

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي للبويرة

معهد الحقوق

السنة الرابعة

المقياس: القانون التجاري (الأوراق التجارية)

عنوان البحث:

الضمان الاحتياطي

من إعداد الاستاذ الطالب:

ج- مهدي

السنة الجامعية: 2009/2008

بحث الضمان الاحتياطي:

الإشكالية: ماذا يضيف الضمان الاحتياطي للحامل إذا لم يقتنع بالضمانات الأصلية؟

مقدمة:

المبحث الأول : مفهوم الضمان الاحتياطي .

المطلب الأول: تعريف الضمان الاحتياطي وأشخاصه.

الفرع الأول: تعريف الضمان الاحتياطي .

الفرع الثاني: أشخاص الضمان الاحتياطي .

المطلب الثاني: شروط الضمان الاحتياطي.

الفرع الأول : الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي .

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للضمان الاحتياطي .

المبحث الثاني: أثار الضمان الاحتياطي

المطلب الأول: علاقة الضمان الاحتياطي بالحامل .

الفرع الأول: الالتزام .

الفرع الثاني: الرجوع.

المطلب الثاني : علاقة الضامن الاحتياطي بالملزم المضمون .

الفرع الأول: حق الضامن بالرجوع بدعوة صرفية.

الفرع الثاني: حق الضامن بالرجوع بدعوى شخصية.

المطلب الثالث : علاقة الضامن الاحتياطي بالملتزمين الآخرين .

الخاتمة:

مقدمة:

في كثير من الأحوال يقوم الشخص بتحرير الورقة التجارية إلى شخص آخر، ويرفض المستفيد أو المظهر إليه قبول استلامها وذلك لضعف الثقة المالية لديه عن الشخص (المضمون)، بالرغم من قبول المسحوب عليه ووجود مقابل وفاء (ضمانات أصلية). ولذلك يطلب من الشخص الذي ظهر الورقة التجارية تأميناً لكي يقبلها ويطمئن إلى الوفاء بها وهذا التأمين قد يكون رهناً يسلمه إليه أو كفالة شخصية وهذه الكفالة هي التي يطلق عليها الضمان الاحتياطي. ومن هذا يمكن التساؤل:

ماذا يضيف الضمان الاحتياطي للحامل إذا لم يقتنع بالضمانات الأصلية؟

المبحث الأول : مفهوم الضمان الاحتياطي

. ياخذ الضمان الاحتياطي شكلين فقد تكون السفتجة مضمونة بتأمين عيني، ولكن من النادر ان يحدث ذلك من الناحية العملية لان رهن العقار او المنقول يشتمل على اجراءات معقدة و بطيئة وبالتالي يعطل تداول السفتجة التي تتطلب السرعة و عليه سنتناول فقط الضمان الاحتياطي الذي يرد على سفتجة مضمونة بتأمين شخصي.

لقد خص المشرع الجزائري الضمان الاحتياطي في المادة 409 تجاري غير انه لم يعطي تعريفا له في حين بين أشخاصه (مط1) كما تضمن شروطه (مط2).

المطلب الأول : تعريف الضمان الاحتياطي وإطرافه:

سنتناول أهم التعاريف التي خصها الفقهاء للضمان الاحتياطي (فرع1) ثم نبين أطرافه (فرع2) .

الفرع الأول: تعريف الضمان الاحتياطي.

اختلف الفقهاء في تعريفهم للضمان الاحتياطي فاعتبر قسم منهم بانه عقدا(أولا)، وذهب القسم الآخر إلى اعتباره تعهد (ثانيا) في حين رأى قسم آخر بأنه كفالة وغيرها من التعاريف.

أولا: عرف الفقهاء الذين اعتبروا الضمان الاحتياطي عقدا بانه " العقد الذي يلتزم بموجبه شخص من الغير بدفعه قيمة السند في ميعاد الاستحقاق في حالة عدم الوفاء من الملتزم المضمون فالواضح أن هذا القسم من الفقهاء استبعدوا أن يكون الضامن الاحتياطي من الموقعين على الورقة التجارية ويعد هذا قصورا في التعريف به.

ثانيا: عرف الفقهاء الذين اعتبروا الضمان الاحتياطي تعهد بأنه " التعهد الذي يلتزم بموجبه شخص بالوفاء قيمة السفتجة (ورقة التجارية) عندما يتقاعس المدين عن الوفاء". فأصحاب هذا التعريف كذلك حصروا الضمان الاحتياطي بالشخص الأجنبي أيضا.

والاجتهاد أجاز أن يكون الضامن الاحتياطي من بين الموقعين على الورقة التجارية والغرض من ذلك زيادة الثقة لدى حامل تلك الورقة .

ثالثاً: عرف قسم مهم من الفقهاء على انه " التزم مكتوب عن طريق شخص معين يتعهد بموجبه على التسديد⁽¹⁾ ومن هذا التعريف يمكن استنتاج أن الضامن الاحتياطي هو شكل من أشكال الكفالة ويختلف عنها في كونه يطبق فقط في حالة الديون المرتبطة بالأوراق التجارية . هذه الكفالة هي كفالة صرفية يقدمها الضامن الاحتياطي الذي يكفل بمقتضاها احد الموقعين على الورقة التجارية في التزامه بضمان القبول أو الوفاء أو كلاهما، غير أن المشرع الجزائري في المادة 409.ق.ت لم يعتبر الضامن الاحتياطي كضمان قبول بل وفاء فقط . إن التعريف الأخير هو اقرب إلى الضامن الاحتياطي إلى غيره. غير أن هذه الكفالة هي كفالة خاصة قد تكون بمقابل أو تكون بدونه .

تشير في الأخير أن الفقه الإسلامي أجاز الضامن الاحتياطي واعتبره نوع من الكفالة حيث تضاف ذمة إلى أخرى غير أن الاختلاف كان في مقابل الكفال وحرص أكثر الفقه انه لا يجوز الكفالة بمقابل⁽²⁾ .

الفرع الثاني: أطراف الضامن الاحتياطي⁽³⁾

من التعريفات السابقة نستخلص بان الضامن الاحتياطي تصرف قانوني يهدف إلى تسهيل تداول السفتجة وضمان الوفاء بقيمتها تشكيلة أطراف ثلاث. الضامن الاحتياطي (أولاً)، الشخص المضمون (ثانياً)، والحامل (ثالثاً).

أولاً: الضامن الاحتياطي:

شخص طبيعي أو معنوي لا شرط أن يكون تاجر عادة ما يكون يسار (له ذمة مالية ميسورة) واصل انه يكون من الغير يتدخل لتعزيز ضمانات الوفاء بالسفتجة وذلك عن طريق كفالة احد الملتزمين بالوفاء بمبلغ السفتجة عند معاد الاستحقاق⁽⁴⁾ وبالرغم من أن النص القانوني يسمح بتقديم الضامن الاحتياطي من قبل الموقعين على السند إلا أن تقديمه من المسحوب عليه القابل أو الساحب لا يفيد في شيء لان كل منها ملتزم قانوناً تجاه الحامل والموقعين الآخرين.

1- الموسوعة العربية، الاوراق التجارية، نوفمبر 2008، ص 10
2- د/محمد أحمد سراج/حسين حامد حسان، الاوراق التجارية في الشريعة الاسلامية، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، مصر 1988
3- أ/عمر خمري، محاضرات في السندات التجارية، المركز الجامعي للبويرة، 2007/206، ص 86
4- منتدى شباب كلية الحقوق، بحث في الاوراق التجارية، نوفمبر 2008

- ثانيا: الشخص المضمون.

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

- ثالثا: الحامل:

هو الشخص الذي صدر لمصلحته الضمان فهو المستفيد منه لأن الحامل الأخير هو الذي يسعى إلى استقاء مبلغ السفتجة، وعند ميعاد الاستحقاق يستفيد الحامل من كل الضمانات التي تمكنه من مقابل الوفاء.

المطلب الثاني: شروط الضمان الاحتياطي. (1)

نتعرض في الفرع الأول إلى الشروط الموضوعية ثم نبين الشروط الشكلية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي.

نتعرض إلى هذه الشروط من عدة زوايا.أولا: المتعلقة بالضمان الاحتياطي. ثم إلى المستفيد من الضمان، ثم إلى زمن الضمان ، وأخير إلى موضوعه.

أولا: الشروط المتعلقة بالضامن.

طالما أن الأمر يتعلق بكفالة تجارية فبديهي انه يشترط في الضامن الاحتياطي أن يكون أهلا للالتزام التجاري، أما وقد تحقق هذا الشرط فيستوي بعد ذلك أن يكون مانح الضامن الاحتياطي عن الغير أو أحد موقعي السفتجة. والغالب أن يصدر الضمان الاحتياطي من طرف أجنبي من السفتجة ومع ذلك يجوز أن يتقدم بالضامن الاحتياطي احد موقعي السفتجة. أن الضمان الاحتياطي الصادر من أحد الموقعين على السفتجة لا يكون له أثر ما لم يترتب عليه تحسين مركز الحامل وزيادة ضماناته كما أن يضمن أحد المظهرين التزام المحسوب عليه القابل ضمانا احتياطيا فيصبح في نفس مركزه.

1 -/اسلام شمس،اوراق تجارية،الجزء الثاني،نوفمبر 2008،ص12

ثانيا: المستفيد من الضمان.

يجوز أن يستفيد من الضمان الاحتياطي أي شخص ملتزم بالوفاء بالسفينة ويأتي في مقدمة من ينطبق عليهم هذا الوصف المحسوب عليه القابل باعتباره المدين الأصلي في السفينة وأول شخص يطالبه الحامل بالوفاء عند ميعاد الاستحقاق، بل أنه يجوز كفالة المحسوب عليه غير قابل توقيعاً لقبوله وذلك تأسيساً على كفالة الدين المستقبلي تطبيقاً للقواعد العامة. كذلك يجوز أن يقع الضمان الاحتياطي عن الساحب أو احد المظهرين أو حتى ضامن احتياطي آخر ويجب أن يعين الضامن الاحتياطي في السفينة الملتزم المضمون وفي حالة عدم قيامه بهذا التعيين يعتبر الضمان مقدماً لمصلحة الساحب وهذه قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس.

ثالثاً: زمان الضمان.

الأصل أن يصدر الضمان الاحتياطي في أي وقت بين تاريخ إنشاء السفينة وتاريخ استحقاقها بل ويجوز طبقاً للرأي الراجح أن يتدخل الضامن الاحتياطي حتى بعد حلول ميعاد الاستحقاق لاسيما وان الحامل آنذاك يكون في أمس الحاجة إلى من يضمن له الوفاء بقيمة السفينة ضماناً احتياطياً ويظل هذا الضمان ممكناً حتى تحرير احتجاج عدم الوفاء أو انقضاء المهلة المحددة لتحريره أما بعد تحرير الاحتجاج أو انقضاء الميعاد المحدد لتحريره. فلا ينتج الضمان الاحتياطي إلا آثار الكفالة العادية .

رابعاً: موضوع الضمان.

لم يشر المشرع إلا إلى ضمان الوفاء بمبلغ السفينة فقط ومع ذلك فإن الرأي مستقر على جواز امتداد الضمان إلى القبول أيضاً ما لم يكن الموقع معفى من ضمان القبول بشرط صريح كذلك ليس من الضروري إن يعطي الضمان كامل السفينة بل يجوز أن يقتصر على الوفاء بالجزء من المبلغ.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للضمان الاحتياطي. (1)

يقدم الضمان الاحتياطي بكتابته على السفينة نفسها. أو على الوصلة المتصلة بها. أو في محرر مستقل المادة 3/409 والكتابة ليست فقط شرطاً لإثبات الضمان الاحتياطي. وإنما هي أيضاً شرطاً لصحته، غير أنه يختلف الأمر قليلاً في السفينة الالكترونية التي تستلزم شروطاً أخرى غير تلك الموجودة في السفينة التقليدية فقط.

1-راشد راشد، الاوراق التجارية والافلاس والتسوية القضائية دم - ج ط 2002

أولاً: كتابة الضمان على السفينة أو على الوصلة المتصلة بها.

يعطي الضمان الاحتياطي، عادة عن طريق توقيع السفتجة تحت عبارة على درجة الضمان أو أية عبارة أخرى تعطي نفس المعنى المادة 4/409 ويعتبر الالتزام بالضمان ناشئاً بمجرد توقيع مقدم الضمان على وجه السفتجة إلا إذا كان توقيع المسحوب عليه، أو توقيع الساحب 5/409 وبسبب استبعاد المشرع لتوقيع الساحب أو المسحوب عليه. أن توقع المسحوب عليه المجرد، يفترض فيه أن يكون قابلاً للسفتجة وليس ضماناً احتياطياً، أما بالنسبة لتوقيع الساحب، فإن الضمان الذي يقدمه ضمن هذه الشروط، يعد باطلاً لأنه هو نفسه ضامن قبولها وأداء مبلغها تجاه حماة السفتجة فتوقعه المجرد ثانية لا قيمة له. وهذا ولم يستلزم المشرع من مقدم الضمان تجديد المبلغ الذي يريد ضمانه كما لم يستلزم تاريخ نشوئه.

ثانياً: كتابة الضمان في ورقة مستقلة.

حسب المادة 2/409 يجوز أن يكتب الضمان في محرر مستقل عن السفتجة إلا أن النص القانوني يشترط تعيين المكان الذي جرى وهذا الشرط ضروري لتقدير صحته ويستلزم الاجتهاد الحديث أن يكون مبلغ وتاريخ استحقاق الورقة التجارية المضمونة محددتين تحديداً دقيقاً وإذا توافرت هذه الشروط، ينتج الضمان الاحتياطي بمحرر مستقل نفس النتائج التي ينتجها الضمان المحرر في السفتجة. ولكن الأصل أن مقدم الضمان الاحتياطي ليس ملزماً إلا تجاه الشخص الذي وعده بضمانه لان توقعه لا يظهر في السند، وعندما لا يكون للضمان الاحتياطي المقدم في ورقة مستقلة، قيمة صرفية فإن مقدم الضمان يمكن أن يكون مع ذلك ضامناً طبقاً لكفالة تخضع للقانون العادي.

ثالثاً: الضمان الاحتياطي في السفتجة الالكترونية. (1)

تجري على السفتجة الالكترونية نفس الأحكام المطبقة على السفتجة التقليدية وتختلف عنها في:

- 1- وجود بند خاص بالضمان الاحتياطي على النماذج المطبوعة.
- 2- أن النظام أجاز في السفتجة التقليدية أن يتم الضمان على ورقة مستقلة بخلاف السفتجة الالكترونية.

1- محمد بن قينات بن عبد الرحمن، بحث في الكمبيوتر الالكترونية - دراسة مقارنة- المملكة العربية السعودية 1424هـ

المبحث الثاني: آثار الضمان الاحتياطي.

يتحدد المركز القانوني للضامن الاحتياطي كواحد من الموقعين على السفتجة في ضوء علاقته بالحامل (مط1) وكذلك علاقته بالملتزم المضمون (مط2) وأخيرا علاقته سائر الملتزمين الصرفيين الأخيرين في السفتجة (مط1) (1).

المطلب الأول: علاقة الضامن الاحتياطي بالحامل.

يلتزم الضامن الاحتياطي على ذات الوجه الذي يلتزم به المضمون وهو بذلك يعتبر كفيلا متضامنا مع الملتزم المضمون (مط1) ومعرض للرجوع عليه من جانب الحامل عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بعد تحرير احتجاج عدم الوفاء (مط2).

الفرع الأول: الالتزام .

- 1- يلتزم الضامن الاحتياطي بالوفاء بمبلغ السفتجة أو بالجزء الذي صدر عليه الالتزام متى اثبت الحامل ملكية للسفتجة .
- 2- لا يمكن للضامن الاحتياطي التخلص من تعهده بالوفاء إذا اثبت امتناع الشخص المضمون عن الوفاء بالتزامه المتمثل في قيمة السفتجة .
- 3- أن شرعية حق الحامل تكسبه سلطة مطالبه الملتزمين بالسفتجة سيما الضامن الاحتياطي الذي لا يمكنه التهرب من التزامه إذا ورد على وجه السفتجة أما إذا كان الضمان قد ورد في ورقة مستقلة فانه لا يلتزم إلا من قبل الشخص الذي أعطاه الضمان ويكون التزامه صرفيا متى حدد المبلغ المضمون ومدة الضمان (2).
- 4- ليس للضامن الاحتياطي أن يتمسك قبل الحامل بالدفع بالتحديد كما لا يجوز له أن يتمسك بالدفع بالتقسيم في حالة تعدد الضامنين الاحتياطيين بالدفع بالتقسيم في حالة تعدد الضامنين الاحتياطيين.
- 5- طبقا لنص القانون 409 تجاري يعتبر التزام الضامن الاحتياطي التزاما صرفيا صحيحا ولو كان الالتزام المضمون باطلا لسبب غير عيب في الشكل كإغفال بيان إلزامي في السفتجة.

¹ - إسلام شمس - أوراق تجارية (الجزء الثاني) ص 13 .
² - نادية فضيل - الأوراق التجارية في القانون الجزائري، ط2 دار هومة للنشر والتوزيع 2003 ص 81

الفرع الثاني: حق الرجوع.

نتعرض له من حيث التمسك بالدفع (أولا) ثم من حيث التمسك بالسقوط .

- أولا: من حيث التمسك بالدفع:

1- إذا كان يجوز للمدين المضمون أن يتمسك بالدفع المستمدة من نقص الأهلية أو عيب شاب رضاه، فليس للضامن الذي ضمنه أن يتمسك بهذه الدفع وإذ أبطل المدين التزامه بقي الضامن ملتزما وهذا تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات.

2- إن صفة الضامن الاحتياطي ككفيل تمنح له حق مواجهة الحامل بالدفع التي يجوز للشخص المضمون استعمالها ضد حامل السفتجة، إلا أن الدفع الناشئة عن علاقة شخصية بين الشخص المضمون والحامل لا يمكن التمسك بها من طرف الضامن الاحتياطي استنادا لمبدأ تطهير الدفع في حين يجوز له الدفع بما ينجز عن العلاقة الشخصية بالحامل كالتمسك بالمقاصة إذا كان دائنا له عند ميعاد الاستحقاق. (1)

- ثانيا: من حيث التمسك بالسقوط.

لا يجوز للضامن الاحتياطي أن يحتج بسقوط حق الحامل بسبب الإهمال إلا في الحدود التي يجوز فيها ذلك للملتزم المضمون، غير أنه يجوز للضامن الاحتياطي أن يحتج بسقوط حق الحامل بسبب الإهمال إذا كان قد تتخل لمصلحة المسحوب عليه القابل أو لمصلحة الساحب الذي يقدم مقابل الوفاء.

¹ - نادية فضيل - مرجع سبق ذكره - ص 82.

الخاتمة:

يتضح أن المشرع أقر مبدءا صرفيا يقضي بإلزام كل موقع على السفتجة بما يرتبه توقيعه من آثار فالضامن الاحتياطي يضاف إلى الضمانات الممنوحة للحامل للوفاء بقيمة السفتجة في حالة امتناع المسحوب عليه عن ذلك، وعمد المشرع إلى فسخ المجال للحامل بالاستفادة من التضامن من أوسع أبوابه، كل ذلك من أجل تشجيع الأشخاص على إبرام الالتزامات وترك حرية المبادرة طالما تصرف هؤلاء لا يخالف النظام العام وهذا ما يفهم من عدم تطرقه إلى السفتجة الإلكترونية في ظل التطور المعلوماتي الذي تعرفه المعاملات التجارية وترى بأنه حان الوقت لتعديل أو إضافة نصوص بما يتلاءم مع هذا التطور.