الضمان في الحوَّالة التجارية والصك

(دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي)

د. تركي محمود القاضي

معهد البحوث والدراسات العربية / القاهرة

المقـــدمـــة

١ – تقديم الدراسة:

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

ماذا يضيف الضمان لحامله إذا لم يقتنع بالضمانات الأصلية؟

يتضمن الائتمان في الورقة التجارية لا سيما الحِوالة التجارية أو الصك نوعاً من المخاطرة غالباً ما تدفع المستفيد فيها إلى البحث عن ضمانات أخرى غير تلك التي يكفلها قانون الصرف، ويحقق الضمان هذا الهدف، إذ يعطي ضماناً للحامل لما يترتب

عليه من التزام الغير صرفيا بقيمة الورقة التجارية، ودفعها حين حلول ميعاد الاستحقاق.

ويتشابه الضمان بهذا الشكل– في كثير من الأحيان– مع كفالة الديون بوجه عام، وإن ابتعد عنها بما يقرره للحامل في مواجهة الضامن من حقوق، فضلاً عن المركز القانوني الخاص لهذا الأخير، وقد يكون هذا الضمان سابقاً في الظهور على التظهير حيث كان في البداية عن طريق كفالة عادية، وينشأ خارج قانون الصرف ثم جرى العرف بعد ذلك لا سيما في القرن السادس عشر على "توطين" هذا الضمان في الصك ذاته، وهو الأمر الذي ابتعد بهذا الضمان عن الكفالة العادية، ويبدو أن ذلك تم عندما بدأت الحوالة التجارية تلعب دور الائتمان إلى جانب كونها أداة صرف.

٢– أسئلة الدراسة:

إن الضمان هو احد الاسس التي جاءت بها القوانين الوضعية، فهل يضيف هذا الضمان شيئا للمدين (المضمون) أو يعزز من قدرته المالية؟، وهل يرتب على الضامن التزامات وحقوق أمام اشخاص الورقة التجارية بما فيهم الساحب والمستفيد والمسحوب عليه؟، وهل هناك شروط يجب ان تتوافر في الشخص الضامن يفرضها القانون عليه وماهي علاقته بكل من الساحب والمستفيد والمسحوب عليه والمظهّرين على الورقة التجارية والضامنين الآخرين؟، هذا ما سيتناوله الباحث.

٣– أهمية الدراسة:

إن أهمية البحث تتجسد في تضمين دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بالنسبة للضمان، والذي يعزز من ضمانات الوفاء بقيمة الحوالات التجارية والصكوك، وهو من أهم الضمانات وما يترتب عليه من علاقة بين الضامن والملتزم المضمون، وعلاقة الضامن بالحامل وعلاقته بالموقعين الآخرين؛ حيث يتناول الباحث قانون التجارة العراقي الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وقانون التجارة المصري رقم ١٧

لسنة ١٩٩٩ بالنسبة للقوانين الوضعية، وسوف يتناول الضمان بالنسبة للفقه الإسلامي معززاً بآراء الفقهاء وعلى جميع المذاهب.

٤- منهج الدراسة:

سيتبع الباحث في الدراسة المنهج المقارن بين القانون العراقي والقانون المصري من جهة والفقه الإسلامي من جهة أخرى، وبعض القوانين العربية والأجنبية كلما تطلب الأمر.

٥- هيكلية الدراسة:

قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: تسمية الضمان في الحوالات التجارية والصكوك وتعريفه.

المطلب الأول: تسمية الضمان في الحوالات التجارية والصكوك.

المطلب الثاني: تعريف الضمان في الحوالات التجارية والصكوك.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للضمان وخصائصه وتكييفه الفقهي.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للضمان و خصائصه.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للضمان.

المبحث الأول

تسمية الضمان في الحوالات التجارية والصكوك وتعريفه

قد يوقع أكثر من شخص على الحِوالة التجارية أو الصك، 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 كفيلاً لأحد الموقعين على الورقة، ويسمى الضامن، ويقسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين: فيتناول تسمية الضمان في المطلب الأول، ويُعرّف الضمان في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تسمية الضمان

من الممكن أن يقوم شخص بتحرير ورقة تجارية حِوالة تجارية، صك إلى شخص آخر، ويرفض المستفيد أو المظهّر إليه (الحامل) قبول أو استلام هذه الورقة؛ وذلك لضعف الثقة المالية لديه عند الشخص (المضمون)؛ لذلك يطلب من الشخص الذي ظهّر الورقة التجارية إليه تأمينا؛ لكي يقبلها ويطمئن إلى وفاء قيمتها، وهذا التأمين يكون إما رهناً يسلمه إليه أو كفالة شخصية، وهذه الكفالة هي التي تسمى الضمان[١].

هذا واختلف الباحثون في أصل تسمية الضمان، فمنهم قال بأنها من أصل فرنسي وهي (Aval)، ومنهم من قال بأنها من أصل ايطالي، وبعضهم قال بأنها ترجع إلى اللاتينية، وآخرون أرجعوها إلى العربية ، وسيتناول الباحث هذه الآراء بالتعاقب، وبعد ذلك نتعرف إلى أصل تسمية الضمان.

ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أصل (Aval)، ويعني أن الضمان مشتق من لفظ (Avaloloir)، ويقصد باللفظ الأخير في الفرنسية (تعهد الكفيل)، والرأي الآخر يذهب إلى أن هذا اللفظ جاء من اللفظ الايطالي (Avallo)، ويعني ذلك في الأسفل أي التوقيع تحت اسم المدين المكفول[٢]،

(١) د. رزق الله أنطاكي: الوجيز في الحقوق التجارية البرية، مطبعة جامعة دمشق، ط١، دمشق، لا توجد سنة طبع، ص٣٠٣.

(٢) أ. إبراهيم إسماعيل إبراهيم: رسالة ماجستير بعنوان (الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية) مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، ١٩٨٤م، ص٨.

وذهب بعضهم إلى أن أصل الكلمة مشتق من اللاتينية من مصطلح (Advalorem)[١].

وقال البعض أن أصلها يعود لكلمة الحِوالة في اللغة العربية؛ فبعد النشاط التجاري بين الشرق والغرب وخاصة في العصر الوسيط دخلت هذه الكلمة في قاموس التعامل التجاري لدى شعوب أوربا الشرقية.

وقد قيل أن كلمة الضمان بالفرنسية مشتقة من العربية كما ورد في كتابة بعض الفقهاء بقولهم أن الفعل مشتق من عبارة (Avalle)[٢].

فللحديث عن التطور التاريخي للضمان، نقول أن الضمان خاصة والكمبيالة بصفة عامة يرجع تنظيمه إلى الأمر الملكي من سنة ١٦٧٣، أي في عهد الملك لويس الرابع عشر، وبعد ذلك عرف تنظيم الضمان الاحتياطي مشروعين هامين أطلق على الأول مشروع " مير منسيل" والثاني مشروع " كورنو" إلى أن حل محله قانون التجارة سنة ١٨٠٧، والذي تم تعديله بموجب مرسوم صدر بتاريخ: ١٩٣٥/١٠/٣٠، والذي بموجبه شرع في الأخذ بقانون جنيف الموحد ١٩٣٠ والخاص بالسفتجة والسند لأمر، والحديث عن الضمان وفق الأمر الملكي أو ما يعرف بقانون "صافاري" " savary " يدفعنا للإشارة إلى النص الكامل للمادة (٣٣) منه، والتي تنص على أن: " الذين يضعون ضمانهم على سفاتج وتعهدات أو على أوامر وسندات صرفية أو عقود أخرى لها نفس الصفة المتعلقة بالتجارة، يكونون ملتزمين بالتضامن مع الساحبين والمتعاقدين

(١) د. صلاح الدين الناهي: الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي(أحكام الأوراق التجارية) ط٤، بغداد، ١٩٦٢ م، هامش ص٣٨٨.

(2) GEORG RIPERT. TRAITE DE DROIT COMMERCIAL ,Tome 2, 15ème edition, Paris, 1976, p.41.

والمظهّرين والقابلين حتى ولو لم يذكر ذلك في صيغة الضمان"، إذ يعتبر هذا أول نص تشريعي يتضمن عبارة الضمان[١].

كما حدده قانون جنيف الموحد لسنة ١٩٣٠ في ثلاث معاهدات، ونظم الضمان في ثلاث مواد وهي: ٣٠- ٣١- ٣٢ وتقابلها المادة (١٣٠) من القانون التجاري الفرنسي قبل التعديل، إذ جاء في الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٣٢) من قانون جنيف الموحد بترك السلطة والحرية للضامن في أن يحدّ من التزامه أو أن يتوسع فيه، كما أن هذا المشروع استبعد تماماً ولم يتحدث عن تبعية التزام الضامن لالتزام المضمون في حالة البطلان لعيب في الشكل[٢].

هذا وقد اختلفت القوانين في تسمية الضمان، فقد أطلق المشرع التجاري العراقي في قانون التجارة المُلغى رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ كلمة تكفل (الآفال) في مادته (٤٨٢) بقولها: " تطبق أحكام المواد ٤١٦ و٤١٧ و٤١٨ من أحكام البوليصة[٣]، والمتعلقة بضمان الأداء (الآفال) على الچك"، بمعنى متى ورد الضمان على الصك (الشيك) وجب إخضاعه لأحكام الصرف الخاصة به[٤]، وأطلق عليه في قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ اسم الضمان الاحتياطي[٥]، أما في قانون التجارة الحالي رقم

(١) د.أحمد شكري السباعي: الوسيط في الأوراق التجارية، ط٢، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ٢٠٠٤م، ص١٩٩.

(٢) مسيردي عبد الحق: رسالة ماجستير بعنوان الضمان الاحتياطي في السفتجة ، سيدي بلعباس، ٢٠٠٨، غير مسجلة، ص ١٣- ١٤.

(٣) البوليصة ويقصد بها الحِوالة التجارية في قانون التجارة العراقي الحالي رقم٣٠ لسنة ١٩٨٤، والكمبيالة في قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٤) د. حافظ محمد إبراهيم: القانون التجاري العراقي (الأوراق التجارية)، ط٤، لا توجد دار نشر، بغداد، ١٩٦٢م، ص٤٥١.

(٥) إبراهيم إسماعيل إبراهيم: الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص٢.

٣٠ لسنة ١٩٨٤، فقد أطلق المشرع العراقي عليه تسمية (الضمان) في المواد (٨٠ – ٨٣) الخاصة بالحِوالة التجارية، والمادة (١٥٤) الخاصة بالصك[١].

في حين أن القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، قد أُطلق على الضمان الاحتياطي تسمية (كفالة تجارية) في المادة (١٠١٦/ ٢) بقولها: "على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تكون –دائماً– كفالة تجارية"[٢].

وجميع التشريعات العربية اطلقت عليه تسمية (الضمان الاحتياطي) عدا قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، وقانون التجارة السوري رقم (٣٣) لسنة ٢٠٠٧ اطلقا عليه كلمة (الضمان) فقط [٣]، وجاء الضمان في قانون التجارة اللبناني رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢ باسم (التّكفل).

وأما قانون التجارة المصري، ففي ظل المجموعة التجارية الملغاة لم يكن جائزاً الضمان من شخص موقع على الكمبيالة ما لم يكن توقيعه كضامن به إضافة لضمانات الحامل، كما لو وقع الضامن لصالح المسحوب عليه القابل؛ حيث لا يستطيع هذا الأخير الدفع بإهمال الحامل وعند توقيع شخص عن آخر دون تفويض أو توكيل كضامن، فإن هذا الضامن لا يحتج به على الأصيل، ولا يُعد ضماناً عمن وقع

(١) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية، العدد ٩٨٧، بتاريخ ١ رجب ١٤٠٤، نيسان ١٩٨٤، السنة السادسة والعشرون. والذي أصبح نافذا بعد ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية استناداً إلى المادة ٣٣٣ من قانون التجارة الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ والتي نصت بقولها: "ينفذ هذا القانون بعد ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريد الرسمية".

(٢) د. محمد عباس السامرائي: انتقال الالتزام بين الأحياء، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٠م، ص٠٣١

(٣) نصت المادة (٢٨٣) من قانون التجارة السوري رقم (٣٣) لسنة ٢٠٠٧ على أنه: ((وفاء مبلغ سند السحب يجوز ضمانه كله أو بعضه من ضامن واحد أو أكثر. ٢– ويكون هذا الضمان من أي شخص ولو كان ممن وقعوا على سند السحب)).

دون تفويض أو توكيل[١]، أما قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد أطلق عليه تسمية الضمان الاحتياطي في المواد (٤١٨-٤٢٠) الخاصة بالكمبيالة والمواد (٥٠٠-٥٠٢) الخاصة بالشيك[٢].

والضمان كثير الوقوع في الحياة العملية بل إنه يعد أكثر الضمانات شيوعا وانتشارا في الوقت الحاضر؛ نظراً لكثرة تزايد نشاطات البنوك والشركات والمؤسسات والأفراد، ولكثرة الاحتيال وسلوك بعض المتعاملين في الحصول على المال والتخلص من الالتزامات المالية الواجبة عليهم؛ فيلجأ كثير من المتعاملين بالكمبيالات لاسيما في الصفقات الكبيرة إلى طلب ضامن احتياطي لذلك.

ويحقق الضمان هذا الهدف المنشود، إذ يعطي أماناً للحامل بما يترتب عليه من التزام أحد الأغيار صرفيا بقيمة الحِوالة التجارية، ودفعها حين حلول ميعاد الاستحقاق، ويتشابه الضمان بهذا الشكل – في كثير من القسمات- مع كفالة الديون بوجه عام، وإن ابتعد عنها بما يقرره للحامل في مواجهة الضامن من حقوق، فضلا عن المركز القانوني الخاص لهذا الأخير، وما قد يكتنفه أحياناً من صعوبات، بل وأحيانا من غموض، وقد يكون هذا الضمان سابقاً في الظهور على التظهير، وكان يتم بداية عن طريق عقد كفالة عادية ينشأ خارج قانون الصرف ثم جرى العرف بعد ذلك، لاسيما في القرن السادس، على (توطين) هذا الضمان في الصك ذاته، وهو الأمر الذي ابتعد بهذا الضمان عن الكفالة العادية، ويبدو أن ذلك قد تم عندما بدأت الكمبيالة تلعب دور الائتمان إلى جانب كونها أداة صرف.

(١) د. سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، العقود التجارية، مطبعة القاهرة الحديثة، القاهرة، لا توجد سنة نشر، ص١٩٥.

(٢) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية المصرية، العدد ١٩ مكرر، في ١٩٩٩/٥/١٧، والذي أصبح نافذا من أول أكتوبر سنة ١٩٩٩، عدا الأحكام الخاصة بالشيك فأصبحت نافذة اعتبارا من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٥، مع ذلك يعمل بأحكام المادتين (٥٣٥-٥٣٦) من قانون التجارة المشار إليه اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون.

المطلب الثاني

تعريف الضمان

لم نجد تعريفاً صريحاً للضمان، والقصد من ذلك إعطاء تعريفا لفكرة قانونية يعد تقييدا لها بما لا يسمح بالتوسع في مفهومها؛ لأن فكرة الضمان ضاربة في عمق تاريخ القانون التجاري، ولأنها تعود إلى الأعراف التجارية التي كانت سائدة في العصور القديمة، كتلك التي كانت في إيطاليا في القرن السادس عشر، والتي قُنِّنت بموجب المرسوم الملكي الصادر عام ١٦٧٣م في فرنسا، أي في عهد الملك لويس الرابع عشر[١].

ويعود سبب نشوء هذه الفكرة إلى التوقيعات الواردة على سند السفتجة بعد تحريره، فقد لا تبعث الطمأنينة في نفس من سينقل إليه السند، ولا يكون على علم بملائمة أصحاب هذه التواقيع؛ فلهذا أجاز المشرع العراقي الضمان؛ للوفاء بقيمة السند كله أو بعضه من ضامن، ولقد تعرض المشرع لهذا الموضوع بموجب المادة (٨٠) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ بقولها :"يجوز ضمان وفاء مبلغ الحِوالة كله أو بعضه من أي شخص، ولو كان ممن وقعوا عليها"، وكذلك ما جاء به قانون التجارة المصري في مادته (٤١٨ ف١) بقولها "يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي"[٢].

ويقدم الضمان– عادةً– عندما يكون هناك توقيع ضعيف أو مشكوك فيه، فيأتي الضمان لتقوية الثقة لدى الحامل، وقد أخذ القانون الموحد، والذي صدر عن معاهدة جنيف لسنة ١٩٣٠ الخاص بالكمبيالات، والذي عالج الضمان الاحتياطي

(١) د. عبد القادر العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ١٩٩٨م، ص٢٨٠.

(٢) وبنفس الاتجاه القانون التجاري الجزائري في مادته (٤٠٩) بقولها: ((إن دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن احتياطي)).

الخاص بالكمبيالة في ثلاث مواد (٣٠، ٣١، ٣٢)، وكذلك معاهدة جنيف المؤرخة في ١٩ مارس لسنة ١٩٣١ المتعلقة بالشيكات، أخذ بالضمان الاحتياطي وعالجه في المواد (٢٥، ٢٦،٢٧)[١].

ونلاحظ أن مؤتمر جنيف قد خصص للضمان الاحتياطي فيما يتعلق بالشيكات المواد المذكورة أعلاه، وضمّنها ذات الأحكام المتعلقة بالضمان الاحتياطي في الكمبيالات مع فارق واحد، وهو أن المادة (٢٥) لا تجيز أن يكون المسحوب عليه ضامناً احتياطياً لأحد الملتزمين في الشيك، وذلك كي لا يتحايل المسحوب عليه على القاعدة التي لا تجيز التوقيع على الشيك بالقبول.

وعالج قانون التجارة العراقي المُلغى رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ الضمان الاحتياطي في المواد(٤١٦، ٤١٧، ٤١٨) الواردة في باب البوليصة، والمادة (٤٨٢) الواردة في باب الچك (الشيك)، وكذلك قانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ قد عالج الضمان الاحتياطي في المواد(٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨) الخاصة بالسفتجة، والمادة (٥٣٠) الخاصة بالشيك، وعالجه كذلك في قانون التجارة الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المواد (٨٠، ٨١، ٨٢، ٨٣) الخاصة بالحِوالة التجارية[٢]، والمادة (١٥٤) الخاصة بالصك[٣].

(١) أ. بشير العائبي: الامتناع عن الوفاء في الشيك وآثاره، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص٩٩.

(٢) بالنسبة للكمبيالة في القانون العراقي وردت في قانون التجارة الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ باسم البوليصة، وفي قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ وردت باسم السفتجة، ووردت في قانون التجارة الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ باسم الحوالة التجارية، بينما وردت في قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ باسم الكمبيالة.

(٣) بالنسبة للشيك في القانون العراقي ورد في قانون التجارة الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ باسم وفي قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ورد باسم الشيك، وورد في قانون التجارة الحالي رقم ٣٠ لسنة١٩٨٤ باسم الشيك أيضا ولكن صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٤٧)=

أما قانون التجارة المصري فقد عالج الضمان الاحتياطي في المواد (٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠) الخاصة بالكمبيالة والمواد(٥٠٠ و ٥٠١ و ٥٠٢) الخاصة بالشيك، فالضمان الاحتياطي– إذن– يزيد من ضمانات الأوراق التجارية ويمنحها الثقة، كما أنه يسهل تداولها، خاصة إذا كان الكفيل مصرفاً (بنكاً) أو مؤسسة مالية؛ فيجعل هذا الضمان يتداول بسهولة كتداول النقود الورقية إلى حدٍ ما، والضمان يجوز في جميع الأوراق التجارية إلا أنه في الشيكات قليل الوقوع؛ ذلك لأنها تسحب– عادةً– على المصارف (البنوك) ، وقد نص قانون التجارة العراقي الحالي في المادة (١٥٤) على أنه: " أولاً– يجوز ضمان وفاء مبلغ الصك كله أو بعضه من ضامن، ثانياً– ويكون هذا الضامن من الغير عدا المسحوب عليه، كما يجوز أن يكون من أحد الموقعين"[١].

وجاء قانون النشاط التجاري الليبي رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠ في المادة (٤٠٨) بخصوص الشيك بما جاء به قانون التجارة العراقي الحالي، حيث نصت على أنه: " يجوز ضمان دفع الصك بضمان احتياطي يشمل المبلغ كله أو جزءاً منه، ويجوز تقديم الضمان الاحتياطي من الغير ما عدا المسحوب عليه أو من احد الملزمين به، وتسري على الصك أحكام المادتين ٣٢١ و ٣٢٢ "[٢].

ولا يختلف قانون التجارة المصري الجديد عن نظيره قانون التجارة العراقي الحالي في المادة (٤١٨) بشأن الكمبيالة بقولها: " يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي"، والمادة (٥٠٠) بشأن الشيك بقولها: "أولاً– يجوز ضمان الوفاء بقيمة الشيك كلها أو بعضها من ضامن احتياطي، ثانياً– ويجوز أن يقدم

= لسنة (١٩٩١) وغير الشيك باسم الصك، وقد ورد في قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ باسم الشيك.

(١) نصت المادة (٥٣٠) من قانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ على أنه: ((١– يجوز ضمان مبلغ الشيك كله أو بعضه من ضامن احتياطي، ويكون هذا الضمان من الغير عدا المسحوب عليه، كما يجوز أن يكون من أحد الموقعين على الشيك)).

(٢) د. خالد الشاوي: الأوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي، مرجع سابق، ص١١٣.

هذا الضمان من الغير عدا المسحوب عليه، كما يجوز تقديمه من أحد الموقعين على الشيك"[١].

والضمان لغة: يأتي لفظ "ضمن" في اللغة لعدة معانٍ يجمعها أصل واحد، وهو جعل الشيء في الشيء يحويه، ومن هذه المعاني ما يهمنا كقولهم، ضمّن الشيء، فقد تضمنه إذا جعلته في وعاء يحويه، وقولهم التزام الأداء؛ فيقال ضمنت المال وبه ضمان، فأنا ضامن و ضمين أي لزمته وضمنته تضمينا؛ فتضمنه عني أي التزمته، والغرامة ما يلزم أداؤه؛ فالمعنى التزمته بالأداء فالتزم، ويسمى التزام الأداء ضمانا؛ لأن ذمّة الملتزم بالالتزام تشتمل على الحق الذي التزم أداؤه.

وقولهم كذلك "الكفالة" يقال ضمن الشيء فهو ضامن، وسميت الكفالة ضماناً؛ لأن ذمة الكفيل تتضمن الحق، أو لأن ذمة الكفيل تصير في ذمة المكفول عنه، فالقول الذي يتناسب مع بحثنا هذا هو: ضمن الشيء ضماناً وضمناً، فهو ضامن أي كفله وضمنه، أي جزم بصلاحيته و خلوه مما يعيبه والضامن هو الكفيل أو الملتزم أو الغارم[٢].

التعريف الاصطلاحي للضمان: إنّ الشافعية والحنابلة يطلقون لفظي الضمان والكفالة كلا منهما على الآخر، ومرادهما ما يعم الضمان المالي والنفس والطلب في عقد الالتزام، ويستعملونها في عقود أعم منها عقود الضرر أو الاعتداء.

أما الحنفية فيطلقونها على ما هو أعم، أي على كل ضمان بعقد أو بغير عقد، ومن المعاصرين من قالوا: أن الضمان التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير، وعرفه الفقيه الدكتور علي الخفيف على أنّه: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، بمعنى استعمال الضمان في مجال المعاملات المالية هو التزام رد المكلف، أي ضم

(١) د. سميحة القليوبي: الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص٤٠٥.

(٢) ضمان : لغة هو الكفالة والالتزام ، ٢٢-٥-٢٠١٣ الضمان في معجم المعني الجامع – معجم عربي– عربي. / http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar

الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين أو نفس، وكذلك استعمل الضمان في مجال الجنايات بمعنى الالتزام بالقصاص أو بمعنى الالتزام بالدية أو الالتزام بأحدهما[١].

ومعنى الضمان خاصة في مجال تداول الأوراق التجارية هو: تعهد من البنك يقدمه بناءً على طلب أحد عملائه إلى شخص أو جهة يحددها، تسمى المستفيد يتعهد فيه البنك بدفع مبلغ معين إلى ذلك المستفيد (الإدارة) نيابة عن طالب الضمان (الشركة)، عند عدم قيامه بالتزاماته تجاه المستفيد[٢].

أما من الناحية القانونية، فالحديث عن الضمان وإعطائه تعريفاً دقيقاً يجب التعرض إلى التعريفات الفقهية التي قيلت بشأنه، مع الإشارة إلى أن المشرع العراقي لم يورد تعريفا خاصا به، يرى أنّه وكباقي التشريعات الأخرى وخاصة التشريع المصري، قد تطرق إلى أطرافه وشروطه، هذا ما سيصل إليه الباحث في هذا المطلب، حتى يتمكن من إعطاء تعريف مناسب للضمان بالتطرق إلى طبيعته القانونية، هذا وقد اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف للضمان، وكل التعريفات التي قيلت فيه حاولت أن تتوصل إلى صورة متكاملة تتناول كل جوانب هذا الضمان، عليه فسيتناول الباحث هذه التعريفات بالتحليل، محاولاً إعطاء تعريف له، حيث ذهب قسم من الفقهاء في تعريفهم إلى أن الضمان الاحتياطي يعدُّ عقداً، وذهب القسم الآخر إلى أنه تعهد، وآخرون قالوا عنه تصرف بإرادة منفردة، وقسم آخر قالوا عنه أنه كفالة، وإلى غير ذلك من التعريفات التي قيلت في الضمان؛ فالذي عَدَّ الضمان عقداً اقتصر هذا الضمان على الشخص الأجنبي، واستبعد من أن يكون الضامن من بين الموقعين على الحِوالة التجارية (الكمبيالة) أو الصك (الشيك).

(١) صلاح الدين المنجد: المنجد في اللغة والإعلام، ط٣٥، دار المشرق، بيروت، ١٩٦٦، ص ٣٠.
(٢) منتدى العلوم القانونية، ١٦-٧-٢٠٠٩، www.law-dz.com.

وعرف الضمان على أنه: "عقد يلتزم بموجبه شخص من الغير بدفع قيمة السند في موعد الاستحقاق في حال عدم الوفاء من الملتزم المضمون"[١].

ويرى الباحث في هذا التعريف قصوراً؛ لأنه قصر الضمان على الشخص الأجنبي، في حين أنه يمكن أن يكون الضامن من بين الملتزمين بالتوقيع على الحوالة التجارية والصك أو أي ورقة تجارية أخرى، إذا كان في ضمانه فائدة، وهذا ما أكدته المادة (١٥٤) من قانون التجارة العراقي الحالي في فقرتها الثانية، والمادة (٥٠٠) من قانون التجارة المصري الجديد في فقرتها الثانية أيضاً.

أما الذي عرف الضمان بأنه تعهد ، فقد قال عنه: " التعهد الذي بموجبه يقوم شخص بالوفاء بقيمة الورقة التجارية عند استحقاقها إذا امتنع عن ذلك أحد الموقعين عليه، وذلك على وجه التضامن مع من صدر الضمان لصالحه[٢]، أو يقصد بالضمان هو تدخل ضامن يتعهد بالوفاء بقيمة الورقة التجارية إذا تخلف الملتزم المضمون عن الوفاء"[٣].

ويرى الباحث أن أصحاب هذا التعريف الذين توصلوا إلى أنه تعهد قد حصروا الضمان بالشخص الأجنبي أيضاً، ولكن أجازوا أن يكون الضامن من بين الموقعين على الورقة التجارية، والغرض من ذلك لزيادة الثقة لدى حامل تلك الورقة[٤]، وقد عُرف

(١) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية: العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص٥٠٤.

(٢) د. عبد القادر العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨م، ص٢٨٠.

(٣) د. محمود مختار بريري: القواعد الخاصة بالشيك وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص٣٣. كذلك انظر: المادة (١٥٤ الفقرة ١) من قانون التجارة العراقي الحالي والمادة (٥٠٠ الفقرة ١) من قانون التجارة المصري الجديد.

(٤) انظر المادة (١٥٤ الفقرة ٢) من قانون التجارة العراقي الحالي والمادة (٥٠٠ الفقرة ٢) من قانون التجارة المصري الجديد، وقد نص قانون التجارة السوري على نفس المعنى في المادة (٤٤٧)=

الضمان على أنه: " تصرف قانوني بإرادة منفردة هي إرادة الضامن الاحتياطي يرتب التزاما في ذمته بضمان قبول الورقة التجارية وضمان الوفاء بها إلى الحامل على وجه التضامن مع الموقعين متى امتنع المدين الأصلي عن الوفاء"[١].

ويرى الباحث أن أصحاب هذا التعريف قد حصروا الضامن في الشخص الأجنبي كذلك، ولا يعرف ما سبب تدخله؟ وما منفعته في هذا التضامن مع الموقعين؟ وذلك لأن الإرادة المنشئة للضمان لا تكون إلا عقدية، وكذلك فإن الضامن يلتزم به الشخص المضمون المدين بالورقة التجارية.

وعُرف ايضاً بأنه كفالة التزام ثابت في ورقة تجارية [٢]، كما عرف بأنه: " كفالة الدين في الورقة التجارية"، وعرف كذلك بأنه: " كفالة لالتزام ثابت في الكمبيالة يقدمها شخص يضمن بمقتضاه دفع قيمة الكمبيالة كلها أو بعضها، أو هو كفالة يلتزم بمقتضاها الضامن الاحتياطي بضمان وفاء قيمة الشيك على وجه التضامن مع الشخص المضمون، في حال رفض المصرف (البنك) دفع قيمة الشيك لحامله[٣].

وعرف الضمان الاحتياطي أنه: " كفالة صرفية يقدمها الضامن الاحتياطي ، الذي يكفل بمقتضاه أحد الموقعين على الورقة التجارية في التزامه بضمان القبول أو

=والقانون التجاري السعودي رقم ٢٧ لسنة ٣٨٧ هـ في المادة (١٠١) منه على ضمان الشيك حيث جاء فيها: ((يجوز ضمان وفاء الشيك كله أو بعضه من ضامن احتياطي ويكون هذا الضمان من الغير عدا المسحوب عليه، كما يجوز أن يكون من أحد الموقعين على الشيك))، كذلك انظر د. سعيد يحيى: الوجيز في النظام التجاري السعودي، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، ١٩٧٦م، ص٣٢٣.

(١) د. محمد حسني عباس: الأوراق التجارية في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص١٤٢.

(٢) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، ص٥٥.

(٣) د. مصطفى كمال طه: الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص١٢٢.

الوفاء أو هما معاً"[١].

ويرى الباحث أن الضمان هو، كفالة تجارية بمقتضى المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي رقم لسنة ١٩٥١، والتي نصت في فقرتها الثانية: "على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تكون –دائماً– كفالة تجارية"، وبنفس الاتجاه المادة (٧٧٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ في فقرتها الثانية بقولها: "على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائما عملا تجاريا"، ولما كانت الكفالة تعقد عادة بين الكفيل والدائن، فإن الضمان الاحتياطي يعقد بين الضامن والحامل قياساً على ذلك، ولذلك لا يمكن الاتفاق مع من ذهب إلى أن الضمان الاحتياطي، تصرف بإرادة منفردة وذلك لأن الإرادة المنفردة المنشئة للضمان الاحتياطي لا تكون إلا عقدية وكذلك فإن الضامن الاحتياطي يلتزم بما يلتزم به الشخص المضمون المدين بالورقة التجارية.

وبعد أن تعرض الباحث لهذه التعاريف المختلفة سيحاول إعطاء تعريف للضمان على ضوء الخصائص و المميزات، ووفقاً للمادة (٨٠) من قانون التجارة العراقي والمادة (٤١٨) من قانون التجارة المصري؛ فيعرف الباحث الضمان بأنه: "كفالة خاصة لقيمة الورقة التجارية كلها أو بعضها، وعلى وجه التضامن من شخص أجنبي أو من بين الموقعين على تلك الورقة عدا المسحوب عليه في الشيك، بمقابل أو بلا مقابل، وبضمان القبول أو الوفاء أو كليهما معاً، ويسمى الكفيل هنا الضامن، ويكفي التوقيع أن يكون على الورقة التجارية أو الورقة المتصلة به أو سند يبين فيه مكان صدوره .

(١) د. سميحة القليوبي: المرجع السابق، ص١٦١.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للضمان وخصائصه وتكييفه الفقهي

يقسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين يتناول في المطلب الأول الطبيعة القانونية للضمان وخصائصه، وفي المطلب الثاني التكييف الفقهي للضمان.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للضمان وخصائصه

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للضمان

اختلفت الآراء الفقهية و تباينت حول طبيعة الضمان الذي مر بمراحل مختلفة أثرت فيه تأثيراً بارزاً، إذ إنّ الشيء المسلم به كون الضمان أصبح نظاماً قانونياً قائماً بذاته لما اكتسبه من طبيعة قانونية وما تجزأ عنها من مميزات أفردته عن بقية الأنظمة الأخرى القانونية وحتى المشابهة له، و حتى نغوص في شأن الطبيعة القانونية الخاصة بالضمان سنقف متسائلين هل الضمان ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين أم هو كفالة؟.

أولاً: الضمان إرادة منفردة (التزام من جانب واحد):

لقد اعترفت هذه النظرية بالإرادة المنفردة في خلق الالتزام، إذ تصنفها ضمن المصادر الأساسية المولدة للالتزام تماماً كالعقد، فالضامن يلتزم بمجرد توقيعه على السفتجة[١].

حيث أنّ الأستاذ إسكورا (Escora) خلص إلى أنّ منشأ السند والموقعين المختلفين يقوم التزامهم تجاه حامله على تصريح بإرادة من جانب واحد، فهي تنشئ

(١) د.عبد القادر العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، مرجع سابق، ص٢٨٥.

الحق الذي يستمده من السند بمعزل عن الأوصال العقدية الواقعة بين حملته المتعاقدين، ونفس القول أخذ به الفقه الإيطالي والألماني، إذ يقول الأستاذ ستراسبور (Strassbourger): (يعتبر التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً بمجرد وضع توقيعه، ويصبح هذا الالتزام ناجزا بمجرد أن تمر السفتجة بأية طريقة إلى يد أي حامل من الغير يريد أن يتصرف باعتباره دائناً) [١].

ثانياً: الضمان إرادة متبادلة (ملزم لجانبين):

إن الضمان إيجاب غير قابل الرجوع عنه، محله وفاء شخص لدين غيره، و إنّما يراد لإتمام العقد دائن يقبله أما التعبير عن الإيجاب فيتم بإمضاء الضامن على الورقة التجارية في مكانه المخصص، أمّا القبول فهو دليل على ما سبق قبوله الإيجاب، على أنّ القبول يمكن أن يستدل عليه بامتلاكه حامل الورقة التجارية من قبل أن يطلب أيّة مطالبة؛ إذ تنص الفقرة الثانية من المادة(٨٢) من قانون التجارة العراقي الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على أنّه: "إذا أوفى الضامن الحِوالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون، وقبل كل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون"[٢] ، والحجج في كون الضمان ملزم لجانبين ما يلي:

ما جاء به الفكر الفرنسي العام في معنى الالتزام الإرادي، حيث إنّ الإرادة المنشئة لا تكون إلا عقدية، ولا يمكن أن يُلزم أحد نفسه للآخرين بدون اتفاق بينهما.

وذهب الفقيه الفرنسي جيزانبورجي (Geisemberger) في دفاعه عن هذه النظرية التي تقوم على أساس أنّ الضمان كغيره من العلاقات القانونية لا يمكن أن تنشأ إلا بإرادتين، إذ إنّ الإرادة المنفردة وحدها غير قادرة على ذلك مستدلا بذلك بالمادة

(١) مسيردي عبد الحق: رسالة ماجستير بعنوان الضمان الاحتياطي في السفتجة، مرجع سابق، ص٢٤.

(٢) وبنفس المعنى أنظر المادة (٤٢٠) في فقرتها الثالثة من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٢١/٥١١) من القانون التجاري الفرنسي، والتي تنص على أنّ: "الضمان الاحتياطي يمكن وقوعه على كل الدين أو جزء منه"[١].

ثالثاً: الضمان كفالة:

أمّا الذين اعتبروا أنّ الضمان كفالة أو نوعاً من الكفالة فعرفوه بأنّه: "كفالة أحد الموقعين على سند السحب و الموقعين اللاحقين له في الوفاء بقيمته عند استحقاقه، ويسمى الكفيل الضامن الاحتياطي"[٢].

وكذلك عرّف بالمعنى نفسه، حيث قيل عنه كفالة معطاة من قبل شخص نسميه مانح الضمان، وذلك لمصلحة الموّقع على الورقة ، والذي نسميه المضمون، وفي أكثر الأحيان يمنح بواسطة شخص تكون ملاءمته أكيدة، وبذلك لا يتأخر الشخص عن قبول الضامن الممنوح من قبل مصرف كبير، كما عرف على أنّه (كفالة صرفية يقدمها الضامن الاحتياطي، ويكفل بمقتضاها أحد الموقعين على السفتجة في إلزامه بضمان الوفاء في ميعاد الاستحقاق)[٣].

الفرع الثاني: خصائص الضمان

إنّ الضمان، كنظام قانوني ارتبط و منذ زمن طويل بقانون الصرف وخضع لأحكامه؛ لأنّ التزام الضامن أصبح التزاماً صرفياً بعد أن كان التزاماً أصلياً يخضع للقوانين العامة، وسوف يتناول الباحث الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي، والضمان على أنه التزام صرفي.

(١) بنفس المعنى أنظر المادة (٨٠) من قانون التجارة العراقي، والمادة (٤١٨) من قانون التجارة المصري في فقرتها الأولى.

(٢) د. أكرم يا مالكي: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩م، ص ١٨٦.

(٣) د. علي البارودي، محمد فريد العريبي: الأوراق التجارية والإفلاس، الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص١٠٢.

اولاً: الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي

تقوم عادة بين أطراف هذا الالتزام علاقة سابقة لإنشائه (إيجاب وقبول)، كعلاقة المحرر أو الساحب بالمستفيد وعلاقة المظَهّر بالمظهّر له المباشر؛ فينشأ السند أو يُظهّر لأجل الوفاء بهذا الدين، ويظل الالتزام الصرفي متصلاً بهذه العلاقة ومتأثرا بها، حيث يمّكن المدين بأن يتعذر في مواجهة دائنه المباشر بالدفوع الناشئة عن بطلان أو انقضاء العلاقة المذكورة، ففي الغالب عند إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لتسوية العلاقات السابقة (بين أطرافها)، ينشأ هذا السند أو يظهّر وفاءً لثمن بضاعة أو تسديد لقرض، فيقوم عندئذ التزام مزدوج بين الدائن والمدين، فبالإضافة إلى الالتزام الأصلي الذي بموجبه أصبح المشتري مديناً بالثمن والمقترض مديناً بقيمة القرض، والذي يخضع للقواعد العامة، ينشأ بعد تحرير السند التجاري التزام جديد الذي هو الالتزام الصرفي الذي يتمتع بخصائص ذاتية ويخضع لأحكام قانون الصرف، بمعنى أنّ الدين واحد هو الدين الأصلي وارتدى ثوباً جديداً وأصبح يعرف بالسند التجاري، لكن رغم اتحاد الالتزامين الأصلي والصرفي في وظيفة واحدة، أي ضمان استيفاء لقيمة السند في ميعاد الاستحقاق، إلا أنّهما يستقلان عن بعضهما في أنّ الدين الأصلي لا يتأثر ببطلان الدين الصرفي من جهة، وبقاء الدين الأصلي رغم سقوط الدين الصرفي بالإهمال أو بمرور الزمن من جهة أخرى[١].

ويرى الباحث أنه ليس هناك أي مانع قانوني من أن يلتزم المدين بطريقين مزدوجين للقيام بالتزام واحد تجاه الدائن، وبالمقابل تصبح لهذا الدائن دعويين لإرغام المدين على الوفاء، فباتباعه أحد الطريقين يفقد حقه في الرجوع الى الطريق الآخر، إذ يجوز للمدين المتضامن بعد أن يوفي كامل المبلغ للدائن وأن يرجع على بقية المدينين إما بدعوى شخصية تستند إلى الوكالة أو الفضالة، أو بدعوى الاستبدال أو الحلول محل المدين.

(١) منتدى العلوم القانونية والإدارية، ٢٠٠٨. www.majalah.new.ma

ثانياً: الضمان التزام صرفي

إنّ الوظيفة الأساسية للورقة التجارية هي قيامها مقام النقود، ولكي تؤدى هذه الوظيفة بصورة صحيحة يجب أن يكون تداولها سهلاً، وأن تتوافر فيها الضمانات التي تكفل لكل من تلقاها حقّه، باستيفاء قيمتها في ميعاد الاستحقاق، لهذا شرط القانون على الالتزامات الثابتة صفات خاصة من شأنها أن تحقق هذا الغرض، ويسمى الالتزام الناشئ عن توقيع الورقة التجارية بالالتزام الصرفي، ففي أغلب الأحيان يكون التوقيع على الورقة التجارية بأي صفة كانت كوسيلة لتنفيذ التزام أصلي سابق بين الموّقع وبين من صدر التوقيع لصالحه، كأن تحرر الورقة التجارية أو تظهّر وفاءً بثمن بضاعة أو وفاء بمبلغ قرض، فينشأ عن التوقيع على هذه الورقة التزام جديد على عاتق الموقع، يسمى بالالتزام الصرفي، الذي بدونه لا يمكن للورقة أن تؤدي وظائفها الاقتصادية المختلفة، إلا إذا كان تداولها سهلاً، وكان الحملة المتعاقبون لها مطمئنين إلى استيفاء قيمتها في ميعاد الاستحقاق، ولهذا جعل القانون من الالتزام الصرفي التزاماً شديد القسوة على المدين، له شكلاً مميزاً ومتسماً بالتجريد مستقلاً عن الالتزامات الصرفية الأخرى.

أ- الالتزام الصرفي للضمان التزاماً شكلياً:

يُعتبر التزام الضامن ضماناً، هذا ما لم يكن التوقيع من طرف الساحب أو المسحوب عليه، فحينها يعتبر هذا التوقيع سحباً للحِوالة التجارية أو قبولاً لها حسب الأحوال، وذلك وفق ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي الحالي في فقرتها الأولى بقولها: "يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون، ويكون التزام الضامن صحيحا، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب آخر غير عيب في الشكل "، وكذلك ما نص عليه المشرع المصري في المادة (٤٢٠) من قانون التجارة المصري الجديد في فقرتها الثانية بقولها: "١- يلتزم الضامن

الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون. ٢-و يكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحا و لو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل"[١].

ب- الالتزام الصرفي للضمان التزاما مجرداً:

بما أنّ المشرع أوجب أن تكون الورقة التجارية في محرر مكتوب، وأن تصاغ في شكل خاص يحتوي على بيانات حددها وضبطها، ورتب آثارا على إغفالها؛ متمثلة في فقدان الصفة التجارية لهذه الورقة و تحولها إلى سند عادي يخضع للقوانين العامة، إذ يكفي أن يمضي الضامن على وجه الحِوالة التجارية (الكمبيالة).

والتجريد صفة للضمان، والمفهوم منها أن السبب المشروع ركن للدين، لا يقوم من دونه، فإذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع يعتبر باطلاً قانوناً، فالدين الأصلي والدين العادي يستويان في هذه القاعدة، غير أن الأمر في القانون المدني أنّه للدائن حق التمسك في مواجهة المدين بالعيوب المذكورة سابقاً (سبب الدين غير موجود أو غير مشروع)؛ لأنها تنتقل مع الحق.

أمّا الدين الصرفي فله نظام خاص به، حيث يستطيع المدين أن يتمسك في مواجهة الدائن في حالة انعدام السبب أو في عدم مشروعيته، وذلك لحجة أنهما يشتركان فيه، أما في مواجهة الحامل حسن النية ،فلا يستطيع مواجهته بالعيوب المذكورة، والسبب في ذلك هو أنّ الدين الصرفي مجرد بمعنى أنّه مستقل عن سببه، قائم بذاته، بمعزل عن السبب الذي أمضيّ السند التجاري لأجله؛ لذا فالضمان وكباقي الديون الصرفية، يتصف بالتجريد كون الضامن يوقع وهو يجهل في الواقع الشخص الذي يلتزم له وقت الاستحقاق ،كما يعتبر مبدأ عدم التمسك بالدفوع أصل تطبيق صفة التجريد لمثل هذه الالتزامات[٢].

(١) بنفس الاتجاه انظر المادة (٤٢٠/ ٢) من قانون التجارة المصري.

(٢) د.عبد الحكم فودة: الأوراق التجارية في ضوء الفقه وقضاء النقض وقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الألفي القانونية، المنيا، ٢٠٠٦م، ص١٥٤.

ج- الالتزام الصرفي للضمان التزاماً مستقلاً:

التوقيع على الورقة التجارية من طرف الضامن، يعتبر التزاماً قائماً بذاته، مستقلاً عن التزامات كافة الموقعين الآخرين سواءً كانوا سابقين أو لاحقين له، وهذا ما يعرف بمبدأ استقلال التواقيع الذي يستجيب للضرورات العملية، ويساعد على دعم الثقة بالأوراق التجارية و تسهيل تداولها من جهة، ومن جهة أخرى نجد أنّه إذا كان التزام أحد الموقعين باطلاً لنقص في أهليته أو لعيب في الرضا أو كان مزورا، فلا يؤثر هذا في التزامات الموقعين الآخرين التي تظل صحيحة، كما أنّ المدين الصرفي لا يجوز له الاحتجاج على الحامل حسن النية بالدفوع ، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ عدم جواز الاحتجاج بالدفوع[١].

المطلب الثاني

التكيف الفقهي للضمان

ان الضمان في الأوراق التجارية هو في حقيقته الضمان الشرعي في الفقه الإسلامي، وعليه سوف يقسم الباحث هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، يتناول في الفرع الأول تعريف الضمان الشرعي لغة واصطلاحاً، وفي الفرع الثاني أقسام الضمان، وحكم الضمان في الفقه الاسلامي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الضمان الشرعي لغةً واصطلاحاً

لغةَ: التزام ما في ذمة الغير، وهو مشتق من كلمة الضمن؛ لأن الذمة من ضمن البدن في معناه الكفالة، يقال كفل فلان فلاناً، بمعنى ضمّه إليه، ومنه قوله تعالى ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[٢]، أي ضمّها إلى نفسه؛ ليعولها ويقوم بتربيتها، وهي مصدر كفَل

(١) د. مصطفى كامل طه: الأوراق التجارية و الإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص٢٧.

(٢) سورة آل عمران (الآية ٣٧).

(بفتح الفاء وضمها وكسرها) يُقال كفَّل كفلاً وكفولاً وكفالةً، ويتعدى بالباء، يقال كفلت بالرجل، ويتعدى بحرف عن إذا تعلق بالمديون ، فيقال: كفلت عن المديون، ويتعدى باللام إذا تعلق بالدائن، فيقال: كفلت للدائن.

أما معنى الضمان الشرعي: اصطلاحا، ففيه تفصيل المذاهب:

قول الحنفية: للحنفية رأيان في تعريف الكفالة:

الرأي الأول: إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بنفس أو دين أو عين، فهي ثلاثة أقسام: "كفالة بالنفس، وكفالة بالدين وكفالة ، بالعين"، والذي يهمنا هو كفالة الدين.

الرأي الثاني: إنها ضم ذمة على ذمة إلى ذمة في أصل الدين.

رأي الباحث أن التعريف الأول أوسع مفهوماً؛ لأنه يشمل أقسام الكفالة جميعها، أما التعريف الثاني، فهو مقصور على كفالة الدين فقط(١).

قول المالكية: قالوا: الضمان والكفالة والحمالة بمعنى واحد، وهو أن يشغل صاحب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون، سواء كان شغل الذمة متوقفاً على شيء أو لم يكن متوقفاً، وبيان ذلك عندهم أن الضمان ينقسم إلى ثلاثة أقسام: ضمان المال وضمان الوجه وضمان الطلب.

وضمان المال إذا ضمن شخص آخر في مال، فإن ذمته تشغل بذلك المال كما شغلت به ذمة الأصيل دون أن يتوقف على أمر آخر، وضمان الوجه هو التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين عند الحاجة، فهذا الضمان لم يصح لغير المال، ولا تشغل ذمة الضامن بالمال إلا إذا لم يحضر المدين، أما إذا أحضره فلا يلزم بالدين، فهذا القسم يتوقف فيه شغل الذمة بالحق على عدم إحضار المضمون، أما ضمان الطلب، وهو أن

(١) العلامة أحمد بن علي حجر العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين: فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد القادر الحمد، ط١، دار الكتب السنية، الرياض، ٢٠٠١م، ص١٢١.

يلتزم الضامن طلب الغريم والتفتيش عليه، وهذا الضمان يصح فيه ضمان غير المال، ولا تشغل فيه ذمة الضامن بالمال إلا إذا ثبت تفريطه في الإتيان بالمضمون أو في الدلالة عليه بأن علم موضعه وتركه، فشغل ذمة الضامن، وأركان الضمان عند المالكية خمسة: ضامن، ومضمون، ومضمون له، ومضمون به، وصيغة [١]، ويرى الباحث أن تعريف المذهب المالكي للضمان جاء شاملاً للأقسام الثلاثة.

قول الشافعية: قالوا: الضمان الشرعي عقد يقتضي التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة، أو إحضار بدن من يستحق حضوره، ومعنى التعريف أن الضمان ثلاثة أقسام:

الأول: ضمان الدين ومعناه أن الضامن يلتزم ما في ذمة المدين من حق، بحيث تشغل به ذمته، كما شغلت ذمة المدين، وإذا دفع أحدهما برأت ذمة الآخر، وهذا معنى قوله التزام حق ثابت.

الثاني: ضمان رد العين المضمونة ، كالعين المغصوبة والعين المستعارة، فإذا اغتصب زيد من عمرو سلعة، فإنه يصح لحاله أن يضمن زيداً الغاصب في رد تلك السلعة المغصوبة، ويكون ملزماً بردها مادامت باقية، أما إذا هلكت فلا شيء عليه، ومثل ذلك ما إذا استعار منه عينا.

الثالث: التزام إحضار شخص ضمنه في ذلك، فإذا كان لزيد عند عمرو دين، فإنه يصح لخالد أن يضمن نفس المدين عند الحالة، وهذا الضمان يسمى كفالة، فالكفالة نوع من الضمان، وهي خاصة بضمان الأبدان[٢].

(١) العلامة محمد الطاهر إبن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساني، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٧م، ص٦٨.

(٢) الشيخ عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج٣، المكتبة العصرية، صيدا، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، ص١٨٥-١٨٦.

قول الحنابلة: عرفوا الضمان، على أنه التزام ما وجب أو يجب على الغير مع بقائه على المضمون، أو التزام إحضار من عليه حق مالي لصاحب الحق، وهو عندهم على أربعة أقسام:

القسم الأول: ضمان الديون الثابتة، فإذا ضمن شخص آخر في دين، فقد شغلت ذمته بذلك الدين كذمة المدين الأصلي، فلم ينتقل الدين من ذمة المضمون إلى ذمة الضامن، بل هو باقٍ مع شغل ذمة الضامن، ولصاحب الدين الحق في مطالبة الاثنين، فإذا برئت ذمة المضمون الأصلي بقضاء أو حوالة، فقد برئت ذمة الضامن؛ لأنه تابع للمضمون، أما إذا برئت ذمة الضامن من الضمان، فإن المضمون لم تبرأ ذمته، مثلا إذا قضى الحاكم ببراءة ذمة الضامن أو أحال الضامن صاحب لدين بدينه، فإن المدين الأصلي لا تبرأ ذمته بذلك، ويكون لصاحب الدين حق مطالبته، أما إذا قبض دينه من أحدهما فعلاً، فإن ذمتهما تبرأ من دينه، ثم إذا دفع الضامن ونوى الرجوع على المضمون صح له أن يرجع، أما إذا لم ينوِ، فليس له أن حق الرجوع.

القسم الثاني: ضمان ما يؤول إلى الوجوب وإن لم يكن واجباً بالفعل، وذلك كالأعيان المغصوبة والمستعارة، فإن مثل هذه الأعيان وإن لم تكن واجبة في ذمة الغاصب أو المستعير بالفعل، ولكنها تؤول إلى الوجوب، فيجب ردها إلى صاحبها مادامت قائمة، فإن هلكت كان ملزماً بقيمتها فمعنى ضمان هذه الأعيان ضمان ردها أو ضمان قيمتها عند هلاكها.

القسم الثالث: ضمان الديون التي تجب في المستقبل بأن يضمن ما يلزمه من دين، مثلا إذا كان شخص يعامل تاجرا، فإن له أن يأتي بضامن يضمنه، فيلزمه من دين التجارة التي يأخذها شيئا فشيئاً.

القسم الرابع: أن يضمن إحضار من عليه حق مالي عند الحاجة، وهي الكفالة ،

فالتعريف قد شمل كل هذه الأقسام[١].

والناظر في حقيقة الضمان الاحتياطي يجد أن هذا الضمان هو بذاته نفس الضمان الشرعي، وذلك أن حقيقة الضمان الشرعي عند الفقهاء أنه: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"[٢]، وهذا هو المقصود بالضامن الاحتياطي الموقع على الكمبيالات والشيكات.

ويرى بعض الكُتّاب المعاصرين للقضايا الفقهية المعاصرة، أن الضمان الاحتياطي ليس كالضمان الشرعي على الإطلاق، بل هو مخالف له في بعض الأحيان، وعللوا قولهم هذا بأمرين:

الأمر الأول: أن للدائن في الضمان الشرعي مطالبة من شاء من الضامن أو المضمون عنه، بينما في الضمان ليس للدائن (حامل الورقة) مطالبة الضامن الاحتياطي أو أي من الضامنين الموقعين، بل يلزمه أولاً مطالبة المسحوب عليه في الحِوالة التجارية (الكمبيالة) والصك (الشيك)، فإذا امتنع عن الوفاء كان له الرجوع على الضامنين.

ويقول أستاذنا الفاضل الدكتور ناصر محمد النشوي : إن هذا التعليل قد وردت عليه مآخذ عدة منها:

أ- القول بأن للدائن في الضمان الشرعي مطالبة من شاء من الضامن أو المضمون عنه ليس محل اتفاق بين العلماء، بل هو محل خلاف بينهم، فذهب جمهور

(١) أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله الحنبلي: المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي ، القاهرة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص٧.

(٢) أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (المتوفي سنة ٩٥٤هـ): مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٥، ط٣، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ -١٩٩٢م، ص٩٦.

الفقهاء من الحنفية [١]، والمالكية في أحد القولين[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، إلى أن للدائن مطالبة من شاء من الضامن أو المضمون عنه، وذهب المالكية في القول المعتمد عندهم[٥]، إلى أن الدائن ليس له الحق في مطالبة الضامن إلَّا بعد مطالبة المضمون عنه وامتناعه عن الوفاء، إما لفلسه أو لأي سبب من الأسباب الأخرى، وبناءً على ذلك يمكن تخريج الضمان الاحتياطي الذي يلزم بمقتضاه رجوع حامل الورقة على المسحوب عليه قبل الرجوع على الضامنين على قول المالكية في هذه المسألة، على أنه يمكن تخريجه على قول الجمهور عن طريق قاعدة الشروط التي تندرج تحتها كثير من المسائل والمعاملات، وذلك بان يقال: إن عرف التعامل التجاري يقتضي أن الموقعين على الورقة التجارية (الكمبيالة، الشيك) لا يطالبون بالوفاء، ولا يحق للحامل الرجوع عليه إلا بعد مطالبة المسحوب عليه وامتناعه عن الوفاء، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، كأن الضامن الاحتياطي قد اشترط لضمانه رجوع الحامل أولاً على المسحوب عليه قبل

(١) عبد الغني الدمشقي الميداني (المتوفي سنة ١٢٩٨هـ): اللباب في شرح الكتاب، تحقيق محمود أمين النواوي، ج٣، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، ص١٥٥.

(٢) محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد (المتوفى ٥٩٥هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق رضوان جامع رضوان، ج٢، ط١، مكتبة الإيمان، المنصورة، ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م، ص٣٥٢.

(٣) سيف الدين أبي بكر الشاشي (المتوفى سنة ٥٠٥هـ): حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق ياسين أحمد درادكة، ج٥، ط١، مكتبة الرسالة الحديثة، ١٩٨٨م، ص٥٨.

(٤) العلامة منصور بن يونس البهوتي (المتوفى سنة ١٠٥١هـ): كشف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصلحي مصطفي، دار الفكر، ج٣، بيروت، ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م، ص٣٦٤.

(٥) د. محمود أحمد مروح: الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها، ط١، دار النفائس، ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣م، ص٦٠. كذلك انظر الشيخ أحمد الزرقا (المتوفي سنة ١٩٣٨م): شرح القواعد الفقهية، ط٥، دار القلم، دمشق، ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م، ص٢٧٣.

رجوعه عليه، وهو شرط صحيح ، وفيه مصلحة ظاهرة من غير ترتيب محضور شرعي، وقد قال النبي محمد (ﷺ) :(الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ).

ب- وهو الجواب على القول بأن الضامن في الضمان الشرعي إذا أدى الدين وكان قد ضمنه ضامنون آخرون، فإنه يرجع عليهم بقدر حصتهم من الدين بخلاف الضمان الاحتياطي، فإنه يرجع على أي موق

ع سابق عليه بكامل قيمة الورقة، وهذا الفرق –على التسليم به–لا يخرج الضمان الاحتياطي عن حقيقة الضمان الشرعي، إذ يمكن أن يقال: أن العرف التجاري يقضي بذلك، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وحينئذ يكون رجوع أحد الضامن الاحتياطي على الضامنين الآخرين الملتزمين قبله بكامل الورقة التجارية (الكمبيالة، الشيك)، وليس بقدر حصته من الدين، بمقتضى الشرط الذي دلَّ عليه العرف، وهو شرط صحيح، فيلزم الوفاء به[١].

الأمر الثاني: إذا اجتمع في الضمان الشرعي عدة ضامنين، وكل منهم قد ضمن حصة من الدين (وهو ضامن للضامنين الآخرين)، فإن أحد الضامنين إذا قام بوفاء الدين فليس له الرجوع على أي من الضامنين إلا بقدر حصته من الدين، أما في الضمان الاحتياطي فإن للملتزم الذي أوفى مبلغ الكمبيالة أو الشيك للحامل الرجوع على بقية المتضامنين الآخرين الملتزمين قبله – مجتمعين أو منفردين – بما أوفاه كاملاً[٢].

الفرع الثاني: أقسام الضمان

ينقسم الضمان إلى عدة أقسام:

(١) د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي: موقف الشريعة الإسلامية من التعامل بالأوراق التجارية، مرجع سابق، ص٧٩٩.

(٢) د. كمال محمد أبو سريع: الأوراق التجارية طبقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ، ٢٠٠٥م ، ص١٨٦.

- من حيث الالتزام المطالب به.
- من حيث العقدية.
- من حيث الإطلاق والتقييد.

أ- من حيث الالتزام والمطالب به يقسم فقهاء القانون التجاري الضمان إلى عدة أقسام:

١- الكفالة بالنفس: هي التي تكون الشخصية الإنسانية فيها محل الضمان، من حيث يلتزم الضامن (الكفيل) بإحضار المكفول إلى المكفول له.

٢- الكفالة بالمال: فهي التي يكون موضوعها الأموال والالتزامات المالية، ولا تتعلق بالشخصية الإنسانية.

٣- الكفالة بتسليم الأعيان: هي الالتزام بتسليم مال مضمون بذاته، كالمغصوب، و المبيع بيعاً فاسداً، وكتسليم المقبوض على سوم الشراء، ومنه أيضاً الالتزام بتسلم العين المضمونة بغيرها كالمرهون، وكذلك الالتزام بتسليم الأعيان غير المضمونة إلا بالتعدي كالأمانات، فإن الكفالة بتسليمها صحيحة بخلاف الكفالة بأعيانها.

٤- الكفالة بالدرك: في الالتزام بأداء ثمن المبيع وتسليمه، إن استحق المبيع، وبمعنى آخر الكفالة بالدرك هي: ضمان محل العقد بأداء ثمنه إذا ما استحق، أي ضمان المال المبيع بأنه خالص من كل حق للغير.

ب- من حيث الضمان الذي يعني الالتزام بتعويض ضرر أصاب الغير، فيقسم الضمان إلى قسمين:

١- ضمان العقد: هو الالتزام بالتعويض عند عدم تنفيذ المتعاقد لما التزم به، والالتزام العقدي قد يكون التزاماً تقتضيه طبيعة العقد، وقد يكون ناشئاً عن شرط منصوص عليه صراحة في العقد، أو شرط مدلول عليه بالعرف.

٢- ضمان الفعل: فهو ضمان لم يسبق بعلاقة تعاقدية، ولكنه أثر فعل غير مشروع، ارتكبه شخص سبب فيه ضرراً لغيره.

ج- من حيث الإطلاق والتقييد، فينقسم إلى كفالة مطلقة وكفالة مقيدة.

١- الكفالة المطلقة: هي تلك التي تجردت فيها الصيغة من التقييد، فجاءت مطلقة في لفظها وفحواها.

٢- الكفالة المقيدة: فهي تلك التي اقترنت الصيغة فيها بقيد من القيود، وحكمها: أنها ترتب آثارها بمراعاة القيد الذي اقترن بصيغتها؛ لأن هذا القيد أصبح من مشتملات الكفالة[١].

الفرع الثالث: حكم الضمان في الفقه الإسلامي

الضمان الاحتياطي عقد لا يخرج عن مفهوم الضمان المعروف في الفقه الإسلامي، والضمان عقد مشروع ورد في الكتاب العزيز والسنة النبوية وإجماع الفقهاء:

أ- القرآن الكريم:

قوله تعالى:﴿ قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ المَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[٢].

في تفسير هذه الآية: قال علماؤنا الأجلاء في هذا النص جواز الكفالة؛ وذلك لأن الزعيم هو الحميل والكفيل والضامن، فإذا قال أحد: أنا زعيم بذلك، أو أنا زعيم بكذا، فمعناه أنا ملتزم به[٣].

ب- السنة النبوية:

١- عن سلمة بن الأكوع (عليه السلام) قال: كنا جلوسا عند النبي محمد (ﷺ) إذ أُتيَ بجنازة فقالوا صلِّ عليها يا رسول الله فقال: هل عليه دين؟ قالوا: لا يا رسول الله، فصلّى

(١) د. محمد عبد المنعم أبو زيد: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته على المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص٢.

(٢) سورة يوسف. الآية (٧٢).

(٣) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي (المتوفى سنة ٥٤٣هـ): أحكام القرآن، تحقيق: الدكتور علي محمد البجاري، ج٣، ط٣، مطبعة عيسى الحلبي، ١٤٢٥هـ، ص١٠٩٦.

عليه، ثم أتي بجنازة أخرى ليصلي عليها، فقال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم يا رسول الله، قال: هل ترك شيئا؟ قالوا ثلاثة دنانير يا رسول الله، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة ثالثة، قال هل عليه دين؟ قيل: نعم يا رسول الله، قال هل ترك شيئاً؟ قالوا كلا يا رسول الله ، قال فصلّوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله، فصلّى عليه [١].

٢- حديث أبي إمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "العارية مردودة والدين مقضي والزعيم غارم"[٢]، فالزعيم هنا معناه الكفيل، فكل من تكفل دينا عن الغير، ليه الغرم.

ج- الإجماع:

أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة، وإن كان هناك خلاف في بعض الفروع، فهو لا ينال من قيام الإجماع[٣].

رأي الباحث: إن حكم الضمان الاحتياطي في الفقه الإسلامي عقد مشروع في الأوراق التجارية أصلاً، وهناك ثوابت ، وهي ما جاء به القرآن الكريم، والسنة النبوية، وإجماع العلماء.

(١) الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري(المتوفى ٢٥٦هـ): مختصر صحيح البخاري كتاب الكفالة، ج٣، ط١، دار نوبليس، ٢٠١١م، ص٤٢١-٤٢٢.

(٢) محمد بن عيسى بن سورة (المتوفي سنة ٢٧٩هـ): سنن الترمذي ،ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤١٤هـ، ص٣٤.

(٣) محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد (المتوفى ٥٩٥هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٣، ط١٠، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ، ص٢٩٥.

الخاتمـة

من كل ما تقدم تبين لنا أن الضمان ومن خلال التعاريف التي ذكرها أنه من الضمانات المهمة التي يعتمد عليها الحامل الشرعي من أجل الحصول على قيمة الورقة التجارية، في حالة امتناع المضمون عن دفع المبلغ المضمون للحامل الشرعي، وهذا الضمان يختلف عن غيره من العقود التي قد تكون مشابهة إليه.

وقد توصل الباحث في هذا البحث لأهم النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

١. إن الضمان من أهم الضمانات التي تعطى للحامل الشرعي للورقة التجارية، فضلاً أنه يزيد الثقة بها وبوفاء قيمتها.

٢. إن الضمان، هو كفالة من نوع خاص تختلف عن الكفالة المدنية أو التجارية من حيث إن الكفالة المدنية تقوم على أساس البر والإحسان وإسداء للمعروف؛ كما أنها يمكن أن تعقد بدون شكلية معينة؛ كذلك الكفالة التجارية تقوم عادة على الربح والفائدة، أما الضمان، فإنه يكون دون مقابل، وقد يكون بمقابل، وأنه لا يكون إلا بشكلية معينة، يحددها القانون بغض النظر عن الصيغة.

٣. لم يعثر الباحث على مصطلحات للأوراق التجارية في مراجع الفقه الإسلامي، ولم يستخدم أي من الفقهاء هذه المصطلحات، ولكن معانيها حاضرة في خطاباتهم وخاصة في الحوالة والسفتجة.

٤. الضمان مشروع في الفقه الإسلامي، ووجه الدلالة عليه في الكتاب العزيز، والسنة، وإجماع الفقهاء.

ثانياً: التوصيات:

١. يوصي الباحث بأن يضيف المشرع العراقي لكلمة الضمان في قانون التجارة العراقي، كلمة (الاحتياطي) لتكون بذلك عبارة الضمان الاحتياطي، أسوة بالأقطار العربية الأخرى.

٢. تخصيص نصوص قانونية في قوانين التجارة للأوراق التجارية الإلكترونية، وذلك للتطور الحاصل في ميادين التعاملات التجارية ، والسرعة في تنفيذها، إن الحياة تتسارع والزمن يتغير فالحاجة إلى مراجعة نصوص النظام وتطويره أصبحت ملحة لظهور الكمبيالة الإلكترونية التي لم يعالجها أي نظام عربي.

المراجع

اولاً- القرآن الكريم

ثانياً- كتب السنة النبوية

١- الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري(المتوفى ٢٥٦هـ): مختصر صحيح البخاري كتاب الكفالة، ج٣، ط١، دار نوبليس، ٢٠١١م.

٢- محمد بن عيسى بن سورة (المتوفي سنة ٢٧٩هـ): سنن الترمذي ،ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤١٤هـ

ثالثاً- الكتب القانونية

٣- أ. بشير العائبي: الامتناع عن الوفاء في الشيك وآثاره، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٤- د. أحمد شكري السباعي: الوسيط في الأوراق التجارية، ط٢، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ٢٠٠٤م.

٥- د. أكرم يا مالكي: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩م.

٦- د. حافظ محمد إبراهيم: القانون التجاري العراقي (الأوراق التجارية)، ط٤، لا توجد دار نشر، بغداد، ١٩٦٢م.

٧- د. رزق الله أنطاكي: الوجيز في الحقوق التجارية البرية، مطبعة جامعة دمشق، ط١، دمشق، لا توجد سنة طبع.

٨- د. سعيد يحيى: الوجيز في النظام التجاري السعودي، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، ١٩٧٦م.

٩- د. سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، العقود التجارية، مطبعة القاهرة الحديثة، القاهرة، لا توجد سنة نشر.

١٠- د. صلاح الدين الناهي: الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي(أحكام الأوراق التجارية) ط٤، بغداد، ١٩٦٢م.

١١- د. عبد الحكم فودة: الأوراق التجارية في ضوء الفقه وقضاء النقض وقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الألفي القانونية، المنيا، ٢٠٠٦م.

١٢- د. عبد القادر العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ١٩٩٨م.

١٣- د. علي البارودي، محمد فريد العريبي: الأوراق التجارية والإفلاس، الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، ٢٠٠٤م.

١٤- د. كمال محمد أبو سريع: الأوراق التجارية طبقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ، ٢٠٠٥م.

١٥- د. محمد عباس السامرائي: انتقال الالتزام بين الأحياء، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٠م.

١٦- د. محمود أحمد مروح: الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها، ط١، دار النفائس، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م .

١٧- د. محمود مختار بريري: القواعد الخاصة بالشيك وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة، ٢٠٠٥م.

١٨- د. مصطفى كامل طه: الأوراق التجارية و الإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٩م.

١٩- د. مصطفى كمال طه: الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٧م.

رابعاً- كتب الفقه الاسلامي

٢٠- أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله الحنبلي: المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، القاهرة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٢٢- أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي (المتوفى سنة ٥٤٣هـ): أحكام القرآن، تحقيق: الدكتور علي محمد البجاري، ج٣، ط٣، مطبعة عيسى الحلبي، ١٤٢٥هـ.

٢٣- أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (المتوفي سنة ٩٥٤هـ): مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٥، ط٣، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ -١٩٩٢م.

٢٤- سيف الدين أبي بكر ألشاشي (المتوفى سنة ٥٠٥هـ): حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق ياسين أحمد درادكة، ج٥، ط١، مكتبة الرسالة الحديثة، ١٩٨٨م.

٢٥- الشيخ احمد الزرقا (المتوفي سنة ١٩٣٨م): شرح القواعد الفقهية، ط٥، دار القلم، دمشق، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٢٦- الشيخ عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج٣، المكتبة العصرية، صيدا، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

٢٧- الشيخ عبد الغني الدمشقي الميداني (المتوفي سنة ١٢٩٨هـ): اللبلاب في شرح الكتاب، تحقيق محمود أمين النواوي، ج٣، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

٢٨- العلامة أحمد بن علي حجر العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين: فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد القادر الحمد، ط١، دار الكتب السنية، الرياض، ٢٠٠١م.

٢٩- العلامة محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساني، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٧م.

٣٠- العلامة منصور بن يونس البهوتي (المتوفى سنة ١٠٥١هـ): كشف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصلحي مصطفي، دار الفكر، ج٣، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

٣١- محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد (المتوفى ٥٩٥هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق رضوان جامع رضوان، ج٢، ط١، مكتبة الإيمان، المنصورة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٣٢- محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد (المتوفى ٥٩٥هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٣، ط١٠، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ.

خامساً- كتب اللغة

٣٣- صلاح الدين المنجد: المنجد في اللغة والإعلام، ط٣٥، دار المشرق، بيروت، ١٩٦٦م.

سادساً- الرسائل والبحوث العلمية

٣٤- إبراهيم إسماعيل إبراهيم: رسالة ماجستير بعنوان (الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية) مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، ١٩٨٤م.

٣٥- مسيردي عبد الحق: رسالة ماجستير بعنوان الضمان الاحتياطي في السفتجة ،سيدي بلعباس، ٢٠٠٨، غير مسجلة.

سابعاً- الدوريات والمجلات

٣٦- الجريدة الرسمية المصرية، العدد ١٩ مكرر، في ١٩٩٩/٥/١٧م.

٣٧- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية: العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠م.

٣٨- مجلة الوقائع العراقية، العدد ٩٨٧، بتاريخ ١ رجب ١٤٠٤، نيسان ١٩٨٤، السنة السادسة والعشرون.

ثامناً- المواقع الالكترونية

٣٩- الضمان في معجم المعني الجامع – معجم عربي- عربي.

http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar

٤٠- منتدى العلوم القانونية والإدارية، ٢٠٠٨. www.majalah.new.ma

٤١- منتدى العلوم القانونية، ٢٠٠٩،www.law-dz.com

تاسعاً- المراجع الأجنبية

42- GEORG RIPERT. TRAITE DE DROIT COMMERCIAL ,Tome 2, 15ème edition, Paris, 1976

المـلخـص:

الحِوالات التجارية والصكوك، أوراق تجارية لها صفة القبول والتداول في عالم التجارة، وهما أهم الأوراق التجارية، الوثيقة الصلة بعمليات المؤسسات المصرفية والمصارف، إذ لا يمكن حدوث انسياب منظم للعمليات التجارية دون وجود مناخ ملائم واستخدام للوسائل التي تيسر إجراء هذه التصرفات.

فالعمليات التجارية تتسم بطابع السرعة والمرونة، وأن عامل السرعة فرض على المشرع تخصيص أحكام قانونية تتفرد بها الأعمال التجارية؛ لتلبية حاجة السرعة، لهذا فقد وضعت أحكام خاصة للحوالات التجارية والصكوك، لها شروط موضوعية وشكلية وضمانات وتقادم، ومن هذه الضمانات الضمان، والذي هو موضوع بحثنا، وهذه الضمانات تزيد من الثقة في التعامل بالحوالات التجارية والصكوك وتدعمهما، والتي ساعدت كثيرا في تقليل مخاطر حمل النقود وحلت محلها في الوفاء، وخلقت وسيلة هامة للائتمان بين التجار والأفراد الآخرين من غير التجار.

ABSTRACT :

Business transfers and instruments, commercial paper have the status of acceptance and trading in the world of commerce, the two most important commercial paper, the relevant operations of banking institutions and banks, as it can not occur flow regulator business operations without the presence of a favorable climate and the use of means that facilitate the conduct of these behaviors.

The operations commercial nature speed, flexibility, and speed factor imposed on the legislature allocated legal provisions unique to the business; to meet the need for speed, this has placed special provisions of remittances and trade instruments, its objective and formality, guarantees and aging, and these guarantees security, which is the subject of our research and these guarantees increases the confidence in handling remittances and trade instruments and supported by, and that has helped a lot in reducing the risk of carrying cash and was replaced in the meet, and have created an important means of credit among traders and other individuals from the non-merchants.