المحاضرة الرابعة :

يعرف الضمان الاحتياطي في القانون التجاري ،ويعد كضمان اتفاقي يعزز ضمانات السفتجة ،كما أن الضمان الاحتياطي مصدره الاتفاق.

الفرع الأول : مفهوم الضمان الاحتياطي .

الضمان الاحتياطي هو شكل من أشكال الكفالة ، ويختلف عنها في كونه يطبق فقط في حالة الديون المرتبطة بالأوراق التجارية ، وهذه الأوراق تتمثل في السند لأمر و السفتجة الشيكات ، و الهدف من هذه العملية هو تحصيل الورقة في تاريخ الاستحقاق .

أولا :تعريف الضمان الاحتياطي .

ويعرف الضمان الاحتياطي ،بأنه كفالة الدين الثابت في السفتجة وتنشأ هذه الكفالة بإرادة الضامن الذي يلتزم على وجه التضامن مع من ضمنه بضمان قبول السند والوفاء بمبلغه متى امتنع المدين الأصلي عن الوفاء ،ويجوز أن يكون الضامن الاحتياطي من بين الموقعين على السفتجة ، كما يجوز أن يكون من الغير ، وإذا كان من الغير فيجب أن يحدد من هو الشخص الذي يضمنه من بين الموقعين ، والا أعتبر ضامنا للساحب

ثانيا: خصائص الضمان الاحتياطي

1/- إن الضمان الاحتياطي يرد على الأوراق التجارية فقط.

2/-إن هذه الأوراق التجارية تتمثل في السفتجة والسند لأمر و الشيك .

3/- إن الضمان الاحتياطي عمل تجاري حتى و إن قدم من طرف مدني بعكس الكفالة

3/ وفقا للمادة 499 ق.ت.ج إن التزام ضامن الوفاء يكون صحيحا حتى وإن كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب الشكل

ثالثا :شروط الضمان الاحتياطي.

للضمان الاحتياطي شروط شكلية و أخرى موضوعية .

1/-الشروط الشكلية :

إن الضمان الاحتياطي يكون في شكل مكتوب شأنه في ذلك شأن سائر الالتزامات الصرفية

يعبر عن الضمان الاحتياطي بكلمات أو بعبارة مقبول كضمان احتياطي أو بأية مصطلح آخر يفيد هذا المعنى وفقا لما جاء في المادة 409 ق.ت.ج، ثم يوقع الضامن الاحتياطي عليها بإمضائه .

و من خلال ما سبق يتضح أن المشرع يفرق بين فرضين فيما يتعلق بالضمان الوارد على السفتجة.

الفرض الأول : هو أن يرد الضمان الاحتياطي على ظهر السفتجة ، و معناه يجب أن يتضمن عبارة "صالح للتكفل" أو "مقبول كضمان احتياطي " أو أي عبارة مماثلة تدل على توقيع الضامن ، و اشترط المشرع هذا الشكل لتفادي الخلط بين توقيع الضامن و توقيع المظهر.

الفرض الثاني: و هو أن يكون الضمان الاحتياطي غير مقترن الدلالة عليه ، بل يكتفي فيه بتوقيع الضامن الاحتياطي على وجه السفتجة ، وهو ما يجعله يختلط بتوقيع المسحوب عليه أو الساحب و لذلك اشترط المشرع أن يصدر هذا التوقيع من غير الساحب لأن المسحوب عليه هو المدين الأصلي .

و يشترط كذلك ذكر اسم المضمون ، و إلا عد ضامنا للساحب ، وعندئذ يلتزم ضامن الوفاء بكل ما يلتزم به المضمون ، و يشترط كذلك في التوقيع أن يكون بخط اليد .

2/-الشروط الموضوعية : يشترط في الشخص الضامن متى و إن كان غير تاجر أن يتمتع بالأهلية القانونية لتحمل هذا الالتزام الصرفي .

يمكن أن يصدر هذا الضمان من شخص أجنبي أو من أحد الموقعين على الورقة ، كما يفترض أن يكون سبب الضمان مشروعا غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

و للضامن الاحتياطي الحرية في ضمان كل القرض أو جزء منه، فيكون ملزما بأداء قبل الحامل وقت الاستحقاق ولا يمكنه تقديم الدفوع السابق ذكرها (الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم)

الأصل أن الضامن الاحتياطي يضمن كل الموقعين على السفتجة ، إلا إذا حدد من فوق المضمون .

الفرع الثاني :آثار الضمان الاحتياطي .

سوف يتم التطرق لآثار الضمان الاحتياطي حسب علاقة الضامن الاحتياطي بباقي الموقعين على الورقة أو المتعاملين بها .

أولا : العلاقة بين الضامن الاحتياطي و الحامل

وفقا للمادة 409 ق. ت.ج ، فإن الضامن الاحتياطي يكتسب كل الحقوق الناتجة عن الدفع بقيمة السفتجة و المحققة أو التي يستفيد منها المضمون و الملتزمين له ، بمعنى أنَه ملتزم بما يلتزم به المدين المضمون من ضمان القبول و الوفاء تجاه البنك ، و إذا تدخل لضمان

أحد المظهرين على السفتجة كان مسؤولا أيضا اتجاهه ، كما أنَه لا يجوز له الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم في الحالة تعدد الضامنين الاحتياطيين ، و لا يستطيع التمسك بسقوط حق الحامل المهمل في الرجوع إلاَ إذا كان هذا الدفع جائزا في الأصل من المدين المضمون.

و تجدر الإشارة أنَ في الأصل في القواعد العامة ، أنَ التزام الكفيل يبطل إذا بطل الالتزام المكفول ، وأن الضامن الاحتياطي يمكنه أن يدفع في مواجهة البنك بكل أسباب البطلان التي قد تلحق الالتزام المقترض المضمون ، و لكن وفقا لقواعد الصرف و قواعده المشددة المحققة ، و باعتبار الضامن الاحتياطي قد وقع على السفتجة فإنَه يكون معرضا لدعوى رجوع الحامل الصرفية إذا لم يسدد المقترض المبلغ في تاريخ الاستحقاق ، المقصود من كل هذا التحليل أنَ التزام الضامن الاحتياطي يكون صحيحا حتى و لو بطل الالتزام الأصلي (الالتزام المضمون) ، زيادة على ذلك يمكن للضامن الاحتياطي أن يدفع في مواجهة البنك بالدفوع الشكلية اللازمة لصحة السفتجة من تخلف البيانات أو تزوير في التواقيع (توقيع البنك) ، و البيانات الخاصة بمكان صدور الضمان الاحتياطي إن وقع على ورقة مستقلة.

ثانيا : علاقة الضامن الاحتياطي بباقي الملتزمين في الورقة.

إذا وفي الضامن الاحتياطي قيمة الورقة التجارية للحامل الذي هو البنك ، يكون له حق الرجوع على باقي الملتزمين في الورقة ، الذين يجوز للملتزم المضمون (المقترض) الرجوع عليهم.

يمنح المشرع الضامن الاحتياطي الموفي للحامل ذات الحق في الرجوع الذي كان ليباشره المدين المضمون فيما لو قام هو بالوفاء للحامل .

إذا وفى الضامن الحوالة آلت اليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل كل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون.

وتطبيقا لذلك إذا كان الضامن الاحتياطي قد تدخل لضمان أحد المظهرين فإن له حال وفاته للحامل الرجوع على المظهرين السابقين على المظهر المضمون وعلى المسحوب عليه القابل وكذلك الساحب ،أما إذا كان ضامنا للساحب فليس له إلا الرجوع على المسحوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء دون غيره ،وأخيرا لا يكون الضامن المسحوب عليه سوى الرجوع على الساحب إذا لم يكن هذا الأخير قبل الوفاء.

ثالثا : علاقة الضامن الاحتياطي بالمضمون.

في الحالة ما قام الضامن الاحتياطي بوفاء قيمة الورقة التجارية يعد حينها في مركز الكفيل المتضامن مع الملتزم المضمون، وعليه إذا اضطر الضامن الى الوفاء بمبلغ الحوالة للحامل

بدلا من الموقع الذي يضمنه ،فإنه له الرجوع عليه بما وفاه عنه للضامن الاحتياطي في سبيل الرجوع على المضمون رفع احدى الدعويين :

*الحلول الصرفي التي يباشر الضامن بوصفه حاملا شرعيا للورقة اكتسب الحقوق الناشئة عنها بعد وفائه بقيمتها ،ويتفرع عن ذلك أنه لا يجوز للمدين المضمون أن يتمسك في مواجهة الضامن الموفي بالدفوع التي يحق له التمسك بها قبل الحامل السابق .

*الدعوى الشخصية التي يجوز للضامن بعد وفائه الحوالة رفعها على المضمون والتي يجوز للكفيل أن يقيمها على المدين الأصلي .

إن رجوع الضامن الاحتياطي على المضمون بدعوى واحدة خالصة هي الدعوى الصرفية استنادا الى توقيعه على الحوالة ،ولا مجال للرجوع عليه بدعوى الكفالة فإذا ما أراد هذا الأخير الرجوع بهذه الدعوى فأننا نكون أمام دعوى الكفالة العادية والسبب في ذلك وجود علاقة مسبقا على إنشاء الحوالة أي خارج العلاقة الصرفية التي أنشأت الحوالة لأجلها .

مثال

المقترض يقدم سفتجة بقيمة مليونين دينار إلى البنك حتى يقرضه قرض بقيمة مليونين و عندئذ يطلب منه البنك ضامن احتياطي فيتدخل الضامن الاحتياطي ويوفي للحامل (البنك).

المبحث الثاني :الضمانات العينية للقروض البنكية .

هي الضمانات التي تنصب على عين الشيء ، محورها أشياء ذات قيمة - أموال أو قيم – توضع تحت تصرف الدائن ، و يستطيع أن يستوفى دينه منها عن طريق بيعها عند عجز المدين عن الوفاء في الميعاد .

فالضمانات العينية تقوم على فكرة تخصيص المال معين لضمان الوفاء بالالتزام و الضمان هنا لا يرتبط بذمة أو بذمم تلتزم بالوفاء ، و إنَما ترتبط بمال محدد و يكون للدائن على هذا المال حق المتابعة و الملاحقة في أي يد يكون ، و بالتالي تصرف المدين في هذا المال لا يغير من حق الدائن في الشيء ، و لأنَ الدائن يستطيع التنفيذ على هذا الشيء و حقه نافذ في مواجهة المتصرف إليه ، كماله الحق في اقتضاء حقه بالأولية مقارنة مع الدائنين الآخرين

المطلب الأول : الرهن الرسمي .

يعتبر الرهن الرسمي ، أكثر شيوعا من الضمانات الأخرى نظرا لما يوفره للبنك من حماية و أيضا يتميز بمزايا لا نجدها في باقي الضمانات .

الفرع الأول :تعريف الرهن الرسمي.

الرهن الرسمي حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي ،يتقرر ضمانا لدين على عقار مملوك أو غيره ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار مفضلا عن غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة ،وأن يتتبع العقار في أي يد يكون.

كما قد عرفها الفقيه السنهوري ،الرهن الرسمي حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي يتقرر ضمانا للوفاء بالدين وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو الكفيل العيني بموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن العقار متقدما في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار والدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ومتتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت اليه ملكيته

وعرف أيضا أنه حق عيني تبعي ،يترتب على عقار مملوك للمدين أو غيره ((الكفيل العيني) بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالالتزام وطالما أنه حق عيني تبعي فهو يمنح صاحبه حقا في التتبع وحقا آخر في الأفضلية.

كما يعرف على أنه :الرهن الرسمي حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي أو حكم قضائي أو بمقتضى القانون ،يتقرر على عقار مملوك للمدين أو غيره ضمانا للوفاء بالالتزام معين ،ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون أو من المقابل النقدي له فضلا عن غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة وأن يتتبع العقار في أي يد يكون ، كل ذلك بعد قيد حق الرهن لدى المحافظة العقارية المختصة

الفرع الثاني :شروط إنشاء الرهن الرسمي.

حتى ينعقد عقد الرهن صحيحا ، لابد من توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية .

أولا: الشروط الشكلية.

1/-**الرسمية** :عقد الرهن الرسمي من العقود الشكلية فيلزم لانعقاده مراعاة شكل خاص هو الرسمية في العقود من هنا جاءت تسمية الرهن بأنه رسمي و المقصود بالرسمية أن تكون هذه الورقة موقعة و مودعة أمام موظف عام أو شخص مكلف بالخدمة ألا وهو الموثق و إلا كان هذا العقد باطل بطلانا مطلقا ، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم التنفيذي المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 93\123 76\63 المتضمن قانون السجل العقاري المتعلق بالسجل العقاري "كل عقد موضوع شهر عقاري يجب أن يكون مفرغا في الشكل الرسمي

-كان أول قانون بنكي نص على الرهن الرسمي هو القانون 90\10 المتعلق بالنقد و القرض و ذلك من خلال مادته 179 و التي تنص " ينشأ رهن قانوني على الأموال غير المنقولة العائدة للمدين و يجري لصالح البنوك و المؤسسات المالية ضمانا لتحصيل الديون المترتبة لها و للالتزامات المتخذة تجاهه ..." ثم جاء الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض الذي ألغى القانون 90\10 السالف الذكر ، و الملاحظ على هذا الأمر أنَه لم يتضمن أي نص قانوني يشير إلى الرهن الرسمي ولا الأمر 10\04 الذي عدل الأمر رقم 03\11 .

ولكن المشرع الجزائري ، و بغية منه لتصليح الأوضاع أصدر القانون 02\11 المتضمن قانون المالية لسنة 2003 حيث تنص المادة 96 من القانون على تأسيس رهن قانوني على الأملاك العقارية للمدينين لفائدة البنوك و المؤسسات المالية ،والتي يقابلها المرسوم التنفيذي رقم 132/06 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات الأخرى[1]

وجاء في مادته الأولى " يهدف هذا المرسوم إلى تحديد كيفيات تطبيق أحكام المادة 96 من القانون رقم 02\11 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002 المعدلة بموجب المادة 56 من قانون رقم 05-16 المؤرخ في 31 ديسمبر 2005 و المذكورين أعلاه و التي أسست رهنا قانونيا على الأملاك العقارية للمدين لفائدة البنوك و المؤسسات المالية و صندوق ضمان الصفقات العمومية لضمان تحصيل ديونها و الالتزامات التي تم الاتفاق عليها ".

2/- **القيد** : يقصد بالقيد تسجيل العقارات المخصصة للرهن في السجل العقاري

،و تسري عليها أحكام القيد المنصوص عليها في قانون الشهر العقاري ، و هذا ما أشارت إليه المادة 900 ق. م. ج يقولها "لا يكون الرهن نافذًا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن " و هذا ما أشارت إليه المادة 16 من الأمر 75\274 المتعلق بمسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري "الحق المبني لا ينشأ بين المتعاقدين إلا بعد القيد "

أي أن القيد يعتبر إجراء شكلي بواسطته يعلم الغير بالحق الذي نشأ أو انقضى ، كما أشار المشرع في هذه المادة إلى النشر.

ثانيا :الشروط الموضوعية .

---

1 -المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 03أبريل 2006، والمتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى .، الجريدة الرسمية قم 21 المؤرخة في 05 أبريل 2006.

2 -أمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ،المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ،المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية عدد92 صادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية العامة التي يستلزمها الرهن الرسمي كغيره من العقود (التراضي ، المحل ، السبب) يشترط المشرع كذلك شروط موضوعية أخرى تتعلق بالمال المرهون وكذلك شروط خاصة بالراهن+

1-الشروط الخاصة بالمال المرهون

يشترط في المال المرهون وفقا للمادة 886 ق.م.ج أن يكون عقارا مما يصح التعامل فيه وبيعه في المزاد العلني و معينا بالذات تعيينا دقيقا و موجودا وقت الرهن ، فلا يجوز رهن المال المستقبلي ،و يمتد الرهن إلى ملحقات العقار المرهون لنص المادة 887 ق.م.ج .

2-الشروط الخاصة بالراهن : اشترط المشرع في المادة 884\2 ق.م.ج في الراهن أن يكون