رقم الترتيب...../كلية/ج ب/2011

وزارة التعليـــم العالـــــي و البحث العلمـــــي
جـــامعـــة امحمـــد بوقـــرة بومـــــرداس

كليـــة الحقوق

مـــذكـــرة المـــاجستيـــر

مقـــدمة من طـــرف:
الطالبة: حفيـــظ آمـــال

لنيـــل شـــهـــادة المـــاجـــستيـــر فـــي:
شعبـــة:الحقوق الأساسية و العلوم السياسية

تخـــصص: عقود ومسؤولية

تحت إشراف: الأستاذ كتو محمد الشريف

عنوان المذكـــرة : تطور التأمينـــات الشخصيـــة

لجنـــة المنـــاقشـــة:

السيد(ة): كمال حـــدوم	أستاذ التعليم العالي	جامعة بومرداس	الرئيس
السيد(ة): محمد الشريف كتو	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيزي وزو	المقرر
السيد(ة): زاهية سي يوسف	أستاذة التعليم العالي	جامعة تيزي وزو	الممتحن

السنـــة الدراسيـــة: 2012/2011

تاريخ المناقشة: 2012/04/19

مقدمـــة:

التأمين هو الأمـــن والأمان الذي يبتغيه الإنســـان وينشده من خطر قـــد يهدده، و تلبية لاحتياجاته يرتبط بغيره وينشـأ عن ذلك حقوق شخصية تجعل أطراف العلاقة في مركـز دائن ومدين، فالدائن قد يتعرض لمخاطر متعـددة إذ قد يحـــدث عند تحقق الأجـل أن يصبح المدين معسرا، وأن يكون للمدين عدة دائنين فـلا يحصل على شيء أو أن يحصل على الشيء اليسير، لذلك تبرز حاجة الدائن إلى طلب الأمـن والأمان من هذا الخطر لذلك فيلجأ للبحث عن وسائل الضمان التي تحقق له أكبر قدر من الضمان.

فالأصل هو أن يقـوم المدين بتنفيـذ التزامه اختيارا استجابـة إلى عناصر المديونية في الالتزام، فيقوم بتنفيذه عينا إذا توافرت شروط التنفيذ العيني، لكن إذا تخلفت فيقوم بالتنفيذ بمقابل عن طريق التعـــويض.

ولم يعرف الفكر القانوني نظام التنفيـذ على أموال المديـن إلا في عصر لاحق من تطور القانون الروماني، فقد ظل هذا القانـون مقررا التزام المديـــن في شخصه لفترة طويلة إن كان المديـــن المعسـر يساق إلى دائنيـه الذين كـــان في استطـــاعتهم بيعـــه والتصرف فيـــه.

وفي عصر لاحق أمكـن التخفيف مـن هذا الوضع وأصبح المدين ملتزما بالعمل لمصلحة دائنيه حتى يقضي دينه، وبعد انتهاء نظام الإكراه البدني وانكماش نطاقه وآثاره، تطورت طرق التنفيذ على أموال المدين إذ لم يجد الدائن وسيلة للحصول على حقه إلا الالتجاء إلى التنفيذ على أمـوال المديـــن.

وبما أن الذمـــة المالية تتكـون من مجموعة الحقوق والالتزامات المالية، فإن حقوق دائني المدين لا ترد على ذمته المالية كمجموعة حيث تشتمـــل على الديـــون أيضا، ولكنها ترد على الجانب الإيجـــابي منها وهو ما يسمى **بالضمان العـــام**، فيبين هذا الحق كيف تخصص أموال المديـــن لوفاء ديونـــه، وعلى ذلـك بموجب الحق في الضمان العام يستطيع أي دائن أن يقوم بالحجـز على عناصر الذمة الإيجابية ويخضع مع غيره من الدائنين الحاجزين لقاعدة المساواة.

ولأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه فتقضي المادة 188 من القانون المدني[1]: " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

وفي حالة عدم وجـــود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هـذا الضمان".

نجد أن الذمة المالية للمدين تكـــون ضامنة للوفاء بديونه، فيعتبر الضمان العام لكل الدائنين الذيـن يتساوون في استيفـــاء حقهـــم من هـذا الضمان، فالذمة الماليـة هي مجموعـــة قانونية أي مجموعـــة من الحقوق والالتزامات المالية لشخص مـــا، لأنها توضح العلاقة الموجودة بين ديون شخص معين وحقوقه (الحاضرة والمستقبلية).

فتعتبر الذمة المالية الضمان العام للدائنين، فكل دائـن مهما كانت صفتـــه له حق على الذمة المالية للمدين، وأهميتها تظهر في توفير الضمان العام للدائنين، وهذا معنـــاه أن حق الدائنيـــن غير معلـــق بعين معينـــة أو بمال معين وإنما هـــو مرتبط بمجموع الذمة الماليـة في الحاضر والمستقـــبل، وبالتالي يكـــون للدائن الحق في الحجز على أموال المدين لبيعهـا واستفاء حقه من ثمنهـــــا[2].

كما أن الضمان العام للدائنين على الذمة المالية للمديـن لا تعطي حق التتبع، أي أن حق تتبع المال في يد الغير والحجز عليه في حالة بيعه أو هبتـــه، إضافة لذلك غياب حـــق الأولوية عند إعسار المديـــن، وعلى ذلـــك فإن الدائن الذي يعتمد على الذمة المالية لمدينـــه وحدها يتعرض لمخاطر عـــدة مما أدى بالمشرع إلى تقرير بعض الوسائـل للمحافظة على الضمان العام جعلها تحت تصرف الدائنيـــن **كالإجراءات التحفظية** التي يتخذها الدائن للحفاظ على حقه في الضمان العام وتفادي المخاطر التي ستقع من جراء تعمد المديـن سيئ النية الإفلاس، هذا ما نصت عليه المادة 646 وما بعدها من قانـــون الإجراءات المدنيـة والإدارية[3]، **والإجراءات التي تقع بيـن التحفظية والتنفيذية** كذلـــك نص عليهـــا المشرع الجزائري في التقنين المدني ضمـن البـــاب الثاني(آثار الالتزام) من الكتـــاب الثاني(الالتزامات والعقـــود)، ضمن الفصل الثالـــث من هذا

[1]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد78 صادرة في 30سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[2]- أمقران راضية، ضمانات البنك في مجال الائتمان، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2000- 2001، ص19.

[3]- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد21 صادرة في 23 أبريل 2008.

الباب(ضمان حقوق الدائنين) وتناولهـــــا في قسميـــــن، الأول وسائـــل التنفيـــذ والثاني حق الحبس.

1- وسائل التنفيذ حسب تقسيم المشرع الجزائري تتمثل في:

- **الدعوى غير المباشرة:** فنصت عليها المـــادة 139 وما بعدها من القانـون المدني، وهي الوسيلـــة التي يدفع بها الدائن عن نفسه تهـاون المدين إذا سكت عن مطالبته بحقوقه لدى الغير، فيباشر الدائن حقوق مدينه بنفسه ونيابـــة عنه، وتستهدف هذه الدعوى إدخال المال في ذمة المدين فحسب، وللدائـــن أن ينفذ بعد ذلك دون أن يختص بـه وحده بل يستفيد من ذلك كل الدائنين.
- **الدعوى البولصية:** وهي دعوى يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين إذا تعمد التصرف في ماله إضرارا بحـــق الدائـــن، فيطعن هذا الأخير في هذا التصرف، ويعود المال إلى الضمان العـــام تمهيـــدا للتنفيـــذ عليه، فتسمى هذه الدعوى بدعوى عدم نفاذ التصرف، فتصرف المديـــن يعتبر غير نافذا في حق الدائن وقد نصت على ذلك المادة 191 و192 من القانون المدني.
- **الدعوى الصورية:** وهي وسيلة يستعملها الدائن للدفاع بها على نفسه ضد غش المدين إذا تعمد التظاهر بالتصرف في ماله تصرفا صوريـا(تصرفات وهمية يبرمها مع الغير قصد إخراجها من ضمان الدائنين وحرمانها من التنفيذ عليهـــا)، فوجود تصرفـان معاصران مختلفان الأول ظاهر والآخـــر خفي، فالتصرف الصوري هو الظاهر بينمـــــا التصرف الحقيقي يكون خفيا، فالمشرع الجزائري لا يعتد بهذا التصرف الصوري وإنما يعتد بالعقد الحقيقي طبقا لنص المادة 198 و199 من القانون المدني، فيطعن الدائن في هذا التصرف ويبقى المال في الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه.

2- حق الحبس: نص عليه المشرع في المواد من200 إلى 202 من القانون المدني، ويتمثل في حق الدائـــن في أن يحبس مـــالا في يده للمديـــن حتى يستوفي حقـــا مرتبطـــا بهذا المـــال.

وهنـــاك مـــن رجال الفقه من يســـاوي بين الضمانات و التأمينات فيستعملها للدلالـــة على نفس المعنى.

فحسب الأستاذ M.Gilissen فمفهوم الضمان مرتبط بمفهـــوم التأمين، كما يرى الأستـــاذ Capitant أن الضمان هو مرادف للتأمين، لكن في حقيقة الأمر أن الفرق واضح بينهمـــا، ولـــم يظهر إلا حديثا بعد ظهـــور وسائـــل أخرى للضمان إلى جانب التأمينات المنصوص عليها في القانون المدني حسب الأستاذين M. Malaurie et aynes فالتأمين يعد ضمان ولكن ليس كـــل ضمان بمثابـــة تأميـــن[1].

ونظرا لعـــدم وجود معيار للتفرقة جامع بالنسبة للفقه، فإننا نتعرض لتعريف كل منهما على حدا ليستوضح الفرق بينهما.

- التأمينات: لم يُعرف المشرع الجزائري التأمينات ولكنه حددها بعدد من الأنظمة القانونية التي تتمثل الكفالة، الرهن الرسمي والحيازي... وبالتالي يصعب تحدد مفهوم دقيق للتأمينات لأنه من الصعب الجمع بين نوعين من التأمينات المختلفة(شخصية وعينية) في تعريف واحد، مما أدى ببعض الفقهاء إلى اعتبار كلمة (تأمين) يجب أخذها بمعنى عام جدا(ضمان) لتشمل وسيلـــة في يد الدائـــــن يحصل بهـــــا على حقـــه قبل الدائنيـــن الآخريـــن تجـــاه نفـــس المديـــــن.

فالعنـــاصر المميزة للتأمينـــات هي ثلاثـــة: الغايـــة(الهدف)، تقنيـــة، وأثـــر.

فغاية التأمين Une finalité هي تحسين وتقوية وضعية الدائـــن القانونيـــة بالنسبة للدائنيـــــن العاديين الذين لهم حق الضمان العام، فالتأمين يعتبر مصدر طمأنينة بالنسبـــة للدائن عن الزيادة في حقوقه، كما تزيد في ثقة قدرات المدين على الوفاء بالدين، ويمكن القـول بأنه منفعة أو ميزة خاصـــة تعطي الدائـــن دون أن تكـــون مصدر ربـــح بالنسبـــة لـــه.

بينما تقنية التأمين Une techniqueفكل التأمينـــات تقوم أساسا على نفـس التقنية وهي الاعتراف لصالح الدائن (المستفيد من التأمين) بحق تابع للدين الأصلي وبصفة دقيقة، تتمثل هذه التقنية في تخصيص مال أو مجموعة من الأموال أو ذمة مالية إضافة إلى الحقوق الناتجة بصفة طبيعية عن العقـــد الأصلي، فكل تأمين يكـــون مخصص بصفة استثنائيـــة لخدمة الدائن الذي يضمنـــه.

[1]- «La sûretés est donc une garantie, mais tout garantie n’est pas une sûreté » .

وفيما يخص أثر التأمين L´effet فكل التأمينـــات تشتــرك في أن وضعها حيز التنفيذ يرتب أثــر وهو حصول الدائـن على حقه ويؤدي ولو نظريا إلى انقضاء الدين ولو بصفة كلية أو جزئية.

- **الضمانات:** إضافة للتأمينـــــات التقليدية بالمعنى الضيق كالرهن والكفالة، فقد ظهرت وسائل أخرى حديثة أو تطبيقات لتأمينات تقليدية تتميز بالخصوصية أو عن طريق تبني ضمانات دولية في إطـــار العلاقـــات الداخلية نتيجـة لتطور الممارسات البنكية وتطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية.

فهذه الضمانات تشمـــل كل التقنيات القانونية وكل الوسائل التي يستعملها الدائن لاستفاء أو لضمان حقه وحمايته من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها، فيعرفها الأستاذ Pierre crocq: " كل الميكانيزمات التي تزيد من فرص الدائن في حصوله على حقه بالحد من نتائج المستجدات المستقبلية لإفلاس المدين بهدف الوقاية منها[1]".

فكان ظهور التأمينـــات الشخصية قبل التأمينات العينية، حيث كانت الوحيدة للدائن ليستطيع تقوية فرصة استيفائه لحقه، وظلت كذلك لفترة طويلة، ففي المجتمعات البدائية ســـادت الأسرة والقبيلـــة والعشيرة وروح التضامن مما يسّر للمدين الحصول أمام الدائن على من يتقدم لكفالته، وعلاوة على ذلـــك فإن العقارات كانت مملوكـة للأسرة أو القبيلة ويصعب التصرف فيها مما أعاق ذلك نشـــوء التأمينات العينيـــة التي فيها تفتـرض حق الملكية وغيرها من الحقوق، وهذا التنظيم تم التوصل إليه بعد مرور مدة طويلة من الزمن، إضافة أن المنقولات كانت قيمتها تافهة مما جعلها غير صالحة ليضمن بها المدين حق الدائن.

لكن مع مرور الزمن أصبحت المنقولات عنصرا هاما من عناصر الثروة، كما زالت ملكية الأسرة للعقارات وبالتـــالي تملكها الأفراد، وهكذا ظهـرت التأمينات العينية وانتشرت أكثر من التأمينات الشخصية.

[1]- أمقران راضية، المرجع السابق،ص 26.

ففي **التأمينات العينية** يقدم المدين للدائن مـــالا يخصصه للوفاء بحقه، وغالبا ما تكون قيمة المال كافية لوفاء الدين كله، فيضمن الدائــن الحصول على حقه كاملا لأن التأمين العيني يمنحه حق التقدم والتتبع، فالدائــن يتقدم مع غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة لاستيفاء حقـــــه.

بينما **التأمينات الشخصية** تقـــوم على تعدد المسئولين عنـد تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيهـــا من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث لـو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسئولة عــن الوفاء بنفس الدين وبذلك تزيد فرص حصول الدائن على حقه، وهذا هو أساس مـا يعرف بالتأمينات الشخصيـة، فظهرت الحاجة لهذه التأمينات التي تنوعت هي الأخرى من أجل الحصول على ضمان أكبر.

ونظرا لقلة الدراسات التي تعرضت لهذا الموضوع، حفّزنا هذا الأمر وزاد في رغبتنـــا بدراسته محاولين تسليط الضوء على كل التأمينات التي تساعد الدائن على استيفاء حقه كاملا، وهذا بالاعتماد على المنهج التحليلي.

لذا نتطرق **للإشكالية** التالية:

ماهي مختلف التأمينات الشخصية التي ظهرت لحماية الدائنين؟

فلطالما سادت التأمينـــات الشخـصية التقليديـة **(فصـل أول)**، إلا أن الحـريـة التعاقديـة والممارسـة خاصة مـع التطـور الذي عرفتـــه الحيـــاة الاقتصاديـة ابتكـــرت تأمينـــات شخصيـة حديثة تتماشى مـع ضخامـة الديـون والقروض التي يقدمهـا الدائــن **(فصـــل ثان)**.

الفصل الأول

التأمينات الشخصيـــة التقليديـــة

القاعدة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وهذا ما يعرف بالضمان العام، وهـو يخول لكل دائن أن يتساوى مع غيره من الدائنين في هذا الحق، إلا أن أي تغييـر يطرأ على ذمة المدين يؤثر على حق الدائن، وبالتالي فهذا الضمان العام لا يعد وسيلة مؤكدة لتأمين الدائـن ومن هنا ظهرت ما يعرف بالتأمينات الشخصية المختلفة التي تقـوم على ضم ذمة إلى ذمة المديـــن، فظهرت الكفالة الشخصية والضمـــان الاحتياطي و تضامـــن المدينيـــن، كوسائل ضمـــان شخصية تحـــاول تدارك العجـــز الذي عرفـــه الضمان العـــام، لذا سنتطرق لمصـــادر وخصائص هذه التأمينات الشخصية التقليديـة(مبحث أول) ثم آثارهـــا وانقضائهـــا فـــي (مبحث ثان).

المبحث الأول

مصادر التأمينات الشخصية التقليدية وخصائصها

تعد التأمينات الشخصية قديما بمثابة الضمان الأمثل للدائن من أجل استيفاء حقه، لأنهـــا تقوم على ضم ذمة إلى ذمة المدين، حيث لو أعسر هذا الأخير تكون الذمة الأخرى مسئولة عن الوفاء بنفس الدين وبذلك تزيد فرص حصول الدائن على حقه.

فتتعدد هذه التأمينات وتختلف، منها من تخضع لأحكام القانون المدني كالكفالة الشخصيـة والتضامن السلبي بين المدينين، ومنها ما يخضع لأحكام القانون التجاري كالضمان الاحتياطي، وبالتالي يحفزنا هـــذا الأمر لدراسة مصدر نشوء التأمينات الشخصية التقليدية (مطلب أول)، كما علينا معرفة خصائص التأمينات الشخصية التقليدية(مطلب ثان).

المطلب الأول

مصدر نشوء التأمينات الشخصية التقليدية

تختلف مصادر التأمينات الشخصية التقليدية من نوع لآخر، فمنها ذات طابع مدني ومنها ذات طابع تجاري، لذا سنتطرق في موضوعنا هذا لمصدر نشوء الكفالة باعتبارها تأمينـــــا شخصيا تقليديا (فرع أول)، ثم مصدر نشوء الضمان الاحتياطي (فرع ثان)، وأخيرا مصدر نشوء التضامن السلبي بين المدينين في (فرع ثالث).

الفرع الأول

مصدر نشوء الكفالة

تنشأ الكفـالة الشخصية بنـــاء على الاتفـــاق أو القانـــون أو القضـــاء.

أولا: الاتفاق

التزام الكفيل بضمان الدين الأصلي ينشأ عن عقد الكفالة الذي يتم بينـــه وبين الدائن، فيكون التزام الكفيل بالكفالة التزاما إراديا أو اتفاقيا في جميع الأحوال، كما قد يقدم المدين كفيلا دون أن يكون ملتزما بذلك، غير أنه يمكن أن يكون ملتزما بذلك، وهذا الالتزام قـد ينشأ عن الاتفاق بينه وبين الدائن فيكون مصدر الكفالـة اتفاقيا، وبالتالي تكون الكفالة اتفاقيـــة إذا التزم المدين للدائن بتقديم كفيل يضمن دينـــه ويحدث هذا غالبا في حالة رفض الدائن إعطاء المدين قرضا أو منحه أجـــــــلا.

وبما أن الكفالة عقد فما علينا إلا إيضاح أطراف هذا عقد أولا، هـــل هي علاقة ثنائيـــة أم ثلاثية؟

لو نظرنا للمعنى الضيق لعقد الكفالة لوجدنا أنه يتألف من علاقة ثنائية بين الكفيل والدائـن، لكن لو نظرنا للمعنى الواسع في تعريف الكفالـــة وفقا لنص المادة 644 من القانـــون المدني الجزائري لوجدناها تتألف من ثلاثة أطراف هم: الدائن والمدين والكفيل.

فعلاقة الدائن بالمدين هي العلاقة الأولى الأصلية، وفيها قد يشتـــرط الدائن من المدين أن يقدم كفيـــلا قبل إبرام العقد المقتـــرح، كما قـــد يحدث أثناء تنفيـذه نظرا لإعسار المدين.

وعلاقة المدين بالكفيل، هي أن يتفقا على أن يفي الكفيل بالدين، كما أنه لا يلـــزم الاتفاق بينهما بل الكفيل من تلقاء نفسه وحتى بدون علم المدين أو رغم معارضته، وهذا فرض نادر في العمل[1].

بينما علاقة الدائن بالكفيل هي التي تجســد عقد الكفالة، وعقد الكفالــة هو النهاية الطبيعية للعمليــة القانونيــة الأوسـع والمتمثلـــة في الكفالة والتي تضمن هـــذه العلاقات الثلاث.

فبعدما أوضحنا أطراف عقد الكفالة ما علينا الآن إلا أن نتمعن في الأركان التي يُبنى عليها هذا العقد، فهـــي تخضع للأحكام العامة للعقد من رضا ومحل وسبب.

- الرضا في عقد الكفالة:

عقد الكفالة من العقود الرضائية التي لا تشترط لانعقاده شكلا خاصا، لذلك فالعقـــد يتـم بالتراضي بين الكفيل والدائـــن(بتوافر الإيجاب والقبول) دون حاجة إلى رضـــا المدين[2]، إذ تقضي القـواعد العامـة بأن يكـــون الرضا بالكفالـــة صريحـــا' لأن الكفالة الضمنية لا يمكن أن تكون حسب خطورة الآثار التي يمكن أن يرتبها هذا العقد في ذمة الكفيل.

فالكفالة بالنسبة للكفيل تتـــم في الأصل تبرعـــا، لذا تلزم فيه أهلية التبرع أي أهلية الأداء الكاملة، وإن كـــان الصبي مميزا أو من في حكمـه، فالكفالـــة إن كانت بعوض تكون قابلـــة للإبطال[3]، بينما بالنسبة للدائن فإن تلقى كفالة دون مقابـــل فتعتبر بالنسبة إليه نافعة نفعا محضا فلا يشترط فيه إلا أهلية قبول التبرع.

كما تخضع الكفالة للقواعد العامـــة من حيث قابلية العقـد للإبطال لعيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين، ومن أهم عيـــوب الإرادة: الغلط الإكراه والتدليس.

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، التبعيـة وغير التبعية، الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 42.

[2]- وهذا ما نصت عليه المادة 647 من القانون المدني:" تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته".

[3]- محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2005 ، ص 35.

- ركن المحل في الكفالة:

إن جوهر الكفالة هو ضمان الكفيل لالتزام المدين، فيفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين، فالتزام الكفيل تابـــع للالتزام الأصلي المكفـــول[1]، فيترتـــب عنـــه أمـــران:

- أن الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتـــزام المكفول صحيحا، ويسبـق الصحة أن يكون الالتـــزام الأصلي موجـــودا .

- أن الالتـــزام الأصلي هـــو الذي يحـــدد مدى التـــزام الكفيـــل أو نطـــاق الكفالـــــة.

*** وجود الالتزام الأصلي:**

حتى يكون محل الالتزام ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا أو قابلا للوجود، على أساس أنه التزام مستقبلي أو شرطي.

لقد نصت المادة 650 من القانون المدني كفالة الالتزام المستقبلي:" تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز كفالة الدين المشروط.

غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كـــــان له أن يراجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ ".

و صحة كفالة الالتزام المستقبل ليست إلا تطبيقا للقواعد العامـــة التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا[2].

وتطبيقا لنص المادة 92 فقرة2 من القانـــون المدني:" غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه" ، لذا فكفالة هذا الالتزام باطلة تبعا لبطلان ذلك الالتزام[3]، كما جـــاء في نص المادة650 من القانـــون المدني أن الكفالة تجوز إذا حدد مسبقـــا مقدار الدين المستقبلي المكفول في عقد الكفالة، فإذا تعـــذر تحديد مقداره بالدقة فيجب أن يحدد الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله الكفيل، هذا من أجل حماية الكفيل حتى لا يتـورط في كفالة دين لم يوجد ولا يعلـــم مقـــداره.

---

[1]- عكس الإنابة الناقصة التي هي وسيلة من وسائل الضمان المشتقة من الكفالة، فللوهلة الأولى تظهر بأنها كفالة عادية ولكن عند التدقيق فيها نجد أن محل التزام الضامن مستقل عن محل التزام المدين الأصلي، فالمناب يلتزم بأن يدفع للمناب لديه(الدائن) دين المنيب (المدين) لكن بصفة أصلية أي أنه يمكن للدائن مطالبته قبل المدين أو معا، فتحدث هذه الإنابة إذا انتفى التجديد فلا تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، بل يكون له استيفاء حقه من مدينين وهما المناب والمنيب، كما لا يمكن له تقاض الدينين معا لأن وفاء أحدهم مبرئ للآخر.

[2]- هذا ما تنص عليه المادة 92 فقرة1 من القانون المدني:" يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"

[3]- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة 3، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2004، ص 37.

بينما كفالة الالتـــزام الشرطي فنصت عليه كذلك المادة 650 من القانـــون المدني السابقة الذكر، إضافة إلى أنه طبقا للقواعد العامة تجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الديــن الأصلي معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ، وبصفة عامة لكون الكفالة تابعة للالتزام الأصلي فتكون معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الدين الأصلي[1].

أما فيما يخص كفالة الالتزام الطبيعي، فإن هذا الالتزام هو التزام ناقص أي ينقصه عنصر المسؤولية، وبالتالي لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ وعليه لا تجوز كفالـــة الالتزام الطبيعي لعدم إجبار المدين على الوفاء، كما أن التزام الكفيل لا يمكن أن يكون أشد من التـــــزام المدين الأصـــلي[2].

وإذا قام المدين بالتزام طبيعي بتقديم الكفيل لضمان الوفاء به، أي معناه تعهدا ضمنيا بالوفاء و يتحول به الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، فتصبح الكفالة بوصفها كفالة التزام مدني.

*** صحة الالتزام الأصلي:**

بما أن فكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على أحكام الكفالة، وبالتالي إذا كان التزام المكفول صحيحا فإن الكفالة تكون صحيحة[3].

فمـــــــا حكم كفالـــــــة الالتزام الباطـــــل والالتـــــزام القابـــــل للإبطـــــال؟

ففيما يخص الالتزام الباطل: هي كفالـة باطلة لأن التـزام الكفيل تبعا، لذا فهو يتبعه في صحتـــه وبطلانه، مثاله كفالة الهبة التي لا تأخـــذ الشكل القانـــوني فهي باطلـــة.

بينما في حكم كفالة الالتزام القابل للإبطال: إذا كـــــان الالتزام الأصلي المكفـــــول قابلا للإبطـــــال فالكفالة أيضا قابلة للإبطال، فالقابليـــة للإبطال تعني أن التزام المدين صحيـــح ومنتج لأثره إلى أن يحكم ببطلانه وبناء على طلب المديـــن تسقط الكفالـة تبعـــا لذلك، أما إذا أصبح الالتـــــزام الأصلي القابل للإبطال صحيحا بالإجازة فهذا الالتزام يصبح صحيحا نهائيا بالنسبة للكفيل، فيستطيـــع الكفيل أن يتمسك بإبطال التزامه نتيجـــة لقابلية الالتزام للإبطال فللكفيل أن يحتج بكافة الأوجه التي يحتج بها المديـــن نفسه وهذا مـــــا نصت عليه المادة 654

---

[1]- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص40.
[2]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص58.
[3]- زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص 40.

فقرة1 من القانـــون المدني الجزائري:" يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ولـــه أن يتمسك بجميع الأوجـــه التي يحتج بها المديـن".

كذلك نتســـــــــاءل عن الحكـــــم الخـــــاص بناقـــــص الأهليـــــــة؟

أورد المشرع الجزائري حكما خاصا بكفالـــة ناقص الأهلية في المـادة649 من القانون المدني: " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت كفالته بسبب نقص أهليته، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة654".

بعد أن أقر المشرع الجزائري كقاعدة عامة في المادة 654 فقرة 1 من القانون المدني بـأن الكفيل يبرأ ببراءة المدين، كما له أن يتمســـك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، فإن الفقرة الثانية منها جاء بحكم خـــاص بناقص الأهليـــة فنصت:" غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثـــل في نقص أهليتـــه وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعـــاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

يجب أن يكون الالتزام المكفول قابلا للإبطال لنقص أهلية المدين، ويكون ناقصا للأهلية إذا كان قاصرا مميزا أو كان كالمحجور عليه كالسفيه أو ذي غفلـــة، وبالتالي يستبعد من نطاق هذا النص الحالة التي يكون فيها العقد باطلا بطلانا مطلقا[1].

ومـــــن أجـل التوســـع في حكـــم هذين النصيـــــن نفـرق بيـــن ثـلاث فـــــروض:

- إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية، وأن الكفيل لا يعلم بنقص أهليته فاعتقد أنه كامل الأهلية، فبالتالي وقع في غلط في سن المدين مثلا، وهو غلط في صفة جوهرية يجيز له طلب إبطال عقد الكفالة، وما على الكفيل إلا أن يثبت بأنه ما كان ليبرم عقد الكفالة لـــو علم بسن المدين الحقيقية[2]، ويكون للكفيل الحق في الإبطال حتى ولو أجـار المدين ناقص الأهلية العقد الذي أنشأ التزامه وينقضي معه التزام المكفول بالتبعية.
- إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية، وأن الكفيل يعلـم بذلك وقت التعاقد، فهنا التـــزام المدين قابل للإبطال، والتزام الكفيل أيضا قابل للإبطال بطريق التبعية للالتزام الأصلي، فإذا تمسك المدين بإبطال التزامه وحكم لـــه به فيعتبر كأن لم يكن فيبطـــــل معه التزام الكفيل، لكن إذا لم يتمسك المديـــن ببطلان التزامه وأجـاز هذا الالتزام، انقلـب التزامه

[1]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص 62.
[2]- محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص42.

والتزام الكفيل صحيحا، فلا يستطيع الكفيل أن يحتج ببطلان الالتـــزام بعد هذه الإجازة[1] لنقص أهلية المدين.

- أن يكون المدين المكفول ناقص الأهلية، والكفيـل عالم بذلك بـــل أنه تقدم ليكفله لنقص أهليته وهذا ما نصت عليه المادة649 من القانون المدني، وبالتالي كل من الدائن والكفيل والمدين الأصلي يعلم بنقص أهلية هذا الأخيـر، والكفيل هو ضامن الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه وذلك في حالة عدم تمسك المدين بإبطال التزامه، أما إذا تمسك المدين بإبطاله العقد الأصلي لنقص أهليتـــه فالكفيل هو الملتزم بالوفاء بالدين ليـــس
- باعتباره كفيلا بل مدينا أصليا[2]، لأن الالتـزام الذي كان قد كفلـــه قد زال، فالكفالـــة لا يتصور وجودها بعد زوال الالتزام المكفول[3]، كما أنه يعتبر متعهدا بضمـــان الوفـــاء بالعقد[4].

*** نطاق التزام الكفيل:**

أ- عقد الكفالة هو الـــذي يحدد مدى التزام الكفيل، فالكفالة لا تفترض وإنما هي وليدة اتفاق بين الدائن والكفيل، فمن الطبيـــعي أن يرجع للعقـــد لمعرفة حدود التزام الكفيل ويتحدد من حيث موضوعه وأشخاصه ومدته وأوصافه، إذا فالأصل أن يحدد نطاق الكفيل باتفاق بينه وبين الدائن وذلك بتحديد القيمة بصفة واضحة، لكن إذا لم يتفق الأطراف على القيمة المكفولة أو كـــــان التحديد غير واضح فإن نطاق الكفالة يتحدد بمقتضى نص القانون حسب القواعد العامة فتنص المادة 653 من القانون المدني الجزائري:" إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمـــل ملحقات الدين[5]، ومصروفات المطالبة الأولى[6] وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل".

---

[1]- رمضان أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينـــات الشخصية والعينيـــة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 75.

[2]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص 63.

[3]- محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 43.

[4]- M/ Storck, Contrats et obligations, Juris classeur civil, Art 1120, fas7.2, paris, 1992, p11.

[5]- ملحقات الدين وتتمثل في التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بالتزاماته، وكذا الفوائد التي تنجم عن الدين بكل أنواعها القانونية والاتفاقية والتأخيرية.

[6]- وهي المصروفات التي ينفقها البنك في مطالبة المدين المقترض بالوفاء، وتشمل تكاليف الاعذار ورسوم رفع الدعاوى ومصروفاتها.

ب- الالتزام الأصلي هو الذي يحدد التزام الكفيل، فالالتـــزام الأصلي يعد ضروريا لقيام التزام الكفيل، والكفالة تقوم على ضمان الالتـــزام وعليه لا يتصور أن يتجاوز التزام الكفيل الالتزام الأصلي حسب المادة 652 من القانون المدني.

مثلا: لا يجوز أن يلتزم الكفيل بدفع الفوائد إذا كان الدين الأصلي غير منتج لها أو إذا كانت الفائدة على أصل الدين بسيطـــة فلا يجوز أن ينتـــج التزام الكفيـــل فوائد مركبـــة.

- ركن السبب في الكفالة:

يكتسي تطبيق نظرية السبب على الكفالة صعوبة نظرا للطبيعة الخاصة بها باعتبـــارها عملية قانونية ثلاثية، فتوجد علاقة الدائن بالمدين وعلاقة المدين والكفيل وعلاقة الكفيل بالدائن.

فلكون الكفالة لمصلحة الدائن ، ففي هذا النوع من العقود يكـــون سبب التزام الكفيل هو وجود التزام سابق مدني أو طبيعي[1].

فإذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وبمقابل فإن سبب التزام الكفيل يكون المصلحـــــة التي سيحصل عليها في التعاقد، أما إذا كانت الكفالة تبرعا من الكفيل للدائن فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع، فإذا كان الباعث الذي دفع الكفيل إلى التبرع غير مشروع وكان الدائن على علم به فإن الكفالة تكون باطلة، أما في حالة انعقاد الكفالة لمصلحة المدين فقد يكون الكفيل قد تلـــقى مقابلا لذلك من المدين أو قد يكون المدين قد تعهـد بشيء للكفيل مقابل الكفالة ففي هذه الحالـــة يكون هذا المقابل أو التعهد هو سبب التزام الكفيل[2].

ونلاحظ أنه إذا اتضح فيما بعد أن سبب التزام المدين باطل فإن هذا لا يؤثر على صحة الكفالة فلا تكون باطلـــة بل تظهر في هذه الحالة كتصرف مجرد، فالتزام الكفيل يكون مجردا من سببـــــه والكفيـــل لا يمكنه التمســـك في مواجهة الدائن بالدفـــوع التي يستطيع التمسك بها في مواجهـة المدين[3]، أما إذا كـــان الكفيـــل قد تبرع للـــمدين بالكفالـــة فإن سبب التزامه يكون نية التبرع[4].

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص74.

[2]- محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 55.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع نفسه، ص 74.

[4]- محمد الصبري السعدي، المرجع نفسه، ص56.

ثانيا: القانون

وهذا في الأحوال التي يوجـــب القانون فيها على تقديم كفيـــل للدائن، ومنـــه ما نصت عليه المادة 851 من القانون المدني الجزائري:"إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به فإن لم يقدمها بيع المال ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها، وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك بشرط أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع...."، التي تلزم المنتفع بالمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة تضمن الوفاء بالتزامه برد المنقول عند نهاية الانتفاع.

ثالثا: القضاء

هي الكفالة التي يكون فيها المدين ملزما بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي، فالمادة 727 فقرة2 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه في حال ما إذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين لهم على الأقل ثلاثـــة أرباع المال الشائـــع بإجراء تغييرات أساسية فيه، فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركـــاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات، وما قضت به المـــادة 303 من قانـــون الإجراءات المدنيـــة والإدارية 08-09 التي تقضي بأن الأمـــر الاستعجالي معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن.

الفرع الثاني

مصدر نشوء الضمان الاحتياطي[1]

يتضمن الائتمان في الورقة التجارية، لاسيما السفتجة نوعا من المخاطرة غالبا ما تدفع المستفيد فيها للبحث عن ضمانات أخرى غير تلك التي يكفلها

---

[1]- التواقيع الموجودة على الأوراق التجارية مثل السفتجة قد لا تبعث الطمأنينة في نفس من ستنقل إليه لأنه يشك في ملاءة أصحاب التواقيع المالية، فيمتنع عن تملك السند أو يشترط زيادة في الضمان فيكون الضمان المطلوب رهنا يسلمه الساحب إلى المستفيد أو المظهر له، أو كفالة شخصية وهذا ما أطلق عليه اسم الضمان الاحتياطي في نص المادة 409 من أمر رقم **75-59** مؤرخ في 26سبتمبر 1975يتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101 صادرة في 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم، والتي تنص:"إن دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن احتياطي ويكون هذا الضامن من الغير أو حتى من أحد الموقعين على السفتجة، ويجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها، أو بسند يبين فيه مكان صدوره، ويعبر عنه بكلمات كهذه "مقبولة كالضمان الاحتياطي" أو بما في مؤداها، ثم يوقع الضامن الاحتياطي عليها بإمضائه.

ويعتبر الضمان الاحتياطي حاصلا بمجرد توقيع ضامن الوفاء على وجه السفتجة، إلا إذا كان صاحب التوقيع المسحوب عليه أو الساحب.

ويجب أن يذكر في الضمان الاحتياطي اسم المضمون وإلا عد للساحب.

ويلتزم ضامن الوفاء بكل ما التزم به المضمون.

ويكون التزام ضامن الوفاء صحيحا ولو كان الالتزام الذي يضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل.

إذا دفع الضمان الاحتياطي قيمة السفتجة يكتسب الحقوق الناتجة عنها تجاه المضمون والملتزمين له بمقتضى السفتجة".

إذن فالضمان الاحتياطي هو كفالة الدين الثابت في السفتجة، أنظر نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 80.

فهو تعهد صرفي من جانب الغير بدفع قيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق بديلا عن المدين المعين بالصك، أنظر أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة نشر، ص 302.

وهو شائع في العمل لتسيير تداول الأوراق التجارية إذا كان الحامل في شك من يسار أحد الموقعين، والغالب أن يكون الضامن الاحتياطي بنكا أو شخصا معروفا بيساره، أنظر مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 123.

كما أنه إضافة لهذا الضمان الاحتياطي الظاهري هناك نوع آخر من الضمان الاحتياطي وهو المستتر، فهو الضمان الذي لا يدل ظاهره على حقيقته أي لا يبدو كضمان احتياطي، وفي هذه الحالة يتخذ الضمان شكل التظهير الناقل للملكية شأنه في ذلك شأن التظهير التوكيلي المستتر والتظهير التأميني المستتر ويكون اللجوء إلى هذه الطريقة في الحياة العملية بسبب الحرج الذي قد يسببه الضمان الاحتياطي (الظاهري) عادة للمضمون، لما يثيره من تساؤلات وشكوك في مركزه المالي، فيقوم لهذا السبب بتغطيته بتظهير السند إلى الضامن الذي ينبغي عليه بدوره تظهيره إلى من طلب منه المضمون نقل ملكيته إليه، ويلتزم الضامن عندئذ بالوفاء بهذا الشكل غير المباشر أي بصفته الظاهرية كمظهر وليس بصفته الحقيقية كضامن احتياطي ويترتب على ذلك أنه من وجهة النظر الداخلية أي في العلاقة بين المدين المضمون والضامن تطبق قواعد الضمان الاحتياطي، أما من وجهة النظر الخارجية أي علاقة الضامن بالغير فتطبق قواعد التظهير الناقل للملكية، بحيث يكون الضامن الاحتياطي مستتر(مظهر إليه في الظاهر) أن ينقل ملكية السند، وهذا التظهير للملكية على الأقل بالنسبة للحامل حسن النية، أنظر أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية وفقا لاتفاقية جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمّان، 1999، ص 195.

.

قانـــون الصرف، ويحقـــق الضمـــان الاحتيـــاطي هذا الهـدف المنشـــود إذ يعطـــي أمانـــا للحـــامل، فيتشابـــه الضمـــان الاحتيـــاطي بهـــذا الشكـــل مـــع الكفالـــة بوجـــه عـــام، وإن ابتعـــد عنهـــا بمـــا يقـــرره للحـــامل في مـــواجهة الضـــامن الاحتياطي من حقوق، فضلا عن المـــركز القانـــوني الـــخاص بهـــذا الأخيـــر ومـــا قد يكتنفـــه أحيانا من صعوبات بل وأحيانـــا من غمـــوض.

وقد يكون هذا الضمان سابق في الظهور على التظهير، فكان يتم في بداية الأمر عـــن طريق عقد كفالة عادي ينشأ خارج قانون الصرف ثم جرى العرف بعد ذلك لاسيما في القـــرن السادس عشر على توظيف هذا الضمان في الصـــك ذاته، وهو الأمر الذي ابتعد بهذا الضمان عن الكفالة العادية[1]، ويبـــدوا أن ذلك قد تم عندما بدأت السفتجة تلعـــب دور الائتمـــان إلى جانب كونهـــا أداة صـــرف، كما يرى البعض أن الأصل التاريخي لتعبير الضمان الاحتياطي aval والتي جاءت نتيجة للكلمة اللاتينية Avalo وتعني "التوقيع أسفل توقيع آخـر" والتي ترد للكلمة العربية "حوالة" التي كانت تعني في بدايتها نوعا من الكفالة، حيث كانت هذه الحوالـــة تستخدم كوسيلة قانونية في نقل الأموال والقيم الماليـــة من مكان لآخر، فكانت بذلك تتشابه مع عقد الصرف البدائي.

بالنسبـــة لشروط الضمان الاحتياطي الموضوعية هنـاك شروط خاصة بصفـــة الضامـن الاحتياطي، وأخـــرى خاصة بمـــن يجوز ضمـانه احتياطيـــا أي صفـــة الشخص المضمـــون، ومتـــــى يجـــوز هـــذا الضمـــان الاحتياطي، وأخيرا موضوع الضمان الاحتياطي.

فبالنسبة لصفة الضامن الاحتياطي: هو الشخص الذي ضمن وفاء السفتجة عن أحد الموقعيـــن، سواء كان الساحب أو أحـــد المظهرين أو المسحوب عليه[2]، فيضمن قبول السفتجة أو الوفـاء بقيمتها كلها أو جزء منها عند حلول أجل استحقاقهـــا[3]، وهذا ما تطرقت إليه المـــادة

---

[1]- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص302.

[2]- صبحي عرب، محاضرات في القانون التجاري، الأسناد التجارية، الشيك، السفتجة، السند لأمر، سند المؤمن، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة، بدون دار نشر، الجزائر، 2000، ص 96.

[3]- أنظر القرار رقم26702، المؤرخ في 20- 11-1982، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد1، 1989، ص ص127-182، في قضية البنك الخارجي ضد الشركة الوطنية للصناعات السيلولوزية المقاولة الإفريقية للطباعة، فمتى كان من المقرر قانونا تطبيق المادة 409 من القانون التجاري خاصة الفقرة 3،1،4 منها فإنه يستوجب نقض القرار الذي لم يحترم تطبيق المادة، حيث أنه بموجب عريضة مودعة أمام كتابة ضبط المجلس الأعلى بتاريخ 24 فيفري 1981 طعنت الشركة (ب خ ج) بنقض قرار صادر ضدها عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2 جافي 1981 لفائدة شركة (س)، فاستندت طالبة في طعنها إلى وجهين، الأول مأخوذ من مخالفة القانون الداخلي والثاني مأخوذ من انعدام قصور الأسباب وانعدام الأساس القانوني وذلك في

409 من القانون التجـــاري الجزائري في الفقرة1 التي تنص:" إن دفع مبلـــغ السفتجة يمكن أن يضمنـــه كليا أو جزئيا ضامـــن احتياطي".

كما يجوز أن يكون هذا الضامن الاحتياطي من بين الموقعين على السند(السفتجة) كما سبق القول كالساحب أو أحد المظهرين أو المسحوب عليه أو أن يكون من الغير أي أجنبيا عن السفتجة، وهذا ما نصت عليه نفس المادة في فقرتها الثانية من القانون التجاري:" ويكون هـــذا الضامن من الغير أو حتى من أحد الموقعين على السفتجة".

والسبب الذي يؤدي إلى أن يكون الضامن الاحتياطي أجنبيا عن السفتجـــة أي غير ملتـــزم أصلا بالوفاء بقيمتها، هو إضافة ملتزم جديد إلى السفتجة لتعزيز ضمانات الحـــامل، وأن كفالة أحد موقعي السفتجة الاحتياطيين لا تزيد في قوة الســند، مادام الكفيل ضامنا أصلا تأدية قيمتـــها عند الاستحقاق، لكن الاجتهاد القضائي أجاز كفالة أحد الموقعين على سبيل الاحتيـــاط، إذا نتـــج عن هذه الكفالة زيادة في الضمان أدت إلى طمأنينـــة الحامل، كأن يكفل المظهر مثلا الساحب أو المسحوب عليه القابل، وفي هذه الحالة إذا فقد الحامل حقـــه بالرجوع على المظهرين لعدم قيامه بالإجراءات المطلوبة قانونا فإنه يحتفظ بهذا الحق على الساحب إذا لم يكن قد قدم مقابـــل وفاء السفتجة على المسحوب عليه أو على المسحوب علـــيه القابل، فالمظهر الذي يكون قد كفل هذين الشخصين كفالة احتياطية يبقى مسئولا بقيمة السند بـــصفته كفيلا ولو تخلص من المسؤوليـــة بصفته مظهرا.

وبتوقيع الضامن على السفتجة يصبح ملتزما التزاما صرفيا شأنه شأن سائـــر الموقعيـــن عليها، لذلك فإنه يجب أن يتوافر في الضامن الاحتياطي أهليـــة الالتزام الصرفي[1]، فإذا لم يكـــن أهلا له انقلب الضمان الاحتياطي إلى كفالة عادية تخضع لأحـــكام القواعد العامة في القانـــون المدني.

تقدير المجلس أن الرسالة المرسلة من (ب خ ج) إلى شركة س يلزمها بدفع المبلغ المضمون تطبيقا للمادة 409 من القانون التجاري، حيث أن هذا الوجه مبرر بالمادة 409 حسب الفقرة 1منه بأن مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن احتياطي لكن دون أن ينازع البنك في كتابة هذه الرسالة فإنه يؤكد على أنه لم يضمن أي سفتجة أبدا، حيث بنـــــاء على هـــذا يستخلص أن الشروط المقررة في الفقرتين 3 و4 من نفس المادة لم تتوفر ولا يمكن تطبيق الفقرة من هذه المادة نفسها على حالة هذه الدعوى ومن ثم يستنتج أن المجلس قد حاد عن تطبيق القانون ولم يعطي أساسا قانونيـــا لقراره مما يستوجب النقض، لهذه الأسباب يقضي المجلس الأعلى بقبول الطعن شكلا وموضوعا وإلزام المطعون ضده بالمصاريف.

[1]- أحمد محمد محرز، السندات التجارية، الكمبيالة، السند الإذني، الشيك، اتفاقية الأمم المتحدة للكمبيالات والسندات الإذنيـــة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص 147.

ويعتبر ضمان السفتجة دائما عملا تجاريا بحسب الموضوع ولـــو كان الضامن غير تاجر حسب ما نصت عليه المادة 2 من القانون التجاري.

أما بالنسبة لمن يجوز ضمانه احتياطيا: يجب تحديد الشخص المضمون حتى يمكن الرجوع عليه في حالة وفاء الضامن بالسفتجة، فضلا عن أن مركز الضامن يتحدد بمركز المضمون[1].

فيجوز أن يكـــون الساحب أو أحـــد المظهريـــن أو المسحوب عليـــه القابـــل أو ضـــامن احتيـــاطي آخر، وكخلاصة يجوز أن يكون الضامن جميع الملتزميـــن في السفتجة أو أحـــد الملتزمين أو بعضهم.

إلا أن عدم تعيين المضمون لا يترتب عليه بطلان التزام الضامن، فإذا لم يتم تعيين اسمـــه في السفتجة فيفترض أنه للساحب وهذا ما جاء صراحة في نص المادة 409 فقرة 6 من القانون التجاري حيث تنص:" ويجـــب أن يذكـــر في الضمان الاحتياطـــي اسـم المضمـون وإلا عـد للساحـــب".

فيعتبر بذلك أن الضامن قد تدخل لمصلحة الساحب في هذه الحالة مع مراعاة مصلحة سائر الملتزمين، إذ يترتب على الوفاء من جانبه براءة ذمة جميع الملتزمين بها.

وفيما يخص متى يجوز هذا الضمان الاحتياطي: يصدر الضمان الاحتياطي عـــادة بيـن تاريخ إنشاء السفتجة وتاريخ استحقاقها، كما يجوز أن يصدر الضمان الاحتياطي بعـــد تاريخ الاستحقاق قياسا على صحـــة التظهير اللاحق للاستحقـاق، ومع ذلك فإن الضمان الاحتياطي الذي يقع بعد الاحتجاج لعدم الوفاء أو بعد انقضاء الميعـــاد المحدد لتحريره، فلا ينتج إلا آثار الكفالة العادية قياســـا على التظهير الذي يقع في هذه الحالـــة والذي في هذه الحالة والذي لا ينتج إلا آثار حوالة الحق.

وأخيرا موضوع الضمان الاحتياطي: فقـــد جاء في نص المادة 409 الفقرة الأولى مـن القانون التجاري الجزائري :" إن دفع مبلـــغ السفتجة يمكن أن يضمنـــه كليـــا أو جزئيـــا ضامـــن احتياطي" فهذا يعني بأن الضامن الاحتياطي يضمن الوفاء بمبلغ السفتجة، فيجوز له أن يحدد محل التزامه بجزء فقط من قيمـــة السفتجة أو بقيمتها كلها، كما يجـــوز أن يقتصر

[1]- أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص147.

ضمانـــــه على شرط واقف أو فاسخ بما يتعارض والطابع الصرفي لالتزامه[1].

والضامن الاحتياطي لا يضمن الوفاء فحسب، بل يضمــن القبول أيضا ما لم يكن قد أعطى لمصلحة الموقع(ساحب أو مظهر) معفى من ضمان القبول بشرط صريح[2].

كذلك يشترط لصحة هذا الضمـــان الاحتياطي أن يرد بشأن ورقة تجارية صحيحة، بحيث إذا جاء بمناسبة سفتجة باطلة اعتبر في حكم الكفالة العادية لأن الضمان الاحتياطي كفالة خاصة بالأوراق التجارية أي الأوراق التجارية الصحيحة[3].

إذن من خلال نص المادة 409 من القانون التجــاري، فالقانون هو مصدر نشـــوء الضمان الإحتياطي.

[1]- أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 148.
[2]- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص124.
[3]- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 304.

الفرع الثالث

مصدر نشوء التضامن السلبي بين المدينين

في الالتزام البسيط القابل للانقسام الذي يتعدد فيه المدينين، ما على المدين إلا تنفيذ ما يقع عليه الوفاء به بحدود حصته فقط(هذا في التنفيذ الاختياري والإجباري)، إلا أن هناك وصف قد يلحق طرفي هذا الالتزام البسيط القابل للانقسام بطبيعته، فيحوله من التزام بسيط إلى التزام موصوف، يتوجب على كل مدين فيه عند مطالبة الدائن له الوفاء بكامل الدين وليس الجزء المحدد الذي يقع عليه فقط، وذلك كله بناء على اتفاق أو نص قانوني.

وقبل التطرق لمعرفة هذا الضمان، علينا أولا أن نبين بأن هناك نوعان من التضامن بين المدينين، فالنوع الأول هو التضامن السلبي[1] وهو ما يدخل في إطار دراستنا هذه لهذا

---

[1]- التضامن السلبي بين المدينين هو أن يتعدد المدينون بالتزام واحد قابل للانقسام بطبيعته كل منهم بناء على اتفاق أو نص في القانون ملزما بأداء كل الدين عند المطالبة، إذ يحق للدائن مطالبة أي من المدينين بتنفيذ كامل الالتزام وليس بوسع المدين الذي طولب التمسك بالتنفيذ الجزئي أي بما يعادل حصته فقط، وفي كلا من التضامن السلبي والتضامن الإيجابي (والذي هو النوع الثاني للتضامن بين المدينين) يكون هناك التزام واحد تتعدد فيه أحد الأطراف، أنظر حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، عمّان، 2004، ص 230.

فالتضامن الإيجابي هو نادر في الحياة العملية، ذلك أن الغرض المقصود منه هو مجرد تسهيل عملية استيفاء الحق، إذ يكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يستوفي كامل الحق من المدين، كما يكون للمدين بأن يوفي بالدين كله لأي منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء، وكذلك مسن السهل تحقيق هذا الغرض دون الحاجة للالتجاء للتضامن، وذلك بأن يوكل الدائنون أحدهم في قبض الدين، ومن الأمثلة العملية النادرة له هو فتح حساب إيداع في أحد البنوك لمصلحة جملة أشخاص فيكون لكل منهم الحق في سحب المبالغ من الحساب، أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 212.

والتضامن السلبي كثير الوقوع في الحياة العملية، لما يكفله للدائن من ضمان شخصي قوي، إذ يصبح له نتيجة التضامن أكثر من ضمان عام يستطيع الدائن أن يرجع على أي منها لاستيفاء حقه كاملا، وبالتالي يمكنهم من الحصول على الائتمان اللازم، فبالتضامن يتفادى الدائن خطر إعسار أحد المدينين ويلقي بها على المدينين المتضامنين الذين يتحملوا فيما بينهم نتيجة إعسار أحدهم، أنظر أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 273. كذلك أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص259.

لذا فالتضامن السلبي ذو أهمية كبيرة في الحياة العملية وحتى في الجانب النظري، إذ يعد أقوى التأمينات الشخصية، لذا فهو أقوى ضرب من ضروب الكفالة الشخصية والتي هي أوضح صور هذه التأمينات، أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1958، ص 259.

الموضوع لاعتباره من التأمينات الشخصية، فالمشرع الجزائري نص في المادة 217 من القانون المدني الجزائري:" التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون"، فهذا النص أكثر انطباقا على التضامن السلبي منها على التضامن الإيجابي.

ففي التضامن السلبي نجد أن مصدره حقا هو الاتفاق أو نص القانون، بينما النوع الثاني فلا مصدر له إلا الاتفاق[1].

لا يفترض التضامن بين الدائنين أو بين المدينين وإنما يكون بناء على نص قانوني أو اتفاق سواء كان في المواد المدنية أو المواد التجارية.

لكن بعض الفقه يرى أن التضامن في المسائل التجارية يفترض استثناء عن القواعد العامة، نظرا لما تتسم به المعاملات التجارية من سرعة وائتمان وما تقرره الأعراف التجارية أيضا، هذا ما أكده الفقه والقضاء الفرنسي عندما قرر الحكم بالتضامن من غير نص أو اتفاق عليه، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية تضامن المدينين المتعاقدين إذا كان عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي أو الإخلال بتنفيذه كان ناشئا عن خطئهم جميعا، كما وقضت أن الزوج والزوجة في نظام شركة الأموال يكونان مدينين متضامنين عن الالتزامات التي تلتزم بها الزوجة بإذن من زوجها ولو كان الإذن ضمنيا[2].

بينما هناك من الفقهاء الفرنسيين من ذهب إلى أن التضامن لا يفترض في المسائل التجارية فهو والمسائل المدنية سواء[3]، ومن أبرزهم الفقيه " لوران" كما أكده الأستاذ السنهوري.

وبما أن التضامن لا يفترض فهو يتقرر إما الاتفاق أو بالقانون فإنه منصوص عليه في المادة 217 من القانون المدني الجزائري.

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 261.

[2]- حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ص 234- 235.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 266.

أولا: الاتفاق مصدر للتضامن السلبي

يعد الاتفاق المصدر الأول للتضامن السلبي بين المدينيـــن، فقد يتفق الدائن مع مدينيــن متعددين أن يكونوا متضامنيــن في وفـــاء الالتزامـــات الناشئة عن العقد المبرم بين الطرفين (ملتزمين بدين واحد)، وهذا الاتفاق يصح أن يكون في ذات العقد الذي أنشأ الدين أو بعد ذلك.

ومع قيام هذا الاتفاق يصبح كل مدين ملزم عند المطالبــة بوفاء كل الدين، ومتى فعل ذلك برأت ذمة جميع المدينين، فبدون هذا الاتفاق لا يستطيع البائع مثلا أن يطالب أحــد المشترين بكامل الثمن، ويستطيع المشتري المدين بحصته في الثمن بأن يدفع حصته فقط عند المطالبة، فالاتفاق على التضامن هو الذي أعطى للدائن المكانة لمطالبة أي من المدينين بكل الدين.

و يجب أن يكون هذا الاتفـــاق واضحا لا لبس ولا غموض يحيل إلى الشك فيه، وهذا لا يعني أن يـرد فقط في شرط صريح بل يصح أن يكون الشرط ضمنيا، لكن يجـــب أن يكون هذا الشرط الضمني موجودا فعلا فلا وجود لافتراضه.

وإذا كان الاتفاق صريحا ليس من الضروري أن يرد بلفظ التضامـــن، بل يكفي أن يستعمل عبارة تفيد هذا المعنى، كأن يشترط الدائن على المدين أن يكون كل واحـــد منهم مسئولا أمامه عن كل الديـــن، أو أن له الرجوع على أي منهم بكل الدين أو أن جميع المدينيـــن متكافلون في الدين على وجه التساوي، وغيرها من العبارات التي لا تدع شكا في أنه قصد الاتفاق معهم على التضامن[1].

والتضامـــن صريحا أو ضمنـيا كان يجب إثباته، وعلى الدائـــن الذي يدعي تضامن مدينه عبء هذا الإثبات، كمـا يقـــع عبء إثباته على أحد المدينين المتضامنين إذا دفع الدين كله للدائن وأراد الرجوع على المدينين الآخرين كل بنصيبه فأنكر عليه أحـــدهم حق الرجوع ونفى وجود التضامن، ويثبـــت شرط التضامن طبقا للقواعد العامـــة في الإثبات[2] أي بالكتابة وشهادة الشهود والقرائن....

[1]- أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص263.
[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص ص 265- 266.

ثانيا: القانون مصدر للتضامن السلبي

يعد القانون المصدر الثاني للتضامن السلبي، فقد ينص القانون في بعض الحالات على تضامن المدينين، وهذه الحالات واردة على سبيل الحصر لا يجوز القياس عليها ومـــــن ذلك:

- النصوص الواردة في القانون المدني بشأن المسؤولية عن الفعل الشخصي، حيث تنـص المادة126 منه:" إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنيــن في التزاماتهـم بتعويض الضرر.....".
- ما جاء في نص المادة 154 من القانـــون المدني فيمـــا يخص تضامـن الفضوليون حيـــث نصت:".....وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانــوا متضامنين في المسؤولية".
- فيما يخص مسؤولية الوكلاء إن تعددوا حيث نصت المادة 579 من القانون المدني:" إذا تعدد الوكلاء كانوا مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقســـام، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك...".
- وما نصت عليه المادة667 من القانون المدني:"يكون الكفلاء في الكفالة القضائية والقانونية دائما متضامنين".

المطلب الثاني

خصائص التأمينات الشخصية التقليدية

من بين خصائص التأمينات الشخصية التقليديــة أنها عقود ضمان شخصية، وهي مــن العقود الرضائية، ومن عقود التبرع، وهي تابعة للالتـــزام الأصلي، إضافة أنها من العقود الملزمة لجانب واحد.

الفرع الأول

عقود ضمان شخصية

من خصائص التأمينات الشخصية التقليدية أنها عقد ضمان شخصي، وهذا يعني أن التزام ضامن الوفاء بضمان حق الدائن يترتب في ذمة شخص، وبالتالي يكون الوفاء من أمواله الخاصة، وهذا ما ينطبق على عقد الكفالة والتضامن السلبي بين المدينين، والضمان الاحتياطي.

فيتحقق الضمــان عندما يكـــون الهدف من الكفالة تأمين الدائن على حقه قبل مدينه. ومعنى أن الكفالة عقد ضمان شخصي، هو أن التزام الكفيل بضمان حق الدائن يترتــب في ذمة الكفيل شخصيا، فيكون مسئولا عن الوفاء بهذا الحق من أمواله لأن الكفالة تؤدي إلى ضــم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين[1]، كذلـــك فيما يخص الضمان الاحتياطي فهو عقد ضمان شخصي، فالضامن يتعهد بدفع قيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق بدلا عن المدين المعين بالصك[2]، وحتى التضامن السلبي هو أيضا عقد ضمان شخصي فهـــو أن يتعــدد المدينــون بالتـــــزام واحــد قــابل للانقســـام بـطبيعته كـــل منهـــم بنـــاء على اتفـــاق أو نـــص في القانـــون ملزمـــا بـــأداء كـــل الديـــن عنـــد المطالبـــة فيحـــق للـــدائـــن مطالبـة أي مـــن المدينين بتنفيـــذ كامـــل الالـــتزام.

[1] ـ محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص17.
[2]- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص302.

ويترتب أيضا على الكفالة باعتبارهـــا من عقـــود الضمان الشخصي أنها لا تجنب الدائن مخاطر الإعسار، لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر إعسار مدينه فلا تجنبه مخاطر إعسار الكفيـل، لكن حاليا أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أمان خاصة بعد تدخل المؤسسات المالية، لأن قيمة الكفالة تتحدد بدرجة يسار الكفيل ومركزه.

الفرع الثاني

عقـــود رضـــائية

كذلك من خصائص التأمينات الشخصية التقليدية أنها من العقود الرضائية التي تتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقة، كما أن التعبير عن الإرادة وبتوافق الإيجـــاب والقبول يكون صريحا، كما هو الحال في عقد الكفالة والضمان الاحتياطي والتضامـــن السلبي بين المدينين.

فتنعقد الكفالة بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائـــن ولا يشترط فيه أي شكـــل خاص[1]، فالمشرع الجزائري لم يخرج عن مبدأ الرضائية لإبـــرام عقد الكفالة فالمادة645 من القانون المدني الجزائري تشترط الكتابة للإثبات وليس للانعقاد، ولا تثبت الكفالة إلا بالكتابة[2]، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة، أي بشهادة الشهود.

بينما فيما يخص الضمان الاحتياطي فبعـــد توافـــر ركن الرضائية يجب توافر خاصيـــة الشكلية، وشرط الشكلية للضمـــان الاحتياطي جاء في نص المادة 409 من القانون التجاري

---

[1]- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الكفالة، الطبعة 3، بدون دار نشر، مصر، 1994، ص 11، كذلك أنظر نبيل إبراهيم سعد، التأمينات، المرجع السابق، ص 12، كذلك عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاولة، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، 2007، ص 35.

[2]- أنظر القرار رقم56336، المؤرخ في 13-07-1988، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد4، 1991، ص ص58-60، في قضية القرض الشعبي الجزائري ضد ص ب ومن معه، حيث أن المدعي طعن بطريق النقض في قرار أصدره مجلس قضاء وهران بتاريخ 29ماي1986 الذي أيد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة وهران في 12ماي 1982 والذي قضى بإخراج من الخصومة السيد(ص ب) وحكم على شركة المصرف الجزائري لمواد البناء والمسمى (ج غ) و(ب ن د) معا وبوجه التضامن بأداء مبلغ 90.868.86 دج وكذلك الفوائد القانونية ورفض طلب النفاذ المعجل، فقدم القرض الشعبي الجزائري بواسطة وكيله مذكرة أثار بها وجها وحيدا وهو مأخوذ من انعدام الأساس القانوني، تشويه الوقائع والخطأ في تطبيق القانون، فقال بأن مجلس وهران أيد حكم محكمة وهران الذي أمر بإخراج (ص ب) من الخصومة رغم أنه كفيلا متضامنا عن الشركة الجزائرية لمواد البناء وأن أحكام المادتين644 و651 من القانون المدني تنص على ذلك.
وأن الكفالة التضامنية لم تفسخ بعد ولازالت موجودة إلى غاية انقضاء الدين، وأن استقالة (ص ب) من كل وظائفه في الشركة لا يؤدي إلى انتهاء الكفالة...لكن حيث أن المادة 645 قانون مدني نصت بوجوب إثبات الكفالة بالكتابة وأنه من أوراق الدعوى والحكم المستأنف فيه والقرار المنتقد أن القرض الشعبي لم يستظهر بأي وثيقة كتابية تتضمن عقد الكفالة المزعوم، وبالتالي قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وإبقاء المصاريف القضائية على الطاعن.

الجزائري في فقرتهـــا الثالثـــــة فنصت على ما يلي:" ويجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها، أو بسند يبين فيه مكان صدوره".

فمن خلال هذا النص نجد أن الضمان الاحتياطي لا يكون إلا بالكتابة كما هو حكم ســـائر الالتزامات الصرفية، والكتابة ليست شرط لإثبات الضمان الاحتياطي فحسب بل هي شـــرط لصحته كذلك[1]، وعليه لا تصلح وسائل الإثبات الأخرى كالإقرار أو اليمين أو شهادة الشهود أو القرائن في إثبات الضمان الاحتياطي.

غير أن ورود الضمان الاحتياطي شفاهة لا يعني بطلانه، إذ يصح تنفيذه جبرا أمرا ممكنا فإنه سيكون بمثابة كفالـــة مدنيـــة[2].

- كتابة الضمان الاحتياطي على السفتجة أو الورقة المتصلة بها: يعطى الضمان الاحتياطي عادة عن طريق توقيع السفتجة تحت عبارة "مقبول كضمـــان احتياطي" أو أية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى فيوقع عليها بإمضائه الضامن الاحتياطي أمـــام هذه العبارة[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 409 فقرة 4 من القانـــون التجـــاري الجزائري التي تنص:" ويعبر عنه بكلمات كهذه' مقبولة كالضمـــان الاحتياطي' أو بمـــا في مؤداها، ثم يوقع الضامن الاحتياطي عليها بإمضائه".

كما أن الالتـــزام بالضمان ناشئـــا بمجرد توقيع مقدم الضمان على وجه السفتجة[4] إلا إذا كـــان توقيع المسحوب عليه أو توقيع الساحب وهذا ما أقرته المادة 409 الفقرة 5 من القانون التجاري الجزائري حيـــث تنص:" ويعتبـــر الضمـــان الاحتياطي حاصـــلا بمجرد توقيـــع ضامـــن الوفـــاء على وجـــه السفتجة، إلا إذا كـــان صاحب التوقيـــع المسحوب عليـــه أو الساحـــب".

وسبب استبعاد المشرع لتوقـــــيع الساحب أو المسحوب عليه أن توقيع المسحوب عليه المجرد، يفترض فيه أن يكون قبـــولا للسفتجة وليس ضمانـــا احتياطيـــا.

---

[1]- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص125.

[2]- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 305.

[3]- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 80.

[4] - Deen Gibirila, Répertoire de droit commercial, Aval, Tome1, Encyclopédie juridique, Cahiers de l'actualité, 2eme édition, Dalloz, Paris, 2004, P10, N89.

أما بالنسبة لتوقيع الساحب فإن الضمان الذي يقدمه ضمن هـذه الشروط يعد باطلا لأنه هو نفسه ضامن قبولها، وأداء مبلغهـا تجاه حملة السفتجـة، فتوقيعـه المجـرد لا قيمـة له[1].

كما يجب على الضامن الاحتياطـي أن يعين في صيغة الضمان اسم الشخص المضمون، فإن أغفل عد حاصـلا للساحب كما ذكرنا سابـقا، وهـذه قرينة قانونيـة قاطعة لا تقبل الدليل العكسي، وقد روعي في هذا الحـل مصلحة الحملة المتوسطـين حتى يتسنى لهم الرجوع على الضـامن.

- كتابة الضمان الاحتياطي في محرر مستقل: إذا كان الأصل في الضمـان الاحتياطي أن يـرد على السفتجة ذاتهـا أو على ورقة متصلة بهـا، فإن المادة 409 فقرة 3 من القانون التجـاري تجيز أن يكون هذا الضمـان الاحتياطي في محرر مستقل، وهذا خروجا عن مبدأ الكفايـة الذاتية الذي يقضي بأن جميـع التصرفات القانونية الصرفية يجب أن ترد على السفتجة ذاتهـا، لكن الشارع قد أقر هذا الحكم مراعـاة لائتمان المدين المضمون حتى لا يكون ظهور الضمان الاحتياطي على السفتجة ذاتها مـا ينبئ عن الشـك في يساره[2]، كمـا أن إجازة الضمـان الاحتياطي بصك مستقل يسمح بضمان بضعة أوراق تجـارية دفعة واحـدة.

ولكي تصلح الورقة المستقلة كأداة للضمـان الاحتياطي بجب أن يذكر بها بيان موضـوع الضمان والمبلغ الحاصل عنه الضمان ومدته ومكان صدوره والمحل الذي أعطى فيه الضمـان، وهذا البيان الأخيـر يستهدف في العلاقـات الدولية تمكين الحامـل من التحقق من صحة هذا الضمان، لأن الالتزامات الصرفيـة تخضع من حيث الشكل لقانون البـلد الذي نشـأ فيـه[3].

كما أن الضمان الاحتياطي بمقتضى صك مستقل ينتج عن جميع الآثار التي تترتـب على الضمان الاحتياطي الوارد على السفتجة ذاتها، وبهذا الشكل يتدعم القانـون العادي للكفايـة التضامنية بالمميزات الخاصة للقانـون الصرفي.

---

[1]- راشد راشد، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص ص74-75.

[2]- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 126.

[3]- مصطفى كمال طه، المرجع نفسه، ص 127.

لكن الأصل أن مقـــدم الضمان الاحتياطي ليس ملتزما إلا اتجـــاه الشخص الذي وعـــده بضمانه، لأن توقيعه لا يظـــهر في سند سيطرح للتـــداول، وعنـدما لا يكون الضمان الاحتياطي المقدم في ورقة مستقلة قيمة صرفية فإنه يمكن أن يكـــون ضامنـــا طبقا لكفالـــة تخضع للقانون العادي[1].

بينما فيما يخص التضامن السلبي بين المدينيـــــن فيكفي عنصر الرضائية دون اشتـــراط الكتابة، لأن من بين مصادره الاتفـــاق، وإذا كان الاتفاق صريحا ليس من الضروري أن يـــرد بلفظ التضامـــن، بل يكفي أن يستعمل عبارة تفيد هذا المعنى، كأن يشترط الدائن على المدين أن يكون كل واحـــد منهم مسئولا أمامه عن كل الديـــن، أو أن له الرجوع على أي منهم بكـــل الدين أو أن جميع المدينيـــن متكافلون في الدين على وجه التساوي، وغيرها من العبارات التي لا تدع شكا في أنه قصد الاتفاق معهم على التضامن.

وشرط التضامـــن صريحا أو ضمنـيا كان يجب إثباته، وعلى الدائـــن الذي يدعي تضامن مدينه عبء هذا الإثبات، كمـا يقـــع عبء إثباته على أحد المدينين المتضامنين إذا دفع الدين كله للدائن وأراد الرجوع على المدينين الآخرين كل بنصيبه فأنكر عليه أحـــدهم حق الرجوع ونفى وجود التضامن، ويثبـــت شرط التضامن طبقا للقواعد العامـــة في الإثبات أي بالكتابة وشهادة الشهود والقرائن....

[1]- راشد راشد، المرجع السابق، ص ص 75- 76.

الفرع الثالث

عقود تابعة للالتزام الأصلي

خاصية التبعية في هي من أهم الخصائص في جميع التأمينات الشخصية والعينية، نظرا لأهمية النتائج التي تترتب عنها[1]، ففي عقد الكفالة ينشأ التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين الأصلي[2]، فيهدف التزام الكفيل إلى ضمان الوفاء به[3].

ومن نتائج هذه التبعية:

- الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين حسب ما نصت عليه المادة 660 من القانون المدني الجزائري حيث تنص:" لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه المدين".
- التزام الكفيل يكون في حدود التزام المكفول، إذ لا يجوز أن يكون الالتزام بمبلغ أكبر، في حين يجوز أن يكون بمبلغ أقل أو بشرط أخف.
- التزام الكفيل يكون تابعا للالتزام الأصلي من حيث الصحة حسب نص المادة 648 من القانون المدني الجزائري حيث تنص:" لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان التزام المكفول صحيحا".
- للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي هي للمدين الأصلي، وإذا أبطل الالتزام الأصلي فإن التزام الكفيل يسقط.

كذلك فيما يخص الضمان الاحتياطي فهو عقد تابع للالتزام الأصلي الذي أنشأ من جراء توقيع السفتجة، فالضامن الاحتياطي هو مجرد كفيل متضامن فهو يعد كفيلا مع الملتزم المضمون، غير أن التزامه هو التزام تبعي لالتزام المضمون ، والتزام الكفيل لا يكون صحيحا إلا إذا كان التزام المكفول صحيحا.

---

[1] - زكي محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة3، مطابع الشعب، القاهرة، 1979، ص 38.

[2] - العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على درجة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، نوفمبر 1986، ص ص15-16.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1970، ص26.

وبما أن الكفالة هي أوضـــــح صور التأمينات الشخصيـــــة، فهـــي تعطي للكفيـــل حق الـدفع بالتجريد، كمـــــا تعطيـــــه حق الدفـــع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء، عكـس التضامن السلـــــبي الذي لا يعطي للمديـــــن هذا الحـــق لأنـــه مدين أصلي متضامن مع غيـره مـــــن المدينيـــن وهـــذا انطلاقـــا مـــن فكـــرة وحدة الدين[1]، عكس الكفالـــــة الشخصيـة التي يكـــون فيهـــا التزام الكفيـــــل تبعي احتياطي لالتزام المدين الأصلي.

الفرع الرابع

عقود ملزمة لجانب واحد

ومن خصائص التأمينات الشخصية التقليدية أنها عقد ملزم لجانب واحد، كما سنتطرق إليه في الكفالة والضمان الاحتياطي والتضامن السلبي بين المدينين.

فالأصل أن عقد الكفالة هو عقد ملزم لجانب واحـــد[2]، حيث أنها تنشئ التزاما واحـــدا على عاتق الكفيل كما هو الحال في الضمان الاحتياطي وحتى في التضامن السلبي بين المدينين فأي مدين متضامن يقع عليه الالتزام بتسديد الدين للدائـــن، أما الطرف الثاني أو الآخر للعقد والذي هو الدائن فلا يلتزم بشيء مقابل التزام الكفيل[3] أو الضامن أو المدين المتضامن.

كما لا يغير من طبيعـــة الكفالة بحسب الأصل ما يتحمله المدين قِبَل الكفيل من التزامات لأن مصدر هذه الالتزامات ليـــس عقد الكفالة، فالمدين ليس طرفا فيها، كذلـــك لا يغير من طبيعة الكفالة ما قد يتحمل الدائن من التزامات في عقد الكفالة.

هناك خطأ مادي وموضوعي في نص المادة659 من القانون المدني الجزائري حيث أنها تنص:" تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع"، لكن بالرجوع للنص الفرنسي نجد صياغته كالتالي:" يلتزم الدائن بأن يسلم إلى الكفيل وقت وفاء الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع"، إذن فهذه المادة تفرض على الدائن تسليم الكفيل وقت وفائه الديـــن المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجـــــوع، ومـــــن

---

[1]- حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ص 230-231.

[2]-Philippe Delecque, Répertoire de droit civil, Cautionnement, Tome3, Encyclopédie juridique, Cahiers de l'actualité, 2eme éditions, Dalloz, Paris, 2001, p18, n123.

[3] - محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 12.

وجوب العمل على نقل التأمين حتى يفيد به في هذا الرجوع، لأن هـذه الالتزامات لا تتولد عن عقد الكفالة ذاته، وإنما تتولد عن وفاء الدين وبالتالي تعتبر واقعـة لاحقة لإبرام العقد، لهذا ليس من المتصـور أن نصف العقد بأنه ملزم لجانبيـن لما يرتبه من آثار عن واقعة مستقلة وخارجة عنه[1].

وبالتالي الالتزام بتسليم المستندات ونقل التأمين يقع على كل دائن عندما يُدفع دينه حتى ولو لم تكن كفالة، وهذا يظهر عندمـا يكون للموفي حق الحلـول محل الدائن، كذلك يفترض وجود مستندات للرجوع على المدين بين يدي الدائن دائما، ومن خلال هذا نجد أنه التزام سلبي محقـق وهو عدم تعريض رجوع الكفيـل على المدين للخطر، كمـا أنه ليس دائما يوجد لدى الدائـن مستندات يرجـع بها الكفيل على المدين، وبالتالي هذا لا يغير من الطبيعة القانونيـة للكفالـة[2].

وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فهذا لا يمنع من أن يكون لهذه القاعـدة استثناء، إذ أنها تكون ملزمة للجانبين إذا تضمنت التزامات متبادلة، وهذا إذا التزم الدائن بالتزام مقابل التزام الكفيـل بموجب عقد كفالـة، سواء كان هذا الالتزام لمصلحـة المدين أو الكفيل.

وفي غالب الأحيان يكـون الالتزام المقابل لمصلحة المدين، كما لو أن الدائن يمنح المديـن قرضا جديـدا مقابل الكفالة، أو يعطيه أجلا أو يتجلى عن الرهـن المقدم منه لضمان الدين، وبالتالي في مثـل هذه الحالات يتضمن اشتراطـا لمصلحة الغير الذي هـو المديـن. لكن بعض الفقـه يرى أنه إذا كان التـزام الكفيل بمقابل نقدي فإن العقد يصبح صورة مـن التأميـن ويفقد صفته ككفالة، ويسمى هذا تأمين الائتمان(هذا ما سنراه لاحقا)، فيؤمن بواسطتـه الدائـن لدى الكفيل ضد مخاطر إعسار المدين[3]، لـكن البعض الآخر من الفقه يرى أن هذه الصورة لا تنفي عن العقد صفة الكفالـة، لأن محل التزام الكفيـل يتحدد بالتزام المكفول لا بما يصيب الدائـن من ضرر نتيجـة عدم وفـاء المديـن.

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص 20.

[2]-Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, sûretés – publicité foncière, tome3, 1er volume, édition Montchrestien, 3eme éditions, Paris, 1968, p 18.

[3]- محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 20.

الفرع الخامس

عقـــــود تبرعيـــة

لا يكون العقد من عقود التبرع بالنسبة للمتعاقد طبقا للقواعد العامة إلا إذا توافر فيه ركنان، الأول هو الركن المـــادي والثـــاني هو الركن المعنوي[1]، وهذا ما يحدث في الكفالة والتضامن الاحتياطي و التضامن السلبي بين المدينين باعتبارهم من التأمينات الشخصية التقليدية.

فعندما لا يحصل أحد المتعاقديـــن أو كلاهما على مقابـــل معادل لما يتعهـــد به بمقتضى العقد فهو من عقود التبـــرع، بينما يكون العقد من عقود المعاوضة حيث يتلقى أحدهما أو كلاهما مقابلا معادلا لما يلتـــزم به بمقتضى العقد تجاه الطرف فهذا يعني الركن المـــادي، أما الركن المعنوي فنقصد بـــه توافر نية التبرع لدى المتعاقديـــن أو أحدهما، فتكون نية التبرع هي سبب التزامـــه بدون مقابـــل[2].

إذن عندما يقوم الكفيل بالتزامـــه دون مقابل تكون الكفالـــة بالنسبة إليه من أعمال التبرع فتطبق عليهـــا قواعد التبرع من حيث الأهليـــة اللازمة لإبرام عقود التبرعات، بينما بالنسبة للدائن فتعتبر الكفالة من الأعمال النافعـــة نفعا محضا أو عملا مترددا بين النفع والضرر إذا أعطى المدين أجلا أو تنـــازل عن الرهن المقدم منه وتقاضى الكفيل منه مقابلا للكفالة، ففي مثل هـــذه الحالات تكون الكفالة من عقود المعاوضة إذا التـــزم بها نظير مقابل سواء كان هـــذا المقابل من الدائن أو المدين، لكن أغلبية الفقه يرى بأن الكفالة من عقود المعاوضة لأن الكفيل لا يحصل عادة على مقابل كفالتـــه من المدين لأنها تبـــرم في أكثر الأحول بنـــاء على طلبه.

إلا أنه الأصل في الكفالة هو ضمان دون مقابل، إذ أن الكفيل يلتزم بالضمـــان للدائن التزاما لا يتضمن معناه عنصر المقابل الذي يحصل عليه الكفيل، على أنه لا يمنع من أن يحصل الكفيل على مقابل فتصبح الكفالـــة معاوضة بشرط أن يظهر بوضوح استحقـــاق الكفيل هذا المقابل.

وهذا ما يسري عليه الأمر في الضمان الاحتياطي، فعنـــدما يقوم الضـــامن الاحتياطي

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، العقد، دار النهضة العربية ، المجلد الأول، الجزء الأول، مصر، 1981، ص 201.

[2]- باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2007- 2008 ، ص81.

بالتزامه دون مقابل يكون من أعمال التبرع، وفيمـــا يخص التضامن السلبي بين المدينين أيضا يعد من أعمال التبرع لأنه التزام يتعدد فيه المدينـــون بالتزام واحد قابل للانقسام كل منهم ملزم بأداء الدين عند المطالبة لذا فلا تكون هناك نية المعاوضة بل نية التبرع هي القائمة.

المبحث الثاني

آثار التأمينات الشخصية التقليدية وأسباب انقضائها

بعدما تطرقنا في المبحث الأول من هذا الفصل للتأمينات الشخصية التقليدية من حيث المصدر والخصائص، لا يسعنا الأمر إلا معرفة آثر كل هذه التأمينات الشخصية التقليدية والتطرق لكل نوع منها على حدى نظرا لأهميتها البالغة والتعمق فيها (مطلب أول)، ثم التطرق بعد ذلك إلى أسباب انقضائها(مطلب ثان).

المطلب الأول

آثار التأمينات الشخصية التقليدية

أي عقد إذا انعقد صحيحا ينتج آثاره، وهذا مـــا يحدث في التأمينات الشخصية التقليدية، حيث لكل من الكفالة آثـــار(فرع أول)، وهذا ما ينتج عن الضمان الاحتياطي(فـــرع ثان) والتضامن السلبي بين المدينين(فرع ثالث).

الفرع الأول

آثـــار الكفالـــة

إذا انعقد عقد الكفالة صحيحا فمـــن البديهي أنه يرتب آثارا فيما بين عاقديه ألا وهما الدائن والكفيل، وبما أن الكفالة عملية قانونيـــة أوسع من العقد في حد ذاتـــه، وأنها عقد تابع للالتزام الأصلي فإنه يرتب آثار بالنسبة لعلاقة الكفيل والمدين، كما أنه قد يتعدد الكفلاء فتنجم علاقة فيما بينهـــم.

أولا: علاقة الكفيل بالدائن

بمقتضى عقد كفالة يلتزم الكفيـل بأن يضمن تنفيذ التـــزام المدين والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، فيترتب على ذلك أنـــه من حق الدائن أن يطالـــب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول وهذا عند حلول أجل التزام الكفـــيل، ونظرا للطبيعة الخاصة بالكفالـــة باعتبارها عقد تابع فـإن الدائن لا يجوز له الرجوع على الكفيـــل قبل رجوعـه على المدين الأصلي، فإذا لـــم يوف هذا الأخير بالديـــن فيحق للدائـــن الرجوع على الكفيل وهذا ما نصت عليه المادة660 من القانون المدني، فإن رجع الدائن على الكفيل أولا فيحق لهذا الأخير أن يدفـع في مواجهة الدائن بوجوب رجوعه أولا على المدين.

فإذا نفذ الدائن أولا على أموال الكفيل قبل المدين فللكفيل أن يدفع بالتجريد، فأهميـــة هذا الدفع تتجلى في حماية الكفيل وتأكيد دوره الاحتياطي ووضعـه التبعي[1]، وهـــذا الدفع مقرر فقط

[1]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص 91.

للكفيل فلا يجوز للمدين المتضامن أن يدفع بتجريد مدين متضامن معه لأن كليهما مسئول مسؤولية كاملة عن الدين، والذي له حـــق التمسك بالدفع بالتجريد هو الكفيل العـــادي (الشخصي دون العيني) ودون الكفيل المتضامن مع المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 665 مـــن القانون المدني الجزائري[1].

بينما في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد في عقد واحد مع تضامنهم فللدائن أن يرجع على أي واحد منهم بكل الدين، فإذا ما رجع الدائن على الكفيل واستوفى حقه كاملا فإنه يجب أن يسلم للكفيل أو الكفلاء المستندات اللازمة لاستعمالها في الرجوع على المدين، كما يلزم أيضا بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل أو الكفلاء.

وفي حالة تعدد الكفلاء لدين واحد مع عدم تضامنهم لا يكون للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط وهذا ما يسمى بالدفع بالتقسيم[2].

ثانيا: علاقة الكفيل بالمدين

إذا أخطر الكفيل إلى الوفاء بدين المدين فإنه في هذه الحالـــة يكون له حق الرجـــوع على المدين بما وفى للدائن فتنشـــأ علاقة بين المدين والكفيل وعلاقة بين الكفـيل والمدينين في حالة تعددهم .

1- دعاوى الكفيل التي يرجع بها على المدين:

إذا وفى الكفيل الدين للدائن يكون قد أوفى بديـــن غيره ولو أنه فـي نفس الوقـــت يكون قد نفذ التزامه الناشئ عن الكفالة، وطبقا للقواعـــد العامة لمن وفى دين غيـــره الرجوع على المدين الأصلي بقدر ما دفعه، ولكن إذا كان الوفاء قد تم رغم إرادة المدين فلا يحق للموفي إلا الرجوع بأقل القيمتين، قيمة ما أوفى به وقيمة ما عاد على المدين من فائدة نتيجة ذلك الوفاء الذي تم دون إرادته وبالتالي حسب المادة 259 من القانون المدني يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب.

وإذا كان من وفى دين غيره ملزما بالديـــن مع المدين أو ملزما بالوفـاء عنه فإنه يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول محل الدائـن طبقا لنص المادة 261 مـــن القانون المدني،

---

[1]- المادة665 من القانون المدني تنص:" لا يجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد".

[2]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص84، كما أن الدفع بالتقسيم نصت عليه المادة 664 من القانون المدني الجزائري.

وزيادة على ذلك فإن الكفيـل الذي وفى الديـــن يستطيع رفع دعوى شخصية تستند إلى عقد كفالة[1]حسب المواد 670، 672 من نفس القانون، هذه الأخيرة يجب أن تتوفر شروط ليرجـــع الكفيل على المديـــن بها وهي تتمثل حسب نصين السابقيـــن من القانـــــون المدني فـــــي:

- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته.
- أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول الأجل.
- أن لا يقع من الكفيل أي تقصير يسبب ضرر للمدين، فيجب على الكفيل إخطار المدين.
- أن يكون أجل الدين قد حلَ.

والكفيل من خلال هذه الدعـــــاوى يرجع بأصل الديـــن والمصروفات التي كانت بعد إخطار المديـــن[2].

أما دعوى حلول الكفيل محل الدائن في جميع مالـــه من حقوق تجاه المدين فقد نصت عليه المادة 671 من القانون المدني، لكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع الكفيل بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائـــــن كـــــل حقـــه من المدين.

2- رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين :

قد يكـــون هـــؤلاء المدينيـــن متضامنيـــن فنميـــز بيـــن:

- إذا كان الكفيل قد ضمن المدينين المتضامنين جميعا حسب المادة673 هنا له أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من المدين.
- إذا كفل الكفيل بعضهم فقط فهنا لم ينص عليها المشـرع وله أن يرجـــع على الذين كفلـــــهم بالدعوى الشخصية أو الحلول، أما إذا كان المدينين غير متضامنيـــن جميعا فالكفيل يرجع على أحدهم بقدر نصيبه في الدين[3].

ثالثا: علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء

إذا تعدد الكفلاء فبعدما أن يفي الكفيل بالدين عن المدين فله حق الرجوع على المدين بمـــا وفاه، وللدائن له أيضا الرجوع على غيره من الكفلاء، ورجوعه عليهم قد يكون بدعوى الحلول أو الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة، فإذا تعدد الكفلاء مع عـــدم تضامنهم وكانوا قد كفلـــوا

---

[1]- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص83.
[2]- محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 105.
[3]- زاهية سي يوسف، المرجع نفسه ، ص89.

دينا واحدا هنا الكفيل لا يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه من الدين[1].

أما إذا كان الكفلاء متضامنين فحسب المادة668 من القانـــون المدني التي تنص" إذا كان الكفلاء متضامنون ووفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم ".

الفرع الثاني

آثار الضمـــــان الاحتيـــــــاطي

يلتــزم ضامن الوفــاء بكل ما التزم بـــه المضمــون، فإذا دفــع الضامن الاحتيـــاطي قيمـــة السفتجـــة فإنــه يكتسب الحقـــوق الناتجـــة عنه تجـــاه المضمـــون والملتزميـــن لـــه بمقتضى السفتجة، هذا مـــا أقرته المادة 409 فقرة 7 من القانـــون التجاري الجزائـــري التـــي تنـــص:" ويلتـــزم ضامـــن الوفـــاء بكـــل ما التـــزم به المضمون".

فالضامـــن الاحتياطي يعد كفيـــلا مع الملتزم المضمـــون، غير أن التزامـــه هـــو التـــزام تبعـــي لالتـــزام المضمـــون، وعلى ذلك تتحـــدد آثـــار الضمان الاحتياطي فيمـــا يتعلـــق أولا بالعلاقـــة بين الضـــامن الاحتياطي مـــع الحامل، ثم العلاقـــة بين الضامـن الاحتيـــاطي والمديـــن المضمـــون، وأخيـــرا العلاقـــة بين الضـــامن الاحتياطي مع الموقعين الآخرين.

أولا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والحـــــامل

يعتبـر الضامـن الاحتياطي بمثابـــة كفيـــل متضامـــن مع مضمونـــه يلتـــزم تجـــاه الحامـــل على الوجه الذي يلتـــزم به المضمـــون، وتتفـــرع على ذلـــك عدة نتائـــج منهـــا:

- يلتـــزم الضامـــن الاحتياطي عن الساحـــب أو المظهـــر بضمان القبـــول وضمـــان الـــــــــوفاء.
- إن الضامـــن الاحتياطي بوصفـــه كفيـــلا متضامنـــا، ليس لـــه أن يدفـــع مطالبـة الحامـــل بوجـــوب البـــدء بالرجـــوع على المضمـــون والتنفـــيذ علـــى أموالـــه وهو الدفـــع بالتجريـــد، كمـــا يحـــرم مـــن الدفـــع بالتقسيـــم في حالـــة تعـــدد الضـامنين الاحتياطيين.

[1]- رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص 149.

- لا يجوز للضامن الاحتياطي أن يتمسك في مواجهة الحامل إلا بالدفوع التي تكون للمضمون نفسه والمستمدة من علاقة المضمون بالحامل كالمقاصة مثلا.
- لا يجوز للضامن الاحتياطي أن يحتج بسقوط حق الحامل بسبب الإهمال إلا في الحدود التي يجوز فيها ذلك للملتزم المضمون، فإذا كان قد تدخل لمصلحة المسحوب عليه القابل أو لمصلحة الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء فلا يسوغ له أن يتمسك بالسقوط، أما تدخل أحد المظهرين جاز له الاحتجاج بالسقوط .
- يعتبر التزام الضامن الاحتياطي عملا تجاريا، كما هو الحكم في التزام المضمون.

ويلاحظ أن الضامن الاحتياطي ولو أنه مجرد كفيل، والتزام الكفيل لا يكون صحيحا إلا إذا كان التزام المكفول صحيحا.

إلا أن التزام الضامن الاحتياطي يكون صحيحا ولو كان التزام المضمون باطلا لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضاء أو لغير ذلك من الأسباب تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات[1].

ويستثنى من ذلك الحالة التي يكون فيها التزام المدين المضمون باطلا لعيب في شكلي ظاهر كنقص أحد البيانات الإلزامية للسفتجة[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 409 في فقرتها الثامنة التي تنص:" ويكون التزام ضامن الوفاء صحيحا ولو كان الالتزام الذي يضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

ثانيا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمدين المضمون

إذا كان الضامن الاحتياطي ملتزما بكل ما التزم به المضمون، فهو بمثابة الكفيل للمضمون فيكون له حق الرجوع على المضمون بما وفاه عنه الحامل.

---

[1]- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 128.

[2]- عاطف محمد الفقي، الأوراق التجارية وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، الكمبيالة والسند لأمر، الجزائر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 125.

وللضـــامن الاحتياطي أن يرجـع على المديـن المضمـون بمـا وفـــاه إمـا بدعـوى الصـرف التي يباشرهـا كحامـل شرعي للسفتجـة اكتسب الحقـوق الناشئـة عنهـا بعد الوفـاء بقيمتهـا، فيكـون لـه بوجـه خاص أن يفيـد مـن قاعـدة تطهيـر الدفـوع واستقـلال التوقيعـات والحجـز التحفظـي، بحيـث لا يجـوز للمديـن المضمـون أن يحتـج في مواجهـة الدفوع التي يحق لـه التمسك بهـا تجـاه الحامـل السابـق، وإمـا أن يرجـع على المضمـون بالدعـوى الشخصيـة التي تقررهـا القواعـد العامـة لكـل كفيـل علـى المديـن الأصلي[1]، وهذا إذا سقـط حـق رفـع الدعـوى بمـرور مدة التقـادم أو لإهمـال الحامـل[2].

بينمـا بالنسبة للمديـن المضمـون فلا يمكنـه أن يرجـع على الضامـن الاحتياطـي، وتطبيقـا لهذا المبدأ فلا يجـوز للساحب الذي أصبـح حامـلا أن يتابـع ضامنه الاحتيـاطي[3].

ثالثا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والموقعين الآخرين

فحسب مـا نصت عليه المادة 409 في فقرتها الأخيرة من القانون التجاري ، فلا يمـارس الضـامن الاحتيـاطي حـق الرجـوع تجـاه المديـن المضمـون فحسب، وإنمـا حتى تجـاه الأشخـاص الملتزميـن تجاه هذا الأخيـر (المدين المضمون) بموجـب السفتجـة.

فالضامـن الاحتيـاطي الذي وفـى بمبلـغ السفتجـة إلى حاملهـا يستطيـع الرجـوع علـى الملتزميـن الآخريـن كرجـوع الملتـزم المكفـول سـواء بسـواء[4].

ومـن هنـا يتقـرر للضامـن الاحتياطـي الرجـوع علـى كـل مـن التـزم بالـوفاء أو بضمـان الوفـاء فـي مواجهـة الملـتزم المكفـول، فلـو أن الضـامن الاحتياطي تدخل لكفالـة التـزام أحـد المظهريـن للسفتجـة، يستطيـع الضـامن الرجـوع على المسحوب عليـه القابـل وعلى جميـع الموقعيـن السابقيـن علـى المظهـر المكفـول، ولـو أن الضـامن الاحتيـاطي كـان قـد تدخـل لكفالـة التـزام الساحـب فلا يكـون لـه سوى حـق الـرجوع علـى المسحـوب عليـه الـذي يكـون قـد تلقـى مقـابل الـوفاء مـن

[1]- عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص126.
[2]- راشد راشد، المرجع السابق، ص78.
[3]- راشد راشد، المرجع نفسه ، ص77.
[4]- هاني دويدار، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 144.

الساحب[1]، ويمتنع عليه الرجوع على المظهرين اللاحقين، أما ضامن المسحوب عليه فليس له أن يرجع على الساحب في حالة انتفاء مقابل الوفاء[2].

الفرع الثالث

آثار التضامن السلبي بين المدينين

إذا كان الأثر الرئيسي للتضامن بين المدينين هو منع انقسام الدين، إلا أن ذلك يقتصر فقط على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين، أما في علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فإن القاعدة هي انقسام الدين عليهم.

أولا: علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين

الأثر الرئيسي للتضامن في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين هو وحدة الدين، بمعنى أن يُسأل كل مدين قبل الدائن عن كل الدين ومع ذلك فإن هذا لا ينفي أن يكون هناك عدة مدينين يختلف مركز كل منهم إزاء الدائن عن مركز الآخر، أي أن وحدة الدين لا تنفي تعدد الروابط.

وهاتان الفكرتان الجوهريتان هما اللتان تحكمان آثار التضامن فيما بين الدائن والمدينين المتضامنين، يضاف إلى هاتين الفكرتين فكرة ثالثة وهي النيابة التبادلية بين المدينين.

1- وحدة الدين

معناه أن يصبح كل مدين مسئولا قبل الدائن عن كل الدين[3]، أي أنه يمكن للدائن أن يطالب أي مدين شاء بالدين كله، وفي مقابل ذلك فإن الوفاء بكل الدين من جانب أحد المدينين المتضامنين يبرأ سائر المدينين، كما يجوز لأي من المدينين المتضامنين أن يحتج بالدفوع المشتركة بينهم في مواجهة الدائن عند مطالبته بالوفاء.

أ- مطالبة أي مدين بكل الدين: فمن أهم النتائج التي تترتب على التضامن السلبي وتمليها وحدة الدين هي أن يطالب أي مدين منفردا بكل الدين، كما يمكنه مطالبة المدينين مجتمعين وهذا ما

---

[1]- هاني دويدار، المرجع السابق، ص ص 144-145 .

[2]- عبد الحميد الشواربي، الأوراق التجارية ، الكمبيالة، السند لأمر، الشيك، وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة1999 في ضوء الفقه والقضاء والتشريع مع نماذج من العقود والدعاوى التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007،ص 274.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 215.

نصت عليه المادة223 من القانون المدني:" يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين.....".

وأيضا للدائن مطلق الحرية في اختيار من يوجه المطالبة منهم إذا رجع على المدينين منفردين، فإن لم يستوفه حقه كاملا بسبب إعساره، كان له الرجوع بباقي الدين على غيره من المدينين، بينما في حالة موت المدين المتضامن ينقسم الدين بين ورثته ما لم يكن قابلا للانقسام مع العلم أن هذا الحكم لا يؤخذ به في الشريعة الإسلامية، لأن الدين فيها لا ينتقل بالميراث فلا تركة إلا بعد سداد الديون[1].

ب- الوفاء بالدين من طرف أحد المدينين يبرئ سائر المدينين: هذا ما قضت به المادة 222 من القانون المدني سابقة الذكر، وبالتالي فإنه يقابل حق الدائن في استيفاء كل الدين من أي مدين انقضاء الدين بالنسبة لسائر المدينين، بمعنى أن الدائن لا يستطيع أن يعود إلى مطالبة الباقين بالدين.

كذلك إذا قبل الدائن وفاءا جزئيا من أحد المدينين فإنه يترتب براءة ذمة الباقين بقدر ما استوفاه، أي أنه لا يجوز أن يطالب المدينين الآخرين إلا في حدود ما تبقى من الدين، بينما إذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الالتزام فإنه يترتب على ذلك انقضاء الالتزام القديم بالنسبة لباقي المدينين وتحمل هذا المدين وحده الالتزام الجديد، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك على الباقين كل بقدر حصته في الدين الذي انقضى بالتجديد، وهذا كله مشروط بأن لا يكون الدائن قد احتفظ بحقه قبلهم، فنصت عليه المادة 220 من القانون المدني.

ج- تمسك أي من المدينين المتضامنين بأوجه الدفع المشتركة بينهم : فبما أن الدين واحد بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين فيجوز لأي منهم بأن يحتج بأوجه الدفع المشتركة بينهم إذا طالبه الدائن بالوفاء[2]، ومن بين ذلك مثلا بطلان الالتزام بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب أو المحل أو عدم استحقاق أداء الالتزام بعد كما لو كان الالتزام مضافا لأجل واقف أو معلق

[1]- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، دار السلام، القاهرة، 2005، ص 209.
[2]- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 216.

على شرط واقف بالنسبة لكافة المدينين، أو انقضـاء كل الدين بالوفاء أو التجديـد أو استحالة التنفيـذ لهلاك المحـل بقوة قاهـرة.

2- تعدد الروابط

تظل لكل دائن رابطته الخاصة بكل مدين رغم قيام التضامن السلبي، ويترتب عن ذلك عدة نتائج منها الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة، الامتناع عن التمسـك بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر، وانقضاء رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقين.

أ- الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة:

فمن أهم ظواهر تعدد روابط المتضامنين في علاقتهم بالدائن هو جواز أن يلحق بكل منهـا وصف يخالف الوصف الذي يلحق غيرها[1]، فقد تكون رابطة أحد المدينين منجزة وروابط غيره معلقة على شرط واقف أو مضافة إلى أجل واقف، كما أنه قد يكون الالتزام في جملته مؤجـلا بالنسبة لسائر المدينين، ثم يسقط الأجل بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فقط بسبب إعساره أو إفلاسه أو لغير ذلك من أسباب السقوط.

في جميع الحالات يتعين على الدائن أن يراعي الوصف الذي يلحـق رابطة المديـن الذي يريد مطالبته بالدين منه، فإذا كان التزام هذا المدين مؤجلا أو مشروطا وجب انتظار حلـول الأجل أو تحقـق الشرط، وهذا ما نصت عليه المادة 223 فقرة 1 من القانـون المدني حيث تنص:" يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف".

ب- التمسك بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر:

فقد تكون رابطة أحد المدينـن معيبة بعيب خاص به لا يتحقـق بالنسبة إلى غيره مـن المدينين، كأن يكون أحد المدينين المتضامنين قد تعاقد وهو ناقص الأهلية، أو شاب رضاه عيب كغلـط أو تدليس أو إكراه، ففي مثل هذه الحالات لا يجوز لغيره من المدينين إذا طالبه الدائن بأداء الدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بهذا العيب الخاص بالمدين الأول، بل يتعين على المديـن الذي يطالبه الدائن أن يوفيه حقه كاملا.

[1]- أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص217، وأيضا أنور سلطان، المرجع السابق، ص 277.

كذلك الأمر إذا كان الالتزام بالنسبة لأحد المدينين مضافا إلى أجل واقف فلا يجوز لمن كان الالتزام بالنسبة له منجزا أن يدفـــع في مواجهة الدائن بعدم حلول الأجـــل ولو بالنسبة لنصيب المدين الأول هذا ما قضت به المادة 223 فقرة 2 من القانـــون المدني حيث نصت:" ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين بالوفاء أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة به وبالتالي يشترك فيها جميع المدينين".

ج- انقضاء رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقين:

أيضا من مظاهر تعدد الروابط بين المدينين المتضامنين واستقلالها أن مصير كل رابطة مستقل عن الروابط الأخرى، فقد تنقضي رابطة أحد المدينين المتضامنين بسبب لا يقـــوم إلا بالنسبة إليه فتظل رابطة غيره من المدينين المتضامنين قائمة ولا يجوز لهم أن يتمسكوا بسبب الانقضاء إلا بقدر حصة زميلهم.

وقد أورد المشرع في التقنين المدني عدة تطبيقات لهذه القاعدة كالمقاصة، اتحاد الذمة، الإبراء، والتقادم.

3- النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

من خلال هذا العنوان يظهر لنا التفاوت الواضح في مدى التضامن كوسيلة ضمان بين القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الجزائري وغيرها كالقانـــون المصري مثلا، ففي القانون الفرنسي استخلص الفقهاء من نصوص تقنينهـــــم المدني في هذا الصدد مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر، وقد اعتنـــق القضاء الفرنسي هذا المبدأ وراح يستخلص منه نتائج منطقيـــة أخرى لم ينص عليها المشرع[1]، بينمـــــا في القانون المدني الجزائري وكذلك المصري فقـــد قصر المشرع مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر[2].

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 221.

[2]- وتكمن تطبيقات هذا المبدأ فيما يلي: **بالنسبة إلى قطع التقادم ووقفه** نصت عليه المادة 230 فقرة 2 حيث تنص:" إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين".

فبمقتضى هذه القاعدة أي انقطاع التقـــادم المسقط أو وقفه بالنسبة لأحد المدينين أنه إذا اتخذ الدائن إجراءا قاطعا للتقادم في مواجهة أحد المدينين، أو أقر أحد المدينين بحق الدائـــن إقرارا صريحا أو ضمنيا فإن التقادم لن ينقطـــع إلا بالنسبة لهذا المدين، ويظل التقادم ساريا بالنسبة للباقين، بينما إذا قام مانـــع بحيث يتعذر على الدائن مطالبة أحد المدينين بحقه فـــإن التقادم لا يقف سريانه إلا بالنسبة لهذا المديـــن، ولا يجوز للدائن أن يتمسك بهذا الوقف قبـــل باقي المدينين، بل يسري التقادم بالنسبة إليهم في المدة التي ظل فيها موقوفا بالنسبة لزميلهم.

وبالنسبة لاستحالة التنفيذ بخطـــأ المدين فإن المـــادة 231 فقرة 1 من القانون المدني تنص:"لا يكون المدين المتضامن مسئـــولا في تنفيـــذ الالتـــزام إلا عن فعله"، فاختلف هنا الفقهاء حول مسؤولية المدين المتضامن عن استحالة

التنفـــيذ الراجعـــة إلى خطأ غيره من المدينين، فذهب بعضهم إلى أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ أحـــد المدينين كما لو تسبب بخطئه في هلاك الشيء محل الالتزام كان مسئولا وحده عن تعـويض الدائن، أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 223، أما المدينون الآخرون فتبرأ ذمتهم من الالتزام إذا أخطأ أحدهم يعتبر سببـــا أجنبيا حسب نص المادة 231 فقرة 1 السالفة الذكر.

بينما ذهب غالبيـــة الفقه إلى أنه في حالة هلاك الشيء بسبب خطـــأ أحد المدينين يظل المدينون الآخرون ملزميـــن بالتضامن بدفع قيمة هذا الشيء شأنهـــم شأن المدين المخطئ، أما عناصر الضرر الأخرى كالمصاريف التي أنفقها الدائـــن لإبرام العقد وما فاته من ربح بسبب عدم التنفيذ، فلا يسأل عنها سوى المدين الذي تسبب في هلاك الشيء بخطئه، وهذا مـــا يتفـق مع الفكر الفرنسي، أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 286.

وهذا الرأي الغالب تمليه طبيعة التضامن والغرض منـــه، لأن الغرض من التضامن السلبي هو تأمين الدائن من خطر إعسار أحد المدينين، وفي التزام جميع المدينين بالوفاء بقيمة الشيء الهالك على وجه التضامن ما يحقق هذا الغرض دون المساس بمبدأ استبعاد النيابة التبادلية فيما يضر، إذ لا يترتب على التزام المدينين بقيمة الشيء الهالك زيادة في أعبـــاء الالتزام بالنسبة إليهم.

وبالنسبة للأعذار والمطالبة القضائية، فقد نصت عليه المادة 231 فقرة 2 من القانون المدني أنه:" إذا أعذر الدائـــن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدينين، أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنيـــن الدائن فيستفيد باقي المدينين من هذا الأعذار"، فهذا النص يعتبـر تطبيقا نموذجيا لفكـــرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، بينما فيمـــا يخص الأعذار يجب التفرقـــة بين الأعذار الموجهة من الدائن إلى أحد المدينين والأعذار الموجهة من أحد المدينين للدائن.

ففيما يخص النـوع الأول من الأعذار أي أنه إذا أعـــذر الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبـــة لباقي المدينين، وإنمـا يسأل هذا المدين وحـــده عن التعويض عن التأخير ويتحمل تبعة هلاك الشيء بعد أعذاره دون غيره من المدينين.

بينما فيما يخص النوع الثاني أي أعذار أحد المدينين الدائن، فإن آثار هذا الأعذار تكون في مصلحة جميع المدينيـــن فيترتـــب عليه أن يتحمل الدائن تبعـــة هلاك الشيء أو تلفه ويقف سريان الفوائد، فيصبح للمدين الحق إيـــداع الشيء على نفقـــة الدائن والمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

أما فيما يخص المطالبة القضائية، فإنه إذا قاض الدائن أحد المدينين المتضامنيـــن، فلا يكون لذلك أثر بالنسبـــة إلى باقي المدينين، فلا ينقطع التقادم إلا بالنسبة لهذا المدين وهو وحده الذي تسري في حقه فوائد التأخير.

الصلح هو كذلك من بين تطبيقات النيابـــة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، فإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين فهذا الصلح ينفذ في حق الباقين بقدر ما يوفر لهم من نفع كما لو نزل فيه الدائن عن ادعاء من ادعاءاته قبلهـم، أما إذا كان من شأن الصلـح أن يضر بهم فلا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه،- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص224، وهذا الحكم يتعارض مع طبيعة عقد الصلح باعتباره عقد لا يقبل التجزئة، فالصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه حسب نص المادة 459 و 466 مـــن القانون المدني، كما أن المشرع الجزائري لم ينص على الصلح في تطبيقات النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر في التقنيـــن المدني عكس المشرع المصري.

الإقرار واليمين كذلك من بين تطبيقات النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضـــر، فإذا أقر أحد المتضامنين بالدين فـــلا يضار الباقون منهم بإقراره، هذا ما نصت عليه المادة 232 من القانون المدني.

أما اليمين فقد يوجهها الدائن إلى أحد المدينين كما قد توجه من أحد هؤلاء إلى الدائن، فإن نكل المدين المتضامـــن فـــي الحالة الأولى أو حلف في الحالة الثانية فلا يضار من ذلك باقي المدينين، أما إذا حلف المدين في الحالة الأولى أو نكل الدائن في الحالـــة الثانية أفاد من ذلك الباقون ويلاحـــظ أنه لكي يستفيد باقي المدينين من حلـــف أحدهم اليمين يجب أن يقتصر الدائـــن على توجيهها إلى هذا المديـــن، أو أن يوجـــه الدائن اليمين إلى جميع المدينين المتضامنين فحلف أحدهم اليميـــن فلا يستفيد الباقون من ذلك بل يكون على كـــل مدين أن يؤدي اليمين بنفسه لامتناع إعمـــال فكرة النيابة التبادلية في هذه الحالة، أنـــور سلطان، المرجع السابق، ص 289.

وفيما يتعلق **بحجية الأحكام** كتطبيق من تطبيقات النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، جاء في نص المادة 233 من القانون المدني ما يلي:" إذا صدر حكم على أحد المدينيـــن المتضامنين فلا تكون لهذا الحكم سلطة على الآخريـــن. أما إذا صدر حكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الآخرون إلا إذا كان هذا الحكم مبنيا على فعل خاص بالمدين المعني".

فهذا النص يتضمن آخر تطبيقات القاعدة العامة في إعمال فكرة النيابة التبادلية وذلـــك فيما يتعلق بحجيـــة الشيء المقضي به، فإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فـــلا يحتج بهذا الحكم على الباقين، بمعنى أنه لا يستطيع الدائـــن أن ينفذ بهذا الحكم عليهم لأن المدين الذي صدر ضده هذا الحكم لم يكن يمثلهم في الدعـــوى، وإذا وفى المدين المحكوم عليه بكامل الدين ورجع على كل منهم بنصيبه فيه، كان لهم أن يدفعوا مطالبته بكافة الدفوع التي كانوا يستطيعون بها دفع دعوى الدائن.

أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقون، بشرط أن يكون قد بني على دفـــع من الدفوع المشتركة بينهم كعدم مشروعية السبب أو المحـــل، أما إذا صدر الحكم لصالـــح المدين بناء على دفع خاص به كنقص أهليته، فلا يفيد منه الباقون ولا يجوز لهم التمسك به، أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 290.

ثانيا: علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

لقد نظم المشرع الجزائري علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم بناء على مبدأين، الأول هو انقسام الدين بينما الثاني هو رجوع المدين الموفي على باقي المدينين.

1- انقسام الدين:

إذا كان الأصل هو التـزام كل مدين من المدينين المتضامنين بكل الدين في علاقته بالدائن، إلا أنه فيما بين المدينيـن أنفسهم يختلف الوضع وتصبح القاعـــدة العامة هي انقســـام الديـــن.

والدين ينقسم إذا وفاه أحد المدينيـــن حصصا متساويـــة بين الجميع، غير أن قرينة تساوي الحصص في الدين يتعين استبعادها إذا وجد اتفـاق أو نص يقضي بغير ذلك، لذلك نصت المادة 234 من القانون المدني:"إذا وفى أحد المدينين المتضامنيـــن كل الدين، فلا يرجع على أي مـــن الباقين إلا بقدر حصته في الدين ولو كان بدعوى الحلول على الدائن.

وينقسم الدين بالتساوي بين المدينين ما لم يكن هناك اتفـــاق أو نص يقض بغيـــــر ذلك".

فبموجب هذا النص إذا كان التضامن اتفاقيا وجب الرجوع إلى الاتفاق لمعرفة نصيب كل مـــن المدينين في العقد، فإذا لم يتبين من الاتفاق نصيب كل منهم، وجـب افتراض تتساوي الحصص، كذلك الشـــأن بالنسبة في التضامن القانـــوني فالأصل فيه تســاوي الأنصبة إذ وجد نص يقضي بخلاف ذلك[1].

أخيرا يستثنى من القاعدة تساوي الحصـص في حالة ما إذا كان أحـــد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، فيتحقق هذا إذا كان هـــو المدين الأصلي ولم يكن الباقون سوى ضامنيـــن، وإن ظهـــروا في صلتهـــم بالدائـــن بمظـــهر المدينيـــن الأصلييـن كذلك.

وإذا قام بوفائـــــه وامتنـــع عليه الرجوع على الباقين وإن وفاه غيره كان له الرجوع على المدين بالدين كله، أما إذا رجع على باقي الضامنين خضع في رجوعه لقاعـــــدة الانقســـام[2].

[1]- أنظر نص المادة 126 من التقنين المدني الجزائري، فوفقا لهذه المادة يعين القاضي نصيب كل من المسئولين في التعويض تبعا لجسامة الخطأ الواقع منه، فإذا استحال عليه ذلك كانت القسمة سوية بينهم.

[2]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص292. كذلك أنظر علي حسن الذنون، المرجع السابق، ص246.

2- رجوع المدين الموفي على باقي المدينين:

إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدين للدائن، كان له الرجوع على باقي المدينين بحصة كل منهم في الدين، سواء في ذلك كان قد وفى كل الدين أو جزء منه يزيد نصيبه، وإذا تصادف في رجوع المدين الموفي على أحد أن يجده معسرا، فإنه لا يتحمل وحده تبعة هذا الإعسار بل يشاركه فيه باقي المدينين كل بنسبة حصته في الدين، لذلك نصت المادة 235 من القانون المدني على ما يلي:" إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل هذا الإعسار من وفى الدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته".

وللمدين الموفي أن يرجع على باقي المدينين بمقتضى دعويين: الأولى هي الدعوى الشخصية والأساس القانوني لهذه الدعوى هي الوكالة في التضامن الاتفاقي والفضالة في التضامن القانوني، بينما الدعوى الثانية هي دعوى الحلول أساسها هو القانون.

وما على المدين الموفي إلا الخيار بين هذين الدعويين من أجل حصوله على حقه، ومما لا شك فيه أن لكل دعوى مزايا، فمزية الدعوى الشخصية أن تجعل للمدين حق فوائد تحمله زيادة عن حصته من يوم الدفع[1]، لأن القاعدة أن للوكيل أو للفضولي أن يطالب بالفائدة القانونية لما دفعه من يوم الدفع، بينما سمة دعوى الحلول تتمثل في الاستفادة مما قد يكون لدين الدائن من تأمينات شخصية أو عينية أي التأمينات المقدمة لضمان الدين[2].

هذا ويلاحظ أنه سواء رجع المدين الموفي بالدعوى الشخصية أم بدعوى الحلول فليس له أن يطالب أي من مدين آخر إلا بحصته في الدين - مع مراعاة ما ذكر بشأن إعسار أحد المدينين- وهو ما جاء في نص المادة 234 من القانون المدني السالفة الذكر.

[1]- أنظر حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 246.
[2]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 293.

المطلب الثاني

انقضاء التأمينات الشخصية التقليدية

بما أن التأمينات الشخصية التقليدية تختلف وتتعدد، فمنها ما ينقضي بانقضاء الالتـــزام الأصلي أي بصفة تبعيـــة(فرع أول) كما هو الحال في الكفالة أو الضمان الاحتياطي فهما عقد تابع للالتزام الأصلي، فهي تتبعـــه في الوجود والصحـــة وحتى الانقضـــاء والبطـــلان، ومنها ما ينقضي بصفة أصلية لأسباب تتعلق بها (فرع ثان).

الفرع الأول

الانقضاء بصفة تبعية

بما أن الفرع يتبع الأصل وأن التابع يتبع المتبوع طبقا للقواعد العامـــة في القانـون المدني فإنه كذلك ينطبق على عقد الكفالة والضمان الاحتياطي، وهذا هو النتيجة الحتمية لطبيعة التـزام الكفيل أو الضامن لأن محـــل هذا الالتزام هو ضمـــان الوفاء بالالتـــزام الأصلي، فإذا انقضى هـــذا الأخير يصبح التزام الكفـــيل بغيـر محل وبالتالي ينقضي هو كذلك.

كما أن انقضاء الالتزام الأصلي يكون إما بالوفـــاء أو بما يعادله، فعندما يكـــون الانقضاء بالوفاء أول ما يمكن توقعه هو قيام المدين الأصلي بالوفـــاء بالدين، فإذا وفّى بجزء من الدين فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في حدود ذلك، و عموما يجب أن يكـون الوفاء بالدين الأصلي صحيحا، بينما إذا كان الوفاء باطلا فلا يترتب أي انقضاء.

بينما إذا انقضى الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء فإن القانون المدنـــي قد عـــرض أربع

أسباب لانقضائه منها: الوفاء بمقابل[1]، التجديـــد والإنابـــة[2] والمقاصـــة واتحاد الذمـــة.

كما قـــد ينقضي بغير الوفاء، الإبـــراء واستحالـــة التنفيذ، التقادم أو فسخ الديـــن أو التمســك بإبطالـــه، وفي هذه الحالات ينقضي التزام الكفالة بالتبعية[3].

الفرع الثاني
الانقضاء بصفة أصلية

لما كان التزام الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن ينشـــأ عن عقد، فيترتب عليه أن يكون إما باطلا أو صحيحا كما يمكن أن ينقضي بأسبـــاب الانقضاء العامة مثلـــه مثل أي التـــزام.

إلى جانب هذا فالطبيعـــة الخاصة لالتزام الكفيل تقتض نوعا من الحماية وقد قررهـــا المشرع وخصها بهذا الالتزام وهي:

- براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه بخطئه من ضمانات وهـــذا ما نصت عليه المادة 656 من القانون المدني الجزائري.

- براءة ذمة الكفيل لتأخير الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنـــذار الكفيل له بضرورة اتخاذها وهذا ما نصت عليه المادة 657 من القانون المدني الجزائري.

---

[1]- فيفترض أن المدين قد قدم للدائن عوضا عن محل الدين الأصلي، وأن هذا الدائن قد قبل هذا العوض كمقابل للشيء المستحق.

[2]- يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي وتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد، فيترتب على انقضاء الالتزام القديم انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به، بينما الإنابة التي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول هي الإنابة الكاملة والتي يتفق فيها على أن ينقضي التزام المدين وهو المنيب ليحل محله التزام جديد وهو المناب في مواجهة الدائن وهو المناب لديه، فتكون الإنابة بتجديد الالتزام بتغيير المدين فيترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه.

[3]- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية،1996،ص103.

- براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين وهذا ما نصت عليه المادة 658 من القانون المدني الجزائري.

كذلك فيمـــا يخص التضامن السلبي بين المدينين، فوفـاء أحدهم يبرأ سائر المدينين كما أن الوفـــاء الجزئي يرتب براءة ذمة الباقين بقدر ما استوفاه وهذا تطبيقا لفكرة وحدة الديــن، وبالتالي ينقضي هذا الالتزام.

كمـــا يمكن لهذا الالتزام أن ينقضي إذا كان باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعيــة السبب أو المحل أو عدم استحقاق أداء الالتـــزام بعد كمـا لو كان الالتزام مضافا لأجل واقف أو معلــق على شرط واقف بالنسبة لكافة المدينين، أو انقضـــاء كل الدين بالوفاء أو التجديد أو استحالـــة التنفيـــذ لهلاك المحـــل بقوة قاهـــرة.

كما يمكن أن تنقضي رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقين في فكرة تعـــدد الروابط بين المدينين المتضامنين واستقلالها فمصير كل رابطة مستقل عن الروابـــط الأخرى، فقـــد تنقضي رابطة أحد المدينين المتضامنين بسبب لا يقـــوم إلا بالنسبة إليه فتظـــل رابطة غيره مــن المدينين المتضامنين قائمة ولا يجوز لهم أن يتمسكوا بسبب الانقضاء إلا بقدر حصة زميلهـــم وقد أورد المشرع في التقنين المدني عدة تطبيقات لقاعدة تعدد الروابط:

ـ **المقاصة:** حيث نصت المادة 225 من القانون المدني ما يلي:"لا يجوز للمدينين المتضامنين التمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المديــن"، ومنه نفهم من هذه القاعدة أنه ينبغي أن نفرق بين فرضين:

- أن يطالب الدائن المدين المتضامن الذي أصبح دائنا له بمبلغ مماثل وتوافرت شـــروط المقاصة بين الدائنين.
- أن يطالب الدائن مدينا معينـــا متضامنا آخر غير الذي تحققت شروط المقاصة بالنسبة إليه، فيكون لهذا الأخير أن يدفع أيضا في مواجهته بالمقاصة التي تحققت شروطها بين الدائن والمدين الآخر، ولكن في حدود حصة هذا المدين في الدين.

- **إتحاد الذمـــة:** نصت المادة 226 من القانون المدني :" إذا اتحدت الذمة بين شخص الدائــن وأحد مدينيــه المتضامنين، فإن الديـــن لا ينقضي بالنسبـــة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين".

لذا فيتحقق اتحاد الذمة إذا توفي الدائن فورثه أحد المدينين أو توفي أحد المدينين فورثـــه الدائن، وفي كلتا الحالتين لا ينقضي الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه، ويكون للمدين الذي ورث الدائن، وللدائن الذي ورث المدين بأن يرجع على أي من المدينين الآخرين بكل ما تبقى بعد استنزال تلك الحصة منه[1].

لكن إذا ما ورث الدائن أحد المدينين المتضامنين وكانت التركة معسرة بحيث أن الدائن لم يستوف إلا بعض حصة المدين المتوفى في الديـــن، فإنه يكون له الرجوع بما تبقى من هـــذه الحصة على بقية المدينين، لأن من شأن المتضامـــن ألا يتحمـــل الدائن خطر إعسار المدينين.

- الإبراء: بمقتضى نص المواد 227 - 228 -229 من القانـــون المدني[2]، نفرق بين الإبـــراء من الدين والإبراء من التضامن، وأنه في كلتا الحالتيـــن يتعين ألا يتحمل باقي المدينين حصة المبرأ في إعسار أحدهم.

- ففيما يتعلق بالإبراء من الدين: إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين فقـــــد قصد أن يقتصر أثر الإبراء على هذا المدين، وقد يقصد أن يعم أثره سائر المدينين، فـإذا قصد الدائن اقتصار أثر الإبراء على أحد المدينيـــن كان له الرجوع على الباقيـــــن بعد استنزال حصة المدين المبرأ إلا إذا كان الدائن قد احتفظ لنفسه وقت الإبراء بالحـــق في الرجوع على باقي المدينين بكل الدين وفي هذه الحالة يكون لمن وفى كل الدين الرجوع على من أبرئ بحصته فيه، وبذلك تنعدم فائدة الإبراء بالنسبة إلى هذا المدين الأخير،أما قصد الدائن بالإبراء الصادر منه أن يعم سائر المدينين، فإن الدين ينقضي في جملته على أن هذا الأثر لا يترتب إلا إذا صرح الدائن بذلك.

---

[1]- أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 219.

[2]- نص المادة 227 من القانون المدني:" إذا أبرأ الدائن أحد مدينيه المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك، فإن لم يصدر منه هذا التصريح لا يجوز له حق مطالبة باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين وفي هذه الحالة يكون لهم الحق في الرجوع على المدين الذي أبرأت ذمته بحصته في الدين".

أيضا المادة 228 من القانون المدني:" إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقي حقه في الرجوع على الباقين بكل الدين ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك".

ونص المادة229 من القانون المدني:" في جميع الأحوال التي يحصل فيها الإبراء سواء من المدين أو من التضامن يرجع فيها باقي المدينين على المدين المبرأ بنصيبه في حصة المعسر منهم وفقا للمادة 235، غير أن الدائن إذا أخلى المدين المبرأ من كل مسؤولية الدين يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر".

- بينما فيما يتعلق بالإبراء من التضامن: فإنه إذا أبرأ الدائـــن أحد المدينين من التضامن امتنع عليه مطالبة هذا المدين إلا بقدر حصته في الدين فإذا استوفاها منه كـــان له حق الرجوع على الباقين على وجه التضامن بالدين بعد استنزال الحصة التي استوفاهـا، حتى وإن لم يستوفها بعد، فله مطالبــة أي مدين آخر بكل الدين ولهذا الأخير أن يرجــع على المدين المبرأ من التضامن بحصته في الدين، وإذا أبرأ الدائن سائر المدينين من التضامن فلا ينقضي الدين بل ينقسم بينهم، ولا يكون للدائن الرجوع على كل منهم إلا بقدر حصتــه في الدين، وإذا تعلق الأمر بمن يتحمل نصيب المدين المعسر في الحالتين السابقتين، فإنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الدين أو من التضامن فإنه لا يترتب على الإبـــراء في علاقــة المدينين فيما بينهم إعفاء المدين المبرأ من تحمل نصيبه في حصة من يعســـــر على باقي المدينين إلا إذا كان الدائن قد قصد أن يخلي هذا المدين من كل المسؤولية عن الدين، وفي هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة من أعسر من الباقين[1].

- **التقادم:** تنص المادة 230 من القانون المدني فقرة 1:" إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبــة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصته هذا الدين...."

فقد ينقضي الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بالتقادم دون أن يكون هذا التقادم قد اكتمل سببه بالنسبة للباقين، ويتحقق ذلك نتيجة لاختلاف الوصف الذي يلحق رابطة كل منهم بأن يكون الدين منجزا بالنسبة لمن انقضى دينـه بالتقادم، على حين يكون الدين معلقـــا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل واقف بالنسبة إلى غيـــره فلا يسري التقادم في شأنه إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحـــــق الأداء[2] أي من وقت حلول الأجل أو من وقت تحقـق الشرط، ومن ذلك أيضا أن تنقطع مدة التقادم للمديــن الذي استمــر التقادم إليه دون انقطـاع أو وقف قبل أن تكتمل بالنسبة إلى غيره، ففي مثل هذه الحالات يجوز للمدين الذي اكتملت له مدة التقادم أن يتمسك به وينقضي الدين كله بالنسبة إليه، أما بالنسبة للمدينيــن المتضامنين الآخرين فلا يستفيدون مـــــن ذلك التقادم إلا بقدر حصة هذا المدين.

---

[1]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص282.

[2]- أنور سلطان، المرجع نفسه، ص 283، كذلك أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص220.

الفصل الثاني

التأمينات الشخصيـــة الحديثـــة

إن تزايد أهمية الائتمان في العصر الحديث واتساع نطاقه أدى إلى الإقبال الشديـــد على الضمانات، وهذا التسابق إلى الضمانات له دلالة خطيرة وهي وجود أعراض مرضية معينة، فالبحث عن ضمان فعال معناه البحث عن علاج لهذه الأعراض، وهذه الأعراض تكشف عن الضعف الذي يعتري وسائل الضمان التقليدية في حماية الائتمان لأنها تتسم بجمود وصرامة القواعد التي تحكمها وعدم مسايرتها للتطورات الحديثة[1]، وعليه فإن الممارسة والبحث جاءت بتأمينات شخصية حديثة، منها ما هو مشتق من الكفالة (مبحث أول)، وأخرى تستعمل فيها تقنية التأمين (مبحث ثان).

[1]- شرابن حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، رسالة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2007-2008، ص 34.

المبحث الأول

الضمانات الشخصية المشتقة من الكفالة

الضمانات الشخصيـــة المشتقة من الكفالـــة هي تأمينات شخصية تتشابـــه أحكامها بتلـــك الخاصة بالكفالة، فهي ناشئـــة عن الممارسة وهي مستقلـــــة عنها لما أضفت عليهـــا الممارسة التعاقدية من قواعد للتخفيف من شدة وصرامة القواعد التي تحكم الكفالة، إذ أن بداية ظهور هذا النوع من الضمانات كان في المجـــال الدولي، وأدمجـت بعد ذلك في المجال الداخلي حسب ما يتماشى مع طبيعة العلاقات التعاقدية التي تدخـــل في مجاله وتتمثل هذه الضمانات في خطابات الضمان(فرع أول)، والضمانات المستقلة(فرع ثان).

المطلب الأول

خطابـــات الضمـــان

نظرا لأهمية خطابات النوايا[1] في مجـــال الائتمـــــان والتطور الذي طرأ بشأنها وندرة الدراسات العربية له والمشكلات التي تثيره على المستوى الدولي، إضافة إلى الدور الذي تلعبه هذه الخطابـــــات على مسرح الضمانات بصفة عامة والتأمينـــات الشخصية بصفة خاصة، خصوصا وأن استخدامها في تزايد مستمر فهي من عمليات البنوك التي أنشأها العرف التجاري لمواجهة حاجيات المعاملات التجارية[2]، فهي ناشئـة عن مجرد توقيع البنك، وهذا التوقيع يرتب للمستفيد المزايا التي يحققها دفع مبلغ نقدي له مقدمـــا من البنك[3]، كما تكمن الأهمية البالغـــة لهذا الخطاب في الحياة الاقتصادية إذ تحل محل التأمين النقـــدي الذي يطلب تقديمه في مجـال عقود التوريد والأشغال العامة وغيرها، وخطاب الضمان ليـــس أداة وفـــاء كالشيك وبقيـــة الأوراق التجارية الأخرى بل هو أداة ضمان فقط[4].

كما يقدم المصرف خدماته لزبائنه إما في صورة قروض مباشرة أو تسهيلات تعد من قبيل أعمال الوكالة والكفالة والنيابة والضمـــان، وقد تنتهي إلى قرض فعلي أو مجـرد ضمان لهذا القرض يطلق على عمليات الضمان هذه بالاعتماد المصرفي، وهو عبارة عن عقـد يتعهـد فيه البنك لعميله أن يقدم له أداة أو أكثر من أدوات الاعتماد مقابل التزام العميل بدفع مقابل، ويكـون في صورة مبلـــغ محدد لمدة محددة، ومن صور الاعتمـــاد المصرفي خطـاب الضمـان[5]، لذا ما علينا إلا معرفة مفهوم خطاب الضمان(فرع أول)، ثم التطرق للنظام القانوني لـه(فرع ثان).

---

[1]- هناك من يسميها خطابات النوايا Lettre d'intention أو Lettre de confort أو de patronage أو d'apaisement أو de soutien أو de parrainages والرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي أنها تسميات مترادفة، كما أن هناك مـــن يسميها خطابات الضمان Lettre de garanties، فقد نشأت في رحاب القوانين الأنجلو أمريكية في انجلترا أولا فتطورت بعد الحرب العالمية الثانية بفضل ازدهار الاقتصاد الدولي، ثم بدأ استعماله في فرنسا بداية السبعينات من هذا القرن وتأكد ظهـوره خاصة منذ الحكم القضائي الصادر عن محكمة باريس في 1979/04/25، ومنذ المقال الشهير للأستاذJacques Terray عـن خطاب الثقة في عام 1980.

[2]- مصطفى كمال طه، القانون التجاري، العقود التجاريـــة وعمليات البنوك، الدار الجامعية، مصر، 1999، ص 184.

[3]- أنظر نموذج القرار المنشور في المجلة العربية للفقه والقضاء التي تصدرها الأمانة العامة لجامعـة الدول العربية حـــول خطاب الضمان في الملحق رقم2.

[4]- سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمـــان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبـــة إلى الغير، مجلة القانـــون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان 1 و2، الشركة المصرية للطباعة والنشر، مصر، السنة 42، مارس- يونـيو سنة 1972، ص ص 1-3.

[5]- محمد باوني، العمل المصرفي وحكمه الشرعي، بحث مقارنة في الفقه والقانون،القسم الثاني، العمل المصرفي وأقسامـــه، مجلة العلوم الإنسانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، عدد 19 جوان 2003، ص ص 196، 197.

الفرع الأول

مفهوم خطاب الضمان

من أجل تحديد في مفهـــوم خطاب الضمان، ما علينـــا إلا التطرق إلى تعريفه، ثم إلى صوره.

أولا: تعريف خطاب الضمان:

نظرا لكون خطابات الضمان من إنشاء الممارسة، فإنـــه من الصعب تحديد تعريف دقيـق وشامل لها، فأغلب التعريفات المقدمة لها اعتبرت قاصـــرة نظرا لعدم شمولها على كل أشكـال الضمان الذي يشتمل على عدة صور تنتمي كلها لعائلـة واحدة وهي الضمانات من نوع خاص، فهي لا تعد من العقود المسماة ولا نوع من أنـــــواع الضمانات الكلاسيكية المعروفة[1]، فعرفت محكمة النقض الفرنسية خطابات الضمان أنها التزامات أدبية، أو عقـــود ملزمـة لجانب واحد مصاحبة لعقد أصلي عادة ما يكون عقـــــد قرض، بواسطته يقوم الملتزم بهذا الخطاب بإعطاء ضمانات(تأمينات) للدائن لضمـــان شخص طبيعي أو شركة، وهذا في شكل التزام أدبي بالتزام بفعل أو ضمان الدفع[2].

كما هنالك من عرف خطاب الضمان بأنه تعهـد مكتوب يصدر من بنك بنـــــاء على طلب عميل له، ومضمون هذا التعهد هو التزام البنك تجـــاه شخص آخر هو المستفيد من هذا الخطاب بدفع مبلغ معين إذا طلب منه ذلك هذا الأخير خلال مدة صلاحية خطاب الضمان[3]، إذن هي أحد صور الضمان المصرفي التي أنشأها العرف التجاري كبديل للتأمين النقدي[4]، فهـو يحل محـــل النقود فمن يطلبه إنما يريد أن يطمئن كما لو كان لديه تأمينا نقديا[5] .

---

[1]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص 79.

[2]- أمقران راضية، المرجع ، نفسه، ص 80.

[3]- علي عادل مقدادي، القانون التجاري، عمليات البنوك وفقا لقانون التجارة الأردني، المكتب الجامعي الحديث، مسقط، 2006، ص 191. كذلك أنظر أكرم يا مالكي، المرجع السابق، ص 345. كما أكده عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء 2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2007، ص 446.

[4]- علي البارودي، محمد فريد العريني،القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 416.

[5]- عزت عبد القادر، القانون التجاري يتضمن شرح الأعمال التالية: عمليات البنوك، البيانات والعلامات التجارية، بيع وإيجار وإيجار المحل التجاري ورهنها، السجل التجاري، النسر الذهبي للطباعة، عابدين، 1997، ص59.

ثانيا: صور خطابات الضمان

إن محاولة الوصول إلى مفهوم موحد لطبيعة خطابات الضمان يعد أمرا وهميا لأنها تغطي وضعيات مختلفة، فيمكن حصرها في ثلاث صور على التوالي:

1- خطابات الضمان التي لا تتضمن التزام قانوني:

وهي خطابات تتضمن التزاما أدبيا أخلاقيا غير قابـــل للتنفيذ الجبري أو التنفيـــذ بمقابل، فيستمد قيمته مـن الشرف والشهـــرة والثقـــة التي تتسم بها علاقات الأعمال[1]، وبالتالي يحاول مصدر الخطاب بكـــل وسيلة أن يتفادى نشوء أي التزام قانوني على عاتقه، وفي مثل هذه الحالة فإن المستفيد من الخطـاب يعلم بضعف الورقـــــة التي بحوزته ولكنه يفضلها عن غياب التوقيع كليا، مثاله حالة الشركة الأم التي تبلغ البـــنك الذي يمنح أحد فروعها قرضا أن هذا هو فرعها، وتطلب من البنك أن يتقبله قبولا حسنا، وبالتالي الشركة الأم لا تعترف بعلمها بالقرض الممنوح وتقره من حيث المبدأ، أو نشير إلى أنها تعلم بالوضع المـــالي لهذا الفرع وأن هذا الأخير سيتخذ اللازم نحو الوفاء بالتزاماتـه الناشـئة عن القرض، فهـــــذه الخطابات مجـــــرد خطابات تقديم أو توصية[2].

2- خطابات الضمان المتضمنة التزام قانوني بفعل:

هذا النوع من الخطاب يتضمن تعهدات أو التزامات قانونية حقيقية، رغم أنها ذات أصل تعاقدي في جميع الأحوال فهي تمثل التزاما قانونيا بعمـل أو بالامتناع عن عمل، ويكيف هذا الالتـــزام على أنه التزام بوسيلة Obligation de moyen(أو ببذل عناية) تـارة وعلى أنـــه التـــزام بنتيجة Obligation de résultat تارة أخرى.

- خطاب الضمان المتضمن التزام ببذل عناية: وفيه لا يتعهد مرســل الخطـــــاب الصادر عنه بتحقيق نتيجة محددة وواضحة، ولكن يتعهد بمجرد حث الطرف الآخر(المدين) أو لفت نظـره

[1]- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، وقانون الالتزامات وقانون الأموال، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 157. كذلك أنظر بهذا الصدد أمقران راضية، المرجع السابق، ص 80.

[2]- مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دراسة في الفقه والقضاء الفرنسي في ضوء المبادئ العامة للقانون الفرنسي والمصري والكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 21.

إلى ضرورة بذل الوسائل التي من شأنها تحقيق نتيجة محددة، تتمثل في قيام المدين في ســـداد الدين وملحقاته إلى الدائن في الميعاد المحدد وفقا لشروط عقد القرض[1].

كما أن هذا النوع من خطاب الضمان المتضمن التزام بوسيلــة قليل العدد مقارنة بتلك التي ينشأ عنها التزام بنتيجة، إضافة إلى أن ما يميز هــذه الخطابات أن عبء إثبات عدم بذل العناية اللازمة أو عبء إثبات إخلال مصـــدر الخطاب بالتزاماته الناشئـــة عن هذا الخطاب يقع على عاتق المرسل إليه.

- خطاب الضمان المتضمن التزام بنتيجة: فالملتزم بخطاب الضمان في هذه الحالة يلتزم بتحقيق نتيجة معينه وهذا عندما يتعهد المرســـل في الخطاب بطريقـــة واضحة بتحقيق نتيجة محددة بصورة جازمة وقطعية لا تقبل الاحتمالات.

كما تتميز هذه الخطابات بسهولة إثبات ركن الخطأ عند إخلال المرسل إليـــه بالتزامه إذ يكفي أن يشير المرسل إليه إلى عبارات الخطاب الدالة على الالتزام بتحقيق بنتيجــة وأن تلك النتيجة لم تتحقق، ولا يستطيع المرسل أن يتخلــص من المسؤولية إلا بالاستنـــــاد إلى السبب الأجنبي الذي أعاقه عن تحقيق النتيجة.

وقد وضعت محكمة النقض الفرنسية معيـــار الالتزام بنتيجة الناشئ عن خطاب الضمان، حيث قضت بأن" خطاب الضمان الموقع بواسطة مديـــر عام إحدى شركات المساهمة يحتوي التزاما بنتيجة عندما يكون من طبيعته أن يجعل من أصدره مسئـــولا عن نتائج إفلاس أو عجز المدين عن سداد الدين"، وبالتالي قد خلصت المحكمة إلى أن الالتزام المترتب على هذا الخطاب يشكل ضمانا[2] Une garantie.

فمن خلال وجهـــة نظر محكمـــة النقض الفرنسية يثـــور التساؤل فيما إذا كـــــان يمكن اعتبار خطابات الضمان التي تتضمن التزاما بتحقيق نتيجة بمثابة كفالة؟

---

[1]- مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 45.

[2]- مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع نفسه، ص 55، 64.

يرى بعض الفقـــــه الفرنسي أن المفهوم الذي حددته محكمة النقض للالتزام بنتيجة يعادل الالتزام بالحلول محل المدين في السداد، ومن ثم فإن هذا الالـتزام يشكل في حقيقته كفالة ويماثل التزام الكفيل.

لكن البعض الآخر من الفقه يرى أن الالتزام لا يختلط بالتزام الكفيل، وبالتالي لا يشكـــل كفالة حقيقية وإنما تكون لهذا الالتزام استقلالية نظرا للحجج التالية:

- الكفالة لا تفترض وإنما يجب أن تكون صريحة.
- أن التزام موقع الخطاب تجاه الدائن لا يشكل التزاما بسداد الديــن مباشرة كما في الكفالة، وإنما يتعلق الأمر بمجرد التزام بعمل يكون موضوعه غير محدد على وجه الدقة.
- أن الدائن في ظل نظام الكفالة يمكنه تجنب مزاحمة دائني مدينـــه الأصلي له عند استيفاء الدين، أما في ظل خطاب الضمان فإن المساعدة المقدمة بواسطة مصـــدر الخطاب في حالة تعرض المدين لصعوبات مالية تفيد كل دائني هذا المدين.
- يمكن لمن أصدر خطاب الضمان المتضمن التزاما بنتيجة أن يتمسك بالسبب الأجنـــبي لاسيما القوة القاهرة لكي يعفى من المسؤولية، في حين في ظل نظام الكفالة لا يجوز للكفيل أن يتمسك بها للإفلات من مسؤوليته عن دفع الدين إذا لم يقم المدين الأصلي بدفعه.

3- خطابات الضمان التي تشكل كفالات حقيقية:

بما أن الكفالة تنتمي إلى طائفة التأمينات الشخصية، والتي تعني ضم ذمـة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر، كلهم مسئـولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب وبذلك يضمن الدائـن الحصول على حقه كاملا، وعلى ضوء هذا هل يمكن أن ينتج على مجرد خطاب الضمان كفالة حقيقية بالمعنى الذي قصـــده القانون؟ وإذا كان الأمر كذلك لماذا يلجـــأ الأطراف لخطاب الضمـــان؟ أو بالأحرى لماذا لا يتم اللجوء لعقد الكفالة مباشرة؟

فمن خلال المنشور الصادر عن إتحـــاد البنوك لعام 1973 في فرنســا أن خطاب الضمان الصادر عن الشركة الأم المساعــدة فرعها للحصول على قرض يمكـــن أن يشكــل في الواقع العملي ضمانا أو تأمينا مشابها لذلك الضمان المستمد من الكفالة.[1]

وبالتالي يرى بعض الفقه الفرنسي أنـــه يمكن أن تشكل كفـــــالات مستترة أو مقنعة Des cautionnements déguisés، يعني الالتزام الناشئ عن الكفالة لا يشترط فيـــه شكلية معينة فلا يشترط ذكر كلمة كفيل أو كفالة، وإنما يكفي أن يتعهد الضامن بدفع دين المدين الأصلي فــي حالة عجزه عن السداد إذ أن هذا يشكل كفالة حقيقية.

لكن البعض الآخر من الفقه يشترط لإمكانية نشوء كفالــة عن خطاب الضمان في مجـــال الائتمان توافر المعيارين المميزين للتأمين الشخصي بمعناه الفني وهما الالتزام بدفــع دين الغير وعدم وجود أية مساهمة شخصية للملتزم في هذا الدين أي لا يكون مسئولا مسؤولية شخصيــة عن الوفاء بأي جزء من هذا الدين ومن أهم الأسباب التي تجعــل خطاب الضمان مفضلا على الكفالة هي رغبة أطراف الخطاب خاصة المرسل هي التهــرب من القواعد القانونية الصارمة التي تحكم الكفالة.

[1]- مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 72.

الفرع الثاني

النظام القانوني لخطابات الضمان

نظرا لاختلاف الطبيعة القانونيـــة لخطابـات الضمـــان- كما رأينا سابقا- فينتج عن هذا الاختلاف بالضرورة عدم وجود نظـــام قانوني موحد يطبق على كل خطابات الضمان، هذا ما يؤدي بنا للتعرض للنظام القانوني المطبق على كل شكل من أشكاله.

ففيما يخص خطابات الضمان التي لا تتضمن أي التزام قانوني فهي تتضمن التزام أدبي، فخاصية أدبية الالتزام تفسر أن تجاهله وعدم احترامه غير معاقب عليه، فالالتـــزام الأدبـي لا يستفيـــد من الحمايـــة القانونيـــة عكـــس الالتـــزام القانـوني، وبالتالي عـــدم تنفيذ الملتزم بالخطاب التزامـــه لا يرتب عليه أي مسؤولية كمـــا لا يمكـــن للبنك مقاضاتـــه، لكن يمكن تصور المسؤولية التقصيرية لمحرر خطاب الضمان[1].

بينما فيما يخص خطابـــات الضمان المتضمنة التزام قانوني بفعل، فنميـز بيـــن خطابات الضمان التي تتضمن التزامـــا ببذل عنايـة وتلـــك التي تتضمـــن التزاما بتحقيـــق نتيجـــة، فالأولى يتعهد فيها مكتتب الخطـــاب بالالتزام ببـــذل كل مـــا في وسعه لتمكين المدين من تنفيذ التزامه، فلا يتعهد بتحقيق نتـــيجة معينة، وعـند تحقق النتيجة المنتظـرة وهي دفع المدين للبنك لا يعني عدم تنفيذ المكتتب لخطاب الضمـــان لالتزامـــه ولكي يثبـــت البنك مسؤوليته يجب أن يثبت الخطـــأ الذي ارتكبـــه المكتتـــب لخطاب الضمان وأنه لـــم يبذل أي عناية لازمة، بينما الثانيـــة وهي التي تتضمن التـــزام بتحقيق نتيجة، فالمكتتب للخطاب يلتزم تحقيق نتيجة معينـــة وهي تنفيذ المديـــن لالتزاماته اتجاه البنك، فعدم تحقـق النتيجة تقيم مسؤوليـــة مكتتـــب خطاب الضمان وعليـــه تنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري:"إذا استحـــال على المديـــن

[1]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص84.

أن يُنفــذ الالتزام عينـا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبـــت أن استحالة التنفيذ نشـــأت بسبب لا يـد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المديـن فـي تنفيــذ التزامه"، فهناك قرينة قانونية تعفي البنك من إثبات خطأ الملتزم بخطاب الضمان ويكفيه فقـط إثبات عدم تحقق النتيجة وهي عدم تنفيـــذ المدين لالتزامه، وهـــذه الالتزامات التي يتضمنهـا خطاب الضمان تجعـل منهـــا خطابات حقيقية بالنسبة للبنك.

لكن فيمـــا يخص خطابات الضمان التي تتضمن كفالات حقيقية بتنفيـذ التزام المدين والتي تكون بمثابة كفالـــة مستـورة، فالنظـــام القانـوني المطبق عليها هو كل ما يتعلق بأحكام الكفالة.

المطلب الثاني

الضمانـــات المستقلـــة

فضلا عن خطابات الضمــان، ابتكرت الحرية التعاقدية التي يمنحها مبدأ سلطـــان الإرادة ضمان شخصي آخر يتمثـل في الضمانات المستقلة وهو الضمان للطلب الأول، هذه الضمانـــة ظهرت ضمن العلاقـات الدولية وطورت تدريجيا في العلاقات الداخلية وأصبحت تقدم كضمان، إذ نجـد في الغالب أن يكون الضامن بنكا أو مؤسسة ماليـة، كما أنه لا يمكن إرجاعها للأنظمة التقليديـــة بل تستجيب إلى حاجات اقتصادية مشروعة وتخضع للمبدأ العام في حرية التعاقـــد، لذا سنتطرق لمفهوم الضمـــان بمجرد الطلب(فرع أول)، بعدها نميزه عن الكفالـــة(فرع ثان)، لذا سنتطرق لمفهوم الضمان بمجرد الطلب(فرع أول)، بعدها نميزه عن الكفالـــة(فرع ثان).

الفرع الأول

مفهوم الضمان بمجرد الطلب

Garantie à première demande

يمنح هذا الضمان بواسطة بنك بناء على طلب عميلـــه مُعطي الأمر ويُعطي للمستفيد إمكانية اقتضاء التنفيذ بمجرد الطلب، أي بطريقة آلية وغير مشروطة دون أن يقدم أي مبرر ليؤسس عليه طلبه[1].

الهدف من هذا الضمان هو وجوب تنفيذ الضامن لالتزامه مهما كانت اعتراضات معطـــي الأمر المبنية على العقد الأصلي بينه وبين المستفيد، والصورة العملية لهذا الضمان في العلاقات التجارية الدولية هو أن يكون هنـــاك عـــرض من جانب بعض الدول أو المؤسسات التابعة لها لبناء مصنع أو مجمـــع صناعي مثلا، ثم تتنافس الشركات على الظفـــر بهذا العرض، في هذه الحالة يتطلب المشتري أو صاحب العمل ضمانا قويا لإرساء هذا العرض على شركة معينة.
والهدف الرئيسي من الضمان المستـقل أو الضمان بمجـرد الطلب هو أن يتجنب صاحب العمل أي مناقشة أو إجراءات قضائيـــة قبل طلب الضمـــان فالغرض منه هو ضمان رسو المـــزاد

[1]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص185.

أو ضمان حسن التنفيـــذ أو ضمان لاستـــرداد مقدم الثمـن، إلا أن الهدف النهائي منه هو أن يحل محل الوديعة النقدية التي يودعها ابتداء معطي الأمــر على سبيل الضمان بين المستفيد.

إذ نجد أن الوديعة النقدية تجعل المستفيد في مركز قوي ومضمون ولكنها من جهة أخرى تجمد الأموال فيما يحسبها عن التداول وهذا ما يضر بأطراف العلاقة اقتصاديا، فقبول المستفيد ضمانا بنكيا محل الوديعة النقدية يجعله في نفس المركز تقريبا الذي كان فيه في حالة الوديعة[1].

للضمان بمجرد الطلب خصائص مميزة تكمن فيما يلي:

أ- التزام الضامن في الضمان بمجرد الطلــب التزام مستقـــل وبالتالي تنتفي عنه صفة التبعية، وهذه الخاصية تميز هذا الضمان عن الكفالـــة وهذا ما يجعل الضامن فيه لا يستطيع أن يدفع بالدفوع التي كان يمكن أن يدفـــع بها معطي الأمر.

ب- التزام الضامن يتمثل في دفع مبلغ من النقـود بصدد عقد معين وليس التزاما بعمل، أي أنــه ليس التزام بتنفيذ التزام المدين الأصلي تنفيـــذا عينيا عند عدم تنفيذ هذا الأخير له.

ج- التزام الضمان بمجرد الطلب ناشئ عن عقـــد ملزم لجانب واحـد، لكن بعض الفقهاء يعتبر التزام الضامن التزاما بالإرادة المنفردة[2].

د- يرى الفقه الفرنسي والإيطالي أن التزام الضامـــن التزام سببي في حيـن يذهب كل من الفقه الألماني والبلجيكي والهولندي إلى أنه التزام مجرد[3].

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص189.

[2]- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص136.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المرجع نفسه، ص 191.

الفرع الثاني

تمييز الضمان بمجرد الطلب عن الكفالة

يهدف كل من الضامن بمجرد الطلب والكفالـــة إلى أن يكـــون للضامن حق في مـواجهة الغير، إلا أنهما يختلفان من حيث كون الضمان لمجرد الطلب هو ضمان مستقـــل أي أن التزام الضامن ليس نفسه التزام المدين، بينما الكفالة عقد تبعي يلتزم فيه الكفيل بأن يفي بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه.

كما أنهما يختلفان من حيث محل كل منهما، ففي حين يتمثل محل الالتزام الضامن بمجرد الطلب في دفع مبلغ معين من النقود يتعلق بعقد معين، فإن محل الكفالة هو الالتـــزام الأصلي.

المبحث الثاني

الضمانات الشخصية القائمة على تقنية التأمين

تعتبر تقنية التأمين من الضمانات الفعالة خاصة في مجال البنوك بحيث اعتبرت علاجا فعالا لمخاطر القرض، فهذه التقنية تعتبر فعالة لمواجهة العجز الذي عرفته التأمينات الشخصية التقليدية التي كانت تعتبر كافية فيما بين أشخاص طبيعيين.

فيعتبر عقد التأمين من عقود الغرر، فيمكن تعريفه بأنه عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع حادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن[1].

فالتأمين لضمان القرض هو ضمان شخصي، يقوم به شخص معنوي (شركة التأمين)[2]، والتأمين يمكن أن يستعمل كضمان لأنواع مختلفة من مخاطر القروض البنكية ويمكننا حصر ذلك في كيفيتين مختلفتين الأولى التأمين ضد مخاطر الوفاة والعجز (مطلب أول)، وكذا الثانية هي التأمين ضد مخاطر الإعسار وهو ما يسمى بتأمين القرض (مطلب ثان).

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، عقود الغرر وعقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 108.

[2]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص91.

المطلب الأول

التأمين ضد مخاطر الوفاة والعجز

تشترط البنوك عـــادة على المقترض عند منحهـــا للقرض اكتتاب عقد تأمين على الحياة للوقاية من خطر الوفاة أو العجز[1] لدى إحدى شركات التأمين، فيعتبر البنـــك المستفيد مـــن الضمان يمكنه أن يستوفي تعويضـا من طرف المؤمن في حالة حدوث الخطر المتمثـل في وفاة المقترض أو عجزه المؤقت أو الدائـــم، فتلجأ البنوك لهذا النوع من التأمين احتياطا من وفـــاة المقترض أو المستفيد من الائتمان[2].

والتأمين في مفهومـــه العام هو الأمن أو الأمان الذي ينشـــده الإنسان من خطر قد يهدده، فيعني التأمين لغة: الأمن والأمانة وهو يطلق على الرجل الحافظ على عهده والمصان لما أؤتمن عليه، ومعناه في الاصطلاح هو اتفاق يتعهد بموجبه شخص أو شركة بتعويض آخر عما يقع له من خطر أو ضرر.

وقد اهتمت النصوص القانونيـــة بتعريف التأمين، فعرفته المادة 619 من القانـــون المدني الجزائري بما يلي:" التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلي المؤمَّن لـه أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لمصلحته مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخـر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبيـــن بالعقد وذلك مقابل قسط أو أيّة دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمَّن له للمؤمن".

كم ورد نفس التعريف في المادة 02 من الأمر المتعلق بالتأمينات[3]حيث نصت على ما يلي: "إن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى الغير المستفيد الذي اشترط التأميـــن لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقـــق الخطر المبين في العقـــد وذلك مقابل أقســـاط أو أية دفعة مالية أخرى".

---

[1]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص92.

[2]- بلول أعمر، النظام القانوني لعمليات الائتمان المصرفي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2002-2003، ص 77.

[3]- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد13 صادرة في 8 مارس 1995.

فيتبيــن من هنا أن التأمين عقـد وعملية فنية في آن واحد، يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهما المستأمن له أو للغير عند تحقق خطر معين، إذن فالتأمين هو عبارة عن علاقة تعاقدية تتم بين الطرفين وهما المؤمن المتمثل في شركة تجارية والمؤمن له المكتتب لوثيقة التأميـن، وهو عقد رضائي ملزم لكلا الجانبين، احتمالي زمني ومن عقود الإذعان، كما يتميز بعناصر متمثلة في الخطر والقسط ومبلغ التعويض.

كما يعتبر التأمين ضد مخاطــر الوفاة والعجز من تأمينات الأشخاص التي تغطي الأخطار أو الوقائــع التي تمس شخص المؤمن عليه ذاتــــه[1]، وهذا النــوع من التأميــن ليس له صفة التعويض لذلك فإن مبلغ التأمين يستحق للمؤمن له بصرف النظر عن تحقق الضرر أو قدر هذا الضرر[2].

فيخضع هذا العقد إلى أحكـــام الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات وهذا في نص المادة 63 حيث نصت :" الأخطار التي يمكن تغطيتهـــا في تأمينات الأشخاص هي على الخصوص:

- الأخطار المرتبطة بمدة الحياة البشرية.
- الوفاة إثر حادث.
- العجز الدائم الجزئي أو الكلي.
-العجز المؤقت عن العمل....."

وكذلك منصوص عليه في قانون 06-04 معدل[3] للأمر المتعلق بالتأمينـــات، وما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 95- 338 يتعلق بإعداد قائمة عمليات التأمين وحصرها[4] وهذا في المـادة الثانية منه حيث نصت :" تصنف عمليات التأميـــــن في أصنـاف، وفروع وفروع فرعيـــة، تأمينية، كما هي مبينة أدناه :.....

4- تأمينات الأشخاص:

4-1 – التأمين في حالة الحياة وفي حالة الوفاة والتأمين المزدوج ".

---

[1]- أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة 3، طبعة نادي القضاة، مصر، 1991، ص 25.

[2]- محمد حسن قاسم، محاضرات في عقد التأمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة نشر، ص 62.

[3]- قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 متعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 15 صادرة في 12 مارس 2006.

[4]- مرسوم تنفيذي 95- 338 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 يتعلق بإعداد قائمة عمليات التأمين وحصرها، جريدة رسمية عدد 65 صادرة في31 أكتوبر 1995.

ومن أجل التعرف أكثر على هذه الضمانة نتناول المخاطر المغطاة بواسطـــة هذا التأمين (فرع أول)، بعد ذلك نتعرض إلى التزامات كل من طرفي عقد التأمين وكيفية دفـــع التعويض (فرع ثان).

الفرع الأول

المخاطر المغطاة بواسطة التأمين ضد مخاطر الوفاة والعجز

يتعهد المؤمن بأن يدفع للمستفيد مبلـــغ مالي يساوي المبلغ المتبقي من الدين في حالة الوفاة أو في حالة الإصابة بعجز كلي دائم.

أولا: حالة الوفـــــــاة

وفاة المؤمن على حياته هي الواقعة الطبيعيـــة التي علق عليها استحقـــاق مبلغ التأمين في حالة الوفاة، ولكن ظروفه تتعدد، فنصت عليه المادة 65 من أمر 95-07 حيث نصت:" التأميـن في حالة الوفاة، عقد يتعهد بموجبه المؤمن بدفع مبلغ معين للمستفيد أو المستفيدين عنـــد وفـــاة المؤمن له مقابل قسط وحيد أو دوري".

1- صور التأمين لحالة الوفاة:

للتأمين في حالة الوفاة ثلاث صور وهي: التأمين المؤقت، التأمين العمري، وتأمين البقايا.

أ- التأمين المؤقت Assurance Temporaire

التأمين المؤقت[1] هو عقد يلتزم المؤمن بدفع مبلغ للمستفيد إذا توفي المؤمن لـــه في خـــلال مـــدة محددة ومعينة في عقد التأمين مقابل قسط دوري أو وحيد[2]، وإذا انقضت المدة المحـددة في العقد ولم يتوفى المؤمن لـــه، ينتهي العقد وتبقى الأقساط المدفوعة حـــق للمؤمن[3]، وبالتالـــي الاستحقاق هنا يكون معلقا على شرط واقف[4].

---

[1]- أنظر نموذج عقد التأمين المؤقت لحالة الوفاة في الملحق رقم 3.

[2]- حوحو يمينة، عقد التأمين على الحياة، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003- 2004، ص 31.

[3]- جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 93.

[4]- مصطفى محمد الجمال، أصول التأمين(عقد التأمين)، دراسة مقارنة للتشريع والقضاء في ضوء الأسس الفنية للتأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 85.

ب- التأمين العمري Assurance Vie- entière

التأمين العمري يدفع فيه المؤمن مبلغ التأمين للمستفيد عند وفاة المؤمن على حياته، أيا كان الوقت الذي تحدث فيه هذه الوفاة، فمبلغ التأمين لا يصبح مستحقا إلا بوفاة المؤمن على حيـــاته مهما طال عمره[1]، وبالتالي يكون الاستحقاق مضافا إلى أجل[2].

ج- التأمين على البقاء Assurance de survie

هو عقد يلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمستفيد إذا بقي حيـا بعد مـــــوت المؤمن على حياته[3]، أما إذا توفي المستفيد قبل المؤمن لـــــه زال عقد التأمين وبرأت ذمـــة المؤمن واحتفظ بالأقساط التي قبضها[4].

2- الوفاة الطبيعية و الحكمية:

فالوفاة الطبيعية هي الوحيدة التي لا تثير إشكالا أو جدلا فيعطيها عقد التأمين، ويقصد بها الوفاة التي تتحقق بثبوت خروج الروح(سواء كان ذلك بتدخل إنسان أو بغيـر تدخله سواء كان ذلك بفعل مشروع أو غير مشروع) فيدفع المؤمن مبلغ التأمين كله لمستحقيـــه ما لم تكن الوفاة مستبعدة من الأخطار التي يغطيها التأمين، وما لم يتوافـــر سبب من أسباب سقـــوط الحق في التأميـــن[5].

وتقاس الوفاة الحكميـــة على الوفاة الطبيعية لأنها مثلهـــا تنهي الشخصية القانونية وسبب للمـــيراث.

والتأمين في الوفـــاة يغطي بطبيعته جميع أسبـــاب الوفاة ومن المنطق القانوني ألا يوحد الحكم جميع الظروف، فلقد حرص المشرع على إسقـــاط بعض حالات التأميـــن لحال الوفاة.

---

[1]- جلال محمد إبراهيم، التأمين دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانونين الكويتي والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 118.

[2]- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 85.

[3]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 64.

[4]- زيدات دليلة، عقد التأمين على الحياة في القانون الجزائري، دراسة تحليلية مقارنة بين قانون التأمينات الجزائري رقم 95-07 وقانون التأمينات الفرنسي، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 79.

[5]- مصطفى عبد السيد الجارحي، مشكلات التأمين على حياة الغير، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 54، مطبعة جامعة القاهرة، 1986، ص 67.

3- الحالات التي لا يؤمن عنها:

بعد تفحصنا للأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات وكذلك القانون 06-04 المعدل له تضح لنا الحالات الاستثنائية من التأمين ومنها:

- إذا انتحر المؤمن على حياته وعن وعي وبمحض إرادته السنتين الأوليتيـــن من العقد، وهذا ما نصت عليه المـــــادة 72 من الأمر 95-07 المتعلــق بالتأمينات والتي تنص:" لا يكتسب ضمان التأمين في حالــة الوفاة إذا انتحر المؤمن له بمحض إرادته وعن وعي خلال السنتين الأوليين من العقد...." فيقصد بالانتحار أن يقـوم المؤمن بالاعتداء عمدا على حياته من تلقاء نفسه وبفعل أو امتناع منه دون تحريض أو مساعـــدة من المستأمن أو المستفيد أو الغير[1]، حيث أن هذا الانتحار يمكن أن يحدث في أي وقـت حيث أنه يخضع لإرادة المؤمـن على حياته فإن في ذلك خطورة على مصالح المؤمن، وهذا الانتحار يكون عمديا فهو اتجـاه إرادة الشخص إلى أن يضع حدا لحياته عن قصد مدركا نتائــج ما سيقدم عليه، ولـــذا فـإن الخطر غير محقق الوقوع يصبـــح محقق الوقـوع بإرادة المؤمن على حياته وهو ما ينـافي شروط الخطر التأميني ثم أنه في الوقت نفسه عمل غير مشروع ومن شروط هذا الخطر أن يكون مشروعا وعلى ذلــك إذا كان الانتحار عمديـــا أصبح التأميـن باطلا لمخالفته للنظام العام[2].

لكن استثناءا من المادة 72 من الأمر المتعلق بالتأمينات فإنه يبقى الضمان مكتسبـــا إذا حصل الانتحار بعد مرور السنة الثانيـــة من التأمين وكان بسبـــب مرض أفقـــد المؤمن لـه الحرية في تصرفاته، وفي هذه النقطة بالذات يمكـــن القول أن الانتحـار لا يكون عمديا فهو إقدام الشخص على وضع حد على حياته دون وعي أو إدراك منـــه، غير مدرك لنتائج فعله وفي مثل هذه الحالة فإن الآثار التي تترتـــب على ذلك هي نفـــس آثار المؤمـــن على حياته ويموت موتا طبيعيـــا، إذ أن حق المستفيـــد لا يسقط ويلتزم المؤمن بدفع كامل مبلغ التأمين المتفق عليه.

---

[1]- مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 79.

[2]- عبد القادر العطير التأمين البري في التشريع الأردني، القواعد العامة والأحكام الخاصة بعقود: التأمين من المسؤولية ضد حوادث السيارات، التأمين على الحياة، التأمين من الحريق، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1995، ص ص 322-323 .

ويقع عبء إثبات انتحار المؤمن على حياته بدون وعي أو إدراك على المستفيد من التأمين، لكن هذا لا يمنع المؤمن من أن يثبت بكافة الطرق، أن المؤمن على حياته قد انتحر عمدا ويرجع تقدير الانتحار لقاض الموضوع[1].

- قتل المؤمن له من طرف المستفيد، فيحكم على هذا الأخير بتهمة قتله فلا يستحق المبلغ المؤمن في حالة الوفاة وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون 06-04 التي تعدل المادة 73 من الأمر المتعلق بالتأمينات التي تنص" عندما يكون المستفيد موضوع حكم بسبب قتل المؤمن له، لا يستحق المبلغ المؤمن " في حالة الوفاة" ولا يلزم المؤمن بدفع سوى مبلغ الرصيد الحسابي الذي تضمنه العقد....." فإذا قتل المستفيد المؤمن له يشترط أن يكون الاعتداء عمدا وأن يكون للمستفيد دور في هذا الاعتداء إما كفاعل أو شريك بالتحريض.
- وقوع حادث بسبب سكر أو تناول الكحول عندما تفوق نسبته في الدم 1غ/لتر[2].

ثانيا: حالة الإصابة بعجز كلي دائم

قد يصاب الشخص بعجز كلي دائم يجعل المؤمن له قاصرا عن ممارسة العمل بصفة مطلقة، فالإصابة يقصد بها ذلك الضرر الذي يلحق بجسم العامل من جراء تأثير خارجي مفاجئ[3]، ومن ثمة يلزم لاعتبار أي حادث إصابة في إطار الموضوع الذي نحن بصدد دراسته توافر ثلاثة خصائص هي:

- ينبغي أن ينصب الضرر على جسم الضحية، وأن ينال من أعضاء جسمه وحياته فيحدث فيه قطع أو كسر أو إعاقة أو تشويه، فتخرج عن اعتبار الإصابة كل حادثة ينجم عنها تمزيق ما يلبسه العامل من ثياب أو تحطم ما يقتنيه من ممتلكات كساعته أو سيارته، فلا يمكن أن تعامل الأضرار الأخيرة على أنها إصابات.

---

[1]- عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص323.
[2]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص 92.
[3]- جمال النكاس، إصابات العمل وأمراض المهنة من التعويض إلى التأمين، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 62، مطبعة جامعة القاهرة، 1995، ص 08.

- أن يكون هذا الضرر ناجما عن تأثير خارجي منفصل عن العامل نفسه، أي بفعل أو مادة يسيطر عليها العامـــل أو أي شخص من الغير، أو نتيجـــة لسقوط العامل أو سقوط شيء ثقيل عليه، فإن كان الضرر ناجما عن علة في الجسد أو نتيجة لعيب جسدي كامن فيه، فإننا نكون أقرب إلى المرض من الإصابة.
- ينبغي أن يكون الضرر قد وقع بشكل مفاجئ، فتقع الإصابة خلال حـــادث يقع وينتهي بفترة زمنيـــة قصيرة عادة لكنهـــا وإن طالت فإنهـــا لا ترفع الحادث صفـــة المباغتـــة.

إلى أن توافر هذه الخصائص لا يعني استحقاق الشخص التعويض بشكل مباشر، بل ينبغي توافر شروط ثلاثة وهي:

- ارتباط الإصابة بالعمل.
- وقوع الإصابة أثناء العمل.
- ألا يتعمد العامل إيقاع الإصابة وألا تنجم عن سلوكه الفاحش والمقصود[1].

بينما يقصد بالعجز الدائم ، ذلك الذي يؤدي وبشكل مؤبد إلى عدم تمكن العامـــل من القيام بعمله بشكل كلي فيكون العجز كليا، أو بشكل جزئي فيكون العجز في هذه الحالة جزئيا لا يحول دون قيام العامل بذات عمله، ولكن أداؤه وقدرته على العمل يكونان أقل عما كانا عليه الحال قبل الإصابة أو المرض[2]، كما يمكن أن يكون بسبب العجز أو مرض.

ويقصد بالحادث كل إصابة جسمية غير متعمـدة من طرف المؤمن له فتنشأ فجـــأة بسبب خارجي غير متوقع، أما المرض فيقصـــد به تدهـــور صحي يثبته الطبيب ولا يكون ناتجا عن حادث.

فبالنسبـــة للمقترض عند اكتتابـــه لعقد التأميـــن، يجب أن يقدم لشركة التأمين عقـــد قرض (وكل ما يتضمنـــه من معلومات خاصة بالبنـــك المانح للقرض " المستفيد" وكذا مبلغ القرض ومدته....) وهذه المعلومات تفيد المؤمن لتحديد القسط وتقدير الخطر.

[1]- جمال النكاس، المرجع السابق، ص11.
[2]- جمال النكاس، المرجع نفسه، ص 16.

كذلك يلزم المقرض المؤمـــن له بتقديم تقريـــر طبي من طرف طبيب عـــام، هذا إذا كان يتراوح سنه بين 56 و65 سنة، أما إذا كان سنه أقل من 45 سنة إلى غاية 55سنة فإنـــه يصرح فقط بمعلومات عن صحته وحالته، وذلك بملأ استمارة مقدمة من طرف المؤمن[1].

الفرع الثاني

التزامات كل من المؤمن له والمؤمن

يرتب عقد التأمين على عاتق أطرافه المؤمن(شركة التأمين) والمؤمن له (المقترض) التزامات، **فبالنسبة لالتزامات المؤمن له** للحفاظ على الضمان المقدم للمستفيد يتطلب احترام المـــؤمن له (المقترض) لالتزاماته المتمثلـــة على العموم في تقديـــم البيانات اللازمة وتقرير ما يستجد من الظروف، دفع مقابل التأمين وإخطار المؤمن له بوقوع الحادث إذا تحقق الخطر المؤمـــن منه[2]، فعدم احترام هـــذه الالتزامات ينتج عنه فســـخ التأميـــن من قبل المؤمن وبالتالي يفقد المستفيد الضمان.

أما بالنسبة لالتزامات المؤمن فهـــو دفع مبلغ مالي يســـاوي المبلغ المتبقي من الدين عند حدوث الخطر، ويتم الدفع بصفة غير مجزئة بواسطة مخالصة للمستفيـــد، وتـتم هذه التسوية خلال الثلاثين يوما التالية لتقديم الوثائق الثبوتية المطلوبة المتمثلة في: عقد التأمين، شهادة طبية بسبب الوفـــــاة، وشهادة الوفـــــاة.

أما في حالة العجز الكلي الدائـــم، فإن دفع المـؤمن المسبـــق للمبلغ المؤمن عليه كما يلي:

- فورا وبعد الاستقرار إذا كان سبب العجز حادث.
- سنتين بعد الإصابة بالعجز إذا كان سببه مرض.

[1]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص 93.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص1247.

وقبل الشروع في تسويـــة المبلغ المضمون الواجب دفعه عند إثبات حالة العجز الكلي الدائـــــم يجب تقديم:

- عقد التأمين.
- شهادة الحالة المدنية للمؤمن له المصاب.

ويُثبت العجز الكلي الدائم عن طريق التصريح يسبب هذا العجز ويجب أن يتم هذا التصريح في أقرب وقت[1].

- الاستمـــارة الطبيـــــــة.

[1]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص 95.

المطلب الثاني

التأمين ضد مخاطر الإعسار(تأمين القرض)

ظهر تأمين القرض حوالي سنة 1830م في إيطاليا ثم انجلترا، وهي الفترة التي تلت حروب نابليون Les guerres napoléoniennes، فقد أصدرت الشركة الإيطالية Banco Adriatico de Assurazionia Triste أقدم وثيقة للتأمين على القرض سنة 1831م، فكانت هذه الشركة تقوم بتأمين أخطار عدم الدفع المتتالية والمترتبة على الكوارث البحرية ثم تلتها شركة Assurance Générale de Trieste سنة 1837م[1]، لكن هناك من الفقهاء من يقول بأن أول شركة تأمين على القرض هي من أصل إنجليزي في القرن الثامن عشر، وبعد ذلك ظهرت شركات فرنسية مارست هذا النوع من التأمين بمبادرة من أصحاب البنوك.

لكن هذه الشركات لم تدم طويلا بل باءت بالفشل بعد سنوات قليلة من إنشائها، نظرا لأن مسيريها لم يعطوها الأهمية الكافية لخصوصية تأمين القرض مقارنة بعمليات البنك وعمليات التأمين عموما، وكذلك يرجع هذا الفشل إلى نوع المخاطر التي يتضمنها تأمين القرض.

لكن هناك من الفقه من يقول أن أول مؤسس حقيقي لتأمين القرض هو رجل الاقتصاد الإيطالي Bonajuto Paris Sanguinitti المولود فيModéne عام 1800، وهو مؤمن بحري ومؤلف قام بدراسة نشرت في Livourne باللغة الفرنسية وسميت" بتجربة نظرية جديدة لتطبيق نظام تأمينات الأضرار على الإفلاس" عام 1839م وهي دراسة تعتني على الخصوص بالقروض الموجهة للتصدير ومخاطرها[2]، إذن ظهر تأمين القرض بداية في مجال التجارة الخارجية ثم تطور تدريجيا في مجال التجارة الداخلية[3].

---

[1]- Jean Bastin, La défaillance de paiement et sa protection, L'assurance crédit, L'assurance crédit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1991, pp 51,53.

[2]- فضيل نورة، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص ص 6-7.

[3]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص 96.

بينما في الجزائر فلم يعط لتأميـن القرض الأهمية بعد الاستقلال في قطاع التأمين بصفـة عامة وبصفـــة خاصة في تأميـــن القــرض لغرض المشاركة في تمويل ودفع عجلة التنميـة الاقتصادية، هذا راجع للسياسة المنتهجة آنذاك وهي الاقتصاد الموجه والملكية الجماعية لوسائل الإنتاج، حيث كانت احتياجات التمويل الناشئة عن النشاطات التجارية والصناعية ممولـــــة من الخزينة العامة فكانت مصدرا للقرض العام.

وفي مجال التجارة الخارجية فقد كان يعتمـــد على الاتفاقيات والمعاهدات الثنائية الخاصة بتشجيع وضمان الصادرات.

لكن بعد اعتماد الجزائـر لمنهج الإصلاحات منذ بداية الثمانينات، سمحت لشركات التأمين بالتمتع بالاستقلالية في توسيع نشاطها بعد ما كان محصورا في فرع معين من عمليات التأمين[1].

أما من ناحية التنظيم فقــد عرف قطاع التأمين ظهورا بوجه جديد وهذا بصدور الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، والـــذي ألغى في المادة 278 منه جميع الأحكام المخالفة له، سيما القانون رقم 66-127 المـؤرخ في 27 ماي 1966 المتضمن احتكار الدولة لعمليـــات التأمين، والقانون رقم 80-07 الصـادر في 09أوت 1980 المتعلــق بالتأمينات، وبالتـــالي قُضي على احتكـــار الدولـــة لقطـــاع التأميـن بفتح المجال للاستثمارات الخاصة والمنافسة الحرة، فمن المفروض أن يجد التأميـــن عـــن القــرض نتيجـة هذه السياسة المتبعة مكانة هامة في السوق الجزائريـــة[2].

ومن خلال هذه اللمحة عن تأمين القرض وظهوره، ما علينا إلا معرفة مفهومه(فرع أول)، وتطبيقاته(فرع ثان).

---

[1]- شرعت الشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأميـــن(Compagnie Algérienne D'assurance et de (CAAR Réassurance في توسيع نشاطها، وفي إطار تشجيع الصادرات بدأت ممارسة نوع خاص من التأمين وهو تأمين القرض عند التصدير، وتلتهـــا في نفس المجال الجزائريـــــة للتأمين الشامل(Compagnie Algérienne D'assurance (CAAT Totale، وفي إطار تشجيع الصادرات بدأت بممارسة نوع خاص من التأمين وهو تأمين القرض عند التصدير، لتتخلى كلاهما في نهاية سنة 1995 عن ممارسة هذا النوع من التأميـن نظرا لمساهمتها في تأسيس الشركة الجزائرية للتأميـــن وضمـــان الصـادرات (CAGEX) حيـــث شرعت الجزائـــر في السنوات الأخيرة في إتباع سياسة شاملة لتنمية الصادرات خـارج المحروقات، نظـــرا للأهمية القصوى التي يلعبهـــا التصدير في تطوير اقتصـــاد الدول، لكن فالتصدير لا يخلو من المخاطر والحوادث غير المتوقعة التي تتطلب تسيير وتغطية شاملة، فجاء تشريع رقم 96-06 ليشكـــل الإطار المرجعي لإنشاء الشركة الجزائرية للتأمين وضمان الصادرات فأصبحت ابتـــدءا من تلك الفترة تتكفل بتأمين القرض عند التصدير إلى يومنا هذا، وفي فرنسا تقوم بهذه المهمة(COFACE).

[2]- فضيل نورة، المرجع السابق، ص 8.

الفرع الأول

مفهوم تأمين القرض

من خلال مفهوم تأمين القرض يجب أن نتطرق لعدة نقاط منها تعريفه وتمييزه عن الكفالة، وتبيان صوره ومعرفة طبيعته القانونية.

أولا: تعريف تأمين القرض

قبل أن نُعرف تأمين القرض، علينا أولا أن نسبقه بتعريف المصطلحان المشكلان له وهما التأمين[1] والقرض.

1- التعريف اللغوي للقرض:

القرض لغة هو الائتمان، المقصود به مبادلة مال حاضر بوعد وفاء أو تسديد مقابل، يعني ذلك أن يتنازل أحد الطرفين مؤقتا لآخر عن مال سواء كان منقولا أو على شكل استعادة منه فيما بعد[2].

2- التعريف الاقتصادي للقرض:

هو تخلي أو تراجع شخص عن شيء في وقت معين لمصلحة المستفيد، ولهذا الأخير أن يرُد هذا الشيء أو مقابله في تاريخ محدد نسميه نهاية المهلة المحددة.

أو هو تسليم المال لتثميره في الإنتاج والاستهلاك، كما أنه يقوم على عنصرين أساسيين ألا وهما المدة، الثقة، وبصفة عامة تستعمل القروض من طرف رجال الأعمال وبالأخص المنظمين الذين ينشئون مؤسسات من كل نوع وبكل حجم في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي.

3- تعريف القرض في الاصطلاح القانوني:

عرفت المادة 450 من القانون المدني الجزائري القرض الاستهلاكي، حيث نصت: " قرض للاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو

---

[1]- تعرضنا للتعريف الغوي والاصطلاحي وحتى القانوني للتأمين في المطلب الأول من هذا الفصل صفحة 69 من هذه المذكرة.

[2]- شاعة عبد القادر، الاعتماد المستندي أداة دفع وقرض، دراسة الواقع في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر،2005-2006، ص 50.

أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع، والقدر، والصفـــة".

والتـــعبير عنه بالقرض الاستهلاكي هـو تعبير معيب وهـــذا يظهـر للوهلة الأولى، ولعل المشرع أراد بذلك أن يقول عارية الاستهلاك مثلما عبـر عنه التشريع الفـرنسي، حيث أخطأ في كلمة Prêt التي عنى بها المشرع الفرنسي عارية، فقسمها بـدوره إلى عارية الاستهلاك بمعنى القرض، وعارية الاستعمال وهي العارية المعروفة لدينا[1].

فجاء في نص المـــادة 1892 من القانـــون المدنـــي الفرنسي الحالي تعريف للقرض أن: " عاريـــة الاستهـــلاك (القرض) عقد يسلم بمقتضاه أحـد العاقديـــن للآخـر مقدارا معينـــا من الأشياء التي تهلـــك بالاستعمال، ويلتـــزم هذا الأخيـر بأن يرد إليـــه مقـداره مـــن عيـــن نوعـــه وصفته".

فمن خلال التعريف الوارد في القانون الفرنسي والـــوارد في القانون الجزائري نجد أنه لا فارق بينهما عدا المحل الذي يقع عليه التسليم، فالمشرع الفرنسي جعله عامـــا بحيث عبر عنه بتسليم قدر معيـن من أي شيء، أمـــا المشرع الجزائري فحدده بمبلغ مـــن النقود أو بمال مثلي آخر.

كما وردت عـدة تعريفات قانونيـــة للقرض أهمها التعريف الـذي جاءت به المادة 68 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقـــد والقرض[2] حيث نصت:" يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر التزاما بالتوقيع كضامن احتياطي أو كفالة أو ضمان .

وتعتبر بمثابة عمليـــات قرض، عمليات الإيجار المقرونـــة بحق خيار بالشراء، لا سيمـــا عمليـــات القرض الإيجاري وتمـــارس صلاحيات المجلس إزاء العمليات المنصوص في هذه المادة".

[1]- سامية شرفة، التوظيف الحديث لعقد القرض في الخدمات البنكية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2006- 2007، ص ص 8-9.

[2]- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52 صادرة في 27 غشت 2003.

هذه المادة تعالـــج القرض الاستثماري، فيعتبـر القرض الممنوح من طرف البنوك بمثابة ائتمان يوضع تحت تصرف من يطلــب الاستفادة منه، وللقرض وفق هذا التعريف معنى أوسع مما هو عليه في القانون المدني.

من خلال تعريف التأمين وتعريــف القرض نتوصل إلى تعريف **تأمـين القــرض** الذي هو محـــــل دراسة العديـــد من الفقهاء فقدمـــوا عدة تعريفـات منها:

" تأمين القرض وسيلـــة من بين الوسائل المتخـذة من طرف المؤسسة التي تقوم بعملية بيع حيث تؤمن خطر عجز زبونها[1] "، من خلال هذا التعريـــف يمكن القول بأن لكل مؤسسة تقوم بعملية البيع مخاوف تتجسد خاصة في عـــدم التأكد من تحصيل ثمن المبيعات، لهذا تعتمد على إحدى الطرق أو الكيفيات التي تضمن استرجاع مستحقيها من البيـوع، وهي القروض التي لدى زبائنها ومن بين تلك الطرق التأمين على القروض.

كما عرف الأستاذ Jean Bastin تأمين القرض على أنـــه" عبارة عن نظام تأمين يسمح للدائن بالقرض بدفع منحة من أجل تغطية عدم دفع الدين المستحق من طرف أشخاص معروفين مسبقا وفي حالة عدم المقدرة على تسديد المبالغ المستحقة[2] " من خلال هذا التعريف فإننـــا نجده قد حسم الأمر باعتبـــار تأميـــن القرض عبارة عن نظـــام تأميني لا غير، فهو إذا ليس مجـــرد معاونة للقرض وإنما مثلـــه مثل بقيـــة أنظمة التأمين، يتم اكتتابـــــه لدى شركـــة التأميـــن في مقابـل دفع المكتتب- وهو الدائـــن في هـــذه الحالـــة- لمقابل التأميـن من أجل تغطية عجز دفع الديـــــون.

وعرفه الأستاذ Christian Larroumet " تأميـــن القرض هو العقـــد الـذي بواسطتـه يتحصل الدائن من المؤمن في مقابـل دفعـه لأقساط على ضمان أخطار القرض- أي تبعا لكـل

[1]- فضيل نورة، المرجع السابق، ص 13.

[2]-Jean Bastin, La défaillance de paiement et sa protection, L'assurance crédit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2eme édition, 1994, p 68.
« C'est un système d'assurance qui permet à des créanciers moyennant le paiement d'une prime, de se couvrir contre le non paiement des créances dues par des personnes préalablement identifiées et en état de défaillance de paiement ».

حالة- ضد خطر إعسار مدينه، أو بكـل بساطة ضد عدم الدفـع عنـد الاستحقـاق[1] "، فتأميـن القرض حسبـــه هو عقــد مثل بقية عقــود التأمين الأخرى، يتم بيـــن طرفيـــن هما الدائن المؤمن لـــه وشركة التأميـــن، حيث تلتزم هذه الأخيرة بتقديم ضمان ضياع القرض من طرف مدين الدائـــن مقابل دفـــع هذا الأخير الأقساط.

لكن الأستـــاذ عبد الرزاق بن خروف عرف تأمين القرض أنه" اتفاق بين مؤمن ومكتتـب التأمين فيكون غالبا مؤسسة صنـــاعية أو تجارية ترغب في الحصول على ضمـــان دفع الديون الناتجة عن بيوع أو خدمات من طرف الملتزمين بالوفاء بها، في حالة إخلال هؤلاء بالتزاماتهم يعوض المؤمن له إما بمجرد حلول أجل استحقاق الدين، وإما بعد مدة معينة من أجل الوفاء وإما بعد أن تثبت عدم ملاءتهم[2].

وطبقا لنص المادة 206 مـــن الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تنص على أنه:" يتـم إعداد وحصر عمليات التأميـــن التي يمكن أن تمارسهـــا شركات التأمين المعتمدة عن طريـق التنظيم "، وهـــذا التنظيـم هـو المرسوم التنفيذي رقم 95-338 المتعلق بإعـداد قائمـة التأمين وحصرها، فنص في المادة 2 منـــه:" تصنف عمليات التأميـن في أصناف وفروع فرعية، تأمينية، كما هي مبينه أدناه: .....

5- تأميـــن القرض وتأميـــن الكفالـــة:

5-1- تأميـــــن القرض ".

فتأمين القرض هـــو ذلك التأميـــن الذي يقوم به المؤمن لحساب المستفيد لتغطية خطر تعذر الوفاء بمبلغ القرض، وبالتالي فإن الأثـــر الأساســـي له يتمثـــل في تعويض الدائنين عن الخسائر الاستثنائية الناشئة عن إعسار مدينهم، وهو الأثر التبعي أو الثانـــوي يتمثـــل في تقديـم ضمان للدائنين وبالأخص البنوك، كما نظم المشرع الجزائري نوعا خاصا من التأميـن على القـــرض، وهو تأمين القرض عند التصدير[3].

---

[1]- فضيل نورة، المرجع السابق، ص 14.

[2]- فضيل نورة ، المرجع نفسه، ص 15.

[3]- أمر رقم 96-06 مؤرخ في 10يناير 1996 يتعلق بتأمين القرض عند التصدير، جريدة رسمية عدد3 صادرة في 14 يناير 1996.

ثانيا: تمييز تأمين القرض عن الكفالة

يختلف تأمين القرض عن الكفالـــة، فالبنك إما أن يطلب من المدين تقديم كفيل وإما أن يلجأ إلى التأمين لصالح نفسه مـــن خطر عدم الوفاء، لأن هذا التخلف من جانبـــه لا يصلح أن يكون محلا للتأميـــن بوصفه فعلا إراديا واختياريا من جانبه، إنما له أن يـــبرم تأمين لصالح نفسه من خطر إعساره وهو ما يسمى Assurance insolvabilité تأمين اللإعسار.

فوجه الشبه بين الكفالة وتأمين القرض بصفة عامة هو أن عدم وفـــاء المدين بالدين يحرك التزام كل من الكفيل والمؤمن، فالهدف من كليهما هو ضمـان وفاء الدين أو تفادي نتائج التخلف عن الوفاء، وهنـــاك أيضا تشابه بينهما في أن المؤمن الذي يدفع التعويض للبنـك يمكنه الرجوع على المدين ويحل محل البنك في حقوقه ودعاويـــه مثل الكفالـــة.

فبالرغم مـــن هذه التقارب الذي بينهما إلا أن هناك فروق جوهريـة، فالكفيل يتدخل لضمان عميلـــه وهو أجنبي عن العقد دون أن يكون طرفا فيها، إضافة إلى أنه لا يعتبر مؤمنا للدائن ولا للمدين، وتعهده غير مشروط بإعسار المدين ولا يقبض قسطـا بل يتقاضي حقه من المدين، كما أن الكفالة- مثلما تطرقنا إليها سابقا- عقد ملزم لجانب واحد، وهو عقـــد تابع، بينما التأمين فهو عقد ملزم للجانبيـــن، أضف إلى هذا أنه عقد مستقل عن التزام المدين الذي يغطي التأمين إعساره.

ثالثا: صور تأمين القرض

يتخذ تأمين القرض شكلين أساسيين هما تأمين الإعسار وتأمين الكفالة.

1- تأمين الإعسار Assurance insolvabilité

هو تأمين يغطي أخطار الضيـاع النهائي لديون المؤمن له الناتجة عن إعسار مدينه، وغالبا ما تقوم البنوك بإبرام مثل هذه العقود بصفة إجماليـــة، أي لتغطية جميع عملياتهـــا الائتمانية ضد جميع مدينيها[1]، فيطبق هذا التأمين على القروض التجاريـــة قصيرة المدى المترتبة عن بيع سلع أو تقديم خدمات من طرف تجار لتجار آخرين، وذلـك باستثناء القروض المقدمة بشأن العمليات

[1]- بلول أعمر، المرجع السابق، ص76.
كذلك أنظر Claud-j.Berr, Hubert Groutel, Droit des assurances, Dalloz, Paris, 4ème édition, 1986, p31.

المالية، قروض التجهيزات وقروض الاستهلاك المقدمة للأشخاص[1]، فتحل شركة التأمين التي تدفع التعويض محل المؤمن له في الحقوق والدعاوى التي يملكها ضد مدينه(ضد مدين المؤمن له) فيعتبر اليوم تأمين الإعسار الصورة الأساسية لتأمين القرض[2].

2- تأمين الكفالة Assurance caution

وهو بدوره ينقسم إلى صورتين هما: تأمين الضمان الاحتياطي وتأمين الكفالة.

أ- تأمين الضمان الاحتياطي Assurance Aval

هذا النوع من التأمين الأكثر قدما لتأمين القرض حيث كان يلزم المؤمن بالتدخل حالا إذا لم يدفع المدين عند حلول أجل الاستحقاق، فيغطي المؤمن في هذا النوع من التأمين خطر عدم دفع الدين المحدد عند حلول أجل الاستحقاق وذلك مستقلا عن إعسار المدين، كما يعتبر تأمين الضمان الاحتياطي عقد ثاني، فهو المقدم على سفتجة من طرف البائع حيث يذكر اسمه، فيطلب ساحب السفتجة من المؤمن ضمان بدفع الورقة من طرف المسحوب عليه، هذا ما يسهل تداول الورقة التجارية[3].

ب- تأمين الكفالة Assurance caution

تأمين الكفالة هو نوع من التأمين يكتتب من طرف المدين ويُقدم كضمان للدائن، وعند بداية ظهور هذا التأمين ظهرت عدة مشاكل، حيث أنهم المؤمنون بأنهم تعدوا على الميدان البنكي كون الأمر يتعلق بعملية قرض، وبالتالي فهو من اختصاص البنوك وليس من اختصاص شركات التأمين.

لكن من أجل وضع حد لهذا النزاع فإن قرار التحكيم Renaudin قد فصل في الأمر، حيث توصل إلى أن تأمين الكفالة يختلف عن تأمين القرض، وهو كفالة حقيقية وبالتالي من اختصاص البنوك فقط.

وبعد دخول التوجيه الأوربي حيز التطبيق في 24 جويلية 1973 أصبح هذا التحكيم باطلا، لأنه أصبح يمكن لشركات التأمين المعتمدة ممارسة عملية تأمين الكفالة بكل حرية وهذا في كامل الدول الأوربية، فقد أعطى القانون رقم 89- 1014 الصادر في 31 ديسمبر 1989

---

[1]- فضيل نورة، المرجع السابق، ص 26.
[2]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص 99.
[3]- فضيل نورة، المرجع نفسه، ص 26.

تفسيرا للمادة 351 فقرة 4 من قانون التأمينـــــات التي تنص: " تحت تحفظ واحد والمتمثل في الإعلام المسبــق للوزير المكلف بالاقتصاد والماليـــة، بإمكـــان كل مؤسسة..... تأميــن أن تغطي.....الأخطار الكبرى....."، فذكرت المادة111 الفقرة السادسة منه أن من ضمن الأخطار الكبرى".....القرض والكفالة[1] ".

بينما في الجزائر - كما رأينا سابقا- فشركات التأمين العامـــة والخاصة منـها تمارس تأمين الكفالة، حيث تعتبر هذه الشركات فرع من فروع التأمين كغيرها من الفروع الأخـرى لــه، فهو مصنف ضمن عمليات التأمين حسب نص المادة 2 الفقرة الخامسة من المرسـوم التنفيذي رقــم 95-338 المتعلق بإعداد قائمة التأمين وحصرهـــا.

رابعا: الطبيعة القانونية لتأمين القرض

أثارت الطبيعة القانونية للتأمين على القرض جدلا كبيرا لدى الفقهاء، خصوصا بعدمـا استُثنيـت عمليـــات التأمين على القروض من طرف القانــون الفرنسي الصادر في 13 جويلية 1930 المنظم للتأمينات البرية في المادة الأولى الفقرة الرابعة باعتبارها ليست تأمينات حقيقيـة، ففي تقريره لغرفة النواب الخاصة بهذا القانون يوضح النائب Lafarge بهذا الخصوص[2]:" فيما يتعلــق بعمليـات التأمين على القرض التي تقترب أكثـــر من حقيقـــة التأمين، تبين خصائـص أصلية يصعب اعتبارها من الآن فصاعدا بأنها تأمينات، وخاصة بأن نطبق عليها الأحكام العامة الواردة في العنوان الأول بدون إضفاء تعديلات لأحكامها الخاصة[3] ".

أما باقي الفرنسيــون في تلك الحقبة يرون أن المؤمن هو وسيط للبنك فهو يعتبر الضامن بالنسبة لها ولا يمكن أن يكــون مؤمن، هذه الحجج كانت محل انتقاد من طرف السيدان Picard وBesson، اللذان اعترضا على أن تكون عملية التأمينات على القروض تأمينات حقيقية لأنها تغطي أخطار حقيقية، وكذلك حرية التعاقد يمكن أن تجرنا إلى بعض التجاوزات القانونية[4].

---

[1]- فضيل نورة، المرجع السابق، ص28.

[2] -Isabelle Vasseur, Jean Duvivier, Assurances terrestres, Assurance crédit caution, Responsabilité civile, édition du Juris-classeur, 1998, p3, n13.

2- « Quant aux opérations d'assurance crédit qui se rapprochent le plus de la véritable assurance, elles présentent des caractères si originaux qu'il serait difficile de les traiter des maintenant comme des assurances et notamment de leur appliquer les dispositions générales du titre 1er sans faire subir à ces dispositions de nombreux remaniements ».

[4]-Isabelle Vasseur, op.cit, p3, n14.

وفي الأخيـــر اتفق جميع الفقهاء على العموم أن عقد التأمين مؤهل ليكون كضمان لعمليات التأمين، فقدموا من أجل ذلك حجتين:

- البعض منهم ذكر بأن عمليات التأمين على القروض تمثـــل خاصة عملية التأمين مادام أنها مقدمة من طرف مؤسسة تأمين، وبالتالي تكون الأخطار مقيدة حسب التقنية الخاصة بالتأمين.
- والبعض الآخر يرى أن هذه العملية تكمن في ابراز خصائص عملية التأميـــن وهي: فائدة التأمين، الأخطار المؤمنة، ودفع منحة معادلة الأخطار[1].

كما أثار سكوت المشرع الجزائري في الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات عن تأميـن القرض عدة تساؤلات.

فاختلفت الآراء في تصنيف تأمين القرض، لكـن من خلال ذلـــك تم التوصل إلى تصنيفـه ضمن مختلف التصنيفات التأمينـية، فهناك من الفقه من ينفي اعتبار تأمين القرض على أنه عقد تأميني وإنما يعتبره مجرد نشاط من اختصاص المؤسسات الماليـة لا سيما البنوك، وحجتهم في ذلك أن المؤمن في تأمين القرض يدفع مبلغ التعويض عندما يتوقف المدين عن دفـع الديـن عند أجل الاستحقاق، فيرون بأنه يتنافى مع دفـع التعويض عند تحقق الكارثة وهـــو ما لا نجـــده في تأمين القرض، إضافة إلى أنه لو أدرج ضمـن قانون التأمينات لكان ذلك عائقا يحول دون تطور عمليات التأمين على القرض أمام تمييز قانون التأمينـات بقـواعده الآمرة التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف عكس التأمين على القرض التي تغطي أخطـار وهمية لا وجود لها[2].

بينما هنـــاك فريق ثان يعتبر تأمين القرض عقدا تأمينيا كبقية عقود التأمين الأخرى، لأنه يتميز بنفس خصائصها وأركانهـــا، وحججهم في ذلك أن فكرة الخطر التي اعتمـد عليها الفريق الأول لم تتحقق فلم يُصيبـوا في تصورهم، وأيضا لو أخضعنا تأمين القرض للمبادئ العامـــة الموجودة في القانون المدني لوفرنا إمكانية وقوع تعســف من طرف شركات التأمين، وبالتالي كان من الأجـــدر إدراجه في إطار قانـــون التأمينات حماية للمؤمن لهم من التعسف المحتمـل.

1- Isabelle Vasseur,op.cit, p4, n17 .

2- فضيل نورة، المرجع السابق، ص ص 21-22.

من خلال هذين الرأيين نجد أن تأمين القرض عقـد وعملية تأمينية من اختصاص شركـة التأمين يحتوي على جانبين، الأول فني والذي يتمثل في قيـام شركة التأميـن بصفتهـا المؤمن بتغطية الخطر الذي يتعرض له المؤمن له والمتمثل في عـدم الدفع المدين لديونه نتيجة إعساره، والثاني جانب قانوني والذي يتمثل في العلاقـات التعاقدية بين شركة التأمين والمؤمن له مكتتب وثيقة التأميـن، وبالتالي يعد تأمين القرض اتفاقيـة ما بين المؤمن(شركة التأمين) و المؤمن له (مكتتب التأمين) وهذا الأخير يكون غالبا مؤسسة تجارية أو صناعية.

الفرع الثاني
تطبيقات تأمين القرض

لتأمين القرض تطبيقـات في المجال البنكي، وهـذا نظرا لمخاطر عدم الدفع، فهناك مـن تمارسه شركات تأمين عادية عامـة كتأميـن القرض الاستهلاكي، وهنـاك من تمارسه شركات تأمين متخصصة كتأمين القرض الاستثماري، وتأمين القرض العقاري.

أولا: تأمين القرض الموجه للاستهلاك

عند منح البنوك القروض الاستهلاكية[1] يمكن أن تتعرض هذه القروض لمخاطر عدم الدفـع بسبب إعسار المقترضين، ولحماية نفسها من هذه المخاطر تلجأ البنوك لاكتتاب تأميـن القرض لدى شركة التأمين، وفي هذا المجال نشير بأنه لحد الآن في الجزائر لم تنشأ هيئة متخصصة في هذا المجال لكن تقوم به شركة التأمين الموجودة حاليا، أي تلك التي تقوم بعمليات التأمين بصفـة عامة، فيبرم هذا العقد بين المؤمن والبنك[2] وذلك لتغطية خطر إعسـار المقترض أو إفلاسه عـن طريق حكم الإفلاس أو التسوية القضائية.

فيرتب هذا العقـد على عاتق كـل من الطرفين التزامـات كالتالي:

[1]- القرض الاستهلاكي هو القرض المقدم للأفراد لتمويل احتياجاتهم الاستهلاكية، وقد انتشرت هذه الوسيلة نتيجة المجتمع الاستهلاكي وانخفاض القدرة الشرائية نتيجة انخفاض الدخل الفردي وعجزه عن مواجهة الاحتياجات المتزايدة للاستهلاك، وعادة ما يطلب البنك مقابل هذه القروض سعر فائدة مرتفع لأن درجة المخاطرة فيها أكبر.

[2]- أنظر نموذج عقد تأمين قرض الاستهلاك بين البنك وشركة التأمين، في الملحق رقم4.

ففيما يخص البنك كطرف فإنـه يلتزم بأن يصرح للمؤمن في نهاية كل شهر عن القيمة الإجمالية للقروض التي منحها في الشهـر السابق، ويكون للمؤمن حق مراقبة صحة التصريحات المقدمة، وحق الإطـــلاع على الوثائـــق التي تثبـــت ذلك، كما يجب على البنك أن يتخذ كل الإجراءات الضرورية للحفـــــاظ على حقوقـــه، فيلتزم بدفـــع القسط مقابـــل التعويض الـــذي يتناســـب مـــع مـــدة القرض.

بينما بالنسبة للمؤمن فهـــو يلتزم بدفع التعويض الذي يقـدر بنسبة 80% من قيمة القرض الممنوح والجزء الباقي يبقى إلزاميا على عاتق البنك.

ثانيا: تأمين القرض الاستثماري

من أجل ضمان الخسائر الناجمة عن دفع الديون الناتجة عن إعسار المؤسسة المستفيدة من القرض الخاص بالاستثمار، أنشئت شركة تقدم ضمانها للبنوك في هذا المجال تسمى بشركـــــة تأمين وضمان قروض الاستثمار[1] (C.A.G.C.I) Compagnie d'assurance et de garantie du crédit à l'investissement، فيمنـــح هذا الضمان بواسطة عقـد بين البنك والمؤمن حيـث تقـــدم شركة التأميـــن وضمـــان القرض للاستثمـــــار[2] ضمانها لعمليـــات قـروض الاستثمـــار الممنوحة للمؤسسات المصغرة والمتوسطة وذلـــك بواسطة عقد التأميـن الذي يربط الشركة بمؤسسة القرض، حيـث تحمي هـذه الأخيرة من خطر ضياع دين البنك من طرف المدين[3].

فيما يخص طبيعة العمليات المضمونة من طرف شركة تأمين وضمان قروض الاستثـمـار هي قروض الاستثمار، قروض الاستغلال المصاحبة لقروض الاستثمـار المضمونة من قـبل، قروض المساهمة، وحتى قروض الإيجار(المنقول والعقار).

---

[1]- تساهم هذه الشركة في التنمية الوطنية عن طريق تقديمها ضمانات للقروض الممنوحة للمؤسسات المصغرة والمتوسطة، فأنشأت شركة التأمين وضمان القرض للاستثمار بمبادرة من السلطات العمومية والمجموعة البنكية بموجب القرار رقم 17 الصادر في 9نوفمبر 1998 طبقا لأحكام القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، وكذلك تنظم بأحكام القانون التجاري، فهي شركة ذات أسهم تحوز رأسمال قدره 2.000.000.000دج.

[2]- أنظر نموذج لعقد التأمين للاستثمار في الملحق رقم 5.

[3]- فضيل نورة، المرجع السابق، ص 51.

ويرتب هذا العقد التزامـــات على عاتق كل من البنك والمؤمن، ففيما يخص البنك فيلتـزم بإعلام المؤمن شهريا بكل القروض الممنوحة للاستثمار، كما يلتزم مقابل التعويض الذي يقدمـه المؤمن بدفع القسط الذي تحسب قيمة القرض المضمون وتوقف البنـــك عن دفع الأقساط يؤدي إلى إيقاف الضمان وذلك بعد إعذار يرسله المؤمن له، بعد عشرة أيام من إيقـاف الضمان تقوم شركة التأمين C.A.G.C.I بفسخ عقد التأمين مع الاحتفاظ بالأقساط التي تـــم دفعها[1]، أيضا عند وقوع الحادث المؤمن منه(إعسار المقترض) يجب على البنك إعلام المؤمن خلال شهرين مـن يوم علمه بذلك، ويكون ذلك عند عدم احترام المقترض لشـــروط عقد القرض كأن يتأخـــر في إرجاع القرض الذي يُثبت عن طريق عدم الدفـــع خلال 6أشهر من مطالبته بذلك أو في حالـــة إفلاس المقترض.

بينما بالنسبة للمؤمن C.A.G.C.I. بعد تلقيـــه للحادث يلتزم بتغطيته وهذا من خلال التعويض الذي يقدمه للبنك، كما تختلف نسبة التغطية فيمـــا إذا كانت القروض قد تمت دراستها من طرف

المؤمن أم أن دراستهـــا فوضت للبنك، ففي الحالة الأولى يقدر التعويض باتفاق البنك والمؤمن C.A.G.C.I ويكـــون في حدود 50% إلى 70% من قيمة القرض الممنوح، بينمـــا في الحالة الثانية فتقـــدر نسبة التغطية ب50% والباقي يبقى على عاتـــق البنك.

ثالثا: تأمين القرض العقاري[2]

تأميـن القرض العقـــاري[3] يتمثـــل في ضمان المؤمـــن للمخـــاطر التي يتعرض لهـــا البنـك (خطر الإعســـار المؤقـــت والنهائي) للمقتـــرض وذلـــك في إطـــار القـروض التي يمنحهـــا، وهـــذه القروض كي تكـــون مضمونة من طرف شركة التأمين يجب أن تكـــون مخصصة لاكتساب أو تحديـــد أو بناء ذاتي من طرف الخواص لأملاك عقاريـــة وهذا وفقا لتسمـية الشركـة من خلال مجال تخصصها.

[1]- أمقران راضية، المرجع السابق، ص 102.

[2]- قبل أن نتطرق لتأمين القرض العقاري علينا معرفة أولا القرض العقاري، فهو القرض الذي يقدم للأفراد والمشروعات لتمويل العقارات كشراء الأراضي والمباني وإقامة المنشآت وعادة ما تكون طويلة الأجل قد لا تتعدى 15 سنة.

[3]- أنظر نموذج لعقد القرض العقاري في الملحق رقم 6.

فمن أجل السماح للمؤسسات المالية والبنوك المتدخلة في التمويل العقاري من حماية نفسها من مخاطر إعســـار المقترض أنشئت هيئـــة تسمى شركة ضمان القرض العقاري[1] SGCI Société du garantie du crédit immobilier من مهامها تقديم ضمانـات للإعتمادات أو القروض الممنوحـــة من طرف المؤسسات المالية المقترضة والموجـــه لامتلاك مـال عقاري لغرض السكن، وتسييـــر صندوق الضمان المتكون من حصص المؤسسات الماليـــة، وحتى معالجة كل عمليـــات الإقراض الموجه للمؤطرين العقاريين، وعموما كل العمليات المالية التي ترتبط بالشركة، وأيضا حتى قروض الخواص الذي قد يكون بسيطا بحيث تغطي شركة التأمين المؤمن له أي البنك ضد خطـــر الإعسار النهائي للمقـــترض، كما قد يكـون شاملا فهو يغطي إضافة على الضمان البسيط تسوية الاستحقاقات من طرف المقترض المدين.

فيسري هـــذا العقد ويرتب أثره ابتداء من تاريخ تبليـغ المؤمن للبنك بمنح ضمانه، ويسري هذا الضمان طيلة مـــدة القرض الممنوح، كمـــا يرتب هذا العقد التزامات على عاتـــق كل من المؤمن له(البنك) والمؤمن.

فبالنسبة للبنك يلتـــزم بأن يصرح عند اكتتاب عقد التأمين بكـل المعلومات اللازمة للسماح للمؤمن بتحديـد المخاطر التي يأخذهـــا على عاتقه، وفي حال إثبـــات المؤمن لوجود إغفـــال أو تصريح كاذب من طرف البنك بشـــأن تحديد قيمـة القرض المضمون، فإن المبلغ المضمون يخفض بحسب قيمة القرض.

كذلك يدفـــع البنك القسط خلال 15 يوما من تاريـــخ موافقة المؤمـــن على منح الضمان، فيختلف القسط حسب مـــدة القرض الممنوح وما إذا كانت التغطيـة جزئية أو شاملة، كما يلتزم بإعلام المؤمن عند وقوع الحادث(عدم الدفع) خلال 7أيام من تاريخ العلم به.

بينما بالنسبـــة للمؤمن فيلتزم بدفع التعويض عند وقـــوع الحادث المؤمن منـه في الآجال المحددة، ففي حالة عدم دفع المقترض القرض في الآجال المحددة يقوم البنك بالمطالبـة القانونية له خلال 60 يوما.

[1]- تأسست شركة ضمان القرض العقاري بتاريخ 5أكتوبر1997 برأسمال قدره1.000.000.000دج، باشرت عملها بصفة رسمية يوم 1جويلية 1998 وتم اعتمادها بتاريخ 28 ماي 1999 بموجب قرار رقم22 صادر عن وزارة المالية من أجـــل ممارسة عمليات تأمين القرض، وهي مؤسسة عمومية اقتصادية ذات أسهم.

خاتمـــــــة

نظرا لمـــا تعرفه الممارسات العمليـــة من سبـــاق نحو المزيـــد من الضمان، هذا الأخير الذي ازدادت الحـــاجة الماسة إليه في الوقت الحاضر، إذ أن الدائن لا يمنح ائتمانه إلا للمديـــــن الموثوق فيـــه، ولا شـــك في أن هذه الثقـــة تتبـــع بشكـــل رئيسي مما يقدمـــه المدين للدائـــن من ضمانات تكفـــل له الوفاء بحقه، إذ أن فكـــرة الضمانات هي فكـــرة حية ومتطورة ممـــا أدى إلى تنوع كبير في الوسائـــل والأدوات المستعملـــة في سبيـــل تحقيـــق الوظيفـــة الاقتصادية المبتغـــاة من وراء الضمـــان.

أدت التطورات الحديثـــة إلى أن الدائنيـــن أصبحـــوا في بحث مستمـــر على المزيد من التأمينات، بل أن هذه الأخيـــرة تتعـــدد بمناسبـــة عملية واحدة، وهذا السباق نحو المزيد مـــن الضمان يحمـــل في طياتـــه دلالـــة على ظهـــور عجـــز في وسائل التأمين التقليدية المختلفة، فمنها الكفالـــة الشخصيـــة التي تعد أهم صور التأمينات الشخصية الكلاسيكية، فهي انضمـــام ذمة إلى ذمة مالية أخرى في ضمان تنفيـــذ الالتزام، أي هي العقد الذي يكفل بمقتضاه شخـــص تنفيذ التـــزام فيتعهد للدائـــن بأن يفي بهـــذا الالتـــزام إذا لم يف بـــه المدين نفسه.

كذلك الضمان الاحتياطي الذي يعـــد من بيـــن التأمينـــات الشخصيـــة لضمـــان الديـــون، فهـــو يخص الأوراق التجاريـــة فالضمـــان الاحتياطـــي هـــو كفالـــة الديـــن الثابـــت في السفتجـــة، إذا هـــو تعهـــد صرفـــي من جانـــب الغيـــر بدفـــع قيمـــة الورقـــة التجاريـــة فـــي ميعـــاد الاستحقـــاق عوضا عـــن المديـــن المعين بالصـــك، والغالب أن يكـــون الضامـــن الاحتياطي بنكـــا أو شخصا معروفـــا بيساره.

إضافـــة إلى التضامـــن السلبي بيـــن المدينيـــن، الذي فيـــه يتعـــدد المدينـــون بالتـــزام واحـــد قابل للانقسام حيث يصبح للدائن نتيجة هذا التضامـــن أكثر من ضمان شخصي يستطيـــع أن يرجع على أي منهـــا لاستيفاء حقه كامـــلا، فبه يمكن الحصول على الائتمان اللازم ويتفادى الدائن خطر إعســـار أحد المدينين فيلقي به على المدينين المتضامنيـــن، لكن هذه التأمينـــات

ليست كافية في وقتنـــا الحاضر نظرا لخطـورة المعامـلات الحديثـة وضمان كل الديـون المتعددة والمختلفة.

فبالرغم من العجـز الذي لاقتـه وسائـل التأمين التقليديـة نظرا لتعقيد إجراءاتهـا وعدم مسايرتها للتطور الاقتصادي وكـون ذمة المديـن دائما في تغير مستمر إما إيجابيا أو سلبيـا، خاصة وأن التأمينـات الشخصية تقـوم على عنصر أخلاقي، وبالتالي ظهور تأمينات حديثـة ناتجـة عن الممارسـة نظرا للتطور الاقتصادي الواسع ووجوب توفير أكثر حماية لضمـان الديـون.

فمنه الضمانات الشخصية المشتقة من الكفالة نجد خطاب الضمان الذي يعد تقنيـة حديثـة للتخفيف من شدة وصرامة التأمينات الشخصية، فهو تعهـد مكتوب يصدر من بنـك بنـاء على طلب عميل له، ومضمون هـذا التعهد هو التزام البنك تجـاه شخص آخر هو المستفيد من هذا الخطاب بـدفع مبلـغ معين إذا طلب منه ذلك هذا الأخير خلال مـدة صلاحية خطاب الضمان، إذن هي أحـد صور الضمان المصرفي التي أنشأهـا العرف التجـاري كبديل للتأمين النقـدي، إضافة إلى ذلك هنـاك الضمانات المستقلـة التي ابتكرتها الحريـة التعاقديـة فهي تستجيب إلى حاجات اقتصادية مشروعـة وتخضع للمبدأ العام في حرية التعاقـد المتمثلة في الضمان بمجرد الطلـب.

كما أنه نظرا للحاجة الماسـة إلى الضمان، ظهرت تأمينات حديثـة وهي الضمانات القائمة على تقنية التأمين التي تجد فعاليتها في مجـال البنوك، فهي تعتبر علاجـا لمخاطر القروض، فيمكـن حصر هذا النوع من الضمان أولا في التأمين ضد مخاطر الوفاة والعجز الذي نظمـه المشرع الجزائري في مـواد من الأمر المتعلق بالتأمينات 95-07 كما صنفـه في المرسـوم التنفيذي رقم 95- 338 الذي يتعلـق بإعداد قائمة عمليات التأمين وحصرها وغيرهـا مـن القوانيـن، فتشترط البنوك عـادة على المقترض عند منحهـا للقرض اكتتاب عقد تأميـن على الحيـاة للوقاية مـن خطـر الوفاة أو العجـز، وثانيـا في التأميـن ضد مخاطر الإعسـار أي تأمين القرض.

لكن رغـــم توافرهـــا فإن تأمين القرض لا يشكـــل بالنسبـــة للبنك تأميـن لكـــل المخاطـر ولا يسمـــح بالتأكـــد من تغطيـــة كل قيمـــة القروض الممنوحـــة[1]، لذلـــك فإنـــه رغم توافـر هذه التأمينات الشخصية إلا أن هنـــاك دائما نقائص وصعوبات مرتبطـــة بـــــه، لذا فغالبـــا مـا يتـم اللجوء للتأمينات العينية التي ترد على الأموال Les biens فتعطي للدائـــن حق عينيا تبعيا على مال أو عـــدة أموال مملوكة للمدين أو لشخص آخر.

1-Michel Matieu, L'exploitant bancaire et le risque crédit, Revue banque éditeur, 1995, p259. « L'assurance crédit ne constitue donc pas pour la banque- une assurance tout risque- lui permettant d'avoir la certitude de recouvrer le montant de ses crédit ».

ملاحـــــق

قائمـــة المراجـــع

أولا: المراجع باللغة العربية

1- الكتـــــب:

- **أبو زيد رضوان**، الأوراق التجاريـــة، الكتـاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنـــة نشـــر.

- **أحمد شرف الدين**، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة 3، طبعة نادي القضاة، عين شمس، 1991.

- **أحمد محمد محرز**، السندات التجارية، الكمبيالـــة، السند الإذني، الشيك، اتفاقية الأمم المتحدة للكمبيالات والسندات الإذنية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

- **أكرم يا ملكي**، الأوراق التجاريـــة وفقا لاتفاقيـــة جنيف الموحـــدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمّان، 1999.

- **أنور سلطان**، أحكام الالتـــزام، الموجـز في النظرية العامـــــة للالتـــزام، دراسـة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.

- **جديدي معـراج**، مدخل لدراسة قانـــون التأمين الجزائري، ديـــوان المطبوعـــات الجامعية، الجزائر، 1999.

- **جلال محمد إبراهيـــم**، التأمين دراسة مقارنـــــة بين القانون المصري والقانونيـــن الكويتي والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

- **حســـن علي الذنـــون، محمد سعيد الرحـو**، الوجيـــز في النظريـــة العامـــة للالتـــزام، أحكـــام الالتـزام، دراســـة مقارنـة، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، عمّان، 2004.

- **راشد راشد**، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- **رمضان أبو السعـــود، همام محمد محمود زهران**، التأمينـــات الشخصية والعينيـــة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- **زاهية سي يوسف**، عقد الكفالة، الطبعة 3، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر،2004.
- **زكي محمود جمال الديـــن**، التأمينات الشخصيـــة والعينيـــة، الطبعة الثالثـة، مطابع الشعب، القاهرة، 1979.
- **سمير عبد السيد تناغو**، التأمينـــات الشخصيـــة والعينيـــة، الكفالـــة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة المعارف،الإسكندرية،1996.
- **صبحي عرب**، محاضرات في القانون التجاري، الأسناد التجارية، الشيـــك، السفتجـــة، السند لأمر، سنـــد المؤمن، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة، بدون دار نشر، الجزائر،2000.
- **عاطف محمد الفقي**، الأوراق التجـــارية وفقا لأحكام قانـــون التجارة الجديـــد رقم 17 لسنة 1999، الكمبيالة والسند لأمر، الجزائر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- **عبد الحميد الشواربي**، الأوراق التجارية ، الكمبيالة، السند لأمر، الشيك، وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة1999 في ضوء الفقه والقضاء والتشريع مع نماذج من العقود والدعاوى التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديـد، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1958.
- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانـــون المدنـي، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1970.
- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، العقـــد، الجزء1 ، المجلـــد الأول،دار النهضة العربية، بيروت، 1981.
- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديـــد، المجلد الثاني، عقود الغرر وعقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2000.

- **عبد القادر العطير**، التأمين البري في التشريع الأردني، القواعد العامـــة والأحكام الخاصـــة بعقود: التأميـــن من المسؤولية ضد حوادث السيارات، التأمين على الحياة، التأمين من الحريق، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1995 .

- **عدنان إبراهيم السرحان**، شرح القانـون المدني، العقـود المسماة، المقاولة، الوكالة، الكفالـة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2007.

- **عزيز العكيلي**، شرح القانون التجاري، الأوراق التجاريـــة وعمليـات البنوك، الجزء 2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2007.

- **عزت عبد القادر**، القانون التجاري، يتضمن شرح الأعمال التالية: عمليات البنوك، البيانات والعلامات التجارية، الدفاتر التجارية، بيع وإيجار المحل التجاري ورهنها، السجل التجاري، النسر الذهبي للطباعة، عابدين، 1997.

- **علي البارودي**، محمد فريد العريني،القانون التجاري، العقود التجارية وعمليـــات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

- **علي عادل مقدادي**، القانون التجـــاري، عمليات البنوك وفقا لقانون التجارة الأردني، المكتب الجامعي الحديث، مسقط، 2006.

- **محمد الصبري السعدي**، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2005.

- **محمد حسام محمود لطفي**، النظريـــة العامـــة للالتـــزام، دار الســلام، القاهرة، 2005.

- **محمد حسن قاسم**، محاضرات في عقـــد التأميـــن، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة نشر.

- **مرقس سليمان**، الوافي في شرح القانــون المدني، عقد الكفالة، الطبعة3، بدون دار نشر، مصر، 1994.

- **مصطفى أحمد عبد الجواد**، خطابات النوايـا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دراسة في الفقه والقضاء الفرنسي في ضـــوء المبادئ العامة للقانـــون الفرنسي والمصري والكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

- **مصطفى كمال طه**، أصول القانون التجاري، الأوراق التجاريـــة والإفلاس، الدار الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- **مصطفى كمال طه**، القانـــون التجاري، العقـود التجارية وعمليات البنوك، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- **مصطفى محمد الجمال**، أصول التأمين(عقد التأميـــن)، دراسة مقارنة للتشريع والقضاء في ضوء الأسس الفنيـــة للتأميـــن، منشـــورات الحلبي الحقوقيـــة، بيروت، 1999.
- **نادية فضيل**، الأوراق التجاريـــة في القـــانون الجزائري، دار هومـــة، الجزائر، 2004.
- **نبيـــل إبراهيم سعـــد**، النظـــرية العامـــة للالتـــزام، أحكـــام الالتزام، الجـــزء 2، دار المعرفـة الجامعيـة، الإسكندريـة، 1999.
- **نبيـــل إبراهيم سعـــد**، التأمينات الشخصية، التبعيـــة وغير التبعية، الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- **نبيل إبراهيم سعـــد**، الضمانات غيـر المسماة في القانـــون الخاص، وقانون الالتزامات وقانون الأمـــوال، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- **هاني دويـــدار**، الأوراق التجاريـــة والإفـلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

2- <u>الرسائـــل الجامعية</u>:

- **أمقران راضية**، ضمانات البنك في مجال الائتمان، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2000- 2001.
- **العاقب عيسى**، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على درجة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، نوفمبر 1986.
- **باقي وداد**، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2007- 2008.
- **بلول أعمر**، النظام القانوني لعمليات الائتمان المصرفي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2002-2003.

- **حوحو يمينة**، عقد التأمين على الحيـاة، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في الحقـــوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2003- 2004.
- **زيدات دليلة**، عقد التأمين على الحياة في القانون الجزائري، دراسة تحليلية مقارنة بين قانــون التأمينات الجزائري رقم 95-07 وقانـــون التأمينـــات الفرنسي، بحث لنيل شهادة الماجستير في فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.
- **سامية شرفة**، التوظيف الحديث لعقـــد القرض في الخدمات البنكيـــة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانـــون الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجستير تخصص شريعة وقانـــون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعـة الحاج لخضر بباتنة، 2006- 2007.
- **شاعة عبد القادر**، الاعتماد المستندي أداة دفع وقرض، دراسة الواقع في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلـــوم الاقتصادية فرع التحليـل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر،2005-2006.
- **شرابن حمزة**، الملكية كوسيلـــة لدعم الائتمان، رسالة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2007-2008.
- **فضيل نورة**، النظام القانوني للتأميـــن على القرض في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003-2004.

3- <u>المقـــــالات</u>:

- **جمال النكاس**، إصابات العمـــل وأمراض المهنـــة من التعويض إلى التأمين، مجلة القانون والاقتصاد للبحـــوث القانونية والاقتصادية، العدد 62، مطبعة جامعة القاهرة، 1995، ص ص 201-257.
- **سميحة القليوبي**، النظـــام القانوني لخطابـات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير، مجلة القانـــون والاقتصـاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان 1 و2، الشركة المصرية للطباعة والنشر، مصر، السنـــة 42، مارس- يونيو سنة 1972، ص ص1-128.

- **محمد باوني**، العمل المصرفي وحكمه الشرعي، بحث مقارنة في الفقه والقانون،القسم الثاني، العمل المصرفي وأقسامه، مجلة العلوم الإنسانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر،عدد 19 جوان 2003، ص ص 181-205.
- **مصطفى عبد السيد الجارحي**، مشكلات التأمين على حياة الغير، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 54، مطبعة جامعة القاهرة، 1986، ص ص 301-383.

4- <u>النصوص القانونية</u>:

- قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 15 صادرة في 12 مارس 2006.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد21 صادرة في 23 أبريل 2008.
- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78صادرة في 30سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- أمر رقم75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101 صادرة في 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.
- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد13 صادرة في 8 مارس 1995.
- أمر رقم 96-06 مؤرخ في 10يناير 1996 يتعلق بتأمين القرض عند التصدير، جريدة رسمية عدد3 صادرة في 14 يناير 1996.
- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52 صادرة في 27 غشت 2003.
- مرسوم تنفيذي 95- 338 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 يتعلق بإعداد قائمة عمليات التأمين وحصرها، جريدة رسمية عدد 65 صادرة في31 أكتوبر 1995.

ثانيا: المراجع بالغة الفرنسية

1- OUVRAGES:

- Claud-j.Berr, Hubert Groutel, Droit des assurances, Dalloz, Paris, 4éme édition, 1986.
- Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, sûretés – publicité foncière, tome3, 1er volume, édition Montchrestien, 3eme éditions, Paris.
- Jean Bastin, La défaillance de paiement et sa protection, L'assurance crédit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1991.
- Jean Bastin, La défaillance de paiement et sa protection, L'assurance crédit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2eme éditions, 1994.

2- PERIODIQUES:

- Deen Gibirila, Répertoire de droit commercial, Aval, Tome1, Encyclopédie juridique, Cahiers de l'actualité, 2eme éditions, Dalloz, Paris, 2004, pp1-19.
- Isabelle Vavasseur, Jean Duvivier, Assurances terrestres, Assurance crédit caution, Responsabilité civile, édition du Juris-classeur, 1998, pp1-17.
- Michel Matieu, L'exploitant bancaire et le risque crédit, Revue banque éditeur, 1995.
- M/ Storck, Contrats et obligations, Juris-classeur civil, Art 1120, fas7.2, paris, 1992.

- philippe Delecque, Répertoire de droit civil, Cautionnement, Tome3, Encyclopédie juridique, Cahiers de l'actualité, 2eme éditions, Dalloz, Paris, 2001, pp 1-45.

الفهـــــرس

مقدمة..... 1

الفصل الأول

التأمينات الشخصية التقليدية.....7

المبحث الأول: مصادر التأمينات الشخصية التقليدية وخصائصها.....8

المطلب الأول: مصدر نشوء التأمينات الشخصية التقليدية..... 9

الفرع الأول: مصدر نشوء الكفالة.....9

أولا: الاتفاق.....9

ثانيا: القانون.....16

ثالثا: القضاء.....16

الفرع الثاني: مصدر نشوء الضمان الاحتياطي.....17

الفرع الثالث مصدر نشوء التضامن السلبي بين المدينين.....22

أولا: الاتفاق مصدر للتضامن السلبي.....24

ثانيا: القانون مصدر للتضامن السلبي.....25

المطلب الثاني: خصائص التأمينات الشخصية التقليدية.....26

الفرع الأول:عقود ضمان شخصية.....26

الفرع الثاني:عقود رضائية.....27

الفرع الثالث: عقود تابعة للالتزام الأصلي.....31

الفرع الرابع: عقود ملزمة من جانب واحد.....32

الفرع الخامس: عقود تبرعية.....34

المبحث الثاني: آثار التأمينات الشخصية التقليدية وأسباب انقضائها..... 36

المطلب الأول: آثار التأمينات الشخصية التقليدية.....37

الفرع الأول: آثار الكفالة..... 37

أولا: علاقة الكفيل بالدائن.....37
ثانيا:علاقة الكفيل بالمدين.....38
1- دعاوى الكفيل التي يرجع بها على المدين.....38
2- رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين.....39
ثالثا: علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء.....39
الفرع الثالث: آثار الضمان الاحتياطي.....40
أولا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والحامل.....40
ثانيا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمدين المضمون.....41
ثالثا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والموقعين الآخرين.....42
الفرع الثالث: آثار التضامن السلبي بين المدينين.....43
أولا: علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين.....43
1- وحدة الدين.....43
أ- مطالبة أي مدين بكل الدين.....43
ب- الوفاء بالدين من طرف أحد المدينين يبرئ سائر المدينين.....44
ج- تمسك أي من المدينين المتضامنين بأوجه الدفع المشتركة بينهم.....44
2- تعدد الروابط.....45
أ- الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة.....45
ب- التمسك بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر.....45
ج- انقضاء رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقين.....46
3- النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.....46
ثالثا: علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم.....48
1- انقسام الدين.....48
2- رجوع المدين الموفي على باقي المدينين.....49
المطلب الثاني: انقضاء التأمينات الشخصية التقليدية.....50
الفرع الأول: الانقضاء بصفة تبعية.....50

الفرع الثاني: الانقضاء بصفة أصلية.....**51**

الفصل الثاني

التأمينات الشخصية الحديثة.....55

المبحث الأول: الضمانات الشخصية المشتقة من الكفالة.....**56**
المطلب الأول: خطابات الضمان.....**57**
الفرع الأول: مفهوم خطاب الضمان.....**58**
أولا: تعريف خطاب الضمان.....**58**
ثانيا: صور خطابات الضمان.....**59**
1- خطابات الضمان التي لا تتضمن التزام قانوني.....**59**
2- خطابات الضمان المتضمنة التزام قانوني بفعل **59**
3- خطابات الضمان التي تشكل كفالات حقيقية.....**61**
الفرع الثاني: النظام القانوني لخطابات الضمان.....**63**
المطلب الثاني: الضمانات المستقلة.....**65**
الفرع الأول: مفهوم الضمان بمجرد الطلب.....**65**
الفرع الثاني: تمييز الضمان بمجرد الطلب عن الكفالة.....**67**
المبحث الثاني: الضمانات الشخصية القائمة على تقنية التأمين.....**68**
المطلب الأول: التأمين ضد مخاطر الوفاة والعجز.....**69**
الفرع الأول: المخاطر المغطاة بواسطة التأمين ضد مخاطر الوفاة والعجز.....**71**
أولا: حالة الوفاة.....**71**
1- صور التأمين في حالة الوفاة.....**71**
أ- التأمين المؤقت.....**71**
ب- التأمين العمري.....**72**
ج- التأمين على البقاء.....**72**
2- الوفاة الطبيعية والحكمية.....**72**
3- الحالات التي لا يؤمن عنها.....**73**

ثانيا: حالة الإصابة بعجز كلي دائم.....**74**
الفرع الثاني: التزامات كل من المؤمن له والمؤمن.....**76**
المطلب الثاني: التأمين ضد مخاطر الإعسار(تأمين القرض).....**78**
الفرع الأول: مفهوم تأمين القرض.....**80**
أولا: تعريف تأمين القرض.....**80**
1- التعريف اللغوي للقرض.....**80**
2- التعريف الاقتصادي للقرض.....**80**
3- تعريف القرض في الاصطلاح القانوني.....**80**
ثانيا: تمييز تأمين القرض عن الكفالة.....**84**
ثالثا: صور تأمين القرض.....**84**
1- تأمين الإعسار.....**84**
2- تأمين الكفالة.....**85**
أ- تأمين الضمان الاحتياطي.....**85**
ب- تأمين الكفالة.....**85**
رابعا: الطبيعة القانونية لتأمين القرض.....**86**
الفرع الثاني: تطبيقات تأمين القرض.....**88**
أولا: تأمين القرض الموجه للاستهلاك.....**88**
ثانيا: تأمين القرض الاستثماري.....**89**
ثالثا: تأمين القرض العقاري.....**90**
خاتمة.....**92**
ملاحق.....**95**
قائمة المراجع.....**96**
فهرس.....**104**