المبحث الأول

ماهية الضمان الإحتياطي :

لم يتضمن القانون التجاري تعريفا صريحا للضمان الإحتياطي ، و القصد من ذلك أن إعطاء تعريفا لفكرة قانونية يعد تقييدا لها بما لا يسمح بالتوسع في مفهومها ،لأن فكرة الضمان الإحتياطي ضاربة في عمق تاريخ القانون التجاري ، لأنها تعود إلى الأعراف التجارية التي كانت سائدة في العصور القديمة كتلك التي كانت في إيطاليا في القرن السادس عشر و التي قننت بموجب المرسوم الملكي الصادر عام 1673م في فرنسا، أي في عهد الملك لويس الرابع عشر . (1)

ويعود سبب نشوء هذه الفكرة إلى التواقيع الواردة على سند السفتجة بعد تحريره، فقد لا تبعث الطمأنينة في نفس من سينقل إليه السند،و لا يكون على علم بملاءمة أصحاب هذه التواقيع . فلهذا أجاز المشرع الجزائري الضمان الإحتياطي للوفاء بقيمة السند كله أو بعضه من ضامن إحتياطي، ولقد تعرض المشرع لهذا االموضوع بموجب المادة (409) من القانون التجاري الجزائري عند قولها : [إن دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن إحتياطي] .

فلمعرفة ماهية الضمان الإحتياطي تم تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب أساسية ؛ أولها خصصناه لتعريف الضمان الإحتياطي و ثانيها يدور حول الطبيعة القانونية للضمان الإحتياطي، أما المطلب الثالث يتكلم عن الإلتزام الصرفي للضمان الإحتياطي و أخيرا في المطلب الرابع سنتكلم عن شروط الضمان الإحتياطي .

---

(1)- عبد القادر العطير ، الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية) ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،ص 280 .

الضمـــــان الاحتيـــاطـــــي

المطلب الأول :

تعريف الضمان الاحتياطي

إنّ مصطلحا الضمان الاحتياطي و الضامن الإحتياطي هما الواردان في معظم التشريعات العربية ، غير أنّ قانون التجارة العراقـــــي الحالي لسنة1984 م إختصر المصطلحين إلى الضمان و الضامن بعد أن كان في القانون الأسبق يستعمل عبارة - تكفل الأداء - وبين قوسين (AVAL) ولفظ - الكفيل - (1) .

الفرع الأول :

التعريف اللغوي للضمان الاحتياطي :

يأتـي لفظ " ضمن " في اللغة لعدة معان يجمعها أصل واحد و هو الشيء في الشيء يحويه، و من هذه المعـاني ما يهمنا كقولهم ، ضمّن الشيء فقد تضمنه إذا جعلته في وعاء يحويه ،وقولهم التزام الأداء فيقال ضمنت المال و به ضمانا فأنا ضامن و ضمين أي لزمته وضمنته تضمينا فتضمنه عني أي إلتزمته، و الغرامة ما يلزم أداؤه فالمعنى إلتزمته بالأداء فألتزم و يسمى إلتزام الأداء ضمانا لأن ذمّة الملتزم بالالتزام تشتمل على الحق الذي ألتزم أداؤه .

وقولهم كذلك " الكفالـــة " يقال ضمن الشيء فهو ضامن و سميت الكفالة ضمانا لأن ذمة الكفيل تتضمن الحق أو لأن ذمة الكفيل تصير في ذمة المكفول عنه، فالقول الذي يتناسب و بحثنا هذا هو: ضمن الشيئ ضمانا و ضمنا فهو ضـــامن أي كفلـــه و ضمنه أي جزم بصلاحيته و خلوه مما يعيبه و الضامن هو الكفيل أو الملتزم أو الغارم . (2)

الفرع الثاني :

التعريف الإصطلاحي للضمان الإحتياطي :

إنّ الشافعية و الحنابلة يطلقون لفظي الضمان و الكفالة كلا منهما على الآخر، و مرادهما ما يعم الضمان المالي و النفس و الطلب في عقد الإلتزام ،و يستعملونها في عقود أعم منها عقود الضرر أو الإعتداء .

أما الحنفية فيطلقونها على ما هو أعم، أي على كل ضمان بعقد أو بغير عقد ،و من المعاصرين من قالوا : أن الضمان إلتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير . و عرفه الفقيه الدكتورعلي الخفيف على أنّه : شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل .

---

(1)- أكرم يا مالكي ،الأوراق التجارية و العمليات المصرفية ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،ط1 ،عمان ، 1999 ،ص 186

(2)- . صلاح الدين المنجد ، المنجد في اللغة و الإعلام ،دار الشرق ، بيروت ، ص 30 .

بمعنى استعمال الضمان في مجال المعاملات المالية هو إلتزام رد المكلف، أي ضم الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين أو نفس ،و كذلك استعمل الضمان في مجال الجنايات بمعنى الإلتزام بالقصاص او بمعنى الإلتزام بالدية أو الإلتزام بأحدهما . (1)

ومعنى الضمان الإحتياطي خاصة في مجال تداول الأوراق التجارية هو : تعهد من البنك يقدمه بناءا عـلـــى طلب أحد عملائه إلى شخص أو جهة يحددها تسمى المستفيد يتعهد فيه البنك بدفع مبلغ معين إلـــى ذلك المستفيد (الإدارة) نيابة عن طالب الضمان (الشركة) ،عند عدم قيامه بإلتزاماته تجاه المستفيد . (2)

أما من الناحية القانونية فالحديث عن الضمان الإحتياطي و إعطائه تعريفا دقيقا يجب التعرض إلى التعريفات الفقهية التي قيلت بشأنه مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا خاصا به ،غير أنّه و كباقي التشريعات الأخرى كالتشريع المصري و الأردني قد تطرق إلى أطرافه و شروطه ،هذا ما سنصل إليه في المطلب الآتي حتى نتمكن من إعطاء تعريف مناسب للضمان الإحتياطي بالتطرق إلي طبيعته القانونية .

المطلب الثاني :

الطبيعة القانونية للضمان الإحتياطي

لقد إختلفت الآراء الفقهية و تباينت حول طبيعة الضمان الإحتياطي الذي مر بمراحل مختلفة أثرت فيه تأثيرا بارزا ، إذ أنّ الشيء المسلم به كون الضمان الإحتياطي أصبح نضاما قانونيا قائما بذاته لما أكتسبه من طبيعة قانونية و ما تجزأ عنها من مميزات أفردته عن بقية الأنظمة الأخرى القانونية و حتى المشابهة له .

فسنحاول الحديث عن هذه الطبيعة القانونية الخاصة بالضمان الإحتياطي و حتى نغوص في هذا الشأن سنقف متسائلين هل الضمان الإحتياطي ملزم لجانب و احد أو ملزم لجانبين أم هو كفالة ؟

للإجابة على على هذه التساؤلات أدرجنا ثلاثة فروع .

---

(1)- صلاح الدين المنجد ، المرجع السابق ، ص33 .

(2)- منتدى العلوم القانونية،2009، www.law-dz.com .

الضمـــــان الاحتيـــاطـــــي

الفرع الأول :

الضمان الإحتياطي إرادة منفردة (من جانب واحد)

لقـــد اعترفت هذه النظرية بالإرادة المنفردة في خلق الإلتزام ،إذ تصنفها ضمن المصادر الأساسية المولدة للإلتزام تمامـــا كالعقد ، فالضـــامن الإحتياطي يلتـزم بمجرد توقيعـه على السفتجة. (1)

حيث أنّ الأستاذ **إسكورا(Escora)** خلص إلى أنّ منشأ السند و الموقعين المختلفين يقوم إلتزامهم إتجـــــاه حامله على تصريح بإرادة من جانب واحد، فهي تنشئ الحـــق الذي يستمده من السند بمعزل عن الأوصـــــال العقدية الواقعة بين حملته المتعاقدين . و نـــــــفس القول أخذ به الفقه الإيطالي و الألمـــــــاني إذ يقـــــــول الأستـــــــــاذ ستراسبور (**Strassbourger**):(يعتبر إلتزام الضامن الإحتياطي صحيحا بمجرد وضع توقيعه و يصبح هـــذا الإلتزام ناجعا بمـــجرد أن تمـــر السفتجة بأية طريقة إلى يد حامل من الغير يريد أن يتصرف بإعتباره دائنا) . (2)

الفرع الثاني :

الضمان الإحتياطي إرادة متبادلة (ملزم لجانبين)

إنّ الضمان الإحتياطي إيجاب غير قابل الرجوع عنه،محله وفاء شخص لدين غيره ، و إنّما يراد لإتمام العقد دائن يقبله أما التعبير عن الإيجاب فيتم بإمضاء الضامن الإحتياطي على السند في مكانه المخصص ،أمّا القبول فهو دليل على ما سبق قبوله الإيجاب ، على أنّ القبول يمكن أن يستدل عليه بإمتلاكه حامل السند التجاري من قبل أن يطلب أيّه مطالبة .إذ تنص الفقرة السابعة من المادة (409) على أنّه :[إذا وقّع الضامن الإحتياطي قيمة السفتجة يكتسب الحقوق الناتجة عنها تجاه المضمون و الملتزمين له بمقتضى السفتجة]. (3)

و الحجج في كون الضمان الإحتياطي ملزم لجانبين ما يلي :

- ما جاء به الفكر الفرنسي العام في معنى الإلتزام الإداري حيث أنّ الإدارة المنشئة لا تكون إلا عقدية و لا يمكن أن يلتزم أحد نفسه للآخرين بدون إتفاق بينهما .

---

(1)- عبد القادر العطير ، الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية) ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،ص 102

(2)- مسيردي عبد الحق ، المرجع نفسه، ص 24 .

(3)- القانون التجاري الجزائري ، المادة 409 .

- حيث ذهب الفقيـــــــــه الفرنسي **جيزانبورجي** (**Geisemberger**) في دفاعه عن هذه النظرية التي تقوم على أساس أنّ الضمان الإحتياطي كغيره من العلاقات القانونية لا يمكن أن تنشأ إلا بإرادتين، إذ أنّ الإرادة المنفردة وحـــــدها غير قادرة على ذلك مستـــدلا بذلك بالمادة(21/511) من القانـــون التجاري الفرنسي و التي تنـــص علـــى أنّ :[الضمـــــــان الإحتياطي يمكن وقوعه على كل الدين أو جزء منه] **(1)** .

الفرع الثالث :

الضمان الإحتياطي كفـــــــالة :

أمّا الذين اعتبروا أنّ الضمان الإحتياطي كفالة أو نوعا من الكفالة فعرفوه بأنّه : (كفالة أحد الموقعين على سند السحب و الموقعين اللاحقين له في الوفاء بقيمته عند استحقاقه ويسمى الكفيل الضامن الإحتياطي) **(2)** .

وكذلك عرّف بالمعنى نفسه، حيث قيل عنه كفالة معطاة من قبل شخص نسميه مانـــح الضمان، وذلك لمصلحة الموّقع على الورقة و الذي نسميه المضمون و في أكثر الأحيان يمنح بواسطة شخص تكون ملاءمته أكيدة وبذلك لا يتأخر الشخص عن قبول الضامن الممنوح من قبل مصرف كبير . كما عرف على أنّه(كفالة صرفية يقدمها الضامن الإحتياطي و يكفل بمقتضاها أحد الموقعين على السفتجة في إلزامه بضمان الوفاء في ميعاد الاستحقاق) . **(3)**

إذن وبعد تعرضنا لهذه التعاريف المختلفة سنحاول إعطاء تعريف للضمان الإحتياطي على ضوء الخصائص و المميزات ووفقا للمادة (409) من القانون التجاري الجزائري ؛ على أنّ الضمان الإحتياطي هو كفالة صرفية و شخصية تقدم من طرف موقع على السفتجة أو من أجنبي عنها و يكفي التوقيع أن يكون على السفتجة أو الورقة المتصلة به أو سند يبين فيه مكان صدوره .

---

(1)- Loi : 511/21 NVX code commerce de France.

(2)- أكرم يا مالكي ، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية ،ط1 ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ، 1999 ، ص 186 .

(3)- علي البارودي ،محمد فريد العريبي ، الأوراق التجارية و الإفلاس ،،الجامعة الجديدة للنشر ،مصر ، 2004 ،ص102 .

المطلب الثالث :

مركز الضمـــــــــــان الإحتياطي

إنّ الضمان الإحتياطي كنظام قانوني إرتبط و منذ زمن طويل بقانون الصرف وخضع لأحكامه، لأنّه أصبح إلتزاما صرفيا بعـــد أن كان إلتزاما أصليا يخضع للقوانين العامة ، وعليه فيترتب لإلتزام الضامن الإحتياطي ثلاثة صفات أساسية و هي : الشكلية و التّجريد و الاستقلالية.

الفرع الأول :

الإلتزام الأصلي و الإلتزام الصرفي

تقوم عادة بين أطراف هذا الإلتزام علاقة سابقة لإنشائه(إيجاب و قبول) ، كعلاقة المحرر أو الساحب بالمستفيد و علاقة المظّهر بالمظّهرله المباشر ، فينشئ السند أو يظهر لأجل الوفاء بهذا الدين و يظل الإلتزام الصرفي متصلا بهذه العلاقة و متأثرا بها حيث يمّكن المدين بأن يتذرع في مواجهة دائنه المباشر بالدفوع الناشئة عن بطلان أو إنقضاء العلاقة المذكورة . ففي الغالب عند إنشاء السند التجاري أو تظهيره لتسوية العلاقات السابقة (بين أطرافه) ، ينشأ السند أو يظهّر وفاء لثمن بضاعة أو تسديد لقرض ، فيقوم عندئذ إلتزام مزدوج بين الدائن و المدين ، فبالاضافة إلى الإلتزام الأصلي الذي بموجبه أصبح المشتري مدينا بالثمن و المقترض مدينا بقيمة القرض و الذي يخضع للقواعد العامة ، ينشأ بعد تحرير السند التجاري إلتزام جديد الذي هو الإلتزام الصرفي الذي يتمتع بخصائص ذاتية و يخضع لأحكام قانون الصرف ، بمعنى أنّ الدين واحد هو الدين الأصلي و إرتدى ثوبا جديدا و أصبح يعرف بالسند التجاري . لكن رغم إتحاد الإلتزامين الأصلي و الصرفي في وظيفة واحدة أي ضمان استيفاء لقيمة السند في ميعاد الاستحقاق، إلا أنّهما يستقلان عن بعضهما في أنّ الدين الأصلي لا يتأثر ببطلان الدين الصرفي من جهة ، و بقاء الدين الأصلي رغم سقوط الدين الصرفي بالإهمال أو بمرور الزمن من جهة أخرى . (1)

إذن فليس هناك أي مانع قانوني من ان يلتزم المدين بطريقين مزدوجين للقيام بإلتزام واحد تجاه الدائن و بالمقابل تصبح لهذا الدائن دعويين لإرغام المدين على الوفاء ، فبإتباعه أحد الطريقين فقد حقه في الرجوع بالطريق الآخر ، إذ يجوز للمدين المتضامن بعد أن يوفي كامل المبلغ للدائن أن يرجع على بقية المدينين إما بدعوى شخصية تستند إلى الوكالة أو الفضالة ، و إما بدعوى الاستبدال أو الحلول محل الدين .

---

(1)- منتدى العلوم القانونية و الإدرية ،2008، www.majalah.new.ma

الفرع الثاني :

الضمان الإحتياطي إلتزام صرفي

إنّ الوظيفة الأساسية للورقة التجارية هي قيامها مقام النقود ، و لكي تؤدي هذه الوظيفة يجب أن يكون تداولها سهلا ، و أن تتوافر فيها الضمانات التي تكفل لكل من تلقاها حقّه. فباستيفاء قيمتها في ميعاد الاستحقاق ،لهذا شرط القانون على الإلتزامات الثابتة صفات خاصة من شأنها أن تحقق هذا الغرض ، و يسمى الإلتزام الناشئ عن توقيع الورقة التجارية بالإلتزام الصرفي . ففي أغلب الأحيان يكون التوقيع على الورقة التجارية بأي صفة كانت كوسيلة لتنفيذ إلتزام أصلي سابق بين الموّقع وبين من صدر التوقيع لصالحه ، كأن تحرر الورقة التجارية أو تظّهر وفاءا بثمن بضاعة أو وفاء بمبلغ قرض . فينشا عن التوقيع على هذه الورقة إلتزام جديد على عاتق الموقع ، يسمى بالإلتزام الصرفي الذي بدونه لا يمكن للورقة أن تؤدي وضائفها الإقتصادية المختلفة . إلا إذا كان تداولها سهلا و كان الحملة المتعاقبون لها مطمئنين إلى استيفاء قيمتها في ميعادالاستحقاق ، و لهذا جعل القانون من الإلتزام الصرفي إلتزاما شديد القسوة على المدين،له شكلا مميزا ومتسما بالتجريد مستقلا عن الإلتزامات الصرفية الأخرى .

البند الأوّل :

الإلتزام الصرفي للضمان الإحتياطي إلتزاما شكليا

بما أنّ المشرع أوجب أن يكون السند التجاري في محرر مكتوب و أن يصاغ في شكل خاص يحتوي على بيانات حددها و ضبطها و رتب آثارا على إغفالها متمثلة في فقدان الصفة التجارية للسند و تحوله إلى سند عادي يخضع للقوانين العامة ، إذ يكفي أن يمضي الضامن الإحتياطي على وجه السفتجة ، و بالتالي يعتبر إلتزامه ضمانا إحتياطيا، هذا ما لم يكن التوقيع من طرف الساحب أو المسحوب عليه ، وقتئذ يعتبر هذا التوقيع سحبا للسفتجة أو قبولا لها حسب الأحوال و ذلك وفق ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (409) من القانون التجاري . فلصحة هذا الإلتزام لابد من توافر شرط الشكل ، الذي أوجبه قانون الصرف عامة ،و أكده المشرع الجزائري في القانون التجاري ، أين ركز على التوقيع ، وعلى التظهير و كذلك على ورقة الضمان الإحتياطي سواءا كانت متصلة بالسند او منفصلة، كما بين متى تكون مقبولة كضمان إحتياطي أو العكس كي يسهل إثباتها ، هذا مـــــا بينته الفقرة الثامنة مـــن المادة (409) بقولها : [يكون تعهد الضمان صحيحا و لو كان إلتزام المضمون باطلا لأي سبب كان غير غيب في الشكل] . **(1)**

---

(1)- المادة (409)/08 من القانون التجاري الجزائري .

البند الثاني :

الإلتزام الصرفي للضمان الإحتياطي إلتزاما مجردا

التجريد صفة للضمان الإحتياطي ، المفهوم منها أن السبب المشروع ركن للدين ، لايقوم من دونه، فإذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع يعتبر باطلا قانونا ، فالدين الأصلي و الدين العادي يستويان في هذه القاعدة ، غير أن الأمر في القانون المدني أنّه للدائن حق التمسك في مواجهة المدين بالعيوب المذكورة سابقا (سبب الدين غير موجود او غير مشروع) لأنها تنتقل مع الحق.

أمّا الدين الصرفي فله نظام خاص به ،حيث يستطيع المدين أن يتمسك في مواجهة الدائن في حالة إنعدام السبب أو في عدم مشروعيته ، و ذلك لحجة انّهما يشتركان فيه ،أما في مواجهة الحامل حسن النية ،فلا يستطيع مواجهته بالعيوب المذكورة، و السبب في ذلك هو أنّ الدين الصرفي مجرد بمعنى أنّه مستقل عن سببه ،قائم بذاته ،بمعزل عن السبب الذي أمضيّ السند التجاري لأجله. لذا فالضمان الإحتياطي و كباقي الديون الصرفية ، يتصف بالتجريد كون الضامن يوقع و هو يجهل في الواقع الشخص الذي يلتزم له وقت الاستحقاق ،كما يعتبر مبدأ عـــدم التمسك بالدفوع اصل تطبيق صفة التجريد لمثل هذه الإلتزامات ، هـــــذا ما أكّده الاستاذ شكري أحمـــد السباعي عندما قـــال :[أنّ فكرة التصرف المجرد التي تأخذ بها المجموعة أو المدرسة الجرمانية ساعد إلى حدّ ما على استقرار التعاملات .....] .**(1)**

البند الثالث :

الإلتزام الصرفي للضمان الإحتياطي إلتزاما مستقلا

التوقيع على الورقة التجارية من طرف الضامن الإحتياطي يعتبر إلتزاما قائما بذاته ،مستقلا عن إلتزامات كافة الموقعين الآخرين سواء كانوا سابقين أو لاحقين له ، و هذا ما يعرف بمبدأ استقلال التواقيع الـــــذي يستجيب للضرورات العملية و يساعد على دعـــم الثقة بالأوراق التجارية و تسهيل تداولها من جهة ، و من جهة أخرى نجد أنّه إذا كان إلتزام أحـــد الموقعين باطلا لنقص في أهليته أو لعيب في الرضـــا أو كان مزورا ، فلا يؤثر هـــذا في إلتزامات الموقعين الآخرين التي تظل صحيحة ، كمـــا أنّ المدين الصرفي لا يجوز له الإحتجاج على الحامل حسن النية بالدفوع – كما اشرنا إلى ذلك في البند السابق - وهـذا ما يعبر عنـــــه بمبدأ عدم جواز الإحتجاج بالدفوع . **(2)**

---

(1)- مسيردي عبد الحق، المرجع السابق ، ص28 .

(2)- مصطفى كامل طه ، الأوراق التجارية و الإفلاس ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999،ص27 .

الضمـــــان الاحتيـــاطـــــي

المطلب الرابع:

شروط الضمان الإحتياطي

في كثير من الأحوال يقوم الشخص بتحرير الورقة التجارية إلى شخص آخر و يرفض المستفيد أو المظّهر إليه (الحامل الشرعي) قبول هذه الورقة لضعف الثقة المالية لديه عند الشخص المضمون، فيطلب مـــن الشخص الذي ظهّر الورقة التجارية إليه تأمينا لكي يقبلها و يطمئن على وفاء هذه الأخيرة ،حيث يكون هـــذا التأمين إمّا رهنا يسلمه إليه ، أو كفالـــة شخصية . هذه الكفـــالة هـــي التي يطـــلق عليها اســـم الضمان الإحتياطي او(آفـــال). (1)

إذن فلسهولة تداول هذه الورقة،لابد من توفر ثلاثة أطراف هم :(الضامن الإحتياطي و الشخص المضمون و الحامل للسفتجة)، مع مراعات الشروط الضرورية لضمان صحة هذا التصرف القانوني .

الفرع الأول :

الشروط الموضوعية للضمان الإحتياطي

بما أنّ الضمان الإحتياطي تصرف قانوني ينشئ في ذمة الضامن إلتزاما صرفيا لضمان الوفاء بسند السحب و قبوله ، فلصحته لابد من توافر شروط موضوعية عامة و أخرى خاصة متعلقة بالضامن الإحتياطي سواء كان من بين الموقعين أم كان من طرف الغير(شخص أجنبي) . (2)

البند الأول :

الشروط الموضوعية العامة للضمان الإحتياطي :

التوقيع على السند بصفة ضامن إحتياطي يرتب في ذمة الموقع إلتزاما صرفيا ، فالضامن الإحتياطي هو كفيل يشترط لصحة إلتزامه بالضمان توافر الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الإلتزامات بشكل عام و هي الرضا الصادرعن ذي أهلية ، و المحل و كذلك السبب . (3)

فالرضا يجب أن يكون صحيحا ، لا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه ، أما الأهلية فلابد للضامن أن يكون كامل الأهلية التجارية المتمثلة في سن 18 سنة ، دون أن يكون به الموانع المذكورة قانونا التي تنقص من أهليته كالجنون ، العته و السفه هذه الموانع بالنسبة للشخص الطبيعي ،أما الشخص المعنوي يجب كذلك مراعات الشروط القانونيةالموضوعية حتى يكون ضامنا إحتياطيا . (4)

---

(1)- منتدى العلوم القانونية و الإدرية ،www.majalah.new.ma،

(2)- (4)- عبد القادر العطير ، المرجع السابق ، ص288 .

(3)- عبد العزيز العكيلي ، الأعمال التجارية و التجار و المتجر ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1998 ،ص 145 .

البند الثاني :

الشروط الموضوعية الخاصة بالضمان الإحتياطي :

للحديث عن الشروط الموضوعية الخاصة بالضمان الإحتياطي ، نجد أنّها تتعلق بصفة الضامن و صفة المضمون و كذلك محل الضمان الإحتياطي ، مع مراعات وقت الضمان .

أولا : صفة الضامن الإحتياطي :

أ)-الضامن الإحتياطي من بين أحد الموقعين : إنّ الرأي السائد يذهب إلى أن قبول أحد الموقعين على السند كضمان إحتياطي ، يشترط فيه أن يضيف توقيعه ضمانا جديدا إلى السند و إلا أعتبر توقيعه عديم الجدوى . (1)

بمعنى أنّ ذلك لا يرتب إلتزاما إلا إذا ترتب على هذا الضمان فائدة لحامل السفتجة ؛ و ذلك مثلا بأن يضمن أحد المظّهرين إلتزام المسحوب القابل ضمانا إحتياطيا فيترتب غليه أن يصبح المظّهر الضامن في نفس مركز المسحوب عليه القابل و من ثمّ يفقد هذا المظّهر حقّه في التمسك بإهمال الحامل ، كذلك يمكن أن يقوم أحد المظّهرين بضمان الساحب و لكن لا يجوز أن يقوم أحد المظّهرين بضمان مظهّر لاحق عليه لأنـّه يضمنه بالفعل ، فلا جدوى من تدخله مرة ثانية بضمان إحتياطي آخر . (2)

ب)- الضامن الإحتياطي شخص أجنبي (من غيرالموقعين) : الأصل أن يكون الضامن الإحتياطي شخصا أجنبيا عن سند السحب ذلك أنّ الضمان الإحتياطي الذي يقع من أحد الملتزمين بسند السحب لا فائدة عملية منه ، لأنّه يكون أصلا ملتزما بالوفاء بقيمة الورقة التجارية و عليه فإنّ ضامنه لا يضيف جديدا و مع ذلك فهناك مصلحة تبرره كأن يرغب أحد المظّهرين في تقديم خدمة إضافية لحامل سند السحب لزيادة إطمئنانه ، و من ثمّ يكون لهذا المظّهر ضمانا إحتياطيا للساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء ، أو للمسحوب عليه القابل . ذلك أنّ المظّهر يستطيع التمسك بسقوط بإهمال الحامل، و يضاف إلى ذلك أنّ المظّهر يمكنه أن يضمن المظّهر السابق عليه ضمانا إحتياطيا . إذن هذا الضمان يشمل المظّهر المضمون و الموقعين اللاحقين عليه . (3)

و للإشارة فإنّه لإيشترط في الضامن الإحتياطي (الأجنبي) توافر الشروط الموضوعية السالفة الذكر بل يتعين توافر عنصر مهم و هو عنصر الثقة .

ثانيا : موضوع الضمان الإحتياطي :

لقد استقر الرأي على جواز إمتداد الضمان إلى القبول أيضا ما لم يكن الموقع المضمون معفى من ضمان القبول بشرط صريح ، إذ ليس من الضروري أن يغطي الضمان كامل مبلغ السفتجة لأنّه يجوز ضمان جزء منها . كما يمكن الضمان لمصلحة الحامل الحالي للسفتجة دون الحملة اللاحقين .

---

(1)- عزيز العكيلي ، المرجع السابق ، ص 441 .

(2)- مصطفى كامل طه ، المرجع السابق ،ص 166 .

(3)- عبد القادر العطير ، المرجع السابق ، ص283 .

كما قد يصل الأمر إلى حد أن يشترط الضامن الإحتياطي عدم رجوع الحامل عليه إلا بعد تجريد المدين المضمون من أمواله و عليه فإنّ المادة (409) من القانون التجاري الجزائري نصت على:[إنّ دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن إحتياطي .....] . بمعنى أنّ الضمان الإحتياطي يقع من أجل ضمان الوفاء بمبلغ السند كلّه أو جزئيا حسب صيغة الضمان ، فإذا لم تتضمن الصيغة تحديد المبلغ المضمون فإنّ الضمان ينصرف تلقائيا و بقوة القانون إلى مبلغ السند كلّه ؛ مع أنّ النص إقتصر على ضمان الوفاء .

في حين أنّ الضمان الإحتياطي لا يضمن الوفاء فقط بل يضمن القبول أيضا مالم يكن الضمان تقرر لمصلحة ملتزم لا يضمن القبول بشرط صريح في السند . **(1)**

ثالثا: زمان الضمان الإحتياطي :

الأصل أن يصدر الضمان الإحتياطي في أي وقت في إنشاء السفتجة و تاريخ استحقاقها ،كما يجوز أن يتدخل الضامن حتى بعد حلول ميعاد الاستحقاق ،لا سيما و أنّ الحامل أنذاك يكون في أمّس الحاجة إلى من يضمن له الوفاء بقيمة السفتجة ضمانا إحتياطيا ، و يظل هذا الأخير ممكنا حتى وقت تحرير إحتجاج عـــــدم الوفاء أو إنقضاء المدّة المحددة لتحريره ، و ذلك قياسا على التظهير الناقل للمـــلكية الذي يصّح بعــد تاريخ الاستحقاق .

فبعـــــد تحريـــــر الإحتجاج أو إنقضاء الميعاد المحدد فينتج عن الضمان الإحتيـاطي إلاّ أثـــــر مـــن آثار الكفالة العادية . **(2)**

الفرع الثاني :

الشروط الشكلية للضمان الإحتياطي :

كما ذكرنا سابقا ،أنّه لأجل تسهيل تداول الورقة التجارية ، لابد من إحترام الشروط سواء الموضوعية أنفة الذكر أو الشكلية التي سنذكرها في البنود الآتية :

البند الأول :

الكتـــــــــابة : لقد ذكرت الفقرة الثانية من المادة (409) مايلي : [يجب أن يكتب الضمان الإحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها أو بسند يبن فيه مكان صدوره] . **(3)**

إذن و من خلال هذه الفقرة نستنتج أنّ المشرع أدرج إلزامية الكتابة كشرط من الشروط الشكلية للضمان الإحتياطي إذ ينشئ في ذمّة الضامن إلتزاما صرفيا والذي لا يعبر عنه أبدا بصورة أو بدليل عكس الكتابة و ذلك لإثباته ، و بهذا نكون أمام شرط لوجود و إثبات الضمان الإحتياطي .

(1)- عزيز العكيلي ،نفس المرجع ، ص 440 .

(2)- علي البارودي –محمد فريد العريبي ، المرجع السابق ، ص115 .

(3)- المادة 409 من القانون التجاري الجزائري .

غير أنّ الأمر يختلف قليلا في السفتجة الإلكترونية(1) ،التي تستلزم شروطا أخرى غير تلك الموجودة في السفتجة التقليدية . (2)

البند الثاني :

التوقـــــــيع : لقد أورد المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من نص المادة (409) من القانون التجاري قائلا : [يعتبر الضمان الإحتياطي حاصلا بمجرد توقيع ضامن الوفاء على وجه السفتجة إلا أذا كان صاحب التوقيع المسحوب عليه أو الساحب .]

ومنه فيجب على الكفيل أي الضامن الإحتياطي أن يضع إمضاءه أو الختـــــم . وبعد كتابة الصيغة المنصوص عليها فيكفـــــي التوقيع المجـــرد على وجه السند لكي يعتبر الأمر ضمانا إحتياطيا ؛ و لا يشترط أن يكون مؤرخا . (3)

هذا ما بينته الفقرة الثالثة من نفس المادة من القانون التجاري الجزائري بقولها :[يعبر عنه بكلمات كهذه :مقبول كضمان إحتياطي أو بما في مؤداها ثم يوقع الضامن الإحتياطي عليها بإمضائه].

و الأصل أن عنصر التوقيع لا يعتبر ضمانا كافيا كونه لا يخلو من مشاكل عدّة خاصة لو كان صاحب التوقيع المسحوب عليه أو الساحب . ولإيضاح المعنى نسوق المثال الآتي :

الساحب (ب)، (ج)، (د) مظهرون ، (و) الحامل الأخير ،فإذا أراد الحامل (و) ضامن إحتياطي من **(أ)** المظّهر (د) فتقدم الساحب (أ) ووقع بوصفه ضامنا إحتياطيا عن (د) ، فإنّ هذا التوقيع لا يضيف ضمانا جديدا إلى السند لأنّ الساحب (أ) من الأصل يضمن الوفاء بقيمة السند ، أمّا لو أراد الحامل (و) ضمانا إحتياطيا للساحب فوقّع (د) بوصفه ضامن إحتياطيا فإنّ توقيعه يضيف ضمانا جديدا إلى السند لأنّ (د) كمـــظّهر لا يضمن الوفـــــاء إلا في مواجهة (و) الحامـــــل الأخير امّا بوصفه ضـــــــامنا إحتياطيا للساحب فإنّـــــه سيضمن الوفاء لكل من(ب)، (ج)، (و). (4)

---

(1)- السفتجة الإلكترونية لم يأخذ بها المشرع الجزائري لعدم التعامل بها، عكس بعض الدول العربية الأخرى.

(2)- فوزي محمد سامي ، الأوراق التجارية ،ج2 ،مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 1997 ، ص 197 .

(3)- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 197 .

(4)- عبد العزيز العكيلي ، المرجع السابق ، ص 441 .

البند الثالث :

إسم من وقّع الضمان لأجله : هو الشخص الذي تدخل لمصلحته الضامن الاحتياطي، والضمان جائز بالنسبة لأي من الملتزمين مهما كانت صفته صاحب أو مظهر أو مسحوب عليه قابل، ويمكن أن يكون ضامن احتياطي أخر بشرط أن لا تكون السفتجة قد تضمنت شرط عدم الضمان.

لذا فعلى الضامن الإحتياطي أن يذكر إسم الشخص الذي يضمنه، فإذا لم يذكره يعتبر الضمان قد تم لحساب الساحب و بالتالي يستفيد منه جميع المظّهرين ، هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة (409) من القانون التجاري بقوله : [يجب أن يذكر في الضمان الإحتياطي إسم المضمون و إلا عدّ للساحب و يلتزم ضامن الوفاء بكل ما ألتزم به المضمون] .

هذا و بعد ماسبق ذكره ، فيمكن القول أنّ الضمان الإحتياطي و كبقية التصرفات الواردة على السند ، فهـــو تصرف شكلي لا يتم إلا بإجراءِ مادي و هو الكتابة ، لكنّه من ناحية أخرى يمكن أن يرد على صدر السنـــــد أو في ظهره كما يكون على الأصل أو النسخة أو الصورة، و لا يشترط فيه أيّة صيغة خاصة ،بل يمكن أن ينشأ من مجرد التوقيع شرط أن يكون هذا التوقيع على صدر السند تمييزا له عن التظهير بالتوقيع المجـــــرد ؛ كما يجب أن لا يكون صادرا من الساحب أو المسحوب عليه ، و يجوزكذلك عدم ذكر التاريخ و لا حتى إســـــم الشخص المضمون في الضمـــــان الإحتياطي ،لأن كل مـــا يمكن أن يترتب من أثر علـــــى عدم تعيين المضمون - كما بيناه آنفا - هو أنّه يعد حاصلا للساحب . **(1)**

و هذا ما سنتطرق إليه في المبحث الموالي لمعرفة علاقة الضمان الإحتياطي بالعقود المشابهة ، و كذلك الآثار المترتبة عنه .

---

(1)- أكرم يا مالكي ،المرجع السابق ، ص 191 .

المبحث الثاني

علاقة الضمان الإحتياطي بالأنظمة المشابهة و أثاره .

قد يصعب أحيانا تحديد القواعد التى تطبق على عقد ما ،هل هو كفالة أو عقد أخر ، وذلك لتشابه الأحكام القانونية . و بإعتبار الضمان الإحتياطي ضرب من الكفالة (الشخصية) ، فيستوجب لمعرفة علاقة الضمان مع الأنظمة المشابهة معرفة التميز بين الكفالة و الأنظمة المشابهة لها ، حيث أن الضمان الإحتياطي بالمفهوم الذي عرفناه ، ومن خلال الخصائص التى ينفرد بها عن بقية الأنظمة الأخري فإنه ذو طبيعة خاصة تزيل عنه كل لبس أو غموض . أما فيما يخص الأثار المترتبة عنه فهي نفسها أثار الكفالة التضامنية ،لأن الضامن في الأصل يعتبر كفيلا متضامنا لشخص المضمون ، و يدخل على هذه القاعدة إستثناء هام وهوأنّ إلتزام الضامن الإحتياطي إلتزاما صرفيا مستقل عن الإلتزامات الأخري في السفتجة ،استنادا إلى مبدأ هام و جوهري و رئيسي تقوم عليه السفتجة وهو قاعدة إستقلال التواقيع .

ومن هذا فإنه لدراسة أثار الضمان فلابد من معرفة علاقة الضامن مع كل من الموقعيين و الحامل و الملتزمين وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الثاني .

الضمـــــان الاحتيـــاطـــــي

المطلب الأول:

علاقة الضمان الاحتياطي بالأنظمة المشابهة

مع التطور الحاصل و المستمر في العمليات المصرفية و في تداول الأوراق التجارية ، وللقيام بهذه العمليات و بعثها يتطلب البحث عن مصادر تمويلها ، و كيفية إنشاء علاقاتها بين أشخاصها كما ذكرنا سابقا ، لتكوين تلك العلاقة والتي لا يمكن أن تكون ذاتية بل تجتمع فيها عدة أطراف تجارية أو مدنية ، و بطبيعة الحال فإن كل طرف يتطلع إلى الحفاظ على أعماله و مشاريعه لمدة زمنية معينة تكفي لجني العائد منها ، الشيء الذي يدفعه في كثير من الأحيان إلى اللجوء إلى ضمانات .

هذه الضمانات سواء كانت (كفالة ، رهن أو ضمان إحتياطي) تقدمها المؤسسات المالية بمقابل يتمثل في مبالغ التأمين و الفائدة بغية الحصول على قرض بمبلغ معين و بنظام معين

لذا سنبحث عن العلاقة الموجودة بينها وبين الضمان الاحتياطي .

الضمـــــان الاحتيـــاطـــــي

الفرع الأول:
علاقة الضمان الاحتياطي بالكفالة

اعتبر الفقه و القضاء الفرنسي أن الضمان الاحتياطي ما هو إلا نوع خاص من الكفالة. ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأ ي فبما أن الضمان الاحتياطي ذو طبيعة مزدوجة فمن ناحية هو التزام صرفي ومن ناحية أخرى هو كفالة تضامنية،إذ تطبق عليه نفس قواعد الكفالة ذلك ما تعارض مع طبيعته الصرفية. ويشتبهان من الناحية التاريخية فالكفالة استعملت في السند التجاري ونتج عنها الضمان الاحتياطي، أما من الناحية الفنية فالضمان الاحتياطي يشارك الكفالة في شيء من طبيعتها و أوصافها ويختلفان في عدة أشياء(1).

البند الأول:
تعريف الكفالة

نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود في المواد من(644) إلى (673) .

ولقد عرفت المادة(644) من القانون المدني الكفالة بأنها:[عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه] .(2)

فوفقا لهذا التعريف ، الكفالة هي قيام التزام بين شخصين هما الدائن في هذا الالتزام وشخص ثالث يسمى الكفيل الذي يلتزم بوفاء الالتزام إذا لم يف به المدين.

البند الثاني:
أوجه التشابه والاختلاف بين الضمان الاحتياطي والكفالة

الضمان الاحتياطي والكفالة متشاركان في أن التزام الكفيل ينصرف إلى الدائن و شاركه للسبب ذاته أنه لابد من تعيين الكفيل عند إنشائها و إلى من تضاف.

و يشاركها أيضا في أن يلتزم بوفاء دين غيره ،ثم يرجع عليه إذا أوفى كما يستطيع الاحتجاج بإضافة التأمينات ويرجع إلى أحكام الكفالة في كل مسألة من مسائل الضمان الاحتياطي إذا أخذت الكفالة شكل الضمان الاحتيـــــاطي والأصل في الكفالة عدم التضامن والكفيل طلب التجديد ما لم ينص على التضامن من طرحه.

---

(1): مسيردي عبد الحق، المرجع السابق ، ص35-36 .
(2):المادة(644) من القانون المدني الجزائري.

الضمـــــان الاحتيـــاطـــــي

ويختلف الضمان الاحتياطي عن الكفالة في أنه يكون عند إنشائه بل عند الرجوع و أن الالتزام الضامن الاحتياطي ينشأ بإرادة منفردة لا باتفاق بينه وبين الدائن لأن الكفالة عقد.

أما الضمان فبقية أوصافه مبنية لا على أن الضمان الاحتياطي يلتزم بوفاء دين غيره بل على صفة الدين الذي يلزمه فالكفالة تتناول كل الدين المحدد مقداره أما الضمان الاحتياطي قد يتناول جزء من الدين أو يتناول الدين الصرفي كله المتبث في السند التجاري(1) .

والضمان الاحتياطي التزام شكلي فهو يقوم بصفة معينة مكتوبة، والكتابة واجبة لقيامه وإثباته كما أنه تجاري ويستمد صفته هذه من شكل السفتجة طبقا لنص المادة الثالثة من القانون التجاري الجزائري كما يقوم على وجه التضامن مع بقية المدينين في الورقة التجارية، و لا يجوز له طلب التجديد أو التجزئة ولا يمنح مهلة قضائية للوفاء. وتسري الفائدة من تاريخ استحقاق الدين وليس من تاريخ المطالبة القضائية ولا حاجة إلى الاعذار، كما يمنع على الضامن الاحتياطي الاحتجاج في مواجهة الحامل حسن النية ببطلان الدين المضمون إذا كان سبب البطلان خفيا، أما من ناحية الفائدة المجردة فكلاهما معد من أجل بث الثقة في نفس الدائن حتى يطمأن أكثر على حقه.

إذا فالضمان الاحتياطي أشد عبئا وأقوى للدائن من الكفيل.

وخلاصة القول أن الضمان الاحتياطي و إن كان يتشابه مع الكفالة من حيث صفة التبعية و باعتباره كفالة تضامنية إلا أنه يختلف عنها بما يترتب عن صفته الصرفية.

---

(1): راجع المادة(409) من القانون التجاري الجزائري الفقرة الأولى والثالثة.

الفرع الثاني:

علاقة الضمان الاحتياطي بالرهن

الضمانات الحقيقية هي عبارة عن ضمانات ملموسة يمكن حجزها في حالة عدم تسديد المدين لدينه، و ترتكز على موضوع الشيء المقدم للضمان . تتمثل هذه الضمانات في قائمة واسعة من السلع و التجهيزات العقارية يصعب تحديدها ، و تعطي هذه الأشياء على سبيل الرهن، و ذلك من أجل ضمان استرداد القرض، و يمكن للبنك أن يقوم ببيع هذه الأشياء عند التأكد من استحالة استرداد القرض.

البند الأول :

تعريف الرهن

عرفته المادة (882)من القانون المدني الجزائري بأنه:[الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان].

الرهن عقد يلتزم به الشخص ضماناً لدين تجاري عليه أو على غيره، أن يسلم مالاً إلى الدائن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقد أن يخوله حبس هذا المال إلى أن يستوفي حقه أو أن يتقدم الدائنين العاديين و الدائنين المرتهنين له في المرتبة بتقاضي حقه من ثمن هذا المال في أية يد يكون**(1)** . و لما كان الرهن عقداً فهو ينشأ بأركان العقد العامة، و هي الرضاء و المحل و السبب، و يجب أن يكون الراهن مالكا للمال المرهون، و لا يتم الرهن إلا بتسليم المال المرهون أو السند المرهون، و يترتب على هذا العقد آثار قانونية أهمها بالنسبة للمدين، المال المرهون، و نقل حيازته إلى الدائن أو إلى شخص آخر يتفقان على تسليمه المال المرهون ، وذلك في معنى المادة(951) من القانون المدني الجزائري، و صيانته و حفظه من يوم تسلمه إلى يوم إعادته عند استيفاء الحق، و يترتب للدائن حق حبس المال و حق التقدم على غيره من الدائنين العاديين .

فقد نصت المادة (31)من قانون التجاري الجزائري على أنه[يثبت الرهن المتمم من تاجر أو غير تاجر لأجل عمل من الأعمال التجارية، تجاه الغير و بالنسبة للمتعاقدين] .

هذا طبقاً لأحكام المادة (30) من القانون التجاري الجزائري .**(2)** .

---

(1)- سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 2001،1، ص471

(2)- المادة(30):[يثبَت كل عقد تجاري ب: سند تجاري .....وجوب قبولها] .

و يثبت الرهن أيضاً بالنسبة للسندات القابلة للتحويل بتظهير قانوني يشير إلى أن القيم سلمت على وجه الضمان.

ومن هنا يمكن القول أن المتعاملين مع البنوك يقدمون الضمانات من أجل الحصول على القرض، و أن البنوك تفرضها من أجل اعتبارها كأداة إثبات و العميل لا يقدم الضمان إلا في حدود استطاعته، و البنك يرغب في الحصول على ضمانات تعادل قيمتها قيمة القرض المقدم.

البند الثاني:

رهن الأوراق التجارية

إن تداول الائتمان بين التجار لايمكن أن يتم إلا عن طريق الأوراق التجارية أو اسناد الائتمان الصرفي.

ولقد وضع الفقه تعاريف كثيرة للأوراق التجارية ولكن أغلبها تدور حول خصائص معينة لابد من توافرها، فالورقة التجارية محرر مكتوب وفقا لأوضاع شكلية يحددها القانون قابلة للتداول بالطرق التجارية.

تكمن الأوراق التجارية في السفتجة و السند لأمر، أما الشيك فيعد في الغالب أداة وفاء لا أداة ائتمان، لأن مدة الوفاء قصيرة قد لا تزيد عن (20) يوما، حسب ما ذكر في المادة(501)من القانون التجاري الفقرة الأولى:[يجب تقديم صك صادر وقابل للدفع في الجزائر للدفع ضمن عشرين ويوما]. و لذلك لا يمكن رهن الشيك بينما يمكن رهن الورقتين الباقيتين ، على الرغم من أن نص المادة 31 المذكورة لا تشير إلى عدم إمكانية رهن الشيك .

فيجوز رهن السندات سواء كانت اسمية أو للحامل، فقد نصت المادة(976) من القانون المدني على أنه[يتم رهن السندات الاسمية أو السندات لأمر بالطريقة الخاصة المنصوص عليها قانوناً، بشرط أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن بدون حاجة إلى إعلان]، لذلك يجوز رهن الأوراق التجارية لاسيما إذا علمنا أن السفتجة و السند لأمر من الأوراق ذات المدة الطويلة، قد تجعل حاملها يرهنها لدى شخص آخر، و يتم هذا الرهن عن طريق كتابة التظهير بشكل معين، بحيث يفهم منها أنها موجودة لدى الحامل على سبيل الرهن .**(1)**.

---

(1):سمير جميل الفتلاوي ،المرجع السابق ،ص 482 .

البند الثالث:

رهن الدين

تنشأ معظم أنواع الرهون بالتراضي بين أطراف العقد، فهو عقد رضائي و ليس شكليا و عقد الرهن الرضائي يشمل معظم أنواع الأموال المنقولة.

نصت الفقرة الرابعة من المادة(31) من قانون التجاري على أنه:[و يبقى العمل جاريا بالأحكام الخاصة بالديون المتعلقة بالأموال المنقولة التي لا يمكن أن يبلغ المحال له بالنسبة للغير إلا بالتبليغ بالحوالة و الواقع للمدين] . و هذا يعني أن رهنه يكون بإتباع إجراءات حوالة الدين و ذلك بإبلاغ المدين ولا يكون الرهن صحيحا إلا بعد موافقة المدين أو عدم اعتراضه على الرغم من تبليغه، و تحسب مرتبة الامتياز على أساس تاريخ موافقة المدين أو تبليغه دون اعتراض، و لا يسري اتجاه الآخرين إلا بتسليم سند الدين المرهون إلى الدائن المرتهن .**(1)**

فقد نصت المادة(975) من القانون المدني الجزائري على أنه:[لا يكون رهن الدين نافذا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له. وفقا للمادة (241) و لا يكون نافذا في حق الغير إلا بتسليم سند الدين المرهون إلى المرتهن، و تسحب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول].

و قد أوجب القانون- في الفقرة الخامسة من المادة(31) المذكورة- رهن الديون التي تتعلق بمال منقول و ليس بالغير المنقول،فتسجيل هذا الرهن يتم بعقد رسمي لذا أوجب المشرع ذلك لكي يمكّن الحامل من مواجهة المدين ، فلا يمكن مواجهته بغير العقد الرسمي، و لكن الرهن لا يعد باطلا فيما بين الراهن و المرتهن إذا لم يكن هناك عقد رسمي، بينما يعد عقداً باطلا في مواجهة الغير .

---

(1):سمير جميل حسين الفتلاوي ، المرجع السابق ، ص489 .

الفرع الثالث:

علاقة الضمان الاحتياطي بالقابل بالتدخل

أجاز القانون لأي شخص أن يتدخل لقبول هذه السفتجة من طرف أحد الملتزمين رعاية لمصالح الحامل ورعاية لمصالح الساحب وباقي الملتزمين .

البند الأول:

تعريف القبول بالتدخل

هو قبول بتدخل شخص ما ، و الأصل فيه أنه غير ملتزم بوفاء الكمبيالة، لصالح أحد الملتزمين فيها حتى يحميه من رجوع الحامل عليه مما قد يضر بسمعته وائتمانه، ويكون ذلك عندما يتأكد أن المسحوب عليه ممتنع عن قبول الكمبيالة ولما كان القبول بطريق التدخل فيقع غالبا وقت تحرير الاحتجاج لعدم القبول، بقصد المحافظة على سمعة وائتمان من حصل القبول بالتدخل لمصلحته ، فإنه يسمى أيضا القبول وقت تحرير الاحتجاج أو القبول للتشريف .**(1)**

كمايجوز أن يكون المتدخل من الغير ولو كان المسحوب عليه غير القابل، و يجوز أيضا أن يكون المتدخل أيّ الشخص الملتزم بالكمبيالة غير المسحوب عليه القابل، وذلك من خلال نص المادة(448)الفقرة الثالثة من القانون التجاري الجزائري . **(2)**

والأصل أنه يجب أن يصدر القبول من شخص غير مسؤول عن الوفاء بالكمبيالة ، وذلك حتى يضيف قبوله ضمانا جديدا لم يكن بالورقة من قبل. ومن الممكن أن يتدخل المسحوب عليه نفسه للقبول بالتدخل، فيجوز أن يقبلها بعدئذ بالتدخل عن أحد الملتزمين فيها.

البند الثاني:

شروط صحة القبول بالتدخل

يجب أن يكون القبول بالتدخل فـــي الوقت المناسب،وهذا ما أشارت إليه المادة(4/448)مـــن القانـــون التجـــاري بأنه :[يجب على المتدخل إخطار الشخص الذي تدخل لأجله في ظرف يومي العمل التاليين...]

ولا يشترط صيغة معينة في القبول بالتدخل ما دامت تؤدي إلى المعنى المطلوب، كما يجب ألا يكن القبول بالتدخل معلقا على شرط.

---

(1)- مصطفى كامل طه، المرجع السابق ،ص134 .
(2)-المادة(448) :[يمكن لساحب السفتجة أومظهرها أو ضامنها الإحتياطي .....مبلغ السفتجة] .

البند الثالث:

آثار القبول بالتدخل

تكمن ضرورة موافقة الحامل على تدخل القابل بالتدخل أن يتضمن بالضرورة وفي جميع الأحوال ضمانا كافيا يمكن أن يستغنى به الحامل عن قبول المسحوب عليه الأصلي وذلك قبل الاستحقاق في معنى المادة(449) الفقرةالأولى من القانون التجاري. ولكن حق الحامل يتقيد بطبيعة الحال إذا كان القابل بدلا من المسحوب عليه هو القابل الاحتياطي أوالمسحوب عليه الاحتياطي المحدد سلفا في الكمبيالة(1) . يعتبر القابل بالتدخل مسؤولا عن الوفاء بالكمبيالة قبل الحامل بصفته كفيلا عمن قبل بالتدخل عنه، ويكون له الرجوع بعد ذلك عليه وعلى من يلتزمون بضمانه في الكمبيالة.

والقابل بالتدخل يكون في مركز الكفيل المتضامن لمن تدخل لمصلحته فلا يجوز له الدفع بالتجريد،إذ أن هذه الكفالة هي كفالة صرفية يقدمها الضامن الاحتياطي الذي يكفل بمقتضاها أحد الموقعين على الورقة التجارية في التزامه بضمان القبول أو الوفاء أو كلاهما، غير أن المشرع الجزائري في المادة (409) من القانون التجاري لم يعتبر الضمان الاحتياطي ضمان قبول بل وفاء فقط .أي أنه يختلف عن الكفالة من ناحية القواعد العامة السالفة الذكر.

وأهم ما يترتب على الصفة الصرفية،هو أن التزام القابل بالتدخل يعتبر مستقلا عن التزام المدين المكفول، وبالتالي لا يجوز للقابل أن يدفع في مواجهة الحامل بالدفوع التي كان يمكن أن يدفع بها المدين المكفول.

البند الرابع:

الفرق بين الضمان الاحتياطي والقبول بالتدخل

نص المشرع الجزائري في المادة(448) من القانون التجاري على :[يمكن لساحب السفتجة أو مظهرها أو ضامنها الاحتياطي أن يعين من يقبلها أو يدفعها عند الاقتضاء] .

وعلى الرغم من أن التزام الضامن الاحتياطي يشابه القبول بالتدخل فإنه يختلف معه في شروطه.

---

(1)- على البارودى، المرجع السابق ،ص130

فبتدخل الضامن الاحتياطي أو القابل لفائدة شخص آخر، نجد أنّ الضامن الاحتياطي يتدخل لصالح أيّ مضمون على السفتجة ، بينما القابل يتدخل لفائدة المسحوب عليه فقط ، وعلى ضوء الفقرة الثانية من المادة (409)من القانون التجاري الجزائري فإنّ مقدم الضمان يكون إما الغير أو حتى الموقعين على السفتجة.

سواء بالنسبة للقبول بالتدخل أو في الضمان الاحتياطي يجب تحديد الفرد الذي وقع التدخل لصالحه و إلا أعتبر لفائدة الساحب ،وهو ما نفهمه من المادة (449) من القانون التجاري والمادة (449) فقرة سادسة والخاصة بالضمان الاحتياطي.

وما يمكن استخلاصه أن لا مجال للخلط بينهما ما دام أن لكل واحد خصائصه وطبيعته القانونية، و أنّ الواقع النظري والعملي يوجب وجود فوارق وتشابه بين النظامين وعلى كل ففي الضمان الاحتياطي لا يمكن للحامل عدم الأخذ بهذا الضمان فهو على خلاف ذلك تزداد ضماناته، في حين من الممكن جدا في القبول بالتدخل أن يسمح للحامل رفض هذا القبول والذي يكون متدخلا تلقائيا . **(1)**

فيمكن القول أنّ للضامن الاحتياطي دور فعال ونشيط في تداول الورقة التجارية ، عكس دور القبول بالتدخل من ناحية الإئتمان و الثقة .

(1)- مسيردي عبد الحق، المرجع السابق ،ص 40 .

المطلب الثاني

آثـــــــــــار الضمـــــان الإحتيـــاطي

تظهر أثار الضمان الإحتياطي ، من خلال علاقة الضامن الإحتياطي مع كل من الحامل و مع الملتزم المضمون ، و الملتزمين الصرفين الاخرين ، اي الأطراف الموقعة على السفتجة .

فهذه العلاقات تعتبر الأكثر إشكالا في الفقه القديم و الحديث ، إذ تحكمها نوعين من القواعد ، قواعد قانون الصرف بإعتبار أن إلتزام الضامن الإحتياطي هو إلتزام صرفي مستقل عن الإلتزامات الأخري ، و هذا إستنادا إلي مبدأ هام ، وهو مبدأ إستقلالية التواقيع ، و كذا إلى قواعد الكفالة التضامنية ، فالضامن الإحتياطي يعتبر في الأصل كفيلا متضامنا لشخص المضمون .ولقد عالج المشرع الجزائري ، أثار الضمان الإحتياطي ، في عدة نصوص قانونية ، منها نص المادة(409) في الفقرات السابعة والثامنة والتاسعة ، و كذا في نص المادة (423) قانون تجاري التى تنص على [أن ساحب السفتجة و قابلها و مظهرها و ضامنها الإحتياطي ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن] .**(1)**

من هنا يمكن الحديث ،عن علاقة الضامن الإحتياطي ، مع الموقعين على السفتجة كل على حدى،وعلاقة الضامن مع الحامل وعلاقة الضامن مع الملتزم المضمون و كذالك علاقة الضامن مع الملتزمين الأخرين .

---

(1)-المادة 429 القانون التجاري الجزائري .

الفرع الاول :

علاقة الضامن الاحتياطي بالحامل

بما أن الضامن الإحتياطي يتدخل لكفالة إلتزام المدين المضمون ، فهو ملتزم بكل ما إلتزم به المضمون وهذا ما قضت به المادة(409) الفقرة السابعة من قانون التجاري الجزائري [يلتزم ضامن الوفاء بكل ما إلتزم به المضمون] . و ينتج من هذا الإلتزام ، أن الضامن يمكنه الإستفادة من إهمال الحامل ، إذا كان المضمون له نفس الحق في ذالك .

كما أنه للضامن حق التمسك بالتقادم إتجاه الحامل كما يمكنه التحلل من إلتزماته إذا إكتشف أنه لا يستطيع الإستفادة من حقوق الحامل و هذا ما جاءت به المادة (656) قانون مدنى جزائري [تتبرا ذمة الكفيل بالقدر الذى أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات و يقصد بالضمانات في هذه المادة كالتأمينات المخصصة لضمان الدين و لو تقررت بعد الكفالة و كذالك كل التأمينات المقررة بحكم القانون] .

وهناك إختلافات في مهلة الوفاء عندما يمنح الحامل، المدين المضمون مهلة للوفاء فالبعض يري براءة ذمة ضامن إحتياطي **في** حين يري بعض الأخر براءة ذمة الضامن لكن في حالة مالم يبلغ بتمديد الوفاء. **(1)**

كما يلتزم الضامن الإحتياطي إلتزاما صرفيا قبل الحامل و يكون هذا الإلتزام بمقدار إلتزام المدين الذي يضمنه ، هذا في حالة ما لم يرد هذا الإلتزام في ورقة مستقلة ، أما إذا ورد في ورقة مستقلة عن السفتجة ، فإنه لا يلتزم إلا قبل الشخص الذي أعطاه الضمان و يعتبر إلتزام الضامن إلتزاما صرفيا صحيحا حتى ولو كان إلتزام المضمون باطلا لوجود عيب غير عيب في الشكل مثل نقص أهلية المضمون أو رضاه شابه شابه عيب من عيوب الرضا إلا إذا طلب الوفاء من طرف الحامل سيئ النية الذى لا يستحق الحماية و هذا ما جاءت به المادة(408)الفقرة الثامنة [يعتبر إلتزام الضامن الإحتياطي إلتزاما صرفيا صحيحا ولو كان إلتزام المضمون باطلا لسبب غير عيب في الشكل]. **(2)**

---

(1) - نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر، ص 81- 82 .

(2)- مصطفي كامل طه ، المرجع السابق ،ص100 .

أما الدفوع التي يستعملها الضامن الإحتياطي ، (الكفيل) ضد الحامل (المكفول)، فنجد الدفع بالتجريد ، حيث أن الكفيل يدفع به ، حين مطالبة الدائن إياه، فإذا بدأ الدائن المطالبة من الكفيل و فات الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن إياه ، بالدفع بالتجريد وحصل الدائن على حكم قابل للتنفيد ضد الكفيل وشرع الدائن بالتنفيد على أموال الكفيل فالهذا الأخير أن يتدارك ما فاته عند مطالبة الدائن إياه بالدين و يدفع بالتجريد متمسكا بأنه لا يجوز التنفيد على ماله إلا بعد تجريد المدين.

والدفع بالتجريد هو بنفس شروطه و أثاره سواء دفع به من مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل أو دفع به بعد ذالك عند تنفيد الدائن على مال الكفيل ، أما الدفع بالإنقضاء فللكفيل حق التمسك بإنقضاء إلتزامه ككفيل ، تبعا لإنقضاء إلتزام المدين وقضى بأن كفاله المدين و إن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته ، إلا أن إلتزام الكفيل يظل بحسب الأصل تابعا للإلتزام الأصلي ، فلا يقوم إلا بقيامه ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين . **(1)**

وهناك دفع اخر، وهو الدفع بالإبطال فلما يتمسك الكفيل بإبطال عقد الكفاله، لأن عقد المدين قابل للإبطال لعيب في الرضا كأن يكون شابه غلظ أو تدليس أو إكراه مما يجعل العقد قابل للإبطال حتى لو أجاز المدين العقد الأصلي ، فأصبح هذا المدين لا يستطيع التمسك بإبطال هذا العقد، أما إذا كان السبب في إبطال العقد الأصلي هو نقص أهليه المدين بأن كان هدا قاصرا أو محجورا عليه نميز بين :

- إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين ، كان له أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة كما يكون للمدين أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي لنقص الأهلية ، و يستوي في ذالك أن يجاز العقد الأصلي أو لا يجاز ففي الحالتين يكون للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة.

- أما إذا كان عالما بنقص أهلية المدين ، فله أيضا أن يبطل عقد الكفالة لكن إذا أجازه المدين عند زوال نقص الأهلية أو أجاز وليه أو وصيه أو القيم عليه بإذن المحكمة عند الإقتضاء العقد الأصلي فالكفيل لا يجوز له إبطال عقد الكفالة .وهناك عدة أراء حيث نجد الرأي الراجح يقول أن الكفيل لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة مادام العقد الأصلي قد أجيز ، فإذا كان الكفيل غير عالما بنقص الأهليه ، وقد كفل ناقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة ، حتى لو تمسك المدين بنقص أهليته و أبطل العقد الأصلي ذلك لأن الكفيل إنما كفل المدين بسبب نقص أهليته ، فإذا تمسك المدين بنقص الأهلية و أبطل العقد الأصلي ، أصبح الكفيل مدينا أصليا وصار مسؤولا عن الدين نحو الدائن ، وعلى إعتبار أنه إنما تعاقد مع الدائن ناظرا لهذا الإحتمال .**(2)**

---

(1)- قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2000 ، ص 115 -121-123 .

(2) - مسيردي عبد الحق ،المرجع السابق ، ص35 .

الفرع الثاني :

علاقة الضامن الإحتياطي مع المدين المضمون

الأصل أن العلاقة الناشئة بين الضامن الإحتياطي و المدين المضمون ، لا تختلف عن الكفالة فيحق للضامن مطالبة المديـــن المضمون ، بالوفاء بقيمة الورقة التجارية ، و هـــذا وفقا لما جاءت بـــه المادة (409)الفقـــرة الأخيرة [إذا دفع الضامن الإحتياطي ، قيمة السفتجة يكتسب الحقوق الناتجة عنها إتجاه المضمون ، و الملتزمين له بمقتضي سفتجة] . **(1)**

حيث يستطيع الضامن (الكفيل) الرجوع على المضمون (المكفول) ، بدعوي شخصية تضمنها له القواعد العامة في الكفالة ، أي سواءا عقدت الكفالة بعلمه أو بدون علمه وكذالك إذا سقط حق رفع دعوي صرفية أو مرور مدة التقادم أو لإهمال الحامل للسفتجة ، كما يمكن كذالك للضامن الاحتياطي الرجوع على المضمون بدعوي صرفية ، و ذالك لأنه حل محل الحامل الذى تلقي عنه الوفاء ، **وبذالك** يستفيد من مبدأ تطهير الدفوع و إستقلال التواقيع و الحجر التحفظي. **(2)**

أما الدفوع التي يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين ، تظهر من خلال نـــص المادة (666) قانون مدني جزائري [يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به كفيل الغير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين] .

حيث أن الكفيل المتضامن له الحق في التمسك بدفوع المكفول ، كمـــا أن للكفيل حق الرجوع على المدين إمـــا بدعوي شخصية و إما بدعوي الحلول ، سواءا عقدت الكفالة بعلم المكفول أو بدون علمه ، و هـــذا ماجاءت بـــــه المـــادة (672) قانـــــون مدنـــــي [يمكن للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين سواءا كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه] . **(3)**

---

(1) أبو زيد رضوان ، الأوراق التجارية ، الكتاب الأول ، دار الفكر العربي، ص 328 .

(2) منتدى طلبة سطيف ،المرجع السابق .

(3) المادة(672) القانون المدني الجزائري .

وتنقضى الكفالة بطريق تبعي و أخر أصلي ، فالتابعي يتمثل في إنقضاء الدين المكفول و يكون إما بالوفاء و الوفاء بمقابل و التجريد و المقاصة و إتحاد الذمة و الإبراء و إستحالة التنفيذ و التقادم . أما الأصلي فيكون عندما تنقضي الكفالة ذاتها ،لأن التابع لا يبقي بغير الأصيل ، وما يترتب على التضامن بين المضمون و ضامنه أن هذا الأخير أي الكفيل ، لا يبقي له سوي التمسك بالدفوع الخاصة بشخصه . كما يتبين أن الكفالة التضامنية تخول للدائن ضمانا أوفي بما تخوله الكفالة البسيطة لأنها تحرم الكفيل المتضامن من ثلاثة دفوع يختص بها الكفيل العادي و لا تثبت للكفيل المتضامن ، و يظهر ذالك في الدفع بالمقاصة الذي يقع بين الدائن و المدين ، حيث أنه يجوز للكفيل المتضامن التمسك بالمقاصة و لا يجوز ذالك للمدين المتضامن ، إلا بقدر حصة المدين الأول ،و فيما يخص تقادم الدين المكفول فإنه يجوز للكفيل المتضامن التمسك به إدا أعتبر كفيلا ، و لا يجوز له ذالك إذا أعتبر مدينا متضامنا إلا بقدر حصة المدين الأصلي ، و في الدفع بإضاعة التأمينات يثبت هذا الدفع للكفيل المتضامن دون المدين المتضامن و في حالة الدفوع الخاصة بشخص المدين كعيوب الرضا (التدليس ، إكراه ، الغلط) و نقص الأهلية إذ يجوز للكفيل المتضامن التمسك بها ، إلا ما أستثني و لا يجوز ذالك للمدين المتضامن .**(1)**

---

(1)أنور العمروسي ،المرجع السابق ، ص251 -256 .

الفرع الثالث :

علاقة الضامن الإحتياطي مع الموقعين الأخرين للسند

يستفيد الضامن الإحتياطي ، من حق الرجوع إتجاه المدين المضمون ،و كذا أتجاه الملتزمين الأخرين للمدين ، و هذا ما قضت به المادة(409) قانون تجاري جزائري في فقرتها الأخيرة [إذا دفع الضامن الإحتياطي قيمة السفتجة ، يكتسب الحقوق الناتجة عنها إتجاه المضمون ، و الملتزمين له بمقتضي سفتجة] .

بمعني أنه إذا وقع الضامن الإحتياطي ،عن أحد المظهرين فله حق الرجوع على المسحوب عليه ، إذا أوفى قيمة السند بالنيابة عن المظهرين ، فيحق له الرجوع على المسحوب عليه إذا أوفى قيمة السند بالنيابة عن هذا المظهر المضمون ، و كذا له حق الرجوع على المظهرين السابقين ، و العكس إذا وقع الضامن عن الساحب ، فإنه لا يستطيع الرجوع عن الغير من الموقعين ، و إنما يرجع إلا على الساحب و المسحوب عليه ، إذا تلقي مقابل الوفاء من الساحب . أما إذا كان المضمون هو المسحوب عليه فإن الضامن لا يمكنه الرجوع على الساحب إلا إذا لم يكن هذا الأخير قد وفر مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه. **(1)**

أما فيما يخص رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفلاء الشخصيين الذين كفلو الدين معه ، قضت المادة 668 من القانون المدني أنه (إذا كان الكفلاء المتضامنين فيما بينهم ،و وفا أحدهم الدين عند حلوله ،كان له أن يرجع على كل من الباقـــين بحصته في الدين، و بنصيبه في حصة المعسر منهم) ، و المستفاد من نص المادة أنها تتناول حالـــة واحـــدة من حالات تعدد الكفلاء الشخصيين الدين يضمنون دين واحد ، وهي حالة ما إذا كان هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم . **(2)**

---

(1)- عبد القادر العطير ، المرجع السابق ،ص 292- 293 .

(2)- المادة(668) القانون المدني الجزائري .

و على ذالك إذا تعدد الكفلاء بدين واحد فإما أن ينقسم الدين بينهم ،ولا يكون كل منهم مسؤول إلا بقدر نصيبه في الكفالة ، أو لا ينقسم الدين و يكون كل منهم مسؤول عنه بأكمله على سبيل التضامن أو على سبيل التضامم ، أما إذا تعدد الكفلاء وكانو جميعا قد إلتزمو بكفالة الدين بعقد واحد فالمشرع يتخد من وحدة العقد دليلا ،على أن كل كفيل قد إعتمد على الكفلاء الأخرين ، فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون و يشترط لذالك أن يتعدد الكفلاء الشخصيين و يكفل الكفلاء المتعددين نفس الدين كما يكفل الكفلاء نفس المدين، و أن لا يكونوا متضامنين فيما بينهم ، و على ذالك لا يكون كل كفيل ملتزما إلا بقدر نصيبه في الكفالة ،فإذا وفا هذا النصيب للدائن لم يرجع بشيئ على الكفلاء الأخرين ،لأنه لم يوفي بأنصيبتهم في الدين بل وفي في نصيبه وحده ، و إنما يرجع على المدين الذى كفله بقدر ما وفا عنه من الدين ، إما بالدعوي الشخصية ، أو بدعوي الحلول ، أما في حالة تعدد الكفلاء مع التضامن أو التضامم فيما بينهم ، فلا فرق في الحكم بين حالة التضامن وحالة التضامم ، لا في مسؤولية كل كفيل نحو الدائن عن كل الدين، و لا في رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الباقين بحصته في الدين و بنصيبه في حصة المعسر.

و قد تكفل ببيان الحكم الأول وهو مسؤولية كل كفيل عن كل الدين، بينما تكفل ببيان الحكم الثاني رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الأخرين بحصته و بنصيبه بحصة المعسر ، و لا فرق بين الإلتزام التضامنى و الإلتزام التضاممي ،إلا أنه في الإلتزام التضامنى تجمع بين المدينين المتضامنين وحدة المصلحة المشتركة ،و هذه المصلحة هى التى تبرر أن كل مدين متضامن يمتل الاخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ، أما في الإلتزام التضاممى فلا توجد مصلحة مشتركة بين المدينين المتضاميمم ،فلا يقوم هذا التمثيل بينهم حتى فيما ينفعهم .**(1)**

---

(1) قدري عبد الفتاح الشهاوي ،المرجع السابق ، صفحة 195-198

الخـــــاتمـــــة

إنّ طلب الضمانات من طرف الدائن يفتح الباب للتساؤل حول العديد من المسائل المرتبطة بهذه الضمانات، و من بين هذه التساؤلات ما يدور حول قيمة الضمان و معايير اختيار الضمان فهو
في الحقيقة عندما يقوم البنك على طلب ضمان من المؤسسة التي تريد أن تقترض منه، يصطدم بمشكلة أولى هي: ما هي قيمة هذا الضمان؟
و في الواقع لا يمكن أن ننتظر إجابة قاطعة في هذا الخصوص باعتبار انه لا يوجد قانونا يحدد هذه القيمة، ومع ذلك يمكننا أن نتصور بأن قيمة هذا الضمان لا يمكن إن تتجاوز مبلغ القرض المطلوب .

وعلى هذا الأساس يمكننا أن نرجع تحديد قيمة الضمان إلى بعض الإعتبارات والتي تساعد البنك على القيام بهذه الخطوة وأولى هذه الإعتبارات هي ما يتعلق بالعرف البنكي ، فالبنوك بصفة عامة لها عادات وتقاليد مكتسبة في مجال الضمانات ، كما أن تجاربها المتراكمة في هذا الميدان تجعلها قادرة على تحديد قيمة الضمان المطلوب حسب طبيعة كل نوع من أنواع القروض وفي هذا المجال ليس هناك أحسن من وجهة نظر البنك طبعا من أن تكون قيمة الضمان مساوية لمبلغ القرض بحيث يسمح له ذلك بانتظار موعد التسديد في طمأنينة ولكن ذلك آمر نسبي بطبيعة الحال .

وفي كل الأحوال فإن البنك المانح للضمان لا يتحمل الخسارة إذ يحتفظ بعطاء يثمتل في جزء من قيمة الضمان أو كل القيمة و لا يتكلف بإصدار النفقات الإدارية البسيطة.

كما آن هناك إعتبارات أخرى تدخل في تحديد قيمة الضمان وهي ترتبط بالشخص أو المؤسسة التي تطلب التمويل في المؤسسة التي تتمتع بسمعة جيدة في السوق قد تكون الضمانات المطلوبة منها لا تخضع إلاّ، لإعتبارات شكلية كما أن أي شخص لا يمكنه أن يعطي ضمانات إلا في حدود ما يملك وهو ما تم استخلاصه من خلال الجانب العملي للبنوك (بنك التنمية الريفية ، القرض الشعبي الجزائري ، وبنك التنمية المحلية) التى تأخذ بعامل الثقة و السمعة الجيدة والتعامل السابق لطالب الضمان مع البنك بعين الإعتبار .

الضمـــــان الاحتيـــاطـــــي

قائمة النصوص القانونية :

- *الأمر رقم 59/75 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم .*

- *الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .*

- *Loi 511/21 Nvx code commerce de France* -

قائـــــــمة المراجـــــع :

- أكرم يا مالكي ،الأوراق التجارية و العمليات المصرفية ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،ط1 ،عمان ، 1999 .

- أنور العمروسي ،التضامن و التضامم و الكفالة في قانون المدني 2003 ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية.

- أبو زيد رضوان ، الأوراق التجارية الكتاب الأول ، دار الفكر العربي .

- سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1،2001 .

-. صلاح الدين المنجد ، المنجد في اللغة و الإعلام ،دار الشرق ، بيروت .

- علي البارودي ،محمد فريد العريبي ، الأوراق التجارية و الإفلاس ،الجامعة الجديدة للنشر ،مصر

- عبد القادر العطير ، الوسيط في القانون التجاري (الأوراق التجارية)،ج 2 ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان.

- عبد العزيز العكيلي ، الأعمال التجارية و التجار و المتجر ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن.

- فوزي محمد سامي ، الأوراق التجارية ،ج2 ،مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 1997 .

- قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة ، توزيع منشأة المعارف ،الإسكندرية، 2000 .

- مصطفى كامل طه ، الأوراق التجارية و الإفلاس ، دار الجامعة الجديدة للنشر، *1999*

- نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري الجزائري ، الطبعة التانية ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر .

قائمةالرسائل الجامعية :

مسيردي عبد الحق ، مذكرة ماجستير: الضمان الإحتياطي ،سيدي بلعباس ، *غير مسجلة* ،*2007-2006*

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول :ماهية الضمان الإحتياطي.	03
المطلب الأول :تعريف الضمان الإحتياطي	04
الفرع الأول :التعريف اللغوي للضمان الإحتياطي	04
الفرع الثاني :التعريف الاصطلاحي للضمان الإحتياطي.	04
المطلب الثاني :الطبيعة القانونية للضمان الإحتياطي	05
الفرع الأول :الضمان الإحتياطي إرادة منفردة (من جانب واحد)	06
الفرع الثاني : الضمان الإحتياطي إرادة متبادلة (ملزم لجانبين)	06
الفرع الثالث: الضمان الإحتياطي كفالة	07
المطلب الثالث : مركز الضمان الإحتياطي	08
الفرع الأول : الإلتزام الأصلي و الإلتزام الصرفي .	08
الفرع الثاني : الضمان الإحتياطي إلتزام صرفي	09
البند الأول : الإلتزام الصرفي للضمان الإحتياطي إلتزام شكلي	09
البند الثاني: الإلتزام الصرفي للضمان الإحتياطي إلتزام مجرد	10
البند الثلث : الإلتزام الصرفي للضمان الإحتياطي إلتزام مستقل	10
المطلب الرابع : شروط الضمان الإحتياطي	11
الفرع الأول :الشروط الموضوعية للضمان الإحتياطي	11
البند الأول: الشروط الموضوعية العامة للضمان الإحتياطي.	11
البند الثاني:الشروط الموضوعية الخاصة للضمان الإحتياطي.	12
الفرع الثاني: الشروط الشكلية للضمان الإحتياطي	13
البند الأول : الكتابـــــــة	13
البند الثاني : التوقيـــــــع	14
البند الثلث : اسم من وقع الضمان لأجله	15
المبحث الثاني :علاقة الضمان الإحتياطي بالأنظمة المشابهة ، و آثاره .	16
المطلب الأول : علاقة الضمان الإحتياطي بالأنظمة المشابهة	17
الفرع الأول :علاقة الضمان الإحتياطي بالكفالة	18
البند الأول :تعريف الكفالة	18
البند الثاني : أوجه التشابه و الاختلاف بين الضمان الإحتياطي و الكفالة	18

الفرع الثاني : علاقة الضمان الإحتياطي بالرهن	20
البند الأول: تعريف الرهن	20
البند الثاني: رهن الأوراق التجارية	21
البند الثلث: رهن الدين	22
الفرع الثالث: علاقة الضمان الإحتياطي بالقابل بالتدخل .	23
البند الأول : تعريف القبول بالتدخل	23
البند الثاني : شروط صحة القبول	23
البند الثالث :أثار القبول بالتدخل	24
البند الرابع : الفرق بين الضمان الإحتياطي و القبول بالتدخل	24
المطلب الثاني :آثار الضمان الإحتياطي	26
الفرع الأول : علاقة الضامن الإحتياطي بالحامل	27
الفرع الثاني : علاقة الضامن الإحتياطي مع المدين المضمون .	29
الفرع الثالث: علاقة الضامن الإحتياطي مع الموقعين الأخريين للسند	31
الخـــــــاتمة	