

Israa University - Palestine
Deanship of Postgraduate Studies
Faculty of Law
Master of Law



جامعة الإسرائ - فلسطين
عمادة الدراسات العليا
كلية القانون
ماجستير - القانون

الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية

دراسة تحليلية مقارنة

Precautionary guarantee in commercial papers

Analytical Comparative Study

إعداد الباحث

مروان عوني فهمي بارود

إشراف

د. رامي علي وشاح

أستاذ مساعد

عميد كلية الحقوق في جامعة الأزهر بغزة

قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون بكلية القانون في

جامعة الإسرائ - فلسطين

1446هـ_2025م

Israa University - Palestine
Deanship of Postgraduate Studies
Faculty of Law
Master of Law



جامعة الإسرائ – فلسطين
عمادة الدراسات العليا
كلية القانون
ماجستير – القانون

الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية

دراسة تحليلية مقارنة

Precautionary guarantee in commercial papers Analytical Comparative Study

إعداد الباحث

مروان عوني فهمي بارود

إشراف

د. رامي علي وشاح

أستاذ مساعد

عميد كلية الحقوق في جامعة الأزهر بغزة

قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون بكلية القانون في

جامعة الإسرائ – فلسطين

1446هـ_2025م



إقرار الباحث

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة الموسومة بالعنوان:

باللغة العربية: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية دراسة تحليلية ومقارنة.

باللغة الانجليزية: Precautionary guarantee in commercial papers Analytical Comparative Study

أقر بأن ما ورد في هذه الرسالة هو نتاج علمي وجهدي الخاص باستثناء ما تم الإشارة إليه في متن الرسالة بعد تسجيلي لدرجة الماجستير في القانون وإن ما ورد فيها ككل أو جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى جامعة الإسراء، أو في أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى باستثناء الحالات التي تنص على خلاف ذلك بالإشارة أو بالإقرار.

I declare that this thesis has been composed solely by myself and it represents my own work which has been done after registration for the degree of Master in law and that it has not been submitted, in whole or in part, in any previous application for a degree at Israa or at any other institution, except where states otherwise by reference or acknowledgment, the work presented is entirely my own.

Student Name:

اسم الطالب: مروان عوني فهمي بارود

Signature :

التوقيع: 

Date

التاريخ: 2025-2-4م

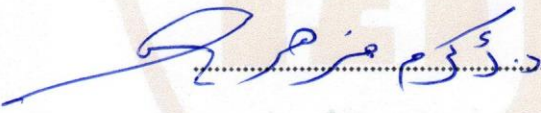
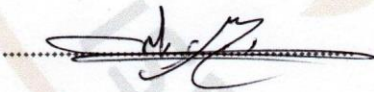
نتيجة الحكم على رسالة ماجستير

استناداً إلى موافقة عمادة الدراسات العليا بجامعة الإسرائاء - فلسطين على تشكيل لجنة الحكم على رسالة الباحث / مروان عوني فهي بارود لنيل درجة الماجستير في كلية/ القانون قسم/ القانون وموضوعها:

الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية
(دراسة تحليلية مقارنة)

Precautionary guarantee in commercial papers
(Analytical Comparative Study)

وبعد المناقشة التي تمت يوم الثلاثاء الموافق (5 شعبان 1446) الموافق (2025/02/04) الساعة الحادية عشر ظهراً في مقر/ برج الزمالك بمدينة دير البلح اجتمعت لجنة الحكم على الرسالة والمكونة من:

	مشرفاً ورئيساً	د. رامي علي وشاح
	مناقشاً داخلياً	د. أكرم صبيحي مزهر
	مناقشاً خارجياً	د. عدنان يوسف الحافي

وبعد المداولة توصي اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في كلية القانون قسم/ القانون واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله في عمله وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق والسداد

عميد الدراسات العليا

د. ناهض ذياب حجازي



{يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ}

صدق الله العظيم

الإهداء

إلى السند الذي دفعني لأصل إلى ما أطمح إليه...

إلى القلب الذي ينبض عطاء وتضحية إلى والدي العزيز أطل الله في عمره

إلى من سهرت من أجلي ليال كثيرة

إلى من زرعت في ثنانيا قلبي مزيد من الفرح بدعواتها الدائمة إلى أمي العزيزة متّعها الله بالصحة والعافية.

إلى عائلتي الكريمة التي ملأتني حبا وطموح أخواتي وإخواني الأفاضل ادامهم الله وجعلهم في أعلى المراتب والقمم

إلى شهداء ومصابي غزة الجريحة

إلى معلمي ومحاضري الأفاضل

إلى جميع الباحثين وكل طالب علم

إلى كل صاحب فضل على

إلى كل من دعا لي بالخير

موظفات وموظفي جامعة الاسراء

أهدي إليكم ثمرة جهدي

شكر وتقدير

قال تعالى ﴿وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ﴾ (لقمان آية: ١٢)

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه على ما أكرمني به ربي من إتمام هذه الدراسة التي أرجو من الله أن تنال رضاه. ثم أتوجه بالشكر وعظيم الامتنان إلى كل من:

الدكتور الفاضل/رامي علي وشاح ،،،، حفظه الله، لتفضله الكريم بالإشراف على

هذه الرسالة ولما قدمه لي من توجيهات ساعدت في إتمام هذه الدراسة.

والى محكمي ومناقشي الدراسة الكرام الدكتور/ عدنان الحافي والدكتور/ أكرم مزهر

فهرس المحتويات

الإهداء.....	ح
شكر وتقدير.....	خ
الملخص.....	ر
ABSTRACT.....	ز
فهرس المحتويات.....	د
الفصل الأول: الإطار العام للدراسة.....	١
المقدمة.....	١
مشكلة الدراسة وأسئلتها:.....	٢
أهداف البحث:.....	٣
منهج البحث:.....	٣
حدود الدراسة.....	٣
أهمية موضوع البحث وسبب اختياره.....	٣
تقسيم الدراسة.....	٤
الفصل الثاني: ماهية الضمان الاحتياطي وإنشائه.....	٥
المبحث الأول: مفهوم الضمان الاحتياطي وخصائصه.....	٦
المطلب الأول: تعريف الضمان الاحتياطي:.....	٦
المطلب الثاني: خصائص الضمان الاحتياطي.....	٨
الفرع الأول: الضمان الاحتياطي عقد تابع.....	٩
الفرع الثاني: الاستقلالية للضمان الاحتياطي.....	٩
المبحث الثاني: شروط الضمان الاحتياطي.....	١٠
المطلب الأول: الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي.....	١٠
الفرع الأول: الشروط الموضوعية الخاصة للضمان الاحتياطي.....	١١
الفرع الثاني: شروط الضمان الاحتياطي الموضوعية العامة.....	٢٢
المطلب الثاني: الشروط الشكلية في الضمان الاحتياطي.....	٤٢
الفرع الأول: الكتابة.....	٤٢

٤٤	الفرع الثاني: الصيغة.....
٤٦	الفرع الثالث: توقيع الضامن الاحتياطي.....
٤٨	الفصل الثالث: كيفية إعطاء الضمان الاحتياطي والآثار القانونية والطبيعية المترتبة عليه ...
٤٩	المبحث الأول: مكان الضمان الاحتياطي.....
٤٩	المطلب الأول: إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة.....
٥٥	المطلب الثاني: الوقت الذي يعطى فيه الضمان الاحتياطي.....
٥٥	الفرع الأول: إعطاء الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية.....
٥٧	الفرع الثاني: إعطاء الضمان الاحتياطي بعد ميعاد استحقاق الورقة التجارية.....
٥٩	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي.....
٦٠	الفرع الأول: الآثار القانونية للضمان الاحتياطي.....
٦١	الفرع الثاني: كيفية التمييز بين الضمان الاحتياطي وبين الانظمة القانونية المشابهة....
٦٨	الفرع الثالث: الأساس القانوني للضمان الاحتياطي.....
٧٤	المطلب الثاني: آثار الضمان الاحتياطي وانقضاؤه.....
٧٥	الفرع الأول: آثار الضمان الاحتياطي.....
٨٢	الفرع الثاني: انقضاء الضمان الاحتياطي.....
٨٨	الخاتمة.....
٨٩	النتائج:.....
٩٠	التوصيات:.....
٩١	قائمة المصادر والمراجع.....
٩١	أولاً: المصادر.....
٩١	القوانين الفلسطينية.....
٩٢	القوانين العربية.....
٩٢	القوانين الأجنبية.....
٩٢	ثانياً: المراجع.....
٩٢	المراجع باللغة العربية.....
120	المراجع باللغة الإنجليزية.....
٩٥	ثالثاً: الدراسات والأبحاث.....
٩٦	رابعاً: المواقع الإلكترونية.....

المخلص

تناولت هذه الدراسة بالبحث موضوع (الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية والتحليل والمقارنة بين، القانون الفلسطيني، القانون المصري، والقانون العراقي) باعتباره أحد الموضوعات الهامة المتعلقة بالأوراق التجارية.

وهدف الدراسة إلى تعريف ماهية الضمان الاحتياطي في القانون الفلسطيني، ومقارنتها مع تشريعات أخرى، مع بيان الشروط التي يقوم الضمان الاحتياطي عليها، مع بيان العلاقات التي تربط أطراف الضمان الاحتياطي، والالتزامات الواقعة عليهم.

وتمثلت اشكالية الدراسة هل الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية يحقق التوازن بين حماية حقوق حاملي هذه الأوراق وضمان استقرار المعاملات التجارية؟ وهل يتحقق الهدف من الضمان الاحتياطي إذا لم يقتنع الحامل بالضمانات الأصلية عند التزام الضامن التزاماً صرفياً.

واخيراً اختتم الباحث دراسته بالتطرق لمجموعة من الاستنتاجات والتوصيات التي ارتأها في نهاية الدراسة أهم نتائجها إن الغاية من الضمان الاحتياطي المساهمة في تعزيز الثقة بين الأطراف التجارية، مما يسهل إجراء المعاملات التجارية، ويوفر مستوى إضافياً من الأمان المالي لحاملي الأوراق التجارية، مما يقلل من الإشكاليات المرتبطة بعدم الوفاء، يمكن للضامن الاحتياطي أن يتمتع بحقوق خاصة تتعلق بالتزاماته، ولا يترتب على بطلان الالتزام المضمون بطلان التزام الضامن الاحتياطي.

وقد توصلت لمجموعة من التوصيات أهمها إدخال تعديلات تشريعية تسهم في توضيح وتعريف الضمان الاحتياطي بشكل أفضل، مما يسهل تطبيقه ويعزز من فعاليته في المعاملات التجارية المختلفة في ظل التغيرات الاقتصادية والقانونية المستمرة في العالم في الأعمال التجارية ومواكبة هذا التطور من قبل المشرع الفلسطيني. إدراج نصوص قانونية واضحة حول كيفية إثبات الضمان الاحتياطي (مثل توقيع خاص) معتمداً على نظام توقيعات رسمي أو مثل نظام التوقيع المستخدم في البنوك الفلسطينية، وضمان إمكانية تنفيذ الضمان بشكل سريع وفعال إذا دعت الحاجة.

الكلمات المفتاحية:

الضمان الاحتياطي، الأوراق التجارية، الكمبيالة، الضمان المالي، المدين المضمون.

Abstract

This study examined the topic (back-up security in commercial papers by analysis and comparison between Palestinian law, Egyptian law, and Iraqi law) as one of the important topics related to commercial papers.

The aim of the study was to define what is reserve security in Palestinian law and compare it with other legislation, indicating the conditions on which the reserve guarantee is based, as well as the relations between the parties to the reserve guarantee and their obligations.

The problem with the study was does the backup guarantee in commercial papers strike a balance between protecting holders' rights and ensuring the stability of business transactions? Is the objective of a stand-by guarantee achieved if the carrier is not satisfied with the original guarantees when the guarantor's obligation is strictly fulfilled.

Finally, the researcher concluded his study by addressing a set of conclusions and recommendations that he saw at the end of the study, the most important of which is that the purpose of the stand-by guarantee is to contribute to enhancing trust among the business parties. financial security", which facilitates business transactions, and provides an additional level of financial security for holders of commercial paperwork s obligations ", which reduces the problems associated with non-fulfilment, the reserve guarantor can enjoy special rights in relation to its obligations invalidity of the secured obligation does not result in nullity of the guarantor's contingent obligation.

A number of recommendations have been drawn up, the most important of which are legislative amendments that contribute to better clarifying and defining the safeguard, thus facilitating its application and enhancing its effectiveness in various business transactions in the light of the world's ongoing economic and legal changes in business and keeping pace with this development by the Palestinian legislature. Include clear legal texts on how to prove a reserve guarantee (such as a special signature) based on an official signature system or such as the signature system used in Palestinian banks, and ensure that the guarantee can be implemented quickly and effectively if needed.

In view of the ongoing economic and legal changes in the world in business and keeping pace with this development by the Palestinian legislature. Include clear legal texts on how to prove a reserve guarantee (such as a special signature) based on an official signature system or such as the signature system used in Palestinian banks, and ensure that the guarantee can be implemented quickly and effectively if needed.

Keywords:

Reserve Guarantee, Commercial papers, Bill of Exchange, Financial Guarantee,
Guaranteed Debtor.

الفصل الأول:

الإطار العام للدراسة

المقدمة

عندما دعت الحاجة الى استخدام الأوراق التجارية في المعاملات التجارية وغيرها من المعاملات المدنية نظم المشرع الفلسطيني كغيره من المشرعين الاوراق التجارية، اذ أن الاوراق التجارية تستمد أهميتها من كونها محررات مكتوبة قابلة للتداول بعد أجل قصير أو بعيد وبذلك فإن أهميتها كبيرة بالنسبة للاقتصاد كونها أداة وفاء وأداة ائتمان في نفس الوقت.

نظرا للأهمية التجارية والاقتصادية للأوراق التجارية فقد أولاها المشرع أهمية كبيرة فكان الهدف الأسمى الذي سعى القانون التجاري لتحقيقه هو تحقيق السرعة والائتمان وتسهيل المعاملات التجارية وذلك عن طريق زيادة ضمانات الدائن.

وبناء على الحاجة الماسة للأوراق التجارية في فلسطين فقد نظم قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) الأوراق التجارية كون أن معظم التجار لا يتعاملون بالسيولة النقدية فيما بينهم وتسهيلا عليهم فقد نشأت ما يسمى بالأوراق التجارية والمتمثلة في الكمبيالة والشيك والسند الإذني أو لحامله، إلا أن هذه الأوراق التجارية قد لا تكون كافية للضمان بالنسبة لحاملها فدأب حامل هذه الورقة في رحلة البحث عن ضمانات أخرى لتكفل حقه في تحصيل قيمة الورقة التجارية كونه لا يشعر بالاطمئنان تجاه قدرة المدين على الوفاء وقد ساعد القانون حامل الورقة التجارية في الحصول على هذه الضمانات من خلال قانون التجارة الفلسطيني الذي نظم الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، و قد تكون هذه الضمانات رهنا يسلمه اليه أو بمثابة كفالة شخصية وهذه الكفالة هي التي يطلق عليها الضمان الاحتياطي.

قد نظم قانون التجارة الفلسطيني وقانون التجارة المصري، وقانون التجارة العراقي الضمان الاحتياطي إلا أنهم لم يضعوا تعريفا للضمان الاحتياطي واكتفوا فقط بتنظيمه وترك الأمر للفقه، وبالرغم من اختلاف الآراء حول مفهوم الضمان الاحتياطي إلا أن مفهومه تبلور حول فكرة واحدة وهي أن الضمان الاحتياطي كفالة الدين الثابت في الورقة التجارية كله أو بعضه على أن يلتزم الضامن الاحتياطي بدفع قيمة السند في ميعاد الاستحقاق وفي حال عدم الوفاء من الملتزم المضمون^١.

وهنا يمكننا التساؤل ماذا يضيف الضمان الاحتياطي لحامله إذا لم يقتنع بالضمانات الأصلية؟

إن الضمان الاحتياطي حقق الثقة لحامل الورقة التجارية لما يترتب عليه من التزام الغير من دفع قيمة الورقة التجارية حين حلول موعد الاستحقاق.

^١ عبد القادر العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري الأوراق التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٨٠.

ويتشابه الضمان الاحتياطي بهذا الشكل - في كثير من الأحيان- مع كفالة الديون بوجه عام، وان ابتعد عنها بما يقرره للحامل في مواجهة الضمان الاحتياطي من حقوق، فضلا عن المركز القانوني الخاص لهذا الأخير، وقد يكون الضمان الاحتياطي سابقا في الظهور على التظهير حيث كان في البداية عن طريق كفالة عادية، وينشأ خارج قانون الصرف ثم جرى العرف بعد ذلك على توثيق هذا الضمان في الصك ذاته ، وهو الأمر الذي ابتعد بهذا الضمان عن الكفالة العادية ، ويبدو أن ذلك تم عندما بدأت تلعب الكمبيالة دور الائتمان بالإضافة الى أنها أداة صرف.

قد يوقع أكثر من شخص على (الكمبيالة) أو (الشيك)، ولكن رغم كثرة هذه التوقيعات قد لا يثق ولا يطمئن من ستؤول له هذه الورقة التجارية، في أنه سيحصل على قيمتها وقت استحقاقها، واستجابة لذلك يقوم أحد الأشخاص بالتوقيع على الورقة التجارية بصفته كفيلا لأحد الموقعين على الورقة ويسمى الضمان الاحتياطي.

والحقيقة أن الضمان الاحتياطي كثير الوقوع في الحياة العملية، بل إنه يعد من أهم الضمانات شيوعا وانتشارا في الوقت الحاضر، نظرا لكثرة تزايد نشاطات البنوك والشركات والمؤسسات، ولكثرة الاحتيايل وسلوك بعض المتعاملين في الحصول على المال، والتخلص من الالتزامات المالية الواجبة عليهم، فيلجأ كثير من المتعاملين بالأوراق التجارية من كمبيالات وشيكات وسندات إذنية سيما في الصفقات الكبيرة الى طلب ضمان احتياطي.

وقد حدد القانون شروطا يجب أن تتوافر في الضمان الاحتياطي لما يترتب عليه من اثار بين الضمان الاحتياطي وغيره من أطراف الورقة التجارية، فإذا قام أحد الموقعين بأداء قيمة (الكمبيالة) أو (الشيك) إلى حامله فإنه يستطيع الرجوع الى غيره من الموقعين أيضا يطالبه بأداء قيمة هذه الورقة.

والمشرع يفرض على الحامل الرجوع على المدين الصرفي أو المطالب بالوفاء أولا، ثم يقرر له الرجوع على من تكفل عن المدين الأصلي بالوفاء، أو على سائر ضامني الوفاء الآخرين أو على من تكفل عنهم بالوفاء. والثابت أن الكفلاء المتضامنين في عموم الأوراق التجارية هم الضامنون الاحتياطيون من جهة والقابلون بالتدخل من جهة أخرى، أما المدينون الأصليون ومنهم المسحوب عليه القابل أو الساحب في حالة عدم قبول المسحوب عليه في الكمبيالة وساحب الشيك، فهؤلاء هم ضامنوا الوفاء لحامل الكمبيالة والشيك.

مشكلة الدراسة وأسئلتها:

إلى أي مدى نجحت التشريعات التجارية المطبقة في قطاع غزة(فلسطين) ومصر والعراق في تنظيم الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية بما يحقق التوازن بين حماية حقوق حاملي هذه الأوراق وضمان استقرار المعاملات التجارية؟ وهل يتحقق الهدف من الضمان الاحتياطي إذا لم يقتنع الحامل بالضمانات الأصلية عند التزام الضامن التزاما صرفيا؟ وهذا يطرح العديد من الأسئلة وهي:

- هل يضيف الضمان الاحتياطي شيئاً لحامل الورقة التجارية او للمدين المضمون أو يعزز من قدرته المالية؟ وما دور الضمان الاحتياطي في تحقيق الائتمان التجاري؟
- ما الأثر المترتب في حال ورود توقيع الضامن الاحتياطي على ورقة خارجية؟
- هل يترتب على الضامن التزامات وحقوق أمام أشخاص الورقة التجارية بما فيهم الساحب والمستفيد والمسحوب عليه؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة مجتمعة تتطلب الوقوف على النصوص التشريعية، في ظل ندرة في المراجع البحثية التي تتناول موضوع الضمان الاحتياطي بصورة مفصلة وايضا ظروف عدوان الاحتلال الاسرائيلي الغاشم في قطاع غزة منذ عام وما يزيد، مما دفع الباحث لدراسته على وجه الخصوص في التشريع الفلسطيني، ومقارنته بكل من التشريع العراقي، والتشريع المصري.

أهداف البحث: يسعى الباحث من خلال هذه البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- ١- مدى كفاية المعالجة التشريعية للضمان الاحتياطي.
- ٢- بيان ماهية الضمان الاحتياطي في القوانين محل الدراسة.
- ٣- بيان الأركان والشروط التي يقوم عليها الضمان الاحتياطي.
- ٤- التعرف على العلاقات التي تربط أطراف الضمان الاحتياطي، الالتزامات التي تنشأ على عاتقهم.

منهج البحث:

لقد انتهج الباحث المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وذلك من خلال تحليل الأنظمة والتشريعات المتعلقة بالضمان الاحتياطي للتشريعات محل الدراسة، واتبع المنهج المقارن بين النصوص التشريعية في القانون التجاري الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) والقانون التجاري العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤)، والقانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩).

حدود الدراسة:

قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) المعمول به في قطاع غزة مقارنة مع قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤)، والقانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩).

أهمية موضوع البحث وسبب اختياره: تم تسليط الضوء على هذا الموضوع لعدة أسباب وهي:

- ١- أهمية موضوع الضمان الاحتياطي كالتزام صرفي في القوانين وعلى ضوء الممارسات القانونية، بحيث لم يحظَ هذا الموضوع بالدراسة الكافية والتطبيق السليم، إذ طغت عليه مجموعة من الالتزامات الأخرى

كالوفاء، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ففي ظل التطورات الحاصلة على الصعيد التشريعي والاقتصادي، والسرعة التي تنمو بها المعاملات بين الناس، بات إعطاء الاهتمام والدراسة لهذا الالتزام أمراً ضرورياً.

٢- إظهار أهمية الضمان الاحتياطي وترسيخه في الأوراق التجارية.

٣- العمل على تزويد الباحثين والمهتمين بالمعلومات العلمية المتعلقة بموضوع الضمان الاحتياطي، والتطبيق العملي السليم له.

تقسيم الدراسة:

لقد ارتأى الباحث تقسيم البحث إلى فصلين وخاتمة، بحيث يعرض من خلال:

الفصل الأول ماهية الضمان الاحتياطي وشروطه وذلك من خلال **مبحثين**: الأول تناول فيه مفهوم الضمان الاحتياطي وخصائصه، وتم تقديمه في **مطلبين**: الأول تناول تعريف الضمان الاحتياطي، والمطلب الثاني تناول خصائص الضمان الاحتياطي،

بينما تناول في المبحث الثاني شروط الضمان الاحتياطي، وتم تقديمه في **مطلبين**: الأول تناول الشروط الموضوعية،

وتم تقسيمه إلى **فرعين**: الأول تناول الشروط الموضوعية الخاصة، والثاني تناول الشروط الموضوعية العامة،

وتناول **المطلب الثاني**: الشروط الشكلية، وتم تقسيمه إلى ثلاثة فروع: الكتابة، الصيغة والتوقيع.

أما الفصل الثاني: فتناول كيفية إعطاء الضمان الاحتياطي والآثار المترتبة عليه، من خلال **مبحثين**،

المبحث الأول: مكان الضمان الاحتياطي وصيغته،

وتم تقديمه في **مطلبين**، **المطلب الأول** إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة، والمطلب الثاني: الوقت الذي يعطى فيه الضمان الاحتياطي،

وقد تناول **المبحث الثاني**: الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي والآثار المترتبة عليه من خلال **مطلبين**: **المطلب الأول**: الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي، وتم تقسيمه إلى ثلاثة فروع: العلاقة بين الضامن الاحتياطي وبين حامل والعلاقة بين الضامن الاحتياطي والمدين المضمون، والعلاقة بين الضامن الاحتياطي والملتزمين الآخرين،

وتناول **الباحث في المطلب الثاني** آثار الضمان الاحتياطي، وانقضاؤه، وتم تقسيمه إلى ثلاثة فروع: كيفية التمييز بين الضمان الاحتياطي وبين الانظمة القانونية المشابهة، الأثر القانوني للضمان الاحتياطي، والأساس القانوني للضمان الاحتياطي.

الفصل الثاني

ماهية الضمان الاحتياطي وإنشائه

الفصل الثاني

ماهية الضمان الاحتياطي وإنشائه

تقسيم وتمهيد:

إن التداولات المختلفة للورقة التجارية بين الأطراف ذات الصلة أوجد الحاجة للبحث عن ضمانات أكثر دقة، مما وجه الأنظار لاستخدام الضمان الاحتياطي كوسيلة موثوقة بين أطراف الورقة التجارية وللكشف عن ماهيته في الأوراق التجارية، سيقوم الباحث بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الضمان الاحتياطي وخصائصه

المبحث الثاني: شروط الضمان الاحتياطي

المبحث الأول

مفهوم الضمان الاحتياطي وخصائصه

تقسيم وتمهيد:

إن التعمق في مفهوم الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية ضمن هذه الدراسة البحثية يتطلب في بداية الأمر تقديماً لمفهومه اللغوي والاصطلاحي وخصائصه بشكل تفصيلي لبيان ماهيته كمصطلح قانوني متداول، لذلك سيقوم الباحث بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الضمان الاحتياطي

المطلب الثاني: خصائص الضمان الاحتياطي

المطلب الأول:

تعريف الضمان الاحتياطي

تعريف الضمان لغة هو: ضمن الشيء أي كفه، والمراد بكلمة كفل الشيء أي غرمه إياه أو إلزامه به، بما يقتضي إلزام صاحب الحق بالشيء، ويقال ضمن ضمناً وضماناً أي وجب عليه مسؤولية يلتزم بها المتعاقد الكفيل بالوفاء بما قد يقصر في الالتزام به^٢، بذلك يوجب الأحقية لصاحب الحق في طلب الشيء.

لقد انبثق الضمان الاحتياطي كمصطلح قانوني وفق رأي مختلف من الفقهاء الذين راح بعضهم إلى المعنى المجازي للكلمة، حيث رأى الفقه الفرنسي سافاري (savery) أن كلمة الضمان الاحتياطي والتي تعني

^٢ نقلاً عن زهرة إنشة: الضمان الاحتياطي في السفتجة، رسالة ماجستير، جامعة أحمد دراية أدرار، ٢٠١٥-٢٠١٦م، ص ٧.

باللغة الفرنسية (aval) مشتقة من كلمة (avaloir) بمعنى التزكية، إذ يتم تداولها بمعنى تزكية الورقة التجارية لمن تعرض عليه وهذا يلزم الذي قام بالتزكية بالوفاء ما لم يلتزم المدين بذلك، بينما رأى البعض أن الضمان الاحتياطي تعني الكفالة واستندوا في ذلك إلى أن كلمة (aval) مشتقة من الكلمة اللاتينية (vas) والتي تعني الكفيل رغم الاختلاف بين الكلمتين من الناحية اللفظية مما يجعل هذا الرأي بعيداً للتسليم به^٢، رأى البعض أن أصل الكلمة يرجع للغة العربية اسناداً لمعنى الحوالة بجانبها، حوالة الدين وحوالة الحق^٣. وهي بذلك جاءت تحويراً عن الكلمة (Avallo) التي تعني "التوقيع أسفل توقيع آخر".

ويعرف الضمان الاحتياطي اصطلاحياً على أنه: عبارة عن كفالة بمقتضاها يلتزم الكفيل (الضامن الاحتياطي) بضمان وفاء قيمة السند على وجه التضامن مع الشخص الذي جرى الضمان لحسابه^٤.

كفالة الدين الثابت في الورقة التجارية كله أو بعضه، على أن يلتزم الضامن الاحتياطي بالوفاء بقيمة الورقة في حال عدم الوفاء بها في ميعاد الاستحقاق^٥، وتقدم هذه الكفالة من طرف موقع على الورقة التجارية أو من الغير شريطة أن يكون أهلاً لذلك، بحيث يكون التوقيع على الورقة التجارية أو الورقة المتصلة به^٦.

وعرف آخرون الضمان الاحتياطي بأنه كفالة الدين الثابت في الورقة التجارية، وهذه الكفالة تنشأ بإرادة الضامن الذي يلتزم على وجه التضامن مع من ضمنه، بضمان قبول السند والوفاء بمبلغه متى امتنع المدين الأصلي عن الوفاء. والضمان الاحتياطي من ضمانات الوفاء الاتفاقية التي قد يطلبها الحامل إلى جانب الضمانات القانونية السابق بيانها التي أوجدتها نصوص قانون الصرف ذاتها^٧.

والضمان الاحتياطي قد يطلبه المستفيد الأول من الساحب عند تحرير السند، وقد يطلبه الحامل بعد تداول السند عن طريق التظهير. فقد يحرر السند ثم يتداول وهو غير مشتمل على توقيع أي ضامن احتياطي، ثم يطرأ على المركز المالي لأحد الملتزمين ما يثير الشك حوله فيطلب منه الحامل تقديم ضامن احتياطي^٨.

وقد نص قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) صراحة على حكم جواز الضمان الاحتياطي في المادة (٤٤٨)، والتي تنص على أنه: "١- يجوز الضمان لمبلغ السند كله أو بعضه من ضامن احتياطي، ٢- ويكون هذا الضامن من أي شخص آخر، ولو كان ممن وقعوا على السند"، وهذا ما جاءت به النصوص

^٣ حلو أبو حلو: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية - دراسة مقارنة، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة اليرموك، أربد، الأردن، ٢٠٠٥، ص ١٧.

^٤ آسيا قاسيمي: تحليل الضمانات في تقييم جدوى تقديم القروض في البنك حالة القرض الشعبي الجزائري، ماجستير في علوم التسيير، فرع مالية المؤسسة، جامعة أمحمد بوفرة بومرداس، ٢٠٠٩-٢٠٠٨، ص ١١٩.

^٥ فوزي محمد سامي: القانون التجاري الأردني، الجزء الثاني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٤، ص ١٩٥.

^٦ د. عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة: آثار الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية (دراسة في القانون الأردني)، جامعة تبوك كلية الشريعة والأنظمة، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، م ١٩، ع ١، جامعة عمان الاهلية، ٢٠١٦.

^٧ زهرة إبشة: الضمان الاحتياطي في السفينة، مرجع سابق، ص ١٠.

^٨ د. عبد العزيز العكيلي: شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٤٤.

^٩ د. محسن شفيق: الأوراق التجارية، الاسكندرية، دار المعارف، ١٩٥٤، ص ٢٢٧.

التشريعية الأخرى، حيث نصت المادة (٨٠) من القانون التجاري العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) على أنه: "يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كله أو بعضه من أي شخص ولو كان ممن وقعوا عليها". وكذلك نصت الفقرة الأولى والثانية في المادة (٤٨١) من القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) على أنه: "يجوز الضمان مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي، ويكون هذا الضمان من أي شخص، ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة"، وعلى أن يكون الضمان الاحتياطي قد قُدم بصيغة تظهريه، إذ تنص الفقرة الأولى والثانية في المادة (٤٤٩) من القانون التجاري الفلسطيني على أنه: "يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو على ورقة متصلة به، ويؤدى الضمان بعبارة "للضمان الاحتياطي" أو مقبول كضامن احتياطي" أو أية عبارة تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن".

وغالباً ما يجب توفر اليسار إذ يكون الضامن الاحتياطي إما شخصاً ميسوراً من الناحية المادية، أو بنك يقدم كفالة عن أحد الملتزمين^{١٠}.

ويقال ضماناً احتياطياً لكونه ضماناً يوثق الثقة بين الأطراف في حال بيان أن الضمانات المتاحة قانونياً غير كافية للطرف صاحب الحق، بحيث يلجأ إلى اختيار ضامن يلتزم بمسؤوليته بالوفاء بقيمة الورقة التجارية أو جزء من قيمتها بالاتفاق في حال عدم الوفاء بها في وقت استحقاقها شريطة أن يكون أهلاً لذلك، بينما تبقى الضمانات القانونية الأخرى ضمانات مصدرها القانون كالتضامن والقبول ومقابل الوفاء^{١١}.

ويمكن القول أنه يمكننا التسليم بما جاء به الفقهاء الألمان حيث رأوا أن الضمان الاحتياطي يعنى باللاتينية (avallo)، وذلك في إشارة للإمضاء أسفل الورقة التجارية، كما هو معمول به في الضمان الاحتياطي إذ يقوم الضامن الاحتياطي بالإمضاء أسفل المكفول عنه^{١٢}.

ويرى الباحث أنه يمكن تعريف الضمان الاحتياطي بأنه تعهد صرفي من شخص لضمان قبول الورقة التجارية أو الوفاء بها.

المطلب الثاني

خصائص الضمان الاحتياطي

إن الضمان الاحتياطي نظامٌ قانوني قائم على تعزيز الثقة ب الأوراق التجارية، ولغاية فهم كيفية تطبيق الضمان الاحتياطي بكامل التزاماته، وسيوضحها الباحث بعدة خصائص قانونية أشملها فيما يلي:

^{١٠} ابراهيم بن داود: الاسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، مدعماً بالاجتهاد القضائية وآخر التعديلات، دار الكتاب الحديث، بدون طبعة، سنة ٢٠١١، ص ٧١.

^{١١} المرجع السابق نفسه، ص ٧٢.

^{١٢} حلو أبو حلو: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٣.

الفرع الأول

الضمان الاحتياطي عقد تابع

إن الضمان الاحتياطي واحد من الضمانات ذات التبعية بحيث لا يمكن أن يكون قائماً دون وجود التزام أصلي، على أساس أنه اتفاق قائم على هدف وهو إضافة ملتزم جديد وهو الضامن الاحتياطي، بحيث يكون مسؤولاً عن ضمان الوفاء، أو القبول، أو عنهما جميعاً في ميعاد الاستحقاق ما لم يلتزم المدين بذلك^{١٣}، إذ يرتبط وجود الضمان الاحتياطي بوجود ورقة تجارية قائمة بحيث لا يكون مستقلاً بذاته عن التزام المدين الأصلي، إذ جاء في الفقرة الأولى في المادة (٤٤٩) من القانون التجاري الفلسطيني على أنه: "يكتب الضمان الاحتياطي أما على السند ذاته أو على ورقة متصلة به"، وهذا ما جاءت به النصوص التشريعية الأخرى، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (٨١) من القانون التجاري العراقي على أنه: "يكون الضمان بكتابة هذا اللفظ، أو بأية صيغة تفيد هذا المعنى على الحوالة ذاتها، أو على ورقة متصلة بها ويوقعه الضامن." وتتص الفقرة الأولى في المادة (٤١٩) من القانون التجاري المصري على أنه: "يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو على وصلة."

كما أن حمل الضمان الاحتياطي لخاصية التبعية يترتب عليها جعل مصير الضمان الاحتياطي مماثلاً لمصير الالتزام الأصلي، فالضامن الاحتياطي ملزم بكل ما يترتب على المدين المضمون، كما أنه إذا انقضى التزام المدين الأصلي لأي سبب من الأسباب، ينقضي معه التزام الضامن الاحتياطي أيضاً، ولكن لا يلزم الضامن الاحتياطي بالوفاء بقيمة الورقة التجارية إلا في حال لم يلتزم المدين المضمون بدفع الاستحقاق في وقته.

الفرع الثاني

الاستقلالية للضمان الاحتياطي

إن خاصية التبعية للضمان الاحتياطي لا تتعارض مع الاستقلالية ويبقى التزام الضامن الاحتياطي مستقلاً عن المدين المضمون إذا كان التزام الأخير باطلاً لأي سبب آخر غير أن يكون عيباً جوهرياً يؤثر على صحة الالتزام، كأن يرجع السبب إلى عيب شكلي، بحيث يبقى التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً في حال بطل التزام المدين المضمون لسبب ما كإعدام الأهلية أو نقصها أو لعدم مشروعية السبب، بينما يرتبط الضمان الاحتياطي بالتزام معين، إلا أن ذلك لا ينفي أن لكل من الضمان والالتزام الأصلي استقلالية قانونية، مما يعني أن الضمان الاحتياطي يبقى قائماً في حالة عدم تنفيذ الالتزام الأصلي أو حتى بدون مطالبة المدين الأصلي للوفاء بالدين.

^{١٣} زهرة إدشة: الضمان الاحتياطي في السفتجة، مرجع سابق، ص ١١.

إن الاستقلالية في الضمان الاحتياطي تدفع في اتجاه وجود توفير مزيد من الموثوقية في الوفاء ففي حال الضمانات المدرجة على الأوراق التجارية الدولية، حيث تتيح هذه الاستقلالية للضمان الاحتياطي أن ينفذ بشكل مستقل عن الالتزام الأصلي مما يوفر درجة أكبر من الأمان والضمانات للحامل أو المستفيد من الورقة التجارية، وبالتالي فإن ذلك يساعد على تعزيز الثقة في المعاملات التجارية الدولية ويشجع على إجراء المزيد من الصفقات التجارية، ولكن من الطبيعي في هذه الحالة أن تسلم الورقة التجارية للضامن الاحتياطي الموفي بالالتزام لكي يستوفي حقه من جميع من تربطهم علاقة صرفية في الورقة التجارية.

المبحث الثاني

شروط الضمان الاحتياطي

تمهيد وتقسيم:

يشترط لصحة الضمان الاحتياطي توافر مجموعة من الشروط الموضوعية، والشروط الشكلية، وهذه الشروط ضرورية لعقد الضمان الاحتياطي، إذ بدونها لا يمكن للضمان أن يقوم، ومن الناحية الموضوعية، أن الضمان الاحتياطي يتقل كاهل من يقدمه بالالتزام صرفي، فإنه يشترط لصحته أن أشخاص الضمان الاحتياطي هم العناصر الذين أوجدوا عقد الضمان، وبدون إرادتهم لا ينشأ الضمان الاحتياطي، ويجب أن تتوفر في أشخاص الضمان المؤهلات القانونية لتجعل منهم أشخاصاً قادرين على إنشاء عقد، كعقد الضمان الاحتياطي، لذلك سيقوم الباحث بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين: المطلب الأول: الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي، المطلب الثاني: الشروط الشكلية للضمان الاحتياطي.

المطلب الأول:

الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي

تمهيد وتقسيم:

تعتبر الشروط الموضوعية هي أساس أي تصرف قانوني وخاصة في العلاقات المتعلقة بالضمان الاحتياطي لأنها من أخطر العلاقات الناشئة بمقتضى (الكمبيالة) أو (الشيك) أو السند الإذني، وبالتالي فهذه الشروط الموضوعية نوعان الأولى خاصة تتمحور حول أطراف العلاقة بين أشخاص الورقة التجارية، والثانية الشروط الموضوعية عامة، وتتعلق أساساً بالأهلية والرضا، والمحل والسبب.

ويقسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين يتناول في المطلب الأول الشروط الموضوعية الخاصة للضمان الاحتياطي، وأما المطلب الثاني فهو الشروط الموضوعية العامة للضمان الاحتياطي.

الفرع الأول:

الشروط الموضوعية الخاصة للضمان الاحتياطي

سيتناول الباحث في هذا الفرع، معرفة الشخص الذي يحق له إعطاء الضمان الاحتياطي، وهو (الضامن)، وكذلك الشخص المكفول بالضمان الاحتياطي، وهو (المضمون)، وأيضا سوف يتطرق الباحث الى الشخص الذي يمنح له الضمان الاحتياطي، (الحامل الشرعي) للكمبيالات والشيكات.

أولاً: الشخص الذي يحق له إعطاء الضمان الاحتياطي (الضامن الاحتياطي).

إن الشخص الذي يحق له إعطاء الضمان الاحتياطي يسمى الضامن الاحتياطي، ويكون التزامه- دائماً- تجارياً حتى لو كان هذا الشخص غير تاجر، كما أن الضامن الاحتياطي لا يشترط أن يكون تاجراً أو مصرفاً، وإنما يجوز لأي شخص سواء كان هذا الشخص طبيعياً أم معنوياً أن يوقع على (الكمبيالة) أو (الشيك)، بوصفه ضامناً احتياطياً لأحد الموقعين أو أكثر^{١٤}.

والضامن الاحتياطي إما أن يكون من غير الملتزمين بالورقة التجارية، وأما أن يكون من الموقعين عليها، ولا يختلف في هذه الجزئية قانون التجارة العراقي وقانون التجارة المصري عن قانون التجارة الفلسطيني المطبق في قطاع غزة في جواز إعطاء الضمان الاحتياطي من قبل شخص ثالث أو من بين الموقعين على الورقة التجارية، فإنه يجوز أن يكون الضمان الاحتياطي من أحد الأشخاص المسؤولين عن دفع قيمة الورقة التجارية. وفي الحوالة التجارية (الكمبيالة) يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي حتى من المسحوب عليه وهذا ما نصت عليه المادة (٤٤٨) الفقرة الثانية من قانون التجارة الفلسطيني حيث نصت على أنه: "ويكون هذا الضمان من أي شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة شريطة أن يضيف توقيعه ضمناً إضافياً للكمبيالة"، وتقابلها المادة (٨٠) من قانون التجارة العراقي الحالي على أنه: "يجوز ضمان مبلغ الحوالة كله أو بعضه من أي شخص، ولو كان ممن وقعوا عليه"، وتقابلها المادة (٤١٨) من قانون التجارة المصري بقولها: "١- يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي. ٢- ويكون هذا الضمان من أي شخص، ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة".

ومن الامثلة التوضيحية لهذه الجزئية بأن يكون المسحوب عليه وقع بضمان عيني مخصص للحامل أو المستفيد أو ضمان مالي معلق على شرط الوفاء مثل حجز مبلغ مالي لتاريخ الوفاء لدى بنك أو مسحوب عليه مقتدر واطلاع الحامل والمستفيد على القدرة المالية للمسحوب عليه، وايضا ان يكون ضمان المسحوب عليه شخصياً او بموجب كفالات بنكية وهذا بمثابة احلال النقود محل الورقة التجارية ولكن يؤجل الدفع من المسحوب عليه لحين الأجل وهذا أفضل ضمان للوفاء بقيمة الورقة التجارية ولطمأنينة المستفيد وعدم الخوف من ضياع حقوقه.

^{١٤} موسوعة القضاء في المواد التجارية: إعداد عبد المعين لطفي جمعة، المؤسسة المصرية للتأليف والنشر، ١٩٨٦، ص ٣٣٧.

بحسب الأصل فلا بد وأن يكون الضامن الاحتياطي شخص غريب عن الكمبيالة، وعليه يجب أن يكون من غير الملتزمين بدفع قيمتها، وذلك حتى يضيف توقيعه ضمانا جديدا الى الكمبيالة ويدعم الثقة فيها، ومع ذلك أجاز المشرع أن يصدر الضامن الاحتياطي من أي شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة وكان أحد الملتزمين بموجبها، بشرط أن يضيف توقيعه ضمانا جديدا إلى الكمبيالة وإلا كان توقيعه غير ذي جدوى^{١٥} كضمان المظهر الثالث للمسحوب عليه أو للساحب أو للمظهر الأول أو الثاني ويجوز أن يرد الضامن الاحتياطي عن الساحب وعن أي موقع على الكمبيالة كالمسحوب عليه القابل والمظهر، وعن أي ملتزم بدفع قيمة الكمبيالة بشكل عام هذا ولا يوجد ما يمنع من تعدد الضامنين عن ملتزم واحد، بل على العكس في ذلك تقوية للهدف المنشود من هذا الضامن وهو تدعيم الثقة في الكمبيالة، وفي هذه الحالة يفترض تلقائيا التضامن بين هؤلاء الضامنين^{١٦}.

وفي (الشيخ) يجوز أن يقدم هذا الضامن من الغير عدا المسحوب عليه، كما يجوز تقديمه من أحد الموقعين على الشيخ شريطة أن يضيف توقيعه ضمانا إضافية للشيخ. وهذا ما نصت عليه المادة (٥٣٢) الفقرة الثانية من قانون التجارة الفلسطيني وقد وافق قانون التجارة الفلسطيني قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) الذي أجاز أيضا إعطاء الضامن من أي شخص عدا المسحوب عليه، حيث نصت المادة (١٥٤) في الفقرة الثانية على أنه: "يكون هذا الضامن من الغير عدا المسحوب عليه، كما يجوز أن يكون من أحد الموقعين على الشيخ".

وبنفس المعنى جاءت المادة (٥٠٠) في فقرتها الثانية أيضا من قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) بقولها "يجوز أن يقدم هذا الضامن من الغير عدا المسحوب عليه، كما يجوز تقديمه من أحد الموقعين على الشيخ".

يفهم من هذه النصوص، أن الضامن الاحتياطي يجوز أن يصدر من الغير، أي من شخص لم يقع على الشيخ، ولم يلتزم بدفع قيمتها من قبل، كما يجوز أن يصدر من أحد الموقعين عليها، والمقصود بذلك أحد الموقعين السابقين على الكمبيالة، وهذا الكلام ينطبق على الكمبيالة كذلك، لما يترتب على الضامن بهذه الحالة من تحسين مركز الحامل وزيادة ضماناته، وبناء على ما سبق فإن المسحوب عليه الحوالة التجارية كما تسمى في القانون العراقي وفي القانون الفلسطيني (الكمبيالة) يجوز له أن يكون ضامنا احتياطيا، أما في الصك كما يسمى في القانون العراقي وفي القانون الفلسطيني (الشيخ) لا يجوز له أن يكون ضامنا احتياطيا حسب المواد المذكورة أعلاه من قانون التجارة الفلسطيني وقانون التجارة العراقي وقانون التجارة المصري، والواقع أن عدم جواز توقيع المصرف (البنك) المسحوب عليه كضامن احتياطي أنه يتفق مع طبيعته بالتزامه-المصرف

^{١٥} نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٤٨) من قانون التجارة الفلسطيني على أنه: "٢- ويكون هذا الضامن من أي شخص ولو كان ممن وقعوا على الكمبيالة شريطة أن يضيف توقيعه ضمانا إضافيا للكمبيالة"

^{١٦} مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والافلاس، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(الشيك) - في الوفاء بقيمة (الشيك) اذ لا يستطيع ضمان توقيعه كونه هو المطلوب الأول^{١٧}. وعليه فإن المصرف (البنك) لا يجوز أن يعطي ضمانا احتياطيا، وذلك لأنه هو المدين الأصلي، فلا يستطيع ضمان توقيعه، لأنه هو المطلوب الأول.

إن الضامن الاحتياطي في هذه الحالة، قد أخذ مركزا قانونيا فيكون عليه الوفاء للحامل بقيمة (الكمبيالة) و (الشيك) بنفس الشروط التي تلزم المضمون، فيكون له من الدفع ما يكون للمضمون، كما أن الضامن اذا وفى للحامل فإنه يكون له الرجوع بما وفاه على المضمون، وعلى غيره من الملتزمين السابقين عليه، ولا يكون له الرجوع على الضامنين اللاحقين للمضمون، لأن هذا الأخير لا يجوز له الرجوع عليهم، فإذا لم يحدد الضامن الاحتياطي شخص المضمون يفترض أنه قد تدخل لضمان الساحب، حتى يستفيد من هذا الضامن جميع الموقعين على الحوالة التجارية (الكمبيالة) أو الصك (الشيك)، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٥١) الخاصة بالكمبيالة والمادة (٥٣٣) الخاصة بالشيك من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتهما الرابعة بقولهما: "يذكر في الضامن اسم المضمون، وإلا اعتبر الضامن حاصلاً للساحب".

وكذلك نصت عليه المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي الحالي في فقرتها الثالثة بقولها: "يذكر في الضامن اسم المضمون، وإلا اعتبر الضامن حاصلاً للساحب"، ونصت المادة (٤١٩) الخاصة بالكمبيالة والمادة (٥٠١) الخاصة بالشيك من قانون التجارة المصري الجديد في فقرتهما الرابعة بقولهما: "يذكر في الضامن اسم المضمون، والا اعتبر الضامن حاصلاً للساحب"، إلا أن قانون التجارة العراقي الحالي لا يوجد فيه نص في أحكام الشيك بهذا الخصوص، ولكن يستطيع الباحث أن يحيل الأحكام التي لم يرد فيها نص بالنسبة للشيك الى الأحكام الخاصة بالحوالة التجارية (الكمبيالة) بالاستناد الى المادة (١٣٧) من قانون التجارة العراقي، والتي نصت على أنه "تسري على الصك أحكام الحوالة بالقدر الذي لا تتعارض مع ماهيته". وبهذا فإن المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي الحالي السالفة الذكر الخاصة بأحكام (الكمبيالة) قد طبقت على الشيك.

وجدير بالذكر أن الضامن يجب أن يكون أهلاً للالتزام الصرفي، أي أهلاً لمباشرة التجارة، والا بطل الضامن الاحتياطي، وأضحى كفالة عادية إن توافرت شروطها وتطبق عليها القواعد العامة، وبما أن الالتزام الصرفي مستقل عن العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمضمون، فإن التزام الضامن يكون صحيحاً، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب، بشرط أن لا يكون هذا السبب متعلقاً بالشكل، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٢٥) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الأولى والثانية حيث جاء فيها: "١- يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون. ٢- ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

^{١٧} د. عصام حنفي محمود: الاحكام المستحدثة للشيك في قانون التجارة رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٩٧.

وهذا أيضا ما نصت عليه المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الأولى بقولها: "ويلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون، ويكون التزام الضامن صحيحا، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل". وكذلك ما نصت عليه المادة (٤٢٠) من قانون التجارة المصري في فقرتها الأولى بقولها: "ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

ثانيا: الشخص المضمون:

يقصد بالشخص المضمون الشخص الملتزم الذي يتدخل الضامن الاحتياطي لكفالته، ويقع الضمان الاحتياطي عن أي موقع على الورقة التجارية^{١٨} مهما كانت صفته، سواء كان الساحب أو المحرر أو المظهر أو المسحوب عليه، كذلك يجوز أن يحصل الضمان الاحتياطي عن الضامن الاحتياطي أو عن القابل بالتدخل ما دام كل منهما يلتزم بالوفاء بقيمة الورقة التجارية بمجرد التوقيع عليها، وتحديد الملتزم المضمون من الأهمية بمكان، في حين كان الضامن الاحتياطي في مركز مضمونه، فإن الوقوف على مدى الضمان الاحتياطي يستوجب أولا معرفة الملتزم المضمون، كذلك يكون للضامن الذي أوفى الحامل بقيمة الورقة الرجوع على الملتزم المضمون وعلى غيره من الملتزمين السابقين عليه الذين يضمنونه، وعلى المسحوب عليه القابل، في حين لا يكون له الرجوع على الملتزمين اللاحقين؛ لأن الملتزم المضمون يضمنه، ولا يجوز له الرجوع عليهم^{١٩}.

وقد أكد قانون التجارة الفلسطيني في المادة (٤٥١) في الفقرة الرابعة "يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب".

وقد جاء في القانوني العراقي الحالي في المادة (٨١) في الفقرة الثالثة التي نصت على أنه: "يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حصل لمصلحة الساحب"، وقد نص قانون التجارة المصري الجديد في مادته (٤١٩) الفقرة الرابعة بقولها: يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب^{٢٠}.

وبناء على ما سبق فإن الضمان الاحتياطي يعطى لمصلحة المسحوب عليه أو الساحب أو أحد المظهرين، وإذا كان الضمان مكتوبا على ظهر الورقة التجارية في مقابل توقيع أحد المظهرين، فإنه يمكن أن

^{١٨} د. مصطفى أحمد ذياب شويديح: الأوراق التجارية الكمبيالة - السند لأمر - الشيك في ضوء قانون التجارة الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، ٢٠١٨، ص ١٦٠.

^{١٩} د. عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي: الأوراق التجارية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠، ص ٢٨٤.

^{٢٠} وقد نصت على المعنى نفسه المادة (٢٨٤ ف/٣) من قانون التجارة السوري رقم (٣٣) لسنة (٢٠٠٧)، والمادة (٤٥٠) من قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة (١٩٨٠) في فقرتها الثالثة والمادة (١٣٠) من قانون التجارة الفرنسي في فقرتها السادسة، وعلى أنه "يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب".

يعتبر هذا الضمان محتمل وجوده لحساب هذا المظهر الذي منحه الضامن ضمانه على انه لا يجوز التوقيع على ظهر الكمبيالة إذا كان لصالح الساحب أو المسحوب عليه^{٢١}،

وهنا يأتي التساؤل في حالة تم التوقيع على الورقة التجارية دون ذكر اسم الشخص المضمون فإن الضمان يعد حاصلًا لمصلحة الساحب، فهل هذه القرينة لا يمكن إثبات عكسها؟ وهذا السؤال يثير مصلحة عملية مهمة فيما يتعلق بالورقة المسحوبة سواء كانت (كمبيالة) أو (شيك) ، بواسطة الساحب والموقعة من قبل ضامن احتياطي يتدخل لكفالة توقيع المسحوب عليه القابل ولمعرفة الصيغة المعقودة لهذه القرينة، ويجب القول بأن المستفيد الذي يحمل الورقة التجارية لا يمكنه أن يكتشف النية الحقيقية لمأنح الضمان إلا بعد أن يلاحقه صرفيا في حالة إفلاس المسحوب عليه، وهذا الكلام ينقلنا إلى القبول بفكرة أن الورقة التجارية مستقلة بذاتها، ولهذا الاعتبار يكون الالتزام بتوضيح قيمة الضمان واسم الشخص المضمون والقواعد الأخرى التي يجب أن تكون محددة على متن الورقة التجارية، هنا يجب أن تكون موجهة تجاه احتمالات التداخل الذي يتوافق مع القواعد العامة للكفالة، فمجرد تحديد الضمان أو الكفالة ، دون أي إشارة إلى المدين المضمون لا يشكل ابتداء بيئة تدلنا على وجود الكفالة ممنوحة لشخص غير الساحب، ولكن إذا كان الضمان ممنوحا بورقة مستقلة، فإنه يجب تحديد الشخص المضمون (غير الساحب). وإنه يعتبر تجاريا في مختلف الظروف، ولكن إذا كان الضمان معطيا بورقة مستقلة تشمل الإشارة إليه، فإن هذه الكفالة تشكل الإثبات القانوني والارتباط بين الأطراف.

ويثبت من نصوص القانون بأن إغفال ذكر اسم المضمون في صيغة الضمان يؤدي إلى تفسير الضمان بأنه حاصل لمصلحة الساحب، وهذه قرينة قطعية لا يمكن إثبات عكسها، هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بدوائرها المجتمعة بتاريخ ٨/مارس/ ١٩٦٠ أكدت فيه اتجاه الدائرة التجارية لذات المحكمة من اعتبار توقيع الضامن الاحتياطي، دون تحديد شخص المضمون توقيعًا للساحب، ولا يجوز إثبات عكس ذلك"، وأسست حكمها على أن المادة (١٣٠) في فقرتها السادسة من القانون التجاري الفرنسي^{٢٢}، والتي تقابل المادة (٤٥١) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الرابعة وتقابل المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الثالثة، والمادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري في فقرتها الرابعة لا تضع قاعدة تقبل إثبات العكس وإنما تلزم الضامن الاحتياطي بتحديد شخص المضمون، وأنه يعد محددًا بالساحب في حالة عدم التحديد.

والمضمون هو الشخص الذي ينشأ الضمان الاحتياطي لأجله والذي يمكن أن يكون في نفس الوقت أحد الملتزمين بالورقة التجارية، هو الشخص المضمون، والضمان الاحتياطي لا يختصر على شخص معين في الورقة التجارية، وإنما يشمل كل الأشخاص الملتزمين في الورقة التجارية كالساحب أو المحرر والمسحوب عليه القابل والمظهر، وكذلك يجوز أن يكون القابل بالتدخل، وذلك لأنهما من الملتزمين بدفع قيمة الورقة

^{٢١} د. سميحة القليوبي: الأوراق التجارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، م ٣٣١.

^{٢٢} حلو أبو حلو: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق

التجارية بمجرد توقيعهما عليها. وأن للشخص المضمون أهمية خاصة، حيث إنه يلتزم معه الضامن الاحتياطي على وجه التضامن بالوفاء إذا لم توجد هناك شروط بخلاف ذلك، وقد نصت على ذلك المادة (٤٥٢) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الأولى على أنه "يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون" وكذلك نصت المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي الحالي بقولها: "أولاً- يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون....." وكذلك تقابلها المادة (٤٢٠) من قانون التجارة المصري في فقرتها الأولى بقولها: "يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي يلتزم بها المضمون".

وإذا حدد الضامن الاحتياطي الشخص المضمون بعبارة الضمان الاحتياطي كأن يقول: "إن هذا الضمان حاصل لفلان" أو أي عبارة تفيد المعنى، وبذلك فإن تحديد الشخص المضمون يكون سهلاً، وذلك لأن الشخص المضمون يكون نفسه الشخص الذي حدده الضامن الاحتياطي بعبارة الضمان.

أما في الأحوال التي لم يحدد فيها الضامن الاحتياطي الشخص المضمون، فإن الضمان يكون حاصلًا لمصلحة الساحب كما ذكر الباحث سابقاً، وعليه فإن الضامن يكون ضامناً لجميع الملتزمين بالورقة التجارية، وذلك لأن الساحب يكون مسؤولاً تجاه جميع الموقعين على الورقة التجارية الذين يأتون بعده، أما الضمان للحامل لمصلحة المسحوب عليه غير القابل، فإنه يدخل في مجال ضمان الديون المستقبلية للشخص المضمون، ولكن المضمون لا يكون ملتزماً بالوفاء وقت حصول الضمان إذا كان من المتوقع أن يصبح مديناً بعد ذلك، وعليه فيجوز أن يحصل الضمان الاحتياطي لمصلحة المسحوب عليه غير القابل لأنه سيصبح مديناً بقيمة الورقة لتجارية بعد حصول القبول منه، وبذلك يجب تحديد المبلغ المراد ضمانه والمدة التي تسري فيها الكفالة، وأن الكفيل في هذه الحالة يستطيع أن يرجع عن كفالته في أي وقت شاء مادام الدين لم ينشأ بعد وإذا نشأ الدين قبل أن يرجع الكفيل عن كفالته أصبحت الكفالة نافذة ويمتنع عن الكفيل الرجوع عن كفالته بعد، إن الضمان الاحتياطي الذي ينشأ عن المسحوب عليه غير القابل يعتبر من قبيل الديون المستقبلية، وفي هذه الحالة لا يجوز للضامن للرجوع عن كفالته؛ لأن المبلغ الذي تم الضمان عليه تحددت بالقيمة الثابتة في الورقة التجارية، وأن مدة الكفالة هي المدة التي يلتزم فيها المسحوب عليه بالالتزام للصرف في المذكور في الورقة التجارية^{٢٣}.

ومثل هذا الضمان المعطى لمصلحة المسحوب عليه غير القابل يكون معلقاً على شرط واقف، وإن هذا الشرط، هو نشوء الالتزام الأصلي في ذمة المسحوب عليه غير القابل فإذا لم ينشأ الالتزام اعتبر الضمان كأن لم يكن تطبيقاً لرجعية أثر الشرط^{٢٤}.

بالنسبة للقانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) فقد أجاز الضمان الاحتياطي عن المسحوب عليه غير القابل للحالة التجارية (الكمبيالة)، وتوقعاً لقبوله حيث جاء في المادة (٩٠٢) في الفقرة الأولى على

^{٢٣} د. علي حسن يونس: الأوراق التجارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧١، ص ٢٢٩.

^{٢٤} د. مصطفى كمال طه: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٧٧.

أنه "يجوز أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقتة".

وكذلك نص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) قد أجاز أيضا ذلك حيث ان المادة (١٠٠٩) تجيز الكفالة في الدين المستقبل إذ نصت في فقرتها الثانية على أنه: " ويجوز أن تكون الكفالة منجزة أو معلقة على شرط أو مضافا إلى زمن مستقبل". وكذلك نصت المادة (٧٧٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) في فقرتها الأولى بقولها: "يجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي".

وبذلك نلاحظ أن القانون المصري أجاز الكفالة في الدين المستقبل، على أن التزام الضامن الاحتياطي في هذا الفرض يكون معلقا على شرط واقف هو نشأة الالتزام الأصلي في ذمة المضمون، فإذا لم ينشأ الالتزام الأصلي اعتبر الضمان الاحتياطي كأن لم يكن، تطبيقاً لرجعية أثر الشرط، وإذا كان الضامن الاحتياطي لم يعين في هذا الفرض مدة للضمان، كان له في أي وقت أن يرجع فيه مادام التزم المضمون لم ينشأ ويشترط أن يحدد مقدما المبلغ المكفول.

لذلك استوجبت المادة (٤٥١) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الرابعة والمادة (٨١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الثالثة المادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري في فقرتها الرابعة أن يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب استفاد منه الملتزمين في الورقة التجارية ويمكن أن يرد عن بعض الملتزمين أو عن جميع الملتزمين فيها.

كذلك قد يتعلق الضمان الاحتياطي بالديون المستقبلية إذا تدخل الضامن لكفالة الديون التي يلتزم بها شخص معين في المستقبل، وهو الفرض الذي لا يكون فيه المضمون ملتزما بالوفاء وقت حصول الضمان، إذا كان من المتوقع أن يصبح مدينا بعد ذلك، وتطبيقا لذلك يجوز أن يرد الضمان الاحتياطي عن المسحوب عليه غير القابل على اعتبار أنه سوف يقبل أن يكون مدينا بالوفاء بقيمة الورقة التجارية بمجرد القبول، ومن المقرر أن كفالة الديون المستقبلية تستوجب تحديد المبلغ المكفول، والمدة التي تسري فيها الكفالة^{٢٥}، ويعطى الضمان الاحتياطي للمسحوب عليه غير القابل على وجه الاحتياط، وذلك لأنه بعدم قبوله الورقة التجارية يكون قد خرج من أن يعد من الملتزمين بها، ولا مجال لتطبيق قاعدة استقلال التوقيعات^{٢٦}.

ويجوز أن يكون الضمان الاحتياطي لمصلحة المسحوب عليه غير القابل، وأن مثل هذا الضمان يكون موقوفا لحين حصول القبول من قبل المسحوب عليه، وعندها يكون الضمان نافذا على الضامن الاحتياطي، وفي هذه الحالة يجب أن تكون قيمة الورقة التجارية محددة.

^{٢٥} انظر المادة (١٠٠٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٧٧٨) من القانون المدني المصري السالفان الذكر.

^{٢٦} أنطوان شماس: شرح قانون التجارة البرية في النفليس والنقلاص، بغداد، نشر سنة ١٩٢٢، ص ٣٣٣.

أما بخصوص الضامن الاحتياطي في أن يكون مضمونا، فهناك اختلاف فقهي بهذا الضمان، فالبعض قال بعدم جواز ذلك مستندا بذلك على الصفة التبعية التي تلزم الضامن الاحتياطي، والبعض الآخر أجاز مثل هذا الضمان، ولم يجر كلاً من قانون التجارة الفلسطيني والعراقي و المصري الجديد أن يكون الضامن الاحتياطي مضموناً^{٢٧}.

إذ يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي لمصلحة الضامن الاحتياطي، وذلك استناداً لجواز كفالة الكفيل في القانون المدني، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٢١) من القانون المدني الفلسطيني بقولها: "تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل"، وقد جاء في المادة (١٠٣٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) بقولها: "الكفيل الذي يكفل الكفيل للدائن يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً للكفيل وفي علاقته بالكفيل، كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة له". وجاء في المادة (٧٩٧) من القانون المدني المصري بقولها: "تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرد على كفيل الكفيل قبل رجوعه إلى الكفيل؛ إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل".

ومن خلال الدراسة السابقة للشخص المضمون يمكن أن يحدد الباحث الأشخاص الذين يمكن ضمانهم، وهم:

- ١- **الساحب:** وذلك من أجل أن يجد مستفيداً للورقة التجارية.
- ٢- **أحد المظهرين في الورقة التجارية:** وذلك من أجل أن يجد شخصاً يقبل تظهير الورقة التجارية إليه.
- ٣- **المسحوب عليه القابل:** وذلك إذا كان حامل الورقة التجارية غير وأثق من ملاءته.
- ٤- **المسحوب عليه غير القابل:** وفي هذه الحالة فإن الضمان الاحتياطي يتوقف على شرط واقف، وهو قبول المسحوب عليه.
- ٥- **ضامن احتياطي آخر.**
- ٦- **القابل بالتدخل.**

ثالثاً: الشخص الذي يمنح له الضمان الاحتياطي (الحامل الشرعي)

لقد ألزمت المادة (٤١٠) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها السادسة أن يذكر اسم الحامل الشرعي (المستفيد) حيث جاء في نص المادة المذكورة ما يلي "اسم من يجب الوفاء له أو لأمره (المستفيد)". وكذلك ألزمت المادة (٤٠) من قانون التجارة العراقي في فقرتها السادسة، والتي تقابلها المادة (٣٧٩) من قانون

^{٢٧} أنطوان شماس: شرح قانون التجارة البرية في التفليس والتفالس - مرجع سابق.

التجارة المصري في فقرتها السادسة - كذلك- بأن يكون أحد البيانات الإلزامية في إنشاء الورقة التجارية، هو اسم الحامل الشرعي (المستفيد)، حيث نصت على أنه "اسم من يجب الأداء إليه أو لأمره (المستفيد)"^{٢٨}.

وهذا يؤكد وجود طرف ثالث في الورقة التجارية إلى جانب الساحب والمسحوب عليه يمثل علاقة المديونية بين الساحب والحامل الشرعي، فالورقة التجارية لا تسحب عشوائياً، وإنما تسحب وفاء لدين بين الساحب والمستفيد، والغالب أن المستفيد هو شخص غير الساحب، وقد يكون الساحب نفسه هو المستفيد في الحالة التي يكون فيها الساحب غير متأكد من قبول المسحوب عليه، فيسحبها لنفسه، وقد أجازت ذلك المادة (٤١٢) من قانون التجارة الفلسطيني حيث جاء في بندها الأول "يجوز سحب الكمبيالة لأمر الساحب" وقد اختلفت هذه المادة مع المادة (٤٢) من قانون التجارة العراقي الحالي، مع المادة (٣٨١) من قانون التجارة المصري الجديد حيث أجازوا أن يسحبها الساحب لأمره عندما يصعب عليه تعيين المستفيد في الورقة التجارية، وتكون في ظروف خاصة تجعله يسرع في إنشاء الورقة التجارية؛ حتى يتمكن من حصول قبول المسحوب عليه عندما يخشى عدول المسحوب عليه عن القبول.

ويجب أن يذكر اسم المستفيد بصورة واضحة، فإذا كان شخصاً طبيعياً ذكر اسمه الكامل، وإذا كان شخصاً معنوياً، كأن يكون شركة تضامن ينبغي ذكر عنوانها التجاري، وإذا كان شركة مساهمة ذكر اسمها التجاري، أما إذا كان المستفيد مؤسسة، فينبغي ذكر اسمها بوضوح، ولم يحدد موضع معين لذكر اسم المستفيد، فيمكن أن يكون في موضع بين البيانات الإلزامية كأن يقال: "ادفعوا للسيد مروان عوني بارود هذه الكمبيالة مبلغاً قدره ١٠٠٠٠٠٠ مائة ألف دينار أردني"، ولا مانع من أن يكون هناك عدة مستفيدين في الورقة التجارية، أو أن ترد الكمبيالة بصيغة الجمع، فمثلاً يقال: "ادفعوا لفلان وفلان" أو بصيغة التخيير "ادفعوا لفلان أو فلان"، ففي الحالة الأولى تكون المطالبة من قبل المستفيدين مجتمعين، أما في الحالة الثانية، فإن أي من المستفيدين يستطيع أن يقبض قيمة الورقة التجارية الكمبيالة^{٢٩}.

وفي علاقة الحامل الشرعي بالضامن الاحتياطي، فإن الضامن ينشأ من الاتفاق بين الضامن والحامل، أي عن طريق عقد بين الضامن الاحتياطي والحامل للورقة التجارية. وذلك بأن يطلب الحامل من الشخص المضمون تقديم ضامن احتياطي حتى يقبل أن تظهر إليه الورقة التجارية أو حتى يستلمها، والضامن الاحتياطي يحصل عادة عن أحد الملتزمين بالورقة التجارية، فإذا كان الضامن عن الساحب، فإنه يكون لمصلحة المستفيد الأول والحملة اللاحقين له، وإذا كان الضامن عن أحد المظهرين، فإن الضامن يكون لمظهر له والحملة اللاحقين له، أما إذا كان الضامن عن المسحوب عليه القابل، فإنه يكون لمصلحة الحامل، وكل المظهرين الذين يحق لهم الرجوع على المسحوب عليه. وأن المستفيد الذي اشترط الضامن يختلف عن الشخص الذي انتقلت إليه الورقة التجارية فيما بعد، ففي حالة رجوع المستفيد الذي اشترط الضامن على الضامن الاحتياطي، فإن لهذا الأخير مواجهته بالدفع التي تكون للمضمون، بالإضافة إلى الدفع الشخصية، أما حالة الشخص

^{٢٩} د. أكرم ياملكي: القانون التجاري (الأوراق التجارية)، ط ٢، بغداد، ١٩٧٨، ص ٤٣.

الذي انتقلت إليه الورقة التجارية بالتظهير، فالأصل إن التظهير يطهر الورقة التجارية من الدفع، أي أنه لا يجوز للمظهر أو ضامنه الاحتياطي أن يدفع في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع التي تكون له الاحتجاج بها في مواجهة المظهر إليه^{٣٠}.

بحسب الأصل فلا بد وأن يكون الضامن الاحتياطي شخص غريب عن الكمبيالة، أي من غير الملتزمين بالورقة التجارية، وذلك حتى يضيف توقيعه ضمانا جديدا الى الكمبيالة ويدعم الثقة بها، ويزيد الضمانات التي يعتمد عليها الحامل في الحصول على قيمة الورقة التجارية ومع ذلك اجاز المشرع ان يصدر الضمان الاحتياطي من أي شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة وكان أحد الملتزمين بموجبها^{٣١}، بشرط أن يضيف توقيعه ضمانا جديدا إلى الكمبيالة والا كان توقعه غير ذي جدوى^{٣٢}، كضمان المظهر الثالث للمسحوب عليه أو للساحب أو للمظهر الأول أو الثاني ويجوز أن يرد الضمان الاحتياطي عن الساحب وعن اي موقع على الكمبيالة كالمسحوب عليه القابل والمظهر، وعن أي ملتزم بدفع قيمة الكمبيالة بشكل عام هذا ولا يوجد ما يمنع من تعدد الضامين عن ملتزم واحد، بالعكس في ذلك تقوية للهدف المنشود من هذا الضمان وهو تدعيم الثقة في الكمبيالة، وفي هذه الحالة يفترض تلقائيا التضامن بين هؤلاء الضامين^{٣٣}.

وهنا نلاحظ أن جواز الضمان من أحد الملتزمين بالورقة التجارية مرتبط بزيادة الضمانات، ويستفيد الحامل من ضمان الساحب إذا كان هو الضامن الاحتياطي في حالة قبول المسحوب عليه كونه يصبح المدين الأصلي بالالتزام، وذلك لأنه هو المدين الأصلي بقيمة الورقة التجارية، وإذا وقع أحد الأشخاص على الورقة التجارية باعتباره ضامنا، وكان قد وقع سابقا باعتباره مظهرا، فإن توقيعه كضامن احتياطي لا يصح إلا بقدر ما يستفيد الحامل منه، وبذلك فإنه يجوز أن يكون أحد المظهرين ضامنا احتياطيا إذا كان في توقيعه فائدة للحامل.

وفي الحالة التي يرضى فيها الحامل ان يكون المظهر ضامنا للساحب أو المسحوب عليه القابل، إن الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية يكون قد وفر للحامل ميزة عدم الاحتجاج عليه، وذلك لأنه يسقط حقه في الرجوع لإهماله^{٣٤}.

ويستطيع الضامن الاحتياطي أن يحدد ضمانه بحامل واحد دون الحاملين الآخرين، وذلك بشرط ليس لأمر، والذي يستطيع أن يمنع الساحب أو المظهر من أن تظهير الورقة التجارية في الحالة التي يقيد فيها

^{٣٠} وقد ذكر د. عثمان التكروري في كتابه الوجيز في مبادئ القانون التجاري، ط٢، ٢٠١٧، ص ٣٧٣ والذي ذكر في بخصوص الدفع التي لا تقبل التظهير مثل الدفع المستمدة من ظاهر الورقة التجارية هي: أ- الدفع المستند إلى انعدام الرضا. ب - الدفع المتعلق بنقص الأهلية. ع- الدفع بالإكراه. اما الدفع التي تقبل التظهير والتي لا يستطيع الموقع أن يحتج بها تجاه العامل حسن النية هي: ١- عيوب الرضا ذات الطابع الشخصي كالغلط والتغريب مع الغبن والاستغلال، ٢- الدفع المبنية على عدم مشروعية السبب. ٣- الدفع المستمدة من واقعة لاحقة لنشوء الالتزام الصرفي. ٤- الدفع المتعلقة بصورية أحد وبعض ما اشتملت عليه الورقة التجارية من بيانات.

^{٣١} مصطفى أحمد زياي شويديح: الأوراق التجارية الكمبيالة، مرجع سابق، ص ١٥٩.

^{٣٢} هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٤٨ من قانون التجارة الفلسطيني.

^{٣٣} مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والافلاس، مرجع سابق، ص ١٤٦.

^{٣٤} محمد أمين بدر: الأوراق التجارية في التشريع المصري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٢١٣.

الضامن بالحامل فقط، فإذا كان الضامن الاحتياطي للساحب واحد المظهرين ورجع الحامل على الساحب مباشرة، ففي مثل هذه الحالة يسقط حقه في الرجوع على المظهرين الآخرين للورقة التجارية، وإن للحامل حق الرجوع على الضامن الاحتياطي للساحب وإذا أهمل الحامل الرجوع على الآخرين، فإن حقه يسقط تجاه الموفين والساحب أيضاً، وكذلك الحال يسقط حقه في الرجوع في حالة تقديم الساحب مقابل الوفاء. وإذا لم يقدم مقابل الوفاء، فإن الحامل يستطيع أن يرجع عليه وعلى من ضمنه. ومن أهم ضمانات الحامل تضامن الموقعين على الورقة التجارية، حيث الحامل يستطيع أن يرجع على أي من الموقعين على تلك الورقة لاستيفاء قيمة الورقة التجارية، وخاصة إذا كان أحد الموقعين بنكاً مثلاً^{٣٥}.

وإذا كان الضامن الاحتياطي مثبتاً على ذات الورقة التجارية أو على الورقة المتصلة يستفيد منه الحملة إذا لم يحدد الضامن الاحتياطي ضمانه لحامل معين، وذلك لأن الحق في الورقة التجارية ينتقل بكفالة ضماناته التي تضمن الوفاء به، وفي حالة وقوع الضامن الاحتياطي بورقة مستقلة هناك اختلاف فقهي في ذلك، فهناك من قال إن هذا الضامن يستفيد منه جميع الحملة اللاحقين، ومنهم من قال إن الضامن يستفيد منه فقط الحامل الذي أعطي لصالحه الضامن، أي إلى الشخص الذي اشترطه.

أما إذا كان الضامن في ورقة مستقلة، فلا يستفيد منه سوى الحامل الذي أعطى له الضامن، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٥٣) في فقرتها الأولى من قانون التجارة الفلسطيني حيث جاء فيها "يجوز اعطاء الضامن على ورقة مستقلة يبين فيها الجهة التي تم فيها الضامن" وتقابلها المادة (٨٣) من قانون التجارة العراقي الحالي بقولها: يجوز اعطاء الضامن على ورقة مستقلة يبين فيها المكان الذي تم فيه، ولا يلزم الضامن في هذه الحالة إلا تجاه من أعطى له الضامن^{٣٦}، وفي هذه الحالة يكون الشخص المضمون أراد أن يخفي الضامن عن باقي الملتزمين والحملة اللاحقين للشخص الذي أعطى له الضامن، وذلك لكي لا تسوء سمعته المالية ويحصر الضامن بحامل واحد دون الحملة اللاحقين.

وهنا نلاحظ أن قانون التجارة الفلسطيني في مادته (٤٥٣) وافق قانون التجارة العراقي في مادته (٨٣) وخالفهما قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) حيث أنه لا يجيز الضامن في ورقة مستقلة.

ومع أن الضامن لا يرد إلا على ورقة تجارية، إلا أن هناك فرقاً بين الضامن في الشيك والضامن الاحتياطي في سند السحب، حيث أنه لا يجوز للبنك المسحوب عليه في الشيك أن يكون ساحباً ومسحوباً عليه في نفس الوقت إلا بتوافر شروط معينة لذلك فهذا يعتبر نادر الوقوع من الناحية العملية لسببين رئيسيين وهما: قصر حياة الشيك، واكتفاء الحامل بضامن وجود مقابل الوفاء، باستثناء الشيك المصدق أو المعتمد الذي أوجده

^{٣٥} د. مصطفى كمال طه: محاضرات في القانون التجاري المصري، الإسكندرية، ١٩٦٠، ص ٢٥١

^{٣٦} لا يوجد مثل هذا النص في قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩).

العرف المصرفي، أما المسحوب عليه في سند السحب فيمكن له أن يكون ضامناً احتياطياً، لأن بإمكانه رفض توقيع قبول السند^{٣٧}.

الفرع الثاني:

شروط الضمان الاحتياطي الموضوعية العامة

تمهيد وتقسيم:

الضمان الاحتياطي، هو تصرف قانوني بإرادة منفردة تتجه إلى كفالة الوفاء بالالتزام الثابت بالورقة التجارية في مواجهة الحامل لصالح المضمون، وبما أن الضمان الاحتياطي تصرفاً قانونياً، فيجب أن تتوفر فيه الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في كل التزام قانوني، وهي: الرضا، الأهلية، مشروعية المحل والسبب.

أولاً: وجود الرضا

لا تكون الأهلية التجارية كافية لوحدها، بل نحتاج إلى أهلية التبرع للتعبير الصحيح والصريح عن الإرادة والتي يستوجب أن تكون خالية من أي عيب قد يشوبها كالإكراه والغلط والتدليس والاستغلال^{٣٨}.

لذلك كان لا بد من وجود الرضا الصريح بين أطراف الضمان الاحتياطي حيث أنه إذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب عد التزام الساحب بالورقة التجارية باطلاً، ويمكن التمسك بهذا الدفع في مواجهة المستفيد الأول أو الحامل سيء النية، أما العلاقة التي تربط الساحب بباقي الحاملين فهي تخضع لمبدأ تطهير الدفع، وبالتالي لا يمكن التمسك بتلك الدفع تجاه أي حامل حسن النية إلى أن يثبت عكس ذلك^{٣٩}. وبناء عليه يمكن تعريف الرضا بأنه:

- **الرضا:** هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني أي هو توافق الإيجاب مع القبول^{٤٠}. والتراضي بالنسبة للضمان الاحتياطي قبول الحامل للإيجاب الذي يصدر من قبل الضامن الاحتياطي، ويكون الإيجاب توقيع الضامن الاحتياطي على الورقة التجارية بصفته ضامناً احتياطياً، أما قبول الحامل، فيستدل من استلامه للورقة التجارية أو برجوعه على الضامن عند ميعاد الاستحقاق، وفي الضمان الاحتياطي يطلب الحامل ضامناً احتياطياً من المدين حتى يقبل تطهير الورقة التجارية إليه، وحتى يقبل استلامها، فيقوم المدين بالاتفاق مع شخص آخر للقيام بالضمان الاحتياطي، وعليه فإن الضمان الاحتياطي يعقد بارتباط الإيجاب

^{٣٧} عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة: آثار الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية (دراسة في القانون الأردني)، مرجع سابق.

^{٣٨} د. إبراهيم بن داوود: الوجيز في أحكام الأوراق التجارية (السفجة، السند لأمر، الشيك)، اسناد المرسوم التشريعي ٠٨/٩٣ أحكام التجارة الالكترونية، ٢٠٠٩، ص ٢٣.

^{٣٩} د. إبراهيم بن داوود: الوجيز في أحكام الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٢٣.

^{٤٠} د. عيد المجيد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٧، ص ١١٧.

مع القبول، بالإضافة الى الأحكام الأخرى التي نص عليها القانون في المادة (٩٠) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) والتي نصت على : "١- الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. ٢- إذا اشترط القانون الانعقاد العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد".

وهذا أيضاً ما نص عليه القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) في المادة (٩٠) بقولها: "١- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد، فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. ٢- يجب استيفاء هذا الشكل أيضاً، فيما يدخل العقد من تعديل".

وكذلك نصت المادة (١٠١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) سنة (١٩٤٨) بالتالي: "١- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين، أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق. الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد". وبمجرد توقيع الضامن الاحتياطي على وجه الورقة التجارية ينشأ الضمان الاحتياطي، إلا إذا كان التوقيع صادراً من المسحوب عليه، أو من الساحب، وذلك لأنه إذا كان التوقيع صادراً من المسحوب عليه، فيدل ذلك التوقيع على قبول الورقة التجارية من طرف المسحوب عليه وإذا كان التوقيع صادراً من الساحب، ولم يشير إلى نوع هذا التوقيع، فإن هذا التوقيع يعتبر توقيع الساحب المنشأ للورقة التجارية، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٤٩) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الثالثة حيث نصت على أنه: "ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على وجه الكمبيالة، ما لم يكن هذا التوقيع صادراً من المسحوب عليه أو من الساحب". وكذلك نصت المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي الحالي في فقرتها بقولها: ويستفاد الضمان من مجرد توقيع الضامن على وجه الحوالة ما لم يكن التوقيع صادراً من المسحوب عليه أو من الساحب"، والمادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري الجديد في فقرتها الثالثة نصت عليه بقولها: ويستفاد الضمان من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع صادراً من المسحوب عليه أو من الساحب".

ويعتد القانون بالإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني، ولا يعتد بالإرادة إذا كانت كامنة في النفس، وإن التعبير عن الإرادة ضروري جداً، وخاصة في الضمان الاحتياطي، وذلك لأنه ينبه المتعاقد إلى خطورة الأمر الذي يقدم عليه، ومثال ذلك التضامن بين المدينين، حيث لا بد أن ينص عليه صراحة، وكذلك المحيل في حوالة الحق، والمحال في حوالة الدين، إذا عيّن الموجب ميعاداً يجب أن يبقى ملتزماً به إلا أن ينقضي، وهذا ما نصت عليه المادة (٨١) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) في فقرتها الأولى بقولها " إذا عيّن ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد" وقد وافقتها المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي بقولها: "إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى

ان ينقضي هذا الميعاد"، وكذلك ما نصت عليه المادة (٩٣) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى بقولها: "إذا عُين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد".

وعليه فإن أي معاملة لا بد أن يكون فيها تراضي من طرفيها أو أطرافها، فإذا انعدم الرضا انعدمت المعاملة، وتأكيدا على فقد نص القانون التجاري على ان الالتزام لا يكون صحيحا إلا إذا نشأ خاليا من عيوب الرضا كالإكراه، والتغيير مع الغبن (التدليس) والغلط والاستغلال، فإن الورقة التجارية تكون باطلة بطلانا مطلقا^{٤١}. وأخيرا بالنسبة للتعاقد بالهاتف فيرى الباحث أنه لا يجوز ذلك في الضمان الاحتياطي وذلك لسببين:

- ١- أن الضمان الاحتياطي يتطلب شكلية معينة.
- ٢- أن الأوراق التجارية يجب ان تكتفي بذاتها. وتحتوي على كافة مشتملاتها وذلك لسرعة تداولها^{٤٢}.

ثانيا: أهلية الضامن الاحتياطي:

عرفت الأهلية على أنها صلاحية الإنسان أن تكون له حقوق أو عليه التزامات وصلاحيته في استعمال هذه الحقوق والالتزامات، وبعبارة أخرى صلاحيته لصدور التصرفات القانونية على وجه يعتد به.

إن صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات يطلق على هذه الصلاحية أهلية للوجوب، أما النوع الثاني، وهي أهلية الأداء، والتي تمثل قدرة الانسان على ابرام التصرفات القانونية وتحمل الاثار الناتجة عنها^{٤٣}.

وقد نصت المادة (١٠٠) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) على (كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون)، ووافق كلاً من المشرع العراقي والمصري والمشرع

^{٤١} د. حسين فتحي: الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٤٤.

^{٤٢} نصت المادة ((٨٦) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) على أنه: (١- يعد التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ٢- يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول). وقد توافق القانون المدني العراقي بمادته (٨٧) مع القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) حيث نص على أنه: (١- يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما). وينفس الاتجاه نصت المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي بقولها: " - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد نص قانوني يقضى بغير ذلك. ٢٠- ويفترض إن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القول)). ونصت المادة (٨٧) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) على أنه (يعد التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة أخرى مماثلة تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان) وكذلك جاء بنص المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي على أنه: " لا يعتبر التعاقد (بالتليفون) أو بأي طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان)). ولم يجد الباحث نصا مماثلا في القانون المدني المصري.

^{٤٣} د حسن علي الدنون: النظرية العامة للالتزامات، لا توجد دار نشر، ١٩٧٦، ص ٧٧.

الفلسطيني على أنه: كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منه"، وكذلك نصت المادة (١٠٩) من القانون المدني المصري بقولها: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون".

أن شروط الأهلية تختلف باختلاف طبيعة العمل مدنيا كان أم تجاريا، فعندما نكون بشأن عمل تجاري، فإنها تبلغ أعلى درجاتها ومتطلباتها القانونية، وبالعكس نجدها تتقلص تدريجيا عندما نكون بشأن عمل مدني حسبما إذا كان هذا العمل ضارا ضررا محضا، أو دائرا بين النفع والضرر، أو نافعا نفعاً محضاً^{٤٤}.

ولتحديد طبيعة العمل مدنيا كان أم تجاريا بالنسبة للضمان الاحتياطي نرجع إلى قانون التجارة الفلسطيني حيث جاء في الباب الرابع الخاص بالأوراق التجارية في المادة (٤٠٩) تسري أحكام هذا الباب على الكمبيالات والسندات لأمر، والشيكات والسند الإذني، أي كانت صفة ذوي الشأن فيها، أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها.

وقد جاء في المادة (٦) من قانون التجارة العراقي الحالي بقوله: "يكون إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته، كما نصت المادة (٣٧٨) من قانون التجارة المصري على أنه: " تسري أحكام هذا الباب بخصوص جميع الاوراق التجارية الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات أي كانت صفة ذوي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشأت من أجلها.

وبالنظر في القوانين الثلاثة السابق ذكرها يتبين أنها اجمعت على أن الضمان الاحتياطي يعتبر عملا تجاريا مهما كانت صفة القائم به، ذلك لأن الضمان الاحتياطي لا يكون إلا في الأوراق التجارية وعليه يشترط فيمن يكون ضامنا احتياطيا تمتعه بالأهلية التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري، وبذلك سيتناول الباحث الأهلية التجارية في القانون الفلسطيني والعراقي وفي القانون المصري، وقبل البدء في ذلك لا بد من تعريف وبيان المقصود بالأهلية لغة واصطلاحا:

- **تعريف الأهلية:** الأهلية في اللغة هي مصدر صناعي لكلمة (أهل) أو اسم لكلمة (أهل)^{٤٥}، وتعني

الصلاحية والجدارة^{٤٦}، وأهل الشيء: أصحابه، ويقال هو أهل لكذا: أي مستوجب له ومستحق^{٤٧}.

وأما اصطلاحا: فقد عرفت في معجم التعريفات بأنها: صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو

عليه^{٤٨}، وصلاحية الانسان لممارسة حقوقه بنفسه والزامه بالالتزامات المالية الناتجة عن معاملاته.

^{٤٤} د. فائق محمود الشماع: بحث منشور في مجلة القانون المقارن بعنوان (أركان التصرفات الادارية في إنشاء الورقة التجارية)، ١٩٨١، ع ١٣، ص ١٤١.

^{٤٥} مصطفى، إبراهيم، وآخرين، مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط ٤، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤، ص ٣٢.

^{٤٦} وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، ط ٢، ج ٧، الكويت، وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ١٩٨٣، ص ١٥١.

^{٤٧} الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (المتوفى: ٨١٧هـ): القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف

محمد نعيم العرقسوسي، ط ٨، ج ٤، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٧٠.

^{٤٨} الجرجاني، علي السيد الشريف: معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، بدون طبعة، القاهرة، دار الفضيلة، ٢٠٠٤، ص ٣٦.

الأهلية بالنسبة للقانون الفلسطيني:

أ- بلوغ سن الرشد في القانون الفلسطيني:

نصت المادة (٥٣) من القانون المدني الفلسطيني المطبق في قطاع غزة على أنه: "١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. ٢- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة"، ونصت المادة (١١) من قانون التجارة الفلسطيني المطبق في قطاع غزة في فقرته الأولى على أنه: "كل من أتم ثماني عشرة سنة كاملة، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبر قاصراً في هذه السن".

وبذلك يكون القانون الفلسطيني قد حدد سن الرشد بثمانى عشرة سنة ميلادية، وعليه يكون الشخص أهلاً للقيام بالأعمال التجارية والتوقيع على الأوراق التجارية بما فيها التوقيع كضامن احتياطي، بشرط أن يكون متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه في هذه السن، ودون أن يصاب بعارض من عوارض الأهلية، وعوارض الأهلية حددتها المواد (٥٤، ٥٥) من القانون المدني الفلسطيني بالجنون والعتة والسفه وذى الغفلة، وبذلك يكون الشخص كامل الأهلية، ولذلك يجوز أن يلتزم في الورقة التجارية، ولا يمنع من ذلك أن يكون الشخص ممنوعاً من الاشتغال في التجارة؛ لأن المنع يتعلق باكتساب صفة التاجر ولا شأن له بمجرد القيام بالعمل التجاري.

وقد خرج المشرع على القواعد العامة في المادة (٥١٢) من قانون التجارة الفلسطيني، إذ نص على أنه: "تكون التزامات ناقصي الأهلية الذين ليسوا تجاراً وعديمي الأهلية الناشئة عن توقيعاتهم على الكمبيالة كساحبين أو مظهرين أو ضامنين احتياطيين أو بأية صفة أخرى باطلة بالنسبة إليهم فقط". وهذا النص يطابق ما قضى به نص المادة (٤٦) من قانون التجارة العراقي.

وقد ساوى المشرع الفلسطيني بين الرجل والمرأة من حيث الأهلية التجارية، فالمرأة الفلسطينية متى بلغت سن الرشد ولم يقر بشأنها أحد عوارض الأهلية ولو لم تكن متزوجة تتمتع بحرية احتراف العمل التجاري على نحو تكتسب معه صفة التاجر، فإذا ما تزوجت احتفظت بأهليتها في احتراف التجارة وصلاحياتها بالتالي لاكتساب صفة التاجر دون أي قيد أو شرط، ولذلك فالمرأة متزوجة كانت أم غير متزوجة، تاجر أو غير تاجر، يجوز لها التوقيع على الورقة التجارية بما ينشأ عنه من التزامها صرفياً بها.

ب - القاصر في القانون الفلسطيني:

القاصر، هو من كانت سنه أقل من ثمانية عشرة سنة، وتختلف الأهلية التجارية للقاصر بحسب ما إذا كان قد بلغ سنه خمس عشرة سنة أم لا، فإن كان قد بلغ خمسة عشر سنة فقد جاز له الحصول على الإذن بالإتجار والتوقيع على الأوراق التجارية، بما فيها التوقيع كضامن احتياطي من المحكمة الابتدائية التي يوجد في دائرتها محله، فإذا لم تمنحه المحكمة الإذن بالإتجار، أو كانت سنه أقل من خمس عشرة سنة، فقد امتنع

عليه الاشتغال في التجارة، وإذا بلغ القاصر الخامسة عشر من عمره أذنت له المحكمة بالإتجار بمقدار أمواله المستثمرة بالتجارة، كما ورد في البند الثاني من المادة (١١) من قانون التجارة الفلسطيني حيث نصت المادة على أنه: "القاصر الذي أتم خمس عشرة سنة المشمول بالولاية أو الوصاية المأذون له بالإتجار بمقدار أمواله المستثمرة في التجارة."

وعليه فإنه متى كان القاصر أهلاً للاشتغال بالتجارة فإنه يكون أهلاً للتوقيع على الورقة التجارية، ولكن لا يحدث له ذلك إلا بالنسبة لأعمال التجارة التي صدر له الإذن بصدها. وهذا ما حدده القانون المدني الفلسطيني في المادة (١٠٣) بقولها "إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره وأذن له من وليه أو من المحكمة في تسلم أمواله أو جزء منها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت التصرفات الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون".

ويفترض أن كل الأعمال التي يأتيها التاجر تعتبر لغايات تجارته إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (٨) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الثانية بقولها: "كل عمل يقوم به التاجر يعتبر لغايات تجارته ما لم يثبت غير ذلك"، فإذا لم يؤذن للقاصر بالاشتغال بالتجارة، فلا يستطيع أن يوقع على الورقة التجارية.

و- أهلية الأجنبي التجارية في القانون الفلسطيني

لقد سهل المشرع الفلسطيني في قانون التجارة الفلسطيني على الأجنبي مشقة البحث عن القانون الذي يحكم أهليته، فقد جاء في المادة (١١) في بندها الأول من القانون المذكور أنه: "كل من أتم ثماني عشرة سنة كاملة، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها جنسيته يعتبره قاصراً هذه السن". وبذلك فإنه متى بلغ الأجنبي سن الثمانية عشرة سنة، فإنه يكون أهلاً لممارسة التجارة، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها يعده قاصراً في هذه السن.

وكذلك أورد المشرع الفلسطيني من خلال قانون التجارة الفلسطيني مواداً تنظم عمل المرأة الأجنبية المتزوجة حيث جاء في المادة (١٤) "١- ينظم أهلية المرأة الأجنبية المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التي تنتمي إليها جنسيتها. ٢- يفترض في الزوجة الأجنبية التي تحترف التجارة أنها تزاولها بإذن زوجها، فإذا كان قانون الدولة التي تنتمي إليها جنسيتها يجيز للزوج الاعتراض على مزاولة زوجته التجارة أو سحب إذنه وجب قيد الاعتراض أو سحب الإذن في السجل التجاري ونشره في الجريدة الرسمية. ٣- لا يكون للاعتراض أو سحب الإذن أثراً إلا من تاريخ إتمام نشره، دون المساس بالحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية".

ويجب ملاحظة أن هذا النص ينطبق على المرأة الأجنبية دون سواها التي تريد الاشتغال بالتجارة في فلسطين، ولا ينطبق على المرأة الفلسطينية. ويشترط كذلك - أن تكون هذه المرأة الأجنبية متزوجة فلا ينطبق النص على غير المتزوجات.

– الأهلية في القانون العراقي:

أ- بلوغ سن الرشد في القانون العراقي (الأهلية العامة أو الأهلية القانونية):

حددت المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي الحالي سن الرشد بثمانية عشرة سنة بقولها: "سن الرشد هي ثمانية عشرة سنة كاملة"، فمتى بلغ الشخص سن الرشد، وتوافرت فيه الأهلية الكاملة يكون باستطاعته أن يمارس كل الأعمال التجارية، وإن الشخص عندما يبلغ سن الرشد، ويكون بكامل قواه العقلية، ولم يحجر عليه ولم يكن هناك عارض من عوارض الأهلية يكون كامل الأهلية، وعوارض الأهلية حددتها المواد (١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠) من القانون المدني العراقي وهي: العته، الجنون، السفه، الغفلة^{٤٩}، وإذا كان الشخص قبل بلوغه سن الرشد ذا غفلة أو سفيهاً، ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية بعد بلوغه سن الرشد، فإنه يكون كامل الأهلية، وإذا كان هناك نية للحجر عليه يجب أن يصدر حكم بذلك، وعند بلوغه سن الرشد فإنه يستطيع في هذه الحالة، أن يقوم بكل الأعمال التي يتمتع بها كامل الأهلية^{٥٠}، وأنه يستطيع أن يمارس كل العقود، فله مثلاً أن يمارس العقود النافعة نفعا محضاً، والضارة ضرراً محضاً، والدائرة بين النفع والضرر، وعليه فإن الضامن الاحتياطي يجب أن يبلغ هذه السن حتى يتمكن من التوقيع على الورقة التجارية بصفته كضامن احتياطي، وذلك لأن جميع الأعمال المتعلقة بالورقة التجارية، تعتبر أعمالاً تجارية، وذلك بنص المادة السادسة من قانون التجارة العراقي الحالي السالف الذكر، وإذا لم يبلغ سن الثامنة عشرة من العمر ووقع على الورقة التجارية بصفته ضامناً احتياطياً، فإن التزامه يعتبر باطلاً بالنسبة إليه فقط، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٦) من قانون التجارة العراقي الحالي بقولها: تكون التزامات ناقص الأهلية أو عديميها الناشئة من توقيعه على الحوالة بأي صفة باطلة بالنسبة إليه فقط، ويجوز التمسك بهذا البطلان تجاه كل حامل للحوالة، كذلك إذا لم يكن مأدونا له بالتجارة. وأخيراً هذه الأهلية يطلق عليها الأهلية العامة أو الأهلية القانونية، لأنها اكتسبت بنص القانون.

ب - بلوغ سن الخامسة عشرة من العمر بالنسبة للعراقي، (الأهلية الخاصة أو القضائية)

تدخل هذه الفترة من عمر الشخص ضمن فترة التمييز، حيث يعتبر الصغير مميزاً منذ بلوغه سن التمييز إلى سن الرشد^{٥١}، وأنه في هذه الفترة يستطيع أن يمارس الأعمال النافعة نفعا محضاً، أما التصرفات

^{٤٩} لا يوجد نص في قانون التجارة العراقي الحالي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) يحدد سن الرشد ولكن قانون التجارة العراقي السابق رقم (١٤٩) لسنة (١٩٧٠) حدد سن الرشد في مادته للعاشر في فقرتها الأولى بقولها: ((لمن بلغت سنه ثمانية عشر سنة أن يزول التجار في العراق ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بحسبته يعتبره قاصراً في هذه السن)).

^{٥٠} نصت المادة (١٠٧) على أن: (المعتوه هو في حكم الصغير المميز). ونصت المادة (١٠٨) على أن: ((المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة الإفاقة كتصرفات العاقل)). ونصت المادة (١٠٩) على أن: (١-السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، ولكن ولي السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجده ووصيها حق الولاية عليه. أما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من يصرف له السفيه توقفاً للحجر)). ونصت المادة (١١٠) على أن (ذو الغفلة حكمه حكم السفيه)

^{٥١} د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار الشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٣٧٨.

^{٥٢} د. محمود سعد الدين الشريف: شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج ١، مطبعة العلى، بغداد، ١٩٥٥، ص ١٤٧.

الضارة ضررا محضا، فتعتبر باطلة بطلانا مطلقا، أما الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فإنها تعتبر باطلة بطلانا نسبيا.

ويستثنى مما سبق إذا أكمل الصبي سن الخامسة عشرة من العمر، وأذن له بالتجارة، فقد نصت المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي على ذلك، حيث جاء فيها: "١- للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله، ويأذن له في التجارة تجربة له، ويكون الإذن مطلقا أو مقيدا. ٢- وإذا توفى الولي الذي أذن للصغير، أو انعزل من ولايته لا يبطل الإذن".

حيث إن للبالغ خمس عشرة سنة بعد إذن وليه بترخيص من المحكمة أن يأذن له بالعمل في التجارة بعد تسلمه مقدارا من ماله ويكون هذا الإذن مطلقا أو مقيدا وفقا لشروط معينة وهي:

- ١- أن يبلغ الخامسة عشرة من العمر.
- ٢- أن يحصل على إذن من وليه.
- ٣- أن تجيز هذا الإذن المحكمة^{٥٣}.

وهذه الأهلية يطلق عليها الأهلية الخاصة، لأنها استثناء من القاعدة العامة، ويطلق عليها الأهلية القضائية؛ لأنها اكتسبت بترخيص من القضاء، ولأنها لا تخول صاحبها الصلاحيات المطلقة بمزاولة التجارة إلا بالحدود المأذون له بها من الناحية النوعية والكمية، وإذا كان الإذن مطلقا جاز للصغير القيام بالأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، ومنها الضمان الاحتياطي في حدود المبلغ المخول له التصرف به، أما إذا كان الإذن مقيدا أو منع الصغير من التعامل بالأوراق التجارية، ففي هذه الحالة، لا يجوز للصغير أن يكون ضامنا احتياطيا، ويعتبر الصغير هنا عديم الأهلية بالنسبة لعمله، كذلك عد قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) كل من أكمل الخامسة عشرة، وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية^{٥٤}.

خلاصة القول فيما سبق، أن إنشاء الأوراق التجارية والتوقيع عليها بصفة الضامن الاحتياطي، يمكن أن يصدر من كل مواطن عراقي متى توافرت فيه الشروط التالية:

- ١- تمام الثامنة عشرة سنة كاملة دون وجود عارض من عوارض الأهلية.
- ٢- تمام الخامسة عشرة كاملة، مع حصول الإذن بممارسة التجارة (من الولي وبترخيص من المحكمة)، على أن تراعى حدود هذا الأذن.
- ٣- من أكمل الخامسة عشرة، وتزوج بإذن من المحكمة.
- ٤- وبالعكس، فإن كل عراقي لا تتوفر فيه هذه الشروط كأن بلغ الثامنة عشرة سنة كاملة، ولكنه كان مجنونا أو معتوها أو سفيها أو ذا غفلة أو لم يبلغ الخامسة عشرة سنة كاملة أو بلغها،

^{٥٣} د. حسن الخطيب: مبادئ القانون التجاري، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٧٥، ص ٢٤٠.

^{٥٤} نصت المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي في فقرتها الأولى على أنه: "يسرى هذا القانون على: أ- الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الخامسة عشر من العمر، ويعتبر من أكمل الخامسة عشر وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية".

ولم يحصل على الأذن أو لم يكن متزوجا بإذن من المحكمة، لا يعد متمتعاً بالأهلية اللازمة لإنشاء الشيك، أو التعامل به^{٥٥}، وبقي أن نعرف هل للمرأة العراقية أهلية حق ممارسة الأعمال التجارية!

٥- ولم يتعرض قانون التجارة الحالي لأهلية المرأة العراقية، ولكن نجد بخصوص - أهلية المرأة المتزوجة - أن الشريعة الإسلامية قد أعطت الأهلية الكاملة للمرأة، وساوتها مع الرجل، وهي (١٨) سنة، وأعطتها كذلك الحرية في العمل بالتجارة، وأن القانون المدني العراقي سار على المنهج نفسه، لكنه لم يتعرض إلى المرأة الأجنبية^{٥٦}.

- الأهلية في القانون المصري:

أ- البالغ الرشيد في القانون المصري:

نصت المادة (٤٤) من القانون المدني المصري على أنه: "١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. ٢- وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"، ونصت المادة (١١) من قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) في فقرتها الأولى على أنه: "من بلغت سنه إحدى وعشرين سنة كاملة، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصراً في هذا السن".

وبذلك يكون القانون المصري قد حدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية^{٥٧}، وعليه يكون الشخص أهلاً للقيام بالأعمال التجارية والتوقيع على الأوراق التجارية بما فيها التوقيع كضامن احتياطي، بشرط أن يكون متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه في هذه السن، ودون أن يصاب بعارض من عوارض الأهلية، وعوارض الأهلية حددتها المواد (٤٥، ٤٦) من القانون المدني المصري بالجنون والعتة والسفه وذو الغفلة^{٥٨}، وبذلك يكون الشخص كامل الأهلية، ولذلك يجوز أن يلتزم في الورقة التجارية، ولا يمنع من ذلك أن يكون الشخص ممنوعاً من الاشتغال في التجارة؛ لأن المنع يتعلق باكتساب صفة التاجر ولا شأن له بمجرد القيام بالعمل التجاري.

وقد خرج المشرع على القواعد العامة في المادة (٣٨٥) من قانون التجارة المصري الجديد، إذ نص على أنه: تكون التزامات ناقصي الأهلية الذين ليسوا تجاراً وعديمي الأهلية الناشئة عن توقيعاتهم على الكمبيالة كساحبين أو قابلين أو ضامنين احتياطيين أو بأية صفة أخرى باطلة بالنسبة إليهم فقط. وهذا النص يطابق ما

^{٥٥} د. حسن الخطيب: مبادئ القانون التجاري العراقي، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

^{٥٦} نصت المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي على أن: "سن الرشد هي ثمان عشرة سنة كاملة. ولم يحدد القانون المذكور في هذه المادة هذا السن على الرجل دون المرأة، حيث جاء الحكم مطلقاً".

^{٥٧} وهذا ما اخذ به القانون المغربي والكويتي، بينما نجد المشرع العراقي والسوري والسعودي حدد السن بثمانية عشر سنة وهذا رأي الامام أبو حنيفة النعمان.

^{٥٨} نصت المادة (٤٥) من القانون المدني المصري على أنه: ((١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. ٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز)) ونصت المادة (٤٦) على أنه: ((كل من لم يبلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون))

قضى به نص المادة (٤٦) من قانون التجارة العراقي ونص المادة (١١٤) من قانون التجارة الفرنسي، وهناك اختلاف في الرأي حول تفسير هذا النص من قبل فقهاء القانون.

- **الرأي الأول:** وهو رأي الدكتورة (سميحة القليوبي)، والتي ترى أن المشرع يقرر بطلاناً مطلقاً للتوقيع على الكمبيالة، لو صدر هذا التوقيع عن مجنون أو معتوه أو قاصر لم يبلغ السابعة من عمره^{٩٩}.

- **الرأي الثاني:** وهو رأي الدكتور (مصطفى كمال طه). ويرى أن المحجور عليه لجنون أو سفه أو القاصر الذي لم يبلغ السابعة عديم أهلية الأداء فتقع تصرفاته القانونية جميعها باطلة بطلاناً مطلقاً بالتطبيق للقواعد العامة التي عليها المادة (١١٤) من القانون المدني المصري بقولها: "١- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. ٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها"، ومن ثم لا يجوز له التوقيع على الكمبيالة، وإلا كان التزامه باطلاً بطلاناً مطلقاً، ووجه الخروج على القواعد العامة هنا أن هذا البطلان المطلق لا يجوز التمسك به إلا من قبل عديم الأهلية وحده دون غيره من الموقعين على الكمبيالة خلافاً للقواعد العامة التي تجبر لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان المطلق» وهذا ما نصت عليه المادة (١٤١) من القانون المدني المصري بقولها: "١- إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة. ٢- وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد"، وينطبق نفس الحال بالنسبة للسفيه وذو الغفلة القاصر غير المأذون له في الاتجار إذا كان التوقيع على كمبيالة من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بأن كان متبرعاً، فيكون البطلان مطلقاً^{١٠٠}.

وقد ساوى المشرع المصري بين الرجل والمرأة من حيث الأهلية التجارية، فالمرأة المصرية متى بلغت سن الرشد ولم يقر بشأنها أحد عوارض الأهلية ولو لم تكن متزوجة تتمتع بحرية احتراف العمل التجاري على نحو تكتسب معه صفة التاجر، فإذا ما تزوجت احتفظت بأهليتها في احتراف التجارة وصلاحياتها بالتالي لاكتساب صفة التاجر دون أي قيد أو شرط، ولذلك فالمرأة متزوجة كانت أم غير متزوجة، تاجر أو غير تاجر، يجوز لها التوقيع على الورقة التجارية بما ينشأ عنه من التزامها صرفياً بها.

ب - القاصر في القانون المصري:

القاصر هو من كان سنه أقل من إحدى وعشرين سنة، وتختلف الأهلية التجارية للقاصر بحسب ما إذا كان قد بلغ سنه ثماني عشرة سنة أم لا، فإن كان قد بلغ ثمانية عشر سنة فقد جاز له الحصول على الإذن بالإتجار والتوقيع على الأوراق التجارية، بما فيها التوقيع كضامن احتياطي من المحكمة الابتدائية التي يوجد في دائرتها محله، فإذا لم تمنحه المحكمة الإذن بالإتجار، أو كانت سنه أقل من ثماني عشرة سنة، فقد امتنع

^{٩٩} د. سميحة القليوبي: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٤١.

^{١٠٠} د. مصطفى كمال طه: للقانون التجاري (الأوراق التجارية)، مرجع سابق، ص ١٩.

عليه الاشتغال في التجارة ، وإذا بلغ القاصر الثامنة عشرة من عمره أذنت له المحكمة بالإتجار، فإنه يعتبر كامل الأهلية في حدود الإذن الصادر له وفي التقاضي بشأنه، وهذا ما نصت عليه المادة (64) من المرسوم بقانون رقم (١١٩) لسنة (١٩٥٢) الخاص بالولاية على المال، بقولها: "يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو بنص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه، وفي التقاضي فيه"، ومتى كان القاصر أهلاً للاشتغال بالتجارة. فإنه يكون أهلاً للتوقيع على الورقة التجارية، ولكن لا يحدث له ذلك إلا بالنسبة لأعمال التجارة التي صدر له الإذن بصدها، فلا يكون للقاصر أن يلتزم التزاماً صرفياً بالنسبة لمسائل لا صلة لها بشؤون هذه التجارة.

ويفترض أن كل الأعمال التي يأتيها التاجر متعلقة بتجارته إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (٨) من قانون التجارة المصري الجديد في فترتها الثانية بقولها: "كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقاً بتجارته ما لم يثبت غير ذلك"، فإذا لم يؤذن للقاصر بالاشتغال بالتجارة، فلا يستطيع أن يوقع على الورقة التجارية ، فإن فعل كان الالتزام الناشئ منها باطلاً بالنسبة له، وهذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني ومقتضاها إن التزامات القاصر تكون باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحته، ومع ذلك فقد نصت عليه كذلك المادة (٣٨٥) السالف ذكرها.

وطبقاً للمادة (١٦٣) من قانون الولاية على المال المصري، فإن القاصر البالغ السادسة عشرة، الذي يعمل بمهنة أو صناعة، يعد أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله. ومن ثم يجوز له التوقيع على الورقة التجارية كضامن احتياطي^{٦١}.

أما القاصر الذي يقل عمره عن ست عشرة سنة، فلا يجوز له سحب أو تظهير الورقة التجارية، أو ضمان أحد الموقعين عليها، وإلا كان تصرفه باطلاً^{٦٢}.

د- أهلية الشخص المعنوي:

ونعرج في البداية على المفهوم البسيط للشخص المعنوي وهي مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين، وتمنح بموجب القانون الشخصية المستقلة بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض، للشخص المعنوي أهلية كما للشخص الطبيعي، حيث أنه يمتلك أهلية الاداء وأهلية الوجوب، إلا أن هاتين الأهليتين ناقصتان دائماً بالنسبة للشخص المعنوي ، وقد ثار خلاف بخصوص أهلية الأداء للشخص المعنوي على اعتبار أن أهلية الأداء تتطلب الإرادة المستقلة والإرادة المستقلة تصدر من الشخص الطبيعي، ومن يصدر

^{٦١} المرسوم المصري بقانون رقم (١١٩) لسنة (١٩٥٢) بأحكام الولاية على المال.

^{٦٢} د. عبد الفضيل محمد أحمد: الأوراق التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩)، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٤، ص ١٣٤

ارادة الشخص المعنوي هم ممثلي ارادته، ولذلك قيل بعدم تمتع الشخص المعنوي بأهلية الأداء^{٦٣}. ولكن يبقى هذا الرأي محل نظر كون أن وفاة ممثل الشخص المعنوي لا تعني زوال الشخص المعنوي.

- أهلية الشخص الاعتباري في القانون الفلسطيني:

نصت المادة (٦١) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية وذلك في الحدود الذي يقررها القانون.

وقد حددت المادة (٦٢) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) الحقوق التي يتمتع بها الشخص الاعتباري بقولها يكون للشخص الاعتباري "١- ذمة مالية مستقلة. ٢- أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون. ٣- موطن مستقل، ويعد موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، أما الشركات التي يكون مركزها الرئيس في الخارج ولها نشاط في فلسطين فيعد مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الفلسطيني هو المكان الذي توجد فيه الادارة المحلية. ٤- من يمثله في التعبير عن إرادته. ٥- حق التقاضي".

والجدير بالذكر أن للشخص الاعتباري أهلية في حدود الغرض الذي أنشئ من اجله وهذا الغرض معين في سند إنشائه أو تكون له الأهلية التي يقررها له القانون، والأهلية التي تثبت له هي أهلية وجوب، ولا تثبت للشخص الاعتباري أهلية الأداء مثل الشخص الطبيعي^{٦٤} وإنما تثبت له أهلية الوجوب كون أن الشخص الاعتباري لا وجود له إلا بوجود من يمثله من الأشخاص الطبيعيين الذين يحددون تعاملاته وحدودها وفقا للقانون وهذا واضح من الناحية العملية وهذا يعني لزوم وجود شخص طبيعي يمثله في التعبير عن إرادته في إدارة أعماله وتصرفاته القانونية مع الغير.

إن الشركة تستطيع القيام بجميع الأعمال، وذلك عن طريق من يمثّلها وتستطيع باسمها التقاضي عن طريق من يديرها أو وكلاء الشركاء، وعليه فإن ممثل الشركة يجب ألا يتجاوز الحدود المرسومة له في التعامل في مجال الأوراق التجارية، فلا يجوز أن يضمن ورقة تجارية بأكثر مما هو مخول به.

- أهلية الشخص المعنوي في القانون العراقي:

وقد حل القانون المدني العراقي هذا الخلاف، وذلك بالنص عليه في الفقرة الرابعة من المادة (٤٨) منه، والتي جاء فيها: "١- يكون لكل شخص معنوي ممثل عن ارادته. ٢- ويتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق، إلا ما كان منها ملازما لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون. ٣- وله ذمة مالية مستقلة. ٤- وعنده اهلية الاداء، وذلك في الحدود التي يبينها عقد انشائه، والتي يفرضها القانون. ٥- وله حق التقاضي."

^{٦٣} خالد الشاوي: شرح قانون الشركات التجارية العراقي، ط ١، بغداد، ١٩٦٨، ص ١٨.

^{٦٤} المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص ٤٥.

وبذلك فإن للشركة حق التملك والتقاضي والتعاقد، وهذه الحقوق تكون محددة لتحقيق أغراضها في عقد تأسيسها. وأن الشخص المعنوي لا يستطيع أن يمارس حقوقه بنفسه، ولذلك فلا بد من وجود ممثل له يقوم بالتعبير عن إرادته. وأن الشركة تسأل مسؤولية مدنية وجزائية بالإضافة إلى تعرض ممثليها من مديريين وغيرهم من مسؤولية شخصية تعاقدية إزاء الشركة، وتقصيرية إزاء الغير. ومسؤولية جزائية إذا توفرت أركانها^{٦٥}.

وعليه فإن للشخص المعنوي أن يقوم بسحب الأوراق التجارية، وضمانها ضمانا احتياطيا عن طريق من يمثله، وذلك لأن الشخص المعنوي يملك الأهلية التي يتطلبها القانون للقيام بأعمال تتعلق بالأوراق التجارية، ومنها الضمان الاحتياطي لسير العمل في الشركة، ولن، للشركة أن تتمتع بكل الحقوق التي لا تتعارض مع كونها شخصا معنويا، وتصبح دائنة بها، سواء كانت هذه الحقوق مادية أو معنوية أو أن نكون مدنية^{٦٦}.

وإن الشركة تستطيع القيام بجميع الأعمال، وذلك عن طريق من يمثّلها وتستطيع باسمها أن تقاضي عن طريق من يديرها أو وكلاء الشركاء دون أن يذكر اسم الشركاء، وعند مقاضاة الشركة، فإن هذه المقاضاة تكون في شخص الممثل الذي اختارته لنفسها، وعليه فإن ممثل الشركة يجب ألا يتجاوز الحدود المرسومة له في التعامل في مجال الأوراق التجارية، فلا يجوز أن يضمن ورقة تجارية بأكثر مما هو مخول به، وتطبق على أهلية ممثل الشخص المعنوي كل الأمور التي ذكرناها سابقا في موضوع الأهلية.

- أهلية الشخص المعنوي في القانون المصري:

نصت المادة (٥٣) من القانون المدني المصري على أنه: "١- الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون. ٢- فيكون له: (أ) ذمة مالية مستقلة. (ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقررها القانون (ج) حق التقاضي".

إذا للشخص الاعتباري أهلية كما للشخص الطبيعي، حيث أنه يمتلك أهلية الأداء وأهلية الوجوب، إلا أن هاتين الأهليتين ناقصتان دائما بالنسبة للشخص الاعتباري، وقد ثار خلاف بخصوص أهلية الأداء للشخص الاعتباري على اعتبار أن أهلية الأداء تتطلب الإرادة المستقلة، وأن ممثلي الشخص الاعتباري هم الذين يمثلون إرادته، ولذلك قيل بعدم تمتع الشخص الاعتباري بأهلية الأداء، وبذلك فإن للشركة حق التملك والتقاضي والتعاقد، وهذه الحقوق تكون محددة أغراضها في عقد تأسيسها، وأن الشخص الاعتباري لا يستطيع أن يمارس حقوقه بنفسه، ولذلك فلا بد من وجود ممثل له يقوم بالتعبير عن إرادته، وإن الشركة تسأل مسؤولية مدنية وجزائية، بالإضافة إلى تعرض ممثليها من مديريين وغيرهم من مسؤولية شخصية تعاقدية إزاء الشركة، وتقصيرية إزاء الغير، ومسؤولية جزائية إذا توفرت أركانها^{٦٧}.

^{٦٥} د. أكرم ياملي: الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي. الشركات التجارية، ج ١. ط ٤، لا توجد دار نشر، بغداد، ١٩٧٢، ص ٣٦.

^{٦٦} د. طالب حسن موسى: الموجز في الشركات التجارية، ط ١، لا توجد دار نشر، بغداد، ١٩٧٣، ص ٦٢.

^{٦٧} مصطفى كمال طه: القانون التجاري (الشركات التجارية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ١٤٧-١٧٥.

وعليه فإن للشخص الاعتباري أن يقوم بسحب الأوراق التجارية وضمانها ضماناً احتياطياً عن طريق من يمثله، وذلك لأن الشخص المعنوي يمتلك الأهلية التي تتطلبها القانون للقيام بأعمال تتعلق بالأوراق التجارية، ومنها الضمان الاحتياطي لسير العمل في الشركة، وللشركة أن تتمتع بكل الحقوق التي لا تتعارض مع كونها شخصاً اعتبارياً، وتصبح دائنة بها سواء كانت هذه الحقوق مادية، أو معنوية، أو أن تكون مدنية.

إن الشركة تستطيع القيام بجميع الأعمال، وذلك عن طريق من يمثّلها وتستطيع باسمها التقاضي عن طريق من يديرها أو وكلاء الشركاء دون أن يذكر اسم الشركاء، وعند مقاضاة الشركة، فإن هذه المقاضاة تكون في شخص الممثل الذي اختارته لنفسها، وعليه فإن ممثل الشركة يجب ألا يتجاوز الحدود المرسومة له في التعامل في مجال الأوراق التجارية، فلا يجوز أن يضمن ورقة تجارية بأكثر مما هو مخول به وتطبق على أهلية ممثل الشخص المعنوي كل الأمور التي ذكرناها سابقاً في موضوع الأهلية.

ثالثاً: المحل

محل الالتزام: هو كل ما يلتزم به المدين. وللمحل ثلاث صور: إما أن يكون التزاماً بعمل، أو التزاماً بامتناع عن عمل، أو التزاماً بإعطاء شيء، وإن للمحل شروط يجب توافرها، وهذه الشروط هي أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وكذلك يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه أي أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب، وسيتناول الباحث هذه الشروط بالتعاقب مبيناً فيها محل الالتزام في الضمان الاحتياطي، والمحل في الفقه الإسلامي.

- شروطه:

١- محل الالتزام موجوداً أو ممكناً:

أن يكون محل الالتزام موجوداً عند إبرام العقد، أو أنه يمكن أن يوجد في المستقبل، وللمتعاقدين إذا اتفقا على أن المحل موجوداً عند العقد، ثم تبين أن المحل غير موجود، ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد ولا ينشأ الالتزام، وأن الشيء غير الموجود قد لا يكون موجوداً أصلاً، وقد يكون موجوداً، ولكن قبل العقد، والمحل الذي يوجد في المستقبل، فإنه لا يوجد أثناء العقد ولكن يمكن أن يوجد في المستقبل، وقد نص القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) في المادة (١٣٤) في فقرتها الأولى على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً مؤكداً الوجود".

وكذلك نص القانون المدني العراقي في المادة (١٢٩) في فقرتها الأولى منه على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر"، وكذلك وبنفس الاتجاه نصت المادة (١٣١) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى بقولها: يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً.

ولا يشير المحل في الأوراق التجارية أهمية خاصة؛ لأنه في كل الأحوال عبارة عن مبلغ من النقود والمحل، ولذلك فهو ممكن وجائز دائماً^{٦٨}.

ولما كان الضمان الاحتياطي لا يتم إلا في الأوراق التجارية، فإن محله يكون قيمة هذه الورقة وقد نصت على المحل المادة (٤٤٨) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) على أنه: "١- يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي، ٢- ويكون هذا الضمان من أي شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة شريطة أن يضيف توقيعه ضمناً إضافياً للكمبيالة". وكذلك نصت المادة (٨٠) من قانون التجارة العراقي الحالي على أنه: يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كله أو بعضه من أي شخص، ولو كان ممن وقعوا عليها". وكذلك ما نصت عليه المادة (٤١٨) من قانون التجارة المصري الجديد بقولها: "١- يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي، ٢- ويكون هذا الضمان من أي شخص، ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة^{٦٩}.

وفي حين أن محل الورقة التجارية يكون مبلغاً من النقود، وأن ضمان الضامن الاحتياطي يأتي ليضمن ذلك المبلغ، عليه فإذا كان الأمر على غير ذلك مثلاً، كأن يكون انصب المحل على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تسليم شيء آخر غير النقود فلا نكون بشأن ورقة تجارية ولا ضمان احتياطي لتلك الورقة، وذلك لأن المحل في الأوراق التجارية إذا لم يكن مبلغاً من النقود تفقد صفتها كورقة تجارية، وهو لا يدخل بموضوع محل الضمان الاحتياطي.

إن الأصل في الضمان الاحتياطي أن يرد على وفاء قيمة الورقة التجارية كما هو مبين في المادة (٤٤٨) من قانون التجارة الفلسطيني، المادة (٨٠) من قانون التجارة العراقي، والمادة (٤١٨) من قانون التجارة المصري. ولكن بعض الفقهاء أجازوا أن يكون الضمان على قبول الورقة التجارية أيضاً وحجتهم في ذلك هو أن النص لم يأت على سبيل الحصر، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه، حيث ذهبت إلى أن الضمان الاحتياطي يجوز أن يكون لضمان المسحوب عليه غير القابل، وأن الضمان عن المسحوب عليه غير القابل يشمل القبول أيضاً.

إذ أنه يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي عن المسحوب عليه وبين ذلك في موضوع الشخص المضمون، ولذلك فإن الضامن الاحتياطي يكون ضامناً لوفاء قيمة الورقة التجارية وضماناً لقبولها، والدليل على ذلك أن الحامل يستطيع أن يرجع بوقت مبسر على الضامن الاحتياطي قبل حلول أجلها إذا رفض المسحوب عليه الوفاء. وذلك بمقتضى المادتين (٤٦٩ - ٤٧٧) من قانون التجارة الفلسطيني و المادتان (١٠٢ - ١١٠) من قانون التجارة العراقي والمقابلتين للمادتين (٤٣٨ - ٤٤٦) من قانون التجارة المصري^{٧٠}.

^{٦٨} د. عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمر الشواربي: الأوراق التجارية، الأوراق التجارية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠، ص ٨٢.

^{٦٩} وينفس الاتجاه ما نصت عليه المادة (٤٤٧) من قانون التجارة السوري والمادة (٣٥) من قانون التجارة السعودي

^{٧٠} نصت المادة (٤٦٩) في فقرتها الأولى من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) على أنه: "لحاميل الكمبيالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها) ونصت المادة (٤٧٧) من نفس القانون على " في حالة الرجوع بعد قبول جزئي،

فالساحب والقابل والمظهرون والضامنون الاحتياطيون ملزمون بالتضامن نحو الحامل، وأنه يجوز للضامن أن يضمن جزء من قيمة الورقة التجارية، وعليه أن يبين في هذه الحالة، الجزء المراد ضمانه بوضوح. وقد أجازت بعض القوانين الكفالة للدين في المستقبل، وذلك فإن مثل هذه الكفالة شائعة، لأن الدائن يفضل أن يحصل على ضمانه لحقه، ومثال ذلك كفالة الاعتماد الذي يفتحه مصرف (بنك) لأحد عملائه، فإن المصرف يفتح اعتماده لعميله ويتعامل مع شخص آخر على ضمان الوفاء بما يسحبه المدين من هذا الاعتماد المفتوح، وأن دين العميل لا ينشأ في مواجهة المصرف إلا من وقت السحب أما قبل هذا، فإنه يعتبر ديناً مستقلاً^{٧١}.

أما محل الضمان الاحتياطي في الورقة التجارية التي لم تنشأ بعد، فإنه يجب أن تذكر قيمة الورقة التجارية التي هي محل الضمان الاحتياطي، وكذلك الأوراق المراد ضمان قيمتها وتاريخ ذلك، وإن مثل هذا الضمان يعطى عادة في ورقة مستقلة وإن الورقة التي لم تنشأ بعد هي ورقة شكلية لن تتحدد ماهيتها إلا بعد كتابتها، وقد أوضحت ذلك المادة (٤٥١) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) بأنه: "١- يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة يبين فيها الجهة التي تم فيها الضمان، ٢- والضامن الاحتياطي بورقة مستقلة لا يلزم إلا تجاه من أعطى له الضمان". وقد نصت المادة (٨٣) من قانون التجارة العراقي بقولها: "يجوز إعطاء الضمان على ورقة مستقلة يبين فيها المكان الذي تم فيه، ولا يلزم الضامن في هذه الحالة إلا تجاه من أعطى له الضمان" في حين أن القانون المصري لم ينص على اعطاء الضمان على ورقة مستقلة، وسوف يتناول الباحث ذلك لاحقاً.

٢- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين:

نصت المادة (١٣٠) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) على أنه: "١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً، ٢- يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، ٣- إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة جودة الشيء، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من طبيعة المعاملة، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط".

يجوز لمن أوفى القدر غير المقبول من قيمة الكمبيالة أن يطلب إثبات هذا الوفاء على الكمبيالة وتسليمه مخالصة به، ويجب على الحامل فضلاً عن ذلك أن يسلمه صورة طبق الأصل من الكمبيالة موقعا عليها منه وأن يسلمه الاحتجاج تمكيناً له من استعمال حقه في الرجوع على غيره بما أوفاه . ونصت المادة (١٠٢) من قانون التجارة العراقي الحالي في فقرتها الأولى على أنه: ((الحامل الحوالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملزمين بها)). ونصت المادة (١١٠) من نفس القانون على أنه: ((في حالة الرجوع بعد قبول جزئي. يجوز لمن أدى القدر غير المقبول من مبلغ الحوالة أن يطلب إثبات هذا الوفاء على الحوالة وتسليمه مخالصة به. ويجب على الحامل فضلاً عن ذلك أن يسلمه صورة من الحوالة مصدقا عليها منه بما يفيد أنها طبق الأصل وأن يسلمه الاحتجاج تمكيناً له من استعمال حقه في الرجوع على غيره)). وينفس الاتجاه نصت المادة (٤٣٨) من قانون التجارة المصري في فقرتها الأولى على أنه: ((الحامل الكمبيالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملزمين بها))، والمادة (٤٤٦) من نفس القانون نصت على أنه: ((في حالة الرجوع بعد قبول جزئي لمن وفى القدر غير المقبول من قيمة الكمبيالة أن يطلب إثبات هذا على الكمبيالة وتسليمه مخالصة به. ويجب على الحامل فضلاً عن ذلك أن يسلمه صورة طبق الأصل من الكمبيالة موقعا عليها منه وأن يسلمه الاحتجاج تمكيناً له من استعمال حقه في الرجوع على غيره)).

^{٧١} د. سمير عبد السيد تناغو: التأمينات الشخصية العينية، مطبعة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠، ص ٤٥.

كما نصت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي على هذا الشرط بقولها: "١- يلزم أن يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد، أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك تنتقي به الجهالة الفاحشة، ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. ٢- على أنه يكفي أن يكون المحل معلوما عند العاقلين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر."

بينما نصت المادة (١٣٣) من القانون المدني المصري حول ذلك على أنه: "١- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا. ٢- ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين، بأن يسلم شيئا من صنف متوسط وعليه يجب أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين، فلا يصح التعاقد مع مقاول على بناء معين إلا إذا حددت أوصافه ومحتوياته صراحة أو ضمناً."

وإذا كان المحل شيئا من الأشياء المثلية، فيجب في هذه الحالة أن يذكر الجنس والنوع والمقدار، وأن الأشياء المثلية إذا ما عينت بظروف من الزمان والمكان يقوم هذا مقام تعيين مقداره، وإذا كانت الأشياء تختلف من حيث الجودة فيجب تعيين درجة جودتها.

وفي الأوراق التجارية، يجب أن يعين محلها تعيينا نافيا للجهالة، فيجب، أن يبين الأشياء المميزة له، وكذلك مقداره، وغير ذلك تنتقي بها الجهالة الفاحشة، وأن يكون معينا من الناحية الكمية والنوعية. والمحل يجب أن يكون معينا من حيث الكمية، أي أن مبلغ الورقة التجارية يجب أن يكون معينا، فلا يجوز أن يكون المبلغ غير محدد المقدار، وقد أشارت إلى ذلك المادة (٥٢٩) من قانون التجارة الفلسطيني بقولها: "يكون مقابل الوفاء موجودا إذا كان للساحب أو للأمر بالسحب لدى المسحوب عليه وقت إنشاء الشيك، مبلغ من النقود مستحق الأداء مساوٍ على الأقل لمبلغ الشيك، وجائز التصرف فيه بموجب شيك، طبقا لاتفاق صريح أو ضمني بين الساحب أو الأمر بالسحب والمسحوب عليه."

ونصت المادة (٦٣) من قانون التجارة العراقي الحالي بقولها: "يعتبر مقابل الوفاء موجودا إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب أو للأمر بالسحب في ميعاد استحقاق الحوالة بمبلغ من النقود مستحق الأداء، ومساوٍ على الأقل لمبلغ الحوالة". وأيضا نصت المادة (٤٠٢) من قانون التجارة المصري بقولها: يعتبر مقابل الوفاء موجودا إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب أو للأمر بالسحب في ميعاد استحقاق الكمبيالة بمبلغ من النقود مستحق الأداء، ومساوٍ على الأقل لمبلغ الكمبيالة. وفي الضمان الاحتياطي، لم يشترط القانون ذكر المبلغ المراد ضمانه، فإذا خلت عبارة الضمان من ذكر المبلغ اعتبر الضمان شاملا لقيمة الورقة التجارية كلها. وقد أشارت المادة (٤٤٨) بفقرتها الاولى من قانون التجارة الفلسطيني، والمادة (٨٠) من قانون التجارة العراقي بفقرتها الاولى، والمادة (٤١٨) من قانون التجارة المصري السابق ذكرها بهذا الحكم، وعليه فإنه يجوز أن يشمل

الضمان كل قيمة الورقة التجارية إذا ذكر المبلغ كله في صيغة الضمان، وكذلك في الحالة التي لم يذكر فيها قيمة الضمان فإنه يعتبر شاملاً لكل قيمة الورقة التجارية، وكذلك يجوز أن يكون الضمان بجزء من قيمة الورقة التجارية في الأحوال التي يحدد فيها الضامن ضمانته بجزء من تلك القيمة.

٣- أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه:

نصت المادة (٢٨٠) في فقرتها الأولى من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) على أنه: "١- لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للشريعة الإسلامية أو للنظام العام أو للآداب، هذا إذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان فاسخاً فهو ذاته الذي يعد غير قائم".

كما ونصت المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي على أنه: "١- يلزم أن يكون محل التزام غير ممنوع قانوناً، ولا مخالفاً للنظام العام والآداب، وإلا كان العقد باطلاً. ٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظرف الاستثنائية". ونصت المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.

وبذلك يجب أن يكون المحل مشروعاً، أي غير ممنوع قانوناً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلاً، وهناك أشياء تخرج عن التعامل، وذلك لأن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً للتعامل، ومثاله الأشياء التي يستفيد منها جميع الناس، مثل أشعة الشمس والهواء والماء... الخ، إلا إذا أحرزت منها مقادير معينة لغرض معين، وهناك أشياء يخرجها القانون من التعامل، ومثال ذلك أموال الدولة وتركبة الإنسان، وهو على قيد الحياة وأموال الوقف الخيري، وبعض المواد السامة والأسلحة وغيرها^{٧٢}.

والضمان الاحتياطي لا يتم إلا في الأوراق التجارية وأن محله هو قيمة الورقة التجارية، فإن محله يكون مشروعاً دائماً وغير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام والآداب أيضاً.

رابعاً: السبب

- السبب في القانون الوضعي:

السبب: هو الباعث الدافع، الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء تحرير الورقة التجارية، وهو ركن من أركان إنشاء الورقة التجارية أو العقد، وإذا خلا العقد من السبب المشروع، أو كان منعقداً على سبب غير مشروع، أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، فإنه يكون باطلاً، وإن كل التزام يجب أن يكون له سبب مشروع حتى إذا لم يذكر ذلك السبب، وإذا ذكر السبب، فإنه يعتبر السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل العكسي، وقد

^{٧٢} د. حسن علي الدنون: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام - أحكام الالتزام - إثبات الالتزام)، ج ١، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٧٦،

أشارت إلى ذلك المادة (١٣٥) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) على أنه: "لا ينشأ الالتزام إذا لم يكن له سبب ويبطل العقد. ومثال ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية " العقود الملزمة لجانبين سبب التزام المتعاقد هو سبب التزام المتعاقد الآخر ففي عقد البيع سبب التزام البائع بتسليم المبيع هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، وفي عقد الإيجار سبب التزام المؤجر بتسليم المأجور هو سبب التزام المستأجر بدفع الأجرة، وبالعكس... الخ، وفي العقود العينية سبب الالتزام هو تسلم المعقود عليه وفي التبرعات سبب الالتزام هو نية التبرع، وهذه هي النظرية التقليدية في السبب".^{٧٣}

وهذا يعني أن هناك فرقاً بين سبب الالتزام وسبب العقد، حيث أن الالتزام لا ينشأ إذا لم يكن له سبب كون أن العقد يكون باطلاً في حال عدم توافر سبب الالتزام. ونصت المادة (١٣٦) من نفس القانون على "١- يفترض في كل التزام أن له سبباً حقيقياً، ولو لم يذكر السبب. ٢- ويفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك." وكذلك نصت المادة (١٣٧) من نفس القانون على "١- يكون العقد باطلاً إذا كان سببه غير مشروع. ٢- يعد سبب العقد غير مشروع إذا كان الباعث الدافع إليه مخالفاً للنظام العام أو الآداب".

وكذلك نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي بقولها: "١- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب ممنوع قانوناً، أو مخالف للنظام العام أو للآداب. ٢- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً، ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. ٣- أما إذا ذكر السبب في العقد، فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك".

وبنفس الاتجاه نصت المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري على أنه: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً، ونصت للمادة (١٣٧) من القانون المدني المصري أيضاً على أنه: "١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد، هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

ويرى العالم الجليل الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) أن السبب يقصد به الباعث الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد، وهو أمر نفسي خارج عن العقد^{٧٤}.

أن كلمة سبب التي وردت في القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) تعني الباعث الذي يدفع إلى السبب مباشرة، وهذا بخلاف ما جاء في المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي حيث أن كلمة

^{٧٣} المذكرة الإيضاحية: مرجع سابق.

^{٧٤} د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ١٠، القاهرة، ١٩٧٠م، ص ٤٧٣.

السبب لا تعني الباعث وذلك لأن الباعث أمر نفسي خارج عن العقل، وفي بعض الأحيان لا يعلم به المتعاقد الآخر، ويرجع صاحب هذا الرأي السبب إلى النظرية التقليدية^{٧٥}.

بينما كلمة السبب التي وردت في المادتين (١٣٦-١٣٧) من القانون المدني المصري لا تعني الباعث تأييداً لصاحب الرأي الذي يرجعه إلى المدرسة التقليدية، ولكن السبب في الضمان الاحتياطي هو الباعث الدافع، وإن السبب في هذه الحالة يكون الغرض غير المباشر، لأن الغرض المباشر هو أمر مادي ثابت.

ويمكن أن يعرف الباحث السبب بالنسبة للضمان الاحتياطي على أنه: "السبب في الضمان الاحتياطي هو الباعث الذي قام عليه الضمان الاحتياطي الذي قصد من ورائه الملتزم الوصول إليه، وقد يكون الضامن الاحتياطي قد قصد من وراء الباعث إما أن يكون ديناً بذمته يريد وفاءه، أو أن يكون قصد غاية تحقق له ربح أو فائدة من وراء هذا الضمان، على أن يكون هذا السبب مشروع وغير مخالف للنظام العام والآداب، وقد ذهب محكمة التمييز في العراق في حكم لها على أنه: "يفترض أن للكمبيالة سبباً مشروعاً طبقاً للقاعدة المقررة بالمادة (١٣٢) من القانون المدني، وإن لم يشترط قانون التجارة ذكر سبب الالتزام^{٧٦}.

ومن كل ما تقدم اتضح أن السبب يجب أن يكون موجوداً وأن يكون مشروعاً وسوف يتناول الباحث هذين الشرطين بإيجاز:

١ - أن يكون السبب موجوداً:

يفترض أن يكون السبب موجوداً، وإذا لم يكن السبب موجوداً في العقد، فإنه لا يمنع من افتراض سبب صحيح ومشروع، وكذلك يمكن إثبات العكس وأن الإثبات جائز في كل حالة وبجميع طرق الإثبات^{٧٧}. ومن نص المادة (١٣٦) من القانون المدني الفلسطيني (٤) لسنة (٢٠١٢) والمادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي والمادتين (١٣٦-١٣٧) من القانون المدني المصري، يفهم أن السبب يكون مفترض الوجود في حالة عدم ذكره، أما إذا ذكر السبب، فإنه يعتبر السبب الحقيقي. ويجب أن يكون سبب الضمان الاحتياطي موجوداً، ويرى الباحث أنه لا مانع من أن يكتب سبب الضمان مع صيغة أو عبارة الضمان الاحتياطي، وإذا لم يذكر سبب الضمان الاحتياطي، فإنه يكون مفترض الوجود.

وفي بعض الأحيان يعطى الضمان الاحتياطي بصيغة التظهير التملكي، وذلك في الأحوال التي لا يستطيع الحامل فيها خصم الورقة التجارية لدى البنك لضعف الثقة المالية فيه، فيقوم بتظهير هذه الورقة إلى شخص آخر، تظهيراً ناقلاً للملكية، والذي يقوم هو بدوره بتظهيرها إلى المصرف (البنك)، فيلتزم بضمان

^{٧٥} د. عبد المجيد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص ٤٦٣.

^{٧٦} رقم الحكم ٦٢٦ ج/ ٩٧٦، تاريخ الحكم ١٩٦٧/٧/٢٤م، منشور في مجلة القضاء العراقي، ع ١٩٦٩.

^{٧٧} د. حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات في نظرية العقد، ج ١، لا يوجد دار نشر، القاهرة، ١٩٤٢، ص ١٦٩.

وفائها بوصفه ظاهرياً مظهراً في حين أنه ضامناً احتياطياً^{٧٨}، وأن السبب، قيام الضمان الاحتياطي بهذه الطريقة، (الضمان الاحتياطي المستتر)؛ من أجل أن لا يشك بملاءة الشخص المضمون وثقته المالية.

٢- مشروعية السبب:

يجب أن يكون سبب الضمان الاحتياطي مشروعاً، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن هذا السبب لا يشترط أن يذكر في صيغة الضمان، إنما يجب أن يكون مشروعاً ما لم يقدّم الدليل العكسي على غير ذلك، وقد أشارت المادة (١٣٨) في فقرتها الأولى "يفترض في كل عقد أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر السبب، وإذا ثبت أن سبب العقد غير مشروع، بطل العقد وكذلك أشارت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثالثة، والفقرة الثانية من المادة (١٣٧) من القانون المدني المصري السالف ذكرها ، بذلك فقد ذهب محكمة التمييز العراقية في إحدى قراراتها إلى "أن العوض في السند للأمر وإن لم يكن من البيانات الإلزامية التي أوردتها المادة (٤٦٤) من قانون التجارة الملغى، غير أنه إذا لم تثبت مشروعية العوض كان الالتزام بتأدية مبلغ السند للأمر باطلاً^{٧٩}.

عليه فإنه يجب أن يكون السبب مشروعاً، أي أنه لا يشترط أن يكون موجوداً فقط ولكن يجب أن يكون مشروعاً وموجوداً في آن واحد.

المطلب الثاني:

الشروط الشكلية في الضمان الاحتياطي

تمهيد وتقسيم:

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية هناك شروط شكلية للضمان الاحتياطي خاصة به، وهنا سوف يتناولها الباحث في ثلاثة فروع، وهي الكتابة والصيغة والتوقيع.

الفرع الأول:

الكتابة

إن الضمان الاحتياطي تصرف قانوني شكلي ينشئ في ذمة الضامن التزاماً صرفياً^{٨٠}، هذا الضمان لا بد أن يتم كتابة، كسائر الالتزامات الصرفية. فالالتزام الصرفي لا يعبر عنه أبداً بصورة شفوية، ولا يمكن إثباته بأي دليل من أدلة الإثبات غير الدليل الكتابي، فالكتابة شرط لوجوده وإثباته^{٨١}، وهذا الشرط ورد في المادة

^{٧٨} د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع: الأوراق التجارية، الأوراق التجارية، المكتبة القانونية، ٢٠١٧، ص ٦٠٨.

^{٧٩} رقم القرار ٢٣٥٢/حقوقية/٩٥٩. تاريخ القرار ١٩/٣/١٩٦٠، منشور في مجلة القضاء العراقي، ع ١٤، ص ١٩٦٠.

^{٨٠} د. مصطفى أحمد شويدي: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٦١.

^{٨١} د. عبد العزيز العكيلي: شرح القانون التجاري، -الأوراق التجارية وعمليات البنوك-، مرجع سابق، ص ١٤٧.

(٤٤٩) في فقرتها الأول من قانون التجارة الفلسطيني بقولها " يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو على الورقة المتصلة بها.

وكذلك نصت المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي الحالي في فقرتها الأولى على أنه: يكون الضمان بكتابة هذا اللفظ أو بأية صيغة تفيد هذا المعنى على الحوالة ذاتها أو على ورقة متصلة بها، ويوقعه الضامن^{٨٢}. والمقابلة لهذه المادة من قانون التجارة المصري هي المادة (٤١٩) في فقرتها الأولى بقولها: يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو على وصلة"، ونصت المادة (١٣١) من القانون الموحد في فقرتها الثانية على نفس المعنى على أن الضمان الاحتياطي لا يكون إلا على الورقة التجارية نفسها أو الوصلة المتصلة بها، وتطبيقاً لذلك، فقد ذهبت محكمة تمييز العراق في حكم لها إلى أن: " كفالة الأفعال لا تكتسب الشكل القانوني إلا بتحريرها على الكمبيالة نفسها، أو على ورقة ملحقة بها"^{٨٣}.

ويخلص من هذه المادة أن الضمان الاحتياطي لا يكون إلا بالكتابة كما هو الحكم في سائر الالتزامات المصرفية، والكتابة ليست شرطاً لإثبات الضمان الاحتياطي فحسب، بل هي شرط لصحته كذلك، بحيث لا يقوم الإقرار أو اليمين مكان الكتابة في هذا الشأن، وتميز هذه المادة في فقرتها الثانية والثالثة بين فرضين:

- **الفرض الأول:** إذا وقع الضامن الاحتياطي على ظهر الكمبيالة، فيجب أن يسبق التوقيع عبارة تدل على قصد الضمان كعبارة (للضمان الاحتياطي) أو أي عبارة أخرى مماثلة، وذلك لكي لا يختلط توقيع الضامن بتوقيع المظهر، ومجرد التوقيع على ظهر الكمبيالة دون أن يقترن بأي بيان آخر يجب أن يعد تظهيراً على بياض، ولما كانت الوصلة تعد مكملة وامتداداً لظهر الكمبيالة، فيجب أن يسبق توقيع الضامن عليها عبارة تدل بوضوح على الضمان^{٨٤}.

- **الفرض الثاني:** أما إذا وقع الضامن على صدر الكمبيالة، فلا يلزم بيان الصفة التي يوقع بها؛ لأن الضمان يستفاد من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة، ولا يستثنى من هذا الحكم إلا المسحوب عليه والساحب، ذلك أن مجرد توقيع المسحوب عليه على صدر الكمبيالة دون بيان يدل على قصد ضمان موقع آخر يعد بمثابة القبول، وهي قرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكسي بالنسبة للحامل حسن النية على الأقل. وبالمثل، فإن الساحب لا يستطيع أن يضمن موقعاً آخر بمجرد التوقيع على صدر الكمبيالة، بل يجب أن يسبق توقيعه عبارة تدل على ذلك.

^{٨٢} نصت المادة (٤٥٦) من قانون التجارة العراقي السابق رقم (١٤٩) لسنة (١٩٧٠) في فقرتها الأولى على أنه: ((يكتب الضمان الاحتياطي على السفتجة ذاتها أو على ورقة متصلة بها)). ونصت المادة (٤١٧) من قانون التجارة العراقي الملغي رقم (٦٠) لسنة ١٩٤٣ بقولها: "يجوز التكفل (بالأقال) بتحرير على ورقة البوليصه أو على ذيلها (الونج) ويكون بلفظ (اقل) أو بما يفيد نفس المعنى موقعاً عليه من قبل الكفيل وتوقيع عبر المخاطب والساحب على وجه البوليصه بفيد معنى التكفل بالأقال)).

^{٨٣} رقم الحكم ٢٧٩/ استئنافية، تاريخ القرار ٢٤/٤/١٩٧٠، منشور في النشرة القضائية لمحكمة التمييز العراقية، العدد الثاني، تشرين الثاني، ١٩٧٢، ص ٤٠.

^{٨٤} د. محمد علي راتب: السندات الإنذنية، (د.ن)، ١٩٤٨، ص ٢٢٢.

الفرع الثاني:

الصيغة

لا توجد صيغة معينة يجب أن يلتزم فيها الضامن الاحتياطي، فقد يقال "أضمن فلانا في الوفاء" أو "أقبل الضمان الاحتياطي" أو "للضمان" أو "مقبول كضامن احتياطي" أو عبارة أخرى تفيد هذا المعنى وذلك لكي لا يختلط توقيع الضامنين بالتواقيع الأخرى وخاصة المظهرين^{٨٥}، أو مجرد التوقيع إلى جانب توقيع المضمون. ولكن الصيغة قد تختلف عما إذا كانت في ورقة متصلة بالسند مستقلة عنه. وتفصيل ذلك سيكون على النحو التالي:

١- إعطاء الضمان على الورقة ذاتها أو المتصلة بها

وبالنظر إلى قانون التجارة الفلسطيني فإنه لم يحدد صيغة معينة للضمان الاحتياطي، حيث جاء في القانون المذكور بالمادة (٤٤٩) في فقرتها الثانية "ويؤدى الضمان بعبارة "للضمان الاحتياطي" أو مقبول كضامن احتياطي" أو أية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن". وقد نصت المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الأولى والثانية بقولها: "١- يكون الضمان بكتابة هذا اللفظ أو بأي صيغة تفيد هذا المعنى على الحوالة ذاتها أو على ورقة متصلة بها ويوقعه الضامن. ٢- يستفاد من الضمان توقيع الضامن على وجه الحوالة ما لم يكن التوقيع صادرا من المسحوب عليه أو من الساحب".

وكذلك نصت المادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري في فقرتها الثانية والثالثة بقولها: "٢- ويؤدى الضمان بعبارة (الضمان الاحتياطي)، أو بأي عبارة أخرى تفيد هذا المعنى، ويوقعه الضامن. ٣- ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع صادرا من المسحوب عليه، أو من الساحب". ويجب أن يذكر في الضمان اسم المضمون وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب^{٨٦}، لأن الساحب يلزم وضع توقيعه أصلاً على صدر الورقة باعتباره مصدر الورقة وأول ملتزم بها، ولذلك فإن الساحب بتوقيعه على صدر الورقة يعتبر مديناً أصلياً وليس مجرد ضامن احتياطي، وأما المسحوب عليه فإن توقيعه على صدر الكمبيالة يعتبر قبولاً، ويصبح بذلك المدين الأصلي في الوفاء بقيمتها وليس مجرد ضامن احتياطي^{٨٧}.

ولكن ما الحكم لو ذكرت عبارة "كفيل" للضمان الاحتياطي؟ على قول المادة (٤٤٩) في فقرتها الثانية من قانون التجارة الفلسطيني والمادة (٨١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الأولى والثانية بقولها: "... أو باي صيغة تفيد هذا المعنى...."، والمادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري في فقرتها الثانية بقولها: "... أو بأي عبارة أخرى تفيد هذا المعنى..." ونصت المادة (٩٠٤) من القانون المدني الفلسطيني في فقرتها

^{٨٥} د. مصطفى أحمد شويديح: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٦٢.

^{٨٦} نصت المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الثالثة على أنه: ((يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب)). وبفس المعنى نصت المادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري في فقرتها الرابعة قولها: ((يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب)).

^{٨٧} زهرة إيشة: الضمان الاحتياطي في السفحة، مرجع سابق، ص ٢٣.

الأولى على "كفالة الدين التجاري تعد عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً وكذلك نصت المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى على أنه: (كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية، حتى لو كان الكفيل تاجراً)). وبنفس المعنى نصت المادة (٧٧٩) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى بقولها كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً)) والراجح وانسجاماً مع نصوص القانون إلى أن ذكر عبارة "كفيل". تخضع لأحكام القانون المدني، وتعد مدنية، ولو كان الكفيل تاجراً.

وقد اشترط قانون التجارة الفلسطيني في مادته (٤٤٩) وقانون التجارة العراقي في المادة (٨١) الفقرة الثانية، وقانون التجارة المصري في المادة (٤١٩) الفقرة الثالثة شرطاً أن يكون التوقيع للضمان على وجه الورقة التجارية^{٨٨}، ولا يكون توقيع الساحب أو المسحوب عليه؛ لأن توقيع الساحب يعتبر إنشاء للورقة التجارية، بينما توقيع المسحوب عليه يعتبر قبولاً للورقة التجارية، أما إذا ورد توقيعان للساحب فإن أحدهما يعتبر ضماناً للمسحوب عليه.

وإذا وقع الضامن على ظهر الورقة التجارية توقيعاً مجرداً دون ذكر عبارة تفيد معنى الضمان، فإن مثل هذا التوقيع يعتبر توقيعاً على بياض؛ لأنه توقيع مجرد، وأن ما هو مذكور في الورقة التجارية لا يمكن أن يثبت خلافه بالنسبة للغير وإذا انقطعت سلسلة التوقعات وصولاً إلى توقيع الضامن الاحتياطي اعتبر ذلك التوقيع كفالة عادية^{٨٩}.

وعند توقيع الضامن الاحتياطي على ظهر الورقة التجارية، يجب عليه أن يضع قبل توقيعه عبارة تفيد الضمان، وإذا لم يضع عبارة تفيد معنى الضمان، فإن ذلك التوقيع يعتبر تظهيراً للورقة التجارية. ولا يشترط القانون ذكر المبلغ المراد ضمانه، فإن خلت عبارة الضمان من المبلغ المراد ضمانه عد الضمان حاصلًا لكل قيمة الورقة التجارية، كما وأنه لا يشترط أن يذكر تاريخ قيام الضمان الاحتياطي؛ لأن ذوي العلاقة بإمكانهم أن يثبتوا ذلك بكافة طرق الإثبات.

ويتعين أن يوقع الضامن بجوار عبارة الضمان، ويمكن أن يستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن فقط على صدر الورقة التجارية بجوار توقيع المضمون أو بعيد عنه ما لم يكن هذا التوقيع صادراً من المسحوب عليه - حيث يمكن الاعتقاد بأنه قبول - أو من الساحب، ويتعين أن يذكر في الضمان اسم الشخص المضمون، وإذا أغفل ذلك، فيعتبر الضمان حاصلًا لمصلحة الساحب حماية للحامل ما لم يثبت العكس باعتبار الساحب

^{٨٨} نصت المادة (٥٠١) من قانون التجارة المصري في فقرتها الثالثة على أنه: (ويستفاد الضمان الاحتياطي من مجرد توقيع الضامن على صدر الشيك)). لا يوجد مثل هذا النص في قانون التجارة العراقي ولكن بالرجوع إلى نص المادة (١٣٧) والتي تنص على أنه: ((يسرى على الشيك أحكام الحوالة بالقدر الذي لا يتعارض مع ماهيته)). أن نحيل ما ليس للشيك من نص بهذا الخصوص إلى أحكام الحوالة في المادة (٨١) الفقرة الثانية والمتعلقة بوجوب أن يكون الضمان على وجه الصك (الشيك).

^{٨٩} صلاح الدين الناهي: الوسيط في شرح القانون التجاري (أحكام الأوراق التجارية)، ط٤، بغداد، 1962، ص٢٠٨.

هو الضامن لجميع الموقعين في الورقة التجارية، ويترتب على ذلك أن الضامن في هذه الحالة يضمن جميع الموقعين على الورقة ماعدا المسحوب عليه القابل^{٩٠}.

أن على الضامن الاحتياطي وجوب أن يحدد الملتزم الذي قصد ضمانه وهو المضمون، وهو في ذلك يتخذ ذات مركزه، فيعتبر ضامنا في مركز المضمون ذاته، وإذا لم يحدد الضامن شخص المضمون الذي تدخل لضمانه أعتبر أنه تدخل لضمان الساحب، وقصد المشرع من ذلك إضافة أقوى ضمان للحامل في حالة عدم تحديد شخص المضمون، وتتص على هذا الحكم المادة (٤٤٩) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الرابعة والمادة (٨١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الثالثة والمادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري في فقرتها الرابعة على أنه: "يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب".

٢- إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقه مستقلة

خروجا على مبدأ الكفاية الذاتية في الحوالة التجارية (الكمبيالة) والصك (الشيك)؛ فقد أجاز المشرع الفلسطيني والعراقي في قانون التجارة الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة، ويكون بذلك قد استفاد من التحفظ الوارد في قانون جنيف الموحد، حيث أن هناك وفودا عديدة خلال هذا المؤتمر كانت ترفض الأخذ بذلك أي الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة^{٩١}. ومنها كان المشرع المصري في قانون التجارة الجديد حيث لم يجز ذلك^{٩٢}.

ولا يوجد لهذا الضمان صيغة محددة إلا أنه من بين أهم ما يلزم لنشر الضمان على ورقة مستقلة هو ذكر شرط "مكان صدوره" وقد دأب الاجتهاد القضائي على هذه القاعدة، و لا يعد الضمان الاحتياطي المقدم على ورقة مستقلة ضامنا إلا إذا تم فيه مكان وقوعه^{٩٣}، ونفس النهج سار عليه المشرع القطري^{٩٤}. وهذا ما سيتناوله الباحث بالتفصيل في الفصل الثاني بإعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة.

الفرع الثالث:

توقيع الضامن الاحتياطي

يجب أن تقترن صيغة الضمان بتوقيع الضامن وهذا ما نصت عليه المادة (٤٤٩) في فقرتها الثالثة من قانون التجارة الفلسطيني بنصها: "ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على وجه الكمبيالة، ما لم يكن هذا التوقيع صادراً من المسحوب عليه أو من الساحب".

^{٩٠} حسين فتحي: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

^{٩١} د. المختار بطور: الأوراق التجارية في القانون المغربي. ط ١، مطبعة بابل، الرباط، ١٩٩٣، ص ١٢٩.

^{٩٢} يرى الدكتور على سيد قاسم أن عدم اعتراف المشرع المصري بالضمان الاحتياطي الذي يتم في ورقة مستقلة هو أمر يتجاهل الاعتبارات العملية التي استدعت وجود هذا النوع من الضمان خاصة وأن هذا الأمر قد نص عليه في القانون الفرنسي لعام ١٩٣٥ والقانون اللبناني والسوري.

^{٩٣} د. محمد الحرفي: الأوراق التجارية في القانون المغربي (فقهها وقضاء)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ١٩٩٦، ص ١٧٥.

^{٩٤} نصت المادة (٣٩٠) من القانون التجاري القطري رقم (٢٧) لسنة (٢٠٠٦) على أنه: ((يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة يبين فيها الجهة التي تم فيها هذا الضمان والضمان الاحتياطي بورقة مستقلة لا يلزم إلا تجاه من أعطى له الضمان)).

وكذلك نصت المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الثانية في قولها: "يستفاد الضمان من مجرد توقيع الضامن على وجه الحوالة ما لم يكن التوقيع صادرا من المسحوب عليه او من الساحب"، ونصت المادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري في فقرتها الثالثة على أنه: "يستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع صادرا من المسحوب عليه أو من الساحب".

ويستفاد من النص أن توقيع الضامن يوضع في أي مكان، سواء على وجه أو ظهر الكمبيالة، طالما ثبت تدخله كضامن من خلال التوقيع على صيغة الضمان. ولكن إذا أراد الضامن الاكتفاء بمجرد توقيعيه، فيلزم أن يرد هذا التوقيع على وجه الكمبيالة، أما الاستثناء الوارد في النص بالنسبة للساحب والمسحوب عليه، وذلك لأن توقيع الساحب يرد دائما على وجه الكمبيالة، أما المسحوب عليه فإن توقيعيه على وجه الكمبيالة يعد قرينة على قبوله لها^{٩٥}.

^{٩٥} د. حمدي محمود بارود: أحكام قانون التجارة الفلسطيني، الأوراق التجارية، (الكمبيالة- السند لأمر- الشيك) في قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤)، دراسة مقارنة، ط٢، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٥م، ص ١٠٩.

الفصل الثالث

كيفية إعطاء الضمان الاحتياطي والآثار القانونية والطبيعية المترتبة عليه

الفصل الثالث

كيفية إعطاء الضمان الاحتياطي والآثار القانونية والطبيعية المترتبة عليه

تمهيد وتقسيم:

سوف يقوم الباحث في هذا الفصل بتقسيمه الى مبحثين، الأول سيتضمن مكان الضمان الاحتياطي، والمبحث الثاني الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي والآثار المترتبة عليه.

المبحث الأول:

مكان الضمان الاحتياطي

من المتفق عليه بين كافة الأنظمة أن الضمان الاحتياطي يُكتب مباشرة على ظهر السند (مثل الكمبيالة أو الشيك). وعادة ما تتم كتابة الضمان الاحتياطي خلف الورقة التجارية أو بجانب توقيع الساحب أو المسحوب عليه أو على ورقة مستقلة.

إلا أن الأنظمة اختلفت في إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة: فذهبت بعض الأنظمة ومنها الفلسطيني والعراقي في قانون التجارة الى أن الضمان الاحتياطي يُعطى في ورقة منفصلة، بشرط أن تكون هذه الورقة مرتبطة بالسند الأصلي بشكل واضح. وهذا بخلاف القانون المصري الجديد الذي حدد الضمان الاحتياطي فقط على نفس الورقة التجارية. ولهذا ذهب الباحث في تقسيم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الأول: إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة.

المطلب الثاني: الوقت الذي يعطى فيه الضمان الاحتياطي.

المطلب الأول

إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة

لقد أشرنا سابقا الى أن المشرع الفلسطيني والعراقي في قانون التجارة أجازا الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة، وهو بذلك يكون خروجاً على مبدأ الكفاية الذاتية في (الكمبيالة) و (الشيك) والسند الإذني؛ ويكون بذلك قد استفاد من التحفظ الوارد في قانون جنيف الموحد^{٩٦}.

^{٩٦} د. المختار بطور: الأوراق التجارية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص ١٢٩.

وكذلك لا يوجد للضمان الاحتياطي الذي يعطى على ورقة مستقلة صيغة محددة إلا أنه يلزم لنشر الضمان على ورقة مستقلة ذكر شرط "مكان صدوره" وقد دأب الاجتهاد القضائي على هذه القاعدة، ولا يعد الضمان الاحتياطي المقدم على ورقة مستقلة ضمانا إلا إذا تم فيه مكان وقوعه.

ولبيان ذلك بصورة مفصلة عمد الباحث الى بيان الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة في القانون الموحد وقانون التجارة الفلسطيني والعراقي والمصري.

- الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة في القانون الموحد

أجازت معاهدة جنيف لكل دولة موقعة عليها أن تبدي تحفظا على القانون الموحد، يجيز لها الخروج على مبدأ الكفاية الذاتية للأوراق التجارية وتقرير صحة الضمان الاحتياطي الوارد في صك مستقل.

وفي بداية الأمر وقبل مؤتمر جنيف لم يجر الأمر الملكي الفرنسي في سنة (١٦٧٣) في المادة (٣٣) القسم الخاص الضمان بورقة مستقلة، وكان يعتبر مثل هذا الضمان كفالة عادية، وفي التقنين التجاري الفرنسي لعام (١٨٠٧) أجاز أن يعطى الضمان بورقة مستقلة، وذلك في المادة (٤٢)، وقد أخذت به معظم التشريعات التي استمدت من القانون الفرنسي، والقانون المصري الملغي، أما التشريع الألماني لم يأخذ به، وعندما ناقش مؤتمر جنيف هذا الموضوع سنة (١٩٣٠) لم يتفق الأطراف على إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة، ولهذا نصت المادة (٣١) من قانون جنيف الموحد على أنه: "إن الضمان يكتب إما على السفتجة نفسها، أو على الورقة المتصلة بها، ولكن الملحق الثاني من القانون المذكور نص في المادة (٤) منه على أنه: يجوز للدولة المتعاقدة خلافا لأحكام المادة (٣١) من قانون جنيف أن تضمن تشريعاتها الخاصة نصا يجيز إعطاء الضمان الاحتياطي على صك مستقل"^{٩٧}.

ويمكن أن يقال على الضمان الاحتياطي المعطى بورقة مستقلة أنه ضمان مستتر، وهناك عدة آراء قيلت حول الضمان المستتر منها ما يجيزه، ومنها ما لا يجيزه:

- **الرأي الأول:** أن المشرع راعى في هذا الحكم مصلحة الملتزم المضمون، حيث أراد رفع الحرج عنه في ظهور الضمان بالكبيالة، وما ينطوي عليه من الشيك في قدرته على الوفاء، علاوة على أن إجازة الضمان الاحتياطي بصك مستقل يسمح من الناحية العملية بضمان عدة أوراق تجارية مرة واحدة^{٩٨}.
- **الرأي الثاني:** هناك من يقول قد يكون الضامن غير راغب أصلا في إظهار أحد عملائه الرئيسيين - المدين في الورقة - بمظهر الضعيف، ذلك لأن الضمان على ذات الورقة يصبح خير شاهد على ذلك^{٩٩}.

^{٩٧} عبد الحميد عيسى غوانمة: مرجع سابق

^{٩٨} د. محمد السيد الفقي: الأوراق التجارية والافلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٧١.

^{٩٩} د. خالد الشاوي: الأوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي، ط ٢. جامعة قار يونس، بنغازي، ١٩٨٨، ص ٢١٨.

- **الرأي الثالث:** وهناك من يقول كذلك أن ورود الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة لا يشكل ضمانا احتياطيا، ولا يكون إلا كفالة عادية، ودليل هذا الرأي أن قانون الصرف هو قانون شكلي، لذلك لا يمكن أن نتوسع في تفسير النص^{١٠٠}.

وعليه فإن الضمان الاحتياطي، يكون على وجه الورقة التجارية وعلى الوصلة، وكذلك في ورقة مستقلة، إن كان التاجر يرى من مصلحته أن يكون في ورقة مستقلة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه أجزى بنص القانون على أن يكون الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة، وهذا ما نصت عليه كثير من الدول. ويقال إن هذا الضمان مستتر، وهذا له مميزاته بعدم ظهوره لكافة الحاملين، والحامل الذي أعطي له الضمان، وكذلك حتى لا يشك في ملاءته أو في القدرة على الدفع بالنسبة للشخص المضمون، وهكذا لا يعرف ذلك بالرغم من تداول الورقة التجارية^{١٠١}.

- **الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة في القانون الفلسطيني:**

إن قانون التجارة الفلسطيني أجاز إعطاء الضمان على ورقة مستقلة حيث جاء في المادة (٤٥١) في فقرتها الأولى "يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة يبين فيها الجهة التي تم فيها الضمان". وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة "الضامن الاحتياطي بورقة مستقلة لا يلزم إلا تجاه من أعطى له الضمان". وقد كان هذا النص هو النص الوحيد الذي يتعارض مع قانون التجارة المصري الجديد، ولا يوجد في القانون الأخير ما يقابله^{١٠٢}. وهذا ما سيتناوله الباحث تحت عنوان الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة في القانون المصري.

إن الضمان بورقة مستقلة لا ينشأ إلا بالكتابة، ولا يجوز إثباته بغير الكتابة كما يجوز أن يعطى الضمان بكتاب عادي، أي ورقة عرفية أو رسمية، ويجب أن يذكر فيه نوع الأوراق المراد قيمتها.

- **الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة في القانون العراقي:**

إن قانون التجارة السابق رقم (١٤٩) لسنة (١٩٧٠) قد أقر الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة. وذلك في المادة (٤٥٨)^{١٠٣}، وجاء قانون التجارة العراقي الحالي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤)، مجيزا إعطاء الضمان على

^{١٠٠} أكرم ياملكي: القانون التجاري (الأوراق التجارية)، ط٢، بغداد، ١٩٧٨، ص ٢١٥

^{١٠١} نصت المادة (٩٩) من قانون التجارة العثماني على انه: ((هذه الكفالة يتعهد بها أجنبي سواء كان تحريرا على ذات سند الحوالة أو على وثيقة أخرى)). نيو فيل بيات الاوفكان، شرح القانون التجاري العثماني، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

^{١٠٢} د. حمدي محمود بارود: أحكام قانون التجارة الفلسطيني، الأوراق التجارية، مرجع سابق، هامش ص ١٠٨.

^{١٠٣} يلاحظ أن المشرع العراقي في قانون التجارة الحالي قد استخدم عبارة الضمان فقط دون الضمان الاحتياطي وبذلك يكون القانون العراقي الوحيد الذي استخدم عبارة الضمان دون سائر القوانين العربية في حين أنه في قوانين التجارة العراقية السابقة والملغية استخدمت عبارة الضمان الاحتياطي.

ورقة مستقلة في المادة (٨٣) بقولها: "يجوز إعطاء الضمان على ورقة مستقلة يبين فيها المكان الذي تم فيه، و لا يلزم الضامن في هذه الحالة إلا تجاه من اعطي له الضمان".^{١٠٤}

ومن خلال نص للمادة (٨٣) أعلاه يشترط في إعطاء الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة، أن يبين فيها المكان الذي تم فيه، ولا يلتزم الضامن الاحتياطي في هذه الحالة إلا تجاه من أعطي له الضمان. وفي جميع الأحوال فإن الضمان بورقة مستقلة لا ينشأ إلا بالكتابة، ولا يجوز إثباته بغير الكتابة كما يجوز أن يعطى الضمان بكتاب عادي، أي ورقة عرفية أو رسمية، ويجب أن يذكر فيه نوع الأوراق المراد قيمتها. وعليه فإن مثل هذا الضمان يشمل عقد الضمان الاحتياطي بالصك أو الكتاب الذي يتعهد فيه الضامن بوفاء دين في ذمة شخص آخر، كما يشمل الضمان على الصك الذي يتعهد فيه شخص غير تاجر بوفاء سندات محررة لأمر وإذن أحد المصارف، وكذلك الصك الذي يتعهد به محرر بوفاء سند معين عند استحقاقه إذا امتنع المدين من الوفاء، وإذا أعطي الضمان بعقد رسمي، فيتعين أن يتوفر في العقد الشروط اللازمة لصحة العقود الرسمية.^{١٠٥}

- الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة في القانون المصري

إن قانون التجارة المصري لا يجيز التوقيع على ورقة مستقلة فقد نص قانون التجارة المصري رقم (١٩) لسنة (١٩٩٩) على كتابة الضمان الاحتياطي على ذات صك الورقة التجارية أو الوصلة المتصلة بها، ويستفاد ذلك من نص المادة (٤١٩) بقولها: "١- يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو على وصلة. ٢- ويؤدي الضمان بعبارة الضمان الاحتياطي، وبأية عبارة تفيد هذا المعنى، ويوقعه الضامن. ٣- ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع صادرا من المسحوب عليه أو الساحب. ٤- يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب".

تتناول هذه المادة شكل الضمان الاحتياطي، فاشتترطت أن يرد كتابة على الكمبيالة أو على وصلة، واستبعد الضمان الاحتياطي الوارد على ورقة مستقلة، وهو الوضع السائد في ظل القانون القديم، واكتفت الفقرة الثالثة بأن يرد الضمان بمجرد وضع توقيع الضامن على صدر الكمبيالة.^{١٠٦}

وقد أكد حكم لمحكمة مصر التجارية الذي يعتبر بمثابة تطبيق عملي للمادة بأن الضمان الاحتياطي لا يجوز إلا بالكتابة على ذات الورقة التجارية أو الوصلة المتصلة بها أو على الورقة المستقلة جاء فيه: ويستلزم أن يكون الضمان الاحتياطي بالكتابة، وأن يكون أما على ذات الكمبيالة أو السند تحت الإذن، أو في خطابات متبادلة، أو على ورقة مستقلة، عرفية أو رسمية. ويتعين لصحة الضمان بورقة منفردة أن يتعين فيها

^{١٠٤} د. محمد علي راتب: السندات الإذنية، مرجع سابق.

^{١٠٥} ثروت حبيب: القانون التجاري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٣، ص ٣١٣

^{١٠٦} ثروت حبيب: القانون التجاري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٣، ص ٣١٣

نوع الأوراق التجارية موضوع الضمان، والمبالغ الحاصل عنها الضمان ومدته، ولا يجوز إثبات حصول الضمان بشهادة الشهود^{١٠٧}. أما قانون التجارة المصري الجديد.

وخلص الباحث: من هذه المادة أن الضمان الاحتياطي لا يكون إلا بالكتابة كما هو الحكم في سائر الالتزامات الصرفية، والكتابة ليست شرطاً لإثبات الضمان الاحتياطي فحسب، بل هي شرط لصحته كذلك، بحيث لا يقوم الإقرار أو اليمين مكان الكتابة في هذا الشأن.

وتتميز هذه المادة في فقرتيها الثانية والثالثة بين فرضين:

- **الفرض الأول:** إذا وقع الضامن الاحتياطي على ظهر الكمبيالة، فيجب أن يسبق التوقيع عبارة تدل على قصد الضمان كعبارة (للضمان الاحتياطي) أو أي عبارة أخرى مماثلة، وذلك لكي لا يختلط توقيع الضامن بتوقيع المظهر، ومجرد التوقيع على ظهر الكمبيالة دون أن يقترن بأي بيان آخر يجب أن يعد تظهيرا على بياض، ولما كانت الوصلة تعد مكملة وامتدادا لظهر الكمبيالة، فيجب أن يسبق توقيع الضامن عليها عبارة تدل بوضوح على الضمان^{١٠٨}.

- **الفرض الثاني:** أما إذا وقع الضامن على صدر الكمبيالة، فلا يلزم بيان الصفة التي يوقع بها؛ لأن الضمان يستفاد من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة، ولا يستثنى من هذا الحكم إلا المسحوب عليه والساحب، ذلك أن مجرد توقيع المسحوب عليه على صدر الكمبيالة دون بيان يدل على قصد ضمان موقع آخر يعد بمثابة القبول، وهي قرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكسي بالنسبة للحامل حسن النية على الأقل. وبالمثل، فإن الساحب لا يستطيع أن يضمن موقعا آخر بمجرد التوقيع على صدر الكمبيالة، بل يجب أن يسبق توقيعه عبارة تدل على ذلك.

ويجب على الضامن أن يعين في صيغة الضمان اسم الشخص المضمون، فإذا أغفل ذلك، فإن الضمان يعد حاصلا لمصلحة الساحب، وهذه قرينة قانونية قاطعة لا تقبل الدليل العكسي. وقد يتخذ الضمان الاحتياطي صورة التظهير الناقل للملكية؛ حتى لا يضمن بالمضمون ضعف ائتمانه^{١٠٩}.

فلو فرض أن حامل الكمبيالة لا يستطيع خصمها لدى (بنك) لضعف الثقة فيه، فإنه يبدأ تظهيرها تظهيرا ناقلا للملكية إلى شخص موثوق به يقصد ضمان الحامل ضمانا احتياطيا، ثم يعيد هذا الشخص تظهيرها للبنك؛ فيلتزم بضمان الوفاء كضمان احتياطي سواء بسواء، وفي هذه الحالة يجوز إثبات حقيقة التظهير، و أن المقصود به الضمان الاحتياطي في العلاقة ما بين الضامن المضمون، إنما يمنع الاحتجاج بهذه الصورية على الحامل حسن النية هذا بالنسبة للكمبيالة، أما بالنسبة للشيك، وقد نصت المادة (٥٠١) في فقرتها الأولى على أنه يكتب الضمان الاحتياطي على الشيك. ويلاحظ من نص هذه المادة أن شكل

^{١٠٧} نقلا عن مجلة المحاماة المصرية: العدد الخامس، ١٩٤٠، سنة ٢٠، حكم محكمة مصر التجارية، في ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠، ص ١٩٧

^{١٠٨} د. محمد علي راتب: السندات الإذنية، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

^{١٠٩} المستشار عبد الحميد المنشاوي: الوسيط في القانون التجاري الجديد في ضوء، الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٣٣٦.

الضمان الاحتياطي أن يتم كتابته على صلب الشيك، وليس على وصلة متصلة ولا على ورقة مستقلة، وبذلك لا يجوز في قانون التجارة المصري الجديد الضمان على ورقة مستقلة عن الكمبيالة أو الشيك، وإلا خضع للأحكام العامة في الضمان دون الأحكام المتميزة طبقاً لقانون الصرف. وبذلك يشترط في الضمان الذي يخضع لأحكام الصرف أن يتم إما على صك الكمبيالة أو ورقة غير مستقلة عنها وإنما متصلة بها، بحيث يؤدي الاطلاع عليها إلى كفاية الكمبيالة الذاتية لإيضاح الحق الثابت بها وجميع ملحقاته^{١١٠}.

- **رأي الباحث:** يرى الباحث أن إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة يكون بشروط، ومن هذه الشروط: أن تكون ورقة موثقة مكتملة العناصر وأن يكتب بها اسم المضمون والمبلغ المراد ضمانه واسم الحامل الذي أعطي له الضمان والزمان والمكان الذي تم بهما الضمان. ونوع الورقة التجارية موضوع الضمان، وبعد كل هذه المعلومات يوقع الضامن الاحتياطي تحت ذلك.

أمثلة إيضاحية عن صيغ كتابة الضمان الاحتياطي:

ويمكن استعمال أي صيغة في الورقة التجارية الأصلية كأن يقول: "كفلت أداء الكمبيالة التجارية المحررة صورتها أعلاه، ولغاية الضمان الاحتياطي أعطيت هذه الكمبيالة، بتاريخ ١٨/٦/٢٠٢٣..... التوقيع"، وهذه الصيغة تكون على ذات الورقة، ويجوز إعطاء الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة دون ذكر الورقة المراد ضمانها، حتى يستطيع الشخص الواحد ضمان عدة حوالات، ولكن هذه الطريقة غير مؤمن منها، وذلك في حالة حدوث خلاف في تعيين حقيقة الورقة المضمونة.

صيغة توضيحية لضمان الاحتياطي وتوقيعه على ورقة مستقلة:

أنا الموقع أدناه:

الاسم: _____

هوية رقم: _____

العنوان: _____

رقم الهاتف: _____

^{١١٠} د. سميحة القليوبي: الأوراق التجارية، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٩٤.

أتعهد بأن أكون ضامناً احتياطياً للسيد/السيدة: _____ رقم الهوية: _____ العنوان: _____
_____ في مواجهة الدائن (المستفيد من الكمبيالة): _____ رقم الهوية: _____ العنوان: _____

وذلك فيما يتعلق بالكمبيالة التي تم تحريرها بتاريخ //__ والمستحقة الدفع في تاريخ //__، بمبلغ وقدره _____
(يكتب الرقم بالحروف) لصالح السيد/السيدة (الدائن).
التاريخ: _____ توقيع الضامن الاحتياطي: _____

صيغة أخرى يمكن استخدامها على ظهر الورقة التجارية:

أقر أنني اطلعت على جميع تفاصيل الكمبيالة وأتحمل مسؤولية الضمان الاحتياطي على نحو كامل للمضمون
.....فلان وفقاً للقوانين النافذة.

وفي هذا الصدد يري الباحث: أنه لا يمكن إعطاء الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة لعدة أوراق تجارية
دون تعيين هذه الأوراق المراد ضمان قيمتها.

المطلب الثاني:

الوقت الذي يعطى فيه الضمان الاحتياطي

تمهيد وتقسيم:

يختلف الوقت الذي يعطى به الضمان الاحتياطي من حيث أن يعطى قبل نشوء الورقة التجارية، أو
بعد ميعاد استحقاقها، وقيلت عدة آراء بهذا الشأن سوف يجملها الباحث في فرعين، يتناول في الفرع الأول
إعطاء الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية، والفرع الثاني إعطاء الضمان الاحتياطي بعد ميعاد
استحقاق الورقة التجارية.

الفرع الأول:

إعطاء الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية

في بعض الأحيان يقتضي الأمر أن يكون هناك شخص ثالث يقدم ضماناً احتياطياً، لدفع قيمة الورقة
التجارية التي لم تنشأ بعد، ولكن العلاقة المالية بين طرفين نشأت وأصبح هناك التزام غير محدد القيمة ولكنه
محدد الأطراف ، فقد يكون الأمر على سبيل المثال ان يؤمن لدى مصرف (بنك) دفع قيمة أوراق تجارية لم

توضع أو لم تدخل في الحساب وإنما على اعتبار ما سيكون، وهذا العمل يمكن أن يتخذ اعتياديا من قبل الشخص المضمون أو من قبل إدارة المؤسسة التي تسأل عن العمليات المصرفية العائدة لهذه المؤسسة، ويكون ذلك مجديا كأن تكون الأعمال محددة بمبالغ محددة للضمان تؤخذ عن طريق التوقيع، ويمكن أن يشمل الالتزام مبالغ غير محددة، وبالتالي يمتد لعمليات لم تأت بعد خلال فترة محددة، ولكن هناك سؤال يفرض نفسه ألا وهو هل أن هذا الالتزام يشكل ضمانا لكل هذه الأوراق إذا ما وضعت في الحساب، أم أنه يجب أن يحدد الضمان لدفع مدين واحد؟ فالضمان يعطى لشخص ثالث بخصوص كافة العمليات المصرفية التي يمكن أن يجربها المصرف (البنك) مع العميل، فتشكل ضمانا لكافة الأوراق التجارية التي يكون تداولها ضروريا لأجل قيام العلاقة بين الضامن والمضمون. للجواب على هذا السؤال هناك عدة آراء قيلت بهذا الخصوص^{١١١}:

- **الرأي الأول:** قال البعض أنه لا يجوز ذلك الضمان بحجة أن ضمان الوفاء واجب بنص القانون، وعليه يجب أن يشتمل صك الضمان على بيانات معينة ومحددة، سواء كان توقيع الضامن على ذات الورقة أو ورقة مستقلة
- **الرأي الثاني:** أجاز إعطاء مثل هذا الضمان، ويشترط هذا الفريق على أن يشمل سند الضمان على المبلغ المراد ضمانه وتاريخه ونوع الأوراق المراد ضمانها، وحجة هذا الفريق هو أن الضمان معلق على شرط واقف هو إنشاء الورقة التجارية، ولهم حجة أخرى هي أن هذا الإجراء لا يتعارض مع طبيعة الضمان الاحتياطي، ويدل من أيد هذا الرأي بقوله إن الضمان الاحتياطي عقد كفالة. وكما يجوز إعطاء الكفالة عن دين مستقبلي^{١١٢}، ويجوز أيضا إعطاء الضمان الاحتياطي عن أوراق تجاريه لم تنشأ بعد.
- **الرأي الثالث:** أجاز البعض أن يعطى الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية متى ورد هذا الضمان في ورقة مستقلة^{١١٣}.
- **الرأي الرابع:** وأصحاب هذا الرأي أجازوا الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية، وذلك لأجل إيقاف الملاحقات القضائية^{١١٤}. وتؤيد محكمة النقض الفرنسية جواز الضمان الاحتياطي للكيميالات قيد الإنشاء^{١١٥}.

ويؤيد الباحث الرأي الثاني ، بجواز إعطاء الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية، وعلى وجه الخصوص إذا كان على ورقة مستقلة تعطى كضمان لتعاملات وأوراق تجارية ستوقع أي هذا الالتزام معلق على شرط إنشاء الورقة فإذا لم تنشأ فلا يرتب هذا الضمان أي اثار، شرط أن يحدد

^{١١١} (د. أبو زيد رضوان، فايز نعيم رضوان: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٣٠٨)

^{١١٢} نصت المادة (٩٠٢) في فقرتها الأولى من القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ على أنه " يجوز أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقتة. وكذلك نصت (١٠٠٩) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية بقولها: ((ويجوز أن تكون الكفالة منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة الى زمن المستقبل)). وينفس الاتجاه نصت المادة (٧٧٨) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على أنه: (تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما الدين المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي)

^{١١٣} د. أبو زيد رضوان وفايز نعيم رضوان: الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر، هامش ص ٣٠٨.

^{١١٤} د. بيار الصفا: الأوراق التجارية في قوانين البلاد، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٥١

^{١١٥} نقض ١٦ مارس ١٩٧٠- المجلة الفصلية، تعليق كابر باك، ص ١٤٨

فيها المبلغ المراد ضمانه، وتاريخه، ونوع الورقة التجارية المراد ضمانها، وهذا من جهة، ومن جهة أخرى ان إعطاء مثل هذا الضمان، قد يكون لتسهيل الأعمال التجارية التي تحتاج سرعة في التعامل، إلا أن مثل هذا الضمان لا ينتج أثره إلا بعد إتمام إنشاء الورقة التجارية التي أعطى الضمان الاحتياطي لضمان قيمتها.

الفرع الثاني:

إعطاء الضمان الاحتياطي بعد ميعاد استحقاق الورقة التجارية

لقد ثار خلاف في الفقه حول الوقت الذي يصح فيه صدور الضمان وقت إنشاء الورقة التجارية الاحتياطي، ولا خلاف حول إمكان ورود هذا الضمان من وقت إنشاء الورقة التجارية وحتى حلول ميعاد الاستحقاق، وذلك لأن ميعاد الاستحقاق هو أحد البيانات الإلزامية الواجب توافرها في الكمبيالة، ويقصد به ذلك التاريخ الذي يجب أن يدفع فيه مبلغ الكمبيالة من قبل المسحوب عليه لحاملها الشرعي بعد أن يلتزم الأخير بتقديم الكمبيالة فيه، وإذا ما تراخى الحامل في تقديم الكمبيالة إلى ما بعد ميعاد الاستحقاق اعتبر حاملاً مهماً يفقد حقه في الرجوع على الموقعين عدا المدين الأصلي، فميعاد الاستحقاق هذا لا يمكن التلاعب فيه أو القفز عليه^{١١٦}.

أما بعد ذلك التاريخ، فإنه يثار خلاف على غرار ذلك الذي ثار حول جواز أو عدم جواز التظهير بعد ميعاد الاستحقاق. وفي ذلك عدة آراء.

- **الرأي الأول:** يرى غالبية الفقهاء، وبعض أحكام القضاء، أنه طالما أن الضمان الاحتياطي يأخذ حدود وشكل الالتزام المضمون وأن المدين الأصلي في الورقة التجارية لا يفقد صفته كمدين صرفي، فإن مثل هذا الضمان يصبح جائزاً بعد حلول ميعاد الاستحقاق وحتى بعد تحرير بروتستو عدم الدفع^{١١٧}.
- **الرأي الثاني:** وهو رأي الفقه الإيطالي، والذي يعارض اتجاه الرأي الأول، بأنه لا يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي بعد حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية بحسبان أن الضمان الاحتياطي هو وسيلة خاصة بقانون الصرف لضمان التوقيعات المصرفية خلال مسرى تداول الورقة التجارية، وحتى حلول ميعاد استحقاقها^{١١٨}.
- **الرأي الثالث:** يقول أصحاب هذا الرأي أنه يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي بعد حلول ميعاد الاستحقاق، من أجل أن تتوقف الملاحظات القضائية^{١١٩}.

^{١١٦} د. مصطفى أحمد شويح: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٦٧

^{١١٧} د. أبو زيد رضوان، فايز نعيم رضوان: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

^{١١٨} د. المرجع السابق نفسه، ص ٣٠٨.

^{١١٩} أ. حسن الفاكهاني: موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج ١، مطبعة الدار العربية للموسوعات القانونية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٦٩٧.

- **الرأي الرابع:** ويرى أصحاب هذا الرأي أن الضمان بعد ميعاد الاستحقاق يكون ضمانا احتياطيا، لا يؤثر عليه، وللحامل ان يرجع على الشخص المضمون بدعوى صرف، وأن أحكام قانون الصرف هي التي تطبق.

- **الرأي الخامس:** يرى البعض، أن الضمان الاحتياطي المعطى بعد ميعاد الاستحقاق، لا ينتج نفس الآثار التي ينتجها الضمان المعطى قبل ميعاد الاستحقاق، ولا يخضع لأحكام قانون الصرف، وأن مثل هذا الضمان يخضع لأحكام القواعد العامة، وحبثهم أن القانون ألزم الحامل بعمل احتجاج عدم الدفع إذا أراد الرجوع على الضامن الاحتياطي، وعليه أن يرفع احتجاج عدم الدفع إلى الشخص المضمون، وإلا سقط حقه في الرجوع إلى الضامن الاحتياطي، ولما كان الاحتجاج لا يرفع إلا بعد امتناع المسحوب عليه أو المحرر عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق وإثبات ذلك باحتجاج عدم الدفع فمعنى ذلك أن الضمان الاحتياطي قد تم قبل ميعاد الاستحقاق، وأن القانون قد أوجب عمل احتجاج إلى الضمان الاحتياطي، وأن عدم عمل الاحتجاج على الضامن يؤدي إلى سقوط حقه في الرجوع على الضامن، وأن كل هذا لا يتصور في حالة الضمان الذي تم بعد ميعاد الاستحقاق^{١٢٠}.

- **رأي الباحث:** يرى الباحث أنه يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي في يوم استحقاق الورقة التجارية أو أحد يومي العمل التاليين لميعاد الاستحقاق، حيث يجوز في هذه المدة أن يقدم الورقة التجارية للوفاء، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٥٧) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) في فقرتها الأولى بقولها: "على حامل الكمبيالة المستحقة الوفاء في تاريخ معين، أو بعد مدة معينة من تاريخ إنشائها أو من تاريخ الاطلاع عليها أن يقدمها للوفاء في يوم استحقاقها أو في أحد يومي العمل التاليين لهذا اليوم. وكذلك نصت المادة (٨٩) من قانون التجارة العراقي الحالي بقولها: "على حامل الحوالة المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة معينة من إنشائها أو من تاريخ الاطلاع عليها، أن يقدمها للوفاء في يوم استحقاقها أو في يومي العمل التاليين لهذا اليوم". ويمثلها المادة (٤٢٦) من قانون التجارة المصري الجديد، والتي نصت على أنه: "على حامل الكمبيالة المستحقة الوفاء في تاريخ معين أو بعد مدة معينة من تاريخ إصدارها أو من تاريخ الاطلاع عليها ان يقدمها للوفاء في يوم استحقاقها أو في أحد يومي العمل التاليين لهذا اليوم.

وإن تقديم الضمان الاحتياطي في مثل هذه الأيام، هو لغرض أن يطمئن الحامل لوفاء الورقة التجارية، وكذلك من أجل أن تتوقف الملاحقات القضائية عن الشخص المضمون، فقد قدم الضمان الاحتياطي قبل أن يقدم الحامل احتجاجه على الشخص المضمون، أما إذا قدم الحامل الاحتجاج، فيرى الباحث أنه لا فائدة من تقديم الضمان الاحتياطي في يوم الاستحقاق أو اليومين التاليين من العمل لأن هذه المدد تعتبر مددا قانونية للورقة التجارية.

^{١٢٠} د حسين محمد سعيد: التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك، الكمبيالة، السند الاذني)، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٦٥.

المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي والآثار المترتبة عليه

لقد أنشأ المشرع نظاماً قانونياً للضمان الاحتياطي وذلك وفقاً للأنظمة العالمية لتعزيز الثقة بين حاملي الورقة التجارية وفي هذا المبحث سيتم تقسيمه إلى مطلبين الأول يتناول الباحث من خلاله الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي وأما المطلب الثاني سيتناول فيه الباحث آثار الضمان الاحتياطي وانقضاؤه.

المطلب الأول:

الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي

تمهيد:

لقد نصت المادة (٤٥٠) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) في فقرتها الأولى على أنه: "يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون" وكذلك جاء في المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الأولى على أنه: "يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون،..." وجاء في المادة (٤٢٠) من قانون التجارة المصري الجديد في فقرتها الأولى أنه: "يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون"، ومن خلال هذه النصوص يتضح أن الضامن الاحتياطي هو بمثابة كفيل متضامن مع مضمونه، ويلتزم بنفس الالتزامات التي يلتزم بها المضمون ويكتسب حقوقه، أي أن الضامن الاحتياطي يضع نفسه في نفس المركز القانوني للمضمون من حيث ما له من حقوق وما عليه من واجبات.

ولهذا كان لا بد من أن يعين الضامن اسم المضمون الذي تدخل لضمانه، وإذا لم يعين اسم المضمون فإن المشرع يعتبر أن الضمان تم لحساب الساحب، وبذلك فإن المشرع يقيم قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، وفقاً لما جاء في المادة (٤٤٩) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الرابعة والمادة (٨١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الثالثة والمادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري الجديد في فقرتها الرابعة، وجميعهم نصوا على أنه: "يذكر في الضمان اسم المضمون، والا اعتبر الضمان حاصلًا للساحب". ووفق هذه المواد فإن الضامن الاحتياطي يكون في أسوأ مركز قانوني، وهو مركز الساحب، لأن الساحب مسؤول عن الوفاء قبل جميع الموقعين على السند.

وبذلك يتقرر للضامن الاحتياطي الحقوق المقررة لمضمونه ويلتزم بذات التزامات المضمون، وعلى ذلك فالضامن الاحتياطي للساحب والمظهر ملزم بضمان القبول، وهو متضامن في ذلك مع المضمون والموقعين الضامنين له. ولا يجوز للضامن الاحتياطي أن يحتج على الحامل إلا بالدفع التي يجوز للمضمون توجيهها إليه، إلا أنه يحق له أي للضامن الاحتياطي للمظهر التمسك بإهمال الحامل إذا لم يعلن للبروستو

إليه شخصياً ولو كان قد أعلن إلى المظهر المضمون. والضامن الاحتياطي ككفيل بالنسبة للملتزم المضمون، له أن يرجع عليه بعد أن أوفاه للحامل، وله أن يرجع على الموقعين على الكمبيالة على النحو الذي يجوز فيه ذلك للملتزم المضمون ومن ثم فلضامن أحد المظهرين أن يرجع على المسحوب عليه القابل، وعلى المظهرين السابقين، وعلى الساحب. أما ضامن الساحب فليس له إلا أن يرجع على المسحوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء، أما ضامن المسحوب عليه فليس له أن يرجع على أحد، إلا على الساحب في حالة عدم تقديم مقابل وفاء^{١٢١}.

ويفهم من ذلك أنه وفي حال تدخل الضامن الاحتياطي لضمان التزام الساحب فإنه لا يكون للضامن الاحتياطي الرجوع إلا على الساحب والمسحوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء دون غيره من الموقعين على السند، لأنه يسأل قبلهم، في حين أنهم لا يسألون قبله إذا وفى مبلغ السند^{١٢٢}.

الفرع الأول:

الآثار القانونية للضامن الاحتياطي

إن الضامن الاحتياطي إلزام قانوني ولكن بإرادة منفردة من الضامن الاحتياطي الذي تُوجب عليه ضمان الورقة التجارية وضمان الوفاء بقيمتها كلها أو بعضاً منها، في حال لم يلتزم المدين الموضوع بالوفاء بها في موعد الاستحقاق^{١٢٣}.

فالتزام الضامن الاحتياطي ينشأ من قبل دائن معين بذاته، وقبل كل من يكون حاملاً للورقة التجارية، إذ ينشأ بإرادة ذاتية في ذمة المدين، دون أن تتواجد موافقة مسبقة للدائن^{١٢٤}.

يمكن للضامن الاحتياطي الرجوع إلى المدين الذي ضمنه، في حال الوفاء بالالتزام لغاية استرداد المبلغ المدفوع وله أن يقيم عليه دعوى الكفالة الشخصية أو أن يرجع عليه بشريطة أن يقوم الضامن بتقديم ما يثبت ذلك بما يتعلق بقيمة المبلغ المدفوع ونفاذ وقت الاستحقاق، أما في حال وفاء المدين المضمون قيمة الورقة التجارية فإنه ينقضي التزام الضامن الاحتياطي^{١٢٥}.

إن الإلزام القانوني للضامن الاحتياطي يجب أن يكون محدداً، بصورة واضحة تخلو من الغموض من جهة الحقوق عند التوقيع، لتفادي حدوث نزاعات قانونية مستقبلاً، بحيث يتم توضيح المبلغ المستحق الذي بناءً عليه ضمن الضامن الاحتياطي المدين المضمون، وما يترتب عليه كضامن، ووقت الاستحقاق.

^{١٢١} د. حمدي محمود بارود: أحكام قانون التجارة الفلسطيني، الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١١٠-١١١.

^{١٢٢} د. عبد العزيز العكيلي: شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص ١٤٩-١٥٠.

^{١٢٣} زهرة إدشة: الضامن الاحتياطي في السفينة، مرجع سابق، ص ١٤.

^{١٢٤} حلو أبو حلو: الضامن الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق.

^{١٢٥} فوزي محمد سامي: القانون التجاري الأردني، حقوق مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٤، ص ٢٠٠.

الفرع الثاني:

كيفية التمييز بين الضمان الاحتياطي وبين الأنظمة القانونية المشابهة

يتشابه الضمان الاحتياطي مع بعض الأنظمة القانونية ويختلف عنها في بعض النقاط ومن ذلك الكفالة والضمانات العينية والساحب والمسحوب عليه، والقبول والتظهير وهو ما سيتناوله الباحث في هذا البحث.

أولاً: الضمان الاحتياطي والكفالة:

رغم أن الضمان الاحتياطي والكفالة نوعان من الضمانات الشخصية في القانون، ويهدف كل منهما إلى حماية الدائن من نكول المدين وعدم وفائه بالالتزامات. وأن كلاً من الضمان الاحتياطي والكفالة يمثل تعهداً بالوفاء بدین المدين الأصلي، إلا أن العالم الكبير (عبد الرزاق السنهوري)^{١٢٦} بين أوجه الاختلاف بينهما من حيث الطبيعة القانونية والشروط والأثر.

وتتمثل أوجه الشبه في:

- ١- تشبه الكفالة الضمان الاحتياطي أن كليهما تعهد شخصي بالوفاء بدین غيره.
- ٢- استعملت الكفالة في السند التجاري ونتج عنها بعد ذلك الضمان الاحتياطي.
- ٣- في الكفالة ينصرف الالتزام الى الدائن، أما الضمان الاحتياطي يشبه من حيث الالتزام الكفيل، فعند إنشاء الكفالة يجب تعيين الكفيل. أما الضمان الاحتياطي لا وجود له عند إنشاء السند التجاري. ولكن ينشأ عند تدخل الضامن الاحتياطي لمصلحة أحد الموقعين على الورقة التجارية وبموجب قانون التجارة يجب تعيين الضامن ولمصلحة من تدخل.
- ٣- يشبه الضمان الاحتياطي الكفالة من حيث أن الكفيل يلتزم بوفاء دين غيره ثم يرجع إذا وفى، ويستطيع الاحتجاج بإضاعة التأمينات، وفي حال عدم نص القانون التجاري على بعض الأحكام التي تطرأ على الضمان الاحتياطي فإن الرجوع يكون الى أحكام الكفالة.

أما أوجه الاختلاف فهي كالتالي:

- ١- ينشأ التزام الضمان الاحتياطي بإرادة منفردة بينه وبين الدائن، بخلاف الكفالة التي تنشأ باتفاق إرادتين.
- ٢- الكفالة عقد رضائي، و تعتبر الكتابة فيه وسيلة إثبات وليس ركناً في العقد بخلاف الضمان الاحتياطي الذي يعتبر تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة، وهو تصرف شكلي والكتابة ركن أساسي لقيامه حيث لا يتصور قيامه

^{١٢٦} د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٨.

بدونها^{١٢٧}، وهو ما نصت عليه المواد في قانون التجارة الفلسطيني والعراقي والمصري وفق ما تم بيانه في الشروط الشكلية للضمان الاحتياطي.

٣- تعتبر الكفالة عملاً مدنياً لأن كفالة الدين التجاري تعد عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً. بخلاف الكفالة المتعلقة بورقة تجارية فهي تعتبر تجارية وتأخذ شكل الضمان الاحتياطي.

٤- تنص الكفالة على جميع الدين المعلوم مقداره. أما الضمان الاحتياطي فقد يضمن كل الدين الصرفي في الورقة التجارية أو جزءاً منه ويقوم على وجه التضامن مع المدينين في الورقة التجارية^{١٢٨}.

وخلاصة القول: بالرغم من وجود اختلاف بينهما، إلا أنه من الناحية العملية يصعب التفرقة بينهما، وخصوصاً إذا كتب الضمان الاحتياطي على ورقه مستقلة، حيث حكمت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد واعتبرتها مسألة وقائع ولمحكمه الموضوع ان تتحقق من ذلك. ولكن بشرط أن تفسر المحاكم اتفاق الطرفين تفسيراً ضيقاً لا يخرج عن حقيقته لأن العبرة بالشروط التي يتضمنها نص الوثيقة^{١٢٩}.

ثانياً: الضمان الاحتياطي والضمانات العينية:

أوجه الشبه تتمثل في:

أن كلا من الضمان الاحتياطي والضمانات العينية تهدف إلى حماية حقوق الدائن وتوفير وسيلة لضمان الوفاء بالالتزامات من قبل المدين.

إما أوجه الاختلاف فتتمثل في:

يوجد هناك فروق جوهرية بينهما وتتمثل هذه الفروق في الطبيعة القانونية والوظيفة لكل من الضمان الاحتياطي والضمانات العينية، وهي على النحو التالي:

١- من حيث الطبيعة الوظيفية: فإن الضمان الاحتياطي ينشئ حقاً شخصياً للدائن وهذا الحق يتعلق بزمة الضامن، بعين معينة عقاراً أو منقولاً، وهو من باب الحقوق الشخصية. بخلاف الضمانات العينية التي تعطى للدائن لأجل تأمينه على حق، مثل الرهن والتأمين والامتياز فمحلها العين لا ذمة الشخص، وهي بذلك تدخل في مجال الحقوق العينية.

٢- من حيث الطبيعة القانونية: إن إجراءات الضمان الاحتياطي بسيطة وسهلة بخلاف إجراءات الضمان العيني فهي طويلة ومعقدة خاصة عند التنفيذ الجبري.

ثالثاً: الضمان الاحتياطي والساحب:

^{١٢٧} د. عبد الفتاح عبد الباقي: أحكام القانون المدني المصري -التأمينات الشخصية والعينية-، الإسكندرية، مطبعة دار نشر الثقافة، ١٩٥٠، ص ٣٤.

^{١٢٨} د. عبد الله عيود: الضمان الاحتياطي في الاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ١٠٤.

^{١٢٩} حلو أبو حلو: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق، نقلاً عن محكمة النقض الفرنسية، ١٨٤٥، ص ٤٢٦.

إن لكل من الضمان الاحتياطي والساحب دوراً في التعامل مع الأوراق التجارية مثل (الكمبيالات والشيكات). إلا أنه يوجد أوجه للشبه بينهما، ويوجد أوجه للاختلاف.

وتتمثل أوجه التشابه:

- ١- إن الشخص الذي يصدر الورقة التجارية (الشيك أو الكمبيالة) هو الساحب، وبالتالي فإنه يضمن السداد عند تقديم الورقة التجارية. وكذلك الضمان الاحتياطي فهو الشخص الذي يضمن السداد في حال عدم وفاء الساحب أو المدين الأساسي بالتزامه. وفي الحالتين، يوجد عنصر ضمان لتوفير الثقة في عملية الوفاء بالالتزام.
- ٢- يلتزم الساحب وقت استحقاق الورقة التجارية بدفع المبلغ المحدد فيها.
- ٣- وكذلك الضامن الاحتياطي إذا فشل الساحب أو المدين الأساسي في السداد فإنه يلتزم بالوفاء بقيمة الورقة التجارية. وبذلك يكون كل من الساحب والضامن الاحتياطي يتحملان مسؤولية قانونية مرتبطة بالوفاء بقيمة المبلغ.
- ٤- إن كلا من الساحب والضامن الاحتياطي عند توقيعهما على الورقة التجارية، يصبحان ملتزمين قانونياً تجاه المستفيد أو الحامل.
- ٥- أن كلا من توقيع الساحب والضامن الاحتياطي يعززان الثقة في الورقة التجارية من خلال التزامهم بالسداد، كما أن الضامن الاحتياطي يعزز الثقة من خلال توفيره لضمان احتياطي إضافي في حال عدم تسديد الساحب المبلغ المستحق.

إما أوجه الاختلاف فتتمثل في:

- ١- تختلف مسؤولية الضامن الاحتياطي في مواجهه الحامل عن مسؤولية الساحب، حيث أن مسؤولية الضامن الاحتياطي تابعه لمسؤولية المدين المضمون. بخلاف مسؤولية الساحب فهي مسؤوليه أصلية.
- ٢- وبذلك تكون مسؤولية الضامن الاحتياطي أخف من مسؤولية الساحب، كون أن الضامن الاحتياطي له الحق في أن يقصر المسؤولية على جزء من الدين الثابت في الورقة التجارية. إلا أنه لا يجوز ذلك للساحب لأنه يضمن قبول الكمبيالة ووفاءها، ويجوز للساحب أن يشترط الإعفاء من ضمان القبول بخلاف ضمان الوفاء، حيث أن كل شرط يشترطه الساحب للإعفاء من ضمان الوفاء يقع باطلاً قانوناً.
- ٣- ومن حيث الوظيفة: إن وظيفة الضامن الاحتياطي هي كفالة الدين الثابت في السند التجاري بخلاف وظيفة الساحب التي هي عبارة عن إنشاء السند وتمليكه للمستفيد.

رابعاً: الضامن الاحتياطي والمسحوب عليه:

أن كل من مفهوم الضامن الاحتياطي والمسحوب عليه يستخدمان في سياق الأوراق التجارية، إلا أنه يوجد بينهما اختلافات من حيث الدور والوظيفة.

أوجه الاختلاف تتمثل في:

- ١- يعتبر الضامن الاحتياطي الطرف الثالث الذي يتعهد بالوفاء بقيمة الكمبيالة في حال عدم وفاء المدين الأصلي بالتزامه. بينما المسحوب عليه هو الشخص الذي يطلب منه دفع المبلغ المحدد عند الاستحقاق.
- ٢- أن الضامن الاحتياطي يتدخل لضمان الوفاء بقيمة الورقة التجارية، في حال عدم تمكن المدين الأصلي من الوفاء بقيمة الورقة التجارية. بينما المسحوب عليه هو المدين الأساسي الذي يتوقع منه الوفاء بقيمة الورقة التجارية.
- ٣- تعتبر مسؤولية الضامن الاحتياطي مسؤولية تبعية، حيث أنه في حال عدم قدرة المدين الأصلي على الوفاء يطالب الضامن الاحتياطي بالوفاء، وفي حال قيامه بالدفع، يحق له الرجوع على المدين الأصلي لاسترداد المبلغ الذي تم دفعه. وهذا بخلاف مسؤولية المسحوب عليه التي تكون مسؤولية أصلية مباشرة تجاه الدائن (المستفيد)، ويصبح المسحوب عليه ملزماً قانوناً بالدفع عند الاستحقاق في حال قبول المسحوب عليه للكمبيالة.
- ٤- يعتبر الضامن الاحتياطي التزاماً مستقلاً عن الالتزام الأصلي، ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب غير العيب في الشكل. وهذا بخلاف التزام المسحوب عليه فإن التزام المسحوب عليه ليس مستقلاً عن الورقة التجارية، بل هو التزام أساسي وتعتمد عليه الورقة التجارية. وفي حال عدم قيام المسحوب عليه بالدفع، فإنه يمكن للمستفيد الرجوع على الضامنين.
- ٥- يلجأ التجار عادة إلى الضامن الاحتياطي بشكل رئيسي لتعزيز الثقة في الورقة التجارية ولضمان حقوق الدائن. أما المسحوب عليه يكون الطرف المدين أو من يُطلب منه الوفاء بالمبلغ المحدد في الورقة، وغالباً يطلب منه ضامن احتياطي لضعف الثقة في المدين. وهما يلعبان دورين مختلفين في تعزيز الثقة وضمان الدفع في الأوراق التجارية.
- ٦- قبل التوقيع على الورقة التجارية يكون كل من الضامن الاحتياطي والمسحوب عليه خارج نطاق قانون الصرف، ولكن إذا وقع المسحوب عليه على الكمبيالة بالقبول، أصبح هو المدين الأصلي فيها ويكون أمام القانون ملتزماً بمواجه كل موقع عليها بدفع قيمتها في ميعاد الاستحقاق، بخلاف الضامن الاحتياطي الذي يقدم عن أي شخص ملتزم في الورقة التجارية ويخضع لأحكام خاصه بينها قانون الصرف.
- ٧- إذ أن الأصل في الكمبيالة المستحقة الدفع بمجرد الاطلاع، والتي تتضمن شرط عدم تقديمها للقبول، لا تقدم للمسحوب عليه لقبولها. في حين أن الضامن الاحتياطي يصح أن يرد على كل الأوراق التجارية حتى لو كانت مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع^{١٣٠}.

^{١٣٠} د. علي سيد قاسم: قانون الأعمال، ج ٢، وسائل الائتمان ودوات الدفع في القانون رقم ١٧ سنة ١٩٩٩، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩،

خامساً: الضمان الاحتياطي والقبول:

إن مفهوم كل من الضمان الاحتياطي والقبول يستخدمان في سياق الكمبيالة. وإن كلا منهما يهدف إلى ضمان الوفاء بالالتزام المالي الوارد في الورقة التجارية، إلا أنهما يختلفان في بعض النقاط.

أوجه الشبه تتمثل في:

- ١- يتم استخدام كل من الضمان الاحتياطي والقبول في سياق الأوراق التجارية مثل الكمبيالات.
- ٢- إن الهدف من الضمان الاحتياطي والقبول هو ضمان الوفاء بقيمة الورقة التجارية، عند ميعاد الاستحقاق، والذي بدوره يزيد من الثقة والاطمئنان لدى حامل الورقة التجارية.
- ٣- يسهم كل من الضمان الاحتياطي والقبول في تعزيز ائتمان الورقة التجارية ويجعلها أكثر قبولاً للتداول بين الأطراف.
- ٤- في الحالتين يتعهد الطرف الثالث بالوفاء بالمبلغ المطلوب في الورقة التجارية (الكمبيالة والشيك) ويستثنى السند الاذني لأنه لا يحتاج الى شخص ثالث والسند اصلاً تعهد مباشر غير مشروط من المحرر بدفع مبلغ معين عند الاستحقاق لان المصدر هو المدين نفسه.
- ٥- يشبه الضمان الاحتياطي القبول بطريق التدخل فإذا لم يحدد القابل بطريق التدخل الشخص الذي تدخل لمصلحته يعتبر تدخله قد تم لمصلحة الساحب^{١٣١}. وهذا يشبه الضمان الاحتياطي، فإذا لم يذكر في صيغة الضمان اسم المضمون اعتبر تدخله قد تم لمصلحة الساحب^{١٣٢} وهو ما نص عليه قانون التجارة الفلسطيني وقانون التجارة العراقي الحالي، وقانون التجارة المصري الجديد كما ذكرت أنفاً.

أوجه الاختلاف تتمثل في:

- ١- لقد بينا سابقاً أن الضمان الاحتياطي: هو عبارة عن تعهد من "الطرف الثالث" بالوفاء بقيمة الورقة التجارية إذا لم يوف المدين الأصلي (الساحب أو المسحوب عليه) بقيمة الورقة التجارية. بخلاف القبول الذي يعد تعهد من المسحوب عليه بدفع قيمة الورقة التجارية عند استحقاقها، ويحدث عندما يوقع المسحوب عليه على الكمبيالة بقبولها، مما يجعله ملزماً بالدفع.

^{١٣١} نصت المادة (٤٨٩) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤)، في فقرتها الأولى على أنه: "يجب بيان الوفاء بالتدخل بكتابة مخالصة على الكمبيالة يعين فيها من حصل الوفاء لمصلحته، فإذا خلت المخالصة من هذا البيان اعتبر الوفاء بالتدخل حاصلًا لمصلحة الساحب"، ونصت المادة (١٢٤) من قانون التجارة العراقي الحالي، في فقرتها الأولى على " يجب اثبات الوفاء بالتدخل بكتابة على الحوالة يذكر فيها من حصل الوفاء لمصلحته، فإذا خلت المخالصة من هذا البيان اعتبر الوفاء بالتدخل حاصلًا لمصلحة الساحب. ونصت المادة (٤٥٧) في فقرتها الأولى من قانون التجارة المصري الجديد على "يجب بيان الوفاء بالتدخل بكتابة مخالصة على الكمبيالة يعين فيها من حصل الوفاء لمصلحته، فإذا خلت المخالصة من هذا البيان اعتبر الوفاء بالتدخل حاصلًا لمصلحة الساحب".

^{١٣٢} د. أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص ١٨٨.

٢- في الضمان الاحتياطي يلتزم الضامن الاحتياطي بالدفع في حالة عدم وفاء المدين الأصلي لذلك يعتبر الضمان الاحتياطي ضماناً شخصياً، ويعتبر أيضاً التزاماً مستقلاً عن الالتزام الأصلي. وهو بخلاف القبول: حيث أن القبول التزام أصلي ومباشر من المسحوب عليه يوجب عليه دفع قيمة الورقة التجارية وقت استحقاقها. وفور قبول المسحوب عليه للورقة التجارية، يصبح ملزماً بالدفع. وهذا يعني أنه لا يكون للقبول هذه الصفة إلا بعد توقيع المسحوب عليه. في حين أن الضمان الاحتياطي يكتسب هذه الصفة سواء تم الضمان من قبل أي شخص موقع السند التجاري أو من قبل شخص اجنبي عنها^{١٣٣}.

٣- يأتي دور الضامن الاحتياطي إذا لم يقم المدين الأصلي بالوفاء بالتزامه. بخلاف القبول الذي يقبل الورقة التجارية فيصبح المدين الأساسي، ويلتزم بالدفع عند الاستحقاق، وبذلك لا يكون بحاجة إلى الرجوع إلى أي طرف آخر.

٤- يعتبر الضمان الاحتياطي التزاماً مستقلاً عن الالتزام الأصلي، ويبقى ساريًا حتى لو تم إلغاء أو بطلان الالتزام الأصلي. وهو بخلاف القبول الذي يعد جزءاً من الالتزام الأصلي، لأن قبول الورقة التجارية يجعل المسحوب عليه هو المدين المباشر بالدفع.

٥- يستخدم الضمان الاحتياطي لتعزيز الثقة لدى المستفيد من الورقة التجارية عن طريق إضافة طرف ثالث يتحمل مسؤولية الدفع، أما القبول فإنه يحدث عند توقيع المسحوب عليه على الكمبيالة بالقبول، وبذلك يكون مسؤولاً مباشراً عن الدفع.

٦- أي أن توقيع المسحوب عليه على الكمبيالة بالقبول يعتبر إقراراً منه بأن مقابل الوفاء موجود لديه، وينتج عن هذا القبول أن المسحوب عليه أصبح ملتزماً أصلياً وصرفياً، لأنه قبل توقيعه على الكمبيالة بالقبول كان أجنبياً^{١٣٤}.

٧- الضمان الاحتياطي محله جميع الاسناد التجارية. إلا أنه يكون نادراً الوقوع في العمل بالنسبة للشيك، لأن الشيك مستحق الدفع بمجرد الاطلاع فحياته قصيره ويكتفي الحامل بالضمان الاحتياطي الناشئ عن وجود رصيد لمحرم الشيك وقت إنشائه بخلاف القبول الذي تكون فيه الكمبيالة هي محل القبول دون الأوراق التجارية الأخرى، (كالشيك والسند لأمر) فإنهما لا يقدمان للقبول^{١٣٥}.

سادساً: الضمان الاحتياطي والتظهير:

إن كلاً من الضمان الاحتياطي والتظهير له استخدامهما ووظائفهما الخاصة هما صيغتان قانونيتان تتعلقان بالأوراق التجارية الشيكات والكمبيالات والسند الاذني الا أنه يوجد أوجه شبه واختلاف بينهما، ولكن قبل التعرف على أوجه الشبه والاختلاف لا بد من بيان المقصود بالتظهير، فالتظهير هو: عملية نقل ملكية الكمبيالة أو الشيك

^{١٣٣} عبد الله عيود: الضمان الاحتياطي في الاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ١١٥.

^{١٣٤} عبد الله عيود: الضمان الاحتياطي في الاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ١١٨.

^{١٣٥} د. محسن شفيق: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٣١٨.

أو السند الاذني من حاملها إلى شخص آخر. التظهير يمكن أن يكون على ظهر الورقة التجارية ويكون عبارة عن توقيع أو بيان يتعهد فيه حامل بتحويل حقه في الورقة لشخص آخر. عند التظهير، ينتقل الحق في المطالبة بالوفاء بالكمبيالة إلى الشخص الذي تم التظهير لصالحه.

أوجه الشبه تتمثل في:

١- الضامن الاحتياطي يشبه المظهر، حيث أن كلاهما يلزم بضمان قيمه الورقة التجارية عند التوقيع عليها، وأن كلا من التظهير والضمان ينتجان عن التوقيع على الورقة التجارية، رغم أن الضمان الاحتياطي أقدم من التظهير، حيث أن التظهير عرف في القرن السادس عشر. ويستعمل التظهير لنقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية، لهذا السبب اختلط التظهير مع الضمان الاحتياطي، فقد يشترط المظهر عدم الضمان فيقتصر التظهير فقط على نقل الملكية^{١٣٦}.

٢- يختص كل من الضمان الاحتياطي والتظهير بالأوراق التجارية، مثل الشيكات والكمبيالات.

٣- كل من الضمان الاحتياطي والتظهير يمكن أن يكون ناقلاً للمسؤولية أو الحقوق إلى طرف آخر.

٤- سواء كان ضماناً احتياطياً أو مظهرًا، فيتطلب من كل منهما توقيعاً من الشخص الذي يقوم بالإجراء.

أما أوجه الاختلاف فتتمثل في:

١- أن الضمان الاحتياطي تعهد شخصي من طرف ثالث يسمى (الضامن) بالوفاء بالورقة التجارية عند عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء بقيمة الورقة التجارية ولهذا يعتبر الضامن الاحتياطي ضامن إضافي للدائن. أما التظهير فهو يعد عملية نقل لملكية الورقة التجارية من حاملها الحالي إلى شخص آخر. في حين أن التظهير يمكن أن يكون تظهيراً ناقلاً للملكية أو يكون تظهيراً توكيلاً أو تظهيراً تأمينياً، وبذلك يسمح للمظهر له بأن يتحصل على قيمة الورقة التجارية دون أن يكون هو المالك النهائي، أي أن التظهير يتعلق بنقل ملكية الحق في الكمبيالة أو الشيك، ولا يتعلق بضامن دفعها.

٢- الضمان الاحتياطي يكون له عادة ثلاثة أطراف رئيسيين وهم: المدين، الدائن، والضامن. أما التظهير يكون له على الأقل طرفين وهما: المظهر (الحامل الأصلي للورقة) والمظهر له (الشخص الذي تنتقل إليه الورقة).

٣- في الضمان الاحتياطي يكون الضامن مسؤولاً في حال لم يقم المدين الأصلي بالوفاء بالورقة التجارية. وبذلك يوفر الضامن طبقة إضافية من الأمان للدائن.

٤- بخلاف التظهير الذي ينقل كل الالتزامات والحقوق المتعلقة بالورقة التجارية إلى المظهر وبذلك يصبح المظهر مسؤولاً عن الوفاء بالورقة التجارية عند عدم الوفاء من قبل المدين الأصلي.

^{١٣٦} د. محمد أمين بدر: الأوراق التجارية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص ٢١٢.

٥- يتم الضمان الاحتياطي من خلال كتابة عبارة الضمان على الورقة نفسها، أو الورقة المتصلة بها وغالباً ما تُكتب عبارة مثل "الضمان الاحتياطي" أو "ضامن احتياطي" أو ما يشابهها، بخلاف التظهير فإنه يتم عبر توقيع المظهر سواء كان بعبارة محددة أم لا، وتكتمل العملية عند تسليم الورقة التجارية للمظهر له، والتظهير دائماً يتم على ظهر الورقة التجارية.

٦- يهدف الضمان الاحتياطي إلى تقديم ضمان إضافي للوفاء بقيمة الورقة التجارية، بخلاف التظهير الذي يهدف إلى نقل ملكية الورقة التجارية أو نقل حق تحصيلها.

خلاصة القول: على الرغم من أوجه الشبه بين الضمان الاحتياطي وبين الأنظمة القانونية الأخرى المختلفة كعقد الكفالة والضمانات العينية والساحب والمسحوب عليه والقبول والتظهير التي تم بيانها، إلا أن الضمان الاحتياطي ووفقاً لقانون التجارة له نظامه القانوني الخاص به، وله طبيعته، وأحكامه الخاصة به أيضاً، والتي بدورها ميزته عن غيره من الأنظمة.

الفرع الثالث:

الأساس القانوني للضمان الاحتياطي

إن الأساس القانوني للضمان الاحتياطي له أهمية كبرى وذلك في ظل تنوع الآراء وتعارضها. سوف يقوم الباحث بالبحث في الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي من خلال النظريات القائمة على فكرة استقلال الالتزام الصرفي عن العلاقات السابقة عليه.

إن مجرد التوقيع من قبل الضامن الاحتياطي على الورقة التجارية ينشئ في ذمته التزاماً مستقلاً عن الالتزام الأصلي الذي من أجله تم تحرير الورقة التجارية أو ظهرها. وبذلك يكون الالتزام الصرفي لا يستند إلى العلاقات السابقة على انشائه^{١٣٧}.

ولأن الضمان الاحتياطي التزام صرفي كما وضح قانون التجارة، فإن الضامن الاحتياطي بمجرد توقيعه على الورقة التجارية فإنه يلزم نفسه تجاه حملة السند المتعاقبين، وبذلك يكون هذا التصرف تصرفاً ارادياً دون شك.

وقد تكون إرادة الضامن الاحتياطي هي الركن المعنوي الوحيد الذي يلزم لإنشاء الضمان الاحتياطي فهنا يكون مصدر التزامه هو إرادته المنفردة. وفي حال لزم لقيام الضمان الاحتياطي تلاقي ارادتي الضامن الاحتياطي والدائن حامل السند فإن مصدر التزامه هنا يكون العقد^{١٣٨}.

^{١٣٧} د. محسن شفيق: الموجز في القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ١٠٦٤.

^{١٣٨} عبد الله عبود: الضمان الاحتياطي في الاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ٥٢.

ومن خلال هذه الدراسة سوف نبحث كلا من النظريتين بإيجاز وفقاً لطبيعة البحث:

- نظرية العقد
- نظرية الإرادة المنفردة

أولاً: نظرية العقد المجرد:

بصفة عامة يكون الرضا بين الطرفين هو جوهر العقد في نظرية العقد المجرد، وهو الذي بدوره يُنشئ الالتزامات التعاقدية. ويمكن أن يكون العقد شفويًا أو كتابيًا، ما دام هناك رضا متبادل وإرادة حرة بين الطرفين. أما في الضمان الاحتياطي فإن نظرية العقد المجرد هي المفهوم القانوني الذي يُستخدم بشكل خاص في القانون التجاري، وخصوصاً في الأوراق التجارية، (الشيكات والكمبيالات والسند الاذني).

وكما علمنا سابقاً من خلال البحث بأن الضمان الاحتياطي هو تعهد من شخص ثالث ويعرف (بالضامن الاحتياطي) وهو الذي يقوم بدفع قيمة الورقة التجارية، (الكمبيالة أو الشيك) عند عدم وفاء الشخص المدين بالتزامه. وهنا يتجسد مفهوم العقد المجرد حيث أنه يعني أن التزام الضامن الاحتياطي مستقل عن الالتزام الأصلي الذي يرتبط به.

- تطبيق النظرية:

وفقاً لنظرية العقد المجرد، فإن التزام الضامن الاحتياطي يعتبر مستقلاً تماماً عن أي عيوب قد تطرأ على الالتزام الأصلي غير عيب في الشكل. وهذا يعني أنه لو كان هناك خلل في العلاقة الأصلية، فإن التزام الضامن الاحتياطي يظل قائماً وملزماً وهذا ما نص عليه قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) في مادته (٤٢٠) بالفقرة الثانية وما نص عليه قانون التجارة العراقي الحالي بالمادة (٨٢) بفقرتها الأولى، وما نص قانون التجارة المصري الجديد في المادة (٤٥٠) بفقرتها الثانية على "ويكون التزام الضامن صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

وللمدين الأصلي حق التمسك بالدفع ضد حامل الورقة التجارية، إلا أن الضامن الاحتياطي لا يمكنه أن يتمسك بالدفع التي يمكن للمدين الأصلي أن يثيرها. وبذلك يكون الضامن الاحتياطي ملتزماً بدفع قيمة الورقة التجارية حتى لو كان هناك بطلان في العلاقة الأساسية أو كان يوجد خطأ في إصدار الورقة التجارية.

- الهدف من النظرية:

نظرية العقد المجرد في الضمان الاحتياطي الهدف منها تعزيز الثقة في التعامل بالأوراق التجارية وجعل هذه الأوراق أدوات تداول مضمونة وموثوقة. وبذلك يضمن حامل الورقة التجارية استيفاء قيمتها من الضامن الاحتياطي، حتى في حالة وجود بطلان في الالتزام الأصلي.

إن التعبير عن الإيجاب يكون بإمضاء الضامن الاحتياطي على الورقة التجارية في المكان المحدد قانوناً، بخلاف القبول الذي يستدل عليه بالفرائض والعلامات، ومثال على ذلك مطالبة الحامل للضامن الاحتياطي بقيمه الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق. وهذا فيه قرينة على أن قبول الحامل سبق إيجاب الضامن، ويكون القبول بتملك الحامل الورقة التجارية حتى قبل مطالبته الضامن الاحتياطي في الوفاء بقيمتها^{١٣٩}.

ويقصد بالالتزام الإرادي: أن الإرادة المنشئة لا تكون إلا عقدية، لأنه لا يمكن أن يلزم أحد نفسه لآخر من دون اتفاق بينهما. وبناء على ذلك نجد أن الضامن الاحتياطي يلتزم بما التزم به المدين الأصلي، إلا أن هذه النظرية تم نقدها من بعض العلماء وقد اعتمد العلماء على نقد هذه النظرية من خلال التالي^{١٤٠}:

١- قال بعض الفقهاء في تعقيبهم على نظرية العقد المجرد على اعتبار أن السند التجاري أداة لتنفيذ عقد الصرف كما كان سابقاً، لقلنا إن الضمان الاحتياطي كفاً وإن مصدره العقد. إن السند التجاري يصبح أداة ائتمان وقابلاً للتداول ولكن بعد أن يوقع الضامن الاحتياطي على الورقة التجارية وبذلك أصبح هناك فروق كثيرة بين الدين المصرفي والديون العقدية، سواء كانت هذه الفروق تخص أشخاصه أو تكوينه أو الآثار المترتبة على كل واحد منهما، وبالتالي يكون مصدر الضمان الاحتياطي هو الإرادة المنفردة لا العقد.

٣- في أي عقد من العقود لا بد من وجود إيجاب وقبول صادر عن شخصين مختلفين وهما أطراف العقد. ولكن يصدر الإيجاب من الضامن الاحتياطي، فعمن يصدر القبول في هذه الحالة؟

في هذه الحالة يبقى هناك ثلاثة احتمالات وتتمثل فيما يلي:

١- إن الإيجاب يكون موجه إلى حامل الورقة التجارية وقت الاستحقاق والمطالبة. وحامل الورقة التجارية وقت وقوع الإيجاب يكون مجهولاً، وأيضاً لا يمكن تعيينه إلا فيما بعد. وبما أن مصدر الالتزام اتفاق إرادتين، فما هو مصدر التزام الضامن الاحتياطي في إيجابه وهو ما زال التزام مجرد والشخص المقصود به مجهول^{١٤١}.

٢- ومما يؤخذ على هذه النظرية أنها عاجزة عن تفسير انتقال الحق الثابت في الورقة التجارية إلى الحملة المتعاقبين، لأن هذه النظرية تجعل العقد مصدراً لهذا الحق. ولكن ذلك يمكن أن يكون صحيحاً في حال كان هناك اتصال مباشر بين المدين والدائن، وبالتالي ينعقد العقد باتفاقهما. أما إذا تغير الحامل نتيجة تظهير الورقة التجارية فإن الآثار المترتبة لكل حامل تختلف عن الآخر ولكل منهما دفوعه الخاصة به^{١٤٢}.

^{١٣٩} حلو أبو حلو، الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق.

^{١٤٠} المرجع السابق نفسه

^{١٤١} عبد الله عيود: الضمان الاحتياطي في الاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ٥٥.

^{١٤٢} د. محسن شفيق: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٠٦٢.

٣- إن الإيجاب موجه الى حملة السند المتعاقبين، فعندما ينتقل السند التجاري الى حامل جديد فإنه ينشأ بينه وبين الضامن اتفاق جديد، كون أن الضامن الزم نفسه بهذا الالتزام. وهنا تكون إرادة الضامن الاحتياطي هي الأساس في تكوين التزامه، لأن الضامن عندما وقع الورقة التجارية لم يكن ينتظر قبولاً ولا رفضاً. وبذلك أصبح الضامن ملتزماً بالتزاماً غير قابل للرجوع وفقاً للقانون، ولا يتوقع رفض حامل الورقة التجارية للضامن لأنه يصب في مصلحته.

ثانياً: نظرية الإرادة المنفردة:

وهذه النظرية تعني أن العمل القانوني يكون صادراً من جانب واحد دون الحاجة إلى قبول من طرف آخر، وهذا العمل يستطيع أن يترتب عليه بعض الآثار القانونية، كالإيجاب الملزم، وإجازة العقد الموقوف، كالوعد بجائزة أو الإقرار بالدين وغيرها، وفي بعض الأحيان يكسب الحقوق العينية كما في الوصية، كما أن الإرادة المنفردة في بعض الأحيان تكون سبباً في سقوط بعض الحقوق كالتنازل عن حق الرهن أو الارتفاق، كذلك يمكن أن تكون للإرادة المنفردة القدرة على إنهاء العقد أيضاً. ولتحقق الالتزام بالإرادة المنفردة يشترط القانون أن يكون هناك نية صريحة لإحداث أثر قانوني وأن تتوافر الشروط المطلوبة قانوناً لهذه الإرادة.

نظرية الإرادة المنفردة هي أصل كل قوة ملزمة، وما العقد إلا تقابل إرادتين. أي أن إرادة المدين هي مصدر التزامه، ولا تقوم إرادة الدائن إلا بدور ثانوي هو تعيين صاحب الحق في الالتزام^{١٤٣}.

وبناء على ما تقدم فإن المدين يعلن التزامه اتجاه أي شخص يريد الاستفادة من ذلك، وهو ما يحدث في الورقة التجارية عندما يوقعها الساحب أو المسحوب عليه أو الضامن الاحتياطي.

- الفرق بين العقد والإرادة المنفردة:

يحتاج العقد لنشوء التعبير عن إرادتين وهما (الإيجاب والقبول)، أما الإرادة المنفردة فهي لا تحتاج سوى لإرادة واحدة كالوصية وغيرها، وتظهر أهمية هذا التقسيم في مسألة الفسخ والانفساخ، إذ يمكن تصورهما في العقود الملزمة لجانبين إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزامه.

وبينما في الإرادة المنفردة يكون العقد ملزماً لجانب واحد، وعند توقعها لا يكون التزام الشخص محدداً تجاه شخص معين وإنما تجاه حملة الورقة التجارية المتعاقبين.

ومن هذا المنطلق ذهب أغلب علماء الفقه إلى القول بأن جميع التصرفات القانونية المتعلقة بالورقة التجارية مصدرها الإرادة المنفردة. وهو ما أيده الفقيه اسكارا "Escara" بقوله: "أن منشئ الورقة التجارية

^{١٤٣} المرجع السابق نفسه، ص ١٠٦٤.

والموقعين عليها يقوم التزامهم تجاه حاملها على تصريح بالإرادة المنفردة من جانب واحد، فهي تنشئ الحق الذي يستمد من الورقة التجارية بمعزل عن العلاقات العقدية الحاصلة بين حملتها المتعاقبين^{١٤٤}.

لذلك لا يلتزم الضامن الاحتياطي قبل دائن معين وإنما الالتزام يكون قبل كل من يكون حاملا للورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق، وهذا يعني ان الالتزام ينشأ في ذمة المدين قبل ان يعلن الدائن رضاه، وبذلك يصدر الالتزام عن اراده الضامن وحده ولهذا لا يستطيع الضامن ان يتحلل من التزامه. وأعطى بهذا الالتزام الثقة للغير ولا يجوز الاخلال بهذه الثقة^{١٤٥}.

ولكن هل يمكن للإرادة المنفردة ان تنشئ الحق الشخصي والالتزام؟ ولكي نستطيع الإجابة عن هذا السؤال لا بد من التمييز بين حالتين وهما:

- الحالة الأولى: إنشاء الحق لمن صدرت عنه الارادة وانشاء الالتزام على عاتق الغير، وهذا غير ممكن فلا يستطيع الانسان أن ينشئ لنفسه حق على عاتق غيره بإرادته المنفردة.

- الحالة الثانية: إنشاء الحق الشخصي لغير من صدرت عنه الارادة، وانشاء الالتزام على عاتق من صدرت عنه الارادة، وهذا ما اختلف عليه الفقهاء حيث ظهرت نظريتين النظرية الالمانية والنظرية الفرنسية.

- **أولا/ النظرية الفرنسية:** يرى أنصار هذه النظرية أن الارادة المنفردة لا يمكن ان تنشئ الالتزام، فهذا الاخير لا يمكن ان ينشأ الا عن توافق ارادتين اي عن طريق العقد. وذلك لأن الفقه الفرنسي اعتبر ان الشخص الذي يوقع على الورقة التجارية يصبح بتوقيعه ملتزما قبل ان يعرف الدائن الواجب الوفاء له، واساس ذلك عندهم ان تعبير صاحب التوقيع عن ارادته قد وضع في قالب خطي اعد للتداول لا يمكنه ان يسحبه بإرادته^{١٤٦}.

- **ثانيا/ النظرية الالمانية:** يرى أنصار هذه النظرية ان الإرادة المنفردة لها القدرة على انشاء الالتزام على عاتق صاحبها، فمن يتعاقد انما يلتزم بالإرادة المنفردة عنه لا بتوافق الارادتين مع ارادة المتعاقد الاخر^{١٤٧}.

وقد لاقت هذه النظرية رواجاً لدى الفقه الالمانى والايطالى، مما دفع بعض الفقهاء الالمان الى تشبيه الورقة التجارية بالنقود الورقية، فكما يتعهد البنك المركزي بالوفاء بقيمة الورقة التجارية لحاملها عند الطلب فكذلك الملتزمون بمقتضى الورقة التجارية كالضامن الاحتياطي يلتزم بإعلان الإرادة المنفردة مثلما يفعل بنك الإصدار^{١٤٨}، كما ان هذه الثقة لا تتولد في الورقة التجارية الا اذا كانت كافية بذاتها لتعيين الحق الثابت فيها أو أن الصلة تقطع بين الورقة التجارية والعلاقات السابقة على انشائها او تظهيرها^{١٤٩}.

^{١٤٤} Escara, manual d,droit commercial,1952, Paris, [s.n] P1139

^{١٤٥} محسن شفيق: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٠٥٩.

^{١٤٦} Escara, manual d,droit commercial, ibid, P132

^{١٤٧} كلية المستقبل الجامعية <https://www.uomus.edu.iq> > img > lectures21

^{١٤٨} محسن شفيق: الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ١٠٥٩.

^{١٤٩} المرجع السابق نفسه، ص ١٠٦٧، ١٠٦٨

إلا أن هذه النظرية أيضا تم نقدها كون أنها لا تجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام المدين اتجاه الحامل فقط وإنما تجاه دائئه المباشر أيضا، فإذا صح هذا القول سوف يؤدي الى حرمان الساحب من التمسك تجاه المستفيد الاول من التمسك بالدفع الناشئة عن العلاقة الاصلية، وحرمان المظهر من التمسك قبل المظهر له المباشر بالدفع المتعلقة بالعلاقة التي من أصلها ظهرت الورقة التجارية، وحرمان الضامن الاحتياطي من التمسك قبل المدين بالدفع الشخصية. هذه النتائج لا تتفق مع ما استقر عليه الراي من السماح للمدين بالتمسك في مواجهة دائئه المباشر بالدفع الناشئة عن العلاقة الاصلية بينهما^{١٥٠}.

وكذلك أن اعتبار الإرادة المنفردة مصدر الالتزام الصرفي، هذا يقتضي أن تكون الإرادة سليمة، أما إذا كانت معيبةً بغلط أو إكراه يجب الاعتراف للمدين ان يتمسك بالدفع الناشئة عن عيوب الإرادة المنفردة تجاه كل حامل للورقة التجارية، إلا أن هذه النتيجة لا تتفق مع مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالدفع^{١٥١}.

- الأحكام التي تطبق على الإرادة المنفردة:

نصت المادة (١٧٦) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) على أنه: "تسري الأحكام الخاصة بالعقود على التصرف بالإرادة المنفردة، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين الانعقاد العقد". وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي على أنه: "تتطبق أحكام العقد على الإرادة المنفردة، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين"، وتقارب المادة (٢٥٩) من القانون العربي الموحد. ومعنى هذا أنه لا بد من توفر الشروط والأركان العامة في العقد من أهلية وتراضي ومحل وسبب، عدا ما تعلق منها بتوافق الارادتين، فيجب ان يتوفر للإرادة المنفردة محل مشروع وأن يتمتع صاحب الإرادة بالأهلية اللازمة وهي أهلية الأداء الكاملة، كما يجب أن يكون رضائه صحيحا غير مشوب بعيب من عيوب الارادة، كما يجب ان يكون هناك سبب مشروع.

ويرى الباحث أن: من ذهب للقول بأن طبيعة التزام الضامن الاحتياطي هي الارادة المنفردة هي الأقرب للصواب.

ويرجح الباحث أن: الضامن الاحتياطي إذا وقع على الورقة التجارية، فبذلك يلتزم التزاما لا رجعة فيه ولا يتوقف على قبول أحد، وهذا الذي يؤدي إلى زرع الثقة في الورقة التجارية ودفعها إلى التداول، وإن القول بأن طبيعة التزام الضامن الاحتياطي هو التزام عقدي، قول غير موفق لأنه لا محل للنظرية العقدية في ذلك كون أن ايجاب الضامن غير قابل للرجوع، لأن الإيجاب هنا أصبح ملزماً وهو من فروع الإرادة المنفردة التي اقرها القانون المدني^{١٥٢}.

^{١٥٠} حلو أبو حلو: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق.

^{١٥١} حلو أبو حلو: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق

^{١٥٢} عبد الله عبود، الضمان الاحتياطي في الاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ٦٢.

المطلب الثاني

آثار الضمان الاحتياطي وانقضاؤه

تمهيد وتقسيم:

لقد نصت المادة (٤٥٠) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) والمادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤)، والمادة (٤٢٠) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) على الآثار التي يربتها الضمان الاحتياطي الناشئ عن الكمبيالة بقولهم:

- ١- يلتزم الضامن بما يلتزم بها الشخص المضمون.
- ٢- ويكون التزام الضامن صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل.
- ٣- وإذا أوفى الضامن الاحتياطي قيمة الكمبيالات آلت الية الحقوق الناشئة عنها قبل كل ملتزم بمقتضى الكمبيالة تجاه المضمون.

بينما حددت المادة (٥٣٤) من قانون التجارة الفلسطيني والمادة (٥٠٢) من قانون التجارة المصري الآثار التي يربتها الضمان الاحتياطي الناشئ عن الشيك بقولها:

- ١- "يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون". وهذه الفقرة تقابلت مع الفقرة الأولى من قانون التجارة المصري في مادته (٥٠٢).
- ٢- يكتسب الضامن الاحتياطي عند وفائه للشيك، الحقوق الناشئة تجاه المضمون والأشخاص الملزمين نحو هذا الأخير بموجب الشيك. وأيضا تقابلت هذه الفقرة مع الفقرة الثالثة من المادة (٥٠٢) من قانون التجارة المصري وقد أضاف قانون التجارة المصري آثارا أخرى بمقتضى المادة (٥٠٢)، حيث جاء في فقرتها الثانية ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل، وجاء في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة أنه يترتب على الضمان الاحتياطي بقيمة الشيك الوفاء.

غير أن قانون التجارة العراقي لم يحدد ذلك، ويرجح الباحث أن ذلك يرجع إلى أن المشرع العراقي اقتصر على المادة (١٣٧) من قانون التجارة العراقي حيث جاء فيها "تسري على الشيك احكام الحوالة بالقدر الذي لا تتعارض مع ماهيته".

وبناء على ما تقدم في قانون التجارة الفلسطيني والعراقي والمصري فإنه يترتب على الضمان الاحتياطي التزام الضامن التزاما صرفيا تجاه حامل الورقة التجارية بالوفاء بقيمتها بالتضامن مع من تم الضمان لصالحه كما أن هذا الالتزام يكون في مواجهة جميع الموقعين اللاحقين للملتزم المضمون، وبمعنى آخر يلتزم الضامن بجميع ما التزم به المضمون، وتسري عليه قواعد قانون الصرف بما في ذلك قاعدة تظهير الدفع حيث لا يجوز للضامن الاحتياطي الاحتجاج بالدفع الشخصية التي يظهرها التظهير في مواجهة حامل حسن النية

كما تسري عليه قاعدة استقلال التوقييع بحيث أن التزام الضامن الاحتياطي يظل صحيحا وإن كان التزام المضمون باطلا إلا إذا كان سبب البطلان يرجع إلى عيب شكلي وفي هذا الحكم خروج على حكم القواعد العامة التي تعتبر التزام الكفيل التزام تبعية يتبع التزام المكفول صحة وبطلانا وتحققا وانقضاء^{١٥٣}.

الفرع الأول

آثار الضمان الاحتياطي

بمجرد توقيع السند التجاري بين الحامل والضامن الاحتياطي فإنه ينشأ عن ذلك آثار بموجب القانون التجاري والتي حددها قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) في المادة (٤٥٠)، وحددها كذلك قانون التجارة العراقي في المادة (٨٢) وأيضا حددها قانون التجارة المصري في المادة رقم (٤٢٠)، وبذلك يمكن تحديد آثار الضمان الاحتياطي من خلال العلاقة بين الضامن الاحتياطي وبين الحامل، وبين الضامن الاحتياطي وبين المدين المضمون، وأخيرا بين الضامن الاحتياطي وبين الملتزمين الآخرين في السند التجاري.

أولا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي وبين الحامل

- رجوع الحامل على الضامن الاحتياطي

١- يعتبر الضامن الاحتياطي كفيلا متضامنا مع الملتزم المضمون: إن لحامل السند التجاري الحرية المطلقة في الرجوع على الملتزم المضمون او على الضامن الاحتياطي او على الاثنين معا لكون أن الضامن الاحتياطي يعتبر كفيلا متضامنا مع الملتزم المضمون^{١٥٤}. ويترتب على ذلك أنه اذا وجه الحامل المطالبة أولا الى الضامن الاحتياطي، لا يستطيع التمسك في مواجهته بالدفع بالتجريد أي ان يطالبه بالرجوع الى المدين المضمون ويستوفي حقه منه أولا ولو كان هذا المدين ميسور الحال، ولا يجوز للضامن الاحتياطي الدفع بالتقسيم عند وجود متضامين احتياطين آخرين كي لا يلتزم الا بمقدار نصيبه في الدين، وبعبارة اخرى لا يستطيع الضامن اجبار الحامل على قبول تقسيم الدين بينه وبين الملتزم المضمون^{١٥٥}. كون أنه يجوز أن يتعدد الضامنون الاحتياطيون عن ملتزم واحد ويصبحوا بتوقيعهم متضامين في الوفاء بقيمة الورقة، ولو لم يتم الاتفاق فيما بينهم.

٢- التزم الضامن الاحتياطي بضمان الوفاء وضمان القبول: يتحدد مركز الضامن الاحتياطي بمركز المدين المضمون فهو ملتزم بدفع قيمة السند التجاري للحامل بالإضافة الى النفقات التي تحملها. أي ان الضامن الاحتياطي يضمن الوفاء بقدر ما وجب على المدين الاصيل^{١٥٦}.

^{١٥٣} د. بسام حمد الطراونة: تظهير الأوراق التجارية -دراسة مقارنة-، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ٩٩.

^{١٥٤} د. علي سلمان العبيدي: الأوراق التجارية في القانون العراقي، مطبعة دار السلام، ١٩٧٣، صفحة ٤١٢.

^{١٥٥} د. علي سيد قاسم: قانون الأعمال، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

^{١٥٦} حلو أبو حلو: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق.

أما في حال تدخل الضامن الاحتياطي لمصلحة الساحب كان مسؤولاً تجاه الحامل وجميع الموقعين على السند التجاري، ولكن في حال أنه تدخل لمصلحة أحد المظهرين فبذلك يكون مسؤولاً تجاه الحامل والمظهرين اللاحقين للمدين المضمون^{١٥٧}.

وهنا نلاحظ أن المشرع الفلسطيني تعرض الى تدخل الضامن الاحتياطي لضمان القبول والوفاء حيث نصت المادة (٤٢٠) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) في مادتها الأولى على أنه " يضمن ساحب الكمبيالة قبولها ووفائها". بينما نصت المادة (٥٠) من قانون التجارة العراقي المعمول به حالياً في مادتها الأولى بقولها: " يضمن ساحب الحوالة قبولها ووفاءها. وكذلك جاء في القانون المصري الجديد لسنة (١٩٩٩) في المادة الأولى منها "يضمن ساحب الكمبيالة قبولها ووفاءها".

وهذا بخلاف ما جاء في قانون التجارة الأردني الحالي حيث تعرض لضمان الوفاء ولم يتعرض لضمان القبول، إلا أن ضمان القبول قد يتضمن ضمان الوفاء والعكس صحيح، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن الأول يجب وقت استحقاق الكمبيالة بينما الثاني قبل استحقاقها^{١٥٨}.

وهذا بخلاف السند لأمر والشيك فإنهما لا يقدمان للقبول لذلك فإنه لا يتصور تدخل الضامن الاحتياطي فيهما الا لضمان الوفاء.

٢- التزام الضامن الاحتياطي يعتبر التزاماً صرفياً أصلياً وتبعياً:

وهنا يأتي التساؤل حول طبيعة التزام مقدم الضمان الاحتياطي لصالح الحامل، وهل يعتبر الضمان الاحتياطي بمثابة " المدين " في الورقة التجارية شأنه شأن أي مدين صرفي آخر، أم أنه يعتبر بمثابة الكفيل المتضامن مع المدين الأصلي والتزامه هو التزام تبعي؟^{١٥٩}

ففي ذلك رأيان وهما:

- هناك من يرى أن طبيعة التزام مقدم الضمان الاحتياطي هو من طبيعة احتياطية. إذ لا ينشأ هذا الالتزام تبعاً للالتزام أصلي، وهو التزام المدين الصرفي المضمون. وإذ يقوم الضامن الاحتياطي بالدفع لحامل الكمبيالة فلا يقوم بدفع دين مستحق عليه وإنما يقوم بدفع دين مستحق على المدين الصرفي المضمون. وعلى هذا النحو يبدو أن جوهر كل من الضامن الاحتياطي والكفالة هو جوهر واحد وهو الالتزام بدفع دين على الغير مع فارق يبدو واضحاً إذ يكون الضمان الاحتياطي بمثابة كفالة خاصة بقانون الصرف ويكون الضامن الاحتياطي في مواجهة الحامل هو بالضرورة بمثابة الكفيل المتضامن. هذا الرأي

^{١٥٧} د. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري المصري، ج ١، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧، ص ٣١٩.

^{١٥٨} عبد الله عيود: الضمان الاحتياطي في الاسناد التجارية، رسالة دكتوراه، دمشق، ١٩٨١، ص ٤١٤.

^{١٥٩} د. فايز نعيم رضوان: القانون التجاري - الأوراق التجارية وعمليات البنوك-، ج ١، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣١٧.

أيا كان منطقته ووجاهته يبدو أنه يتعارض مع مبدأ استقلال التوقيعات في الورقة التجارية وما يتميز به الالتزام الصرفي لكونه التزاما مجردا^{١٦٠}.

- وهناك من يرى أن التزام الضامن الاحتياطي التزام تباعي وأصلي في آن واحد فهو يعد التزاما تباعيا وذلك لأنه بمثابة كفالة، ولأن التزام الكفيل مبني على التزام المكفول أو المكفولين، وبالتالي فإن كل ما يتصف به الدين الأصلي من صفات وما يطرأ عليه من تغييرات يتصف به أو ينعكس على دين الكفيل. وبما أن التزام المضمون، ساحبا كان أو قابلا أو مظهرا، التزام تجاري وتضامني، فإن التزام الضامن الاحتياطي يكون أيضا تجاريا بغض النظر عن شخص الضامن وعن سبب ضمانه وطريقة إعطائه. كما أن التزامه يكون على وجه التضامن مع بقية الموقعين على السند، فلا يكون له الدفع بالتجريد، أي مجابهة الدائن الذي يرجع عليه بأنه يجب عليه أن يلاحق أولا المدين أو المدينين الأصليين، كالتقابل أو الساحب أو أي شخص آخر مضمون من أشخاص السند، كما لا يحق له الدفع بالتقسيم عند وجود ضامين^{١٦١}.

كما ويعتبر التزام الضامن الاحتياطي التزاما صرفيا أصليا ويترتب على ذلك إذا كان التزام المضمون باطلا فلا يبطل التزام الضامن لبطلان التزام المضمون لنقص في الاهلية أو عيب في الرضى أو لانعدام السبب أو عدم مشروعيته، وهذا وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٤٥٠) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) حيث نصت على أنه: "ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحا، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب الشكل".

وكذلك نصت المادة "٨٢" في فقرتها الأولى من قانون التجارة العراقي على أنه: "يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون، ويكون التزام الضامن صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

وهذا أيضا ما نصت عليه المادة (٤٢٠) من قانون التجارة المصري في فقرتها الثانية حيث نصت على " ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحا، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب الشكل"^{١٦٢}.

وهنا نلاحظ أن المشرع الفلسطيني والعراقي والمصري خرجوا عن أحكام القواعد العامة تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات، كون أن الأصل إذا وقع التزام المضمون باطلا يترتب عليه بطلان التزام الضامن الاحتياطي وفقا للقواعد العامة في الكفالة، إلا أن المشرع التجاري خرج على هذه القاعدة معتبرا التزام الضامن الاحتياطي صحيحا حتى لو كان التزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب الشكل^{١٦٣}.

^{١٦٠} المرجع السابق نفسه، ص ٣١٨.

^{١٦١} د. أكرم ياملكي: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، عمان، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ١٨٤.

^{١٦٢} تقابل المادة (٤٥٠) من قانون التجارة الفلسطيني المادة ١٣٠/٧ من قانون التجارة الفرنسي والمادة ٣٢/١ م قانون جنيف الموحد والمادة ٤٧/١ من اتفاقية الامم المتحدة الصادرة في ١٩٨٨/٢/٩م.

^{١٦٣} د. مصطفى أحمد شويح: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٦٤.

فإذا كان البطلان ناتجا عن عيب ظاهر في شكل الورقة التجارية كعدم بيان تاريخ انشاء الورقة التجارية او الاغفال عن تسميتها في متن السند بالكمبيالة، فهذا يعكس أثره على توقيع الضامن الاحتياطي وبالتالي يبطل التزام الضامن الاحتياطي بالضمان.

وبناء على ما تقدم لا يستطيع الضامن الاحتياطي الاحتجاج بالدفع التي يظهرها التظهير في مواجهة الحامل حسن النية بينما يجوز له التمسك بالدفع الناتجة عن عيب شكلي في الورقة التجارية في مواجهة كل حامل للسند التجاري^{١٦٤}.

ويجوز للضامن الاحتياطي عند الرجوع عليه التمسك في مواجهة الحامل بنصوص القانون التي تجيز له ان يطلب في حالة قيامه بالوفاء تسلمه الكمبيالة مع ورقة الاحتجاج ومخالصة بما اداه، وعلى حامل الورقة التجارية ان يخطر من ظهرها له والساحب والضامن الاحتياطي بعدم قبول الورقة التجارية او بعدم وفائها في المواعيد المحددة قانونا، ويسأل الحامل عن تعويض الضرر الذي يلحق بالضامن الاحتياطي اذا اهمل بواجب الاخطار وذلك بما لا يتجاوز مبلغ الورقة التجارية^{١٦٥}.

وهنا يبقى سؤال لا بد من بيانه وهو: هل بإمكان الضامن ان يحتج في مواجهة من يرجع عليه بجميع الدفع الشخصية التي يحق للمضمون الاحتجاج بها في مواجهة الشخص المذكور؟

ذهب فريق الى أنه بإمكان الضامن ان يحتج في مواجهة من يرجع عليه بجميع الدفع الشخصية التي يحق للمضمون الاحتجاج بها في مواجهة الشخص المذكور، بينما ذهب آخرون إلى عدم جواز ذلك لان نص المادة (٣٢) من قانون جنيف الموحد تتعارض مع ذلك.

وذهب رأي آخر الى السماح للضامن الاحتياطي أن يحتج على من يطالبه بالوفاء من دفع مستنده إلى علاقته الشخصية به هو. وانما لا يجوز له الاحتجاج عليه بما له من دفع شخصية قبل غيره من الأشخاص^{١٦٦}.

٣- احتجاج الضامن الاحتياطي بنقص أهليته أو انعدامها أمام الحامل حسن النية:

يحق للضامن الاحتياطي أن يحتج بنقص أهليته أو انعدامها أمام الحامل حسن النية وله حق التمسك بالدفع المتعلقة بتغيب رضاه أو انعدام سبب التزامه، أو الدفع بالغلط أو بالتزوير أو الدفع بعدم مشروعيه السبب، فهذه الدفع لا يستطيع أن يتمسك بها الضامن الاحتياطي في مواجهة الحامل حسن النية كون أن هذه الدفع يظهرها التظهير.

^{١٦٤} د. أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص ١٨٥، د: سميحة الفيلوبي، الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٨٨

^{١٦٥} د. مصطفى طه: القانون التجاري والاقتصاد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص ١٨٠.

^{١٦٦} د. أكرم يا ملكي: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص ١٩٤.

ولكن في حال كان الحامل سيء النية فالضامن الاحتياطي يستطيع أن يتمسك بكل الدفوع المتعلقة بالالتزام المضمون والدفوع الخاصة ببطلان عقد الضمان إلا أن الضامن ليس من حقه التمسك بالدفوع الشخصية.

٤ - التمسك بالدفوع الشككية ضد الحامل:

لقد كفل المشرع للضامن الاحتياطي أن يتمسك بالدفوع الشككية ضد الحامل ولو كان حسن النية وذلك لأن المشرع نص على البيانات الواجب توافرها لصحة الورقة التجارية، وفي حال عدم استيفاء هذه البيانات فإنها تعتبر باطلة كورقة تجارية، مما يستبعد معه ترتيب الآثار الصرفية، فلا مجال للقول بتطهير الدفوع لأن الأمر يتعلق ببطلان الورقة ذاتها، وبالتالي فإنه يحق للمدين الصرفي حق إثارة الدفع بغياب أحد هذه البيانات خاصة الجوهرية منها عند مطالبته في مواجهة كل مطالب في الاستحقاق بالحق الثابت فيها، وهذا ما ينطبق على الضامن الاحتياطي كونه ملتزماً بما يلتزم به الشخص المضمون^{١٦٧}.

ثانياً: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمدين المضمون

يعتبر الضامن الاحتياطي كفيلاً متضامناً مع مضمونه، وهذا يعني أن الضامن الاحتياطي يضمن الشخص المضمون، فعند وفاء الضامن الاحتياطي لقيمة الورقة التجارية يحق له أن يطالب المدين أن يسلمه الكمبيالة أو الورقة المتصلة بها، أو الورقة المستقلة، لكي يباشر حقه تجاه من ضمنه وتجاه كل من يضمن المدين المضمون من الملتزمين السابقين عليه، لا باعتباره حالاً محل الحامل، لأن هذه الحلول لا تكون إلا بالنسبة للملتزم المضمون وحده^{١٦٨}، لأن المدين المضمون نفسه كان يملك حق الرجوع عليهم، ولا يحق للضامن الاحتياطي الرجوع على الموقعين اللاحقين للمدين المضمون، لأن المدين المضمون نفسه لا يحق له ذلك^{١٦٩}.

وبذلك فإنه يجوز للضامن الاحتياطي لأحد المظهرين حق الرجوع على المظهر المضمون وعلى المظهرين السابقين عليه وعلى الساحب والمسحوب عليه القابل، ولا يحق له الرجوع على المظهرين اللاحقين له، ولكن في حال تدخل الضامن الاحتياطي لمصلحة الساحب فإنه يستطيع الرجوع على الملتزم المضمون وعلى المسحوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء ولا يحق له الرجوع على المظهرين، وفي حال تدخل الضامن الاحتياطي لمصلحة المسحوب عليه القابل، فإنه لا يملك الرجوع إلا على المدين المضمون وعلى الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء^{١٧٠}.

وفي حال رجوع الضامن الاحتياطي على المدين المضمون فهناك دعوتان:

^{١٦٧} عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة: آثار الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق.

^{١٦٨} د. حسين محمد سعيد: الالتزامات وحقوق حامل الورقة التجارية، مرجع سابق، ص ٧٣.

^{١٦٩} د. علي سيد قاسم: قانون الاعمال، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

^{١٧٠} حلو أبو حلو، الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٩.

-الأولى/ الدعوى الشخصية: وهي الدعوى الناشئة عن عقد الكفالة وفقا لأحكام القانون المدني. ولا يلجأ الضامن الاحتياطي برفع الدعوى الشخصية الناتجة عن الكفالة ضد المدين المضمون عادة. إلا إذا تقدمت دعوى الصرف أو سقطت لإهمال الحامل^{١٧١}.

-الثانية/ الدعوى الصرفية: أو ما يطلق عليها دعوى الحلول. وهي دعوى الصرف التي يحل فيها الضامن الاحتياطي محل المضمون، الذي تلقى منه الوفاء، وذلك لا يكون إلا على الملتزم المضمون وحدة دون غيره من الملتزمين.

ولكن في حال وفاء الضامن الاحتياطي بقيمة الورقة التجارية فإنه يجوز له الرجوع على المدين المضمون وعلى جميع الموقعين السابقين والملتزمين له بدعوى الصرف، وهذا بموجب ما جاء في قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) حيث نصت المادة (٤٥٠) في فقرتها الثالثة على أنه: "إذا أوفى الضامن الاحتياطي قيمة السند آلت إليه الحقوق الناشئة عنه تجاه مضمونه والملتزمين تجاهه بمقتضى السند"، وكذلك نصت المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي على ذلك في فقرتها الثانية على "إذا أوفى الضامن الحوالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل كل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون" وكذلك نصت المادة (٤٢٠) من قانون التجارة المصري الجديد في فقرتها الثالثة على أنه: "إذا أوفى الضامن الاحتياطي قيمة السند آلت إليه الحقوق الناشئة عنه تجاه مضمونه والملتزمين تجاهه بمقتضى السند"^{١٧٢}.

ووفقا لنص المواد المذكورة فإنه يحق للضامن الاحتياطي المطالبة بالمبلغ الذي أداه والمصاريف التي تحملها، بحيث تؤول إليه جميع الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية قبل كل ملتزم فيها تجاه المضمون، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية حيث جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية ما يلي: "إن الضامن الاحتياطي عندما يدفع قيمة الورقة التجارية ويتسلمها يكتسب حقا مباشرا وشخصيا ويستفيد من قاعدة تطهير الدفع"، يلتزم الضامن بالوفاء بالورقة التجارية بما التزم به المضمون". وفي حال وفاء الضامن قيمة السند فإنه يؤول إليه الحقوق الناشئة تجاه المضمون بأي صفة كان دائما أو كفيلا أو مظهرا.

وعادة ما يرجع الضامن الاحتياطي الى دعوى الصرف كون أن دعوى الصرف تحقق للضامن الاحتياطي مميزات افضل من الدعوى الشخصية الناشئة عن الكفالة فيكون له جميع حقوق الحامل، وفي مقدمتها قاعدة تطهير الدفع واستقلال التوقيعات، وتوقيع الحجز التحفظي، ومن المزايا التي يستفيد منها الضامن الاحتياطي بدء سريان الفوائد، واستبعاد المهلة القضائية باعتبار أن التزام الضامن هو التزام تجاري، بالإضافة إلى ذلك إذا ورد الضمان الاحتياطي على السند التجاري ذاته فان الضامن الاحتياطي يستفيد من حق الحامل في تملك مقابل الوفاء^{١٧٣}، فإذا ما رجع الضامن الاحتياطي على المدين المضمون فلا يحق لهذا

^{١٧١} د. الياس حداد: السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٨٢، ص ٤٢١.

^{١٧٢} المادة ٤٥٠/٣ من قانون التجارة الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ تقابلها المادة ١٣٠/٩ من قانون التجارة الفرنسي والمادة ٣٢/٢ من قانون جنيف الموحد. والمادة ٤٨/٢ من اتفاقية الأمم المتحدة.

^{١٧٣} عبد الله عيود: الضمان الاحتياطي في الاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ١٠٣، حسين محمد سعيد: الالتزامات وحقوق حامل الورقة التجارية، مرجع سابق، ص ٧٣.

الأخير أن يحتج في مواجهته بالدفع التي يحق له الاحتجاج بها على الحامل السابق أو على أي ملتزم في الورقة التجارية، ما دام الضامن الاحتياطي حسن النية ويجعل تلك الدفع وهذا وفقا لقاعدة تطهير الدفع التي يحق للحامل حسن النية التمسك بها^{١٧٤}، ولكن في حال اتجه الضامن الاحتياطي الى دعوى الكفالة فيحق له الرجوع على المدين المضمون بالمبلغ الذي أوفاه وجميع النفقات.

يفقد الضامن الاحتياطي حقه في الرجوع على المدين المضمون إذا كان هذا الأخير قد أوفى بالدين، أو رفع عليه دعوى وحكم عليه بالدين بصورة نهائية ولم يقم الضامن الاحتياطي بإعلام المدين المضمون وكان بإمكانه ذلك، أو كانت لديه اسباب تثبت بطلان الدين أو سقوطه^{١٧٥}. وبعد صدور المرسوم ١٩٣٥/١٠/٣٠ الصادر في فرنسا والذي بموجبه تم تقنين أحكام قانون جنيف الموحد بعدم تطبيق المادة (٢٠٣١/٢) من القانون المدني الفرنسي على الضامن الاحتياطي، فلا يسقط حق الضامن الاحتياطي في الرجوع على المدين المضمون إذا لم يخرجه قبل أن يقوم بالوفاء بقيمة الكمبيالة للحامل وكانت لدى الملتزم المضمون وقت الاستحقاق أسباب تقضي بانقضاء الدين وتبرير ذلك أن التزام الضامن الاحتياطي هو التزام صرفي ومستقل بالوفاء بقيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق، فلا يتحمل أي مسؤولية إذا قام بتنفيذ التزامه في الميعاد المحدد وكان لا يعلم بالدفع المقررة للمدين المضمون بل يجب على المدين المضمون أن يخطر ضامنه الاحتياطي بوسائل دفاعه ليواجه بها حامل الورقة التجارية^{١٧٦}.

وهذا الرأي يؤيده الباحث، وذلك لأن الالتزام الصرفي التزام مجرد ومستقل، ويمكن اخطار الضامن الاحتياطي بكافة الطرق، فلا يحق للمدين المضمون أن يتذرع بضيق الوقت.

ثالثا: العلاقة بين الضامن الاحتياطي والملتزمين الآخرين

لقد بينت المادة (٤٥٠) من قانون التجارة الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤) في فقرتها الثالثة والمادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الثانية والمادة (٤٢٠) من قانون التجارة المصري الجديد في فقرتها الثالثة، وجود علاقة قانونية بين الضامن الاحتياطي وبين الملتزمين الآخرين في الورقة التجارية. فإذا دفع الضامن الاحتياطي قيمة الورقة التجارية للحامل فإنه يترتب على ذلك حق الرجوع على جميع الملتزمين للملتزم المضمون على وجه التضامن فيما بينهم^{١٧٧}.

إلا إن المركز القانوني للضامن الاحتياطي يختلف باختلاف ما إذا كان الضامن مقدما لشخص واحد قد يكون للساحب أو المسحوب عليه أو المظهر^{١٧٨}.

^{١٧٤} إدوار عيد: الاسناد التجارية، بيروت، مطبعة النجوى، ١٩٦٩، ص ٢٤٢.

^{١٧٥} إدوار عيد: الاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

^{١٧٦} حلو أبو حلو: الضمان الاحتياطي في الاوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٢٠.

^{١٧٧} عزيز العكيلي: الاوراق التجارية في القانون التجاري الاردني، مرجع سابق، ص ١٤٩.

^{١٧٨} عبد الحميد عيسى غوانمة: آثار الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق.

بينما إذا تدخل الضامن الاحتياطي لضمان أحد المظهرين في الورقة التجارية، صار له الحق في الرجوع على من تدخل لمصلحته وعلى جميع الموقعين الذين يحق للملتزم المضمون الرجوع عليهم والمسحوب عليه القابل وعلى الساحب.

ولكن إذا تعدد الضامنون الاحتياطيون للوفاء بقيمة الورقة التجارية، كما لو كان الضامن مقدما لموقعين مختلفين، كأن يضمن أحدهم الساحب والثاني المسحوب عليه والثالث قد يضمن المظهر، ففي هذه الحالة يعد الضامنون الاحتياطيون ملتزمون تجاه الحامل على وجه التضامن، ويمكن لهذا الحامل متابعتهم فرادى أو جماعة بمبلغ السند وما يتبعها من فوائد ومصاريف دون أن يتمكن أي منهم التمسك بمزية الدفع بالتقسيم^{١٧٩}. وإذا ما رجع الحامل على احدهم بالوفاء بقيمة الورقة التجارية فلا يحق له أن يطالبه بالرجوع على الضامن الاحتياطي الثاني لاستيفاء حقه^{١٨٠}.

وأما في حال قام أحد المظهرين بالوفاء بقيمة الورقة التجارية صار له الحق بالرجوع الى المظهرين السابقين له والملتزمين وعلى ضامنهم الاحتياطيين وكذلك له الحق في الرجوع على الساحب وضامنه الاحتياطي وعلى المسحوب عليه، وله الحق في مطالبتهم مجتمعين أو كل على انفراد مع مراعاة الاجراءات التي حددها القانون^{١٨١}.

الفرع الثاني

انقضاء الضمان الاحتياطي

إن التزام المضمون الاحتياطي يكون التزاما تجاريا، تجاريا بغض النظر عن شخص الضامن وعن سبب ضمانته وطريقة إعطائه ويكون أيضا التزاما تضامنيا، بمجرد أن يوقع الضامن الاحتياطي على سند السحب، فإن التزامه هذا يعد التزاما صرفيا في علاقته بأطراف السند، حيث إن شرعية حق الحامل تعطيه سلطة مطالبة الملتزمين بسند السحب، خاصة الضامن الاحتياطي الذي ليس بمقدوره التهرب من التزامه^{١٨٢}. لذلك نظم المشرع الفلسطيني في القانون المدني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ أحكام انقضاء الدين في قيمة الأوراق التجارية حيث تحدث في الفصل الثاني من الباب الخامس في المواد ٣٨١ وحتى المادة ٤٠٦ عن احكام انقضاء الدين بما يعادل الوفاء. وبين المشرع الفلسطيني بأن انقضاء الالتزام وفقا للقانون المدني الفلسطيني إما بالوفاء او التقادم المسقط، في حين أن قانون التجارة الفلسطيني تناول أحكام انقضاء الالتزام الصرفي في الأوراق التجارية بثلاث طرق فقط وهي الوفاء والسقوط والتقادم. ورغم أن الالتزام الصرفي في الكمبيالة ينقضي

^{١٧٩} عبد الحميد عيسى غوانمة: المرجع نفسه.

^{١٨٠} د. علي حسن يونس: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

^{١٨١} صلاح الدين الناهي: المبسوط في الأوراق التجارية. بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٥، ص ٢٩٢.

^{١٨٢} عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة ، آثار الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، مرجع سابق

بالإبراء والمقاصة والوفاء بمقابل والتجديد كما ينقضي في الالتزام المدني وفقا للقواعد العامة كون أن قانون التجارة لم يتطرق الى ذلك تاركا الحالات المذكورة للقواعد العامة للالتزام^{١٨٣}.

أولاً: الوفاء

إن الضامن الاحتياطي له حقوق وواجبات المضمون نفسه، لذا إذا انقضى التزام المضمون بالوفاء^{١٨٤} بمبلغ الكمبيالة للحامل، فإنه يصبح ذا حق في الرجوع على الملتزم المضمون، وعلى جميع من يضمنون هذا الملتزم المضمون، وهم كافة الموقعين السابقين عليه. فإذا كان ضامنا للمظهر الثاني مثلاً، كان له حق الرجوع على هذا المظهر الثاني وعلى المظهر الأول والساحب والمسحوب عليه القابل وضامنيهم الاحتياطيين إن وجدوا. أما إذا كان ضامنا للساحب، فليس له إلا الرجوع على الساحب وعلى المسحوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء، أما ضامن المسحوب عليه فليس له إلا الرجوع على المسحوب عليه وعلى الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء^{١٨٥}.

ووفقاً لأحكام القواعد العامة في الوفاء عند الالتزام يجب أن يكون الوفاء بمبلغ الكمبيالة كما ونوعاً أي أن يكون وفقاً لما تم الاتفاق عليه لذلك كان موقف المشرع الفلسطيني حاسماً وواضحاً في أن يكون موضوع الكمبيالة مبلغ معين من النقود وهذا ما نصت عليه المادة ٤١٠ من قانون التجارة الفلسطيني. فإذا عرض المسحوب عليه على الحامل الوفاء بجزء من مبلغ الكمبيالة كان لحامل الكمبيالة الحق في رفض هذا الوفاء الجزئي^{١٨٦}.

إلا أن المشرع الفلسطيني في قانون التجارة نص في الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ على أنه: " لا يجوز لحامل الكمبيالة أن يتمتع عن قبول الوفاء الجزئي" وقد نص على ذلك في قانون التجارة العراقي في المادة (٩٠) في فقرتها الثانية، وكذلك جاء في قانون التجارة المصري في المادة (٤٢٧) في فقرتها الثانية بأنه: " لا يجوز لحامل الكمبيالة أن يتمتع عن قبول الوفاء الجزئي" وبذلك يكون المشرع الفلسطيني والعراقي والمصري خرجوا عن هذا الأصل وأوجبوا على الحامل قبولاً للوفاء الجزئي والرجوع على الضامين بالجزء غير المدفوع، كما بين أيضاً أنه لا يجوز للحامل الامتناع عن استلام الجزء المعروض من قبل المسحوب عليه ولو كان القبول شاملاً لمبلغ الكمبيالة بتمامه، وعندها يجوز للمسحوب عليه أن يطلب اثبات هذا الوفاء الجزئي على صك الكمبيالة واعطائه مخالصة بالمبلغ المدفوع من قبل الحامل^{١٨٧}.

ولكي يكون الوفاء صحيحاً لا بد من توافر ثلاثة شروط أساسية وهي:

^{١٨٣} د. مصطفى أحمد شويديح: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٦٦

^{١٨٤} أبو زيد رضوان وفايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

^{١٨٥} د. حسين يوسف غنيم: مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة الأوراق التجارية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ط ١، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

^{١٨٦} د. محسن شفيق: القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص ١٥٩.

^{١٨٧} د. مصطفى أحمد شويديح: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٧٥.

١- أن يتم الوفاء للحامل الشرعي: حيث نصت المادة ٤٢٦ من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الأولى على أنه: "يعتبر حائز الكمبيالة حاملها الشرعي، إذا أثبت أنه صاحب الحق فيها بسلسلة من عدة عمليات تظهير غير منقطعة.....". وكذلك نصت المادة (٥٦) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الأولى وهذا أيضا ما نصت عليه المادة (٣٩٦) من قانون التجارة المصري في فقرتها الأولى.

٢- **الوفاء في ميعاد الاستحقاق:** فقد نصت المادة (٤٥٩) من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الأولى على أنه "لا يجبر حامل الكمبيالة على قبض قيمتها قبل ميعاد الاستحقاق". وهذا أيضا ما جاء في المادة (٩١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الأولى وكذلك نصت المادة (٤٢٨) من قانون التجارة المصري على ما نصت عليه المواد المذكورة في فقرتها الأولى أيضا، وأما في حال أوفى المسحوب عليه قيمة الكمبيالة قبل موعد الاستحقاق فهو من يتحمل مسؤولية ذلك وما يترتب عليها وفقا لما نصت عليه المادة ٤٥٩ من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الثانية ونصت عليه المادة (٩١) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الثانية وكذلك نصت عليه المادة (٤٢٨) من قانون التجارة المصري في الفقرة الثانية حيث نصت على أنه: "وإذا أوفى المسحوب عليه قيمة الكمبيالة قبل ميعاد الاستحقاق تحمل تبعة ذلك".

٣- **الوفاء بدون غش أو خطأ جسيم:** لكي يعتد بالوفاء ويكون صحيحا ومبررا لزمة المدين فيجب ألا يقع عند الوفاء بقيمة الكمبيالة غش أو خطأ جسيم عند الاستيفاء وهذا ما نصت عليه المادة ٤٥٩ من قانون التجارة الفلسطيني في فقرتها الثالثة على أنه "ومن أوفى الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق برئت ذمته، الا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم". وهذا أيضا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٩١) من قانون التجارة العراقي ونصت أيضا عليه المادة (٤٢٨) من قانون التجارة المصري في فقرتها الثالثة.

ويترتب على المسحوب عليه لحامل الكمبيالة الشرعي في ميعاد الاستحقاق براءة ذمة المسحوب عليه من التزامه الصرفي وكذلك براءة ذمته من الدين الذي عليه للساحب والحملة المتتالين، ويترتب على الوفاء أيضا في هذه الحالة براءة ذمة جميع الملتزمين تجاه الحامل من ضمان الوفاء، فلا رجوع للحامل على أحد منهم بشيء بعد ذلك، وينتهي بهذا الوفاء حياة الالتزام الصرفي المنبثق عن الكمبيالة، مع التأكيد على أن قيام المسحوب عليه بالوفاء دون تلقي مقابل الوفاء يبقى حقه مؤكدا بالرجوع على الساحب بما أوفاه^{١٨٨}.

فإذا رجع الحامل على أحد الملتزمين وطالبه بالوفاء بقيمة الكمبيالة في حال رفض المسحوب عليه بالوفاء فإذا قام أحد الملتزمين بالوفاء فإنه يبرئ ذم الموقعين في مواجهة الحامل، ولكنهم يبقون ملتزمين في مواجهة الموقع الذي قام بالوفاء ويبقى من حقه الرجوع بما أوفاه على الملتزمين الذين

^{١٨٨} د. مصطفى أحمد شويديح: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٨٢.

يضمنونه، وهم المظهرون السابقون عليه، وبذلك فإنّ الوفاء من أحد الملتزمين لا ينهي حياة الالتزام المصرفي بل يبقى قائماً ومن حق الموفي الرجوع على الملتزمين السابقين عليه^{١٨٩}.

"وإذا أوفى المسحوب عليه مبلغ الكمبيالة، فإنه يحق له استردادها من حاملها موقعاً عليها بما يفيد الوفاء" وكذلك هذا ما جاء في المادة (٩٠) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الأولى وفي المادة (٤٢٧) من قانون التجارة المصري في فقرتها الأولى أيضاً.

"وتبرأ ذمة الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين في الكمبيالة بقدر ما يدفع من قيمتها، وعلى حاملها عمل الاحتجاج عن القدر غير المدفوع." وهذا وفقاً لما جاء في قانون التجارة الفلسطيني في المادة ٤٥٨ في فقرتها الرابعة وكذلك ما نصت عليه المادة (٩٠) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الرابعة وكذلك نصت المادة (٤٢٧) من قانون التجارة المصري في فقرتها الرابعة على ذلك.

ثانياً: السقوط

المقصود بالسقوط: يقصد بالسقوط الجزاء الذي يقع على الحامل المهمل الذي لا يستوفي مبلغ الكمبيالة في المدة القانونية المحددة، ويترتب على هذا السقوط فقدان حامل الكمبيالة حقه المصرفي في الرجوع على الموقعين على الكمبيالة فإذا لم يتم الحامل بالمطالبة بحقه في المدد القانونية المحددة يعد حاملاً مهملًا، ومن حق الموقعين على الكمبيالة أن يتمسكوا بسقوط حقه في الرجوع عليه^{١٩٠}.

حالات السقوط: لقد بين قانون التجارة الفلسطيني حالات السقوط في المادة (٤٧٨) في بنودها الأربعة وقد نصت على ما يلي "١- تسقط حقوق حامل الكمبيالة قبل المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين ما عدا القابل في مضي المواعيد المعينة لإجراء ما يلي:

- تقديم الكمبيالة المستحقة الوفاء لدى الاطلاع، وبعد مدة معينة من الاطلاع.
- عمل احتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء.
- تقديم الكمبيالة للوفاء في حالة اشتغالها على شرط الرجوع بلا مصاريف.
- ومع ذلك لا يفيد الساحب من هذا السقوط إلا إذا أثبت أنه أوجد مقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق، وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل إلا الرجوع على المسحوب عليه.

وإذا لم تقدم الكمبيالة للقبول في الميعاد الذي اشترطه الساحب، سقطت حقوق الحامل في الرجوع بسبب عدم القبول وعدم الوفاء على السواء، إلا إذا تبين من عبارة الشرط أن الساحب لم يقصد منه سوى إعفاء نفسه من ضمان القبول وحده.

وإذا كان المظهر هو الذي اشترط في التطهير ميعاداً لتقديم الكمبيالة للقبول، فله وحده الإفادة من هذا الشرط" وهذا أيضاً ما نصت عليه المادة (١١١) من قانون التجارة العراقي، وكذلك نصت

^{١٨٩} محمد حسني عباس: الأوراق التجارية في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص ١٦٥.

^{١٩٠} د. مصطفى كمال طه: الأوراق التجارية والاقتباس، مرجع سابق، ص ٢١٣.

عليه المادة (٤٤٧) من قانون التجارة المصري. وهذه الحالات جاءت حصرا ولا يجوز القياس عليها أو التوسع فيها.

الاثار المترتبة على السقوط:

من أهم الاثار المترتبة على السقوط هو سقوط حق الحامل الماهل في الرجوع على الضامين وهذا السقوط يتعلق فقط بالدعوى الصرفية، بمعنى الدعوى الناشئة عن توقيعات الضامين على الكمبيالة دون غيرها من الدعاوى التي تكون للحامل المبنية على العلاقات الاصلية التي أدت الى نشأة الكمبيالة والسابقة عليها، كدعوى المطالبة بملكية مقابل الوفاء، ودعوى الحامل ضد المظهر استنادا للعلاقة الاصلية^{١٩١}.

ثالثا: التقادم الصرفي

يقصد بالتقادم الصرفي: انقضاء المدة الزمنية القانونية التي تنتضي فيها حقوق حامل الأوراق التجارية (مثل الشيكات أو الكمبيالات) في المطالبة بقيمتها والتي تم تحديدها بموجب القانون التجاري بمرور مدة زمنية معينة. وهذا يعني أنه اذا انقضت هذه المدة، لا يمكن لحامل الورقة التجارية أن يقيم دعوى قضائية للمطالبة بالدين. وتكون مدة التقادم الصرفي قصيرة مقارنة بالتقادم العادي.

لقد نص المشرع الفلسطيني في قانون التجارة على المدد الزمنية للتقادم حيث جاء في المادة (٤٩٧) التالي نصه: "١. تتقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابلها، بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق. ٢. وتتقادم دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبل الساحب بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني، أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف. ٣. وتتقادم دعاوى المظهرين قبل بعضهم البعض وقبل الساحب بمضي ستة أشهر من اليوم الذي أوفى فيه المظهر الكمبيالة أو من يوم إقامة الدعاوى عليه. وهذا أيضا ما نصت عليه المادة (١٣٢) من قانون التجارة العراقي والمادة (٤٦٥) من قانون التجارة المصري. وهذا يعني أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة هذه المدد القانونية المحددة للتقادم كونها متعلقة بالنظام العام.

وهنا نلاحظ أن كلا من المشرع الفلسطيني والعراقي والمصري نصوا على مدد قصيرة تتراوح بين ثلاث سنوات إلى ستة أشهر فإذا انقضت هذه المدد المحددة لا تسمع حينها الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة والهدف من ذلك إقامة قرينة على تمام الوفاء، فإذا لم يطالب الحامل بقيمة الكمبيالة خلال المدة القانونية للتقادم فإنه دليل على أنه قد استوفى حقه من المدين، ولكن قرينة الوفاء التي يركز عليها المشرع في التقادم تنهدم متى ثبت عدم الوفاء^{١٩٢}.

ولكيلا يقع الحامل تحت سقوط حقه بالتقادم عليه المطالبة بحقه خلال المدة القانونية التي حددها القانون، والهدف منها هو تحقيق استقرار المعاملات المالية والتجارية.

^{١٩١} د. مصطفى أحمد شويح: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٢١٤.

^{١٩٢} د: أكرم ياملي: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٢١٩.

وبناء على نص المادة السابقة فهناك دعاوى مختلفة تنشأ عن الكمبيالة والتي تتراوح ما بين ثلاث سنوات وستة أشهر وهي على النحو التالي:

١- **دعوى على المسحوب عليه القابل:** وهذه الدعاوى تتقدم بمرور ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق سواء قامت هذه الدعوى من الحامل أو الساحب أو المظهر. وقد يرجع السبب في طول مدة التقادم هذه أن المسحوب عليه القابل هو المدين الأصلي الذي يجب عليه الوفاء بقيمة الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق لينتهي حياة الالتزام الصرفي ويبرئ ذمة الملتزمين فيها^{١٩٣}.

٢- **دعوى الحامل على الساحب أو المظهرين:** وهذه الدعوى تتقدم بمرور سنة من تاريخ عمل الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني، أو من تاريخ الاستحقاق في حال اشتملت الكمبيالة على شرط الإعفاء من الاحتجاج، وقد يرجع سبب قصر هذه المدة إلى أن هذه الدعوى تقام ضد ضامن وليس ضد مدين أصلي، وهو أمر مقبول بالنسبة للمظهرين، في حين أنه أمر منقذ وغير مقبول من قبل الساحب كون أن النص جاء صريحاً في التسوية بين الساحب والمظهرين^{١٩٤}.

٣- **دعوى المظهرين بعضهم على بعض وعلى الساحب:** وهذه الدعوى مدتها ستة أشهر من اليوم الذي أوفى فيه المظهر قيمة الكمبيالة أو من إقامة الدعوى عليه، فإذا انقضت هذه المدة خضعت للتقادم، وهذه المدة هي أقصر مدد التقادم الصرفي ويرجع البعض أن الغاية من تقصيرها يرجع إلى تصفية دعاوى الضامنين على وجه السرعة، ولكن هنا وجب التفرقة بين الساحب الذي قدم مقابل الوفاء والساحب الذي لم يقدمه^{١٩٥}.

احتساب مدة التقادم:

إن المشرع الفلسطيني في قانون التجارة لم يبين التقويم الذي على أساسه تحسب مدة التقادم وترك ذلك لأحكام القواعد العامة في القانون المدني حيث نصت المادة الثانية من القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ على أنه "تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وكذلك نصت المادة الثالثة من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري على أن: "جميع المواعيد القانونية تحسب بالتقويم الميلادي ما لم يُنص على خلاف ذلك في نص خاص". وبالتالي، عندما لا يوجد نص محدد في قانون التجارة الفلسطيني أو العراقي أو المصري بخصوص التقويم، يتم اللجوء إلى أحكام القواعد العامة.

وبينت المادة (٤١٩) من القانون المدني الفلسطيني والمادة (٧٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٣٨٠) من القانون المدني المصري كيفية احتساب هذه المدة حيث بينت أن المدة تحسب بالأيام، ولا يحسب اليوم الأول منها، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها، إلا إذا كان عطلة رسمية فإنه يمتد إلى اليوم التالي.

^{١٩٣} د. مصطفى كمال طه: الأوراق التجارية والافلاس، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

^{١٩٤} د. أكرم ياملي: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

^{١٩٥} د. محمد على بني مقداد: الأوراق التجارية في ضوء قانون التجارة الأردني، دراسة مقارنة، ط ١، دار اليازوري، الأردن، عمان، ٢٠١١.

وكما أن المشرع الفلسطيني والعراقي والمصري في قانون التجارة لم يبينوا التقويم الذي على أساسه تحسب مدة التقادم فهم كذلك لم يبينوا أيضا أسباب انقطاع التقادم ولهذا يقتضي الرجوع الى أحكام القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ حيث بينت نصوص القانون المدني المذكور في المادتين (٤٢١ - ٤٢٢) وكذلك بينت المادة ٤٣٧ من القانون المدني العراقي، وبينت المادتين (٣٨٣ و ٣٨٤) من القانون المدني المصري الأسباب التي ينقطع بها التقادم وهي:

- ١- إقرار المدين بالدين صراحة أو ضمنا.
 - ٢- المطالبة القضائية، مثل رفع دعوى قضائية.
 - ٣- أي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه، مثل التنفيذ الجبري.
- ويتضح من ذلك أن أسباب الانقطاع يمكن أن تكون بسبب الدائن أو بسبب المدين فإذا توافر أي سبب من أسباب انقطاع التقادم بدأ تقادم جديد وهذا وفقا إلى ما نصت عليه المادة (٤٢٣) في فقرتها الأولى من القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ على أنه: "إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول" وكذلك نصت عليه المادة (٤٣٨) من القانون المدني العراقي ونصت عليه أيضا المادة (٣٨٥) من القانون المدني المصري.

آثار التقادم الصرفي

إن انقضاء الدين بالتقادم الصرفي لا أثر له في العلاقة الأصلية التي أدت إلى نشأة أو تظهير الكمبيالة، فهذه العلاقة الأصلية يبقى لها وجودها الى أن تنقضي بسبب خاص بها، وعلى ذلك فإنه لا يترتب على الدفع بالتقادم الصرفي انقضاء الدين الأصلي في العلاقات المباشرة بين الملتزمين بالكمبيالة مالم يكن انقضى بسبب من أسباب الانقضاء وفقا لأحكام القواعد العامة كالإبراء والمقاصة^{١٩٦}.

الخاتمة

^{١٩٦} د. حمدي محمود بارود: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ١٥٠

بعد دراسة وتحليل لموضوع البحث الذي تناول موضوع الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، يمكن الجزم بأن هذا النظام القانوني يمثل آلية فعالة لتأمين حقوق حاملي الأوراق التجارية، خصوصاً في ظل التحديات المالية التي تواجه المجتمع المعاصر، إذ تتجلى أهمية الضمان الاحتياطي في تعزيز الثقة بين الأطراف التجارية، مما يسهم في تسهيل التعاملات التجارية بين الأطراف.

لقد تناولت الدراسة التطور التشريعي للضمان الاحتياطي في القانون الفلسطيني، مع مقارنته بالتشريعات العراقية والمصرية. وقد تبين أن التشريعات الثلاثة محل الدراسة قد أقرت الضمان الاحتياطي كوسيلة لتعزيز الائتمان، رغم عدم وجود تعريف محدد له في نصوص القانون. ولكن المفهوم تبلور حول كونه كفالة الدين الثابت في الأوراق التجارية كالالتزام تجاري.

إن الضمان الاحتياطي ليس مجرد ضمان عادي، بل تعدى ليصبح التزاماً قانونياً قائماً على عدد من الشروط الموضوعية والشكلية. مما يجعل الالتزام المتضامن الذي يقدمه الضامن الاحتياطي يمنح الحامل حقوقاً إضافية ويعزز من موقفه القانوني في حالة عدم وفاء المدين الأصلي.

إن الضمان الاحتياطي يمكن أن يساهم في تحقيق الائتمان التجاري من خلال تقديم مزيد من الضمانات للحامل، مما يعزز من القدرة المالية للمدين المضمون ويشجع على إتمام المعاملات التجارية بكل ثقة وأمان. ورغم أن الضمان الاحتياطي قد لا يكون كافياً بمفرده، إلا أنه يمثل خطوة إضافية نحو تأمين الحقوق والمساهمة في تسريع عمليات التمويل والائتمان، مما يعزز من سرعة إنجاز المعاملات.

وقد خلصت الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

- ١- إن الغاية من الضمان الاحتياطي المساهمة في تعزيز الثقة بين الأطراف التجارية، مما يسهل إجراء المعاملات التجارية، ويوفر مستوى إضافياً من الأمان المالي لحاملي الأوراق التجارية، مما يقلل من الإشكاليات المرتبطة بعدم الوفاء.
- ٢- إن المشرع الفلسطيني أجاز تدخل الضامن الاحتياطي لضمان القبول والوفاء في الكمبيالات، بينما القوانين الأخرى لا تشمل ضمان القبول مثل قانون التجارة الأردني.
- ٣- يمكن للضامن الاحتياطي أن يتمتع بحقوق خاصة تتعلق بالتزاماته، ولا يترتب على بطلان الالتزام المضمون بطلان التزام الضامن الاحتياطي.
- ٤- يمكن للضامن الاحتياطي الاحتجاج بعدم أهليته أو انعدامها أمام الحامل إذا تبين له أن الحامل سيء النية، كما يمكن له التمسك بالدفع الشكلية ضد الحامل، حتى لو كان حسن النية، إذا لم تتوفر البيانات الجوهرية اللازمة لصحة الورقة التجارية.
- ٥- إن الضامن الاحتياطي يعتبر كفيلاً متضامناً مع المدين المضمون، ويستطيع الرجوع على المدين المضمون وجميع الملزمين السابقين عليه.

٦- يمكن للضامن الاحتياطي رفع دعوى شخصية ضد المدين المضمون أو دعوى صرفية، ويكون له حقوق الحامل كاملة.

٧- لا يسقط حق الضامن الاحتياطي في الرجوع على المدين المضمون إذا لم يخطره قبل الوفاء، ما لم يكن المدين المضمون لديه أسباب تقضي بانقضاء الدين.

التوصيات:

بداية يوصي الباحث بإدخال تعديلات تشريعية قد تسهم في توضيح وتعريف الضمان الاحتياطي بشكل أفضل، مما يسهل تطبيقه ويعزز من فعاليته في المعاملات التجارية المختلفة في ظل التغيرات الاقتصادية والقانونية المستمرة في العالم في الاعمال التجارية ومواكبة هذا التطور من قبل المشرع الفلسطيني.

١- أوصي بتعديل المادة (٤٥١) من القانون التجاري الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ بحيث تشمل شروط معينة لإعطاء الضمان على ورقة مستقلة، ومن هذه الشروط: أن تكون ورقة ذات طابع رسمي يستفاد من ذلك تحصين الحامل بالضمان الاحتياطي لحساسية الصفقة أو طبيعة المعاملات أو الشخص الذي وجد لمصلحته الضمان وقيمة الورقة التجارية مثلاً وأن يكتب بها اسم المضمون والمبلغ المراد ضمانه واسم الحامل الذي أعطي له الضمان والزمان والمكان الذي تم بهما الضمان، ونوع الورقة التجارية موضوع الضمان، وبعد كل هذه المعلومات يوقع الضامن الاحتياطي تحت ذلك، ويفضل أن يكون هذا التعديل مشتملاً على اتمام المعاملة إلكترونياً تماشياً مع متطلبات المعاملات التجارية التي تتسم بالسرعة.

٢- أوصي المشرع بإضافة نصوص قانون التجارة بحيث يتم إضافة مادة جديدة تنص على إنشاء سجل رسمي لقيد الضمان الاحتياطي برسوم رمزية، لضمان عدم الاعتراض على الورقة التجارية وتأكيدها على صحتها وكافة بياناتها، أو أي إضافة أخرى أو ملاحظات.

٣- تعميم فكرة الضمان الاحتياطي في المجتمع الفلسطيني لما لها من فائدة مهمة أثناء التعامل في الأوراق التجارية بأي طريقة كانت بالنشر التقليدي أو بالنشر الإلكتروني أو عمل مؤتمر لتعريف المجتمع والتجار بفائدة وفعالية الضمان الاحتياطي في الاعمال التجارية محلياً ودولياً تماشياً مع مجريات التجارة حول العالم وتوجه الأشخاص للتعامل إلكترونياً أو عن طريق السندات التجارية وتقليل استخدام الأوراق النقدية.

٤- إدراج نصوص قانونية واضحة حول كيفية إثبات الضمان الاحتياطي (مثل توقيع خاص) معتمداً على نظام توقيعات رسمي أو مثل نظام التوقيع المستخدم في البنوك الفلسطينية، وضمان إمكانية تنفيذ الضمان بشكل سريع وفعال إذا دعت الحاجة.

٥- تعزيز الوعي في المجتمع الفلسطيني لدى التجار والمصارف والمؤسسات المالية حول أهمية الضمان الاحتياطي كأداة لحماية المعاملات التجارية.

٦- تعديل التشريع الفلسطيني التجاري وذلك بإضافة بنود تلزم الأطراف بتوثيق الضمان الاحتياطي إلكترونياً، خصوصاً مع تحول المعاملات التجارية إلى الشكل الرقمي.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

▪ القوانين الفلسطينية

القانون التجاري الفلسطيني رقم (٢) لسنة (٢٠١٤)
القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢)
المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني

■ القوانين العربية

القانون العربي الموحد
القانون التجاري العراقي رقم (٣٠) لسنة (1984)
القانون التجاري العراقي السابق رقم (١٤٩) لسنة (1970)
القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (1951)
القانون التجاري المصري الجديد رقم (١٩) لسنة (1999)
القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة (1999)
القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (1948)
قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (1980)
قانون الولاية على المال المصري رقم (١١٩) لسنة (1952)
المرسوم المصري بقانون رقم (١١٩) لسنة (١٩٥٢) بأحكام الولاية على المال.

■ القوانين الأجنبية

اتفاقية الأمم المتحدة الصادرة في ١٩٨٨/٢/٩م

القانون التجاري الفرنسي

قانون جنيف الموحد

تانيا: المراجع

■ المراجع باللغة العربية

- ١- إبراهيم بن داود: الاسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، مدعما بالاجتهاد القضائية وآخر التعديلات، دار الكتاب الحديث، بدون طبعة، ٢٠١١.
- ٢- أبو زيد رضوان وفايز نعيم رضوان: الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ٣- إدوار عيد: الاسناد التجارية، بيروت، مطبعة النجوى، ١٩٦٩.
- ٤- أكرم ياملكي: القانون التجاري (الأوراق التجارية)، ط٢، لا توجد دار نشر، بغداد، ١٩٧٨.
- ٥- أكرم ياملكي: الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي. الشركات التجارية، ج١. ط٤، لا توجد دار نشر، بغداد، ١٩٧٢.
- ٦- أكرم ياملكي: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، عمان، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ١٩٩٩.

- ٧- إلياس حداد: السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٨٢.
- ٨- بسام حمد الطراونة: تظهير الأوراق التجارية -دراسة مقارنة-، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.
- ٩- ثروت حبيب: القانون التجاري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٣.
- ١٠- حسن على الدنون: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- اثبات الالتزام)، ج ١، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٧٦.
- ١١- حسن الخطيب: مبادئ القانون التجاري العراقي، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٧٥.
- ١٢- حسن الفاكهاني: موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج ١، مطبعة الدار العربية للموسوعات القانونية، القاهرة، ١٩٧٧.
- ١٣- حسين فتحي: الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ١٤- حسين محمد سعيد: التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك، الكمبيالة، السند الاذني)، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩.
- ١٥- حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات في نظرية العقد، ج ١، لا يوجد دار نشر، القاهرة، ١٩٤٢.
- ١٦- حمدي محمود بارود: أحكام قانون التجارة الفلسطيني، الأوراق التجارية، ط ٢، مكتبة القدس، غزة، ٢٠١٥.
- ١٧- خالد الشاوي: الأوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي، ط ٢. جامعة قار يونس، ببنغازي، ١٩٨٨.
- ١٨- خالد الشاوي: شرح قانون الشركات التجارية العراقي، ط ١، بغداد، ١٩٦٨.
- ١٩- سميحة القليوبي: الأوراق التجارية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٢٠- سميحة القليوبي: الأوراق التجارية، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٢١- سمير عبد السيد تناغو: التأمينات الشخصية العينية، مطبعة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠.
- ٢٢- صلاح الدين الناهي: المبسوط في الاوراق التجارية. بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٥.
- ٢٣- صلاح الدين الناهي: الوسيط في شرح القانون التجاري (أحكام الأوراق التجارية)، ط ٤، بغداد، ١٩٦٢.
- ٢٤- طالب حسن موسى: الموجز في الشركات التجارية، ط ١، لا توجد دار نشر، بغداد، ١٩٧٣.
- ٢٥- عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي: الأوراق التجارية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠.
- ٢٦- عبد الحميد المنشاوي: الوسيط في القانون التجاري الجديد في ضوء، الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١.

- ٢٧- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.
- ٢٨- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ١٠، القاهرة، ١٩٧٠.
- ٢٩- عبد العزيز العكلي: شرح القانون التجاري، -الأوراق التجارية وعمليات البنوك-، ج ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.
- ٣٠- عبد الفتاح عبد الباقي: أحكام القانون المدني المصري -التأمينات الشخصية والعينية-، الإسكندرية، مطبعة دار نشر الثقافة، ١٩٥٠.
- ٣١- عبد الفضيل محمد أحمد: الأوراق التجارية وفقا لأحكام قانون التجارة رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩)، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٤.
- ٣٢- عبد القادر العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري الأوراق التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.
- ٣٣- عزيز العكلي: الأوراق التجارية في القانون التجاري الاردني، عمان، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، ١٩٩٢.
- ٣٤- عزيز العكلي: الوسيط في شرح التشريعات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.
- ٣٥- عصام حنفي محمود: الاحكام المستحدثة للشيك في قانون التجارة رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٣٦- علي حسن يونس: الأوراق التجارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧١.
- ٣٧- علي سيد قاسم: قانون الاعمال، ج ٢، وسائل الائتمان وادوات الدفع في القانون رقم ١٧ سنة ١٩٩٩، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ٣٨- فايز نعيم رضوان: القانون التجاري - الأوراق التجارية وعمليات البنوك-، ج ١، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٣٩- فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع: الأوراق التجارية، المكتبة القانونية، ٢٠١٧.
- ٤٠- فوزي محمد سامي: القانون التجاري الأردني، حقوق مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٤.
- ٤١- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (المتوفى: ٨١٧هـ): القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط ٨، ج ٤، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٤٢- محسن شفيق: الأوراق التجارية، الاسكندرية، دار المعارف، ١٩٥٤.
- ٤٣- محسن شفيق: الموجز في القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٩.
- ٤٤- محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري المصري، ج ١، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧.
- ٤٥- محمد أمين بدر: الأوراق التجارية في التشريع المصري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٤.

- ٤٦- محمد الحرفي: الأوراق التجارية في القانون المغربي (فقها وقضاء)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ١٩٩٦.
- ٤٧- محمد السيد الفقي: الأوراق التجارية والافلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٤٨- محمد علي راتب: السندات الإذنية، (د.ن)، ١٩٤٨.
- ٤٩- محمد علي بني مقداد: الأوراق التجارية في ضوء قانون التجارة الأردني، دراسة مقارنة، ط١، دار اليازوري، الأردن، عمان، ٢٠١١.
- ٥٠- محمود سعد الدين الشريف: شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج١، مطبعة العلي، بغداد، ١٩٥٥.
- ٥١- المختار بطور: الأوراق التجارية في القانون المغربي. ط١، مطبعة بابل، الرباط، ١٩٩٣.
- ٥٢- مصطفى، إبراهيم، وآخرين، مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط٤، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤.
- ٥٣- مصطفى أحمد زياي شويح: الأوراق التجارية الكمبيالة - السند لأمر - الشيك في ضوء قانون التجارة الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، ٢٠١٨.
- ٥٤- مصطفى كمال طه: القانون التجاري (الشركات التجارية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢.
- ٥٥- مصطفى كمال طه: القانون التجاري والافلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٥.
- ٥٦- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق: الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٥٧- عبد الحميد المنشاوي: الوسيط في القانون التجاري الجديد في ضوء، الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١.
- ٥٨- عبد المعين لطفي جمعة: موسوعة القضاء في المواد التجارية، المؤسسة المصرية للتأليف والنشر، ١٩٨٦.

■ المراجع باللغة الإنجليزية

- ١- Escara. manual d,droit commercial ,paris ,{s.n}, 1952.

ثالثا: الدراسات والأبحاث

- ١- آسيا قاسمي ، تحليل الضمانات في تقييم جدوى تقديم القروض في البنك حالة القرض الشعبي الجزائري، ماجستير في علوم التسيير، فرع مالية المؤسسة، جامعة أمحمد بوفرة بومرداس، ٢٠٠٩-٢٠٠٨.
- ٢- بيار الصفا: الأوراق التجارية في قوانين البلاد، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
- ٣- حسن عبد الحميد: أحكام الضمان، مادة علمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود.

- ٤- حلو أبو حلو: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية - دراسة مقارنة، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة اليرموك، أربد، الأردن، ٢٠٠٥.
- ٥- زهرة إدشة: الضمان الاحتياطي في السفتجة، رسالة ماجستير، جامعة أحمد دراية أدرار، ٢٠١٥-٢٠١٦.
- ٦- عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة: آثار الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية (دراسة في القانون الأردني)، جامعة تبوك كلية الشريعة والأنظمة، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، م١٩، ع١، جامعة عمان الاهلية، ٢٠١٦.
- ٧- عبد الله عبود: الضمان الاحتياطي في الاسناد التجارية، رسالة دكتوراه، دمشق، ١٩٨١.
- ٨- فائق محمود الشماع: أركان التصرفات الادارية في إنشاء الورقة التجارية، بحث منشور، مجلة القانون المقارن، ع١٣، ١٩٨١.
- ٩- مصطفى كمال طه: محاضرات في القانون التجاري المصري، الإسكندرية، ١٩٦٠.
- ١٠- وسام محمود الحوامدة: البيانات الاختيارية في الشيك، بحث قانوني، جامعة العلوم الاسلامية العالمية، عمان، دون سنة نشر.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

- 1- URL: www.laaroussi.on.rna. نظرية العقد عند فقهاء الإسلام.
- 2- URL: <https://www.cksu.com/showthread.php?t=129653>
- 3- URL: <https://www.uomus.edu.iq> > img > lectures 21