كما أما البنك كشخص معنوي فيعاقب بغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج دون الإخلال بعقوبات أشد[2].

وبخصوص حماية البيئة، فإن الاستعلام حول هوية وشخصية طالب الائتمان يكون ضروريا، بحيث يجب على البنك أن يتأكد من أن الشخص المتعامل معه هو الذي سيكون في إطار العلاقة العقدية القائمة في علاقة حقيقية مع البنك، فإذا كان الشخص الذي يستفيد من الائتمان شخص آخر قد لا تتوفر لديه القدرة على الوفاء أو النية في الوفاء بالالتزامات المتولدة عن الضرر البيئي المحتمل،

يتعين على الوكلاء وكل المستخدمين الذين يعملون لحساب الغير أن يقدموا، فضلا عن الوثائق المذكورة أعلاه، التفويض بالسلطات المخولة لهم بالإضافة إلى الوثائق التي تثبت شخصية وعنوان أصحاب الأموال الحقيقيين".

[1] المادة 09 من القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المعدل والمتمم :" في حالة عدم تأكد البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى، من أن الزبون يتصرف لحسابه الخاص، يتعين عليها أن تستعلم بكل الطرق القانونية من هوية الآمر بالعملية الحقيقي أو الذي يتم التصرف لحسابه". وكذلك المادة 29 من النظام قم 11-08 مؤرخ في 03 محرّم عام 1433 الموافق 22 نوفمبر سنة 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية (ج ر ج ج العدد 47 السنة 48 بتاريخ 28 غشت 2012):" تضع البنوك والمؤسسات المالية تنظيما وإجراءات ووسائل تسمح لها باحترام الأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في إطار الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

لهذا الغرض يجب على البنوك والمؤسسات المالية على الخصوص:

أ-ضمان معرفة زبائنها والعمليات التي يقومون بها بشكل صارم. ولتحقيق ذلك...

ب-السهر التحديد الدقيق لهوية الآمر بالعملية والمستفيد من التحويلات الإلكترونية بالإضافة إلى عناوينهما، مهما كانت الوسيلة المستعملة...إلخ".

[2] المادة 34 المادة 08 من القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المعدل والمتمم :" يعاقب مسيرو وأعوان البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى الذين يخالفون عمدا وبصفة متكررة، تدابير الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المنصوص عليها في المواد 7 و8و 9 و10 و14 من هذا القانون بغرامة من 50.000 دج إلى 1.000.000 دج .

و تعاقب المؤسسات المالية المذكورة في هذه المادة بغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج دون الإخلال بعقوبات أشد.

فإن ذلك قد يجعل البنك يجد نفسه في علاقة مع الغير بسبب منح الائتمان له وهذا يؤثر سلبا في مسؤولية البنك.

ب- الاستعلام حول نزاهة الزبون

أحد أهم العوامل التي يعتمد عليها البنك للنجاح في تحقيق الربحية هو السمعة الجيدة. فالسمعة الجيدة أولا ضرورية لجمع الودائع البنكية، وفي حال المساس بتلك السمعة سلبا فإنه ثبت أنه يؤدي إلى إقبال المودعين على سحب الودائع، ونفس الشيء بالنسبة للائتمان فإن البنك الذي يتمتع بسمعة جيدة يقع عليه عبء عدم منح الائتمان لغير ذوي "الجدارة المعنوية"[1]، أي يجب عليه اختيار الزبائن على أسس موضوعية وعدم منح القروض لمن يستحقها.

وقد أكد المشرع الجزائري في عدة من المواضع على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار السمعة في مسيري الشركات[2] والبنوك. وعلى العموم يمكن التعرف على السمعة من خلال الأحكام القضائية النهائية المتعلقة بالجرائم الواقعة على المال بجريمة خيانة الأمانة، النصب، الإحتيال، إصدار شيك بدون رصيد، الرشوة، الفساد، تبييض الأموال، السرقة... إلخ، و حتى من الوضعية المالية والاقتصادية للشركات التي سبق أن سيروها. كما أنه حاليا يمكن أن تعتمد البنوك قنوات جديدة للاستعلام حول الزبائن لاسيما من خلال الأنترنت، لكن للاحتياط فقط وليس لبناء القرار الائتماني.

ج- الاستعلام حول الوضعية المالية للزبون

تعتمد البنوك في الأرباح على الفوائد التي تتقاضاها، وبنسبة أقل على العمولات، وتفاديا للخسارة فإن البنك عادة ما يطلب الضمانات الكافية لاسترجاع الأموال المقرضة في حال تعثر

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 147.

[2] المادة 40 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية: " يجب أن يأخذ تقييم مخاطر القرض بعين الاعتبار، بالخصوص، العناصر التي تتعلق ... وبالنسبة للمؤسسات تحليل محيط هذه الأخيرة و مميزات الشركاء أو المساهمين والمسيّرين...".

المشروع وتعذر تسديد الدين. وعليه، قبل منح الائتمان يجب على البنك أن يتأكد من قدرة الزبون على السداد[1]، وأن أصوله أكبر من خصومه ذلك أن الذمة المالية للمستفيد تؤثر على قدرته على الوفاء في المستقبل، فإذا كان الزبون لا يتمتع بالملاءة في بداية المشروع فما هو الحال إذا تعثر ذلك المشروع؟ بالطبع تكون النتيجة غالبا تدهور الوضعية المالية وعدم القدرة على السداد هو الراجح.

علما أن البنك عندما يمنح الزبون الائتمان البنكي، فإن ذلك يؤثر في صورة الزبون وسمعته في السوق، فذلك يعتبر اعترافا من البنك بأن هذا العميل محل لثقته، وأنه قادر على سداد الدين. فقد أُعتبر منح البنك الثقة في الزبون من خلال منحه الائتمان البنكي مساندة معنوية للغير الذي يُقْبِلُ على التعامل مع زبون البنك[2]. وبذلك لا يتحرج الغير من الدخول في علاقات تجارية ومالية معه. وهنا الغير يجوز له الرجوع على البنك في حالة الضرر. ففي حالة الضرر البيئي، قد يكون العميل قد اعتمد لحد كبير في نشاطه الذي أحدث الضرر البيئي على التمويل البنكي، ففي هذه الحالة يمكن القول لو أن البنك استعلم كما هو مطلوب عن وضعية المالية للزبون ما كان ليمنحه الائتمان البنكي، وعليه فإن عدم قدرة الزبون على تحمل الأعباء المالية المترتبة على جبر الضرر البيئي قد تكون أساسا لمطالبة الغير (صاحب المصلحة : يمكن أن تكون مثلا أحد جمعيات حماية المستهلك أو البيئة) للبنك ليتحمل تلك الأعباء المالية.

[1] المادة 40 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية: " يجب أن يأخذ تقييم مخاطر القرض بعين الاعتبار، بالخصوص، العناصر التي تتعلق بالوضعية المالية للمستفيد وقدرته على السداد، ...إلخ".

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 574.

د- الاستعلام حول العملية

يجب على البنك الاستعلام حول العملية المزعم الدخول فيها أيا كان نوعها، فتمويل مشروع إنتاجي أو صناعي يقتضي الاستعلام حول المشروع من طرف البنك. وبذلك تتجمع العديد من المعلومات لدى البنك بخصوص الشركات والمشاريع المختلفة[1]، سواء المعلومات النوعية أو الكمية[2].

الأصل أن كل المعلومات التي يتحصل عليها البنك بمناسبة العمليات البنكية التي تربطه بالزبون هي معلومات خاضعة للسر البنكي، فلا يخشى بذلك الزبون من تقديم المعلومات الضرورية والصحيحة للبنك، فبالإضافة للمعلومات الشخصية والمالية للزبون فقد يقدم معلومات تكون بقدر من الحساسية بخصوص المشروع، التي إن تحصلت عليها الشركات المنافسة له فقد يتعرض لخسائر كبيرة لاسيما بسبب المنافسة غير المشروعة أو غير النزيهة، وحتى البنك إذا استعمل تلك المعلومات للحصول على مزايا شخصية فقد يكون محل متابعات قضائية متعلقة بجريمة العارف بالسر [3] – نرجع لها لاحقا[4]–.

وهنا يلتزم البنك بالاستعلام حول كل ما هو متعلق بالمشروع فيطلب من الزبون مختلف الوثائق كرخصة البناء أو رخصة الصب وغيرها من الوثائق المتعلقة بسلامة المواد المستعملة وعدم مخالفتها للمتطلبات القانونية المتعلقة بالبيئة سواء الحيوانية أو الانسان أو التراث، وقد يتعلق الأمر برخصة الاستغلال، أو بوليصة التأمين[5]، أو رخصة[6] إنشاء المنشآت المصنفة[1].

---

[1] Richard Routier, op.cit., p 32.

[2] المادة 40 من النظام رقم 11-08 فقرة 2 يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية: " يجب أن تكون البنوك و المؤسسات المالية ملفات القروض بغرض الحصول على جميع المعلومات ذات الطابع النوعي أو الكمي الخاصة بطرف مقابل أو المعلومات الخاصة بأطراف مقابلة معتبرة كنفس المستفيد...".

[3] Richard Routier, op.cit., p 32.

[4] أنظر أدناه، ص 317 وما يليه.

[5] Pauline Abadie, op.cit., p 559.

[6] المادة 19 من القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

والاستعلام حول طبيعة وخصائص المشروع من الناحية التقنية. فالأصل أن البنك ليس له القدرة الفنية على تقييم المشروع ولكن من واجبه طلب كل المعلومات التقنية والفنية من الزبون لتكوين فكرة عامة حول المشروع[2]. فالمتعامل الاقتصادي ملزم لإقامة أي مشروع باتباع مجموعة من الإجراءات القانونية، كتسجيل النشاطات التجارية في السجل التجاري[3]، الذي من خلاله يتم إحصاء النشاطات التجارية[4] من جهة وحتى تضبط المتعاملين فلا يفلتون مثلا من دفع المستحقات الضريبية من جهة أخرى. وهناك بعض الوثائق المتعلقة بحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج[5]، وهي قواعد ملزمة للبنوك وباقي المتعاملين الاقتصاديين سواء وطنيين أو أجانب.

وبذلك فإن البنك ملزم بالسهر على احترام المتطلبات القانونية لإنشاء المشاريع الاقتصادية من قبل زبائنه. ومنها دراسة التأثير على البيئة أو لموجز التأثير على البيئة، و التي تضمنها القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة[6]. والتي أقرها المشرع الجزائري بموجب المادة 131 من قانون حماية البيئة رقم 83-03[7]. الذي عرفه بأنه وسيلة اساسية للنهوض بحماية البيئة يهدف إلى معرفة وتقدي الانعكاسات المباشرة وغير المباشرة للمشاريع على التوازن لبيئي وكذا على إطار ونوعية معيشة السكان[8]." أما بالنسبة لوثيقة المخاطر التي نصت عليها المادة7 من المرسوم فيجب أن ترفق مع كل طلب رخصة يتقدم به صاحب المنشأة تفصل فيها الأخطار التي

---

[1] عرفتها المادة 18 من القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة : " تخضع لأحكام هذا القانون المصانع والورشات والمشاغل ومقالع الحجارة والمناجم،
وبصفة عامة المنشآت التي يستغلها أو يملكها كل شخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص، والتي قد تتسبب في أخطار على الصحة العمومية والنظافة والأمن والفلاحة و الأنظمة البيئية والموارد الطبيعية والمواقع والمعالم والمناطق السياحية، أو قد تتسبب في المساس براحة الجوار".

[2] Pauline Abadie, op.cit., p 556.

[3] المادة 21 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

[4] فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري: الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي-الأنشطة التجارية المنظمة-السجل التجاري، الطبعة الثانية، ابن خلدون للنشر و التوزيع، وهران، 2003، ص 371.

[5] Dominique Carreau et Patrick Juillard, op.cit., p 3.

[6] المادة 15 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

[7] القانون رقم 83-03 المتعلق بحماية البيئة (الملغى) المؤرخ في 05 فيفري 1983 (ج.ر العدد 06، بتاريخ 8 فيفري 1983).

[8] سايح تركية، المرجع السابق، ص 137.

يمكن أن تنجم عن هذه المنشأة، وكذا وسائل الإسعاف المتوفرة في حالة حدوث طوارئ"[1]، ووثيقة المخاطر يقابلها في التشريع الفرنسي ما يسمى 'دراسة الأمن' (Etude de Sureté) تقوم به هيئة خبرة خارجية ومستقلة يتم اختيارها باتفاق الإدارة وعلى نفقة صاحب الطلب[2].

- المشاريع الخاضعة لدراسة التأثير على البيئة[3]

حدد المشرع الجزائري المشاريع الخاضعة لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة، وهي المشاريع التنموية و المنشآت التي قد تؤثر مباشرة أو بطريقة غير مباشرة على البيئة[4]، وذلك وفق معيارين الأول بالنظر إلى حجم وأهمية الأشغال وأعمال التهيئة والمنشآت الكبرى، أما المعيار الثاني فمتعلق بالمشاريع التي تؤثر في البيئة الطبيعية أو متعلقة بالإنسان[5]. وقد حدد المشرع الجزائري في البداية في المرسوم التنفيذي 90-78 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة[6] القائمة السلبية اي مجموعة المشاريع المعفاة من دراسة التأثير وما عداها من المشاريع فهي خاضعة لدراسة التأثير[7]. وكذلك أخضع القانون 01-20 المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة المنشآت لدراسة التأثير على البيئة وكذلك ضمن القانون 01-19 المتعلقة بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها[8].

---

[1] ط، طيار، قانون المنشآت المصنفة لحماية البيئة، مجلة إدارة، مجلة عن المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 2، العدد 2، سنة 1992، ص 14.

[2] ط، طيار، المرجع السابق، ص 15.

[3] المادة 02 من المرسوم التنفيذي 07-145 على أن دراسة أو موجز التأثير على البيئة :" تهدف دراسة أو موجز التأثير على البيئة إلى تحجيج مدى ملاءمة إدخال المشروع في بيئته مع تحديدي وتقييم الآثار المباشرة و/ أو غير المباشرة للمشروع والتحقق من التكفل بالتعليمات المتعلقة بحماية البيئة في إطار المشروع المعني".

[4] المادة 15 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة: " تخضع، مسبقا وحسب الحالة، لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة، مشاريع التنمية والهياكل والمنشآت الثابتة و المصانع والأعمال الفنية الأخرى، وكل أعمال وبرامج البناء والتهيئة، التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا، على البيئة، لاسيما على الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية و التوازنات الإيكولوجية وكذلك على إطار ونوعية المعيشة.
تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

[5] سايح تركية، المرجع السابق، ص 139.

[6] المرسوم التنفيذي رقم 90-78 المؤرخ في 27 فيفري1990، المتعلق بدراسة التأثير في البيئة المؤرخ (ج ر العدد 10، السنة 27، بتاريخ 7 مارس 1990).

[7] سايح تركية، المرجع السابق، ص 140.

[8] القانون رقم 01-19 المؤرخ في 27 رمضان 1422 الموافق 12 ديسمبر 2019، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها،(ج ر ج ج العدد 77، بتاريخ 15 ديسمبر 2001).

ثم ألغى[1] المرسوم التنفيذي المحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة موجز التأثير على البيئة المرسوم التنفيذي رقم 90-78. علما أن هذه الوثائق هي قرارات إدارية يتحصل عليها المعني بالأمر من الجهات الإدارية المختصة[2] بعد اتباع إجراءات قانونية خاصة.

- مضمون دراسة التأثير

لقد حدد المشرع أهم النقاط التي يجب أن يتضمنها دراسة التأثير، وهي بصفة عامة عبارة عن عرض للنشاط، ووصف للحالة الأصلية للموقع وبيئته لما قد يكون للمشروع من أثر عليها، و يجب أن يحتوي على عرض للآثار التي قد يحدثها على صحة الانسان، وعلى التراث الثقافي، بالإضافة إلى الظروف الاجتماعية و الاقتصادية، والحلول المقترحة كبدائل[3]. بالإضافة إلى "مخطط تسيير البيئة الذي يعتبر برنامج متابعة و/أو التخفيف و/أو التعويض المنفذة من قبل صاحب المشروع[4]، و الآثار المالية الممنوحة لتنفيذ التدابير الموصى بها[5].

وقد حدد المشاريع الخاضعة لدراسة التأثير الملحق الأول المؤرخ في 22 ماي 2007 وهي تشمل المشاريع المتعلقة بتهيئة وإنجاز مناطق نشاطات صناعية أو تجارية جديدة ، بناء مدن جديدة تفوق مئة ألف ساكن، أما دراسة الجدوى[6]،فتشمل تحليل تكلفة وربحية المشروع بالنسبة للمستثمر وللاقتصاد ككل[1]. وبذلك يتم تحديد "مدى صلاحية مشروع استثماري"[2].

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 07-145 المؤرخ في 02 جمادى الأولى 1428 الموافق ل 19 ماي 2007 (ج ر رقم 34 بتاريخ 22 ماي 2007) المحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة موجز التأثير على البيئة (المعدل والمتمم).

[2] حسب 18 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145 يختص الوزير المكلف بالبيئة بالموافقة على دراسة التأثير أما الوالي المختص إقليميا فينظر في موجز التأثير.

[3] سايح تركية، المرجع السابق، ص 143.

[4] المادة 06 فقرة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145

[5] المادة 06 فقرة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145

[6] أول- ظهوره- " تمتد جذور دراسات الجدوى إلى تحليل المنافع والتكاليف وترجع أول ممارسة لهذه الدراسات عام 1936 بالولايات المتحدة الأمريكية عندما صدر قانون التحكم في الفيضان إلا أن هذا القانون لم يضع قواعد أساسية يتعين اتباعها عند تقييم المشروعات بينما ظهر أول عمل يحتوي على المبادئ الأساسية لتلك الدراسات عام 1950 في صورة كتاب قامت لجنة

وكما رأيناه سابقا، فإن البنك ملزم بالاستعلام حول المواصفات التقنية للمشروع وطلب الوثائق التي يتطلب القانون من الزبون استخراجها في إطار نشاطه الإنتاجي والصناعي. فإذا أغفل البنك طلب كل تلك الوثائق وقدم ائتماننا بنكيا للزبون فإنه يتعرض لخطر المطالبات القضائية عن أي ضرر بيئي يحدث بسبب فعل الزبون على أساس خطأ البنك في منح الائتمان البنكي.

5- مصادر المعلومات التي يتحصل عليها البنك

يقوم النشاط البنكي على النظام والدقة، ولدى البنك العديد من المصادر والجهات التي يمكن أن يستخدمها للحصول على المعلومات الضرورية التي يريدها، أو التي يفرض عليه القانون الحصول عليها، أهمها الزبون والجهاز البنكي.

أ- الزبون

قبل الدخول في أية علاقة بنكية يطلب البنك من الزبون العديد من المعلومات حول المشروع، وأثناء قيام العلاقة (مدة العقد) فعادة ما يشترط البنك على الزبون تزويده بمجموعة من المعلومات حول المشروع بصفة دورية سواء شهرية أو سنوية حتى لا يفاجأ البنك بظهور معطيات جديدة لم تكن متوقعة. قد تكون المعلومات في صورة مستندات ووثائق وقد تكون في شكل تقارير. وللبنك الحق في طلب كل الوثائق والمعلومات الضرورية من الزبون وليس للزبون رفض تقديمها.

فيدرالية بالولايات المتحدة بإعداده وعرف بالكتاب الأخضر"،عبد الحميد محمد الشواربي، ومحمد عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 107.

[1] عبد الحميد محمد الشواربي، ومحمد عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 107.
[2] عبد الحميد محمد الشواربي، ومحمد عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 108.

تختلف الوثائق المطلوبة حسب نوع العملية وأهميتها وحسب المبالغ المطلوبة. فهناك وثائق متعلقة بالشركة [1] وهي ضرورية لمعرفة النظام القانوني الخاضعة له، وتحديد من لهم الصفة في تمثيل الشركة ، وضعيتها المالية، ورأسمالها، وكفلائها، وحتى المساهمين فيها –فقد يكون أحدهم مثلا مرتبط بالبنك بعقد عمل أو مساهمة أو غير ذلك من العلاقات التي قد تؤثر في اتخاذ القرار أو منحى النزاعات والدعاوى في المستقبل .

كما يمكن الاتصال بجميع الإدارات العمومية لطلب المعلومات الضرورية حول الزبون، وذلك للتعرف على وضعيته القانونية، سواء تعلق الأمر بإدارة الضرائب أو الجمارك أو القضاء أو بشركات التأمين والضمان الاجتماعي[2].

ب –المصادر البنكية لتحصيل المعلومات

هناك عدة جهات يمكن أن يلجأ البنك إليها للاستعلام حول الزبون، سواء تعلق الأمر بالأجهزة الداخلية للبنك أو أجهزة خارجية عن البنك.

– المصادر الداخلية تحصيل المعلومات قبل منح الائتمان

عندما تكون هناك علاقات سابقة بين البنك والزبون فإن تلك العلاقة تصبح من أهم مصادر المعلومات بالنسبة للبك، من خلالها يتعرف على رصيد الزبون، وعلى مختلف العمليات السابقة سواء

[1] الوثائق المتعلقة بتاسيس الشركة :السجل التجاري، النظام الأساسي الشركة ، نسخة من المحضر الأول للجمعية العامة، نسخة من المحضر الجلسة الأولى لمجلس الإدارة الذي انتخب بموجبه رئيس مجلس الإدارة ،نسخة من المحضر الجلسة الأخيرة لمجلس الإدارة الذي انتخب بموجبه رئيس مجلس الإدارة الأخير.
الوثائق المتعلقة بنشاط الشركة :الميزانية العامة للسنوات الثلاث الأخيرة، لائحة بأسماء الممولين والديون ، عقود الإجارات والملكيات، صور من بواليص التأمين،جدول التسلسل الهرمي للإدارة في الشركة أو المؤسسة، مع بيان أسماء الشخاص المسؤولين،بيان الحسابات مع المصارف الأخرى ، التسليفات والإعتمادات التي تم الحصول عليها من قبل المصارف الأخرى،الوثائق المتعلقة بالكفلاء والشركاء " نعيم مغبغب، " ، المرجع السابق، ص 93- 102.

[2] عبد الحميد الشاربي، المرجع السابق، ص 152.

تعلق بتحرير الشيكات واستفائها، أو بالسفاتج، أو بالكفالات، وحتى التعرف على "أسماء المتعاملين مع العميل بالشيكات والسندات"[1].

- النظام البنكي والمالي كمصدر من مصادر المعلومات

تعتمد البنوك على أجهزة خاصة بالبنوك تم انشاؤها خصيصا لتوفير المعلومات للبنوك، أهمها مركزية المخاطر ومركزية المستحقات غير المدفوعة [2]. علما أن مركزية المخاطر تنقسم إلى قسمين الأول متعلق بمركزية مخاطر المؤسسات والثاني مركزية مخاطر الأسر[3]، بالإضافة إلى العديد من المركزيات الموضوعة تحت رقابة وإشراف البنك المركزي مثلا في فرنسا هناك (le fichier bancaire des entreprises[4] (FIBEN))، بالاضافة إلى خلية معالجة الاستعلام المالي[5].

ج- الشركات المتخصصة في الاستعلام والتصنيف الائتماني

أصبحت البنوك – وحتى الدول- تعتمد بشكل كبير على المعلومات التي تقدمها شركات الاستعلام والتصنيف الائتماني لما اكتسبته من مهنية وكفاءة في تجميع المعلومات حول كل المتعاملين الاقتصاديين، خاصة في عصرنا الحديث أين أصبح التحكم في المعلومة من بين أهم ركائز التنمية والقوة، فمن يملك المعلومة يملك ميزة تنافسية، ولم تعد أية منشأة أو شركة أو بنك تعتمد فقط على مصادرها الذاتية في توفير المعلومات بل أصبحت تلجأ إلى الشركات المتخصصة بالاستعلام. منها شركات عالمية مثل شركة (Stand's and Poors).

---

[1] لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 89.

[2] المادة 98 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[3] النظام رقم 12-01 مؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير 2012 يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.

[4] Richard Routier, op.cit., p 893.

[5] المرسوم التنفيذي رقم 02-127 المؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أبريل سنة 2002 والمتضمن انشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها المعدل و المتمم، (ج ر ج ج، العدد 23، الشنة 39، بتاريخ 7 أبريل 2002).

وقد عمدت غالبية الدول إلى أنشاء مثل تلك الشركات وإخضاعها لنظام قانوني خاص، وغالبا ما" يكون غرضها الوحيد مزاولة خدمات الاستعلام والتصنيف الإئتماني"[1]، وهي عادة خاضعة لرقابة البنك المركزي[2] – سنعود إليها وإلى لشركات التنقيط في المبحث الأول من الفصل الثاني–[3]

الفرع الثالث: واجب المراقبة[4]

من أهم الالتزامات البنكية، في علاقته مع الزبون نجد واجب المراقبة. وهذا الالتزام يأخذ عدة صور.

أولا– مضمون الالتزام بالمراقبة

يلتزم البنك وفقا لأحكام القانون البنكي أن يعمل دائما على معرفة جميع المعلومات المتعلقة باستعمال العميل للأموال التي تحصل عليها من البنك، وأن يتأكد أن تلك الأموال تستعمل وفقا لما هو متفق عليه، وهذا " حتى بدون وجود نص تشريعي خاص، إنما بموجب الأعراف المصرفية"[5]، وهذا حتى لا تكون هناك فرصة للعميل للتصرف في تلك الأموال في غير وجهتها الأصلية.

الهدف من المراقبة أن يتأكد البنك عندما يمنح الأموال للزبون أن هذا الأخير يتصرف فيها وفق ما هو متفق عليه حسب العقد، الأصل أن الزبون له كامل الصلاحية في التصرف في الأموال ذلك أنه مثلا في عقد القرض تنتقل ملكية الأموال المقترضة للزبون. لكن تبقى تلك الأموال دينا في ذمة الزبون يجب عليه ارجاعها للبنك في الآجال المتفق عليها. وبما أن تلك الأموال في غالبها تحصل عليها البنك من المودعين (و عليه التزامات تجاههم) فإن البنك يقع عليه التزام بأن يتحقق من

[1] صلاح إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص 296.
[2] صلاح إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص 397.
[3] أنظر أدناه ص 134 وما يليه.
[4] Devoir de surveillance.
[5] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 115.

قدرة الزبون على الوفاء طول مدة العقد وليس حتى تحل آجال التسديد، وأن يتحقق من أن الزبون استعمل الأموال المقرضة وفقا لما هو محدد في العقد. حتى لا يتفاجأ البنك في النهاية أن الأموال استعملت لغير الغرض المحدد خاصة في حالة استعمالها بطريقة تضر بمصلحة الزبون المالية نفسه أو بوضعيته القانونية عموما.

ثانيا- صور المراقبة

تأخذ صور المراقبة صورتين، أولها متعلقة بمراقبة استعمال الأموال الممنوحة للزبون وفقا لما هو متفق عليه، والثانية متعلقة بمراقبة تطور الوضعية المالية للزبون.

1- مراقبة استعمال الأموال وفقا للمتفق عليه

يجب على البنك التحقق طول مدة العقد الذي يربطه بالزبون، وذلك حتى حلول أجل تسديد الدين أن الأموال المقترضة هي مستعملة وفقا للاتفاق الذي يربطهما، أي التزام العميل بأحكام العقد وأن يتسعملها وفقا للهدف[1] الذي منحت من أجله تلك الأموال. ذلك أن استعمال العميل تلك الأموال لغير ما هو متفق عليه قد يؤدي إلى أحد هذه الحالات التالية: إما استعمال تلك الأموال في مشروع آخر وهذا فيه مساس بقدرة –أو رغبة–الزبون بالوفاء في المستقبل خاصة أنه غالبا ما يكون المشروع ضمانا للبنك في سداد الدين، وقد يكون استعمال الأموال مثلا في مشروع لا يتفق مع سياسة البنك الاقراضية كأن يكون مثلا كمساهمة في مشروع متعلق باستغلال مصنع لمواد تعتبر ملوثة للبيئة...الخ. أو تستعمل تلك الموال بشكل يساهم في تغطية الوضعية المالية السيئة للزبون، "و يتجه

[1] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 116.

القضاء إلى إدانة المصرف في هذه الصور لإهماله في مراقبة استعمال الاعتماد المراقبة العادية التي من شأنها كشف التلاعب، وإهمالها التحري بالقدر الواجب من اليقظة والحيطة "[1] .

2- مراقبة وضعية ومشروع الزبون برمته

يجب على البنك أن يقوم بتحريات حول نشاط الزبون من خلال متابعة نتائج المشروع التجاري أو الصناعي بصفة دورية لاسيما من خلال وضعية مالية، والقرارات المتخذة من الجمعية العامة، وكيفية التسيير الخ. فإذا قامت الشركة بأعمال" تبتعد عن الأحكام والمبادئ المتبعة من قبل المصارف، فعليه نهيها والطلب منها وقف الأعمال غير القانونية"[2].

ثالثا- حدود المراقبة الواجبة

في كل الأحوال لا يجوز للبنك أن يتدخل في نشاط العميل مثلا باتخاذ القرارات نيابة له أو بالتدخل في أعمال الزبون[3]. ولا يجوز للبنك أن يتدخل في عمل الزبون رغم تقديمه النصح والإرشاد إلى درجة التأثير كلية في عملية اتخاذه القرارات، كما لا يجوز أن يصل لحد ممارسة الرقابة على عمل الزبون. وهنا ننوه بضرورة التفرقة بين المراقبة والرقابة، فالرقابة على الشركات يعد تدخلا في شؤونها قد يؤدي إلى مسؤولية البنك.

الفرع الرابع: الالتزام بالحيطة والحذر

يعتبر البنك مهني في إطار القيام بالعمليات البنكية سواء في علاقته مع الزبائن أو البنوك الأخرى ومع البنك المركزي وحتى مع الغير، هو أدرى بالقواعد الملزمة للبنوك أيا كان مصدرها

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 567.
[2] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 116.
[3] لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 212.

كالتشريع وأنظمة البنك المركزي والأعراف البنكية، فهو ملزم بتطبيقها حرصا خاصا . وهناك أما الالتزامات التعاقدية مع الزبائن التي غالبا ما ينفرد بوضعها فيلتزم بتطبيقها في إطار قواعد القانون المدني كالالتزام بتنفيذ العقد وبحسن نية، وهو يسلك في ذلك ليس فقط مسلك الرجل العادي بل المهني فتقع عليه التزامات خاصة يجب عليه احترامها كالالتزام بالحيطة والحذر. وهناك الاتزامات المهنية في إطار احتكاره للنشاط البنكي .

يمكن تعريف الالتزام بالحيطة والحذر بأنه " هو عنوان عريض لباقة من الخطوات والموجبات المترابطة التي ينبغي على البنك القيام بها في معرض منحه الإئتمان في كافة مراحله"[1].

أما الأساس القانوني لواجب الحيطة والحذر فبالرجوع إلى أحكام القانون المدني، والقواعد العامة في القانون كمبدأ " لا يعذر جاهل بجهله للقانون" ومبدأ " حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية". وكذلك بالرجوع إلى أركان المسؤولية في القانون المدني : الخطأ، الضرر، العلاقة السببية. فإنه بالرجوع إلى ركن الخطأ.

ينقسم واجب الحيطة والحذر[2] إلى ثلاثة مظاهر: الرقابة ، الإستعلام وتقدير مدى ملائمة العملية[3].–و قد تناولناها سابقا–. علما أن عندما يتعلق الأمر بمتطلبات حماية البيئة يصبح هذا الواجب بالنسبة للبنوك "واجب حيطة معزز"[4]، لاسيما عندما يتعلق الأمر بحالة قبولها الخضوع لمعايير تمويل أكثر صرامة[5]، لاسيما في إطار الاستثمار المسؤول اجتماعيا[6].

---

[1] لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 162.

[2] أجد أنه يتطابق مع واجب بذل العناية خصوصا أنه حتى الكتب الفرنسية عد دراسة التزام الحيطة والحذر تستعمل مصطلح بذل العناية كمرادف لها ، أنظر :.Pauline Abadie, op.cit., p 560-562

[3] Thierry Bonneau, op.cit., 338.

[4] Obligation de prudence renforcée

[5] Pauline Abadie, op.cit., p 561.

[6] أنظر أدناه، الفصل الثاني ص 122 وما يليه.

المطلب الثالث: أثر الالتزام بعدم التدخل بأعمال الزبون استثناءاته على دور البنك في حماية البيئة

غالبا ما يجد البنك نفسه في وضعية صعبة، بحيث يلتزم بالحرص على الحفاظ على حقوقه وأموال المودعين في مواجهة زبونه، ولتحيق هذا كما رأيناه في المطلبين السابقين تقع عليه العديد من الالتزامات. ولكن في نفس الوقت هناك التزام بنكي أساسي وهو مبدأ أو التزام البنك بعدم التدخل في شؤون الزبون[1] وهذه الالتزامات قد تتعارض فيما بينها.

يعتبر مبدأ عدم التدخل في أعمال الزبون من أهم الالتزامات البنكية، التي تعبر عن الحالة القانونية التي يظهر في إطارها دور البنك في حماية البيئة بطريقة منفصلة.

وعليه، سنتناول في الفرع الأول مفهوم الالتزام بعدم التدخل في شؤون الزبون، أما في الفرع الثاني فسنتناول الاستثناءات الواردة على مبدأ التزام البنك بعدم التدخل في شؤون أو أعمال الزبون.

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بعدم التدخل في أعمال الزبون[2]

سنتناول في هذا الفرع مفهوم الالتزام بعدم التدخل في أعمال الزبون من خلال تعريف المبدأ، وأساسه القانوني، ثم مضمونه.

أولا- تعريف مبدأ التزام البنك بعدم التدخل في أعمال الزبون

يعتبر التزام عدم التدخل في شؤون الزبون حد من حدود عمل البنك، بحيث لا يجوز له حين القيام بالتزاماته تجاه الزبون بالقيام ببعض الأفعال التي إذا تحققت يعتبر متدخلا في عمل الزبون.

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 568.

[2] Le principe de non-ingérence ou de non immixtion.

"يعني هذا المبدأ أن البنك محكوم في إطار تنفيذه لموجباته بعدم تجاوز نطاق عمله إلى نطاق يبقى خاصا بأعمال العميل بحيث يلتزم البنك بعدم التدخل بها"[1].

كما يعني " عدم السماح له بمشاركة الزبون في اتخاذ القرارات في مؤسسته، وعليه أن يكون حذرا، وأن يتوقف أمام المسائل الشكلية الخارجية للعمليات، وأن يبقى حياديا خارج القرار "[2]. حيث أن " المصرف لا يجوز له أن يتدخل من تلقاء نفسه وأن يتصرف ويقوم مقام الزبون، ولا يجوز أن يأخذ المبادرة بذاته"[3].

غير أن البنك يجد نفسه بين ضرورة حماية مصالحه المشروعة وواجب عدم التدخل في شؤون زبونه، حيث أن الأول يقتضي الثاني. لذلك عادة ما يحاول البنك القضاء على المخاطر من خلال التأثير في سلوك الزبون[4]. وعليه فإنه من الناحية العملية من الصعب احترام الحد بينهما.

ثانيا- الأساس القانوني لمبدأ التزام البنك بعدم التدخل في أعمال الزبون

أول ما ظهر مبدأ التزام البنك بعدم التدخل في أعمال الزبون كان عن طريق الاجتهاد القضائي، فيما بعد كرسه القانون. وحسب الدراسات الفقهية المختلفة، ظهر هذا المبدأ وتم تكريسه في الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ سنة 1930[5]. حيث اعتبر القضاء أنه من المستقر عليه منذ زمن أنه ليس على البنكي أن يتدخل في أعمال الزبائن[6]. ثم كرس القانون الفرنسي هذا المبدأ، حيث أورد المشرع الفرنسي حالة تدخل البنك في أعمال الزبون كاستثناء ثاني على مبدأ عدم مسؤولية البنك عن

[1] لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 172.
[2] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 176.
[3] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 177.
[4] Richard Routier, op.cit., p 1056.
[5] لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص173.
[6] Richard Routier, op.cit., p 1056. (cass، 28 janv. 1930. RTD civ. 1930 .369 obs. Domogue).

فعل المدين في المادة L.650-1[1] من القانون التجاري (قانون حماية المؤسسات الفرنسي) بحيث ينص القانون على أنه لا يكون البنك مسؤولا عن فعل الزبون .

ثالثا- مضمون مبدأ التزام البنك بعدم التدخل في أعمال الزبون

حتى نفهم التزام البنك بعدم التدخل في أعمال الزبون يجب أن نحدد مضمون هذا المبدأ من خلال بعض الأعمال الإيجابية والسلبية التي قد يأتيها أو يمتنع عنها البنك، وبذلك يعتبر إما متدخلا في عمل الزبون أو غير متدخل في عمل الزبون.

وعموما، يمكن تلخيص الحالات ضمن الحالتين التاليتين: أولا ألا يتدخل البنك ويمنع زبونه من القيام بأي عمل[2]، وثانيا ألا يرفض البنك تنفيذ أوامر الزبون بحجة عدم ملائمتها أو صحتها[3]. على العموم التدخل في شؤون الزبون يجب أن يتعلق بواقعة معينة (ponctuelle) ويمكن الحكم على البنك على أساس التدخل في شؤون الزبون دون أن تتحقق حالة المدير الفعلي[4].

أما مجرد قيام البنك بتقديم النصح والاستشارة فلا يعد تدخلا في عمل الزبون لأن اتخاذ القرار يكون في يد الزبون، وكذلك الحال بالنسبة لمراقبة استخدام الزبون للأموال ومحاولة كشف التلاعب الحاصل لا يعتبر من قبل التدخل في شؤون الزبون[5].

[1] L'art L-650-1 ccf : « Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis، sauf les cas de fraude، d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie sont disproportionnées à ceux-ci… ».

[2] Christian Gavalda et Jean Stouflet, op.cit., p 191.

[3] Christian Gavalda et Jean Stouflet, op.cit., p 191.

[4] Thierry Bonneau, op.cit., p 607

[5] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 568.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على التزام البنك بعدم التدخل في أعمال الزبون

من المستقر عليه فقه وقضاء أن البنك ليس مسؤولا عن فعل الأضرار الناشئة بفعل الزبون، وهذه الحالة كما رأيناه سابقا تتحقق كلما كان عمل البنك على احترام التزاماته المهنية. ويتحقق مبدأ عدم مسؤولية البنك عن الأضرار الناشئة بفعل الزبون عندما يحترم البنك التزامه المتعلق بعدم التدخل في أعمال الزبون. لكن في الحالة العكسية أي تدخل البنك في فعل الزبون فإن البنك يكون مسؤولا بحيث يجوز الحكم عليه بالتعويض عن أي ضرر. وهذه الحالة تتعلق بالبنك المسير الفعلي.

وعليه، سنتناول البنك المسير الفعلي، ثم ومدى تطبيقها على دور البنك في حماية البيئة وإقرار المسؤولية البنكية عن الضرر البيئي الناشئ بفعل الزبون.

أولا- البنك المسير الفعلي

تتعلق حالة البنك المسير الفعلي بنظرية المسير الفعلي، كما تتعلق كذلك بالبنك الشريك و هي صورة أخرى من صور التدخل في شؤون الزبون.

1- نشأة نظرية المسير الفعلي

أول ما ظهرت نظرية المسير الفعلي في التشريع الفرنسي، كان بموجب المادة 99 من قانون 13 جويلية 1967 ، والتي بمقتضاها يكون البنك مسؤولا عن التعويض بدلا من زبونه المفلس، وذلك في حالة ما تدخل البنك في عملية تسيير فعلي للمؤسسة، وليس على أساس أن البنك مقرض للمؤسسة[1].

[1] Christian Gavalda, La responsabilité du banquier en cas de faillite de l'entreprise financée, les cahiers de droit, vol 22, N° 3-4, 1981, p 549. Et aussi Thierry Bonneau, op.cit., p 603.

2- تعريف المسير الفعلي

يعرف المسير الفعلي بأنه " هو المسير الذي، وإن لم يعين بهذه الصفة، إلا أنه من حيث الواقع يسير الشركة فعلا، ولذلك يحمله القانون التجاري المسؤولية في حالة المخالفة، كما أنه في حالة التسوية القضائية أو الإفلاس، فإن القانون يمنعه من إحالة حصصه أو أسهمه دون إذن من القاضي المنتدب[1].

ويعرفه الفقه الفرنسي بأنه:

« celui qui exerce une activité positive de gestion ayant le caractère d'une direction accomplie en toute indépendance et liberté »[2]

كما يعرف المسير أو المدير الفعلي بأنه: " المسير أو المدير الفعلي هو من يدير شركة دون أن يولى بطريقة شرعية من طرف هياكل الشركة بسلطة تمثيلها"[3].

3- المسير الفعلي في القانون الجزائري

وقد كرس المشرع الجزائري نظرية المسير الفعلي لاسيما من خلال المادة 262 القانون تجاري الجزائري التي جاء فيها:" اعتبارا من الحكم القاضي بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس لشخص معنوي، لا **يجوز للمديرين بحكم القانون أو الواقع** أن يحولوا الحصص أو الأسهم التي تتكون منها حقوقهم في الشركة إلا بإذن من القاضي المنتدب، وتقضي المحكمة بعدم قبول حوالة الأسهم والحصص في الشركة والتي يملكها كل شخص تدخل في إدارة أموال شخص معنوي مهما كان الزمن الذي ثبت فيه هذا التدخل".

---

[1] الطيب بلولة، قانون الشركات، ترجمة إلى العربية: محمد بن بوزة، بارتي للنشر ، الطبعة الثانية، الجزائر، 2013 ، ص 206.

[2] Richard Routier, op.cit., p 1057.

[3] محمد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار هومة، الطبعة الثانية،الجزائر، 2014، ص 222.

وقد نصت المادة 224 من القانون التجاري على أنه في حالة إشهار افلاس شخص معنوي يمكن إشهار إفلاس كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجور أم لا. وقد حددت هذه المادة الحالات التي يشهر فيها افلاس المدير القانوني أو الواقعي الظاهري، والحالة الأولى تتمثل في قيام المدير بأعمال لمصلحته الشخصية أو التصرف في أموال الشركة كأنها أمواله الخاصة، والحالة الثانية هي حالة مباشرة المدير تعسفيا لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر.

وكذلك يعامل القانون التجاري الجزائري كل من المدير القانوني للشركة والمدير الفعلي نفس المعاملة، لاسيما بموجب المواد من 378 إلى 380 المتعلقة بجرائم التفليس المرتكبة من قبل مديري الشركات[1].

وتجدر بنا الإشارة هنا، إلى أن المشرع الجزائري بموجب المادة 51 مكرر من قانون العقوبات لم ينص على مسؤولية الشركة كشخص معنوي عن الجرائم المرتكبة من طرف المسير الفعلي، بل قصر مسؤوليتها عن الأفعال المرتكبة من قبل الممثل الشرعي. بينما في القانون الفرنسي ينص على مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا عن ممثله، دون تحديد لصفة الممثل[2].

4- المسير الفعلي في القانون الفرنسي

لقد كرس المشرع الفرنسي مبدأ مسؤولية البنك في حالة وجود البنك كمسير فعلي للزبون الواقع في وضعية التوقف عن الدفع، بموجب المادة L-650-1 من القانون التجاري الفرنسي، وقد حددت هذه المادة ثلاث حالات يمكن أن يعتبر على أساسها البنك مسؤولا عن الضرر الناتج بفعل الزبون

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، دار هومة، الطبعة الثانية عشر، الجزائر، 2012، ص.ص 224-225.
[2] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 222-223.

المقترض وتتمثل في حالة الغش، التدخل الموصوف في إدارة شؤون المدين، وفي حالة عدم تناسب الضمانات التي قدمها الزبون مع المقابل المالي الذي قدمه البنك[1].

يرى الفقه أن أول ما تم تكريس نظرية المسير الفعلي كان لتحسين الالتزام الأخلاقي للبنوك وليس لكبح النشاط البنكي[2].

ثانيا- البنك الشريك للزبون

الأصل أن علاقة البنك بالزبون هي علاقة دائنية، أي أن الرابط بين البنك والزبون هو تقديم البنك للمبالغ المالية للزبون على سبيل القرض مقابل استرجاع البنك لأصل الحق بالإضافة إلى مبالغ مالية أخرى مستحقة كفائدة عنها، وفي هذه الحالة يكون تحصيل البنك لحقوقه مسبقا على أية مستحقات أخرى على الزبون لاسيما عندما يتعلق الأمر بالشركاء والمساهمين الذين يستحقون الأرباح بعد سداد الديون؛ ولكن إذا أصبح البنك في وضعية الشريك، فإنه لا يستفيد من مبدأ عدم مسؤولية البنك عن فعل الزبون.

1- مضمون البنك الشريك للزبون

اعتبر الفقه أنه يمكن أن يعتبر البنك كشريك للزبون في حالتين اثنين وهما ، حالة الشريك الواقعي وحالة الشريك الفعلي.

[1] L'art L-650-1 du c.c.f .
[2] Christian GAVALD, op.cit., p 560.

1- الشريك الواقعي للزبون

لقد نص المشرع الجزائري صراحة بموجب المادة 731 من القانون التجاري[1] على أن الشركة تعد شركة مراقبة لشركة أخرى عندما تتحكم في الواقع بموجب حقوق التصويت التي تملكها في قرارات الجمعيات العامة لهذه الشركة.

إذا قام البنك بالإدارة الواقعية للزبون فإنه يمكن أن يعتبر في بعض الحالات كشريك واقعي. هذه الحالة تتجسد وفقا للقضاء البلجيكي عندما يكون البنك في حالة مراقبة والإدارة الواقعية مطلقة للزبون، وهذه الحالة تكون مثلا في حالة تعيين مدير خاضع مباشرة لأوامر البنك[2].

2- الشريك الفعلي للزبون

الأصل أن يكون البنك دائنا للزبائن، لكن أجاز المشرع للبنوك أن تحوز مساهمات في الشركات، وعليه، فإن هذه الحالة تجعل البنك في حالة الشريك بالنسبة للزبون، وفي هذه الحالة فإن البنك يتعرض لمخاطر الشريك وهذه الحالة الأولى يسهل التعرف عليها. لاسيما المادة 74 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[3] .

وقد أصدر مجلس النقد والقرض النظام رقم 14-02 المتعلق بالمخاطر الكبرى والمساهمات، والذي اعتبر أن حيازة البنك لمساهمات تقدر ب 10 % على الأقل من رأس مال شركة ما أو حقوق

[1] المادة 731 من ق ت ج :" تعد شركة ما مراقبة لشركة أخرى قصد تطبيق أحكام هذا القسم:
-عندما تملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا من رأسمال لها يخول أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة هذه الشركة.
-عندما تملك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب اتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين، على ألا يخالف هذا الاتفاق مصالح الشركة.
-عندما تتحكم في الواقع، بموجب حقوق التصويت التي تملكها، في قرارات الجمعيات العامة لهذه الشركة".

[2] نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 233.

[3] المادة 74 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض:" يمكن البنوك والمؤسسات المالية أن تأخذ مساهمات وتحوزها ولا يجوز أن تتعدى هذه المساهمات بالنسبة للبنوك، الحدود التي رسمها مجلس النقد والقرض".

التصويت[1] فيها يسمح لممارسة البنك تأثير أو رقابة على الشركة[2]. مع اخضاع تلك المساهمات لقواعد خاصة لاسيما فيما يخص طبيعة الأموال وقيمتها الكلية، حيث لا يجوز أن تتجاوز مساهمات البنك 15 % من أموالها الخاصة القانونية فيما يخص كل مساهمة، ولا يتجاوز مجموع المساهمات 60 % من الأموال الخاصة القانونية[3]. مع العلم أن تلك الحدود لا تطبق بخصوص المساهمات في البنوك والمؤسسات المالية أو مرخص بها من قبل مجلس النقد و القرض[4].

الفرع الثالث: أثر تبني نظرية المسير الفعلي والشريك الفعلي في التشريع والقضاء المقارن على الاعتراف بدور البنك في حماية البيئة

تجدر الإشارة هنا أن نظرية المسير والشريك الفعلي كان لها أثر كبير في تقرير مسؤولية البنك عن الضرر البيئي الناتج بفعل الزبون سواء في القانون الفرنسي أو في الولايات المتحدة الأمريكية.

أولا- في القانون الفرنسي

تبنى المشرع الفرنسي نظرية المسير الفعلي بموجب المادة L.241-9 وفي المادة L. 245-16 من القانون التجاري الفرنسي، ويتفق الفقهاء على أن المسير الفعلي يشمل كل من الشركاء الذين يتجاوزون حدون صلاحياتهم، ومن بينهم الشركة الأم التي تتدخل في تسيير وإدارة أحد

[1] حيازة أسهم بدون حق التصويت يؤدي إلى عدم توفر السيطرة، أنظر: حورية سويقي، حماية المصالح الفئوية المساهمين-العمال-الدائنين: في ظل الوحدة الاقتصادية لتجمع الشركات دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 44.

[2] المادة 2 الفقرة الأخيرة من النظام رقم 14-02 المؤرخ في 16 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 16 فبراير سنة 2014، يتعلق بالمخاطر الكبرى والمساهمات (ج ر ج ج العدد 56، السنة 51، الصادرة في 25 سبتمبر 2014):" مساهمات: سندات تسمح حيازتها المستمرة بممارسة تأثير أو رقابة على الشركة المصدرة، وتعتبر هذه الوضعية قائمة عندما يمتلك بنك أو مؤسسة مالية 10 % على الأقل من رأس المال أو حقوق التصويت في تلك الشركة".

[3] المادة 18 من النظام رقم 14-02 المتعلق بالمخاطر الكبرى والمساهمات.

[4] المادة 20 من النظام رقم 14-02 المتعلق بالمخاطر الكبرى والمساهمات.

فروعها، وكذلك يعتبر مسيرا فعليا كل مسير أو مدير بعد انتهاء مهامه واصل التدخل في شؤون الشركة، وكذلك حالة البنك الذي يتدخل في تسيير الشركات المدينة لديه[1].

في كل الأحوال، بالرجوع إلى أحكام المادة L.651-2 c.c.f بخصوص بالدعاوى المرفوعة ضد البنك في حالة عدم كفاية أصول المدين، فإنه يمكن أن يكون البنك في وضعية المدير الفعلي لكن بشرط أن يقوم البنك بأعمال إيجابية بالتسيير أو الإدارة، وليس فقط ممارسة الرقابة أو المراقبة أو مطالبة الزبون بتقديم المعلومات أو مطالبته بالقيام بإجراءات تهدف إلى المحافظة على الدين[2]. لكن المشرع الفرنسي لم يتوسع في تطبيق النظرية في حالة الأضرار المتعلقة بالبيئة، كون هناك جانب كبير من الفقه ينادي بذلك لاسيما Thierry Bonneau و Christian Galvalda ، وغيرهم[3].

علما أن الدراسات الاقتصادية تؤكد على نجاعة الاعتراف بمسؤولية البنك عن الضرر البيئي الناشئ بفعل الزبائن المقترضين، غير أن القضاء الفرنسي لايزال مترددا أي ملتزما بالنصوص التزاما صارما[4]، ولا توجد اجتهادات قضائية بخصوص الحكم ضد البنوك بالتعويض عن تلك الأضرار[5] .

لكن بعد تكرار الكوارث اللإيكولوجية، وكثرة الدعاوى القضائية المتعلقة بالتعويضات عن الأضرار البيئية[6]، خاصة مع تطور التشريع في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد تأثرت أغلب دول العالم بتلك التطورات.

---

[1] Bernard Berdou, Dirigeants de fait, votre responsabilité personnelle peut être engagée .source internet.
[2] Thierry Bonneau, op.cit., p 603.
[3] Richard Routier, op.cit., p.p 385-386.
[4] Gérard Mondello, op.cit., p 260.
[5] Ibid, p 260.
[6] قضية –أمام هيئات شبه قضائية- مرفوعة من طرف منظمات غير حكومية ضد Banque Calyon فرع Le groupe Crédit Agrécole لمخالفتها مبادئ الإكواتور وحقوق الإنسان، لاسيما لتمويل مصنع لعجينة الورق، سنة 2006، أنظر:
http://www.cedha.org.ar/en/initiative/paper_pulp_mills/compiliance-complaint-clalyon.pdf.,Pauline Abadie, op.cit., p 562.

أما حالات مسؤولية البنك فتتعلق بتملك البنك للعقار الذي حدث به تلوث بيئي، حالة تمويل المنشآت المصنفة، لاسيما البيع بالإيجار عندما يكون البنك في وضعية المستغل، وهي حالات عرفها القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية[1].

ثانيا– في قانون الولايات المتحدة الأمريكية[2]

يعتبر القضاء الأمريكي قضاء خصبا بخصوص القضايا المتعلقة بالحكم على البنوك في إطار التعويض عن الضرر البيئي الناشئ بفعل الغير لاسيما الزبائن منهم. و عليه سنتعرض لقضيتين مشهورتين في هذا المجال.

عقب حصول عدة كوارث متعلقة بالتلوث البيئي في الولايات المتحدة الأمريكية، والتي على أساسها تفطن الرأي العام أن أغلب حالات التلوث البيئي لا تظهر آثارها إلا بعد مرور عدة سنوات عن وقوع الخطأ أو العمل الذي سبب الضرر البيئي. من بينها قضية Love canal ،أين اقترح William T. Love حفر قناتين على نهر (Niagara)، واستغلالهما في توليد الكهرباء، وقد تم انشاء العديد من السدود و مركب الصناعات الكيماوية. غير أن المشروع توقف لضعف التمويل، لكن القناة[3] التي تم حفرها، و بيعت بالمزاد العني سنة 1920، و استغلت لردم النفايات الكيماوية لاسيما بين 1947 و 1952 ثم تم تغطيتها. في سنة 1955 تم بناء مدرسة ابتدائية والعديد من المنازل على الموقع، وفي سنة 1979 انطلقت المتابعات القضائية ضد شركة Hooker [4] وانتهت القضية 15 سنة

[1] Richard Routier, op.cit., p.p 385-386.

[2] كنا سابقا أشرنا للقانون في الولايات المتحدة الأمريكية، ص 29-30.

[3] طول القناة 1000 متر، عمقها يتراوح بين 3 و6 متر، أما عرضها فيتراوح بين 18 و25 متر.

[4] أصبحت فيما سنة 1968 فرعا لشركة Occidental Petroleum.

فيما بعد بإعادة إسكان 800 عائلة والقضاء على الشركة بمنح تعويض قدره 129 مليون دولار للضحايا[1].

في إطار القانون كانت البنوك تقوم بتسيير المنشآت المتوقفة عن النشاط لاسيما بسبب حدوث أضرار على البيئة، ذلك لأن البنك ممول للمشروع يقوم بتصفية الكفالة التي تمت بمناسبته، وبذلك يبدوا البنك كمالك للمنشأة، وبهذه الطريقة كانت المحاكم تفرض في بعض الحالات على البنك في إطار قانون CERCLA أحكاما بالتعويض للضحايا[2]، بدون خطأ وبالتضامن[3] فتتم متابعة كل جهة أو مؤسسة أو بنك له علاقة بالمنشأة المتسببة في الضرر البيئي.

وفي قضية أخرى سنة 1985، وهي قضية الولايات المتحدة ضد الزوجين Turco) Mirabile Inc.)، حكمت المحكمة على البنوك المقرضة و هي على التوالي (banques Mellon, Americain bank and Trust Compagny) باعتبارها مسيرا فعليا. وفي قضية أخرى سنة 1986 اعتبرت المحكمة أن البنك(Maryland Bank and Trust Co) الذي بقي مالكا للأرض مع علمه بحالة التلوث وأنه يملك الدراسات الكافية حول القطعة الأرضية وهو من المفروض أن يكون عالما بحالة تلوثها[4]، وبذلك بمسؤولية البنك عن الأضرار البيئية المترتبة.

في 1994 قام الكونغرس بإلغاء الرسم المتعلق بالنشاطات الملوثة مما أدى إلى تراجع ميزانية الصندوق[5]. وعليه فتعويض الضحايا وتنقية الأماكن الملوثة يقع في الأخير على كل جهة يمكن إثبات أنها كانت تتصرف بصفتها مالكا للمشأة التي تسببت في الضرر. وفي سنة 1997 صدر في الولايات

[1] Thierry Sénéchal,op.cit., pp 2-3.
[2] Gérard Mondello, op.cit., p 259.

[3] Sandrine Spaeter, Les firmes face à leur responsabilité environnementale, Revue Problèmes économiques, mercredi 24 novembre 2004, n° 2863, p 58.

[4]Gérard Mondello, op.cit., p 262.
[5] Thierry Sénéchal,op.cit., p 10.

المتحدة الأمريكية قانون (Ressource Conservation and Recovry Act -RCRA) المتعلق بتحصيل التعويضات.

ثالثا- الاتحاد الأوروبي

على مستوى الاتحاد الأوروبي، تم اقتراح معاهدة Lugano على المجلس الأوروبي منذ سنة 1993[1]، بخصوص المسؤولية المدنية عن الخطر البيئي غير أنه المعاهدة لم تدخل حيز التطبيق بسبب عدم المصادقة عليها إلا في 2008. وتم اتخاذ التعليمة رقم 2004/35/CE بتاريخ 21 أفريل 2004 والمتعلقة بالمسؤولية عن الضرر البيئي[2] ، وهي لا تشمل مسؤولية الممولين بل تحث فقط على توفي التأمين ، والتي تم إدخالها في القانون الفرنسي بموجب القانون 757/2008 المؤرخ في فاتح أوت 2008.

رابعا- النقد الموجه لتطبيق نظرية المسير الفعلي على المسؤولية البنكية في حماية البيئة

يقتضي تطبيق نظرية المسير الفعلي أن يكون للبنك دور إيجابي في تسيير شؤون الزبائن، وأن يكون بدراية كافية بكل المعطيات المتعلقة بالزبون، غير أن الواقع يفرض غير ذلك، فالزبائن عادة ما لا يقدمون المعلومات الكافية عن مشاريعهم، وذلك نظرا لعدة أسباب، إما اقتصادية، كعدم تقديم معلومات مفصلة عن المشروع حتى لا تقع بين يدي المنافسة، أو حتى لا ترتفع تكلفة القرض ، أو حتى لا تواجه طلبات الائتمان بالرفض.

وتطبيق نظرية المسير الفعلي كما أثبتته عدة دراسات أدى إلى أحجام القطاع المالي عن تمويل بعض النشاطات الاقتصادية المتعلقة بالمنتجات الكيميائية. مما أدى إلى تعديل الكونغرس

[1] Sandrine Spaeter, op.cit., 59.
[2] Directive 2004/35/CE responsabilité Européenne.

الأمريكي لقانون CERCLA وتقييد تطبيق نظرية المسير الفعلي على البنوك التي يكون لها دور فعلي وإيجابي في تسيير الشركة الزبون وليس فقط مجرد أنها تقدم ائتمان له[1].

ذلك أن التنمية الاقتصادية والتنمية المستدامة تحتاج إلى جميع القطاعات وليس إلى إبعاد بعض القطاعات تماما من التمويل البنكي، كما تطالب به بعض المنظمات غير الحكومية، بل يجب أن يكون دور البنك هو مرافقة[2] المشاريع في جميع القطاعات حتى تصبح متماشية مع متطلبات حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

كما أن النتيجة الممكن أن تحدث في حالة التوسع في تحميل البنوك المسؤولية عن الضرر البيئي الناشىء بفعل زبائنها قد يكون له أثر سلبي على مساهمة القطاع البنكي في التنمية المستدامة، خاصة من خلال التوقف عن تمويل بعض المشاريع الاقتصادية الحساسة كالبتروكمياوية والصيدلانية، وهذا فيه تعطيل لمصالح متعددة، نظرا لأهمية هذه التخصصات. فالأصل أن كل القطاعات الصناعية والإنتاجية مهمة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، ولا يمكن الاستغناء عنها، بل العبرة في تطويرها ومصاحبتها حتى تكون صديقة للبيئة، وليس في التخلي عنها وما قد ينتج عن ذلك من خسارة تقنية ومادية، وحتى لمناصب الشغل التي توفرها.

كما أن البنوك يجب أن تهتم بصفة خاصة بموضوع حماية البيئة من خلال علاقاتها مع الزبائن، علما أن البنوك عادة ما تطلب ضمانات مقابل الاعتمادات المقدمة للزبائن حتى تضمن استرجاع ولو جزء من الدين في حالة استحالة تسديده من طرف الزبون. فإذا كان الزبون محل

[1] Julien Jacob, op.cit., p 509.
[2] Séverine Leboucher, comment l'environnement s'invite dans les décisions des banques, revue Banque, N° 787, septembre 201, p 54.

متابعات قضائية بسبب أضرار بيئية فإن قيمة الضمانات[1] قد تنخفض لعدة أسباب ، تتمثل في انخفاض قيمة العقار مثلا بسبب تلوثه، أو حتى عدم قدرته على الوفاء نظرا لتدهور ذمته المالية أو الكفالة. خاصة أن المبالغ المحكوم بها في هذا النوع من القضايا غالبا ما تكون كبيرة سواء تعلقت بالتعويض المالي أو بتنقية العقار .

بدون أن ننسى أن كل متابعات قضائية متعلقة بالضرر البيئي ضد زبون البنك، قد يكون من شأنه المساس بسمعة البنك بطريقة مباشرة، وهذا يشكل خطرا حقيقيا للبنك، و عليه أن يأخذه بعين الاعتبار[2].

المبحث الثاني: حماية البنك للبيئة في إطار العمليات ذات العلاقة بنشاطها

بعدما تطرقنا لأثر مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات والاستثناءات الواردة عليها على دور البنك في حماية البيئة من وجهة نظر الفقه التقليدي والتطورات التي دخلت عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى التطورات القانونية فيما يخص دور البنوك في حماية البيئة كهدف من أهداف التنمية المستدامة ومن خلال العمليات ذات العلاقة بنشاطها، وبالخصوص العمليات التي تتم في إطار الأسواق المالية، كما سنتطرق إلى تحديد دور البنوك في حماية البيئة، باعتبار البنك ينتمي إلى هياكل السوق، يؤثر ويتأثر بالاتجاهات الحديثة للأسوق المالية التي تتجه نحو مطالبة المتعاملين الاقتصاديين والمتدخلين في السوق بحماية البيئة خاصة وتحقيق التنمية المستدامة عموما.

علما أن البنوك قد خسرت خلال الأزمة المالية والبنكية التي بدأت في سنة 2008،حسب تقديرات 2009 ما بين 2200 و3600 مليار دولار عبر العالم[1]، أما مقدار التعاملات في البورصة فهو رقم

[1] Etude du rapport annuel de la commission bancaire, 1994, source internet, (Téléchargé le 08/10/2018 à 10 :08 fichier pdf), p4.

[2] المادة 02 الفقرة ز من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية:" خطر قانوني: خطر وقوع أي نزاع من طرف مقابل ناجم عن أي غموض، أو خلل أو نقص أيا كانت طبيعته، من المرجح أن يعزي إلى البنك أو المؤسسة المالية بموجب عملياتها".

أكبر بكثير. ويرجع المتخصصون سبب تزايد نشاط البنوك في الأسواق المالية إلى تراجع مداخيلها وأرباحها المسجلة ضمن نشاطها التقليدي المتعلق بالوساطة البنكية، وذلك لعدة عوامل، منها انخفاض العمولات التي تتلقاها مقابل الخدمات المختلفة، وتزايد اقبال المتعاملين الاقتصاديين على الأسواق المالية للحصول على الأموال الضرورية للقيام بنشاطهم من خلال دخول البورصة، سواء عن طريق إصدار الأسهم أو السندات. وكذلك رغبة من البنوك في جعل جزء من نتائجها خارج الميزانية وذلك بسبب ثقل الأعباء المالية التي تتحملها جراء متطلبات الحذر التي تلتزم بها البنوك في تغطية المخاطر البنكية.

كما أصبحت المبادلات الدولية مرتبطة بالبورصات العالمية، فحتى الدول قلما تلجأ في شراء السلع والخدمات إلى التعاقد المباشر مع المنتجين بل تشتري عن طريق البورصة. وقد وصلت الأرقام المسجلة في البورصات كبورصة نيويورك ولندن أرقاما قياسية بالترليونات من الدولارات أي بالملايير، ولم تعد تلك البورصات مرتبطة بالدولة أين موطنها فقط، بل أصبحت تؤثر إلى حد كبير في الشركات والبنوك الأجنبية من خلال الشروط التي تفرضها على الأشخاص المرتبطة بها وعلى العمليات التي تتم من خلالها.

ارتفعت الأصوات التي تنادي البنك بحماية البيئة كهدف من أهداف التنمية المستدامة، ولتبرير هذا الرأي يجب أن نبين الأساس القانوني المبنية عليه، خاصة مع تزايد الأزمات البنكية والمالية التي أظهرت هشاشة النظام البنكي وضرورة تعزيزه، وفي نفس الوقت تزايد الأضرار البيئية على المستوى المحلي والدولي لاسيما بسبب الاحتباس الحراري وما يترتب عليه من تغيرات مناخية والتي أصبحت تؤثر مباشرة في مطالبة البنوك للتدخل لحماية البيئة من جهات مختلفة.

[1] Eric Lamarque, Collectif, Management de la banque : Risque, relation client, organisation, Pedro Arbulu et Eric Lamarque, les restructurations de la confiance envers les banques : une nécessité de l'après crise, 3ème éd, Pearson éd, Paris,2011 , p 9.

ولكن قبل ذلك، سنتطرق إلى بعض المفاهيم الأساسية التي تأسس عليها الدور الحديث المنوط بالبنوك والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة. مع الإشارة إلى أن ما كل ما جاء في المبحث الأول بخصوص حماية البنك للبيئة من خلال عمليات الاعتمادات البنكية يبقى صحيحا، في ظل التحولات الحديثة منها مبدأ عدم مسؤولية البنك عن الضرر البيئي والاستثناءات الواردة عليه.

وعليه، فإننا سنتناول في المطلب الأول الأساس القانوني لحماية البنك للبيئة في إطار التنمية المستدامة، أما في المطلب الثاني فنتناول حماية البنك للبيئة في إطار العمليات ذات العلاقة بنشاطها.

المطلب الأول: الأساس القانوني لتدخل البنك لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة

هناك العديد من النظريات التي تفسر خضوع البنوك لقواعد القانون البنكي باعتبارها قواعد خاصة قد تكون أحيانا متناقضة مع أحكام القانون المدني أو التجاري أي أنها قواعد استثنائية، -كما رأيناه في المبحث الأول- يرى بعض الفقه أن هذه النظريات تصلح لأن تكون أساسا لمطالبة البنك بحماية البيئة في إطار تحقيق أهداف التنمية المستدامة. ولكن في نفس الوقت هناك مفاهيم أخرى حديثة يمكن أن تكون أساسا لذلك منها مفهوم المصلحة العامة والمواطنة البيئية، بالإضافة إلى الاستجابة لمتطلبات أصحاب المصالح.

وعليه، سنتناول المصلحة العامة والمواطنة البيئية كأساس لضرورة تدخل البنك في حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في الفرع الأول، وسنتناول أثر المجتمع المدني في تبني القواعد البيئية في إطار التنمية المستدامة من طرف البنوك والأسواق المالية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المصلحة العامة والمواطنة البيئية كأساس لضرورة تدخل البنك في حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة

أدى تزايد الاهتمام بموضوع حماية البيئة كهدف من أهداف التنمية المستدامة إلى تزايد الاهتمام بدور البنك في حماية البيئة، ونظرا لعدم تسبب البنوك للأضرار البيئة بصفة مباشرة وظاهرة– كما رأيناه سابقا– حيث تتجه الأنظار إلى حالات الأضرار البيئية غير المباشرة لأعمال البنوك، فقد اقترح البعض عدة نظريات لتأسيس مبدأ المسؤولية الجماعية لحماية البيئة ومنها مسؤولية البنوك عن حمايتها، من أهم تلك النظريات، تحقيق المصلحة العامة والمواطنة البيئية، وكذلك الاستجابة لمطالب حماية البيئة الصادرة عن أصحاب المصالح.

أولا: حماية البنك للبيئة تحقيقا للمصلحة العامة

أهم نظرية تفسر الرأي المنادي بضرورة لعب البنوك دور أساسي في حماية البيئة، نجد فكرة المرفق العام كأساس لمزاولة النشاط البنكي، وفكرة المصلحة العامة كأساس لمطالبة البنوك بحماية البيئة.

1– فكرة المرفق العام كأساس لمزاولة النشاط البنكي

يعمل البنك كأي شركة تجارية على تحقيق الربح، سواء كان بنكا عاما أو خاصا، ولكن في نفس الوقت يعتبر البنك أحد أهم آليات الدولة في تحقيق المصلحة العامة والاستقرار الاقتصادي والمالي في الدولة من خلال الوساطة البنكية. حيث يوفر البنك الأموال الضرورية للأعوان الاقتصاديين لتمويل مشاريعهم، تلك الأموال التي يستغلها البنك هي أصلا ودائع بنكية تلقاها من الجمهور وهو مؤتمن عليها.

وفي سبيل قيام البنك بهذا النشاط فإن البنك يحصل على رخصة[1] من الجهات المختصة في الدولة. ومزاولة البنوك للنشاط البنكي يتميز باحتكار النشاط البنكي[2]، فلا يجوز لغير البنوك القيام بهذا النشاط[3]. لكن بالمقابل تخضع البنوك لرقابة الدولة على نشاطها سواء فيما تعلق بمح الائتمان أو تجميع الودائع البنكية، إلى درجة أن هناك جانب من الفقه ينادي بفكرة المرفق العام كأساس للنشاط البكي واسباغ البنك التجاري بالمرفق العام[4]، وهذا رأي منتقد، بحيث أن مهمة البنك الحديثة تتشابه مع المرفق العام[5].

تأسست ففكرة المرفق العام كأساس لمزاولة النشاط البنكي في البداية بالنظر إلى أنه من اختصاص الدولة اصدار النقود والرقابة عليها، فالدولة منذ القدم كانت تصك النقد باعتباره عصب الاقتصاد وأداة لدفع الرواتب والأجور، وهي تحصل الضرائب نقدا، و بذلك تجمع الأموال الضرورية لقيام الدولة بوظيفتها الأساسية التقليدية وهي حفظ النظام والأمن بالإضافة إلى وظيفتها الحديثة في إطار الدولة التدخلية في توفير بعض الخدمات والسلع الضرورية للمجتمع لاسيما من خلال المرافق العمومية التي تقوم الدولة بإنشائها وإدارتها. وهذا ما سارت عليه الجزائر بعد الإستقلال، حيث كانت البنوك تنشؤها الدولة[6].

غير أنه في الدول الليبرالية فقد تركت الدولة انشاء البنوك للخواص ولا تتدخل إلا للرقابة على عمل البنوك وتأطيرها. ومن جهة أخرى فإن خلق النقود من الناحية الاقتصادية يعتمد على الودائع

---

[1] المادة 62 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[2] المادة 70 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[3] المادة 76 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.
[4] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 141.
[5] «…la fonction bancaire moderne s'apparente à un service moderne » : christian Gavalda, la responsabilité du banquier en cas de faillite de l'entreprise financée, op.cit., p 551
[6] حتى 1990، كانت البنوك في الجزائر تنشأ عن طريق القوانين، سواء تعلق بخلق بنوك جديدة أو تأميم البنوك التي كانت موجودة في الجزائر قبل الإستقلال. وعلى سبيل المثال، تم تأسيس الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط (CNEP) في 10 أوت 1964 بموجب القانون رقم 64-227 المؤرخ في الفاتح ربيع الأول 1384 الموافق 10 أوت 1964، يتعلق بتأسيس الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط، (ج ر ج ج، العدد 26، السنة الأولى، بتاريخ 25 أوت 1964). أما بنك التنمية المحلية (B.D.L) فقد تأسس بموجب المرسوم رقم 85-85 المؤرخ في 10 شعبان 1405 الموافق 30 أفريل 1985، والمتضمن انشاء بنك التنمية المحلية وتحديد قانونه الأساسي، (ج ر ج ج، العدد 19، السنة 22، بتاريخ أول مايو سنة 1985م). بعد إعادة هيكلة القرض الشعبي الجزائري(C.P.A).

البنكية التي تتلقاها البنوك وتتحول إلى نقود كتابية من خلال الكتابة البنكية في عملية منح الائتمان البنكي[1]. أما في الدول التي انتهجت النهج الاشتراكي كالجزائر فإنها انشأت البنوك وأشرفت على تسييرها ولكن فيما بعد اعترفت لها بالطابع التجاري[2]، فعمليات البنوك هي عمليات تجارية حسب موضوعها [3] ، كما تتأسس البنوك في شكل شركات مساهمة[4].

ومن خلال الرقابة على البنوك تحتفظ الدولة على الرقابة على النقد والقرض، وتتحكم في كمية النقود الموجودة في السوق ارتفاعا أو انخفاضا من خلال التحكم في السياسة النقدية وهذا يتحقق، لاسيما من خلال التحكم في سعر الفائدة المتعلق بالخصم، أو سعر الفائدة الدائنة والمدينة بخصوص الائتمان البنكي. وبذلك تكون البنوك وسيلة الدولة في تحقيق السياسة النقدية في الدولة. وعليه فإن البنك يقوم بنشاطه في إطار تحقيق المصلحة العامة بالإضافة إلى هدف تحقيق الربح.

غير أنه بالرجوع إلى الفقه لا يمكن أن نجزم أن البنوك عندما تقوم بنشاطها فهي تقدم خدمة عمومية في إطار المرفق العام، لأن الفكرة لا تستقيم قانونا، بل يمكن القول أنها تقدم خدمة للنفع العام[5]، أي أنه لا يمكن اعتبار نشاط البنك خدمة عمومية ولا يمكن اعتبار البنوك مرافق عمومية[6]. لكن في نفس الوقت كما رأيناه سابقا البنك يزاول نشاطه في إطار احتكار النشاط، وبذلك تقترب

---

[1] "*إلا أن البنوك التجارية بإمكانها أن تمنح قروضا تفوق ما لديها من نقود حقيقية، وهذه القروض هي بالأساس قروض ائتمانية أي ناجمة عن مجرد تسجيل محاسبي لعمليات الإيداع و القرض، واستعمال الشيكات في التداول. في هذه الحالة، نقول أن البنوك قد استطاعت انشاء نوع معين من النقود هي نقود الودائع*"، أنظر: الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 14.

[2] لأول مرة حسب المادة 16 من القانون 86-12 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق 19 عشت 1986 المتعلق بنظام البنوك و القرض (الملغى) (ج.ر العدد 34، سنة 23، الصادرة بتاريخ 20 عشت 1986): "يخضع البنك المركزي ومؤسسات القرض لأحكام التشريع التجاري".

غير أن هذا القانون وإن كان أقر العديد من التعديلات الجوهرية، إلا أنه لم يدخل حيز التنفيذ أبدا، أنظر:

Abdelkrim Naas, Le système bancaire algérien : de la décolonisation à l'économie de marché, éd Maisonneuve & Larose, Paris, 2003 p 186.

أما الإصلاحات الحقيقية فقد جاءت بموجب القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق ل 14 أبريل 1990 (الملغى بموجب الأمر 03-11) (ج. ر رقم 16 السنة 27 بتاريخ 18 أبريل 1990).

[3] المادة 02 من القانون التجاري.

[4] المادة 83 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

[5] Richard Routier, op.cit., p 31.

[6] علي جمال الدين عوض، "عمليات البنوك من الوجهة القانونية: دراسة للقضاء المصري و المقارن و تشريعات البلاد العربية"، المكتبة القانونية، طبعة مكبرة، 1993، ص-ص 12-13.

القواعد التي يخضع لها للقواعد المتعلقة بالمرافق العمومية، وهي مطالبة بحماية البيئة كهدف من أهداف التنمية المستدامة، وعلى الأقل هي مطالبة بعدم القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بالبيئة.

2- فكرة المصلحة العامة كأساس لقواعد حماية البيئة

بعد التراجع عن نظرية المرفق العام كأساس للنشاط البنكي، ظهرت نظرية المصلحة العامة كأساس لمزاولة النشاط البنكي، وعليه فإن البنك يعتبر أثناء القيام بنشاطه يجب عليه احترام متطلبات المصلحة العامة. وعليه، بحماية البيئة باعتبار تلك الحماية تدخل ضمن حماية المصلحة العامة.

ثانيا: المواطنة البيئية

يتطلب تحقيق التنمية المستدامة تضافر الجهود الفردية والجماعية، سواء على المستوى المحلي أو الدولي. وحماية البيئة كأحد أهداف التنمية المستدامة يتطلب من الجميع كأفراد وهيئات منظمة، الامتناع عن بعض الأفعال ولكن في نفس الوقت القيام بأخرى والتخلي عن جزء من المصلحة الخاصة من أجل تحقيق المصلحة العامة التي نحصل عليها من حماية البيئة. وهذا ينطوي على قدر من التضامن بين مختلف فئات المجتمع حاليا، والتضامن في مصلحة الأجيال القادمة. ويرى جزء من الفقه أن هذا التضامن أساس المواطنة البيئية[1].

كما لا ننسى أنه ان كانت المواطنة تعني التمتع بالحقوق فهي كذلك تعني تحمل الالتزامات والمسؤولية، وقد أصبحت الشركات عموما والبنوك خصوصا مطالبة بتحمل مسؤولياتها البيئية والاجتماعية باعتبارها أشخاص تتمتع بحقوق وتتحمل الالتزامات، سواء مادية أو معنوية.

[1] Pauline Abadie, op.cit., p 212-213.

وقد أصبحت النصوص التشريعية والتنظيمية وحتى الكتابات الفقهية المختلفة تخاطب الأشخاص الطبيعية التي تشمل المواطن والمقيم؛ كما تخاطب الأشخاص المعنوية ومنها البنوك بضرورة حماية البيئة، ومن أهم تلك النصوص نجد القوانين المتعلقة بالبيئة والتنمية المستدامة، والنصوص المتعلقة بالاستثمار[1] سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

وهناك تعريف لمواطنة الشركات على أنها إهتمام الشركات بالعمل وفق قواعد تجارية وأخلاقية في جميع النواحي، سواء تجاه العمال أو الإدارات العمومية أو البيئة والعمل على تحسين ظروف المجتمع[2].

وبذلك فإن البنك باعتباره أحد الأعوان الاقتصاديين أصبح من واجبه الامتثال لمتطلبات التنمية المستدامة وحماية البيئة على مستواه، ولكن كذلك في إطار علاقاته مع الغير خاصة في تعامله مع الزبائن.

ثالثا: الاستجابة لطلب حماية البيئة النابع عن أصحاب المصالح

لم يعد البنك يعمل فقط بهدف تحقيق الربحية، بل أصبح موضوع حماية البيئة من أهم المتطلبات التي يجب أخذها بعين الاعتبار بالنسبة للبنك نظرا للاهتمام المتزايد بهذا الموضوع سواء من جانب المساهمين، والمستهلكين، والمستثمرين وحتى الزبائن المودعين والمقترضين.

[1] المادة 3 من القانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 46، بتاريخ 3 غشت سنة 2016 :" تنجز الاستثمارات المذكورة في أحكام هذا القانون في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة، وبالنشاطات والمهن المقننة، وبصفة عامة بممارسة النشاطات الاقتصادية".

[2] تعريف مواطنة الشركات" بالنسبة للشركات الكبرى، العمل وفقا لممارسات تجارية أخلاقية، ومعاملة العاملين معاملة جيّدة، وتحقيق الأرباح، وسداد الضرائب، وتوفير الوظائف، وتقديم منتجات وخدمات آمنة جديرة بالثقة، بالإضافة للتمتع بسجل جيد في التعامل مع البيئة، والعمل على تحسين ظروف المجتمع"، عن مركز مواطنة الشركات التابع لجامعة بوستن، أنظر: أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص 190.

من جهة أخرى أصبح احترام البيئة من أهم المواضيع التي تؤثر في صورة وسمعة البنك سواء أمام أصحاب المصالح الداخليين أو الخارجيين خاصة منهم الرأي العام والمجتمع المدني بمكوناته المختلفة خاصة المنظمات غير الحكومية. وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: أثر المجتمع المدني في تبني القواعد البيئية في إطار التنمية المستدامة من طرف البنوك والأسواق المالية

إن الاعتراف بضرورة حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة محليا ودوليا كان تحت تأثير عدة فاعلين، يجب تحديدهم. في نفس الوقت سنتناول أثرها في مطالبة البنوك والبورصات حتى يكون لها عمل إيجابي في حماية البيئة. وإن كان في البداية هؤلاء الفاعلين مكونين من جهات خارج القطاع البنكي والمالي، فإنه في مرحلة ثانية ظهرت هيئات ضمن القطاع البنكي والمالي نفسه تعمل على تطوير دور القطاع المالي والبنكي في حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

نكتفي هنا بالتطرق لبعض الجهات فقط دون التوسع، نظرا لأننا سنتطرق لأصحاب المصالح في الفصل الثاني من هذا الباب وكذلك في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

أولا: ضغط المنظمات غير الحكومية على البنوك والبورصات

عملت المنظمات غير الحكومية الناشطة في المجال البيئي والتنمية المستدامة وسعت جاهدة للضغط على البنوك والأسواق المالية حتى تعترف أولا بدورها في حماية البيئة، وثانيا حتى تفرض على البنوك والأسواق المالية القيام بعمل إيجابي نحو حماية البيئة. فمثلا تعرض بنك Barklays

الإنجليزي إلى عدة ضغوطات منذ سنة 1986 من طرف الطلبة لمطالبته بالانسحاب من جنوب إفريقيا بسبب التمييز العنصري[1].

وتنقسم تلك المنظمات إلى المنظمات غير الحكومية الوطنية، وإلى المنظمات غير الحكومية الدولية. وأهم المنظمات غير الحكومية الدولية التي ساهمت في انضمام البنوك والمؤسسات المالية إلى الصحوة الحديثة المتعلقة بضرورة حماية البيئة والمسؤولية البيئية في إطار تحقيق أهداف التنمية المستدامة هناك المنظمات غير الحكومية ذات الاختصاص الواسع، والمنظمات غير الحكومية في المجال المالي.

1- المنظمات الدولية غير الحكومية ذات الاختصاص الواسع

أصبحت المنظمات الدولية غير الحكومية يعترف لها بالشخصية المعنوية ولها حق التمثيل على المستوى الدولي، فقد كرستها المادة 71 من ميثاق الأمم المتحدة ومنحتها مركزا قانونيا دوليا، وأصبح لها دور استشاري أمام المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة[2]. " حيث اعتبرتها منظمات جديدة في المجتمع الدولي، قائمة من أجل دعم سيادة القانون وإشاعة ثقافة حقوق الإنسان والحريات العامة وشريكا كفؤا للدول والمنظمات الحكومية في تقديم الخدمات العامة وتعبئة الجمهور"[3].

وقد اعترف القانون الجزائري المتعلق بالجمعيات[4] 90-31 في المادة 21 بالمنظمات الدولية غير الحكومية واعترف للجمعيات ذات الطابع الوطني بحق الانضمام إليها بشرط موافقة وزير الداخلية[5]. و قد كرّس القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات حق الجمعيات الأجنبية المرخص لها بناء

[1] Marlène *Morin*, op.cit., p 32.

[2] عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطور"، دار هومة، 2009، ص 35.

[3] عمر سعد الله، المرجع السابق، 62.

[4] المادة 21 من القانون رقم 90-31 المؤرخ في 17 جمادى الأولى الموافق 04 ديسمبر 1990 و المتعلق بالجمعيات (الملغى بموجب القانون 12-06 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات)، (ج ر ج ج العدد 53، السنة 27، بتاريخ 05 ديسمبر 1990)

[5] عمر سعد الله، المرجع السابق، 199.

على القوانين الأجنبية على أن تحصل على الإعتماد المسبق من الوزير المكلف بالداخلية[1]. كما يمكن للجمعيات المعتمدة في الجزائر الانخراط في جمعيات أجنبية[2]، و لها العمل في إطار الشراكة مع جمعيات أجنبية و منظمات دولية غير حكومية بشرط الموافقة المسبقة من طرف السلطات المختصة[3]. غير أن دور المجتمع المدني عموما و الجمعيات خصوصا لايزال ضعيفا في الجزائر لاسيما بسبب ضعف الرغبة في التطوع، و حتى نشاط الجمعيات غالبا ما يكون كرد فعل على مواقف الإدارة، و حتى الجمعيات تعاني من ضعف التنسيق فيما بينها، بالإضافة إلى أن الإطار القانوني غير مناسب[4].

وتجدر الإشارة هنا، أن هناك منظمات غير الحكومية في شكل أحزاب سياسية، لاسيما الأحزاب الخضراء. هذا الشكل ظهر بداية من الثمانينات نظرا لتفطن الناشطين في حماية البيئة أن العمل الجمعوي وحده غير كاف لتحقيقها. تلك الأحزاب لم يعد لها نشاط وطني فحسب بل تعدته إلى عقد المؤتمرات الدولية الخضراء في كل أنحاء العالم[5].

أهم المنظمات غير الحكومية في المجال البيئي التي تحاول التأثير على القطاع البنكي المالي نجد[6]:

– منظمة السلام الأخضر لحماية البيئة والسلم[7] أنشأت سنة 1971 بهدف مناهضة التجارب النووية الأمريكية، ثم اتسع نشاطها ليشمل أغلب الجوانب الاقتصادية والسياسية للمسائل البيئية[1].

[1] المادة 61 من القانون رقم 12-06 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012 المتعلق بالجمعيات (ج.ر العدد 02 بتاريخ 15 يناير 2012).
[2] المادة 22 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات.
[3] المادة 23 من القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات.
[4] جريو محمد الأمين، دور المؤسسات الاقتصادية في عمليات التنمية المستدامة، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2020، ص 18.
[5] أحمد لكحل، النظام القانوني لحماية البيئة والتنمية المستدامة، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 152.
[6] لا يمكن حصرها هنا: مثلا المركز العالمي لقانون البيئة والتنمية، وغرفة التجارة الدولية و هي مهمة جدا لاسيما من خلال هياكلها المختلفة و أهمها محكمة التحكيم الدولية و معهد القانون الدولي للأعمال... الخ.
[7] Greenpeace .

-الصندوق الدولي للطبيعة[2] أنشأت منذ 1961 عن طريق شخصيات من عالم الأعمال، وتعرف بكثرة الشخصيات المهمة التي انظمت إليها من بينهم أعضاء من العائلات المالكة في أروبا، هذه المنظمة تتدخل عن طريق عدة وسائل، فأحيانا تعمل على توفير الأموال الضرورية للقيام بعمل ما، وقد تقدم خدمات استشارية أو تقنية، وأحيانا تقدم خدمات تعليمية وأحيانا تكون متدخل مباشر في الميدان[3].

-شبكة عمل المناخ (RAC): تعمل بالخصوص على متابعة اجراءات بروتوكول طوكيو حول تغير المناخ[4].

-أصدقاء الأرض[5]: انشأت منذ 1969 في الولايات المتحدة الأمريكية يتكون المنخرطون إليها من مختلف الجنسيات، تتميز لمناهضتها لليمين المحافظ، وهي تعمل على التنديد بالسياسات الرأسمالية التعسفية وهدفها الأول مكافحة التدهور البيئي، كما تعمل على تقديم بدائل لإرساء مبادئ العدالة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وكذا تكافئ الفرص والمساواة أمام الحصول على الموارد على المستوى المحلي الوطني وكذا الدولي[6]. وقد عملت هذه المنظمة منذ سنة 2000 على القيام بحملات ضد البنوك الخاصة في كل العالم[7].

---

[1] Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, Collectif, Le développement durable, éd La documentation française, paris, 2010, p 116.

[2](World Wide Fund for Nature)(WWF) .

[3] Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, Collectif, op.cit., p 116.

[4] عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 116.

[5] Friends of the Earth.

[6] Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, Collectif, op.cit., p 117.

[7] Marlène Morin, op.cit., p 108.

ويرى الأستاذ عمر سعد الله أنه رغم الجهود الجبارة والدور القوي الذي تلعبه المنظمات الدولية غير الحكومية في مجال قانون البيئة إلا أن قواعد القانون الدولي ضمن فروع القانون الدولي تبقى أسمى من قواعد البيئة على المستوى الدولي[1].

ولقد أعلنت منظمة أصدقاء الأرض في ديسمبر 2005 عن حملة باسم (Banques françaises épargnez le climat) تستهدف القطاع البنكي الخاص في فرنسا لاسيما البنوك الثمانية الكبرى والتي تملك رأسمال استثماري ضخم، والتي تساهم في تمويل أكبر المشاريع التي تشكل تهديدا للبيئة حاليا. وقد حددت هذه الحملة ثلاثة أهداف، أولها متعلق بتحسين الشفافية فيما يخص الآثار البيئية المباشرة وغير المباشرة للبنوك، أما الهدف الثاني فمتعلق بمحاربة التغيرات المناخية والغازات المتسببة في الإنحباس الحراري، وعلاقتها المباشرة وغير المباشرة بالبنوك، أما الهدف الثالث فمتعلق بتطوير المنتوجات المالية لصالح الطاقات النقية وذات المردودية الجيدة، وفي هذا المجال توفير قروض بأسعار ونسب تفضيلية أو تخصص فقط للعقار المستدام والسيارات النقية مثلا[2].

وعادة ما تستهدف الحملات التي تشنها المنظمات غير الحكومية ضد البنوك مطالبتها الأخذ بعين الاعتبار تحديات حماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية من خلال احترام ستة (6)مبادئ وهي الشفافية، الاستدامة، المسؤولية، تقديم الحسابات حول الإمتثال (le fait de rendre compte) ، رفض القضاء على البيئة والمجتمع، وتوفير سوق مالية مستدامة[3].

[1] عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 117.

[2] Marlène Morin, op.cit., p.p 32-33.

[3] Marlène Morin, op.cit., p 32.

2- دور المنظمات غير الحكومية المتخصصة في المجال البنكي والمالي

هناك العديد من المنظمات غير الحكومية تخصصت في المجال البنكي والمالي أهمها، مبادرة التقرير الشامل والعهد الدولي.

أ- مبادرة التقرير الشامل[1]

نشأت مبادرة التقرير الشامل (GRI) سنة 1997 كجمعية خاضعة للقانون الخاص، من خلال شراكة بين برنامج الأمم المتحدة للتنمية المستدامة (PNUE) وجمعية أمريكية[2] (CERES) (Coalition for Environmentally Responsible Economies) وهي شبكة مكونة من الناحية البشرية من آلاف الخبراء الذين يشكلون مختلف أصحاب المصالح. تتمثل مهمة هذه المبادرة في تطوير مؤشرات التقرير الممكن استعماله في جميع المجالات والذي يسمح بتوضيح وقراءة أفضل للمعطيات التي يتم نشرها حول الأداء الاقتصادي والاجتماعي والبيئي للشركات[3]، وتعتبر مبادرة التقرير الشامل (GRI) أكثر الهيئات التي أصبحت تؤثر في نشر الشركات للمعلومات غير المالية[4].

وقد انظمت البنوك إلى هذه المبادرة (GRI) مثلها مثل العديد من الشركات، علما أن الانضمام يعني المساهمة في وضع تلك المعايير، وكذلك يعني الانضمام الإشارة في تقاريرها إلى أنها تقوم بوضع تلك التقارير التي تنشرها ضمن تلك المعايير (GRI)[5].

---

[1] Global Reporting Initiative(G.R.I).

[2] وهي منظمة غير حكومية.

[3] Pauline Abadie, op.cit., p 359.

[4] Vincent Dessain, la communication extra-financière des entreprises : déterminant et enjeux. Une analyse comparative d'entreprise dans plusieurs pays européens , Thèse présentée pour l'obtention du titre de docteur en sciences de l'information et de la communication, sous la direction de Mr le professeur Luc Quoniam, université de paris 8, 24/01/2012, p 29.

[5] Marlène Morin, op.cit., p 38-39.

ب- العهد الدولي[1] (Global Compact)

أعلن السيد كوفي عنان الأمين السابق للأمم المتحدة بمبادرة منه عن إنشاء (Global Compact) في 31 جانفي 1999، بدافوس أين انعقد منتدى الاقتصادي العالمي (Word Economic Forum).

إن نشر الشركات والبنوك للمعلومات البيئية بالشكل وفق نماذج التقرير الذي وضعته تلك الهيئات من شأنه أن يساهم في معرفة ما هي الشركات والبنوك التي تساهم في حماية البيئة والتنمية المستدامة، كما يسمح بتقييم تلك الشركات والبنوك من جهة، ومن جهة أخرى يساهم في تحديد المسؤوليات[2] وتمكين المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية القيام بمهامها وعملياتها بكل دراية مثلا من خلال توجيه أصابع الاتهام للشركة أو البنك الذي ساهم في تدهور بيئي أو في حالة التعدي على العناصر البيئية(سنرجع لها في الفصل الثاني).

الفرع الثالث: الأساس القانوني لالتزام البنك بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في المعاهدات الدولية

إن الاعتراف بموضوع التنمية المستدامة بأهدافها المختلفة ومنها حماية البيئة، جاء في الإطار الدولي، ومن أهم تلك الأطر نجد تقرير بورتلند، ولكن هناك حلقة مفقودة ضمن الإطار العام لكل الأعمال والمعاهدات الدولية يتمثل في إقحام البنوك والمؤسسات المالية في هذا الموضوع. فقد ظهرت آليات جديدة من شأنها أن تجعل من البنوك تلعبا دورا فعالا في حماية البيئة وليس فقط الدور السلبي

[1] Le pacte mondial.
[2] Vincent Dessain, op.cit. , p 30.

الذي قد يقتصر في الامتناع عن تمويل بعض المشاريع التي يظهر جليا أنه قد يكون لها أثر سلبي على البيئة. من أهمها مبادئ الإكواتور، ومعاهدة Lugano في إطار الإتحاد الأروبي.

أولا: الالتزام البنكي بحماية البيئة في إطار أحكام قواعد القانون الدولي ومبادئ الإكواتور

لم تعد الشركات والبنوك راضية عن الضغوطات التي تمارس عليها من طرف جماعات الضغط المختلفة –الطلبة، الأحزاب السياسية، الجمعيات– لما له من تأثير سلبي على صورتها (كما سنبينه لاحقا)، وهي في نفس الوقت تعترف بضرورة أن تلعب دورا في حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، لذلك اهتمت البنوك الكبرى بهذا الموضوع من خلال الاهتمام بتكافل جهودها في هذا المجال. وأهم مبادرة صدرت عن البنوك هي الإعلان عن مبادئ الإكواتور، وانضمامها لها.

1– أحكام مبادئ الإكواتور Les principes d'Equateur

وضعت مبادئ الإكواتور سنة 2003، وهي عبارة عن مدونة لأفضل الممارسات، وليست اتفاقية دولية بالمعنى القانوني الضيق، تضم حوالي 60 عضوا من بينها بعض البنوك الفرنسية، وقد تعتبر المرجعية التي تعتمدها البنوك الخاصة في تمويل المشاريع ذات التكلفة الكبير والتي لا تقل عن عشرة ملايين دولار، لاسيما في تشخيص وتقييم وإدارة المخاطر الاجتماعية والبيئية، وقد نصت تلك المبادئ على ضرورة أن تخضع تلك المشاريع لإعداد تقييم اجتماعي وبيئي معمق حسب نوع وصنف المشروع وأن تلتزم البنوك بعدم تمويل المشاريع التي لا يلتزم أصحابها بتلك القواعد[1].

وقد بلغ عدد المنضمين إلى هذه مبادئ 105 مؤسسة ينتمون إلى 38 دولة، من بينهم خمسة بنوك من جنسيات عربية وهي مصرية (البنك العربي الإفريقي الدولي الذي انضم سنة 2009)،

[1] Pauline Abadie, op.cit., p 489.

ومغربية(البنك الأفريقي (Banque d'Afrique) الذي انضم سنة 2010، وسلطنة عمان (Bank Muscat SOAG انضم سنة 2007)، والإمارات العربية المتحدة(First Abu Dhabi Bank(FAB) وانضم سنة 2015)[1] ، وهذا العدد القليل يعكس تأخر البنوك العربية بالاعتراف بأهمية المسؤولية الاجتماعية للبنوك لاسيما بموضوع حماية البيئة.

وتجدر الإشارة هنا أنه لا يوجد أي بنك جزائري وهذا يعبر عن غياب ثقافة حماية البيئة والتنمية المستدامة نظرا لعدة اعتبارات أهمها نظرة البنوك لهذه المسألة على أنها غير مهمة كون أن هناك صعوبة في تحديد العلاقة بين تلك المواضيع وتحسين أداء البنوك وخلق قيمة مضافة. فالبنوك الجزائرية بحاجة لتحسين الربحية. كما أن أغلب البنوك هي و إن كانت تجارية فهي لا تقوم بأية مبادرة في إطار تطوير خدماتها وأعمالها، وهذا ما تعبر عنه النتائج غير المرضية للبنوك الجزائرية بصفة عامة، ثم أنها غالبا ما تنتظر توجيهات البنك المركزي لا سيما من مجلس النقد والقرض، والسياسة العامة للدولة في المجال البنكي والمالي.

غير أنه يمكن للبنوك الجزائرية الاستفادة من الخبرة التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية سواء الأوربية أو العربية الموجودة في الجزائر، سواء من خلال العنصر البشري الجزائري العامل في مجال البنكي والمالي الذي أصبح محتكا بالبنوك الأجنبية والكفاءات الأجنبية الموجودة في الجزائر، وكذلك هناك خبرات أخرى أكادمية ومهنية في المجال القانوني والاقتصادي والمحاسبة يمكن الاستعانة بها إذا كانت هناك إرادة سياسية في ذلك. وقد أعطتنا الظروف الصحية التي أصابت العالم سنة 2020 درسا من خلال تكاتف الجهود والمبادرات الخلاقة التي عرفتها جميع المجالات. وحتى قطاع الخدمات عرف تطورا ملحوظا من خلال زيادة التعاملات والتجارة الالكترونية.

[1] Equator-principles.com/members-reporting/ تمت زيارة الموقع يوم 21جوان 2020 على الساعة 11:45

وما نعنيه بالإرادة السياسية ليس فقط توجهات الدولة الجزائرية ضمن السياسة العامة للدولة والحكومة، بل الإرادة التي تنبع من صلب القطاع البنكي والذي على هرمه البنك المركزي ممثلا في مجلس النقد والقرض الذي أرى أنه من واجبه النهوض بالقطاع بعيدا عن البيروقراطية وعقلية انتظار الأوامر، بدون أن ننسى لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها والتي يجب أن تساهم في دفع القطاع المالي إلى أفق أبعد. لاسيما من خلال الدور التنظيمي المنوط بهما باعتبارهما سلطات إدارية مستقلة.

يعتبر وضع مبادئ الإكواتور مهما جدا ليس فقط لأنه وضع قواعد متعلقة بحماية البيئة. ولكن لأن وضع هذه القواعد من طرف البنوك يعتبر اعترافا بدور البنك عن حماية البيئة واعتراف بقدرتها على التأثير على حماية البيئة، ويعد هذا مكسبا في حد ذاته. كما أن وضع هذه المبادئ يساهم في مساعدة البنوك على الإدارة الجيدة للمخاطر البنكية[1].

وقد تضمنت مقدمة مبادئ الإكواتور عبارات واضحة الدلالة على اعتراف البنوك الموقعة والتي ستنظم في المستقبل بدورها والتزامها بحماية البيئة[2].

كما أن البنوك عند التوقيع على هذه المبادئ تلتزم بأن تختار المشاريع التي تمولها ليس فقط على أساس المتطلبات التقليدية التي يجب أن تتوفر في المشروع كالربحية والقدرة على سداد الدين سواء أصل الدين أو الفوائد المترتبة عليه حسب ما هو متفق عليه، بل يأخذ البنك في الاعتبار بعض المعايير البيئية والاجتماعية في تقييم المشروع[3].

وامتثالا لمتطلبات مبادئ الإكواتور تقوم البنوك بتصنيف المشاريع محل طلبات الإعتماد إلى ثلاثة فئات وهي A وB وC. حسب معايير بيئية محددة.

[1] Marlène Morin، op.cit.، p 112.
[2] Equator-principles.com تمت زيارة الموقع يوم 21جوان 2020
[3] Marlène Morin, op.cit., p 112.

وإن كانت مبادئ الإكواتور لا تعتبر معاهدة بالمعنى القانوني للمعاهدات والاتفاقيات الدولية، إلا أنها تساهم لحد كبير في تطوير القواعد في مجال حماية البيئة وتقرير المسؤولية البيئية، لاسيما من خلال اعتراف البنوك والمؤسسات المالية بدورها الفعال في الحفاظ وحماية البيئة. ورغم النص على أن مبادئ الإكواتور لا يترتب عنها أية حقوق ولا مسؤولية[1]، سواء للأشخاص الطبيعية أو المعنوية[2].

غير أنه يمكن أن يكون مرجعا يستأنس به عند تعديل القوانين الوطنية، وكذلك عند وضع المدونات المختلفة وقواعد حسن السير سواء على المستوى الوطني، والدولي. وسيتم التطرق لموضوع المسؤولية المتولدة عن مخالفة مدونات السلوك الحسن[3].

2- قواعد الاتحاد الأوروبي

على مستوى الإتحاد الأوروبي، هناك العديد من النصوص التي يمكن اعتبار أنها تدخل ضمن التزام حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، لاسيما من خلال الزام الشركات الكبرى بنشر غير المالية المعلومات المالية[4].

كما تم اقتراح معاهدة Lugano بخصوص المسؤولية المدنية عن الخطر البيئي غير أنه المعاهدة لم تدخل حيز التطبيق بسبب عدم المصادقة عليها إلا في 2008. كما تم اتخاذ التعليمة رقم 2004/35/CE بتاريخ 21 أفريل 2004 والمتعلقة بالمسؤولية عن الضرر البيئي[5] ولا تشمل مسؤولية الممولين بل تحث فقط على توفير التأمين، والتي تمت إدخالها في القانون الفرنسي بموجب القانون 757/2008 المؤرخ في فاتح أوت 2008.

---

[1] *The Equator principles do not creat any rights، or liability to، any person، public or private* .

[2] Equator-principles.com تمت زيارة الموقع يوم 21جوان 2020

[3] أنظر أدناه: ص 139 و ما يليها.

[4] Directive 2014/95/UE du parlement européen et du conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

[5] Directive 2004/35/CE responsabilité Européenne.

ثانيا: الأساس القانوني للتكريس دور البنك في حماية البيئة في القانون الفرنسي

تكريس حماية البيئة في القانون الفرنسي والتي تشمل التزام الشركات المسعرة في البورصة والبنوك في إطار التنمية المستدامة كان من خلال عدة نصوص أهمها القواعد الجديدة للضبط الاقتصادي (NRE)[1] ، فيما بعد من خلال القواعد التي جاءت في إطار(la loi grenelle 2)[2]، لاسيما من خلال تعزيز الحوكمة الإيكولوجية. وهذا من خلال باقة من الالتزامات المفروضة على البنوك[3] ، أهمها أن يتضمن تقرير التسيير الآثار الإجتماعية والبيئية[4] لنشاطاتها وعلى التزاماتها الاجتماعية تجاه التنمية المستدامة[5] الذي تضمنه المرسوم رقم 2012-557[6]، بالإضافة إلى الأمر رقم 2017-1180 المتعلق بنشر المعلومات غير المالية للبعض الشركات الكبرى و المجموعات[7].

تعتبر فرنسا من أكبر الدول التي تساهم لحد كبير في تدعيم مسؤولية البنك عن الضرر البيئي في إطار تحقيق أهداف التنمية المستدامة، وهذا من خلال تكثيف النصوص القانونية ذات المصادر المختلفة المتعلقة بالموضوع، كذلك لا يمكن انكار دور الفقه الفرنسي الذي بعدما كان ينكر فكرة مسؤولية البنك عن الضرر البيئي في إطار نشاطه كبنك، تراجع فيما بعد وأصبح يؤيد إمكانية أن يتحمل البنك المسؤولية في حماية البيئة ولكن بتوفر بعض الشروط. لاسيما بعد التطورات الكبيرة التي عرفها التشريع البيئي في الولايات المتحدة الأمريكية حتى أن الفقه أصبح ينادي بتطور دور البنك والتدخل في حماية البيئة من خلال التأثير على سلوك الزبائن.

[1] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.
[2] Loi du 12 juillet 2010 et décret d'application publié par le gouvernement Fillon le 24 avril 2012.
[3] Pauline Abadie, op.cit., P 557.
[4] سنرجع للتقرير غير المالي في الباب الثاني الفصل الثاني بخصوص الإفصاح والشفافية، أنظر أدناه: ص 275 ومايليه.
[5] Alexandre Touma, l'investissement responsable , Revue Banque éd, paris, 2018, p 109.
[6] Le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligation de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.
[7] Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'information non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, JORF n° 0169 du 21 juillet 2017, texte n° 13.

المطلب الثاني: أثر العمليات ذات العلاقة بنشاط البنوك على حماية البيئة كهدف للتنمية المستدامة

عمليات البنوك كثيرة ومتعددة، منها العمليات البنكية الأصلية–تلقي الودائع ومنح القروض– ومنها العمليات المتعلقة بنشاطها وهي كثيرة ومتنوعة، وفي كثير من الأحيان تكون لها علاقة مباشرة بالبورصة، لذا يجب أن نتطرق لمفهوم البورصة والأسواق المالية، ثم نحدد كيفية ارتباط البنك بالبورصة سواء من خلال هياكلها وهيئاتها أو من خلال العمليات التي تقوم بها. ثم نربط بين تأثير القواعد المتعلقة بالبورصة بحماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية للشركات وحماية المستهلك على كيفية احترام البنوك لتلك القواعد.

وعليه، سندرس في الفرع الأول تزايد دور البنوك في حماية البيئة كأحد أهداف التنمية المستدامة من خلال دورها في الأسواق المالية والبورصة، وفي الفرع الثاني توظيف القيم المنقولة والمنتوجات المالية.

الفرع الأول: تزايد دور البنوك في حماية البيئة كأحد أهداف التنمية المستدامة من خلال دورها في الأسواق المالية والبورصة

حتى نبين أهم التطورات في مجال حماية البنك للبيئة كهدف من أهداف التنمية المستدامة من خلال العمليات والتطورات المتعلقة بالبورصة، يجب أولا أن نحدد علاقة البنك بالبورصة، ثم مدى التحولات التي حدثت لتصبح البورصة أحد الفاعلين المؤثرين في وضع قواعد جديدة متعلقة من جهة بحماية البيئة، ومن جهة أخرى رقابة مدى احترام المتعاملين الاقتصاديين لاسيما البنوك لمتطلبات حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

أولا: مفهوم البورصة[1] والأسواق المالية

هناك عدة مفاهيم متعلقة بالبورصة والأسواق المالية، يجب التطرق إليها حتى نعرف دور البنوك فيها.

1- تعريف البورصة

تم إنشاء بورصة للقيم المنقولة في الجزائر سنة 1993 بموجب المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مقرها الجزائر العاصمة[2]،و هي تعتبر الإطار المنظم لتداول القيم المنقولة والمنتوجات المالية.

أ- تعريف البورصة في القانون الجزائري

حسب المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة " تعد بورصة القيم المنقولة إطار لتنظيم وسير العمليات فيما يخص القيم المنقولة التي تصدرها الدولة، والأشخاص الآخرون من القانون العام والشركات ذات الأسهم"[3]. تشمل البورصة السوق المنظمة والأسواق غير المنظمة (أين يتم تداول السندات المسعرة في البورصة خارج السوق المنظمة من قبل الوسطاء في عمليات البورصة والبنوك والمؤسسات المالية)[4].

---

[1] تعود نشأة البورصة إلى العصور الوسطى في إيطاليا، وفي فرنسا إلى سنة 1141 أين تم جمع الوسطاء في الصرف أي المتخصصين في مبادلة العملات في مكان واحد، بينما في بلجيكا إلى القرن الرابع عشر حيث كان يجتمع التجار والوسطاء في مدينة Bruges بجانب نزل لعائلة مسماة VANDER BEURSE ، وبذلك ظهرت تسمية البورصة، أنظر :Alexandre Touma, op.cit., p 19 .

[2] المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 الموافق ل 23 مايو سنة 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، (ج ر رقم 34 بتاريخ 23 مايو 1993).

[3] المادة 01 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

[4] المادة 1 النظام رقم 04-02 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، المتعلق بشروط التداول خارج البورصة للسندات المسعرة في البورصة، الموافق عليه بموجب قرار وزير المالية المؤرخ في 23 جانفي 2005، (ج ر ج ج، العدد 22، السنة 42، بتاريخ 16 صفر عام 1426 الموافق 27 مارس 2005).

عند البحث في البورصة نجد أنها متكونة من مجموعة من الأسواق ،أهمها سوق لسندات رأسمال وسوق لسندات الدين. وتتكون سوق سندات رأسمال من سوق رئيسية وسوق المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وتتكون سوق سندات الدين من سوق لسندات الدين التي تصدرها شركات المساهمة، والهيئات العمومية، والدولة ، ومن سوق لكتلة سندات الدين التي تصدرها الدولة[1]. كما يوجد سوق الصرف ما بين المصارف[2]. ولا ننسى أن نشير هنا إلى تقسيم سوق البورصة إلى قسمين، وهي السوق الأولية والسوق الثانوية، أما الأولية فتتدخل فيها البنوك و هي متعلقة بالإصدارات الأولية لأسهم والسندات، ثم تطرح تلك الأسهم والسندات في السوق الثانوية للتداول بين الوسطاء و كذلك للجمهور[3].

وقد بلغ حجم التداول في البورصات أرقاما كبيرة، غير أنه في الجزائر لا يزال حجم المبادلات في البورصة صغير جدا لم يصل بعد إلى مستوى أداء البورصات الأخرى.

ب- العلاقة بين البورصة والأسواق المالية والنظام المالي

مبدئيا يمكن القول أن الأسوق المالية أشمل من البورصة. فالأسوق المالية تشمل بالإضافة إلى البورصة(السوق المالي) السوق النقدي، و هذا الأخير يمكن القول أنه متعلق بمبادلات بين البنوك و المؤسسات المالية قصيرة الأجل و هي تتراوح بين أربع و عشرين (24) ساعة و سنتين[4].

[1] المادة 13 من النظام رقم 12-01 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المعدل والمتمم للنظام 97-03 المؤرخ في 18 نوفمبر 1997 المتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة (التي عدلت المادة 77 النظام 97-03).

[2] المادة 02 من النظام رقم 2020-04 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس سنة 2020 ، المتعلق بسوق الصرف ما بين المصارف وبعمليات الخزينة بالعملة الصعبة وبأدوات تغطية خطر الصرف (ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020).

[3] Frederic Mishkin, Monnaie, banque et marchés financiers, 8ème éd, Pearson Education, Paris, 2008, p 34.

[4] المادة 8 من النظام رقم 91-08 المؤرخ في 04 صفر 1412 الموافق 14 غشت 1991، يتضمن تنظيم السوق النقدية.

أما النظام المالي، فهو يشمل النظام المصرفي والمالي[1]، أي البنوك و المؤسسات المالية والسلطات المسؤولة عن السياسة النقدية (أي البنك المركزي لاسيما مجلس النقد والقرض) و الخزينة العامة، بالإضافة إلى الوزير المالية، وشركات التأمين[2].

يجدر بنا الإشارة هنا أن الدول المتطورة لم تعد تفصل بين مختلف الأسواق المالية من حيث التسمية و الهيئات الرقابية عليها. و التسمية المعتمدة هي السوق المالي[3]، وأما الهيئات الرقابية المتعلقة بها فبعدما كانت الشركات المدرجة في البورصة خاضعة للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها[4] و البنوك و المؤسسات المالية خاضة لهيئات البنك المركزي لاسيما منها مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية، أصبحت حاليا في فرنسا مثلا خاضعة لسلطة واحدة هي سلطة الأسواق المالية[5]، وذلك منذ سنة 2003[6]، وهذا استجابة لمتطلبات التعاملات الدولية ومع الاتحاد الأوروبي، بالإضافة إلى المشاكل والفضائح التي عرفتها الساحة المالية بالخصوص تلك التي مست شركات كبرى[7].

ثانيا: البنوك ضمن هياكل البورصة

تُعرَّف البورصة عموما على أنها سوق لتداول القيم المنقولة والأدوات المالية، ولكن البورصة ليست فقط ذلك المكان الذي يتم فيه التداول، بل هي هيكل منظم يخضع لقواعد قانونية صارمة، يعمل من خلال هيئات مختلفة تسهر على حسن سير السوق.

---

[1] " وهو يشمل الجهاز المصرفي و المنشآت المالية المتخصصة والسلطات المسؤولة على السياسة النقدية أي البنك المركزي والخزينة العامة"، أنظر: شاكر القزويني، المرجع السابق، ص 36.

[2] Frederic Mishkin, op.cit., p 9.

[3] Le marché financier.

[4] و هي سلطة إدارية مستقلة، أنشأت بموجب المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل و المتمم، و قد كرس القانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة ذلك بنص صريح.

[5] L'Autorité des marchés financiers.

[6] L'art L.621-1 du code monétaire et financier français issu de La loi n° 2003-706 du 1er aout 2003 de la sécurité financière.

[7] Alain couret et autres, le marché financier, op.cit., p 198.

و تتكون البورصة من مجموعة من الهيئات، تتمثل في لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، وشركة لتسيير بورصة القيم[1]، والمؤتمن المركزي على السندات[2] وكلها مرتبطة ارتباطا وثيقا بالبنوك كما سنبينه أدناه. بدون أن ننسى البنوك كأحد الوسطاء في البورصة. فقد نص المشرع صراحة على أن تتم كل عمليات التفاوض حول القيم المنقولة المقبولة في البورصة عن طريق الوسطاء في البورصة[3]، ومن أهم الوسطاء في البورصة نجد البنوك والمؤسسات المالية[4]. علما أن البنوك لا تحتاج إلى رخصة خاصة لمزاولة الوساطة في البورصة، عكس باقي الوسطاء سواء أشخاص طبيعية أو معنوية فكلهم بحاجة إلى اعتماد خاص، يرخص لهم بذلك من قبل لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها[5].

والبنك بصفته وسيط في البورصة، هو أحد المساهمين في رأسمال شركة إدارة القيم المنقولة، لأن رأسمالها هو يتشكل من أسهم مخصصة للوسطاء في عمليات البورصة[6].

ويتواجد البنك ضمن المؤتمن المركزي على السندات سواء من خلال البنوك المساهمة في رأسمال المؤتمن المركزي على السندات، كما يكون رأسمال المؤتمن المركزي للسندات مفتوحا لكل من شركة تسيير بورصة القيم المنقولة، والشركات المصدرة للسندات، وللوسطاء في عمليات البورصة، أما بنك الجزائر والخزينة العمومية فيعتبران مساهمان في رأسمال المؤتمن المركزي للسندات بقوة القانون[7].

---

[1] المادة 3 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

[2] المادة 3 الفقرة الأخيرة أضيفت بموجب القانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فيفري 2003 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، (ج.ر ج ج، العدد 11، السنة 40، بتاريخ 19 فيفري 2003).

[3] المادة 5 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

[4] المادة 6 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدلة والمتممة بموجب القانون رقم 03-04.

[5] المادة 6 المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

[6] المادة 16 المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

[7] المادة 19 مكرر 3 أضيفت بموجب المادة 10 من القانون رقم 03-04 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

وما يهمنا بالخصوص في هذا الفرع هو تحديد دور البنوك في لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة[1] لتبيان كيفية لعب البنك دورها الحديث المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة. فاللجنة مهمتها تنظيم سوق القيم المنقولة ومراقبتها بهدف حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة والمنتوجات المالية، وتسهر على حسن سير السوق وشفافيته[2]. وهي تصدر أنظمة ولوائح[3] متعلقة برؤوس الأموال التي يمكن استثمارها في البورصة، اعتماد الوسطاء، وتلك المتعلقة بنطاق مسؤولية الوسطاء، قبول القيم المنقولة للتفاوض بشأنها وشطبها وتعليق تحديد أسعارها، كما تقوم بنشر المعلومات التي تخص الشركات المسعرة، وبذلك فإنه يمكن القول أن هذه اللجنة عندها اختصاص تنظيمي واختصاص متعلق بضبط السوق. وهذا مهم جدا بالنظر إلى مشاركة البنك كشركة خاضعة للقانون الخاص في وضع القواعد المتعلقة بنشاط البورصة.

لكن يجدر بنا الإشارة في هذا الصدد إلى أن البورصات الأجنبية تعتبر شركات مساهمة. وبذلك تصبح أحد أشخاص القانون الخاص[4]، وقد حدثت الكثير من التجمعات بين البورصات الكبرى في العالم أهمها لاسيما NYSE-Euronext.

---

[1] المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل و المتمم: " يعين أعضاء اللجنة حسب قدراتهم في المجالين المالي و البورصي، لمدة أربع (4) سنوات، وفق الشروط المحددة عن طريق التنظيم، و تبعا للتوزيع الآتي:

- قاض يقترحه وزير العدل،
- عضو يقترحه الوزير المكلف بالمالية،
- أستاذ جامعي يقترحه الوزير المكلف بالتعليم العالي،
- عضو يقترحه محافظ بنك تاجزائر،
- عضو مختار من بين المسيرين للأشخاص المعنويين المصدرة للقيم المنقولة،
- عضو يقترحه المصف الوطني للخبراء المحاسبين و محافظي الحسابات و المحاسبين المعتمدين".

[2] المادة 30 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة ،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03-04.

[3] وان كان نص المادة 31 يشير إلى "سن تقنينات" فإننا نفضل استعمال عبارة " اصدار أنظمة ولوائح" نظرا لأن الهيئة هي سلطة إدارة مستقلة لديها اختصاص تنظيمي، ومن جهة أخرى لا يجوز لأية جهة غير البرلمان وضع القانون أي التقنين وإلا كانت مخالفة للدستور- نكتفي بهذا التحليل البسيط ، علما أن عدم الإشارة إليه أو استعمال مصطلح التقنينات التي جاءت في النص يعد في رأينا مجانبة للصواب كما أقترح تعديل النص باللغة العربية كما بيناه.

[4] « Le caractère officiel des cours a en effet disparu, puisque cette réforme a consacré le fait qu'ils sont établis par une société privée et non plus par un mécanisme maitrisé par une autorité de tutelle publique le conseil des bourses des valeurs », Alain Couret et autres, le droit financier, op.cit., p 40.

وهنا يعتبر الفقهاء أن مساهمة البورصة في تنظيم وضبط ذلك الجزء من النشاط الاقتصادي المتعلق بالوساطة المالية يعتبر تطورا كبيرا حصل في الدولة الحديثة من خلال الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الحارسة. وهذا المفهوم يعني أن القطاع الاقتصادي والمالي يجب أن يخضع أولا لرقابة الأعوان الاقتصاديين نفسهم، لاسيما عن طريق القانون المرن لاسيما الذي تساهم في وضعه أصحاب المصالح[1]. وهنا تصبح البنوك من خلال دورها في البورصة أحد هؤلاء الأعوان الاقتصاديين.

وهذا لا يعني أن كل بنك من البنوك يتدخل على حدى بل يكون عن طريق تعيين ممثلين عن القطاع البنكي يمثلونها على مستوى البورصة وكذلك عن طريق الجمعيات المهنية للبنوك والتي لها دور كبير كذلك.

ثالثا: البنك كجزء من منظومة تداول القيم المنقولة والمنتجات المالية

تعرف البنوك تواجدا في العديد من الهيئات المتعلقة بالبورصة، منها في هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة، كما أنّ البنك يعتبر أحد الوسطاء في البورصة، وهو يلعب دور كبير في تداول القيم المنقولة.

1- البنوك ضمن هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة

تعتبر البنوك مهمة في البورصة لاسيما من خلال تواجدها ضمن هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة باعتبارها تمارس وظيفة المؤسسة المؤتمنة لأصول هيئات التوظيف الجماعي[2].

[1] Alain Couret et autres, le droit financier, op.cit., p.p 1204-1204.

[2] المادة 02 من قرار مؤرخ في 20 ربيع الثاني عام 1419 الموافق 13 غشت 1998، يتضمن تطبيق المادة 36 من الأمر 96-08 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير 1996 المتعلق بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة (هـ ت ج ق م)، (

2- البنك كوسيط في البورصة يسهر على "المذكرة الإعلامية"

اعمالا لمبدأ حرية الاستثمار، والذي يقتضي أن يوفر السوق كل المعلومات الضرورية للمستثمرين في السوق حتى تتم عمليات الاستثمار بكل دراية ، وفي سبيل ذلك اشترطت المادة 3 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96-02 على نشر" مذكرة إعلامية" تحتوي على جميع المعلومات الضرورية حول المُصدِر، مع ضرورة وضعها تحت تصرف الجمهور في مركز المؤسسة المصدرة ولدى الوسطاء الماليين المكلفين بالتوظيف[1] وأن يحرص الوسطاء الماليون على ذلك[2]، ومن بين هؤلاء الوسطاء كما قلنا سابقا لدينا البنوك.

علما أن هذه المذكرة تعتبر جزء لا يتجزأ من واجب اعلام السوق والشفافية يجب ألا تكون تلك المعلومات لا خاطئة ولا مضللة....إلخ.

3- علاقة البنك بالشركة المصدرة للقيم المنقولة

كل شركة ترغب بأن يكون لها رأسمال مفتوح أي يضم عدد كبير من المساهمين عند الإنشاء، أو ترغب في أن تفتح رأسمالها، تقوم بإصدار أسهم، وإذا رغبت في الحصول على مبالغ مالية دون رفع عدد المساهمين فيها فتقوم بإصدار سندات. وهي تقوم بهذا عن طريق اللجوء العلني للادخار.

وقد حددت المادة 2 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96 -02 ثلاث حلات بتوفرها تعتبر الشركة في حالة لجوء علني للادخار، وهذا أولا في حالة توظيف الأصول المالية

ش إ رم م) و) ص م ت) (ج ر ج ج ، : "دون الإخلال بالمادة 39 من الأمر 96-08 (أعلاه) تؤهل كل البنوك والمؤسسات المالية المعتمدة في إطار القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض لممارسة وظيفة المؤسسة المؤتمنة لأصول هيئات التوظيف الجماعي".

[1] المادة 11 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96-02 المؤرخ في 22 جوان 1996 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علنية للادخار عند إصدارها قيما منقولة، المصادق عليه بموجب القرار المؤرخ في 28 ديسمبر.

[2] المادة 12 من نظام (ل ت ع ب م) رقم 96-02 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علنية للادخار عند إصدارها قيما منقولة.

بحجم يتعدى دائرة محدودة من الأشخاص يتجاوز 100 شخص، والحالة الثانية هي حالة قبول الأصول للتداول لدى بورصة القيم المنقولة، والحالة الثالثة باللجوء إلى البنوك أو المؤسسات المالية أو إلى الوسطاء في البورصة[1].

الفرع الثاني: أهم العمليات المرتبطة

العمليات المرتبطة كثيرة ومتعددة، وهي عموما كل العمليات التي لا تدخل ضمن العمليات الأصلية للبنوك، ومنها ما يتعلق بالبورصة، ومنها ما لا يتعلق بالبورصة كعمليات الخزائن الحديدية. وقد نصت المادة 72 م الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على أن البنوك يمكن أن تقوم بتوظيف القيم المنقولة وكل منتوج مالي، واكتتابها وشرائها وتسييرها وحفظها وبيعها، ولا تخضع البنوك بمناسبة قيامها بتداول المنتوجات المالية في سوق البورصة إلى رقابة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، بل تبقى تحت سلطة البنك المركزي[2].

وعليه، سنتعرف أولا على القيم المنقولة (أولا)، ثم إلى المنتجات المالية (ثانيا)، ثم إلى البنوك المساهمة في الشركات (ثالثا).

أولا: القيم المنقولة

عرف المشرع القيم المنقولة في المادة 715 مكرر 30 من القانون التجاري بأنها:" سندات قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة وتكون مسعرة في البورصة أو يمكن أن تسعر، وتمنح حقوقا مماثلة حسب الصنف وتسمح بالدخول بصورة مباشرة أو غير مباشرة في حصة معينة من رأسمال

[1] المادة 2 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، رقم 96-02 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علنية للادخار عند إصدارها قيما منقولة.

[2] فقرة 2 من المادة 30 ،أضيفت بموجب القانون 03-04 المعدل والمتمم المرسوم التشريعي 93-10

الشركة المصدرة أو حق مديونية عام على أموالها". منها الأسهم[1] وسندات المساهمة[2]. تعتبر الأسهم وسندات الاستثمار التي تصدرها شركات المساهمة كسندات رأسمال[3]. تعتبر سندات الاستحقاق والسندات القابلة للتحويل إلى سندات رأسمال وسندات المساهمة، أو أي وصل آخر يخول الحق في سندات رأس المال، كسندات دين[4]. بالإضافة إلى السندات التي تصدره الدولة وتتمثل في سندات الخزينة، السندات الشبيهة للخزينة.

ثانيا: الأدوات المالية الحديثة

تعمل البنوك على تحقيق المزيد من الأرباح، ونظرا لتزايد المنافسة في المجال البنكي لاسيما بين البنوك والمؤسسات غير البنكية، أصبحت البنوك تتعامل في الأنشطة خارج الميزانية لأنها لا تؤثر على عناصر ميزانية البنك مع أنها لا تخلو من الأخطار. وهي تعتمد في ذلك على الأدوات المالية والتي تشمل كلا من التوريق والمشتقات المالية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أهمية هذه العمليات في عمل البنوك لاسيما أنها تتعرض للعديد من الانتقادات بشأنها، لاسيما تفاقم الأزمة الاقتصادية و المالية حاليا، ومطالبة البنوك بتقديم خدمات ذات نوعية جيدة للزبون المستثمر، و عدم تقديم مصالح البنك على مصالح الزبائن.

1- التوريق(la titrisation)[5]

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام التوريق في القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية[1]، ويسمى كذلك التسنيد[2]، وهو " *عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية*..."[3] ويعني

[1] المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري الجزائري:" السهم هو سند قابل للتداول تصدره شركة مساهمة كتمثيل لجزء من رأسمالها".
[2] المادة 715 مكرر 74 ق ت ج:" تعتبر سندات المساهمة سندات دين ..."
[3] المادة 06 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 12-01 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المعدل والمتمم للنظام 97-03 المؤرخ في 18 نوفمبر 1997 المتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة.
[4] المادة 10من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 12-01 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المعدل والمتمم للنظام 97-03 المؤرخ في 18 نوفمبر 1997 المتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة (التي أضافت المادة 46-8 إلى النظام 97-03).
[5] Securitization.

كذلك " تحويل حقوق مالية غير قابلة للتداول (غير سائلة مثل القروض) إلى أوراق مالية جديدة تطرح للتداول وهي أوراق تستند إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة، ولا تستند إلى مجرد القدرة المتوقعة للدين على السداد من خلال التزامه العام بالوفاء بالدين"[4]. وهناك تعريف شامل للتوريق على أنه " عملية تحويل الأصول المالية إلى أوراق مالية"[5].

تمر عملية التوريق بمرحلتين أساسيتين، حيث تقوم البنوك أو المؤسسة المالية أولا بالتنازل عن القروض الرهنية لفائدة مؤسسة مالية أخرى، ثانيا تقوم المؤسسة المالية الأخيرة بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في السوق ممثلة للقروض الرهنية[6].

وقد ظهر التوريق في الولايات المتحدة الأمريكية في السبعينيات أين تم تجميع وإعادة تشكيل حزم رهونات المساكن لإعادة بيعها وتداولها[7]. لكن فيما بعد تنوع محل التوريق ولم يعد فقط متعلقا برهونات المساكن بل أصبح يشمل قروض السيارات، وحتى بطاقات الدفع[8]. ثم انتشر التوريق في أغلب دول العالم.

ونشير هنا أن القانون الجزائري حصر القروض محل التوريق في القروض الممنوحة في إطار تمويل السكن[9]، وعليه فإن البنوك الجزائرية لا يجوز لها التوسع في التوريق ليشمل عمليات الائتمان الأخرى وإلا كانت في حالة خرق للقانون. علما أنه بالرجوع إلى القانون الجزائري لاسيما القانون رقم

---

[1] القانون رقم 06-05 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006 المتضمن توريق القروض الرهنية (ج.ر العدد 15 بتاريخ 12 مارس 2006).

[2] سدرة أنيسة، حوكمة البنوك في ظل التطورات المالية العالمية، دراسة حالة الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 30.

[3] المادة 02 من القانون رقم 06-05 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن توريق القروض الرهنية.

[4] فائزة لعراف، مدى تكيف النظام المصرفي الجزائري مع معايير لجنة بازل وأهم انعكاسات العولمة (مع إشارة إلى الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 2008)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 31.

[5] حنان موشارة، شركات التوريق: وسيلة من وسائل حل الأزمة المالية العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020ص 25.

[6] المادة 2 الفقرة 1 و2 و3 من القانون 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية.

[7] Abdelkader Beltas, La titrisation, édition Legende, 2007, p 3.

[8] Abdelkader Beltas , op.cit., p 5.

[9] المادة 2 الفقرة 5 والمادة 10 من القانون 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية.

06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية يجب تسجيل نقل الرهون الضامنة للقروض المتنازل عنها من طرف المؤسسة المتنازلة لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا[1].

يتمثل الأساسي من التوريق هو حصول البنك على السيولة فالقروض العقارية طويلة الأجل ولا يحصلها البنك إلا بعد مرور زمن طويل، وعن طريق التوريق يبيع تلك القروض، بما يسمح له استرجاع مبالغ الإئتمان دون انتظار آجال الاستحقاق[2] ، بحيث تكون فائدتها متمثلة في الفرق بين تكلفة القرض وسعر البيع أي الهامش **(Spread)**، بذلك يتحصل البنك على السيولة للقيام بعمليات بنكية من جديد.

ولكن كما قلنا تلك العملية تحتوي على حجم كبير من المخاطرة. علما أنه قبل سنة 2008 كانت تلك العمليات محل مدح وغالب الكتاب لم يتفطنوا لحجم المخاطر المتولدة عنها إلا بعض رجال الاقتصاد، علما أن تعليمة لجنة بازل (Bale I) اعتبرت التوريق يسمح بتحرير رأس المال القانوني[3].

وتقتضي عملية التوريق وجود عدة أطراف وهي المحيل والمحال إليه والمستثمرون، بالإضافة إلى المؤتمن المركزي على السندات. أما المحيل، ويسمى الممول أو الدائن الأصلي[4] ، ويسمى كذلك المؤسسة المتنازلة[5]، ويكون المحيل دائما بنك أو مؤسسة مالية. أساس عملية التوريق هو عبارة عن قرض حصل عليه طالب التمويل من بنك أو شركة تأمين لاستخدامه لأي غير من أغراضه الاستثمارية أو الاستهلاكية مع تقديمه للضمانات اللازمة، يقوم المحيل بتجميعا في محفظة مالية متجانسة ثم يحيلها إلى شركة التوريق[6]، أما المحال إليه (مؤسسة التوريق)[1]: وهي شركة متخصصة

---

[1] المادة 16 من القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية.

[2] محمد عبد المقصود غانم، النظام القانوني للشراء بالهامش في سوق الأوراق المالية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2019 ، ص 80.

[3] Abdelkader Beltas, op.cit., p 5.

[4] سدرة أنيسة، المرجع السابق، ص 30.

[5] المادة 2 الفقرة 5 من القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية: مؤسسة مصرفية أو مالية تتنازل، بواسطة جدول التنازل، عن قروض ممنوحة في إطار تمويل السكن".

[6] سدرة أنيسة، المرجع السابق، ص 30.

في شراء الديون وتصكيكها وإدارة تداولها في السوق الثانوية. وهي تعتبر من شركات الاستثمار[2]. والمستثمرون(المكتتبون)، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين، بنوك، شركات التأمين، صناديق التأمينات ومعاشات، ومؤسسات الاستثمار ، الذين يكتتبون في سندات الديون محل التوريق، ليحلوا محل الدائن الأصلي ويتم توزيع التدفقات النقدية الفوائد المترتبة على تلك الديون عليهم كل حسب نسبة ملكيته في تلك الصكوك[3].

أما المؤتمن المركزي على السندات[4]، فتقوم مؤسسة التوريق بتسجيل الأوراق المالية التي أصدرتها لدىه، وهذا بعد فتح حسابات باسم المتدخلين المعتمدين بهدف حفظ السندات، وهذا يسمح بمتابعة حركة السندات من خلال التنقل من حساب لأخر، وإدارة السندات لتمكين المتدخلين المعتمدين من ممارسة حقوقهم المرتبطة بها. كما يقوم المؤتمن المركزي بالترقيم القانوني للسندات ونشر المعلومات المتعلقة بالسوق[5].

علما أن البنوك والمؤسسات المالية تقوم بعملية التوريق للحصول على السيولة النقدية، ورفع كفاءة الدورة المالية ومعدل دورانها، كما يساهم التوريق في زيادة المعلومات المتوفرة في السوق. كذلك التخلص من المخاطر التي تنطوي عليها بعض أصولها من خلال توزيعها.

كما أن دور البنوك لا ينتهي في التوريق بالتنازل عن حزمة الديون، بل عادة ما تكلفها مؤسسة التوريق باسترداد القروض الرهنية التي تم التنازل عنها، وكل عمليات التسيير المتعلقة بها

---

[1] المادة 2 فقرة 4 من القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية: "هيئة لها صفة مالية تقوم بعملية التوريق في سوق الأوراق المالية"

[2] حنان موشارة، المرجع السابق، ص 91.

[3] سدرة أنيسة، المرجع السابق، ص 310.

[4] المادة 2 فقرة 6 من القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية : ...للقيام بالوظائف الرئيسية الآتية:
-المحافظة على الأوراق المالية،
-تداول الأوراق المالية بالدفع من حساب إلى حساب،
-إدارة الأوراق المالية".

[5] المادة 19 مكرر 2 من القانون 03-04 المعدل والمتمم المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

لحسابها، هذا حسب شروط اتفاقية تسيير القروض المبرمة بينهما[1]. وهذا من شأنه أن يضمن مداخيل جديدة للبنك عن طريق العمولات أو الأجر المتفق عليه مقابل الخدمة.

غير أنه من مساوئ التوريق أنه يتم بيع الأصول ذات الجودة العالية والإبقاء على الأصول ذات الجودة المنخفضة مما يؤثر في المركز المالي. وحتى الأزمة المالية التي عرفها العالم سنة 2008 تعرف بأزمة التوريق[2]، والتي نتجت بعد تعثر المدينين، الذين أدت إلى إعلان إفلاس بنوك كبيرة[3] كان لا يتصور وقوعها، كان يعبر عنه 'too big to fail' أي أن البنوك أكبر من أن تفلس.

وقد كان للأزمة انعكاسات كبيرة أهمها ارتفاع نسبة البطالة، وارتفاع التضخم، وانخفاض أسعار الأسهم، وتفاقم الدين العام. علما أن أصل أزمة التوريق يرجع إلى عملية التوريق في حد ذاتها، وذلك لأن سهولة العملية بالنسبة للبنوك بالإضافة إلى توفيرها للسيولة اللازمة للقيام بعمليات إقراض جديدة ساهمت في فتح المجال للتوسع في عمليات الإقراض لاسيما العقاري الموجه لذوي الدخل البسيط خصوصا في الولايات المتحدة الأمريكية، لكن ابتداء من سنة 2006 عرف الاقتصاد نوعا من الانكماش فارتفعت البطالة وانخفضت المداخيل، فعجز الكثير عن تسديد الفوائد المتفق عليها في الآجال المحددة، خصوصا أن تلك القروض كانت تحتوي على عدة شروط مجحفة في حق المقترضين أهمها أنه في حالة عدم سداد المبالغ المستحقة في الآجال أي القسط، فإنه ستؤخذ عنه فوائد تقدر بثلاث أضعاف، كما أن احتساب الفوائد يكون متغيرا بحيث ترتفع في حالة رفعها من البنك الفدرالي الأمريكي. وعند رفع تلك الفوائد تعثر ذوي الدخل البسيط عن السداد إلى درجة توقف الكثيرين عن السداد، فقامت البنوك ببيع العقارات، فانخفضت القيمة السوقية للعقارات بشكل غير مقبول، مما أثر

[1] المادة 22 من القانون 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية.

[2] Mortgage Crisis.

[3] حنان موشارة، المرجع السابق، ص 57.

كذلك على شركات التأمين. اثر ذلك توالت حدث سلسلة من الافلاس لاسيما افلاس بنك الإخوة ليمان[1].

إلى علما أن تلك الأزمة لم تتوقف نتائجها السلبية ، فقذ كانت هناك محاولات للحد منها عن طريق تدخل السلطات الرسمة في الدول من خلال دعم أو تأميم الهيئات المتعثرة. مما أثر سلبا في سمعة البنوك لدى الجمهور.

2- المشتقات المالية

يمكن تعريف المشتقات المالية على أنها عقود مالية أو أدوات مالية، يرتبط أداؤها على سلوك قيمة الأصل محل التعاقد، سواء كان أسهم أو مؤشرات أسهم، سندات، عملات أجنبية أو رقمية مثل عملة البيتكوين، والريبيل، اسعار فائدة، سلع، مباني، أو معادن ثمينة، كما تمنح المشتقات المالية المتعاملين الحق أو الالتزام في بعض الأحيان لبيع أو شراء كمية معينة من الأصل محل التعاقد[2].

وتُعرَّف كذلك المشتقات المالية على أنها " عقود تتوقف قيمتها على أسعار الأصول المالية محل التعاقد، ولكنها لا تقتضي أو تتطلب استثمارا لأصل المال في هذه الأصول"[3]. وينقسم المشاركين في أسواق المشتقات المالية إلى ثلاث، وهم المتحوطون، المراجحون، والمضاربون[4].

تخضع المشتقات المالية لأحكام النظام رقم 2020-04 المتعلق بسوق الصرف ما بين المصارف وبعمليات الخزينة بالعملة الصعبة وبأدوات تغطية خطر الصرف[5]، الذي ألغ النظام رقم 17-01[1].

---

[1] فائزة لعراف، المرجع السابق، ص 51-52.

[2] محمد سامي علي الظهراوي، المشتقات المالية بين النظرية والتطبيق، دار الأيام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمّان –الأردن، 2020، ص 35.

[3] تعريف بنك التسويات الدولية، أنظر: محمد عبد المقصود غانم، النظام القانوني للشراء بالهامش في سوق الأوراق المالية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2019، ص 68.

[4] محمد سامي علي الظهراوي، المرجع السابق، ص 48.

[5] النظام رقم 2020-04 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس سنة 2020 ، المتعلق بسوق الصرف ما بين المصارف وبعمليات الخزينة بالعملة الصعبة وبأدوات تغطية خطر الصرف (ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020).

وقد حدد نظام بنك الجزائر العمليات التي يمكن القيام بها في عمليات الصرف لأجل، وخيارات الصرف « **Vanille**» من الصنف الأوروبي، وعقود المبادلة، وعمليات شراء العملة الصعبة نقدا موضوع التسليم لأجل[2]. والملاحظ على أن النظام لا يتعرض بالتفصيل إلى تلك العقود. وبذلك يمكن القول أن الإطار القانوني للمشتقات المالية يبقى ناقصا، ويَعْرِفُ نوعا من الغموض وهذا يعرض المعاملات المتعلقة بها إلى خطر قانوني كبير، سواء بالنسبة للبائع أو المشتري، وكذلك بخصوص تفسير النصوص القانونية[3].

أ- **عقود الخيار** options

عقد الخيار هو عقد بين طرفين أحدهما مشتري الخيار والآخر بائع الخيار أو محرره، بموجبه يكون للطرف الأول المشتري الحق في أن يشتري إن رغب في ذلك من الطرف الثاني أي المحرر، أو أن يبيع إذا ما رغب للطرف الثاني أصلا معينا[4] " يكون ورقة مالية، أو سلع ثمينة أو أساسية أو عملات أجنبية"، بسعر معين في تاريخ معين أو خلال فترة زمنية حسب الإتفاق يسمى سعر التنفيذ ، وذلك مقابل أن يقوم الطرف الأول المشتري بدفع علاوة أو مطافأة للطرف الثاني. علما أن العلاوة تعد سعرا للخيار ولا تعتبر جزءا من الصفقة. ومثلا إذا اشترى مشتري الخيار الحق في شراء أسهم في شركة معينة، فإنه سيدفع علاوة سعرا لخيار شراء الأسهم، ولا ينتقل له أي حق على الأسهم إلا إذا قام بتنفيذ الحق، أي يدفع سعر التنفيذ[5]. فإذا لم يشتري في التاريخ المحدد فقد ما دفعه سلفا[6].

---

[1] النظام رقم 17-01 المؤرخ في 16 شوال عام 1438 الموافق 10 يوليو 2017، يتعلق بسوق الصرف بين المصارف وبأدوات خطر الصرف (ج ر ج ج، العدد 55 السنة 54 الموافق 5 محرم عام 1439 الموافق 26 سبتمبر 2017).

[2] المادة 12 من النظام رقم 2020-04 المتعلق بسوق الصرف ما بين المصارف وبعمليات الخزينة بالعملة الصعبة وبأدوات تغطية خطر الصرف.

[3] Fatiha Taleb Mézaour, Droit des marchés financiers : Notion et Régime Juridiques des produits dérivés négociés sur le marché de gré à gré et consacrés en partie expressément par le droit Algérien, éd Dar El Quods El arabi, oran, 2014, 292.

[4] سدرة أنيسة، المرجع السابق، ص 33.

[5] Strike- exercise price.

[6] محمد عبد المقصود غانم، المرجع السابق، ص 71.

وتنقسم عقود الخيار إلى نوعين وهي عقود خيار الشراء[1] وعقود خيار البيع[2].

ب-عقود المقايضات والمبادلات (swaps)

تعتبر صورة من صور المشتقات المالية، وهي اتفاق تعاقدي يتم بواسطة وسيط بين طرفين أو أكثر لتبادل الالتزامات أو الحقوق، يتعاهدان بموجبه على مقايضة الدفعات التي تترتب على الالتزامات أو على مقايضة المقبوضات التي تترتب لكل منهما على أصول يمتلكها[3]. وعقود المبادلة ملزمة لطرفيه عكس عقود الخيار[4].

إلا أن التعامل بالأدوات المالية لا يخلو من المخاطر المتمثلة في: المخاطر الإئتمانية، مخاطر التشغيل، مخاطر قانونية، مخاطر التسوية، ومخاطر السوق. لذلك فإن الصيرفة الإسلامية تحاول تقديم بدائل عنها، أهمها خيار الشرط ،و البيع مع العربون، والاستصناع، وعقد السلم وبيع الآجل بالتقسيط[5].

ج- **العقود المستقبلية:** futures

تعتبر "التزام نمطي إما لبيع أصل معين أو لشرائه بسعر محدد وفي تاريخ مستقبلي محدد أي أن يتم التنفيذ في المستقبل، والعنصر الأساسي في هذا العقد هو السعر والأصل والكمية التي يتم الاتفاق عليها عند توقيع العقد بينما يتم دفع الثمن وتسليم الأصل المتفق عليه في المستقبل"[6].

[1] Call Option.
[2] Put Option.

[3] سدرة أنيسة، المرجع السابق، ص 34.
[4] محمد عبد المقصود غانم، المرجع السابق، ص 74.
[5] محمد سامي علي الظواهري، المرجع السابق، ص 62-63.
[6] سدرة أنيسة، المرجع السابق، ص 33.

وتتشابه العقود المستقبلية والآجلة لحد كبير[1]، وتختلف عن عقود الخيارات بوجود التزام بات بين طرفي العقد بتنفيذ الاتفاقية حتى النهاية، بينما تعطي عقود الخيارات الحق وليس الإلتزام[2].

د- العقود الآجلة

يمكن اعتبارها عقود مشتقة بسيطة، أي أنها اتفاق على شراء أو بيع أصول في وقت مستقبلي معين مقابل سعر معين، ويكون العقد عادة ما بين مؤسستين ماليتين أو مؤسسة مالية وأحد عملائها ولا يتم تداوله في أسواق الأوراق المالية[3].

ثالثا: البنوك المساهمة في الشركات[4]

الأصل أن البنوك لا تتملك الشركات ولا تتدخل في تسييرها، لأن وظيفتها الأصلية هي الوساطة البنكية، أي تحويل الأموال التي تتحصل عليها من خلال الودائع البنكية التي وضعها أصحاب الفائض المالي لديها إلى ذوي الحاجة إلى الأموال للقيام بمشاريعهم سواء لإنشائها أو تطويرها أو لمواجهة أي ظرف ما، عن طريق الإئتمان المصرفي. لكن البنوك لم تعد تكتفي بهذا النشاط الأخير بل أصبحت تملك مساهمات في رأسمال الشركات، أي تتملكها.

يمكن أن تمتلك البنوك مساهمات في عدة أنواع من الشركات، حيث يمكن أن تساهم في رأسمال بنك أو مؤسسة مالية، ويمكن أن تتملك جزءا من رأسمال الشركات العادية. ويمكن أن نشخص عدة أسباب دفعت بالبنوك إلى تملك رأسمال الشركات، فيما يخص مساهمة البنك في رأسمال بنك آخر يمكن أن يؤدي إلى اندماج البنكين، أو إلى تحكم وسيطرة البنك المستحوذ على البنك المستحوذ عليه. وهذا يسمح للبنك أن يتحصل على عدة مزايا في السوق البنكية، خاصة إذا رجعنا إلى مقارنة

[1] محمد عبد المقصود غانم، المرجع السابق، ص 72.
[2] سدرة أنيسة، المرجع السابق، ص34.
[3] سدرة أنيسة، المرجع السابق، ص34.
[4] م 74 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض:" يمكن البنوك والمؤسسات المالية أن تأخذ مساهمات وتحوزها، ولا يجوز أن تتعدى هذه المساهمات بالنسبة للبنوك، الحدود التي رسمها مجلس النقد والقرض".

البنوك الجزائرية مع البنوك الأجنبية فنجد أن البنوك الجزائرية لا تزال صغيرة الحجم، سواء لرأسمالها المحدود، وحجم الودائع التي تتمكن من تجميعا و الذي يُعتبَرُ ضعيفا، أو الخدمات التي تقدمها، فهي متأخرة من حيث التحكم في تقنيات البنوك، أما البنوك الأجنبية سواء الأمريكية أو البريطانية وحتى الفرنسية، فنجد أن رأسمالها كبير مقارنة بنظيراتها الجزائرية، وحجم معاملاتها ضخم يقدر بملايير من الدولارات، كما أنها تتحكم في تقنيات البنوك.

وقد عرفت البنوك الأجنبية عدة عمليات إدماج واستحواذ منذ سنة 1990[1] بهدف الوصول إلى الحجم الأمثل للقدرة على مواجهة الضغوطات في السوق. سواء من خلال تنويع الخدمات المقدمة، أو الاتساع الجغرافي لتواجد تلك البنوك في مناطق مختلفة، وتوزيع المخاطر البنكية، هذا من شأنه أن يخلق ميزة تنافسية لديها. ولكن في المقابل يمكن أن يتعرض البنك لعدة مخاطر.

تخضع مساهمات البنك لقواعد القانون البنكي، لاسيما المادة 02 من نظام مجلس النقد والقرض رقم 14-02 المتعلق بالمخاطر الكبرى والمساهمات[2]. الذي يعتبر أنه تتحقق وضعية مساهمة البنك في شركة أو بنك عندما يمتلك البنك 10 % على الأقل من رأسمال أو حقوق التصويت فيها. وتتحق المساهمة عندما يحوز البنك سندات أو قيم منقولة تسمح حيازتها بالتأثير أو الرقابة على الشركة المُصدرة. علما أنه من خدمات الصيرفة الإسلامية نجد الشراكة، وهذا النوع من الشراكة سنتناوله في عقد المشاركة في الفصل الثاني[3].

[1] Eric Lamarque, collectif, Management de la banque : Risque, relation client, organisation, op.cit., p.p 26-27.

[2] المادة 02 الفقرة 8 من النظام رقم 14-02 المؤرخ في 16 ربيع الثاني 1435 الموافق ل 16 فبراير 2014 المتعلق بالمخاطر الكبرى والمساهمات.

[3] أنظر أدناه: ص 165.

الفرع الثالث: تحديد علاقة البنك بحماية البيئة من خلال النشاط البنكي المتعلق بالعمليات ذات العلاقة بنشاطها

يقوم البنك بعدة نشاطات ويقدم خدمات للزبائن، وهو يهدف في ذلك إلى تحقيق الربح من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن تقديمه لتلك الخدمات تكون لتحقيق المصلحة العامة، وللقيام بتلك النشاطات يحصل على ترخيص من البنك المركزي للقيام بالعمليات البنكية في إطار احتكار النشاط البنكي. و تشمل العمليات الأساسية للبنوك تلقي الودائع من الجمهور ، منح الائتمان، وتقديم وسائل الدفع وإدارتها. وهناك العمليات المرتبطة كالصرف والعمليات على المعادن الثمينة، وتوظيف القيم المنقولة والمنتوجات المالية وكل العمليات المتعلقة بها، كما يمكن لها تقديم الاستشارات والمساعدة في مجال تسيير الممتلكات والتسيير المالي والهندسة المالية[1]، وكذلك يمكن للبنوك المساهمة في الشركات[2]، كما يجوز للبنك القيام بجميع النشاطات المرخص له بها عن طريق نظام يتخذه مجلس النقد والقرض[3]. العمليات الأساسية تعبر عن دور الوساطة للبنك ، أما العمليات الأخرى لاسيما توظيف القيم المنقولة والمنتجات المالية فهي تدخل ضمن نشاط البنك في سوق البورصة.

لقد نص المشرع الجزائري في القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[4] على أن يكون انجاز الاستثمارات سواء تعلق الأمر باقتناء أصول بقصد استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل أو تعلق الأمر بمساهمات في رأس المال[5]، في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة وبالنشاطات والمهن المقننة ، وبصفة

[1] م 72 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض :" يمكن البنوك والمؤسسات المالية أن تجري جميع العمليات ذات العلاقة بنشاطها كالعمليات الآتية:
عمليات الصرف، عمليات على الذهب والمعادن الثمينة والقطع المعدنية الثمينة، توظيف القيم المنقولة وكل منتوج مالي، واكتتابها وشرائها وتسييرها وحفظها وبيعها، الاستشارة والمساعدة في مجال تسيير الممتلكات، الاستشارة والتسيير المالي والهندسة المالية وبشكل عام كل الخدمات الموجهة لتسهيل انشاء المؤسسات أو التجهيزات وإنمائها مع مراعاة الأحكام القانونية في هذا المجال".
[2] م 74 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[3] م 75 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[4] القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.
[5] المادة 2 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

عامة، ممارسة النشاطات الاقتصادية[1] سواء تعلق الأمر بالاستثمارات الوطنية أو بالاستثمارات الأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لانتاج السلع والخدمات[2] .

ومن المهم الإشارة هنا أن البنك ملزم في حالة مزاولته نشاط الوساطة في البورصة أن يخصص قسما خاصا في البنك يختص بممارسة نشاط الوساطة، يكون مرتبطا مباشرة بالإدارة العامة لضمان الفصل بين تلك النشاطات والنشاطات الأخرى للبنك، مع تعيين مسؤول عن هذا القسم تتوفر فيه شروط تأهيل المنصوص عليه في تعليمة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها[3].

أولا: مضمون علاقة العمليات ذات العلاقة بنشاطها بحماية البنك للبيئة

يقوم البنك في إطار العمليات البنكية المرتبطة بالعديد من العمليات لا تدخل كلها ضمن موضوع دراستنا، لأنها لا ترتبط بموضوع حماية البيئة، ومن تلك العمليات نجد العمليات على الذهب... إلخ، وعليه سنتناول في هذه الدراسة فقط العمليات التي نرى أنها تهم هذا الموضوع بصورة مباشرة. وهي متعلقة بالاستشارة والتسيير المالي والهندسة المالية.

1- ارتباط الاستشارة والتسيير المالي والهندسة المالية بحماية البيئة

يجوز للبنوك أن تقدم الاستشارات والمساعدة في مجال تسيير الممتلكات، الاستشارة والتسيير المالي والهندسة المالية [4]، وهذا مختلف عن النصح الذي تلتزم به البنوك تجاه الزبائن بخصوص

---

[1] المادة 3 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

[2] المادة 1 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

[3] المادة 06 النظام رقم 15-01 المؤرخ في 15 أبريل 2015 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، المصادق عليه بموجب قرار مؤرخ في 14 شعبان عام 1436 الموافق 2 يونيو سنة 2015، المتضمن الموافقة على نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها (ج ر ج ج، العدد 55، السنة 52، بتاريخ 21 أكتوبر 2015).

[4] م 72 من الأمر 03-11 :" يمكن البنوك والمؤسسات المالية أن تجري جميع العمليات ذات العلاقة بنشاطها كالعمليات الآتية:
عمليات الصرف، عمليات على الذهب والمعادن الثمينة والقطع المعدنية الثمينة، توظيف القيم المنقولة وكل منتوج مالي، واكتتابها وشرائها وتسييرها وحفظها وبيعها، الاستشارة والمساعدة في مجال تسيير الممتلكات، الاستشارة والتسيير المالي والهندسة المالية وبشكل عام كل الخدمات الموجهة لتسهيل انشاء المؤسسات أو التجهيزات وإنمائها مع مراعاة الأحكام القانونية في هذا المجال".

عمليات الائتمان البنكي. فالنصح يعتبر التزاما بنكيا، أما الاستشارة والهندسة المالية فهي خدمة بنكية تقدمها للزبائن.

تمثل الاستشارة والتسيير المالي خدمات استثمارية، تشمل الاستشارة المالية الإرشاد[1] وهو تقديم توصيات خاصة للغير متعلقة بعمليات على أدوات مالية، بحيث يجب أن تكون تلك التوصيات موجهة لشخص معين بذاته –سواء طبيعي أو معنوي– بخصوص شراء أو اكتتاب أو استبدال أو أداء مستحقات أو la prise ferme على أدوات مالية معينة بذاتها، وكذلك التوصية باستعمال أو عدم استعمال الحقوق المتعلقة بأدوات مالية[2].

بالرجوع إلى قواعد القانون البنكي، فإن الهندسة المالية تعني الخدمات المقدمة بهدف إعادة هيكلة ميزانية الشركات التجارية منها إصدار القيم المنقولة، والإندماج...إلخ، والعمليات المتعلقة بالمساهمات في الشركات بهدف خلق رافعة مالية لتسهيل شرائها للرقابة عليها، وأنه لا يجوز التوسع في مفهوم الهندسة المالية لتشمل باقي العمليات البنكية سواء المتعلقة بالتحليل المالي وبالتجارة الدولية أو التسيير المالي[3] .

وتكمن أهمية تدخل البنوك في عمليات الاندماج فيما لها من خبرة ومهارة في المجال المالي والاقتصادي واحتكاكها بالكثير من الشركات وهذا ما لا يتوفر لدى الشركات التي ترغب في الاندماج. كما يصعب على الشركات الباحثة عن الاندماج التعبير على نيتها في الاندماج للشركات الأخرى من

[1] المادة 2 الفقرة 5 من نظام لجنة البورصة ومراقبتها رقم 15-01 المؤرخ في 15 أبريل 2015 والمتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم: "...5- الإرشاد في مجال القيم المنقولة يتمثل في تقديم توصيات شخصية للطرف الآخرسواء بطلب منه أو بمبادرة من الوسيط الذي يقدم الإرشاد سواء تعلق الأمر بصفقة واحدة أو عدة صفقات خاصة بالقيم المنقولة".

[2] Alain couret et autres, op.cit., p 102.

[3] Thierry Bonneau, op.cit., p 648.

جهة، ومن جهة أخرى يصعب عليها البحث بنفسها عن شركة أخرى مناسبة لتندمج معها، وهنا تتدخل البنوك للتقريب من الجهات المختلفة أي أنها تلعب دور الوسيط في عملية الاندماج[1].

علما أن هذه العملية تعتبر مصدر دخل كبير للبنوك لا يستهان به- حسب طبيعة الشركات الراغبة في الاندماج-، ولكن مثلها مثل الخدمات الأخرى التي تقدمها البنوك يجب أن تبقى أقل أهمية من حيث نسبتها إلى نسبة العمليات البنكية الأصلية المتعلقة بتلقي الودائع ومنح الإقراض وتوفير وسائل الدفع وتسييرها، غير أنه في الوقت الحالي فإنه يصعب على البنوك الالتزام بهذا المبدأ، خاصة إذا علمنا ان البنوك تؤسس وتمتلك المؤسسات المالية التي تقوم بالعمليات المتعلقة بالاستشارة والهندسة المالية، وقد تملك مساهمات في الشركات الراغبة أو الداخلة في الاندماج.

بالرجوع إلى القواعد القانونية التي تناولنها في هذا الفصل المبحث الأول، فإنه يجب على البنك الالتزام بقواعد الحذر وعدم التدخل في شؤون الزبون وبهذا يدفع عن نفسه المسؤولية عن الضرر البيئي الناشئ يفعل الزبون، وإلا يمكن الحكم عليه بالتضامن مع الزبون أو عوضا عنه. خاصة أنه نظام مجلس النقد والقرض رقم 14-02 المتعلق بالمخاطر الكبرى والمساهمات، نص صراحة على وضعية البنك المسير أو المدير الفعلي في نص المادة الأولى منه[2]، ولتأكيد أنه متعلق بالمدير الفعلي فإنه، بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية يرفع اللبس حيث استعمل النص :

« les personnes physique ou morales qui sont soumises à une direction de fait commune ».

[1] حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، 2015، ص 157.

[2] المادة 02 الفقرة الأخيرة، من النظام رقم 14-02 المتعلق بالمخاطر الكبرى وبالمساهمات :" الأشخاص ذو الصلة :" الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين تربطهم صلات أيا كانت طبيعتها بحيث أنه يحتمل أن تنعكس صعوبات تمويل أو تسديد قروض يواجهها أحد الأشخاص على الأشخاص الآخرين، وتعتبر هذه الصلات قائمة بين:
-كيانات مجمع يتكون من شركة-أم ومن فروعها ومن مؤسسات مشتركة،
-الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين يخضعون لإدارة فعلية مشتركة أو تربطهم علاقات أعمال راجحة (تعاقد خارجي...)، أو الذين تربطهم عقود ضمانات متقاطعة".

يمكن القول أن حماية البنك للبيئة، لايزال ينظر إليه من جانب مبادئ القانون البنكي لاسيما مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات، والالتزامات البنكية المختلفة، وهنا عموما يمكن أن يتحوط البنك في علاقاته مع الزبائن، من خلال الحرص على احترام المتطلبات القانونية لدفع المسؤولية عن نفسه. وهنا يمكن القول أن حماية البنك لبيئة هي حماية غير مباشرة. لكن المجتمع الحديث أصبح ينتظر إلى البنك من جانب آخر ومطالبته التدخل مباشرة لحماية البيئة في إطار تحقيق أهداف التنمية المستدامة، لاسيما من خلال المسؤولية الاجتماعية للبنك و حماية المستهلك كما سنبينه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني

المسؤولية الاجتماعية للبنوك وحماية المستهلك

تعتبر المسؤولية الاجتماعية وحماية المستهلك من أهم عناصر التنمية المستدامة التي يجب على البنوك العمل على تحقيقها وذلك لعدة اعتبارات منها المتعلقة بالربحية، لكن لم تعد الربحية العنصر الوحيد الذي تنظر إليه البنوك بل أصبحت تهتم بتحسين صورة البنك لدى الجمهور ومحاولة تعزيز الثقة فيها وأحيانا استرجاعها.

رغم أن حماية المستهلك يُعتبَر عنصر أساسي يجب على البنك مراعاته، وهو يمكن أن يُنظر إليه بأنه ينتمي إلى المسؤولية الاجتماعية للبنك، إلا أن هذا غير صحيح. فالمسؤولية الاجتماعية للبنك وإن كانت أوسع نطاقا من حماية المستهلك، فإنه من المستقر عليه فقه أن موضوع حماية المستهلك من المواضيع المستقلة تماما، بحيث له عناصره وأسسه. أما المسؤولية الاجتماعية للبنوك فهي موضوع حديث لم تظهر معالمه كاملة بعد، وهو يقترب كثيرا من التنمية المستدامة وحتى الدراسات الفقهية تجعل منهما مفهومين متطابقين، إلا أنه عند التعمق في دراسة هذه المفاهيم يتضح جليا للباحث الفرق والعلاقة بينهما.

وعليه، سنتناول بالدراسة في هذا الفصل المسؤولية الاجتماعية للبنوك في المبحث الأول أما في المبحث الثاني فسنتناول حماية المستهلك.

المبحث الأول: المسؤولية الاجتماعية للبنوك

أصبحت الدراسات القانونية والاقتصادية تهتم اهتماما كبيرا بموضوع المسؤولية الاجتماعية للبنوك. لكن المفهوم في حد ذاته لم يحظ بالدراسة والتفصيل الكافي، كما أنه معقد ويمكن النظر إليه من جهات مختلفة. لذلك اخترنا أن نتطرق في هذا المبحث في البداية إلى الإطار النظري للمسؤولية الاجتماعية للبنوك، علما أنه ينظر إلى المسؤولية الاجتماعية للشركات على أنها التزام طوعي وليس قانوني يصدر من الشركات ولكن هناك عدة انتقادات لذلك. ثم البحث في أحد التطبيقات الحديثة التي عرفها القطاع البنكي والمالي للمسؤولية الاجتماعية للشركات ألا وهي الاستثمار المسؤول اجتماعيا، الذي جاء استجابة للعديد من أصحاب المصالح، لاسيما المستثمرين والزبائن والمنظمات غير الحكومية. ورأينا أن نخصص جزء من هذا المبحث لموضوع مدونات السلوك، الذي يعتبر مهما جدا في الاستثمار المسؤول اجتماعيا، ويؤثر إلى حد كبير فيها، غير أن دراسته جاءت منفصلة خصوصا بالنظر إلى التكييف القانوني لها، والذي يؤثر في الرقابة عليها سواء القضائية أو الإدارية. ونظرا للتطور القانوني الحاصل لاسيما من خلال تدخل المشرع الجزائري، بوضع إطار قانوني لممارسة الصيرفة الإسلامية، وأن عمليات الصيرفة الاسلامية تستجيب لحد كبير لمتطلبات المسؤولية الاجتماعية للبنوك، فإننا ارتأينا أن نخصص لها مطلبا منفصلا.

المطلب الأول: الإطار القانوني للمسؤولية الاجتماعية للبنوك في إطار التنمية المستدامة

يتعلق مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات بالتنمية المستدامة. لذلك اهتم رجال القانون بهذا المفهوم، لاسيما باعتباره مفهوما صعب تحديد المعالم لارتباطه وتشابكه مع الكثير من المفاهيم الأخرى. وحتى نتعرف على الإطار القانوني له يجب أولا أن نتناول في هذا المطلب مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات في الفرع الأول، ثم أهمية المسؤولية الاجتماعية للشركات والبنوك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات

أصبح مفهوم المسؤولية الاجتماعية متداولا في الآونة الأخيرة، نظرا للتطور الذ ي حدث في المجتمع والاقتصاد والتشريع الذي صاحب التقدم الصناعي والتجاري، والذي أدى إلى ظهور الشركات الكبيرة والمصانع الضخمة، وما صاحبها من مشاكل اجتماعية لاسيما من جانب العمال وأصحاب المصالح.

كما أصبح النشاط الاقتصادي عموما وخاصة الشركات الكبيرة التي تحقق الأرباح الكبيرة ومنها البنوك لا يعود بالفائدة على جميع العناصر الفاعلة في المؤسسة والتي يطلق عليها مفهوم الجهات ذات العلاقة، هنا نجد أن الحصة الكبيرة من الفوائد تعود للمساهمين وأصحاب رؤوس الأموال و/أو للمسيرين. كما نتج عن إدارة تلك الشركات تضارب في المصالح، حيث تسعى كل جهة إلى اتخاذ قرارات تحقق أكبر ربحية لصالحها، لذلك طرحت تساؤلات عديدة بخصوص مركز اتخاذ القرار والمسؤولية هل تكون بيد المساهمين أم المسيرين؟ هل القرار يكون في مصلحة الشركة أم المساهمين؟ وهل يأخذ بعين الاعتبار أصحاب المصالح؟ بينما العمال والموظفين قد يكون أجرهم زهيدا– وإن كان مقبولا– فغابا ما لا يكون متناسبا مع أرباح الشركة، وذلك بالمقارنة مع رواتب وعلاوات المدراء والمسيرين الذي يصل إلى أرقام خيالية، وقد لا يكون مبررا اقتصاديا، ولدراسة المشاكل الناتجة عن ذلك ظهرت عدة نظريات سنتناولها في الفرع الثاني.

أولا: المسؤولية الاجتماعية للشركات والمفاهيم القريبة منها

تعتبر المسؤولية الاجتماعية للشركا ت[1] مفهوم حديث نوعا ما، يحتاج إلى التعريف والتوضيح، خاصة أنه من خلال الدراسات المختلفة التي تطرقت له، نجد أنه يقترب كثيرا من مفاهيم

[1] corporate social responsability

أخرى كالحوكمة والعمل التطوعي والخيري، والتنمية المستدامة، لذلك من الضروري التطرق لها هنا لتبيان الفرق بينها.

1- المسؤولية الاجتماعية وحوكمة الشركات

مفهوم المسؤولية الاجتماعية يقترب كثيرا من مفهوم حوكمة الشركات، وكثيرا ما يتم الخلط بينهما، حيث "تدخل المسؤولية الاجتماعية للشركات في إطار الاستثمار الاجتماعي بمفهومه الواسع والذي يعرف بأنه اسهام اختياري ومالي وغير مالي يهدف إلى مساعدة المجتمع ككل– والمجتمع المحلي بصورة خاصة– وعلى التعامل مع أولويات التنمية"[1].

ويقترب مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات من مفهوم الحوكمة لأنه يشترك معه في عدة قواسم، أهمها ارتباطهما بمفهوم أصحاب المصالح ومبدأ الشفافية. فلا يمكن دراسة أحدهما دون هذين المفهومين. فالحوكمة تُعنى بالمسؤولية وتحديد الصلاحيات عند اتخاذ القرار في الشركة ولاسيما بدور الجمعية العامة، كذلك المسؤولية الاجتماعية، تعنى بتوجيه القرارات في المؤسسة من خلال اتخاذ استراتيجية معينة وتنفيذها.

أما بالنسبة للبنك فقد تزايدت أهمية المسؤولية الاجتماعية والحوكمة لاسيما على أعقاب الأزمات المالية والبنكية المتتالية ولاسيما أزمة 2008. وتظهر أهمية المسؤولية الاجتماعية والحوكمة للبنك خاصة نظرا للدور المزدوج الذي تلعبه على مستوى البنك أولا وعلى مستوى الشركات (الزبائن) ثانيا. ويرى الفقه[2] أن المسؤولية الاجتماعية للشركات هي " جزء من التزام الشركة بتطبيق حوكمة الشركات كما جاء في مبادئ حوكمة الشركات (OCDE)" .

[1] محمد عيد علي بعبع، حوكمة الشركات ودورها في مواجهة الاختلالات المالية والإدارية: دراسة تطبيقية في قطاع الغزل والنسيج في مصر، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2016، ص 376.
[2] أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص 190.

2- العمل التطوعي والخيري

أما المفهوم الآخر المرتبط بالمسؤولية الاجتماعية للشركات فهو العمل التطوعي والخيري، فقد تحول مفهوم المسؤولية الاجتماعية من مفهوم مرتبط بالعمل التطوعي والخيري تجاه المجتمع إلى الاسهام الفعال في تحقيق التنمية المستدامة من منظور الواجب الأخلاقي والقانوني والإنساني[1].كما أن " غالبية الشركات تقوم بالخلط بين مفهوم المسؤولية الاجتماعية والعمل الخيري ولا تعي مفهوم المسؤولية بمعناه الواسع، فهي تشمل جوانب كثيرة منها الالتزام بالأنظمة والقوانين المتبعة، والنواحي الصحية والبيئية، ومراعاة حقوق الإنسان وخاصة حقوق العاملين، وتطوير المجتمع المحلي، والالتزام بالمنافسة العادلة، والبعد عن الاحتكار وإرضاء المجتمع"[2].و هو يتوافق إلى حد كبير مع الأبعاد الأربعة للمسؤولية الاجتماعية لدى (Carroll)و المتمثلة في البعد الاقتصادي والبعد القانوني والبعد الأخلاقي والبعد الخيري[3]. وبذلك من المهم جدا ألا ينحصر مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات في العمل التطوعي أو الخيري أو التبرعات والبرامج الخيرية[4].

3- التنمية المستدامة

تساءل الدارسون حول مفهوم التنمية المستدامة باعتباره مفهوما متعلقا بالمصلحة العامة، فكيف يمكن إدخاله في إطار الشركة والمصلحة الخاصة للشركة؟ الإجابة تكون في إطار المسؤولية الاجتماعية للشركة، فبالنظر إلى رأس المال في منظور التنمية المستدامة الذي يتمثل في رأس مال اقتصادي بالمعنى التقليدي، ورأس المال الاجتماعي من عمال وأصحاب مصالح، وهناك رأس المال

---

[1] ناصر قرادات، وعزام أبو الحمام، المرجع السابق، ص 40.

[2] محمد عيد علي بعبع، المرجع السابق، ص 477.

[3] مجموعة من المؤلفين، المسؤولية الإجتماعية للمؤسسات والشركات، بين المقاربات النظرية والممارسات التطبيقية، أبو بكر خوالد وخير الدين بوزرب، خصوصية المسؤولية الإجتماعية في المصارف التجارية، دراسة حالة بنك الكويت الوطني (ب.ك.و)، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتجية والسياسات الاقتصادية، برلين-ألمانيا، 2019،-نسخة إلكترونية-، ص 368.

[4] مقدم وهيبة، مقدم وهيبة، تقييم مدى استجابة منظمات الأعمال في الجزائر للمسؤولية الإجتماعية : دراسة تطبيقية على عينة من مؤسسات الغرب الجزائري، أطروحة دكتوراه تحت إشراف أ/ زايري بلقاسم، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة وهران، 2013-2014، ص.ص 82-82.

البيئي المتمثل مثلا في مصادرها من مواد أولية[1]. وقد أصبح ينظر إلى المسؤولية الاجتماعية للشركات منذ قمة جوهانسبورج على أنها مساهمة القطاع الخاص من جهة والشراكة بين القطاع الخاص والقطاع العام من جهة أخرى بأن تكون الشركات أحد أهم الدعائم للتنمية المستدامة[2]، وحتى الشركات ترى إلى أن تحقيق أهداف التنمية المستدامة يكون من خلال أدائها لمسؤوليها الاجتماعية[3].

كما يشترك موضوع التنمية المستدامة مع مفهوم المسؤولية الاجتماعية في المواضيع التي يتناولها كل واحد منهما، وهي حماية البيئة، حماية المستهلك، الشفافية، تحقيق تنمية تخدم أصحاب المصالح وليس فقط تحقيق الربح لأصحاب رؤوس الأموال وهذا على سبيل المثال وليس الحصر.

إن مفهوم المسؤولية الإجتماعية مفهوم حديث معقد في نظري، لأنه لم ينل الحجم الكافي من الدراسة الفقهية التي من المفروض أن تنتهي بضبط للمصطلحات المستعملة وتنقيحها، ذلك أنه كما رأيناه أعلاه هناك من ينظر للمسؤولية الاجتماعية من الجانب التطوعي للشركة – وهذا مهم جد في مجتمعنا المعاصر، فالشركة لم تعد ذلك الكيان الذي يهدف لتحقيق الربح المادي فقط، فقد أصبحت تلعب دورا على مستوى المجتمع الخارجي كذلك– وفي نفس الوقت المسؤولية الاجتماعية تتعلق بأصحاب المصالح، وهنا لم يعد الأمر متعلقا فقط بالجانب التطوعي بل باحترام متطلبات قانونية واقتصادية. خاصة إذا رجعنا إلى المصطلح باللغة الفرنسية فهناك مصطلحين هما: **la responsabilité sociale de l'entreprise** المتعلق بالعمال أما المصطلح الثاني فهو **La responsabilité sociétale de l'entreprise** ، وللتمييز بين المسؤولية الاجتماعية فإنه يمكن تصنيفها إلى المسؤولية الاجتماعية على المستوى الداخلي للشركة وتشمل المساهمين والشركاء، وتعنى بمصلحة الشركة والحقوق المالية وغير المالية للمساهمين، والمسؤولية الاجتماعية على المستوى الخارجي

[1] Emmanuel Arnaud, Arnaud Berger et Christian de Perthius, op.cit., p 58.
[2] Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, collectif, op.cit., p 129.
[3] عايد عبد الله العصيمي، المسؤولية الاجتماعية للشركات نحو التنمية المستدامة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة العربية، عمان، الأردن، 2015، ص 63.

للشركة فتعنى بالدائنين والموردين والزبائن وأصحاب المصالح الآخرين والعمال، والمستهلكين، الإعلام، الرأي العام. وعلى أي حال المسؤولية الاجتماعية للشركة تشمل المصطلحين باللغة الفرنسية ذلك أن المسؤولية تجاه العمال تكون جزءا لا يتجزأ من العلاقة مع أصحاب المصالح. لذلك فإنه سنتناول المسؤولية الاجتماعية في مفهومها الواسع، أي داخليا وخارجيا.

ثانيا: تعريف المسؤولية الاجتماعية

هناك عدة تعريفات مختلفة للمسؤولية الاجتماعية باختلاف التخصص مجال الدراسة، وأهمها الفقهي والاقتصادي والمؤسساتي.

1- التعريف الفقهي

هناك عدة تعريفات[1] أهمها تعريف خضر سيد شحاتة المسؤولية الإجتماعية بأنها: "عملية تحقيق التوازن بين أطراف متعددة لها مصالح مشتركة أو متقاطعة، وهم الشركاء وأصحاب الأسهم، والمجتمع المحلي المحيط، والمستهلكين لخدمات ومنتجات الشركة، وجماعة العاملون في الشركة"[2].

وهناك تعريف المسؤولية الإجتماعية للشركات حسب (Druckers) على أنها 'التزام المنظمة تجاه المجتمع الذي تعمل فيه، وهذا الالتزام يتسع باتساع شرائح أصحاب المصالح في هذا المجتمع وتباين توجهاتهم'"[3]. كما تعرف المسؤولية الاجتماعية للشركات على أنها "الالتزام المستمر من قبل الشركات بالتصرف أخلاقيا، والمساهمة في التنمية الاقتصادية والعمل على تحسين نوعية الظروف المعيشية للعاملين وعائلاتهم والمجتمع ككل"[4].

[1] هناك تعريفات مختلفة، أنظر: جريو محمد الأمين، المرجع السابق، ص.ص 137-144.
[2] ناصر قرادات، وعزام أبو الحمام، المرجع السابق، ص 29.
[3] مقدم وهيبة، تقييم مدى استجابة منظمات الأعمال في الجزائر للمسؤولية الإجتماعية : دراسة تطبيقية على عينة من مؤسسات الغرب الجزائري، المرجع السابق، ص 71.
[4] أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص 191.

2- التعريف المؤسساتي للمسؤولية الاجتماعية للشركات

اهتمت عدة هيئات بالمسؤولية الاجتماعية للشركات، وقد عرفها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) بأنها " تشكل إجراءات تدمج بموجبها المؤسسات الشواغل الاجتماعية في سياساتها وعملياتها المتصلة بأعمالها التجارية، ويشمل ذلك الشواغل البيئة والاقتصادية والاجتماعية. ويشكل الامتثال للقانون الحد الأدنى من المعايير التي يتعين على المؤسسات الالتزام بها"[1].

أما منظمة المقاييس العالمية للمعايير الدولية ISO فقد أكدت في تعريفها للمسؤولية الاجتماعية للشركات على أنها "مسؤولية المنظمة تجاه آثارها وقراراتها وعملياتها على المجتمع وعلى البيئة، والذي يترجمه سلوك أخلاقي وشفاف: يساهم في التنمية المستدامة، بما فيها الصحة ورفاه المجتمع، وتأخذ بعين الاعتبار متطلبات الأطراف المرتبطة، احترام القوانين السارية المفعول المتماشية مع المعايير الدولية للسلوك: بحيث تدخلها في كل المنظمة وفي علاقاتها"[2].

و قد عرفتها اللجنة الأوروبية بأنها: "إدراج الشركات بمحض إرادتها للانشغالات الاجتماعية والبيئية في نشاطاتها التجارية وفي علاقاتها مع أصحاب المصالح"[3].

أما البنك الدولي فقد عرف المسؤولية الإجتماعية للشركات على أنها" التزام أصحاب النشاطات التجارية بالمساهمة في التنمية المستدامة، من خلال العمل مع موظفيهم وعائلاتهم، والمجتمع المحلي والمجتمع ككل، لتحسين مستوى معيشة الناس، بأسلوب يخدم التجارة، ويخدم التنمية في آن واحد تكون مدمجة في الأنشطة المستمرة للمؤسسة"[4].

---

[1] مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، كشف البيانات المتعلقة بتأثير الشركات على المجتمع: الاتجاهات والقضايا الراهنة،2004، ص 5. أنظر مقدم وهيبة، المرجع السابق، ص 72.

[2] Gaëtan Marain, La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises, éd Presse Universitaire D'Aix-Marseille – PUAM, AIX-EN-PROVENCE, France, 2016, p 36.

[3] Alain Couret et de Catherine Malecki, Collectif, op.cit., p 255.

[4] صالح الحموري وورولا المعايطة، المسؤولية المجتمعية للمؤسسات من الألف إلى الياء، دار كنوز المعرفة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2015، ص 17.

من خلال التعريفات السابقة، يمكن أن نخلص إلى أن المسؤولية الاجتماعية للشركات هي مفهوم واسع يتضمن التزام الشركات بأكثر من المتطلبات القانونية، بحث تحاول البحث في جميع الآثار التي تترتب عن نشاطها محاولة التأثير عليها بما يجلب الصالح العام وليس فقط توخي الآثار السلبية، والذي يعبر عن الأخذ بعين الاعتبار المصالح المختلفة لأصحاب المصالح.

الفرع الثاني: أهمية المسؤولية الاجتماعية للبنوك

هناك إشكالية متعلقة بإدارة الشركات عموما والبنوك خصوصا، تؤثر كثيرا في اعتماد وتبني مفهوم المسؤولية الاجتماعية للبنوك وهي متعلقة بنتائج الشركة التي تترجم عبر جدول النتائج، ذلك أن الشركة عموما تنظر إلى نتائجها على المدى القصير، أي إلى الربح والخسارة خلال السنة المالية المنقضية وحتى خلال السنة المالية الجارية. فيتم على أساسها تقييم المدراء والعمال والموظفين، وكذلك المدى القصير، فيتم اعتماده من خلال برامج التوسيع والاستثمار مثلا في وسائل الإنتاج والمعدات. وهنا يجب أن تعمل الشركة على تغيير ثقافتها إلى توسيع آفاقها إلى المدى الطويل، وحتى التغاضي عن غياب النتائج على المستوى القصير جدا[1].

ويؤدي الحديث عن نتائج البنك على تناول موضوع سمعة البنك الذي يعتبر من أهم المواضيع اللصيقة بالدراسات المتعلقة بالبنوك، فنتائج البنك تؤثر وتتأثر بسمعة البنك وتؤثر وتتأثر بالمسؤولية الاجتماعية للبنوك.

لذلك ارتأينا أن ندرس ظهور مفهوم المسؤولية الاجتماعية وارتباطه بأصحاب المصالح (أولا)، ثم المصلحة الاجتماعية للشركة من منظور قانوني واقتصادي(ثانيا).

[1]Emmanuel Arnaud, Arnaud Berger et Christian de Perthius, op.cit., p 58

أولا: ظهور مفهوم المسؤولية الاجتماعية وارتباطه بأصحاب المصالح

تعمل الشركة وتتفاعل مع محيطها الاقتصادي والاجتماعي ولا يمكن أن توجد وتنموا إلا فيه، فهي توجد بوجود العملاء، من موردين ومستثمرين وزبائن وعمال، وإطار قانوني لوجودها[1]. لقد ارتبط ظهور مفهوم المسؤولية الإجتماعية للشركة (corporate social responsability) في الولايات المتحدة الأمريكية في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، باعتباره كرد على الأسئلة التي تولدت عن زيادة قوة الشركات الكبيرة، والتي تتميز بتشتت المساهمين وتفرقة بين الملكية وتسيير الشركة. فالمسؤولية الاجتماعية لدى(Wesley Clair Mitchell وJohn Commons) تعتبر كحل وسط (ثالث) بين التنظيم القانوني بتدخل الدولة وبين مبدأ "دعه يعمل "[2]. حيث يعتبر استجابة لمتطلبات المسؤولية الاجتماعية نظرا لتعرض شركات الصناعات الكيمياوية في بريطانيا لعدة فضائح وقضايا مشهورة هزت الرأي العام، و قد وضعت سنة 1985 أول تقنين خاص code de bonne conduite بالإنجليزية Responsable Care[3].

وتزايد الاهتمام بضرورة الأخذ بعين الاعتبار أصحاب المصالح منذ نشر R.Edward Freeman لكتابه الشهير « Strategic Management : A stakeholder approach »[4]. وقد قامت العديد من الهيئات المتخصصة لاسيما في المحاسبة بوضع قواعد خاصة أو معايير خاصة تسمح بقياس مدى النجاعة الاجتماعية التي تحققها الشركة، أهمها Istitut of Social and Ethical (SEAA) التي وضعت عدة معايير Les AA 1000 series، وهي تقترح على الشركات وأصحاب المصالح معا وضع النقاط الأساسية التي تسمح بقياس ووضع تقرير بخصوص النجاعة الاجتماعية. وذلك من خلال

[1] محمد عيد علي بعبع، المرجع السابق، ص 376.
[2] Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, Collectif, op.cit., p 132.
[3] Ibid.
[4] Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, Collectif, op.cit., p 134.

أربعة مراحل أساسية : التخطيط، المحاسبة، المراجعة، والاتصال. وأهم عوامل النجاح في ذلك تكمن في معرفة جل أصحاب المصالح[1].

من جهة أخرى، اهتم القضاء بموضوع المصلحة الاجتماعية للشركة في تحديد أخطاء هيئات الشركة، لمعرفة المدراء الذين يجب فصلهم دون تعويض، والتصويت الذي يمكن اعتباره تعسفيا... الخ[2]. وبهذا نجد أنه يرتبط مفهوم المسؤولية الاجتماعية بمفهوم أصحاب المصالح والمصلحة الاجتماعية للشركة، لاسيما بالنسبة للاجتهادات القضائية.

ثانيا: المصلحة الاجتماعية للشركة من منظور قانوني واقتصادي

قبل الخوض معمقا في المسؤولية الاجتماعية للشركة بصفة عامة ثم للمسؤولية الاجتماعية للبنك فإنه من الضروري التطرق لبعض المفاهيم الأساسية المتعلقة بالمصلحة الاجتماعية، ذلك أن هذا المفهوم سوف يكون له تأثير كبير في ظهور المسؤولية الاجتماعية وتطويره، كما رأيناه أعلاه.

عموما، هناك عدة آراء في اعتبار المصلحة الاجتماعية للشركة، فهناك اتجاه يرى أنها تعني مصلحة الشركاء، وهناك اتجاه آخر يرى أنها مصلحة الشركة، وآخر يرى أنها مزيج بينها. وتعدد الآراء نابع كذلك من تعدد الجهات التي لها سلطة تحديد مضمون المصلحة الاجتماعية للشركة ومنهم الشركاء، المدراء، المشرع، القاضي، والفقه[3].

يرى الفقه أن الأستاذ Jean CHAPIRA من خلال مقاله المنشور سنة 1971، اعتبر بأن "المصلحة الاجتماعية في القانون الفرنسي ليست مفهوما أحاديا فهي أحيانا تترجم ضرورة تشغيل المؤسسة، وأحيانا احتياجات التسيير... ففي الحقيقة، المصلحة الاجتماعية هي أداة مرنة وعملية

[1] Emmanuel Arnaud, Arnaud Berger et Christian de Perthius, op.cit., p 57.
[2] Paul le Cannu et Bruno Dondero, op.cit., P 187.
[3] وجدي سلمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الأولى، بيروت، 2007، ص 7.

استعملت في القضاء من أجل بعض الأمان في الشركات"[1]. وذلك مهم جدا لأنه على أساسه تحدد العلاقات داخل الشركة وتؤثر في صحة وعدم صحة القرارات المتخذة أي في إلغائها.

الاتجاه الأول (التيار الكلاسيكي) يرى أن المصلحة الاجتماعية ليست سوى مصلحة الشركاء، وذلك سواء في الفقه الفرنسي لا سيما لدى Lappé وآخرون ، وكذلك وفقا لنظرية حقوق الملكية التي تعتبر الملكية عامل إنتاج رئيسي ومنه المساهمين[2] . فالإرادة الشخصية للمساهمين هي التي أدت إلى إنشاء الشركة أي باتفاق المساهمين وقد ساهموا لتحقيق أهدافها من أموالهم الخاصة التي اقتطعوها لتدخل في ذمة الشركة، وعليه فمصلحة الشركة أو المصلحة الاجتماعية للشركة تتطابق مع مصلحة الشركاء. علما أنه بالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي لاسيما القواعد الجديدة للضبط الاقتصادي [3]، فإنه بإدخال قواعد الحوكمة أصبحت المصلحة محل الاعتبار هي مصلحة المساهمين[4]، وهذا يحيل إلى مبدأ المساواة بين الشركاء[5].

أما الاتجاه الثاني فيرى أن المصلحة الاجتماعية متساوية مع مصلحة الشركة كشخص معنوي ،لاسيما لدى كتاب مدرسة Rennes. ويعتبر القضاء الفرنسي أن المصلحة الاجتماعية هي المصلحة العامة[6]. وبذلك المصلحة محل اعتبار هنا تكون مصلحة الشركة كشخص معنوي مختلفة عن مصلحة المساهمين، فمصلحة الشركة هي "مصلحة عليا مستقلة توحدهم"[7]، حتى أن الشركة يمكن أن تلجأ إلى القضاء ضد بعض الشركاء بطلب تعويضات عن الأضرار الملحقة بالشركة[8]. وكذلك

[1] عبد الرحيم بنبعيدة، المرجع السابق، 17.
[2] عبد الرحيم بنبعيدة، المرجع السابق، 19.
[3] NRE
[4] وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 84.
[5] وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 86.
[6] عبد الرحيم بنبعيدة، المرجع السابق، 22.
[7] وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 32.
[8] وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 34.

يمكن الحكم ببطلان القرارات التعسفية التي اضرت بمصالح الشركة الأساسية، وهذا يعد تمييزا بين المصلحة الجماعية ومصلحة المساهمين[1].

أما الاتجاه الثالث (المختلط أو التوفيقي) فيرى أن " المصلحة الاجتماعية هي قبل كل شيء مصلحة المساهمين لأنهم هم من خلقوا المشروع، ومن الطبيعي أن السياسة الاجتماعية يجب أن تسير بدون أن تفقد النظر لهذه المشروعية الأصلية، لكن الشركة ليست مجرد عقد قانوني، بل هي مستقلة قانونيا"[2]. وحسب تقرير Vienot بخصوص مجلس إدارة الشركات ذات الأسهم المتداولة تعتبر المصلحة الاجتماعية " مصلحة عليا للشخص المعنوي بمعنى الشركة المعتبرة كفاعل اقتصادي مستقل يسعى من أجل أهداف خاصة متميزة أيضا عن تلك التي يسعى إليها المساهمون، أجرائه، دائنون بما فيهم الضرائب، موردوه، زبائنه، لكن تطابق مصلحتهم العامة المشتركة التي هي تأمين ازدهار استمرارة الشركة"[3]. كل ما هناك أنه عندما تبدو المصالح متناقضة يجب التحكيم بينها[4].

والفكرة هنا هي النظر إلى المصلحة من خلال تقسيمها على مصلحة مباشرة ومصلحة مستقبلية، "و تمكن المدراء والمساهمين من إجراء تسوية بين عائدات رأس المال وضغوطات سياسة الأجل القصير من جهة، وبين الاستثمارات التي تسمح باستمرار وتطور المشروع ومقتضيات الأجل الطويل من جهة أخرى"[5] .

وترتبط المسؤولية الاجتماعية في البنك بعدد كبير من الجهات ذات الصلة أي أصحاب المصالح، والتي تستفيد مباشرة أو تتضرر من احترام أو عدم احترام البنك لمتطلبات التنمية المستدامة في جانبها المتعلق بالمسؤولية الاجتماعية. حيث تتسع دائرة أصحاب المصالح، فهي تشمل كما في

[1] وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 37.
[2] عبد الرحيم بنبعيدة، المرجع السابق، 24.
[3] عبد الرحيم بنبعيدة، المرجع السابق، 22.
[4] Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, Collectif, op.cit., p 134.
[5] وجدي سلمان حاطوم، المرجع السابق، ص 110-111.

باقي الشركات، المساهمين، والعمال، والموردين، والدائنين، و تتعداها إلى أن المودعين، المقترضين، المستثمرين، الدولة، المنظمات غير الحكومية...إلخ.

وتظهر أهمية المسؤولية الاجتماعية في البنوك من خلال تجسيدها في نشاط البنك، لاسيما من خلال الخدمات والعمليات التي تقدمها للزبائن. حيث يعتبر الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية مثالا شاملا يجسد المسؤولية الاجتماعية للشركات. وعليه، سنتطرق للاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية في المطلب التالي.

المطلب الثاني: الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية كتجسيد للمسؤولية الاجتماعية للبنوك

تَعرِفُ أعمال البنوك باستمرار التجديد واستحداث عمليات وخدمات جديدة، وحتى التقليدية منها تحاول البنوك بأن تكون متماشية مع المتطلبات الجديدة التي تفرضها الظروف وتطلعات أصحاب المصالح. من بين أهم التطورات التي عرفها القطاع البنكي والمالي لدينا الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية، وهو مختلف في مضمونه وأسباب ظهوره عن الأنواع الأخرى للاستثمارات البنكية، لاسيما بسبب ارتباطه وعلاقته بأصحاب المصالح، وهو يؤثر في أداء البنوك. لذلك يجب التطرق إلى إطاره القانوني خاصة أنه كما رأينا سابقا فالمسؤولية الاجتماعية ينظر إليها على أنها التزام طوعي للمؤسسات وليس قانوني، ولا يمكن أن يكون أساسا لطلبات قضائية تحمل المسؤولية عليها.

يُعتبر موضوع الاستثمار المسؤول اجتماعيا مهما جدا لأنه يتطلب من البنك في الكثير من الأحيان اتخاذ مدونات للسلوك في إطار مسؤوليتها الاجتماعية، تلك المدونات كما سنرى إما تضعها البنوك أو تنظم إليها، فإذا طبقنا عليها المبدئ المتعلق بالمسؤولية الاجتماعية على أنها التزام طوعي وليس قانوني كما يتمسك به أصحاب هذا الرأي مبدئيا، إلا أنه يصبح لزاما علينا أن نتناول هذا الموضوع من وجهة نظر القضاء والفقه المقارن، لأن هذه الدراسة قانونية ويجب أن تؤسس المفاهيم

الواردة من وجهة نظر الاجتهادات القضائية، على الأقل عندما لا يكون رأي القانون فاصلا في ذلك الموضوع.

كما يتعلق الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية بموضوع التنقيط، حيث يعتمد القرار الاستثماري عليه لحد كبير. فالمستثمرون الذين يريدون الاستثمار بطريقة مسؤولة غير قادرين على تتبع المشاريع والمؤسسات، لذلك يضعون ثقتهم في النقطة التي تمنح لها، عن طريق شركات وكالات التنقيط، علما أن طريقة عمل هذه الشركات منتقد.

الفرع الأول: مفهوم الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية

سنتطرق هنا إلى ظهور مفهوم الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية، ثم إلى تعريفه، الفرق بين الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية والادخار المتضامن والحق في القرض، ثم إلى مضمون الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية بالنسبة للبنك والاستراتيجيات المرافقة له.

أولا: ظهور مفهوم الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية

لم يظهر مفهوم الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية كما هو معروف حاليا دفعة واحدة، بل مر بعدة مراحل ، حيث يعود أصله حسب الدراسات إلى قواعد الأخلاق التي وضعتها النصوص القديمة كمدونة حامورابي، منها مثلا قاعدة عدم جواز مطالبة الدائن للمدين بأداء ديونه في حالة ضياع الغلة أو الجفاف خلال تلك السنة. وهناك من يرى في الفقه الغربي أن ظهور الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية ظهر مع مجموعة من المتدينين (Quakers) في القرن السابع عشر أسسها (George Fox) في بريطانيا تطالب بضرورة الابتعاد عن المعاصي والمحرمات، ثم انتقل مؤسسو هذه المنظمة إلى الولايات المتحدة الأمريكية، وقد كانوا من بين المعارضين لتجارة العبيد والسلاح[1].

[1] Alexandre Touma, op.cit., p 50-51.

وفي القرن العشرين، ظهرت جهات عديدة تطالب المستثمرين بعدم استثمار أموالهم في بعض المصانع المرتبطة بإنتاج وتوزيع وبيع الخمور والتبغ وهذا خاصة مع تطور النشاط الاستثماري لصناديق الاستثمار. وهناك دراسات ترجع ظهور الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية إلى سنة 1928، بأنشاء المجلس الفيديرالي للكنائس الأمريكية في بوستن صندوق "Pioneers Fund"، والذي يقترح على الزبائن استثمارات خالية من المحرمات[1].

مع العلم أن الشريعة الاسلامية تحرم أصلا التعامل ببعض المواد كالخمور والمؤثرات العقلية واستغلال البشر، بالإضافة إلى نبذ كل عمل من شأنه الإضرار بالممتلكات والطبيعة أي البيئة المحيطة بالإنسان. كما أنه يُنظَر للإنسان على أنه له مسؤولية اجتماعية وهذا من خلال مفهوم الخلافة في الأرض[2]، ويمكن أن يستدل على كل ذلك من الكتاب والسنة. وفقا لمنهج متكامل في إطار المقاصد الشرعية حفظ النفس والعقل والدين والمال، فالإنسان مرتبط بربه من خلال الطاعات والعبادات والابتعاد عن المحرمات، ومرتبط بمجتمعه كذلك من خلال الزكاة والصدقة وعدم الغش والتدليس في البيوع ...إلخ، واحترام قواعد المعاملات التجارية بصفة خاصة. وقد اعتبر بعض الدراسات أن الوقف يعتبر نموذجا عن المسؤولية الاجتماعية، خاصة أن الوقف يقتضي احترام أن يوجه في الجهات التي حددها الواقف[3] بصفة دائمة مادام الوقف قائما. ويعتبر الأستاذ جواد أخطر محمد من بين أشهر الكتاب الذين وضعوا نماذج مفسرة للمسؤولية الاجتماعية وفقا للمنظور الإسلامي، وقد ارتكز نموذجه على الأصول الأخلاقية الأربعة في الاسلام وهي التوحيد والعدل والمسؤولية والاختيار[4].

[1] Antoine de Ravignan, La finance peut-elle être responsable, revue la fiance Alternative Economique Hors-série, 1er trimestre , 2008, p 46.

[2] عايد عبد الله العصيمي، المرجع السابق، ص 28.

[3] صالح الحموري وورولا المعايطة، المرجع السابق، ص 25-26.

[4] مقدم وهيبة، المرجع السابق، ص 74.

أساس المعاملات البنكية المبنية على قواعد الشريعة الإسلامية هي تحريم الفوائد استحقاقا أو منحا، ذلك أن الفوائد من الربا، وتحريمها هو في نفس الوقت استجابة لتعاليم الدين الحنيف، واستجابة لمتطلبات المواطن في البلاد الإسلامية. غير أن هذه العمليات لم تعد حكرا على البلاد الإسلامية، فقد ظهرت الصيرفة الإسلامية في الغرب كذلك. ويمكن القول أن هناك تشابه كبير بين الاستثمار المسؤول اجتماعيا والصيرفة الإسلامية[1].

ثانيا: تعريف الاستثمار المسؤول اجتماعيا[2]

هناك عدة تعريفات مختلفة للاستثمار المسؤول اجتماعيا، وعليه، سنتناول التعريف الفقهي، ثم التعريف المؤسساتي.

1- التعريف الفقهي

يُعرّفُ الاستثمار المسؤول اجتماعيا على أنه الاستثمار الذي لا يعتمد فقط على المعايير المالية بل يعتمد كذلك في تحليله المعايير البيئية، الاجتماعية والحوكمة (ESG)[3]. وهو يهدف إلى تحفيز الشركات على احترام تلك المعايير في أعمالها، وكذلك في علاقاتها مع شركائها الاقتصاديين[4]. يرتبط الاستثمار هنا بشراء وبيع المنتوجات المالية أيا كانت صفة القائم بالعملية وصفة الوسيط الذي أجرى العملية ومنها البنوك.

2- التعريف المؤسساتي

اهتمت العديد من الهيئات بتعريف الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية، لاسيما الجمعية الفرنسية للمسيرين، (AFG) بقولها "يعتبر الاستثمار المسؤول اجتماعيا تطبيق مبادئ التنمية المستدامة على الاستثمار. من خلال مقاربة تتمثل في الأخذ بعين الاعتبار الأبعاد الثلاثة لها وهي البيئة،

[1] أنظر أدناه: ص 153 وما يليه.

[2] L'investissement socialement responsable (ISR).

[3] Environnemental, sociale et de gouvernance.

[4] Alexandre Touma, op.cit., p 17.

المجتمع والحوكمة بالإضافة إلى المعايير المالية المعتادة، تأخذ كيفيات وضعها حيز التنفيذ عدة أشكال على أساس الاختيار الإيجابي أو الاقصاء أو كلاهما معا، مع إدخال الحوار مع المُصدِرين"[1]. نرى أن هذا التعريف يربط مباشرة بين الاستثمارات المالية والتنمية المستدامة من خلال الأخذ بعين الاعتبار للمعايير البيئية والاجتماعية والحوكمة في القرار الاستثماري.

ثالثا: الفرق بين الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية والادخار المتضامن[2] والحق في القرض

يختلف الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية عن الادخار المتضامن في كون هذا الأخير يعتبر أولا من الودائع البنكية ويحتوي في مضمونه على تنازل من طرف المودع بحيث يضحي بجانب من الفوائد التي قد يحصل عليها بينما يعتبر الاستثمار المتسم بالمسؤولية بانه استثمار مالي يهدف صاحبه الى الموافقة بين متطلبات الاخلاق ومتطلب تحقيق الربح[3] . كما توجه أموال الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية إلى الاستثمار في الشركات المسعرة في البورصة، أما أموال الادخار المتضامن فتوجه لتمويل القروض الصغيرة والقروض الصغيرة جدا والتي لا تجد تمويلا عن طريق التمويل التقليدي[4]، والتي يكون أصحابها من الفقراء والبطالين والأسر المعوزة والتي يمكن جمعها في كونها أشخاص لا تأتي بأية ضمانات مالية أو شخصية للحصول على ذلك القرض.

ويتفق الاستثمار المسؤول اجتماعيا مع الادخار المتضامن، من حيث أن كلاهما يهدف إلى تحقيق غاية بعيدة وهي توفير تمويل لبعض المشاريع تهدف خصوصا لحماية البيئة، وتحقيق بعض المصالح ذات النتائج الإيجابية على المجتمع ككل وليس فقط لصاحب المال.

هناك مفهوم جديد معروف في المجال البنكي متعلق بالتجارية العادلة، والذي جاء مخالفا لأحد أهم مبادئ القانون البنكي الذي يقتضي حرية البنك في منح أو عدم منح الائتمان(كما رأيناه سابقا في

[1] Alexandre Touma, op.cit., p 18.
[2] L'épargne solidaire.
[3] Pauline Abadie, op.cit. , p 492
[4] Camille Dorival, Epargner solidaire pour créer du lien social, revue Alternatives économique, n° 242, décembre 2005, p 53.

الفصل الأول) وهو متعلق بالحق في القرض، وأساسه أن تقوم فلسفة البنك على " أن الائتمان حق من حقوق الإنسان... يمنح البنك الفقراء قرضا متناهية في الصغر... ويعطي أولوية للنساء... وإذا تعثر المقترض في السداد... يتبع نظام جديد لإخراجه من أزمته فيما يسمى (بالقرض المرن)"[1]. وهذا يدخل ضمن سياسة البنك الاجتماعية بحيث يسعى إلى تقديم خدمات للفقراء وأصحاب الدخل المحدود. وهذا يقترب كثيرا من القروض المعروفة في البنوك الإسلامية لكن لا يتطابقان طبعا– فالصيرفة الإسلامية غالبا تكون بهدف الربح. كذلك الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية فلا يتضمن أي تنازل من البنك على الربحية بل توجيه الإقراض ضمن سياسة معينة مثلا عدم تمويل بعض المشاريع المضرة بالبيئة –كما سيأتي تفصيله–.

رابعا: مضمون الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية بالنسبة للبنك والاستراتيجيات المرافقة له

يتعلق تجسيد المسؤولية الاجتماعية للشركات بصفة كبيرة من خلال إدخال الشركات لهذا المفهوم ضمن استراتيجيتها العامة وفي ممارساتها التجارية[2]، ولتحقيق استثمار يتسم بالمسؤولية الاجتماعية تختار البنوك أحد الخيارات أو الأشكال الثلاث[3] التالية وهي تعتبر مقاربات استراتيجية تتمثل الأولى في مقاربة سلبية ، والثانية المقاربة الإيجابية، والثالثة المقاربة الاستباقية وعادة ما تقوم البنوك بالدمج بينها[4].

1– المقاربة السلبية

وتُسمى كذلك التصفية السلبية أو الإقصائية، حيث تقوم البنوك احتراما لالتزاماتها المتعلقة بالمسؤولية الاجتماعية أو بالاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية، باعتماد استراتيجية اقصائية،

[1] حمزة رملي ونسرين عروس، إدارة العلاقة مع أصحاب المصالح لتنفيذ الوظائف الخضراء في المؤسسة الاقتصادية: تجارب دولية ودروس مستقاة، مجلة المنتدى للدراسات والأبحاث الاقتصادية، العدد الثالث، جوان 2018، ص.ص 267-268.

[2] Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, Collectif, op.cit., p 130.

[3] Alain Couret et Catherine Malecki , Collectif, les défis actuels du droit financier, Joly éditions et lextenso éditions, Paris, 2010, p 262.

[4] مقدم وهيبة، المرجع السابق، ص 152.

بحيث تستبعد قطاع معين كقطاع المفاعلات النووية أو شركة بذاتها أو منتوج معين بحيث لا تستثمر فيه، وهذا نظرا لعدة اعتبارات أهمها إما استجابة لمتطلبات أصحاب المصالح، أو نظرا لضعف تخصص البنك في هذا المجال أو نظرا لالتزامات قانونية واقعة عليها، أو على أساس التزامها بمحض إرادتها تجاه زبائنها بذلك مثلا لأنها أعلنت عن ذلك في موقعها الإلكتروني، أو بانضمامها لمبادئ الإكواتور، أو من خلال اتخاذها مدونات السلوك.

لكن المشكل المطروح هنا هو أن الأصل أن كل القطاعات الاقتصادية تحتاج إلى المال عموما والقطاع البنكي خصوصا، واقصاء قطاع معين كالمصانع المنتجة للمواد الكيماوية ذات الأثر السلبي على البيئة وإن كان من الممكن أن يؤثر في سمعة البنك إيجابيا لاسيما من وجهة نظر المنظمات غير الحكومية والمستثمرين ،غير أنه قد يكون له أثر سلبي على الاقتصاد وهذا من شأنه الإخلال بالتوازنات في البلاد، وقد كانت هذه الاستراتيجية سابقا من أهم الاستراتيجيات المتخذة في الولايات المتحدة الأمريكية[1].

وعليه، فإنه في الجزائر، لا يمكن أن نتوقع إقصاء المشاريع الصناعية من التمويل البنكي، أي اعتماد المقاربة السلبية، إلا بخصوص ما كان ممنوعا قانونا أو محرم شرعا فالنسيج الصناعي عندنا ضعيف جدا، ويحتاج إلى جميع التخصصات.

2- المقاربة الإيجابية

الأصل ألا يستبعد قطاع اقتصادي بأسره من نشاط البنك أو صندوق الاستثمار ولكنها تلتزم تجاه زبائنها بأن تختار الشركات التي تمولها أو تستثمر فيها على أساس ممارساتها البيئية والاجتماعية، فتتعامل فقط مع الشركات الأفضل[2] في مجال نشاطها "best in class" وهذا هذه

[1] Pauline Abadie, op.cit., p 495.

[2] مقدم وهيبة، المرجع السابق، ص 152.

الاستراتيجية المتبعة في فرنسا[1] . كما يمكن أن يتم اعتماد استراتيجية المقاربة الإيجابية من خلال حصر الاستثمار في مجال أو قطاع معين بذاته مثل الاستثمار في الطاقات المتجددة[2] خاصة اذا علمنا ان في فرنسا تعمل معظم الشركات في جميع المجالات على التموقع ضمن أسواق خاصة مع وجود سياسة عامة تشجع الابتكار والتميز. وهذا الاختيار في نظري يصعب انتهاجه من قبل كل البنوك وصناديق الاستثمار نظرا للمخاطر الكبيرة التي تتعرض لها بسبب ضعف التنوع، خاصة في الجزائر. وقد تتجه مقاربة البنك إلى إعطاء الأولوية للشركات التي تأخذ بعين الاعتبار المتطلبات الاجتماعية والبيئية والحوكمة، وهذه المقاربة تسمى" 'L'approche 'best effort"[3].

3-المقاربة الاستباقية[4]

تُمارَس هذه الاستراتيجية من خلال استعمال حقوق التصويت المتعلقة بالأسهم[5] حيث يمكن أن تعمل البنوك على تطوير سياسة الشركات التي تقرضها أو تساهم فيها سواء من خلال قوة التأثير لدى المساهمين للضغط على المنظمة، أو من خلال إجراء حوار معها بغية توجيه استثمارها نحو كل ما هو بيئي واجتماعي[6]. غير أنه مع كثرة القواعد القانونية الملزمة الجديدة بخصوص التزام التصويت بالنسبة لشركات التسيير الخاصة والصناديق الجماعية للمعاشات لن تصبح هذه الاستراتيجية حكرا على الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية فقط[7] بل ستجد تطبيقا له في أغلب الشركات.

[1] Antoine de Ravignan, op. cit., p 46.
[2] Antoine de Ravignan, op.cit., p 46.
[3] Pauline Abadie, op.cit., p 496.
[4] Activisme actionnarial.
[5] Antoine de Ravignan, op.cit., p 46.
[6] مقدم وهيبة، المرجع السابق، ص 152.
[7] Pauline Abadie, op.cit., p 496.

نشير هنا إلى أن البنوك يجب أن تراعي العديد من المتطلبات القانونية، خاصة أنه عندما تكون مساهما أو شريكا، تخضع لقواعد مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة التابعة، سواء باعتبار عضويتها في مجلس إدارة الشركة التابعة أو باعتبارها مديرا فعليا لشركتها التابعة[1].

الفرع الثاني: الإطار القانوني للاستثمار المسؤول اجتماعيا

نظرا لحداثة الموضوع وصعوبته تحديد معالمه سنتناول الإطار القانوني للاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية في القانون الفرنسي ثم سنتناول ما نراه يمكن أن يكون إطاره القانون في القانون الجزائري.

أولا: في القانون الفرنسي

حسب الدراسات[2] يوجد في القانون الفرنسي نص يمكن اعتباره الإطار القانوني للاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية، هو المادة L.214-39 c.m.f (مادة ملغاة) وهذا النص مر بمرحلتين. وهذا النص قبل التعديل، يلزم صناديق الاستثمار (FCPE)[3] أن تبين في نظامها الداخلي ما هي الاعتبارات الاجتماعية والبيئية أو الأخلاقية التي تتبناها، وكذا كيفية استعمال حقوق التصويت المتعلقة بها. كما تشير تلك المادة إلى ضرورة أن يحدد الصندوق في تقريره غير المالي السنوي كيفية تطبيقه لالتزاماته ومتطلبات البيئية والاجتماعية والحوكمة إذا كان الصندوق قد أعلن سابقا عن احترامه والتزامه لتلك المتطلبات[4]. يمكن القول أنه حاليا يعتبر التزام اتخاذ سياسة استثمارية تأخذ بعين الاعتبار المتطلبات البيئية والاجتماعية والحوكمة يشمل كل هيئات القطاع البنكي[5].

[1] حورية سويقي، المرجع السابق، ص 255.

[2] Pauline Abadie, op.cit. , p 499-501

[3] Fonds communs de placements d'Entreprise.

[4] Pauline Abadie, op.cit., p 499.

[5] Pauline Abadie, op.cit., p 500.

وبعد تعديل المادة السابقة، أصبحت تلزم الهيئات الإدارية بأن تتخذ سياسة استثمارية تعتمد المعايير البيئية والاجتماعية والحوكمة (ESG). غير أن التعديل الذي جاء في 2011[1] فقد أشار في المادة L 533-22-1 -تحت عنوان مدونات السلوك- إلى ضرورة أن توضع كل المعلومات المتعلقة بكيفية الأخذ بعين لتلك الاعتبارات وللمتطلبات في إدارة هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة (opcvm) تحت تصرف المكتتبين، بالإضافة إلى توضيح سياسة التصويت التي تتخذها وعليه فقد تراجع عن التزام وضع تقرير حول تلك المتطلبات علما أن آخر تعديل لهذه المادة جاء في 2019 لكن يدخل حيز التطبيق ابتداء من 10 مارس 2021[2].

وقد أكدت المادة أعلاه في تعديل 2019 في إطار السياسة المتعلقة بالاستدامة على ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة تشمل المخاطر المتعلقة بالتغير المناخي ومخاطر المتعلقة بالتنوع البيولوجي. كما يجب على تلك الشركات أن تضع تحت تصرف المستثمرين والجمهور وثيقة تبين كيفية أخذها بعين الاعتبار في استراتيجياتها الاستثمارية للمعايير البيئية والاجتماعية والحوكمة وكيفية مساهمتها في التحول الطاقوي والإيكولوجي وكيفية تنفيذها لتلك الاستراتجيات. مع تحديد المعايير والمناهج المتبعة وكيفية تطبيقها. كما يجب أن تحديد كيفية استعمالها لحقوق التصويت المتعلقة بالأدوات المالية الناتجة عن تلك الاختيارات. وقد أكد نص المادة على أنه يجب أن تحدد الشركة سبب عدم نشر بعض المعلومات المطلوبة. ونفس الشيء إذا اختارت الشركة الالتزام بنص المادة L.225-102-1 من القانون التجاري الفرنسي المتعلقة بالإفصاح غير المالي[3].

[1] L'ordonnance n° 2011-915 du 1er aout 2011 complétant l'art L.533-22-1.

[2] Legifrance.gouv.fr تمت زيارة الموقع يوم 2022/02/23

[3] أنظر أدناه: ص 281.

ثانيا: في القانون الجزائري

من خلال البحث في مختلف النصوص في المنظومة القانونية الجزائرية، أجد أن المادة 18 من نظام لجنة البورصة ومراقبتها رقم 97-04[1] يمكن أن نعتبره الإطار القانوني للاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية، حيث تشير المادة على ضرورة أن يبين القانون الداخلي للصندوق المشترك للتوظيف سياسة التوظيف لديه، وتوضيح الأهداف الخاصة التي يسعى لتحقيقها، كما يجب عليه أن يحدد فيه ما هي المعايير المعتمدة في ذلك ، ونص صراحة على ضرورة توضيح من أين يستوحي تلك المعايير.

وهنا المعايير التي يتبعها الصندوق، أو التي يأخذها بعين الاعتبار في الاستثمار، تكون غالبا مستوحاة من القوانين والأنظمة المختلفة، ومنها النظام الداخلي وأنظمة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، بالإضافة إلى قواعد السلوك ومدونات السلوك. علما أن المشرع الجزائري يشير صراحة في نصوص لاحقة إلى مدونات السلوك الحسن وقواعد السلوك لاسيما في الأمر رقم 03-11 المعدل والمتمم وكذلك في أنظمة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها[2].

الفرع الثالث: ارتباط الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية بشركات الاستعلام والتصنيف الائتماني ووكالات التنقيط

نظرا لضرورة توفر المستثمرين بصفة عامة والبنوك بصفة خاصة على المعلومات المتعلقة بالسوق أي البورصة والشركات الناشطة فيه لتمييز الجيدة عن السيئة في جميع المجالات سواء

[1] المادة 18 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-04 المؤرخ في 24 رجب عام 1418 الموافق 25 نوفمبر 1997 والمتعلق بهيئات التوظيف الجماعي في القيم المنقولة (ه.ت.ج.ق.م)، (ج ر ج ج، العدد 87، السنة 34، بتاريخ 29 ديسمبر 1997). المصادق عليه بموجب قرار مؤرخ في 26 ديسمبر 1997 :" يجب أن يحتوي مشروع نظام الصندوق المشترك للتوظيف (ص.م.ت) على الأقل على المعلومات التالية:
-اسم المسير والمؤسسة المؤتمنة.
-سياسة التوظيف للصندوق المشترك للتوظيف لاسيما الأهداف الخاصة التي تريد تحقيقها والمعايير التي تُستوحى منها...".

[2] أنظر أدناه: ص 147.

بخصوص الوضعية المالية أو شخصية المسيرين ونزاهتهم وكفاءتهم، أو بخصوص احترام تلك الشركات للقانون بصفة عامة أو قواعد الحوكمة وحماية البيئة، أو بخصوص آخر الابتكارات والتقنيات المعتمدة أو بالسياسة الاستراتيجية للشركة، فقد ظهرت الحاجة إلى الاعتماد على شركات تقدم تلك المعلومات. وقد تم انشاء شركات متخصصة في جمع وتوفير تلك المعلومات للراغبين في الحصول عليها بمقابل.

وأهم تلك الشركات في الولايات المتحدة الأمريكية كل من Standard and Poor's التي تم إنشاؤها سنة 1860، وMoody's، التي أنشئت سنة 1900[1]، وشركة Line Value وفي أنجلترا L'agence Fitch [2]. علما أن عمل تلك الشركات يمتد إلى تقييم الشركات وإلى تقييم الدول كذلك، لذلك أصبح لها وزن كبير وتأثير لا يستهان به على المستوى المحلي والدولي.

أولا: أثر التنقيط على التنافسية في البنوك

أصبحت الشركات الكبرى سواء المسعرة في البورصة أم لا تسعى إلى الحصول على تنقيط من طرف شركات التنقيط، وحتى البنوك أصبح لزاما عليها مواكبة هذا التطور وإلا بقيت في المؤخرة، ذلك أن البنوك التي تحصل على تنقيط جيد من شركات التنقيط لا سيما فيما يخص "مؤشرات التنمية المستدامة" تكون أكثر تنافسية من البنوك التي لا تكون أصلا خاضعة للتنقيط أو التي يكون تنقيطها متدنيا.

[1] Alain Couret, collectif, Droit financier, éd Dalloz, 2e éditions, paris , 2012, p 149.
[2] Frederic Mishkin, op.cit. , p 209.

ثانيا: الجهة المختصة بمنح الرخصة لشركات الاستعلام والتصنيف الائتماني

تشير القوانين المختلفة في الولايات المتحدة الأمريكية إلى شركات التصنيف الائتماني منذ سنة 1975 بحيث تسمى (nationally recognized rating organization)، ولكنها لم تكن خاضعة إلى أية قواعد خاصة بها، ولكن تغير الأمر منذ 2006 بعد الأزمات المالية العديدة، بحيث أصبحت خاضعة لقانون فيديرالي (Crédit Rating Agency Reform Act of 2006) بالإضافة إلى مختلف القواعد التنظيمية التي تضعها هيئة الرقابة (SEC)، بحيث أصبحت شركات التصنيف الائتماني التي ترغب الحصول على الاعتراف بها على أنها (nationally recognized rating organization) أن تسجل لدى هيئة الرقابة (SEC)، وهكذا أصبحت تلك الشركات أو الوكالات خاضعة لقواعد صارمة لاسيما ما يتعلق منها بتضارب المصالح، وقد أجريت عدة تعديلات على تلك القواعد لاسيما ابتداء من سنة 2009، غير أن أسلوب عمل تلك الوكالات لا يخضع لرقابة هيئة الرقابة (SEC)[1].

أما في مصر فإن الجهة المختصة بمنح رخصة لتقديم خدمات الاستعلام والتصنيف الائتماني المتعلقة بمديونية عملاء البنوك وشركات التمويل العقاري، وشركات التأجير التمويلي، ومديونية المتقدمين للحصول على تسهيلات ائتمانية من موردي السلع والخدمات تعود إلى البنك المركزي بشرط أن تؤسس في شركة مساهمة مصرية[2]. علما أن القانون المصري يجرم التدليس والغش في تقديم خدمات الاستعلام أو التصنيف الائتماني بقصد تسهيل الحصول على ائتمان بنكي، مع فرض غرامة على المُدَلِّس لصالح مانح الإئتمان[3].

[1] Alain Couret et Catherine Malecki, Collectif, op.cit., p. p 304-307.

[2] صلاح إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص 296.

[3] محمد علي سويلم، عمليات البنوك (دراسة مقارنة) من الوجهتين المصرفية والجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الأسكندرية، 2014، ص 442-443.

وعليه، فإنه في الجزائر، قياسا على ما هو معمول به في الدول الأخرى ونظرا لاختصاصات مجلس النقد والقرض لاسيما التي حددتها المادة 62 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، يجب أن يكون من اختصاص مجلس النقد والقرض منح الرخصة لشركات التنقيط أو التصنيف.

ثالثا: طريقة عمل شركات التنقيط والاستعلام والتصنيف الائتماني

تعمل شركات الاستعلام والتصنيف الائتماني ووكالات التنقيط وفق أحد الطريقتين، الطريقة الأولى، تلتزم بموجبها البنوك والمؤسسات المالية وكل الشركات التي يربطها عقد بشركات الاستعلام والتصنيف الائتماني بتقديم جميع المعلومات والبيانات المتعلقة بمديونية عملائها والتسهيلات الائتمانية المقرر لهم[1]. ومن جهة أخرى تلتزم شركة الاستعلام والتصنيف الائتماني بإعداد وتقديم التقارير الائتمانية لتلك الشركات التي تربطها بها علاقات تعاقدية. ثم تقوم شركات الاستعلام والتصنيف الائتماني بنشر النتائج النهائية للتقارير ضمن القواعد المقررة لذلك. أما طريقة الثانية في الحصول على التنقيط فيتمثل في طلب[2] الشركة المعنية وقد يكون بنك من شركات التنقيط تقييمها وتنقيطها، سواء كانت الشركة مسعرة في البورصة أم لا. فإذا كانت الشركة أو البنك مسعرة في البورصة فإن هذا الطلب الذي تقدمه يكون تنفيذا لالتزام قانوني، كما في حالة توريق الرهون العقارية (la titrisation) التي يشترط فيها المشرع الفرنسي التنقيط[3] لاسيما بموجب المادة L.214-44 du droit monétaire et financier. (القانون النقدي والمالي)، والتي لا نجد ما يقابلها في القانون الجزائري. علما أنه في القانون الجزائري توجد فقط مركزية المخاطر التي ينظمها ويسيرها البنك

[1] محمد أحمد عبد النبي، الرقابة المصرفية، الطبعة الأولى، زمزم ناشرون وموزعون، 2010، ص 237.
[2] Marlène Morin, op.cit., p 29.
[3] Alain Couret, collectif, Droit financier, op.cit., p 150.

المركزي، والمعلومات المقدمة منها لا يجوز استعمالها إلا في إطار قبول القروض وتسييرها[1]، وهي موجودة في كل الدول كذلك أي أنها ليست وكالة تنقيط.

أما بالنسبة للشركات غير المسعرة في البورصة فإنه غالبا ما تلجأ لهذا النوع من التقييم والتنقيط بعدما تكون قد أجرت التقييمات والتدقيقات المطلوبة منها قانونا، بهدف تعزيز تنافسيتها في مجال نشاطها وتعزيز صورتها في السوق أو بهدف دخول البورصة.

رابعا: أهمية التقييس على أسس غير مالية

عندما يرغب المستثمرون بشراء أو بيع المنتوجات المالية في الأسواق المالية، ونظرا لتنوع المنتوجات المتوفرة في السوق لاسيما من حيث الشركات المصدرة، فهي تنشط في مجالات مختلفة، منها الانتاجية كشركات إنتاج السيارات والمواد الكيماوية وشركات إنتاج التبغ...إلخ وشركات متعلقة باستخراج المواد الأولية وتحويلية، وشركات تجارية متخصصة بالبيع والشراء، وشركات متخصصة في الإلكترونيك وأخرى في المعلوماتية، وهناك البنوك والمؤسسات المالية والتأمينات التي هي كذلك قد تكون مسعرة في البورصة خاصة في الدول المتطورة. هذا كله يجعل المقبل على تلك المنتوجات المالية في حيرة من أمره، فمن جهة توفر الأسواق المالية مداخيل مالية معتبرة، ولكن كثرة الأزمات المالية من جهة ونظرا لاعتبارات بيئية واجتماعية وأخرى متعلقة بالحوكمة فإن الكثير من المستثمرين في تلك المنتوجات المالية يسعى إلى الحصول على معلومات إضافية عن المنتوجات المالية والشركات المصدرة لها، ولكن على أي أساس يتم تنقيط تصنيف الشركات المصدرة. لذلك ظهرت الكثير من الشركات والوكالات المتخصصة في التقييس والتنقيط على أسس غير مالية.

[1] المادة 98 من الأمر رقم 10-04 المعدل والمتمم الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

خامسا: وكالات التنقيط على أسس غير مالية[1]

هي شركات تعمل على منح نقطة لكل شركة أو بنك أو بلد على أساس مدى احترامهم متطلبات المعايير البيئية، الاجتماعية والحوكمة. ظهرت وكالات التنقيط على أسس غير مالية منذ سنة 2000، وهي تحصل على المعلومات التي تعتمد عليها في منح التنقيط من خلال جمع كل ما هو متوفر بخصوص عمل الشركات سواء على الأنترنت أو الصحافة، أو تقارير المنظمات غير الحكومية. من أهم وكالات التنقيط غير المالي نجد (Vigeo Eiris) الفرنسية، و(MSCI ESG Research) الأمريكية، و (Sustainalytics) الهولندية. وحتى وكالات التنقيط على أسس مالية منها (Moody's و Standard and poor's) تعتمد المعايير البيئية والإجتماعية والحوكمة في تنقيطها[2]. وهناك معايير التقييس على أسس غير مالية ISR Novethic الأوروبي، Fond's vert Novethic متعلق بالبيئة، Label ISR متخصص بالمنتوجات المالية التي تحترم المعايير البيئية، والإجتماعية والحوكمة، تم وضعه من طرف الجمعية الفرنسية للتسيير (AFG) ومنتدى الاستثمار المسؤول (FIR)[3].

حيث بلغ عدد وكالات التنقيط والتقييس على أسس غير مالية في 2012 حوالي 28 وكالة[4]. نشير هنا أن أغلب وكالات التنقيط الكبرى لديها مؤشر تنقيط للصيرفة الإسلامية منها Dow Jones Islamic Market Index و[5]Standard and Poor's Shari'a Index.

[1] Les agences de notation extra financière
[2] Alexandre Touma, op.cit., p 75-77.
[3] Alexandre Touma, op.cit.,، p 79-80.
[4] Thierry Granier, l'absence de responsabilité des agences de notation extra financière , Bultin Joly Bourse, n° 09 du 30/09/2014.
[5] Geneviève Causse-Broquet, la finance islamique, 2ème éd, édition Revue Banque, paris, 2012, p 22.

سادسا: الانتقادات المقدمة لوكالات التنقيط والتقييس على أسس غير مالية

نشير هنا إلى أن نشاط هذه الشركات هو منتقد في كثير من الأحيان نظرا لطريقة تقييمها للشركات. أهم انتقاد وجه لتلك الشركات متعلق بإنشاء تلك الشركات التي تتجه عادة إلى البنوك لتمويلها كما تستعين بخبراء أجانب عن الشركة في إطار القيام بمهامها، وهذا يتولد عنه عدة مشاكل قانونية. منها أن تلك الشركات في إطار نشاطها العادي تقوم بتقييم عمل البنوك والشركات التي تعد أصلا شريكا اقتصاديا لها. وفي نفس الوقت هي تستعين بخبراء قد تربطهم علاقة تبعية بشركائها الاقتصاديين من أهمهم البنوك، وهذا يؤدي إلى مشكلة تعارض المصالح (سنعود لتعارض المصالح في الفصل الثاني من الباب الثاني).

وهناك انتقاد آخر متعلق بطريقة حصولها على المعلومات والذي يعتمد عادة على التقارير التي تقدمها مختلف الشركات والمنظمات والبنوك عن عملها ونشاطاها، إذا شركات التنقيط والتقييس لا تحوز أية طريقة لمتابعة والتحقق من تلك التقارير. خاصة إذا علمنا أنه في الأخير تحصل البنوك والشركات التي تنتج أكبر قدر من التقارير وفقا للمعايير البيئية والاجتماعية والحوكمة على أفضل التقييمات وأفضل النقاط.

كما أن الشركات التي تعمل في هذا المجال لا يزال محدودا جدا وذلك له أثر سلبي على المنافسة بينها، بالإضافة إلى أن طريقة عمل تلك الشركات يحتاج إلى خبرة كبيرة واكتساب ثقة المتعاملين في السوق وإلى بناء سمعة متينة في وسط الأعمال وهذا ما يصعِّب من دخول متعاملين جدد مما يمنح ميزة تنافسية للشركات المتواجدة في السوق[1]. علما أن النقطة التي تتحصل عليها الشراكات المنقَّطَة قد تؤثر سلبا على مستقبلها إذا كان تقييمها سيئا، خاصة إذا كانت تلك الشركة

[1] Alain Couret et Catherine Malecki, collectif, les défis actuels du droit financier, op.cit., p 309.

مرتبطة بعقد ائتمان مع البنك ينص على اتخاذ التنقيط كأساس لاحتساب نسبة الفائدة واعتبار كل هبوط للتقييم يرفع من المخاطر، وبذلك ارتفاع تكلفة الدين بالنسبة للزبون. وقد ينص العقد على شرط متعلق بالسداد المسبق للدين أو سقوط الأجل[1].

وفي الأخير فإنه رغم إصدار العديد من الدول قواعد تنظم عمل شركات ووكالات التنقيط إلى أن وكالات التنقيط والتقييس على أسس غير مالية أو محاسبية لا تزال لا تخضع لأي تنظيم خاص بها، وبذلك فهي تبقى خارج رقابة السلطات المالية[2]، كلجنة تنظيم عمليات البورصة واللجنة المصرفية في الجزائر. وغالبا ما يتم الاعتماد على انشاء مدونات السلوك[3] سير شركات ووكالات التنقيط أي الاعتماد على الضبط الذاتي بدلا من لجوء الدول إلى وضع قواعد تشريعية أو تنظيمية فيما يخص عملها، ولكن الاستثناء في هذا المجال هو وضع قواعد قانونية صارمة فيا يخص تعارض المصالح[4] .

ومع هذا فإن المتعاملين والمستثمرون الاقتصاد يولون أهمية كبيرة لكل المعلومات والعلامات التي تمنحها تلك الشركات، لما توفره من جهد ومال في توفير المعلومات الضرورية حول الشركات المصدرة للقيم المنقولة وحركات السوق لأنها غالبا ما تكون محيِّنة، خاصة مع التطور التكنولوجي الكبير الذي وصلت إليه المعلوماتية فهي تعتمد لحد كبير على برمجيات جد متطورة وعلى متخصصين في مجال المعلوماتية والتحليل المالي وغير المالي والتحليل الاقتصادي.

[1] Richard Routier, op.cit., p 935.

[2] Thierry Granier, l'absence de responsabilité des agences de notation extra financière , op.cit.,

[3] أهمها مدونة حسن السلوك للمنظمة الدولية للقيم OICV

[4] Alain Couret , collectif, Droit financier, op.cit., p 153.

المطلب الثالث: إعلان البنوك للامتثال لقواعد التقييس والمعايير على أسس غير مالية أو لمدونات السلوك

عادة ما تقوم البنوك و المؤسسات المالية وصناديق الاستثمار بإعلان انضمامها لقواعد التقييس على أسس غير مالية للجمهور من خلال مواقعها الإلكترونية، وهي تقوم بنشر الكثير من التقارير الموضوعة على اعتبارات غير مالية، وهي بذلك تسعى لتحسين سمعتها لدى الجمهور ومنهم المودعون والمستثمرون. وهي تعلن عن استراتيجياتها المحترمة لمتطلبات الاستثمار المسؤول اجتماعيا ISR لأصحاب المصالح، لاسيما من خلال اعدادها او انضمامها لمدونات السلوك. لكن يمكن أن نتساءل هنا عن مدى التزام البنوك بتلك المعايير التي تعلن بمحض إرادتها الامتثال لها. وهل يتولد عن مخالفة البنك لتلك المعايير أية مسؤولية قانونية؟

يعني امتثال البنك لمعايير الاستثمار المسؤول اجتماعيا أن البنك يراعي في القيام بأعماله بتلك المعايير، وأنه يتعامل مع زبائن تحترم تلك المعايير البيئية والإجتماعية والحوكمة. وهناك طريقة أخرى من خلالها تترجم البنوك عن التزامها بالمسؤولية الاجتماعية وهي الطرقة التعاقدية وهنا يدرج البنك شروط تعاقدية تفرض على الزبون احترام المسؤولية الإجتماعية للشركات أي القواعد البيئية والاجتماعية والحوكمة، وكل مخالفة لتلك الشروط التعاقدية يمكن ان يكون محلا لمتابعات قضائية[1].

عليه، سنتناول في الفرع الأول مفهوم مدونات السلوك، وفي الفرع الثاني الى نظامها القانوني.

[1] Alain Couret et Catherine Maleki, Collectif, op.cit., p 261.

الفرع الأول: مفهوم مدونات السلوك

ظهرت مدونات السلوك تحت ضغط السلطات العمومية والرأي العام في الولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة 1985 مع "responsible care" للصناعات الكيماوية إثر الكوارث البيئية أين توفي ما بين 200000 و500000 شخص[1]. وقد أوصت العديد من الهيئات الدولية كمنظمة (OCDE) ومنظمة العمل الدولية(OIT) الشركات باتخاذ مدونات السلوك، وتأخذ مدونات السلوك تسميات عديدة منها الدليل، الكتاب، المهمة، السياسة، قواعد، ميثاق الأخلاق، اعلان النوايا[2]، مبادئ، ...إلخ. وقد وضعت تلك الهيئات بدورها مدونات توصي بأن تتخذها الشركات والبنوك مرجعا لها حين وضع مدوناتها الخاصة.

[1] Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, Collectif, op.cit., p 132.

[2] من بين الآليات التي يمكن أن تلجأ إليها البنوك للإعلان عن التزامها تجاه المجتمع ككل بالمسؤولية الاجتماعية للشركات نجد إعلان النوايا، وهو عادة ما يتم الإعلان عنه لتوضيح اتجاه البنوك أو وجهة نظرها إزاء مسألة معينة ومن خلالها تعبر البنوك عن التزام باتباع طريقة عمل محددة، مثلا التزام البنوك الفرنسية الذي أعلنت عنه في مقر منظمة البنوك الفرنسية سنة 2009 والذي عبر عن موقف البنوك تجاه طلبات التمويل التي تتلقاها من الشركات في ظل الأزمة المالية التي عرفت في تلك الفترة، وبمقتضاه التزمت البنوك الفرنسية بعدم معاملة تلك الطلبات على ضوء مفهوم "التعسف في منح الإئتمان (la notion du soutien abusif du crédit) لرفض تمويل الشركات نظرا للتدهور الظروف الاقتصادية والمالية . أي أن البنوك الفرنسية أعلنت أنها لن تتشدد في دراسة طلبات التمويل التي تقدمها الشركات إثر الأزمة المالية التي عرفتها تلك الفترة، فأغلب الشركات عند دراسة ملفاتها من طرف البنوك قد يظهر أنها تعاني من ضائقة مالية، فإذا عاملتها البنوك على أنها شركات متعثرة فإنه يجب عليها رفض تلك الطلبات-و هذا هو السلوك المطلوب من البنوك في الحالات العادية وإلا اعتبرت البنوك مخطئة في منحها للائتمان البنكي - لكن الأوضاع العامة في أغلب الدول كانت تقتضي معاملة الشركات معاملة استثنائية بحيث تقبل طلباتها بهدف مساعدتها على الخروج من الأزمة، وبذلك المساهمة في انعاش الاقتصاد ككل والمحافظة على الوظائف ومنه القدرة الشرائية.

وهنا لا يشير البنك إلى أنه يلتزم بمدونة سلوك أو أية وثيقة سواء صادرة عنه أو عن جهة أخرى، بل هو إعلان صدر عن البنك بأية وسيلة كانت- صفحة الأنترنت- يعلم من خلالها الجمهور بأنه سينتهج سياسة معينة في مواجهة الظروف الاستثنائية التي تولد عنها صعوبات في الحصول على الائتمان البنكي للجمهور. أنظر: Richard Routier, op.cit., p 12

خصوصا بعد تعرض البنوك لضغوطات عديدة من المنظمات غير الحكومية لاسيما الصادرة عن منظمة أصدقاء الأرض (Frends of the Earth) والرأي العام الذي طالب البنوك بحماية البيئة والالتزام بالمسؤولية الاجتماعية للشركات[1].

أولا: تعريف مدونات السلوك

هناك العديد من التعريفات لمدونات السلوك، ولكن نكتفي بالبعض منها فقط. ويمكن تعريفها على أنها " وثيقة تصدرها المنظمة تتضمن مجموعة من القيم ذات العلاقة بما هو مرغوب وما هو غير مرغوب فيه من السلوكيات في المنظمة"[2].

تعرف كذلك "مدونات السلوك هي التزامات اتخذتها الشركات بإرادتها باحترام بعض القيم الأخلاقية وبعض المعايير، لاسيما الاجتماعية أو البيئية، كحد أدنى في معاملاتها التجارية"[3].

والملاحظ على هذين التعريفين هو أن الأول اعتبر مدونات السلوك 'كوثيقة' والتعريف الثاني اعتبر أنها 'التزام' يصدر عن الشركة. وهذا يثير انتباهنا كقانونيين لأنه ليس مجرد كلمات بسيطة تطلق على مفاهيم مطلقة، بل هي تعبر عن رأي للعديد من الفاعلين في المجال الاقتصادي والقانوني. خاصة أن 'الوثيقة' قد تطلق أحيانا في المجال القانوني على المعاهدات، لكن الأمر غير صحيح هنا، فالوثيقة هنا ليست معاهدة لا في إطار القانون الخاص ولا القانون العام، خاصة القانون الدولي العام. أما مصطلح 'التزام' فمن الالتزام، فغالبا ما يكون له من الناحية القانونية آثارا على عدم احترامه.

ونلاحظ هنا أن واعتبار مدونات السلوك بأنها التزام يصدر بالإرادة المنفردة وهو غير ملزم قانوني يشبه التكييف المتعلق بالمسؤولية الاجتماعية للشركات، فأغلب الدراسات تؤكد بأنها التزام

[1] Marlène Morin, op.cit., p 33.

[2] مقدم وهيبة، المرجع السابق، ص 140.

[3] Gaëtan Marain, op.cit., p 67.

طوعي من طرف الشركات، من خلال الذهاب أبعد من المتطلبات القانونية من خلال ادخال اعتبارات متعلقة بالأخلاق[1].

ثانيا: تقسيمات مدونات السلوك

هناك عدة تقسيمات أو أنواع لمدونات السلوك، والتتقسيم يكون إما من حيث المتدخلين في وضعها، أو من حيث موضوعها. وهي تنقسم من حيث المتدخلين في وضعها إلى مدونات حسن السلوك التي توضعها البنوك، ومدونات سلوك مهنية. حيث تقوم البنوك (خاصة الكبيرة) بتحرير مدونات السلوك والتي تكون موجهة داخليا، أي تخاطب مختلف هيئات وعمال البنك بالإضافة إلى الزبائن، والتي من خلالها تحث على احترام متطلبات حماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية والحوكمة في جميع عمليات وأعمال البنك. أما مدونات السلوك المهنية، فهي كل مدونة سلوك تنظم البنوك إليها أو تساهم في وضعها والتي تندرج ضمنها مبادئ الإكواتور ...الخ. والفرق بين مدونة السلوك الذي تضعه الشركة ومدونات السلوك المهنية متعلق بعدد المتدخلين في وضعها، فمدونة السلوك المهنية يساهم كل المعنيين بقطاع معين بوضعها، أما مدونة سلوك الشركة فتنفرد شركة –أو بنك– بوضعها لتطبق داخليا ضمن مجموعتها القانونية[2]. علما أن المشرع الجزائري اعتبر أن مجلس النقد والقرض له صلاحية اصدار الأنظمة واللوائح المتعلقة بقواعد السير الحسن وأخلاقيات المهنة المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية[3]. كما نصت المادة 96 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على أن جمعية المصرفيين الجزائريين تدرس المسائل المتعلقة بممارسة المهنة البنكية.

[1] Alain Couret et Catherine Malecki, Collectif, op.cit., p 255.
[2] Gaëtan Marain, op.cit., p 145.
[3] المادة 62 الفقرة ن من الأمر 10-04 المعدل والمتمم الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

أما أنواع مدونات السلوك حسب موضوعها فهي عديدة، فهناك مدونات سلوك متعلقة بالبيئة، وأخرى بالسياسة الاستثمارية، وأخرى متعلقة بحقوق الإنسان، بالإضافة إلى مدونات السلوك المتعلقة بالحوكمة.

ثالثا: أهمية مدونات السلوك بالنسبة للبنوك

يعتبر تبني البنوك لمدونات السلوك مهما جدا، ذلك أن البنك بذلك يكون محل ثقة أصحاب المصالح، وبذلك تتحسن صورة البنك وسمعته. وقد أكدت الدراسات أن ذلك يعزز تنافسية البنك، حتى وان كان الهدف المرجو مباشرة من البنك من تبنيها هو استخدامها كأداة ترويج وتسويق.

من جهة أخرى يعتبر اتخاذ البنك لمدونات السلوك جزءا من التنظيم الذاتي للقطاع البنكي وهذا يعزز احترامها من طرف المخاطبين بها علما أن عدم تدخل الدولة في تنظيم النشاط البنكي مطلب قديم للبنوك[1]، ويدخل ضمن متطلبات التنمية المستدامة[2]. علما أن احتواء مدونات السلوك على القواعد الأخلاقية، يسهل في نفس الوقت من تسهيل عملية تعديلها، لأنها ليست قانونا بالمعنى الضيق، علما أن مدونات السلوك يمكن أن تتضمن قواعد أكثر صرامة من القانون غير أنه يجب ألا تعارض أحكامه[3].

الفرع الثاني: النظام القانوني لمدونات السلوك وأثر مخالفتها

أعلن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية في تقريره لسنة 2003 على أنه "لا يوجد توافق في الآراء بشأن ما إذا كان ينبغي أن تكون قواعد المسؤولية الاجتماعية للشركات، اختيارية أم إلزامية. وفي فترة من الفترات أُعتبِر التنظيم الذاتي للشركات ومدونات قواعد السلوك، التي وضعتها الشركات

[1] Jean-Baptiste Racine، op.cit.، P 419.
[2] Pauline Abadie, op.cit. , p 181-182.
[3] Alain Couret et Catherine Malecki, Collectif, op.cit., p 258.

لتحديد مسؤولياتها البيئية والاجتماعية، السبيل للمضي قدما في مجال المسؤولية الاجتماعية للشركات". علما أن البنوك تتبني مدونات السلوك في إطار مسؤوليتها الاجتماعية، لذلك يجب أن نتطرق للتكييف القانوني لمدونات السلوك.

وهنا نفرق بين مدونات حسن السلوك التي تضعها البنوك ومدونات السلوك التي تنظم إليها من جهة، وتلك التي توضع تحت إشراف مجلس النقد والقرض أو البورصة أو الجمعيات المهنية للبنوك أو أي هيئات مهنية أخرى من جهة أخرى، فالقواعد التي تصدر عن مجلس النقد والقرض ولجنة تنظيم عمليات البورصة هي أنظمة قانونية، وهي صادرة عن سلطات مختصة قانونا بإصدارها، وكل مخالفة لها يعد مخالفة للقانون، يترتب عليه توقيع جزاء.

وعليه سنتناول أولا التكييف القانوني لمدونات السلوك التي تنضم إليها البنوك ثم إلى التكييف القانوني لمدونات السلوك التي تضعها البنوك.

أولا- التكييف القانوني لمدونات السلوك التي ينضم إليها البنك

كما رأيناه في تعريف مدونات السلوك، فإن الهيئات الدولية تعتبر أنه لا يمكن أن تكون أساسا لمطالبات قانونية، وعليه سنتطرق للتكييف القانوني لمدونات السلوك الدولية التي تنظم البنوك اليها، ثم إلى مدونات السلوك المهنية.

1- مدونات السلوك الدولية

لا يوجد أي بنك أو هيئة دولية تعلن أن الالتزامات المتضمنة في مدونات السلوك تتولد عليها التزامات قانونية بالنسبة للمنضمين إليها، أي بعبارة أخرى فهي غير ملزمة، لا سيما بالنسبة لقواعد السلوك (OCDE) يعتبر احترام القواعد التوجيهية التي وضعتها هذه المنظمة غير ملزم قانونا للشركات

المتعددة الجنسيات، ولكن في المقابل يتولد عنها التزام معنوي لتلك الشركات. كما أن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية في تقريره لسنة 2003 أعتبر أن وضع مدونات السلوك تدخل ضمن التنظيم الذاتي للشركات، وهي تساهم في المسؤولية الاجتماعية للشركات، ولا يجب أن تكون أساسا لأية مطالبات قضائية[1]. وفي رأينا، هذا هو الرأي الذي تبنته الدراسات الاقتصادية[2]، أي أن مدونات السلوك–حسبها– ليست ملزمة ولا يترتب على مخالفتها أية آثار قانونية.

لكن بالمقابل، لا يمكن ان نأخذ بذلك على إطلاقه، ذلك أن مبادئ (OCDE) تحوز نوع من السلطة التنظيمية، بوجود آليات لتطبيق تلك القواعد مؤسسة على التحاور وتبادل المعلومات. بحيث تلتزم الدول المنظمة بوضع نقاط اتصال وطنية مهمتها ترقية تلك المبادئ والمساهمة في حل المشاكل المتعلقة بتوصيات المنظمة من خلال فتح حوار مستمر لكل الأشخاص المعنية، كما يجوز لكل شخص معني، رفع شكوى لدى نقاط الاتصال تلك. وهذا بهدف تسهيل الموافقة والوساطة بينهما، وفي حالة عدم التوصل لحلول يمكن تحويل القضية أمام (le comité sur les investissements et les entreprises multinationales).

كذلك بالنسبة لمبادرة الاتفاق العالمي[3]، الذي أطلق برعاية الأمم المتحدة، هل يمكن اعتبار أنها ملزمة، الجواب لا، لأن تطبيقها يخضع للمبادرة الشخصية، والانضمام يسمح للمنظم باستعمال "شعار 'Pacte mondial'"[4]، علما أنه عندما ينظم بنك أو شركة إلى مبادرة الاتفاق العالمي فإن ذلك يترتب عليه التزامات عليها، منها نشر تقرير غير مالي ورفع تقرير بالتقدم المحرز، أي ماذا حصلت من نتائج. و في حالة عدم نشر الشركة لتقريرها غير المالي وعدم رفع تقرير بالتقدم المحرز[5] الذي يبين كيفية تنفيذ الهيئة لالتزاماتها فإنه سيتم الغاء انضمامها لمبادرة الاتفاق العالمي.

---

[1] Racine, op.cit., p 410.

[2] أنظر مقدم وهيبة، المرجع السابق، ص .

[3] تم انشاء مجلس مبادرة الاتفاق العالمي في 20 أفريل 2006.

[4] Gaëtan Marain, op.cit., p 77.

[5] صالح الحموري ورولا المعايطة، المرجع السابق، ص.ص 58-59.

وعليه هنا لا يوجد توقيع عقوبات بالمعنى التقليدي ولكن إلغاء أو تعليق انضمام كل شركة كانت منظمة لم تلتزم بوضع تقريرها السنوي حول تقدمها بين يدي المجلس، –ولكن قبل ذلك يتم توجيه إشعار إلى تلك الشركة بضرورة تقديم تقريرها وإلا علق انضمامها بعد سنتين من الامتناع– وبذلك تحرم تلك الشركة من استعمال شعار "مبادرة الاتفاق العالمي"، ولا يحق لها المساهمة في الأعمال والأشغال التي تنظمها المبادرة، وهذا له أثر "shaming" أي المساس بالسمعة وهذا من شأنه تحفيز الشركات المنظمة على احترام تلك المبادئ وتقديم التقرير بشأنها[1] .

وعليه فإن مخالفة البنك لمقتضيات مدونات السلوك التي تنضم إليها، قد يؤدي إلى المساس بصورة وسمعة البنك سواء لدى الزبائن، أو المنظمات غير الحكومية أو الرأي العام، وهذا من شأنه المساس حتى بتنافسيتها، وهذا يشكل ضغط عليها.

وفي هذا الصدد يمكن أن نذكر الشكوى جمعيات ضد بنك (Calyon)[2] بخصوص مشاريعها الاستثمارية بخصوص بناء مصنع لعجينة الورق على ضفاف نهر، والتي اعتبرتها مخالفة لقواعد حماية البيئة وحقوق الانسان ضمن التزاماته في إطار قواعد الاستثمار المسؤول اجتماعيا التي تقرها مبادئ الإكواتور التي يعتبر البنك من المنضمين اليها، وهذه الدعوى مرفوعة أمام هيئة لفض النزاعات في إطار (International Corporation Finance (ICF))[3].

علما أنه على القضاء الوطني أن يحذو حذو تلك الهيئات غير الرسمية التي تنظر في الشكاوى المرفوعة على الشركات والبنوك بخصوص انتهاكاتها لمضمون مدونات السلوك في إطار الاستدامة [4].

[1] Gaëtan Marain, op.cit., p 77-78.
[2] Filiale du groupe Crédit Agricole.
[3] Pauline Abadie, op.cit. , p 562.
[4] Pauline Abadie, op.cit. , p 563.

2- مدونات السلوك المهنية

ينص القانون الجزائري على تأسيس جمعية المصرفيين الجزائريين وعلى وجوب انخراط البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر الإنخراط فيها، من بين المهام الموكلة لهذه الجمعية تمثيل المصالح الجماعية لأعضائها، كما تدرس المسائل المتعلقة بممارسة المهنة البنكية[1].

تضع جمعيات البنوك مجموعة من قواعد الأخلاق المهنية التي يجب أن يحترمها الأعضاء المنتمين إليها. ومن المتفق عليه أن وضع الأخلاق المهنية من طرف مهنة معينة يدخل ضمن ما يعرف بالضبط الذاتي[2] (L'autorégulation). وهذا الضبط الذاتي ليس حكرا على المجال البنكي والمالي، فقد انتشر كثيرا في العديد من القطاعات، حيث يسمح لمهني القطاع بضبط العمليات المتعلقة بالقطاع بدلا من خضوعهم لتنظيمات ملزمة تسنها السلطات العمومية[3].

وحين ينظر القاضي في نزاع معين، فإنه يخضع تطبيق القواعد المحتج بها إلى مدى اسنادها إلى قواعد قانونية معروفة لديه، أي يقوم بالتكييف القانوني لها، وهذا بالنظر إلى التفويض الذي حصلت عليه منظمة مهنية ما من الدولة للقيام بوضعه، وبالنظر إلى تكرار الإنصياع لتلك الأخلاق المهنية التي قد تتحول إلى أعراف مهنية[4].

من جهة أخرى إن انضمام البنوك والمؤسسات المالية للقواعد المهنية قد يكون إراديا عن طريق الانضمام، وفي هذه الحالة يجب استبعاد التكييف القانوني على أنه عرف أو عادة[5].

---

[1] المادة 96 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[2] Gaëtan Marain, op.cit., p 144.

[3] Gaëtan Marain, op.cit., p 145.

[4] Gaëtan Marain, op.cit., p 146

[5] Gaëtan Marain, op.cit., p 146.

وفي رأينا، فإن استبعاد التكييف القانوني لكودات السلوك على أنها أعراف مهنية نظرا لأن الإنضمام إليها يكون إراديا –من طرف البنوك– يعتبر رأيا منتقدا. وذلك لأسباب عديدة، فأهم مصدر من مصادر القانون البنكي الأعراف البنكية، وهي تنشأ من خلال التواتر على الالتزام بها مع الإعتقاد بالزاميتها، وهذا لم يمنع التزام البنوك بالأعراف الدولية الموحدة في مجال الإعتماد المستندي، وتدخل القضاء في حالة مخالفتها.

كما أن القضاء الفرنسي كيف تعليمات جمعية أرباب العمل سنة 1987 على أنها التزام بالإرادة المنفردة[1]، وبذلك تصبح مصدرا من مصادر الحق. فيما بعد أصبحت المحاكم تنظر إلى تعليمات جمعية أرباب العمل على أنها مصدر مستقل للحق.

ثانيا: التكييف القانوني لمدونات السلوك التي تضعها البنوك

عرف التكييف القانوني لمدونات السلوك التي تضعه البنوك عدة تطورات ، وهنا في البداية كانت أغلب القضايا المرفوعة أمام القضاء كانت من طرف العمال وإطارات البنوك. ثم اتسعت دائرة الجهات التي يمكن أن تقاضي البنوك أمام المحاكم بخصوص مدونات السلوك.

فقد ربطها القضاء الفرنسي في البداية بالنظام الداخلي للشركة[2] وهذا له آثاره القانونية، وذلك لما لرب العمل من حق في وضع النظام الداخلي المتعلق بوضع القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط في المؤسسة، كما يتم تحديد طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات التي يتعرض لها العمال والموظفون في حالة مخالفتها، كما ينص على طريقة

[1] Gaëtan Marain, op.cit., p 163-164
[2] Pauline Abadie, op.cit., p 652.

وإجراءات التنفيذ[1]. على ألا يكون في تلك القواعد التي يضعها رب العمل تقييدا أو إلغاء للحقوق المشروعة[2]. وقد أكدت الدراسات أنها تدخل في إطار السلطة التنظيمية لرب العمل، وهذا يساهم في وضع قواعد القانون المرن[3].

ويمكن أن تكيف مدونة السلوك على أنها ملحق للقانون الداخلي للشركة، فقد كيفها كذلك القضاء الفرنسي في قضية[4] معروضة أمامه على أساس أنها تحتوي قواعد عامة منها ضرورة تجنب تعارض المصالح من طرف العمال مع الشركة ككل ومع المجموعة، وعلى أساس أن تلك القواعد ملزمة وتؤدي مخالفتها إلى تطبيق عقوبات تصل لحد الفصل[5].

ولكن القضاء الفرنسي لم يستقر على تكييف مدونة السلوك على أنها ملحق للنظام الداخلي للشركة فقد اعتبرها في بعض القضايا على أنها مجرد آلية لتطبيق النظام الداخلي[6]. والمهم هنا حسب الفقه هو أن القضاء الفرنسي لا يراقب فقط مدى مشروعية القواعد التي تتضمنها مدونات السلوك أي مدى عدم مخالفتها للقانون، بل أن القضاء الفرنسي يعترف ضمنيا بأن مدونة السلوك تحوز القوة الملزمة للنظام الداخلي للشركة[7] .

كما يمكن أن تكيف مدونات السلوك في حالات أخرى على أنها تعديل النظام الأساسي للشركة لاسيما عندما تتعلق بكيفية اختيار وصلاحيات الهيئات الإجتماعية[8].

---

[1] المادة 77 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم (ج ر رقم 17، السنة 47، بتاريخ 25 أبريل 1990 .

[2] المادة 78 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

[3] Pauline Abadie, op.cit. , p 652.

[4] قضية مرفوعة ضد شركة EXXON MOBIL CHEMICAL France بخصوص مدونة السلوك الذي سمتها الشركة « Standards de pratiques des affaires, session de communication 2006, politique de conflit d'intérêt et son application ».

أنظر: Gaëtan Marain, op.cit., 100 .

[5] Gaëtan Marain, op.cit., p 100.

[6] Gaëtan Marain, op.cit., p131

[7] Gaëtan Marain, op.cit., p.105

[8] Pauline Abadie, op.cit., p 652.

وهناك من يرى أن القاضي يمكنه أن يعتبر مدونات السلوك "سلطة واقع"[1]، ويرجع اليها في فحص أعمال المهني، وهذا في حد ذاته يعتبر مساهمة من القضاء في منح شرعية لتلك القواعد. ويقتضي تكييف مدونات السلوك على ضوء المفاهيم القانونية المعروفة كالخطأ، وحسن النية، والغش، وعناية رب الأسرة الحريص، وحتى عندما ينظر القاضي في مدى وجود خطأ عقدي يجوز له أن يرجع في ذلك إلى قواعد مدونات السلوك[2].

علما في مجال حماية البيئة مثلا، في حالة وقوع أضرار إيكولوجية، قد يصعب إثبات خطأ البنك. لذلك فإنه يجوز للقاضي في حل القضية المرفوعة أمامه الرجوع إلى فحص مدى التزام البنك باحترام القواعد التي تتضمنها مدونات السلوك، خاصة أنه غالبا ما تتضمن تلك المدونات التزامات بالحيطة والحذر، علما أن التزام الحيطة والحذر تعد من التزامات البنكية المهنية[3]، ومخالفتها تقتضي توقيع جزاء قضائي[4].

ثالثا: الرقابة الإدارية على التزام البنوك بأخلاقيات المهنة ومدونات السلوك

يمارس البنك المركزي الرقابة عل البنوك والمؤسسات المالية لاسيما عن طريق اللجنة المصرفية لاسيما بموجب المادة 105 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد القرض.

[1] Gaëtan Marin, op.cit., p 146.
[2] Gaëtan Marain, op.cit., p 147.

[3] Jean-Baptiste Racine، " La valeur juridique des codes de conduit privés dans le domaine de l'environnement"، Revue juridique de l'Environnement،n° 4، 1996 P 419.
https://www.persee.fr/doc/rjen_0397-0299_1996_num_21_4_3315.تم تحميل الرابط في 14 أكتوبر 2020

[4] « Les signataires de chartes، s'engagent à respecter certaines normes professionnelles qualifiées d'usages، commettent une faute au sens juridique en les enfreignant. Le non respect de ces engagements par les signataires est ainsi susceptible de constituer une faute civile non pas en référence au 'bon père de famille' mais au regard du standard du 'bon professionnel' ».

في رأينا أن رقابة اللجنة المصرفية على البنوك هي رقابة واسعة أي أنها تشمل الرقابة على قواعد السلوك وأخلاقيات المهنة التي تضعها البنوك كشركة[1]، وعلى قواعد السلوك المهنية التي تضعها جمعيات البنوك، وحتى تلك التي تنضم إليها البنوك بإرادتها المنفردة. وهذا يتوافق مع القانون المقارن، حيث يخضع احترام البنوك للأخلاق المهنة البنكية ومدونات أو مواثيق السلوك التي تضعها البنوك أو تعلن الانضمام إليها لرقابة البنك المركزي.

تتمتع اللجنة المصرفية بسلطة واسعة لإجراء الرقابة والتحقيق ضد البنوك والمؤسسات المالية. وهي في ذلك تسهر على احترام البنوك لقواعد سير المهنة. فإذا انتهت التحقيقات بأن البنك مخالف للمتطلبات القانونية أو متطلبات قواعد السير الحسن للبنوك، وأخلاق المهنة وقواعدها، فإنه يجوز لها توقيع العقوبات المقررة في المادة 114 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض. وللجنة المصرفية سلطة واسعة في تقدير تلك العقوبات.

وعليه، لا يمكن القول أن مدونات السلوك ملزمة خصوصا أنه لا تترتب عليها حقوق مباشرة، لكن مخالفتها قد يترتب عليها جزاء. وهذا ما يحيلنا إلى دراسة أحد أهم الاتجاهات الحديثة للمسؤولية الاجتماعية للبنوك وهي الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في عملياتها من خلال الصيرفة الإسلامية.

المطلب الرابع: الصيرفة الإسلامية في الجزائر

دخلت الصيرفة الإسلامية القطاع البنكي الجزائري منذ الانفتاح الاقتصادي، وقد تدخل المشرع بوضع إطار قانوني لمزاولة العمليات المتعلقة بها. علما أن ذلك يعتبر من متطلبات شرائح مختلفة من المجتمع الجزائري تجاه البنوك، وهو توفير تلك العمليات لأنه يحقق نوع من الرضا تجاه أداء القطاع

[1] المادة 120مكرر من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 10-04: " تلتزم البنوك و المؤسسات المالية، في إطار تحقيق هدفها الاجتماعي، باحترام قواعد السير الحسن.
يحرص مسيرو أي بنك أو مؤسسة مالية على مطابقة نشاط مؤسستهم مع أخلاقيات المهنة و قواعدها، و ذلك تحت طائلة العقوبات المقررة في المادة 114 أعلاه".

المصرفي. خاصة في ظل الأزمات البنكية المتكررة، إذا علمنا أنه ينظر للصيرفة الإسلامية على أنها طريقة جديدة تنتهجها البنوك في العالم خاصة الغربية منها، لاسيما في بريطانيا، والتي أثبتت النتائج والدراسات نجاعتها، وقد صاحب تطورها انشاء مؤشر[1] تنقيط للصيرفة الإسلامية[2] و Dow Jones Islamic Market Index و[3]Standard and Poor's Shari'a Index.

كما أن المجتمع الجزائري يتميز بتمسكه بمبادئ الشريعة الإسلامية، و هذا جعلت من المواطن الجزائري يخشى من عمليات البنوك التقليدية التي قد تؤدي إلى الوقوع في الحرام، لاسيما أن أساس عمل البنوك هو الفوائد، والفوائد كما هو مسلم عندنا أنها من الربا. وكما رأيناه سابقا في إطار المسؤولية الاجتماعية للبنوك، فإن البنوك الحديثة تسعى للاستجابة لمتطلبات الزبائن والجمهور تحقيقا للمصلحة العامة، ومصلحة البنك معا.

لذلك سنتناول في هذا المطلب الإطار القانوني للصيرفة الإسلامية في الجزائر في الفرع الأول، ثم أهم عمليات الصيرفة الإسلامية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الإطار القانوني للصيرفة الإسلامية في الجزائر

دخلت الصيرفة الإسلامية الجزائر منذ سنوات عديدة أي منذ الانفتاح الاقتصادي والمالي الذي عرفته الجزائر في التسعينيات، وقد صدر النظام رقم 2020-02[4] ليكون إطار قانوني منظم لعمليات الصيرفة الإسلامية.

[1] Global Islamic Index of London.
[2] Alain Couret et Catherine Malecki, Collectif, op.cit., p 489.
[3] Geneviève Causse-Broquet, la finance islamique, 2ème éd, édition Revue Banque, paris, 2012, p 22.
[4] النظام رقم 2020-02 المؤرخ في 20 رجب 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية(ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020).

علما أن هناك من ينتقد عمل المصارف الإسلامية، باعتبار أنها لا تقدم بديل عن الصيرفة التقليدية، كل ما هنالك أنها تقوم بعمليات تجارية مباشرة وهذا يعد خروجا عن عمل البنوك أي الوساطة البنكية.

أولا: مفهوم الصيرفة الإسلامية

ينظر للصيرفة الإسلامية من الناحية القانونية أنها تلك العمليات البنكية التي لا يترتب عليها تحصيل أو تسديد للفوائد[1]. وعليه فجوهر الصيرفة الإسلامية هو مزاولة النشاط البنكي لكن باتباع قواعد مختلفة عن تلك المعروفة في البنوك التقليدية. فالبنوك التقليدية تعتمدا أصلا في القيام بالعمليات البنكية التقليدية على تحصيل الفوائد وتسديدها، بينما البنوك الإسلامية[2] يجب أن تعمل في إطار تحقيق الربح على ألا تكون من خلال الفوائد، أي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية السمحاء. وعليه فالصيرفة الإسلامية متعلقة بمزاولة عمليات بنكية دون الاعتماد–إطلاقا– على الفوائد، مع الأخذ بعين الاعتبار في جميع عملياتها "قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، بهدف المساهمة في غرس القيم والمثل والخلق الإسلامية في مجال المعاملات، والمساعدة في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية من تشغيل الأموال بقصد المساهمة في تحقيق الحياة الطيبة الكريمة للأمة الإسلامية"[3].

وإذا رجعنا إلى أصل الصيرفة الإسلامية التي تعني ممارسة العمليات البنكية وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، فإن الدراسات الحديثة تقر أن قواعدها ترجع إلى المعاملات التي كان يتبعها التجار المسلمون منذ ظهور الإسلام[4]. علما أنه عندما نقول 'وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ' فهنا نقصد جميع مصادر التشريع في الإسلام أولها القرآن الكريم ثم السنة النبوية المشرفة، والمذاهب

[1] المادة 2 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

[2] هناك عدة مصطلحات متعلقة بالصيرفة الإسلامية، أهمها البنوك الإسلامية و البنوك التشاركية و البنوك غير الربوية.

[3] حمزة شوادر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية في ظل نظام الرقابة النقدية التقليدية، عماد الدين للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2014، ص ص 134، 135.

[4] Geneviève Causse-Broquet, op.cit., p 18.

الفقهية المعترف بها، والاجتهاد. وذلك وفق القواعد الكلية الضابطة للعمل المصرفي الإسلامي والتي يمكن تلخيصها في قاعدة الأمور بمقاصدها، قاعدة لا ثواب إلا بالنية، قاعدة المشقة تجلب التيسير، قاعدة الضرر يزال، قاعدة الغنم بالغرم، قاعدة العادة محكمة، قاعدة اليقين لا يزول بالشك وقاعدة الخراج بالضمان[1]، بالإضافة إلى اقتران رأس المال والعمل[2] أي استحقاق الربح على أساس العمل وليست النقود هي التي تولد النقود بل العمل هو محور الاستحقاق وهذا أساس تحريم الربا الذي يكون عادة على أساس الزمن، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿ الذِينَ يَاكُلُونَ الرِّبَواْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الْذِي يَتَخَبَّطهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُم قَالُوا إِنَّمَا اَلْبَيْعُ مِثْلُ الْرِبَواْ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وحَرَّمَ الْرِبَواْ فَمَنْ جَآءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَّبِهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اَللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِكَ أَصْحَبُ النّارِ هُمْ فِيهَا خلِدُونَ﴾[3].

لكن ظهور ممارسة عمليات البنوك وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية بمعنى أن بنوكا تعمل في إطار قواعد الشريعة الإسلامية، فالعديد من الدراسات ترجعها إلى انشاء 'بنوك الادخار المحلية' في مصر من طرف الدكتور أحمد النجار[4] سنة 1963، ثم انتشرت فيما بعد. لكن هناك من يرى أن أصل عمليات الصيرفة الإسلامية يعود إلى سنوات الأربعينيات من القرن العشرين أين بدأت في ماليزيا والبكستان، ثم في مصر[5]. ثم انتشرت البنوك الإسلامية والبنوك التي تقدم خدمات الصيرفة الإسلامية في أغلب دول العالم. وقد بلغ عدد البنوك الإسلامية سنة 2004 على مستوى العالم 217 عبر48 دولة، وبحجم أصول يصل 261 مليار، بالإضافة إلى نشاط البنوك التقليدية المتعلق

[1] محمد عبد الله شاهين، البنوك الإسلامية: أساس التنمية الاقتصادية والخلاص من المعاملات الربوية، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2015، ص 16.

[2] فوزي قداري وشعيب يونس، آليات تطوير وإدماج الصيرفة التشاركية في الجزائر في ظل التحديات التي تواجهها –نقل تجارب دولية-، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر-، المجلد 34، العدد 02، سنة 2020، ص 1270.

[3] سورة البقرة، الآية 274.

[4] حمزة شوادر، المرجع السابق، ص 130.

[5] Geneviève Causse-Broquet, op.cit., p 18.

بالصيرفة الإسلامية الذي بلغ أكثر 150مليار بمعدل نمو يتراوح بين 15% و20% [1]، وقدرت الدراسات أن يصل حجمها إلى 1300 مليار دولار في 2020[2] وهذه النسبة كبيرة. أما في الجزائر، فقد تأسس أول بنك إسلامي وهو بنك البركة في 6 ديسمبر 1990. وهو عبارة عن شراكة بين بنك الفلاحة والتنمية الريفية، وبنك البركة الدولي، وهو بنك سعودي[3].

علما أن نشاط الصيرفة الإسلامية لا يختلف في مهامه مع البنوك التقليدية، فهي تقوم بتجميع الادخار وتحويله لذي الحاجة لرؤوس الأموال، أي الوساطة البنكية، كما تقدم خدمات أخرى كالخدمات المالية. لكن يبقى جوهر تلك العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية في أهدافه الخاصة وقواعده المبنية على احترام قواعد الشريعة الإسلامية وتحريم التعامل بالفوائد ومنه الربا، والحرام عموما، والعمل على حفظ المال وإنمائه ضمن مقاصد الشريعة، والتنمية الاقتصادية في إطار حفظ النفس والمال.

فإذا حللنا الفائدة التي تتلقاها البنوك التقليدية فهي تحسب على أساس مبلغ القرض، وعنصر الزمن، وقدرة الزبون على الوفاء، وفيها غبن للزبون، فكلما انخفضت قدرة الزبون على الوفاء كلما ارتفعت مخاطر عدم السداد، ومنه الفائدة المحسوبة عليه، وكلما زادت مدة القرض كلما ارتفعت الفائدة كذلك، كما أنه عادة ما يتم احتساب فوائد على التأخر في السداد، على ألا تتجاوز الحد الأقصى الذي يحدده البنك المركزي[4]. وهو متعلق بعدة نسب مطبقة منها نسب الفائدة الدائنة والمدينة[5]، ومعدل الفائدة الزائد. كما أن الفائدة المقررة على الزبون قد تكون ثابتة وقد تكون متغيرة، وفي هذه الحالة لا

---

[1] محمد عبد الله شاهين، المرجع السابق، ص 91.

[2] Alain Couret et Catherine Malecki, Collectif, op.cit., p 487.

[3] الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 203.

[4] المادة 02 من التعليمة رقم 2021-01 المؤرخة في 21 نوفمبر 2021 المعدلة و المتممة للتعليمة رقم 08-2016 المؤرخة في 1 سبتمبر 2016 المتعلقة بكيفيات تحديد معدلات الفائدة المفرطة:" يعتبر قرض بمعدل فائدة مفرط كل دعم مالي ممنوح بمعدل فائدة فعلي إجمالي يفوق، عند منحه، عشر(10 %) متوسط المعدل الفعلي المطبق في العمليات من نفس الطبيعة من طرف البنوك و المؤسسات المالية خلال السداسي السابق".

[5] المادة 13 من النظام رقم 2020-01 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية (ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020): " يتم تحديد نسب الفائدة الدائنة والمدينة، من قبل البنوك والمؤسسات المالية، بكل حرية، ولا يمكن، في كل الحالات، أن يتعدى نسب الفائدة الفعلية الإجمالية على القروض الموزعة من طرف البنوك والمؤسسات المالية معدل الفائدة الزائد الذي حدده بنك الجزائر".

يمكن معرفتها بالتحديد في مرحلة التعاقد، وهذا يؤدي إلى عدم معرفة شروط العقد منذ البداية، وهذا غير مقبول في المعاملات الإسلامية.

كما أنه من مبادئ الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز أن يترتب على مجرد التأخير في دفع المبالغ المستحقة احتساب فوائد، أي لا تحتسب المستحقات بناء على عنصر الزمن، فالنقود لا يجوز أن تزيد بمجرد مرور الوقت بل يجب أن تزيد بناء على معايير موضوعية كالعمل وتحمل خطر الربح والخسارة. وعليه، يتم وفقا للصيرفة الإسلامية استبدال المعاملات الربوية بطرق أخرى أكثر احتراما للمتطلبات الاقتصادية والانسان، أهمها صيغة الغنم بالغرم[1].

كما أن الاستثمار في الصيرفة الإسلامية لاسيما عن طريق الودائع الاستثمارية لا تضمن فائدة ثابتة للمودع، بل تجعل منه شريكا للبنك في عقد المضاربة، فيحتمل تحقق الربح والخسارة لكليهما[2]. كما أن أساس الاستثمار والتعاملات لها بعد اقتصادي واجتماعي وثقافي وليس فقط لتحقيق الربح. وهذا من شأنه أن يدعم دور البنوك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، خاصة عن طريق نشاطها المتمثل في الصيرفة الإسلامية.

فالصيرفة الإسلامية هي مزاولة النشاط البنكي وفق قواعد ومتطلبات الشريعة الإسلامية، هي بذلك جزء من الاقتصاد الإسلامي[3] الذي يمكن اعتباره مختلف عن الاقتصاد الليبرالي والاشتراكي. حيث تعتبر العلاقة بين الاقتصاد والأخلاق علاقة وطيدة في الاقتصاد الإسلامي، وعدم الاهتمام بالأخلاق في الحياة الاقتصادية يجعل الهدف الوحيد للإنسان هو اشباع الحاجات دون قيود، وهذا يؤدي إلى انتشار الظلم والفساد[4]. علما أن المشكلة الاقتصادية من منظور الاقتصاد الإسلامي ليس

---

[1] حمزة شوادر، المرجع السابق، ص 144.

[2] حمزة شوادر، المرجع السابق، ص 158.

[3] يمكن القول أن الاقتصاد الإسلامي " يرتكز على قواعد الحق والعدالة، سواء في اكتساب الثروة أو توزيعها أو إنفاقها، وذلك ضمن الحدود الشرعية التي قررها القرآن الكريم والسنة النبوية"، أنظر محمود حسن الوادي وحسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية: الأسس النظرية والتطبيقات العملية، الطبعة الرابعة، دار الميسرة للنشر والطباعة، عمان-الأردن-، 2012، ص 54.

[4] محمود حسن الوادي وحسين محمد سمحان، المرجع السابق، ص.ص 56-57.

الندرة لاسيما منها ندرة الموارد الطبيعية كما في المنظور الاقتصادي (التقليدي) والذي يؤدي إلى تناقض بين اشباع الحاجات الخاصة للأفراد وإشباع الحاجات العامة، والتي يرى الاقتصاد الاشتراكي حلها من خلال تدخل الدولة وتحكمها في وسائل الإنتاج. أما من منظور الاقتصاد الإسلامي فالمشكل يكمن في الانسان نفسه، أي ندرة عمل منتج، ومشكل ظلم الانسان لأخيه الانسان وتعديه على الطبيعة بتلويثها وبذلك إثارة الحروب ونشر الفساد في الأرض[1]. فالاقتصاد الإسلامي له نظرة مغايرة، حيث ينظر للإنسان على أنه مستخلف في الأرض وهي مسخرة له، كما يعترف له بالملكية الفردية، لكن في نفس الوقت هنا إقرار بضرورة التوفيق بين المصالح الفردية ومصلحة الجماعة، كما يجوز للحاكم التصرف في الأموال العامة بما يضمن التقليل من التفاوتات في الدخول الفردية، وإعادة التوزيع بعدالة[2].

وقد تدخلت التشريعات المختلفة بإدخال الصيرفة الإسلامية في المنظومة البنكية. علما أن القوانين المختلفة منها في الجزائر لم تفصِّل[3] في عمليات الصيرفة الإسلامية بالتدقيق بل فقط أقرت فتح بنوك أو شبابيك الصيرفة الإسلامية وفق شروط معينة من جهة؛ ونصت على أهم العمليات التي يمكن أن تقوم بها من جهة أخرى، أما التفصيل في العمليات وأنواعها وآثارها فلم تتطرق لها.

وفي نظري أنه هذا هو الصواب، فالأصل ألا تقيد العمليات والخدمات التي تقدمها الصيرفة الإسلامية وترك المجال مفتوحا، فالممارسات المستقبلية هي التي ستبين حاجات السوق والاستجابة المقدمة لها، علما أن القضاء سوف يتدخل لسد الثغرات والقضاء على حالات التجاوزات، بالإضافة الى الهيئات الشرعية المختلفة التي تعكف على التقييم والاقتراح وتقديم الرأي حول شرعية العمليات المزعم تقديمها. وعليه، فإن كثرة تدخل المشرع يعد عائقا للتطور وليس مساهمة فيه.

---

[1] محمود حسن الوادي وحسين محمد سمحان، المرجع السابق، ص 59.

[2] محمود حسن الوادي وحسين محمد سمحان، المرجع السابق، ص 60.

[3] هناك نقد لضعف التدخل التشريعي في مجال الصيرفة الإسلامية والذي يعتبر "عدم توفر الغطاء القانوني"، أنظر فوزي قداري وشعيب يونس، المرجع السابق، ص 1274.

بالعكس فإن تدخل المشرع يكون ضروريا في بعض الحالات لتصحيح الأخطاء أو لتخفيف العبء على الصيرفة الإسلامية مثلا من خلال اخضاعها لقواعد محاسبية تتناسب معها بدلا من اخضاعها لنفس للنظام المحاسبي المالي[1] المتعلق بالبنوك التقليدية.

كما أن هناك نقد حول ممارسات الصيرفة الإسلامية من حيث أنها تمتهن التجارة وليس التدخل في الوساطة البنكية "فهي ترتكز على عمل ليست مؤهلة للقيام به، من انتاج زراعي أو صناعي حقيقي أو تجارة... إلخ، كما أنه يبعدها عن فعل ما يمكنها فعله كمؤسسات مالية أي القيام بالوساطة المالية"[2].

وفي نظري، إن عمليات الصيرفة الإسلامية تستجيب لمطلب أصلي هو ألا تبقى العمليات البنكية والمالية عموما على المستوى المالي فقط، بحيث يجب أن تكون لها علاقة مباشرة بالسلع المتعلقة بالخدمة، أي بالاقتصاد الحقيقي.

فمثلا أصل الأزمة المالية التي عرفها العالم منذ 2008 هو عمل البنوك الذي أصبح يعتمد كثيرا على الأدوات المالية[3]، أدى إلى أنه بمجرد تعثر مجموعة من المدينين عن طريق مجموعة من التسلسلات حدث انهيار شبه كلي للاقتصاد، والذي لولا تدخل الدول بضخ الأموال في البنوك وأحيانا بتأميمها لأفلست الكثير منها[4]، وهذا يؤثر على المدى الطويل على نجاعة الاقتصاد، خاصة إذا لم تكن النتيجة هي زيادة حقيقية في الإنتاج.

وهنا، عندما تكون العمليات المصرفية وفقا لقواعد الصيرفة الإسلامية فإن البنوك تكون لها علاقة مباشرة بالأصول، أي لا تتعامل مع من لا يملك المال بما لا تملك هي. فإذا أقرضت فمن من

[1] فوزي قداري وشعيب يونس، المرجع السابق، ص 1290.
[2] محمد عبد الله شاهين، المرجع السابق، ص 106.
[3] محمد عبد الله شاهين، المرجع السابق، ص 235.
[4] محمد عبد الله شاهين، المرجع السابق، ص 243

مالها أو ما هو في حكمه، وإذا اشترى الزبون عن طريقها تملكت العين محل العملية قبل بيعه[1]. وبذلك فإنه في حالة تعثر الطرف المقابل، لا تحدث تسلسلات الانهيارات كما هو معروف في البنوك التقليدية فتبقى الأزمة منحصرة بين أطراف العملية التجارية فقط ولا تتعداه للاقتصاد ككل. كما أن قواعد الصيرفة الإسلامية لا تسمح بتمويل الأصول الفاسدة (Toxic assets) ومنها المشتقات المالية[2] لاسيما التوريق. وقد أكدت الدراسات أن المصارف الإسلامية لم تتأثر سلبا بأزمة 2008 ولم تنخفض ربحيتها مقارنة بالبنوك الأخرى[3].

كما أن هناك اختلاف في ممارسات الصيرفة الإسلامية من بلد لآخر، فمثلا النظرة الى العمليات المتعلقة بتداول السندات تختلف، فهناك من يجيزها ومن يحرمها[4]، وهذا يعبر عن ضرورة الاهتمام بهذا الموضوع والتخصص فيه، لاسيما من وجهة النظر الشرعية والقانونية والاقتصادية.

وفي هذا الموضوع يمكن أن نشير إلى بعض أحكام التعاملات المتعلقة بالقيم المنقولة، فالأسهم العادية تعتبر حلال ويجوز إصدارها واكتتابها وتداولها في البورصة بيعا وشراء وفقا لقواعد شرعية. بينما الأسهم الممتازة فلا يجوز التعامل فيها. أما السندات فحسب مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مؤتمره السادس بجدة فتعتبر محرمة، وقد اقترحت البديل عنها وهي "السندات أو الصكوك القائمة على أسس المضاربة الإسلامية" لأنه متعلق بنسبة من الربح ولا يتقاضونه إلا في حال تحقق الربح.

علما أن هناك مشكل آخر بالنسبة للصيرفة الإسلامية هو ازدواجية القواعد التي تخضع لها، فالبنوك الإسلامية يجب أن تستجيب لكل متطلبات ممارسة المهنة البنكية بالإضافة إلى المتطلبات الخاصة بالصيرفة الإسلامية، وهذا في أحيان كثير قد يؤدي إلى تناقضات وحتى رفع الأعباء الملقاة

---

[1] مثلا في عقد المرابحة يتملك البنك السلعة قبل بيعها للزبون.
[2] محمد عبد الله شاهين، المرجع السابق، ص 235.
[3] محمد عبد الله شاهين، المرجع السابق، ص 244.
[4] Alain Couret et Catherine Malecki, Collectif, op.cit., p 498.

عليها مثلا فيما يخص الأعباء المالية المتعلقة بصندوق ضمان الودائع المصرفية، بالإضافة إلى ضعف عمليات تغطية المخاطر التي قد تعتبر محرمة.

ثانيا: الإطار القانوني للصيرفة الإسلامية

تخضع مزاولة البنوك لعمليات الصيرفة الإسلامية لأحكام نظام مجلس النقد والقرض رقم 02-2020 المحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية[1].

علما أن النظام 02-2020 قد ألغى النظام رقم 18-02 المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية[2]. وقد كان النظام 18-02 يستعمل مصطلح 'العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية'[3]، ولم يتم استعمال مصطلح الصيرفة الإسلامية إلا في المادة 4 منه، و هذا المصطلح الأخير جاء معتمدا ومكررا في إطار النظام 02-2020. وهذا ان دل على شيء فقد دل على أن المشرع الجزائري، لم يولي قبل سنة 2020، اهتماما كافيا بموضوع عمليات البنوك المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، طبعا لأنها جديدة نوعا ما ولا تزال غير معروفة بما فيه كفاية، بالإضافة إلى النقص في التكوين في هذا المجال. علما أنه حتى في الدول الغربية أصبح معترفا بالبنوك الإسلامية خصوصا في بريطانيا وحتى في الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا وفرنسا.

كما أن الصيرفة الإسلامية تمارس في إطار البنوك والمؤسسات المالية المعتمدة، حيث تخصص لها شبابيك خاصة بها، منفصلة عن البنك في عملياتها، وتبقى تلك الشبابيك خاضعة

[1] النظام رقم 02-2020 المؤرخ في 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.
[2] النظام رقم 18-02 المؤرخ في 26 صفر 1440 الموافق 4 نوفمبر 2018 المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية.
[3] المادة 1 و2 من النظام رقم 18-02.

لأحكام القانون البنكي ورقابة البنك المركزي سواء عن طريق مجلس النقد والقرض أو اللجنة المصرفية.

ثالثا: شروط ممارسة الصيرفة الإسلامية

تقتضي ممارسة الصيرفة الإسلامية من طرف البنوك، الاستجابة لمجموعة من القواعد والالتزامات. أهمها أن تكون تلك البنوك تتوفر على جميع الشروط القانونية لمزاولة النشاط البنكي، أهمها الحصول على رخصة من البنك المركزي، واتباع قواعد الحيطة والحذر، وإدارة المخاطر البنكية. إضافة إلى تلك المتطلبات هناك قواعد ومتطلبات إضافية متعلقة بمزاولة نشاط الصيرفة الإسلامية أهمها الاستجابة للمتطلبات القانونية الخاصة بمزاولة الصيرفة الإسلامية، والحصول على رخصة، والمساهمة في صندوق ضمان الودائع البنكية.

1- الحصول على رخصة

أيا كان البنك الذي يريد تقديم خدمات في إطار الصيرفة الإسلامية في الجزائر، يجب أن يطلب الحصول على ترخيص بذلك لدى بنك الجزائر. ولا يجوز له مزاولة العمليات المتعلقة بها إلا بعد الحصول عليه[1] تحت طائلة تطبيق عقوبات على البنك المخالف.

2- الاستجابة للمتطلبات القانونية الخاصة بمزاولة الصيرفة الإسلامية

قبل الحصول على الترخيص لمزاولة عمليات الصيرفة الإسلامية، يجب أن يمتثل البنك لباقة من الالتزامات القانونية. أولها طبعا أن يستوفي شروط مزاولة النشاط البنكي في الجزائر- وهذا خاضع للقواعد العامة أهمها الاعتماد- ولكن بالإضافة إلى ذلك يجب على البنك أن يراعي متطلبات خاصة بالصيرفة الإسلامية، وبهذه المناسبة تقديم ملف كامل بذلك، يتضمن متطلبات خاصة أهمها:

[1] المادة 13 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية .

أ- الحصول على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة التي تسلمها الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية[1]،

ب- على كل بنك يرغب في تقديم هذه الخدمات، إنشاء هيئة الرقابة الشرعية[2]، تدخل مهامها ضمن مهام الرقابة الداخلية، وهنا بالخصوص رقابة المطابقة- التي تدخل في الباب الثاني من هذه الأطروحة-،

ت- إعداد بطاقة وصفية بكل منتوج من المنتجات التي سيقدمها البنك[3]،

ث- رأي مسؤول رقابة المطابقة،

ج- بيان بكيفية فصل خدمات الصيرفة الإسلامية ضمن "شباك الصيرفة الإسلامية" عن باقي عمليات البنك ماليا وهيكليا ومحاسبيا[4]،

ح- ضمان وجود هيكل تنظيمي ومستخدمين متخصصين في الصيرفة الإسلامية، على مستوى الشباك[5]؛

وبذلك، يمكن القول أن تقديم البنك لخدمات الصيرفة الإسلامية، يعني الاستجابة للمتطلبات القانونية المتعلقة بالبنوك أولا، لاسيما في إطار احترام مبادئ القانون البنكي كعدم التدخل في شؤون الزبون، الحرص على الاستعلام حول الزبون والعمليات المراد تمويلها، احترام التزام العناية والحذر. بالإضافة إلى الاستجابة للمتطلبات الخاصة بمزاولة الصيرفة الإسلامية ثانيا.

[1] المادة 14 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

[2] المادة 15 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

[3] المادة 16 الفقرة 2 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

[4] المادة 17 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

[5] المادة 18 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

3- المساهمة ضمن صندوق ضمان الودائع المصرفية

نظرا لأهمية الخدمات التي تقدمها البنوك في إطار الصيرفة الإسلامية، ونظرا لحجم الأموال التي تجذبها إليها، خاصة أن المواطن الجزائري يثق لحد ما في هذا النوع من الهيئات هذا من جهة، ومن جهة أخرى يبقى هذا النوع من العمليات خاضعا للمخاطر البنكية، ونظرا لدور الدولة في توفير الحماية القانونية للمودعين، من خطر فقدان مدخراتهم. فإن الودائع البنكية في إطار خدمات الصيرفة الإسلامية خاضعة لأحكام صندوق ضمان الودائع المصرفية.(كما سنراه في المبحث الثاني). وعموما يساهم شباك الصيرفة الإسلامية في صندوق ضمان الودائع المصرفية بالنسبة للودائع والمبالغ الأخرى المماثلة للودائع والقابلة للاسترداد[1].

الفرع الثاني: أهم عمليات الصيرفة الإسلامية

لقد حدد النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية بموجب المادة 04 منه، وهي تشمل: المرابحة، المشاركة، المضاربة، الإجارة، السلم، الاستصناع، حسابات الودائع، الودائع في حسابات الاستثمار.

وعند الرجوع إلى أحكام هذا النظام نجد أن كل عمليات الصيرفة الإسلامية هي عقود. وعليه لن نتناول كل أحكام التعاقد لأنها تخضع للقواعد العامة، فالرضا يجب لكي يكون صحيحيا أن يكون صادرا من ذي أهلية، وأحكام الأهلية هي قواعد عامة؛ بل سنتطرق فقط لبعض القواعد الخاصة بالعقود المبرمة في إطار الصيرفة الإسلامية، من حيث محاولة إظهار أهم الاختلافات بينها.

علما أن الكتب الفقهية تفرق بين هذه العمليات، فتصنف المضاربة والمشاركة ضمن آليات التمويل التشاركي، أما المرابحة والسلم، والإجارة، والاستصناع فتصنف ضمن العمليات أو الخدمات

[1] المادة 21 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

التجارية، أما الحساب فيتضمن الحساب الجاري أي حساب الودائع ، وحساب الادخار وحساب الودائع الاستثمارية، وهناك عمليات أخرى تقدمها البنوك في إطار الصكوك. وتمويل المشاريع الاستثمارية. كما يوجد تصنيف آخر متعلق بصيغ التمويل وهي تصنف إلى أدوات التمويل القائمة على الملكية، وأدوات التمويل القائمة على المديونية. أما الأولى فتشمل المشاركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة، أما الثانية فتشمل كلا من المرابحة والتمويل بالتأجير والاستصناع والسلم والقرض الحسن[1].

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن هذه العمليات التي ذكرها هذا النظام، هي على سبيل المثال، لأنه في الأصل لا يمكن حصر العمليات البنكية مسبقا، فيمكن أن تظهر عمليات جديدة، والتي تحتاج البنوك لرخصة خاصة لعرضها على الزبائن[2].

ونظرا لأننا في اطار المسؤولية الاجتماعية للبنوك فإننا نكتفي هنا بالتطرق لأمثلة فقط عن الصيرفة الإسلامية منها المرابحة والمشاركة والمضاربة كأحد الأمثلة المتعلقة بالمسؤولية الاجتماعية للشركات وليس الهدف هو دراسة كل أحكام الصيرفة الإسلامية.

أولا: المرابحة (Cost-plus)

عرّف النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية المرابحة ب " هي عقد يبرم 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 ربح متفق عليه مسبقا ووفقا لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين"[3].

[1] فوزي قداري وشعيب يونس، المرجع السابق، ص 1272-1273.
[2] أنظر أدناه: ص 177.
[3] المادة 5 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

وهذا التعريف يتفق مع أغلب التعريفات المتعلقة بالمرابحة، فهي تعرف على أنها" بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة في ربح"[1]. هو يدخل في أنواع بيع الأمانة، لأنه يقتضي إعلام الزبون بتكلفة شراء البنك للسلعة والربح الذي يطلبه[2]. ومن خلال التعريفات المختلفة، فإن بيع المرابحة، هو عقد يقتضي وجود علاقة تعاقدية بين شباك الصيرفة الإسلامية (البنك) والزبون، وعلاقة بين الزبون وبائع سلعة، وعلاقة ثالثة بين البنك الذي اشترى –ما يريده الزبون– من البائع بأمر من الزبون، وعليه فالبنك يجب أن يتملك السلعة فعلا[3]. على أن يعلم البنك الزبون بتكلفة الشراء والربح الذي يطلبه. كما يتم الاتفاق حول كيفية الدفع الذي غالبا ما يكون مؤجلا[4].

ثانيا: المشاركة

عرّف النظام رقم 2020–02 المشاركة و اعتبر أن "المشاركة عقد بين بنك أو مؤسسة مالية وواحد أو عدة أطراف، بهدف المشاركة في رأس مال مؤسسة أو في مشروع أو في عمليات تجارية من أجل تحقيق الربح"[5].

إن الأصل في عمل البنوك هو منح الائتمان، فإن التشريعات الحديثة تجيز للبنوك أن تدخل في مساهمات في الشركات ولكن في حدود معينة لاسيما فيما يخص مبلغ المساهمة الذي لا يجوز أن يتجاوز مبلغا معينا من رأسمال البنك. وذلك أصلا لأن البنك يحافظ على الأموال المقرضة من خلال اعتماده على مجموعة من الضمانات المالية والشخصية، واحتفاظه عادة بمركز الدائن الممتاز أو الدائن المرتهن وبذلك يحتاط البنك من مخاطر عدم السداد، وهذا من شأنه في حالة تعثر المدين المساهمة في استرجاع البنك لأمواله المقرضة.

---

[1] وائل محمد عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية: أساليب الاستثمار –الاستصناع-المشاركة المتناقصة(المنتهية بالتمليك) (النظرية والتطبيق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، عمان، الأردن، 2009، ص 49.

[2] حمزة شوادر، المرجع السابق، ص 213.

[3] سميرة مشراوي، دور هيئة الرقابة الشرعية في ضبط المعاملات المالية الإسلامية: المرابحة للآمر بالشراء بنك البركة نموذجا، مجلة المستقبل للدراسات الاقتصادية المعمقة، المجلد رقم 02، العدد 04، ديسمبر 2019، ص 99.

[4] Geneviève Causse-Broquet, op.cit., p59.

[5] المادة 6 من النظام 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

وفي إطار الصيرفة الإسلامية، فإن البنك يجوز له الدخول في شراكة مع الزبائن، من خلال انشاء شركة، وبذلك يكون البنك عضوا في مجلس إدارتها ويتمتع بحقوق التصويت[1]، وهو ما يمنحها ضمانا للاشراف على حسن إدارتها[2]. والمشاركة إما تكون مشاركة ثابتة أو مشاركة متناقصة[3]، وقد تكون الشراكة بخصوص عملية تجارية معينة أي صفقة، وليس بخصوص شركة[4]. ولها تطبيقات عديدة كالمزارعة والمزاكاة، غير أن المشاركة تنطوي على مخاطر عالية بالنسبة للبنك[5]، خاصة أنه كما قلنا أعلاه فالبنك يفقد في حالة تعثر المشروع أية امتيازات في استرجاع أمواله لأنه ليس دائنا بل شريكا. كما أن التدخل في إدارة المشروع[6] يترتب عليه أن البنك يكون مسؤولا مسؤولية كاملة عن أية أضرار قد يتسبب بها المشروع سواء أضرار بيئية أو غيرها مما يعرضه لتحمل التبعات. وعليه يجب على المصارف الإسلامية التعامل بحذر شديد، في اختيار المشاريع التي تدخل فيها بصيغة المشاركة أيا كانت صيغته.

ثالثا: المضاربة

المضاربة "عقد يقدم بموجبه بنك أو مؤسسة مالية، المسمى مقرض للأموال، رأس المال اللازم للمقاول، الذي يقدم عمله في مشروع من أجل تحقيق أرباح"[7].

والمضاربة "عقد بين طرفين أو مشاركة بين اثنين، أحدهما بماله (أي رب المال) والآخر بجهده وخبرته وبراعته (أي المضارب). وفيها الغنم بالغنم للاثنين معا، فالكسب أو الربح يقسم بين الطرفين بالنسب المتفق عليها، لكن المضارب يشارك في الربح فقط، وعند الخسارة يتحمل رب المال

[1] Geneviève Causse-Broquet, op.cit., p 54.

[2] حمزة شوادر، المرجع السابق، ص 207.

[3] بحيث يتعهد البنك بالتنازل عن حصته للشريك، أنظر: وائل محمد عربيات، المرجع السابق، ص 38.

[4] حمزة شوادر، المرجع السابق، ص 208.

[5] Geneviève Causse-Broquet, op.cit., p 59.

[6] وأغلب الكتب تؤكد حق البنك في التدخل في إدارة المشروع بصفته شريك، أنظر : وائل محمد عربيات، المرجع السابق، ص 48-49. وحمزة شوادر، المرجع السابق، ص 211.

[7] المادة 07 من النظام 2020-02 المحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

(المصرف) الخسارة المالية في حين يتحمل المضارب (عميل المصرف) خسارة جهده وعمله بشرط ألا يكون قد قصر أو خالف ما اشترط عليه رب المال، وإذا ثبت العكس يكون ملزما بضمان الخسارة أي ردها"[1]. والمضاربة عدة أنواع، فتنقسم من حيث الشروط إلى المضاربة المقيدة والمضاربة المطلقة والمضاربة الثنائية.

يمكن أن نعتبر أن أهم شرط في المضاربة "هو شرط اطلاق اليد"، والذي يعني أنه بمجرد تسليم البنك رأس المال للمضارب فلا يجوز للبنك أن يتدخل في كيفية إدارتها من طرف المضارب[2]، رغم بقاء ملكية المال للبنك وأن قبض المضارب للمال قبض أمانة لا قبض ضمان[3]. غير أن هذا لا يمنع من متابعة وتفقد المشروع[4] واتخاذ الإجراءات المناسبة في حالة عدم قيام المضارب باتباع القواعد والأساليب الخاصة بإدارة المشروع، حفاظا عل مصلحة البنك ومصلحة الزبون معا[5].

ويعتبر الفقه أن عقد المضاربة ينطوي على مقدار كبير من المخاطرة بالنسبة للبنك، وعموما يمكن ربط نجاح المضاربة بشخصية العميل ونزاهته، وكفاءته، بالإضافة إلى الحصول على ضمان من طرف شخص آخر يتبرع بالضمان، وألا تكون له أية فائدة من وراء عقد المضاربة، يمكن أن يكون الدولة[6].

[1] حمزة شوادر، المرجع السابق، ص 194-195.
[2] محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان، المرجع السابق، ص 92.
[3] محمد عبد الله شاهين، المرجع السابق، ص 119.
[4] حمزة شوادر، المرجع السابق، ص 198.
[5] محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان، المرجع السابق، ص 92.
[6] حمزة شوادر، المرجع السابق، ص 197.

المبحث الثاني: حماية المستهلك في إطار التنمية المستدامة

يُنظِم القانون العلاقات الاجتماعية في مفهومها الواسع، فهو يتدخل لتنظيم العلاقات بين الأفراد وفي الأسرة، والعلاقة بين الفرد والإدارة والعامل مع رب العمل، والعلاقة بين الفرد وموردي السلع والخدمات، والفرد في الدولة... إلخ، ذلك أن الهدف من وضع القانون هو تنظيم المجتمع الذي يعيش الأفراد فيه، بغض النظر عن الأسبقية في الحماية، أو الهدف في الحماية، فالهدف من وضع القانون هو حماية المجتمع وتنظيم العلاقات داخل المجتمع ومنه حماية الأفراد وتنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع.

وقد أصبح ينظر للفرد أو الشخص من عدة زوايا، فمن جهة يمكن أن يكون دائنا أو مدينا من جهة نظرية الالتزام، يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، يمكن أن يكون شخصا عاديا أو مهنيا، وقد يُنظر إليه باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية ، فمركز الشخص يتغير بتغير الوضعية القانونية أو الاقتصادية أو المهنية، وحتى مستوى الدخل قد يؤثر في المركز القانوني للشخص.

وقد تدخل المشرع الجزائري على غرار باقي المشرعين لحماية المستهلك في العلاقات البنكية لاسيما من خلال قواعد آمرة وذلك نظرا لما لحمايته من أهمية على المستوى الشخصي للمستهلك وعلى حماية للاقتصاد ككل. خاصة مع ظهور مفهوم التنمية المستدامة، فقد أصبح المجتمع يتدخل للمطالبة بتوفير الحماية للفئات الهشة والطرف الضعيف في العلاقات القانونية والاقتصادية، وقد اعتبرت الدراسات الاقتصادية والقانونية حماية المستهلك العنصر أو الهدف الثالث من أهداف التنمية المستدامة.

فالهدف الأخير لقواعد حماية المستهلك–في المجال البنكي– ليس فقط ارجاع التوازن الاقتصادي لأطراف العلاقة، بل التدخل لحماية الطرف الضعيف حتى لا يكون احتكار ممارسة النشاط البنكي سببا في تدهور وضعيته الاقتصادية.

وقد أصبح موضوع حماية المستهلك من المواضيع القانونية والاقتصادية المهمة، التي تستحوذ على قدر كبير من الدراسات، خاصة إذا علمنا أن " السبب الرئيسي من حدوث الأزمات هو فائض الإنتاج حيث يختل التوازن بين الكمية المنتجة والقدرة الشرائية لدى المستهلكين نظرا لما يحدث من تناقض بين صفة الإنتاج الجماعية وملكية عوامل الإنتاج الفردية وطبيعة الإنتاج الرأسمالي الذي لا يهدف إلا إلى تحقيق أكبر ربح"[1]. و تحقيق الربح للشركات و البنوك، يكون غالبا على حساب افتقار الزبائن. علما أن المجتمعات المختلفة تعرف افتقارا متزايدا لفئات كبيرة من المجتمع، لاسيما العمال ذوي الدخل البسيط والمتقاعدين والطلبة، بالإضافة إلى فئة البطالين. وبالرجوع إلى موقع الأمم المتحدة، نجد العديد من أهداف التنمية المستدامة متعلقة بالفرد والمجتمع[2].

وبالرجوع إلى قواعد القانون البنكي فإن مصطلح الزبون أعم وأشمل من مصطلح المستهلك، وقد استعمل هذا القانون مصطلح المودع، والمستهلك والمقترض والزبون وكذلك المستثمر حسب نوع العلاقة التي تربط الشخص بالبنك، ومصطلح الزبون يشمل كل تلك العلاقات، غير أنه من باب توحيد المصطلحات عندما يتعلق الأمر بموضوع الحماية المقررة للطرف الضعيف في مواجهة البنك فإن استعمال مصطلح المستهلك يكون أنسب، وهذا يتوافق مع مختلف الدراسات.

علما أنه، هناك البعض من الدراسات التي تدرج في موضوع حماية المستهلك العديد من المواضيع المتعلقة بالقانون البنكي كتبيض الأموال، واختلاس أموال البنك، التزوير، استغلال الوظيفة

[1] خبابة عبد الله وبوقرة رابح، الوقائع الاقتصادية : العولمة – التنمية المستدامة، مؤسسة شباب الجامعة، الأسكندرية، 2009، ص 103.

[2] Un.org/ar/

والنفوذ، غير أنه في نظرنا، هذه جرائم وان كانت متعلقة بالبنوك إلا أنها تعتبر من الجرائم الاقتصادية التي تدخل المشرع بتجريمها وهي أوسع نطاقا من حماية المستهلك. وهذا خصوصا أننا سنتناول موضوع حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة القائمة بين الزبون والبنك في إطار حماية المستهلك في إطار التنمية المستدامة، لذلك كان لزاما علينا حصر الموضوع حتى لا يتشتت بالتطرق للمواضيع العامة. فاتساع الموضوع أكثر من اللازم يفقد الدراسة خصوصيتها المتعلقة بالتنمية المستدامة.

وعليه، سنتناول في هذا المبحث النطاق الشخصي والموضوعي لحماية المستهلك في المطلب الأول، بينما سنتناول في المطلب الثاني القواعد العامة المتعلقة بحماية المستهلك وفي المطلب الأخير دور القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية.

المطلب الأول: النطاق الشخصي والموضوعي لحماية المستهلك

عرفت البنوك عدة أزمات لذلك فخي تخضع لقواعد قانونية وتنظيمية صارمة لاسيما بهدف حماية المستفيدين من الخدمات البنكية أي المستهلكين، وأهم تلك القواعد تجد مصدرها في القانون البنكي، لا سيما الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض وأنظمة وتعليمات مجلس النقد والقرض، بالإضافة إلى المصادر الأخرى للقانون البنكي. وهناك عموما قواعد تهدف مباشرة إلى حماية المستهلك وهناك قواعد متعلقة بإدارة وتسيير المؤسسات البنكية والعمليات البنكية والتي نجد ان الهدف منها في الأخير هو حماية المودعين والمستفيدين من الخدمات البنكية أي المستهلكين وكذلك حماية النظام البنكي باسره ومنه استقرار النظام المالي واقتصاد البلد بصفة أشمل. بالاضافة إلى القواعد العامة المتعلقة بحماية المستهلك لاسيما قانون حماية المستهلك والقواعد القانونية التي تهدف لحماية المستهلك سواء المنصوص عليها في القانون المدني أو قانون المنافسة... إلخ ، فإذا كانت القواعد

الخاصة المطبقة على البنوك والعمليات البنكية عاجزة عن حماية المستهلكين أو الزبائن جاز الرجوع إلى القواعد العامة المقررة لحماية المستهلك.

من الصعوبات التي تواجهنا في دراسة موضوع حماية المستهلك في القانون البنكي، هو كثرة القواعد القانونية المرتبطة به، فقواعد حماية المستهلك أو ما يعرف بالطرف الضعيف هي قواعد متصلة بالنظام العام أيا كان مصدرها، يجب مراعاتها من طرف البنوك عند تعاملها مع الزبائن، وكذلك الأمر بالنسبة للقاضي، الذي يجوز له الرجوع إلى تلك القواعد وإثارتها دون أن يكون ذلك سببا للنقض، لاسيما تلك المتعلقة بالشروط التعسفية أو إبطال العقود.

ولكن يجب أولا أن نقوم بدراسة أهم المفاهيم المتعلقة بحماية المستهلك، لاسيما مفهوم المستهلك والمهني في الفرع الأول؛ أما في الفرع الثاني، فسنتطرق إلى نطاق حماية المستهلك من حيث الموضوع.

الفرع الأول: مفهوم المستهلك والمهني في المجال البنكي

يرتبطُ موضوع حماية المستهلك بتحديد المفاهيم المرتبطة به كالمستهلك والمهني، من خلال تعريفها وتحديدها، وهذا من خلال التعريف الاقتصادي والقانوني لكل منهما، وتحديد أوجه الاختلاف. خاصة أن تحديد المصطلحات يتسم بالأهمية نظرا لأنه يحدد نطاق تطبيق القوانين والقواعد المتعلقة بحماية المستهلك من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع.

أولا: التعريف الاقتصادي والتشريعي للمستهلك

إن تقديم التعريف القانوني للمستهلك مهم جدا خاصة في المنازعات التي قد تصل أمام القضاء، ولكن التعريف الاقتصادي لا يقل أهمية عن التعريف القانوني، فغالبا ما يبحث القاضي في تحديد المستهلك من خلال النظر إلى عناصر اقتصادية ومهنية.

1- التعريف الاقتصادي للمستهلك

يدرس الاقتصاد مختلف العلاقات والعمليات الاقتصادية التي تهدف إلى إشباع حاجات الأفراد أي المستهلكين، ويعتبر المستهلك الحلقة الأخيرة من العملية الاقتصادية. ويكون هنا استهلاك السلع والخدمات، وعليه فالمستهلك من المنظور الاقتصادي " هو الفرد الذي يمارس حق التملك والاستخدام للسلع والخدمات المعروضة في المؤسسات التسويقية"[1].

2- التعريف القانوني للمستهلك

نظرا لخصوصية موضوع حماية المستهلك في العصر الحديث فإن أغلب التشريعات وضعت تعريفا للمستهلك، حتى يكون الإطار الذي يتم من خلاله تحديد الطرف الذي خصه المشرع في مختلف القوانين ببعض الحماية خاصة في قانون حماية المستهلك.

ولقد عرَّف[2] المشرع الجزائري المستهلك في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[3] في المادة 03 بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

وقد عرف تعريف المستهلك في القانون الفرنسي عدة تطورات، خاصة مع التطورات التي حدثت في إطار قواعد الاتحاد الأوروبي. وفقا لقواعد القانون الفرنسي المتعلق بوضع بطاقات الأسعار فإن المستهلك هو " من يستخدم المنتجات لإشباع احتياجاته الخاصة أو احتياجات الأشخاص المسئول عنهم، وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق مهنته"[4].

---

[1] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص 21.

[2] يرى الأستاذ د. محمد بودالي " أن المشرع الجزائري قد خالف غالبية التشريعات التي تركت أمر التعريف للفقه والقضاء"، د. محمد بودالي، المرجع السابق، ص 27.

[3] القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق لحماية المستهلك وقمع الغش(ج.ر ج ج رقم 15 بتاريخ 08 مارس 2009).

[4] محمد علي سويلم، "الحماية الجنائية للمستهلك: بين الجوانب الإجرائية والأحكام الموضوعية(دراسة مقارنة) لقانون حماية المستهلك بآراء الفقه والقضاء"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010،ص 45.

ويعتبر المستهلك كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل ضمن نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، سواء كان النشاط حرا أو فلاحيا[1].

أما في القانون العراقي فقد اعتبر أن المستهلك هو "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها"[2].

وعليه، فإن مفهوم المستهلك في القانون البنكي فهو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعامل مع البنك بحيث يستفيد من العمليات والخدمات البنكية أو يتعاقد مع البنك دون أن يكون له مركز قانوني أو اقتصادي يمكنه أن يكون ندا للبنك في العلاقات التعاقدية. أي كل شخص يكون في مركز الطرف المذعن، أي المتعامل مع البنك دون أية قدرة على التفاوض على وضع الشروط التعاقدية.

وهناك مفهوم خاص للمستهلك عندما يتعلق الأمر بالقرض الاستهلاكي، و هو "الخواص"، أي بالأشخاص الطبيعية، و لا يشمل الأشخاص المعنوية، حيث عرفت المادة 2 الفقرة 4 من المرسوم المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي بأنه:" كل شخص طبيعي يقتني سلعة لهدف خاص خارج عن نشاطاته التجارية، المهنية أو الحرفية"[3].

ثانيا: مفهوم المهني في المجال البنكي

يعتبر مفهوم المهني من أهم المفاهيم المرتبطة بموضوع حماية المستهلك في المجال البنكي خاصة عندما نكون في إطار الدراسات المتعلقة بالتنمية المستدامة، التي تتطلب التكامل في مجال

[1] Art Liminaire, al 1° du code de la consommation français, du …modifié par l'ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021. (ces dispositions entrent en vigueur le 28 mai 2022 conformément à l'art 10).

[2] فاروق إبراهيم جاسم وأمل كاظم سعود، " الوجيز في شرح أحكام قانون حماية المستهلك رقم 1 لسنة 2001"، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016، ص 19.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 مايو 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، (ج ر العدد 24 السنة 52 بتاريخ 13 مايو سنة 2015).

حماية الأطراف الضعيفة في العلاقات القانونية –الطرف الأولى بالحماية– فالمهني هو الشخص الذي يعمل لمصلحة الحرفية أو الصناعية أو التجارية"[1]،

ويثير موضوع المهني في المجال البنكي مسألتين، أولا تحديد المهني بالنظر إلى مقدم الخدمة وثانيا المهني بالنظر إلى المستفيد من الخدمة أي عندما يكيف على أنه مستهلك.

تجدر بنا الإشارة هنا إلى أنه عند الرجوع إلى التشريعات المختلفة والكتب المتعلقة بحماية المستهلك، نجد مصطلحات عديدة استعملت للدلالة على مفهوم المهني، منها المحترف في القانون الجزائري والمجهز في القانون العراقي[2]، على أنه بالرجوع إلى أغلب الدراسات الحديثة، فالمصطلح المعتمد هو "المهني" والذي يقابله باللغة الفرنسية "le professionnel".

يعتبر المحترف في القانون الجزائري أنه " هو منتج، أو صانع، أو وسيط، أو حرفي أو تاجر أو مستورد، أو موزع أو على العموم، كل متدخل ضمن إطار مهنته، في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك..."[3].

أما في القانون العراقي: "'المجهز': كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواء كان أصيلا أو وسيطا أو وكيلا"[4].

و عليه، سنتطرق إلى مفهوم المهني مقدم الخدمة(1)، ثم إلى المهني المستهلك(2).

---

[1] محمد علي سويلم، الحماية الجنائية للمستهلك: بين الجوانب الإجرائية والأحكام الموضوعية(دراسة مقارنة) لقانون حماية المستهلك بأراء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 54.

[2] فاروق إبراهيم جاسم وأمل كاظم سعود، المرجع السابق، ص 27.

[3] المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، (ج.ر ج ج العدد 40، السنة 27، بتاريخ 19 سبتمبر 1990).

[4] فاروق إبراهيم جاسم وأمل كاظم سعود، المرجع السابق، ص 27.

1- المهني مقدم الخدمة

عرّف القانون الفرنسي المهني بأنه" كل شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص يتصرف لأغراض تدخل ضمن إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، سواء كان حرا فلاحيا، بما فيه إن كان يتصرف باسم أو لحساب مهني آخر"[1].

بالنظر إلى القانون البنكي، المهني مقدم الخدمة يجب أن يكون بنكا وسنرى كيف يكون دور البنك في الحالات الثلاث من خلال نطاق حماية المستهلك من حيث الموضوع. حيث أن البنك يتصرف كمؤسسة بنكية عندما يتصرف البنك باسمه ولحسابه، وقد يكون وسيطا عندما يقدم خدمات بصفته وسيطا ماليا، وقد يكون وكيلا عن الزبون. المهم أن البنك مقدم الخدمة هو تلك الشركة التي تحتكر ممارسة النشاط البنكي، وفقا لقواعد القانون البنكي والتي تحوز اعتماد بمزاولة النشاط البنكي[2].

2- المهني المستهلك

إذا كان المهني "الشخص الذي يتعاقد من أجل تلبية أغراضه المهنية"[3]، فإنه بمفهوم المخالفة، يخرج من نطاق المهني كل شخص طبيعي أو معنوي يحصل على المنتج أو الخدمة لأغراض غير مهنية ويدخل في نطاق المستهلك، فالعبرة في وصف الطرف أنه مستهلك في حصوله على الخدمة، أما الحرفي فهو تقديم الخدمة[4].

وقد عرف المشرع الفرنسي المهني المستهلك بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي لا يتصرف لأغراض مهنية"[5].

---

[1] Art Liminaire, al 3° du code de la consommation français.

[2] لاسيما حسب المواد 70 و 76 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

[3] فاروق إبراهيم جاسم وأمل كاظم سعود، المرجع السابق، ص 31.

[4] محمد علي سويلم، الحماية الجنائية للمستهلك: : بين الجوانب الإجرائية والأحكام الموضوعية(دراسة مقارنة) لقانون حماية المستهلك بأراء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 50.

[5] Art Liminaire, al 2° du code de la consommation français.

علما أن هناك نقاش فقهي حول مفهوم المهني المستهلك، خاصة مع اتساع العمليات والخدمات التي يقدمها البنك. لاسيما في إطار اتساع قواعد حماية المستهلك لتشمل تلك المتعلقة بحماية المستثمرين. لا سيما زبائن البنك المستثمرين في الأسواق المالية. فحماية الزبائن تكون في مواجهة الشركات المصدرة للقيم المنقولة من جهة، ولكن في مواجهة البنك كذلك لأنه يكون عنصر من عناصر العملية، لاسيما عندما يتصرف كوسيط في البورصة، أو كوكيل عن الزبون –المستثمر– أي الذي يريد بيع أو شراء قيم منقولة متداولة في البورصة.

على أنه، لا تشمل قواعد حماية المستهلك المستثمرين الذين يدخلون في إطار صناديق الاستثمار وهيئات توظيف القيم المنقولة، لأنها تعتبر من قبيل المهنيين، وليس المستهلكين. فلا يوجد مبرر لاستفادتها من قواعد خاصة لأن لها قدرة اقتصادية وقانونية على التفاوض[1] وهي بذتها يمكن أن تؤثر في الأسعار ارتفاعا وانخفاضا. لكن في نفس الوقت حتى المستثمر المهني لديه حقوق يحميها القانون مثله مثل باقي المستثمرين، ومنها على سبيل المثال، أن تكون المعلومات المقدمة له أو في السوق صحيحة وكافية.

الفرع الثاني: نطاق حماية المستهلك من حيث الموضوع

لقد وسع المشرع الجزائري في اعتبار محل الحماية القانونية في قانون حماية المستهلك وقمع الغش من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص. فقد نص المشرع على امتداد الحماية لمستهلكي المنتوجات المادية وغير المادية أي الخدمات. وتعتبر الخدمة كل عمل مقدم، من غير تسليم سلعة، حتى لو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة[2]. وعليه تشمل حماية المستهلك المستهلكين في إطار الخدمات البنكية والمالية التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية.

[1] Irena Parachkévova, L'empreinte du droit de la consommation sur le droit des sociétés cotées, Collectif, Les défis actuels du droit financier, op.cit., p 68.

[2] م 03 فقرة 16 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

أولا: نطاق حماية المستهلك في الخدمات البنكية

هناك العديد من العمليات البنكية والخدمات التي تدخل في إطار حماية المستهلك، ذلك أن الشخص المتعامل مع البنك يكيف فيها على أنه طرف ضعيف أي المستهلك.

لذللك سنحاول تحديد الخدمات والتي تدخل ضمن نطاق حماية المستهلك من حيث الموضوع (1)، علما أن البنوك والمؤسسات المالية، عادة ما تسعى للتنويع واستحداث عمليات جديدة تقترحها على زبائنها–أو تقدم لهم دون اقتراحها–، وقد تجد نفسها تتعامل معها، فماذا نعني بالمنتوج أو الخدمة الجديدة(2).

1- الخدمات المالية

تتمثل الخدمات المالية في جميع الخدمات التي تقدمها المصارف أو المؤسسات المالية، وكل من يزاول نشاطا ذا طبيعة مالية. ومثلها القروض المصرفية وخطابات الضمان وتنظيم الاعتمادات المستندية أو الخصم أو إجارة الخزائن أو عمليات الإيداع، وكذلك أعمال الوساطة في سوق الأوراق المالية"[1].

علما أنه حسب القانون الفرنسي لا يدخل في حماية المستهلك الائتمان المتضمن في التوقيع وعمليات الخصم[2]، حيث أنه بالرجوع إلى شخصية المستفيدين من هذه العمليات هم تجار، أي أشخاص يتعاملون مع البنك في إطار مهنتهم.

بما أننا في إطار موضوع حماية المستهلك باعتبار وضعيته القانونية أي الطرف الضعيف للعقد لارتباطها بأهداف التنمية المستدامة، فإننا لن نتناول كل عمليات البنوك والخدمات البنكية التي لا نرى أنها مرتبطة ارتباطا وثيقا بالموضوع، كأحكام الخزائن الحديدية. ونشير إلى أن القواعد المتعلقة

[1] فاروق إبراهيم جاسم وأمل كاظم سعود، المرجع السابق، ص 35.

[2] La définition donnée par l'article L. 311-1 du code de la consommation est toutefois plus étroite que celle de l'article L. 313-1 du code monétaire et financier puisque ne sont pas visés ni les crédits par mobilisation ni les crédits par signature. Thierry Bonneau, op.cit., p 54.

بهذه العقود تخضع نذلك إلى القواعد العامة المتعلقة بإعلام الزبون وبالتعاقد ورقابة القاضي عليها، والشروط التعسفية.

وعليه، فكل عمليات البنوك تدخل في إطار حماية المستهلك، عندما يكون الزبون يكيف على أنه مستهلك. غير أنه عندما يتعلق الأمر بالقرض الاستهلاكي، بالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي، تعتبر قواعد حماية المستهلك قواعد خاصة بالقرض الاستهلاكي غير المخصص لأغراض عقارية، أي إذا كان الغرض من القرض شراء عقار[1]. أما الائتمان العقاري فله قواعده الخاصة به.

وقد حدد قانون الاستهلاك الفرنسي حالات القرض الاستهلاكي، بموجب المادة L.311-1 الفقرة الرابعة، وهي تشمل كل من القرض، السحب على المكشوف. بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة L312-4 [2] من قانون المستهلك حيث نصت صراحة على أن لا يكون المبلغ محل الدين أقل من 200 أورو أو أكثر من 75 ألف(75000) أورو. وألا تكون اتفاقية السحب على المكشوف تقتضي تسديد في أجل شهر واحد، وكذلك عمليات الائتمان التي تتضمن آجال تسديد لا تتجاوز ثلاثة (3) أشهر بدون احتساب فوائد أو بدون تكاليف أو تكون غير معتبرة –ضعيفة–[3].

2- المنتوج أو الخدمة الجديدة

يعتبر منتوج أو خدمة جديدة حسب المادة 5 النظام 2020-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية[4] كل منتوج ادخار، ومنتوج القرض أو خدمة بنكية لم يكن محل ترخيص ولم يكن محل طرح في السوق. أي أنه كل خدمة جديدة يقدمها البنك

[1] Thierry Bonneau, op.cit., p 571.

[2] Art L 312-4 du code cosom fr : « Sont exclus du champs de l'application du présent chapitre :
1° les opérations destinées à permettre l'acquisition ou le maintien du droit de propriété ou de jouissance d'un terrain ou d'un immeuble… ;….
3°les opérations dont le montant total du crédit est inférieur à 200 euros ou supérieur à 75 000 euros, à l'exception de celle mentionnées à l'article L.314-10 ayant pour objet le regroupement de crédits destinées à financer les dépenses relatives …» le site : legifrance.gouv.fr

[3] Thierry Bonneau, op.cit., p 572.

[4] المادة 5 من النظام رقم 2020-01 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية (ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020).

للزبائن ولم تكن متعامل بها سابقا، بحيث يجهل المتعاملون مع البنك أحكامها. علما أنه على البنوك أن تصرح بها لدى بنك الجزائر[1].

غير أنه في نظرنا لا يمكن التقيد بالمعنى الحرفي لنص هذه المادة في اعتبار المنتوج أو الخدمة الجديدة تلك المصرح والمرخص بها فقط. صحيح أن المشرع يشترط على البنوك ألا تطرح المنتوجات والخدمات المالية الجديدة إلى بعد عرضها على مجلس النقد والقرض لطلب الترخيص وفقا للمادة 4 من النظام رقم 20-01، ولكن هل يعني هذا استبعاد الحالة التي يتم فيها التعامل مع الزبائن بمنتوج أو خدمة جديدة دون عرضها المسبق للتصريح.

خاصة أن النشاط البنكي واسع ولا يمكن حصره حصرا تاما مسبقا، فالابتكار من أهم مميزات النشاط البنكي، وقد يحدث أن يتعامل البنك مع الزبائن بصورة ما تظهر بعناصر الخدمات والمنتجات المتعارف عليها والتي كانت محل ترخيص، ولكن الواقع العملي قد يكون غير ذلك، أي أنها تظهر كنوع جديد من العمليات أو الخدمات. فهل تكون العمليات الجديدة خارج إطار الحماية القانونية المقررة لحماية الزبائن نظرا لأنها لم تكن محل ترخيص؟

الجواب يكون حتما بلا، فحتى كل خدمة أو منتوج لم يكن محل ترخيص مسبق قبل طرحه للتعامل مع الزبائن يجب أن يتوفر على الحماية القانونية المقررة لحماية الزبائن، وكل نزاع في المسائل التي تطرحها يجب أن تغلَّب فيه مصلحة الزبون، بغض النظر عن وجود البنك في حالة مخالفة للقانون البنكي (بحيث قد يتعرض لمتابعات أمام اللجنة المصرفية).

أما استبعاد الحالات التي تكون فيها الخدمة خارج الترخيص المسبق بمزاولة النشاط من توفير الحماية القانونية للمستهلك، فيمكن اعتباره استفادة للبنك من وضعية قانونية هو من وضعها، وهذا يعد

[1] المادة 7 الفقرة 2 من النظام رقم 2020-01 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

خرقا للقانون، فلا يمكن أن يكون خرق البنك لقواعد القانون البنكي أساسا لاستبعاد مسؤوليته تجاه الزبون المستهلك.

وقد أكدت الدراسات، أن أغلب القواعد المتعلقة بالالتزامات البنكية والمسؤولية البنكية المترتبة عليها، إنما وضعت لحماية الطرف الضعيف في العلاقات البنكية أي المستهلك، من بين أهم تلك الالتزامات التي رأيناها سابقا، أهمها عدم التدخل في شؤون الزبون، والتزام الحذر. علما أن هناك قواعد مشتركة بينها وهي: الحق في الإعلام الشفاف، والحق في العدول عن التعاقد.

المطلب الثاني: القواعد الخاصة بحماية المستهلك في إطار القانون البنكي

هناك قواعد خاصة لحماية المستهلك جاء بها المشرع الجزائري في إطار الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، وتتمثل القواعد المتعلقة بحماية الودائع البنكية، وأغلب قواعد القانون البنكي يمكن القول أنها مقررة لحماية الزبائن. وهناك قواعد لم ينظمها الأمر 03-11 ولكن يمكن الرجوع إليها في حالة وجود البنك في العلاقة التعاقدية، كحالة الوساطة في البورصة.

وأهم القواعد المقررة لحماية المستهلك في القانون البنكي، لدينا ضمان الودائع المصرفية والتي سندرجها في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنتناول واجب إعلام الزبون، أما في الفرع الثالث فسنتناول حق الرجوع عن التعاقد. علما أن واجب اعلام الزبون متعلق بكل عمليات البنوك.

الفرع الأول: صندوق ضمان الودائع المصرفية

تشارك البنوك في تمويل صندوق ضمان الودائع المصرفية الذي أنشأه البنك المركزي، وتعتبر الحماية القانوني التي يوفرها هذا الصندوق للزبائن المودعين في البنك، أحد أهم الآليات القانونية لحماية المستهلك في العلاقة البنكية. خاصة إذا علمنا أن أغلب قواعد الحذر وإدارة المخاطر البنكية تهدف أساسا إلى حماية الودائع.

أولا: أهمية ونشأة صناديق ضمان الودائع البنكية

ظهر أول صندوق لضمان الودائع البنكية في الولايات المتحدة الأمريكية (FDIC) سنة 1933 بموجب قانون المصارف الذي أصدره الكونغرس في الولايات المتحدة الأمريكية، حاليا المبلغ الذي يضمن تحصيله لكل زبون في حالة إفلاس البنك هو 100 ألف دولار أمريكي[1]، و" ويحول هذا النظام دون حدوث عمليات سحب هائلة للودائع "[2]، خاصة أنه إذا عرفنا أن المودعين بمجرد انتشار معلومات أو إشاعات عن وجود البنك في وضعية مالية صعبة، فإنهم سيتهافتون على البنوك لسحب ودائعهم.

أما في الجزائر، فقد ظهر نظام صندوق ضمان الودائع المصرفية في منذ سنة 1990، بصدور القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الملغى[3].

أصبح تأمين الودائع إجباريا في الاتحاد الأوروبي بموجب (la directive 94 /19/CEE) المؤرخ في 30 ماي 1994 ، وأما في فرنسا فقد تم إنشاء صندوق تأمين الودائع في 1999[4]، كما أن أغلب دول العالم تتبع نظام صندوق ضمان الودائع المصرفية.

ثانيا: نقد دور صناديق ضمان الودائع البنكية

رغم أهمية صناديق ضمان الودائع البنكية الذي أدى إلى أن الكثير من الدول قد تبنته، إلا أنه لا يحظى بالإجماع، فالعديد من الفقهاء والدارسين يرون أن وجودها يؤدي إلى زيادة في المخاطر البنكية حيث أن " فرض تكاليف إدارية إضافية على المالكين، وهذا يخلق الحافز لدى مدراء

[1] Frederic Mishkin, op.cit., p 321.

[2] طارق عبد العال حماد، حوكمة الشركات: شركات قطاع عام وخاص ومصارف، المفاهيم-المبادئ-التجارب- المتطلبات، الدار الجامعية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2007، ص 599.

[3] القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 14 أفريل 1990 (ج. ر رقم 16 بتاريخ 18 أفريل 1990). (الملغى بموجب الأمر رقم 03-11).

[4] John Hull, Gestion des risques et institutions financières, éd Pearson Education, 6e éd, France, 2007, p 147.

المصارف على تبني السلوك أو التصرف المحفوف بالمزيد من المخاطرة"[1]، مما "يزيد أيضا من مخاطر الغش والسرقة، ومخاطر الإتجار الداخلي في الصناعة المصرفية"[2]. مما يؤدي بالإضرار بحملة الأسهم العادية وحملة السندات وغيرهم من الدائنين غير المؤمن عليهم[3]. كما أن جانب من الفقه، يرى أن وجود نظام صناديق ضمان الودائع قد يدفع البنوك إلى خفض رأسمالها لأنها لم تعد تخشى عدم ثقة المودعين، لذلك فإن السلطات العمومية تجمع بين نظام صناديق ضمان الودائع البنكية وتنظيم رأس المال البنكي[4]. وقد أدت الأزمة المالية (2008) إلى زيادة الحاجة إلى تدخل أكثر من طرف الدولة والسلطات العمومية من خلال النظامين (صندوق الودائع وتنظيم رأس المال البنكي) وحتى في الدول الغربية لضمان استقرار النظام البنكي ككل[5].

ثالثا: مقارنة بين صندوق ضمان الودائع البنكية والتأمين

لتوفير الحماية للمودعين، يوجد نظام آخر غير صندوق ضمان الودائع المصرفية، يتمثل في التأمين على الودائع المصرفية. يوجد تشابه كبير بين نظام ضمان الودائع المصرفية والتأمين على المخاطر، ولكن يبقى كل نظام متميز عن الآخر، ولتوضيح ذلك سنتناول هنا أوجه الشبه، ثم أوجه الإختلاف بينهما.

لدينا من أهم أوجه التشابه بين صندوق ضمان الودائع البنكية والتأمين أن كلاهما يهدف لحماية المتضرر فالهدف الأول والمباشر من اعتماد صندوق ضمان الودائع البنكية هو حماية المودعين من خطر حدوث الضرر المتمثل في فقدانهم لكل أو جزء من ودائعهم المالية في البنوك، بسبب إفلاس البنك، والهدف من نظام التأمين هو حماية المضرور من الخطر المأمن عليه.

---

[1] حاكم محسن الربيعي، وحمد عبد الحسين راضي، حوكمة البنوك: وأثرها في الأداء والمخاطرة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2013، ص 39.

[2] حاكم محسن الربيعي، وحمد عبد الحسين راضي، المرجع السابق، ص 40.

[3] طارق عبد العال حماد، المرجع السابق، ص 601.

[4] John Hull, op.cit., p 149.

[5] Eric Lamarque, Collectif, Management de la banque : Risque, relation client, organisation, op.cit., p 10.

أما أوجه الاختلاف بين صندوق ضمان الودائع المصرفية والتأمين فهي كثيرة. فصندوق ضمان الودائع موضوع تحت رقابة البنك المركزي، بينما شركات التأمين فهو عبارة عن شركة تجارية يتم تسييرها وفقا لقواعد تسيير شركات التأمين. أما بخصوص مبلغ الاشتراك فيها فيحدد المبلغ المستحق لصندوق ضمان الودائع البنكية بموجب نظام يتخذه مجلس النقد والقرض ، بينما يكون احتساب الأقساط المستحقة لشركة التأمين حسب الاتفاق بين شركة التأمين والمكتتب للتأمين. ويحدد البنك المركزي سقف أعلى للتعويض المستحق من صندوق ضمان الودائع البنكية وذلك بموجب نظام يتخذه مجلس النقد والقرض، بينما مبلغ التعويض في التأمينات يكون محددا المبلغ المتفق عليه مسبقا بين الشركة المكتتب. ولا يجوز تحصيل المبالغ المستحقة من صندوق ضمان الودائع البنكية إلا في حالة توقف البنك عن الدفع، وعامة تقوم اللجنة البنكية بإعلان إفلاس البنك وتعيين مصفي. أما في التأمين، فبمجرد تحقق الضرر المؤمن عليه بوقوع الخطر المؤمن عليه يجوز تحصيل مبلغ التعويض المتفق عليه بمعاينته. وذلك بالطرق القانونية المعدة لذلك إما عن طريق الإخطار، أو عن طريق خبير أو بتقديم مثلا وثيقة مقرر الحفظ... إلخ، دون حاجة لصدور حكم قضائي، إلا في حالة المنازعة أمام القضاء فيكون الاستيفاء بعد صدور حكم.

وبخصوص جواز الجمع بين عدة مبالغ كتعويضات، بعد استيفاء المبلغ المستحق من صندوق ضمان الودائع يجوز للمودع أن ينضم لجماعة الدائنين ويصبح دائنا عاديا، خاصة أن مبلغ الممكن استرجاعه من الصندوق يمكن أن يكون زهيدا بالنسبة للوديعة إذا كانت مبلغا كبيا –لأن سقف التعويض حاليا هو إثنين مليون دينار. بينما في حالة دفع شركة التأمين للتعويض المستحق للمضرور فإنه لا يجوز لهذا الأخير الرجوع مجددا إلى المكتتب لأنه المضرور يكون قد استوفى حقه ذلك أن شركة التأمين تحل محل المكتتب في دفع التعويض.

ومن حيث الموضوع، موضوع التأمين في صندوق ضمان الودائع هو واحد يتمثل في تأمين الودائع المالية في البنوك، بينما يجوز التعاقد على التأمين ضد أي خطر محتمل حدوثه شرط أن يكون مشروعا.

يرى العديد من الدارسين أن وجود صندوق ضمان الودائع البنكية يجعل البنك متراخيا في تسييره للمخاطر البنكية، بحيث يكون ذلك دافعا في الدخول في عمليات تتحمل درجة عالية من المخاطرة نظرا للأرباح الكبيرة التي يمكن جنيها، بينما تحرص شركة التأمين على أن يتخذ المكتتب جميع الوسائل والإجراءات والاحتياطات اللازمة لتجنب وقوع الخطر المؤمن عليه، ذلك أنه إذا تسبب المؤمن له في الخطر قد لا يستحق التعويض (إلا في حالات كالتأمين الشامل على السيارات)، بينما لا يمكن تصور الحالة التي تكون فيها شركة التأمين ساهمت مباشرة أو بطريقة غير مباشرة في حدوث الخطر المؤمن عليه.

أما بالنسبة لتحصيل مبالغ الاشتراكات، يُحصل صندوق تأمين الودائع المصرفية الأقساط المستحقة من البنوك، بينما تحصل شركة التأمين مبالغ الأقساط المستحقة من طرف المكتتبين للتأمين مباشرة.

رابعا: الإطار القانوني لصندوق ضمان الودائع المصرفية

سنتناول أولا النظام القانوني لصندوق ضمان الودائع المصرفية في الجزائر، ثم الإجراءات المتبعة في استيفاء المودعين لأموالهم المستحقة على البنوك المتعثرة.

1- الإطار القانوني لضمان الودائع المصرفية

نصت المادة 118 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على أن كل البنوك يجب أن تشارك في تمويل صندوق ضمان الودائع المصرفية بالعملة الوطنية بدفع علاوة ضمان سنوية، أما الجهة المختصة بتحديد مبلغ العلاوة فهي مجلس النقد والقرض[1]. وقد أصدر مجلس النقد والقرض النظام رقم 04-03 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية والذي ألغي بموجب النظام 2020-03 المؤرخ في 15 مارس 2020 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفي، و البنوك المعنية هنا بالمساهمة فيه هي كل البنوك العاملة في الجزائر سواء كانت وطنية أو فروع لبنوك أجنبية،[2] تقليدية أم إسلامية، فكلها معنية بالانخراط فيه ودفع مساهماتها.

فيجب كذلك أن تساهم شبابيك الصيرفة الإسلامية في البنوك في هذا الصندوق بخصوص الودائع القابلة للاسترداد، أي أن غير القابلة للاسترداد -لدى الطلب- والتي تدخل ضمن الودائع الاستثمارية لا تدخل ضمن المساهمة في صندوق ضمان الودائع المصرفية، لأنها خاضعة لنظام خاص بها[3].

علما أنه قد تم إنشاء صندوق ضمان الودائع المصرفية بموجب المادة 170 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض[4] الملغى، حيث نصت على أن يؤسس البنك المركزي شركة مساهمة ضمان الودائع المصرفية. غير أن التأسيس الفعلي جاء سنة 2003 عقب افلاس بنوك خاصة[5] كبنك

[1] المادة 118 من الأمر رقم 03-11:" يجب على البنوك أن تشارك في تمويل صندوق ضمان الودائع المصرفية بالعملة الوطنية ينشؤه بنك الجزائر، ...".

[2] المادة 2 من النظام رقم 2020-03 المؤرخ في 15 مارس 2020 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرف ، الذي النظام 04-03 المؤرخ في 04 مارس 2004 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية

[3] 21 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

[4] المادة 170 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض.

[5] شيخ محمد زكرياء، عمليات الإئتمان والمخاطر البنكية (دراسة مقارنة)، أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم في القانون الخاص، -فرع قانون الأعمال المقارن- جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، تحت إشراف أ/ زهدور سهلي، 2016-2017، ص 263.

الخليفة[1]. علما أن النظام رقم 2020 –03[2] يحدد علاوة المساهمة في الصندوق ب 1 % ، وهذه النسبة قد ترتفع أو تنخفض وليست ثابتة.

2- الطبيعة القانونية لصندوق ضمان الودائع المصرفية

يسير صندوق ضمان الودائع البنكية في طرف شركة المساهمة المسماة "شركة ضمان الودائع المصرفية (ص.ض.و.م)، حسب ما نصت عليه المادة السادسة من النظام رقم 2020-03 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، من مهام شركة ضمان الودائع البنكية السهر على تحصيل العلاوات المستحقة لها على البنوك، والتحقق من توظيف هذه الموارد في أصول مضمونة[3].

وهناك انتقادات موجهة لنص المادة السادسة، باعتبار أن الصندوق هو شركة مساهمة رغم تخلف ركن الرضا في تأسيس هذه الشركة[4]، وبالإضافة إلى الاختلاف المتعلق باشتراط اقتصار المساهمة في الصندوق على البنوك وهذا مالا نجده في شركات المساهمة الأخرى، وحتى في طريقة تمويل الصندوق من طرف كل مساهم والتي تكون متناسبة مع الأموال المودعة لديه، بالإضافة إلى مخالفة الأحكام المنظمة للصندوق للقواعد العامة لشركة المساهمة، وعليه فقد كان من الأجدر أن " يعتبر صندوق ضمان الودائع البنكية شركة مساهمة تجارية ذات طبيعة خاصة يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في قانون النقد والقرض والأنظمة البنكية الصادرة عن بنك الجزائر وإلى أحكام القانون التجاري فيما لم يرد فيه نص"[5].

غير أنه، يجب أن نفرق هنا بين تأسيس صندوق ضمان الودائع البنكية، الذي جاء بموجب نص المادة 118 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض الذي يعد شهادة ميلاد له، وبين

---

[1] تم اعتماده بموجب مقرر رقم 98-04 مؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1419 الموافق 27 يوليو سنة 1998، يتضمن اعتماد بنك، (ج ر ج ج، العدد 3، السنة 35، بتاريخ 26 غشت 1998).

[2] النظام رقم 2020-03 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرف(ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020).

[3] المادة 7 من النظام رقم 04-03 المؤرخ في 04 مارس 2004 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية.

[4] شيخ محمد زكريا، المرجع السابق، ص 261.

[5] شيخ محمد زكريا، المرجع السابق، ص 262.

شكل وتسيير الشركة. فبالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري فإننا نجد العديد من الشركات تنشأ بموجب القانون، وهذا نظرا لأهميتها في الدولة، وحتى إذا رجعنا إلى زمن غير بعيد، فأغلب البنوك الجزائرية تأسست عن طريق القانون، وسواء أنشئت لأول مرة أو تولدت عن عملية التأميمات التي حدثت بعد الاستقلال. وهي كذلك تأخذ شكل شركات المساهمة. وكذلك شركات القطاع العمومي يمكن أن تأخذ شكل شركة المساهمة، فالعبرة في الأخير في شكل الشركة هو كيفية التسيير، والقواعد القانونية التي تخضع لها، حيث تصبح كل شركة تأخذ شكل شركة مساهمة خاضعة لأحكام القانون التجاري في كل ما لم يرد فيه نص خاص في القواعد الخاصة المنظمة للقطاع المعني.

خاصة وأنه حتى الشركات العمومية الاقتصادية تأخذ شكل شركات مساهمة، فلا يوجد أي مبرر أن تأخذ شركة تسيير صندوق ضمان الودائع المصرفية شكل آخر من أشكال الشركات، فحتى البنوك شركات مساهمة.

أما في القانون المقارن، tتختلف الطبيعة القانونية لصندوق ضمان الودائع المصرفي من دولة لأخرى، فقد اعتبر القانون الفرنسي صندوق ضمان الودائع البنكية أنه شخص معنوي خاضع للقانون الخاص، يسيره مجلس المدراء وخاضع لمجلس مراقبة[1]، بينما الفقه فقد اعتبرها شركة ذات طبيعة خاصة[2].أما المشرع اللباني اعتبرها مؤسسة حكومية مصرفية تشترك الدولة والمصارف في تمويلها[3].

وحسب رأيي، فإن صندوق ضمان الودائع المصرفية يقترب كثيرا من الصندوق المشترك للتوظيف، وبذلك يمكن أن يكيف قانونا على أنه صندوق مشترك للتوظيف (fcp)، وهذا لعدة اعتبارات، أهمها، نص المادة9 من النظام رقم 2020-03 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرف

[1] Thierry Bonneau, op.cit., p 216.

[2] شيخ محمد زكريا، المرجع السابق، ص 260-261.

Thierry Bonneau, op.cit., p 216

[3] شيخ محمد زكريا، المرجع السابق، ص 260.

ينص صراحة على أنه يجب أن يكون توظيف المبالغ التي يحصلها صندوق ضمان الودائع المصرفية من خلال شراء سندات مصدرة أو مضمونة من طرف الدولة.

ويمكن أن يكيف على أنه صندوق مشترك للتوظيف من نوع خاص، لأنه طبعا لا يخضع تماما في كيفية انشائه لنظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-04 المؤرخ في 25 نوفمبر 1997 المتعلق بهيئات التوظيف الجماعي في القيم المنقولة (هـ.ت.ج.ق.م). وبخصوص الإنشاء نرجع لنفس النقطة التي أثرناها سابقا، فالعبرة ليست في كيفية الإنشاء بل في طبيعة العمليات التي تقوم بها الهيئة. ويمكن أن يكيف على أنه مؤسسة مالية، وهي على أية حالة، هيئة من نوع خاص.

خامسا: شروط وإجراءات استيفاء المبالغ المستحقة للمودعين

هناك إجراءات خاصة لاستيفاء المستحقات من الصندوق، وهناك شروط خاصة يجب توفرها لتصبح المبالغ المستحقة للمودعين حالة الأداء.

1- شروط اللجوء لاستيفاء المبالغ المودعة من صندوق ضمان الودائع المصرفية

لقد حدد النظام الشروط التي يجب توافرها حتى تصبح المبالغ المستحقة كتعويضات عن الودائع البنكية مستحقة الأداء أهمها وجود البنك في وضعية توقف عن الدفع. فحتى يستطيع المودعون المطالبة بالمبالغ المستحقة على صندوق ضمان الودائع البنكية وفقا لأحكام القانون الجزائري يجب أن يكون البنك المودع لديه أموالهم في حالة توقف عن الدفع[1]، فلا يجوز مطالبة الصندوق بالتعويض في حالة رفض البنك طلب استرجاع الزبون لوديعته لأسباب أخرى غير التوقف عن الدفع.

[1] المادة 15 من النظام رقم 2020-03 المتعلق بنظام الودائع المصرفي. و المادة 13 من النظام 04-03 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية (الملغى).

أما المبلغ المستحق للتعويض فقد حدده النظام رقم 04-03[1] المتعلق بضمان الودائع البنكية في مادته 8 سقف التعويض لكل مودع في البنك، على أن هذا السقف يتم تعديله في كل مرة عن طريق الأنظمة ، وهذا في مصلحة المودعين واستقرار النظام البنكي ككل، فمما لا شك فيه أنه لو بقي السقف محددا عند 600000,00 د.ج لعزف المواطن عن إيداع مدخراته في البنوك الجزائرية، خاصة إذا علمنا أن البنوك تعتمد في منح القروض على الودائع البنكية. لذلك رفع النظام رقم 03-2020 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفي في المادة 10 منه المبلغ الأقصى المستحق للتعويض لكل زبون مودع بمليوني دينار جزائري (2.000.000,00 د.ج). ونحن نرى أن هذا المبلغ لا يزال صغيرا جدا ولا يكفي حتى يحقق الهدف المرجو منه وهو تعزيز ثقة الجمهور في استقرار الجهاز المصرفي الجزائري، خاصة مع تراجع سعر الدينار الجزائري مقابل العملات الصعبة، ومن جهة أخرى إذا قارنا هذا المبلغ بسقف الضمان في الدول الأوربية فإنه يعطي انطباع لدى الجزائريين أن البنوك الجزائرية (والسلطات العمومية بصفة عامة) لا تولي اهتماما بهذا الموضوع، فماذا يمنع من رفع السقف مثلا إلى خمسة ملايين دينار جزائري (5000000,00 د.ج)، فهذا من شأنه تحفيز الجزائريين لاسيما منهم صغار المدخرين على الاحتفاظ بمدخراتهم في البنوك الجزائرية بدلا من اكتنازها أو شراء المنقولات والعقارات، خاصة أن قضية الخليفة بنك لا تزال عالقة في الأذهان مع العلم أن جزء كبير من الذين كانوا مودعين فيها لا يزالون ينتظرون حلا لوضعيتهم، علما أن معظمهم لم يكونوا ملمين بالقواعد المتعلقة بضمان الودائع البنكية آنذاك. أما ذوي الفائض المالي المعتبر فهم غالبا ما يعتمدون على شراء العملة الصعبة وفتح حسابات بنكية في الدول الأوربية أو غيرها لما لهم

[1] النظام رقم 04-03 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية (الملغى).

من ثقة على امكانية استرجاعها في حدود مبالغ أعلى مما يوفره النظام البنكي الجزائري. خاصة إذا علمنا أن سقف التعويض في فرنسا هو مائة ألف (100000€) أورو[1] بالنسبة للودائع البنكية.

ونشير هنا إلى أن الودائع التي يغطيها صندوق ضمان الودائع المصرفية هي الوديعة البنكية بمعنى القانون البنكي، أي أنه توجد أموال مستحقة لبعض الأشخاص لدى البنوك لا يمكن اعتبارها تدخل ضمن الودائع المستحقة للاسترداد في حالة توقف البنك عن الدفع، وهي التي نصت عليها المادة 05 من النظام رقم 2020-03[2] المتعلق بضمان الودائع المصرفية.

2- الإجراءات المتبعة لاستيفاء المبالغ المستحقة

حفاظا على حقوق المودعين وعلى ثقة الجمهور في صلابة النظام المصرفي وسيولته، فقد تم تحديد إجراءات يجب اتخاذها فور وجود البنك المعني في حالة توقف عن الدفع. وقد حددها النظام رقم 2020-03 المتعلق بضمان الودائع المصرفية ، وكانت سابقا ينظمها النظام رقم 04-03، وهذه الإجراءات تتمثل في:

- تصريح اللجنة المصرفية بأن الودائع لدى البنك المعني أصبحت غير متوفرة، بعد تحقق اللجنة من عدم قدرة البنك على دفع المستحقات عليه من الودائع بسبب وضعيته المالية، وهذا التصريح يأتي في أجل أقصاه 21 يوما من إثبات أن الوديعة التي طولب بها لدى البنك والتي حل أجلها ولم يتم وفاؤها لأسباب متعلقة بالوضعية المالية[3].

---

[1] Richard Routier, op.cit., p 632.

[2] المادة 5 من النظام رقم 2020-03 المتعلق بضمان الودائع المصرفية: لا تعتبر ودائع ومبالغ أخرى شبيهة بودائع قابلة للاسترداد:
-الودائع المتلقاة من البنوك والمؤسسات الأخرى؛
- الأموال المتلقاة أو المتروكة في الحساب من طرف المساهمين الذين يملكون، على الأقل، خمسة في المائة (5 %) من رأس المال، وأعضاء مجلس الإدارة والمسيرين ومحافظي الحسابات،
- ودائع الموظفين المساهمين،
- ودائع الإدارة المركزية والمحلية وصناديق التأمينات الاجتماعية وصناديق التقاعد ومؤسسات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة؛
- الودائع بالعملة الصعبة المعاد بيعها لبنك الجزائر؛
-الودائع غير الإسمية من غير المبالغ المستحقة الممثلة لوسائل الدفع المصدرة من طرف البنوك؛
- الودائع الاستثمارية للبنوك المرخص لها بممارسة هذه العمليات؛
- لودائع الناجمة عن عمليات صُدِر فيها حكم جزائي نهائي في حق المودع؛
- الودائع التي تحصّل فيها المودع، بصفة فردية على شروط معدلات فوائد امتيازية ساهمت في تدهور الوضعية المالية للبنك؛
- ودائع الشركة المسيرة لصندوق ضمان الودائع المصرفية".

[3] المادة 15 الفقرة 2 من النظام رقم 2020-03 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفي.

–إشعار اللجنة المصرفية شركة ضمان الودائع المصرفية أن البنك المعني عاجز عن إرجاع الودائع المستحقة عليه[1]،

– يجب أن يعلم البنك المعني كل واحد من المودعين بأن مبلغ الوديعة غير متوفر بالبنك، وكذلك يعلم لكل مودع بالإجراءات التي يجب أن يتخذها، وبالوثائق الثبوتية التي يجب أن يقدمها إلى شركة ضمان الودائع المصرفية للحصول على مبلغ التعويض، وذلك عن طريق رسالة مسجلة[2].

–تدفع شركة ضمان الودائع البنكية مبلغ الضمان للمستحقين بالعملة الوطنية حتى لو كانت الوديعة بالعملات الأجنبية[3] ، في أجل 6 أشهر من تصريح اللجنة المصرفية بعدم توفر الودائع، أو من تاريخ إعلان الحكم القضائي بالتسوية القضائية أو بإفلاس البنك[4]، على أنه يجوز تجديد هذا الأجل استثنائيا مرة واحدة.

3– الإجراءات المتبعة بعد تسديد مستحقات المودعين

من خلال استقراء المادة17 من النظام رقم 2020–03 المتعلقة بنظام ضمان الودائع المصرفي التي تنص على أن: "تحل الشركة المسيرة لصندوق ضمان الودائع المصرفية في الحقوق والدعاوى محل المودعين المُعوَّضين، في حدود مبالغ التعويض المدفوعة لهم"، فإنه يجوز للمودعين الذين لم يتحصلوا على كل ودائعهم البنكية الذين كانت ودائعهم تفوق مليوني دينار (2.000.000,00 د.ج) اللجوء للقضاء المختص لمطالبة البنك بدفع مستحقاتهم التي لم تدفع إليهم. وفي نفس الوقت فإن شركة ضمان الودائع البنكية التي عوضت المودعين، ترجع على البنك بالتعويض عن المبالغ المدفوعة للمودعين المتضررين.

---

[1] المادة 15 الفقرة الأخيرة من النظام رقم 2020-03 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفي

[2] المادة 16 من النظام رقم 2020-03 المتعلق بنظام الودائع المصرفي.

[3] المادة 18 من النظام رقم 2020-03 المتعلق بنظام الودائع المصرفي: " يتم التعويض بالعملة الوطنية.
يتم تحويل الودائع بالعملة الصعبة إلى العملة الوطنية بالسعر المعمول به في التاريخ الذي أعلنت فيه اللجنة المصرفية عدم توفر الودائع أو ، في تاريخ حكم المحكمة المختصة إقليميا التي تحكم بالتسوية القضائية أو بإفلاس البنك".

[4] المادة 17 من النظام رقم 2020-03 المتعلق بنظام الودائع المصرفي.

وهنا تكون ممارسة الدعوى القضائية ضد البنك والمسيرين والمساهمين المؤسسين للبنك لاكتسابهم صفة التاجر.

الفرع الثاني: واجب إعلام الزبون

يعتبر واجب اعلام الزبون من الالتزامات البنكية، أحد الالتزامات القانونية التي تقع على عاتق البنك–لقد تطرقنا اليها سابق–في المبحث الأول– غير أنه يكتسي أهمية خاصة، لذلك تطلب الأمر التوسع فه خاصة أنه يدخل كذلك في إطار القانون المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش. علما أن هناك نصوص عديدة تدخل ضمن واجب إعلام الزبون، لاسيما القانون رقم 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بالإضافة إلى القانون رقم 04–02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، وقد تدخل مجلس النقد والقرض بوضع نظام خاص بخصوص القواعد المتعلقة بالعمليات البنكية.

علما أن واجب إعلام الزبون يختلف من زبون إلى آخر، حسب طبيعة الزبون هل هو متخصص أو شخص عادي، أي هل لديه دراية بالعمل البنكي، أو أنه شخص غير متخصص في المجال البنكي (averti ou profane)[2].

ويُعتبرُ إعلام الزبون واجبا أو التزاما بالنسبة للبنك ويقع حقا بالنسبة للزبون. ويشمل التزام اعلام الزبون كل من الإعلام الشفاف والواضح بخصوص الأسعار والعملات، والإعلام بخصوص حلول آجال استيفاء الدين، وبخصوص الشروط التعاقدية، وبخصوص الخيارات الممنوحة للزبون.

[1] القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (ج ر ج ج، العدد 41، السنة 41، الصادرة في 27 يونيو 2004).

[2] Thierry Bonneau, op.cit., p 348.

أولا: الإعلام الشفاف الواضح بخصوص الأسعار والعمولات

يقع على البنك واجب اعلام المستهلك، بجميع الأسعار المطبقة على العمليات والخدمات التي يقدمها للزبائن ، بالإضافة إليها، هناك بعض العمليات التي يقدمها البنك مجانا.

1-الإعلام بخصوص الأسعار والعمولات المطبقة

لقد نصت المادة 9 من النظام رقم 2020-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية[1] على ضرورة التزام البنوك والمؤسسات المالية أن تبلغ زبائنها والجمهور بالشروط البنكية. علما أن المقصود بالشروط البنكية هنا هي المكافآت والتعريفات والعمولات المطبقة على العمليات المصرفية[2]. علما أن التزام البنك بإعلام الزبائن بخصوص الأسعار المطبقة يعزز شفافية البنك[3].

ويكون واجبا على البنك إعلام الزبون بمعدل الفائدة والعمولات التي يستحقها البنك عن جميع العمليات. علما أن الزبائن لاسيما في الجزائر، عادة ما لا يحسون بالرضى عن التعريفات المطبقة من طرف البنوك، خاصة أن الإعلان عنها يكون بصفة إجمالية وليست مفصلة، وحتى الكشوفات الممنوحة للزبائن لا يشرحها بالتفصيل البنك للزبون. وقد أكدت الدراسات أن البنوك عادة ما تقوم بتغطية العمولات المنخفضة التي تطبقها في بعض العمليات من خلال التعريفات المطبقة على العمليات اليومية[4] أو المتكررة، وهذا ما يزيد من المبالغ المستحقة على الزبون، والذي من شأنه أن يضعف ثقة الزبون في البنك. خاصة في الجزائر، والملاحظ أن العمولات المستحقة مرتفعة فأدت إلى عزوف الزبائن عن استعمال بطاقات الدفع بطريقة متكررة.

[1] النظام 2020-01 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق ل 15 مارس سنة 2020، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.
[2] المادة 2 من النظام 2020-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.
[3] Thierry Bonneau, op.cit., p 170.
[4] Eric Lamarque, Collectif, Management de la banque : Risque, relation client, organisation, op.cit., p 22.

وقد نص المشرع الجزائري بمناسبة القرض الاستهلاكي على أنه يجب يتضمن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة و نزيهة، توضح كل عناصره[1].

وعليه، فإن التزام البنك بإعلام الزبون بالأسعار والعمولات المستحقة، ومعدل الفائدة الفعلي الإجمالي[2]، وهذا يدخل ضمن التزام مقدم الخدمة وهنا البنك بالإعلام الشفاف للزبون. وهذه الشفافية المقررة للزبون تدخل ضمن الحماية القانونية المقررة لحماية المستهلك في مواجهة مقدم الخدمة، خاصة أن الزبون لا يناقش ولا يتفاوض حولها. فالشفافية مقررة لحماية الطرف الضعيف–المستهلك– في إطار مرحلة التعاقد. أي مقررة حتى في حالة عدم وجود نزاع، أي تدخل ضمن حماية رضا المستهلك في التعاقد[3].

بالرجوع إلى أحكام القانون البنكي، فإن التزام البنك بإعلام الزبون بخصوص الأسعار المطبقة يكون في مرحلة التعاقد، وأثناء قيام العلاقة العقدية كذلك، فإذا حدث تغيير على الأسعار المطبقة يقع لزاما على البنك إعلام الزبون بها مسبقا، وهذا قبل ثلاثة أشهر من فرضها، وإذا تخلف البنك عن اعلام الزبون بذلك في الآجال المقررة، وتم اقتطاعها، فإنه يكون من حق الزبون طلب استرجاع المبالغ المقتطعة ، أي الدفع غير المستحق، خلال المدة المحددة في الكشف المستلم[4].

وبالرجوع إلى أحكام القانون البنكي، فإن التزام الإعلام بالنسبة للبنك يعتبر التزام وسيلة وليس تحقيق نتيجة، وعليه يكون على الزبون اثبات خطأ البنك[5]. ويخضع إعلام المستهلك هنا لقواعد

---

[1] المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

[2] المادة 2 الفقرة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي: **" معدل الفائدة الفعلي الإجمالي:** المعدل السنوي المعبر عنه بنسبة مائوية ويضم فيما يخص كل قرض مستوفى الفوائد والمصاريف والاقتطاعات أو التعويضات المرتبطة بالحصول على هذا القرض".

[3] فتيحة بلقاسم، أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد 2، سبتمبر 2009، ص 60.

[4] Jean-Marc Béguin et Arnaud Bernard , l'essentiel des techniques bancaires, éd Eyrolles et Edition organisation، paris، 2ème tirage, 2010, p 17.

[5] Thierry Bonneau, op.cit., p 348.

القانون المدني التي تفسرها، لاسيما نظرية عيوب الرضا والإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية والتأخر في التنفيذ[1].

2- الخدمات المصرفية المجانية

يعتبر البنك تاجرا يقدم خدمات بمقابل، غير أنه ليست كل العمليات التي يقوم بها البنك تكون بمقابل فبعض العمليات يجب أن تكون بدون مقابل، ولكن تدخل مجلس النقد والقرض بتحديد الخدمات المصرفية القاعدية التي يجب أن تكون مجانية، أي لا يتقاض البنك عنها أية عمولات. غير أنه، مع مجانيتها فهي تبقى خاضعة لأحكام حماية المستهلك، والخدمات المعنية هي:

-فتح وإقفال الحسابات بالدينار،

-منح دفتر الشيكات،

-منح دفتر الادخار،

-منح بطاقات بنكية (داخلية)،

-عمليات الدفع نقدا لدى البنك المُوَطِن،

-إعداد وتسليم أو إرسال، عند الاقتضاء، كشف حساب سنوي للزبون،

-الاطلاع على الحساب عن بعد،

-عمليات تحويل ما بين الخواص على مستوى نفس البنك[2].

علما أن النظام رقم 13-01 المحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية الملغى[3]، كان ينص على عمليات أخرى مجانية، منها عمليات الدفع وعمليات السحب نقدا لدى الشباك، إعداد وإرسال كشف الحساب لكل ثلاثة أشهر إلى الزبون. وبخصوص

[1] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 342-350.
[2] المادة 14 من النظام رقم 2020-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، المرجع السابق.
[3] النظام رقم 13-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1434 الموافق 08 أبريل سنة 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية (ج ر ج ج، العدد 29 السنة 50 الصادرة في 22 جوان 2013). (الملغى).

الأولى، لا يوجد مبرر لعدم النص عليها في النظام رقم 2020-01، أما ارسال كف الحساب كل ثلاثة أشهر إلى الزبون فلم يعد هناك ما يبرره خاصة إذا كان البنك يعلم الزبون عن الطريق الإلكتروني، خاصة أنه حاليا، أصبح استعمال الهاتف النقال منتشرا عندنا في الجزائر وعادة ما يتم ابلاغ الزبون عن كل عملية على الحساب.

3- الامتناع عن الإشهار الكاذب

يجب على البنوك في اطار سياستها الإشهارية الإمتناع عن نشر الإعلانات الكاذبة أو التي فيها مبالغة، بحيث تبعث في نفس الزبون المستهلك اعتقاد خاطئ حول سياسة البنك أو خدماتها ومنتوجاتها، بالخصوص في صفحاتها ومواقعها الالكترونية.

ثانيا- بخصوص الشروط التعاقدية

في إطار قواعد حماية المستهلك، يقع على البنك التزام بإعلام الزبون بالشروط التعاقدية. وهذا وفقا للقواعد العامة. حيث يجب أن يكون وفق لغة واضحة ومفهومة، مع استعمال لغة مفهومة، بخصوص كل متطلبات العقد.

بخصوص اللغة، نجد أنه في الواقع بالنسبة للبنوك الجزائرية، هناك تأخر في تطبيق القانون بخصوص ابرام العقود باللغة العربية[1]، خاصة في مجال المستهلك. لأنه لا نتحدث هنا عن العقود التي قد تبرم في إطار التجارة الخارجية، مثلا كالاعتماد المستندي، فهنا يمكن استعمال اللغة الفرنسية أو الإنجليزية. ولكن في نفس الوقت يجب توفير نسخة باللغة العربية. أما عندما يتعلق الأمر بالمستهلك-المواطن العادي- فإنه يجب أن تعمل البنوك الجزائرية على تسريع استبدال العقود التي تبرم مستقبلا باللغة العربية، خاصة أنه منذ سنة2021 أين أصبح استعمال اللغة العربية مطلبا سياسيا.

[1] المادة 18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش :" يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عد لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".

كما يجب أن يقوم البنك بإعلام الزبون بكل الشروط التعاقدية، وما يترتب عليها من حقوق والتزامات في ذمة البنك وفي ذمة المستهلك. علما أنه يقع التزاما على البنك، بكل العناصر الأساسية للعقد، ومن بين أهم العناصر الأساسية للعقد إعلام الزبون بحقوقه الجوهرية كمستهلك[1].

وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم06-306 المؤرخ في10 سبتمبر2006 العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين العوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، معدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008[2] في المادة 3 وهي متعلقة بخصوصيات السلع والخدمات وطبيعتها، بالأسعار والتعريفات، كيفية الدفع، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، وإجراءات فسخ العقد.

وعندما يتطلب تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف الزبون تسديد مبالغ مالية[3]، فإنه يقع على البنك التزام بإعلام الزبون بحلول أجل الدفع. كذلك يجب على البنك أن يعلم الزبون في حالة تعدد الخيارت بها، حتى يكون قرار الزبون في التعاقد مع البنك على دراية كافية.

الفرع الثالث: حق الرجوع عن التعاقد

نظرا لخصوصية قواعد حماية المستهلك، نظرا لاعتبارات حماية الطرف الضعيف، فإن المشرع أخضع ابرام عقد الاستهلاك بين البنك والزبون لقواعد خاصةغير مألوفة، لاسيما حق الرجوع عن التعاقد. لا سيما بموجب المادة 119 مكرر فقرة 4 من الأمر 10-04 المتعلق بالنقد و القرض: " يمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على

[1] المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 3 فبراير سنة 2008.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

[3] نشير هنا إلى أن الزبون من حقه تسديد كل مبلغ القرض الاستهلاكي أو جزؤ منه، مسبقا، وأن كل اشتراط مخالف لذلك بعد باطلا، أنظر المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

العقد". هذه الحماية مقررة لمصلحة المستهلك وليس لمصلحة البنك، أي فقط الزبون يجوز له استعمال هذا الحق.

علما أن عقد القرض لا يتم إلا بعد انقضاء الآجال المقررة لمصلحة المستهلك. حتى لو صدر قبول من المستهلك صحيحا، حسب قواعد القانون المدني، إلا أن هذه الرخصة القانونية، تجعل من العقد معلق على شرط عدم رجوع المتعاقد عن التعاقد مدة معينة. فلا يرتب العقد أية آثار قانونية إذا تراجع الزبون بعد انقضاء أجل الثمانية أيام عن موافقته.

وهناك آجال أخرى لم يتناولها الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، متعلقة ببقاء البنك على إيجابه، والتي حددها القانون الفرنسي بمدة 15 يوما[1]، هذه هي المدة التي يجوز فيها للزبون أن يقبل الدخول في علاقة عقدية مع البنك[2]. ولكن بعد اعلان الزبون عن رغبته في الدخول في علاقة عقدية مع البنك، يبدأ احتساب أجل حق الرجوع عن التعاقد الذي رأينا أنه ثمانية (8) أيام في القانون الجزائري.

المطلب الثالث: دور القضاء في الرقابة على الشروط التعسفية

تعتبر الخدمات البنكية المقدمة للزبون عقود إذعان فإذا انطوت على شروط تعسفية فإنه تخضع للرقابة القضائية الذي يتدخل للحد منها.

الفرع الأول: مجال الشروط التعسفية

تقتضي حماية المستهلك، التدخل بالرقابة على العقود التي تربطه بالمهني أي البنك لحمايته من بعض الشروط التعاقدية التي يوافق عليها المتعاقد لكن وضعيته القانونية والاقتصادية اقتضت اعتبارها شروطا تعسفية.

[1] Art. L.311-11, al.2
[2] Thierry Bonneau, op.cit., p 574-575.

أولا: ارتباط الشروط التعسفية بعقد الإذعان

ترتبط الشروط التعسفية بعقد الإذعان، لاسيما في إطار المعاملات البنكية.

1- عقود الإذعان وعقد الإطار في المعاملات البنكية

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، "العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"[1]، ويفترض أن يكون أطراف العقد متساوين في المراكز القانونية. لدينا في المجال البنكي عندما يتصل الزبون لأول مرة بالبنك ويكون عادة لفتح حساب إيداع مبلغ مالي لدى البنك، فإن ذلك العقد الذي يربط بين البنك والزبون يعبر عنه ب"عقد إطار"، فمن خلال التوقيع على هذا العقد تبدأ العلاقة بينهما. وعادة ما يحدد العقد الإطار الالتزامات والحقوق المتولدة في ذمة الطرفين، وكذلك يُبين العقد العمليات التي يمكن أن يقوم بها الزبون مستقبلا.

مثلا، بموجب عملية إيداع النقود لدى البنك يتم فتح حساب للزبون الذي يقوم من خلال العمليات على الحساب بإيداع النقود أو تحويلها أو السحب عليه، كذلك فتح الحساب يؤدي إلى حصول الزبون على دفتر الشيكات الذي يسمح له بسحبها على البنك، كذلك قد يستفيد الزبون من بطاقة الدفع، وبذلك يكون عقد فتح الحساب هو العقد الإطار، وهذا الأخير هو من يحدد العمليات التي يجوز للزبون القيام بها مستقبلا.

"ويلاحظ في عقد الإيداع أن البنك هو الذي ينفرد غالبا بتحديد شروط العقد مقدما، وذلك في قوائم مطبوعة، وليس للعميل حق مناقشتها، فله إما قبولها كلية أو رفضها كما يشاء، وقد أدى هذا الوضع إلى القول أن هذا العقد من عقود الإذعان"[2] (le contrat d'adhésion).

[1] م 54 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
[2] د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 56.

والإذعان لغة هو الانضمام، وقد اطلق على عقد الانضمام عقد الإذعان[1]. ويُعرَّفُ عقد الإذعان على أنه" الذ ي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث يكون للمتعاقد الآخر أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها"[2].

وقد نصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أن القبول في عقد الإذعان يحصل بمجرد التسليم لشروط يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها. وهذا التسليم لشروط العقد هو مخالف للأصل في التعاقد، فالأصل أن ينعقد العقد بتوافق إرادة الأطراف، لكن" القابل في عقد الإذعان لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع"[3].

وقد عرف عقد الإذعان في المادة03 فقرة 4 من القانون رقم 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

2- تبرير استعمال عقود الإذعان

ما يبرر اللجوء إلى هذا النوع من العقود هو كثرة تكرارها بالنسبة للبنك، وكذلك المعالجة الإلكترونية لهذه العقود، بالإضافة إلى أن تكلفة إعداد عقود الاذعان هي أقل من تكلفة إفراد كل زبون بعقد مستقل تماما عن باقي العقود المبرمة مع الزبائن الآخرين لنفس العملية، غير أن التعامل مع الزبائن الكبار يكون عادة بالرجوع إلى إبرام العقد القائم على توافق الإيجاب مع القبول وليس قبول أو

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، " حماية المستهلك : في مواجهة الشروط التعسفية –دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 29.

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 92.

[3] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 191.

عدم قبول شروط العقد[1]. علما أن اللجوء لابرام العقود عن طريق الإذعان لا ينفرد به النشاط البنكي بل هو منتشر[2].

وكثيرا ما يكون تبرير اللجوء لعقد الإذعان من خلال ما تحققه من السرعة في التنفيذ وخفض التكاليف وتحقيق الربح، غير أنه من الناحية الواقعية والاقتصادية حقائق أخرى أدت إلى ظهور عقد الإذعان وشيوعه، أهمها الاحتكار، أي وجود المُذعَن في وضعية احتكار في مزاولة نشاطه المهني.

3- عنصر الإرادة في عقد الإذعان

يقتضي التعاقد توافق الإيجاب والقبول لإنشاء أو تعديل أو إلغاء التزام معين، وهذا هو التعريف القانوني الذي ساد منذ أن بدأ الإنسان بتنظير العلاقات التعاقدية عبر مراحل التطور والحضارات المتعاقدة، فالعقد شريعة المتعاقدين[3]، ويستمد قوته الملزمة من الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، حيث كان كل شخص يتنازل مثلا عن جزء من ذمته المالية للحصول على سلعة أو خدمة معينة ويتفق الطرفان بكل حرية على المقابل، والسلعة أو الخدمة، وهذا ما ساد في القانون الروماني، وما هو معروف في الشريعة الإسلامية و ما أقرته القوانين الوضعية، فالقواعد القانونية المتعلقة بالعقد التي يمكن من خلالها حماية الأطراف المتعاقدة هي تلك المتعلقة بعيوب الإرادة وضمان العيوب

[1] Thierry Bonneau, op.cit., p 15.

[2] حيث توجد الكثير من العقود التي يلجأ فيها إلى استعمال عقد الإذعان كعقد نقل الشخاص، فمثلا عند النقل بواسطة الحافلة، فهنا كذلك نجد تكرار العملية وسرعة انعقادها فبمجرد سعود الشخص للحافلة الذي يعلم مسبقا وجهتها فإنه يقوم بشراء التذكرة التي يقدم ثمنها دون مناقشة لشروط العقد، فنفس الشيء بالنسبة للبنك فإن كثرة الأشخاص في العملية الواحدة يجعل من عملية الاتفاق مع كل واحد منهم مستحيلة وإذا أراد الناقل والشخص التفاوض مثلا لمراجعة الاتفاق فإن ذلك سيكلف الجميع وقتا طويلا وهذا قد يتسبب في تأخر في الواعيد وهذا طبعا ليس في مصلحة الشخص الذي ينتظر عادة اللحظة الأخيرة قبل السفر للذهاب إلى المحطة، وليس في مصلحة الناقل الذي سيفضل الانطلاق بالرحلة والرجوع بعد مدة لحمل مسافرين آخرين مقابل أجرة، وهذا فيه مصلحة مادية للجميع وربح للوقت، وعليه فإن الاتفاق مع كل متعاقد مع حدى لا يوفر المصلحة المرجوة بالسرعة والمبلغ المقبول، وعليه فإن اللجوء بالتعاقد عن طريق الإذعان فيه مصلحة للجميع.

[3] pacta santa servenda.

الخفية والتعسف في استعمال الحق[1]. لكن عندما تطور المجتمع لاسيما من خلال التطور الصناعي الذي عرفته أروبا خلال الثورة الصناعية وما صاحب ذلك من زيادة في السلع المعروضة وحتى من نمو ديمغرافي، كما أصبحت الكيانات المنتجة لتلك السلع والخدمات من مصانع وشركات وحدات اقتصادية كبيرة جدا وأصبحت تتحكم في السوق من حيث العرض، ومن خلال احتكارها لانتاج السلع والخدمات وبيعها وتوزيعها، " وارتبطت هذه السيطرة الاقتصادية بمناخ احتكاري تمارس فيه هذه الكيانات تحكمها في الأطراف الضعيفة"[2]، وتلك الأطراف الضعيفة هي المستهلكين، فأصبحت القواعد القانونية التقليدية المتعلقة بالتعاقد وحماية الأطراف المتعاقدة عاجزة عن توفير الحماية القانونية للمستهلك.

ثانيا– الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

يرتبط العقد وجودا وعدما من الناحية القانونية بمفهوم الإرادة وتطابق الإيجاب والقبول، لذلك فمن الفقه ما ينكر صفة العقد على عقد الإذعان، أما جانب آخر فيؤيد وجوده.

1– الفقه المنكر لصفة العقد على عقد الإذعان

" في بداية الأمر، ذهب قلة من الفقهاء إلى أن هذه العلاقة لا تمثل سوى علاقة اقتصادية يجب أن تظل في معزل عن القانون، أي أنها علاقة تخضع لقواعد النظام الاقتصادي الصناعي وما يتملكه من أدوات اقتصادية تحدد الحقوق والواجبات بين هذه الأفراد، دون الدخول في تحديد النظام القانوني لها"[3]. بينما "البعض الاخر من فقهاء القانون رأى في سيطرة ونفوذ الطرف القوي مجرد مركز قانوني يجب ان يخضع لقواعد تنظيمية فقط ، كما ذهب أنصار هذا الرأي إلى إنكار صفة العقد على علاقة الإذعان بين الأفراد، وعلى ذلك فهذه النظرة القانونية ترى في ظاهرة السيطرة التي يتمتع بها

[1] فاروق إبراهيم جاسم وأمل كاظم سعود، المرجع السابق، ص 6.
[2] إبراهيم عبد العزيز داود، " حماية المستهلك : في مواجهة الشروط التعسفية –دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 21.
[3] إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 25.

بعض الأفراد مجرد مركزا قانونيا منظما تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها. ولا شك أن هذه النظرة تنبثق من فكر فقهاء القانون العام"[1]. لكن هذا الرأي منتقد.

2- الفقه المؤيد لصفة العقد على عقد الإذعان

يرى اغلب الفقه أن " الإذعان لا يتضمن إهدارا لحرية التعاقد: غاية الأمر أنه يتم دون مفاوضة بين طرفيه، فأحدهما يوجد في مركز قوي بما يتمتع به من نفوذ اقتصادي كبير يمكنه من فرض إرادته وإملاء شروط العقد على الطرف الاخر الذي يشغل مركزا ضعيفا لا يسمح له بمناقشة مضمون العقد أو التفاوض بشأنه. وهذا الوضع لا لا يتضمن إهدارا لحرية الطرف المذعن في رفض التعاقد أو قبوله"[2]، وهذا هو رأي" غالبية فقهاء القانون المدني- أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين"[3].

وعليه، فإن عقد الاذعان صحيح من الناحية القانونية، ينتج جميع آثاره، غير أنه في حالة وجود وضعية استغلال من أحد الأطراف بحيث تضمن العقد بعض الشروط المجحفة، فيكون ذلك سببا لتدخل المشرع أو القاضي لإعادة توازن أطراف العلاقة التعاقدية[4].

الفرع الثاني: الشروط التعسفية في عقد الإذعان

ترتبط عقود الإذعان بالشروط التعسفية. لكن مفهوم الشروط التعسفية واسع، لذلك وجب تحديده والتطرق للحماية القانونية المقررة في ذلك.

[1] إبراهيم عبد العزيزداود، المرجع السابق، ص 26.
[2] إبراهيم عبد العزيزداود، المرجع السابق، ص 27.
[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 193.
[4] إبراهيم عبد العزيزداود، المرجع السابق، ص 28.

أولا: إرتباط الشروط التعسفية بعقد الإذعان

يرتبط عقد الإذعان بالشروط التعسفية، لكن لا يعني أن جميع عقود الإذعان تحتوي حتما عليها[1]، ولكن عادة ما تحتوي عقود الإذعان على شروط تعسفية مقيدة للحرية وهنا الحرية التعاقدية، وبالتالي فرضا الطرف الضعيف هنا معيب، لكن لسنا أمام عيوب الرضا بالمعنى التقليدي للمصطلح[2]. ويرى الفقه أن " هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية"[3].

ثانيا: تعريف الشرط التعسفي

عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي، لاسيما بموجب المادة 03 فقرة 05 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالشروط التعسفية على أنه :" شرط تعسفي : بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط اخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

وعليه، فإن جوهر الشرط التعسفي هو الإخلال بالتوازن بين الأطراف المتعاقدة.

ثالثا: الحماية القانونية من الشروط التعسفية

إن طرفي عقد الإذعان يحتلان مراكز قانونية واقتصادية غير متكافئة، وبما أن المركز القانوني للأطراف غير متوازنة فقد تدخل المشرع الجزائري لوضع قواعد قانونية كفيلة بإرجاع التوازن بينهما، ومنح " الحماية التشريعية الفعالة للطرف المذعِن من الطرف الآخر"[4]، وذلك من خلال سن بعض القواعد الآمرة التي يتم اللجوء إليها من بينها:

- بعض قواعد القانون المدني المتعلقة بحماية المستهلك لاسيما المواد 110 و112؛

---

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق ، ص 35.

[2] بلقاسم فتيحة، أثر الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد 2، سبتمبر 2009، ص 65.

[3] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 191.

[4] د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 93.

–المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 15–114 مؤرخ في 12 مايو 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[1].

– القانون رقم 04–02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية؛

– المرسوم التنفيذي رقم 06–306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم؛

وعليه، فالمشرع الجزائري، بالإضافة إلى تعريف الشرط التعسفي، فقد حدد بعض القواعد الآمرة المتعلقة بحماية المستهلك، وهذا ضمانا لحقوقه المشروعة في مواجهة الطرف القوي لاسيما منه البنك.

رابعا: مضمون الشروط التعسفية

هناك طريقتين في تحديد الشروط التعسفية وهما أسلوب القائمة وأسلوب التعريف المباشر أو بهما معا[2]. وبالرجوع إلى القانون الجزائري فقد اعتمد المرسوم التنفيذي 06–306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية طريقة القائمة، بحيث نص على 12 حالة[3] عندما يقوم العون الاقتصادي بإدراجها في العقد، فتكون تلك البنود التي تتضمنها تعتبر شروطا تعسفية.

---

[1] " يمكن المقرض تسديد كل القرض أو جزء منه مسبقا، قبل انتهاء مدة القرض".
يكون كل بند في عقد القرض يخالف هذه الأحكام عديم الأثر".

[2] فاروق إبراهيم جاسم وأمل كاظم سعود، المرجع السابق، ص 101.

[3] المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية: " تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:
- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه،
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد وفسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،
-النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الجبري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطه،
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

علما أن هذا الأسلوب، أي أسلوب القائمة، هو شائع، حيث لجأت أغلب التشريعات إلى النص على الحالات التي تعتبر تعسفية. وهذا نظرا لعدة مزايا يوفرها هذا الأسلوب. أهمها سهولة الرجوع إليها في تحديد مدى مشروعية بند من البنود المدرجة في العقود سواء بالنسبة للطرف المتعاقد أو لجمعيات حماية المستهلك، وحتى بالنسبة للقاضي. فإنه بمجرد توافر أحد تلك الحالات يحكم ببطلانها، واستبعادها من مقتضيات العقد لمصلحة المستهلك.

الفرع الثالث: دور القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية

عندما يعرض نزاع على القاضي بخصوص عقد يربط بين البنك والمستهلك، فإنه توجد حالتين بخصوص الشروط التعسفية، الحالة الأولى متعلقة بكون البنود التي يتضمنها العقد تدخل ضمن القائمة المحددة للشروط التعسفية، والحالة الثانية متعلقة ببنود ينازع أحد أطراف النزاع خصوصا المستهلك في صحتها بحيث يرى أنها شروط تعسفية فيطلب استبعادها والحكم على أنها شروط تعسفية، لكنها أصلا لا تدخل ضمن القائمة.

أولا: حالة البنود التي تدخل ضمن قائمة الشروط التعسفية

عندما يكون الشرط المتضمن في العقد من بين الشروط المنصوص علها بأنه تعسفية، فإن للقاضي السلطة الكاملة في إلغائها.

ثانيا: البنود غير المتضمنة في قائمة الشروط التعسفية

يلعبُ القاضي دورا مهما في تقدير شروط العقد واعتبارها تعسفية أم لا، "والقاضي هو من يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارات العقد تحمل المعنى الذي أخذ به..."[1].

[1] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 195.

"ذلك أن القانون المدني يترك بعض المفاهيم بدون تحديد مع تفويض القاضي بالقيام بهذه المهمة... وهو ما يترك لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف والإجحاف بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة على حدة. وبالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف التعاقد[1] ".

و هو نفس المبدأ الذي أقرته محكمة عدل الإتحاد الأروبي (CJCE) في قرار لها مؤرخ في 04 جوان 2009 (C-243 / 08 Pannon) الذي أقر أن القاضي الوطني يجب عليه تلقائيا أن يراقب مدى اعتبار الشرط تعسفيا بمجرد توفره على عناصر مادية وقانونية في الملف، وعليه، استبعاد تطبيقها إلا إذا عارض المستهلك ذلك[2]. هنا يستعين القاضي[3] بمقتضيات المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتعلق القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

2- حدود القاضي في التعامل مع الشروط التعسفية

وضع المشرع بعض القواعد التي يجب توفرها في تحديد الشروط التعسفية ، وهي الأساس الذي يعتمده القاضي في القياس على باقي البنود هل هي تعسفية أم لا، ولكن هناك بعض المبادئ يستهدي بها القاضي في عمله أهما:

أ- تتسع سلطات القاضي في تفسير والرقابة على القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، وعليه تنعقد سلطة القاضي في "استبعاد أي اتفاق أو أي وسيلة قد تؤدي إلى منع القاضي من مباشرة سلطات الرقابة على الشروط التعسفية"[4].

---

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق ، ص 39 - 40.

[2] http://legifrance.gouv.fr; تمت زيارة الموقع يوم : 17 نوفمبر 2017.

و قد ذكرت كمرجع للقضية

cour de cassation, civile, chambre civile 1, 29 mars 2017, 16-13 .050 , publié au bulletin .

[3] بلقاسم فتيحة، المرجع السابق، ص 77.

[4] إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق ، ص 41.

ب- اتساع سلطة القاضي لتشمل الرقابة على جميع الشروط التعسفية أيا كان نوعها، حيث" وعلى ذلك تشمل الرقابة كل الشروط، سواء علم بها المذعن أم لم يعلم"[1].

ج- هناك العديد من القواعد القانونية التي يجوز للقاضي الاستناد إليها أهمها "حرية القاضي في الاستناد لقواعد العدالة بما تحتويه من أفكار أخلاقية "[2].

د-يجوز للقاضي الاستعانة بلجنة البنود التعسفية في تقدير مدى اعتبار الشرط تعسفيا أم لا، وهذا الحل مأخوذ به في القضاء الفرنسي[3]، وقد أقره المشرع الجزائري لاسيما بموجب المادة 06 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مهمتها البحث في كل العقود المطبقة على الأعوان الاقتصاديين وعلى المستهلك لتحديد البنود التعسفية بهدف صياغة التوصيات بشأنها، وكذا القيام بجميع الدراسات المتعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، ولها في ذلك القيام بأي عمل يدخل في مجالها[4].

يمكن القول تلك القواعد المتعلقة بحماية المستهلك، تساهم في تخفيف العبء على الزبون، وهي بذلك بتحقق هدف من أهداف التنمية المستدامة، مثلها مثل حماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية للشركات.

غير أن تلك القواعد تبقى غير كافية ليلعب البنك الدور المنوط به في تحقيق تلك الأهداف والدليل أن القطاع البنكي مثلا في الجزائر لايزال يعاني من ضعف حتى في القيام بمهمته التقليدية ألا وهي الوساطة، فلا يزال تجميع الإدخار و الائتمان ضعيفين. وحتى البنوك الكبيرة تعرف الكثير من الأزمات والتقلبات. وهذا يدل على أن هناك حاجة إلى قواعد أخرى و آليات من شأنها تعزيز دور البنك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، أهمها الحوكمة.

---

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق ، ص 41.
[2] إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق ، ص 42.
[3] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 249.
[4] المادة 07 من القانون رقم 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

الباب الثاني

آليات تفعيل دور البنك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة

يلعب البنك دورا كبيرا في تحقيق أهداف التنمية المستدامة على المستوى الداخلي البنك باعتباره شركة ناشطة وجزء لا يتجزأ من النسيج الاقتصادي والاجتماعي. فهو ملزم باحترام متطلبات التنمية المستدامة بعناصرها الثلاثة من احترام وحماية البيئة، المسؤولية الاجتماعية وحماية المستهلك وذلك على المستوى الداخلي للبنك، شأنه في ذلك شأن كل عون من الأعوان الاقتصادية داخل الدولة، مثلا بالتزامه كأية مؤسسة أو شركة بتوفير الأمن والسلامة والظروف الصحية لموظفيه مثلا من خلال عدم استخدام الأميونت كعازل في بناية البنك. كما يزداد دور البنك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة نظرا لأنه العون الاقتصادي ذو الدور الفعال في تمويل الاقتصاد، وعليه فهو يدخل في علاقات متينة وعلى المدى الطويل مع كل المتعاملين الاقتصاديين، وبذلك يمكن للبنك أن يؤثر في تحقيق أهداف التنمية المستدامة من خلال الدور الذي يلعبه في مواجهة عملائه. فالبنك من جهة يجب أن يختار المشاريع التي يمولها لاعتبارات الربحية أي أن تكون المشاريع التي يمولها مربحة، ولكن من جهة أخرى يجب عليه اختيار المشاريع التي يمولها على أساس اعتبارات غير تجارية ألا وهي احترام المشروع لمتطلبات التنمية المستدامة.

فالبنك يجب أن يمنح قروضا للمؤسسات الأكثر احتراما لقواعد البيئة، والمسؤولية الاجتماعية وكذلك حماية المستهلك، مثلا يجب أن تكون منتوجات الشركة التي يمولها محترمة للمقاييس البيئية.

ولتفعيل دور البنك في تحقيق تنمية مستدامة يجب الاعتماد على الوسائل التي تكفل له تحقيقها، وفي سبيل ذلك هناك عدة آليات متعلقة إدارة البنك ، يجب على البنك اتباعها واحترامها وأهمها ما يعرف بحوكمة البنوك.

وقد تزايدت أهمية حوكمة البنوك لاسيما بعد الأزمات المالية والبنكية المتكررة التي عرفها العالم، وأهمها أزمة التوريق[1]. لذلك عكفت الكثير من الهيئات على تحديد أفضل المعايير للبنوك حتى تلعب دورها على أحسن وجه من حيث تحقيق الاستقرار، الربحية واحترام القانون. والتي كشفت على ضرورة الاهتمام بالإفصاح والشفافية باعتبارها أهم مبادئ الحوكمة، والتي من شأنها المساهمة في تعزيز الثقة في القطاع البنكي، مما يعزز من فعاليته. علما أن مخالفة تلك المبادئ يمكن أن يكون جرائم يعاقب عليها القانون. ولضمان التزام البنك بالحوكمة، وعدم مخالفة مبادئه، فهي تخضع للرقابة.

وعليه، سنتناول في هذا الباب في الفصل الأول حوكمة البنوك وفي الفصل الثاني الرقابة البنكية.

[1] التي ظهرت في 2008.

الفصل الأول

حـــوكمة البنـــوك

يعتبر القطاع البنكي من أكثر القطاعات الاقتصادية حساسية، نظرا لعدة اعتبارات، أهمها دور الوساطة الذي يلعبه، وهو يمثل أحد ركائز التنمية المستدامة. ونظرا لأنه يتعامل بالأموال المودعة لديه أصلا، فإنه يخضع لقواعد صارمة في إدارته، بحيث يخضع للقانون البنكي سواء الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض أو القانون التجاري...الخ، بهدف حماية أموال المودعين والمستثمرين والشركاء، واستقرار النظام المالي والبنكي ككل.

ونظرا لاتساع دائرة أصحاب المصالح من جهة، وحساسية القطاع من جهة أخرى، سواء تعلق الأمر بالنظام الاقتصادي ككل، أو بالنظام البنكي والمالي، فإن تعرض البنك للأزمات المالية يمس بسمعته، وهذا يؤدي إلى تتدهور الثقة في صلابة القطاع البنكي، لذلك فقد أجمعت الدراسات والهيئات المتخصصة على ضرورة انضباط القطاع البنكي والتزامه بقواعد الحوكمة باعتبارها أهم الآليات التي من شأنها تفعيل دور البنوك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

لقد اهتم الفقهاء بوضع إطار نظري لحوكمة الشركات، كما أصبحت العديد من الهيئات تتدخل في تحديد مبادئ حوكمة الشركات وحوكمة البنوك، والتي أصبحت العديد من البنوك تلتزم بها، وكذلك هناك العديد وليس كل قواعد الحوكمة التي أصبحت مقننة، بحيث تدخلت الدولة بفرض بعض القواعد المتعلقة بها، بحيث تكون مخالفة تلك القواعد خرقا للقانون.

من خلال هذا الفصل سنتطرق لأهم النظريات التي تصلح لأن تكون الإطار النظري للحوكمة، وإلى أهم القواعد القانونية التي تشكل الإطار القانوني لحوكمة البنوك، وذلك في المبحث

الأول: الإطار القانوني للحوكمة، ثم سنتناول أهم مبادئ حوكمة البنوك، والتي تشكل مخالفتها خرقا للقانون، وذلك في المبحث الثاني: مبدأ الإفصاح والشفافية والجرائم المتعلقة به.

المبحث الأول: الإطار القانوني للحوكمة

تخضع البنوك باعتبارها شركات مساهمة للنظرية العامة لحوكمة الشركات، وقد اهتم العديد الفقهاء والمدارس بهذا الموضوع[1]، وذلك للحد من الآثار السلبية التي تنتج من انهيار الشركات بسبب ضعف الانضباط فيها وعدم اتباع قواعد الإدارة السليمة والحوكمة، خاصة في ظل تكرار الأزمات التي أصبحت تهز الثقة في النظام المالي والبنكي خصوصا، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول.

علما أن التشريعات المختلفة ومنها الجزائرية كذلك تدخلت من خلال وضع بعض القواعد القانونية المتعلقة بالحوكمة خاصة في القطاع البنكي، ولكن كما رأيناه في الباب الأول، ليست التشريعات الوطنية وحدها التي تتدخل بوضع القواعد المتعلقة بحوكمة البنوك، بل الهيئات الرسمية وغير الرسمية على المستوى الوطني والدولي كذلك كثيرا ما تتدخل لوضع قواعد الحوكمة والتي أصبحت تدخل ضمن الإطار القانوني لحوكمة البنوك، وهذا ما سنتناوله بالدراسة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الإطار النظري لحوكمة البنوك

يعتبر مصطلح الحوكمة مصطلح حديث، لكن مفهوم الحوكمة باعتباره مرتبط بإدارة الشركات من المواضيع التي اهتمت بها العديد من الدراسات وكان محل تنظير عرف العديد من التطورات مع تطور الزمن. وهناك من يرى من الفقهاء والكتاب أنه يعود لسنوات التسعينات من القرن الماضي[2]، وهو يُعنى مفهوم بتوزيع السلطات بين مختلف هيئات المؤسسات لا سميا بين المساهمين والمسيرين،

[1] أنظر أدناه: ص 222 ومايليه.
[2] حاكم محسن الربيعي وحمد عبد الحسين راضي، المرجع السابق، ص 16.

غير أن المصطلح لم يظهر إلا في سنوات الثمانينات، غير أن الفقيهان Means وBerle في كتابهما (Modern Corporation and Private Proprerty) سنة 1932 قد تناولا موضوع استفادة المسيرين من ضعف وضعية المساهمين[1] .

وعليه، سنتطرق لمفهوم حوكمة البنوك في الفرع الأول، ثم إلى أهم النظريات المؤسسة لحوكمة الشركات الفرع الثاني .

الفرع الأول: مفهوم حوكمة البنوك

تجمع الدراسات أن أول ما ظهر مفهوم الحوكمة كان متعلقا بإدارة الشركات التي تطرح اسهمها في السوق المالية أو البورصة[2]. ويعتبرُ مفهوم قانوني واقتصادي، ارتبط ظهوره بالأزمات الاقتصادية والمالية وبإدارة شركات المساهمة. للإحاطة بهذا المفهوم يجب أن نتطرق (أولا) لتعريف الحوكمة، ثم إلى مفهوم الحوكمة لدى بعض الهيئات الدولية (ثانيا).

أولا: تعريف الحوكمة

هناك العديد من التعريفات للحوكمة منها التعريف اللغوي للحوكمة، والتعريف الإصطلاحي .

1- الحوكمة لغة

الحوكمة باللغة العربية يقابلها بالفرنسية لفظ (La gouvernance)، والكلمة تجد أصلها في كلمة إغريقية قديمة في القرن الثالث عشر ميلادي هي (kubernan) والتي تعبر عن قدرة ربان السفينة

[1] Paul Didier et Philippe Didier, Les sociétés commerciales, Tome 2, éd Point Delta et Economica, paris, 2011, p 904.
[2] Paul Didier et Philippe Didier, op.cit., p 6 .

ومهارته في قيادتها وسط الأمواج والعواصف، وأخلاقه وسلوكه الذي بفضله يتمكن من الرجوع بالسفينة إلى بر الأمان[1].

وتقابلها في اللغة اللاتينية كلمة(Gubernare)، وقد استعملت أولا في اللغة الفرنسية كلمة(Gouvernement)، وفي الإنجليزية كلمة (Governance)، و"قد اعتمد مجمع اللغة العربية مصطلح " حوكمة[2] الشركات سنة 2003"[3].

وتعني" الحوكمة لغة معناها التحكم أو الحكم، أي السيطرة على الأمور بوضع الضوابط والقيود التي تحكم العلاقات داخل المنظمات بصفة عامة، سواء بالتوجيه والارشاد، اللجوء إلى العدالة، أو الرجوع إلى المرجعيات الأخلاقية"[4].

2- الحوكمة اصطلاحا

هناك عدة تعريفات للحوكمة، تختلف باختلاف الجهة التي صدر عنها التعريف وباختلاف المنظور أو الجانب الذي يرتكز عليه، وهناك التعريف الضيق والتعريف وفقا للمفهوم الواسع.

أ- تعريف حوكمة الشركات وفقا للمفهوم الضيق

عرَّف فريدمان (Freedman) حوكمة الشركات على أنها:" إدارة أعمال الشركة طبقا لرغبات حملة الأسهم فيها، بمعنى تحقيق العوائد المجزية لحملة الأسهم بالاستناد إلى المفهوم الاقتصادي لتعظيم القيمة السوقية الذي يشكل الأساس لتعظيم ثروتهم"[1].

---

[1] Véronique Magnier , Collectif, La gouvernance des sociétés cotées face à la crise, éd L.G.D.J et Alpha éd, 2011, p 4.

[2] يرى الأستاذ عمار حبيب جهلول، أن اختيار مصطلح حوكمة الشركات موفق أكثر من المصطلحات الأخرى كمصطلح "حكم الشركات، أو حكمانية الشركات أو التحكم المؤسساتي أو حاكمية الشركات" لأنه على وزن "فوعلة" وهو الأنسب لمعنى الحكم والرقابة على الشركات. أنظر عمار حبيب جهلول، النظام القانوني لحوكمة الشركات، منشورات زين الحقوقية، ودار نيبور، بغداد، الطبعة الأولى، 2011، ص 23.

[3] غضبان حسام الدين، محاضرات في نظرية الحوكمة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، الطبعة الأولى، 2015، ص 15.

[4] غضبان حسام الدين، المرجع السابق، ص 16.

وعليه فإن التعريف الضيق للحوكمة يركز على أن إدارة الشركة يجب أن توجه أساسا بما يخدم مصالح حملة الأسهم أي الشركاء والمساهمين، من خلال الاهتمام بتحقيق وتوزيع الأرباح لهم.

ب- تعريف حوكمة الشركات وفقا للمفهوم الواسع

تضع التعريفات الواسعة في الاعتبار أن الشركة تكون مسؤولة أمام المجتمع ككل والأجيال القادمة بل والعالم بأسره، ومن أهم التعريفات التي سلكت هذا المنهج تعريف (Jill Solomon) 2010 حيث يُعرِّف حوكمة الشركات على أنها: " نظام من الضوابط والتوازنات داخليا وخارجيا، يضمن أن الشركات توجه مسؤولياتها لكل أصحاب المصالح، وان تعمل بطريقة تؤكد مسؤوليتها الاجتماعية في كل جوانب أنشطة أعمالها"[2].

كما "تعد حوكمة التسيير بمثابة عملية إدارية تمارسها السلطة الإدارية الإشرافية سواء داخل الشركات أو خارجها، سواء داخل الأجهزة الحكومية أو غير الحكومية فهي تتخذ من الأخلاق الحميدة أداتها ومحورها، وفي الضمير الذاتي عدتها وبنيانها، ومن الوعي الإدراكي بالقيم المثلى نظامها، وهي عنصر لازم ومتلازم في كافة الأعمال"[3].

ويمكن تعريف الحوكمة على أنها " مجموعة القواعد والحوافز التي يتم من خلالها توجيه رقابة إدارة الشركة وصولا إلى تعظيم كل من الربحية وقيمة الشركة طويلة الأجل لمنفعة المساهمين وأصحاب المصالح"[4].

---

[1] محمد عيد علي بعبع، المرجع السابق، ص 13.
[2] محمد عيد علي بعبع، المرجع السابق، ص 14.
[3] مصطفى حسين بسيوني يعدي، الشفافية والإفصاح في إطار حوكمة الشركات: مبادئ وممارسات حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص 146.
[4] حاكم محسن الربيعي، وحمد عبد الحسين راضي، المرجع السابق، ص 22.

وكل تلك التعريفات تؤكد على أن الهدف من الحوكمة هو ضمان ديمومة الشركة حفاظا على مصلحة المساهمين وكذلك مصلحة أصحاب المصالح، عن طريق اتباع مجموعة من القواعد المتعلقة برقابة إدارة الشركة لاسيما على مدى احترام الهيئات المختلفة للمتطلبات القانونية المختلفة وأيا كان مصدرها.

ثانيا: مفهوم الحوكمة لدى بعض الهيئات الدولية

نظرا للدور الكبير الذي تلعبه الشركات باعتبارها أهم الأعوان الاقتصاديين في خلق القيمة المضافة وازدهار البلدان، تشغيل اليد العاملة، المساهمة في الدخل القومي (PIB)، ونظرا لأن الحالة الاقتصادية والمالية للشركات يؤثر في الوضعية الاقتصادية والمالية ككل فإن تعثر الشركات عموما والبنوك خصوصا أصبح المشكل الشاغل لكثير من الدول وحتى على المستوى الدولي على الصعيد الرسمي وغير الرسمي، لذلك عكفت الدول والهيئات الرسمية وغير الرسمية على وضع أسس ومبادئ لحوكمة الشركات تكون مرجعا في إدارة الشركات، ومن أهم تلك الهيئات نجد البنك الدولي ولجنة بالزل، لجنة كادبري...إلخ.

تعتبر التعريفات التي وضعتها تلك الهيئات في غاية من الأهمية لأنه غالبا ما يكون المرجع التي تعتمده الدول والجهات المنوط بها وضع قواعد الحوكمة في إعداد القواعد القانونية وحتى المواثيق والمدونات المتعلقة بالحوكمة. وحتى البنوك يمكن أن تعتمد تلك الأعمال كمرجع للحوكمة[1].

[1] أنظر أعلاه: ص 141 ومايليه.

1- مفهوم الحوكمة حسب البنك الدولي 1999

يعتبر البنك الدولي بأن " مفهوم الحوكمة العامة والجيدة هو مرادف لإدارة تنموية سليمة تتميز بآلية واضحة ومتفتحة ومتنورة لوضع السياسات، وهيكلية إدارية تتسم بأخلاقيات مهنية، وحكومة تنفيذية مسؤولة عن أعمالها، ومجتمع مدني مشارك في الشؤون العامة ويخضعون جميعهم لحكم القانون"[1].

وعليه، فحسب البنك الدولي فإن الحوكمة تعني عناية الإدارة بما يخدم الأهداف التنموية، في إطار الأخلاق والمسؤولية والقانون، مع إشراك المجتمع المدني أي أصحاب المصالح بصفة عامة.

2- مفهوم الحوكمة حسب لجنة بازل

الحوكمة هي " تحديد وتوزيع الحقوق والمسؤوليات بين مختلف المشاركين في المنظمة مثل مجلس الإدارة والمديرين واصحاب المصالح الأخرى، وتبين القواعد والإجراءات لاتخاذ القرارات بخصوص شؤون المنظمة، وتكون الهيكل الذي يمكن من خلاله وضع اهداف المنظمة ووسائل بلوغ تلك الأهداف وتقويم الأداء"[2].

بمعنى تحديد المسؤوليات على جميع المستويات، حتى تتمكن المنظمة من وضع الأهداف، وتحقيقها، مع العمل على تصحيح الأخطاء.

[1] أكرم محسن الياسري وإيناس ناصر عكلة الموسوي، مفاهيم معاصرة في الإدارة الإستراتيجية ونظرية المنظمة، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، الطبعة الأولى، 2015، ص 82.
[2] أكرم محسن الياسري وإيناس ناصر عكلة الموسوي، المرجع السابق، ص 82.

3- مفهوم الحوكمة حسب شركة التمويل الدولية [1](IFC)

هي "مجموعة الهياكل والعمليات اللازمة لتوجيه وضبط المؤسسات وتحديد وتوزيع الحقوق والواجبات بين المشاركين الرئيسيين في المؤسسة- بمن فيهم المساهمين وأعضاء مجلس الإدارة والمدراء- وكذلك تحديد القواعد والإجراءات الخاصة باتخاذ القرارات بشأن أمور الشركة"[2].

4- مفهوم حوكمة الشركات حسب لجنة كادبوري (Cudbury)

"حوكمة الشركات هي نظام بمقتضاه تدار الشركات وتراقب"[3]. ويرى الأستاذ عمار حبيب جهلول أن تعريف لجنة كادبيري هي تعريف وفق في وضع وظيفة الحوكمة .

5- مفهوم حوكمة الشركات حسب منظمة التعاون الاقتصادي للتنمية (OCDE)

" المنظومة التي تحدد توزيع الحقوق والمسؤوليات بين مختلف المشاركين، مثل مجلس الإدارة والمديرين والمساهمين وأصحاب المصالح الآخرين، كما انها تبين القواعد والإجراءات اللازمة لاتخاذ القرارات بخصوص شؤون الشركة، وهي بهذا توفر أيضا الهيكل الذي يمكن من خلاله وضع أهداف الشركة، ووسائل بلوغ تلك الأهداف، ورقابة الأداء"[4].

[1] International Finance Corporate.

[2] حاكم محسن الربيعي، وحمد عبد الحسين راضي، المرجع السابق، ص 25.

[3] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 30.

[4] محمد عيد علي بعبع، المرجع السابق، ص 22.

6- مفهوم حوكمة الشركات حسب المنتدى العالمي لحوكمة الشركات (GCGF)

" النظام الذي يتم من خلاله إدارة الشركة والتحكم في أعمالها، وذلك عن طريق تحديد النمط السلوكي داخل الشركة من حيث معايير الكفاءة والأداء والنمو والهيكل المالي والعلاقة بين المساهمين واصحاب المصالح الآخرين"[1].

7-دليل حوكمة الشركات في الجزائر

اقتداء بالبلدان الأخرى، فقد عملت المؤسسات الجزائرية على تبني "ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر"[2]، وبذلك أصبح المرجع العام الذي يمكن أن تتبناه الشركات الجزائرية في إطار الحوكمة. وهو عموما يذكر بأهمية الحوكمة ودور الشركات في التنمية المستدامة.

تلك التعريفات هي كلها مهمة، لأنه كما قلنا تكون مرجعا في وضع الدول والشركات والبنوك لقواعد الحوكمة، والرقابة على احترامها. وعلى كثرتها إلا أنها تتفق على أن الحوكمة متعلقة بالإدارة العليا للشركات، والبنوك، وهي متعلقة بمجموعة من المبادئ التي يجب على الإدارة العليا للشركات احترامها خاصة في وضع توجهاتها، وفي عمليات الشركة.

ويمكن القول أن مفهوم الحوكمة يتعلق ببعض الأشخاص وبعض المهام والمسؤوليات المنوطة بهم، والتي يجب تحديدها لأنه ذلك يساعد على العمل لتحقيق الشركة لأداء فعال على جميع المستويات أي داخليا وخارجيا ومنه المساهمة في تحقيق التنمية المستدامة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه حسب الدراسات لا توجد حوكمة واحدة أو نظام حوكمة واحد ينطبق على جميع الشركات، بحيث تختلف بحسب حجمها وشكل رأسمالها وحسب المشاكل المتعلقة

[1] محمد عيد علي بعبع، المرجع السابق، ص 22.
[2] لسنة 2009.

بكل واحدة منها، لذلك تبقى كامل الحرية لكل شركة و لكل بنك في اختيار "الحوكمة" التي تتماشى مع متطلباتها[1].

ثالثا: الهدف من حوكمة الشركات

تتمتع الشركة التي يتم انشاؤها لا سيما في شكل شركة المساهمة بالشخصية المعنوية وتصبح الأرباح التي تحققها أرباحا مشتركة لكل المساهمين، بغض النظر عن توزيع الأرباح فيما بعد بين الشركاء والمساهمين، وقد اعتنى الدارسون للاقتصاد والقانون بالمشاكل الاقتصادية والقانونية الناشئة عن دارة الشركة وخلق القيمة، والسيطرة على الشركة، وقد ظهرت عدة نظريات حاولت أن تضع أسسا نظرية ومن خلالها يتم تحديد السلطات والأولويات في إدارة الشركات.

ويرى الفقه أن الحوكمة "ليست هدفا في حد ذاته، ولكنها أداة ووسيلة لتحقيق نتائج واهداف، يسعى إليها الجميع، فهي مجموعة من المعايير والقواعد والقوانين المنظمة لأداء والسلوك والممارسات العلمية التنفيذية، سواء للشركات، أو المنظمات، أو المؤسسات، أو الجمعيات ومن ثم الحفاظ على حقوق أصحاب المصالح، وتحقيق الشفافية ومسؤولية مجلس الإدارة"[2].

"ويهدف ذلك النظام إلى تحقيق التوافق Aligning بين مصالح الإدارة والمساهمين بالإضافة إلى الكفاءة الاقتصادية والرفاهية الاجتماعية. ولا شك أن تقوية وتعزيز نظام الحاكمية يحقق الميزة التنافسية للأعمال، وتقوية الاقتصاد، وتوسيع اسواق رأس المال، وجذب تدفقات رأس المال طويلة الأجل،

[1] Pierre-Ives Gomez, rapport 2014 sur les entreprises faisant référence au code de gouvernance MIDDLENEXT, Institut Français de Gouvernement des Entreprises, les publications de l'I.F.G.E., mai 2015, p 2.

[2] مصطفى حسين بسيوني يعدي، المرجع السابق، ص 151.

وتعزيز وتيرة النمو الاقتصادي ومنع عمليات الغش والتلاعب Fraud، وسوء استخدام السلطة Abused وسوء الإدارة Mismanagement"[1]. وهذا كله يمكن تلخيصه في تحقيق القيمة المضافة[2].

وعليه، فالهدف من الحوكمة هو وضع إطار لاتخاذ القرارات في الشركة من حيث الجهة المستفيدة من القرار. ومن جهة أخرى تحديد المسؤوليات عن مخالفة المبادئ. وذلك للحصول على رضى أصحاب المصالح عن الأهداف المحققة. ورضى أصحاب المصالح يعني أن التنمية التي تحققها الشركة تكون في إطار تنمية مستدامة، وليس تحقيق مصلحة خاصة بفئة خاصة لاسيما منها المساهمين أو المدراء.

رابعا: مبادئ حوكمة الشركات وفق منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCDE)

اهتمت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بموضوع حوكمة الشركات، وقد كلفت في الاجتماع الذي عقد على المستوى الوزاري في فترة27 إلى28 أفريل عام1998 أن تقوم بالاشتراك مع الحكومات الوطنية وغيرها من المنظمات الدولية والقطاع الخاص، بوضع مجموعة من المعايير والإرشادات بخصوصها، لذلك كلفت المنظمة فريق عمل مخصص لمهمة وضع مبادئ غير ملزمة حوكمة الشركات تمثل وجهات نظر الدول الأعضاء في هذا الصدد... وقد وافق الوزراء على مبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لحوكمة الشركات في اجتماع مجلس المنظمة على المستوى الوزاري في 27/26 مايو 1999[3]. والمبادئ هي: حقوق المساهمين، المعاملة المتكافئة للمساهمين، دور أصحاب المصلحة، الإفصاح والشفافية، مسؤوليات مجلس الإدارة ، وقد تم تقييم تلك المبادئ عام 2002، انتهى الرأي على صياغة معدلة للمبادئ في 2004/04/22 لتشمل بالإضافة إلى المبادئ السابقة

[1] حاكم محسن الربيعي وحمد عبد الحسين راضي، المرجع السابق، ص 22.
[2] Yann Paclot, La gouvernance d'entreprises pour quoi faire ? quelques réflexions sur le code de gouvernement d'entreprises des sociétés cotées, Véronique Magnier, Collectif, op.cit., p 286.
[3] طارق عبد العال حماد، المرجع السابق، ص 41.

مبدأ جديد متعلق بضرورة توافر إطار فعال لحوكمة الشركات[1]. وتعتبر تلك المبادئ المرجع الذي تعود إليه الدول في وضع تشريعاتها الداخلية[2] .

الفرع الثاني: أهم النظريات المؤسسة لحوكمة الشركات

بعدما تطرقنا سابقا لأهم التعريفات التي جاءت في تعريف حوكمة الشركات والتي رأينا أنها تختلف من حيث الهدف منها وإطارها فإنه لمن الضروري أن نتطرق للجانب النظري لحوكمة الشركات حتى نتمكن من الإحاطة الشاملة بالمفهوم من جميع الجوانب فالتعريف المؤسساتي لا يكفي لاحتواء أي مفهوم نظرا لأنه مرتبط ببعض المصالح الآنية، فكما رأينا تتغير التعريفات بمرور الزمن كما يتم تعديل البنود والمحتويات من فترة لأخرى حتى تساير متطلبات تقلبات الأوضاع التجارية والاقتصادية والمالية، وعليه فإن الإطار النظري لمفهوم الشركات يوضح لدارس القانون والاقتصاد ولرجال الأعمال والمسيرين والمراقبين وحتى للمشرع والأشخاص المنوط بهم وضع التقنينات الخاصة (les codes privés) ومدونات السلوك الأسس والمبادئ الضرورية لفهم حوكمة الشركات من خلال المراحل التاريخية المتتالية والمنظور الاقتصادي المنتهج، ذلك أن حوكمة الشركات كما رأيناه هي إطار عام ويبقى التطبيق السليم والابتكار مهما لمواجهة العقبات والأزمات وتوخيها.

وعليه، سنتناول أولا أهم النظريات المتعلقة بالحوكمة، ثم بعض الحلول المقترحة ثانيا.

أولا: أهم النظريات المتعلقة بالحوكمة

هناك العديد من النظريات التي تشكل الإطار النظري للحوكمة، تكمن أهمتها في كونها تطرح الأسئلة المهمة والإشكاليات التي تواجه الواقع العملي، والتي تكون عادة النصوص القانونية التي تأتي

[1] صلاح حسن، الرقابة على أعمال البنوك ومنظمات الأعمال: تقييم أداء البنوك والمخاطر المصرفية الإلكترونية، دار الكتاب الحديث، 2011، ص 70.
[2] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 44.

فيما بعد كجواب عنها. وكذلك الدراسات الفقهية تأتي لتقييم مدى نجاعة الحلول القانونية المقترحة لمواجهة الإشكاليات المطروحة.

1- نظرية الوكالة (Agency Theory)

أهم روادها[1] جونسن وميكلينج(Jonson et Meckling) سنة 1995، تعتبر هذه النظرية أن فصل الملكية عن التسيير يؤدي إلى حدوث ما يسمى 'مشاكل الوكالة'، التي نظرت في نظرية الوكالة، و"تعد نظرية الوكالة تعبير عن العلاقة التعاقدية بين طرفين تتضارب أهدافهما وهما الرئيس والعون، لذلك فهي تهدف إلى صياغة العلاقة بين هذين الطرفين بهدف جعل تصرفات الوكيل تنصب على تعظيم ثروة المالكين. ومن خلال هذه العلاقة تنشأ العديد من المشاكل لعدم وجود عقود كاملة"[2]، فالعون فيما يخص التسيير البنكي هو مسير البنك (المديرون) أما الرئيس فيشمل المساهمين، والمودعين والجمهور، وأهم المشاكل التي تطرحها نظرية الوكالة نجد هنا مشكلة تضارب المصالح، مشكلة الاختيار المعاكس، مشكلة عدم تماثل المصالح، ومشكلة تحمل المخاطر"[3].

وتلك المشاكل تتولد عنها تكاليف منها تلك المتعلقة بالإشراف أو الرقابة، وتكاليف الالتزام. فيتحمل الأصيل تكاليف الإشراف أو الرقابة، منها وضع رقابة داخلية وأخرى متعلقة بالمكافآت. أما الوكيل فيتحمل تكاليف الالتزام، وهي موجهة لطمأنة الأصيل. أما الخسارة المتبقية فيتحملها الأصيل، ومنها ما يتحملها الوكيل[4].

---

[1] هناك العديد من لفقهاء الذين اهتموا بنظرية الوكالة أهمهم: Berle and Means، Schleifer and Vishny أنظر أحمد على خضر، حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص 98-99.

[2] غضبان حسام الدين، المرجع السابق، ص 23.

[3] غضبان حسام الدين، المرجع السابق، ص 24.

[4] سندرة أنيسة، حوكمة البنوك في ظل التطورات المالية العالمية : دراسة حالة الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2016، ص 100.

2- نظرية المضيف (Stewardship Theory)

من روادها Davidson and Davis (1991)، والمضيفون في الشركة هم المدراء التنفيذيون الذين يعسون لتحقيق المصلحة العليا للملاك، ومن ثم ازدهار الشركة، والذي سيؤثر إيجابا على وضعيتهم الشخصية، أي أنه كلما حققت الشركة نتائج إيجابية كلما انعكس ذلك إيجابا على مصلحتهم الشخصية. وعليه لا يوجد أي داع للفصل بين وظيفة المدير التنفيذي ورئيس مجلس الإدارة، وهذا من شأنه خفض تكاليف الوكالة[1]. حيث يرى بارل ومينس (Berle et Means) **أن** السيولة التي توفرها البورصة تؤدي من خلال انحلال أو توزع رأس المال بين عدد كبير من المساهمين إلى أن المساهمين الصغار يصبحون محجمين عن التدخل في إدارة شؤون الشركة، وذلك أن تدخلهم سيكلفهم أكثر مما سيتحصلون عليه من أرباح، وهذا ما يعرف ب " الفصل بين الملكية والإدارة"، وبذلك تتركز السيطرة بين يدي المدراء "les nouveaux princes" الذين يتحكمون في الشركة دون أية مقاومة 'contre pouvoir'[2]، وهؤلاء المدراء في الغالب أصحاب كفاءات يمتهنون الإدارة وغالبا ما ينتقلون من شركة لأخرى[3]، لذلك فإن العلاقة بين المدير والشركة ينظمها العقد، وبذلك تظهر السيطرة التي يحوزها المسيرون مشروعة نظرا لأنها ناتجة عن آلية التعاقد، فالشركاء بتفضيلهم السيولة التي يوفرها دخول البورصة يكونون بذلك قد تخلوا عن السيطرة[4].

3- نظرية تكلفة المعاملة (Transaction Cost Theory)

من روادها (Coase)، مفادها أن الشركة تتحمل وفقا لهذه مجموعة من التكاليف المتعلقة بأربعة نقاط الأولى تكلفة البحث عن السلع والخدمات بسعر مناسب، تكلفة التفاوض لكل صفقة، تكلفة

[1] علي عبد الصمد عمر، حوكمة المؤسسات بين المحاسبة المالية والتدقيق المحاسبي، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 19.
[2] Véronique Magnier, Collectif, op.cit., p 5.
[3] Paul Didier et Philippe Didier, op.cit., p 06.
[4] Véronique Magnier, Collectif, op.cit., p 5.

مخاطر تغير الأسعار في التعاقدات القصيرة المدى، وتكاليف تنفيذ العقود بالإضافة إلى الضرائب والرسوم[1]. كما أن هذه النظرية تقوم على بعض الفرضيات أهمها، أن البيئة تتميز بعدم التأكد وهي غير قابلة للتوقع، بالإضافة إلى قلة عدد المتعاملين الذين تتطابق المتوافقين في العرض والطلب مما يصعب من الخروج عن العلاقات الموجودة، أما الأفراد حسب هذه النظرية فيتميزون بعدم العقلانية والانتهازية[2].

4- نظرية أصحاب المصالح (Stakholders Theory)

يعود أصل النظرية إلى الثلاثينات من القرن العشرين، حيث اعتبر(Freeman) أنه يجب عدم التركيز على تعظيم ثروة الملاك بل يجب أيضا الأخذ بعين الاعتبار مصلحة أصحاب المصالح، سواء تعلق الأمر بالموظفين، أو الموردين، أو الزبائن، أو الدائنين والمجتمع ككل. وهذا من شأنه أن يجعل من الشركة أكثر تنافسية على المدى البعيد مما يحقق الربحية والبقاء لها[3]. وينتج على الأخذ بهذا المفهوم الواسع لأصحاب المصالح الاتساع في مفهوم المصلحة الاجتماعية للشركة-كما رأيناه سابقا-. وهذا يترتب عليه آثار قانونية لاسيما فيما يخص الاعتراف بمسؤولية المدراء.

5- نظرية التجذر (Entrechment Theory)

تهتم هذه النظرية بتفسير بقاء واستمرار المدراء في الشركات رغم عدم وجود النتائج المرضية المنتظرة منهم، والتي من المفروض أن يتم استبدالهم بسببها. بحيث يعمل المدراء على توطيد مكانتهم وتثبيت منصبهم، وكلما كانت لهم جذور عميقة كلما صعب اقتلاعها. بحيث يعمل المدير على

[1] سندرة أنيسة، المرجع السابق، ص 106.
[2] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 20.
[3] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 22.

التخلص من مراقبة مجلس الإدارة، وهذا في خدمة مصلحته الشخصية. من روادها (Shleifer and Vishny)[1] سنة 1989.

فالتجذر يعني "العملية التي تسمح للمدير بالتحرر من سيطرة مجلس إدارته، والمساهمين بحيث يستطيع تسيير الشركة بما يتناقض مع تعظيم القيمة، وذلك من خلال الاعتماد على مشاركته في رأس المال أو من خلال وضع مضادات لعروض الشراء العامة(OPA) أو المشاركة في مجلس الإدارة أو تقنيات الهندسة المالية، عندما لا يملك المجال المالي الكافي"[2]. بالإضافة إلى تقنيات أخرى، كالتحكم في المعلومات المناحة للجميع، التحكم في الموارد البشرية، استمالة بعض أعضاء مجلس الإدارة، عرقلة آليات السوق من خلال استغلال الثغرات التنظيمية، لاسيما في البلدان التي تعرف مرحلة انتقالية[3].

6- نظرية المنشأة (Theory of the firm)

يرى آدم سميث أن رأس المال هو أهم عناصر عملية الإنتاج، و" أن الحراك الاقتصادي تتحكم في المصالح الشخصية، أي أن هذه الأخيرة هي المسؤولة عن دفع حركة الاقتصاد وتنشيطه دون الحاجة لتدخل الدولة"[4]، وعليه فإن المسيطر على عملية الإنتاج اتخاذ القرار هو صاحب رأس المال، وعليه فتكون كل القرارات التي تتخذها الشركة في عملية التسيير يجب أن تهدف إلى تحقيق مصالح الشركاء والمساهمين في الشركة.

---

[1] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 23.

[2] سندرة أنيسة، المرجع السابق، ص 107.

[3] Rym Boussada, L'impact de la gouvernance bancaire et de la relation bancaire sur le risque de crédit : cas des banques tunisiennes, thèse de Doctorat es sciences économiques, université de Bordeaux IV et université de Tunis, Institut supérieur de gestion de Tunis, Soutenue le 14 septembre 2012, (source internat), p 38.

[4] غضبان حسام الدين، المرجع السابق، ص 20.

وقد تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات لاسيما لأنها مرتبطة الشركات التي تعمل في إطار وجود تنافسية مرتفعة، كما أنها تتجاهل بعض مبادئ حوكمة الشركات، وأغفلت بعض الأطراف ذات العلاقة. لذلك ارتبطت بمجموعة من النظريات الأخرى التي اهتمت بالمواضيع التي تطرحها نظرية المنشأة، أهمها المتعلقة بتحفيز المنشأة المنافسة، وتكلفة الفرصة البديلة، والنظرية السلوكية للمنشأة، ودورة نمو الشركة[1].

7- نظرية حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من أهم المبادئ في القانون، وقد اعتبر الفقه والقضاء[2] الأمريكيين مبدأ حسن النية كأساس نظري وقانوني لحوكمة الشركات، وقد أيد هذا الاتجاه، الأستاذ عمار حبيب جهلول في كتابه " النظام القانوني لحوكمة الشركات". وذلك لثلاثة اعتبارات، أولها أن الشركة كشخص معنوي منفصل عن شخصية الشركاء، يترتب عليه أن الهيئات الرقابية والإدارية مهمتها العمل على زيادة ائتمانها والثقة فيها، مع العمل على تحقيق مصلحة الشركاء، مما يؤدي إلى ضرورة الإفصاح عن مركزها المالي والقانوني والالتزام الدقيق بأحكام عقدها والقانون. أما الاعتبار الثاني فيتعلق باعتبار انه إذا كان الهدف من صياغة النظام القانوني لحوكمة الشركات هو حماية المتعاملين معها، فإن مبدأ حسن النية كأساس لحوكمة الشركات يوفر الضمان القانوني الذي تقتضيه مصلحة الشركة. أما الاعتبار الثالث فيرجع إلى اتساع نطاق وجوانب نظرية حوكمة الشركات يقتضي الاعتماد على مبدأ حسن النية باعتباره مبدأ قانوني واسع يمتد ليؤطر جميع التصرفات القانونية[3].

---

[1] أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص 101.

[2] قضية (walt Disney) ضد (Ovitz)، أين أيدت المحكمة العليا في ديلاوير حكم المحكمة الإبتدائية بموجب قرارها 306/ 93 الصادر في 2006/10/6 بقولها:" على الرغم من الخسارة الفادحة التي لحقت بشركة (walt Disney) إلا أن لا مسؤولية على مجلس الإدارة الذي كان يتصرف بحسن نية ولو يخرق بذلك واجب العناية المطلوبة لأن العمل بحسن نية هو في درجة ما غير منفصل عن واجب العناية والإخلاص"، أنظر عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 80.

[3] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص ص 77- 82.

ثانيا: الحلول المقترحة

للقضاء على مشاكل الوكالة يرى (Frederic Mishkin) أن عملية الرقابة هي الآلية الأكثر نجاعة للحد منها أو القضاء عليها، ذلك أن في علاقة الوكالة يكون للعون(الوكيل) معلومات وبدراية أكبر من الرئيس، وعليه فإن الرقابة على عملية التسيير من خلال لاسيما التدقيق المحاسبي هي أهم وسيلة تمكن المساهمين (الرئيس) من الحصول على المعلومات الكافية حول وضعية الشركة وإدارتها[1]، –و هذا ما سنتطرق له في المطالب القادمة–. إلى جانب التدقيق المحاسبي هناك الآليات الخاجية، كأهم آلية للرقابة على المدراء وهنا المقصود بها السوق بصفة عامة وهي تشمل المحيط الخارجي بمعنى سوق الخدمات والسلع، السوق المالي، السوق بمعنى المراقبة، سوق المدراء، علاقات التمويل مع البنك، المحيط القانوني، السياسي والتنظيمي[2].

إلى جانب الرقابة والشفافية فهناك حلول أخرى لمشاكل الوكالة "عن طريق القضاء على جشع المديرين، وذلك من خلال زيادة أجورهم بحيث يصبح ذلك سببا يحملهم على الاهتمام بمصلحة حملة الأسهم"،... والحوافز "التي تتمثل في ربط ثراء المديرين التنفيذيين بثراء حملة الأسهم، بحيث يصبح لدى المديرين وحملة الأسهم نفس الهدف، ويطلق على هذا الحل :ربط حوافز المديرين برغبات حملة السهم... بالنسبة لغالبية الشركات الأمريكية، يُعطى المديرين بعض الأسهم في الشركة وذلك كجزء مقابل عملهم، وبالطبع يقصد بذلك اهتمام المديرين بتعظيم قيمة الأسهم وزيادة ارباحها مما يعود بالنفع عليهم وعلى حملة الأسهم"... وكذلك عن طريق الجمعيات العامة للشركات لاسيما من خلال الاهتمام بأصوات حملة الأسهم[3].

[1] Frederic Mishkin, op.cit., pp 2014-2015.
[2] Rym Boussada, op.cit., p 34.
[3] محمد عيد علي بعبع، المرجع السابق، ص 29.

ويمكن كذلك اعتبار تقنين قواعد الحوكمة كحل للمشاكل التي تطرحها، علما أنه كما رأيناه أعلاه كانت البورصة أول جهة نظمت القواعد الخاصة التي يجب اتباعها في إدارة الشركات ذات رأس المال المفتوح أي الحوكمة ، غير ان البورصة في حد ذاتها مع مرور الزمن أصبحت في حد ذاتها شركات مساهمة تدار وفق قواعد إدارة الشركات، وبذلك أصبحت القواعد التي تصدر عنها قواعد خاصة تعرف بالقانون المرن، كما توجد إلى جانبها مصادر أخرى لقواعد الحوكمة .

الفرع الثالث: دور الأزمات في ظهور الحوكمة

أصبح موضوع الحوكمة أو حوكمة الشركات ذا اهمية بالغة خاصة مع ظهور الأزمات المالية والاقتصادية التي هزت العالم، فأدت العولمة إلى تفاقم الأزمات وارتباط الاقتصاديات والدول ، مما أدى إلى ضرورة التفكير في حلول وقائية لوقوع الأزمات.

حيث تعرف جميع دول العالم حالة من عدم الاستقرار الاقتصادي والمالي، حيث تتوالى الأزمات والانهيارات، حتى لو لم تتشابه إلا أن حدتها تزيد في كل مرة. وأكثر الأمثلة التي تجعلها الدراسات كمرجع لدينا انهيار شركة أنرون للطاقة (Enron) التي كان سبب افلاسها هو عدم احترام إدارة الشركة للمعايير المحاسبية للشركة، حيث تواطأ مدقق الحسابات مع إدارة الشركة في إخفاء الوضعية الحقيقية للشركة[1]. حيث قامت الشركة بالعديد من العمليات مع بعض شركات الاستثمار التي كان (Andrew Fastow) من مدرائها، وهو في نفس الوقت كان مساعد رئيس مجلس الإدارة ورئيس القسم المالي لشركة أنرون، تلك العمليات مبنية على تلاعب متقن يخفي الوضعية المالية الحقيقية[2]. وقد أثر انهيار هذه الشركة في الاقتصاد العالمي ككل وليس في الولايات المتحدة الأمريكية

[1] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 25.

[2] بوراس بودالية، آليات حوكمة الشركات ودورها في الحد من الفساد الإداري والمالي، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص مالية وإدارة أعمال، جامعة بلحاج بوشعيب- عين تموشنت، تحت إشراف أ/ قدودو جميلة، 2020-2021، ص ص 12-13.

فقط. (إخفاء الوضعية الحقيقية للشركة نتناوله في الإفصاح والشفافية). وهذه القضية مهمة جدا لأنها أدت إلى وقوع بنوك كبيرة في وضعية صعبة وأخرى في إفلاس.

أما الأزمة المالية الأسيوية 1997 والتي "يمكن وصفها بأنها أزمة ثقة بين المؤسسات والتشريعات التي تنظم نشاط الأعمال والعلاقات بين منظمات الأعمال والحكومات، وكانت المشاكل العديدة التي برزت في المقدمة أثناء الأزمة تتضمن عمليات ومعاملات الموظفين الداخليين منها حصول الشركات على مبالغ هائلة من الديون قصيرة الأجل في الوقت نفسه الذي حرصت فيه هذه الشركات على عدم معرفة المساهمين بهذه الأمور، واخفاء هذه الديون من خلال طرق واساليب محاسبية مبتكرة"[1].

بالإضافة إلى ضعف المركز القانوني لبعض المتعاقدين خاصة المنتمين للدول النامية الذين يجدون أنفسهم غير قادرين على المطالب بحماية مصالحهم وحل المنازعات بطريقة فعالة، وبالإضافة إلى تزايد اهتمام الهيئات الدولية بهذا الموضوع، كما ساهم في ذلك ازدياد الخوصصة وما يلزم من ضمانات لأصحاب رؤوس الأموال، بالإضافة إلى تزايد دور صندوق المعاشات والذي صاحبه رقابة على الشركات حماية لمصالح المساهمين، وحاجة المستثمرين إلى توفير الدقة والشفافية والإفصاح لتمكينهم من مقارنة فرص الاستثمار[2]. ومن أهم تداعياتها إفلاس العديد من البنوك الكبرى[3].

أما أزمة الرهن العقاري التي بدأت في 2008 فقد هددت العالم بأسره لولا تدخل الدول القوية والهيئات المالية الدولية لإنقاذ الوضع، حيث بلغت خسائر البنوك بالمليارات، فعلى سبيل المثال خسر

[1] غضبان حسام الدين، المرجع السابق، ص 30.
[2] غضيان حسام الدين، المرجع السابق، ص 30-31.
[3] مثلا سنة 1995 تم إعلان إفلاس بنك (Barings Bank) الإنجليزي بعد تكبد فرعه بسنغافورة لخسائر بلغت 3.1 مليار دولار، تسبب فيها مدير عام كان يشغل في نفس الوقت منصب فريق المتاجرة(Head Dealer) وكان مسؤولا عن إجراءات القيد والتسجيل، والذي أخفى الخسائر في حساب خاص، ورغم تنبيه البورصة للبنك الذي أصدر تعليمات بإيقاف العمليات إلا أن عمليات المتاجرة استمرت إلى غاية الانهيار. أنظر: بوراس بودالية، المرجع السابق، ص 13.

بنك (Le crédit Suisse) حوالي مليوني مليار دولار، أما بنك (Société Générale)[1] فقد بلغت خسائره حوالي خمسة مليار دولار[2].

وفي الأخير تعتبر جائحة كورونا رغم أنها أزمة صحية إلا أن تداعياتها ظهرت على جميع الأصعدة وخاصة المالية والبنكية، وان أكدت شيئا فهو ضعف الحوكمة سواء تعلق الأمر بالقطاع الخاص أو القطاع العام.

نتج عن كل تلك الأزمات العديد من قضايا انهيار الشركات ،حيث يؤكد جوليان باتاك" Julien BATAC" أنه من خلال تحليل الأزمات البنكية المتعاقبة تأكد بأنه حتى البنوك التي كانت تحترم أهم قواعد الحوكمة منها نسبة المدراء الأحرار في مجلس الإدارة قد تتعرض للأزمة البنكية أو حتى الإفلاس. وعليه، فإن احترام قواعد الحوكمة لا يعني ضمان عدم التعثر أو الإفلاس ولكن يعني التقليل من حالات التعثر أو شدة الأزمات[3]. ويبقى موضوع حوكمة البنوك موضوع جديد نسبيا حيث تهتم الدراسات خصوصا بإدارة المخاطر البنكية لاسيما في البلدان المتقدمة[4].

[1] حيث أعلن البنك في 24 جانفي 2008 أنه تعرض لعمليات تزوير كبيرة متعلقة بالخطر العملياتي، أين قام (Jérôme Kerviel) أحد موظفي البنك "Treader" الذي استعمل خبراته في الرقابة الداخلية لتغطية الوضعية الحقيقية على سوق المشتقات المالية " Les produits dérivés". وقد أكد تقرير (Lagarde) على أن هذه القضية متعلقة بعدم نجاعة الرقابة الداخلية لاسيما أن المبالغ التي كام يتعامل بها ذلك الموظف كبيرة جدا، وكذلك الأرباح التي حققها لوحده، كان من المفروض تثير انتباه الهيئات الرقابية، كما أن البنك المعني لم يستجب لتنبيهات غرفة المقاصة ل (Eurex) -أي البورصة-، بالإضافة إلى الالغاءات والتعديلات المتكررة على العمليات، كان من المفروض أن يلفت الانتباه، علما أن عملية الغش تم اكتشافها من خلال تأكيد العمليات التي اثبتت أنها كانت وهمية. أنظر:
Eric Lamarque, Collectif, Management de la banque : risque, relations client, organisation, op.cit. p 92-93.

[2] Eric Lamarque, Collectif, Management de la banque : risque, relations client, organisation, op.cit., p 85.

[3] Julien Batac, Quelle gouvernance pour une banque responsable ?, Revue banque, juillet- août 2012, N° 750, p 71.

[4] Rim Boussada, op.cit., p 24.

الفرع الرابع: أهمية ودور الحوكمة المصرفية

يمكن القول أن أهمية المصرفية كبيرة، نظرا لدورها داخليا وخارجيا، أي على مستوى البنك والنظام البنكي والمالي، وعلى مستوى الزبائن، خاصة أن الدراسات تؤكد أن الاهتمام بالحوكمة في البنوك جاء على إثر الأزمات.

وعليه، سنتناول أهمية الحوكمة بالنسبة للبنوك والنظام المصرفي، ثم سنتناول أهمية أثر حوكمة البنوك على التزام الزبائن بمبادئ الحوكمة.

أولا: أهمية الحوكمة البنكية بالنسبة للبنوك والنظام المصرفي

تبدو أهمية الحوكمة مهمة بالنسبة للبنوك في حد ذاتها فهي تساهم في تحقيق الاستجابة لمتطلبات الربحية والاستقرار، أما بالنسبة للنظام المصرفي ككل فهي تساهم في التخفيف من حدة الأزمات وتساهم في التحكم في المخاطر البنكية وعليه استقرار النظام المصرفي.

حيث تعتبر الاستجابة لمتطلبات الربحية والاستقرار الصادرة من أصحاب المصالح من أهم أهداف الحوكمة المصرفية، حيث "تعني الحوكمة بصفة عامة الإدارة الرشيدة وتحديد العلاقة بين شركاء المصرف(مساهمين، مودعين، دائنين، زبائن، مجلس الإدارة، والحكومة... إلخ)، ومحاولة تلافي تعارض المصالح وذلك من خلال هيكل تنظيمي محكم يحقق مصالح الجميع، ويضمن إدارة المصرف وخصوصا إدارة المخاطر بصورة واضحة وجيدة بما يؤمن المحافظة على استقرار النظام المصرفي"[1]. وهذا التعريف يعتبر مهما لأنه يحدد أهم سمات الحوكمة في القطاع البنكي، حيث يؤكد على أنه الإطار المحدد للعلاقة بين المصرف وأصحاب المصالح لاسيما المساهمين، والزبائن، وأن الحوكمة

[1] أكرم محسن الياسري وإيناس ناصر عكلة الموسوي، المرجع السابق، ص 87.

من شأنها المساهمة في القضاء أو التقليل من حلات تعارض المصالح، مع التأكيد على أن أنها الإطار الفعال للحد من المخاطر المصرفية، والهدف الأخير من كل ذلك الحفاظ على استقرار النظام المصرفي، وحمايته من التعثرات التي قد تمس بسمعته و التي قد تؤدي كذلك إلى انهياره في بعض الحالات.

علما أنه من أهم العوامل التي ساهمت في التركيز على ضرورة تطبيق الحوكمة البنكية، هو أن البنوك أصبحت تعرف نشاطا متزايدا في قطاع الأسواق المالية المحلية والعالمية، وما صاحبها من أدوات مالية جديدة، بالإضافة إلى تأثر كل ذلك بالتقدم في مجال الرقمنة، كل ذلك زاد من الضغوطات لاسيما فيما يخص تنافسية البنوك. وقد أثر كذلك في زيادة الحاجة إلى قياس المخاطر وإدارتها مما يتطلب أساليب جديدة في إدارتها من جهة، وتطوير المنظومة القانونية[1].

ونظرا لدور البنوك في الاقتصاد والتنمية المستدامة وبسبب تفاقم الأزمات المالية فقد تم اعتماد عدة طرق لحل تلك الأزمات منها:" خفض سعر الفائدة، وضخ كميات هائلة من السيولة، وضمان الودائع، وكبح المقامرات، والتأميم، ووضع قيود على مكافآت كبار المصرفيين ومديري الشركات، وتفعيل القواعد التنظيمية والاشرافية للرقابة على البنوك والمؤسسات والأسواق المالية"[2]. وقد أصبحت مسؤولية الحفاظ على سلامة النظام المصرفي مسؤولية مشتركة لاسيما بين مجموعة من الفاعلين منهم الحكومة ، والمراقبون، المساهمون، مجلس الإدارة، الإدارة التنفيذية، لجنة التحقيق، المدققين الخارجيين، المتعاملون مع المصرف، والجمهور[3].

[1] كتاب: محاضرات في نظرية الحوكمة, ص 149.
[2] محمد عيد علي بعبع، المرجع السابق، ص 113.
[3] أكرم محسن الياسري وإيناس ناصر عكلة الموسوي، المرجع السابق، ص 87.

علما أن آليات الحوكمة تسمح بتأطير وتفعيل سياسة منح القروض في البنوك وهذا من شأن أن يساهم في لعب البنوك لدور مهم جدا في القضاء على مشاكل الوكالة بين المدراء، المساهمين والمودعين[1]. حيث أن الهدف من الحوكمة البنكية، الوقاية من وقوع البنك في حالة توقف عن الدفع أو الإفلاس لما له من أثر سلبي على البنك، والمساهمين والمسيرين، وكذلك أثر سلبي على المودعين، والمقترضين، وعلى الاقتصاد ككل.

كما تعمل الدول على وضع قواعد متعلقة بحوكمة الشركات ومنها البنوك، وذلك لتحقيق عدة أهداف منها المتعلقة بالشركة من جهة والمتعلقة بالاقتصاد ككل. فبالنسبة للشركة فالحوكمة تهدف إلى تحقيق الشفافية والعدالة والذي من شأنه تحقيق حماية للمساهمين وأصحاب المصالح[2]، وهذا يوفر كذلك الحد من استغلال السلطة في غير المصلحة العامة، مما يؤدي إلى تنمية الاستثمار وتشجيع تدفقه وتنمية المدخرات وتعظيم الربحية وإتاحة فرص عمل جديدة[3]، وقد أثبتت الدراسات أن الشركات التي تلتزم بمبادئ الحوكمة تجذب الاستثمارات أكثر من غيرها[4]، وأن البنوك التي تطبق الحوكمة بشكل جيد تتمتع بميزة تنافسية لجذب رؤوس الأموال أكثر من تلك التي لا تطبق الحوكمة، فمن شأنها تعزيز ثقة المستثمرين فيها، من خلال تحسين إدارتها، بالخصوص يساعد المديرين التنفيذيين ومجلس الإدارة على تطوير استراتيجية سليمة وضمان اتخاذ قرارات الاستحواذ والاندماج بناء على أسس صحيحة[5]. كما ان الحوكمة تساهم في " تقليل واجتثاث حالات الفساد والإسراف وما يرتبط بها من استغلال غير كفؤ للموارد"[6].

[1] Rim Boussada, op.cit., p 17.

[2] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 60.
[3] أكرم محسن الياسري، إيناس ناصر عكلة الموسوي، المرجع السابق، ص 101.
[4] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص ص 64-65.
[5] أكرم محسن الياسري، وإيناس ناصر عكلة الموسوي، المرجع السابق، ص 98 .
[6] أكرم محسن الياسري، وإيناس ناصر عكلة الموسوي، المرجع السابق، ص 103.

أما بالنسبة لهدف الحوكمة المتعلق بالنظام الاقتصادي والمالي فأصلا متعلق القضاء على الأزمات المالية، والآثار المترتبة على انهيار البنوك والتي تتعدى إلى جميع الأطراف من المودعين، الدائنين، والمساهمين[1]، فمن شأنها القضاء على الأزمات المالية أو التقليل من حدتها وعليه فإنها تحفظ الاقتصاد ككل من حدوث أزمات. لاسيما من خلال تعزيز الرقابة عليها[2]. كما تعمل الحوكمة على الاحتراز من حالات تعارض المصالح ومحاربتها، وذلك من خلال هيكل تنظيمي محكم يحقق مصالح الجميع، ويضمن إدارة المصرف وخصوصا إدارة المخاطر بصورة واضحة وجيدة بما يؤمن المحافظة على استقرار النظام المصرفي[3].

ثانيا: أثر حوكمة البنوك على التزام الزبائن بمبادئ الحوكمة

أما الجانب الآخر المهم في التزام البنوك بقواعد الحوكمة، يكمن في أن تلك البنوك سوف تشجع زبائنها على تطبيق مبادئ الحوكمة، خصوصا المقترضين منها، لاسيما فيما يخص الإفصاح والشفافية و هذا الالتزام يعني للبنوك انخفاض المخاطر والاقلال من التعثر بالنسبة للمقترضين[4]، وهذا يؤثر حتما في نسبة الفوائد التي سوف تطلبها البنوك، وبذلك في كمية الأموال المقرضة، وعليه في قدرة الزبائن على الحصول على القروض ومنه على قدرة البنك على منحها. " لأن اهتمام البنوك بقضايا حوكمة الشركات وتوفير الممارسات السليمة لها عند اتخاذ القرار بمنح الائتمان للعملاء هو المدخل الأساسي لتحفيز الشركات على تطبيق وتبني مفاهيم الحوكمة، بحيث يكون توفير ممارسات سليمة للحوكمة عامل فاعل على اتجاهين : يتمثل الأول باعتبار الحوكمة إحدى أركان القرار

[1] محاضرات في نظرية الحوكمة، ص 150.
[2] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 57.
[3] حاكم محسن الربيعي، وحمد عبد الحسين راضي، المرجع السابق, ص 31.
[4] أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص 232.

الائتماني الأمر الذي يدفع المقترضين إلى الاهتمام بتبني الممارسات السليمة للحوكمة لتسهيل الحصول على الائتمان.

أما الاتجاه الثاني فهو أن تتضمن أسعار الفوائد الممنوحة للعملاء مرونة ملموسة تجاه التزام العملاء بالممارسات السليمة لحوكمة الشركات بحيث يقتنع العملاء بجدوى الحوكمة ودورها في تسهيل الحصول على الائتمان بأسعار فائدة منخفضة[1]. ونجد أن الأستاذ محمد مصطفى سليمان يؤيد هذا الرأي المهم، المتعلق بأن البنك يلعب دور في تحفيز الزبائن في الالتزام بقواعد الحوكمة وتبنيها بهدف الحصول على الائتمان البنكي، بأسعار تنافسية. غير أن الكاتب يؤكد على أن هذا النوع من الممارسات لايزال لا يرقى إلى المستوى المطلوب، أي أن الحوكمة لدى الزبائن لم تدخل بعد سياسة القرار الائتماني كما يجب، وذلك لعدة اعتبارات أهمها أن البنوك بذاتها تفتقر إلى الوعي الكافي بأهمية الحوكمة[2].

ويمكن الإشارة هنا إلى أن البنوك تهتم أكثر بتبني زبائنها القواعد المتعلقة بحماية البيئة –كما رأيناه في الباب الأول– أما التزام الزبائن بقواعد الحوكمة فلم يدخل بعد في ثقافة البنوك ولعل أهم سبب لذلك هو مبدأ عدم تدخل البنك في شؤون الزبون.

المطالب الثاني: ركائز الحوكمة البنكية في القانون الجزائري والقانون المقارن

سنحاول في هذا المطلب التعرف على كيفية معالجة القانون الجزائري لحوكمة البنوك، من خلال التركيز على أهم النقاط التي تضمنتها النصوص القانونية مباشرة، وفي هذا الإطار يجب الرجوع

[1] صلاح حسن، المرجع السابق، ص 190.
[2] محمد مصطفى سليمان، دور حوكمة الشركات في معالجة الفساد المالي والإداري: دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2009 ص، 324-325.

إلى نظام مجلس النقد والقرض رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية[1]. بالإضافة إلى المصادر الأخرى التي تحكم مبادئ الحوكمة كالقانون التجاري، وبذلك تحديد الجهة المنوط بها المسؤولية عن احترام البنك لالتزاماته المتعلقة بالحوكمة. وعليه، سنتناول الإطار القانوني لحوكمة البنوك في القانون الجزائري، ثم في القانون المقارن.

الفرع الأول: الإطار القانوني لحوكمة البنوك في القانون الجزائري

عند دراسة مختلف النصوص القانونية، ومصادر القانون بالنسبة للبنوك، فإنه نجد ان قواعد الحوكمة التي نصت عليها النصوص صراحة قد تضمنها النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية من خلال الباب السادس منه، والموسوم "قواعد الحوكمة".

وبالرجوع إلى هذا النظام لاسيما المادة 63 منه، يتضح دور الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة، حيث نصت على أنه :" تقع مسؤولية التأكد من أن البنك أو المؤسسة المعنية تمتثل لالتزاماتها وفق هذا النظام، على عاتق الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة، ويتعين عليهم تقييم فعالية جهاز الرقابة الداخلية واتخاذ كل إجراء تصحيحي". كما أنه عليهم مسؤولية وضع وتطوير القواعد المتعلقة بها لاسيما الأخلاقية، بالإضافة إلى نشر ثقافتها ضمن المؤسسة[2].

[1] النظام رقم 11-08 مؤرخ في 03 محرّم عام 1433 الموافق 22 نوفمبر سنة 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، (ج ر ج ج العدد 47 السنة 48 بتاريخ 28 غشت 2012).

[2] المادة 64 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية: " يجب على الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة السهر على تطوير القواعد الأخلاقية والنزاهة وترسيخ ثقافة الرقابة داخل البنك أو المؤسسة المالية، كما يجب على كل مستخدم أن يدرك دوره في جهاز الرقابة الداخلية وأن يشارك فيه بفعالية".

وعليه، فالقانون الجزائري ينص صراحة على أن الجهة المسؤولة في البنك على احترام البنوك لقواعد الحوكمة والمساهمة في وضع قواعد الحوكمة في البنك على الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة معا.

موضوع الحوكمة موضوع متشعب، لا يخضع لقانون واحد أو نص واحد. بل أن هناك العديد من النصوص القانونية والتنظيمية وحتى الخاصة التي يمكن أن تكون الإطار القانوني لحوكمة البنوك، فإضافة إلى النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، فإن القانون البنكي لاسيما الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض وأنظمة ولوائح البنك المركزي، والقانون التجاري، وقانون العقوبات، وقانون البورصة كلها تحتوي على قواعد للحوكمة.

أما قواعد الحوكمة المنصوص عليها في الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض فهي كثيرة ومتعددة، أهمها:

- عدم تجاوز مساهمات البنوك والمؤسسات المالية في الشركات للحدود التي يضعها مجلس النقد والقرض[1]،

- بعض الشروط التي يجب توفرها في مؤسسي وأعضاء مجلس إدارة البنوك والمؤسسات المالية بالإضافة المدراء والمسيرين وكل من لهم صفة تمثيلها[2]،

- بضرورة تعيين شخصين على الأقل مسؤولين عن تحديد الاتجاهات الفعلية للبنك ويتحملان أعباء تسييرها[3]،

[1] المادة 74 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[2] المادة 80 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[3] المادة 90 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

– خضوع تعديل القانون الأساسي للبنوك والمؤسسات المالية للترخيص من طرف محافظ بنك الجزائر، لاسيما التي لا تمس بغرض المؤسسة ورأسمالها والمساهمين، كذلك تلك المتعلقة بالتنازل عن الأسهم. كما لا يجوز للمساهمين رهن أسهمهم أو سنداتهم المشابهة[1]، كما نص التعديل الذي تضمنه الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد والقرض على أنه لا يرخص لهم بذلك، وأن الدولة تملك الحق في الشفعة على كل تنازل عن أسهم أو سندات مماثلة،

– وضع جهاز رقابة داخلي[2].(سنتطرق له لاحقا)[3]،

– القواعد المتعلقة بمحافظي الحسابات[4]، التزاماتهم[5] وخضوعهم لجريمة تعارض المصالح[6]،

– حظر منح القروض للمسيرين والمساهمين[7]،

– اختصاص اللجنة المصرفية بالرقابة على البنوك والمؤسسات المالية[8]،

– العقوبات التي تفرضها اللجنة المصرفية[9]،

– ببعض الجرائم لاسيما منها تلك المتعلقة بتعارض المصالح[10].

– العقوبات المتعلقة عرقلة أعمال التدقيق، وبعدم إجراء الجرد، وعدم نشر الحسابات السنوية[11].

---

[1] المادة 94 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[2] المادة 97 مكرر من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[3] أنظر : ص...
[4] المادة 100 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[5] المادة 101 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[6] المادة 102 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[7] المادة 104 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[8] المادة 105 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[9] المواد من 111 إلى 114 والمادة 136 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[10] المادة 131 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[11] المادة 137 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

كما جاء النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية لتحديد قواعد الحوكمة الخاصة بها، خاصة أنه حدد الجهات المسؤولة عن الحوكمة في البنوك وإجراءات الرقابة الداخلية.

كما نص الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض على أهم الجرائم المتعلقة بعدم الالتزام بمبادئ الحوكمة لاسيما الإفصاح والشفافية.

أما القانون التجاري فقد وضع أهم مبادئ الحوكمة وهي تحديد تشكيل ومسؤوليات مجلس الإدارة والجمعية العامة وتحديد العلاقة بينهما[1]، ومجلس المديرين[2] المتعلقة بمجلس المراقبة[3]. وتلك المتعلقة بجمعيات المساهمين[4]، بالإضافة إلى القواعد المتعلقة بتعديل رأسمال الشركة[5]، وأحكام المسؤولية المدنية[6] ، والشركات التابعة والشركات المراقبة[7] ، ومكافآت أعضاء مجلس الإدارة[8] ، وأحكام الشركات التابعة والمساهمات والشركات المراقبة[9] ، أحكام الاندماج والانفصال[10] ، التصفية[11]، والتجمعات[12].

أما الجرائم المنصوص عليها في القانون التجاري فعديدة منها المتعلقة بالمخالفات المتعلقة بتأسيس الشركات[13]،والمخالفات المتعلقة بمديرية شركات المساهمة وإدارتها[14]، وجمعيات المساهمين[1]،

[1] لاسيما بموجب المواد من 610 إلى 641 ق ت ج المتعلقة مجلس الإدارة من حيث التشكيلة والمهام لكل من والرئيس والمدراء العامون والأعضاء (سنفصلها لاحقا).
[2] المواد 642 إلى 653 ق ت ج.
[3] المواد من 654 إلى 673 ق ت ج.
[4] المواد من 674 إلى 685 ق ت ج.
[5] من المواد 687 إلى 715 مكرر 3 ق ت ج.
[6] من المواد 715 مكرر 21 إلى 715 مكرر 29 ق ت ج.
[7] من المواد 729 إلى 732 مكرر 4 ق ت ج.
[8] المواد 727 و728 ق ت ج.
[9] من المادة 729 إلى 743 ق ت ج.
[10] من الموادة 744 إلى 762 ق ت ج.
[11] من المادة 765 إلى 795 ق ت ج.
[12] من المادة 796 إلى 799 مكرر 4 ق ت ج.
[13] المادة من 806 إلى 810 ق ت ج.
[14] المادة من 811 إلى 813 ق ت ج.

المساهمين[1]، وتلك المتعلقة بالتعديلات التي تطرأ على رأس المال[2]، ومراقبة شركات المساهمة[3]، بالضافة إلى القواعد المتعلقة بحل شركات المساهمة[4]، وبعض المخالفات الأخرى في مجموعة من المواد المختلفة لاسيما في المادة 842 منه.

ويجدر بنا أن نذكر هنا أنه يجب استبعاد قواعد القانون التجاري المخالفة أو المتناقضة مع الأمر رقم 03-11 المعدل والمتمم المتعلق بالنقد والقرض وأنظمة وتعليمات البنك المركزي. وجميع النصوص الخاصة بالنظام البنكي.

أما قانون البورصة فقد تناول الجرائم المتعلقة بالعارف بالسر، لاسيما بموجب المادة 60 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم[5]. كما نص على بعض القواعد المتعلقة بالإفصاح والشفافية لاسيما بخصوص ملكية الأسهم وحقوق التصويت لاسيما بموجب المادة 65 مكرر و65 مكرر 1.

وقد تناول قانون العقوبات مجموعة من الجرائم المتعلقة بإدارة الشركات والقواعد المتعلقة بها، كما يحدد العقوبات المشددة لبعض الجرائم. وقد تطرق إلى تحديد صفة الأشخاص المسؤولين عن جرائم الشركات.

مع كثرة النصوص القانونية التي تدخل في تأطير الحوكمة، إلا أنه من الناحية العملية فإن موضوع الحوكمة في النظام القانوني الجزائري يبقى موضوعا جديدا؛ كما أن التجريم وحده غير كاف لضمان التزام البنوك بالحوكمة، بل نؤكد على ضرورة تبني البنوك لمدونات سلوك متعلقة بالحوكمة،

[1] المادة من 814 إلى 821 ق ت ج.
[2] المادة من 822 إلى 827 ق ت ج.
[3] المادة من 828 إلى 831 ق ت ج.
[4] المادة 832 ق ت ج.
[5] أنظر أدناه : ص...

وهذا من شأنه أن يعزز التزامها بها من جهة، كما يسهل عملية تعديلها وإدخال قواعد جديدة عليها حسب متطلبات كل فترة من جهة أخرى، فقواعد القانون المرن هي الأكثر نجاعة في جلب المخاطبين بها.

علما أن التجريم يعرقل عملية اتخاذ القرار، ويجعل عمل الهيئات المختلفة أكثر تعقيدا وصرامة مما يضعف روح المبادرة والابتكار، حيث يكون الاهتمام باحترام الإجراءات أكثر من نوعية القرارات المتّخذة وهذا لإثبات الانصياع لجميع المتطلبات القانونية"؛ وهذا لا يعني رفض تجريم تلك الأفعال بل فقط عدم التوسع في ذلك.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تجريم مخالفات الأعمال[1] وإزالة التجريم عنها لايزال محل جدال، وهناك جانب من الفقه ينادي بضرورة اتخاذ حلول أخرى بدلا من التجريم، منها على سبيل المثال لاسيما في المجال البنكي إخضاع عمل البنوك لرقابة البنك المركزي لاسيما مجلس النقد و القرض واللجنة المصرفية، خصوصا أن دور السلطات الإدارية المستقلة جاء في إطار انتزاع جزء من اختصاصات السلطات التقليدية في الدولة. فمن خلال دورها العقابي يتجنبُ الوقوع تحت شدة القضاء الجزائي. فالغرامات المالية التي توقعها فيها إثراء للخزينة العمومية، وتخفيف عن عبء القضاء الجزائي[2].

الفرع الثاني: الإطار القانوني للحوكمة في القانون المقارن

قامت الدول بإصدار العديد من القوانين المتعلقة بالحوكمة، ويعتبر الدارسون أن الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر رائدة في هذا المجال، ذلك أن قانون ساربينس–أوكسلي لسنة 2002

[1] "...يكرس القانون الجنائي للأعمال القيم الأساسية مثل احترام الطرف الضعيف، وحماية الذمة المالية للغي..."، أنظر: إلياس بوزيدي، إزالة التجريم عن مخالفات الأعمال: بين وضوح الضوابط وحتمية التكيّف مع حياة الأعمال، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 07، العدد 01، 2022، ص 145.

[2] إلياس بوزيدي، المرجع السابق، ص 147.

(Serbanes-Oxlley Act)[1] من جهة، جاء كردة فعل ضد الفضائح المالية، وقد تشدد في معاملة حالات الغش وعدم الواقعية في التقارير المالية للشركات المسعرة، وبين متطلبات الإفصاح وتقديم التقارير حول الالتزام بالإفصاح والحوكمة[2]، ويهدف هذا القانون بالخصوص الحد من حالات تعارض المصالح[3] بالخصوص لدى البنوك الاستثمارية[4]. وذلك عن طريق تعزيز الرقابة الداخلية على المعلومات التي تقدمها الشركات ومنها البنوك[5]، وتشديد العقوبات على جرائم الياقات البيضاء[6].

ومن جهة أخرى فهذا القانون يعتبر المرجع الذي تعتمده الكثير من الهيئات والدول في وضع قواعد الحوكمة، بالإضافة أن الشركات الأجنبية المسعرة في الولايات المتحدة الأمريكية تكون ملزمة به، وكذلك فروع الشركات الأمريكية في الخارج.

أما في فرنسا، فهناك عدة نصوص قانونية تشكل الإطار القانوني للحوكمة أهمها القانون التجاري لاسيما المادة L.225-21 والمادة L.225-22[7] من القانون التجاري والمتعلقة بالعهدات للمدراء الذين يرتبطون بالشركة بعقد عمل والذي لا يجوز أن يتجاوز الثلث، بالإضافة إلى تقرير Viennot I وتقرير Viennot II وتقرير Bouton[8].

أما في بريطانيا، فقد عرفت قواعد الحوكمة تطورا كبيرا منذ صدور تقرير (Cadbury Report) سنة 1992، والذي جاء بعد مجموعة من الانهيارات في الشركات المسعرة في البورصة. وقد وضع هذا التقرير تسعة عشر بندا، أين نص على مبادئ حوكمة الشركات باعتبارها أهم الضمانات

[1] Public Accounting Return and Investor Protection Act.

[2] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 42.

[3] Frederick Mishkin, op.cit., p 228.

[4] Frederick Mishkin, op.cit., p 229.

[5] Frederick Mishkin, op.cit., p 228.

[6] Crime de col Blanc.

[7] Art. L.225-22 c.com.fr : « …le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction… », Modifié par la loi n° 2013 du 14 juin 2013-art.9(v).

[8] Bernard Bouloc, la place de l'administrateur indépendant dans une société cotée : un aspect vécu, in la gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social, Véronique Magnier, collectif, op.cit., p 105.

للمتعاملين في البورصة، منها، وجود أعضاء مجلس إدارة ومدير مستقلين، وتفعيل دور المساهمين في إدارة الشركة وقراراتها، إضافة إلى تشكيل لجان دائمة للمراجعة والنظر في المكافآت المقررة للمديرين[1]. ثم ظهر سنة 1993 تقرير (Ruttman)، الذي أوصى بضرورة ادراج بيان حول الرقابة الداخلية التي تطبقها الشركة في تقريرها. ثم صدر سنة 1995 تقرير (Hample) ، الذي أكد على دور الرقابة الداخلية تحت مسؤولية مجلس الإدارة، أما تقرير (Greenbury) فقد أوصى بوضع لجنة مكافآت تتكون من ثلاثة أعضاء على الأقل من أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين[2]. وفي سنة 1998، تم تجميع كل القواعد السابقة في الكود الموحد لحوكمة الشركات[3] عن طريق مجلس التقارير المالية الإنجليزي. وقد عرف الكود الموحد لحوكمة الشركات عدة تعديلات متتالية، وفي سنة 2010 أصبح يسمى دليل حوكمة الشركات الإنجليزي، ومن أهم ما جاء به هو مبدأ 'الالتزام أو تفسير عدم الالتزام[4]. (سنتناوله في الفصل الثاني)[5].

كل ما رأيناه سابقا، يحدد الإطار التشريعي للحوكمة، أي النصوص القانونية الملزمة قانونا في الدولة والتي تؤطر الحوكمة، غير أنه بالإضافة إلى تلك النصوص توجد نصوص أخرى من نوع آخر وهي قواعد الحوكمة التي تضعها البنوك أو تضعها هيئات أخرى وتكون البنوك مخاطبة بها لا سيما إذا انضمت البنوك إليها لاسيما مدونات السلوك–كما رأيناه في الفصل الثاني من الباب الأول–.

[1] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 42.
[2] سامي محمد الخرابشة، حوكمة شركات المساهمة المدرجة في البورصة، مطبيعة الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2013، ص 27.
[3] Combined Code on Corporate Governance.
[4] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 28.
[5] أنظر أدناه: ص ...

المبحث الثاني: الأجهزة المسئولة على الحوكمة في البنوك

يعتبر تحديد الجهة المسؤولة عن تطبيق الحوكمة في البنوك من أهم قواعد الحوكمة، بالإضافة إلى تحديد أهم الضوابط التي تحكم تلك الجهة. حيث " يتولى إدارة شركة المساهمة عدة هيئات بعضها يتولى الإدارة الفعلية وبعضها الآخر يتولى الرقابة والإشراف، هذه الأخيرة هي مجلس الإدارة والهيئة العادية وغير العادية ومدققي الحسابات"[1]. كما رأينا تعود المسؤولية في البنك على احترامه لمبادئ الحوكمة إلى الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة، كما سنبينه أدناه. لكن لا ننسى قواعد الحوكمة التي تتضمنها النصوص العامة كالقانون التجاري وقانون العقوبات.

المطلب الأول: الجهاز التنفيذي

تعود المسؤولية في البنك على احترامه لمبادئ الحوكمة إلى الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة وهذا ما نصت عليه المادة 63 من النظام رقم 11-08[2] المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

ويقصد بالجهاز التنفيذي، الأشخاص الذين يتولون تحديد الاتجاهات الفعلية لنشاط البنك أو المؤسسة المالية، ومسؤولية تسييرها، طبقا للمادة 90 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[3].

وقد أشارت المادة 90 من الأمر 03-11 على أنه يجب أن يتولى شخصان على الأقل تحديد الاتجاهات الفعلية للبنك، وهما يتحملان أعباء تسييرها. ويجب أن يكون الشخصان في أعلى وظيفتين في التسلسل السلمي وأن يكونا في وضعية مقيم[1].

---

[1] عزيز العكيلي، القانون التجاري: الأعمال التجارية والتجار والمتجر، الشركات التجارية، الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1997، ص 302.

[2] المادة 63 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية: " تقع مسؤولية التأكد من أن البنك والمؤسسة المالية تتمثل لالتزاماتها بموجب هذا النظام على عاتق الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة...".

[3] المادة 2 فقرة ك من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

وعليه، فإنه حتى في مجال حوكمة البنوك، فإن تحديد الاتجاهات الفعلية للبنك يجب ألا يكون فرديا، بل منوط على الأقل بشخصين، والذين يشكلون الجهاز التنفيذي للبنك. وهنا نشير إلى أن المراد بالجهاز التنفيذي هو رئيس مجلس الإدارة والمدير العام. سنعود لهذا الموضوع عندما نتناول صلاحيات رئيس مجلس الإدارة.

وقد نصت المادة 68 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، على أنه في حالة عدم اشراك هيئة المداولة في وضع الحدود، يجب على الجهاز التنفيذي اعلامها بالقرارات المتخذة في هذا المجال. كما أنه يجب أن تبلغ هذه القرارات أيضا إلى لجنة التدقيق، إن وجدت، ويجب أن يعلم الجهاز التنفيذي هيئة المداولة زيادة على ذلك، على الأقل مرة واحدة في السنة، بالظروف التي يتم فيها احترام الحدود.

وقد أكدت المادة 69 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية على ضرورة أن يعلم الجهاز التنفيذي على الفور هيئة المداولة بالحوادث المعتبرة التي تم كشفها من قبل جهاز الرقابة الداخلية، لاسيما منها المتعلقة بتجاوز حدود المخاطر أو حالات الغش الداخلية أو الخارجية. كما أنها الهيئة المسؤولة عن تحديد مستويات الخطر المقبولة، وإجراءات خطر السيولة وحدودها[2]، وتحسين الإجراءات المتعلقة بها، وتبليغ النتائج المتعلقة بها لهيئة المداولة[3].

[1] المادة 90 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل بموجب الأمر رقم 04/10 .

[2] المادة 11 من النظام رقم 11-04 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1432 الموافق 24 مايو سنة 2011، يتضمن تعريف وقياس ورقابة خطر السيولة.

[3] المادة 12 من النظام رقم 11-04 يتضمن تعريف وقياس ورقابة خطر السيولة.

المطلب الثاني: هيئة المداولة

تتمثل هيئة المداولة من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة[1]. حيث أن البنك شركة مساهمة، فتقع على مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة العديد من المهام، وهي المسؤولة عن التزام البنك بالحوكمة.

الفرع الأول: مجلس الإدارة[2]

يتأسس البنك في شكل شركة مساهمة وفقا لقواعد القانون التجاري والبنكي، وبذلك فهي شركة أموال، علما أن" الضمان العام لدائني الشركة يتكون من رأسمالها ولا يمتد إلى أموال المساهمين الخاصة"[3]. ويعتبر مجلس الإدارة في إدارة البنك العقل المدبر واليد المنفذة لأعمال البنك، والمسؤول عن قراراتها[4]. وله صلاحيات التصرف في كل الظروف باسم الشركة، في نطاق موضوع الشركة والسلطات إلا تلك المخولة صراحة للجمعية العامة للمساهمين[5].

علما أن مجلس الإدارة مسؤول عن مهام واختصاصات أعضائه مسؤولية مدنية[6] عن أية اخلال يصدر عنهم، أمام البنك كشركة، وأمام المساهمين، وأمام الغير[7]. وهذه المسؤولية جماعية وبالتضامن، لكن هذا لا يعني أنه لا تكون فردية كذلك، بحيث يكون كل عضو من أعضاء مجلس الإدارة مسؤولا في حالة إثبات الأخطاء المرتكبة، وهذا ما يؤكده قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 30 مارس 2010، علما أن الخطأ يكون إما إيجابي أي بفعل ما أو سلبي أي بالامتناع في

---

[1] المادة 2 فقرة ل من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[2] The Board of Directors

[3] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 172.

[4] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 28.

[5] المادة 622 ق ت ج.

[6] رضوان هاشم حمدون عثمان، التنظيم القانوني لحوكمة الشركات في التشريعات العربية، دار الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجيزة، مصر، 2017، ص 228.

[7] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 315.

اتخاذ قرار خاطئ[1]. وعموما، تتحدد مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة على ضوء القواعد العامة للوكيل بأجر، وأحكام القانون التجاري، وعليهم بذلك بذل وتنفيذ واجباتهم بعناية الرجل المعتاد، والتزام حدود السلطات كما يبينها القانون والنظام الداخلي، فإذا التزموا بذلك لا مسؤولية عليهم سواء حققت الشركة أربحا أو تكبدت خسائر[2]. وكذلك يتساءل أعضاء مجلس الإدارة مسؤولية جزائية عن أخطائهم[3]. ويعتبر عضو مجلس الإدارة ممثلا لكل المساهمين وهو بذلك يلتزم بتحقيق مصلحة الشركة وليس مصلحة المجموعة التي يمثلها أو التي قامت بتعيينه في مجلس الإدارة[4].

وقد أولت قواعد الحوكمة، عناية خاصة بمجلس الإدارة من حيث التشكيلة والاختصاص، وعليه، سنبدأ أولا بتعريف مجلس الإدارة. ثم إلى تشكيلة مجلس الإدارة، ثم إلى اللجان المساعدة لمجلس الإدارة، ثم إلى صلاحيات ومهام رئيس مجلس الإدارة.

أولا: تعريف مجلس الإدارة

يمكن تعريف مجلس الإدارة على أنه "مجموعة من الأفراد المختارين من قبل المساهمين بتوليفة تضم أعضاء من داخل المصرف أو ما يسمى بالأعضاء الداخليين، واعضاء من خارج المصرف أو ما يعرف بالأعضاء الخارجيين وبنسب تمثيل متباينة على وفق القوانين والأنظمة الداخلية المرعية في المصارف"[5]. وأيضا يعرّف بأنه "الهيئة التي تهيمن على نشاط الشركة المساهمة وله السيادة الفعلية فيها ويقوم بالدور الأساسي في إدارة الشركة". التعريف الأول عرف مجلس الإدارة من

[1] Eric Lamarque, collectif, Gouvernance et prise de décision : les questions qui dérangent, Eyrolles et Edition d'Organisation, paris, 2011, p 104.

[2] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 314.

[3] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 315.

[4] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 286.

[5] حاكم محسن الربيعي و حمد عبد الحسين راضي، المرجع السابق، ص 113.

حيث تشكيلته، والتعريف الثاني اعتمد أكثر التأكيد على أن مجلس الإدارة هو الهيئة المسؤولة عن اتخاذ القرارات.

ثانيا: تشكيلة مجلس الإدارة

إعمالا للحوكمة، يجب أن تلتزم البنوك في تشكيل مجلس الإدارة بالعديد من القواعد، منها المتعلقة بعدد الأشخاص المكونة له، وصفة تلك الأشخاص، ومهامهم، بالإضافة إلى القواعد المتعلقة برئيس مجلس الإدارة. وهذه المسائل تخضع في أغلبها للقانون التجاري، حيث يتشكل مجلس الإدارة من مجموعة من الأشخاص يتراوح عددهم بين ثلاثة (3) واثني عشر (12) عضوا، دون أن يتعدى العدد الإجمالي أربعة وعشرين عضوا في حالة الدمج [1]. وهم يختارون عن طريق الانتخاب من طرف الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية، علما أن مدة عضويتهم يجب تحديدها في القانون الأساسي دون أن يتجاوز مدة ست (6) سنوات[2]. وقد حظر القانون التجاري على الأشخاص الطبيعية أعضاء مجلس الإدارة العضوية في أكثر من خمس (5) مجالس إدارة مقرها الجزائر[3].

ويجب أن يكون مجلس الإدارة تحت رئاسة رئيس مجلس الإدارة. كما نصت أغلب التشريعات على ضرورة أن يختار مجلس الإدارة رئيسه عن طريق الانتخاب، وقد وضع القانون شرطا أساسيا بالنسبة لرئيس مجلس الإدارة المختار بأن يكون شخصا طبيعيا وليس معنويا[4]، ويساعده[5] مديران عامان.

[1] المادة 610 ق.ت.ج.
[2] المادة 611 ق.ت.ج.
[3] المادة 612 ق ت ج
[4] المادة 635 ق ت ج
[5] شيخ زكريا، المرجع السابق، ص 303.

علما أن البنوك العامة أو المختلطة، في الجزائر، باعتبارها شركات مساهمة تحوز الدولة كل أو جزء من رأسمالها فإنها تكون خاضعة لأحكام الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية تسييرها وخصوصيتها وعليه، فإنه يجب أن يكون من بين أعضاء مجلس الإدارة شخصين من بين العمال الأجراء[1]. وهذا من شأنه أن يعزز التزام البنك بقواعد الحوكمة.

علما أنه حسب المادة 06 من الأمر رقم 10-04 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، لاسيما للمادة 83 من الأمر رقم 03-11 فإن الدولة تملك سهم نوعي في البنوك والمؤسسات الخاصة وهذا يخولها أن تكون ممثلة في أجهزة الشركة، دون الحق في التصويت، أي ليس لعضو في مجلس الإدارة ممثل للدولة صوت تداولي، وعليه، فإن دور الشخص الذي يمثل الدولة هنا يمكن أن ينحصر في تقديم الملاحظات حول جميع المسائل.

من جهة أخرى، حتى البنوك الخاصة، يجب أن يكون العمال والموظفين ممثلين في مجالس الإدارة الخاصة بها. وهذا من أهم مبادئ الحوكمة المعتمدة في الدول الأوربية بخصوص شركات المساهمة والمسعرة في البورصة، وبذلك يعتبر هذا النوع من الإدارة الأكثر قدرة على الأخذ بعين الإعتبار لكل مطالب ومصالح أصحاب المصالح المختلفة (Insider systems are said to be better able to balance stakholder interests)[2].

وقد نص القانون الفرنسي على وجود العمال ضمن تشكيلة مجلس الإدارة في القانون التجاري لاسيما بموجب المادة L.225-22 [3]، على أن لا تتجاوز نسبتهم ثلث أعضاء مجلس الإدارة، وجودهم

[1] محمد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 126.
[2] Alain Couret et autres, Les défis actuels du droit financier, Leyanda Cocks and Alan Dignam : « The end of Anglo-Saxon outsider Corporate Governance : Are we all French Now? , op.cit., p 77.
[3] L.225-22 du...

مهم لأنه من شأنه مساعدة الأعضاء الخارجيين من فهم مشاغل الشركة. طبعا بشرط ألا يتم اختيار المدراء والمسيرين منهم، وفي حالة المخالفة أي تقتضي قواعد الحوكمة وفقا لمبادئ مدونة (MEDEF-AFEP) إنهاء عقد العمل أو استقالة المعني[1].

أما المشرع المصري، فقد أجاز تمثيل العمال في مجال إدارة شركات المساهمة بعضو أو أكثر. وقد أحال إلى النظام الأساسي ، " حيث لا يتجاوز عددهم ثلث أعضاء المجلس، أو عن طريق اشتراك يتم على أساس تملكهم لأسهم عمل(جمعية خاصة)، أو عن طريق تشكيل لجنة إدارية معاونة، أو عن طريق تشكيل اتحادات العاملين المساهمين"[2].

وإن كان الأصل أن يكون أعضاء مجلس الإدارة من المساهمين[3]، لأن المساهمين وخاصة المؤسسين هم الأكثر حرصا على نجاعة قرارات الشركة وربحيتها. وبذلك الحرص على التزام الشركة بقواعد الحوكمة. كما أن المساهمين هم الفئة التي تتمتع بوسائل قانونية فعالة للرقابة على مدى التزام الشركة بقواعد الحوكمة، ومن بين أهم تلك الوسائل نجد الحق في التصويت والحق في اللجوء إلى القضاء[4] لحماية حقوقهم المشروعة لاسيما عن طريق الدعوى الجماعية[5].(سنرجع لهذا لاحقا).

لكن الواقع أن أغلب المساهمين قد لا تتوفر لديهم الرغبة في القيام بأعمال الإدارة بنفسهم، أو ليس لديهم الوقت الكافي لذلك، وقد تكون الأرباح المنتظرة لا تغطي تكلفة الوقت الذي سيقضونه في متابعة الأعمال بنفسهم، لذلك عادة ما يستعان بأشخاص من غير المؤسسين والمساهمين لعضوية مجلس الإدارة، لذلك فقد اشترطت القوانين التجارية أن يكون أعضاء مجلس الإدارة مالكين لعدد من

[1] Paul Didier et Philippe Didier, op.cit., p 912.

[2] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 115.

[3] عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 303.

[4] Pierre-Henri Conac, L'autorité Boursière a-t-elle vocation à être le gardien d'une bonne gouvernance (comparaison franco-américaine) ?, Véronique Magnier, Collectif, op.cit., p 51.

[5] Pierre-Henri Conac, L'autorité Boursière a-t-elle vocation à être le gardien d'une bonne gouvernance (comparaison franco-américaine) ?, Véronique Magnier, Collectif, op.cit., op.cit., p 52.

الأسهم، عادة ما تكون مخصصة لضمان التعويض عن الأخطاء التي قد يرتكبها مجلس الإدارة. وهنا نشير إلى أن القانون الجزائري يفرض على مجلس الإدارة أن يحوز على الأقل 20 % من رأسمال الشركة، أم عدد الأسهم التي يحوزها كل قائم بالإدارة فقد أحال تحديدها إلى القانون الأساسي[1].

وقد تراجع التشريع الفرنسي عن التزام حيازة أعضاء مجلس الإدارة لأسهم الضمان تلك، لكن مدونة MEDEF-AFEP تقتضي بذلك، على ألا يحوز الأعضاء الخارجيون أسهما كثيرة إلى حد المساس بصفتهم كمستقلين[2]. أما القانون الإنجليزي فلا يشترط ملكية عضو مجلس الإدارة للأسهم، إلا إذا كان القانون الأساسي للشركة ينص على ذلك[3].

كما أنه كذلك، وفقا لقواعد الحوكمة لا سيما (OCDE)، يجب أن يشمل مجلس الإدارة على أعضاء مستقلين أي غير تنفيذيين[4] (Non Executive Derectors). علما أن الاستقلالية تعني حسب تقرير Viénot-2 سنة 1999 وتقرير Bouton لسنة 2002 ألا تكون هناك أية علاقة من أي نوع مع الشركة[5]، وقد أوصى التقريرين أن تكون نسبة أعضاء مجلس الإدارة المستقلين على الأقل 50 %. وهي نفس النسبة في الولايات المتحدة الأمريكية حسب قانون Sorbanes-Oxley [6]. ويؤخذ بتلك النسبة عندما يكون رأسمال الشركة مشتتا أي غير ممثل بالأغلبية في مجلس الإدارة، أما إذا كان مجلس الإدارة يمثل الشركاء المسيطرين فيكفي أن يكون أعضاء الإدارة المستقلين 30 %[7].

ولكن هناك العديد من الانتقادات وجهت للشركات والبنوك في هذا المجال، خاصة أنه وقعت عدة تجاوزات وتحايل حول هذه النقطة. فمثلا، عادة ما يتم اختيار أعضاء مجلس الإدارة المستقلين

---

[1] المادة 619 ق ت ج.

[2] Paul Didier et Philippe Didier, op.cit., p 911.

[3] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 100.

[4] محمد مصطفى سليمان، المرجع السابق، ص 115.

[5] Eric Lamarque, collectif, Gouvernance et prise de décision : les questions qui dérangent, op.cit., p 89.

[6] Eric Lamarque, collectif, Gouvernance et prise de décision : les questions qui dérangent, op.cit., p 90.

[7] Paul Didier et Philippe Didier, les sociétés commerciales, op.cit., p 913

كذلك أنظر: سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 115-116.

لأسباب كثيرة غير الكفاءة، لاسيما لأسباب شخصية، مثلا معرفتهم أو قربهم من المديرين. كما أن الكثير منهم عادة ما لا يكون لديهم الوقت الكافي لمتابعة أعمال مجلس الإدارة نظرا لانشغالاتهم، فغالبا ما يكونون بدورهم مدراء ومسيرين لشركات أخرى، وقد أو صت بعض الهيئات منها (L'institut Français des administrateurs) باستحداث مهنة جديدة اسمها المدراء المستقلين، غير أن الكاتب Eric Lamarque يرى أنه من الضروري ألا يتدخل المشرع في هذه النقطة[1].

علما أنه فيما يخص قياس الاستقلالية يرى جانب من الفقه اعتماد نفس المعايير بالنسبة لاستقلالية القاضي فيما يخص مبدأ حياد القاضي، حيث يجب ان يتميز باستقلالية شخصية وموضوعية وفق قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لاسيما بموجب قرار arrêt Piersack) c/Belgique du 1er octobre 1982)[2].

وللقضاء على مشكل عدم كفاءة أعضاء مجلس الإدارة، فقد اهتمت مدونات الحوكمة بهذا الموضوع، فمثلا نص دليل قواعد حوكمة الشركات المساهمة المدرجة في بورصة عمان لعام 2008 على ضرورة أن يكون عضو مجلس الإدارة مؤهلا وعلى معرفة بالأمور الإدارية و القوانين المتعلقة بحقوق وواجبات مجلس الإدارة. أما القانون الإنجليزي[3] لسنة 1986 فقد نص على حرمان كل شخص حكم عليه من قبل المحكمة بعدم كفاءته في إدارة الشركات من عضوية مجلس إدارة شركة أخرى لمدة تتراوح بين سنتين إلى خمسة عشر سنة[4]. وفي هذا السياق، فإنه من الضروري أن نشير إلى أن بعض مجالس الإدارة في البنوك التي تعرضت للأزمات كان كل أعضاؤها المستقلين غير متخصصين في

[1] Eric Lamarque, collectif, Gouvernance et prise de décision : les questions qui dérangent, op.cit., p 90-91.
[2] Hubert de Vauplane, Droit des marchés financier, Gouvernance des banque : tout reste à faire après la crise, revue banque, octobre 2012, n ° 752, p 78.
[3] Compagny Directors Disqualification Act
[4] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 97-98.

المجال البنكي[1]. علما أن تعليمة مجلس الاتحاد الأوروبي Directive 2006/43/CE قد نصت على أن يكون على الأقل شخص واحد من لجنة التدقيق مستقلا ومتخصصا في مجال المحاسبة و/أو التدقيق[2].

ويمكن تلخيص أهمية الأعضاء المستقلين من خلال الدور الرئيسي المنوط بهم، لاسيما من خلال السهر على رقابة مدى وجود حالات تعارض المصالح وإدارتها، والتحقق مدى مصداقية وصحة المعلومات المقدمة للسوق في إطار الإفصاح والشفافية، كما أنه من شأنهم التقرير بصحة قرارات مجلس الإدارة واتخاذها بكل موضوعية وفقا للآليات المقررة[3].

وبخصوص تمثيل النساء في مجالس الإدارة، فإنه وبالرجوع إلى القانون المقارن، فإن بعض التشريعات أوجبت أن تكون النساء ممثلة فيها، مثلا في فرنسا بموجب الأمر رقم 158-2014 المؤرخ في 20 فيفري 2014[4]. لكن الواقع في هذا المجال هو أن تمثيل النساء في مجالس إدارة البنوك والشركات الكبيرة لايزال لا يرقى إلى المستوى المطلوب وهذا إن عبر على شيء فإنه يعبر عن معاناة المرأة من التهميش رغم كفاءتها في العديد من المجالات. وفي هذا المجال، نشير إلى أن القانون المصري، أصبح يحث منذ 2021 على أن تعين مجالس إدارة البنوك امرأتين ضمن تشكيلتها[5]، كما ورد في قرار مجلس إدارة البنك المركزي المنعقد ب 26 أكتوبر 2021 والذي يعدل تعليمات حوكمة البنوك الصادرة بتاريخ 23 أغسطس 2011. وقد أكد هذا التعديل المصري على ضرورة وجود عضو مجلس الإدارة لتمثيل الأقلية من المساهمين إذا بلغت نسبة أسهمهم 5 % أو أكثر.

[1] Eric Lamarque, collectif, Gouvernance et prise de décision : les questions qui dérangent, op.cit., p 61.
[2] Eric Lamarque, collectif, Gouvernance et prise de décision : les questions qui dérangent, op.cit., p 60.
[3] Yann Paclot, Le gouvernement d'entreprise, pour quoi faire ? quelques réflexions en relisant le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Véronique Magnier, Collectif, op.cit., p 284.
[4] Richard Routier, op.cit., p 494.
[5] Drive.google.com/file/d/1yn8wjtLo3Yh9cb8ZcRbfj08eg1Ylr/view تمت زيارة الموقع في ديسمبر 2021.

وقد اشترط القانون الجزائري أنا يكون مؤسسو البنوك وأعضاء مجالس إدارتها ومدرائها و/ أو من يقوم تسييرها أو تمثيلها وكل شخص مخول بالتوقيع عنها غير محكوم عليهم بأحد الجرائم المنصوص عليها في المادة 80 من الأمر رقم 03-11، ولاسيما جريمة الاختلاس، النصب، الاحتيال، الإفلاس، ومخالفة قوانين الشركات. وهذا يعني اشتراط النزاهة فيهم. علما أن شرط النزاهة يجب أن يتوفر فيهم طول مدة عضويتهم، بالإضافة إلى واجب الولاء والحياد وحفظ السر، والقيام بالواجبات بحسن نية والالتزام بشرط عدم المنافسة[1] وتوخي تعارض المصالح[2].

ثالثا: رئيس مجلس الإدارة والمدير العام

كما رأيناه، يجب أن يكون رئيس مجلس الإدارة شخصا طبيعيا، يختاره مجلس الإدارة، وهو يتولى الإدارة الفعلية للبنك، وهو يتمتع بصلاحيات واسعة، سواء التي تخولها له النصوص القانونية، أو الجمعية العامة أو القانون الأساسي. علما أن المادة 90 من الأمر رقم 03-11 تنص على أنه يجب أن يتولى تحديد الاتجاهات الفعلية لنشاط البنوك والمؤسسات المالية شخصان على الأقل. وهذا يعني أن القانون المصرفي يشترط تعيين البنك لمدير عام واحد على الأقل.

بالرجوع إلى أحكام القانون التجاري يكون الفصل بين وظيفة رئيس مجلس الإدارة والمدير العام أي طلب تعيين المدير العام بمبادرة من رئيس مجلس الإدارة، لكن في القانون المصرفي ألزم حسب المادة 90 أن تكون الإدارة الفعلية للبنك لشخصين، أي ضرورة تعيين مدير عام للبنك، وهذا يتوافق مع أحكام القانون التجاري الفرنسي بعد تعديل 15 ماي 2001[3]. وهناك شرط آخر جاءت به المادة

[1] أحمد أسود عباس، الممارسات التعسفية في شركات المساهمة، المرجع السابق، ص 76-83

[2] Hubert de Vauplane, op.cit., p 80.

[3] محمد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 127-128.

90 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض وفق التعديل 10-04 بأن كون الأشخاص المعينة في الإدارة الفعلية للبنك أن في وضعية مقيم.

علما أن صلاحيات المدير العام يحددها مجلس الإدارة مع رئيسه حسب المادة 641 من القانون التجاري، وبالرجوع إلى أحكام قانون العقوبات، يكون المدير العام كذلك أحد أجهزة البنك وممثلا شرعيا لها كذلك[1]. أما صلاحيات رئيس مجلس الإدارة فهي واسعة، وهي تتداخل مع صلاحيات مجلس الإدارة.

رابعا: اللجان المساعدة لمجلس الإدارة

عموما، يعتمد مجلس الإدارة على مجموعة من اللجان في القيام بعمله، وتساعده في اتخاذ بعض القرارات، أهمها لجنة المراجعة والتدقيق[2]، ولجنة المكافآت، ولجنة التعيينات. بالإضافة الى لجان أخرى حسب الحاجة كلجنة الاستراتيجيات، واللجنة التنفيذية، ونذكر كذلك لجنة الحوكمة، لجنة التمويل والتخطيط الاستراتيج ي[3] وعليه فعدد اللجان واختصاصاتها يتوقف على حجم البنك والمسؤوليات المرتبطة بها.

1- لجنة المكافآت[4]

تُعرف البنوك بأنها من القطاعات الأكثر سخاء في دفع المكافآت لأعضاء مجلس الإدارة والمدراء والمدراء التنفيذيين والمسيرين، إلى درجة أن الأزمات المالية التي عرفها هذا القطاع أظهر عيوبا كثيرة في هذا المجال. فغالبا ما يكون دفع المكافآت والمرتبات والتعويضات غير مرتبط بالأداء،

[1] محمد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 128.
[2] سنتطرق لها في الفصل الأخير.
[3] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 161.
[4] Remuneration committee.

أي غير مرتبط بتحقيق البنك لنتائج جيدة. وقد طرحت العديد من المشاكل في هذا المجال، لاسيما في حالة ارتباط عضو مجلس الإدارة بعقد عمل. علما أن التأمين عن التعاقد والبطالة عادة لا يكون عن طريق الاقتطاع المباشر من الراتب، بل يتم بالاتفاق حوله في العقد الذي يربط الشخص بالمؤسسة. بالإضافة إلى التعويض المستحق بعد انهاء عقد العمل. وهناك مشكل آخر متعلق بأسهم الأداء (stock-options)[1]، حيث يكون دخل المدراء مرهونا بارتفاع القيمة السوقية للبنك وبذلك تكون المخاطرة في البنك أكبر[2]، حيث يسعى المدراء إلى تحقيق مردودية أكبر للبنك وبالمقابل الحصول على فائدة أكبر لهم.

حتى في الجزائر، فإن القطاع البنكي معروف بأنه من أكثر القطاعات التي تدفع المرتبات والتعويضات المرتفعة خاصة لأصحاب المناصب العليا. علما أن الإدارة العليا في القطاع الخاص أو العام كلها تخضع للتعاقد، حتى في القطاع الاقتصادي العام(المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري) يتم التعاقد فيها مع المدراء. وعليه، فإن مشكل المرتبات والتعويضات هو مطروح كذلك عندنا.

ونظرا للمشاكل العديدة المطروحة في هذا المجال، فقد اهتمت أغلب مدونات الحوكمة، بضرورة تشكيل مجلس الإدارة للجنة المكافآت(عندما يكون حجم الشركة كبير تكون هذه اللجنة منفصلة عن لجنة التعيينات). وعدد الأعضاء المنصوص عليه في لجنة المكافآت هو ثلاثة أعضاء، على أن يكون كلهم أو أغلبهم من أعضاء مجلس الإدارة المستقلين أو غير التنفيذيين[3]. غير أنه هناك

[1] Eric Lamarque, collectif, Gouvernance et prise de décision : les questions qui dérangent, op.cit., pp 113-123.

[2] Julien Batac, op.cit., p 72.

[3] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 123

من يرى أن لجنة المكافآت لا يجب أن تتدخل في مكافآت أعضاء مجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة، بل يبقى هذا خاضعا لأحكام النظام الأساسي[1].

علما أن اختصاص اللجنة يشمل تحديد المرتبات والتعويضات والمكافآت من خلال وضع قواعد خاصة بذلك، أي تحديد السياسة الخاصة بها ووضع أنظمة خاصة بها، على أن يتم عرض ذلك على حملة الأسهم. كما أن رئيس اللجنة يجب أن يحضر الجمعية العامة السنوية للإجابة عن الأسئلة، وتكون اللجنة مسؤولة عن رفع تقرير بعملها إلى الجمعية العامة، ومن مبادئ الشفافية أن تكون أسماؤهم مدرجة في التقرير السنوي للشركة[2]. كما يجب على لجنة المكافآت تقديم التوصيات إلى مجلس الإدارة، وأن تضع بين يدي أعضاء مجلس الإدارة جميع المحاضر التي تعدها[3].

2- لجنة التعيينات[4]

يجب على مجلس الإدارة، أن يحترم بعض القواعد في التعيين في بعض المناصب، وقد يتطلب أن يكون لدى البنك لجنة تعيينات منفصلة عن لجنة المكافآت. وعموما يمكن تحديد مهام لجنة التعيينات في تقديم التوصيات المتعلقة بالترشح والتعيين بالنسبة للأعضاء الجدد في مجلس الإدارة والمدراء التنفيذيين. بحيث تسهر على ترشيح الأعضاء وفقا للسياسات والمعايير المقبولة، والمراجعة السنوية للاحتياجات المتعلقة بالمهارات التي تتطلبها العضوية في مجلس الإدارة، بالإضافة إلى الحرص على التأكد من استقلالية الأعضاء المستقلين وعدم وجود تعارض المصالح وذلك كما فصلته الفقرة ج من المادة 15 من لائحة حوكمة الشركات السعودية رقم 1 لسنة 2006[5]. كما تقوم هذه

[1] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 156.
[2] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 123
[3] محمد مصطفى سليمان، المرجع السابق، ص 154.
[4] Appointments committee.
[5] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 157.

اللجنة بتوضيح تلك الأسس. أما من ناحية التشكيلة، حسب قواعد الحوكمة الإنجليزي فيجب أن يكون أغلبية أعضائها من غير التنفيذيين المستقلين وكذلك رئيسها[1].

3- اللجنة التنفيذية[2]

يحتاج مجلس الإدارة في مواجهة بعض المستجدات الاستجابة السريعة لها، وهذا ما توفره اللجنة التنفيذية خاصة في الفترة الممتدة بين اجتماع وآخر. وتتشكل اللجنة التنفيذية من كبار المديرين في إدارة البنك برئاسة المدير التنفيذي[3]، تساعد هذه اللجنة المجلس في مهامه الاشرافية وفي تحقيق الأهداف الاستراتيجية والأولويات المالية والتشغيلية، ووضع التوصيات المتعلقة بتوزيع الأرباح. كما تساعد في عملية تقييم الإنتاجية. ولها في ذلك الاستعانة بأية شخص أو وثيقة تطلبها. كما يجوز لها دعوة أي مسؤول أو موظف لاجتماعاتها لسؤالهم أو سماعهم، وهي ترفع تقرير دوري عن عملها لمجلس الإدارة[4]. "و تقوم أيضا اللجنة بمناقشة بعض الأمور الأخرى التي لا تدخل ضمن اختصاص أي لجنة أخرى مثل الموارد البشرية أو تكنولوجيا المعلومات أو التأمين أو الموضوعات المتعلقة بالبيئة ومسؤولية البنك الإجتماعية"[5].

---

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 124.

[2] Executive Committee.

[3] محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات ودور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 253.

[4] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 159.

[5] محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات ودور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، المرجع السابق، ص 254.

4- لجنة إدارة المخاطر

تتميز حوكمة البنوك بضرورة اتخاذها للجنة إدارة المخاطر، وهي تتولى الإشراف على الإدارة العليا في إدارة المخاطر البنكية[1]. فقد أكد تقرير Walker لسنة 2009 وجوب اتخاذ البنك للجنة المخاطر[2]، وهي تعمل على استعاب قواعد إدارة المخاطر وطرق قياسها و العمل على متابعتها والتحكم فيها لاسيما بسبب زيادة المخاطر الذي صاحب تطور عمل البنوك والتطورات التكنولوجية والثورة المعلوماتية المصاحبة للعولمة الاقتصادية[3].

5- لجنة الأخلاقيات أو الإمتثال

تعتبر من بين أهم اللجان التي أوصت بها لجنة بازل[4](سنتناول رقابة الامتثال أو المطابقة في الفصل الثاني من هذا الباب)[5].

خامسا: صلاحيات ومهام مجلس الإدارة

يعتبر مجلس الإدارة مهما في وضع ومتابعة الحوكمة في البنك، وهو يتمتع بمجموعة من المهام والاختصاصات التي من شأنها أن تضمن أن البنك يلتزم بقواعد الحوكمة، أهمها وضع السياسات والتخطيط، توزيع الاختصاصات والمهام في البنك، الاشراف وتقييم الأداء، كما يعد مسؤولا تجاه المساهمين والمودعين، والغير، وتجاه البنك، كما لديه مهمة الرقابة ومهمة النصح[6].

---

[1] سندرة أنيسة، المرجع السابق، ص 166.

[2] Julien Batac, op.cit., p 71.

[3] محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات ودور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، ص 258.

[4] سندرة أنيسة، المرجع السابق، ص 167.

[5] أنظر أدناه : ص...

[6] Eric Lamarque, collectif, Gouvernance et prise de décision : les questions qui dérangent, op.cit., p 57.

1- وضع السياسات والتخطيط

يعتبر وضع السياسات الاستراتيجية والتخطيط من أهم المهام المنوطة بمجلس الإدارة، وهو المسؤول الأول عن ذلك. فالبنك لا يمكن أن يعمل بصفة عشوائية، بل يجب عليه وضع خطة طريق ومناهج للوصول إليها وهذا ما يطلق عليه بالسياسات والاستراتيجيات، وهو المسؤول عن تنفيذها[1] – لاسيما عن طريق التقييم، وهذا من أهم مبادئ الحوكمة، لاسيما حسب منظمة (OCDE).

كما يكون مجلس الإدارة مسؤولا عن مراجعة تلك السياسات والاستراتيجيات[2]، أي أنه بعد وضع الاستراتيجية وتنفيذها، خلال مدة زمنية معينة يمكن أن تصبح لا تتناسب مع ظروف البنك أو السوق، أو المحيط الاقتصادي والسياسي والقانوني، لذلك يتم مراجعتها وتطويرها بما يتناسب مع ذلك.

كما يقوم مجلس الإدارة بالرقابة على حالات تعارض المصالح، ويمنع منعا باتا منح القروض للمسيرين، والمساهمين وللشركات التابعة[3] ولمحافظي[4] الحسابات[5].

2- توزيع الاختصاصات والمهام في البنك

يعتبر مجلس الإدارة الهيئة المسؤولة عن توزيع الاختصاصات والمهام في البنك. وفي نفس الوقت يقوم بالإشراف وتقييم الأداء. هناك العديد من الالتزامات الموقعة على الأجهزة المنوط بها ضمان احترام البنك للحوكمة، أهمها تقييم فعالية جهاز الرقابة الداخلية واتخاذ كل إجراء تصحيحي[6] ،

---

[1] غضبان حسام الدين، المرجع السابق، ص 153.
[2] أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، المرجع السابق، ص 134.
[3] المادة 104 من الأمررقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم.
[4] المادة 102 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم.
[5] أنظر أدناه : ص...
[6] المادة 63 من النظام رقم 08/11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

ويمكن إضافة التزامات أخرى إلى هذين الالتزامين وهي التأكد من التزام البنك بقواعد الحوكمة، المساهمة في وضع وتحديد قواعد الحوكمة.

3- التأكد من التزام وامتثال البنك بقواعد الحوكمة

تقع مسؤولية تأكد البنك من التزامه واحترامه بقواعد الحوكمة على الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة، التأكد بأن البنك يلتزم بقواعد الحوكمة[1].

4- المساهمة في وضع وتحديد قواعد الحوكمة

لقد نصت المادة 26 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية على ضرورة تحديد البنك وباتخاذه مجموعة من التدابير والإجراءات في إطار احترام متطلبات الحوكمة، لاسيما الإجراءات التي تسمح بالوقاية من تضارب المصالح والتي تضمن أخلاقيات المهنة للمستخدمين وأعضاء الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة، وهذا يكون من اختصاص مجلس المداولة أي مجلس الإدارة.

5- تقييم فعالية جهاز الرقابة

يقع على مجلس الإدارة مهمة تقييم مدى فعالية جهاز الرقابة الداخلي، لذلك تعد تقريها السنوي بخصوص الأعمال الرقابية والإجراءات المتخذة، وكل التعديلات التي تقع على ذلك الجهاز[2].

---

[1] المادة 63 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[2] الماد 71 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية: " تقوم البنوك والمؤسسات المالية، مرة واحدة في السنة على الأقل، بإعداد تقرير حول ظروف ممارسة الرقابة الداخلية وفقا لأحكام هذا النظام.

و يتضمن هذا التقرير على الخصوص ما يأتي:

- وصف التعديلات الهامة التي تم إجراؤها في إطار تنظيم جهاز الرقابة الداخلية وفي مختلف أنظمة الرقابة خلال الفترة قيد الدراسة.
- وصف أهم الأعمال المنفذة في إطار الرقابة الدائمة.

6- اتخاذ الإجراءات التصحيحية

تتلقى هيئة الداولة العديد من التقارير حول عمل الجهاز التنفيذي والرقابة الدورية والرقابة الدائمة[1]، وعلى أساسها يقوم باتخاذ الإجراءات التصحيحية الضرورية[2].

الفرع الثاني: مجلس المديرين ومجلس المراقبة

يُعَدُّ مجلس المديرين ومجلس المراقبة الهيئات المسؤولة عن احترام البنك لالتزاماته المتعلقة بالحوكمة وتقييم فعالية الرقابة الداخلية والقيام بالإجراءات التصحيحية[3]. وهذا عندما ينص البنك في قانونه الأساسي على أن يخضع لقواعد إدارة شركة المساهمة وتسييرها المنصوص عليها في القانون التجاري لاسيما المواد 642 إلى 673 المتعلقة بمجلس المديرين ومجلس المراقبة، كما يجوز كذلك أن يختار البنك ذلك عن طريق الجمعية العامة غير العادية فيما بعد[4]، أي عن طريق تعديل القانون الأساسي، علما أن أي تعديل في القانون الأساسي يجب أن يكون محل ترخيص من قبل محافظ البنك المركزي[5]. يمثل مجلس المديرين في تلك الحالة الجهاز التنفيذي[6]، ويعتبر مجلس المراقبة هيئة المداولة[7].

- جرد التحقيقات المنجزة من الرقابة الدورية وأهم استنتاجاتها – المتعلقة خاصة بالنقائص المسجلة- والإجراءات التصحيحية المتخذة.
- وصف ظروف تطبيق الإجراءات الموضوعة فيما يخص النشاطات الجديدة.
- عرض أهم الأعمال المقررة والمتعلقة بالرقابة الداخلية".

[1] المادة 66 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية :" تقوم هيئة المداولة، مرتين في السنة على الأقل، بفحص نشاط ونتائج جهاز الرقابة الداخلية على أساس المعلومات المستلمة من الجهاز التنفيذي، وعند الإقتضاء، من لجنة التدقيق، ويمكن القيام بهذه الدراسة مرة واحدة في السنة في حالة وجود لجنة التدقيق.
يقوم المسؤول على الرقابة الدورية بتقديم تقرير عن عمله لهيئة المداولة، مرة واحدة في السنة على الأقل".

[2] المادة 63 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[3] المادة 63 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[4] المادة 642 ق ت ج.

[5] المادة 94 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[6] المادة 2 الفقرة ك من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[7] المادة 2 الفقرة ل من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

وبذلك، توكل لمجلس المديرين ومجلس المراقبة في البنك نفس مهام واختصاصات مجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة لكن هناك اختلافات عديدة بينهما. علما أن نظام التسيير عن طريق مجلس المديرين قد أخذه المشرع الجزائري عن القانون التجاري الفرنسي المأخوذ بدوره عن القانون الألماني[1]. ويعتبر هذا النظام من أساليب التسيير المستحدثة، والتي تعتبر أكثر استجابة وتماشيا مع مفهوم الحوكمة[2].

أولا: مجلس المديرين[3]

من حيث التشكيلة، يكون مجلس المديرين دائما هيئة جماعية تتكون من ثلاث إلى خمس[4] أشخاص طبيعية[5]، يُعينهم مجلس المراقبة[6] ويختار كذلك رئيسه[7]. يمكن عموما اعتبار أن أعضاء مجلس الإدارة يشبهون لحد كبير المدراء العامون[8].أما مدة العضوية فتتراوح بين سنتين وست سنوات، على أن تقدر بأربع سنوات في حال عدم تعيين المدة في أحكام صريحة[9]، أي إذا لم ينص القانون الأساسي عليها صراحة. على أن ينص عقد التعيين على كيفية دفع الأجر الذي يتقاضاه أعضاء مجلس المديرين[10]. وقد اشترط القانون التجاري ألا يكون أعضاء مجلس المديرين مرتبطين بعقد عمل بالشركة طول مدة عضويته فيه[11].

---

[1] محمد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 131.

[2] Paul le Cannu et Bruno Dondero, op.cit., P 550.

[3] Le directoire.

[4] نشير هنا إلى أن القانون الفرنسي يجيز أن يصل العدد إلى سبعة أعضاء في الشركات المدرجة في البورصة إذا نص على ذلك قانونها الأساسي. أنظر Paul le Cannu et Bruno Dondero, op.cit., p 552 .

[5] المادة 643 من ق ت ج.

[6] وهذا يتوافق مع القانون التجاري الفرنسي .Paul le Cannu et Bruno Dondero, op.cit., p552 .

[7] المادة 644 من ق ت ج.

[8] Paul Didier et Philippe Didier, op.cit. p 580.

[9] المادة 646 من ق ت ج.

[10] المادة 646 ق ت ج.

[11] المادة 645 ق ت ج.

لقد أحال القانون التجاري مجلس المديرين إلى القانون الأساسي فيما يخص شروط التداول[1]. ويتمتع مجلس المديرين بسلطات واسعة للتصرف باسم البنك، مع مراعاة سلطات مجلس المراقبة والجمعية العامة وموضوع الشركة[2]. ويكون البنك ملزما تجاه الغير بأعمال مجلس المديرين، ولا يحتج بأن التصرف كان خارج الاختصاص إلا إذا ثبُت أن الغير كان على علم بذلك التجاوز[3]. غير أن المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس المديرين تكون قائمة في حالة تجاوزهم لحدود مسؤولياتهم تجاه الشركة[4].

ويعتبر رئيس مجلس المديرين أحد أجهزة البنك وممثلها الشرعي حسب المادة 51 مكرر من قانون العقوبات[5]. حيث يمثل الشركة في علاقاتها مع الغير[6]، غير أنه لا يتمتع بسلطات إدارة أوسع من سلطات باقي أعضاء مجلس المديرين[7]، غير أنه يجوز للقانون الأساسي أن يقرر منح نفس سلطة التمثيل لعضو أو عدة أعضاء آخرين في مجلس المديرين[8].

والقرارات التي تصدر عن مجلس المديرين هي قرارات تداولية أي جماعية، وليست قرارات فردية، حتى في حالة تحديد مهام كل عضو[9]، وحتى في حالة تحديد مهام الأعضاء يجوز لمجلس المديرين التدخل فيها كلما دعت الضرورة لذلك[10]. كما أنه يجب مسك محاضر المداولات تحت طائلة بطلانها[11]. علما أن مجلس المديرين هو المسؤول عن وضع وتحديد اتجاهات البنك واستراتيجياتها،

---

[1] المادة 650 ق ت ج.
[2] المادة 648 ق ت ج.
[3] المادة 649 ق ت ج.
[4] Paul Didier et Philippe Didier, op.cit. p 589.
[5] محمد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 132.
[6] المادة 652 ق. ت. ج.
[7] المادة 653 ق. ت. ج.
[8] المادة 653 ق. ت. ج.
[9] Paul le Cannu et Bruno Dondero, op.cit., p 557.
[10] Paul Didier et Philippe Didier, op.cit., p 581.
[11] Paul le Cannu et Bruno Dondero, op.cit., p 557.

كما يقوم بالسهر على تطبيقها، والرقابة على السير الحسن لأعمال البنك، وله أن يقوّم التجاوزات والانحرافات دون الرجوع لمجلس المراقبة[1].

غير أن هناك بعض الأعمال التي يجب الرجوع فيها إلى مجلس المراقبة، فلا تكون صحيحة إلا بعد ترخيص صريح منه، لاسيما فيها يتعلق بأعمال التصرف كالتنازل عن العقارات والمشاركات، وتأسيس الأمانات والكفالات، والضمانات[2]. بالإضافة إلى كل الاتفاقيات بين البنك وأعضاء مجلس المديرين[3]، على أن تعرض أمام الجمعية العامة للمصادقة عليها[4].

ثانيا: مجلس المراقبة[5]

عندما يكون البنك خضعا لأحكام القانون التجاري المتعلقة بإدارة شركة المساهمة وتسييرها لاسيما المواد642 إلى 673 المتعلقة بمجلس المديرين ومجلس المراقبة ، فإن هذا الأخير يصبح الجهاز المسؤول عن الرقابة الدائمة على أعمال البنك[6].

يتكون مجلس المراقبة من سبعة (7) أعضاء إلى إثني عشر (12) عضوا[7]، على ألا يتجاوز العدد الكلي أربعة وعشرين (24) عضوا في حالة البنك المندمج[8]. يعينون كلّهم عن طريق الانتخاب إما من قبل الجمعية العامة التأسيسية –أي ينص عليهم القانون الأساسي– لمدة ثلاث (3) سنوات، أو الجمعية العامة العادية لمدة لا تتجاوز ست (6) سنوات، كما يجوز للجمعية العامة العادية عزلهم في

[1] Paul Didier et Philippe Didier, op.cit. p 588.

[2] المادة 654 ق.ت.ج.

[3] المادة 670 ق.ت.ج.

[4] المادة 672 ق.ت.ج.

[5] Le conseil de surveillance.

[6] المادة 654 ق.ت.ج.

[7] المادة 657 ق.ت.ج.

[8] المادة 658 ق.ت.ج:" خلافا للمادة السابقة، يمكن تجاوز عدد الأعضاء المقرر بإثني عشر عضوا حتى يعادل العدد الإجمالي لأعضاء مجلس المراقبة الممارسين منذ أكثر من ستة أشهر في الشركات المدمجة وذلك دون أن يتجاوز العدد أربع وعشرين (24) عضوا".

أي وقت[1]. وقد اشترط القانون التجاري أن يكون أعضاء مجلس المراقبة لا ينتمون لمجلس المديرين[2]، وإذا كان العضو شخصا طبيعيا فلا يجوز له الانتماء لأكثر من خمسة مجالس مراقبة لشركات مساهمة[3] سواء بنوك أو غير بنوك. أما الأعضاء الممثلين الدائمين للأشخاص المعنوية فلا يخضعون لشرط عدم العضوية في أكثر من خمس مجالس مراقبة[4]. وقد اشترطت المادة 659 من القانون التجاري أن يكون أعضاء مجلس المراقبة حائزين لأسهم الضمان، التي يجب ألا تقل عن 20 % من رأسمال البنك[5].

بالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي يمكن أن يعين بعض أعضاء مجلس المراقبة من طرف العمال أو العمال المساهمين، كما يحضر أعضاء لجان الشركة إجتماعاته[6].

يعين مجلس المراقبة عن طريق الانتخاب رئيسا مهمته استدعاء المجلس وإدارة المناقشات فيه[7]، على أن مداولاته لا تكون صحيحة إلا بحضور نصف أعضائه على الأقل[8]. وتجدر الإشارة هنا إلى أن في القانون الفرنسي يكون رئيس مجلس المراقبة هو الجهة المسؤولة عن التقرير المتعلق بالحوكمة في الشركات المدرجة في البورصة، والذي يصادق عليه المجلس[9] لاسيما بموجب المواد L. 225-68 و L.225-84.

تتمثل مهمة مجلس المراقبة في الرقابة الدائمة على البنك، أي الرقابة على أعمال مجلس المديرين الذين لهم مهمة إدارة البنك. هذه الرقابة إما تكون بعدية أو قبلية. وتكون الرقابة بعدية عندما

---

[1] المادة 662 ق.ت.ج.
[2] المادة 661 ق.ت.ج.
[3] المادة 664 ق.ت.ج.
[4] المادة 664 ق.ت.ج. الفقرة 2.
[5] المادة 619 ق.ت.ج.
[6] Paul le Cannu et Bruno Dondero, op.cit., p 560.
[7] المادة 666 ق.ت.ج.
[8] المادة 667 ق.ت.ج.
[9] Paul le Cannu et Bruno Dondero, op.cit., p 562.

يتعلق الأمر بالرقابة على أعمال الإدارة لاسيما من خلال الرقابة على الحسابات المتعلقة بها. أما الرقابة القبلية، فتتعلق بالرخصة التي يشترطها القانون لصحة التصرفات المتعلقة بالتنازل عن العقارات أو الشركة، وتأسيس الكفالات والأمانات[1]. كما تخضع للترخيص كل الاتفاقيات التي يبرمها البنك مع أحد أعضاء مجلس المديرين ومجلس المراقبة، وحتى في حالة الاتفاقيات التي تكون مع تلك الأشخاص وإن لم كان التعامل مع معهم مباشرة بل عن طريق وسطاء، وفي حالة عدم الحصول على الرخصة المطلوبة والمصادقة عليها من الجمعية العادية، ويكون العضو المعني مسؤولا عن الديون مسؤولية شخصية في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية[2].

عموما، لا يعتبر أعضاء مجلس المراقبة من المدراء، وليست لا يجوز لهم القيام بأية أعمال إدارة أو تسيير، ولا يكونون مسؤولين إلا عن الأخطاء المتعلقة بالرقابة، وعليه لا يجوز الحكم عليهم بصفتهم كمسير قانوني، ولكن في حالة تجاوزهم لنهامهم أي في حالة التدخل في أعمال التسيير يجوز الحكم عليهم على أساس مسير بالفعل[3].

[1] المادة 654 ق.ت.ج.
[2] المادة 673 ق.ت.ج.
[3] Paul le Cannu et Bruno Dondero, op.cit., p 562.

الفصل الثاني

مسؤولية البنك عن مخالفة مبادئ الحوكمة

أهم ضمانات تطبيق والتزام البنوك بمبادئ الحوكمة، هو تجريم المخالفة لتلك القواعد ويمكن القول أن من أهم مبادئ الحوكمة الإفصاح والشفافية التي تعتبر مخالفتها جرائم، وعليه سنتناول في المبحث الأول الالتزام بمبدأ الإفصاح والشفافية والجرائم المتعلقة به. أما في المبحث الثاني فسنتناول الرقابة البنكية.

المبحث الأول: مبدأ الإفصاح والشفافية والجرائم المتعلقة به

يعتبر مبدأ الإفصاح والشفافية أحد أهم مبادئ الحوكمة وتعتبر أهم آلية لمساءلة البنك عن تحقيق أهداف التنمية المستدامة، سواء المتعلقة بحماية البيئة أو المسؤولية الاجتماعية وحماية المستهلك.

حيث يجب على أية شركة عموما وعلى البنك خصوصا الإعلان عن الوضعية المالية والاقتصادية، وهذا تطبيقا للمتطلبات القانونية من جهة وكذلك لتعزيز ثقة الغير والجمهور في أدائه من جهة أخرى. وتعزيزا لبناء اقتصاد قوي في إطار التنمية المستدامة أصبح واجب الافصاح والشفافية يتعدى الإعلان والإفصاح عن الوضعية المالية إلى الإعلان عن سياسة الشركة المالية وكذلك الإعلان والكشف عن سياستها ونشاطها في إطار حماية البيئة والمسؤولية الإجتماعية وحماية المستهلك.

بالنسبة للبنك يجب النظر إلى واجب الإفصاح والشفافية من زاويتين ، فمن جهة يقع على البنك في إطار نشاطه وأدائه الخاص، ومن جهة أخرى يقع عليه التزام باختيار المتعاملين معهم على

أساس التزامهم بالإفصاح والشفافية. والبنك يخضع هنا لمتطلبات الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض وإلى تنظيمات وتعليمات مجلس النقد والقرض، ولكن باعتباره أحد المتدخلين في البورصة فإنه يجب أن يراعي القواعد الخاصة بالإفصاح والشفافية المتعلقة بالبورصة. وفي نفس الوقت يمكنه استقاء المعلومات الضرورية حول وضعية السوق أو وضعية الشركات المدرجة في البورصة من المعلومات التي يتم نشرها عن طريق البورصة.

وعليه، سنتناول التزام البنك بالإفصاح والشفافية وأهميته في المطلب الأول، ثم سنتناول الجزاء المترتب على عدم التزام البنك بمبدأ الإفصاح والشفافية في المطلب الثاني، ثم جرائم المتعلقة بالإفصاح والشفافية أي جرائم العارف بالسر في المطلب الثالث.

المطلب الأول: الزام الإفصاح والشفافية وأهميته

لقد أصبح مبدأ الإفصاح والشفافية، أحد مبادئ الحوكمة في البنوك، وعليه سنتعرف على التزام الإفصاح والشفافية وأهميته بالنسبة للبنك في الفرع الأول، ثم إلى الإطار القانوني لمبدأ الإفصاح والشفافية في الفرع الثاني. ثم سنتناول بالتفصيل الفرق بين الإفصاح والشفافية في الفرع الثالث، أما الفرع الرابع فيتناول الأشخاص المخاطبة بالتزام الإفصاح والشفافية، أما الفرع الخامس فيتناول شروط تنفيذ الالتزام بالإفصاح، وفي الفرع السادس سنتناول حدود مبدأ الإفصاح والشفافية.

الفرع الأول: مفهوم الزام الإفصاح والشفافية وأهميته بالنسبة للبنك

ارتبطت الحوكمة بالتزام الإفصاح و الشفافية، لكنه مفهوم واسع، وحديث. وللإحاطة بهذا المفهوم سنتطرق إلى تعريفه ثم إلى أهميته.

أولا: تعريف مبدأ الافصاح والشفافية

عموما " يقصد بالإفصاح والشفافية الإعلان عن المعلومات التي تتعلق بنشاط الشركة ومركزها المالي داخل سوق الأوراق المالية، حيث أن قوى العرض والطلب تعتمد بشكل مباشر على ما يوجد أو تفصح عنه إدارة الشركة من بيانات ومؤشرات تعبر عن المركز الحقيقي للشركة"[1].

ثانيا: الأهمية العملية للإفصاح والشفافية

يساعد مبدأ الإفصاح المستثمرين في البورصة على اتخاذ قرارات القرارات الاستثمارية الصحيحة، ذلك أن توافرت المعلومات يساهم في صناعة القرار تقييم أداء الشركات وتقييم مصداقية الشركات مع من تتعامل معهم[2]. وعموما يحتاج الجمهور إلى فهم جميع الأمور المتعلقة بالشركات التي يتعامل معها سواء المتعلقة بهيكلها أو نشاطاتها أو سياساتها لاسيما تلك المتعلقة بمدى اخذها بعين الإعتبار للمعايير البيئية والأخلاقية وعلاقاتها مع أصحاب المصالح، وهذا يكون متوفرا عندما يتحقق مبدأ الافصاح عن المعلومات الحقيقية وعدم التضليل[3]. ولكن تبقى كل هيئة في إطار الحفاظ على مصالحها حرة في عدم الإفصاح عن بعض المعلومات السرية والتي قد يؤدي نشرها إلى خسائر أو إلى تحقيق ميزة للمنافسين.

كما قلنا سابقا، يعتبر الافصاح والشفافية ذو أهمية بالغة لاسيما في اتخاذ القرارات الاستثمارية، سواء للبنك أو الشركات الأخرى، فمن خلال الحصول على معلومات دقيقة حول أداء أية شركة تتعزز الثقة في أداء الشركة، وبذلك تصبح البنوك مستعدة لمنحها مزيد من القروض أو

[1] أحمد أسود عباس، الممارسات التعسفية في شركات المساهمة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 84.
[2] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 253.
[3] أحمد أسود عباس، المرجع السابق، ص 138.

تجديدها، وذلك يجعل البنك يقبل على شراء أسهم أو سندات الشركة سواء لحسابه أو لحساب الزبائن، وحتى الاحتفاظ بها في المحفظة المالية.

كما يؤثر توفير المعلومات الضرورية حول أية شركة بسعر أسهمها حيث يُقبِل المستثمرون على شراء أسهم الشركة ذات الأداء الجيد والمحترمة لمتطلبات الإفصاح والشفافية، وفي نفس الوقت سوف يسعى المستثمرون إلى بيعها في حالة الاعلان عن أوضاع سيئة للشركة أو عدم إحترامها لمتطلبات الإفصاح والشفافية وبذلك يمكن القول أن الإفصاح والشفافية يساهم في تحقيق سعر عادل للورقة المالية[1].

لقد صدر أول قانون متعلق بالافصاح والشفافية ، جاء كردة فعل على انهيار البورصة والركود الاقتصادي الذي تبعه، وقد نص صراحة على واجب الافصاح والشفافية بخصوص الأوراق المالية المطروحة في البورصة في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون (Securities Act) لسنة 1933، بهدف محاربة حالات الغش والتزييف والاحتيال في المعاملات المصرفية، وتبعه مباشرة سنة 1934 قانون الأوراق المالية (securities Exchange Act) المتعلق بالتزام نشر القوائم المالية والميزانية للكافة بصورة واضحة، ومنع الاستفادة من المعلومات الداخلية في الشركة من قبل المطلعين عليها[2].

كما أن الإفصاح والشفافية عندما يكون متعلقا بالبيانات الدورية فإن يسهل احتساب الكثير من الالتزامات المالية للبنك. منها: نسبة السيولة القانونية، نسبة الاحتياطي النقدي، نسبة الائتمان إلى الودائع بالنسبة للبنك التجاري، نسبة الاستثمار المحلي إلى الودائع وهذا في المصرف الإسلامي، بالإضافة إلى النسب التي يقرها البنك المركزي لاسيما عن طريق أنظمة ولوائح مجلس النقد والقرض،

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 258.
[2] أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية : كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012، ص 48.

ومنها التي تقيس ملاءة رأس المال أي نسبة الودائع الادخارية ...إلخ، بالإضافة إلى قياس الأهمية النسبية لكل بنك في الجهاز المصرفي ككل[1] .

الفرع الثاني: الإطار القانوني لمبدأ الإفصاح والشفافية

تلتزم البنوك بالإعلان ونشر المعلومات المحاسبية وغير المحاسبية، وهي في نفس الوقت تستفيد من التزام الشركات الأخرى بنفس الواجب. وقد اعتبرت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادي (OCDE) مبدأ الإفصاح والشفافية مبدأ من مبادئ الحوكمة، وتعتبر تلك المبادئ المرجع الذي تعود إليه الدول في وضع تشريعاتها الداخلية[2] . وقد أصدرت العديد من الدول قواعد خاصة بذلك.

أولا: الإطار القانوني لالتزام البنوك بالإفصاح والشفافية في القانون الجزائري

بالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري، نجد أن البنوك خاضعة لالتزام الافصاح والشفافية لاسيما بموجب المادة 103 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض :"... على كل بنك أو مؤسسة مالية أن تنشر حساباتها السنوية خلال الستة (6) أشهر الموالية لنهاية السنة المحاسبية المالية.."[3].

وقد أصدر مجلس النقد والقرض النظام رقم 09-05 المؤرخ في 18 أكتوبر 2009 يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية ونشرها[4]، على أن يتم إعداد تلك الكشوف وفق

[1] محمد أحمد عبد النبي، المرجع السابق، ص 48. وقد حددها بالتفصيل الملحق 1 و2 و3 و4 ل النظام رقم 09-05 المؤرخ في 18 أكتوبر 2009 يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية ونشرها، (ج ر ج ج العدد 76 السنة 46 بتاريخ 29 ديسمبر 2009).
[2] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 44.
[3] المادة 103 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.
[4] النظام رقم 09-05 المؤرخ في 18 أكتوبر سنة 2009، يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية ونشرها.

الأسس المحاسبية وقواعد التقييم والتسجيل المحاسبي المشار إليها في النظام رقم 09-04 المؤرخ في 23 جويلية 2009[1]، علما أن مسك المحاسبة البنكية يتم عن طريق برامج معلوماتية[2].

أما في الإتحاد الأوروبي، فقد صدرت تعليمة خاصة متعلقة بالشفافية تحت رقم 2004/109/CE والتي نشرت في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي في 31 ديسمبر 2004، والتي دخلت حيز التنفيذ في فرنسا منذ 20 جانفي 2007 كما نص على ذلك قانون la loi Breton المؤرخ في 26 جويلية 2005 في المادة 32 منه. لكن بالنسبة للبنوك فقد دخل القانون المذكور حيز التنفيذ بمجرد صدوره بموجب المواد من L.451-1-1 du c.m.f إلى[3] L.451-1-5 .

الفرع الثالث: مضمون مبدأ الإفصاح والشفافية

قد يعتقد البعض أن الإفصاح والشفافية يكون متعلقا فقط بالافصاح المحاسبي، وهذا يعتبر جزء فقط، فقد يكون محاسبيا أو غير محاسبيا.

أولا: مضمون مبدأ الإفصاح (Disclosure)

يتعلق الإفصاح أصلا بالإعلان عن المعلومات المتعلقة بنشاط الشركة، ووضعيتها المالية وهو يخضع لتأطير قانوني مهم (سواء تشريعي، تنظيمي أو حتى وفقا لمعايير خاصة ذات مصادر مختلفة)، وقد تدعم هذا المبدأ بواجب الإفصاح غير المالي. وهو أحد المواضيع القانونية التي أصبحت محل اهتمام دولي وداخلي كبير. ويقصد به " قيام شركة المساهمة المدرجة في البورصة بإخطار الجهات ذات العلاقة بالشركة – لاسيما الجهات الرقابية– بالبيانات والمعلومات المتعلقة بها

[1] النظام رقم 09-04 المؤرخ في أول شعبان عام 1430 الموافق 23 يوليو سنة 2009، يتضمن مخطط الحسابات البنكية و القواعد المحاسبية المطبقة على البنوك و المؤسسات المالية.

[2] المادة 6 من النظام رقم 09-05 المؤرخ في 29 شوّال 1430 الموافق 18 أكتوبر سنة 2009، يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية ونشرها.

[3] Eric Tort, Nouvelle obligations, d'informations périodique en 2007 pour les sociétés cotées, Revue française de comptabilité, N° 395, novembre 2007, p 32.

وفقا لما تلزمها بها التشريعات أو بشكل طوعي، وبأسلوب منظم ودقيق وسريع، وبشكل يوازن بين مصالح الشركة ومصالح الآخرين"[1].

يمكن تصنيف المعلومات التي يجب على الشركات نشرها والإعلان عنها إلى معلومات متعلقة بمحتواها إلى معلومات مالية ومعلومات غير مالية، وإلى معلومات تنشر حسب توقيت زمني منها ما يجب نشرها تمهيدا لعملية دخول البورصة وإلى معلومات يجب نشرها بعد الادراج في البورصة أي (قد تكون دورية أو حسب متطلبات المستجدات). ويمكن تصنيف المعلومات التي يتم نشرها من حيث حرية الأطراف بتقديم المعلومات إلى افصاح طوعي وإفصاح إلزامي[2].

ثانيا: مفهوم الشفافية[3]

تعني الشفافية توفير الشركة للمعلومات المتعلقة بنشاطها ووضعها تحت تصرف المساهمين ومن في حكمهم من الممولين والدائنين والغير[4]. وترتبط الشفافية بالمسؤولية[5]، حيث يسمح توفير كل المعلومات الضرورية لأصحاب المصالح بالتعرف عن كل قرارات الشركة ووضعيتها وبذلك بمساءلة المدراء والمسؤولين عن كل اخلال بالتزاماتهم. ويرى الفقه أن التزام الإفصاح ظهر أولا ثم تبعه التزام الشفافية، فالشفافية مفهوم واسع[6].

ثالثا: الافصاح المالي

أغلب الدول أصدرت قوانين وأنظمة وتعليمات متعلقة بواجب الإفصاح المالي خاصة بالنسبة للشركات المدرجة في البورصة وعليه فإن التزام نشر المعلومات المحاسبية والمالية وهو يصنف من

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 256.
[2] أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية : كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، المرجع السابق، ص 58.
[3] Transparency.
[4] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 254.
[5] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 256.
[6] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 221.

ضمن الإفصاح الالزامي الذي ليس للملزمين به التحلل منه إلا بأدائه، أي اتمام العملية كما هو منصوص عليه قانونا. ففي القانون الجزائري تلتزم البنوك والمؤسسات المالية وفق المادة 103 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض بمسك ونشر حساباتها المالية وكذلك بتبليغها إلى اللجنة المصرفية، كما يجوز لها أن تقوم بالإعلان عن أية معلومات ترى أنها ضرورية للجمهور[1]. وهذا يتوافق مع مبادئ لجنة بازل الخمسة والعشرون المتعلقة بمبادئ الحوكمة، ومنها المبدأ 21 المتعلق بنشر المعلومات المحاسبة نقطة د المتعلقة بتوافر المعلومات والاحتياجات المعلوماتية ، قد نص المبدأ (21): "على المصرفيين التأكد من احتفاظ كل بنك بسجلات ملائمة تتفق مع السياسة والممارسات المحاسبية، والتي تمكن المراقب من تكوين نظرة صحيحة وعادلة عن الأوضاع المالية للبنك ونتائج أعماله المصرفية، مع التأكد من أن البنك يقوم بنشر بياناته المالية بشكل منتظم والتي تعكس مركزه المالي بشكل سليم.

هذا ويعد نشر المعلومات المكملة للرقابة المصرفية شرطا أساسيا لتفاعل قوى السوق بحيث يتمكن المشاركين في الأسواق المالية من الحصول على معلومات صحيحة في الوقت المناسب"[2].

وقد أصدر مجلس النقد والقرض الجزائري النظام رقم 09-05 المؤرخ في 18 أكتوبر 2009 يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية ونشرها، وقد حدد في المادة 2 منه الكشوف المالية القابلة للنشر بالميزانية وخارج الميزانية، وحساب النتائج، وجدول تدفقات الخزينة وجدول تغير الأموال الخاصة والملحق، وأن يتم إعداد تلك الكشوف وفق الأسس المحاسبية وقواعد التقييم والتسجيل

[1] المادة 103 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض: " يتعين على البنوك والمؤسسات أن تنظم حساباتها بشكل مجمع وفقا للشروط التي يحددها المجلس،
على كل بنك ومؤسسة مالية أن تنشر حساباتها السنوية خلال الستة (6) أشهر الموالية لنهاية السنة المحاسبية المالية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية الإلزامية، وفقا للشروط التي يحددها المجلس، ومن الممكن أن يطلب منها نشر معلومات أخرى..."

[2] صلاح حسن، المرجع السابق، ص 603.

المحاسبي المشار إليها في النظام رقم 09-04 المؤرخ في 23 جويلية 2009، علما أن مسك المحاسبة البنكية يتم عن طريق برامج معلوماتية[1].

1-أهم البيانات التي يلتزم البنك بتقديمها

عموما، تتعلق الميزانية ببيان الأصول والخصوم، خصوصا الودائع والقروض الممنوحة. أما جدول النتائج فعموما يحدد الأرباح والخسائر، والضرائب...الخ.

علما أن نفس تلك المتطلبات متعلقة بالصيرفة الإسلامية، بحيث يجب أن توفر البنوك التي تتبنى الصيرفة الإسلامية محاسبة مزدوجة، فتبين النتائج المتعلقة بالنشاط العادي للبنوك، وتلك المتعلقة بالصيرفة الإسلامية كذلك. كما تلتزم البنوك بنشر الحسابات المدعمة[2] المتعلقة بمجموعة الشركات الخاضعة والتابعة لها.

يجب أن تلتزم البنوك بمراقبة القروض الممنوحة للزبائن وأن تحرص على تحصيلها لمستحقاتها عليها.

أما بالنسبة للبنوك ذات النشاط الدولي، أي عندما يكون لها فروع في الدول الأجنبية، فإن تلك البنوك تصبح ملزمة بالإعلان عن وضعية الفروع، لاسيما مكان تواجدها، ونوع العمليات التي تقوم بها، ورقم الأعمال والناتج البنكي الخام، والأرباح والخسائر قبل حساب الضريبة، والضرائب على الأرباح التي تدفعها الفروع في دول تواجدها، ومبالغ الدعم التي تحصل عليها من السلطات العمومية[3].

---

[1] المادة 6 من النظام رقم 09-05 المؤرخ في 18 أكتوبر 2009 يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية ونشرها.

[2] المادة 732 مكرر 4 ق. ت. ج:" يقصد بالحسابات المدعمة، تقديم الوضعية المالية ونتائج مجموعة الشركات وكأنها تشكل نفس الوحدة...".

[3] Richard Routier, op.cit., p 700.

على العموم كل الشركات ملزمة بنشر المعلومات المتعلقة بحساباتهم بعد التصديق عليها تحت طائلة تطبيق عقوبات مدنية وجزائية[1] .

2- مذكرة لإعلام الجمهور بالنسبة للشركة المصدرة للقيم المنقولة

تعتمد الأسواق المالية في نجاعتها وفعاليتها على توفر المستثمرين على قدم المساواة[2] على جميع المعلومات المتعلقة بالمصدرين والعمليات التي يقومون بها وهذا يؤثر لحد كبير على اقبالهم على العمليات في السوق بيعا وشراءا. ويمكن الإطلاع على تلك المعلومات من خلال المذكرة المنشورة في البورصة، والمتحليلات التي تقدمها بعض الجهات المختصة. وأهم وثيقة يجب اعلامها للجمهور نجد "**مذكرة لإعلام الجمهور**".

حيث أن كل شركة قررت دخول البورصة أي ادراج قيمها المنقولة فيها تخضع لالتزام نشر مذكرة لإعلام الجمهور كما نصت عليه المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، وقد أحال نص المادة فيما يخص البيانات الإجبارية التي يجب ان تحتويها المذكرة إلى تلك المنصوص عليها في القانون التجاري[3]. وقد أضافت المادة 41 أنه يجوز للجنة أن تطلب من الشركة أية معلومات حول تنظيمها ووضعها المالي وتطورها، وهذه المذكرة يجب أن تؤشر عليها اللجنة. والتأشير يكون بعد دراسة اللجنة لمشروع المذكرة ، ومن صلاحيات اللجنة أن تطلب أي إضاح أو تبرير بخصوص تلك المعلومات، ويمكنها كذلك طلب أي تعديل تراه مناسبا على مشروع المذكرة، وعلى أساس ذلك إما تقبل وتؤشر على المذكرة أو ترفضها في حالة عدم الاستجابة من طرف الشركة لطلباتها[4].

[1] المادة 10 مكرر من القانون التجاري الجزائري.

[2] Alain Couret, collectif, Droit financier, op.cit., p 1046.

[3] المادة 716 من القانون التجاري الجزائري.

[4] المادة 42 من المرسوم التشريعي 93-10.

رابعا: الإفصاح غير المالي

لا يمكن حاليا الاعتماد على محتوى الإفصاح المحاسبي وحده للإلمام بكل المعلومات الضرورية حول أداء البنك أو أية مؤسسة أخرى، ذلك أن متطلبات التنمية المستدامة، وتزايد عدد الفاعلين المهتمين والمعنيين بتقييم أداء تلك الهيئات أدى إلى ظهور الحاجة إلى نوع جديد من الإفصاح وهو ما يعرف بالإفصاح عن المسؤولية الاجتماعية في شكل مرفقات إيضاحية بالقوائم والتقارير التقليدية او في شكل قوائم وتقارير مستقلة، وهذا كله بهدف اتخاذ القرارات الصحيحة[1] .

1-الإطار القانون لالتزام الافصاح غير المالي

هناك العديد من التشريعات التي نصت صراحة على ضرورة نشر المعلومات غير المالية أو غير المحاسبية منها التشريع الفرنسي، فقد نصت المادة L.225_102_1 من القانون التجاري الفرنسي على ضرورة الإعلان عن المعلومات غير المالية بالنسبة لكل الشركات المدرجة في السوق المنظمة وحتى الشركات الغير مقبولة في السوق المنظمة[2].

والبنوك كما رأيناه سابقا تعتبر أحد المتدخلين في البورصة، وإذا رجعنا إلى البنوك الأجنبية، فإن أغلب البنوك الكبرى الأمريكية، البريطانية والفرنسية، هي أصلا مدرجة في البورصة، أي تخضع للالتزام الشفافية، والإفصاح غير المالي.

نجد أن المشرع الفرنسي قد اعتنى كثيرا باحترام متطلبات حوكمة الشركات في إطار التنمية المستدامة، وفي هذا الإطار نص القانون التجاري الفرنسي صراحة على ضرورة نشر المعلومات المتعلقة بهيكل حوكمة الشركات الذي تعتمده كل شركة، أما سلطة الأسواق المالية (AMF) فقد نصت

[1] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 194.

[2] Legifrance.gouv.fr. تمت زيارة الموقع يوم 06 نوفمبر 2019 على الساعة 14:00

على نشر المعلومات المتعلقة بالآثار الاجتماعية والبيئية للشركة ونشاطها[1] لاسيما بموجب التعليمة رقم 201013 المؤرخة في 02 ديسمبر 2010 .

وقد نصت المادة 1 _102_225.L من القانون التجاري الفرنسي صراحة بنوع من التفصيل على ضرورة أن تشمل تلك المعلومات الكيفية التي تأخذ بها تلك الشركة بعين الاعتبار النتائج الاجتماعية والبيئية لنشاطها، وحتى مدى احترامها لحقوق الإنسان ومحاربتها للرشوة والفساد، وفي الفقرة 6 من المادة نجد أن المشرع يؤكد على ضرورة نشر المعلومات المتعلقة بمدى تأثر نشاط الشركة على التغيرات المناخية ومدى التزام الشركة من خلال منتجاتها وخدماتها بالمسؤولية في إطار التنمية المستدامة[2].

وهذا من شأنه أن يسمح للبنوك بأن تطلع وتراقب الشركات التي تتعامل معها بخصوص أدائها البيئي والاجتماعي والاقتصادي في إطار التزاماتها بتحقيق أهداف التنمية المستدامة[3]. و من بين أهم القوانين التي وضعها المشرع الفرنسي بخصوص القيم المنقولة المقبولة في الأسواق المنظمة في أحد الدول الأعضاء في السوق الاقتصادية الأروبية نجد القانون(la loi pour la confiance et de la modernisation de l'économie n° 2005-842) المؤرخ في 26 جويلية 2005، وقد نص المشرع الفرنسي صراحة فيها على واجب نشر وتبليغ لسلطة ضبط السوق المالية (AMF) كل وثيقة تشمل على المعلومات المنشورة أو التي تم الإعلان عنها خلال الإثني عشر شهرا الأخير[4].

بالرجوع إلى مبادئ حوكمة الشركات حسب منظمة التعاون والتنمية الاقتصادي (OCDE) يجب على الشركات أن تعلن بالإضافة إلى النتائج المالية على أهداف الشركة والملكيات الكبرى وحقوق

[1] Alain Couret, collectif, Droit financier, op.cit., p 1047.

[2] وقد أشارت الفقرة الأخيرة من المادة L.225-102-1 على أنه يجوز لكل من يهمه الأمر اللجوء للقضاء الاستعجالي ليأمر المخالف (لواجب الإفصاح غير المالي) كلا من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، بنشر المعلومات المتعلقة بكيفية احترام الشركة للاعتبارات البيئية والإجتماعية لنشاطها.

[3] Pauline Abadie, op.cit., P 560.

[4] Richard Routier, op.cit., P 813.

التصويت، وسياسة المكافآت، والمعلومات المفصلة عن أعضاء مجلس الإدارة والمديرين، والمديرين المستقلين، وعن العمليات المتصلة بأطراف من الشركة، وعوامل المخاطرة المتوقعة والموضوعات الخاصة بالعاملين وأصحاب المصالح الآخرين، وإلى هيكل الحوكمة وسياستها[1]...الخ. كما يجب الإعلان عن كل المعلومات المتعلقة بهيكل الشركة وعن كل تغيير يطرأ عليه، والإعلان عن كل القرارات المهمة التي قد تتخذها بالشراء، سواء تعلقت باصدار قيم مالية جديدة، أو تعلقت بعمليات الاستحواذ والاندماج، وكذلك بتلك المتعلقة بالتعاملات مع الأطراف ذات العلاقة بالمؤسسة وأقاربهم، ودخول مستثمر استراتيجي بمعنى أنه يؤثر في الهيكل العام لملكية الشركة، وحتى المعلومات المتعلقة بالدعوى المرفوعة[2] من طرف الشركة أو ضدها يمكن أن تكون محلا لنشر معلومات عن الشركة.

وقد أشار أحمد علي خضر أن "الإفصاح عن المشاكل البيئية المحتملة والتي تعزف الشركات عن الإفصاح عنها خوفا من التكلفة القانونية المرتفعة واضطراب المجتمع، فيجب السعي نحو مزيد من الإفصاح في مجال الأنشطة المؤثرة في البيئة مثل الأراضي الملوثة واستخدام المواد والنفايات السامة، ويجب أن يتناول إطار معايير الإفصاح في هذا المجال الأضرار البيئية المحتملة"[3].

2-الافصاح الإختياري[4]

تعمل البنوك والشركات ذات رأس المال المفتوح وخاصة الشركات التي تصدر قيما منقولة في البورصة على احترام التزاماتها القانونية المتعلقة بالإفصاح، ولكن من جهة أخرى كثيرا ما تقوم تلك الهيئات في إطار واجب الإفصاح والشفافية كأحد مبادئ حوكمة الشركات بالعمل على أن تقوم

[1] أحمد على خضر، حوكمة الشركات، المرجع السابق, ص 126-127.
[2] أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية : كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، المرجع السابق، ص 62.
[3] أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية : كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، المرجع السابق، ص 64.
[4] Voluntary Disclosures.

بالافصاح والشفافية في إطار أوسع من الإطار القانوني (التشريعي والتنظيمي) المحدد لذلك، وهي بذلك تلبي حاجة السوق إلى الشفافية والمصداقية، إيمانا منها أن الإفصاح هو أداة اتصال مع الأطراف الخارجية[1]، أو لأصحاب المصالح أو أطراف العلاقة، أي بالإضافة إلى الإفصاح الالزامي، ولكن رغم أنه غير الزامي، فبمجرد أن يختار البنك الإفصاح مثلا عن التنبؤات المالية المستقبلية أو ربحية الأسهم المتوقعة، فعليه أن يبتعد عن المبالغة في المعلومات المقدمة، والابتعاد كذلك عن الإفصاح الانتقائي[2].

الفرع الرابع: الأشخاص الخاضعة للالتزام بالإفصاح

يتأسس البنك كشركة مساهمة، وبذلك يخض البنك كشخص معنوي لالتزام الإفصاح والشفافية، بالإضافة إليه هناك بعض الأشخاص الطبيعية الملزمة بذلك.

أولا: البنك كشخص معنوي

يكون التزام البنك بمتطلبات الإفصاح حسب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والقانون التجاري، و كذلك فالبنك كشخص معنوي يكون ملزما بذلك بخصوص التعاملات المتعلقة بالبورصة، سواء تعلق الأمر بالبنك أو أية شركة ملزمة بواجب الافصاح والشفافية فإن هذا الواجب يقع بصفة عامة على الهيئة كشخص معنوي[3] وليس على أحد ممثليه أو مديريه كأشخاص طبيعية.

وعليه، فإن كل اخلال بهذا الواجب أي عدم تقديم ونشر وتوفير المعلومات الضرورية يولد المسؤولية بالنسبة للهيئة كشخص معنوي، وكذلك الحال في حالة عدم احترام شروط تنفيذ الالتزام تنفيذا صحيحا يتوافق مع متطلبات القانون.

---

[1] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 182.
[2] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 219.
[3] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 187.

ثانيا: أعضاء مجلس الإدارة ورئيسها

بالرجوع إلى قواعد حوكمة الشركات فإنه يقع على مجلس الإدارة ورئيسها واجب السهر على احترام المتطلبات القانونية عموما، فقد نصت المادة 137 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض أن أعضاء مجلس الإدارة ومسيري أي بنك أو مؤسسة مالية مسؤولون مسؤولية شخصية عن عرقلة أعمال التدقيق والمراقبة، أو إذا لم يعدوا الجرد والحسابات السنوية في الآجال المحددة قانونا، وإذا زودوا بنك الجزائر عمدا معلومات غير صحيحة، وكذا الأشخاص المستخدمين في هذه المؤسسات. ويمكن تصنيف محافظي الحسابات والمدراء المستقلين ضمن هذه المجموعة.

ثالثا: الملاك

نص المشرع الجزائري صراحة على التزام كل من طبيعي أو معنوي يتملك اسهم أو حقوق التصويت لشركة مدرجة في البورصة إذا وصلت النسبة إلى إلى الجزء من العشرين أو العشر أو الخمس أو الثلث أو النصف أو الثلثين أن يعلم البورصة بذلك خلال 15 يوم ابتداء من تاريخ تجاوز الحد القانوني[1].

رابعا: المديرين والأطراف ذو الصلة

سواء تعلق الأمر بالمدراء العامون، وكل من له سلطة اتخاذ القرار أو الإطارات التي تحوز معلومات امتيازية.

[1] المادة 65 مكرّر من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم.

الفرع الخامس: شروط تنفيذ الالتزام بالإفصاح

يجب أن تكون الملومات التي تبلغها وتنشرها البنوك سواء عند ادراج قيمها المنقولة في البورصة أو عندما تتصرف كوكيل عن أحد الزبائن، أو الشركات المدرجة في البورصة للجمهور حقيقية، تتميز بالدقة والوضوح ومحينة.

« L'information donnée au public doit, être exacte, précise et sincère'. Elle doit être en outre actualisée »[1].

كما يجب أن يتم تقديمها في الوقت القانوني المحدد لذلك وأن تكون كافية. ويجب ألا تكون لا خاطئة ولا مضللة. كما يجب أن تنفذ البنوك التي تقدم خدمات استثمارية للزبائنا بكل نزاهة وهذا ما يعبر عنه [2]« obligation de meilleure exécution »، تحت طائلة تطبيق عقوبات جزائية وإدارية.

أولا: المعلومات الحقيقية[3]

يجب أن تسعى البنوك والشركات التي تطرح قيمها المنقولة للتداول أن تكون جميع المعلومات التي تقدمها للسلطات المختصة والتي يتم نشرها للجمهور معلومات حقيقة أي تعكس فعلا ما هو موجود في الواقع. وقد نصت المادة 137 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض صراحة أن تقديم المعلومات غير الصحيحة عمدا للبنك المركزي يولد مسؤولية جزائية للأشخاص الملزمة بتقديمها، لاسيما أعضاء مجلس إدارة البنك، ومسيري البنك، وكذا الأشخاص المستخدمين فيها. علما أن إقرار المسؤولية الجزائية عادة ما يؤدي إلى توقيع جزاءات مدنية وإدارية.

[1] Richard Routier, op.cit., P 811.
[2] Thierry Bonneau, op.cit., p 220.
[3] Accurate.

ثانيا: ألا تكون لا خاطئة ولا مضللة

يجب أن تكون المعلومات التي تقدمها البنوك وتعلن عنها لا خاطئة ولا مضللة، أي لا تكون غير صحيحة، ولكن في نفس الوقت لا يوجد أمة مادة أو قاعدة قانونية تلزم البنوك للخروج عن صمتها والإدلاء بأن المعلومات أو الشائعات التي أعلن عنها الغير هي معلومات خاطئة[1].

بالرجوع إلى قضية 'برنارد مادوف' وهي من أكبر القضايا التي هزت القطاع البنكي والمالي، نجد أن كل المعلومات المالية التي كان يعلن عنها بخصوص عائد الاستثمار شهرا مرتفع جدا مقارنة بالواقع، خاصة أنه كان عاجزا عن دفع المستحقات المالية الهائلة، وكانت شركته تدفع أرباحا ضخمة للمستثمرين القدامى من الأموال التي تجمعها من المستثمرين الجدد وقد أدين جزائيا بجرائم الإحتيال والنصب والحنث باليمين والسرقة وغسل الأموال[2]. علما أن هذه القضية هي مهمة جدا بالنسبة للبنوك لأن البنوك كانت متعاملة معه.

كما تقتضي الشفافية أنه لا يجوز حذف أو إخفاء المعلومات والوقائع التي لا تخدم الشركة[3].

وللقضاء على كل الحالات التي قد تقدم فيها معلومات خاطئة او مضللة أو غير صحيحة فإن البنوك تلتزم في إطار تطبيق مبادئ الحوكمة والقواعد القانونية المتعلقة بها بوضع إطار فعال لمراقبة المطابقة[4] (سنتناول رقابة المطابقة في الفصل الأخير)[5] وفقا لمخطط المسؤولية الإجتماعية للشركات(RSE).

---

[1] Alain Couret et autres, Droit financier, op.cit., p 1057.

[2] أحمد على خضر, "حوكمة الشركات", المرجع السابق,ص 236-241.

[3] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 232.

[4] Pauline Abadie, op.cit., p 510.

[5] أنظر أدناه: ص 339 وما يليه.

وكذلك اشترطت المادة 25 من القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية أن تكون المعلومات التي تقدمها المؤسسات المتنازلة صحيحة وغير خاطئة تحت طائلة تطبيق عقوبات جزائية على المسؤولين.

ونشير هنا إلى أن المنظمات غير الحكومية تؤكد على ضرورة الصرامة في متابعة البنوك جزائيا عن حالات نشر المعلومات الخاطئة بخصوص المعلومات المالية وغير المالية، واعتبار أنها تدخل في إطار جريمة التزوير[1].

ثالثا: أن تكون المعلومات محيَّنة

يجب الإفصاح عن معلومات حديثة وليست قديمة، وهذا من شأنه أن يرفع أي لبس لدى المتعاملين والجمهور حول حداثة المعلومات المقدمة[2]. فيما يخص المعلومات المحاسبية فهي محددة بنهاية السنة المالية وهناك بعض منها يكون دوري كل ثلاث أو ستة أشهر.

أما المعلومات غير المحاسبية فيجب أن يتم الإعلان عنها في وقتها المناسب أي بما يسمح لها أن تلعب دورها الأساسي وهو استفادة المستثمرين وأصحاب المصالح منها، وقد "يكون الافصاح عن المعلومات بصفة عامة ربع سنوي كافتراض قانوني مسبق لمراعاة الوقت المناسب للإفصاح، إضافة إلى الالتزام بالإفصاح عن أية أحداث جوهرية من شأنها التأثير في نشاطات الشركة بصورة عامة فور حدوثها"[3] تحت طائلة تطبيق عقوبات على الشركات المخالفة لواجب الافصاح والشفافية.

[1] cdn.greenpeace.fr/site/uploads/2018/10/Raport-clinique-final-septembre-2018-.pdf .2022/09/29 آخر زيارة

[2] أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية : كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، المرجع السابق، ص 71.

[3] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 172.

رابعا: تنفيذ تعليمات الزبون بكل نزاهة

عندما يتعلق تعامل البنك مع الزبون بالعمليات المتعلقة بالقيم المنقولة والبورصة، فإنه يقع التزام على البنك بأن يقوم بتنفيذ تعليمات الزبون بكل نزاهة واحترافية وفي مصلحة الزبون، أي أنه يجب ألا ينفذ تلك العمليات مع مراعاة مصلحة البنك دون مصلحة الزبون، وألا ينفذ تلك التعاملات لمصلحة الغير، وأنه في الحالة المعاكسة أي عدم مراعاة مصلحة الزبون أولا فإننا نكون أمام وضعية تعارض مصالح[1]، التي يمكن أن تؤدي إلى مسؤولية البنك بخصوص جريمة العارف بالسر.

وحرصا على تنفيذ البنوك لالتزاماتها بتنفيذ تعليمات الزبون بكل نزاهة فقد نصت أغلب التشريعات منها القانون الجزائري، على ضرورة احترام الالتزامات المهنية، وقد نصت المادة 120 مكرر من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على ضرورة سهر الجهاز التنفيذي في البنك على مطابقة نشاط المؤسسة مع أخلاقيات المهنة وقواعدها، تحت طائلة تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 114 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.(كما سنبينه لاحقا)

الفرع السادس: حدود مبدأ الإفصاح والشفافية

تلتزم الشركات والبنوك بواجب الافصاح والشفافية المنصوص عليه إما قانونا أو طوعا، كما رأيناه، وهي بامتثالها لهذا الواجب تحصل على مزايا كثيرة منها مثلا قبول البنوك منحها قروض مالية، أو تجديد القروض. وبالنسبة للبنوك كذلك، أضف إلى تحسين صورة وسمعة البنك لدى الزبائن ولدى الغير.

[1] Thierry Bonneau, op.cit., p 220.

كما يساهم التزامها بواجب الافصاح والشفافية في رفع قيمتها السوقية، وارتفاع أسعار الأسهم التي تطرحها في البورصة، لاسيما عندما تصبح عمليات البيع والشراء على قيمها المنقولة في البورصة توفر سيولة للمستثمرين. ولكن في مقابل ذلك تعمل الشركات في إطار نشاطها أيا كان مجالها إنتاج السلع أو الخدمات، المادية أو غير المادية في جو مليء بالمنافسة، سواء الوطنية أو الخارجية، وحفاظا على مصالحها المشروعة وحتى لا تتعرض لخطر المنافسة غير المشروعة، "خاصة في مجال السيطرة والاستحواذ والخطط المستقبلية"[1] وبقائها في السوق فإنه يجب عليها أن تحيط بعض المعلومات المتعلقة بها بالسرية اللازمة حتى لا تتحصل عليها بعض الجهات التي يمكن أن تستخدمها لمصلحتها الشخصية.

فهناك الأسرار المهنية، والأسرار التجارية والصناعية التي تقتضي من كل شركة سواء بنك أو غيره أن توازن بين التزام الافصاح والشفافية والحفاظ على تلك الأسرار حماية لمصالحها المشروعة، ويمكن القول أن الإفصاح عن بعض المعلومات السرية سيلحق ضرر كبير لصاحبها أكبر مما المنفعة التي يحققها الإفشاء عنها[2]. حتى أن الشركات يمكن أن تحصل على إعفاء من لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها الشركات المصدرة للقيم المنقولة من نشر المعلومات التي قد يتسبب نشرها بضرر للشركة[3].

وعليه، يجب أن نحدد ما هي مجموعة المعلومات التي يجوز للبنك أو أية شركة عدم اخراجها للعلن حماية لمصالحهم المشروعة ودون أن يكون هناك أي اخلال لمتطلبات الإفصاح والشفافية، بالإضافة إلى الأشخاص أو الجهات المسؤولة عن حماية تلك الأسرار.

---

[1] أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية : كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، المرجع السابق، ص 77.

[2] عمار حبيب جهلول, المرجع السابق, ص 192.

[3] المادة 20 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 2000-02 المتعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف المؤسسات التي تكون قيمها مسعرة في البورصة, المؤرخ في 20 جانفي 2000 , المصادق عليه بموجب وزير المالية, المؤرخ في 26 جولية 2000.

أولا: مضمون الأسرار المهنية والتجارية والصناعية

يتميز عمل البنوك بالسرية، كما أنه يتعامل مع زبائن يثقون في احترافية البنوك واحترامها لذلك.

1- الأسرار المهنية للبنوك

تقوم العلاقة بين البنك والزبون على الاعتبار الشخصي، ولا يمكن مساءلة البنك عن رفضه الدخول في علاقة مع أي شخص، ولكن في المقابل يجب أن تقوم العلاقة بين البنك والزبون على أساس الثقة المتبادلة، وهنا نجد ان الزبائن يقدمون الكثير من المعلومات الشخصية والمهنية التي تخصهم وبالمقابل يلتزم البك بعدم اخراج تلك الأسرار إلى الغير وإلا جاز مساءلته عن ذلك، لكن في الحدود المقررة قانونا.

والأسرار البنكية هي تلك المعلومات التي يتوصل إليها البنك في إطار العمليات والنشاط البنكي مع الزبون على أن يكون قد تحصل عليها مباشرة من الزبون. سواء كانت معلومات شخصية أو مهنية تهم الزبون شخصيا. وعليه فالمعلومات التي يتحصل عليها البنك من جهات أخرى كمركزية المخاطر أو من شركات متخصصة بجمع المعلومات في السوق أو التنقيط أو من أي شخص غير الزبون أو من يمثله لا يمكن اعتبارها أسرار بنكية يجب على البنك المحافظة عليها.

وكذلك يمكن للبنك أن يقدم بعض المعلومات للغير على أن تكون تلك المعلومات عامة كأن يعلمهم بناء على طلبهم أن الزبون يواجه مشاكل في تسديد المستحقات عن القروض البنكية في مواعيد

استحقاقها أو أن تلك التسديدات غير منتظمة[1]. –يجوز للبنك إعطاء معلومات: (فيما يخص المعلومات المتعلقة بالعمليات البنكية دون المعلومات الشخصية) للورثة، لجماعة الدائنين، في الحساب المشترك، في حالة الكفالة يقدم معلومات للكفيل لمعرفة ما يكفل ،فيما يتعلق بالشيك بدون رصيد... وهي في ذلك لا يمكن مساءلتها عن افشاء أسرار الزبائن.

علما أن البنوك في إطار قيامها بالنشاط والعمليات البنكية تخضع لعدة التزامات قانونية أهمها واجب الإخطار بالشبهة[2] وهي تعتبر من التصريحات الإدارية، كما تخضع البنوك للالتزامات القانونية المتعلقة بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، وهي بذلك محمولة على أن تقدم للجهات المعنية كل المعلومات الضرورية للكشف عن تلك الجرائم دون، واجب الإبلاغ عن جرائم الفساد بموجب المادة 47 من القانون المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بمكافحة الفساد. بالإضافة إلى الإدلاء بالشهادة أمام القضاء، نصت علية المادة 301 من قانون العقوبات. وهناك حالة رضا صاحب السر بإفشائه كلها حالات يسمح فيها الخروج عن السر البنكي.

2- الأسرار التجارية والصناعية

تعتبر أسرار صناعية يجب على كل بنك أن يحرص على عدم إفشائها إذا تحصل عليها من زبونه " كل طريقة أو أسلوب أو خطة للتصنيع تقدم فائدة عملية وتجارية بدأ تنفيذها بواسطة احدى الشركات وظلت سرية بالنسبة لمنافسيها الذين لن يعلموا شيئا عن تلك الطريقة السرية في الإنتاج إلا بعد افشائها"[3]، وعادة ما تكون الأسرار الصناعية محمية عن طريق براءة اختراع ولا يجوز للغير الاستفادة منها إلا بشرائها وعليه فإن افشاءها من شأنه احداث اضرار كبيرة لصاحبها، وعادة ما

[1] Thierry Bonneau, op.cit., p 341.

[2] القانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.

[3] أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية : كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، المرجع السابق، ص 79.

تستعمل الشركات طريقة التجسس الصناعي للحصول على تلك المعلومات أيا كانت طريقة الحصول عليها وهذا محظور قانونا[1]. أما الأسرار التجارية فتشمل العمليات المستقبلية للشركة، وطريقة تسويق المنتجات، ووسائل الدعاية والعملاء ومصادر التمويل، والمفاوضات التجارية والتغيرات المستقبلية في هيكل الملكية كالاندماج والاستحواذ، وكذلك عمليات التشغيل التي تتيح فتح أسواق واستثمارات جديدة[2]، وكلها يجب ابقاؤها سرية، إلا في الحدود المطلوبة قانونا الإعلان عنها.

ثانيا: الأشخاص المطالبون باحترام السر

هناك العديد من الأشخاص المخاطبين باحترام السر بالنسبة للبنوك، غير أنه نفرق هنا بين الأشخاص الخاضعة للسر البنكي, وبين الأشخاص الخاضعة لواجب الإفصاح والشفافية الخاضعة للسر.

1- الأشخاص الخاضعة للسر البنكي

نصت المادة 117 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض على أنه " يخضع للسر المهني، تحت طائلة العقوبات المقررة في قانون العقوبات : - كل عضو في مجلس إدارة ، وكل محافظ حسابات وكل شخص شارك أو يشارك بأي طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها ".

كما نصت المادة 301 من قانون العقوبات يعاقب بالحبس ...جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الوقائع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي إليهم وأفشوها....". علما أن تعداد تلك الأشخاص جاء على سبيل المثال، حيث أن عبارة جميع الأشخاص تترك للقاضي المجال

[1] Menouer Mustapha, Droit de la concurrence, éd Berti, 2013, p 77

[2] أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية : كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، المرجع السابق، ص ص 79-80.

للإتساع في قائمة الأشخاص الخاضعة للسر، وعموما هو كل من تصل إليه معلومات بمناسبة ممارسته لمهنته أو وظيفته المتعلقة بالبنك.

2- الأشخاص الخاضعة لالتزام الافصاح والشفافية الملزمة باحترام السرية

نفرق بالنسبة للأشخاص الخاضعة لالتزام الافصاح والشفافية الملزمة باحترام السرية بين البنك كشخص معنوي، وبين الأشخاص الطبيعية.

أ- البنك كشخص معنوي

علما أن البنوك تعتبر متعاملا رئيسيا في البورصة باعتبارها أحد الوسطاء في البورصة وهي بذلك خاضعة لأحكام المادة 12[1] من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، وعليه، فإن البنك كشخص معنوي مطالب باحترام السر المهني أي أن الإخلال بهذا الالتزام يعرض البنك كشخص معنوي إلى تطبيق العقوبات الجزائية وغيرها المقررة قانونا.

ب- أعضاء مجلس الإدارة

بالرجوع إلى المادة 137 من الامر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض ينص على أعضاء مجلس الإدارة ومسيري البنك والمؤسسات المالية، وكذا الأشخاص المستخدمين في هذه المؤسسات. ويمكن تصنيف محافظي الحسابات والمدراء المستقلين ضمن هذه المجموعة. بالرجوع إلى المادة 12 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة فإن القائمون بإدارتهم ومسيروهم ومديروهم وأعوانهم المسجلون ومأمورو حسابات كلهم ملزمون بالسر المهني.

[1] المادة 12 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلقة ببورصة القيم المنقولة:" يلتزم الوسطاء في عمليات البورصة, والقائمون بإدارتهم ومسيروهم ومديروهم وأعوانهم المسجلون ومأمورو حساباتهم بالسر المهني.
و يعاقب على عدم التقيد بالسر المهني وفقا لقانون العقوبات".

المطلب الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالافصاح والشفافية

يعتبر واجب الإفصاح والشفافية التزام قانوني، وكل مخالفة له يعرض البنك لمجموعة من العقوبات. وعليه سنتناول مسؤولية البنك عن الإخلال بواجب اعداد ونشر المعلومات المحاسبية في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسنتناول جرائم العارف بالسر وفي الفرع الثالث جريمة تعارض المصالح.

الفرع الأول: مسؤولية البنك عن الاخلال بواجب إعداد ونشر المعلومات المحاسبية

سنتطرق أولا إلى حالة الاخلال بواجب إعداد ونشر المعلومات المحاسبية أولا، ثم ثانيا إلى جريمة قيام البنك أو أي شخص بتقديم ونشر معلومات غير صحيحة.

أولا: الإخلال بواجب إعداد ونشر المعلومات المحاسبية

يقع على البنك واجب نشر حساباته وتقديم المعلومات الضرورية المحاسبة وغير المحاسبية للبنك المركزي وللسوق، حسب ما ينص عليه القانون البنكي وقانون البورصة، وكما رأيناه سابقا، وإذا أخل بهذا الواجب يمكن أن يتعرض لمسائلات سواء إدارية أو جزائية.

1- المسؤولية الإدارية

للجنة المصرفية صلاحية الرقابة على البنوك، سواء كانت هناك مخالفات أم لا. فاللجنة لا تنتظر وقوع المخالفات للتدخل، فهي تمارس رقابة قبلية وبعدية عليها.

أ- اختصاص اللجنة المصرفية بالرقابة الإدارية على البنوك

يخضع البنك بمناسبة قيامه بنشاطه البنكي لرقابة اللجنة المصرفية[1]، وهي مختصة للتحقيق والنطق بالعقوبات المقررة في حالة اخلال البنك بواجب إعداد ونشر المعلومات المحاسبة والجرد. تعتبر اللجنة المصرفية سلطة إدارية مستقلة[2]، رغم عدم نص الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على ذلك، وهي مكونة من المحافظ رئيسا، ومجموعة من الشخصيات ذات الكفاءة العالية في المجال المصرفي والمالي والمحاسبي، بالإضافة إلى قضاة من المحكمة العليا ومجلس الدولة وممثل عن مجلس المحاسبة، وممثل عن الوزير المكلف بالمالية[3]. يتمتعون بكامل الاستقلالية في أداء مهامهم، وهم خاضعون لواجب السر المهني[4]، وحتى بعد انتهاء عهدتهم لا يجوز لهم الإشتغال في البنوك إلا بعد مرور سنتين من انتهاء عهدتهم باللجنة المصرفية[5].

---

[1] ترفع اللجنة إلى رئيس الجمهورية تقريرا سنوية حول الرقابة المصرفية كما نصت المادة 116 مكرر من الأمر رقم 03-11 (أضيفت بموجب الأمر 10-04): " يرسل رئيس اللجنة إلى رئيس الجمهورية، سنويا، تقرير اللجنة المصرفية حول رقابة البنوك والمؤسسات المالية".

[2] مكرس فقه وقضاء، أنظر: فرحي محمد، هيئات الرقابة الخارجية على العمليات البنكية، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019، ص-ص 351-354.

[3] المادة 106 من الأمر رقم 03-11 (تعديل 10-04) المتعلق بالنقد و القرض: " تتكون اللجنة المصرفية من:المحافظ رئيسا, ثلاثة أعضاء يختارون بحكم كفاءتهم في المجال المصرفي والمالي والمحاسبي,

- قاضيين, ينتدب الأول من المحكمة العليا ويختاره رئيسه الأول وينتدب الثاني من مجلس الدولة ويختاره رئيس المجلس، بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء،
- ممثل من مجلس المحاسبة يختاره رئيس هذا المجلس من بين المستشارين الأولين،
- ممثل عن الوزير المكلف بالمالية"

[4] المادة من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

[5] المادة 106 مكرر الفقرة الأخيرة من الأمر 10-04 :" ولا يجوز لأعضاء اللجنة ، خلال مدة سنتين (2) بعد نهاية عهدتهم أن يسيروا أو يعملوا في مؤسسة خاضعة لسلطة أو مراقبة اللجنة أو شركة تسيطر عليها هذه اللجنة، وألا أن يعملوا كوكلاء ، أو مستشارين لمثل هذه المؤسسات أو الشركات"،

ب- الإجراءات أمام اللجنة المصرفية

تعتبر اللجنة سلطة إدارية مستقلة، يمكن القول بأنه لديها اختصاص شبه قضائي[1]، حيث تتميز الإجراءات والمتابعات أمام هذه اللجنة بتوفير جميع ضمانات المحاكمة العادلة أهمها الوجاهية، احترام حقوق الدفاع[2].

فقد نصت عليها المادة 114 مكرر (أضيفت بموجب الأمر رقم 10-04): "عندما تبت اللجنة المصرفية، فإنها تعلم الكيان المعني بالوقائع المنسوبة إليه عن طريق وثيقة غير قضائية أو بأي وسيلة أخرى ترسلها إلى ممثله الشرعي، كما تنهي إلى علم الممثل الشرعي للكيان المعني بإمكانية الإطلاع، بمقر اللجنة على الوثائق التي تثبت المخالفات المعاينة،يجب أن يرسل الممثل الشرعي للكيان المعني ملاحظاته إلى رئيس اللجنة في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ استلام الإرسال، منح أجل لتحضير الدفاع ويستدعى الممثل الشرعي للكيان المعني، بنفس القواعد المتبعة سابقا، للاستماع إليه من طرف اللجنة، ويمكن أن يستعين بوكيل".

ج- أنواع الرقابة التي تجريها اللجنة المصرفية

للجنة المصرفية سلطات واسعة للتحري و التحقيق ضد البنوك، فمن جهة تتلقى الوثائق القانونية المنصوص عليها من طرف البنوك و المؤسسات المالية للرقابة عليها عن طريق الرقابة على الوثائق، ومن جهة أخرى يجوز لها الانتقال إليها، الإطلاع على جميع الوثائق والمستندات، وهذه

[1] حيث أنه من جهة لا يمكن القول بأن لديها اختصاص قضائي لأن الدستور الجزائري حدد الجهات القضائية في جهات القضاء العادي وتشمل المحاكم الإبتدائية والمجالس القضائية ومحكمة عليا, وجهات القضاء الإداري وتشمل المحاكم الإدارية ومجلس الدولة, ومحمة التنازع. وهذا من المجالات التي حددها الدستور ولا يجوز التوسع فيها حيث لا يمكن تصنيف اللجنة المصرفية في أحد تلك الجهات القضائية.

[2] فرحي محمد، المرجع السابق، ص

الأخيرة هي الرقابة في عين المكان[1]. ويمكن أن تستعين اللجنة بأي شخص وتستمع اللجنة المصرفية للوزير المكلف بالمالية بطلب منه.

د- قرارات اللجنة المصرفية ضد البنك المخالف

إذا تبينت اللجنة أن البنك أخل بالتزام الافصاح والشفافية بقيامه بتقدم معلومات غير صحيحة يمكن أن تتخذ الإجراءات المناسبة وأن تنطق بأحد العقوبات التالية:

- التحذير، لكل بنك أو مؤسسة مالية أخل بقواعد السير الحسن للمهنة[2]،

-يمكن للجنة المصرفية أن تدعو أي بنك أو مؤسسة مالية، عندما تبرر وضعيته ذلك، ليتخذ في أجل معين، كل التدابير التي من شأنها أن تعيد أو تدعم توازنه المالي أو تصحح أساليب تسييره[3]،

-كما يجوز للجنة أن تقوم بتعيين قائم بالإدارة مؤقت[4]،

-ويجوز لها توقيع العقوبات المنصوص عليها في المادة 114 فقرة 4 و5:

المادة 114 من الأمر رقم 03-11:" إذا أخل بنك أو مؤسسة مالية بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه أو لم يذعن لأمر أو لم يأخذ بالحسبان التحذير ، يمكن للجنة أن تقضي بإحدى العقوبات الآتية:

- الإنذار، التوبيخ، المنع من ممارسة بعض العمليات وغيرها من أنواع الحد من ممارسة النشاط،
- التوقيت المؤقت لمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه،

[1] المادة 108 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.
[2] المادة 111 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.
[3] المادة 112 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.
[4] المادة 113 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

- إنهاء مهام شخص أو أكثر من هؤلاء الأشخاص أنفسهم مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه،
- سحب الإعتماد،

و زيادة عن ذلك يمكن للجنة أن تقضي، إما بدلا عن هذه العقوبات المذكورة أعلاه، وإما إضافة إليها بعقوبة مالية تكون مساوية على الأكثر للرأسمال الأدنى الذي يلزم البنك أو المؤسسة المالية بتوفيره، وتقوم الخزينة بتحصيل المبالغ الموافقة".

-كما يمكن أن تأمر اللجنة البنك القيام بكل إجراء تصحيحي.

هـ- الطعن ضد قرارات اللجنة المصرفية

يجوز الطعن ضد قرارات اللجنة المصرفية، خصوصا تلك التي تمس بالمراكز القانونية سواء للشخص المعنوي أو الأشخاص الطبيعية. ويجب أن يرفع الطعن ضدها أمام مجلس الدولة خلال 60 يوما من تبليغ القرار تحت طائلة رفضه شكلا[1].

2- المسؤولية الجزائية

عدم تقديم البنك المعلومات والبيانات المحاسبية كما يفرضه القانون جريمة يعاقب عليها، وللتعرف على هذه الجريمة سنتطرق لأركانها(أ)، ثم سنتطرق للعقوبات الجزائية التي تقابلها (ب).

[1] المادة 107 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض(معدلة بموجب الأمر 10-04):" تتخذ قرارات اللجنة المصرفية بالأغلبية ، وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا،

تكون قرارات اللجنة المتعلقة بتعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو المصفي، والعقوبات التأديبية وحدها قابلة للطعن القضائي،

- و يجب أن يقدم الطعن في أجل ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ التبليغ تحت طائلة رفضه شكلا،
- يتم تبليغ القرارات بواسطة عقد غير قضائي أو طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية،
- تكون الطعون من اختصاص مجلس الدولة وهي غير موقفة للتنفيذ "

أ-أركان جريمة عدم تقديم ونشر المعلومات المحاسبية

تعتبر جريمة عدم تقديم ونشر المعلومات المحاسبية جنحة يعاقب عليها القانون، وعليه سنتناول الركن الشرعي، الركن المادي والركن المعنوي لهذه الجريمة.

❖ **-الركن الشرعي**

يعتبر عدم إعداد البنك وعدم تقديم ونشر المعلومات المحاسبية جريمة يعاقب عليها القانون، وهي جنحة ، قد نصت علها المادة 137 الفقرة الأخيرة من الأمر 03-11 " يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من خمسة ملاييين (5.000.000 د.ج) إلى عشرة ملايين دينار(10.000.000 د.ج)...لم ينشروا الحسابات السنوية وفقا لما تنص عليه المادة 103 من هذا الأمر..."[1].

❖ **الركن المادي**

تعتبر جريمة عدم نشر الحسابات جريمة سلبية أي تتأتى من امتناع البنك عن تنفيذ التزام قانوني بتقديم ونشر المعلومات المحاسبية، وعليه فإن السلوك الإجرامي يتمثل في عدم تسليم الحسابات والبيانات المطلوبة إلى البنك المركزي في المواعيد المحددة[2]. وعندما نقول البنك المركزي هنا نخص بالذكر اللجنة المصرفية، فهي المخولة قانونا بتلقي تلك الوثائق ومراقبتها.

[1] المادة 137 الفقرة الأخيرة من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض: " يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من خمسة ملاييين (5.000.000 د.ج) إلى عشرة ملايين دينار(10.000.000 د.ج) أعضاء مجلس الإدارة ومسيري أي بنك أو مؤسسة مالية وكذا الأشخاص المستخدمين في هذه المؤسسات إذا:...

- لم ينشروا الحسابات السنوية وفقا لما تنص عليه المادة 103 من هذا الأمر..."

[2] محمد علي سويلم، عمليات البنوك (دراسة مقارنة): من الوجهتين المصرفية والجنائية، المرجع السابق، ص 423.

وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم الشكلية حيث لا يشترط القانون لتوفرها على تحقق نتيجة معينة أو ضرر معين[1].

❖ **-الركن المعنوي**

تتوفر هذه الجريمة بمجرد توفر الركن المادي، أي بمجرد عدم تسليم البنك للمعلومات والبيانات المحاسبية المطلوبة إلى اللجنة المصرفية ونشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية[2]، ولم يتطلب القانون قصدا جنائيا خاصا بل يكفي توفر القصد العام القائم على العلم والإرادة[3].

وعموما لتفادي البنك الوقوع في هذه الجريمة، يجب عليه في حالة علمه بعدم إمكانية تقديم المعلومات في الآجال المقررة قانونا، أي خلال الستة (6) أشهر الموالية لنهاية السنة المالية المحاسبية أن يتقدم إلى اللجنة المصرفية خلال هذا الأجل بطلب تمديده، مع إرفاق طلبه بجميع الوثائق والمعلومات الضرورية لتدعيم طلبها بالتمديد[4].

وفي نظري، مجرد تجاوز البنك لمدة القانونية لتقديم ونشر المعلومات وعدم قيامها في تلك الآجال بتقديم طلب التمديد يعتبر كافيا لتوفر الجريمة.

ب-العقوبات المقرر للإخلال بواجب إعداد ونشر المعلومات المحاسبية بالنسبة للبنك

هناك نوعين من العقوبات المقررة، هناك عقوبات منصوص عليها في المادة 137 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، وعقوبات أخرى منصوص عليها في المادة 103 منه. ويمكن تقسيمها إلى عقوبات متعلقة بالبنك كشخص معنوي، وعقوبات متعلقة بالمسيرين.

---

[1] محمد علي سويلم، عمليات البنوك (دراسة مقارنة): من الوجهتين المصرفية والجنائية، المرجع السابق، ص 424.
[2] المادة 103 الفقرة 2 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.
[3] محمد علي سويلم، عمليات البنوك (دراسة مقارنة): من الوجهتين المصرفية والجنائية، المرجع السابق، ص 424.
[4] المادة 103 الفقرة 3 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

❖ **العقوبات المتعلقة بالبنك كشخص معنوي**

يتعرض البنك كشخص معنوي بسبب ارتكابه لجريمة عدم تقديم ونشر المعلومات المحاسبية لعقوبات مالية وأخرى غير مالية. أما العقوبات المالية فتتمثل في الغرامات المالية وقد حددتها المادة 137 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، هي تتراوح بين خمس ملايين دينار (5.000.000 د.ج) إلى عشر ملايين دينار جزائري (10.000.000 د.ج). وأما العقوبات غير المالية فتتمثل في الأمر بنشر العقوبات. حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 103 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[1] على إمكانية قيام اللجنة المصرفية بإبلاغ الجمهور بأية معلومات تراها مفيدة، وإعلام الجمهور بالمعلومات حول تخلف البنك عن التزاماته القانونية، يعتبر عقوبة ليست بالهينة، فهذا فيه مساس بصورة وسمعة البنك.

❖ **العقوبات المتعلقة بالمسيرين**

حسب المادة 137 من الأمر رقم 03-11[2] المتعلق بالنقد والقرض فإن العقوبات الجزائية المقررة لجريمة عدم إعداد المعلومات المحاسبية من طرف البنك تكون بالحبس وبتوقيع غرامة مالية. أما عقوبة الحبس فهي من سنة إلى ثلاث سنوات. والأشخاص الطبيعية المعنية هنا، هم أعضاء

---

[1] المادة 103 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض:" يتعين على البنوك والمؤسسات المالية أن تنظم حساباتها بشكل مجمع وفقا للشروط التي يحددها المجلس....

- تخول اللجنة المصرفية أن تأمر المؤسسات المعنية بالقيام بنشريات تصحيحية في حالة وجود بيانات غير صحيحة أو وقوع سهو في المستندات المنشورة،
- ويمكنها أن تنهي إلى علم الجمهور كافة المعلومات التي تراها مفيدة".

[2] المادة 137 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض : " يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من خمسة ملايين (5000000 د.ج) إلى عشرة ملايين دينار جزائري (10000000 د.ج) أعضاء مجلس الإدارة ومسيري أي بنك أو مؤسسة مالية وكذا الأشخاص المستخدمون في هذه المؤسسات إذا:

تعمدوا عرقلة أعمال التدقيق والمراقبة التي يقوم بها محافظو الحسابات أو رفضوا بعد الإنذار، تبليغ جميع المستندات الضرورية لممارسة مهامهم، لاسيما العقود والدفاتر الوثائق المحاسبية وسجلات المحاضر،

لم يعدوا الجرد والمحاسبات السنوية في الآجال المحددة بموجب القانون، لم ينشروا الحسابات السنوية وفقا لما تنص عليه المادة 103 من هذا الأمر، زودوا بنك الجزائر عمدا بمعلومات غير صحيحة".

مجلس الإدارة، والمسيرون والأشخاص المستخدمون في هذه المؤسسات. وهنا الأشخاص المستخدمون لا يعني كل موظفي وعمال البنك، يل يعني الأشخاص ذوي المسؤوليات المنوط بهم السهر على اتمام عملية نشر المعلومات المطلوبة وتقديمها إلى اللجنة المصرفية.

❖ **تحريك الدعوى**

بالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي، فإنه يجوز لأي شخص يهمه الأمر أن يطلب من المحكمة المختصة تحت طائلة تطبيق غرامات تهديدية من الشركة المعنية أن تحترم التزاماتها المتعلقة بالافصاح والشفافية عن طريق دعوى استعجالية[1].

كما يكون على اللجنة المصرفة إبلاغ النيابة العامة عن جميع الأفعال التي تعتبر جرائم و هذا يكون عن طريق المحافظ الذي يتأسس كطرف مدني[2].

ثانيا: جريمة تقديم ونشر معلومات غير صحيحة

تتعلق جريمة بتقديم معلومات ونشر معلومات غير صحيحة بالمعلومات التي تسلم إلى البنك المركزي. وعليه نفرق هنا بين هذه جريمة تقديم ونشر معلومات غير صحيحة إلى البنك المركزي وجريمة تقديم ونشر معلومات غير صحيحة في البورصة.

1-تقديم ونشر معلومات غير صحيحة إلى البنك المركزي

تخضع هذه الجريمة لنص المادة 137 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، وهذه الجريمة لا تقع إلا إذا توفر شرط العمد. أما العقوبات المقررة، يمكن أن تكون الأمر بالقيام بنشريات تصحيحية، و/أو نشر العقوبات وهذا كما نصت عليه المادة 103 منه.

[1] Richard Routier, op.cit., p 700.

[2] المادة 140 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

2-تقديم ونشر البنك معلومات غير صحيحة في البورصة

يلتزم البنك بمناسبة نشاطه البنكي في إطار واجب الافصاح والشفافية بتقديم المعلومات الضرورية للسوق والجهات المختصة، وكما رأيناه سابقا من شروط قيامه بهذا الالتزام على أكمل وجه أن تكون المعلومات المقدمة صحيحة، وإذا قدم البنك للبنك المركزي أو قام بنشر معلومات غير صحيحة فإنه يكون محل متابعات وتحقيقات يمكن أن تؤدي إلى توقيع عقوبات عليه، وإذا شكلت الأفعال التي قام بها أركان جريمة تقديم معلومات غير صحيحة فإنه يكون محل متابعات جزائية.

والبنك كذلك له علاقة وطيدة بالبورصة-هو أحد الوسطاء في البورصة- وقد يكون البنك أحد الشركات المسعرة في البورصة، وبذلك يكون خاضعا لواجب الإفصاح والشفافية.

وعليه، سنتناول أركان الجريمة (أ) ثم العقوبات المقررة (ب).

أ-أركان جريمة تقديم ونشر معلومات غير صحيحة في البورصة

يعتبر تقديم ونشر معلومات غير صحيحة في البورصة جنحة يعاقب عليها القانون و تتمثل في الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي

-الركن الشرعي

نصت المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المعدل والمتمم :" يعاقب بالحبس من (6) ستة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة قدرها 30.000 د.ج، ويمكن رفعا حتى يصل إلى أربعة أضعاف مبلغ الربح المحتمل تحقيقه، دون أن تقل هذه الغرامة عن مبلغ الربح نفسه، أو بأحدى هاتين العقوباتين فقط:

الفقرة 3–كل شخص يكون قد تعمد نشر معلومات خاطئة أو مغالطة وسط الجمهور بطرق ووسائل شتى، عن منظور أو وضعية مصدر، تكون سنداته محل تداول في البورصة، أو عن منظور تطور سند مقبول للتداول في البورصة، من شأنه التأثير على الأسعار،

–تعد العمليات التي تنجز على هذا الأساس عمليات باطلة".

أما في القانون الفرنسي فقد نصت المادة L.465–2 alinéa 2 du code monétaire (et financier) على توقيع العقوبات المقررة في المادة L.465–1 على كل شخص أيا كان، قام بنشر معلومات خاطئة أو مضللة بخصوص تطورات وضعية أحد المصدرين للقيم المنقولة في السوق، أو وضعية تلك القيم في حد ذاتها، إذا كانت تلك المعلومات من شأنها التأثير في قيمة تلك القيم المنقولة[1].

–الركن المادي

سنتناول هنا الأشخاص المعنية بالامتناع عن تقديم ونشر معلومات غير صحيحة ثم إلى مضمون المعلومات غير الصحيحة.

❖ **الأشخاص المعنية بالإمتناع عن تقديم ونشر معلومات خاطئة أو مضللة**

إن مصطلح كل شخص أيا كان يوسع في دائرة المخاطبين بالمنع من تقديم ونشر المعلومات الخاطئة أو المضللة، سواء تعلق الأمر بالشركة مصدرة القيم المنقولة أو مدرائها أو ممثليها أو موظفيها ، أو سواء كان من بين المحللين الماليين أو الصحافة أو محافظي الحسابات أو كل شخص

[1] Alain Couret, collectif, droit financier, op.cit., p 1152.

أو هيئة تقدم خدمات استثمارية أو استشارات بخصوص الاستثمار المالي وهنا يمكن أن يكون البنك أو ممثليه، ويمكن أن يكون كل شخص قدم معلومات خاطئة أيا كان.

❖ **مضمون المعلومات الخاطئة أو المضللة**

يجب أن تكون تلك المعلومات الخاطئة أو المضللة أي تنطوي على غش[1] من شأنها التأثير في قيمة القيم المنقولة ارتفاعا أو انخفاضا، سواء كانت اشاعات أو مجرد رأي حول توقعات بخصوص ارتفاع وانخفاض قيمة تلك القيم المنقولة[2]، أيا كانت تلك القيم المنقولة أسهم أو سندات أو أدوات مالية أخرى[3]، وأيا كانت طريقة النشر مقروءة أو سمعية بصرية.

و بالرجوع إلى القانون المصري فنجد أنه اعتبر إخفاء بعض الوقائع والمعلومات عن البنك المركز عمدا بقصد الغش في البيانات الصورة الثانية لجنحة الغش في البيانات التي تقدم للبنك المركزي، بالإضافة إلى الصورة الأولى وهي ذكر وقائع غير صحيحة عمدا بقصد الغش في البيانات[4].

علما الإجتهاد القضائي الفرنسي، أقر أن هناك خطأ صادر من المسيرين والمدراء عندما لم يستجيبوا لملاحظات محافظو الحسابات، ولم يقرروا اتباع منهج محاسبي آخر غير المتبع. وأن هناك خطأ صادر من طرف من طرف المسيرين والمدراء الذين لم يتحركوا بعد اعلان المدراء عن معلومات، خاصة أن المدراء والمسييرين كانوا على دراية بأن تلك المعلومات كاذبة[5].

---

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الطبعة 12، 2012 ، ص 247.

[2] Alain Couret, collectif, droit financier, op.cit., p 1153.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 247.

[4] محمد علي سويلم، عمليات البنوك (دراسة مقارنة): من الوجهتين المصرفية والجنائية، المرجع السابق، ص 435.

[5] Pauline Abadie, op.cit., p 533.

-الركن المعنوي

يجب أن يكون الشخص أو الجهة التي نشرت تلك المعلومات الخاطئة أو المضللة عالمة بأن تلك المعلومات التي قدمتها خاطئة أو مضللة، ولكن يبقى للقاضي الرقابة وإثبات أن الفاعل لم يقم بالرقابة اللازمة للتحقق من صحة تلك المعلومات[1]، وتثبت الجريمة بمجرد توفر القصد العام الذي يتوفر بمجرد نشر معلومات كاذبة من شأنها التأثير على لقيمة السوقية لتلك القيم المنقولة.

وهذا عكس تقديم ونشر المعلومات غير الصحيحة المقدمة إلى البنك المركزي أين اشترط القانون صراحة أن لتوفر الجريمة القصد الخاص أي أن يكون تقديمها غير الصحيح عمدا حسب المادة 137 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

ب-العقوبات المقررة

تختلف العقوبات المقررة حسب الجهة الناظرة في المخالفة، سواء البورصة أو الجهات القضائية. وعليه يمكن تقسيم العقوبات إلى عقوبات إدارية[2]، وعقوبات جزائية وعقوبات مدنية.

❖ **العقوبات الجزائية**

حددت المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المعدل والمتمم بموجب القانون 03-04 العقوبات المقررة لهذه الجريمة نوعين، النوع الأول وهو الحبس من ست (06) أشهر إلى خمس

[1] Alain COURET et d'autres, " droit financier", op.cit., p 1155.

[2] متعلقة بالمتابعات الإدارية ضد المخالفين، أنظر أدناه: ص...

(05) سنوات، أما النوع الثاني فيتعلق بتوقيع الغرامة المالية و تتراوح بين ثلاثين ألف دينار وأربع أضعاف الربح المحتمل تحققه، على أنه يجوز للقاضي الحكم بإحدى العقوبتين فقط[1].

❖ **العقوبات المدنية**

تتعلق العقوبات المدنية هنا ببطلان جميع العمليات التي تمت على أساس المعلومات غير الصحيحة أو المضللة. حيث نصت المادة 60 فقرة 3 –تعد العمليات التي تنجز على هذا الأساس عمليات باطلة"[2]. والبطلان هنا يؤدي إلى إلغاء كل عملية تمت بناء على العمل غير المشروع.

الفرع الثاني: جريمة تعارض المصالح والعارف بالسر

لقد أصبح تجريم بعض الأفعال المتعلقة بالشركات كجريمة العارف بالسر، وتعارض المصالح من أحد أهم الضمانات التي تضمن التزام البنوك بالحوكمة.

أولا: جريمة تعارض المصالح (Les conflits d'intérêt)

أكدت الدراسات والهيئات المختلفة أن الالتزام بمبادئ الحوكمة لتحقيق أهداف التنمية المستدامة، يجب أن يعتمد على تحريم بعض الأفعال التي تعتبر مضرة بقطاع المال والأعمال عموما وبالقطاع البنكي خصوصا لاسيما منها تعارض المصالح. حيث يجب أن تعمل كل جهة على الحد من حالات تعارض المصالح، من جهة، والإبلاغ عنها من جهة أخرى.

[1] المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المعدل والمتمم " يعاقب بالحبس من (6) ستة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة قدرها 30.000 د.ج، ويمكن رفعا حتى يصل إلى أربعة أضعاف مبلغ الربح المحتمل تحقيقه، دون أن تقل هذه الغرامة عن مبلغ الربح نفسه، أو بأحدى هاتين العقوباتين فقط:".

[2] المادة 60 الفقرة 3 من المرسزم التشريعي رقم 96-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل ز المتمم.

بالرجوع إلى المادة 26 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية تحدد البنوك والمؤسسات المالية الإجراءات التي تسمح بالوقاية من تضارب المصالح والتي تضمن أخلاقيات المهنة للمستخدمين وأعضاء الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة". وفي حالة وجود البنك في وضعية تضارب مصالح مع الزبون يجب عليه أن يحل هذا التضارب لصالح الزبون في حالة العجز عن تفادي تضارب المصالح[1] .

ومن جهة، أخرى يمكن ربط تعارض المصالح، مع مبادئ الإفصاح والشفافية، فالغرض منها هو كذلك التعرف على حالات تعارض المصالح. مثلا من خلال إعلان الشخص المعني عن هوية المدراء وهيئة المداولة، وممثلي الشركة تكون هناك شفافية للتعرف على الأشخاص المحظور التعامل معهم.

وللتعرف على هذه الجريمة سنتناول أركان الجريمة (1)، ثم إلى العقوبات المقررة (2).

1-أركان جريمة تعارض المصالح

بما أن تعارض المصالح جريمة يعاقب عليها القانون فإننا سنتطرق لأركان الجريمة وهي الركن الشرعي (أ) ، الركن المادي (ب)، وإلى الركن المعنوي (ج).

أ-الركن الشرعي لجريمة تعارض المصالح

المادة 104 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض:" يمنع على كل بنك أو مؤسسة مالية أن تمنح قروضا لمسيريها وللمساهمين فيها أو للمؤسسات التابعة لمجموعة البنك أو المؤسسة المالية.

[1] المادة 07 من النظام رقم 15-01 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم.

المادة 102 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض:" يخضع محافظو حسابات البنوك والمؤسسات المالية لرقابة اللجنة المصرفية التي يمكنها أن تسلط عليهم العقوبات الآتية ..... لا يمكن منح محافظي الحسابات بصفة مباشرة أو غير مباشرة أي قرض من قبل البنك أو المؤسسة المالية الخاضعة لرقابتهم".

L'article L.533-10 du code monétaire et financier français

في القانون المصري، " يحظر على البنوك إعطاء قروض أو تسهيلات إئتمانية أو ضمانات من أي نوع لمراقبي الحسابات أو زوجاتهم أو أولادهم أو لأي منشأة يكون هؤلاء المراقبين أو زوجاتهم أو أولادهم شركاء فيها أو أعضاء في مجالس إدارتها وذلك بصفتهم الشخصية"[1]

" يحظر على البنوك التجارية إعطاء قروض أو مبالغ تحت الحساب أو تسهيلات إئتمانية أو ضمان من أي نوع لأعضاء مجلس إدارة بنك أو لأية منشأة يكون أعضاء مجلس إدارتها شركاء فيها أو أعضاء في مجالس إدارتها وذلك بصفاتهم الشخصية"[2].

المادة 628 من القانون التجاري.

في القانون الفرنسي: حددت المادة L. 533. 10 code monétaire et financier حالات تعارض المصالح[3].

[1] عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 596.
[2] عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 599.
[3] Alain COURET, collectif, droit financier, op.cit., p 173.

ب-الركن المادي لجريمة تعارض المصالح

يتعلق الركن المادي لجريمة تعارض المصالح بمجموعة من الأفعال ومجموعة من الأشخاص. وعليه سنتطرق إلى مضمون تعارض المصالح، ثم إلى تعريف تعارض المصالح ثم إلى الأشخاص المعنية بتعارض المصالح.

-مضمون تعارض المصالح

في إطار تحقيق أهداف التنمية المستدامة، ولضمان حوكمة البنوك، فقد تدخل المشرع الجزائري بالنص على جريمة تعارض المصالح، حماية لمصلحة الزبون والبنك وتعزيز ثقة الجمهور في القطاع المصرفي.

أصبح تعارض المصالح معروفا، سواء في إطار القانون التجاري، أو قانون الصفقات العمومية والوظيف العمومي، ولكن في إطار القانون البنكي والمالي تأخذ هذه الجريمة بعدا واسعا نظرا لأن تحققها يضر بالمصلحة المشروعة لعدد كبير من أصحاب المصالح. علما أن تعارض المصالح يؤدي إلى المساس بالشفافية التي يجب أن يتميز بها القطاع البنكي والمالي، لاسيما لأنه تتولد عنه تشويه أو حجب المعلومات التي يجب أن يتوفر عليها السوق، وبالتالي تغليط آليات توفير رؤوس الأموال للوحدات الاستثمارية المنتجة، وفي الأخر المساس بفعالية السوق[1].

وهكذا يمكن القول أن تعارض المصالح يتعلق أساسا بالمعلومات، تلك المعلومات التي يحوزها البنك -أو المسيرين- والتي يجب أن تستعمل في إطار حماية المصلحة المشروعة للبنك، وللزبائن. وأن يوفر البنك معاملة عادلة ومتساوية للزبائن في الاستفادة من المعلومات.

[1] Frederic Mishkin, op.cit. , p 222.

-تعريف تعارض المصالح

« Un conflit d'intérêt prend naissance lorsqu'une même personne poursuit deux ou plusieurs intérêts et lorsque ces intérêts sont contradictoires »[1].

تعرف كذلك بأنها الوضعية التي تكون فيها المصالح الشخصية لشخص تتعارض مع مصالح الأشخاص الذين يرعى مصالحهم[2].

غير أن هناك عدة حالات تعارض المصالح، وهي نوعان، الأولى المنصوص عليها في القواعد العامة (القانون التجاري)، والأخرى هي تلك المنصوص عليها في القانون البنكي والمالي.

و عليه، سنتناول حالات تعارض المصالح.

-حالات تعارض المصالح المنصوص عليها في القواعد العامة

لقد نص القانون التجاري الجزائري على بعض أنواع من التعاملات التي يمكن أن تكون بين شركة المساهمة وأحد الأشخاص القائمين عليها أو أعضاء مجلس الإدارة، التي تخضع لقواعد خاصة. منها التي يمكن أن تتعامل بها الشركات لكن وفق إجراءات محددة أي أنها تحتاج للحصول على الترخيص من طرف مجلس الإدارة حتى تكون مشروعة وهي تعتبر من قبيل الاتفاقيات العادية[3]. وهناك الاتفاقيات المحظورة حظرا كليا والتي نص القانون على بطلانها بطلانا مطلقا وهذه الحالة متعلقة منح الشركة القروض لأحد ممثليها[4] وفق مقتضيات المادة 628 من القانون التجاري. وقد نص الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض قواعد خاصة في منع منح القرض لبعض الأشخاص، كما سنبينه أدناه.

[1] Alain couret, collectif, Droit financier, op.cit., P 23.
[2] Richard Routier, op.cit., p 224.
[3] توفيق العابد ونجاة بوساحة، ضوابط إبرام الاتفاقيات بين شركة المساهمة والقائمين على إدارتها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 1، أفريل 2021، ص 244 .
[4] توفيق العابد ونجاة بوساحة، المرجع السابق، ص 243 .

- تعارض المصالح المتعلق بتوظيف القيم المنقولة والعمليات المرتبطة

يجد البنك نفسه في وضعية تعارض المصالح في الكثير من الحلات، أهمها، عندما يقوم بتسيير أعمال الغير. ويمكن أن تأخذ صورة تعارض المصالح بين مصالح البنك والزبون، أو تعارض مصالح بين زبونين إثنين. وهناك الحالة البنك الذي لديه علاقة مع شركة زبون وضعيتها المالية صعبة. وهناك حالة العلاقات المتولدة عن القيم المنقولة[1] (رأينا هذه العلاقات في الباب الأول).. وتجدر الإشارة هنا أن أهمية تعارض المصالح في البنوك كبيرة إلى درجة أنه تم إصدار أحد أشهر القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية للحد من حالات تعارض المصالح في البنوك[2] من خلال الفصل بين وظيفة الوساطة البنكية والوساطة المالية، بحيث تم إصدار قانون (Glass-Steagall Act) سنة 1929 الذي استمر العمل به إلى سنة 2003. علما أن إلغاء القانون لم يأت مرة واحدة بل مر بعدة مراحل تحت ضغط أصحاب المصالح.

بالرجوع إلى المادة 26 من النظام رقم 11-08 :" تحدد البنوك والمؤسسات المالية الإجراءات

-منح القروض للأشخاص المحظورين بموجب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض

التي تسمح بالوقاية من تضارب المصالح والتي تضمن أخلاقيات المهنة للمستخدمين وأعضاء الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة". وفي حالة وجود البنك في وضعية تضارب مصالح مع الزبون يجب عليه أن يحل هذا التضارب لصالح الزبون في حالة العجز عن تفادي تضارب المصالح[3] .

[1] Christian Gavalda et Jean Stoufflet, op.cit., p 189.

[2] Michel Dion, Collectif, la criminalité financière : prévention, gouvernance et influence culturelle, éd de boeck, Bruxelle, 2011, p 94.

[3] المادة 07 من النظام رقم 15-01 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم..

والأشخاص المعنية (المخاطبة)بتعارض المصالح، بالرجوع إلى أحكام المواد المذكورة أعلاه، نجد أن الأشخاص المعنية بجريمة تعارض المصالح، بالنسبة للبنوك هناك أشخاص طبيعية وأشخاص معنوية.

الأشخاص الطبيعية هم المسيرون، المساهمون، ووحافظو الحسابات، المسيرون في هذه المادة هم المؤسسون وأعضاء مجلس الإدارة والممثلون والأشخاص المخولة لهم سلطة التوقيع. وكذلك الأمر بالنسبة لأزواج المسيرين والمساهمين وأقاربهم من الدرجة الأولى[1].

بالنسبة للمدير العام للبنك، بالرجوع إلى أحكام القانون، قد يكون المدير العام عضوا في مجلس الإدارة، وقد لا يكون عضوا في مجلس الإدارة[2]، إلا أنه يعتبر من بين الأشخاص المخاطبين بجريمة تعارض المصالح. والمؤسسات التابعة للبنك.

علما أن القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الملغى بموجب الأمر 03-11، في المادة 168، كان يجيز منح القروض للقائمين بإدارتها بشرط ألا يتجاوز مبلغ القرض 20 % من أموالها الخاصة[3]. وذلك هو الحال في القوانين المقارنة في ذلك الوقت، فمثلا كان القانون المصري يجيز للبنوك التجارية منح القروض لأعضاء إدارتها " والسبب في ذلك أن القروض وفتح الاعتمادات وتقديم الضمانات للحصول على الائتمان تدخل ضمن غرض هذه الأشخاص المعنوية"[4].

المقصود بالقرض هنا هو الإئتمان البكي أيا كانت صوره، سواء قرض عادي أو استهلاكي، فتح إعتماد بنكي، أو إعتماد مستندي. وحتى الضمان بالتوقيع أو الضمان الإحتياطي.

---

[1] المادة 104 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[2] توفيق العابد ونجاة بوساحة، ضوابط إبرام الاتفاقيات بين شركة المساهمة والقائمين على إدارتها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 1، أفريل 2021، ص 244 .

[3] توفيق العابد ونجاة بوساحة، المرجع السابق، ص 244.

[4] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 154.

ج-الركن المعنوي

بما أن المشرع وضع الحظر مطلقا، فإنه في نظري لا يشترط توفر القصد الجنائي لتوفر الركن المعنوي، بل يكفي توفر الركن المادي لتحقق جريمة تعارض المصالح.

د-إجراءات رفع الدعوى

في كل الأحوال يمكن لأي شخص تحريك الدعوى، ورئيس اللجنة المصرفية يجوز له إعلام النيابة العامة، ويمكن المحافظ التأسس كطرف مدني[1].

بينما في القانون المصري فإنه لا يجوز رفع الدعوى الجنائية في الجرائم المنصوص عليها في القانون البنكي إلا بناء على طلب وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية بعد أخذ رأي محافظة البنك المركزي المصري[2].

هـ-العقوبات المقررة

هناك العديد من العقوبات التي يتعرض لها الأشخاص في حالة تحقق تعارض المصالح، وهي إما مدنية أو جزائية أو إدارية، سواء تعلق الأمر بالبنك كشخص معنوي أو بالأشخاص الطبيعية المعنية بالحظر.

-العقوبات المدنية

تتعلق العقوبات المدنية فيما يخص منح القرض للأشخاص المعنيين بالحظر في بطلان العقد، وهذا بالرجوع إلى القواعد العامة **وهذا** بطلانا مطلقا[1]، ولا يخضع للإجازة، وذلك إعمالا بنص المادة 628 ق.ت، والمادة 630 ق.ت.

[1] المادة 140 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض .
[2] عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 602.

-العقوبات الإدارية

لاسيما المنصوص عليها في المادة 111 و 112 والمادة 114 و المادة 140 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

❖ المسؤولية الشخصية للأشخاص المحظور عليهم الحصول على القرض

يمكن أن توقع اللجنة المصرفية مجموعة من العقوبات ضد محافظي الحسابات، تتراوح بين التوبيخ والمنع من مواصلة الرقابة على البنك أو المؤسسة المالية، والمنع من مزاولة نشاطه كمحافظ حسابات لبنك أو مؤسسة مالية لمدة تصل إلى ثلاث (3) سنوات. وهذا دون الإخلال بالمتابعات التأديبية أو الجزائية[2]. فإضافة إلى العقوبات التي يمكن أن توقعها اللجنة المصرفية يمكن أن توقع الجهات الرقابية المتعلقة بمحافظي الحسابات[3] عقوبات إدارة أخرى عليهم،-كما سنبينه في المبحث الثاني- يمكن أن تصل حد الشطب من الجدول، لأنهم بوقوعهم في تعارض المصالح، يكونون خالفوا مبادئ مزاولة المهنة.

❖ مسؤولية البنك كشخص معنوي عن منح القرض المحظور

العقوبات المالية المقررة في القانون المقارن، يجوز للجنة المصرفية في فرنسا ان تقضي بعقوبة تأديبية مالية تصل الى مئة (100) مليون أورو[4] . علما أنه في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد بلغت الغرامات والتعويضات المحكوم عليها ضد البنوك الاستثمارية مبلغ 1.4 مليار دولار وهذا

---

[1] توفيق العابد ونجاة بوساحة، المرجع السابق، ص 243-244.

[2] المادة 102 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[3] المادة 63 من القانون رقم 10-01 المؤرخ في 16 رجب عام 1431 الموافق ل 29 يونيو 2010، يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج.ر رقم 42، السنة 47، بتاريخ 11 يوليو 2010.

[4] Richard Routier, op.cit., p 1171.

بعد المصالحة التي استفادت بها البنوك الكبيرة العشرة التي كانت محل متابعات من طرف النائب العام لولاية نيويورك سنة 2002[1].

وتجدر بنا الإشارة هنا إلى أهمية المصالحة في هذا النوع من الجرائم، لأن العقوبات المالية المحكوم بها يمكن أن تكون كبيرة، وعليه، نرى أن تحصيلها يجب أن يكون في الجزائر لصالح اللجنة المصرفية وهذا من شأنه أن يعزز القدرات المالية لهذه الهيئة التي في هذه الحالة يمكن لها الاستعانة بالعديد من الخبرات في القيام بعملها. خاصة أن اكتشاف حالات تعارض المصالح والجرائم المتعلقة بالبنوك، يمكن أن يكون صعبا. كما أن البنوك يمكن أن طلب إجراء المصالحة لوضع حد للمتابعات القضائية العلنية التي غالبا ما تكون لها آثار سلبية على صورتها لدى الجمهور.

ثانيا: جريمة العارف بالسر[2]

حماية للمصالح المشروعة للمستثمرين والثقة في السوق فقد نص المشرع على تجريم كل فعل من شأنه أن يسمح لمجموعة من الأشخاص الذين يتحصلون على معلومات ممتازة بخصوص وضعية أسعار القيم المنقولة المتداولة في البورصة سواء ارتفاعا أو انخفاضا الاستفادة من تلك المعلومات لحسابهم الخاص .

و للتعرف على هذه الجريمة سنتطرق إلى أركان جريمة العارف بالسر (1)، ثم إلى المتابعات العقوبات المقررة لها(2).

[1] Frederic Mishkin, op.cit., p 230.
[2] Délit d'initié.

1-أركان جريمة العارف بالسر

تتمثل أركان جريمة العارف بالسر في الركن الشرعي، المادي والمعنوي.

أ-الركن الشرعي

تُمثِلُ المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03-04. الركن الشرعي لجريمة العارف بالسر، حيث تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة قدرها 30.000 د.ج ، ويمكن رفع مبلغها حتى يصل إلى أربعة أضعاف مبلغ الربح المحتمل تحقيقه، دون أن تقل هذه الغرامة عن مبلغ الربح نفسه، أو إحدى هاتين العقوبتين فقط :

-كل شخص تتوفر له، بمناسبة ممارسته مهنته أو وظيفته، معلومات امتيازية عن منظور مصدر سندات أو وضعيته أو منظور تطور قيمة منقولة ما، فينجز بذلك عملية أو عدة عمليات في السوق أو يتعمد السماح بإنجازها، إما مباشرة أو عن طريق شخص مسخر لذلك، قبل أن يطلع الجمهور على تلك المعلومات...".

أما في القانون الفرنسي، فجريمة العارف بالسر فقد نصت عليها المادة L.465-1 du .c.m.f [1]

ب-الركن المادي لجريمة العارف بالسر

سنتطرق هنا إلى صفة الجاني في جريمة العارف بالسر ثم إلى الأفعال المحظورة.

[1] L 465-1 du code monétaire et financier, modifié par la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016-art.1.

-صفة الجاني في جريمة العارف بالسر

بالرجوع إلى نص المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة نجد أن المشرع نص وبصفة عامة على الأشخاص المعنيين بجريمة العارف بالسر. حيث يخاطب النص كل شخص طبيعي أو معنوي من داخل الشركة أو خارجها يتحصل على المعلومات الداخلية للشركة بحكم منصبه أو وظيفته. ولتحديد القائمة بنوع من التفصيل يمكن الاستعانة هنا بالقانون المقارن فقد حددت قائمة المطلعين على المعلومات المتعلقة بالشركات الداخليين والخارجيين الذين يسميهم القانون الفرنسي الأوليين والثانويين والغير.

العالمون الأوليون ويعتبون عالمون بحكم القانون (initiés de droit)و هم مدراء الشركات كالرئيس المدير العام والقائمين بالإدارة والمديرين العامين وأعضاء مجلس الإدارة وأعضاء مجلس المراقبة و الممثلين الشرعيين للشركة، ويضيف إليهم القانون الفرنسي أزواجهم[1] ، كما يعتبر القانون التجاري الفرنسي أن المسير أو المدير بالفعل من هذه الفئة الأولى وذلك حسب المادة L.225-109 c.com.f وهناك قرينة قانونية قاطعة على أن هؤلاء الأشخاص المذكورين في هذه الفئة يتصرفون دائما باعتبارهم عارفين بالسر[2] .

أما المطلعون الثانويون (initiés secondaires) فهم الموظفين والعمال الذين يحصلون على معلومات بمناسبة أداء وظيفتهم ومحافظي الحسابات ، أعضاء اللجان في الشركة، بالإضافة إلى كل هيئة أو شخص يتعامل مع الشركة منها البنوك وموظفيها، المهندسين المعماريين، المحامي، الخبير المحاسبي، المسيرين المؤقتين، المصفي، المحللين الماليين، والموظفين في الشركة [3]. وموظفي الشركات المسعرة في البورصة، كملحقي الإدارة الأمناء العامون لتلك الشركات، وحسب

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 235.
[2] Brigitte Peraira, la responsabilité pénale des entreprises, éd EMS, paris ; 2011, P 149.
[3] Alain Couret, Collectif, droit financier, op.cit., P1126- 1127.

القانون الفرنسي أعضاء سلطة النقد والمال (AMF)[1]، وتقابلها في الجزائر السلطات المختصة بمراقبة أعمال البنوك لاسيما مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية، ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، والهيئات المتعلقة بالبورصة.

وتثبت صفة العالم بالسر فئة المطلعين الثانويين للأشخاص الذين يتنتمون إلى شركة يتم التفاوض معها[2].

أما الفئة الثالثة فهي الغير وهم أفراد أسرة وأقارب وأصدقاء الذين تحصلوا على تلك المعلومات من الأشخاص المحظور عليهم التعامل بتلك المعلومات لصالحهم[3]، على أن يكونوا عالمين بأن المعلومات التي تحصلوا عليها تقع تحت حظر التعامل بها،

(toutes personnes,… qui possèdent en connaissance de cause des informations privilégiées)[4].

بالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي، تثبت صفة الجاني للمستفيد كذلك من جريمة العارف بالسر اذا علم أن المعلومات التي يبني على أساسها قراره ببيع أو شراء تلك القيم المنقولة هي معلومات تحصل عليها من جهة أو شخص يقع تحت وصف العارف بالسر بعدما كان قبل 2001 يتابع بجريمة recel [5].

[1] Brigitte Peraira, op.cit., p 150.

[2] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 235.

[3] Alain Couret, Collectif, droit financier, op.cit., p 1127.

[4]

[5] Alain Couret, Collectif, droit financier, op.cit., p 1127.

-الأفعال المحظورة

كي تتوافر أركان جريمة العارف بالسر، يجب أن يتعلق الأمر باستغلال الفاعل لمعلومات متعلقة بالشركة مصدرة القيم المنقولة أي وضعيته المالية أو التجارية أو الاستراتيجية تؤثر في القيمة التبادلية للقم المنقولة صعودا أو نزولا. و"المعلومات الداخلية: عرفتها المادة 118/ 2 من قانون الخدمات المالية الإنجليزية لسنة 2000 المعلومة الداخلية بأنها: المعلومة غير المتاحة لجمهور المتعاملين في السوق المالي والتي من شأنها التأثير على قرار التعامل بالورقة المالية للشركة في حال الإعلان عنها"[1].

أي أن تكون المعلومات محل الاستعمال مرتبطة بالأوراق المالية الصادرة عن الشركة، أما المعلومات التي يتم استنتاجها من تحاليل اقتصادية ودراسات وبحوث فلا يعتد بها. ويجب أن تكون تلك المعلومات تؤثر في سعر الأوراق المالية في البورصة إما صعودا أو نزولا. وألا تكون متاحة للكافة أي لا تكون معلنة فإذا كانت متاحة للكافة فلا يعتد بها، فإذا يجب أن تكون المعلومات سرية، دقيقة وليست مجرد إشاعات[2].

ويجب أن نشير هنا إلى أن البنك يتوفر على مجموعة كبيرة من المعلومات الامتيازية بالنسبة للشركات المسعرة في البورصة، بالإضافة إلى قيام البنك بالعمليات البنكية الأصلية[3] التي تسمح له بالحصول على معلومات امتيازية بخصوص وضعية الزبائن والأوضاع المحيطة بنشاطهم فإنه يقوم كذلك بعدة عمليات في البورصة إما باسمه وحسابه أو باسم وحساب الزبائن، وهو يتحصل على الكثير

[1] سامي محمد الخرابشة، ص 298.

[2] Alain COURET et d'autres, " droit financier", opcit, p 1128-1131.

[3] المادة 66 من الأمر 03 -11 تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل".

من المعلومات بخصوص نشاط الزبائن لاسيما عند توظيفه للقيم المنقولة[1] ، بصفته كوسيط " يمارس نشاط الوسيط في عمليات البورصة، بعد إعتماد من لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها من طرف الشركات التجارية التي تنشأ خصيصا لهذا الغرض، والبنوك والمؤسسات المالية"[2]. فإذا استعمل البنك أو أحد أعضائه تلك المعلومات لحسابه فإنه يكون بذلك قد جاء بعمل ممنوع قانونا. خاصة إذا علمنا أن البنك بهذه الصفة يحصل على بعض المعلومات المتعلقة باصدار القيم المنقولة قبل الجمهور لا سيما من خلال حصوله على مشروع المذكرة الإعلامية[3] وهي معلومات ممتازة[4] .

يتمثل الفعل المجرم في جريمة العارف بالسر بيع أو شراء قيم منقولة متعلقة بالشركة التي تتعلق بها المعلومات ، ويجب أن يتم البيع والشراء في سوق البورصة، أي أن تتعلق العمليات بالبورصة سواء السوق المنظمة او غير المنظمة. وقد استقر الإجتهاد القضائي الفرنسي على أن مجرد إعطاء الأمر بالبيع أو الشراء كاف لقيام الجريمة دون اعتبار لاتمام عملية البيع أو الشراء من عدمه[5].

–تمكين الغير من القيام بعمليات البيع والشراء في سوق البورصة: حتى إذا لم يقم العارف بالسر بعملية البيع والشراء باسمه وحسابه أو لصالح شخص آخر، فإن مجرد تمكينه للغير من تلك المعلومات فيستفيد هذا الغير من تلك المعلومات ويستعملها بحيث يبيع أو يشتري تلك القيم المنقولة المتعلقة بالمعلومات التي تصل عليها يعد كافيا لتوافر أركان جريمة العارف بالسر[6].

---

[1] المادة 72 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

[2] المادة 06 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببرصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم .

[3] المادة 5 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببرصة القيم المنقولة, المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03-04.

[4] أنظر أعلاه: ص ....

[5] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 236.

[6] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 238.

ج-الركن المعنوي

في جريمة العارف بالسر يتم استنتاج سوء نية الشخص بمجرد استخدامه لمعلومات غير متوفرة للجمهور في القيام بعمليات بيع أو شراء لقيم منقولة في البورصة ولا حاجة لإثبات سوء النية كما قلناه سابقا فهناك قرينة قانونية قاطعة على وجود سوء النية بمجرد استخدام تلك المعلومات أي أنها قرينة لا تقبل اثبات العكس سواء استعمل العارف بالسر بنفسه المعلومات فإذا أدلى بها للغير أي تعمد اعلام الغير بها واستفاد الغير منها فهذا يؤدي إلى توفر الركن المعنوي. وهذا ما استقر عليه الإجتهاد القضائي الفرنسي،

«Ainsi lorsque l'initié a réalisé directement ou par personne interposée une opération، sa mauvaise foi n'a pas à être établie spécialement et se déduit des circonstances et de la matérialité des faits. Pour la jurisprudence، en effet، l'élément intentionnel du délit d'initié est établi dès lors que le prévenu savait qu'il bénéficiait d'une information privilégiée dont le public n'avait pas connaissance et a entendu l'utiliser »[1].

لكن، يجوز للشخص المتابع إثبات أنه لم يكن يعرف أن المعلومات المستغلة تعتبر معلومات امتيازية، وبذلك يمكن القول أنه اعتبار توفر الركن المعنوي بمجرد قيام العارف بالسر بعمليات في البورصة متعلقة باستغلال معلومات امتيازية هي قرينة قانونية بسيطة يجوز إثبات إثبت عكسها[2].

لكن إذا تحصل الغير على معلومات قدمها له العرف بالسر دون أن يتوخى الحذر والحيطة المطلوبة، ودون أن يعرف الغير أنها معلومات ممتازة وقام بعمليات في البورصة فإنه هنا لا يكون محل متابعات جزائية ولا يتعرض لأية عقوبة[3].

[1] Alain Couret, Collectif, droit financier, op.cit., p 1133.
[2] Alain Couret, Collectif, droit financier, op.cit., p 1148.
[3] Brigitte Pereira, op.cit.p 151.

ويعاقب القانون الفرنسي على المحاولة، أي القيام بالأفعال المحظورة دون تحقق النتيجة، بنفس العقوبات المقررة على جريمة العارف بالسر[1].

2-العقوبات المقررة

تختلف العقوبة المقررة في جريمة العارف بالسر حسب الطبيعة القانونية للشخص المقررة بحقه. تتمثل العقوبات الجزائية في عقوبات سالبة للحرية (للأشخاص الطبيعية) وغرامات مالية وبطلان العمليات المنجزة بناء على تلك الأعمال المحضورة. وهناك العقوبات المتعلقة بالبنك كشخص معنوي. غير أن حالة وجود البنك في وضعية الشخص المستفيد من العمليات المنجزة في البورصة يطرح إشكالية تنازع اختصاص للنظر في المتابعات الإدارية.

أ-العقوبات الجزائية المتعلقة بالشخص الطبيعي

يعاقب القانون الجزائري الأشخاص الطبيعية بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة قدرها 30.000 د.ج ، ويمكن رفع مبلغها حتى يصل إلى أربعة أضعاف مبلغ الربح المحتمل تحقيقه، دون أن تقل هذه الغرامة عن مبلغ الربح نفسه، أو إحدى هاتين العقوبتين فقط.

وبالرجوع لأحكام القانون الفرنسي نجد أن العقوبة المقررة للأشخاص المعنية بجريمة العارف بالسر هي خمس (5) سنوات حبس، و بغرامة مالية لا تقل عن مائة (100) مليون أورو. ويمكن أن تصل لضعف الأرباح المتحصل عليها[2]. تلك المبالغ التي يمكن الحكم بها كبيرة جدا ويمكن

[1] L465-1 al II du cmff : « La tentative de l'infraction prévu au I du présent article est punie des même peine ».
[2] Article 465-1 c.m.f.f.

أن تشكل ردعا لكل الأشخاص المخاطبين بجريمة العارف بالسر، وبذلك تمثل حماية قانونية للمتعاملين معهم.

علما أن المحكمة المختصة بالنظر في جريمة العارف بالسر هي القسم الجزائي[1]. وهنا يتأسس رئيس لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها كطرف مدني[2].

ب-العقوبات المدنية

أقر المشرع عقوبات مدنية بخصوص جريمة العارف بالسر، وهي متعلقة ببطلان العمليات التي تمت في البورصة، وهذا حسب المادة 60 فقرة 5من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03- 04 :" تعد العمليات التي تنجز على هذا الأساس عمليات باطلة". والبطلان مهم لأنه يترتب عليه ارجاع المراكز القانونية إلى الوضعية السابقة للعملية، و عليه، واسترجاع الأموال المدفوعة ، والمتحصلة يغير وجه حق.

ج-العقوبات الإدارية

نشير هنا إلى أن الأصل أن العقوبات الإدارية المقررة ضد الأشخاص الواقعين في جريمة العارف بالسر في الأصل هي العقوبات المقررة في المادة 55 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، واختصاص الغرفة التأديبية غير أنه يجب أن نشير هنا إلى الوضعية الخاصة عندما يتعلق الأمر بتوفر أركان جريمة العارف بالسر بخصوص بعض الأشخاص المعنيين بها وهم البنوك مدراء ومسيري البنوك لكن في حالة ارتكابهم الأفعال لصالح البنك.

[1] المادة 55 الفقرة الأخيرة من مرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة: " ترفع المخالفات للأحكام التشريعية والتنظيمية المعاقب عليها بالعقوبات المنصوص عليها في المادتين 59 و 60 أدناه، أمام الجهات القضائية العادية المختصة".
[2] المادة 40 الفقرة الأخيرة من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

ولكن في نظري، بما أن اللجنة التأديبية للبورصة تكون مختصة للنظر في الحالات التي لا يكون أحد المخالفين بنكا أو متعلقة بالبنوك، فإنه هنا يمكن أن نكون أمام ازدواجية المتابعات، حيث تختص اللجنة المصرفية أحيانا واللجنة التأديبية للبورصة في الحالات العادية. وهذه الوضعية يمكن أن تؤدي إلى عدم فاعلية التحريات والمتابعات، ويمكن أن تتسبب في طول الإجراءات، لذلك نقترح توحيد الهيئات الرقابية في سلطة واحدة.

-العقوبات الإدارية المقررة بموجب المادة 55 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة

حددت المادة 55 من المرسوم التشريعي العقوبات المتعلقة بمخالفة الوسطاء في البورصة والتي تصدرها الغرفة التأديبية[1] التابعة للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها في مجال أخلاقيات المهنة والتأديب، وهي:

-الإنذار،

-التوبيخ،

-حظر النشاط كله أو جزؤه مؤقتا أو نهائيا،

سحب الإعتماد،

و/أو فرض غرامات مالية يحدد مبلغها بعشرة ملايين دينار أو بمبلغ يساوي الغنم المحتمل تحققه بفعل الخطأ المرتكب، تدفع المبالغ لصندوق الضمان[2].

[1] المادة 51 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.
[2] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 240.

-ملاحظات بخصوص تطبيق المادة 55 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة على البنوك

إذا كان ثبت أن جريمة العارف بالسر كانت بفعل موظفي البنك مثلا الشخص المفوض من البنك لمزاولة نشاط الوساطة باسمها ولحسابه أو غيرهم، وكانت الأفعال المرتكبة باسمه ولحسابه، فإن تطبيق العقوبات المقررة لا يطرح إشكال خاص.

أما حالة ارتكاب الأفعال باسم ولحساب البنك، أو من المدراء و المسيرين، والمطلعون بحكم وظيفتهم في البنك، فإن توقيع العقوبات يطرح الإشكالات التالية:

-بخصوص سحب الاعتماد بمزاولة نشاط الوساطة في البورصة، فالأصل أن البنوك مخولة بمزاولة النشاط في البورصة بحكم القانون لاسيما بموجب المادة 6 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل و المتمم. و عليه، فإنه لايجوز للغرفة التأديبية أن توقع عقوبة سحب الاعتماد من البنك بمزاولة نشاط الوساطة في البورصة. كما أن منح الإعتماد بمزاولة النشاط البنكي من اختصاص مجلس النقد و القرض، و سحب الاعتماد من اختصاص اللجنة المصرفية، وتكون اللجنة المصرفية وحدها مختصة بالرقابة على أعمال البنوك، وهي مختصة بفرض العقوبات على البنوك. وهنا ما يهمنا بالخصوص الفقرة 03 من المادة 114 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، حيث تختص اللجنة المصرفية[1] بالمنع من ممارسة بعض العمليات وغيرها من أنواع الحد من ممارسة النشاط، وهذه المادة لا تتعلق بالحد من النشاطات البنكية الأساسية المتعلقة بالوساطة البنكية من تجميع الادخار ومنح الائتمان وتوفير وسائل الدفع، لأنها متعلقة بجوهر النشاط

[1] المادة 114 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

البنكي، بل تتعلق بالعمليات الأخرى المرتبطة ومنها الوساطة في البورصة، والتي يجوز أن تقضي اللجنة المصرفية بالحد منها.

غير أنه من جهة أخرى أكد المشرع على ضرورة التعاون بين لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها واللجنة المصرفية و مجلس النقد والقرض، لاسيما من خلال تبادل المعلومات الازمة لقيام كل هيئة من الهيئات بعملها على أكمل وجه[1]، وهذا يساهم في نجاعة الرقابة التي تمارسها كل منها، واكتشاف الجرائم الواقعة. كما أنه عندما تتحقق الهيئات المذكورة من توفر جريمة العارف بالسر فإنه في كل الحالات يتم توجيه الملف إلى القضاء المختص[2]. وهنا ننوه إلى عدم وجود آليات دقيقة للتعاون بين الهيئات المتعلقة بالبورصة واللجنة المصرفية ومجلس النقد و القرض، للوقوف على حالات تنازع الاختصاص. خصوصا أن المشرع قد تعرض لمسألة التنازع في بعض الحالات لاسيما عندما يتعلق الأمر بمجلس المنافسة[3]، ولكن أغفل هذا بخصوص البورصة واللجنة المصرفية.

ومن جهة أخرى، فإن اختصاص القضاء الجزائي للنظر في جريمة العارف بالسر، يؤدي إلى أن الجهة القضائية ممكن أن تحكم بالعقوبات الإدارية. فمن يملك الكثير يملك القليل. وقد لاتحكم بها، ويبقى توقيع العقوبات من اختصاص اللجنة التأديبية أو اللجنة المصرفية.

وبخصوص توقيع الغرامات المالية، فإن نص المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة جاء صريحا في اختصاص القضاء في توقيع العقوبة الجزائية المالية المتعلقة بجريمة العارف بالسر. وهذه الغرامة بالرجوع إلى أحكام القواعد العامة يتم تحصيلها للخزينة العمومية، وهي ليست نفسها المنصوص عليها في المادة 55 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق

[1] المادة 63 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.
[2] المادة 55 الفقرة الأخيرة من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.
[3] بن عبد الله عادل و عبد الحق مزردي، العلاقة بين السلطات الضبط المستقلة: بين التكامل والتنازع (على ضوء التشريع الجزائري والمغربي)، مجلة المفكر-جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 15، جوان 2017، ص.ص 102 -105.

ببورصة القيم المنقولة والتي تحصل لصالح صندوق الضمان المتعلق بضمان التزامات الوسطاء في عمليات البورصة حيال زبائنهم[1]، أي مخصص لتعويض الزبائن.

كما أن المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة تنص على أن يتأسس رئيس لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها كطرف مدني في المتابعات الجزائية. ومن جهة أخرى يتأسس محافظ بنك الجزائر طرفا مدنيا في حالة المتابعات ضد البنوك[2].

كما أن عمل الهيئات الإدارية المستلقة المتعلقة مباشرة بوزير المالية ومنها تلك المتعلقة بالبورصة لايزال محل نقاش وجدل فقهي، ويعتبر من قبيل تدخل للسلطة التنفيذية الضبط الاقتصادي والمالي[3]. علما أن الرقابة التي تجريها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها على المتدخلين في البورصة[4] تشبه لحد رقابة اللجنة المصرفية على البنوك، وعليه، يؤكد أهمية التعاون وتحديد الصلاحيات وآليات التعاون.

وكل ذلك يؤكد على ضرورة البحث أكثر في مجال السلطات الرقابية في المجال البنكي والمالي، وهذا ما يدفعنا إلى طرح موضوع التوحيد وضمها في هيئة واحدة على غرار المشرع الفرنسي فيما يخص استحداث سلطة الأسواق المالية (AMF).

---

[1] المادة 64 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

[2] المادة 140 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[3] زوايمية رشيد، أزمة سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، المجلة الأكادمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص40 .

[4] أنظر: عبد الحق مزردي، الاختصاص الرقابي للسّلطات الضابطة المستقلة في مجال البورصة(على ضوء التشريعين الجزائري والمغربي)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، جانفي 2018، ص 700.

المبحث الثاني: الرقابة البنكية

في إطار الحوكمة خاصة لتفعيل دور البنوك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، ظهرت عدة قواعد قانونية جديدة تهدف إلى حمل البنوك على الالتزام بالحوكمة، سواء تعلق الأمر بالرقابة الداخلية أو الرقابة الخارجية.

المطلب الأول: الرقابة الداخلية في البنوك

تعتبر الرقابة الداخلية، من أهم الآليات التي من شأنها ضمان التزام البنك بقواعد الحوكمة وإدارة المخاطر البنكية، لاسيما مع تزايد أهميتها نظرا لمتطلبات التنمية المستدامة التي أصبحت البنوك من أهم الفاعلين الذين يعول عليهم في تحقيقها. ولتعزيز الرقابة الداخلية في البنوك، أصبحت القوانين المختلفة تنص على ضرورة توفر البنك على رقابة المطابقة أو الامتثال.

وعليه، سنتناول في الفرع الأول الإطار القانوني للرقابة الداخلية، ثم في الفرع الثاني مفهوم الرقابة الداخلية، ثم سنتطرق إلى رقابة الإمتثال في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الإطار القانوني لوضع الرقابة الداخلية

نص المشرع الجزائري على التزام البنوك بوضع إطار فعال للرقابة الداخلية من خلال المادة 97 مكرر 97 مكرر 2 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[1]. وقد أصدر مجلس النقد

---

[1] المادة 97 مكرر من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض" تلتزم البنوك والمؤسسات المالية, ضمن الشروط المحددة بموجب نظام يصدره المجلس, بوضع جهاز رقابة داخلي ناجع, يهدف إلى التأكد على الخصوص من:

- التحكم في نشاطاتها والاستعمال الفعال لمواردها
- السير الحسن للممارسات الداخلية, ولاسيما تلك التي تساعد على المحافظة على مبالغها وتضمن شفافية العمليات المصرفية ومصادرها وتتبعها.
- صحة المعلومات المالية
- الأخذ بعين الإعتبار, بصفة ملائمة مجمل المخاطر بما في ذلك المخاطر العملية".

والقرض النظام رقم 11-08 المؤرخ في 28 نوفمبر 2011 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، وهذا يتوافق مع متطلبات لجنة بازل لاسيما المبدأ الرابع عشر (14) والذي يضع على عاتق السلطات الرقابية على البنوك التأكد من أنها تحوز أجهزة رقابة داخلية[1].

وتعتبر المادة 97 مكرر 97 مكرر 2 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والنظام رقم 11-08 الإطار القانوني لوضع الرقابة الداخلية في البنوك، غير أنه باعتبار البنوك شركات مساهمة خاضعة لأحكام القانون التجاري فإن أحكام المواد 610 إلى 685 من القانون التجاري تبقى سارية المفعول فيما يخص الرقابة المفروضة من طرف الهيئات الإجتماعية على شركات المساهمة[2]، إلا إذا خالفت أحكام قانون النقد والقرض.

في القانون الفرنسي: لقد فرض القانون الفرنسي الرقابة الداخلية على البنوك والمؤسسات المالية منذ 1990 بصدور النظام رقم 90-02، والذي تم تعديله في 1997[3].

كما اعتبر القانون المصري، لاسيما قواعد الحوكمة المصرية التي صدرت سنة 2011 أنه يجب أن يكون لدى شركات المساهمة "نظام محكم للرقابة الداخلية يهدف إلى بيان مدى التزام الشركة بأحكام القانون والقواعد المنظمة لنشاطها، ووضع نظم ووسائل وإجراءات إدارة المخاطر ". علما أن توفير الرقابة الداخلية هي أحد مبادئ الحوكمة.

[1] صلاح حسن، المرجع السابق، ص 602.

[2] شيخ محمد زكريا، المرجع السابق، ص 301.

[3] Michel Rouach et Gérard Naulleau, contrôle et gestion bancaire & direction financière, Revue banque éd, 6ème éd, paris, P 27.

الفرع الثاني: مفهوم الرقابة الداخلية

يجب أن نتطرق هنا إلى مفهوم الرقابة، ثم إلى مفهوم الرقابة الداخلية، ثم إلى مستويات الرقابة الداخلية.

أولا: مفهوم الرقابة

" الرقابة وظيفة إدارية، وهي عملية مستمرة متجددة، يتم بمقتضاها التحقق من أن الأداء يتم على النحو الذي حددته الأهداف والمعايير الموضوعة، وذلك بقياس درجة نجاح الأداء الفعلي في تحقيق الأهداف والمعايير بغرض التقويم والتصحيح"[1]. وقد يشمل التصحيح حتى الإجراءات المتبعة من مختلف أعوان البنك بهدف تحسينها[2].

ثانيا: تعريف الرقابة الداخلية

"يقصد بالرقابة الداخلية مجموع السياسات والنظم والتعليمات التي تمكن البنك أو المؤسسة المالية من تصحيح المسار والأوضاع, وكذا تقييم أداء الوحدات المختلفة بها قصد تحقيق أقصى كفاءة ممكنة"[3]. وحتى لا يبقى أي خطر من المخاطر البنكية غير خاضع للتحليل والمراقبة وبذلك التعرف المبكر على المشاكل التي يمكن أن تواجه البنك وبذلك تمكين البنك من توخي تلك المشاكل التي قد تحدث مستقبلا[4].

وهناك تعريف الرقابة الداخلية الصادر عن مجمع المحاسبين القانونيين الأمريكيين(AICPA) على أنه:" خطة التنظيم وكل الطرق والإجراءات والأساليب التي تضعها إدارة الشركة والتي تهدف إلى

[1] محمد أحمد عبد النبي، المرجع السابق، ص 35.

[2] Eric Lamarque, collectif, Management de la banque : risque,, relation client, organisation, op.cit., P 88.

[3] شيخ محمد زكريا ، المرجع السابق، ص 311.

[4] Eric Lamarque, collectif, Management de la banque : risque, relation client, organisation, op.cit. , p 87.

المحافظة على أصول الشركة وضمان دقة وصحة المعلومات المحاسبية وزيادة درجة الاعتماد عليها وتحقيق الكفاءة التشغيلية والتحقق من التزام العاملين بالسياسات الإدارية التي وضعتها الإدارة"[1].

تشمل الرقابة الداخلية مجموع الهياكل والنشاطات في البنك[2]، أي أنها لا تقتصر على جانب من جوانب النشاط البنكي فقط، أو أحد أجهزة البنك. فليست مثلا عمليات الإقراض فقط التي يجب أن تخضع للرقابة، بل حتى عمليات تلقي الودائع، ووسائل الدفع، والعمليات المرتبطة والعمليات خارج الميزانية. كما أكد النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية على أن تمتد الرقابة الداخلية على البنك إلى جميع المؤسسات الخاضعة لرقابة البنك. أي تلك التي تنشؤها البنوك أو تستحوذ على جزء من رأسمالها.

وهنا نريد الإشارة على سبيل المثال وليس الحصر على أن المادة 36 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01 قد نصت على أن الوسيط في البورصة –و منه البنك– يجب أن يقوم بالإجراءات الضرورية للتأكد بأن المؤسسة المصدرة أي زبون البنك تتوفر على شروط الإصدار والإدماج المحددة في التشريع والقوانين المعمول بها. وعليه، فرقابة البنك على الالتزام واحترام المتطلبات القانونية ليس فقط على البنك، بل يتعداه لرقابة مدى التزام الزبائن بالمتطلبات القانونية–أيا كان مصدره– وهذا يعزز ما رأيناه في الباب الأول–.

وتنقسم الرقابة الداخلية التي يمارسها البنك إلى رقابة دائمة ورقابة دورية، وهي تشمل ثلاثة مستويات.

[1] محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات ودور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، المرجع السابق، ص 128.
[2] المادة 05 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

ثالثا: مستويات الرقابة الداخلية

تشمل الرقابة الداخلية ثلاثة مستويات، الأول يتمثل في الرقابة التي يمارسها جميع موظفي البنك في إطار نشاطهم العادي بحيث يحرص كل منهم على احترام الإجراءات والشروط المتعلقة بكل عملية من العمليات البنكية، بما يتطابق مع الدليل العملياتي الذي وضعه البنك بما يتطابق طبعا مع المتطلبات القانونية، وهذا يدخل في الرقابة الدئمة.

أما المستوى الثاني من الرقابة فعادة ما يمارسه أعوان back office وهم مجموعة من موظفي البنك الذين ليس لهم علاقة مع العملية موضوع الرقابة من حيث انشائها، بحيث يتم التأكد في هذه المرحلة من احترام كل الشروط المتعلقة بالعملية منها المتعلقة بأن الملف كامل وأن الضمانات التي يقدمها الملف كافية بالنظر إلى المخاطر المتحملة، مع تحرير تقرير بشأنه، من طرف مصلحة الرقابة الداخلية وهذا المستوى الثاني من الرقابة يمثل الرقابة الداخلية بمفهوم الأنظمة البنكية.

أما المستوى الثالث من الرقابة الداخلية يشمل لجنة التدقيق التي توضع تقرير التدقيق إلى الإدارة وإلى مسؤول المصلحة موضوع التدقيق الذي تم[1]–كما سنفصله في المبحث الثاني–.

على العموم تعمل الرقابة الداخلية على ضمان احترام البنك مقتضيات المادة 97 مكرر من الأمر رقم 03–11 المتعلق بالنقد والقرض في جميع عمليات البنك من قبل كل المتعاملين في البنك.

رابعا :أهمية الرقابة الداخلية

إذا كان الهدف من الرقابة البنكية بصفة عامة هو حماية الصالح العام[2]، فإن توفير الرقابة الداخلية في البنوك يحوز على أهمية خاصة ومحددة أصبحت تظهر تجلياتها خاصة مع تزايد الأزمات

[1] Eric Lamarque, collectif, Management de la banque : risque, relation client, organisation, op.cit., p 88-89.

[2] محمد أحمد عبد النبي، المرجع السابق، ص 36.

البنكية والمالية والتعثرات التي شهدها العالم، لاسيما من خلال الحفاظ على أصول البنك وضمان الاستعمال الفعال للموارد[1]. علما أن الرقابة الداخلية تمارس وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية[2].

وقد حددت المادة 6 من النظام رقم 11-08 أهداف الرقابة الداخلية، في التأكد من مطابقة العمليات والإجراءات لقواعد القانونية-المطابقة، التأكد من احترام الإجراءات الداخلية في اتخاذ القرارات والمتبعة في اتخاذ المخاطر، والتأكد من نوعية المعلومات المحاسبية والمالية المعدة حسب الجهة الموجة لها التقارير، وحتى رقابة ظروف تقييم المعلومات المحاسبية وعمليات التدقيق. والتأكد من جودة أنظمة وعملية الاتصال. وقد أكدت هذه المادة على ضرورة سهر الرقابة الداخلية التأكد على تنفيذ الإجراءات التصحيحية المتخذة.

وكذلك لا تقتصر أهمية وضع جهاز الرقابة الداخلية في البنك على تنفيذ التزام قانوني[3]وحسب بل تتعداه إلى توفير جهد ومساعدة كبيرين في إطار الرقابة الخارجية الذي تمارسه اللجنة المصرفية على البنوك. بحيث يوفر وجود نظام وجهاز الرقابة الداخلية فعال في البنك أرضية ملائمة ومسهلة لعملية التفتيش المتعلق بالرقابة المكتبية، خاصة إذا كان يحوز على ثقة اللجنة المصرفية.

وهذه الثقة طبعا تكون مؤسسة كلما التزم البنك بالإجراءات والأنظمة. وهكذا فكلما زادت الثقة في البنك وفي نجاعة الرقابة الداخلية كلما كانت العينة محل فحص التفتيش الميداني صغيرة[4]، وكلما كانت الثقة فيها ضعيفة أو منعدمة كلما كانت العينة التي تكون محلا للدراسة والتمحيص كبيرة مما يصعب من عمل اللجنة ويزيدها تعقيدا.

---

[1] المادة 3 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[2] عبد اللاوي خديجة، رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 01، العدد 01، 2016، ص 92.

[3] المادة 97 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

[4] صلاح ابراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص 551.

تنبع أهمية الرقابة الداخلية في البنوك كذلك من خلال الوظيفة التي تؤديها، فهو يجب أن تتضمن التقييم والتنبؤ وتجنب المخاطر[1]. فمن خلال التقييم الذي تقوم به والتنبؤ الذي يجب أن تعمل أجهزة الرقابة على تحقيقه.

علما أن الرقابة من شأنها القضاء أو التقليل من حالات السرقة أو الاختلاس أو الغش وحتى الاسراف[2] الذي قد يتعرض له البنك.

وبالرجوع إلى أحكام النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية فأهم أهداف الرقابة الداخلية يجب أن يكون تنقيذ الإجراءات التصحيحية المقررة، في آجال معقولة، وهذا ما يؤكده الفقه[3]. فالرقابة تسمح بالتعرف على المشاكل التي تواجه التسيير وإيجاد الحلول المناسبة[4].

كما يجب، حسب القانون الفرنسي أن تتأكد الرقابة الداخلية من أن عائدات الأموال المستخدمة تتناسب مع المخاطر التي يتحملها البنك[5]. وقد تؤكد الدراسات على أن هناك وطيدة بين كفاءة وجودة الرقابة الداخلية وكفاءة التدقيق لاسيما في اكتشاف الأخطاء والمخالفات من جهة، وضرورة فهم المدققين سياسات وإجراءات الرقابة الداخلية من جهة أخرى[6].

---

[1] Michel Rouach et Gérard Naulleau, contrôle et gestion bancaire & direction financière, Revue banque éd, 6ème éd, paris, P 16.

[2] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 197.

[3] المادة 06 الفقرة الأخيرة من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[4] قدودو جميلة وآخرون، نحو استراتجيات محدثة لمكافحة الفساد في الجزائر، دار الكنوز للانتاج والنشر والتوزيع، تلمسان، الجزائر، 2021، ص 210.

[5] Richard Routier, op.cit. p 484.

[6] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 80.

كما ان الرقابة الداخلية هي المسؤولة عن جودة محتوى المعلومات التي يوفرها البنك (داخليا وخارجيا) لاسيما المتعلقة بحماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية وعن الحوكمة[1]. علما أن نتائج الرقابة الداخلية يجب أن تعلم بها اللجنة المصرفية[2] لا سيما بموجب la loi du 04 aout 2008 de modernisation de l'économie.

وتسهر الرقابة الداخلية على نجاعة إدارة المخاطر البنكية بالخصوص رقابة المخاطر ما بين البنوك[3]، ورقابة وقياس خطر السيولة[4]. علما أن إدارة المخاطر البنكية "هي عبارة عن مجموعة من العمليات، التي يؤثر فيها مجلس إدارة الشركة والمديرين التنفيذيين، والمطبقة في وضع الاستراتجيات على مستوى الشركة ككل والتي تم تصميمها بهدف تحديد الأحداث المحتملة التي يمكن أن تؤثر على الشركة، وإدارة المخاطر المرتبطة بها لكي تكون في مستوى مقبول للشركة، وتقديم تأكيدات مناسبة متعلقة بتحقيق الشركة لأهدافها"[5].

الفرع الثالث: متطلبات الرقابة الداخلية

الرقابة الداخلية في البنوك هي مجموعة من العمليات الإدارية، وهي تمارسها مجموعة من الأجهزة والأشخاص، يجب تحديدها، وتحديد مهامها.

[1] Pauline Abadie, opcit, p 510.

[2] Richard Routier, op.cit. p 951.

[3] النظام 11-03 المؤرخ في 21 جمادى الثاني 1432 الموافق ل 24 مايو 2011 المتعلق برقابة المخاطر ما بين البنوك.

[4] النظام رقم 11-04 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1432 الموافق ل 24 مايو 2011 المتضمن تعريف وقياس وتسيير ورقابة خطر السيولة.

[5] محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات ودور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، المرجع السابق، ص 145.

أولا: وضع جهاز خاص بالرقابة داخلية

بالرجوع إلى النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية و أحكام القانون التجاري فإنه يجب أن يكون لدى البنوك هيكل تنظيمي خاص بالرقابة الداخلية، بحيث يتم تحديد الإدارات والأقسام والمسؤوليات[1]، وسلطات المديرين.

كما يجب على البنوك أن تعيِّن مسؤولا مكلفا بالتنسيق وبفعالية أجهزة الرقابة الدائمة، ومسؤولا أخر مكلف بالسهر على توافق وفعالية جهاز الرقابة الدورية، لا يقومان بأية عملية تجارية أو مالية أو محاسبية[2]. وفي حالة عدم وجود ما يبرر تلك الأشخاص يمكن اسناد تلك المهام لشخص واحد أو لعضو في الجهاز التنفيذي[3].

ثانيا: استقلالية أجهزة الرقابة الداخلية

يجي على البنوك والمؤسسات المالية أن تضمن الاستقلالية التامة بين الوحدات المكلفة بمباشرة العمليات و الوحدات المكلفة بالمصادقة عليها، و عن الوحدات المحاسبية[4]. وتضمن كذلك استقلالية أجهزة الرقابة عن الهيئات التي يراقبونها[5]. والاستقلالية تعني كذلك تمتع أجهزة الرقابة على جميع الوسائل الضرورية للقيام بمهامها[6].

[1] رضوان هاشم حمدون رحمان، المرجع السابق، ص 297.

[2] المادة 9 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.
[3] المادة 10 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.
[4] المادة 15 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.
[5] المادة 17 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.
[6] المادة 18 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

المطلب الثاني: رقابة المطابقة[1]

وتسمى كذلك رقابة الإمتثال، و قد أصبحت رقابة المطابقة أو الإمتثال أهم الالتزامات الملقاة على البنوك، لما توفره من ضمانات إضافية لتحقيق البنك لأهدافه لاسيما أهداف التنمية المستدامة.

الفرع الأول: الإطار القانوني لالتزام البنك برقابة المطابقة

نظرا لأهمية رقابة المطابقة في البنوك، سنتطرق في هذا المطلب للإطار القانوني لرقابة المطابقة من خلال البحث عن مختلف النصوص القانونية التي تؤطر رقابة المطابقة سواء في القانون الجزائري أو في القانون المقارن، من خلال التعرض إلى أهم التطورات القانونية التي مر بها هذا الالتزام، ثم سنحاول أن نبين مفهوم رقابة المطابقة، ثم سنتطرق إلى رقابة المطابقة بالنسبة للمعلومات (ESG).

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على التزام البنوك برقابة المطابقة بموجب المادة 97 مكرر 2 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم:" تلزم البنوك والمؤسسات المالي، ضمن الشروط المحددة بموجب نظام يصدره المجلس، بوضع جهاز رقابة المطابقة ناجع، يهدف إلى التأكد من:

- مطابقة القوانين والتنظيمات
- احترام الإجراءات..."

علما أن التزام رقابة المطابقة في القانون الفرنسي، تضمنها القانون التجاري[2] لاسيما بموجب المادة L.225-35 c.c.f.

[1] Compliance.
[2] Pauline Abadie, opcit, p 511.

أما في المجال البنكي، فقد عرفت رقابة المطابقة تطورا ، فقد صدر النظام رقم 97-02 الذي عرّف خطر عدم المطابقة، ثم منذ 1998 أدخل نظام (le conseil des marché financier) وظيفة (le déontologue)، ثم جاء مرسوم 30 مارس 2005 الذي أنشأ وظيفة مسؤول رقابة المطابقة للخدمات الاستثمارية[1].

علما أن التزام رقابة المطابقة، جاء لأول مرة في القانون الفرنسي، في تقرير viénot سنة 1995 و1999، الذي حث الشركات المدرجة في البورصة على تحديد كيفية تطبيقها لتعليمات هذا التقرير، وفي حالة عدم اتباعها، تحديد أسباب ذلك، وبذلك يمكن القول أنه في تلك المرحلة لم يكن التزام رقابة المطابقة ملزما[2].

و بموجب قانون 3 جويلية 2008 أصبح القانون يطالب الشركات بنوع جديد من الإفصاح والشفافية، فبعدما كان المطلوب منها متعلق بالمعلومات المحاسبية والمالية أي معلومات ذات طابع موضوعي، أصبحت الشركات هنا، مطالبة بالإفصاح عن معلومات المطلوبة متعلقة بالتصرفات[3].

الفرع الثاني: مفهوم رقابة المطابقة

تعتبر رقابة المطابقة من أهم الدعائم للحوكمة في البنوك، وللإحاطة بالمفهوم يجب تعريفه والتعرف على خطر عدم المطابقة، والتطرق إلى كيفية ظهوره.

[1] Alain couret et Hervé le Nabasque, les défis actuels du droit financier, op.cit., p 278.

[2] Véronique Magnier, la règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation méthodologique complexe, Véronique Magnier, Collectif, op.cit., p 251-252.

[3] Véronique Magnier, la règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation méthodologique complexe, Véronique Magnier, Collectif, op.cit., p 253.

أولا–تعريف رقابة المطابقة أو الامتثال

" يقصد بالامتثال استجابة الشركة وإدارتها وموظفيها لجميع القوانين والأنظمة النافذة والارشادات والقرارات والأدلة ذات الصلة"[1].

ثانيا: تعريف خطر عدم المطابقة

يُعرَّف خطر عدم المطابقة قانونا على أنه " خطر العقوبة القضائية أو الإدارية أو التأديبية، وخطر الخسائر المالية المعتبرة أو المساس بالسمعة، الذي نشأ عن عدم إحترام القواعد الخاصة بنشاط المصارف والمؤسسات المالية، سواء كانت تشريعية أو تنظيمية أو تعلق الأمر بالمعايير المهنية والأخلاقية أو بتعليمات الجهاز التنفيذي المتخذة تنفيذا لتوجيهات هيئة المداولة على الخصوص"[2].

و هذا التعريف يتطابق مع تعريف لجنة بازل لخطر عدم المطابقة لاسيما سنة 2003.

ثالثا: الهدف من رقابة المطابقة

الهدف من رقابة المطابقة في البنوك هو التأكد من عدم مخالفة البنك للأحكام الملزمة للعمليات البنكية أيا كان مصدرها سواء التشريع أو التنظيم البنكي أو الأعراف المهنية البنكية وأخلاقيات المهنة أو تلك التي تجد مصدرها في التوجيهات التي تضعها الإدارة العامة في البنك[3].

علما أن أهم التعديلات التي جاءت لتعزيز الرقابة الداخلية من خلال تطوير رقابة المطابقة جاءت عقب العديد من الانحرافات التي عرفها القطاع البنكي في بلدان كثيرة، سواء في الولايات

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 199.

[2] المادة 2 الفقرة ح من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية .

[3] Christian Gavalda et Jean Stouflet, op.cit., p 68.

المتحدة الأمريكية أو في فرنسا، لاسيما قضية Société Générale سنة 2008 وقضية Madoff سنة 2009. لذلك جاءت النصوص لتأكد على عنصرين أساسيين لرقابة المطابقة، هما الوقاية والعقاب[1]. علما أن وجود رقابة مطابقة ناجعة في البنك من شأنه المساهمة في تخفيض الإحتياطات المالية المخصصة لموجهة أية عقوبات مالية قد يتعرض لها البنك بسبب نشاطه، خاصة أن بعض التصرفات يمكن أن تعرض النظام البنكي بأسره للخطر[2].

ويمكن القول أن الهدف من رقابة المطابقة هو العمل على عدم تعرض البنك لأية متابعات أو عقوبات أيا كان نوعها تأديبية أو إدارية، أو جزائية[3] أو مدنية. وهنا تكون رقابة المطابقة الناجعة من أهم وسائل البنك للاحتياط من خطر تدهور صورتها، فأي مساس بصورة البنك يؤدي إلى إضعاف الثقة فيه[4]، علما أن خطر السمعة من أهم المخاطر التي يتعرض لها البنك.

الفرع الثالث: التزام رقابة المطابقة بالنسبة للمعلومات البيئية، وتلك المتعلقة بالمسؤولية الإجتماعية و الحوكمة (ESG)

يقع التزام رقابة المطابقة لمحتوى المعلومات المتعلقة بالبيئة، والمسؤولية الإجتماعية والحوكمة (ESG) على عاتق المسيرين، وهي متعلقة بالرقابة الداخلية[5]. تقتضي الرقابة الداخلية لاسيما رقابة المطابقة الاتزام والحرص على نوعية وجودة محتوى المعلومات المقدمة لاسيما رقابة المطابقة للمتطلبات القانونية في إطار التنمية المستدامة. كما تسهر رقابة المطابقة على احترام البنك للاستراتيجيات والسياسات المتبعة.

[1] Alain couret et Hervé le Nabasque, les défis actuels du droit financier, op.cit., p 278-279.

[2] Alain couret et Hervé le Nabasque, op.cit., p 279.

[3] Alain couret et Hervé le Nabasque, op.cit., p 281.

[4] Alain couret et Hervé le Nabasque, op.cit., p 282.

[5] Pauline Abadie, op.cit., p 510.

أولا: رقابة المطابقة للمتطلبات القانونية في إطار التنمية المستدامة

يجب أن تتحقق هيئات الرقابة الداخلية من عدم مخالفة عمليات البنوك لكل المتطلبات القانونية المتعلقة بالبنوك مثلا ما يتعلق منها بعدم التركيز، أو ما يتعلق بمتطلبات قانونية بتوفير معدات صديقة للبيئة، أو فيما يخص توفير دراسات الآثار البيئية أو ارجاع الحالة إلى ما كانت عليه بالنسبة للمواقع الملوثة.

وهنا تشمل المتطلبات القانونية جميع القواعد القانونية الملزمة للبنك أيا كان مصدرها سواء القانون بالمعنى الضيق أو الأنظمة واللوائح. وحتى القواعد التي تلتزم بها البنوك بمحض إرادتها سواء بالتعاقد أو عن طريق الإعلان سواء في إطار مدونات السلوك أو مواثيق الأخلاق أو حتى الإعلانات ضمن المواقع الإلكترونية للبنك.

بالإضافة إلى ذلك تهتم رقابة المطابقة بالسهر على التزام البنك بتحقيق مبدأ نزاهة السوق لاسيما من خلال التزام رقابة ومكافحة جرائم العارف بالسر وتعارض المصالح وحماية مصالح الزبائن والمستهلكين[1]. وكذلك الأمر بالوقاية ومكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب[2] ومكافحة الغش والفساد.

وقد أكدت التقارير أن عدم الأخذ بعين الاعتبار للالتزام المتطابقة يمكن أن يكون له تأثير سلبي على صورة وسمعة الشركات وهذا قد يؤثر سلبا على تداول قيمها المنقولة في البورصة[3].

[1] Michel Rouach et Gérard Naulleau, contrôle et gestion bancaire & direction financière, op.cit., p 105.

[2] المادة 30 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[3] Pauline Abadie, op.cit., p 512.

ثانيا: مطابقة اعمال الشركة مع التوجهات الاستراتيجة للإدارة العامة

بحيث يقع على الرقابة الداخلية ضمان عدم مخالفة البنك للسياسيات والاستراتجيات التي يضعها البنك[1].

L'article L.225-35 du code de commerce français : « dans ses rapports avec les tiers، la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social »[2].

ثالثا: مطابقة متطلبات الحوكمة

ليست المعلومات المتعلقة بحماية البيئة والسياسات والإستراتجيات التي يتبعها البنك وحدها من شأنها أن تتضمنها التزام المطابقة، بل أصبحت مطالبة بإظهار كيفية احترامها لمتطلبات الحوكمة. حيث تسهر وتشرف رقابة المطابقة على كيفية التطبيق السليم لمبادئ الحوكمة من الناحية العملية، والتأكد من درجة الالتزام بها[3].

رابعا: الرقابة على حماية مصلحة الزبائن والمستهلكين

تعتبر رقابة الطابقة مهمة جدا، لأنها تمثل أهم رقابة يمكن أن تكشف عن حالات التجاوزات التي يمكن أن تحدث في البنك بخصوص حماية مصالحة الزبائن لاسيما المستهلكين. علما أنه من واجب البنك الحفاظ عليها، لاسيما ما يتعلق بواجب النصح[4]. والتأكد من توخي حالات تعارض المصالح وإبلاغ رئيس مجلس الإدارة عن أية حالة[5].

[1] Pauline Abadie, op.cit., p 511.

[2] Pauline Abadie, op cit, p 512.

[3] محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات ودور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، المرجع السابق، ص 233.

[4] Michel Rouach et Gérard Naulleau, Contrôle de gestion bancaire, Revue Banque éd, 6e , paris, 2012, p 105.

[5] محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات ودور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، المرجع السابق، ص 239.

الفرع الرابع: الأجهزة المكلفة برقابة المطابقة

نظرا لأهمية رقابة المطابقة في تعزيز الثقة في البنوك على أنها تحترم التزاماتها المختلفة لاسيما تلك المتعلقة بتحقيق أهداف التنمية المستدامة، فقد أكدت النصوص القانونية على ضرورة أن يكون لدى البنك أجهزة خاصة برقابة خطر عدم المطابقة.

أولا: جهاز رقابة خطر عدم المطابقة

يقع على البنك التزام قانوني بوضع جهاز رقابة المطابقة في البنك(1)، ونظرا لأهمية تحقق خطر عدم المطابقة من جهة، وتوسع نشاط البنوك الجزائرية لتشمل تقديم العمليات والخدمات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية فإنه البنوك التي تمارس الصيرفة الإسلامية تخضع لالتزام وضع هيئة الرقابة الشرعية(2). كما يدخل في رقابة المطابقة الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

1-جهاز رقابة عدم المطابقة في البنك

لقد أكدت أنظمة مجلس النقد والقرض على أن البنوك ملزمة بوضع جهاز خاص لرقابة خطر عدم المطابقة لاسيما بموجب المادة 19 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية:" تلتزم البنوك والمؤسسات المالية حسب الشروط المذكورة أدناه، بوضع جهاز لرقابة خطر عدم المطابقة الذكور في المادة 2 ، الفقرة "ح"، من هذا النظام.

بالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي، في البنوك الكبيرة، يتم تخصيص قسم خاص برقابة المطابقة، يحتوي على عدد كبير من الموظفين، أما في الصغيرة فيمكن أن يوكل بها أحد من المدراء[1].

[1] Alain couret et Hervé le Nabasque, op.cit., p 280.

2-هيئة الرقابة الشرعية

كل بنك يريد أن يحصل على رخصة بمزاولة الصيرفة الإسلامية، وكذلك بعد الحصول على تلك الرخصة، يجب أن يحوز ضمن رقابة المطابقة على هيئة الرقابة الشرعية، مهمتها رقابة مدى مطابقة العمليات التي يقدمها شباك الصيرفة الإسلامية مع لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد حدد النظام 02-2020 عدد أعضاء هذه الهيئة بثلاثة (3) على الأقل، تعينهم الجمعية العامة للبنك[1].

غير أن النص لا يحدد أية شروط خاصة للعضوية في هذه الهيئة، لكن بالرجوع إلى المادة 18 من النظام 02-2020 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، فإنه ينص صراحة على أنه يجب أن يكون الهيكل التنظيمي ومستخدمي شباك الصيرفة الإسلامية متخصصين في ذلك. وفي نظري هذا التخصص يجب أن يكون في مجال الصيرفة الإسلامية، أي لا يكفي التخصص في المجال البنكي والمالي والمحاسبي فقط، ولا التخصص في الشريعة الإسلامية فقط، بل أن يكون الشخص متفقها في أحكام الشريعة الإسلامية والمعاملات وفقها، بالإضافة إلى التخصص في المجال البنكي، لأن كون الشخص خبير في مجال واحد دون الآخر قد يؤدي إلى عرقلة عمل اللجنة لعدم الإلمام بالمتطلبات الشرعية والقانونية والبنكية للمعاملات المصرفية وفق الصيرفة الإسلامية.

وبالرجوع إلى أحكام القانون الإتحادي الإماراتي، لاسيما رقم (6) لسنة 1985 فإنه يشترط أن تعرض أسماء هيئة الرقابة الشرعية المزعم تعيينها على هيئة رقابة شرعية عليا- يشكلها مجلس الوزراء- لإجازتها قبل صدور قرار التشكيل[2]. والتي يقابلها في القانون الجزائري الهيئة الوطنية الشرعية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية والتي جاءت بها المادة 14 من النظام رقم 02-2020

[1] المادة 15 من النظام رقم 02-2020 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية .

[2] محمد مصطفى سليمان، دور حوكمة الشركات في معالجة الفساد المالي والإداري: دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 374.

المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية .

علما أنه وفقا لمقتضيات القانون الجزائري يجب إعلام بنك الجزائر عن أية تعديلات جوهرية بخصوص العمليات والخدمات الجديدة التي يزعم تقديمها للزبائن لاسيما المتعلقة بالصيرفة الإسلامية كما ذكَّرته المادة 19 من النظام رقم 2020-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

تعتبر قرارات هيئة الرقابة الشرعية في البنك، بالرجوع إلى القانون المقارن قرارات ملزمة للبنك، فهي ليست هيئة استشارية فقط، لاسيما بخصوص الرأي المتعلق بمدى مشروعية الصيغ التي يتعامل بها المصرف[1].

وبخصوص اختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في البنك، في لبنان، فإن القانون ينمحها صلاحية النظر في المنازعات بين البنك وعملائه. حيث تقدم هيئة الرقابة الشرعية التوصية المناسبة بذلك وتبلغها إلى إدارة البنك ومفوضي المراقبة[2].

ثانيا: تعيين مسؤول عن رقابة المطابقة

بالرجوع إلى أحكام القانون البنكي، يتعين على البنوك تعيين مسؤول عن رقابة المطابقة[3] ، لا يجوز للشخص المعين كمسؤول مكلف بالسهر على تناسق وفعالية رقابة خطر عدم المطابقة القيام بأي عملية تجارية أو مالية أو محاسبية، ويقوم المسؤول عن رقابة المطابقة بإعداد تقرير يرفع إما لمسؤول الرقابة الدائمة أو إلى الجهاز التنفيذي[4].

[1] محمد مصطفى سليمان، المرجع السابق، دور حوكمة الشركات في معالجة الفساد المالي والإداري: دراسة مقارنة، ص 376.
[2] محمد مصطفى سليمان، المرجع السابق، دور حوكمة الشركات في معالجة الفساد المالي والإداري: دراسة مقارنة، ص 376.
[3] Complance officer.
[4] المادة 20 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

كما تلتزم البنوك في إطار القيام بنشاط الوساطة في عمليات البورصة وفقا لأحكام المادة 7 من نظام لجنة البورصة ومراقبتها رقم 15-01[1] بتعيين مسؤول عن المطابقة مسجل لدى لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، يسهر على احترام الالتزامات المهنية المطبقة على الوسطاء في البورصة.

المادة 25 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية:" يجب على البنوك والمؤسسات المالية التي تقرر انجاز العمليات الخاصة بالمنتجات الجديدة لصالحها أو الموجهة للسوق، أو التي تحدث تغيرات هامة على المنتجات الموجودة، أن تقوم بتحليل خاص للمخاطر التي تولدها هذه المنتجات، لاسيما خطر عدم المطابقة...".

غير أنه عندما يكون حجم البنك ليس كبيرا، فلا يوجد مبرر لتعيين البنك شخصا مسؤولا عن رقابة المطابقة بمهمة رقابة المطابقة فقط، بل تسند هذه المهمة إلى مسؤول من الرقابة الدائمة أو عضو من الجهاز التنفيذي[2].

وهناك حالة أخرى –عكس المذكورة أعلاه– هي حالة البنك الكبير الذي يكون له نشاط استثماري كبير في البورصة، والتي نص عليها القانون الفرنسي، بحيث يصبح واجبا على هذا البنك أن يعين مسؤولا عن رقابة المطابقة المتعلقة بالخدمات الاستثمارية [3]. ونفس الشيء بالنسبة لتعيين مسؤول عن هيئة الرقابة الشرعية.

[1] المادة 7 الفقرة 5 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01، المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، المرجع السابق.

[2] المادة 21 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[3] Richard Routier, op.cit. , p 953.

كما يكون الإطار السامي المراسل لخلية معالجة الاستعلام المالي المسؤول عن المطابقة في إطار مكافحة تبييض الأموال إما خاضعا لمسؤولية المسؤول عن رقابة المطابقة، وقد توكل تلك المهمة مباشرة إلى مسؤول رقابة المطابقة[1].

وفي كل الأحوال يجب تبليغ اللجنة المصرفية بهوية المسؤول عن رقابة المطابقة[2].

الفرع الرابع: شروط نجاح جهاز رقابة المطابقة في مهامه

يعتبر نجاح جهاز رقابة المطابقة في مهامه مرهونا بعدة عوامل أهمها الاستقلالية، وإعلام الأجهزة التنفيذية والمراقبين عن كل حالة، وإعداد التقارير، والتأكد من نجاعة الإجراءات دوريا. علما أنه نجاح جهاز رقابة المطابقة لاسيما هيئة الرقابة الشرعية، يؤثر إيجابا في سمعة البنك لاسيما لدى الزبائن[3].

أولا: الاستقلالية

تحمل الاستقلالية التي يجب أن يتحلى بها جهاز رقابة المطابقة معنيين. تعني الاستقلالية بالدرجة الأولى الاستقلالية عن أداء أية عمليات إلا تلك المتعلقة بالمراقبة. بمعنى أنه لا يقوم بأي عمليات تجارية أو إدارية أو تنفيذية، بل يتخصص في نشاط واحد هو رقابة المطابقة[4]. وبذلك يجب أن يتميز هذا الجهاز

ولا يمكن ان يتمتع أي جهاز رقابة لاسيما رقابة المطابقة بالاستقلالية ما لم يكن متميزا بالتخصص في هذا المجال، سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية والمالية. علما أن النظام رقم

[1] المادة 30 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.
[2] المادة 20 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.
[3] Geneviève Causse-Broquet, op.cit., p 125
[4] Alain couret et Hervé le Nabasque, op.cit., p 280.

02-2020 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية. أشار صراحة إلى أنه من ضمانات استقلالية هيئة الرقابة الشرعية، أن يكون أعضاؤها من ذوي الاختصاص.

علما أن هناك نقص كبير في هذا المجال، وقد أكدت الدراسات على أن أعضاء هيئة الرقابة الشرعية يجب أن يتمتعون بالتكوين والكفاءة في لمجال العلوم الشرعية والبنكية معا، أو على الأقل أن يكون أحد الأعضاء من المتخصصين في البنوك، حتى لا تتعرض الهيئة للتلاعب عن طريق عرض الحالات عليها بصورة غير حقيقية[1].

علما أنه يقع على البنك توفير التكوين المتخصص لكل المعيين في أجهزة رقابة المطابقة[2]، وهذا لتمكينهم القيام بعملهم بكفاءة ونزاهة. وكذلك يجب أن يكون إطارات جهاز رقابة المطابقة بمنأى عن أي شبهات بخصوص تعارض المصالح[3].

كما أن جهاز رقابة المطابقة يكون مستقلا في علاقاته مع جميع الموظفين والأعوان والمسيرين في البنك، بحث يجوز لأي شخص منهم الاتصال به مباشرة دون أية وساطة سلمية، وذلك عندما يتعلق الأمر بالإعلام عن الاختلالات القائمة أو المحتملة الوقوع المتعلقة بالمطابقة، لاسيما تلك بتضارب المصالح أو أخلاقيات المهنة[4].

كما يجب أن يتوفر جهاز رقابة المطابقة على جميع الوسائل المادية والبشرية اللازمة للقيام بمهامه[5].

---

[1] سميرة مشراوي، المرجع السابق، ص 95.

[2] المادة 28 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[3] Michel Rouach et Gérard Naulleau, contrôle et gestion bancaire & direction financière, op.cit. , p 109.

[4] المادة 27 الفقرة 2 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[5] المادة 22 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

ثانيا: إعلام الأجهزة التنفيذية والمراقبين عن كل حالة

يجب أن يعلم جهاز المطابقة عن جميع حالات عدم المطابقة في الحين إلى الأجهزة التنفيذية والمراقبين وذلك لاتخاذ الإجراءات التصحيحية في الوقت المناسب. لاسيما إلى رئيس مجلس الإدارة[1].

ثالثا: إعداد تقرير

يعد ويقدم مسؤول رقابة المطابقة تقريرا إما إلى مسؤول الرقابة الدائمة أو إلى عضو من الجهاز التنفيذي[2]. ويجب على مسؤول رقابة المطابقة إعداد تقرير مكتوب حول خطر عدم المطابقة المتعلق بالمنتجات الجديدة أو المنتجات التي عرفت تغييرات مهمة ، وذللك مع إبداء رأيه كتابة[3]. وعليه، هنا فإن التقرير يجب أن يكون مصحوبا بإبداء الرأي. علما أنه بناء على تقرير رقابة المطابقة مثلا يتم وضع إخطار بالشبهة[4] الموجه لخلية الاستعلام .

كما أن إعداد تقرير رقابة المطابقة المكتوب، يكون موجها في الأخير للجمعية العامة للمساهمين تحت مسؤولية مجلس الإدارة، إما سنويا، أو دوريا[5].

من المهم جدا أن نشير هنا أن التقرير الذي تعده رقابة المطابقة، يكون متعلقا بمدى تطابق أعمال وعمليات البنك مع المتطلبات القانونية أيا كان مصدرها، القانون، التنظيم، الأعراف المهنية، مدونات السلوك، القانون الداخلي أو غيرها، من قواعد الحوكمة... إلخ.

---

[1] محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات ودور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، المرجع السابق، ص 239.

[2] المادة 20 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[3] المادة 25 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[4] Alain couret et Hervé le Nabasque, op.cit., p 281.

[5] سامي محمد الخرابشة, المرجع السابق، ص 199.

ولكن يمكن أن يكون تقرير المطابقة متعلق بعدم الامتثال لأحد تلك القواعد أي إعداد تقرير عدم المطابقة، بحيث يجب أن يحدد التقرير ما هي القواعد التي تم استبعادها، وتبرير سبب الاستبعاد[1] حسب القانون التجاري الفرنسي لاسيما المادة ccf 37-225.L.

و اهم القواعد المتعلقة بنشر التقارير ESG هي إمكانية استبعاد الالتزام ببعض القواعد شرط شرح وتبرير سبب استبعادها. لاسيما بموجب المادة R. 225-105 وهذا وفقا لقاعدة 'Comply or Explain'[2]. وحتى حالة عدم اتخاذ أو اتباع المؤسسة لأية مدونة سلوك فهذه الحالة كذلك يجب عليها أن تبينها وتبررها.

وفي إطار تقرير عدم المطابقة يمكن أن ننوه هنا إلى أن القانون العراقي أوجب على مجلس الإدارة الإعلان عن أي تصرف أو إجراء يكون مخالف لتوصيات لجنة التدقيق في اجتماع الجمعية العمومية ويدون ذلك في محضر الاجتماع[3].

رابعا: التأكد من نجاعة الإجراءات دوريا

لا يكف أن يضع البنك الإجراءات المختلفة المتعلقة بالوقاية من خطر عدم المطابقة، بل يجب التأكد دوريا من نجاعتها والتأكد بصفة منتظمة من متابعة الإجراءات التصحيحية المتخذة[4]. وقد أكدت الدراسات أنه يجب أن يكون عمل جهاز الرقابة الداخلية وهيئة رقابة الشرعية خصوصا على التفتيش حول العمليات وعلى العاملين وعدم الاكتفاء بدراسة الحالات المعروضة عليها وحسب[5].

---

[1] Véronique Magnier, la règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation méthodologique complexe, Véronique Magnier, collectif, op.cit. p 252.

[2] Paulin Abadie, op.cit., p 469.

[3] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 201.

[4] المادة 27 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

[5] سميرة مشراوي، المرجع السابق، ص 95.

خامسا: توفر جهاز المطابقة على الأجهزة الضرورية للقيام بعملهم

يكون قيام جهاز المطابقة فعالا إذا توفر على مجموعة من الوسائل الضرورية للقيام بعملهم، سواء تعلق الأمر بالعنصر البشري أو المعدات، لذلك أكدت المادة 22 من نظام البنك المركزي 11-08 على ضرورة أن تكون تلك الوسائل كافية وملائمة للقيام بالعمل المنوط به.

سادسا: التأكد من قيام البنك بتحليل المخاطر المتعلقة بالمنتجات الجديدة

يقع على عاتق جهاز الرقابة الداخلية التأكد من أن البنك يقوم بتحليل خاص للمخاطر التي تولدها المنتجات الجديدة، وعن المخاطر المتولدة عن المنتجات الجديدة بالنسبة للمنتجات التقليدية أي الموجودة مسبقا[1].

المطلب الرابع: مسؤولية البنك في إطار الرقابة الداخلية ورقابة المطابقة

يلتزم البنك بوضع جهاز الرقابة الداخلية ورقابة المطابقة، وهو مسؤول عن ذلك

الفرع الأول : الجهات المسؤولة على الرقابة الداخلية ورقابة المطابقة في البنك

يمكن تحديد الجهات المسؤولة على الرقابة الداخلية ورقابة المطابقة في البنك في الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة، و مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة. وجمعية المساهمين

[1] المادة 25 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

أولا: الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة

هناك العديد من المسؤوليات المتعلقة بالجهاز التنفيذي وهيئة المداولة لاسيما في إطار الرقابة الداخلية ورقابة المطابقة، وهذا كما بينه الباب السادس من النظام رقم 11-08، وهي تتمثل خصوصا في تقييم فعالية الرقابة الداخلية.

واتخاذ جميع الإجراءات التصحيحية ، والسهر على تطوير قواعد الأخلاق والزاهة.

و هي بذلك يجب أن تعمل على طلب جميع المعلومات الضرورية لتنويرها سواء من داخل البنك أو خارجه. لاسيما عن طريق التقارير المقدمة لها. هذه الهيئات بدورها ترفع تقارير بعملها وبخصوص أعمال الرقابة الداخلية ورقابة المطابقة إلى هيئة المداولة.

بالنسبة لهيئة المداولة فهي تقوم فحص نشاط جهاز الرقابة الداخلية بناء على التقارير المقدمة لها.

2-مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة

يقوم مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة (حسب النظام الذي اختاره البنك) بإنشاء نظام الرقابة الداخلية، ويقع عليه عبء توفير كل الظروف المناسبة له للقيام بعمله، كما يسهر مجلس الإدارة على ضمان قيام هيئات الرقابة بالعمل المناط بها[1] .

كما يجب أن تسهر الإدارة العامة على وجود فصل تام بين نشاط البنك المتعلق بالعمليات البنكية عن النشاط المتعلقة بالوساطة في البورصة، ولهذا يجب أن يخصص البنك قسم متعلق بالنشاطات المتعلقة بالوساطة في البورصة، ويكون مرتبط مباشرة بالإدارة العامة، كما يقع على عاتقها

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 195.

التأكد من أن مسؤول هذا القسم أو الهيكل تتوفر فيه شروط التأهيل لمزاولة هذا النشاط[1].كما يعتبر مجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة الجهة المسؤولية عن جودة ونوعية المعلومات المقدمة[2](كما رأيناه سابقا: معلومات صحيحة، دقيقة، غير كاذبة... الخ)، من خلال التقارير المختلفة التي يعدها.

كما يعتبر رئيس مجلس الإدارة والمدير العام مسؤولون مسؤولية شخصية عن العناية بتقديم جميع المعلومات والتقارير أو أية وثيقة لكل من المدراء لضمان حسن قيامهم بمهامهم، والعكس أي عدم الحرص على تقديمها يشكل فشلا في آليات الرقابة[3].

كما يعد رئيس مجلس الإدارة تقريرا حول تشكيلة مجلس الإدارة وكيفية التحضير وانعقاد أشغاله وعن الرقابة الداخلية، وهذا حسب المادة ccf L.225-37/68 حسب تعديل 3 جويلية 2008[4].

3-جمعية المساهمين

الأصل أن شركات المساهمة تنشأ عن طريق مجموعة من الأشخاص، يكونون مسؤولون عنها. وقد نص القانون على مجموعة من القواعد الخاصة بالجمعية العامة العادية وبالجمعية العامة غير العادية والتي من شأنها ضمان حقوقهم وضمان التزام الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة بقواعد الحوكمة، واتخاذ القرارات الصحيحة لصالح جميع المساهمين وحتى جميع أصحاب المصالح. فالقانون البنكي قانون خاص يتميز كما رأينا بتعدد أصحاب المصالح، لذلك فحتى اختصاصات وحقوق جمعيات المساهمين تخضع لقواعد خاصة.

[1] المادة 06 من النظام رقم 15-01 المؤرخ في 15 أبريل 2015 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم.

[2] Pauline Abadie, op.cit., p 509.
[3] Pauline Abadie, op.cit., p 509-510.
[4] Pauline Abadie, op.cit., p 513.

وقد أورد القانون الجزائري بعض القواعد الخاصة بحوكمة البنوك منها حق الشفعة لصالح الدولة في حالة التنازل عن أسهم البنوك. كما تخضع بعض القرارات التي تتخذها الجمعية العادية للرخصة من قبل المحافظ.

وعليه، سنتناول قواعد الحوكمة المتعلقة بجمعيات المساهمين في البنوك (أ)، ثم الوسائل القانونية لجمعيات المساهمين في الرقابة على الالتزام بالحوكمة (ب).

أ-قواعد حوكمة جمعيات المساهمين

تتخذ الجمعية العامة العادية وغير العادية قراراتها عن طريق التصويت في اجتماعاتها، وقد حظي موضوع دعوة الجمعية العامة للاجتماع والتصويت بالاهتمام، وهناك قواعد أخرى متعلقة بالتصرفات القانونية المتعلقة بالأسهم.

فيما يخص انعقاد الجمعية العامة العادية، فإنها تنعقد على الأقل مرة واحدة في السنة خلال الستة أشهر التي تسبق قفل السنة المالية، أين يقدم مجلس الإدارة أو مجلس المديرين بعد تلاوة تقريره جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والحصيلة، كما يشير مندوبو الحسابات إلى في تقريرهم إلى إتمام مهمتهم[1].

علما أنه قبل دعوة الجمعية العامة العادية بثلاثين يوما، فإنه يجب على مجلس الإدارة أو المديرين أن يبلغ أو يضع مجموعة من الوثائق تحت تصرف المساهمين وهذا لتمكينهم من إبداء أرائهم بدراية تامة فيما يخص إدارة أعمال الشركة وسيرها[2].

[1] م 676 ق ت ج.
[2] م 677 ق ت ج.

و هذا من شأنه كما قلنا، أن يساعد المساهمين في فهم مختلف النقاط المعروضة أمامهم، وتمحيصها، وفي الأخير يمكنهم من اتخاذ القرار الصحيح حين التعبير بالرأي أي التصويت. وقد أكدت الدراسات أن عدم تقديم المعلومات الضرورية والكافية للمساهمات بما تقتضيه قواعد الحوكمة تشكل أحد صور التلاعبات التي يرتكبها مجلس الإدارة[1].

وكذلك تبلغ لهم وتوضع تحت تصرفهم جميع الوثائق المتعلقة بأسماء القائمين بالإدارة والمدراء والشركات التي يرتبطون بها، وحتى الأسماء المقترحة لتك المناصب، بالإضافة إلى نص مشاريع القرارات المقدمة من طرف مجلس الإدارة أو المراقبة أو من طرف المساهمين، بالإضافة إلى التقارير المقدمة إلى الجمعية العامة سواء من طرف مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، بالإضافة إلى جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والتقرير الخاص بمندوبي الحسابات المتعلقة بالخمس سنوات الأخيرة. وإذا تعلق الأمر بجمعية عامة غير عادية، تقرير مندوبي الحسابات[2].

كما نصت المادة 680 من القانون التجاري[3] على حق المساهمين في الإطلاع على مجموعة من الوثائق داخل الشركة الخمسة عشر يوما التي السابقة لانعقاد الجمعية العامة العادية. أما قواعد الحوكمة في القانون المقارن فتؤكد على ضرورة أن تتضمن المعلومات المقدمة للمساهمين كل المعلومات المفصلة حول "المبالغ التي حصل عليها كل من رئيس وأعضاء مجلس الإدارة من الشركة

---

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 45.

[2] م 678 ق ت ج.

[3] م 680 ق ت ج : " يحق لكل مساهم أن يطلع خلال الخمسة عشر يوما السابقة لانعقاد الجمعية العامة العادية على ما يلي:

1- جرد جدول حسابات النتائج والوثائق اللتلخيصية والحصيلة والقائمين بالإدارة وبمجلس الإدارة ومجلس المديرين أو مجلس المراقبة.
2- تقارير مندوبي الحسابات، التي ترفع للجمعية.
3- المبلغ الإجمالي المصادق على صحته من مندوبي الحسابات، والأجور المدفوعة للأشخاص المحصلين على أعلى أجر، مع العلم أن عدد هؤلاء يبلغ خمسة".

خلال السنة المالية من أجور وأتعاب ورواتب وعلاوات ومكافآت وغيرها، والمزايا التي يتمتع بها من الشركة كالمسكن المجاني والسيارات وغيرها، والمبالغ التي دفعت له كنفقات سفر وانتقال..."[1].

علما أن استعمال وسائل التواصل الإلكترونية، أصبح معترفا به، ويمكن أن يكون تبليغ المساهمين بالوثائق والمعلومات المطلوبة عن الطريق الإلكتروني إذا توافرت لدى الشركة، وهذا ما جاء به قانون الشركات الإنجليزي[2].

و نظرا لأهمية حق اطلاع المساهمين على الوثائق والمعلومات التي نصت عليها المواد 677 و678 و680 و682، فقد أجاز القانون للمساهم الذي لم تبلغ له أو لم تستجب الشركة لطلب الاطلاع عليها أن يرفع دعوى استعجالية لاستصدار أمر بالإستجابة لطلبه تحت طائلة الإكراه المالي[3].

فيما يخص بصلاحيات الجمعية العامة العادية، فمنها المصادقة على قرارات مجلس الإدارة المتعلقة بالتعيينات[4]، الإذن ببعض التصرفات لاسيما المتعلقة بالاتفاقيات[5] مع شركات أخرى يكون أحد القائمين بإدارتها أو مالكيها أو الشركاء فيها من أصحاب المصالح طبعا مع مراعات حالات الحظر كالقرض –تناولناها سابقا –.

كما تختص بجميع المسائل إلا تلك الداخلة في اختصاص الجمعية العامة غير العادية.

وبعد دعوة الجمعية العامة العادية للانعقاد وفقا للمتطلبات القانونية، يتم الاجتماع، وقد نص القانون التجاري الجزائري في المادة 681 على ضرورة مسك ورقة الحضور، فيما يخص المساهمين،

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 47.
[2] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 47-48.
[3] م 683 ق ت ج.
[4] المادة 618 ق ت ج.
[5] المادة 628 ق ت ج.

بحيث يسجل اسم ولقب وموطن وعدد أسهم المساهم الحاضر شخصيا، وتسجيل الوكالات المتعلقة بالمساهمين الغائبين.

وتسجيل الحاضرين في الاجتماع مهم لأن المادة 675 من القانون التجاري تشترط في صحة مداولات الجمعية العامة العادية أن يحوز عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين على الأقل ربع الأسهم التي لها حق التصويت إذا كان الاجتماع لدى الدعوة الأولى، أما الاجتماع الذي يحصل بعد الدعوة الثانية فلا يشترط فيه أي نصاب.

وقد اعتنت قواعد الحوكمة في القانون المقارن بقواعد صحة انعقاد الجمعية العامة العادية، لاسيما فيما يخص نصاب حضور وتمثيل المساهمين. وقد اشترط القانون المصري "أن يكون الوكيل من غير أعضاء مجلس الإدارة، وأن لا يمثل الوكيل أكثر من (10%) من مجموع الأسهم الإسمية من رأس مال الشركة، وبما لا يتجاوز (20%) من الأسهم الممثلة في الاجتماع"[1].

ونظرا لأهمية حضور المساهمين في الجمعية العامة، فقد أجازت بعض التشريعات منها المصرية التصويت الإلكتروني وهذا من شأنه أن يحفز المساهمين لاسيما الصغار منهم على الاهتمام بقرارات الشركة[2].

وهناك نصاب آخر لصحة اجتماعات الجمعية العامة متعلق بحضور أعضاء مجلس الإدارة، بحيث يشترط مثلا القانون المصري حضور ثلاثة أعضاء على الأقل من بينهم رئيس مجلس الإدارة أو نائبه أو أحد الأعضاء المنتدبين للإدارة تحت طائلة توقيع غرامات مالية على الغائبين بغير عذر إذا لم يتوفر نصاب الحضور[3].

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 49.
[2] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 50.
[3] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 52.

ومن قواعد الحوكمة، لصحة انعقاد الجمعية العامة، وجوب حضور مراقبي الحسابات والممثل القانوني لحملة السندات، بالإضافة إلى رؤساء اللجان التي يشكلها مجلس الإدارة، بالإضافة إلى إمكانية دعوة أي شخص يكون حضوره ضروريا[1].

وحضور المساهمين في الجمعية العمة مهم جدا لأنهم بحضورهم يتمكنون أولا من مناقشة جميع النقاط المعروضة في جدول الأعمال، وثانيا يمارسون حقهم الأساسي وهو التصويت.

أما المناقشة فتعني إبداء الرأي بخصوص الأمور، وإمكانية طرح الأسئلة لاسيما الموجهة إلى مجلس الإدارة[2] حتى يكون بدراية كاملة بأمور البنك وقراراته المزعم اتخاذها. أما التصويت فهو حق لا يجوز حرمان المساهمين منه، وهو الوسيلة الأكثر نجاعة للتأثير في قرارات البنك وهي تمثل رقابة فعالة[3]. غير أنه لا يجوز المشاركة في التصويت عندما يتعلق الامر بقرار يكون له مصلحة شخصية فيه.

حتى يقوم المساهمين بدور الرقابة على مجلس الإدارة وعلى أداء البنك من جهة، والمساهمة في توجيه سياسة البنك من جهة أخرى فإنهم يحوزون على عدة آليات ووسائل قانونية في ذلك. أهمها حق المساهمين في دعوة الجمعية العامة، وحق اللجوء للقضاء لطلب إلغاء المداولات غير القانونية.

ب- حق المساهمين اللجوء إلى القضاء

تظهر أهمية الحوكمة البنكية، في مدى توفر المساهمين لاسيما الصغار منهم على حق دعوة الجمعية العامة للإنعقاد، وقد نصت المادة 618 ق ت على أنه في حالة إهمال مجلس الإدارة مسألة

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 53-54.
[2] أحمد أسود عباس، الممارسات التعسفية في شركات المساهمة، المرجع السابق، ص 22.
[3] أحمد أسود عباس، المرجع السابق، ص 33.

تعيين الأعضاء القائمين بالإدارة في حالة شغور أحد المناصب لأي سبب، أو إهمال استدعاء الجمعية العامة، فيكون من حق كل من يهمهم الأمر – ومنهم المساهمين– رفع دعوى قضائية موضوعها طلب تعيين وكيل مهمته استدعاء الجمعية العامة لإجراء التعيينات أو المصادقات.

ما ينص القانون التجاري على حق أصحاب الأسهم والدائنين اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالمعارضة على مصادقة الجمعية العامة على مشروع تخفيض رأس المال دون وجود مبرر للخسائر، في أجل ثلاثين يوما[1].

كما يحق اللجوء إلى القضاء لطلب إلغاء مداولات الجمعية العامة التي كانت مخالفة لمقتضيات طلب الإذن لاسيما تلك المتعلقة بعقد الاتفاقيات مع أصحاب المصالح–تناولناه سابقا–، على أن الدعوى تتقادم بمرور ثلاث سنوات من تاريخ الاتفاقية أو من تاريخ كشف تلك الاتفاقية[2].

كما يحق للمساهمين الذين يحوزون عشر (10/1) رأسمال الشركة اللجوء إلى القضاء بطلب إنهاء مهام مندوبي الحسابات قبل الانتهاء العادي لمهامهم، لاسيما في حالة وجود الخطأ أو المانع[3].

كما يحق للمساهمين إقامة دعوى قضائية منفردين أو مجتمعين على الشركة بالمسؤولية بالمسئولية ضد القائمين بالإدارة، للمطالبة بالتعويضات سواء للشركة عن الأضرار اللاحقة بها، أو

[1] المادة 713 ق ت ج.
[2] المادة 630 ق ت ج.
[3] المادة 715 مكرر 9 ق ت ج: " في حالة حدوث خطأ أو مانع، يجوز بناء على طلب من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو من مساهم أو أكثر يمثلون على الأقل عشر (10/1) رأسمال الشركة أو الجمعية العامة، إنهاء مهام مندوبي الحسابات قبل الإنتهاء العادي لهذه الوظائف عن طريق الجهة القضائية المختصة".

لهم عن الأضرار اللاحقة بهم[1]. على أن دعوى التعويض تتقادم بثلاث سنوات، أما إذا كانت الأفعال المرتكبة المولدة للتعويض تشكل جناية فإن الدعوى تتقادم بمرور عشر (10) سنوات[2].

وقد نصت المادة 715 مكرر 78 على أن حملة أسهم المساهمة التي هي من نفس الإصدار يمثلون بقوة القانون جماعة حاملي سندات المساهمة، وهي تتمتع بالشخصية المدنية، وعندهم نفس حقوق أصحاب سندات الاستحقاق، كما يحضر ممثلي تلك الجماعات جمعيات المساهمين[3]، والاطلاع على الوثائق مثلهم مثل المساهمين[4].

كما أدخل المشرع الجزائري قواعد خاصة متعلقة ببعض الفئات ، ولاسيما اكتساب الشخصية المعنوية[5]، وما يترتب عن ذلك من حقوق لاسيما حق التقاضي. وفي كل الأحوال يجوز لحملة سندات الاستحقاق عقد الجمعية العامة لها. ويعينون وكلاء عنهم لحضور الجمعية العامة.

ثانيا: لجنة المراجعة أو التدقيق[6]

تعتبر لجنة المراجعة أو التدقيق من أهم اللجان التي أكدت مدونات الحوكمة على ضرورة الاعتماد عليها حتى تضمن الشركات مشروعية أعمالها، وهذا ما كرسه النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية. وقد عرفتها ووضعت بعض قواعدها الأساسية المادة 2 الفقرة م منه: " هي لجنة يمكن أن تنشئها هيئة المداولة لتساعدها في ممارسة مهامها، تقوم هيئة المداولة بتحديد تشكيلة ومهام وكيفيات سير لجنة التدقيق والشروط التي يشترك بموجبها محافظو الحسابات أو أي شخص آخر تابع للبنك أو المؤسسة المالية المعنية في أشغال هذه اللجنة.

[1] المادة 715 مكرر 24 ق ت ج.
[2] المادة 715 مكرر 26 ق ت ج.
[3] المادة 715 مكرر 79 ق ت ج.
[4] المادة 715 مكرر 80 ق ت ج.
[5] المادة 715 مكرر 88 ق ت ج.

[6] Audit committee.

-لا يمكن أعضاء الجهاز التنفيذي أن يكونوا أعضاء في لجنة التدقيق".

وعليه، فإن أهم شرط يجب أن يتوفر لدى أعضاء لجنة المراجعة أو التدقيق هو الاستقلالية، والاستقلالية حددها النظام رقم 11-08 هي عدم جواز تعيينهم من بين الجهاز التنفيذي للبنك، غير أن قواعد الحوكمة في القوانين المقارنة، تتوسع في شرط الاستقلالية إلى ضرورة أن يكون أعضاؤها من المستقلين، أي ألا يكون موظفا فيها، أو مساهما يملك ما يزيد أسهمه عن 10 % من أسهم الشركة، أو له صلة قرابة مع الداخليين[1]،

تكلف لجنة التدقيق بمراجعة التقارير المقدمة من طرف الكيانات المسؤولة عن الرقابة الدورية والدائمة إلى الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة أو إليها أي إلى لجنة التدقيق، حسب المادة 70 من النظام رقم 11-08 فإنها تقوم بالتحقق من وضوح المعلومات المقدمة وتقدير مدى انتظام وأهمية المناهج المحاسبية المتبعة، وتقدير نوعية جهاز الرقابة الداخلية لاسيما تناسق أنظمة القياس والمراقبة والتحكم ورقابة المخاطر، واقتراح أعمال تكميلية بمناسبتها.

للإشارة هنا، فإن النظام رقم 02-03[2] قد حدد بعض الأهداف التي يجب أن يحققها اتخاذ البنك لجنة التدقيق ولاسيما التحقق من دقة المعلومات التي يقدمها البنك وتقدير المناهج المحاسبية التي يعتمدها، بالإضافة إلى تقدير نوعية الرقابة الداخلية، ومدى ملائمتها في تقييم ومراقبة والتحكم في المخاطر التي يتعرض لها البنك.

[1] عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص 196.
[2] النظام رقم 02-03 المؤرخ في 9 رمضان عام 1423 الموافق 14 نوفمبر 2002 ، المتضمن المراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

وتعتبر لجنة المراجعة أو التدقيق من أهم أدوات الحوكمة، وهي تدعم وظيفة المراجع الخارجي[1]. ويجوز لهذه اللجنة أن تطلب أية معلومات ترغب في الحصول عليها لاسيما في شكل بيانات ملخصة[2].

وبخوص تشكيلة لجنة المراجعة أو التدقيق، يجب ألا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة من الأعضاء[3] غير التنفيذيين في مجلس الإدارة(كما جاء في م 2 فقرة 2 من نظام 11-08) . أما مدَّة العضوية فيها، فقد اعتبر البعض أنه لا يجب أن تقل عن سنة ولا تزيد عن الثلاث سنوات[4].

وتعتبر لجنة المراجعة أو التدقيق مهمة في تحسين الاتصال بين مجلس الإدارة والمراجع الخارجي، وتدعيم استقلاليته. حيث تكون لجنة المراجعة أو التدقيق مسؤولة عن اختيار وتحديد أتعاب المراجع الخارجي، وحل المشاكل بينه وبين مجلس الإدارة[5].

كما يعتمد المدقق الخارجي[6] على أعمال لجنة التدقيق حين القيام بأعماله، فكلما زادت الثقة فيها كلما كان عمل المدقق الخارجي أسهل وأسرع[7]. لذلك من المهم أن يعملا فالمدقق الخارجي يمكن أن ينور عمل لجنة المراجعة أو التدقيق من خلال مناقشة وتقييم نظام الرقابة الداخلية وتقديم نقاط الضعف فيهو تقديم الإقتراحات لها[8].

---

[1] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 153.
[2] المادة 65 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.
[3] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 306.
[4] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 138.
[5] محمد مصطفى سليمان، دور حوكمة الشركات في معالجة الفساد المالي والإداري: دراسة مقارنة، ص المرجع السابق، ص 164-165.
[6] سنتناوله بالدراسة في المبحث الثاني ص ...
[7] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 256.
[8] علي عبد الصمد عمر، المرجع السابق، ص 258.

علما أن عمل لجنة المراجعة أو المدققين هو عمل وقائي وإنشائي، " فهي وقائية لأنها تحمي أموال الشركة وتحمي الخطط الإدارية ضد الانحراف، وإنشائية لأنها تضمن دقة البيانات التي تستخدمها الإدارة في توجيه السياسة العامة للشركة..."[1].

ويعتبر وجود لجنة المراجعة أو التدقيق من أهم عوامل الاستثمار في الشركات، حيث تزيد ثقة الغير فيها[2]. علما ان لجنة المراجعة او التدقيق ترفع عدة تقارير.

كما يجب يدخل ضمن اختصاصات ومسؤوليات لجنة المراجعة أو التدقيق، تلقي التقارير التي يعدها كل من

المطلب الثالث: الرقابة الخارجية

رغم كل الجهود التي يبذلها البنك في الالتزام بالقواعد القانونية أيا كان مصدرها وكذلك القواعد المحاسبية، فإن الخطأ وارد، وهذا ما يثبته الواقع، خصوصا نظرا لكثرة المتطلبات القانونية من جهة، وبسبب التحايلات والتلاعبات والنقائص من جهة أخرى. لذلك فإن الرقابة الداخلية غالبا لا تكون كافية للكشف عن النقائص والتجاوزات، مما دعى إلى ضرورة الاعتماد على الرقابة خارجية –عن البنك– في الرقابة على أعمال البنك وهذا في حد ذاته مطلبا من مطالب الحوكمة البنكية.

تعتمد الرقابة الخارجية على البنوك على مجموعة من الهيئات أو الأشخاص لاسيما محافظي الحسابات والمدققين الخارجيين والبنك المركزي لاسيما عن طريق اللجنة المصرفية. وعليه سنتناول رقابة محافظو الحسابات والمدقق الخارجي في الفرع الأول، و البنك المركزي في الفرع الثاني.

[1] رضوان هاشم حمدون عثمان، المرجع السابق، ص 300.
[2] محمد مصطفى سليمان،المرجع السابق، ص 166.

الفرع الأول: محافظو الحسابات والمدقق الخارجي

يتميز عمل البك بالصعوبة والتشابك، وكثرة القواعد التي يخضع لها، وبتنوع أصحاب المصالح، لذلك أصبح محافظ الحسابات مهما جدا في الرقابة على صحة أعمال البنك.

تعتبر رقابة محافظي الحسابات من اهم وسائل الرقابة الخارجية خاصة ان الجمعية العامة لا تقوم عادة ببدورها على أكمل وجه لاسيما بسبب عدم رغبة[1] أو عدم قدرة المساهمين على ذلك. لذلك أقرت القانون التجاري على ضرورة تعيين شركات المساهمة محافظي الحسابات[2]. علما أن محافظ الحسابات يمارس بصف عادية باسمه الخاص وتحت مسؤوليته مهمة المصادقة على صحة حسابات الشركات[3].

يجب على كل البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر أن تعين على الأقل محافظين إثنين للحسابات[4]. علما أن تعيين البنوك وكل شركات المساهمة هو واجب قانوني ومخالفته، أي الإمتناع عن تعيين محافظي الحسابات جريمة يعاقب عليها القانون[5].

و قد جاء التعديل الذي تضمنه الأمر رقم 10-04 بشرطين يجب استفاؤهما ليكون تعيين محافظي الحسابات قانونيا، وهو أخذ رأي اللجنة المصرفية في تعيينهم بعد استفائهم الشروط المطلوبة، وأن يكونوا مسجلين في قائمة نقابة الخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات.

---

[1] أحمد أسود عباس، المرجع السابق، ص 109.

[2] وأغلب القواعد المتعلقة بمحافظي الحسابات والتدقيق جاءت كردة فعل على الفضائح التي عرفتها مكاتب المحاسبة والتدقيق لاسيما في الو.م.أ، خاصة قضية (Arthur Anderson) ، خاصة أن من أكبر زبائن ذلك المكتب Enro, WorldCom, Qwest, Global Crossing ، لذلك جاء الفصل بين نشاط التدقيق المحاسبي و نشاطات التسيير المحاسبي والمالي لاسيما النصح والإرشاد، أنظر Frederic Mishkin, op.cit., p 227. وأحمد أسود عباس، المرجع السابق، ص 112.

[3] المادة 22 من القانون رقم 10-01 المؤرخ في 16 رجب عام 1431 الموافق ل 29 يونيو 2010، يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، (ج.ر ج ج ، العدد 42، السنة 47، بتاريخ 11 يوليو 2010.

[4] المادة 100 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[5] المادة 828 ق ت ج:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: رئيس شركة المساهمة أو القائمون بإدارتها والذين لم يعملوا على تعيين مندوبي الحسابات للشركة أو على استدعائهم إلى كل اجتماع لجمعية المساهمين".

علما أن هناك شروط يجب توافرها في كل شخص يريد مزاولة نشاط محافظ أو مراقب الحسابات، أهمها التكوين المتخصص، والخبرة التي لا تقل عن خمس سنوات[1]. وهناك شروط عامة جاءت في القانون التجاري يجب كذلك أن تتوفر لدى محافظي الحسابات، كعدم وجود علاقة[2] قرابة أو علاقة اقتصادية أو قانونية أي أن يتمتع بالاستقلالية تجاه البنك، بالإضافة إلى المتطلبات القانونية التي تنظمها القوانين المنظمة لمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد[3] وحالات التنافي والمنع[4]، وتعارض المصالح[5].

علما أن قانون (Sorbanes-Oxley) قد اشترط لتوفر الاستقلالية لدى محافظي الحسابات أن تكون مضت سنة كاملة عن انتهاء علاقته بالشركة التي كان مستخدما فيها، بينما القانون العراقي يشترط بالنسبة لتعيين محافظي الحسابات في البنوك انقضاء خمس سنوات منذ انتهاء آخر تعيين لهم فيها إلا إذا حصل البنك على ترخيص من البنك المركزي بمخالفة هذا الأجل[6].

كما يتعين على مندوبي الحسابات التنحي عن مزاولة مهامهم في حالة عدم توفر شروط مزاولتها أثناء نشاطهم، ويعد استمرارهم في ذلك جريمة يعاقب بها القانون مثلهم مثل الشخص الذي الشخص الذي يقبل عمدا مزاولة المهنة دون توفره على الشروط القانونية[7]. وقد شدد القانون 10-01 في العقوبات في الغرامات المتعلقة بمزاولة المهنة دون توفر الشروط القانونية إلى توقيع غرامة تتراوح بين 500000 د.ج و2.000.000 د.ج، وتوقيع عقوبة الحبس في حالة العود[8].

---

[1] سامي محمد الخرابشة، المرجع السابق، ص 216.

[2] المادة 715 مكرر 6 ق ت ج.

[3] القانون رقم 10-01 المؤرخ في 16 رجب عام 1431 الموافق ل 29 يونيو 2010، يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.

[4] المادة 64 و65 و66 من القانون رقم 10-01، يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.

[5] المادة 67 القانون رقم 10-01، يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.

[6] أحمد أسود عباس، المرجع السابق، ص 113.

[7] المادة 829 ق ت ج.

[8] المادة 73 من القانون رقم 10-01 ، المتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.

علما أنه يجب على محافظ الحسابات الإمتناع عن أية عملية تجعل منه في وضعية تعارض المصالح، وإذا تحققت تلك الوضعية يعلم البنك بها مباشرة.

ويعين محافظو الحسابات من طرف الجمعية العامة باقتراح من مجلس الإدارة وتوجيه من لجنة التدقيق[1]. لمدة ثلاث سنوات[2]، وهي غير قابلة للتجديد[3]. وفي رأيي حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 27 من القانون 10-01 فإنه يجوز الاستعانة بمحافظ الحسابات بعد إنقضاء ثلاث سنوات كاملة من انتهاء العهدة التي كلف بها في المرة الأولى.

كما يحق للمساهمين الذين يحوزون عشر (10/1) رأسمال الشركة اللجوء إلى القضاء بطلب إنهاء مهام مندوبي الحسابات قبل الانتهاء العادي لمهامهم، لاسيما في حالة وجود الخطأ أو المانع[4].

ويحق لمندوبي الحسابات طلب جميع الوثائق الضرورية للقيام بمهامهم، وكل شخص يمتنع عن تقديمها يعتبر في حالة مخالفة للقانون، حيث يجرم القانون التجاري ذلك سواء تعلق الأمر برئيس البنك القائمين بالإدارة، وكل شخص في خدمة البنك[5].

و من مهام محافظي الحسابات، بالإضافة إلى حضور الإجتماعات لاسيما اجتماع الجمعية العام، وتلقي الوثائق القانونية، والمحاضر المختلفة والتقارير[6]، والمصادقة على الحسابات[1] بتحفظ أو بدون تحفظ، وإعداد التقارير بخصوص كل الأعمال التي يقوم بها[2].

---

[1] أحمد أسود عباس، المرجع السابق، ص 111.

[2] المادة 715 مكرر 4 ق ت ج.

[3] المادة 715 مكرر 5 ق ت ج.

[4] المادة 715 مكرر 9 ق ت ج: " في حالة حدوث خطأ أو مانع، يجوز بناء على طلب من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو من مساهم أو أكثر يمثلون على الأقل عشر (10/1) رأسمال الشركة أو الجمعية العامة، إنهاء مهام مندوبي الحسابات قبل الإنتهاء العادي لهذه الوظائف عن طريق الجهة القضائية المختصة".

[5] المادة 831 ق ت ج.

[6] منها التقرير السنوي حول ظروف ممارسة الرقابة الداخلية والتقرير الخاص عن قياس ومراقبة المخاطر حسب م 73 من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

كما يكون محافظي الحسابات مسؤولون –كما المدراء – عن حالات عدم الإعلان عن الشركات التابعة والمراقبة من طرفها.

كما يجب على محافظي الحسابات الإمتناع عن تقديم أو المصادقة عمدا على البيانات غير الصحيحة التي وردت في التقارير المقدمة للجمعية العامة المدعوة للبت في إلغاء حق الأفضلية في اكتتاب المساهمين، وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات جزائية عليهم تتمثل في الحبس من ستة أشهر إلى سنتين أو غرامة مالية[3].

ويرفع محافظي الحسابات تقاريرهم حول المستندات والوثائق التي وضعت تحت تصرفهم، إلى كل من الجمعية العامة للمساهمين، ويضع الاقتراحات التي يراها مناسبة. وبيان أوجه المخالفة أو عدم الصحة التي عاينوها[4]. علما أن رقابة محافظي الحسابات تشمل كل أعمال البنك وحتى تقدير مدى فعالية الرقابة الداخلية ومدى الاستجابة لتقارير الجهة الرقابية[5].

كما يجب على محافظي الحسابات إعلام البنك المركزي لاسيما اللجنة المصرفية عن جميع المخالفات التي تتأكد من صحة وقوعها[6]، كما يطلعون وكيل الجمهورية عن الجرائم التي يطلعون عليها[7]، علما أن محافظي الحسابات خاضعين لواجب السر المهني[8]، أي أنه في جميع الحالات لا يجوز الخروج عن واجب السر المهني إلا في إطار المتطلبات القانونية.

---

[1] المادة 715 مكرر 4 ق ت ج.
[2] المادة 25 من القانون 10-01 المتعلق
[3] المادة 825 ق ت ج.
[4] أحمد أسود عباس، المرجع السابق، ص 119.
[5] أحمد أسود عباس، المرجع السابق، ص 111.
[6] شيخ محمد زكرياء، المرجع السابق، ص 309.
[7] المادة 715 مكرر 13 ق ت ج.
[8] المادة 830 الفقرة الأخيرة من ق ت ج.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن محافظي الحسابات مسؤولون مسؤولية مدنية إزاء البنك[1] وإزاء الغير عن الأضرار الناتجة عن الأخطاء اللامبالات التي يرتكبونها، وهم كذلك مسؤولون مدنيا عن المخالفات التي يرتكبها القائمون بالإدارة أو أعضاء مجلس المديرين حسب الحالة إذا لم يكشفوا عنها سواء للجمعية العامة أو وكيل الجمهورية رغم علمهم بها واكتشافها أثناء قيامهم بالأعمال المنوطة بهم[2].

علما أن محافظ الحسابات ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فالمطلوب منه هو القيام بأعماله وفقا للمتطلبات القانونية وأصول مهنته، فإذا احترمها جميعها فلا يكون مسؤولا عن حالات الغش التي لم يكتشفها[3]، وهذا ما أكدته المادة 59 من القانون 10-01 المتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد. خاصة أن المدراء والمسيرين في المجال البنكي يكونون عادة قادرين عن ارتكاب بعض المخالفات-يمكم القول باحترافية- دون أن تكون سهلة الإكتشاف.

أما الأفعال الموصوفة بالجرائم التي يرتكبها محافظ الحسابات، فقد تطرقت له العديد من النصوص القانونية سواء م 825 ق ت ج المتعلقة بتقديم المعلومات غير الصحيحة، ممارسة المهنة دون توفر الشروط القانونية[4]، إعطاء معلومات كاذبة أو عدم الإبلاغ عنها وجريمة إفشاء السر

[1] المادة 61 من القانون 10-01 المتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد : " يعد محافظ الحسابات مسؤولا تجاه الكيان المراقب، عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء تأدية مهامه.
و يعد متضامنا تجاه الكيان أو تجاه الغير عن كل ضرر ينتج عن مخالفة أحكام هذا القانون.
و لا يتبرأ من مسؤوليته فيما يخص المخالفات التي لم يشترك فيها إذا أثبت أنه قام بالمتطلبات العادية لوظيفته وأنه بلغ مجلس الإدارة بالمخالفات، وإن لم تتم معالجتها بصفو ملائمة خلال أقرب جمعية عامة بعد اطلاعه عليها، وفي حالة معاينة مخالفة، يثبت أنه أطلع وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة".
[2] المادة 715 مكرر 14 ق ت ج.
[3] أحمد أسود عباس، المرجع السابق، ص 121-122.
[4] م 829 ق ت ج.

المهني[1]بالإضافة إلى الجرائم التي نصت عليها نصوص خاصة. وعموما يعتبر محافظ الحسابات مسؤول جزائيا عن عن كل تقصير في القيام بالتزامه القانوني[2].

كما يمكن أن يكون محافظ الحسابات محل متابعات تأديبية عن المخالفات والتقصير التقني والأخلاقي في القواعد المهنية عند ممارسة مهامهم، وقد يتعرض لعقوبات تأديبية سواء الإنذار، أو التوبيخ، أو التوقيت المؤقت أقصاها ستة (6) أشهر، أو الشطب من الجدول حسب كل حالة[3].

علما أن الأمر رقم 10-04 ينص صراحة على خضوع محافظي الحسابات لرقابة اللجنة المصرفية[4].

الفرع الثاني: رقابة البنك المركزي على البنوك

رغم التحرر البنكي الذي تتطلبه ممارسة النشاط البنكي، لاسيما الحرية التعاقدية وحرية تحديد الأسعار التي تطبقها البنوك مع الزبائن، إلا أنه لعدة اعتبارات فإن البنوك يجب أن تراعي عدة اعتبارات في تحديد الأسعار أهمها عدم تجاوز سعر الفائدة الربوية بالإضافة إلى القواعد الأخرى التي يتدخل البنك المركزي لاسيما مجلس النقد والقرض في تحديدها، بالإضافة إلى الأهمية البالغة لرقابة اللجنة المصرفية التي سنتطرق لها.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن هياكل البنك المركزي كثيرة ومتعددة، أهمها المحافظ مركزية المخاطر ومركزية المستحقات غير المدفوعة ...الخ.

---

[1] المادة 830 ق ت ج.
[2] المادة 62 القانون رقم 10-01 المتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.
[3] المادة 63 القانون رقم 10-01 المتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.
[4] المادة 8 من الأمر 10-04 المعدل والمتمم للمادة 102 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض:" يخضع محافظو حسابات البنوك والمؤسسات المالية لرقابة اللجنة المصرفية....".

1- مجلس النقد والقرض

يعتبر مجلس النقد والقرض أهم هيئة للرقابة على البنوك في إطار الحوكمة والتزام البنك بمتطلبات التنمية المستدامة. فهو باعتباره سلطة إدارية مستقلة[1] مخول بإصدار الأنظمة واللوائح المتعلقة بتنظيم النشاط البنكي لاسيما بموجب المادة 62 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

و قد أكدت الدراسات أن المساهمين في البنوك يقبلون تحمل البنك مخاطر كبيرة مقابل الحصول على ربحية أعلى[2]، وبذلك يكون تدخل مجلس النقد والقرض بوضع القواعد لاسيما فيما يخص الحد من المخاطر البنكية الوسيلة الأكثر نجاعة للحفاظ على مصلحة النظام البنكي من الإنهيار.

وبالمقابل هناك متطلبات جديدة من البنوك متعلقة بلعب دور كبير في التنمية المستدامة، فمثلا حماية البنك للبيئة يعني تمويل مشاريع صناعية صديقة للبيئة ومنها الحد انبعاث ثاني أكسيد الكربون CO2، وتلك المشاريع تتميز بالمخاطرة على المدى البعيد، لذلك فإن القطاع البنكي ينتظر من مجلس النقد والقرض اطار تنظيمي مناسب، ويجب أن يتميز بالاستقرار، علما أن Marie-Anne Barbat-Layani تؤكد أن موضوع تمويل التحول الطاقي يعتبر مجال خصب للشراكة بين القطاع العام والخاص[3].

علما أن قانون التحول الطاقي (la loi sur la transition énergétique)[4] في فرنسا يفرض على المستثمرين المؤسسيين حساب أثرها الكربوني، غير أن هناك تعارض النتائج في هذا المجال لاسيما

[1] Rachid Zouaimia, op.cit., p …
[2] Julien Batac, op.cit., p 72.
[3] Marie-Anne Barbat-Layani, Accompagner des projets complexes parfois très risqués sur le long terme , Revue banque, septembre 2015, n ° 787, p 52.
[4] Adoptée le 26 mai 2015, voir

بسبب عدم نشر كل الشركات للمعطيات المتعلقة بها، وحتى الدراسات في هذا المجال فهي متناقضة. ويمكن أن نذكر هنا أن عددا من البنوك الكبرى في هذا المجال تتبع مبادئ الإكواتور[1].

علما أن مجلس النقد والقرض قد خطى خطوة فعالة في الجزائر، عندما وضع قواعد الصيرفة الإسلامية وفي نظري كان موفقا لحد كبير لأنه لم يتعرض بالتفصيل الكثير، بل ترك المجال مفتوحا لتتمكن البنوك من دخول هذا المجال.

ولكن هناك عدة انتقادات موجهة له في هذا المجال لاسيما تلك المتعلقة بفرض خضوع شباك الصيرفة الإسلامية لنفس قواعد البنوك التقليدية، وهذا يحمل مخاطر إضافية بالنسبة للبنوك الإسلامية، على سبيل المثال المتعلقة بالسيولة وضمان الودائع البنكية، علما أن العلاقة التعاقدية في الصيرفة الإسلامية تخضع لقواعد خاصة كمبدأ "الغنم بالغرم' وعدم ضمان العائد، بل يضمن البنك الإسلامي التسيير الجيد واتخاذ كل التدابير الضرورية لتوفير الربحية في إطار التجارة، وليس ضمان العائد الثابت للزبون.

وكذلك يعتبر الفقه احتفاظ البنك الإسلامي لمبالغ مالية مجمدة في حسابها لدى البنك المركزي يعتبر متناقضا مع مبدأ نبذ الإكتناز، غير أنه في نظري لا يمكن الانفتاح مباشرة على قواعد خاصة بالصيرفة الإسلامية حتى تثبت نجاعتها المالية، وقدرتها على تجنب الأزمات.

وفي المجال العمليات والخدمات البنكية الجديدة فإن مجلس النقد والقرض ترك المجال مفتوحا للبنوك لطلب الرخصة في مزاولتها، وهذا موفق جدا لأنه لا يحد من طاقاتها، بل يتدخل فقط لضمان سلامتها تجاه الزبائن.

[1] Séverine Le boucher, Comment l'environnement s'invite dans les décisions des banques et des investisseurs ?, revue banque, septembre 2015, n° 787, p 53.

غير أن النقائص الملاحظة في الجزائر تتعلق بالخصوص بعدم وجود أية قواعد فيما يخص الإفصاح والشفافية بخصوص المسؤولية البيئية والإجتماعية والحوكمة (ESG)، فالبنوك الجزائرية تخضع لواجب نشر وتقديم الحسابات المالية بنوع من الدقة المحاسبية، الجانب البيئي مثلا فلا يوجد أي التزام خاص به.

كما يمكن أن يتدخل مجلس النقد والقرض مستقبلا بفرض واجب خاص بالبنوك فيما يخص اتخاذ مدونات السلوك، سواء الخاصة أو الجماعية، وهنا يمكن القول أن التعديل الذي جاء بموجب الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد و القرض يبقى ناقصا في هذا المجال.

بالرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي، يجوز لسلطة الأسواق المالية (AMF) بعد التحقيق حول قيام البنك بواجب الإفصاح والشفافية، لاسيما فيما يخص رقابة المطابقة، فإنه يجوز لهذه الهيئة أن تطلب من البنك القيام بتقديم معلومات إضافية أو تصحيحية حسب الحالة، وقد تقوم هذه الهيئة بنشر التعديلات المطلوبة بنفسها[1]. علما أن هذه الهيئة يجوز لها أن توجه للبنوك أمرا (injonctions)، بالامتثال لمتطلبات المطابقة[2] .

والملاحظ في القانون المقارن لاسيما القانون الفرنسي هو التوحيد الذي تم في المجال البنكي والمالي بين سلطة ضبط البنوك وسلطة ضبط الأسواق المالية، وبذلك تولد عنها ما يعرف بسلطة الأسواق المالية (AMF)، وهذا من شأنه أن يسهل ويعزز الرقابة على البنوك والشركات المسعرة في البورصة، خاصة أنه في القانون الجزائري يمكن القول أن سلطات لجنة تنظيم عمليات البورصة

[1] Véronique Magnier, la règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation méthodologique complexe, Véronique Magnier, Collectif, op.cit., p 258.

[2] Véronique Magnier, Collectif, op.cit., p 258.

ومراقبتها يمكن ضمها ضمن مجلس النقد والقرض وبذلك تتوحد القواعد والسلطة المراقبة للمجال البنكي والمالي. مع الحفاظ على اللجان المتخصصة ضمنها.

ثانيا: رقابة اللجنة المصرفية

بالرجوع إلى أحكام المادة 97 مكرر 2 (أضيفت بموجب الأمر 10-04)، يكون البنك خاضعا لرقابة اللجنة المصرفية على مدى التزام البنك بوضع جهاز رقابة داخلية، بالإضافة إلى وضع جهاز رقابة مطابقة ناجعين، أي يعملان وفقا للمتطلبات القانونية ويحققان الغرض المطلب منهما. وهذه اللجنة هي المسؤولة عن الرقابة على عمل البنوك ومدى احترامها المتطلبات القانونية، وبذلك يمكن أن تلعب دورا كبيرا في الرقابة على البنوك من خلال الرقابة على مدى احترامها للسياسات والاستراتجيات التي تتبناها البنوك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، خصوصا أن البنوك، أصبحت مطالبة بتوفير معلومات عن سياستها البيئية والإجتماعية، وكيفية التزامها بمبادئ الحوكمة.

الخاتمة

تعمل البنوك في إطار دور الوساطة على تجميع الادخار وتوفير الأموال الضرورية لأصحاب الحاجة لرأس المال، وهي في دورها هذا، يجب أن تعمل على تحقيق أهداف التنمية المستدامة، سواء تعلق الأمر بحماية البيئة، أو المسؤولية الاجتماعية وحماية المستهلك. فهي لم تعد تلعب دور سلبي في حماية البيئة من خلال عدم خرق قواعد حماية البيئة بل أصبحت تلعب دورا إيجابيا، بحيث توجه الائتمان البنكي للمشاريع الاقتصادية الأكثر حفاظا على البيئة. وتوجه سياساتها الاستثمارية في إطار الاستجابة لمتطلبات حماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية وحماية المستهلك. وهذا يعبر عن التطور الكبير للدور الذي أصبحت تلعبه البنوك، فبعدما كان ينظر لها لما لها من دور في الوساطة، على أنها قد تلعب دور البولس"la police bancaire" أي المراقب، أصبح ينظر لها على أنها تتحلى بالمواطنة عندما تستجيب لمتطلبات التنمية المستدامة.

وقد أصبحت البنوك مطالبة بتوخي الحذر عند اتخاذ القرار الائتماني وحتى وضع سياستها وقراراتها الاستراتيجية، حتى لا تجد نفسها تحت وطأة المطالبات القضائية عن التعويض عن الضرر البيئي الحاصل أو خرق القانون، وحتى لا تتعرض لحملات هجومية من قبل المنظمات غير الحكومية وأصحاب المصالح، وهذا كله حماية لسمعتها حفاظا على ديمومتها وربحيتها. وهنا يجب على البنك أن يحترم الحدود القانونية المفروضة، وحتى مبدأ عدم مسؤولية البنك عن فعل الزبون له استثناءاته وكل تجاوز لالتزامات البنك يمكن أن يكون حالات للمسؤولية البنكية، لاسيما في حالة التدخل في شؤون الزبون.

ويمكن القول هنا أن النشاط البنكي عرف تطورا كبيرا، وأن المسؤولية الإجتماعية للبنوك أصبح يُعوَلُ عليها في لعب البنك الدور المنوط بها في التنمية المستدامة، لاسيما بسبب اتساع دائرة

أصحاب المصالح بالنسبة لها. وأنها تعتمد في ذلك على مدونات السلوك سواء التي تنظم اليها أو تضعها. علما أن الاستثمار المسؤول إجتماعيا يعتبر أهم التطبيقات العملية للتنمية المستدامة، بحيث تستجيب من خلالها لمتطلبات أصحاب المصالح سواء كانوا مساهمين، أو مستثمرين، أو مودعين أو مقترضين، وحتى المنظمات غير الحكومية. التي تطالب حسب كل الحالة إما بحماية البيئة، أو حقوق الانسان أو الاهتمام بفئات خاصة من الناس... إلخ دون إغفال هدف الربحية.

وهنا يجب أن ننوه بدور المنظمات غير الحكومية في الجزائر، والتي يجب أن تتدخل لتلعب الدور المنوط بها في نشر الوعي حول متطلبات وأهداف التنمية المستدامة، من خلال تعبئة الفئات المختلفة لاسيما الشباب، و كذلك رجال القانون، فالنشاط الجمعوي مهم في رفع الدعاوى التي قد يصعب على الأشخاص رفعها فرادى.

ونفس الشيء بالنسبة للصيرفة الاسلامية، والذي من خلالها أصبحت البنوك تلعب دور كبير في التنمية المستدامة. رغم حداثة تبني البنوك الجزائرية لمفهوم الصيرفة الإسلامية إلا أنه من خلال النظر لتجارب الدول الأخرى فإنه يمكن أن يكون أهم الركائز في الخروج من الأزمة الاقتصادية والمالية في الجزائر، سواء من خلال تعبئة الادخار، أو تمويل المشاريع المربحة أي المبنية على أسس مدروسة. فالبنوك الجزائرية لا زالت تعاني من صعوبات في تجميع الادخار لاسيما بسبب النظرة السلبية لها من طرف المجتمع، من جهة على أنها بنوك ربوية، من جهة أخرى النتائج السلبية التي حققتها لحد الآن لاسيما بسبب المحسوبية.

رغم الصعوبات التقنية والتشريعية والنقص في التخصص إلا أنه يجب على البنوك الجزائرية أن تقتحم مجال الصيرفة الإسلامية بقوة، فالبنوك أثبتت دائما قدرتها على التأقلم مع المتطلبات الجديدة.

أما حماية المستهلك فهو أحد المطالب التي يجب على البنك الاستجابة لها لاسيما في إطار التنمية المستدامة، علما أنه لم يعد يعتبر المستهلك، فقط ذلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، الذي غالبا ما يقترض لأسباب اقتصادية مثلا لعدم قدرته على مواجهة أعباء الحياة، أو لتوفير قدر محدود من الرفاهية، مثلا لشراء سيارة أو مسكن، هو محل الحماية القانونية، بل اتسع مفهوم المستهلك ليشمل فئة من المستثمرين سواء المدخرين أو المستثمرين في البورصة، والذين يمكن القول أنهم صغار المستثمرين، والذين تدخل المشرع لحمايتهم في مواجهة البنك، وحتى في غياب النص القانوني فإن القضاء أصبح يلعب دورا مهما في توفير الحماية لهم.

ولتحقيق أهداف التنمية المستدامة تعمل البنوك على احترام متطلبات الحوكمة، لاسيما من خلال الإفصاح والشفافية وتلافي حالات تعارض المصالح. بحث أصبحت مطالبة باحترام الممارسات الجيدة في هذا المجال حتى لا تكون محل شبوهات أو متابعات. وقد أصبحت البنوك شخصا فاعلا في الحياة الاقتصادية مشارك في وضع القواعد المختلفة التي تلتزم بها، حيث أصبحت تساهم في وضع القانون "المرن" مما يسهل لها الانصياع لتلك القواعد، وبهذا أصبحت تساهم في ضبط وتنظيم السوق بما يتوافق مع تحقيق التنمية المستدامة.

وفي الأخير يمكن أن نقول أن تحقيق التنمية المستدامة– الذي يعني توفير حاجات الانسان ورفاهيته حاليا دون المساس بقدرة أجيال المستقبل على ذلك– لا يكون إلا بتدخل جميع الفاعلين في الحياة الاقتصادية والإجتماعية والثقافية في المجتمع سواء في القطاع العام أو الخاص. وأن البنك يمكن أن يلعب دورا كبيرا في ذلك من خلال دوره في حماية البيئة، والمستهلك ومسؤوليته الإجتماعية للشركات. وقد أصبحت الحوكمة أهم وسائل البنك في تحقيق ذلك. لذلك أصبح لزاما على البنوك الجزائرية أن تأخذ بعين الاعتبار كل تلك المتطلبات، وأن تصبح عنصرا فاعلا في تحقيق التنمية

المستدامة في الجزائر. فتحقيق أهداف التنمية المستدامة يجب أن يدخل استراتجيات البنوك الجزائرية حتى تحقق قفزة نوعية في أدائها. وذلك كله تحت رقابة الهيئات الإجتماعية للبنك من جهة، ورقابة البنك المركزي والجهات الرقابية الأخرى بما يضمن تحقيق الأهداف المسطرة.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1-القرآن الكريم

2-المراجع العامة

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، دار هومة، الطبعة الثانية عشر، 2012.

- أحمد لكحل، النظام القانوني لحماية البيئة والتنمية المستدامة، دار هومة، الجزائر، 2015.

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

- حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، 2015.

- حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.

- سايح تركية، حماية البيئة في ظل التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، الطبعة الأولى، 2014.

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

- الطيب بلولة، قانون الشركات، ترجمة إلى العربية: محمد بن بوزة، بارتي للنشر ، الطبعة الثانية، 2013.

– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول :نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام –العقد–العمل غير المشروع– الإثراء بلا سبب– القانون، طبعة منقحة ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004.

– عزيز العكيلي، القانون التجاري: الأعمال التجارية والتجار والمتجر، الشركات التجارية، الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 1997.

– فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري: الأعمال التجارية–التاجر–الحرفي–الأنشطة التجارية المنظمة–السجل التجاري، الطبعة الثانية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2003.

– محمد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار هومة، الطبعة الثانية، 2014.

3–المراجع المتخصصة

– إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك: في مواجهة الشروط التعسفية –دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2016.

– أحمد أسود عباس، الممارسات التعسفية في شركات المساهمة، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2017.

– أحمد علي خضر، الإفصاح والشفافية : كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 2012.

– أحمد علي خضر، حوكمة الشركات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.

– أكرم محسن الياسري وإيناس ناصر عكلة الموسوي، مفاهيم معاصرة في الإدارة الإستراتيجية ونظرية المنظمة، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، الطبعة الأولى، 2015.

– حاكم محسن الربيعي، وحمد عبد الحسين راضي، حوكمة البنوك: وأثرها في الأداء والمخاطرة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، 2013.

– حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، 2015.

– حمزة شوادر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية في ظل نظام الرقابة النقدية التقليدية، عماد الدين للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2014.

– حورية سويقي، حماية المصالح الفئوية المساهمين–العمال– الدائنين: في ظل الوحدة الاقتصادية لتجمع الشركات، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2018.

– خبابة عبد الله، وبوقرة رابح، الوقائع الاقتصادية : العولمة – التنمية المستدامة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2009.

– رضوان هاشم حمدون عثمان، التنظيم القانوني لحوكمة الشركات في التشريعات العربية، دار الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجيزة، مصر، 2017.

– سامي محمد الخرابشة، حوكمة شركات المساهمة المدرجة في البورصة، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2013.

– سندرة أنيسة، حوكمة البنوك في ظل التطورات المالية العالمية : دراسة حالة الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2016.

– صالح الحموري ورولا المعايطة، المسؤولية المجتمعية للمؤسسات من الألف إلى الياء، دار كنوز المعرفة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2015.

– صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان من منظور قانوني ومصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

- صلاح حسن، الرقابة على أعمال البنوك ومنظمات الأعمال- تقييم أداء البنوك والمخاطر المصرفية الإلكترونية، دار الكتاب الحديث، 2011.

- طارق عبد العال حماد، حوكمة الشركات، شركات قطاع عام وخاص ومصارف، المفاهيم- المبادئ-التجارب- المتطلبات، الدار الجامعية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2007.

- عايد عبد الله العصيمي، المسؤولية الاجتماعية للشركات نحو التنمية المستدامة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة العربية، عمان، الأردن، 2015.

- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه-القضاء-التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجاري وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2006.

- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية: دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، المكتبة القانونية، طبعة مكبرة، 1993.

- علي عبد الصمد عمر، حوكمة المؤسسات بين المحاسبة المالية والتدقيق المحاسبي، دار هومة ، 2017.

- عمار حبيب جهلول، النظام القانوني لحوكمة الشركات، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ودار نيبور، بغداد، 2011.

- عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطور، دار هومة، 2009.

- غضبان حسام الدين، محاضرات في نظرية الحوكمة، الطبعة الأولى، دار حامد، عمان، الأردن، 2015.

- فاروق إبراهيم جاسم وأمل كاظم سعود، الوجيز في شرح أحكام قانون حماية المستهلك رقم 1 لسنة 2001، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016.

– فائزة لعراف، مدى تكيف النظام المصرفي الجزائري مع معايير لجنة بازل وأهم انعكاسات الحوكمة: مع إشارة إلى الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 2008، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

– قدودو جميلة وآخرون، نحو استراتجيات محدثة لمكافحة الفساد في الجزائر، دار الكنوز للانتاج والنشر والتوزيع، تلمسان، الجزائر، 2021.

– لبنى عمر مسقاوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006.

– محمد أحمد عبد النبي، الرقابة المصرفية، الطبعة الأولى، زمزم ناشرون وموزعون، 2010،

– محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.

– محمد عبد الله شاهين، البنوك الإسلامية: أساس التنمية الاقتصادية والخلاص من المعاملات الربوية، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2015.

– محمد علي سويلم، الحماية الجنائية للمستهلك: بين الجوانب الإجرائية والأحكام الموضوعية (دراسة مقارنة) لقانون حماية المستهلك بآراء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، الطبعة الأولى، 2010.

– محمد علي سويلم، عمليات البنوك (دراسة مقارنة) من الوجهتين المصرفية والجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الأسكندرية، 2014.

– محمد عيد علي بعبع، حوكمة الشركات ودورها في مواجهة الاختلالات المالية والإدارية: دراسة تطبيقية في قطاع الغزل والنسيج في مصر، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2016.

– محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات ودور أعضاء مجالس الإدارة والمديرين التنفيذيين، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.

– محمد مصطفى سليمان، دور حوكمة الشركات في معالجة الفساد المالي والإداري: دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2009 .

– محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية: الأسس النظرية والتطبيقات العملية، الطبعة الرابعة، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

– مصطفى حسين بسيوني يعدي، الشفافية والإفصاح في إطار حوكمة الشركات، مبادئ وممارسات حوكمة الشركات.

– ناصر قرادات، وعزام أبو الحمام، المسؤولية الأخلاقية و الاجتماعية للمنظمات، المكتبة الجامعية للشارقة، وإثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.

– نعيم مغبغب، مبدأ عدم مسؤولية المصرف موزع الإعتمادات، واستثناءاته: دراسة في القانون المقارن، الطبعة الأولى، 2009.

– هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2014.

– وائل محمد عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية: أساليب الاستثمار – الاستصناع–المشاركة المتناقصة(المنتهية بالتمليك) (النظرية والتطبيق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، عمان، الأردن، 2009.

4–المقالات

– إلياس بوزيدي، إزالة التجريم عن مخالفات الأعمال: بين وضوح الضوابط وحتمية التكيّف مع حياة الأعمال، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 07، العدد 01، 2022.

– بلقاسم فتيحة، أثر الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد 2، سبتمبر 2009.

– بن عبد الله عادل و عبد الحق مزردي، العلاقة بين السلطات الضبط المستقلة: بين التكامل والتنازع (على ضوء التشريع الجزائري والمغربي)، مجلة المفكر–جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 15، جوان 2017.

– تشوار خير الدين، الوساطة المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية: حالة الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2010.

– توفيق العابد ونجاة بوساحة، ضوابط إبرام الاتفاقيات بين شركة المساهمة والقائمين على إدارتها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 1، أفريل 2021.

– حمزة رملي ونسرين عروس، إدارة العلاقة مع أصحاب المصالح لتنفيذ الوظائف الخضراء في المؤسسة الاقتصادية: تجارب دولية ودروس مستقاة، مجلة المنتدى للدراسات والأبحاث الاقتصادية، العدد الثالث، جوان 2018.

– زوايمية رشيد، أزمة سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري، المجلة الأكادمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021.

– سميرة مشراوي، دور هيئة الرقابة الشرعية في ضبط المعاملات المالية الإسلامية: المرابحة للآمر بالشراء بنك البركة نموذجا، مجلة المستقبل للدراسات الاقتصادية المعمقة، المجلد رقم 02، العدد 04، ديسمبر 2019.

– ط طيار، قانون المنشآت المصنفة لحماية البيئة، مجلة إدارة، مجلة عن المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 2، العدد 2، سنة 1992.

– عبد الحق مزردي، الاختصاص الرقابي للسّلطات الضابطة المستقلة في مجال البورصة(على ضوء التشريعين الجزائري والمغربي)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، جانفي 2018.

– عبد اللاوي خديجة، رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 01، العدد 01، 2016.

– مجموعة من المؤلفين، المسؤولية الإجتماعية للمؤسسات والشركات، بين المقاربات النظرية والممارسات التطبيقية، أبو بكر خوالد وخير الدين بوزرب،"خصوصية المسؤولية الإجتماعية في المصارف التجارية، دراسة حالة بنك الكويت الوطني (ب.ك.و)"، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتجية والسياسات الاقتصادية، برلين–ألمانيا، 2019،–نسخة إلكترونية–

5–الرسائل والمذكرات

– العايب عبد الرحمن، التحكم في الأداء الشامل للمؤسسة الاقتصادية في الجزائر في ظل تحديات التنمية المستدامة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، جامعة فرحات عباس – سطيف، (2010–1011).

– بودالية بوراس، آليات حوكمة الشركات ودورها في الحد من الفساد الإداري والمالي، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص مالية وإدارة أعمال، جامعة بلحاج بوشعيب، 2020–2021.

– يوسفات علي، اقتصاديات المواقع ودورها في تحقيق التنمية المستدامة، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية اللوم الاقتصادية والعلوم التجارية والتسيير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009–2010.

- شيخ محمد زكرياء، عمليات الإئتمان والمخاطر البنكية (دراسة مقارنة)،أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم في القانون الخاص، -فرع قانون الأعمال المقارن- جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2016-2017

- عبد الرحيم بنبعيدة، مفهوم مصلحة الشركة كضابط لتحديد اختصاصات ومسؤوليات مجلس الإدارة والجمعيات العامة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، 2005.

- فرحي محمد، هيئات الرقابة الخارجية على العمليات البنكية، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019.

- مقدم وهيبة، تقييم مدى استجابة منظمات الأعمال في الجزائر للمسؤولية الإجتماعية : دراسة تطبيقية على عينة من مؤسسات الغرب الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة وهران، 2013-2014.

6-النصوص القانونية

- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية (العدد 82 بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2020).

- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 06 مارس 2016سنة المتضمن التعديل الدستوري، (ج ر العدد 14 بتاريخ 07 مارس 2016).

- القانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 46، بتاريخ 3 غشت سنة 2016 .

- القانون رقم 15-15 المؤرخ 15 يوليو (جويلية)2015 المعدل والمتمم الأمر 03-04 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها (ج.ر ج ج رقم 41 بتاريخ 29 يوليو 2015).

- القانون رقم 12-06 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012 المتعلق بالجمعيات (ج.ر ج ج العدد 02 بتاريخ 15 يناير 2012).

- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (ج.ر رقم 15 بتاريخ 08 مارس 2009).

- القانون رقم 10-01 المؤرخ في 16 رجب عام 1431 الموافق ل 29 يونيو 2010، يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج.ر رقم 42، السنة 47، بتاريخ 11 يوليو 2010.

- القانون رقم 06-05 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006 المتضمن توريق القروض الرهنية (ج.ر ج ج العدد 15 بتاريخ 12 مارس 2006).

- القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل 06 فبراير 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها (ج ر رقم 11 بتاريخ 09 فبراير 2005).

- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (ج ر ج ج، العدد 41، السنة 41، الصادرة في 27 يونيو 2004).

- القانون رقم 03-04 المؤرخ في 16 ذي الحجة عام 1423 الموافق 17 فيفري 2003، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 93-10 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 الموافق 23 مايو 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة.(ج.ر ج ج، العدد 11، السنة 40، بتاريخ 19 فيفري 2003).

- القانون رقم 03-10 يتعلق بحماية البيئة إطار التنمية المستدامة المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام الموافق 19 يوليو سنة 2003، (ج ر العدد 43، السنة 40، بتاريخ 20 يوليو سنة 2003).

-القانون رقم 01-19 المؤرخ في 27 رمضان 1422 الموافق 12 ديسمبر 2019، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها،(ج ر ج ج العدد 77، بتاريخ 15 ديسمبر 2001).

- القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق ل 14 أبريل 1990 (الملغى بموجب الأمر رقم 03-11) (ج. ر رقم 16 السنة 27 بتاريخ 18 أبريل 1990).

- القانون رقم 90-31 المؤرخ في 17 جمادى الأولى 1411 الموافق 04 ديسمبر 1990 والمتعلق بالجمعيات (ج ر ج ج العدد 53، السنة 27، بتاريخ 05 ديسمبر 1990)،(الملغى بموجب القانون 12-06 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات).

- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، (ج ر رقم 17، السنة 47، بتاريخ 25 أبريل 1990).

- القانون رقم 88-06 المؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق ل 12 يناير سنة 1988 يعدل ويتمم القانون رقم 86-12 المؤرخ في 19 غشت 1986 المتعلق بنظام البنوك والقرض، (ج ر العدد 16، السنة 27، بتاريخ 13 يناير 1988).

- القانون رقم 86-12 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق ل 19 غشت 1986 يتعلق بنظام البنوك والقرض، (ج ر العدد 34، السنة 23، بتاريخ 20 غشت 1986).

- القانون رقم 83-03 المتعلق بحماية البيئة المؤرخ في 05 فيفري 1983، (ج.ر العدد 06 ، السنة 20، بتاريخ 8 فيفري 1983).

- القانون رقم 64-227 المؤرخ في الفاتح ربيع الأول 1384 الموافق 10 أوت 1964، يتعلق بتأسيس الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط، (ج ر ج ج، العدد 26، السنة الأولى، بتاريخ 25 أوت 1964).

- الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 16 رمضان 1431 الموافق 26 غشت 2010 المعدل والمتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، (ج.ر.ج.ج العدد 50، السنة 47، بتاريخ أول سبتمبر 2010).

- الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، (ج ر ج ج العدد 52 ، السنة 40، بتاريخ 27 غشت 2003).

- الأمر 03-04 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها المؤرخ في 19 يوليو 2003 (ج.ر ج ج العدد 43، السنة بتاريخ 20 يوليو 2003).

- الأمر رقم 03-01 مؤرخ في 18 ذي الحجة عام 1423 الموافق 19 فبراير سنة 2003، يعدل ويتمم الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق 9 يوليو سنة 1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، (ج ر ج ج العدد 12، السنة 40، بتاريخ 23 فبراير سنة 2003).

- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، يتضمن القانون التجاري،(ج.ر ج ج العدد 101، السنة 12، بتاريخ 19 ديسمبر 1975)

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني (ج.ر.ج.ج العدد 78، السنة 12، بتاريخ 30 سبتمبر 1975).

- المرسوم التشريعي 93-10 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 الموافق ل 23 مايو سنة 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، (ج ر رقم 34، السنة 30، بتاريخ 23 مايو 1993).

- المرسوم الرئاسي رقم 15-119 المؤرخ في 24 رجب عام 143الموافق 13 مايو سنة 2015 يتضمن قبول تعديلات الدوحة المدخلة على بروتكول كيوتو حول اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ المنعقدة بالدوحة، قطر في 08 ديسمبر سنة 2012، (ج ر العدد 26، السنة 52 بتاريخ 20 مايو سنة 2015).

- المرسوم التنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 مايو 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، (ج ر العدد 24 السنة 52 بتاريخ 13 مايو سنة 2015).

- المرسوم الرئاسي رقم 04-144 المؤرخ في 28 أفريل 2004 المتضمن التصديق على بروتوكول كيوتو حول اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ المحرر بكيوتو في 11 ديسمبر 1997، (ج ر ج ج العدد 29، السنة 41، بتاريخ 9 مايو سنة).

- المرسوم رقم 85-85 المؤرخ في 10 شعبان 1405 الموافق 30 أفريل 1985، والمتضمن انشاء بنك التنمية المحلية وتحديد قانونه الأساسي، (ج ر ج ج، العدد 19، السنة 22، بتاريخ أول مايو سنة 1985م).

- المرسوم التنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 26 محرم عام 1429 الموافق 3 فبراير سنة 2008، يعدل المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، (ج ر ج ج العدد 07، السنة 45، بتاريخ 10 فبراير سنة 2008).

- المرسوم التنفيذي 07-145 المؤرخ في 19 ماي 2007 (ج ر رقم 34 بتاريخ 22 ماي 2007) المحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة موجز التأثير على البيئة والذي ألغى

- المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006، المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 3 فبراير سنة 2008، (العدد 56، السنة 43، بتاريخ 11 سبتمبر سنة 2006).

- المرسوم التنفيذي رقم 02-127 المؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق 7 أبريل سنة 2002 والمتضمن انشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها المعدل و المتمم، (ج ر ج ج، العدد 23، الشنة 39، بتاريخ 7 أبريل 2002.

- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات،(ج.ر ج ج العدد 40، السنة 27، بتاريخ 19 سبتمبر 1990).

- المرسوم التنفيذي رقم 90-78 المؤرخ في 27 فيفري1990، المتعلق بدراسة التأثير في البيئة المؤرخ (ج ر العدد 10، السنة 27، بتاريخ 7 مارس 1990).

7-أنظمة مجلس النقد والقرض

- النظام رقم 2020-04 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس سنة 2020 ، المتعلق بسوق الصرف ما بين المصارف وبعمليات الخزينة بالعملة الصعبة وبأدوات تغطية خطر الصرف (ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020).

- النظام رقم 2020-03 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرف(ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020).

- النظام رقم 2020-02 المؤرخ في 20 رجب 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية(ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020).

- النظام رقم 2020-01 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية (ج.ر.ج.ج العدد 16 بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق ل 24 مارس 2020).

- نظام مجلس النقد والقرض رقم 18-02 المؤرخ في 26 صفر 1440 الموافق 4 نوفمبر 2018 المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية (ج.ر.ج.ج العدد 73 بتاريخ أول ربيع الثاني 1440 الموافق 9 ديسمبر 2018).

- النظام رقم 17-01 المؤرخ في 16 شوال عام 1438 الموافق 10 يوليو 2017، يتعلق بسوق الصرف بين المصارف وبأدوات خطر الصرف (ج ر ج ج، العدد 55 السنة 54 الموافق 5 محرم عام 1439 الموافق 26 سبتمبر 2017).

- نظام مجلس النقد والقرض رقم 14-02 المؤرخ في 16 ربيع الثاني 1435 الموافق ل 16 فبراير 2014 المتعلق بالمخاطر الكبرى والمساهمات (ج ر ج ج العدد 56، السنة 51، الصادرة في 25 سبتمبر 2014).

- النظام رقم 13-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1434 الموافق 08 أبريل سنة 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية (ج ر ج ج، العدد 29 السنة 50 الصادرة في 22 جوان 2013).

- النظام رقم 12-01 مؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير 2012 يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.

- النظام رقم 11-08 مؤرخ في 03 محرّم عام 1433 الموافق 22 نوفمبر سنة 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية (ج ر ج ج العدد 47 السنة 48 بتاريخ 28 غشت 2012).

- النظام رقم 11-04 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1432 الموافق 24 مايو سنة 2011، يتضمن تعريف وقياس ورقابة خطر السيولة.()

- النظام 11-03 المؤرخ في 21 جمادى الثاني 1432 الموافق ل 24 مايو 2011 المتعلق برقابة المخاطر ما بين البنوك.

- النظام رقم 09-05 المؤرخ في 29 شوّال 1430 الموافق 18 أكتوبر سنة 2009 ، يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية ونشرها (ج ر ج ج العدد 76 السنة 46 بتاريخ 29 ديسمبر 2009).

- النظام رقم 09-04 المؤرخ في أول شعبان عام 1430 الموافق 23 يوليو سنة 2009، يتضمن مخطط الحسابات البنكية و القواعد المحاسبية المطبقة على البنوك و المؤسسات المالية.

- النظام رقم 04-03 المؤرخ في 12 محرم عام 1425 الموافق ل 04 مارس 2004 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية (ج ر ج ج العدد 35 السنة 41 الصادرة في 2 يونيو 2004).

- النظام رقم 91-08 المؤرخ في 04 صفر 1412 الموافق 14 عشت 1991، يتضمن تنظيم السوق النقدية.

8-القرارات المتضمنة المصادقة على أنظمة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها

- قرار مؤرخ في 14 شعبان عام 1436 الموافق 2 يونيو سنة 2015، المتضمن الموافقة على نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01 المؤرخ في 15 أبريل 2015 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، (ج ر ج ج، العدد 55، السنة 52، بتاريخ 21 أكتوبر 2015).

– قرار مؤرخ في 30 صفر عام 1433 الموافق ل 24 يناير 2012، يتضمن التصديق على نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 12–01 المؤرخ في 17 رجب عام 1433 الموافق 12 يناير 2012 الذي يعدل ويتمم النظام رقم 97–03 المؤرخ في 17 رجب عام 1418 الموافق 18 نوفمبر 1997 والمتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة (ج ر ج ج العدد 87، السنة 34، بتاريخ 29 ديسمبر 1997) (ج ر ج ج، العدد 41، السنة 49، بتاريخ 15 يوليو سنة 2012).

– قرار مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1425 الموافق 23 يناير سنة 2005، يتضمن الموافقة على نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 04–02 المؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق 10 نوفمبر 2004، والمتعلق بشروط التداول خارج البورصة للسندات المسعرة في البورصة، (ج ر ج ج، العدد 22، السنة 42، بتاريخ 16 صفر عام 1426 الموافق 27 مارس 2005).

– قرار مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1425 الموافق 23 يناير سنة 2005، يتضمن الموافقة على نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 04–01 المؤرخ في 20 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 08 يوليو سنة 2004، الذي يعدل و يتمم نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96–02 المؤرخ في 06 صفر 1417 الموافق 22 يونيو سنة 1996، المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات و الهيئات التي تلجأ علنية إلى الادخار عند اصدارها قيما منقولة (ج ر ج ج، العدد 22، السنة 42، بتاريخ 16 صفر عام 1426 الموافق 27 مارس 2005).

– قرار مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1421 الموافق 2 يونيو سنة 2000، يتضمن الموافقة على نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 2000–02 المؤرخ في 14 شوال عام 1420 الموافق 20 يناير سنة 2000، والمتعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف المؤسسات التي تكون قيمها مسعرة في البورصة، (ج ر ج ج، العدد 50، السنة 37، بتاريخ 16 غشت سنة 2000).

- قرار مؤرخ في 6 شعبان عام 1418 الموافق 6 ديسمبر سنة 1997، يتضمن التصديق على نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-04 المؤرخ في 24 رجب عام 1418 الموافق 25 نوفمبر 1997 والمتعلق بهيئات التوظيف الجماعي في القيم المنقولة (هـ.ت.ج.ق.م)، (ج ر ج ج، العدد 87، السنة 34، بتاريخ 29 ديسمبر 1997).

- قرار مؤرخ في 16 شعبان 1417 الموافق 28 ديسمبر 1996، يتضمن التصديق على نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96-02 المؤرخ في 22 يونيو سنة 1996 والمتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علانية إلى الادخار عند إصدارها قيما منقولة، (ج ر ج ج، العدد 36، السنة 34، بتاريخ أول يونيو 1997).

- تقرير 2003.

9-مقررات و تعليمات بنك الجزائر

- مقرر رقم 98-04 مؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1419 الموافق 27 يوليو سنة 1998، يتضمن اعتماد بنك، (ج ر ج ج، العدد 3، السنة 35، بتاريخ 26 غشت 1998).

- التعليمة رقم 2021-01 المؤرخة في 21 نوفمبر 2021 المعدلة و المتممة للتعليمة رقم 08-2016 المؤرخة في 1 سبتمبر 2016 المتعلقة بكيفيات تحديد معدلات الفائدة المفرطة.

- تعليمة البنك المركزي رقم 14-02 المؤرخة في 29 سبتمبر 2014 المتضمنة نسبة العلاوة المستحقة بموجب المساهمة في صندوق ضمان الودائع المصرفية.

10- التقارير

- مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، كشف البيانات المتعلقة بتأثير الشركات على المجتمع: الاتجاهات والقضايا الراهنة، 2004.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1-Les ouvrages

- Abdelkrim Naas, Le système bancaire algérien : de la décolonisation à l'économie de marché, éd Maisonneuve & Larose, Paris, 2003.
- Alain Couret , collectif, Droit financier , éd Dalloz, 2e éd, paris, 2012.
- Alain Couret et Hervé Le Nabasque, Collectif, les défis actuels du droit financier, Joly éditions et lextenso éditions, paris, 2010.
- Alexandre Touma, l'investissement responsable, Revue Banque éd, paris, 2018.
- Brigitte Peraira, la responsabilité pénale des entreprises, éd EMS, paris, 2011.
- Christian Gavalda et Jean stoufflet, Droit bancaire, 9èm e éd, éd LexisNexis, paris, 2015.
- Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, Collectif, Le développement durable, éd La documentation française, paris, 2010.
- Eric Lamarque, collectif, Gouvernance et prise de décision : les questions qui dérangent, Eyrolles et Edition d'Organisation, paris, 2011.
- Eric Lamarque, Collectif, Management de la banque : risque, relation client organisation, 3ème éd, éd Pearson, 2011,
- Dominique Carreau et Patrick Juillard, Droit international économique, Dalloz éd, 4ème éd, paris, 2010.
- Emmanuel Arnaud, Arnaud Berger et Christian de Perthius, Le développement durable, éd Natan, paris, 2011.
- Fatiha Taleb Mézaour, Droit des marchés financiers : Notion et Régime Juridiques des produits dérivés négociés sur le marché de gré à gré et consacrés en partie expressément par le droit Algérien, éd Dar El Quods El arabi, oran, 2014.
- Frederic Mishkin, Monnaie, banque et marchés financiers , 8ème éd, Pearson Education, Paris, 2008.
- Gaëtan Marain, La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises, éd Presse Universitaire D'Aix-Marseille – PUAM, AIX-EN-PROVENCE, France,2016.
- Geneviève Causse-Broquet, la finance islamique, 2ème éd, édition Revue Banque, paris, 2012.
- Jacqueline Morand Deviller, Droit administratif, Edition Montchrestien, 11ème édition, paris, 2009,
- Jean-Marc Béguin et Arneaud Bernard, l'essentiel des techniques bancaires, Eyrolles et Edition organisation, paris, 2ème tirage, 2010.

- John HULL , Gestion des risques et institutions financières, éd Pearson Education,6ème éd, 2007.
- Michel Dion, Collectif, la criminalité financière : prévention, gouvernance et influence culturelle, éd de boeck, Bruxelle, 2011.
- Marlène Morin, Banque et développement durable, éd l'Harmattan, paris.
- Michel Rouach et Gérard Naulleau, contrôle et gestion bancaire & direction financière, Revue banque éd, 6ème éd, paris.
- Paul DIDIER et Philippe DIDIER, Les sociétés commerciales, Tome 2, éd Point Delta et Economica, paris, 2011.
- Menouer Mustapha, Droit de la concurrence, éd Berti, 2013.
- Paul le Cannu et Bruno Dondero, droit des sociétés, 3ème éd, éd Montchrestien et Alpha édition et lextenso édition, paris, 2010, .
- Paul Didier et Philippe Didier, les sociétés commerciales, éd Economica et Point Delta, Tome 2, paris, 2011.
- Pauline abadie, entreprise responsable et environnement : Recherche d'une systématisation en droits français et américain, éd Bruylant, Bruxelles, 2013,
- Rachid Zouaïmia, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, édition Houma, Alger, 2005,
- Richard Routier, Obligations et responsabilité du banquier, 4e éd, Dalloz éd, paris, 2017.
- Thierry Bonneau, Droit bancaire, 9ème éd, Montchrestien Lextenso édition, paris .2011.
- Véronique Magnier, collectif, La gouvernance des sociétés cotées face à la crise, éd L.G.D.J et Alpha éd, 2011.

2-Thèses.

- Rim Boussada, « L'impact de la gouvernance bancaire et de la relation bancaire sur le risque de crédit : cas des banques tunisiennes », thèse de Doctorat es sciences économiques, université de Bordeaux IV et université de Tunis, Institut supérieur de gestion de Tunis, Soutenue le 14 septembre 2012, (source internat).
- Vincent Dessain, « la communication extra-financière des entreprises : déterminant et enjeux. Une analyse comparative d'entreprise dans plusieurs pays européens », Thèse présentée pour l'obtention du titre de docteur en sciences de l'information et de la communication, sous la direction de Mr le professeur Luc QUONIAM, université de paris 8, 24/01/2012.

3-Articles

- Antoine de Ravignan, la finance peut-elle être responsable ?, revue Alternatives économiques, Hors-série, n° 75, 1IER septembre 2008.
- Bernard BERDOU, Dirigeants de fait, votre responsabilité personnelle peut être engagée .source internet.
- Camille Dorival, Epargner solidaire pour créer du lien social, revue Alternatives économique, n° 242, décembre 2005.
- Christian Gavalda, La responsabilité du banquier en cas de faillite de l'entreprise financée , les cahiers de droit. vol 22, N° 3-4, 1981 .erudit.org/en/journals/cd1/1981-v22-n3-4-cd3749/042457ar.pdf téléchargé le 09/06/2022.
- Eric Tort, Nouvelle obligations, d'informations périodique en 2007 pour les sociétés cotées, Revue française de comptabilité, N° 395, novembre 2007.
- Gérard Mondello,_ la responsabilité environnementale des préteurs, difficultés juridiques et ensemble des possibles, Ed l'actualité économique, vol 88 , n° 2.
- Gisèle Belem, Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable ? L'expérience de l'industrie minière du Mali, thèse présentée comme exigence partielle du doctorat en sciences de l'environnement, l'Université du Québec à Montréal, Canada, 2009.
- Julien Batac, « Quelle gouvernance pour une banque responsable ? », Revue banque, juillet- août 2012, N° 750.
- Julien Jacob, Prévention ou innovation ? Vers une nouvelle définition de la gestion publique des risques technologiques, Revue d'économie politique, Edition Dalloz, N° 04, juillet –aout 2016.
- Marie-Anne Barbat-Layani, Accompagner des projets complexes parfois très risqués sur le long terme , Revue banque, septembre 2015, n ° 787.
- Sandrine Spaeter, Les firmes face à leur responsabilité environnementale ,Revue Problèmes économiques, mercredi 24 novembre 2004.
- Séverine Leboucher, comment l'environnement s'invite dans les décisions des banques, revue Banque, N° 787, septembre 2015.
- Thierry Granier, l'absence de responsabilité des agences de notation extra financière, Bultin Joly Bourse, N° 09 du 30/09/2014.
-Jean Batist Racine, La valeur juridique des codes de conduit privés dans le domaine de l'environnement, Revue juridique de l'Environnement, n° 4, 1996, P 410.

https://www.persee.fr/doc/rjen_0397-0299_1996_num_21_4_3315.تم تحميل الرابط في 14 أكتوبر 2020

- Bernard BERDOU, Dirigeants de fait, votre responsabilité personnelle peut être engagée .source internet.

- Thierry Sénéchal, Un aperçu des expériences étrangères : le Superfund américain, 10 septembre 2007. thierry.sénéchal@post.harvard.edu

4-Lois et textes règlementaire

- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligation de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

- Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'information non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, JORF n° 0169 du 21 juillet 2017, texte n° 13.

- Directive 2014/95/UE du parlement européen et du conseil du 22 actobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

- Directive 2004/35/CE responsabilité Européenne.

- Le code de commerce Français.

- Le code de la consommation français.

- Le code monétaire et financier français.

- Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, JORF n° 0169 du 21 juillet 2017, texte n° 13.

- Le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligation de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

5-Site internet.

joradp.dz

https//www.bank-of-algeria

http//www.bis.org/bcbs/charter.htm#purpose_role (2017/07/ 29 تمت زيارة الموقع يوم)

http//www.bis.org/bcbs/membership.htm (2017/07/ 29 تمت زيارة الموقع يوم)

Legifrance.gouv.fr. 14:00 تمت زيارة الموقع يوم 06 نوفمبر 2019 على الساعة

Etude du rapport annuel de la commission bancaire, 1994, source internet.

Pierre-Ives Gomez, rapport 2014 sur les entreprises faisant référence au code de gouvernance MIDDLENEXT, Institut Français de Gouvernement des Entreprises, les publications de l'I.F.G.E., mai 2015.

تمت زيارة الموقع في ديسمبر 2021. Drive.google.com/file/d/1yn8wjtLo3Yh9cb8ZcRbfj08eg1Ylr/view

آخر زيارة cdn.greenpeace.fr/site/uploads/2018/10/Raport-clinique-final-septembre-2018-.pdf .2022/07/29

تمت زيارة الموقع يوم 21جوان 2020 على الساعة 11:45 Equator-principles.com/members-reporting/ ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر(GOAL08) .

تمت زيارة الموقع آخر مرة بتاريخ 12 جوان 2022، على الساعة 20:00. un.org/ar/

الفهـرس

الموضوع..... الصفحة
المقدمة..... 01
الباب الأول: الإطار القانوني لعلاقة البنك بعناصر وأهداف التنمية المستدامة..... 10
الفصل الأول: مدى حماية البنك للبيئة..... 12
المبحث الأول: أثر مبدأ عدم مسؤولية البنك والالتزامات المهنية البنكية على حماية البنك للبيئة... 13
المطلب الأول: مفهوم مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات وأثره على حماية البيئة..... 14
الفرع الأول: مضمون مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات ومبرراته..... 14
أولا- مضمون المبدأ وأساسه القانوني..... 14
1- مضمون المبدأ..... 15
2- الأساس القانوني لمبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات..... 16
ثانيا- مبررات مبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الإعتمادات..... 18
1- المبررات القانونية لمبدأ عدم مسؤولية البنك موزع الاعتمادات..... 18
أ- انفصال عقد الائتمان عن نشاط الزبون المحدث للضرر البيئي..... 18
ب- عدم جواز التوسع في تحميل البنك المسؤولية الموضوعية..... 19
2- المبررات الاقتصادية لمبدأ عدم مسؤولية البنك..... 21
الفرع الثاني: موقف الفقه حول دور البنوك في حماية البيئة..... 22
أولا- الإتجاه الرافض لعلاقة البنك بحماية البيئة..... 23
ثانيا- نقص الاهتمام بالجانب البيئي قبل السبعينات..... 24
1- مرحلة أولية التنمية والتطور الاقتصادي على حماية البيئة..... 24
2- مرحلة إصدار المواثيق والقوانين المتعلقة بالبيئة..... 26
ثالثا- ظهور جانب من الفقه يطالب البنك بأن يلعب دورا إيجابيا في حماية البيئة..... 28
المطلب الثاني: الالتزامات البنكية في منح الاعتمادات وأثرها على التزام البنك بحماية البيئة..... 31
الفرع الأول: التزام بذل العناية..... 31
أولا- الأساس القانوني لالتزام بذل العناية..... 32
ثانيا- معيار حسن النية في التزام بذل العناية..... 32

الفرع الثاني: التزام الاستعلام..... 34
أولا- واجب الاستعلام..... 34
1- تعريف واجب الاستعلام..... 35
2- الطبيعة القانونية لواجب الاستعلام..... 35
3- ضرورة تخصيص جهاز الاستعلام في البنك..... 36
أ- الجهاز الخاص بالاستعلام..... 36
ب- الجهاز الخاص بالتحليل..... 37
4- مضمون الإستعلام..... 37
أ- الإستعلام حول هوية وشخصية الزبون..... 37
ب- الاستعلام حول نزاهة الزبون..... 39
ج- الاستعلام حول الوضعية المالية للزبون..... 39
د- الإستعلام حول العملية..... 40
- المشاريع الخاضعة لدراسة التأثير على البيئة..... 43
- مضمون دراسة التأثير..... 44
5- مصادر المعلومات التي يتحصل عليها البنك..... 45
أ- الزبون..... 45
ب- المصادر البنكية لتحصيل المعلومات..... 46
- المصادر الداخلية تحصيل المعلومات قبل منح الإئتمان..... 46
- النظام البنكي و المالي كمصدر من مصادر المعلومات..... 47
ج- الشركات المتخصصة في الاستعلام والتصنيف الإئتماني..... 47
الفرع الثالث: واجب المراقبة..... 48
أولا- مضمون الالتزام بالمراقبة..... 48
ثانيا- صور المراقبة..... 49
1- مراقبة استعمال الأموال وفقا للمتفق عليه..... 49
2- مراقبة وضعية ومشروع الزبون برمته..... 50

ثالثا- حدود المراقبة الواجبة..... 50
الفرع الرابع: الإلتزام بالحيطة والحذر..... 50
المطلب الثالث: أثر الالتزام بعدم التدخل بأعمال الزبون والاستثناءات الواردة عليه على دور البنك في حماية البيئة..... 52
الفرع الأول: مفهوم الالتزام بعدم التدخل في أعمال الزبون..... 52
أولا- تعريف مبدأ التزام البنك بعدم التدخل في أعمال الزبون..... 52
ثانيا- الأساس القانوني لمبدأ التزام البنك بعدم التدخل في أعمال الزبون..... 53
ثالثا- مضمون مبدأ التزام البنك بعدم التدخل في أعمال الزبون..... 54
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على التزام عدم التدخل في أعمال الزبون..... 55
أولا- البنك المسير الفعلي..... 55
1- نشأة نظرية المسير الفعلي..... 55
2- تعريف المسير الفعلي..... 56
3- المسير الفعلي في القانون الجزائري..... 56
4- المسير الفعلي في القانون الفرنسي..... 57
ثانيا- البنك الشريك للزبون..... 58
1- مضمون البنك الشريك للزبون..... 58
1- الشريك الواقعي للزبون..... 58
2- الشريك الفعلي للزبون..... 59
الفرع الثالث: أثر تبني نظرية المسير الفعلي والشريك الفعلي في التشريع والقضاء المقارن على الاعتراف بدور البنك في حماية البيئة..... 60
أولا- في القانون الفرنسي..... 60
ثانيا- في قانون الولايات المتحدة الأمريكية..... 62
ثالثا- الاتحاد الأروبي..... 64
رابعا- النقد الموجه لتطبيق نظرية المسير الفعلي على المسؤولية البنكية في حماية البيئة..... 64
المبحث الثاني: حماية البنك للبيئة في إطار العمليات ذات العلاقة بنشاطها..... 66
المطلب الأول: الأساس القانوني لتدخل البنك لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة..... 68

الفرع الأول: المصلحة العامة والمواطنة البيئية كأساس لضرورة تدخل البنك في حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة..... 69
أولا– حماية البنك للبيئة تحقيقا للمصلحة العامة..... 69
1– فكرة المرفق العام كأساس لمزاولة النشاط البنكي..... 69
2– فكرة المصلحة العامة كأساس لقواعد حماية البيئة..... 72
ثانيا– المواطنة البيئية..... 72
ثالثا– الاستجابة لطلب حماية البيئة النابع عن أصحاب المصالح..... 73
الفرع الثاني: أثر المجتمع المدني في تبني القواعد البيئية في إطار التنمية المستدامة من طرف البنوك والأسواق المالية..... 74
أولا: ضغط المنظمات غير الحكومية على البنوك والبورصات..... 74
1– المنظمات الدولية غير الحكومية ذات الاختصاص الواسع..... 75
2– دور المنظمات غير الحكومية المتخصصة في المجال البنكي والمالي..... 79
أ– مبادرة التقرير الشامل..... 79
ب– العهد الدولي..... 80
الفرع الثالث: الأساس القانوني للالتزام البنك بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في المعاهدات الدولية..... 80
أولا: الالتزام البنكي بحماية البيئة في إطار أحكام قواعد القانون الدولي ومبادئ الإكواتور.....81
1– أحكام مبادئ الإكواتور..... 81
2– قواعد الاتحاد الأوروبي..... 84
ثانيا: الأساس القانوني للتكريس دور البنك في حماية البيئة في القانون الفرنسي..... 85
المطلب الثاني: أثر العمليات ذات العلاقة بنشاط البنوك على حماية البيئة كهدف للتنمية المستدامة..... 86
الفرع الأول: تزايد دور البنوك في حماية البيئة كأحد أهداف التنمية المستدامة من خلال دورها الأسواق المالية والبورصة..... 86
أولا: مفهوم البورصة والأسواق المالية..... 87
1– تعريف البورصة..... 87

أ- تعريف البورصة في القانون الجزائري..... 87
ب- العلاقة بين البورصة والأسواق المالية والنظام المالي..... 88
ثانيا: البنك ضمن هياكل البورصة..... 89
ثالثا- البنك كجزء من منظومة تداول القيم المنقولة والمنتجات المالية..... 92
1- البنوك ضمن هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة..... 92
2- البنك كوسيط في البورصة يسهر على "المذكرة الإعلامية"..... 93
3- علاقة البنك بالشركة المصدرة للقيم المنقولة..... 93
الفرع الثاني: أهم العمليات المرتبطة 94
أولا: القيم المنقولة..... 94
ثانيا: الأدوات المالية الحديثة..... 95
1- التوريق..... 95
2- المشتقات المالية..... 100
أ- عقود الخيار..... 101
ب- عقود المقايضات والمبادلات..... 101
ج- العقود المستقبلية..... 102
د- العقود الآجلة..... 103
ثالثا: البنوك المساهمة في الشركات..... 103
الفرع الثالث: تحديد علاقة البنك بحماية البيئة من خلال النشاط البنكي المتعلق بالعمليات
ذات العلاقة بنشاطها..... 105
أولا: مضمون علاقة العمليات ذات العلاقة بنشاطها بحماية البنك للبيئة..... 106
1- ارتباط الاستشارة والتسيير المالي والهندسة المالية بحماية البيئة..... 106
الفصل الثاني: المسؤولية الاجتماعية للبنوك وحماية المستهلك..... 110
المبحث الأول: المسؤولية الاجتماعية للبنوك..... 111
المطلب الأول: الإطار القانوني للمسؤولية الاجتماعية للبنوك في إطار التنمية المستدامة..... 111
الفرع الأول: مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات..... 112

أولا: المسؤولية الإجتماعية للشركات والمفاهيم القريبة منها..... 112
1- المسؤولية الاجتماعية وحوكمة الشركات..... 113
2- العمل التطوعي والخيري..... 114
3-التنمية المستدامة..... 114
ثانيا: تعريف المسؤولية الإجتماعية..... 116
1- التعريف الفقهي..... 116
2- التعريف المؤسساتي للمسؤولية الاجتماعية للشركات..... 117
الفرع الثاني: أهمية المسؤولية الاجتماعية للبنوك..... 118
أولا: ظهور مفهوم المسؤولية الاجتماعية وارتباطه بأصحاب المصالح..... 119
ثانيا: المصلحة الاجتماعية للشركة من منظور قانوني واقتصادي..... 120
المطلب الثاني: الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية كتجسيد للمسؤولية الاجتماعية للبنوك.. 123
الفرع الأول: مفهوم الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية..... 124
أولا: ظهور مفهوم الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية..... 124
ثانيا: تعريف الاستثمار المسؤول اجتماعيا..... 126
1- التعريف الفقهي..... 126
2- التعريف المؤسساتي..... 126
ثالثا: الفرق بين الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية والادخار والحق في القرض..... 127
رابعا: مضمون الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية بالنسبة للبنك والاستراتيجيات المرافقة له 128
1- المقاربة السلبية..... 128

2- المقاربة الإيجابية..... 129

3- المقاربة الاستباقية..... 130

الفرع الثاني: الإطار القانوني للاستثمار المسؤول اجتماعيا..... 131

أولا: في القانون الفرنسي..... 131

ثانيا: في القانون الجزائري..... 133

الفرع الثالث: ارتباط الاستثمار المتسم بالمسؤولية الاجتماعية بشركات الاستعلام والتصنيف

الائتماني ووكالات التنقيط..... 133

أولا: أثر التنقيط على التنافسية في البنوك..... 134

ثانيا: الجهة المختصة بمنح الرخصة لشركات الاستعلام والتصنيف الائتماني..... 135

ثالثا: طريقة عمل شركات التنقيط الاستعلام والتصنيف الائتماني..... 136

رابعا: أهمية التقييس على أسس غير مالية..... 137

خامسا: وكالات التنقيط على أسس غير مالية..... 138

سادسا: الانتقادات المقدمة لوكالات التنقيط والتقييس على أسس غير مالية..... 139

المطلب الثالث: إعلان البنوك للامتثال لقواعد التقييس والمعايير على أسس غير مالية أو

لمدونات السلوك..... 141

الفرع الأول: مفهوم مدونات السلوك..... 142

أولا: تعريف مدونات السلوك..... 143

ثانيا: تقسيمات مدونات السلوك..... 144

ثالثا: أهمية مدونات السلوك بالنسبة للبنوك..... 145

الفرع الثاني: النظام القانوني لمدونات السلوك وأثر مخالفتها..... 145

أولا: التكييف القانوني لمدونات السلوك التي ينضم إليها البنك..... 146

1- مدونات السلوك الدولية..... 146

2- مدونات السلوك المهنية..... 149

ثانيا: التكييف القانوني لمدونات السلوك التي تضعها البنوك..... 150

ثالثا: الرقابة الإدارية على التزام البنوك بأخلاقيات المهنة ومدونات السلوك..... 152

المطلب الرابع: الصيرفة الإسلامية في الجزائر 153
الفرع الأول: الإطار القانوني للصيرفة الإسلامية في الجزائر 154
أولا: مفهوم الصيرفة الإسلامية 155
ثانيا: الإطار القانوني للصيرفة الإسلامية 162
ثالثا: شروط ممارسة الصيرفة الإسلامية 163
1- الحصول على رخصة 163
2- الاستجابة للمتطلبات القانونية الخاصة بمزاولة الصيرفة الإسلامية 163
3- المساهمة ضمن صندوق ضمان الودائع المصرفية 165
الفرع الثاني: أهم عمليات الصيرفة الإسلامية 165
أولا: المرابحة 166
ثانيا: المشاركة 167
ثالثا: المضاربة 168
المبحث الثاني: حماية المستهلك في إطار التنمية المستدامة 170
المطلب الأول: النطاق الشخصي والموضوعي لحماية المستهلك 172
الفرع الأول: مفهوم المستهلك والمهني في المجال البنكي 173
أولا: التعريف الاقتصادي والتشريعي للمستهلك 173
1- التعريف الاقتصادي للمستهلك 174
2- التعريف القانوني للمستهلك 174
ثانيا: مفهوم المهني في المجال البنكي 175

1- المهني مقدم الخدمة..... 177

2- المهني المستهلك..... 177

الفرع الثاني: نطاق حماية المستهلك من حيث الموضوع..... 178

أولا: نطاق حماية المستهلك في الخدمات البنكية..... 179

1- الخدمات المالية..... 179

2- المنتوج أو الخدمة الجديدة..... 180

المطلب الثاني: القواعد الخاصة بحماية المستهلك في إطار القانون البنكي..... 182

الفرع الأول: صندوق ضمان الودائع المصرفية..... 182

أولا: أهمية ونشأة صناديق ضمان الودائع البنكية..... 183

ثانيا: نقد دور صناديق ضمان الودائع البنكية..... 183

ثالثا: مقارنة بين صندوق ضمان الودائع البنكية والتأمين..... 184

رابعا: الإطار القانوني لصندوق ضمان الودائع المصرفية..... 186

1- الإطار القانوني لضمان الودائع المصرفية..... 187

2- الطبيعة القانونية لصندوق ضمان الودائع المصرفية..... 188

خامسا: شروط و إجراءات استيفاء المبالغ المستحقة للمودعين..... 190

1- شروط اللجوء لاستيفاء المبالغ المودعة من صندوق ضمان الودائع المصرفية..... 190

2- الإجراءات المتبعة لاستيفاء المبالغ المستحقة..... 192

3- الإجراءات المتبعة بعد تسديد مستحقات المودعين..... 193

الفرع الثاني: واجب إعلام الزبون..... 194

أولا: الإعلام الشفاف الواضح بخصوص الأسعار والعمولات..... 195
1- الإعلام بخصوص الأسعار والعمولات المطبقة..... 195
2- الخدمات المصرفية المجانية..... 197
3- الامتناع عن الإشهار الكاذب..... 198
ثانيا: بخصوص الشروط التعاقدية..... 198
الفرع الثالث: حق الرجوع عن التعاقد..... 199
المطلب الثالث: دور القضاء في الرقابة على الشروط التعسفية..... 200
الفرع الأول: مجال الشروط التعسفية..... 200
أولا: ارتباط الشروط التعسفية بعقد الإذعان..... 201
1- عقود الإذعان وعقد الإطار في المعاملات البنكية..... 201
2- تبرير استعمال عقد الإذعان..... 202
3- عنصر الإرادة في عقد الإذعان..... 203
ثانيا- الطبيعة القانونية لعقد الإذعان..... 204
1- الفقه المنكر لصفة العقد على عقد الإذعان..... 204
2- الفقه المؤيد لصفة العقد على عقد الإذعان..... 205
الفرع الثاني: الشروط التعسفية في عقد الإذعان..... 205
أولا: إرتباط الشروط التعسفية بعقد الإذعان..... 206
ثانيا: تعريف الشرط التعسفي..... 206
ثالثا: الحماية القانونية من الشروط التعسفية..... 206

رابعا: مضمون الشروط التعسفية..... 207
الفرع الثالث: دور القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية..... 208
أولا: حالة البنود التي تدخل ضمن قائمة الشروط التعسفية..... 208
ثانيا: البنود غير المتضمنة في قائمة الشروط التعسفية..... 208
2- حدود القاضي في التعامل مع الشروط التعسفية..... 209
الباب الثاني: آليات تفعيل دور البنك في تحقيق أهداف التنمية المستدامة..... 211
الفصل الأول: حوكمة البنوك..... 213
المبحث الأول: الإطار القانوني للحوكمة..... 214
المطلب الأول : الإطار النظري لحوكمة البنوك..... 214
الفرع الأول: مفهوم حوكمة البنوك..... 215
أولا: تعريف الحوكمة..... 215
1- الحوكمة لغة..... 215
2- الحوكمة إصطلاحا..... 216
أ- تعريف حوكمة الشركات وفقا للمفهوم الضيق..... 216
ب- تعريف حوكمة الشركات وفقا للمفهوم الواسع..... 217
ثانيا: مفهوم الحوكمة لدى بعض الهيئات الدولية..... 218
1- مفهوم الحوكمة حسب البنك الدولي 1999..... 219
2- مفهوم الحوكمة حسب لجنة بازل..... 219
3- مفهوم الحوكمة حسب شركة التمويل الدولية..... 220

4- مفهوم حوكمة الشركات حسب لجنة كادبوري..... 220
5- مفهوم حوكمة الشركات حسب منظمة التعاون الاقتصادي للتنمية..... 220
6- مفهوم حوكمة الشركات حسب المنتدى العالمي لحوكمة الشركات..... 221
7- دليل حوكمة الشركات في الجزائر..... 221
ثالثا: الهدف من حوكمة الشركات..... 222
رابعا: مبادئ حوكمة الشركات وفق منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية..... 223
الفرع الثاني: أهم النظريات المؤسسة لحوكمة الشركات..... 224
أولا: أهم النظريات المتعلقة بالحوكمة..... 224
1- نظرية الوكالة..... 225
2- نظرية المضيف..... 226
3- نظرية تكلفة المعاملة..... 226
4- نظرية أصحاب المصالح..... 227
5- نظرية التجذر..... 227
6- نظرية المنشأة..... 228
7- نظرية حسن النية..... 229
ثانيا: الحلول المقترحة..... 230
الفرع الثالث: دور الأزمات في ظهور الحوكمة..... 231
الفرع الرابع: أهمية ودور الحوكمة المصرفية..... 234
أولا: أهمية الحوكمة البنكية بالنسبة للبنوك والنظام المصرفي..... 234

ثانيا: أثر حوكمة البنوك على التزام الزبائن بمبادئ الحوكمة..... 237
المطالب الثاني: ركائز الحوكمة البنكية في القانون الجزائري والقانون المقارن..... 238
الفرع الأول: الإطار القانوني لحوكمة البنوك في القانون الجزائري..... 239
الفرع الثاني: الإطار القانوني للحوكمة في القانون المقارن..... 244
المبحث الثاني: الأجهزة المسئولة على الحوكمة في البنوك..... 247
المطلب الأول: الجهاز التنفيذي..... 247
المطلب الثاني: هيئة المداولة..... 249
الفرع الأول: مجلس الإدارة..... 249
أولا: تعريف مجلس الإدارة..... 250
ثانيا: تشكيلة مجلس الإدارة..... 251
ثالثا: رئيس مجلس الإدارة والمدير العام..... 257
رابعا: اللجان المساعدة لمجلس الإدارة..... 258
1- لجنة المكافآت..... 258
2- لجنة التعيينات..... 260
3- اللجنة التنفيذية..... 261
4- لجنة إدارة المخاطر..... 262
5- لجنة الأخلاقيات أو الإمتثال..... 262
خامسا: صلاحيات ومهام مجلس الإدارة..... 262
1- وضع السياسات والتخطيط..... 263

2- توزيع الاختصاصات والمهام في البنك..... 263
3- التأكد من التزام وامتثال البنك بقواعد الحوكمة..... 264
4- المساهمة في وضع وتحديد قواعد الحوكمة..... 264
5- تقييم فعالية جهاز الرقابة..... 264
6- اتخاذ الإجراءات التصحيحية..... 265
الفرع الثاني: مجلس المديرين ومجلس المراقبة..... 265
أولا: مجلس المديرين..... 266
ثانيا: مجلس المراقبة..... 268
الفصل الثاني: مسؤولية البنك عن مخالفة مبادئ الحوكمة..... 271
المبحث الأول: الالتزام مبدأ الإفصاح والشفافية والجرائم المتعلقة به..... 271
المطلب الأول: الزام الإفصاح والشفافية وأهميته..... 272
الفرع الأول: مفهوم الزام الإفصاح والشفافية وأهميته بالنسبة للبنك..... 272
أولا: تعريف مبدأ الأفصاح والشفافية..... 273
ثانيا: الأهمية العملية للإفصاح والشفافية..... 273
الفرع الثاني: الإطار القانوني لمبدأ الإفصاح والشفافية..... 275
أولا: الإطار القانوني لالتزام البنوك بالإفصاح والشفافية في القانون الجزائري..... 275
الفرع الثالث: مضمون مبدأ الإفصاح والشفافية..... 276
أولا: مضمون مبدأ الإفصاح..... 271
ثانيا: مفهوم الشفافية..... 277

ثالثا: الإفصاح المالي..... 277
1- أهم البيانات التي يلتزم البنك بتقديمها 279
2- مذكرة لإعلام الجمهور بالنسبة للشركة المصدرة للقيم المنقولة..... 280
رابعا: الإفصاح غير المالي..... 281
1-الإطار القانوني للافصاح غير المالي..... 281
2-الافصاح الاختياري..... 283
الفرع الرابع: الأشخاص الخاضعة للالتزام بالإفصاح..... 284
أولا: البنك كشخص معنوي..... 284
ثانيا: أعضاء مجلس الإدارة ورئيسها..... 285
ثالثا: الملاك..... 285
رابعا: المدراء..... 285
الفرع الخامس: شروط تنفيذ الالتزام بالإفصاح..... 286
أولا: المعلومات الحقيقية..... 286
ثانيا: ألا تكون لا خاطئة ولا مضللة..... 287
ثالثا: أن تكون المعلومات محينة..... 288
رابعا: تنفيذ تعليمات الزبون بكل نزاهة..... 289
الفرع السادس: حدود مبدأ الإفصاح والشفافية..... 289
أولا: مضمون الأسرار المهنية والتجارية والصناعية..... 291
1- الأسرار المهنية للبنوك..... 291

2- الأسرار التجارية والصناعية..... 282

ثانيا: الأشخاص المطالبون باحترام السر..... 293

1- الأشخاص الخاضعة للسر البنكي..... 293

2- الأشخاص الخاضعة لالتزام الافصاح والشفافية الملزمة باحترام السرية..... 294

أ- البنك كشخص معنوي..... 294

ب- أعضاء مجلس الإدارة..... 294

المطلب الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالافصاح والشفافية..... 295

الفرع الأول: مسؤولية البنك عن الاخلال بواجب إعداد ونشر المعلومات المحاسبية..... 295

أولا: الإخلال بواجب إعداد ونشر المعلومات المحاسبية..... 295

1- المسؤولية الإدارية..... 295

أ- اختصاص اللجنة المصرفية بالرقابة الإدارية..... 296

ب- الإجراءات أمام اللجنة المصرفية..... 297

ج- أنواع الرقابة التي تجريها اللجنة المصرفية..... 297

د- قرارات اللجنة المصرفية ضد البنك المخالف..... 298

هـ- الطعن ضد قرارات اللجنة المصرفية..... 299

2- المسؤولية الجزائية 299

أ-أركان جريمة عدم تقديم ونشر المعلومات المحاسبية 300

-الركن الشرعي 300

-الركن المادي 300

-الركن المعنوي 301

ب-العقوبات المقرر للإخلال بواجب إعداد و نشر المعلومات المحاسبية بالنسبة للبنك 301

-العقوبات المتعلقة بالبنك كشخص معنوي 302

-العقوبات المتعلقة بالمسيرين 302

-تحريك الدعوى 303

ثانيا: جريمة تقديم و نشر معلومات غير صحيحة 303

1-تقديم ونشر معلومات غير صحيحة إلى البنك المركزي 303

2-تقديم ونشر البنك معلومات غير صحيحة في البورصة 304

أ-أركان جريمة تقديم ونشر معلومات غير صحيحة في البورصة 304

-الركن الشرعي 304

-الركن المادي 305

❖ الأشخاص المعنية بالإمتناع عن تقديم ونشر معلومات خاطئة أو مضللة 305

❖ مضمون المعلومات الخاطئة أو المضللة 306

-الركن المعنوي 307

ب-العقوبات المقررة 307

❖ العقوبات الجزائية 307

❖ العقوبات المدنية 308

الفرع الثاني: جريمتي تعارض المصالح والعارف بالسر 308

أولا: جريمة تعارض المصالح (Les conflits d'intérêt) 308

1-أركان جريمة تعارض المصالح 309
أ-الركن الشرعي لجريمة تعارض المصالح 309
ب-الركن المادي لجريمة تعارض المصالح 311
-مضمون تعارض المصالح 311
-تعريف تعارض المصالح 312
-حالات تعارض المصالح المنصوص عليها في القواعد العامة 312
- تعارض المصالح المتعلق بتوظيف القيم المنقولة والعمليات المرتبطة 313
-منح القروض للأشخاص المحظورين بموجب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض ... 313
ج-الركن المعنوي 315
د-إجراءات رفع الدعوى 315
هـ-العقوبات المقررة 315
-العقوبات المدنية 315
-العقوبات الإدارية..... 316
❖ المسؤولية الشخصية للأشخاص المحظور عليهم الحصول على القرض 316
❖ مسؤولية البنك كشخص معنوي عن منح القرض المحظور 316
ثانيا: جريمة العارف بالسر 317
1-أركان جريمة العارف بالسر 318
أ-الركن الشرعي 318
ب-الركن المادي لجريمة العارف بالسر 318

-صفة الجاني في جريمة العارف بالسر 319

-الأعمال المحظورة 321

ج-الركن المعنوي 323

2-العقوبات الجزائية المقررة 324

أ-العقوبات الجزائية المتعلقة بالشخص الطبيعي 324

ب- العقوبات المدنية 325

ج-العقوبات الإدارية 325

-العقوبات الإدارية المقررة بموجب المادة 55 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة 326

-ملاحظات بخصوص تطبيق المادة 55 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة على البنوك 327

المبحث الثاني: الرقابة البنكية 330

المطلب الأول: الرقابة الداخلية في البنوك 330

الفرع الأول: الإطار القانوني لوضع الرقابة الداخلية 330

الفرع الثاني: مفهوم الرقابة الداخلية 332

أولا: مفهوم الرقابة 332

ثانيا: تعريف الرقابة الداخلية 332

ثالثا: مستويات الرقابة الداخلية 334

رابعا :أهمية الرقابة الداخلية 334

الفرع الثالث: متطلبات الرقابة الداخلية 337
أولا: وضع جهاز خاص بالرقابة داخلية 338
ثانيا: استقلالية أحهزة الرقابة الداخلية 338
المطلب الثاني: رقابة المطابقة 339
الفرع الأول: الإطار القانوني لالتزام البنك برقابة المطابقة 339
الفرع الثاني: مفهوم رقابة المطابقة 341
أولا: تعريف رقابة المطابقة أو الامتثال 341
ثانيا: تعريف خطر عدم المطابقة 341
ثالثا: الهدف من رقابة المطابقة 342
الفرع الثالث: التزام رقابة المطابقة بالنسبة للمعلومات البيئية، وتلك المتعلقة بالمسؤولية الإجتماعية والحوكمة (ESG) 343
أولا: رقابة المطابقة للمتطلبات القانونية في إطار التنمية المستدامة 343
ثانيا: مطابقة اعمال الشركة مع التوجهات الاستراتيجة للإدارة العامة 344
ثالثا: مطابقة متطلبات الحوكمة 344
رابعا: الرقابة على حماية مصلحة الزبائن و المستهلكين 344
الفرع الرابع: الأجهزة المكلفة برقابة المطابقة 345
أولا: جهاز رقابة خطر عدم المطابقة 345
1: جهاز رقابة عدم المطابقة في البنك 345
2: هيئة الرقابة الشرعية 346

ثانيا: تعيين مسؤول عن رقابة المطابقة 347

الفرع الرابع: شروط نجاح جهاز رقابة المطابقة في مهامه 349

أولا: الاستقلالية 349

ثانيا: إعلام الأجهزة التنفيذية و المراقبين عن كل حالة 351

ثالثا: إعداد تقرير 351

رابعا: التأكد من نجاعة الإجراءات دوريا 352

خامسا: توفر جهاز المطابقة على الأجهزة الضرورية للقيام بعملهم..... 353

سادسا: التأكد من قيام البنك بتحليل المخاطر المتعلقة بالمنتجات الجديدة..... 353

المطلب الثالث: مسؤولية البنك في إطار الرقابة الداخلية و رقابة المطابقة 353

الفرع الأول : الجهات المسؤولة على الرقابة الداخلية و رقابة المطابقة في البنك 353

أولا: الجهاز التنفيذي و هيئة المداولة 354

2-مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة 354

3-جمعية المساهمين 355

أ-قواعد حوكمة جمعيات المساهمين 356

ب- حق المساهمين اللجوء إلى القضاء 360

ثانيا: لجنة المراجعة أو التدقيق 362

المطلب الثالث: الرقابة الخارجية 365

الفرع الأول- محافظو الحسابات و المدقق الخارجي 366

الفرع الثاني- رقابة البنك المركزي على البنوك 371

أولا: مجلس النقد و القرض 372

ثانيا: اللجنة المصرفية 375

الخاتمة 376

قائمة المراجع 380

الفهرس 403

ملخص

يلعب البنك دورا أساسيا في تحقيق اهداف التنمية المستدامة، وهذا من خلال حماية البيئة والمسؤولية الاجتماعية وحماية المستهلك، سواء تعلق الأمر بالعمليات البنكية الأساسية أو بالعمليات المرتبطة. وأهم آلية يمكن الاعتماد عليها لضمان تحقيق ذلك هو الحوكمة، والتي من خلالها يتم تحديد الصلاحيات والمسؤوليات لاسيما على مستوى الجهاز التنفيذي وهيئة المداولة، وهذا في اطار الافصاح والشفافية، الذي يضمن القضاء على جرائم العارف بالسر وتعارض المصالح؛ وهذا تحت رقابة داخلية وخارجية.

كلمات مفتاحية: بنك، تنمية مستدامة، حماية البيئة، المسؤولية الاجتماعية للشركات، حوكمة، افصاح وشفافية، رقابة بنكية.

Le résumé

La banque joue un rôle principale dans la réalisation des objectifs du développement durable, en participant à la protection de l'environnement, la responsabilité sociétale et la protection du consommateur, qu'il s'agit des opérations principales des banques ou des opérations connexes. Le principal mécanisme sur lequel s'appuie la banque pour concrétiser ces objectifs est la gouvernance, qui définit les prérogatives et les responsabilités de l'organe exécutif et de l'organe délibérant, et ce dans le cadre de la divulgation et de la transparence, qui garantissent par conséquent la lutte contre le délit d'initié et le conflit d'intérêt ; et cela sous un contrôle interne et externe.

Mots clés :

Banque, développement durable, la protection de l'environnement, responsabilité sociétale des entreprises gouvernance, transparence, contrôle bancaire.

Abstract :

The bank plays a key role in achieving the objectives of sustainable development, and this through environmental protection and social responsibility and consumer protection, whether it concerns main operations or related operations. The main mechanism on which the bank relies to achieve these objectives is governance, which defines in particular the prerogatives and responsibilities of the executive body and the deliberative body, and this within the framework of disclosure and transparency, which consequentently guarantee the fight against insider trading and the conflict of interest ; and this under internal and external control.

Key words :

Bank, Soustainable development, environmental protection, corporate social responsibility, governance, transparency, banking control.