مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 07 / العدد: 01 / السنة: 2020 / ص ص: 347 ـ 365

تجارية عقد الكفالة

Commercial Contract Of Suretyship

تاريخ الإرسال: 2019/09/21 تاريخ القبول: 2019/12/23

منصور داود (*)
جامعة الجلفة - الجزائر
m.daoud@univ-djelfa.dz

عامر قيرع
جامعة تيسمسيلت - الجزائر
ameurguira6@gmail.com

ملخص:

تعتبر العقود التي يبرمها التاجر أعمالا تجارية إذا اتصلت بمباشرة المهنة التجارية وتعلقت بشؤون التجارة، ولو كانت هذه العقود تعتبر أعمالا مدنية إذا أبرمها غير التاجر لشؤونه الخاصة، ذلك أن التجارية في هذه الحالة لا تناط بطبيعة العمل، ولكن بصفة القائم به، وبالغرض المقصود منه، ومع ذلك لا تعتبر الكفالة التي يقوم بها التاجر عملا تجاريا إلا على سبيل الاستثناء، فهي بحسب الأصل تعد من العقود المدنية، وذلك سواء كان أحد طرفيها تاجراً أم غير تاجر، وبغض النظر عن طبيعة الدين. فالكفالة تعد مدنية حتى ولو كان الدين المكفول تجارياً، على اعتبار الكفالة عمل تبرعي، وهو ما يتنافى مع فكرة العمل التجاري.

بيد أن المشرع والفقه والقضاء قد خرجوا عن هذا الأصل، وأضفوا الصفة التجارية على عقد الكفالة في حالات، مما يترتب عنها آثارا تختلف عن الآثار التي تترتب عن الكفالة المدنية.

الكلمات المفتاحية: عقد؛ الكفالة؛ تجارية.

Abstract:

Contracts entered into by the merchant are considered to be commercial businesses if they relate to the commercial profession and are related to trade affairs, even if these contracts are considered civil businesses if concluded by a non-merchant for his own affairs. However, a trader's guaranty is considered a commercial act only as an exception. suretyship is considered civil even if the debt is commercially guaranteed, as suretyship is a voluntary act, which is contrary to the idea of business.

However, the legislator, jurisprudence and the judiciary have departed from this asset and commercialized the suretyship contract in cases, which have

(*)- المؤلف المُراسل.

KeyWords:*Contract; Suretyship; Commercial*

different effects from those of civil suretyship.

مقـدمــة:

يعتبر الائتمـان مـن أدوات التعامـل الـتي لا غنـى للأفـراد عنهـا في معـاملاتهم، وقـد تصاعدت أهمية الائتمان باعتبار الفرد بمفرده، وبالارتكـاز على إمكانياته الذاتية، فهو لا يستطيع سد حاجياته، ولذلك يعتبر الإئتمان مظهرا من مظاهر التقدم لما يوفره من سبل للتمويل، وقد عملت التشريعات على تحمل أعباء تشجيع هـذا الائتمـان، وذلـك عن طريق تعزيز روح الثقة والأمان لدى الدائن حتى يستطيع ائتمان مدينه وهو مطمئن، وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه كـاملا، كـان لابـد مـن أن يسعى إلى الحصول على تأمينات خاصة لحقه.

والتأمينـات الخاصـة نوعـان: تأمينـات شخصـية، وتأمينـات عينيـة فـالأولى تقـوم بالأساس على إدماج ذمة أو أكثر من مدين واحد إلى ذمة المدين الأصلي، حيث يصبح للدائن أكثر من مدين واحد، بمعنى آخر هذه التأمينات تقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام لفائدة الدائن. أما الثانية فتقوم على تخصيص المدين مـالا معينـا يـؤمن بـه حق الدائن، حيث يكون لهذا الأخير حق عيني على هذا المال يستوفي منه دينه في حالة عجز المدين.

وإذا كانت التأمينات توفر ضمانا كافيا للدائنين، فإنها في نفس الوقت تضع تحت يد المدين أداة للثقة والائتمان، فبتقديمها يستطيع الانتفـاع بالطاقـات الماليـة الـتي يتـوفر عليها دائنه، في زمن صار الائتمان فيه أهم وسيلة للتعامل إلا أنه وإلى وقت بعيد، كـان السـائد لـدى الجميـع أن الضـمانات العينيـة هـي وحـدها الكفيلـة بضـمان حقـوق الأشخاص، وتكريس عنصر الثقة في المعاملات المدنية والتجارية لما توفره من ضمانات أكيـدة للـدائن، غـير أن التطـورات الاقتصـادية والسـرعة الـتي تتطلبهـا المعـاملات التجارية، إضافة إلى المشاكل التي أصبحت تطرحها الضمانات العينية، خصوصا من زاوية تحقيقها، أدى إلى انتعاش الكفالة من جديد في الوقت الحاضر، وذلك بعد أن كانت الضمانات العينية هي المهيمنة.

وتعتبر الكفالة من أهم الضمانات الشخصية، ذلك أنه بمقتضاها يصبح للدائن عـدة مـدينين مسـؤولين، وقـد عرفهـا المشـرع الجزائـري في المـادة 644 مـن القـانون

EISSN: 2588-2368————————ISSN: 2352-975X

المدني"الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يوفي له الدين إذا لم يوف به المدين نفسه".

وهكذا فقد نظم المشرع الجزائري الكفالة في القانون المدني من خلال الكتاب الثاني تحت عنوان: الالتزامات والعقود، الباب الحادي عشر، المعنون ب: "عقد الكفالة."

وتتميز الكفالة بأنها عقد رضائي وملزم لجانب واحد وعقد تابع وعقد تبرعي بالنسبة للكفيل، وهي بذلك تختلف عن العقود التي قد تتشابه بها.

وفي انعقادها تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود مع مراعاة بعض خصوصياتها، وآثار هذا العقد توضحها العلاقات التي ينشئها من خلال علاقة الكفيل بالدائن، ومن خلال علاقته بالدائن، وفي انقضاء هذا العقد نميز بين الانقضاء الذي يتم بصورة تبعية للالتزام الأصلي والانقضاء الذي يتم بصورة أصلية.

وعقد الكفالة يعتبر كقاعدة عقد مدني، وهو ما أكده نص المادة 651 من القانون المدني أن الأصل في الكفالة أنها تعتبر عملا مدنيا، وتبقى الكفالة عملا مدنيا بالنسبة إلى الكفيل حتى لو كان الالتزام المكفول التزاما تجاريا، وذلك استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول، بل تبقى الكفالة مدنية، حتى لو كان الالتزام المكفول التزاما تجاريا، وكان كل من الدائن والمدين تاجرا، وكان الكفيل نفسه تاجرا أيضا، وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء في فرنسا[1]، والسبب في ذلك أن العمل التجاري يجب أن يكون قائما على فكرة المضاربة، والأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعا لا مضاربا فهو إذن لا يقوم بعمل تجاري بل بعمل مدني .

وعليه ولحسم كل خلاف حول الصفة المدنية للكفالة إذا كان الدين المضمون تجاريا أو أن الكفيل تاجرا فالكفالة لا يمكن أن تصبح عملا تجاريا بالتبعية[2] كقاعدة عامة.

ونظرا لأهمية الكفالة فقد جذبت مجال الأعمال وتطورت في قانون الأعمال، وهذا ما يثير إشكالية الطبيعة القانونية لهذا العقد فهل يبقى يحتفظ بطبيعته المدنية في مجال القانون التجاري، وهو ما يتعارض وخصوصياته المتمثلة في السرعة والائتمان،

EISSN: 2588-2368 ISSN: 2352-975X

والمضـاربة كمعيـار هـام للتجاريـة، أم يمكـن أن يصـبغ بالصـبغة التجاريـة ويخـرج عـن القاعدة الأصلية؟

للإجابة على هذه الإشكالية نطرح التساؤلات التالية:

- هل نص القانون على استثناءات على قاعدة مدنية الكفالة؟
- ماهي حالات تجارية عقد الكفالة وعلى أي معايير تستند ؟
- ما هي الاثار المترتبة على تجارية عقد الكفالة؟

للإجابة على الإشكالية نقترح الخطة التالية:

المحور الأول: معايير تجارية الكفالة

أولا: المعايير المتعلقة بعقد الكفالة

ثاينا: المعايير المتعلقة بعملية الضمان

المحور الثاني: آثار تجارية عقد الكفالة

أولا: القواعد الشكلية

ثاينا: القواعد الموضوعية

المحور الأول: معايير تجارية الكفالة

في مجـال الأعمـال التجاريـة، هنـاك معـايير مختلفـة لتحديـد التجاريـة، تنقسـم إلى قسمين، معايير موضوعية متعلقة بالعقد في حد ذاته، ومعـايير شخصية ترتبط أساسـا بالشـخص القـائم بالتصـرف. وفي مجـال الكفالـة، الشـخص الضـامن لا يعتـبر معيـارا كافيا . فالتاجر يمكن له أن يلتزم في عقد الكفالة المدنية .

إن مختلـف معـايير تجاريـة الكفالـة يمكـن أن تقسـم إلى قسـمين، قسـم يتعلـق بالكفالة بحد ذاتها، وهناك ما يتعلق بعملية الضمان .

أولا- المعايير المتعلقة بعقد الكفالة:

تكتسب الكفالة الطبيعة التجارية في مختلف الفرضيات منهـا مـا يتعلق بالشـكل، ومنها ما يتعلق بطبيعة الكفالة.

EISSN: 2588-2368 ———— ISSN: 2352-975X

1- تجاريـة الكفالـة بحسـب شـكلها: تـنص المـادة 651 مـن القـانون المـدني علـى استثنائين لاكتساب الكفالة الطبيعة التجارية، حيث تنص في فقرتها الثانية على: " غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائما عملا تجاريا".

وحسب نص المادة 3 من القانون التجاري: "يعد عملا تجاريا بحسب الشكل التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص".

أ- الضمان الاحتياطي للأوراق التجارية: نظم المشرع الجزائري الضمان الإحتياطي للأوراق التجارية في مادة وحيدة هي المادة 409 من القانون التجاري، إلا أن هذا القانون كسائر التشريعات التجارية الأخرى[3]، لم يتضمن تعريفا صريحا للضمان الاحتياطي، تاركا الأمر للفقه الذي اختلفت الآراء فيه حول تعريفه، إلا أن هذه الآراء أجمعت على فكرة واحدة وهي أن الضمان الاحتياطي هو عبارة عن كفالة الدين الثابت في الورقة التجارية كله أو بعضه على أن يلتزم الضامن الاحتياطي بدفع قيمة السند في ميعاد الاستحقاق في حالة عدم الوفاء من الملتزم المضمون[4].

وقد أجازت المادة 409 ق.ت.ج على أن دفع مبلغ السفتجة يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن احتياطي؛ أي أن الضمان الاحتياطي يكون لوفاء قيمة السند كله أو بعضه، كما ألزمت الفقرة السادسة أن يذكر في صيغة الضمان إسم الشخص المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب، ويفهم من هذا النص أنه من الجائز وقوع الضمان الاحتياطي على أي ملتزم بدفع قيمة الورقة التجارية .

ولا يرد الضمان الاحتياطي إلا على ورقة تجارية[5]، ومن الجائز أن يقع الضمان على السند ذاته أو على سند مستقل لرفع الحرج عن المتعاملين بالسند، وخاصة الشخص المضمون لما يثيره من شكوك حول مركزه المالي عندما يقع الضمان على السند ذاته.

فإذا وقع الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة فإن الضامن لا يلتزم إلا أمام من وقع له الضمان دون غيره من الموقعين اللاحقين، وبالتالي فإن تدخل الضامن الاحتياطي لضمان التزام الساحب في مواجهة المستفيد الأول من السند فلا يسأل الضامن تجاه هذا المستفيد دون غيره من حملة السند اللاحقين، أما إذا كان توقيع الضامن

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

الاحتياطي على الورقة ذاتها أو الورقة المتصلة بها فالضامن الاحتياطي يلتزم بدفع قيمة الورقة التجارية تجاه جميع الموقعين اللاحقين[6].

ومع أن الضمان لا يرد إلا على ورقة تجارية، إلا أن هناك فرقا بين الضمان في الشيك والضمان الاحتياطي في السفتجة، حيث أنه لا يجوز للبنك المسحوب عليه في الشيك أن يقدم الضمان الاحتياطي، وهو مانصت عليه المادة 2/479 من القانون التجاري، لأن دوره يقتصر على اعتماد الشيك، وبالتالي فإن الضمان الاحتياطي نادر الوقوع في الشيك من الناحية العملية لسببين رئيسين وهما، قصر حياة الشيك، واكتفاء الحامل بضمان وجود مقابل الوفاء، باستثناء الشيك المصدق أو المعتمد الذي أوجده العرف المصرفي، أما المسحوب عليه في سند السحب فيمكن له أن يكون ضامنا احتياطيا، لأن بإمكانه رفض توقيع قبول السند[7].

أما بالنسبة للسند لأمر فقد نص القانون التجاري في مادته 469 من القانون التجاري على أن تطبق الأحكام المتعلقة بالضمان الاحتياطي (المادة 409).[8]

وبما ان الضمان الاحتياطي يعتبر كفالة تجارية بمقتضى المادة 2/651 من القانون التجاري، ولما كانت الكفالة تعقد عادة بين الكفيل والدائن، فإن الضمان الاحتياطي يعقد بين الضامن والحامل قياسا 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[9].

ولم يعتبر القانون التجاري الضامن الاحتياطي كفيل متضامن، حيث اعتبره المشرع مدينا أصليا وليس كفيلا رغم أن تدخله لضمان الموقع يشبه كفالة الدين نوعا ما، هذا عكس الضمان في الشيك الذي نص في مادته 497 من القانون التجاري على أن وفاء مبلغ الشيك يمكن أن يضمن كليا أو جزئيا بضمان احتياطي كفيل.

على أن هناك فارقا يثير الانتباه نظرا لأهميته، يستشف من المادة 409 من القانون التجاري يقابلها ف 130 من القانون التجاري الفرنسي، فبعد أن أكدت في فقرتها السابعة على أن الضامن الاحتياطي يلتزم بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون وهو

EISSN: 2588-2368 ———— ISSN: 2352-975X

مـا يعـزز تكييـف الكفالـة، ردفت في الفقـرة الثامنـة أن التزامـه يكـون صـحيحا ولـو كان الالتزام المضمون باطلا لأي سبب غير عيب في الشكل.

إن هـذا قـد يبـدو منافيـا لتبعيـة الكفالـة، بشـكل يقـرب الضـمان الاحتيـاطي مـن مفهوم الضمان المستقل، لكن بعض الفقهاء رفضوا مع هذا استبدال التكييف، ذلك أن هذه الفوراق التي تتضاءل من الناحية التطبيقية تم التسليم بوجودها مسبقا لكونها دون تأثير على طبيعة الضمان الاحتياطي ككفالة، هذا الخروج عن القواعد العامة مرده إلى سببين:

- طبق المشرع في المادة 393 من القانون التجاري مبدأ استقلال التوقيعات الذي يحكم الأوراق التجارية[10] فإذا ألزم المضمون نفسه ووقع على الورقة التجارية وكان التزامه باطلا كانعدام أهليته، فإن التزام الضامن الاحتياطي صحيح ولا يستطيع أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالمضمون.أما إذا كان التزام المضمون باطلا بسبب عيب في الشكل كنقص في بعض بيانات السند الإلزامية ففي هذه الحالة يستطيع الضامن الاحتياطي(الكفيل) أن يتمسك بهذا الدفع لإبطال التزامه.

- أن الكفالة الناشئة من الضامن الاحتياطي هي كفالة تجارية بنص القانون ويطبق عليها القانون التجاري، بالتالي الكفلاء متضامنون فيما بينهم ومتضامنون مع المدين. فلا يجوز للضامن الاحتياطي التمسك بالدفع بالتجريد أو التقسيم، فالتزام الضامن الاحتياطي التزام مستقل عن التزام المضمون، وإذا تمت مطالبة الضامن بأداء المبلغ يتعين عليه أداؤه.

وإذا قام الضامن بالوفاء بقيمة الورقة فيحق له الرجوع على الضامن بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية[11]، ولا يستطيع الضامن الرجوع على الموقعين اللاحقين لان الضامن الاحتياطي في مركز الضامن فلا يجوز أن يرجع عليهم بالضمان.

ب- تظهير الأوراق التجارية: يعني التظهير من حيث الأصل التوقيع على ظهر الورقة التجارية بقصد نقل ملكيتها إلى الغير، وهذا هو التظهير الناقل للملكية، أو بقصد رهنها ضمانا لدين معين وهذا هو التظهير التأميني، أو لغرض تفويض الغير بقبض قيمتها وهذا هو التظهير التوكيلي.

EISSN: 2588-2368 ISSN: 2352-975X

والتظهير هو تصرف قانوني يأتي كقاعدة عامة بعد إنشاء الورقة التجارية ليكون الوسيلة الخاصة التي تنقلها من حامل إلى حامل آخر، والتي تتم بطريق التوقيع على هذه الورقة فهو إذا وسيلة لتداول الورقة التجارية.

وتظهير الأوراق التجارية وسيلة لتداول الورقة التجارية لأداء وظائفها الاقتصادية باعتبارها أداة وفاء وائتمان[12]. وكلما زادت التوقيعات على الورقة التجارية زاد الضمان المقرر لها، حيث يضمن كل مظهر الوفاء بالورقة (وهنا تظهر أهمية المظهر الذي يعتبر كفيلا بأداء الورقة التجارية)، والمظهرون ملتزمون بالتضامن قبل حاملها، وللحامل الرجوع إلى المظهرين منفردين أو مجتمعين دون مراعاة ترتيب التزامهم، وإذا أقام الحامل بالرجوع على أي من المظهرين لا يحول ذلك دون الرجوع إلى الباقين ولو كانوا لاحقين للمظهر أو الملتزم الذي وجهت إليه الدعوى أو لا.

من خلال كل ماسبق يتضح أن الكفالة تصبح تجارية من خلال تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان، فالورقة التجارية تظهر لنقل ملكيتها أو لتحصيل قيمتها، أو لرهنها، فإذا ظهرت الورقة على سبيل الضمان، فإن ذلك يعتبر رهنا حيازيا لها ضمانا لدين آخر، ولا يعتبر عقد كفالة، لذلك فإن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في الإشارة إلى الحالة الثانية، واعتبارها من صور الكفالة، وإعطائها الصفة التجارية، فهي ليست كفالة أساسا حتى تصبح كفالة مدنية أو تجارية، بل هي رهن لدين، وهي صور الرهن الحيازي[13]. هذا من جهة، ومن جهة أخرى وعلى اعتبار التظهير كفالة تجارية، فإن المظهر يعد كفيلا، لكن الأحكام الخاصة بالمظهر في الأوراق التجارية، والتي جاء بها المشرع في القانون تجعل مركز المظهر مختلف كل الاختلاف عن مركز الكفيل، لأن خصائص الكفالة لا تتماشى تماما مع التزام المظهرين، ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، في حين أن التزام المظهرين ليس له هذه الصفة، لأن مساهمة كل مظهر في تداول الورقة تولد التزاما مستقلا ذاتيا، مقارنة بالتزام المسحوب عليه القابل، أو الساحب، ويدل على ذلك عدم الاحتجاج بالدفوع، وقاعدة استقلال التوقيعات، التي تجعل التزام كل موقع التزام قائم بذاته عن كل موقع، فيظل كل التزام صحيح، ولو كان التزام المسحوب عليه أو الساحب باطلا.

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

أمـا التـزام الكـفيـل فـلا يكـون صـحيحا، إلا إذا كـان الالتـزام المكـفـول صـحيح، ومفـاد هـذا، أن التـزام المظهـرين لـيس تابعـا لالتـزام المسـحوب عليـه، أو السـاحب، وأن المظهر ليس كفيلا في الواقع، وإن جاز القول بأنه كفيل من نوع خاص[14].

2- تجارية الكفالة بحسب طبيعتها: إن التطور الذي ساد مجال الأعمال لم يقف عند هذا الحد، بل بدأت المصارف تأخذ دورها في هذا الميدان، وهذا ما أدى إلى ظهور ما يعرف بالكفالة المصرفية أي أن يقوم المصرف بدور الكفيل تجاه الدائن، وقد برز هذا النوع من الكفالات مع تطور التعامل التجاري، وما رافقه من اتساع، وتشابك، وتعقيد المعاملات بين التجار . وفي عصرنا الحالي أصبحت من وظائف المصارف تقديم الكفالات وهو من أبرز النشاطات المصرفية، لا بل إن الكفالات هي أكثر ما تجريه المصارف وقد أثبتت التجربة أن الكفالة المصرفية تعتبر أضمن من الكفالات الأخرى وأكثر ما تستعمل في حالات الحجز الاحتياطي والحجز التنفيذي.

وتعرف الكفالة المصرفية التي تمنح بصفة اعتيادية بمقابل أنها: "العقد الذي بمقتضاه يكفل المصرف تنفيذ التزام معين على العميل بأن يتعهد لدائنه بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه، أي العميل".[15]

وتظهر الكفالة المصرفية إما في شكل ضمان لعملية، حيث تلتزم بوفاء قيمة القرض ودفع ملحقاته للمقرض في حالة إذا لم يدفع العميل المقترض، فيسمح هذا الضمان للحصول على قرض من مؤسسة مالية أخرى، أو في شكل عملية قرض عندما تقوم بضمان تنفيذ التزام المدين كما في حالة التزام بالتوقيع "Crédit par Signature" طبقا للمادة 68 من قانون النقد والقرض: " يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض بوضع بموجب شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو بأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان "

فهذه الكفالة تجارية باعتبارها عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا للنص المادة الثانية الفقرة الثالثة من القانون التجاري الذي تقضي بتجارية جميع العمليات الصرف والمصارف، حيث تنص على أنه: " أنه يُعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة " .فيمكن أن تثبت الكفالة

EISSN: 2588-2368 ISSN: 2352-975X

المصرفية في مواجهة المصرف بكافة الطرق وتعد هذه الكفالة تضامنية عملا بقاعدة افتراض التضامن في المواد التجارية [16]، فلا يمكن للمصرف الدفع بالتجريد أو التقسيم [17] المقرر للكفيل العادي للتحلل من التزاماته.

ثانيا- المعايير المتعلقة بعملية الضمان:

رغم أن التاجر قام بعقد كفالة فإن الأخيرة تبقى محتفظة بطابعها المدني، وهذا بصريح المادة 651 من القانون المدني، إلا أنه وبالنظر إلى رأي الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسيين، فإنهم اعتبروا أنه يمكن أن تصبح الكفالة عملا تجاريا بالتبعية، وذلك من خلال: النشاط الممارس والدين المضمون.

1- معيار التبعية: تعتبر الكفالة في بعض الحالات عملا تجاريا بالتبعية، وذلك عندما يلتزم تاجر بكفالة زميله لتحقيق مصلحة تتعلق بتجارته، ويكون هناك مقابل نقدي أو عيني، أو يهدف إلى حماية ائتمانه والاحتفاظ به كعميل[18].

ورغم أن المشرع اعتبر الكفالة مدنية مهما كانت طبيعة الدين المضمون، أو المكفول، ولو كان هذا الدين تجاريا، واستثنى الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، والكفالة الناشئة عن التظهير، فهي تعد دائما عملا تجاريا، فإن بعض الفقه قد أكد الصفة التجارية للكفالة في حالة إبرامها من طرف تاجر أو إذا كان للكفالة علاقة بعمل تجاري، فتكون في هذه الحالة تجارية بغض النظر إن كان الكفيل تاجرا أو غير تاجر[19].

وعليه قد اعتبر الفقه الفرنسي أن الضمان الذي يقدمه التاجر من أجل حاجيات نشاطه التجاري، يعتبر ذو طبيعة تجارية، على اعتبار أن هناك مصلحة تجارية أو مقابل، وبذلك تنتفي صفة التبرع، إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي رفض إصباغ الصفة التجارية المبنية على أساس التبعية في المادة 110-1-2 من القانون التجاري الفرنسي[20]، واعتبر أن الكفالة مدنية وليست تجارية، وفي قراره الصادر عن Chambre des Requêtes بتاريخ 21 ماي 1906، القضاة اعتبروا أن الكفالة بطبيعتها مدنية، وتحتفظ بهذه الطبيعة رغم تقديمها من طرف تاجر، والالتزام كان بهدف ضمان تجاري[21]، لكنهم استثنوا الكفالة التي تمت بسبب وجود مصلحة شخصية في القضية التي تدخلت فيها ".

EISSN: 2588-2368 ———— ISSN: 2352-975X

ومعيار التبعية كذلك تم اعتماده من طرف جانب من الفقه، لكن بمفهوم آخر، حيث اعتبر أن الكفالة بطبيعتها مدنية لكنه يمكن أن تكون تجارية لأنها تابعة لعملية تجارية، وهذا بالرغم أن صفة القائم بها ليس تاجرا ولا يمارس التجارة. هذه الفكرة ولدت لوجود تقارب بينها وبين الرهن، ذلك أن الرهن حق عيني تبعي فصفته التبعية هي التي تضفي عليه الطبيعة التجارية أو المدنية، إذا فالعبرة بصفة الدين المضمون لا بأطراف العقد أو بطبيعة الشيئ المرهون[22]، إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يرحب بهذا المعيار وفضل تبني معيار المصلحة الشخصية للكفيل.

2- المصلحة الشخصية: لقد أثير نقاش حول الضمانات المقدمة من طرف الشركات التجارية بحسب الشكل، فهل هذه الأعمال تجارية أم غير تجارية ؟.

للإجابة على هذا التساؤل أضاف القضاء حالة تعتبر فيها الكفالة تجارية، وهي كون الكفيل له مصلحة شخصية ذات طبيعة مالية في العملية التي تدخل من أجل كفالة الدين الناشئ عنها[23].

فالمصلحة تفترض عندما يكون الكفيل في نفس الوقت مسير أو مدير للشركة المكفولة وهذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات[24].

وقد قضى المشرع المصري بثبوت الصفة التجارية للكفالة بالنسبة للكفيل، الذي تقدم بكفالته لضمان دين على شركة المساهمة التي يرأس مجلس إدارتها لمصلحته الشخصية في تجنب الشركة الحرج المالي لسقوط أجل الدين المكفول، ومصلحته في الاحتفاظ لنفسه بوظيفته، غير أن مجرد المصلحة المعنوية للكفيل من العملية التجارية، التي أبرم الكفالة بمناسبتها، لا يكفي لإثبات الصفة التجارية للكفالة[25].

إنه من الصعب تفسير هذا التكييف على أساس نظرية التجارية بالتبعية لأن مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمدير العام لشركة المساهمة لا يعتبروا تجار، وإنما الشركة هي التي تُمْنَح لها صفة التاجر، مما يجعل غير صحيح القول بأن الضمان الشخصي الذي يقدمه ممثلوا الشركات عمل تجاري بالتبعية.

وعليه فإن هذا المعيار الذي تم إنشاؤه من طرف الاجتهاد القضائي تعرض لشديد الانتقادات من طرف الفقه الذي اعتبره ضبابيا ولا يحدد الصفة التجارية للأعمال حيث

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

مفهوم المصلحة الشخصية للكفيل غير مؤكدة، وقبل كل شيئ يبدو من غير المقبول أن نضفي الصفة التجارية على العمل في ظل غياب دافع الربحية[26].

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة لمعيار المصلحة الشخصية للكفيل، إلا أن القاضي بقى يستخدمه ويعتمد عليه في أحكامه، وهذا نظرا للمزايا التي يقدمها، فمن جهة يسمح لهم بالحكم على أساس عادل وتقييم على أسس موضوعية صحة التزام الكفيل.ومن جهة أخرى يسمح المعيار بتطبيق قواعد القانون التجاري على المسيرين في الشركات التجارية، هذا على الرغم من أنهم مدنيين ولا يؤدون إلا أعمال مدنية، فغالبا ما يكونون على رأس الشركة.

المحور الثاني: آثار تجارية عقد الكفالة

إن قواعد القانون التجاري لم تعالج أحكام الكفالة التجارية التي تكون إلا استثناءا، إلا أنه وانطلاقا من أحكام النظام القانوني للأعمال التجارية، فإن الكفالة تخضع لأحكام خاصة، تختلف عن ما يطبق على الكفالة المدنية في عدة نقاط. ويمكن أن نفرق بين قواعد الشكل والتي تتعلق أساسا بالاختصاص القضائي والتقادم، وقواعد الموضوع ومنها الإثبات، والتضامن.

أولا- القواعد الشكلية:

إن آثار تجارية عقد الكفالة هي ملائمة مرة للكفيل ومرة عكس ذلك، الأمر يتوقف على كل حالة محددة. مبدئيا لا يمكن تحديد أي من الكفالات سواء المدنية أو التجارية التي تحقق أكبر حماية لصالح الكفيل.

1- الاختصاص القضائي: لقد نصت المادة 531 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية على أن: " ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية، وعند الاقتضاء في المنازعات البحرية وفقا لما هو منصوص عليه في القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة ".

وعليه وطبقا لنص المادة أعلاه تنظر المنازعة التجارية والمتعلقة بالكفالة التجارية أمام القسم التجاري بتشكيلته الجماعية ذات الدراية بالمسائل التجارية .

ويختص أيضا القسم التجاري بنظر النزاع الناشئ عن العمل المختلط حيث تتحدد بحسب طبيعة العمل المكفول بالنسبة للمدعى عليه. فإذا كان العمل بالنسبة للكفيل

EISSN: 2588-2368 ———— ISSN: 2352-975X

المدعى عليه مدنياً فإنه يجب على المدعى رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية، أما إذا كان العمل بالنسبة للكفيل المدعى عليه تجارياً جاز للمدعى رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المدنية [27].

هذا فيما يتعلق بالاختصاص النوعي، أما الاختصاص المحلي فإن رفع الدعوى بالنسبة للطرف الذي تعتبر الكفالة تجارية بالنسبة له فهي تتحدد، إما بمحكمة الموطن الأصلي أي محل الإقامة، أو محكمة محل إبران العقد، أو محل تنفيذ العقد.

2- التقادم: بالرجوع إلى القانون المدني نجده ينص على القاعدة العامة في المادة 308 من القانون المدني التي تؤكد على أن: يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص ...".

أما فيما يخص الأعمال التجارية، فإن القانون التجاري لم ينص على تقادم الالتزامات الناشئة بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم وبين غير التجار، إلا أنه نص على بعض الحالات الخاصة .

وعليه فقد أخضع المشرع التجاري الكفالة التجارية للتقادم القصير (التقادم الصرفي) حيث نصت المادة 425 من ق.ت.ج على أنه ينقضي التزام الكفيل المنصوص عليه في المادتين 421 و422 بمضي 3 أعوام إذا لم يقدم في خلال هذه المدة طلبا أو ملاحقات قضائية- نص المادتين تتكلمان عن المطالبة بالوفاء بالسفتجة الضائعة وشرط تقديم كفيل -

كما يمكن كذلك أن تنقضي الكفالة التجارية بالتقادم أو بمضي مدة بصفة أصلية، وهذا حسب نص المادة 308 من القانون المدني، حيث أن الغالب يسري التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل، ولذلك ينقضي الدينان بالتقادم في آن واحد.

لكن يمكن أن ينقضي التزام الكفيل بالتقادم بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك على بقاء الالتزام المكفول، وهذا يحدث إذا ما انقطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلي دون أن ينقطع بالنسبة للكفيل ففي هذه الحالة فإن التزام الكفيل الذي استمر سريان التقادم بالنسبة إليه، ينقضي بتمام في الوقت الذي يبقى فيه الالتزام الأصلي قائما لأن التقادم بالنسبة إليه قد انقطع.

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

لكـن إذا تقـادم الـدين المكفـول الأصلي دون أن يتقـادم الكفيـل، كـأن تتخـذ إجراءات من شأنها قطع التقادم في مواجهة الكفيل فقط، فإنها لا تسري في مواجهة المدين، حتى ولو اشترط التضامن بينهما، فإن التزام الكفيل ينقضي على ذلك لا بصفة أصلية، ولكن بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم، وحيث أن التزام الكفيل لا يمكن أن يقوم دون أن يرتكز إلى التزام أصلي يقوم على ضمان الوفاء ب، وهو ماأكدته المادة 319 من القانون المدني.

ثانيا- القواعد الموضوعية:

وهـي قواعـد أصـلا تتعلـق بطبيعـة ومجـال الكفالـة، لا سـيما فيمـا يتعلـق بالاثبـات والتضامن .

1- الإثبـات: لقـد اشـترط القـانون المـدني الجزائـري شـكلية معينـة لإثبـات عقـد الكفالة ففي المادة 645 من القانون المدني: " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كـان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة "، فالكتابة شرط في الإثبات، ولكن إن فقد سند الكفالة أو ضاع أو سرق فإنه يجوز للدائن إثباته بكافة طرق الإثبات..

وإذا كانت الكفالة تجارية فلا يتقيد إثباتها بالكتابة حتى في علاقة الكفيل بالدائن[28]، فإنه يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة، وذلك لما تتطلبه الأعمال التجارية بصفة عامة من سرعة وثقة وإئتمان، إلا إذا ورد فيها نص خاص يوجب أن تثبت كتابة مثل عقد الشركة.

والرجوع إلى النصوص القانونية التجارية نجد أن المشرع يشترط الكتابة في بعض الأعمال لا سيما السندات التجارية، ذلك لأن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل لكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة[29].

ولأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع .

وقد يكون من العسير أو قد يستحيل أحيانا التعرّف على طبيعة تدخّل الكفيل وتحديد مدى التزامه، ونوع كفالته حتى عن طريق شهادة الشهود، ولهذه الأسباب قرّر المشرع حماية للكفيل عدم جواز إثبات ذلك إلا بالكتابة، ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير.

EISSN: 2588-2368 ———— ISSN: 2352-975X

وعليه تنص المادة 409 من القانون التجاري على ما يلي: "يجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها أو بسند يبين فيه مكان صدوره" .و يعبر عنه بكلمات "كهذه" و"قبول كضمان احتياطي" أو بما في مؤداها، ثم يوقع الضامن الاحتياطي عليها بإمضائه، ويعتبر الضمان الاحتياطي حاصلا بمجرد توقيع ضامن الوفاء على وجه السفتجة، إلا إذا كان صاحب التوقيع المسحوب عليه أو الساحب.

يتضح من هذا النص أنه يشترط لصحة الضمان أن يكون مكتوبا كما هو الحال بالنسبة لكل التزام صرفي فما دام الضمان يهدف إلى تأمين الحامل فيجب أن يعلم الأخير به، ولا يتحقق هذا الغرض إلا بتدوين الضمان كتابة، وشرط الكتابة بالإضافة إلى كونه شرط انعقاد فهو شرط إثبات أيضا فلا يجوز إثبات الضمان أو إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة، وليس بالبينة الشخصية استثناءً من مبدأ حرية الإثبات في القضايا التجارية . وقد أبان القانون وقوع الضمان على السفتجة نفسها أو على ورقة متصلة بها، إضافة إلى إمكانية وقوعه على ورقة مستقلة .

2- التضامن: الأصل في الكفالة أنها لا تكون تضامنية، بمعنى أن الكفيل لا يكون ملزماً بمبلغ الدين الذي كفله إلا إذا لم يفِ به المدين نفسه، لذلك وجب على الدائن الرجوع أولا على المدين فان عجز الأخير عن الوفاء جاز للدائن الرجوع على الكفيل، ويجوز باتفاق المتعاقدين، أو بنص في القانون، على جعل الكفالة تضامنية بين الكفيل والمدين، وفي هذه الحالة يكون الكفيل ملزماً بالوفاء، دون أن يستطيع دفع المطالبة (إذا ما وجهت إليه أولا) بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين، أو دفع إجراءات التنفيذ على أمواله بحق التجريد، أو طلب تقسيم المطالبة بينه، وبين غيره من الكفلاء. لذلك فان الكفالة التضامنية تخول الدائن ضماناً أوفى من الكفالة العادية. وهي بذلك تجمع بعض مزايا التضامن الصرفي من حيث وجود المسؤولية التضامنية في كل منهما، بحيث يكون أمام الدائن أكثر من ملتزم يستطيع الرجوع عليهم بصورة منفردة أو مجتمعة دون أن يكون لأي منهم دفع الدائن بضرورة تجريد المدين المكفول.

فالتضامن مفترض بين الدائن والمدين كما هو مفترض بين دائني الدين التجاري ومدينهم أصبح مفترضا بقوة القانون.

خاتمــة:

اتضح من خلال ماسبق بأن الكفالة تعتبر تقنية خاصة، لها من المميزات والخصائص ما يجعلها من أبرز الضمانات الشخصية، وهي خصائص تميزها عن غيرها من العقود والعمليات حتى لو كان لها نفس الهدف، وانتشار استعمالها يرجع بالأساس إلى ما يقدمه هذا الائتمان من مزايا من حيث إنشائه.

ومن **النتائج المتوصل** إليها في دراستنا أن المشرع الجزائري كان صريحا في تحديد الطبيعة المدنية للكفالة، واستثنى حالتي الضمان الاحتياطي والتظهير، الذي بدى وكأنه أنشأ تصنيفا جديدا للأعمال التجارية، وهي الأعمال التجارية بنص خاص تتعلق بالكفالة التجارية،

كما تعتبر الكفالة في بعض الحالات عملا تجاريا بالتبعية طبقا للمادة 04 من القانون التجاري الجزائري، مثل: تاجر يلتزم بكفالة زميله لتحقيق مصلحة تتعلق بتجارته، ويكون هناك مقابل نقدي أو عيني، أو يهدف إلى حماية ائتمانه والاحتفاظ به كعميل.

وقد أضاف القضاء حالة أخرى تعتبر فيها الكفالة تجارية، وهي كون الكفيل له مصلحة شخصية ذات طبيعة مالية في العملية التي تدخل من أجل كفالة الدين الناشئ عنها.

فالمصلحة تفترض عندما يكون الكفيل في نفس الوقت مسير أو مدير للشركة المكفولة وهذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات.

وخلاصة القول يمكن أن نحدد طبيعة الكفيل حسب نوع التصرف، بحيث إذا كان الكفيل (من الغير) وكفل عميل المصرف ففي هذه الحالة عمل الكفيل يعتبر عملا تجاريا أو مدنيا بالتبعية ولو كان الكفيل مدنيا إذا كان الكفيل هو المصرف، ففي هذه الحالة عمله يعتبر عملا تجاريا بحسب الموضوع.

بالإضافة إلى ذلك، إذا كانت الكفالة لمصلحة، فهذا عمل الكفيل يعتبر عملا تجاريا .

EISSN: 2588-2368 ———— ISSN: 2352-975X

من خلال كل ما سبق **نقترح** على على المشرع أن يعيد النظر في نص المادة 651 من القانون المدني، فرغم الاعتراف بأن الكفالة عقد تبرعي لكن يمكن في حالات أن يصبح بمقابل مادي أو معنوي، وهو ما تطرق إليه بعض الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسي .

وعليه يمكن للمشرع أن ينص في القانون التجاري على نص خاص بالكفالة التجارية نظرا لأهميتها في الحياة التجارية ترتبط أساسا بالدين المضمون، حيث تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يضمن دينا يعتبر تجاريا بالنسبة للمدين، أو كان الكفيل تاجرا وله مصلحة في كفالة الدين.

كما ينص بنص خاص على الكفالة المصرفية الذي يتعهد فيها المصرف بالوفاء بدين العميل قبل الغير، وتعتبر تجارية أيا كانت صفة المكفول أو الغرض الذي خصصت له.

الهوامش والمراجع:

(1)- أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد الكفالة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2018، ص 56.

(2)- نفس المرجع، ص 58.

(3)- عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة، آثار الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية (دراسة في القانون الأردني)، مجلة البقاء للبحوث والدراسات، جامعة عمان الأهلية، المجلد 19 العدد 1، 2016، ص 94. (93-115).

(4)- الكيلاني محمود، الموسوعة التجارية والمصرفية (الأوراق التجارية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، المجلد الثاني، ص 233.

(5)- يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده، مصر، 1961، ص . 10 ورد في المادة 2/916 من المشروع المدني الفلسطيني " على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية يكون بالنسبة للكمبيالة، بينما السند الأدنى والشيك لا يعتبر كذلك إلا في حالة فيما إذا حرر الدينيين من طبيعة تجارية أو كان محررهما تاجرًا .عندئذ يكون الضمان للسند والشيك ضمانًا احتياطيًا بمثابة كفيل وتكون كفالته تجارية " مشار إليه في المشروع المدني الفلسطيني.

(6)- جعفر محمد، العقود التجارية والأوراق التجارية، إصدارات جامعة عدن، 2006، ص 315.

(7)- عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة، مرجع سابق، ص 98.

(8)- انظر أكثر: مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية" وسائل الدفع الإلكترونية الحديثة"، دار

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

الفكر الجامعي للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2007، ص 275، 276.

(9)- للمزيد حول الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي انظر، تركي محمود القاضي: الضمان في الحوالة التجارية والصك (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الاسلامي)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 7، العدد 25، الجزء 2، 2018، (49، 89)، ص 65.

(10)- العكيلي عزيز عبد الأمير، الأوراق التجارية في القانون التجاري الأردني واتفاقيات جنيف الموحدة، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص 220.

(11)- سامي فوزي محمد، شرح القانون التجاري الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1994، الجزء الثاني، ص 200.

(12)- سامي فوزي محمد، شرح القانون التجاري الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، 1994، ص 13.

(13)- سمير عبد السيد تناغو، التامينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 30.

(14)- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 142، 143.

(15)- محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأوراق التجارية – الإفلاس - العقود التجارية - عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 809.

(16)- نفس المرجع، ص 810.

(17)- Jacques Mondino, Yves Thomas,droit du crédit, Applications et éditions nouvelles de gestion et de droit des entreprises, France,1992, 4e édition,p.94.

(18)- J.MONDINO,Y.THOMAS, Opcit, p.95,91.

(19)- Jean Bernard-Blaise,Droit des affaires, commerçants, commerce, distribution, Librairie générale de droit et de jurisprudence,, Paris, 2002, 3 ème édition, p132.

(20)-Article L110-1 La loi répute actes de commerce: 2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ;

انظر في ذلك:

Roch ADIDO, Le domaine d'application de la commercialité par accessoire dans les systèmes OHADA et français, in Recueil Penant: Revue trimestrielle de droit africain, N°853 (Octobre- Décembre 2005),p420. 417-429.

(21)- "Le cautionnement, qui est, par nature, un contrat civil, conserve ce caractère, alors même qu'il émane d'un commerçant et que l'obligation qu'il a pour objet de garantir est commerciale, à moins qu'il ne constitue un acte de commerce, parce que la caution avait un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle elle est intervenue", Req. 21 mai 1906: S. 1906, 1, 433, note C. LYON-CAEN

(22)- الرهن يعتبر تجاريا كلما نشأ من شخص ضمانا لعمل تجاري، وذلك إعمالا بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية بحسب الموضوع، أو يفترض أن الرهن تجاري عندما يقوم به التاجر وكان الرهن

لحاجته التجارية، إعمالا بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية بالعلاقة، ولا يهم بعد ذلك أن كانت العملية التي يضمنها الرهن تجارية بالنسبة للمدين وحده أم للدائن فحسب أو كلاهما معا. هذا ما نصت عليه المادة 1/31 من القانون التجاري التي تقول يثبت الرهن المتمم من تاجر أو غير تاجر لأجل عمل من الأعمال التجارية، تجاه الغير وبالنسبة للمتعاقدين طبقا لأحكام المادة 30 تجاري، فهذه المادة قد حددت إثبات الرهن بالنظر إلى العمل التجاري الذي يضمنه لا بالنظر إلى الشخص الذي يقوم به.

(23)- Roch ADIDO, Opcit, p 422.

(24)- Dominique LEGEAIS, Critère du caractère commercial du cautionnement consenti par un associé, Revue de droit bancaire et financier, LexisNexis,1ere anneé n°5, Spt.Oct, cass, 18 janv, 2000, p257

(25)- زهران همام محمد محمود، التأمينات الشخصية والعينية، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999، ص 48.

(26)- Stéphane Piedelièvre, Les suretés, Armand Colin, Paris, 2000, 2e éd,p21 et s.

(27)- سميحة القليوبى، الشركات التجارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1989، ط2، ، ص 170.

(28)- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 112-113.

(29)- نفس المرجع، ص98.

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X