مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 05 العدد: 03 السنة: 2018 ص ص 360 - 373 العدد التسلسلي: 14

النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي
Legal System Of Bank Guarantee Letter

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/03/19

د/ يوسفي نورالدين
جامعة محمد خيضر- بسكرة
ndyousfi@yahoo.fr
سامي كحلول (باحث دكتوراه) (*)
جامعة محمد خيضر- بسكرة.
samdesaffaires@gmail.com

ملخص:

نتج عن تسارع حركة التجارة العالمية الحاجة الماسة لوسائل ائتمانية جديدة تستجيب لهذه الطفرة، فأخذت البنوك على عاتقها تقديم خدماتها المصرفية بما يلائم العلاقات الاقتصادية الدولية، ومن بين هذه الخدمات خطابات الضمان المصرفية، التي تعد تعهدات تصدرها البنوك التجارية بناء على طلب عملائها لصالح طرف ثالث يسمى المستفيد من الضمان تربطه بالآمر علاقات تعاقدية يهدف لضمان تنفيذها على الوجه الأمثل، وكذا لحمايته من مخاطر سوء تنفيذ العميل لالتزاماته التعاقدية، فشكل خطاب الضمان المصرفي للمتعاملين البديل المناسب للوسائل الائتمانية التقليدية.

(*)- سامي كحلول ،
samdesaffaires@gmail.com

و قد أخذت خطابات الضمان المصرفية مكانتها في المعاملات الداخلية مع مرور الوقت نظرا للفوائد التي حققتها على المستوى الدولي، فانتشر التعامل بها في اطار التجارة الداخلية برغم من النقص التشريعي في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: خطاب ضمان؛ البنك؛ الزبون.

Abstract:

The international trade movement resulted an urgent need to create new facilities in order to respond to this boom so banks took upon them selves the responsibility of providing their services according to what s appropppriate to the international economic relation, and one of these banking services there is the guarantee letter which is considred as a commitments made by the commercial banks upon request of their clients in favour for a third party so called the beneficiary from the guaranty which is connected with the order by a contractual relationship to ensure that it was properly implemented and in order of protecting him from the clients poor implementation, the bank guarantee letter became the appropriate alternative to traditional credit facilities.

The letters of bank guarantee took their placein the internal transaction over time due to the benifits achieved at

Key words: letter of credit; the bank; the client.

the internal level which has spread in the internal despite the lack of legislation in this field.

مقدمة

تكتسي الخدمات المصرفية في مجال الإئتمان دورا مهما في مجال التجارة الداخلية والخارجية، فدور البنوك ليس قاصرا على تقديم السيولة بل يتعداه إلى تقديم الإئتمان للزبائن، ومن مظاهر ذلك خطاب الضمان المصرفي، هذا الأخير نشأ عن تطور المعاملات الإقتصادية الدولية مع توسع حركة التجارة العالمية.

إن خطاب الضمان المصرفي تأمين مصرفي حديث ليس على مستوى العرف التجاري الدولي فحسب بل كذلك على مستوى التشريعات الوطنية، فخطاب الضمان يعد من عمليات القرض التي تأخذ صيغة الالتزام بالتوقيع، تؤديها البنوك خدمة لعملائها، مضمونها ينتهي بإصدار الخطاب لصالح المستفيد بناء على طلب زبون البنك أو عميله على نحو يبقي نقوده تحت تصرفه، إذا اشترط عليه تقديم ضمان نقدي على التزامات ترتبت على عاتقه.

وقد نشأت خطابات الضمان المصرفية lettre de garantie نشأة عرفية في المعاملات التجارية الدولية ثم انتقلت إلى المعاملات الداخلية مع مرور الوقت في ظل تسارع حركة التبادل الإقتصادي، حيث عملت الجهود الدولية على توحيد قواعدها.

بناء على ما سبق فإن الإشكالية التي يطرحها موضوع البحث تتمثل فيما يلي: ما هي الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي في ظل الأعراف البنكية التي تحكمه؟ وهل يمكن تطبيق أحكام الكفالة البنكية على خطاب الضمان ؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم الدراسة إلى محورين، نتناول في المحور الأول مفهوم خطاب الضمان المصرفي، وفي المحور الثاني أحكام خطاب الضمان المصرفي.

المحور الأول: مفهوم خطاب الضمان المصرفي

لبيان مفهوم خطاب الضمان نتطرق لتعريفه (أولا) وللخصائص التي يمتاز بها (ثانيا) وتمييزه عن غيره من النظم المشابهة (ثالثا) كما نعرج على أهم أنواع خطابات الضمان المنتشرة من الناحية العملية (رابعا).

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

أولا: تعريف خطاب الضمان المصرفي

وردت عدة تعريفات لخطاب الضمان المصرفي في الفقه والتشريع نأتي على ذكر أهمها.

1- التعريف الفقهي: عرف محمود الكيلاني خطاب الضمان بأنه "علاقة قانونية بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب من المستفيد من الخطاب خلال مدة محدودة"[1]

كما تم تعريفه أنه " تعهد صادر من المصرف بناء على طلب العميل، يلتزم فيه المصرف بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين بمجرد المطالبة الأولى للمستفيد، ودون إمكانية إثارة أي دفوع أو احتجاجات متعلقة بعلاقته بالعميل"[2]

2- التعريف التشريعي: لم يتصدى المشرع الجزائري لخطاب الضمان المصرفي بتنظيم واضح المعالم وبتالي لتعريفه، بالرغم من أن المادة 68 الفقرة الأولى من قانون النقد والقرض[3] تنص على " يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان".

فخطاب الضمان يعد من القروض التي تأخذ صيغة الالتزام بالتوقيع على غرار الضمان الإحتياطي والكفالة.

وقد أصدر مجلس النقد والقرض النظام 02/93[4] المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين الذي يقتصر تطبيقه على خطابات الضمان المتعلقة بالتجارة الخارجية. هذا الأخير نفسه لم يتضمن أي تعريف لخطاب الضمان أو ما اصطلح عليه النظام 02/93 بعقود الضمان.

فحين نجد المشرع الفرنسي يعرف الضمان المستقل في نص المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي بأنه " الضمان المستقل التزام من الضامن بناء على التزام مكتتب من الغير بدفع مبلغ نقدي سواء عند أول طلب، أو وفقا للأوضاع المبينة.

لا يلتزم الضامن بالدفع في حالة التعسف أو غش ظاهر من قبل المستفيد أو في حالة تواطئه مع الآمر.

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

لا يتبع الضمان الالتزام المضمون ما لم يوجد اتفاق مخالف"[5]

كما عرف المشرع المصري خطاب الضمان بأنه "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب دون اعتداد بأي معارضة"[6]

يلاحظ على جل التعريفات السابقة محاولتها ابراز خصائص خطاب الضمان المصرفي والتأكيد على مبدأ استقلالية الخطاب عن الالتزام الأصلي، فخطاب الضمان تعهد مستقل من البنوك بدفع مبلغ نقدي فورا مع أو مطالبة بذلك من قبل المستفيد بناء على أمر عميل البنك، حيث لا يكون للبنك التحجج بالدفوع الناشئة عن علاقة الآمر بالمستفيد الذي يربطهما العقد الأصلي، لأن التزام البنك يقوم على مبدأ استقلاله عن أي علاقات أخرى.

تجدر الإشارة أن غرفة التجارة الدولية عملت على توحيد قواعد خطابات الضمان الدولية، حيث أصدرت سنة 1992 النشرة 458 المتعلقة بالضمانات المنقحة بالنشرة 758 الصادرة سنة 2010.

ثانيا: خصائص خطاب الضمان المصرفي

يتميز خطاب الضمان المصرفي بمجموعة من الخصائص أهمها استقلالية الخطاب عن الالتزام الأصلي، ومضمونه دائما مبلغ نقدي يدفع فورا مع أول طلب بالإضافة لكفايته الذاتية.

1- استقلال الالتزام في خطاب الضمان: يقصد باستقلال الالتزام في خطاب الضمان المصرفي، إنفصال الالتزام الناشئ عن الخطاب واستقلاله عن الالتزام الأصلي، رغم أن الدين المضمون هو سبب نشوئه، إذ يترتب على ذلك إستقلالية التزام البنك اتجاه المستفيد، فلا يمكنه التمسك بأي دفع لسبب يعود للالتزام الأصلي المضمون، كما يجب على البنك الدفع للمستفيد مع أو ل طلب خلال المدة المحددة في الخطاب، فالوفاء الفوري يعد المظهر العملي لمبدأ الاستقلالية[7].

غير أنه يمكن للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن ارادته المنفردة إذا وقع في غلط في شخصية المستفيد أو انعدمت ارادته في الخطاب كالتوقيع المزور[8]، ذلك أن هذه الدفوع لا تمس بالاستقلالية التزامه اتجاه المستفيد.

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

2- <u>محل خطاب الضمان مبلغ من النقود</u>: وهذه خاصية يمتاز بها خطاب الضمان عن الكفالة العادية، لأن التزام البنك في خطاب الضمان المصرفي يكون دائما ملبغ معين أو قابل للتعين من النقود يدفع مع أو مطالبة به[9].

وإذا كان الأصل للمستفيد إمكانية المطالبة بقيمة الضمان من البنك في أي وقت، إلا أن لهذا الأخير الإمتناع عن الوفاء إذا كان المستفيد متعسفا في استعمال حقه أو استخدم احدى أساليب الغش البين، وهذا الحكم مستقر في القضاء الفرنسي[10].

3- <u>الكفاية الذاتية</u>: إن خطابات الضمان التي تصدرها البنوك أو المصارف بناء على طلب زبائنها لصالح شخص المستفيد، هي تعهد مستقل من جانب البنك، وهذا التعهد يعد التزاما في مواجهة المستفيد، فلا يتوقف التزام البنك بالوفاء بمبلغ الضمان على عنصر خارجي لا يتحقق الوفاء إلا به، بل يتم الوفاء وفق الشروط المحددة في الخطاب[11]، فلو كان التزام البنك متوقف على تحقق واقعة خارجية عن مضمون الخطاب لفقد هذا الأخير وظيفته الائتمانية.

<u>ثالثا: تمييز خطاب الضمان المصرفي عن بعض النظم المشابهة</u>

قد يتشابه خطاب الضمان المصرفي مع بعض العلميات المصرفية في بعض الأسس والخصائص مما يتطلب تمييزه عن غيره من النظم خاصة عن الكفالة المصرفية والاعتماد المستندي.

1- <u>تمييز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية</u>: طبقا لنص المادة 644 من القانون المدني الجزائري تعد الكفالة بصفة عامة بما في ذلك الكفالة المصرفية "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

إن أهم ما يميز خطابات الضمان عن الكفالة المصرفية يمكن حصره في في ثلاث نقاط أساسية:

- التزام الضامن (البنك) في خطاب الضمان التزام مستقل عن التزام العميل (الآمر) عكس الكفالة المصرفية التي يعد التزام البنك الكفيل فيها التزاما تبعيا للالتزام المدين الأصلي، فلا يستطيع الدائن المطالبة بالوفاء بقيمة الضمان (الكفالة) إلا إذا لم يوفي المدين بالتزامه.

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

- محل الالتزام في خطاب الضمان هو مبلغ نقدي ناشئ عن الخطاب، وليس نفس التزام العميل في العقد الأصلي كما هو الحال في شأن الكفالة.

- في الكفالة المصرفية يمكن للبنك الدفع بالرجوع على المدين أولا قبل المطالبة بالرجوع عليه لأن التزامه التزام احتياطي، كما يمكنه التمسك بكل الدفوع التي يمكن للمدين الأصلي التمسك بها، بخلاف خطاب الضمان الذي لا يمكن للبنك التمسك بأي دفع اتجاه المستفيد لأن التزام البنك مستقل قانونيا عن علاقة الآمر بالمستفيد.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري، والبنوك الجزائرية كثيرا ما تستعمل لفظ الكفالة بشأن خطابات الضمان المصرفية سواء فيما تعلق بالكفالات المشترطة في مجال الصفقات العمومية أو غيرها.

بل إن المحكمة العليا الجزائرية نفسها استعملت لفظ الكفالة وهي بصدد تمييزها بين خطاب الضمان المصرفي والكفالة المصرفية حيث جاء في أحد قراراتها "إن المعاملة البنكية التي أساسها الكفالة لأول طلب تحكمها الأعراف الدولية ولا مجال لتطبيق المادة 646 وما يليها من القانون المدني التي تطبق على الكفالة الشخصية..."[12]

يتضح مما سبق أن العبرة في تمييز الكفالة عن خطاب الضمان هو مضمون الالتزام وفحواه وليس الألفاظ المستعملة كعنوان للتعهد.

2- <u>تمييز خطاب الضمان عن الاعتماد المستندي</u>: يعرف الاعتماد المستندي بأنه عقد يلتزم بمقتضاه بنك بوضع تحت تصرف شخص مبلغ من المال بناء على طلب العميل المتعاقد شرط حيازة المستفيد للمستندات التي تمثل البضاعة وتثبت علاقته مع الآمر بالاعتماد[13].

إن الفروق الجوهرية التي تميز خطاب الضمان عن الاعتماد المستندي هو اختلاف المستفيد في الخطاب، حيث يعد المشتري أو رب العمل هو المستفيد، بخلاف الاعتماد المستندي المقرر لصالح البائع، ضف إلى ذلك خطاب الضمان يكون مستحق الدفع مع أول طلب في حين يستحق الدفع في الاعتماد المستندي بتقديم المستندات المتفق عليها.

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

رابعا: أنواع خطاب الضمان المصرفي

تتنوع صور خطابات الضمان المصرفية حسب طبيعة المعاملة التي يصدر الخطاب بشأنها، فقد يكون الخطاب مشروطا بشروط لا تمس بمبدأ استقلاله، وقد يكون الخطاب غير مشروط وهو الأصل، كما قد يتعلق الخطاب بمعاملة داخلية، أو خارجية وهذه الأخيرة بإمكان البنوك الوسطاء المعتمدين إصدارها دون ترخيص من بنك الجزائر لفائدة الأشخاص المقيمين بالجزائر بشأن التزامات متخذة في الجزائر من قبل غير المقيمين، بشرط التغطية المسبقة بواسطة عقد ضمان مقابل يصدره بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة البنك الوسيط المعتمد[14].

كما يمكن للبنوك الوسطاء المعتمدين إصدار عقود ضمان وضمان مقابل لصالح غير المقيمين بشأن التزامات متخذة من قبل غير المقيمين إزاء الخارج دون الحاجة لترخيص بنك الجزائر[15].

وسنكتفي بالتعرض لأهم صور خطابات الضمان الأكثر انتشار من الناحية العملية من خلال الآتي:

1- خطاب ضمان الصفقات العمومية: وهو الصورة الشائعة في المعاملات من الناحية العملية فكثيرا ما تطلب المصلحة المتعاقدة من المؤسسات أو الموردين المتقدمين لإبرام صفقة عمومية كفالة تعهد، سواء كضمان ابتدائي لضمان العرض المقدم في المناقصات (طلب العروض) أو المزايدات أو كضمان لحسن التنفيذ بعد رسو الصفقة على المتعامل المتعاقد لتغطية المخاطر المتعلقة بسوء تنفيذه للمشروع أو للأشغال أو التأخر فيهما.

كما يمكن أن يتخذ خطاب ضمان الصفقات العمومية صيغة ضمان رد التسبيقات التي تمنحها الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد.

فقد نصت المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15/247[16] "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن شروط لتنفيذ الصفقة".

وكفالات التعهد المقدمة من المتعاملين في الصفقات العمومية يجب أن يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، بالنسبة للمتعهدين

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

الجزائريين، أما المتعهدين الأجانب فيجب أن تستصدر الكفالات المطلوبة عن بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى[17].

2- <u>خطابات الضمان الجمركية</u>: وهي خطابات الضمان التي تفرضها القواعد الجمركية وتهدف لضمان تحصيل حقوق الخزينة العمومية، فالرسوم الجمركية على السلع لا تستحق بمجرد وصولها إلى المنطقة الجمركية وإنما استحقاقها مرهون بخروجها من الدائرة الجمركية، حيث تنص المادة 117 من قانون الجمارك[18] على وجوب تغطية البضائع الموضوعة تحت إحدى النظم المنصوص عليها في المادة 115 مكرر من نفس القانون، بتصريح مفصل يتضمن تعهدا مكفولا أو مرفق بالوثائق المنصوص عليها في المادة 119.

وتخصص الكفالات الجمركية المطلوبة من إدارة الجمارك لضمان مبلغ الحقوق والرسوم الجمركية وتحصيل الغرامات المحتملة المنجزة عن عدم إحترام الإلتزامات المكتتبة.

<u>المحور الثاني: أحكام خطاب الضمان المصرفي</u>

خطاب الضمان المصرفي ينشأ عن علاقات قانونية ثلاثية بين العميل الآمر والمستفيد والبنك الضامن، وهذه العلاقات التي تجمع أطرافه هي روابط عقدية، أولها الرابطة التي تجمع الآمر بالمستفيد (أولا) وهي العقد الأصلي أو عقد الأساس.

كما تقوم العلاقة بين العميل الآمر والبنك (ثانيا)، بالإضافة إلى علاقة المستفيد بالبنك الضامن (ثالثا).

وإذا كانت العلاقات بين أطراف خطاب الضمان المصرفي أساسها استقلال العلاقات القانونية، إلا أن لهذه الإستقلالية إستثناءات ترد عليها تمارس في حدود ضيقة (رابعا).

ولما كان لخطاب الضمان المصرفي بداية تنشأ عن علاقة الآمر بالمستفيد، فإنه ينقضي إما بالوفاء أو بانتهاء الأجل المحدد فيه أو بتقادم(خامسا).

أولا: علاقة الآمر بالمستفيد

تعد علاقة الآمر بالمستفيد نقطة الإنطلاقة التي ينشأ خطاب الضمان بسببها، فقد تكون علاقة الآمر بالمستفيد عقد مقاولة أو أشغال أو توريد أوغيرها من الالتزامات.

فخطاب الضمان جاء ليحل محل التأمين النقدي، لضمان تنفيذ العميل للالتزامات القانونية الملقاة عليه بناء على العقد الأصلي الذي يربطه بالمستفيد، حيث يشكل خطاب الضمان البديل الملائم لتقديم الضمان اللازم دون الحاجة لتقديم نقدي، فأخذت البنوك على عاتقها تقديم هذه الخدمة بناء على طلب عملائها.

والعميل في خطاب الضمان يلتزم بإرادته تسليم الخطاب وفق شروط متفق عليها للمستفيد، يحصل عليه من أحد البنوك بمبلغ معين مستحق الوفاء ضمن مدة محددة، إذ يعد هذا الالتزام أثر من أثار عقد الأساس[19].

ولما كان الأصل أن الضمان لا ينفذ إلا إذا لم ينفذ العميل التزامه، فهذه القاعدة لا تنطبق إلا في علاقة الآمر بالمستفيد[20]، أما البنك فيعد التزامه مستقلا وقابلا للتنفيذ مع أول طلب.

ثانيا: علاقة الآمر بالبنك

يترتب على ابرام عقد الاعتماد بالضمان بين البنك وعمليه الآمر التزامات متبادلة، فالعميل يلتزم في مواجهة البنك تقديم غطاء لخطاب الضمان الذي يمكن أن يتخذ شكل نقدي أو عيني، حيث تحدد قيمة الغطاء حسب علاقة العميل بالبنك قد تصل إلى نسبة 100% عندما لا يكون للبنك علاقة سابقة بالعميل أو في حالة عدم ثقته به، أو بالنظر للمركز المالي للعميل[21].

كما يلتزم العميل بدفع عمولة للبنك عن خدمة الضمان، بالإضافة الى التزامه عدم تمسكه بأي اعتراض في حالة تنفيذ البنك إلتزامه بالدفع للمستفيد، وهنا ينشأ للبنك حق الرجوع على عميله بقيمة الضمان إذا لم يكن الغطاء المقدم كليا.

أما البنك فيلتزم في علاقته مع الآمر بإصدار الخطاب وفقا لما اتفق عليه لصالح المستفيد، كما يقع عليه واجب إخطار عميله بمطالبة المستفيد الوفاء بقيمة الخطاب، على أنه لا يقصد بذلك إعطاء العميل حق الإعتراض على الدفع، بل لإمكان وجود أسباب تدفع هذه المطالبة وتمنع الوفاء كحالة الغش أو التعسف من قبل المستفيد[22].

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

وأخير يقع على البنك إلتزام رد غطاء الضمان، إذا لم ينفذ المستفيد خطاب الضمان خلال الآجال المحددة.

ثالثا: علاقة البنك بالمستفيد

يحكم العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد خطاب الضمان نفسه، حيث تقوم العلاقة بين الطرفين بمجرد إصدار البنك الخطاب لصالح المستفيد وقبول الأخير للخطاب أو عدم ابدائه عليه أي اعتراض في وقت معقول[23].

إذا فالعلاقة مستقلة، عن علاقة الآمر بالمستفيد أو علاقة الآمر بالبنك الضامن، بحيث لا يجوز للبنك رفض الوفاء لسبب يرجع إلى علاقة الآمر بالمستفيد أو لعلاقة الآمر بالبنك.

كما أن التزام البنك نهائي لا يمكن الرجوع فيه تجسيدا لمبدأ الاستقلالية، إذ للمستفيد المطالبة بقيمة الضمان ضمن الآجال المحددة في الخطاب، فإذا لم يكن الخطاب محدد المدة جاز للبنك إنهاؤه بعد مرور مدة معقولة، تطبيقا للقواعد العامة للالتزامات الغير محددة المدة، بشرط إخطار المستفيد.

تجدر الإشارة أن المادة 07 من النظام 02/93 اشترطت فيما يخص عقود الضمان والضمان المقابل بالنسبة لخطابات الخارجية أن تحمل تاريخ بدايتها وتاريخ استحقاقها.

رابعا: الاستثناءات الواردة على مبدأ استقلال العلاقات

الأصل في العلاقات الناشئة بين أطراف خطاب الضمان المصرفي الإستقلالية، لكن هذا المبدأ ليس مطلقا بالمرة، فقواعد العدالة والإنصاف تأبى ترك مبدأ استقلالية العلاقات وفورية الدفع على اطلاقه إذا وقع غش أو تعسف بينين من قبل المستفيد.

1- الغش: القاعدة العامة أن الغش يفسد العمل، ومنه فإن مطالبة المستفيد بتنفيذ خطاب الضمان إذا كان طلبه ينطوي على غش بين وتوافرت للبنك أدلة ثابتة على وقوعه، جاز له الامتناع ورفض وفاء الخطاب رغم قطعية إلتزام البنك.[24]

ويقصد بالغش في خطاب الضمان المصرفي إستخدام المستفيد حقه دون وجه حق بهدف الإضرار بالآمر أو بالبنك الضامن.[25]

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

2- التعسف: يندرج الاستخدام التعسفي في خطاب الضمان بتقديم المستفيد طلب الوفاء بالخطاب رغم علمه أن الآمر وفى بالتزاماته التعاقدية بموجب العقد الأصلي الذي صدر الخطاب لضمانه.

والدفع بالتعسف تطبيق لنظرية الاستعمال التعسفي للحق، يستخدم في نطاق ضيق في خطابات الضمان المصرفية إحتراما لمبدأ الاستقلالية.

3- طرق اثبات الغش والتعسف: إشترط الفقه والقضاء الطابع البين للتعسف أو الغش لإمكانية الدفع بهما، لأنه لا يكفي اثباتهما بل يجب أن يكونا بينين، وهو ما يميز الغش والتعسف في خطاب الضمان المصرفي عن مفهومهما بشكل عام[26].

إن اشتراط الطابع البين للغش والتعسف يؤكد إستقلالية خطاب الضمان عن العقد الأصلي، لأنه لا يمكن للبنك الضامن أو للآمر اللجوء للوسائل العادية لإثبات الغش أو التعسف، لأن الأخذ بالغش والتعسف على اطلاقهما يتعارض مع مبدأ ذاتية خطاب الضمان، ومن أمثلة الغش والتعسف البينين، طلب تنفيد خطاب الضمان بإيعاز سياسي برغم من التنفيذ الكامل للعقد الأصلي، أو طلب تنفيد الخطاب استنادا لسبب غير منصوص عليه في خطاب الضمان، أو تبعا لخطر إستبعده أطراف الخطاب بصورة جلية[27].

خامسا: انقضاء خطاب الضمان المصرفي

كأي التزام آخر ينقضي التزام البنك في خطاب الضمان المصرفي إمابالوفاء أو بانتهاء الأجل أو بالتقادم.

1- انقضاء الخطاب بالوفاء: ينقضي الالتزام في خطاب الضمان بوفاء البنك الضامن بقيمة الخطاب عند مطالبة المستفيد بالدفع خلال الأجل المحدد.

ويصح الوفاء للمستفيد أو لنائبه، كما ينقضي الخطاب إذا طلب المستفيد الوفاء بجزء من قيمته وطلب في الوقت ذاته إلغاء الخطاب إذا اعتبر الجزء الذي طلب سداه كاف لتعويضه.

أما إذا نفذ المستفيد على جزء من قيمة الخطاب دون أن يطلب إلغاء الضمان يظل حقه على باقي قيمة الخطاب إلى انتهاء مدة الضمان.

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

2- <u>انقضاء خطاب الضمان بانتهاء أجله</u>: من البديهي أن خطاب الضمان ينقضي بانتهاء الأجل المحدد فيه ما لم يتم الإتفاق على تجديده، أما إذا كان خطاب الضمان غير محدد المدة يجوز للبنك انهاؤه في أجل ملائم شريطة إخطار المستفيد بذلك.

وحسب المادة 28 من القواعد الموحدة لخطابات الضمان الصادرة عن غرفة التجارة الدولية سنة 1992، يمكن إلغاء الضمان من قبل المستفيد بغض النظر عن شروط الإنقضاء الواردة في الخطاب شرط أن يكون الإنهاء كتابة.

3- <u>انقضاء خطاب الضمان بالتقادم</u>: إذا لم يكن خطاب الضمان محدد المدة استمر إلتزام البنك بالضمان حتى مرور مدة التقادم ما لم يبادر البنك لإنهاءه في أجل مناسب، ومدة التقادم كما نصت عليها المادة 308 من القانون المدني الجزائري تقدر بخمسة عشر سنة يبدأ سريانها من تاريخ إستحاق المبلغ المحدد في خطاب الضمان.

4- <u>آثار انقضاء خطاب الضمان المصرفي</u>: يترتب على انقضاء خطاب الضمان مطالبة البنك لعميله برد ما دفعه تنفيذا لخطاب الضمان، إذا ما وفى البنك بقيمته للمستفيد وكان الغطاء المقدم من الآمر لا يغطي قيمة الضمان، أما إذا لم يوفي البنك بخطاب الضمان لأي سبب كان، سواء لعدم تنفيد المستفيد على الضمان، أو لانتهاء الأجل المحدد في الخطاب، وجب عليه رد الغطاء الكلي أو الجزئي المقدم من قبل الآمر، بعد خصم العمولات المستحقة للبنك[28].

<u>خاتمة</u>

إن أهمية خطابات الضمان المصرفية ودورها في المعاملات التجارية، كتقنية مصرفية أوجدها العرف البنكي أثار اشكالية حول طبيعتها القانونية، فالكثير أعتبرها في بادئ الأمر كفالة أو صورة من صورها، وقد رأينا الاختلاف البين بين الكفالة البنكية وخطاب الضمان المصرفي، فرغم تشابهما في عدة نقاط إلا أنها يختلفان اختلافات جوهرية، كون التزام البنك الضامن في خطاب الضمان مستقل عن التزام العميل في العقد الأصلي، بخلاف الكفالة المصرفية، ومنه يترتب على استقلال العلاقات في خطاب الضمان المصرفي ذاتية خاصة للخطاب، فهو عملية مصرفية مستقلة قائمة بذاتها، أخدت مكانتها في المعاملات التجارية الدولية والداخلية

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

كوسيلة ضمان تلعب دورا مهما وبديلا للكفالة المصرفية، التي لا تتلاءم مع سرعة المعاملات التجارية وتطورها.

وقد لا حظنا بالرغم من انتشار التعامل بخطابات الضمان المصرفية من قبل البنوك، إلى أنها لم تحظى بتنظيم شامل ومتكامل من قبل المشرع الجزائري، فلا زالت البنوك تطبق في تعاملاتها الأعراف المصرفية ونصوص القواعد العامة، والأنظمة والتعليمات الصادرة عن مجلس النقد والقرض وبنك الجزائر فيما يخص عقود الضمان والضمان المقابل المتعلقة بالمعاملات التجارية الخارجية.

الهوامش:

(1)- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ، المجلد الرابع، ص 311.

(2)- أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص 15.

(3)- الأمر 03/ 11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بقانون القرض والنقد، المعدل والمتمم بالأمر 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 50 الصادرة في 01-09-2010.

(4)- النظام 02/93 المؤرخ في 03 جانفي 1993 المتعلق باصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، جريدة رسمية عدد 17 الصادرة في 14 مارس 1993.

(5)- وهذا أصل النص الفرنسي:

Article:2321"la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'obligation, souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.
Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.
Le garant nepeut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.
Sauf convention contraire, cette sureté ne suit pas l'obligation garantie".

(6)- المادة 355 من قانون التجارة المصري لسنة 1999.

(7)- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 339.

(8)- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 389.

(9)- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 342.

(10)- أمقران راضية، المرجع السابق، ص 39.

(11)- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 344.

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

(12)- قرار رقم 627056، بتاريخ 08-07-2010، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 251 وما يليها.

(13)- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 157.

(14)- المادة 03 من النظام 02/93.

(15)- المادة 04 من النظام 02/93.

(16)- المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

(17)- راجع المواد 125 إلى 130 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(18)- الأمر 07/79 المؤرخ في 21 جويلية 1979 المعدل والمتمم بالقانون 10/98، المؤرخ في 22 أوت 1998، جريدة رسمية عدد 61 الصادرة 23 أوت 1998.

(19)- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 370.

(20)- جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 177.

(21)- أمقران راضية، المرجع السابق، ص 90.

(22)- أمقران راضية المرجع نفسه، ص 98.

(23)- مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 83.

(24)- أحمد غنيم، خطابات الضمان –إطار متكامل نظريا وعمليا وقانونيا- بدون دار نشر، ط1، 2004، ص 51.

(25)- أحمد غنيم، المرجع نفسه، ص 51.

(26)- بسام عاطف المهتار، مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2009، ص 109.

(27)- بسام عاطف ومايا سليت مشرفية، المرجع نفسه، ص 115.

(28)- جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 433.

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