



جامعة باتنة 1- الحاج لخضر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



خطاب الضمان والتجارة الخارجية

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه LMD في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

إشراف الدكتور:

بشير سليم

إعداد الطالب الباحث:

شريك السعيد

تاريخ المناقشة: 16 جوان 2020

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
بن عمران محمد الأخضر	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	رئيسا
بشير سليم	أستاذ محاضر	جامعة باتنة 1	مشرفا ومقررا
علواش فريد	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا
بسكري رفيقة	أستاذ محاضر	جامعة باتنة 1	عضوا مناقشا
بلعيساوي محمد الطاهر	أستاذ محاضر	جامعة سطيف 2	عضوا مناقشا

السنة الجامعية:

2018 م - 2019 م



إهداء

إلى روح والدي رحمه الله وإلى أمي أطل الله في عمرها
الذين ربياني صغيراً ولم يتوانيا في تنشئتي التنشئة الصالحة.

إلى زوجتي جزاها الله على صبرها وعونها لي

إلى أبنائي وأسأل الله لهم التوفيق والنجاح والصلاح.

إلى هؤلاء جميعاً وإلى كل الأصدقاء والأحباب أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع.

شريك السعيد

شكر وتقدير

في البداية أحمد الله عز وجل على توفيقه لي في إنجاز هذا البحث

وبعد الحمد استهل بالشكر الجزيل والتقدير والعرفان إلى الدكتور بشير سليم الذي أشرف على هذا العمل وعلى كل ما أسداه لي من نصائح وتوجيهات بهدف إنجاز هذا الجهد المتواضع.

كما لا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والاحترام إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أشكر أسرة كلية الحقوق بجامعة باتنة 1 أساتذة وإدارة.

فشكرا للجميع وجزاهم الله أحسن الجزاء على كل ما قدموه في سبيل العلم

شريك السعيد

المختصرات باللغة العربية:

(الانسيترال):	لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولي
سويفت (SWIFT):	جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك
ج ر:	الجريدة الرسمية
ق.م.ج:	القانون المدني الجزائري
ق.ت.ج:	القانون التجاري الجزائري
ق.إ.م.إ.ج:	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
ص.ع.ت.م.ع:	الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام
ق.ج.ج:	قانون الجمارك الجزائري
ق.ن.ق.ج:	قانون النقد والقرض الجزائري
(ق.د.م.ض.ط):	القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب
(غ.ت.د.ب):	غرفة التجارة الدولية بباريس

Principales Abréviations:

Art :	Article
BIRD :	Banque Internationale de Reconstruction et de Développement
C.A :	Cour d'appel
C.A.Paris :	Cour d'appel de Paris
Cass :	Cour de cassation
Cass.civ :	Cour de cassation française chambre civile
Cass.com :	Chambre de commerce de la cour de cassation française
C.C.I :	Chambre de Commerce International
CH.Civ :	Chambre Civile
D.H :	Recueil DALLOZ Hebdomadaire
Ed :	Edition
In :	Dans
N° :	Numéro
Op.cit :	Ouvrage précité
P :	Page
R.J.com :	Revue de Jurisprudence commerciale
RJDA :	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
SWIFT :	Society for Worldwide International Bank Financial Telecommunications
TC :	Tribunal Commercial



مقدمة

يعد التبادل التجاري بين الدول، سواء في صورة انتقال السلع والخدمات ورؤوس الأموال والأشخاص أو غيرها من عناصر الإنتاج، حقيقة لا يتصور العالم بدونها في العصر الحالي، فلا يمكن لدولة ما سواء كانت متقدمة أو نامية أن تستقل باقتصادها عن بقية دول العالم. وبفعل التقدم الصناعي والتكنولوجي وتطور سبل المواصلات البرية والبحرية والجوية، إضافة إلى سرعة الاتصالات بين الدول بواسطة الأقمار الصناعية والتلكس والفكس والسويفت (SWIFT) والانترنت، وظهور المؤسسات الدولية التي تعمل في مجال النقد والتمويل والتنمية الاقتصادية وعولمة الاقتصاد والأسواق الدولية، أصبح العالم بمثابة قرية صغيرة وسوق دولي واحد. هذه العوامل مجتمعة ساهمت في الزيادة من حجم وتدفق المبادلات الدولية وتتنوعها، وأصبحت التجارة الدولية عملية معقدة تمس قطاعات اقتصادية كثيرة ومتشعبة وتتدخل فيها عديد الأطراف، وتشابكت فيها المصالح المتضاربة وفسحت المجال لظهور العديد من المخاطر والصعوبات، ذلك أن التعاملات الدولية غالبا ما تتم دون تعارف بين الأطراف وتبرم العقود بين غائبين في جو يسوده الخوف والتردد، نظرا للبعد المكاني بين المصدر والمستورد وصعوبة التقيانها شخصيا، مما يجعل نسبة ودرجة الثقة والاطمئنان تقل بينهما.

ومعلوم أنه من غير الممكن في مجال التجارة الدولية أن يكون التعامل على أساس الثقة فقط، نظرا لكثرة المخاطر سواء كانت تتعلق بالمتعاملين أنفسهم كامتناع المتعهد مقدم العرض عن توقيع العقد بعد أن رست عليه الصفقة أو عدم رد المقاول أو المورد للدفعات المقدمة له، أو كانت راجعة لعوامل أخرى تخرج عن إرادة الأطراف، نتيجة للتباعد الجغرافي والتشريعي وبفعل التقلبات الفجائية وعدم الاستقرار السياسي والاقتصادي مما يتسبب في عدم تنفيذ الالتزامات أو سوء التنفيذ أو التأخر فيه.

وأمام كل ذلك تضاءلت قيمة التأمينات التقليدية التي كان يقدمها الملتزم للمستفيد، حيث اعتبرت الكفالة في وقت سابق بأنها التقنية القانونية المطلوبة كضمان للتنفيذ، إلا أنها على صعيد التجارة الدولية لم تعد كذلك، نظرا للصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل الذي يمكنه التمسك في مواجهة الدائن بالدفع الممنوحة للمدين وأن يناقش في مدى صحة التزام هذا الأخير، مما أدى إلى استبعاد التعامل بالكفالة في المجال الدولي، حيث تم اللجوء إلى الوديعة النقدية

التي تعتبر صورة من صور التأمينات العينية، وبموجبها يحوز الدائن نقود المدين حيابة فعلية تسمح له بالضغط عليه والحصول على حقه بأسرع الطرق، غير أن هذا التأمين النقدي يبقى مودعا دون استغلال مما يؤدي إلى حرمان المودع من جزء هام من رأسماله مجمدا دون استثمار لمدة طويلة بغض النظر عما قد يتحمله من صعوبات لاستعادته.

من هنا أصبح الاهتمام حثيث ومحاولة البحث عن الحلول القانونية البديلة يشغل بال المتعاملين والباحثين والمشرعين على المستويين الوطني والدولي، بغرض التصدي للمشاكل المرتبطة بالتجارة الخارجية.

ونتيجة لذلك لجأ المتعاملون إلى البنوك التي تقبل أن تأخذ على عاتقها تقديم البديل عن إيداع التأمينات النقدية بموجب نوع من الضمانات البنكية يوفر للدائن الأمان والسهولة في الاقتضاء، كما يجنب المدين المصدر من تجميد مبالغ مالية هو في أمس الحاجة إليها، وهي ضمانات مستقلة عن العقد الأصلي المبرم بين المصدر والمستورد، حيث تطورت منذ عدة عقود تحت تسمية "الضمانة المستقلة" أو "الضمانات لدى الطلب" أو كما هو متعارف عليه لدى أغلب الدول العربية بـ "خطاب الضمان"، وهذه التسمية الأخيرة هي المعتمدة في هذا البحث.

وتمثل هذه التقنية أحد أشكال تعهد البنك الموجه لضمان تنفيذ التزام أو أكثر لزبون البنك يسمى "العميل الأمر" تجاه شخص ثالث يسمى "المستفيد"، وما يفرقها عن الكفالة أن التزام البنك الناشئ عن هذا التعهد هو التزام مباشر، أصلي ومستقل وليس تابع لالتزام العميل الأمر تجاه المستفيد، وهو يستعمل بشكل واسع في العلاقات التجارية الدولية.

وعليه فإن خطاب الضمان هو تقنية ائتمان حديثة أوجدته الحاجة بمناسبة التعاملات التجارية الدولية والممارسات والأعراف المصرفية واتفاق الأطراف، وقد نشأ وتطور في ظل فراغ قانوني وانتشر التعامل به من طرف البنوك العالمية في عديد المجالات أمام تراجع دور الضمانات التقليدية، سواء التأمينات العينية أو الشخصية بسبب ما يطبعها من تعقيد وبطء في إجراءات التنفيذ وعدم توافقها مع متطلبات التجارة السريعة والدولية خصوصا، وأصبحت هذه الآلية تلعب دورا فعالا في تسهيل إتمام إبرام الاتفاقات وبالتالي في تشجيع وازدياد حركة التجارة الدولية، من خلال توفير الثقة والاطمئنان بين المتعاملين، وذلك بسبب المرونة والتلقائية التي يتميز بها تنفيذها.

ويصدر خطاب الضمان لتسهيل مختلف التعاملات عموما وبمناسبة المناقصات الدولية (كعقود توريد الأجهزة والبضائع أو العقود الإنشائية لإنجاز مختلف الهياكل والمجمعات الصناعية والسكنية والسياحية وغيرها)، بواسطة البنك، بناء على طلب من عميله المصدر سواء كان بائعا

أو مقاولاً أو مقدم خدمة، لصالح المستفيد سواء كان مستورد بضاعة أو صاحب مشروع الإنجاز أو المستفيد من الخبرات والمهارات، وفق مبادئ محددة بقصد الحفاظ على حقوق هذا الأخير لكي يقبل التعاقد مع الطرف الآخر، طالما أن طرفي العقد يقيمان في بلدين مختلفين، علماً أن مصالح البائع تضمنها الاعتماد المستندي. بالتالي فإن هذه التقنية تنشئ نوعاً من التوازن بين مصالح الطرفين، وهي تعتبر من أهم العمليات الائتمانية المصرفية الغير مباشرة، الناشئة عن مجرد توقيع البنك استناداً إلى سمعته الدولية ومركزه المالي والثقة التي يتمتع بها مما يكسبها قوة ائتمانية كبيرة، إضافة إلى ما تتمتع به هذه الآلية من خصائص ومميزات تجعلها تتفوق على التأمينات الأخرى، وأهمها خاصية الاستقلالية التي تميز التزام البنك الضامن تجاه المستفيد.

وعليه يمكن القول أن خطاب الضمان هو تعهد محرر صادر عن البنك بناء على طلب من عميله الأمر يلتزم بمقتضاه بأن يدفع للمستفيد مبلغاً نقدياً معيناً أو قابلاً للتعيين عند أول طلب من الأخير، دون إمكانية الاحتجاج بالدفع المستمدة من العلاقات الأخرى، وبالرغم من أي اعتراض قد يصدر من جانب العميل.

والمستفيد الذي يسعى إلى ضمان حقوقه بالطريقة الأسهل والأقل تكلفة، عادة ما يشترط على العميل المتعاقد معه أن يتم إصدار خطاب الضمان من بنك محلي في بلده، لذلك يقوم العميل الأمر بتكليف بنكه الأجنبي في الخارج بالاتصال بأحد فروع أو بنكه محلي في بلد المستفيد ليقوم بإصدار الضمان المطلوب مباشرة لصالح المستفيد، مقابل تغطيته عن طريق ضمان مقابل يصدره البنك الأجنبي لصالح البنك المحلي.

ونظراً للأهمية الكبيرة لخطاب الضمان في تيسير التبادلات الدولية، وانتشاره القوي في المجال التجاري، وبفعل الإقبال المتزايد على التعامل به، فقد بذلت جهود حثيثة ومحاولات مستمرة على المستوى الدولي لإيجاد إطار تنظيمي موحد يحدد أحكام التعامل بهذه الوسيلة. ونجحت غرفة التجارة الدولية بباريس في الوصول إلى ذلك، من خلال إصدار عدة مجموعات من القواعد الدولية الموحدة لتنظيمه، كما قامت لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة بتبني اتفاقية دولية تتعلق بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

وتبعاً لذلك، قامت بعض الأنظمة القانونية بتبني مبادئ خطاب الضمان في تشريعاتها الوطنية كألمانيا ومصر والكويت والإمارات ودول أخرى، كما أدخلها المشرع الفرنسي في القانون المدني في تعديل 2006 بالمادة 2321 تحت عنوان "الضمانة المستقلة".

وعلى غرار الدول التي امتنعت عن سلوك هذا الطريق رغم أن التعامل به فيها أصبح مألوفا واعتياديا، فإن المشرع الجزائري وبالرغم من الإشارة البسيطة بالمادة 68 من الأمر 03-11 المعدل والمتمم المتعلق بالنقد والقرض، ومن خلال بعض الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض لبنك الجزائر، والتطرق إلى بعض الأنواع من الضمانات التي أطلق عليها تسمية الكفالة البنكية في القانون 79-07 والمتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم، وفي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أن خطاب الضمان لم يحظى بتنظيم خاص، فالقانون التجاري الجزائري لم يتكلم عن عمليات البنوك عموماً، بل اكتفى بالإشارة إليها بالفقرة رقم 13 من المادة الثانية التي تحدد الأعمال التجارية وذكر من بينها الأعمال المصرفية.

وإزاء عدم وجود تنظيم يوضح الأحكام المتعلقة بعمليات البنوك في الجزائر ومن بينها خطاب الضمان، فإنه يظل خاضع لقواعد العرف المصرفي والعادات التجارية التي درجت البنوك عليها في تعاملاتها فيما بينها أو بينها وبين عملائها، وهي لا تكاد تختلف في الواقع عن الدول الأخرى التي وضعت قواعد تشريعية لتنظيمه، لأنها في الغالب تستمد مصدرها من الآراء الفقهية واجتهادات القضاء ومن القواعد والأعراف الدولية.

وعليه فإن موضوع هذا البحث يركز على دراسة خطاب الضمان البنكي الدولي اعتماداً على القواعد والأعراف الدولية الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس موضوع النشرة رقم 458 لعام 1992، المعدلة بالقواعد الجديدة موضوع النشرة رقم 758 لعام 2010 والمتعلقة بالضمانات لدى الطلب. بالإضافة إلى قواعد اتفاقية لجنة قانون التجارة الدولي التابعة للأمم المتحدة لعام 1995 ذات الصلة بالموضوع، وكذا بعض التشريعات المقارنة التي نظمتها، مع الاستعانة ببعض الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية بشأنه.

أهمية الموضوع:

لقد حقق التعامل بخطاب الضمان نجاحاً كبيراً في مجال التجارة الخارجية لما يوفره من ثقة وائتمان لدى الأطراف، بسبب المرونة والتلقائية التي يمتاز بها في التنفيذ، وأصبح تقديمه من الشروط الأساسية في مختلف العقود التجارية الدولية، ضماناً لتنفيذها على الوجه المتفق عليه. وقد ساعدت عدة عوامل في بروز هذا النوع من الضمان، يمكن ردها إلى ما يلي:

-تراجع دور التأمينات التقليدية سواء الشخصية أو العينية وعدم قدرتها على مسايرة التطور الذي أصبح يفرضه واقع المعاملات التجارية الدولية، خصوصا مع بروز الشركات متعددة الجنسيات ودخولها في عدة علاقات تعاقدية، مما أدى بالمتعاقدين معها إلى اشتراط هذا النوع من الضمانات الذي يلعب دورا أساسيا في الصفقات الدولية كونه يقلل من مخاطرها، ويوفر مناخ تسوده الثقة والطمأنينة القانونية المطلوبة للمستثمرين ورجال الأعمال.

- يعد خطاب الضمان من أهم عمليات الائتمان التي تمنحها البنوك لعملائها تلبية لحاجات اقتصادية وتجارية باعتباره أداة فعالة لتسهيل التعاملات، وحل المشاكل المختلفة سواء المتعلقة بالقدرات المالية والمهنية أو طبيعة السلعة التي تعتبر موضوع التعامل، حيث يغني العملاء عن إيداع الأموال المطلوبة لدى الجهة المستفيدة والتي ترضى به بدلا عن التأمين النقدي، كما يفيد البنك في اقتضاء عمولة بمجرد قيامه بإصداره ويحقق له أرباحا، وهذا من شأنه أن يسهم في تنشيط الدورة الاقتصادية ككل وزيادة حجم التبادلات والاستثمارات الدولية.

-أما من الناحية القانونية فإنه لم يحظى بدراسات وافية، ولم تتول أغلب التشريعات تنظيمه، كما أن غرفة التجارة الدولية لا زالت تبذل جهودا حثيثة من أجل محاولة تطوير القواعد الدولية الموحدة لهذه الضمانات، مما أدى إلى وجود اختلافات حول تكييفه وتحديد طبيعته القانونية. من هنا يظهر أن موضوع البحث بحاجة إلى تفصيل وتمحيص، وبالتالي جاءت هذه الدراسة لتلبي حاجة ملحة على الصعيدين القانوني والعملي.

وتزداد هذه الأهمية وضوحا بالنسبة للجزائر كدولة نامية، تركز تجارتها الخارجية على الاستيراد أكثر منها على التصدير، وأن أغلب تجارها مستوردون ينبغي عليهم التعامل بهذه الوسيلة الهامة حفاظا على حقوقهم. وبالتالي فإن دراسة خطاب الضمان وتقصي حقيقته ومعرفة أحكامه يمكن المتعاملين مع البنوك من تحري جميع بنوده من خلال توخي الدقة في تحرير العقود الممهدة لإصداره والتأكد منها، إذ يفترض أن يكون التجار والبنوك على دراية بكيفيات إصداره والتعامل به وحدود تنفيذه، خصوصا أن آثار هذا التنفيذ لا تقف عند مديونية أحد أطراف العملية، بل إن الدولة أيضا معنية بتوفير العملات الأجنبية اللازمة لتغطية ما يجري استيراده باستخدام هذه التقنية من قبل البنوك العاملة على إقليمها والخاضعة لقانونها الوطني.

أسباب اختيار الموضوع:

بداية وقبل التطرق للأسباب الذاتية والموضوعية والتي دفعت إلى الكتابة في الموضوع، ينبغي الإشارة إلى أن اختيار "خطاب الضمان والتجارة الخارجية" كعنوان لهذه الدراسة يرجع أساسا إلى طبيعة نشأته الدولية وتزداد الحاجة على طلب استصداره أكثر في التجارة الخارجية، وأن أغلب الدول ومن ضمنها الجزائر لم تدخله ضمن قوانينها الداخلية، كما أن جل الدراسات التي تطرقت إلى هذا الموضوع تناولت "خطاب الضمان الدولي" بصفة مقتضبة جدا باعتباره أحد أنواع خطاب الضمان وتفرعا له، مع أنه يمثل الأصل والجانب الأهم في القواعد والأعراف الدولية.

من بين الأسباب الذاتية التي دفعت إلى اختيار الموضوع ما يلي:

– الرغبة الشخصية في دراسة العمليات المصرفية والمستخدمة خصوصا في التجارة الخارجية.
– محاولة المشاركة في الكتابة في مثل هذه الموضوعات الهامة، والمساهمة في إثراء المكتبة القانونية ولو بجزء بسيط.

– يبدو جليا أن هناك التباس وخط بين الكفالة البنكية وخطاب الضمان في العمل لدى الكثير من المتعاملين والبنوك وحتى لدى بعض القضاة، حيث يلاحظ اعتماد بعض القضاة في المحاكم الجزائرية على تطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بالكفالة على هذا النوع من الضمانات. ورغبة منا في رفع هذا الالتباس والذي نرجو أن يكون مرجعا يستفاد به، ويساعد القضاة للتعرف أكثر على خطاب الضمان نظرا لغياب تنظيم تشريعي له. ولعل ما شد الباحث إلى هذا الموضوع وأثار الفضول بداخله هو الجزئية المتعلقة بالتزام البنك المستقل والنهائي تجاه المستفيد وتأثير ذلك على انتشار التعامل بهذه الآلية.

أما الأسباب الموضوعية فترجع إلى ما يلي:

– تعتبر أهمية خطاب الضمان والحاجة الملحة إليه في مختلف مجالات التجارة الخارجية، من أهم الأسباب التي جعلت الباحث يختار الكتابة في هذا الموضوع، محاولة لجمع شتاته وتأصيله، نظرا لعدم وجود دراسة شاملة ووافية حوله.

– السعي الحثيث للسلطات الجزائرية في سبيل استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر خارج قطاع المحروقات لما يوفره من تنمية مستدامة من خلال إنجاز مختلف المشاريع، وهذه الأخيرة يتوقف نجاحها على نجاح الصفقات المبرمة لتحقيقها والتي أصبحت لا تتم إلا في ظل اشتراط تقديم خطابات الضمان.

- ومن بين الأسباب أيضا أن المشرع الجزائري لم يضع إطارا قانونيا يحكم العمليات البنكية عموماً وخطاب الضمان على وجه الخصوص، بالرغم من أنه يستخدم من الناحية العملية بكثرة في مختلف البنوك، حيث يحكمه العرف المصرفي والقواعد الدولية الموحدة، وهذا الوضع يفسح المجال لإعمال إرادة الأطراف في إطار العرف الجاري العمل به والمبادئ القانونية العامة، بالإضافة للغموض الذي يكتنف طبيعته وعدم دقة المصطلحات المستعملة بشأنه، خاصة وأن عبارة الكفالة البنكية في الواقع تتردد أكثر من خطاب الضمان ويرجع ذلك لعدم التمييز بينهما رغم اختلافهما، وهذا الوضع يتطلب دراسة ماهيته وأحكام التعامل به والكشف عن آلياته القانونية والتقنية من خلال القواعد الدولية الموحدة وتشريعات بعض الدول التي قامت بتنظيمه.

- ولعل ما يدعو أكثر لدراسة خطاب الضمان هو ما نشهده من غياب واضح لاهتمام الباحثين الجزائريين بهذا الموضوع البارز، الذي يحقق فائدة عملية للاقتصاد المحلي والدولي، خاصة ما يلاحظ من شح المكتبات وافتقارها لمؤلفات جزائرية بشأنه، كما أن الكتابات العربية والأجنبية في هذا المجال أغلبها كتابات مختصرة في عرضها، جعلت فرضا على الباحثين تطويرها لاسيما إذا كانت ضمن بحث علمي تحت نظر المتخصصين.

- بالإضافة لما سبق، فإن التطبيقات والسوابق القضائية قد أتت شحيحة جداً بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن خطاب الضمان على وجه الخصوص، ولعل مرد ذلك الشح إلى تفضيل البنوك إلى حسم وحل منازعاتهم مع عملائهم والغير بواسطة التحكيم والتسويات الودية بعيداً عن ساحات المحاكم، نظراً لما يترتب عن اللجوء للمحاكم من إجراءات معقدة وطول أمد النزاع.

أهداف الدراسة:

- لكل بحث أهدافاً سامية يسعى الباحث إلى تحقيقها وتتلخص أهداف هذه الدراسة فيما يلي:
- التعرف على خطاب الضمان وأهميته العملية وطبيعته القانونية، بهدف مساعدة المتعاملين في التجارة الخارجية سواء في الجزائر أو خارجها، من أجل الاستعمال الأحسن للضمانات البنكية بمناسبة علاقاتهم في ميدان الأعمال.
 - تبسيط المفاهيم لدى المتعاملين لتمكينهم من تجنب الخلط بين خطاب الضمان والعمليات الأخرى التي قد تشته به مثل الكفالة والاعتماد المستندي وخطاب الاعتماد الضامن.
 - توضيح مزايا خطاب الضمان بالنسبة للأطراف لتمكينهم من الاستفادة منها، والإشارة إلى بعض المسائل التي قد تعترض تنفيذه أو المخاطر المرتبطة به من أجل تقييدها.

- بيان عناصر وصور إصدار خطاب الضمان الدولي وأنواعه وآثاره وإجراءات تنفيذه وانقضائه، لتمكين المتعاملين من مصالح عمومية أو شركات أو رجال أعمال وبنوك من تحري بنود العقود التي لها علاقة بإصدار هذا النوع من الضمانات والتأكد منها قبل الدخول في علاقات تجارية.
- محاولة جلب انتباه المتعاملين إلى الأخطاء المعتادة التي يمكن أن تضر بحسن سير عملية إصدار خطاب الضمان من أجل تقيدها.
- كما تتضح حاجة المكتبة القانونية والمهتمين بالمجال القانوني على مختلف مستوياتهم لمثل هذه الدراسات المتخصصة في المجال المصرفي والذي يشهد تحولات هامة، ويلاحظ ذلك من خلال التعديلات المتتالية لقانون النقد والقرض والقوانين ذات الصلة مثل قانون الاستثمار وقانون الصفقات العمومية.
- إضافة للأهداف العلمية سألغة الذكر، نتوخى تحقيق أهداف عملية تتمثل خصوصا في استفادة الموظفين بالقطاع المصرفي عموما من هذا البحث، لاسيما وأن تطور أي قطاع مرهون بكفاءة العاملين فيه، كما نأمل أيضا لفت نظر المشرع الجزائري إلى مختلف المسائل التي يثيرها خطاب الضمان ومحاولة الخروج باقتراحات تفيده في حالة ما إذا قرر تنظيمه مستقبلا.

الدراسات السابقة:

أثناء الاطلاع على مراجع هذه الدراسة لوحظ أن الكتابات التي تناولت الموضوع شحيحة جدا، فلم يتم العثور حسب ما تم التوصل إليه من مراجع قديمة وحديثة أية دراسة أو أطروحة شاملة لكافة جزئيات البحث. ومن بين الدراسات التي تحدثت عن الموضوع تم اختيار أطروحتين كما يلي:

خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها:

هي أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، من إنجاز راضية أمقران، تحت إشراف الدكتور الغوثي بن محلة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2013. جاءت هذه الأطروحة في بابين من (300) صفحة، تحدثت عن خطاب الضمان عموما من الوجهة القانونية، وباعتباره معاملة مستحدثة قامت بتصويره من خلال بيان مفهومه وأحكامها القانونية في (136) صفحة، مقارنة في ذلك بين نظرة الشريعة ونظرة القانون الوضعي.

وتناولت الجانب الشرعي لخطابات الضمان من خلال عرض تكييفاتها الفقهية، وذلك من أجل التوصل إلى بيان حكمها الشرعي ومن ثم محاولة عرض البديل الشرعي المناسب. ورغم ما أبدعته في أطروحتها من بيان لخطاب الضمان عموماً بقسميه الداخلي والدولي، إلا أنها تركت بعض الجزئيات المتممة للفائدة في موضوع خطاب الضمان الدولي، وبعض النقاط المهمة لا بد من الحديث عنها.

المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي:

أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، من إعداد فهيمة قسوري، تحت إشراف الدكتور شيتور جلول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، نوقشت بتاريخ 2014/05/14.

تتمحور هذه الدراسة حول المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي باعتباره ضماناً قانونية للأطراف المتعاقدة في إطار البيوع الدولية، وقد تم اختيار هذه الأطروحة نظراً لعلاقتها بموضوع الدراسة حيث يبدو أن هناك أوجه تشابه بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي والتي يمكن حصرها في النقاط الآتية:

- أن كلاهما كأصل عام يمثل علاقة قانونية ذات ثلاثة أطراف هم: البنك، والعميل الأمر، والمستفيد، وهما من ابتكار الممارسات والعرف المصرفي لتسهيل المعاملات التجارية الدولية من جهة، ولحماية أطراف العلاقات التعاقدية من جهة ثانية.

- أن كلا من الاعتماد المستندي وخطاب الضمان يعتبران من العمليات الائتمانية المصرفية الغير مباشرة التي تتم بمجرد توقيع البنك.

- كما يبرز القاسم المشترك بينهما أساساً في استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد وكفايته الذاتية بالنسبة لخطاب الضمان عموماً وكذا بالنسبة لحالة الاعتماد المستندي البات.

ولعل هذين الأطروحتين تعتبران من أهم الدراسات التي تتعلق بهذا الموضوع والتي تناولت بالبحث والدراسة بعض الجزئيات منه وبشكل مختصر، وتبقى بعض الجوانب الأخرى ضرورية لأن تضاف لهذا الموضوع بمزيد من البحث والتنقيب.

الإشكالية:

إن المتمعن في واقع المعاملات التجارية والمالية المعاصرة يلاحظ ازدياد الطلب على استصدار خطاب الضمان، الذي يعرف انتشارا واسعا وصار يحتل مكان الصدارة في تأمين مختلف المعاملات، فلا تكاد تخلو أي صفقة دولية من اللجوء إلى التعامل به، حيث أصبح يسهم في تنشيط حركة التجارة الخارجية وزيادة حجم التبادلات وتدفعاتها، لما يوفره من ثقة وطمأنينة لدى الأطراف وتسهيل إجراءاتهم التعاقدية وإزالة المخاطر وصيانة الحقوق، بفعل ما يتميز به من بساطة ومرونة وتلقائية في التنفيذ.

وعلى الرغم من أهمية خطاب الضمان في الحياة القانونية والعملية، إلا أن الإشكالات التي يثيرها في العمل عديدة، من بينها مسألة تحديد مفهومه وطبيعته القانونية والتي تعترضها صعوبات كثيرة، نتيجة لحدائته ونشأته العرفية وقلّة التشريعات المنظمة له، وعدم استقرار الفقه والقضاء المقارن على موقف موحد بشأنه، مما قد يتسبب في إصدار أحكام قضائية قد لا تتفق مع جوهره، خصوصا في الدول التي لا تتضمن تشريعاتها نصوصا خاصة تنظمه كما هو عليه الوضع في الجزائر، لاسيما مع شح الدراسات وندرة الاجتهادات القضائية بشأنه. يضاف إلى ذلك ما يلاحظ من ضعف وعي قانوني لدى الكثير من رجال الأعمال والمقاولين عما يترتب عن خطاب الضمان من مخاطر قد تهدد مراكزهم المالية إذا فشل أحدهم في إنجاز العملية التي صدر من أجلها.

لكل ما سبق ذكره، فإن الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة تتمحور حول:

ماهية خطاب الضمان الدولي وأحكام التعامل به في التجارة الخارجية.

هذه الإشكالية بدورها تنفرع إلى عدة تساؤلات تتم مناقشتها وهي على النحو الآتي:

- ما مفهوم خطاب الضمان؟
- فيما تكمن أهميته العملية في التجارة الخارجية وما هي طبيعته القانونية؟
- ما هي عناصر وصور إصدار خطاب الضمان الدولي وأهم أنواعه؟
- ما هي الآثار التي تترتب عن عملية إصدار خطاب الضمان؟
- كيف ينتهي خطاب الضمان والمسائل التي تعترض تنفيذه وأثر انقضائه؟

من خلال هذا البحث سوف نحاول الإجابة على هذه التساؤلات للوقوف على طبيعة الدور الذي يؤديه خطاب الضمان، خاصة وأن القواعد الدولية الموحدة تعالج جوانب معينة وتترك للتشريعات الداخلية تنظيم باقي المسائل التي لم يرد بشأنها نص. وهنا يطرح الإشكال الخاص بالقصور في مواجهة بعض الحالات لاسيما في الدول التي لم تنظمه في قوانينها الداخلية مثل ما هو عليه الحال في الجزائر.

إن ما سبق ذكره هو ما يدفع إلى بحث موضوع ماهية خطاب الضمان الدولي ودراسة أحكام التعامل به في التجارة الخارجية، لما لهذا البحث من أهمية قانونية وعملية للجزائر والدول العربية ولسائر الدول النامية.

الصعوبات المعترضة:

مما لاشك فيه أن هذه الدراسة كأى بحث علمي لا تخلو من مواطن الصعوبة والمشقة، ومن بين الصعوبات التي واجهتنا عند إنجاز هذا البحث ما يلي:

- عدم وجود نصوص قانونية تنظم خطاب الضمان في الجزائر، مما نتج عنه صعوبة الاقتباس والإمام بجميع النصوص ذات الصلة به كونها متناثرة بين عدة تشريعات.
- قلة الدراسات المتخصصة حول هذا الموضوع وحتى تلك التي تمكنا من الحصول عليها تميزت في غالبيتها بالسطحية والعموم، أما بالنسبة للمؤلفات الجزائرية التي تعنى بخطاب الضمان فهي تكاد تنعدم، ما عدا بعض الإشارات البسيطة وربما يرجع السبب في ذلك لحدثة الموضوع.
- ندرة الأحكام الصادرة في هذا المجال والتي كان من الممكن أن تُرسي العديد من المبادئ القضائية التي تُعين في فهم تطبيقات خطابات الضمان.

ومع ذلك فإن الدراسة الجادة تطلبت منا القيام بعمل ميداني لتدعيم الموضوع وهو ما نتج عنه صعوبة أخرى تتمثل في التعقيدات الإدارية وعدم تعاون بعض المسؤولين في بعض البنوك بتزويدنا بوثائق تعتبر مهمة بالنسبة لهذا البحث، وهو ما يبرر قلة الملاحق فيه.

ورغم الصعوبات التي واجهتنا، إلا أننا حاولنا التطرق لموضوع خطاب الضمان الدولي على ضوء ما تيسر الحصول عليه، بالتركيز على الجوانب القانونية بالشكل الذي يتلاءم مع الدراسة وإيجاد الحلول للإشكاليات المطروحة للوصول إلى الغاية المنشودة.

المناهج المتبعة في الدراسة:

لمعالجة الإشكالية وبالنظر لكثرة محاور هذا الموضوع وتشعبه، اعتمدنا في هذا البحث على المزج بين المنهجين الوصفي والاستدلالي التحليلي، والذين سهلا عملية جمع وتحليل النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية، بالإضافة إلى عرض مختلف الآراء الفقهية وموقف القضاء الجزائري ولو أنه يكاد يغيب في الموضوع.

ولقد تم استعمال المنهج الوصفي من خلال تصوير آلية خطاب الضمان عن طريق وصفه وإبراز خصائصه التي تميزه عن غيره من العمليات المصرفية والنظم التي قد تشبهه به، وبيان أهم العلاقات القائمة بين أطرافه وتحديد أهم أنواعه الأكثر استعمالا.

ومن أجل الوصول إلى تعريف دقيق لخطاب الضمان وتحديد طبيعته القانونية وأحكام التعامل به في التجارة الخارجية، اعتمد الباحث على المنهج الاستدلالي التحليلي، باعتباره يعتمد على التسلسل المنطقي في الأفكار، ينطلق من معطيات أولية وبديهيات مسلم بها ليصل إلى نتائج يستخلصها عن طريق التحليل والتركيب دون اللجوء إلى التجربة، وقد تم جمع المعلومات عن هذا الموضوع من خلال المؤلفات والكتابات ذات الصلة بالموضوع، وبالرجوع إلى القواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالضمانات لدى الطلب لاستنتاج الأحكام المتعلقة به، وتحليل بعض النصوص التشريعية المقارنة ومناقشة الآراء الفقهية، إضافة إلى الجوانب التطبيقية والمتمثلة في بعض القرارات القضائية تعزيزا للمواقف القانونية والفقهية وبيان مدى تطابقها معها.

ولما كانت المقارنة مفيدة بل ضرورية في مثل هذه المواضيع بين ما يجب أن يكون عليه وما هو كائن أو واقع، للوصول إلى تقويم وتحسين النصوص، فقد تطلب الأمر الاستعانة بالمنهج المقارن والذي يأتي في سياق البحث كأسلوب حتمي للمقارنة بين بعض الأنظمة وعلى رأسها النظام الفرنسي وأحيانا المصري، وقد تم التركيز على النظام الفرنسي لقربه الشديد من النظام الجزائري في استنباط ووضع النصوص القانونية وفي تنظيم العديد من المجالات الأخرى.

وفي سبيل تعزيز هذه الدراسة تمت الاستعانة من الناحية العملية بزيارات ميدانية لبعض البنوك التجارية، قصد إجراء مقابلات مع مسؤوليها من أجل معرفة كيفية تعاملها بتقنية خطابات الضمان وتوضيح كيفية وضعها حيز التطبيق، والتعرف على أهم المشاكل العملية التي تعترضها، مع محاولة تحصيل بعض النماذج المتعلقة بها.

خطة الدراسة:

تماشياً مع إشكالية البحث، ارتأينا أن يكون تقسيم الموضوع تقسيماً ثنائياً يتضمن بابين، قبلهما مقدمة وبعدهما الخاتمة، حيث اشتملت المقدمة على عرض للموضوع وأهميته وأسباب اختيار الكتابة فيه وأهداف البحث وإشكالية الدراسة، بالإضافة للمناهج المتبعة والتقسيم. خصص الباب الأول لبيان ماهية خطاب الضمان الدولي من خلال التطرق إلى مفهومه وإبراز أهميته العملية وتحديد طبيعته القانونية في فصل أول، والتطرق إلى عناصره وصور إصدار خطاب الضمان الدولي وأهم أنواعه في فصل ثان.

وكرس الباب الثاني لدراسة أحكام التعامل بخطاب الضمان الدولي من خلال فصلين، خصص الفصل الأول لشرح آثار خطاب الضمان ببيان العلاقات الناشئة والالتزامات المترتبة عن عملية إصداره مع إبراز استقلالية التزام البنك وأثر غش المستفيد عليها. وتناول الفصل الثاني طرق انقضاء خطاب الضمان وأثره.

وأنهينا البحث بخاتمة تم تضمينها النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة مع تقديم الاقتراحات التي خرجنا بها.

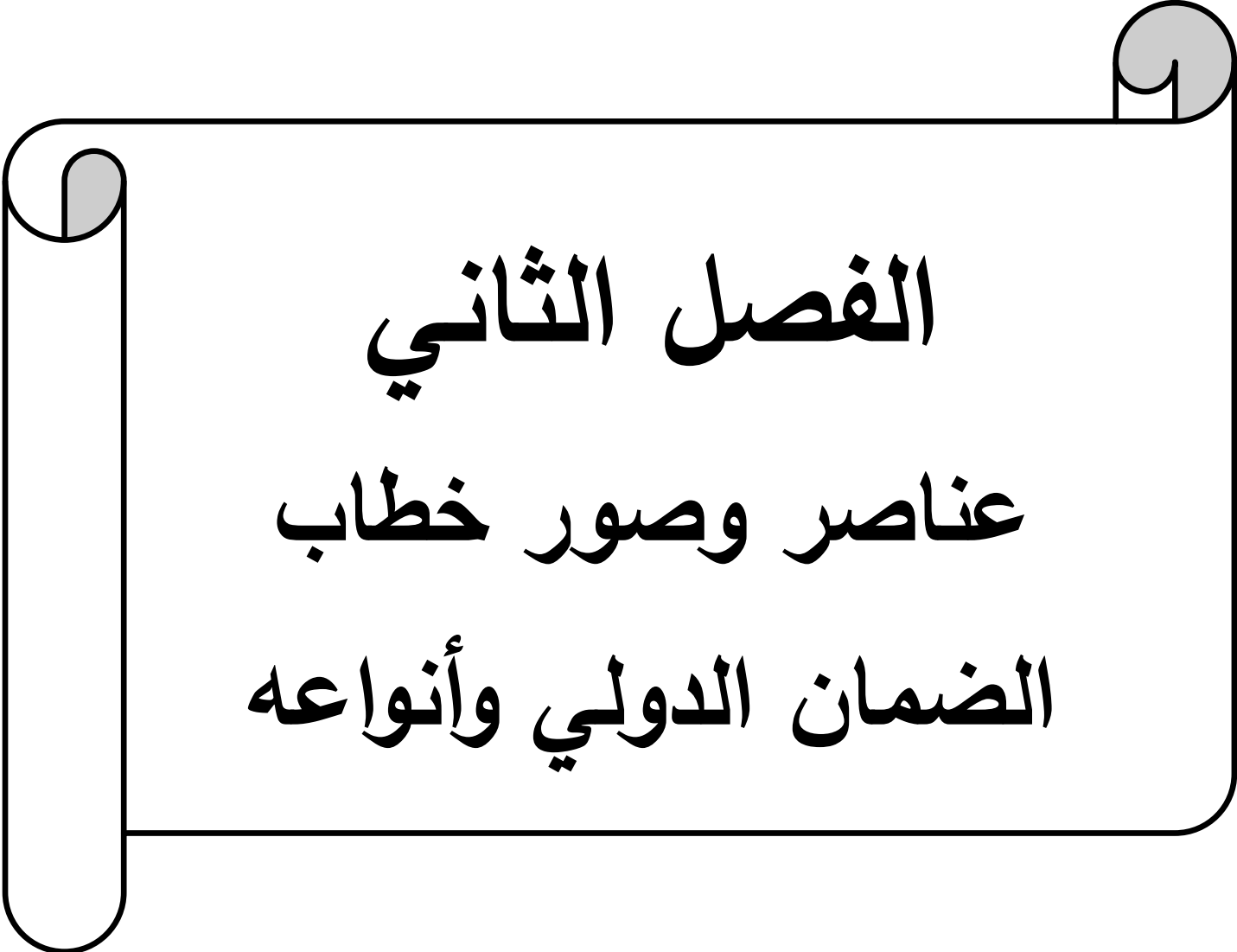
الباب الأول

ماهية خطاب الضمان الدولي

الفصل الأول

مفهوم خطاب الضمان،

أهميته وطبيعته القانونية



الفصل الثاني

عناصر وصور خطاب الضمان الدولي وأنواعه

تمهيد وتقسيم:

رغم أهمية خطاب الضمان في التجارة الخارجية وما يعرفه من انتشار بسبب دوره الفعال في تسهيل التعاملات الدولية، إلا أن مفهومه يبقى يشوبه نوعا من الغموض، نظرا لحدائته نشأته وقلة التشريعات المنظمة له، حيث ظهر تحت ضغط الحاجة العملية وبعيدا عن يد المشرع الوطني. ويحقق خطاب الضمان مزايا عديدة لأطرافه خصوصا بالنسبة للمستوردين حيث يمثل حماية أكيدة لهم للحفاظ على حقوقهم¹، وهو ما جعله يحظى بالقبول الواسع على المستوى الدولي. ولما كانت نشأته عرفية نتيجة للممارسات التجارية والعرف المصرفي²، فقد ثار خلاف فقهي وقضائي حول تحديد طبيعته القانونية.

ويتم إصداره في شكل محرر بصيغة واضحة تتطلب توافر بعض العناصر والبيانات الأساسية، وتختلف صور إصدار خطاب الضمان الدولي بحسب تغير المراكز القانونية للشخص المقيم أو غير المقيم بين أن يكون في مركز العميل أو المستفيد.

ونظرا لأن الحاجات العملية التي يتطلب فيها تقديمه لا تقع تحت حصر، فإن أنواعه متعددة ومختلفة، غير أن ما يجمع بينها هو أنها في نظر المتعاقدين تحل محل التأمين النقدي الذي كان يجب أن يودع لدى الجهة التي طلبته والتي ارتضت بدلا منه خطاب الضمان.

وعليه ما مفهوم خطاب الضمان التي وضعت أسسه الممارسة التجارية ومن ثم حاولت بعض المنظمات والتشريعات الوطنية تنظيمه؟ وفيما تكمن أهميته العملية التي أدت إلى انتشاره بهذا الشكل اللافت في أنحاء المعمورة بالرغم من عدم دخوله تشريع كل البلدان؟ وما هي طبيعته القانونية؟ وما هي أهم عناصره وصور إصداره وأنواعه الأكثر انتشارا في الممارسة؟

للإجابة على كل ذلك، ولغرض بحث ماهية هذا النوع من الضمانات، سوف يتم في البداية محاولة تحديد مفهوم خطاب الضمان، أهميته وطبيعته القانونية (الفصل الأول)، ثم التطرق إلى عناصره الأساسية ومن ثم عرض صور إصداره وتعديلاته وأهم أنواعه الأكثر انتشارا في الممارسة العملية (الفصل الثاني).

¹ -Hubert Martini et autres, Crédits documentaires lettres de crédit Stand-By cautions et garanties, Revue Banque, Paris, 2^eéd, 2010, P 376.

² -مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 80-81.

الفصل الأول

مفهوم خطاب الضمان، أهميته وطبيعته القانونية

يعتبر خطاب الضمان من العمليات المصرفية وأحد أشكال الائتمان الغير مباشر وبمجرد توقيع البنك والذي ابتكره العرف المصرفي¹ لمواجهة حاجيات المعاملات التجارية الدولية وتزايد المخاطر التي تصاحبها²، وكان ظهوره نتيجة للانتقال من سوق عالمي للبيع إلى سوق عالمي للشراء من جهة، وإلى تعقد وتشابك المبادلات الدولية من جهة أخرى³، وكانت بداية التعامل به في فرنسا خلال سنوات السبعينيات من القرن الماضي⁴.

وهو شكل من التعهد يصدر عادة عن البنوك بمناسبة العمليات الدولية للأعمال لأجل ضمان تنفيذ الالتزامات التجارية أو المالية للعميل المصدر أو المقاول⁵، واستطاع شيئاً فشيئاً أن يعوض التأمينات التقليدية بسبب مرونته وفعاليتها في التنفيذ الناتجة خصوصاً عن استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد⁶.

وعلى الرغم من أهميته والقبول الذي يحظى به، نظراً لما يوفره من ثقة وسرعة في تسهيل التعاملات، إلا أنه ونظراً لحدائته وعدم اكتماله تشريعياً لدى أغلب الدول وقلة الاجتهادات القضائية بشأنه، فإن معالمه لا زالت لم تكتمل من حيث الاستقرار على استعمال تسمية واحدة، أو صياغة تعريف موحد بشأنه، كما يوجد اختلاف في تحديد طبيعته القانونية، وهو ما جعله محل نقاش واسع بين فقهاء القانون وعلماء الاقتصاد وفي المحاكم ولدى غيرهم من المهتمين. ومن خلال هذا الفصل سوف يتم التطرق إلى مفهوم خطاب الضمان (المبحث الأول)، وإبراز أهميته العملية في التجارة الخارجية (المبحث الثاني)، وبحث طبيعته القانونية (المبحث الثالث).

¹ - مصطفى كما طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2006، ص 163.

² - Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND et Marie-Noell JOBARD-BACHELLIER, Droit des suretés, DALLOZ, Paris, 3^eéd, 2012, P 231.

³ - ROSSI TUTO, La garantie bancaire à première demande : pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta-édition, le montsur-Lausanne, PP. 27-33.

⁴ - Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Droit Bancaire, ECONOMICA, Paris, éd 2011, P 696.

⁵ - ج.ويبير - ر.روبلو، المطول في القانون التجاري، ج2، ترجمة علي مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2008، ص 609.

⁶ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire (Institutions-Comptes-Opérations-Services), Litec 8^eéd, P646.

المبحث الأول

مفهوم خطاب الضمان

لقد أصبح خطاب الضمان من الشروط الأساسية التي تنص عليها العقود الدولية، لمواجهة حاجيات المعاملات التجارية وتزايد المخاطر التي تصاحبها¹، كخطر عدم تنفيذ العقد أو تنفيذه تنفيذا لا يتطابق مع بنوده أو التأخر فيه، حيث أن الجهات العامة والخاصة المستوردة وقبل التعاقد مع أي جهة أخرى مصدرة، تطلب منها تقديم ضمانا صادرا من أحد البنوك المقبولة، ويكون من الناحية القانونية بمنزلة ضمان للتعهدات قبل وخلال فترة تنفيذ العقد وتكملة الالتزامات وفقا للطريقة والشروط المتفق عليها في العقد.

وللوقوف على مفهوم خطاب الضمان يظهر من المناسب التطرق إلى نشأته وتطوره (المطلب الأول)، وعرض أمثلة عن أهم التعاريف المعطاة له (المطلب الثاني)، ثم تبيان خصائصه وتمييزه عن العمليات المشابهة له (المطلب الثالث).

المطلب الأول

نشأة وتطور خطاب الضمان

مع التطور الاقتصادي وضخامة التعاملات وتنوعها على المستوى الدولي، والتي تتم بين أطراف في مناطق مختلفة من العالم لا يتعارفون فيما بينهم، فزادت بذلك درجة المخاطر الائتمانية مما يؤثر على درجة الثقة بين المتعاملين والتي تعتبر إحدى ركائز التجارة عموما. وللد من هذه المخاطر بدأ المتعاملون في مجال التجارة الخارجية يبحثون عن ضمانات فعالة لحماية مصالحهم قادرة على توفير جو يطمع الأمان والثقة في تعاملاتهم. وإذا كان العمل قد جرى في البداية على أن طلب الضمانات هو من الأمور التي تعتبر قاصرة تقريبا على البائعين أو الموردين الذين يخشون عدم وفاء المستوردين لهم بديونهم² من خلال تبني القواعد والأعراف المتعلقة بالاعتماد المستندي، والتي تم إصدارها من طرف الغرفة التجارية الدولية تحت ضغط المصدرين الذين كانوا أقوىاء ومسيطرين، واستمرت التبادلات التجارية ولفترة طويلة تتم تحت سيطرة سوق للبيع (المصدرين)³.

¹ - Manuella BOURASSIN et autres, Op.Cit, P 231.

² - بضراني نجاة، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع (الاعتماد بالقبول، الكفالة المصرفية، خطاب الضمان)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص 11.

³ - ROSSI Tuto, OP.Cit, PP. 27-33.

غير أن المعطيات الاقتصادية الجديدة التي أفرزها محيط التجارة الدولية¹، ومع تطور التبادلات الدولية التي أصبحت عملياتها أكثر تعقيدا وتشمل عقود الشركات وتوريد الآلات ومصانع "مفتاح باليد" والمشروعات السكنية والسياحية وغيرها، بالتالي فإن سوق التجارة ما لبث بعد ذلك شيئا فشيئا أن شهد انقلابا تدريجيا لميزان القوى في السوق الدولي لصالح المستوردين، فصار المستوردون على إثره بدورهم يشترطون على المصدرين تقديم ضمانات فعالة لتنفيذ هذه العمليات وضمانا لنوعية الخدمات التي يقدمونها، ولتغطية الخطر الناجم عن عدم قيام المصدرين بتنفيذ العقود المبرمة أو سوء تنفيذها أو التأخر في تنفيذها².

وهذا الأمر ليس حديثا تماما ولكنه ازداد أهمية وتطلبا، حيث تطورت الضمانات تدريجيا مروراً بالتأمينات التقليدية إلى أن ظهر ما يسمى بـ "خطاب الضمان"³.

في البداية كانت متطلباتهم تدور حول التأمينات الشخصية أو العينية ذاتها لتغطية الصفقة، غير أن هذه الأخيرة أثبتت عدم نجاعتها، بفعل تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي في الكفالة، ونفس الأمر بالنسبة لإيداع التأمينات النقدية أو العينية والتي وإن كانت فيها مصلحة للمستورد الدائن حيث تضمن له الأمان اللازم والسرعة في الحصول على المبلغ المودع، إلا أن ذلك يشكل عائق بالنسبة للمصدر ويتسبب في تجفيف موارده المالية⁴.

من جهة أخرى وفي إطار المعاملات الدولية فإنه يمكن للأطراف اللجوء إلى التأمينات العينية أو الشخصية إذا كانت علاقات هذه الدول مستقرة فيما بينها ونظمها القانونية متقاربة، إذ تؤدي هذه التأمينات وظيفتها بطريقة شبه طبيعية وخالية من المفاجآت. لكن إذا تخلفت هذه الظروف، فإن التأمينات التقليدية تصبح عاجزة تقريبا عن تجاوز حدود هذه الدول، كما أن عملية إيداع النقود أو الأوراق المالية لدى المستوردين أو لدى بنوكهم وإن كانت أكثر بساطة وسهولة في التنفيذ، لكن في واقع الأمر ما هي إلا شكل من أشكال الرهن الحيازي، وأن التجارة الدولية لا تميل إلى هذه الوسيلة العينية والتي تتبع فيها الأحكام القانونية للدول، مما يؤدي إلى صعوبة تحققها بسبب التعديلات التي تطرأ على تلك الأحكام⁵، إضافة إلى عدم تشابهها.

¹ - دريد كامل آل شبيب، إدارة البنوك المعاصرة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 2012، ص 210.

² - Hubert Martini et autres, OP.Cit, P 376.

³ - ROSSI Tuto, OP.Cit, P.37

⁴ - كروم السالك، النظام القانوني للضمانات البنكية المستقلة، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، 15 أكتوبر 2017م. منشور بالموقع الإلكتروني: www.droitentreprise.com. تاريخ الاطلاع: 2017/11/10، الساعة: 09:10.

⁵ - طالب حسن موسى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2011، ص 290.

ولأجل ضمان هذه الحماية وفقا لما يخدم مصالح جميع الأطراف، تم البحث في تطوير التأمينات التقليدية من خلال الممارسات التجارية والعرف والعادات المصرفية¹، حيث تم التوصل إلى ابتكار خطابات الضمان² لتغطية ثغرات الضمانات التقليدية، من خلال تدخل البنوك بصفة فعالة في هذا المجال، نظرا لسهولة التعامل معها عن طريق مراسليها أو فروعها المختلفة، ولما يتمتع به البنك من ثقة على أساس ملاءته المفترضة واهتمامه بتنفيذ التزاماته حفاظاً على سمعته ومكانته في السوق التجارية العالمية، وذلك بمنحه الائتمان عن طريق التوقيع لصالح عميله المصدر لتمكينه من الحصول على قبول المستورد التعامل معه، لأن مجرد توقيع البنك على خطاب الضمان هو ائتمان بذاته.

وعليه فإن بداية نشأة خطابات الضمان كانت عرفية نتيجة للممارسات التجارية على المستوى الدولي وساهمت في تطويرها المجهودات المبذولة من طرف الغرفة التجارية الدولية³، وهي تصدر بصورة عامة بمناسبة العقود الدولية (كعقود شراء الأجهزة والأدوات أو إنشاء المجمعات الصناعية أو السكنية أو السياحية وغيرها) بواسطة البنك، بناء على طلب المصدر أو المقاول لمصلحة المستورد أو صاحب المشروع وفق شروط محددة⁴، بقصد الحفاظ على حقوق الأخير طالما أن طرفي العقد يقيمان في بلدين مختلفين، علما بأن مصالح المصدر يضمنها الاعتماد المستندي، وبوجود آلية خطاب الضمان يتم إقامة نوعا من التوازن بين مصالح الطرفين.

إن عدم الثقة والحذر الذي أظهره المستوردون تجاه المصدرين الأجانب المتعاقدين معهم والذي قادهم إلى اشتراط تقديم خطاب الضمان صادر عن ضامن مهني وهو البنك، تم انتقاله بسرعة إلى بنوك المصدرين أنفسهم، فتباعد المسافات بين الأطراف الذي يميز العلاقات الدولية، جعلت الاتصالات معقدة ومن الصعب توفير الثقة في التعاملات بينهم، وعليه قام المستوردون بعد ذلك بإضافة اشتراط آخر وهو أن يكون خطاب الضمان صادرا عن بنك محلي في بلدهم والذي لا تربطه علاقة بالمصدرين الذين يجهلونهم، هذا البنك المحلي بدوره لن يقبل بأن يضمن هؤلاء المدنيين الأجانب الذين يجهلهم، إلا بشرط أن يكون هو نفسه مغطى من قبل بنوك هؤلاء

¹ - محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الإفلاس - عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2011، ص303.

² - مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص320-321.

³ - Manuella BOURASSIN et autres, OP.Cit, PP 231-232.

⁴ - علي البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، ج2 (العقود التجارية وعمليات البنوك)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 416.

المصدرين الأجانب¹ بواسطة ضمان مقابل يتضمن إجمالاً بنوداً مشابهة لبنود الضمان المباشر وهو يخضع للأحكام ذاتها، كونه يشكل أيضاً وفي أغلب الأحيان ضماناً لدى أول طلب².

المطلب الثاني

تعريف خطاب الضمان

الخطاب لغة هو من خطب يخطب خطاباً ومخاطبة، وهو الكلام بين متكلم وسماع، كما يطلق أيضاً على الرسالة المكتوبة. وجاء أيضاً "(الخطاب): الكلام؛ و-: الرسالة"³. يقال: خطب فلان إلى فلان فخطبه وأخطبه أي أجابه. والخطاب والمخاطبة: مراجعة الكلام، وقد خاطبه بالكلام مخاطبة وخطاباً، وهما يتخاطبان... وهو أن الخطبة اسم للكلام، الذي يتكلم به الخطيب⁴. لما في هذه المعاني جميعاً من كلام مفيد موجه من طرف إلى طرف آخر، فالخطاب: هو الكلام الموجه المفيد.

وقد ورد في معنى الضمان في القاموس المحيط، ضمن الشيء، و- به كعلم ضماناً وضمناً، فهو ضامنٌ وضمنٌ: كفله. وضمنته الشيء تضميناً، فتضمنه عني: غرمته فالتزمه⁵. بذلك يصبح معنى هذا المصطلح المركب اللغوي، الكلام أو الصيغة التي تفيد الالتزام.

أما بخصوص المصطلح ذاته، فإنه إذا كان العرف المصرفي والفقهاء والقضاء لدى أغلب الدول العربية وفي بعض تشريعاتها، قد تعارفوا على وصف الضمان الذي يلتزم بموجبه البنك بالاستقلال عن الالتزام الأصلي المضمون بتسمية "خطاب الضمان"⁶، فإن المصطلح المستخدم للدلالة على هذه العملية لا زال غير مستقر في كثير من الدول، حيث تستعمل في وصفه العديد من التسميات⁷، بداية بلفظ "ضمانة" والتي لا يمكن تجاهلها لكنها غير كافية لأنه يوجد أنواع مختلفة من الضمانات، ثم "الضمان التعاقدية"⁸ والذي ظهر أنه لا يستجيب أيضاً لأنها تسمية

¹ - Caroline HOUIN-BRESSAND, Les contres-garanties, Editions DALLOZ, Paris, 2006, P. 97.

² - Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Op.Cit, P 697.

³ - إبراهيم مذكور، المعجم الوجيز، ج 1، دار التحرير للطبع والنشر، القاهرة، 1989، ص 202.

⁴ - ابن منظور الإفريقي المصري (الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، 1990م، ص 361.

⁵ - الفيروز آبادي (مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ط1429هـ - 2008م، ص 982.

⁶ - علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية - في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 124.

⁷ - THIERRY BORNEAU, Droit bancaire, Lextenso édition, Paris, 8^eéd, 2009, P 511.

⁸ - القواعد الدولية الموحدة بالبنشرة 325 الصادرة عن (غ.ت.د.ب) في 20 جوان 1978 المتعلقة بالضمانات التعاقدية.

عامة جدا ومعظم الضمانات تعاقدية بما فيها الكفالة، ثم عبارة "ضمان بنكي" غير أن إصدار مثل هذه الضمانات ليس حكرا على البنوك وأن الكفالة أيضا تصدرها البنوك، وتسميته ضمانا دوليا إشارة إلى استخدامه في المعاملات الدولية، ثم الضمان المجرد¹ ولكنها تسمية مظلمة لأنه ومع أن التزام الضامن مستقلا فإن له سببا لإصداره، كما يستخدم "الضمان الآلي أو التلقائي"² إشارة إلى أنه ينفذ فوراً ولكن اللفظ يبدو أنه غير قانوني.

وفي الأخير يبدو أن التسميات التي تعبر بوضوح أكبر عن خصوصية هذا النوع من الضمانات هي مثل تلك التي يطلقها عليه المشرع الفرنسي بـ "الضمانة المستقلة" والتي تشير إشارة مميزة لخاصية استقلاليته، أو مثلما ورد بالقواعد الدولية الموحدة لغرفة التجارة الدولية (النشرة رقم 458 ثم النشرة رقم 758) وهي تسميتها بـ "الضمانات لدى الطلب"³. ولقد تم اعتماد في هذه الدراسة مصطلح "خطاب الضمان" جريا على الاستعمال الغالب في الدول العربية.

وتجدر الإشارة إلى أن معظم التعاريف بشأن خطاب الضمان تركز على عناصره الأساسية وأهم خصائصه⁴، وسوف يتم الاقتصار على عرض البعض منها انطلاقا من التعاريف الواردة في بعض التشريعات المقارنة (الفرع الأول)، ولدى الهيئات الدولية (الفرع الثاني)، ثم تعريفه من قبل الفقه والقضاء المقارن (الفرع الثالث).

¹ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، الإصدار الأول، 1429هـ - 2008م، ص 306.

² - ROSSI TUTO, Op.Cit, pp 21 - 22.

³ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Droit civil (Les suretés La publicité foncière), DALLOZ, Paris, 6° éd, 2012, PP. 250-251.

⁴ - أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1999، ص6.

الفرع الأول

التعريف التشريعي لخطاب الضمان

تضمنت بعض التشريعات المقارنة أحكاماً خاصة تضبط مقتضيات خطاب الضمان، بينما فضلت دول أخرى عدم تنظيمه بنصوص خاصة، فهو نشأ بفعل الممارسات ونتيجة لحرية إرادة المتعاملين، بعيداً عن المشرع ودفعت إليه الحاجة العملية، أكسبته بعض الخصائص المميزة¹. وعموماً فإن الدول التي نظمتها بإدخال نصوص في قوانينها التجارية وعمليات البنوك، والتي حاولت إعطاء مفهوماً دقيقاً لخطاب الضمان تظل قليلة، وركزت على عناصره الأساسية² والعلاقات الناشئة بينهم وما يترتب عليها من التزامات³، ولقد تم اختيار على سبيل المثال بعض القوانين العربية (أولاً) والقانون الفرنسي⁴ (ثانياً).

أولاً: تعريف خطاب الضمان من خلال بعض التشريعات العربية

عرف المشرع الإماراتي خطاب الضمان بأنه: "تعهد يصدر من المصرف الضامن بناء على طلب عميل له (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط، ما لم يكن خطاب الضمان مشروطاً إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله"⁵. وعرفه المشرع العراقي بأنه "تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه "الأمر" بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر "المستفيد" دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله"⁶.

¹ - سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية (دراسة مقارنة بالفقه)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009م، ص 39.

² - محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 2007، ص 224.

³ - عمر مصطفى جبر إسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 1430 هـ - 2009م، ص 206.

⁴ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، مرجع سابق، ص 329-333.

⁵ - المادة 414 من قانون المعاملات التجارية (1993/18) الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة.

⁶ - المادة 287 من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.

كما أن تعريفه من قبل المشرع الكويتي¹ بالمادة 382 من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 يكاد يكون مطابقا حرفيا بالنسبة للقانون العراقي².

أما المشرع المصري فقد عرفه بأنه³ "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الأمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة..."⁴.

ثانيا: تعريف خطاب الضمان في التشريع الفرنسي

نظمه المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني بموجب الأمر رقم 346-2006 المؤرخ في 23 مارس 2006 من خلال المادة 2321 منه، وأطلق عليه اسم "الضمانة المستقلة"⁵، وبهذا النص أصبح عقدا مسمى في القانون الفرنسي⁶، وتم تعريفه بأنه "تعهد يلتزم بموجبه الضامن، بناء على التزام صادر من طرف الغير، بأن يدفع مبلغ نقدي سواء لدى أول طلب أو تبعا لكيفيات متفقا عليها.

والضامن لا يلزم بالوفاء في حالة مطالبة المستفيد المنطوية على غش أو تعسف ظاهر أو تواطؤ هذا الأخير مع العميل الأمر.

لا يمكن للضامن إبداء أي اعتراض على الدفع مستمد من عقد الأساس.

لا يمكن أن يتبع هذا الضمان الالتزام المضمون إلا في حالة وجود اتفاق مخالف⁷.

وما يلاحظ على التعاريف المذكورة أعلاه، أنها متقاربة من حيث محاولة إبراز عناصر وخصائص هذه الآلية، غير أن التشريعات العربية تستعمل مصطلح "خطاب الضمان"، بينما يستخدم المشرع الفرنسي عبارة "ضمانة مستقلة" للدلالة طبيعة التزام الضامن المستقل⁸، مع الإشارة إلى الإضافة التي أوردتها والمتعلقة بحالة المطالبة المقترنة بالغش.

¹- أكرم ياملكي، القانون التجاري (دراسة مقارنة في الأعمال التجارية والتاجر والعقود التجارية والعمليات المصرفية والبيع

الدولية)، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، مكتبة الجامعة، الشارقة، ط1، 2012، ص 346.

²- إلياس ناصيف، العقود المصرفية (التحويل المصرفي-الحساب المشترك-الكفالة المصرفية)، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2014، ص 261 و 343.

³- رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الانتمائية في البنوك الإسلامية، دراسة مقارنة في القانون والفقهاء الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2013، 425.

⁴-المادة 355 فقرة 1 من قانون التجارة المصري رقم 17 بتاريخ 17 ماي 1999، ج.ر عدد 19(مكرر) في 01 أكتوبر 1999.

⁵ - Manuella BOURASSIN et autres, OP.Cit, P 232.

⁶-Konaté Madou, L'obligation d'information dans les suretés personnelles, Thèse doct en droit privé, sous direction de Kamel Saidi, Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, école doctorale sciences sociales, 2011-2012, P211

⁷ -Patrice Bouteiller et autres, L'exploitant de banque et le droit, RB REVUE BANQUE éd, Paris, 4^eéd, 2008, P233

⁸-Gael PIETTE, Droit des suretés (suretés personnelles et suretés réelles), Gualino lextenso éditions, 4^eéd, 2010, P72

أما في الجزائر، فإنه رغم انتشار التعامل بخطاب الضمان بين البنوك، إلا أنه لم يحظى بتنظيم خاص على غرار تشريعات العديد من الدول، فالقانون التجاري الجزائري الذي أجاز في مادته (624) لمجلس الإدارة في شركة المساهمة أن يأذن لرئيسه أو للمدير العام بإصدار الضمانات باسم الشركة إلا أنه لم ينظمها، كما أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ورغم تضمنه جملة من الضمانات المتعلقة بتسهيل تنفيذ الصفقات العمومية الدولية في عدة مواد، لكنها صيغت أحيانا بلفظ الكفالة وأحيانا أخرى بمصطلح الضمان¹، أي أنه لم يتناول بشكل صريح مصطلح "خطاب الضمان" والمتعارف عليه لدى الدول العربية.

ونفس الأمر بالنسبة لبعض الأحكام المتفرقة الواردة في قانون الجمارك الجزائري²، وبالتالي لم يتم التفريق بين خطاب الضمان والكفالة البنكية.

ومع أن بنك الجزائر قام بإصدار بعض الأنظمة المتعلقة بهذا النوع من الضمانات، من بينها النظام رقم 93-02 المؤرخ في 03 جانفي 1993 الذي أخضع إصدارها إلى إلزامية الحصول المسبق على ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى معترف به دوليا³، إلا أن الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، أشار إليه من خلال مادة واحدة وهي المادة 68 في فقرتها الأولى على أنه "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 ...".
ويعد النص ترجمة حرفية للفقرة الأولى بالمادة 313 من قانون النقد الفرنسي⁴. وواضح أن المقصود بالضمان الوارد به يختلف عن الكفالة أين يبقى التزام الكفيل تابعا للالتزام الأصلي⁵.

¹ المواد 38، 125، 128 و131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق 16

سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

² القانون 79-07 المؤرخ في 21 يوليو سنة 1979 والمتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10 مؤرخ في 22 أوت 1998، (ج ر عدد 61 بتاريخ 23 أوت 1998)، ثم بالقانون 17-04 المؤرخ في 16 فبراير 2017، ج.ر عدد 11 بتاريخ 19 فبراير 2017.

³ الفقرة الثانية بالمادة الثالثة من نظام 93-02 مؤرخ في 3 جانفي 1993، يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوستاء المعتمدين، ج ر عدد 17 بتاريخ 14 مارس 1993.

⁴ - L'article L313-1 du Code Monétaire et Financier Français stipule : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dan l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ... ».

⁵ المواد 644 و648 و666 و670 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم

بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 بتاريخ 26 يونيو 2005م.

والعمليات المذكورة فيه تدرج ضمن الائتمان المصرفي والذي يشمل صورتين، تتمثل الصورة الأولى في التمويل المصرفي وتشمل منح القرض أو فتح الاعتماد البسيط. أما خطاب الضمان فيدخل ضمن صورة الائتمان المصرفي غير المباشر¹، وهو من بين الالتزامات التي تنشأ عن مجرد توقيع البنك استنادا إلى مركزه المالي²، حيث يكون تدخل البنك بإعارة توقيعه لمنح الائتمان لأحد عملائه للحصول على قبول الطرف الآخر التعامل معه³. وبهذا الشأن فإننا نميل للرأي القائل بأن عدم تنظيمه بنصوص خاصة لا يعني عدم مشروعيته، فالعرف المصرفي وأحكام القانون المدني وقوانين أخرى يؤدون دورا في تنظيمه وبيان أحكامه⁴.

الفرع الثاني

تعريف خطاب الضمان من خلال الهيئات الدولية

بذلت غرفة التجارة الدولية بباريس مجهودات حثيثة لتوحيد الممارسات والأعراف الدولية المتعلقة بالضمانات، وقامت بإصدار عدة مجموعات من القواعد الدولية الموحدة⁵. وبدورها قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (United Nations On International Trade Law) بجهود والتي كللت عام 1995⁶ بوضع اتفاقية دولية خاصة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ودخلت حيز النفاذ عام 2000⁷، وهي تعرف بقواعد (الانسيترال UNCITRAL) اختصارا للأحرف الأولى من كلماتها وتعتبر قانونا نموذجيا تحتذيه الدول، يعالج الجوانب المختلفة للضمانات وما يتعلق بها⁸.

أولا: تعريف خطاب الضمان لدى غرفة التجارة الدولية

في عام 1978 أصدرت (غ.ت.د.ب) القواعد الموحدة المتعلقة بالضمانات التعاقدية⁹، ونصت مادتها الأولى على أن "هذه القواعد تنطبق على أي ضمان أو كفالة أو تأمين أو أي تعهد مشابه

¹ - هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994م، ص 199.

² - صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2009، ص 09-13.

³ - هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتجارة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص 413.

⁴ - رياض ناظم حميد، النظام القانوني لخطاب الضمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2015، ص 30.

⁵ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque, Paris, 4^oéd, 2009, P 214.

⁶ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 252.

⁷ - Gael PIETTE, OP.Cit, P 72.

⁸ - المادة 28 من اتفاقية الانسيترال المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لعام 1995. (نقلا عن محي

الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، ج2، النسر الذهبي للطباعة، يسرى حسن إسماعيل، دار السلام، ص979).

⁹ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 385.

أيا كانت تسميته أو وصفه (ضمان) يذكر فيه أنه خاضع للقواعد الموحدة لضمان العطاءات أو ضمان حسن التنفيذ أو ضمان الدفعات المقدمة (الضمانات التعاقدية) لغرفة التجارة الدولية (النشرة رقم 325) وتلزم بهذا الشكل كل أطرافها ما لم ينص على خلاف ذلك صراحة في الضمان أو في أي تعديل يلحقه¹.

وعرفت المادة الثانية منها هذه الأنواع الثلاثة، وأضافت بأن تعهد البنك يكون بناء على طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول آخر (الأصيل) أو معطى بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر طلب منه ذلك الأصيل (الطرف معطي التعليمات)، كما نصت على التزام الضامن بدفع المبلغ للمستفيد يكون في حالة إخلال العميل بتنفيذ التزاماته بموجب عقد الأساس، وهو ما تؤكد المادة التاسعة من ذات القواعد بأن طلب الدفع يكون خاضع لتقديم حكم قضائي أو قرار تحكيم يبرر المطالبة وإما وثيقة مكتوبة تتضمن موافقة العميل الأمر حول الطلب والمبلغ الواجب أدائه².

وواضح من هذه القواعد أن طلب الوفاء لا يكون صحيحا إلا إذا قدم المستفيد الدليل على إخلال العميل بتنفيذ التزاماته تجاهه، وهذا يخالف واقع التعاملات التجارية الدولية التي يغلب فيها استخدام الضمانات لدى الطلب والتي تتميز باستقلالية التزام الضامن³. لهذا الغرض فإن فعاليتها وتطبيقها بقي جد محدود ولم تنتشر في العمل، لاقتصارها على الضمانات المشروطة وبالتالي لم تحظى بالنجاح، لعدم قبولها بسبب ابتعادها عن واقع الممارسة ورأى فيها المتعاملون وخصوصا المستفيدون أنها لم تتجح في تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف⁴.

لذلك عكفت الغرفة في إعداد مجموعة أخرى وأصدرتها عام 1992 تحت تسمية "القواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب"، والتي لاقت قبولا لدى الممارسين أحسن من القواعد السابقة⁵. ونصت المادة الأولى منها على أن "تتطبق هذه القواعد على أي ضمان لدى الطلب وأي تعديلا له، يكون الضامن قد أصدرت إليه تعليمات بإصداره ويذكر فيه أنه خاضع للقواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (النشرة رقم 458)، وهي ملزمة لجميع الأطراف فيه ما لم ينص على خلاف ذلك صراحة في الضمان أو أي تعديل له⁶.

¹ - المادة الأولى من القواعد الدولية الموحدة بالنشرة 325، مرجع سابق.

² - المادة التاسعة من القواعد الدولية الموحدة بالنشرة 325، نفس المرجع.

³ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 386.

⁴ - Manuella BOURASSIN et autres, Op.Cit, P 232-233.

⁵ - القواعد الدولية الموحدة بالنشرة 458 الصادرة عن (غ.ت.د.ب) في ماي 1992، المتعلقة بالضمانات لدى الطلب.

⁶ - رشاد نعمان شايح العامري، مرجع سابق، ص 426.

ويتضح من هذا النص وهو ذاته الوارد بالمادة الأولى من القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية السابق ذكرها، أنها ليست قواعد ملزمة وتخضع في التطبيق لإرادة الأطراف عند الاتفاق على تطبيقها، كما يمكنهم إجراء تغييرات أو استبعاد بعض أحكامها¹.

وعرفت الفقرة (أ) من المادة الثانية منها الضمان لدى الطلب بأنه²: "... أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كانت تسميته أو وصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن) يتعهد كتابة بأن يدفع مبلغاً محدداً نقدياً عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع، وأي مستند آخر أو مستندات (على سبيل المثال شهادة صادرة من مهندس معماري أو حكم محكمة أو حكم تحكيم) حسب ما هو منصوص عليه في الضمان، وهذا التعهد يصدر بناء على:

(1) بناء على طلب أو تعليمات وبموجب التزام صادر من شخص (يشار إليه فيما يلي بالأصيل أو الموكل أو الأمر) أو:

(2) بناء على طلب أو تعليمات وعلى مسئولية بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالطرف المصدر للتعليمات أو الضامن المقابل)، والذي يتصرف بموجب التعليمات الصادرة من الأصيل لصالح طرف آخر (يشار إليه فيما يلي بالمستفيد)...³.

وتضمنت الفقرة (ب) النص على استقلالية التزام الضامن. أما الفقرة (ج) من نفس المادة فتطرقت إلى تعريف الضمان المقابل بأنه⁴: "... يعني أي ضمان أو سند أو أي تعهد بالدفع من الجهة المصدرة للتعليمات مهما كان تسميته أو وصفه، يصدر كتابة بدفع مبلغ نقدي للضامن عند تقديم ما يتطابق مع شروط التعهد بطلب كتابي بالدفع مع أي مستندات أخرى محددة في الضمان المقابل والتي تبدو في ظاهرها مطابقة لنصوص الضمان المقابل.

والضمانات المقابلة بطبيعتها مستقلة، فالأطراف المصدرة للتعليمات (الضامن المقابل) ليست لها شأن أو ارتباط بأي شكل بهذه الضمانات أو بعقود الأساس أو بشروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في نص الضمان المقابل...⁵.

وبعد مدة من الممارسة ونظراً لبعض النقائص التي ظهرت على هذه القواعد في العمل، اجتهدت (غ.ت.د.ب) في تطويرها بهدف وضع قواعد دولية موحدة حقيقة وجعلها تحظى بقبول عالمي.

¹ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 388.

² - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire (Institutions-Comptes-Opérations-Services), Litec 4° éd, Paris, 1999, PP.273 - 274.

³ - نقلاً عن محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص956.

⁴ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 390.

⁵ - الفقرات (أ) و(ب) و(ج) من المادة الثانية (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة 458، مرجع سابق.

وهو ما حدث فعلا، حيث بتاريخ 2009/12/03 قامت اللجنة التنفيذية لـ(غ.ت.د.ب) بتبني قواعد جديدة متعلقة بالضمانات لدى الطلب بالنشرة 758، والتي دخلت حيز النفاذ ابتداء من 01 جويلية 2010¹ والمصادق عليها من طرف لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية (الانسيترال) في 05 جويلية 2011². وهي أكثر دقة ووضوحا وشمولا حيث تضمنت العديد من الإيجابيات محاولة تجاوز نقائص القواعد السابقة³. وقد استمدت طريقة تحريرها من الشكل المتبع بالنسبة للقواعد والأعراف رقم 600 المتعلقة بالاعتمادات المستندية، حفاظا على بعض التماسق بين مختلف القواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية⁴، حيث تعتمد في نصها على استعمال عبارات دقيقة وواضحة ومختصرة (تتضمن 35 مادة في مقابل 28 مادة بالنسبة للمجموعة السابقة)، وأعطيت العناية في النص على القواعد المطبقة وبمستوى عالي من الدقة⁵. وتتص المادة الأولى منها بأنها ليست ملزمة بل تخضع في تطبيقها لإرادة الأطراف⁶، مع الإشارة إلى أن عبارة "بنك" تم تغييرها بعبارة "طرف Party" والذي قد يكون بنك أو مؤسسة تأمين مثلا، كما تحدد واجبات ومسئوليات الأطراف في الضمان المباشر والضمان المقابل⁷.

وخلافا لقواعد الضمانات التعاقدية، فإن الضمانات لدى الطلب تستجيب بوضوح لمصالح المتعاملين والبنوك، وهي تقر باستقلالية التزام الضامن وتكون المطالبة بالدفع مطابقة شكلا للعبارات والشروط المنصوص عليها في التعهد نفسه، دون ضرورة أن يقدم المستفيد الدليل على إخلال العميل الأمر بالتزاماته تجاهه.

¹ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 8^o éd, Op.Cit, P. 536.

² - Jean-Pierre MATTOU, Droit bancaire, supranationalité et extraterritorialité : La lex mercatoria, Revue de droit bancaire, Mai - Juin 2015, p91.

³ - راضية أمقران، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون

الخاص، تحت إشراف الدكتور الغوثي بن محلة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص 21.

⁴ -Stéphanie Lévi, « Guide des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande N° 758 », Banque & Droit, n° 139 septembre-octobre 2011, REVUE BANQUE, Paris, Mardi 8 novembre 2011, P 61.

⁵ - Jean-Pierre Mattout, « La révision des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande N° 758 », recueil DALLOZ, hebdomadaire 186^e année, N° 21/7426, DALLOZ, Paris, 03 Juin 2010, PP 1296-1297.

⁶ - عبد القادر ورسمه غالب، "القواعد الموحدة لطلب الضمانات رقم 758"، مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد 395، أكتوبر 2013، الصادرة عن الراعي الماسي (البنك العربي، بنك البحر المتوسط، المصرف التجاري الوطني، البنك الوطني القطري)، بيروت، 2013، ص 76.

⁷ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 395.

ثانيا: تعريف اتفاقية الانسيترال للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة

قامت لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولي (الانسيترال) بإصدار قواعد الضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة في فيينا بتاريخ 11 ديسمبر 1995، والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من جانفي 2000¹، لتكون قانونا نموذجيا تحتذيه الدول أو اتفاقية دولية يقع الانضمام إليها وتتدخل حيز التنفيذ بعد خامس انضمام أو تصديق أو قبول أو موافقة تتم². ونصت الفقرة الأولى من المادة الثانية منها بأنه³: "الأغراض هذه الاتفاقية، يمثل التعهد التزاما مستقلا، يعرف في الممارسة الدولية بأنه ضمانة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدما من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الضامن/المصدر)، بأن يدفع للمستفيد مبلغا معيناً أو قابل للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من الشروط المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سداد لئال مقترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصل/الطالب أو شخص آخر"⁴.

وواضح أن الاتفاقية جمعت في تعريف واحد بين خطاب الضمان المعروف بالضمان المستقل في النظام الأوروبي وخطاب الاعتماد الضامن المعروف في النظام الأنجلو أمريكي، ولذلك استخدمت لفظ (التعهد) حرصا منها على الجمع بين هذين النوعين من الضمانات، وتأكيدا على الإطار المشترك للقواعد التي تضمنتها الاتفاقية بشأن كل منهما، وللتغلب على ما قد ينشأ من خلاف بخصوص المصطلحات، كما أكد التعريف على الطابع الاستقلالي للالتزام الضامن. وعلى خلاف ما هو متفق عليه في أن محل خطاب الضمان يكون دائما دفع مبلغ نقدي، فإن الفقرة الثالثة من نفس المادة أشارت إلى أنه يجوز أن ينص التعهد بأن يكون السداد بعملة معينة أو وحدة حساب معينة أو قبول سفتجة، أو السداد لأجل، أو تقديم شيء محدد ذي قيمة⁵.

¹ - Manuella BOURASSIN et autres, Op.Cit, P 232.

² - المادة 28 من اتفاقية الانسيترال. (نقلا عن محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، ج2، مرجع سابق، ص 979)

³ - حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية الانسيترال 1995، بحث، مجلة كلية القانون، جامعة الإمارات، العدد 50، جمادي الأول 1433هـ - أبريل 2012، ص 23.

⁴ - الفقرة الأولى من المادة الثانية باتفاقية الانسيترال، مرجع سابق.

⁵ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص 964-965.

الفرع الثالث

التعريف الفقهي والقضائي لخطابات الضمان

يعد خطاب الضمان صورة من صور تدخل البنك بإعارة توقيعه مانحا الائتمان لأحد عملائه، سواء للحصول على أجل للوفاء أو على قبول المتعامل الآخر التعاقد معه¹. وهو من أهم الموضوعات الحديثة إثارة للنقاش بين فقهاء القانون ولدى القضاء المقارن، حيث تعددت المحاولات واختلفت الآراء والاجتهادات حول تعريفه، إلا أنه يوجد اتفاق من حيث جوهر خطاب الضمان وخصائصه التي يتميز بها وتعطي له ذاتيته².

أولاً: التعريف الفقهي لخطاب الضمان

لقد تعددت محاولات فقهاء القانون واختلفت آراء الباحثين والكتاب في صياغة تعريف موحد لخطاب الضمان، يتم عرض بعضها على سبيل المثال فقط على النحو الآتي:

أ- تعريف خطاب الضمان لدى بعض الفقه العربي:

يعرفه البعض بأنه: "تعهد من قبل بنك (البنك المصدر) بناء على طلب عميله بدفع مبلغ معين إلى طرف ثالث (المستفيد) بمجرد الطلب أو شريطة تقديم مستندات معينة صادرة عن المستفيد أو شخص آخر معين في الخطاب ينص على إخلال العميل بالتزاماته في مواجهة المستفيد"³. وهذا التعريف يبرز أنواع خطاب الضمان من حيث الصيغة، فقد يكون لدى أول طلب بسيط أو مستندي أو مبرر، وذلك تماشياً مع القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية.

ويعرفه الأستاذ محي الدين إسماعيل علم الدين على أنه: "كتاب يوجهه البنك بناء على طلب عميله إلى شخص معين يسمى المستفيد، ويتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين عند أول طلب من هذا المستفيد ورغم كل معارضة قد يبديها العميل". كما يعطيه تعريفاً آخرًا موجزاً على أنه: "سند ائتمان اسمي شكلي محله أداء مبلغ من النقود"⁴.

وعبارة "دفع مبلغ معين أو قابل للتعين" تتسع لتشمل خطاب الضمان الملاحى لأنه وإن كان غير محدد المبلغ أصلاً إلا أنه يمكن تحديده، فهو قابل للتعين حيث تشير إليه البضاعة المذكورة في سند الشحن مما يسهل تقديره. بالإضافة إلى ذكر خاصية الاستقلالية والشكلية مما

¹ - هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 229.

² - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 5.

³ - خالد إبراهيم التلاحمة، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية، دار الإسرء، عمان، ط1، 2004، ص147.

⁴ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص899 و902.

يكسبه صفة سند الائتمان، وأكد التعريف الثاني على الطابع الشخصي عندما ذكر بأنه سند ائتمان اسمي، أي أنه غير قابل للتداول ولا يكون صك خطاب الضمان إذني أو لحامله. أما الأستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض فيعرفه بأنه: "تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن، بناء على طلب عميله (الأمر) بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد) مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلباً مجرداً أو مبرراً أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال أجل محدد عادة أو غير محدد في أثناء سريان أجله، رغم أي معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن على أن يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد"¹.

ويلاحظ أن هذا التعريف أدرج إضافة على ما سبقه، وهي عدم الاعتداد بالضمان الذي يكون فيه الضامن هو المتعاقد مع المستفيد، أي أن خطاب الضمان لا يصدره البنك ليضمن به نفسه، مع تأكيده أن تعهد البنك يكون مكتوباً، ويحدد فيه نوع العملية أو الغرض الذي صدر بشأنه.

ب- تعريف خطاب الضمان لدى الفقه الفرنسي:

يمكن عرض تعريف الضمانة المستقلة كما جاء في التشريع الفرنسي والمعروف أيضاً بتسمية الضمان لدى الطلب أو الضمان لدى أول طلب لدى بعض الفقه الفرنسي² كما يلي:

عرفه بيار ماتو **P. Mattout** على أنه: "الضمان لدى أول طلب هو تعهد يقبل بموجبه الضامن بناء على طلب العميل الأمر الغير قابل للرجوع فيه، يلتزم بمقتضاه بصفته مدين أصلي بأن يدفع مبلغاً نقدياً إلى المستفيد المعين، في حدود العبارات والشروط المنصوص عليها في الضمان، مع تنازله المسبق عن ممارسة أية رقابة خارجية حول شروط تنفيذ التزامه"³.

وعرفه مارتييني **Hubert Martini** على أنه: الضمانة المستقلة هي "تعهد بدفع مبلغ نقدي، أخذاً بالاعتبار عقد الأساس وضماناً لتنفيذه، ولكنه يشكل التزاماً مستقلاً عن العقد المضمون، ويتميز بعدم الاحتجاج بالدفع المستمدة من هذا العقد"⁴.

أما الفقيه جافالدا **Christian Gavalda** فقد عرفه بأنه: "الضمانة المستقلة أو الضمان لدى الطلب أو الضمان لدى أول طلب هو شكل من أشكال التعهد البنكي موجه مثل الكفالة لضمان التزام أو أكثر لعميل البنك ويسمى (الأمر) تجاه طرف ثالث يسمى (المستفيد)، غير أنه وخلافاً

¹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 11.

² - Barthélemy MERCADAL, Droit commercial (Mémento pratique), éd Francis Lefebvre, Paris, éd 19, 2011, P1107 .

³ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque, Paris, 2^oéd, 1996, P 155.

⁴ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 377.

للكفالة، فإن الالتزام الناشئ عن الضمان هو التزام أصلي وليس تابع¹. كما عرفه أيضا على أنه: "الضمانة المستقلة هي التعهد الذي بواسطته يلتزم الضامن، اعتبارا لالتزام صادر من طرف ثالث، بأن يدفع مبلغ نقدي سواء لدى أول طلب أو تبعا لكيفيات متفقا عليها"².

يتبين من هذه التعاريف أنها تقوم على توضيح التزام البنك بدفع مبلغ نقدي واستبعاد التزامه بأداء أو عمل شيء آخر، كما تبرز صفة استقلالية التزام الضامن تجاه المستفيد، وهي متفقة في جوهرها مع التعاريف الفقهية السابقة في أغلبها حول عناصر وأهم خصائص خطاب الضمان.

ثانيا: تعريف خطاب الضمان على ضوء الاجتهاد القضائي

أكد القضاء في كل من فرنسا ومصر على أن خطاب الضمان يمتاز بعدة خصائص أهمها التزام البنك الضامن بدفع مبلغ الضمان إلى المستفيد بصفة مستقلة عن بقية العلاقات الأخرى³.
أ- القضاء الفرنسي:

رغم الاعتراف القضائي بالضمانات المستقلة في فرنسا منذ سنة 1982⁴، إلا أنه لم يتم تعريفها إلى غاية صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1988/02/02 على أنه: "يشكل ضمانا مستقلا، يتمتع على الضامن الاحتجاج بالدفع التي يملكها المدين، العقد الذي بمقتضاه يلتزم الضامن بناء على طلب الأمر، بأن يقوم بتسديد مبلغ نقدي متفق عليه، دون أن تتمكن المؤسسة المالية من تأجيل الدفع أو أن تحتج بأي سبب كان"⁵.

ب- القضاء المصري:

عرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه "تعهد يلتزم البنك بموجبه بناء على أمر عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد بمجرد طلب الأخير له خلال مدة معينة"⁶.

ومن قضاء محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1189 لجلسة 1984/02/13، الذي جاء فيه "بأن من مقتضى خطاب الضمان أن يلتزم البنك وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه، باعتباره حقا يحكمه خطاب الضمان طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المبين منه". وقالت نفس المحكمة بأن "خطاب الضمان التزام البنك مصدره بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون الحصول

¹ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire), 4° éd, Op.Cit, P 273.

² - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, LexisNexis, 9° éd, Paris, 2015, P 537.

³ - نقلا عن عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، ص 174. الموقع الإلكتروني www.pdfactory.com

⁴ - Com., 20déc. 1982, D.1983. J. 365, note Vasseur. Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2°éd, P156

⁵ - Com., 2 fév. 1988, Bull.civ. IV, n° 55, P.39 ; D.1988.som.com. 274, obs. Aynès ; D.1988. som.com. 239, obs. Vasseur. THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 511. نقلا عن

⁶ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1933 للسنة القضائية 31 بجلسة 1990/1/9، منقول عن رشاد

نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 425.

على موافقة العميل". وذهبت أيضاً إلى أن "خطاب الضمان، علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل، مؤدى ذلك إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك المبين به"¹.

ج-القضاء الجزائري:

أما في الجزائر، فقد صدر قرار عن الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا، ملف رقم 627056 بتاريخ 08 جويلية 2010، قضية مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر وناسيونال بنك الكويت والشركة ذ.م.م للتوزيع والشركة ذ.م.م برقان انترناسيونال الجزائر جاء فيه:

"المبدأ: لا ينبغي الخلط بين الكفالة البنكية، الداخلة في المعاملات المصرفية العالمية، الخاضعة للأعراف الدولية، وبين الكفالة الشخصية الخاضعة للقانون المدني.

الكفالة البنكية مشروطة الدفع عند أول طلب، وغير قابلة للطعن، وغير موقوفة بأي شرط. يشترط في الكفالة الشخصية، أن يكون الكفيل موسراً ومقيماً في الجزائر...".

وقضت المحكمة العليا في ذات القرار بخصوص الوجه الأول حول التأسيس القانوني بأنه:

"... وعليه، فالكفالة البنكية لأول طلب، أصدرها البنك الكويتي المؤسسة الأم للطاعة، لفائدة البنك العربي بالجزائر لضمان عملية توزيع السيارات لشركة التوزيع بعد أن تعذر عليها الوفاء بدينها تجاه البنك العربي بالجزائر، وتم تنفيذها طبقاً للأعراف الدولية المتعلقة بالكفالات البنكية وتحت مراقبة البنك المركزي الجزائري، الذي لو لاحظ أية مخالفة للقانون لما وافق على التحويل...".

وجاء في نفس القرار في الوجه الثاني حول التسبب بأنه: "... حيث أن المعاملة البنكية التي كان على أساسها الكفالة لأول طلب تحكمها الأعراف الدولية ولا مجال لتطبيق المادة 646 وما يليها من القانون المدني التي تنطبق على الكفالة الشخصية إذ تشترط أن يكون الكفيل ميسوراً ومقيماً بالجزائر"².

يتبين من خلال منطوق هذا القرار أنه تم تطبيق الأعراف الدولية على الكفالة البنكية عند أول طلب، ولم تطبق المادة 646 وما يليها من القانون المدني التي تخص الكفالات الشخصية.

¹ - نقلا عن محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، ج4، مرجع سابق، ص 323 و324.

² - الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 627056 بتاريخ 2010/07/08، قضية مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر وناسيونال بنك الكويت والشركة ذ.م.م للتوزيع والشركة ذ.م.م برقان انترناسيونال الجزائر، (كفالة بنكية - كفالة شخصية - أعراف دولية - معاملة مصرفية عالمية)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 251 و255-256.

وعلى ذلك فإن قضاة المحكمة العليا يقرون بوجود ضمانات لدى أول طلب تخضع للقواعد والأعراف الدولية تختلف عن الكفالة الشخصية الخاضعة للقانون المدني، إلا أنهم يستعملون عبارة الكفالة عند أول طلب بدلا من تسميتها بخطابات الضمان أو بالضمانات لدى الطلب.

من خلال استعراض التعاريف القانونية والفقهية والقضائية المذكورة أعلاه، يمكن استنتاج بعض الملاحظات والتي يتم عرضها على النحو الآتي:

- رغم تعدد التعاريف وتنوعها وتباينها من حيث الصيغة إلا أنها تتفق في جوهرها على أهم عناصر خطاب الضمان وخصائصه الأساسية، ويظهر أن القواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالضمانات لدى الطلب هي الأكثر اتفاقا مع بقية التعاريف.

- خطاب الضمان هو تعهدا محررا، وبالتالي فإن المرجع في تحديد الالتزامات يعود لهذا النص، مما يستوجب معه توافر شرط الكفاية الذاتية، حيث يجب أن تكون عباراته ومصطلحاته دقيقة ومنضبطة وكافية بذاتها لبيان مضمون ومدى الالتزامات.

- أن التزام البنك الضامن مستقلاً وبتأثيراً في مواجهة المستفيد، ومحلّه يتمثل دائماً في دفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين، فلا يجوز أن يكون أداء عمل أو تنفيذ التزامات العميل، ويلتزم بالوفاء به لدى أول طلب من المستفيد خلال مدة سريان الخطاب ودون الاعتداد بأية معارضة. وبناء على ذلك فإنه يمكن القول بأن "خطاب الضمان هو تعهد يصدره البنك بناءً على طلب عميله ويسمى (الأمر)، لصالح طرف ثالث يسمى (المستفيد) يلتزم البنك بمقتضاه بأن يدفع للمستفيد مبلغاً نقدياً معيناً أو قابلاً للتعيين عند أول طلب وارد خلال مدة سريانه، دون إمكانية التمسك بأية دفع مستمدة من خارج الخطاب ذاته وبغض النظر عن أية معارضة".

المطلب الثالث

خصائص خطاب الضمان وتمييزه عن العمليات المشابهة له

لقد رأينا أنه رغم تعدد تعاريف خطاب الضمان إلا أنها متفقة في جوهرها، وهو يهدف إلى منح الثقة والطمأنينة لدى أطرافه وخصوصاً بالنسبة للمستفيد حيث يعتبر بمثابة نقود تحت يده، إذ يحل محل التأمين النقدي الذي كان يتعين في الأصل على العميل أن يودعه لديه.

وفي سبيل تحقيق ذلك، يتمتع بجملة من الخصائص التي استقر عليها الفقه والقضاء وهي ذات أهمية كبيرة، تحدد ذاتيته وتميزه عن باقي العمليات المصرفية والنظم الأخرى التي قد تشته به، وتضفي عليه طابعه الخاص ولا تتحقق الغاية منه إلا بتوافرها فيه¹.

ومن خلال هذا المطلب سوف يتم عرض أهم خصائص خطاب الضمان (الفرع الأول)، ومن ثم محاولة تمييزه عن العمليات والنظم الأخرى التي قد تشته به (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خصائص خطاب الضمان

من خلال مختلف التعاريف السابقة الذكر أعلاه، يمكن استنتاج الخصائص التي تتميز بها هذه الآلية وأهمها: استقلالية التزام البنك وخصوصية وظيفته في خطاب الضمان، وأنه عمل تجاري ولا يعد ورقة تجارية، ومحل التزام البنك بدفع مبلغ نقدي فور مطالبة المستفيد بذلك²، وقيامه على الاعتبار الشخصي وكفايته الذاتية. هذا بالإضافة إلى ما يتميز به الضمان المقابل.

أولاً: استقلالية التزام البنك وخصوصية وظيفته في خطاب الضمان

يهدف خطاب الضمان عموماً إلى ضمان تنفيذ التزامات العميل الأمر تجاه المستفيد بموجب عقد الأساس، وبهذا المعنى فهو يتميز بخاصيتين أساسيتين هما: استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد، وخصوصية المهمة المنجزة من طرف البنك.

- استقلالية التزام البنك:

إن من أهم ما يتميز به خطاب الضمان هو استقلال التزام البنك الضامن عن العقود الممهدة لإصداره³، وتلعب هذه الخاصية دوراً كبيراً في توفير الثقة لدى المتعاملين، خصوصاً بالنسبة للمستفيد الذي يطمئن إلى مركز البنك نظراً لملاءته وجدديته في تنفيذ التزاماته والحفاظ على سمعته الدولية، هذا الأخير يكون ملتزماً بصفة أصلية ومباشرة بالوفاء وبمجرد تقديم المستفيد طلب كتابي بسيط أو حسب شكليات متقفاً عليها ومحددة في الخطاب نفسه⁴، ولا يجوز له الاحتجاج على الوفاء بدفوع مستمدة من خارجه، أو تأجيل الوفاء بحجة سؤال عميله أو تبليغه⁵.

¹- رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 41.

²- هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتجارة، مرجع سابق، ص 417.

³- Konaté Madou, Op.Cit, P 244.

⁴-صلاح الدين حسن السيسي، الموسوعة المصرفية العلمية والعملية، ج1، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ط2011، ص347.

⁵- عبد الرحمن توفيق، عمليات وإجراءات الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، بميلك، الجيزة، 2014، ص 19.

وهكذا فإن الطابع الأصلي الاستقلالي يعد الفارق الجوهرى الذى يميز خطاب الضمان ويعطى له روحه وذاتيته¹ ويجعله مجردا عن أية علاقة سابقة².

ومع ذلك فإن هذه الخاصية لا تنفى صدور متضمنا شروطا معينة كأن يرد به شرطا يقضى بضرورة تقديم مستندات معينة أو يشترط أحيانا بأن تكون المطالبة مبررة. ولا تؤثر هذه الشروط على استقلالية التزام البنك ونهائيته، فلا يمكنه أن يفرض على المستفيد تقديم الدليل على صحة المطالبة، وإنما يقوم بالمطابقة الظاهرية للمستندات المقدمة مع تلك المشار إليها في خطاب الضمان قبل الوفاء وهي مجرد مراقبة شكلية³.

وتكتسى هذه الخاصية أهمية جوهرية في خطاب الضمان وبدونها يفقد قيمته ووظيفته في قبول التعامل به، وتقاديا للتكرار فإنه يتم الاكتفاء بهذا القدر مع ترك تفاصيل أخرى بشأنها عند الحديث عن آثار خطاب الضمان، بدراستها من خلال المبحث الثالث بالفصل الأول من الباب الثانى لهذه الدراسة، تحت عنوان استقلالية التزام البنك وأثر غش المستفيد عليها.

- خصوصية المهمة المنجزة من طرف البنك:

تتمثل خصوصية مهمة البنك في خطاب الضمان في أنه يقوم بمنح ائتمانه لصالح طرف ثالث ضمنا لتنفيذ التزام عميله، فهي عملية تتجاوز حالة تخصيص الاعتمادات ومنح القروض التقليدية، بل تعتبر مهمة جديدة نسبيا حيث كانت تعتبر منذ سنوات خارجة عن الإطار العادى لنشاط البنوك⁴، حيث يعد خطاب الضمان النموذج الأمثل للائتمان الناتج عن مجرد التوقيع، ويتميز بعدم المنح الفعلى للاعتماد على الفور من طرف البنك، إذ لا يدفع شيئا وأن التزامه يظل عرضيا عندما تسير العملية وفق ما سطر لها، ولكنه يمكن أن يتحول إلى التزام فعلى عند مطالبة المستفيد لقيمه وفقا للأسباب التى يقدرها.

وتجدر الإشارة أن البنوك ليست المؤسسات الوحيدة التى يمكنها أن تقرض توقيعها، بل يمكن للمؤسسات المالية الأخرى والأشخاص أن تمارس ذلك⁵، غير أن الوضع الغالب فى التجارة الدولية هو صدور خطاب الضمان عن البنوك لأنه فى جوهره عملية مصرفية.

¹- Jean STOUFFLET et autres, Travaux dirigés de droit bancaire, LITEC, LexisNexis, Paris, 2011, P 182.

²- محمد عبد الظاهر حسين، عقد الضمان المضاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص13.

³- Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^{éd}, Op.Cit, P. 540.

⁴- TUTO ROSSI, Op.Cit, P 18.

⁵- Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^{éd}, Op.Cit, PP.531-532.

ثانيا: خطاب الضمان عمل تجاري ولا يعد ورقة تجارية

تعتبر أعمال البنوك في القانون الجزائري أعمالا تجارية¹، وما دام خطاب الضمان تعهد يصدره البنك ويوقع عليه بناء على طلب عميله²، فهو يدخل ضمن العمليات المصرفية³، وبالتالي يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع حتى ولو تم بصفة منفردة لصالح شخص غير تاجر⁴. أما بالنسبة للتعهد الأمر فهو غالبا عمل تجاري لأن المصدر سواء كان مقاولا أو بائعا أو مقدما لخدمة، فإنه عادة ما يكون شخصا يمتلك صفة التاجر⁵.

وخطاب الضمان لا يعد ورقة تجارية، فهو أداة ضمان وليس أداة وفاء، عكس الورقة التجارية التي تعتبر أداة ائتمان ووفاء في نفس الوقت ومعدة للتداول بطبيعتها. وهو غير قابل للتنازل⁶ أو التداول ولا يكون لحامله، إضافة إلى أن الورقة التجارية تتضمن مدينا وضامنين هم المظهرون⁷.

ثالثا: محل التزام البنك الضامن مبلغ نقدي يدفع فور المطالبة به

تنص المادة 2/أ (ق.د.م.ض.ط) "أن الضمان لدى الطلب (والذي يشار إليه فيما يلي بالضمان) يعني أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع، أيا كان مسماه أو وصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن) يتعهد كتابة بأن يدفع مبلغا محددًا نقديا عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء "على طلب كتابي بالدفع أو أي مستند آخر أو مستندات..."⁸.

يؤكد هذا النص أن محل التزام البنك الضامن هو دفع مبلغ نقدي، وأن البنك يلتزم بدفعه فور صدوره والمطالبة به من قبل المستفيد.

¹- الفقرة 13 بالمادة الثانية من الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم بالقانون 05-02

المؤرخ في 6 فبراير 2005، والقانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج.ر. عدد 71 بتاريخ 30 ديسمبر 2015م

²- صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 374.

³ - Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Op.Cit, P 696.

⁴- منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 229.

⁵- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 105.

⁶- المادة الرابعة من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة 458، مرجع سابق.

⁷- محمد السيد الفقي، القانون التجاري، ط1، 2011، مرجع سابق، ص 309-310.

⁸- المادة الثانية/أ من (ق.د.م.ض.ط) النشرة رقم 458، مرجع سابق.

- محل التزام البنك هو دفع مبلغ نقدي:

يتميز خطاب الضمان عن الكفالة في أن التزام البنك فيه يكون دائماً مبلغاً من النقود¹ معيناً أو قابلاً للتعيين، يتعهد البنك بدفعه للمستفيد عند أول طلب، فلا تكون بصدد خطاب ضمان إذا كان موضوعه غير ذلك². وإذا كان محدد المدة وجب على المستفيد أن يطالب بقيمته خلالها، لأنه بانتهاء المدة المحددة دون أن تصل مطالبته للبنك سقط حقه في الحصول على قيمة خطاب الضمان³، وكل وفاء بعد هذا التاريخ يعد وفاءً غير صحيح ويتحمل البنك تبعته، أما إذا كان غير محدد المدة جاز للمستفيد المطالبة بقيمته منذ إصداره إلى غاية تاريخ سقوطه بالتقادم، والذي تحدد القواعد الدولية الموحدة الجديدة مدته بثلاث سنوات من إصداره⁴.

- فورية استحقاق قيمة خطاب الضمان:

إن المقصود بفورية استحقاق مبلغ خطاب الضمان، أن قيمته تعتبر مستحقة بمجرد وصول تعهد البنك إلى علم المستفيد دون أن يعترض عليه، ولكن إذا رفضه أو اعترض عليه وأعادته إلى البنك سقط حقه فيه. وتعتبر خاصية الفورية ميزة ملازمة له، فالمستفيد الذي يقبله ويرضى به بدلاً من قبضه للنقود لأن ذلك يحقق له نفس الفائدة التي تحققها الوديعة النقدية⁵، ويكون من حقه أن يطلب السداد فور إصداره وعلى البنك أن يستجيب لطلبه⁶ دون مناقشته في مدى قيامه بتنفيذ التزاماته تجاه العميل، ما عدا مراقبة المطابقة الشكلية لما هو متضمن في نصوصه⁷. ويرى الدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين أن ذلك لا يمنع من الاتفاق في عقد الاعتماد بالضمان على تحديد تاريخاً آخر لنشوء حق المستفيد، كما يحدث في ضمانات العروض التي ينص فيها على أن يبدأ سريان المدة من يوم فتح الأظرف، أو في ضمان رد الدفعات المقدمة، حيث ينص فيه على بدأ سريانه من وقت استلام التسبيق، لكن المستفيد لا يتدخل في هذا التحديد ويكون من حقه أن يعترض فقط إذا لم يكن هذا التحديد متوافقاً مع طلباته⁸. إن خاصية الفورية لا تنفي ما يجري به العمل في الواقع، حيث لا يتقدم المستفيد عادة بطلب الوفاء، إلا متى قدر بنفسه ضرورة ذلك من خلال علاقته بالعمل ظروف علاقة الأساس.

1- طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 293.

2- رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 43.

3- صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 348.

4- المادة 25 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 758 لعام 2010.

5- إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 267.

6- بسام عاطف المهتار ومايا سليلت مشرفية، الضمانات غب الطلب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 13.

7- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، مرجع سابق، ص 342.

8- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص 945.

رابعاً: الاعتبار الشخصي في خطاب الضمان وكفايته الذاتية

من بين مميزات هذه التقنية أنها التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وأنها تصدر في شكل محرر يتمتع بالكفاية الذاتية.

- خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي:

على الرغم من اتفاق غالبية الفقهاء حول هذه الخاصية، إلا أنه يوجد اختلاف بشأن الشخص الذي يكون محل اعتبار في خطاب الضمان، حيث يرى البعض أن شخصية العميل الأمر هي التي تكون محل الاعتبار وليس شخص المستفيد¹ والبنك يستوي لديه أن يدفع لأية جهة يحددها العميل، كما أن ذكر اسم المستفيد في الخطاب ليس دليلاً على أن لشخصيته اعتبار لدى البنك، إذ أن الغرض من ذلك هو تحديد أركان التزام البنك ومداه.

ويفسر أصحاب هذا الرأي عدم القابلية للتداول على أساس أن قيمة خطاب الضمان خلال أجله وقبل أدائها إلى المستفيد تبقى ملكيتها للبنك، وليس على أساس الاعتبار الشخصي للمستفيد². غير أن الراجح لدى غالبية الفقه أن حق المستفيد في خطاب الضمان ذو طابع شخصي³، فله وحده سلطة استعماله ولا يجوز لدائنيه استخدامه باسمه أو توقيع حجز على قيمته تحت يد البنك⁴، لأن المطالبة بالتنفيذ حق شخصي تقديري للمستفيد وليس لشخص آخر أن يستعمله في مكانه أو يجبره على استعماله⁵، كما لا يجوز للمستفيد تحويل أو تداول أو التنازل عن خطاب الضمان للغير حتى ولو بالتبعية لتنازله عن العملية التي صدر بشأنها إلا بموافقة البنك⁶، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً له من قبل العميل الأمر بإعطاء مثل هذه الموافقة⁷، أو إذا كان هذا الغير قد حل محل المستفيد الأصلي بإجراء قانوني معين، كحالة إدماج الشركات أو تغيير شكلها، أو حالة وفاة المستفيد وحل محله ورثته.

¹ - عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك (في ضوء الفقه - القضاء - التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 376.

² - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 377.

³ - كامل الوادي، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقوانين المنظمة لها، دار الكتب القطرية، الدوحة، ط1، 2001م، ص132

⁴ - سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري (العقود التجارية وعمليات البنوك)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2000م، ص 728.

⁵ - منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، مرجع سابق، ص 230.

⁶ - عبد الرحمان توفيق، مرجع سابق، ص 20.

⁷ - طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 294.

ومن بين الآراء التي قيلت حول الطابع الشخصي يوجد الدكتور علي جمال الدين عوض الذي يرى أنه "يترتب على أن الخطاب شخصي، لا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره خاصة وأنه لا يتضمن شرط الإذن ولا يعتبر لذلك ورقة تجارية، بل لا يجوز له التنازل عنه لأي شخص آخر بأي طريق ولو بالتبعية لتنازله عن عقد المقاوله الأصلي لأن شخصية المستفيد من الخطاب وأمانته محل اعتبار لدى البنك¹.

كما يرى الدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين أنه "إذا أخطأ البنك ووجه الخطاب إلى غير المستفيد الذي عناه العميل الأمر أو وجهه إلى المستفيد المعني ولكن عن عملية أخرى غير التي قصدتها العميل وحددها في طلبه، فإن العقد لا ينعقد بالنسبة إلى الأولى لعدم توافق الإرادتين على شخص المستفيد، وفي الحالة الثانية لعدم التوافق على العملية المطلوب تأمين عنها ولانعدام مصلحة العميل في تقديم تعهد مصرفي عن العملية غير المعنية خصوصاً إذا كان قد سبق أن قدم عنها تأميناً أو تعهداً مصرفياً أو لم يكن يلزم فيها تأميناً ما².

والاعتبار الشخصي في خطاب الضمان يبرره صدوره بمناسبة عملية معينة هي محل عقد الأساس، وحق المستفيد مرتبط بتنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العملية، فلو تم تظهيره أو تحويله فإن حق المستفيد يفقد هذا الارتباط، وعليه فقد ينفذ العميل التزامه ومع ذلك يكون خطاب الضمان في التداول، لأنه قابل للدفع رغم معارضة العميل.

ولذلك لا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره وهو لا يتضمن عبارة "الأمر" كما لا يعتبر ورقة تجارية، وبالتالي فلا يجوز خصمه لدى البنك ولا يجوز التنازل عنه لأي شخص آخر³.

وعليه فإن خطاب الضمان لا يتمتع بقوة ذاتية ولا يكون لحائزه حقاً لمجرد هذه الحيازة، ولذلك لا يجوز للبنك أن يدفع قيمته إلا لشخص المستفيد أو وكيله، وإذا فقد لسبب من الأسباب كالسرقة أو الحريق أو الإلتلاف، فليس للبنك أن يرفض دفع قيمته بحجة عدم التمكن من تقديم خطاب الضمان طالما أن شروط الدفع متوافرة. وبالمخالفة يلتزم البنك بأن يمتنع عن الدفع إذا لم يكن المطالب هو المستفيد حتى ولو كان حاملاً لخطاب الضمان.

ولقد ورد النص في القواعد الدولية الموحدة بهذا الخصوص في المادة 33 من النشرة الجديدة رقم 758، على أن الضمان يمكن انتقاله فقط في حالة النص على ذلك صراحة⁴، والضامن لا

¹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 102.

² - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص 948-949.

³ - خالد إبراهيم التلاحمة، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية، مرجع سابق، ص 147-148.

⁴ - Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Op.Cit, P 707.

يعطي الموافقة على طلب التحويل إلا في الحدود المتفق عليها، كما لا يمكن تحويله إلا إذا صرح المستفيد الأصلي كتابة بأن الحقوق والالتزامات بخصوص عقد الأساس تنتقل إلى المستفيد الجديد، ويتم النص بأن الضمان يمكن تحويله سواء في الضمان الأصلي أو في التعديل، وحتى في هذه الحالة فإن التحويل يتطلب القبول الصريح للضامن، إذا كان لم يتضمن الخطاب الكيفيات والشروط المحددة للتحويل المرخص به¹.

- الكفاية الذاتية لخطاب الضمان:

الكفاية الذاتية هي إحدى خصائص الأوراق التجارية، والمقصود بها كفاية الورقة التجارية بذاتها للدلالة على الالتزام المتضمن فيها، دون ضرورة اللجوء إلى عنصر خارجي أو علاقة قانونية سابقة أو لاحقة على نشوئها، وهذا ما يجعلها مستقلة بذاتها ولا تعتمد على شيء آخر في تحديد مضمونها وبالتالي يسهل لها أداء وظائفها بصورة كافية²، فإذا كانت الأوراق التجارية تمتاز بهذه الخاصية التي تمنحها الثقة وتشجع على التعامل بها وتسهيل أداء وظائفها فإن نفس هذه الخاصية موجودة في خطاب الضمان لنفس الأسباب والأهداف.

ومعنى ذلك هو أن يكون كافيا بذاته ولا يحتاج حامله لإثبات حقه³، أي أنه محررا مكتوبا أو الكترونيا صادرا من أحد البنوك ومعتمد بتوقيعه، ومتضمنا كل البنود المتعلقة بالالتزام البنك بالضمان، من دون إمكان استنتاج هذا الالتزام من عناصر خارجة عن مضمون خطاب الضمان نفسه، فلا يتصور أن يصدر عن البنك شفاهة ولا أن يكون غير موقع بالتوقيع المعتمد من البنك⁴، وهذا ما يشكل اطمئنانا للمستفيد إلى درجة يعتبر معها كما لو تلقى نقودا، وبذلك يمكن لخطاب الضمان أن يؤدي وظيفته بأن يحل تماما محل النقود، فلا يحتاج حامله لإثبات حقه كما هو عليه الحال في الأوراق التجارية⁵. لذلك يجب أن تكون صيغته واضحة ومحددة بحيث لا تدع أي مجال للتأويل أو الاجتهاد أو الاختلاف في وجهات النظر⁶.

¹ - Jean-Pierre Mattout, « La révision des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande N° 758 », Op.Cit, P 1299.

² - محمد الطاهر بلعيساوي، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة، الجزائر، ط04، 2012، ص12-13.

³ - محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 1427هـ - 2007م، ص 175.

⁴ - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 41 و42.

⁵ - محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص294.

⁶ - المادة الثالثة من (ق.د.م.ض.ط) النشرة 458، مرجع سابق.

خامسا: خصائص الضمان المقابل

بالإضافة للمميزات المذكورة أعلاه وباعتبار أن الضمان المقابل عقدا¹، ولذلك فهو يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود، من حيث المحل والسبب وتبادل الإرادات، كما ينفرد ببعض الخصائص أو يشترك فيها مع بعض العقود ويمكن ذكر بعضها على النحو الآتي:

-الضمان المقابل ملزم للجانبين:

الضمان المقابل لا ينعقد إلا من التاريخ الذي يتلقى فيه الضامن المقابل إيصالا موقعا يفيد قبول الضامن المحلي بأداء المبلغ المتفق عليه إلى المستفيد، وهذا الإيصال يثبت أن الضامن المباشر قد اطلع على التعهد الصادر من الضامن المقابل وارتضى بما ورد به من بنود، كما علم بالوقت المحدد له ويقوم بالوفاء بناء على ما اشتمله من تعليمات وقيود.

كما يعد الضمان المقابل ملزما لجانبه وهما الضامن المقابل والضامن المحلي، إذ يلتزم الأول بتغطية الثاني وضمانه، من خلال قيامه بسداد المبلغ الذي يقوم بالوفاء به إلى المستفيد، بالإضافة للعمولة ومصاريف الأداء، وفي المقابل يلتزم الضامن المحلي بالتعليمات الواردة إليه، كما يلتزم بالدفع للمستفيد بمجرد الطلب ويعد ذلك التزاما عقديا ناتجا عن عقد الضمان المقابل.

-الطابع الدولي للضمان المقابل:

الصورة العادية للضمان المقابل تقوم على أساس وجود الضامن المقابل في بلد المصدر سواء كان بائعا أو مقاولا، ويكون الضامن المباشر في بلد آخر، أي في بلد المستورد أو صاحب المشروع، وغالبا ما تختلف الدول التي ينتمي إليها الأطراف².

-الضمان المقابل قائم على الثقة:

يعد من عقود مبدأ حسن النية بالمعنى الضيق، حيث يرتبط الضامنين برابطة ثقة متبادلة، إذ يعتمد الضامن المقابل على مجرد الخطاب الذي يصدره للضامن المباشر يتعهد فيه بتغطية وفائه للمستفيد، ويطلب منه إصدار ضمانه بشكل يتفق مع ما هو مطلوب منه واحترام تعليمات الخطاب، بحيث يمكن القول بأن الأول يحرر شيكا على بياض لصالح الثاني³. ويترك له وحده حرية تقدير مدى توافر الشروط اللازمة لتنفيذ الضمان وفحص المستندات التي قد تطلب في الخطاب قبل الوفاء إلى المستفيد.

¹ نظام رقم 93-02 مؤرخ في 03 جانفي 1993، يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل الوسيط

المعتمدين، ج.ر عدد 17 بتاريخ 14 مارس 1993.

² محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 13-16.

³ المادة 19 من القواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب بالبنشرة 458، مرجع سابق.

وفي المقابل يتولى البنك المحلي الدفع إلى المستفيد تحت مسؤوليته وعلى حسابه معتمدا فقط على مجرد التوقيع الصادر عن الضامن المقابل، ويتحمل مخاطر التغطية دون تأمينات ما عدا الخطاب المرسل إليه. ولو لا هذه الثقة المتبادلة بين الضامنين والتي تحكم تعاملتهما لتردد كثيرا الضامن المباشر قبل الدفع.

وقد أشارت المادة 15 من القواعد الدولية الموحدة الخاصة بالضمانات لدى الطلب، إلى أن الضامن والضامن المقابل لا تنتفي عنهم المسؤولية المشار إليها في المواد 11 و12 و14 إلا إذا تصرفوا بحسن نية وبذلوا عناية الرجل المعتاد¹.

الفرع الثاني

تمييز خطاب الضمان عن غيره من الأنظمة والعمليات المشابهة له

رغم ما يتميز به خطاب الضمان من خصائص ومزايا جعلته محل قبول دولي واسع، إلا أن بعض الغموض الناتج عن عدم اكتماله تشريعيا قد يجعله يشته في فكرته مع بعض العمليات والأنظمة التي جرى التعامل بها². ومن أجل تمييز خطاب الضمان عن غيره من العمليات المصرفية والأنظمة التي قد تشته به، وإيجاد الخطوط الفاصلة بينهم، فإنه يظهر من المناسب مقارنته بكل من الكفالة البنكية³ والاعتماد المستندي وخطاب الاعتماد الضامن.

أولا: التمييز بين خطاب الضمان والكفالة البنكية

يشته خطاب الضمان بالكفالة البنكية في أنهما يعتبران من العمليات المصرفية التي تتم بطريق التوقيع، وأن كلاهما عملية قانونية ثلاثية الأطراف عموما، إذ أن الغالب في الكفالة البنكية أن يكون العميل المدين هو طالب كفالته من البنك باشتراط من الدائن⁴، وكثيرا ما يستخدم لفظ الكفالة ويكون المقصود منه هو خطاب الضمان⁵.

¹ المادة 15 من القواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب بالنشرة 458، مرجع سابق.

² رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 48.

³ محمد حسين صالح طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة بمصر، ط1، 2017، ص 37.

⁴ رجاء السلاموني، الوجيز في عقود التأمين في القانون المدني والشريعة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010، ص 173.

⁵ مولاي خنير رشيد، بن لدغم فتحي، "الاقتصاد الإسلامي (الواقع ورهانات المستقبل)"، الملتقى الدولي الأول لمعهد العلوم

الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بغرداية. البريد الإلكتروني: moulaykh@yahoo.fr

والأصل في الكفالة أن تكون مكتوبة حيث لا ثبت إلا كتابة¹، وكذلك الحال في خطاب الضمان إذ أنه لا يكون إلا محرراً، كما أن الكفالة ملزمة لجانب واحد وهو الكفيل ونفس الأمر بالنسبة للبنك لضمان، وكلاهما يقصد من ورائه تحقيق غاية تأمينية هدفها مساعدة العميل في تقوية مركزه الائتماني تجاه الدائن أو المستفيد².

وبالرغم من ذلك، إلا أنه توجد العديد من النقاط التي تميز بينهما، ذلك أن الكفالة عادة تكون عقدا واحدا بين الكفيل والدائن³، بينما في عملية خطاب الضمان يوجد عقد الأساس المبرم بين العميل الأمر والمستفيد، وعقد فتح الاعتماد بالضمان بين العميل الأمر والبنك، ثم التعهد الصادر من البنك الضامن تجاه المستفيد. والبنك عندما يصدر خطاب الضمان فإنه لا يضمن تنفيذ الالتزام الذي تعهد به العميل الأمر، وإنما ينحصر التزامه في أن يدفع مبلغ نقدي في حدود معينة⁴، عكس الكفالة التي يلتزم فيها البنك الكفيل بضمان تنفيذ التزام المدين إذا لم يف به⁵.

ومن النقاط الفاصلة في التمييز بينهما، أن الالتزام الوارد بخطاب الضمان هو التزام أصلي في ذمة البنك، أي أنه لا يرتبط ولا يتأثر بما يحدث من تغيرات في عقد الأساس⁶ أو عقد فتح الاعتماد بالضمان، بمعنى أنه إذا تم أبطالهما أو تم فسخ أي منهما، فإن البنك يظل ملتزماً بموجب خطاب الضمان في مواجهة المستفيد، أما الكفيل فهو مدين بصفة احتياطية⁷ والالتزام البنك الكفيل يظل تابعا لالتزام المدين الأصلي⁸ يرتبط به وجودا وعدما⁹، فإذا فسخ أو أبطل العقد الأصلي فإن الكفالة البنكية تسقط تبعا لذلك¹⁰.

ولا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، وإنما تجوز في مبلغ أقل وبشروط أخف¹¹. أما خطاب الضمان فيجوز أن تكون قيمته أكبر من المبلغ المتفق عليه في عقد الأساس، كما يجوز أن تكون الشروط الواردة به أشد من

1- المادة 645 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص 293.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 200، ص 71.

4- عبد الرحمان توفيق، مرجع سابق، ص 18.

5- حماد مصطفى عذب، الإطار القانوني للضمانات الشخصية التي تقدمها شركات المساهمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 05.

6- Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Op.Cit, P 699.

7- محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2005، ص 07.

8- عمر مصطفى جبر إسماعيل، مرجع سابق، ص 204.

9- Jean-Baptiste Seube, Droit des suretés, DALLOZ, Paris, 6° éd, 2012, P.19.

10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، مرجع سابق، ص 26-28.

11 - Laure SINE, Droit commercial et droit du crédit, DUNOD, Paris, 3°éd, 2005, P. 95.

تلك الشروط الواردة بالعقد الأصلي، وذلك لاستقلال التزام البنك عن أي علاقة أخرى، كما أنه التزاماً باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد، بخلاف الكفالة حيث يجوز للكفيل الرجوع عن كفالته¹. ولما كان التزام البنك تجاه المستفيد مقيداً بمدة معينة، هي مدة سريان خطاب الضمان فإن التزامه يسقط تلقائياً وتبرأ ذمته تجاه المستفيد إذا لم تصله مطالبة منه خلال هذه المدة. ولا تنطبق مدة السريان وتبرئة ذمة البنك في الكفالات، حيث أن الكفيل وهو البنك يصبح التزامه تابعاً لالتزام المدين المكفول ومرتبباً به من حيث صحته وبطلانه وانقضائه.

كما يختلفان من حيث القواعد القانونية المؤطرة لكل منهما: فخطاب الضمان لم يتولى المشرع الجزائري تنظيمه، وبالتالي يرجع في تنظيمه للقواعد والأعراف الدولية الموحدة لغرفة التجارة الدولية بباريس² والعرف المصرفي العام ولاتفاق الأطراف، في حين أن الكفالة البنكية حتى ولو كانت تضامنية وبوصفها تجارية فهي مجرد تطبيق للكفالة الشخصية³ التي تحكمها القواعد العامة للقانون المدني⁴، غير أن الأعراف المصرفية أنشأت بعض القواعد الخاصة بقبول كفالة العملاء وصارت بالتالي جزءاً من قانون النشاط المصرفي⁵، حيث يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات دون التقيد بالكتابة في الإثبات كما هو مقرر في الكفالات المدنية⁶.

كما أن ورود ذكر العمليات المصرفية بمجرد التوقيع ومن بينها الكفالة والضمان في المادة 68 من قانون النقد والقرض الجزائري جاء على سبيل المثال، مما يعني أن المقصود بالضمان البنكي الوارد بالنص يختلف عن الكفالة البنكية⁷.

من خلال هذه العناصر يلاحظ أن وضع الحدود الفاصلة بين الكفالة وخطاب الضمان رغم أنه يبدو سهلاً من الناحية النظرية، إلا أنه يصعب تطبيقه في المجال العملي، فهناك العديد من المشاكل والصعوبات التي تعترض هذا التحديد، وذلك لإطلاق تسمية الكفالة على خطاب الضمان مثل ما هو جاري عليه العمل في البنوك الجزائرية، وهذا قد يشكل مصدر للعديد من

¹ محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، مرجع سابق، ص 175.

² المادة 27 من النظام رقم 07-01 مؤرخ في 03 فيفري 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج ر عدد 31 بتاريخ 13 ماي 2007.

³ مصطفى كما طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2006، ص 162-163.

⁴ محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأوراق التجارية-الإفلاس-العقود التجارية-عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 713-714.

⁵ هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص 275.

⁶ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، الإصدار الثاني، 1430هـ - 2009م، ص 229.

⁷ المادة 68 من الأمر 03-11 في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، ج ر عدد 52 في 27 أوت 2003

النزاعات في الممارسة العملية، إضافة إلى الترجمة الخاطئة أو غير الدقيقة مما يؤدي إلى التباس حول طبيعة الالتزام.

وفي هذا الشأن صدرت العديد من الأحكام القضائية عن القضاء الفرنسي نذكر منها ما يلي: لقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09 ديسمبر 1987 بأن العبرة بفحوى ومضمون الالتزام وليس باللفظ المعنون به التعهد، وذلك في قضية عنون فيها الأطراف التعهد بلفظ الكفالة، حيث توصلت المحكمة إلى تكييف التعهد على أنه ضمان مستقل وليس كفالة، وفقا لمضمون التزام الضامن وتعهده بالدفع دون أي اعتراض¹.

فقد يطلق الأطراف على تعهداتهم تسمية معينة مما يؤدي إلى البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين للتعرف على نوع الالتزام الذي اتجهت إليه هذه الإرادة، وبالتالي عدم الوقوف عند المعنى الظاهر للعبارة المستعملة، واكتشاف هذه النية يكون من خلال العبارات المستعملة في نص الخطاب والاستعانة بعقد الأساس والمفاوضات بين الأطراف، وهذا الرجوع لا يتعارض مع الاستقلالية التي تميز خطابات الضمان لأنه مجرد محاولة للتوصل إلى التكييف الصحيح².

ويوجد في هذا الخصوص أيضا قضيتين صدر بشأنهما قراران عن محكمة النقض الفرنسية، الأول في 27 جوان 2000، أعادت فيه محكمة النقض تكييف ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من اعتبار التزام البنك ضمانا مستقلا رغم احتوائه على عبارة كفيل شخصي ومتضامن لدفع مبلغ معين واعتبرته بمثابة كفالة. والثاني صادر بتاريخ 30 جانفي 2001، أيدت فيه محكمة النقض ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من اعتبار التزام البنك مستقلا وليس كفالة، باعتبار أنه التزم بصفة مستقلة عن التزام المدين، ولدى أول طلب ودون الاحتجاج بالدفع المستمدة من العقد الأصلي³. كما قضت نفس المحكمة بتاريخ 6 جوان 2006 بأن الضامن التزم في الضمان بصفة مستقلة تجاه المستفيد بأن يقوم بالوفاء له بمجرد الطلب، وهذا الالتزام يشكل ضمانا مستقلا، وأن مجرد الإشارة في العقد بأن "محل التزام الضامن هو دفع مستحقات الشركة المدينة لا يعيد تكييف الضمان إلى كفالة"⁴.

أما في الجزائر وكما تمت الإشارة إليه سابقا، فقد صدر قرار عن الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا، ملف رقم 627056 بتاريخ 08 جويلية 2010، جاء فيه: "المبدأ: لا ينبغي

¹ -Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^{éd}, Op.Cit, P.274-275.

² -علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص121 .

³ -Dominique, Legeais, travaux dirigés de droit des sûretés, 3^{éd}, Litec, paris, 2003, P141.

⁴ -Revue de droit bancaire et financier, Septembre-Octobre 2006, P 16.

الخط بين الكفالة البنكية، الداخلة في المعاملات المصرفية العالمية، الخاضعة للأعراف الدولية، وبين الكفالة الشخصية، الخاضعة للقانون المدني.

الكفالة البنكية مشروطة الدفع، عند أول طلب، وغير قابلة للطعن، وغير موقوفة بأي شرط.

يشترط في الكفالة الشخصية، أن يكون الكفيل موسرا ومقيما في الجزائر "...".

جاء في نفس القرار في الوجه الثاني حول التسبب بأنه: "... حيث أن المعاملة البنكية التي كان على أساسها الكفالة لأول طلب تحكمها الأعراف الدولية ولا مجال لتطبيق المادة 646 وما يليها من القانون المدني التي تنطبق على الكفالة الشخصية إذ تشترط أن يكون الكفيل ميسورا ومقيما بالجزائر"¹.

وما يلاحظ على نص هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا يستعملون عبارة الكفالة لدى أول طلب بدلا من استعمال مصطلح الضمانات لدى الطلب أو خطابات الضمان.

ثانيا: خطاب الضمان والاعتماد المستندي

يعرف الاعتماد المستندي على أنه تلك العملية التي يقبل بموجبها بنك المستورد أن يحل محل الأخير في الالتزام بتسديد وارداته لصالح المصدر الأجنبي عن طريق البنك الذي يمثله، مقابل استلام الوثائق أو المستندات التي تدل على أن المصدر قد قام فعلا بشحن وإرسال البضاعة المتعاقد عليها، على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد².

ويعرف أيضا بأنه الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر أيا كانت طريقة تنفيذه، سواء بقبول سفتجة أو بخصمها أو بدفع مبلغ لصالح شخص آخر يسمى المستفيد ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال³.

ولعل التعريف الوارد في نشرة غرفة التجارة الدولية رقم 600 لسنة 2007 والمتضمنة للقواعد ولأعراف الموحدة للاعتماد المستندي⁴، وهو مطابق للتعريف الذي جاء بالنشرة السابقة رقم 500 لسنة 1993⁵، يوضح بصورة مفصلة مفهوم هذه العملية المصرفية وأهميتها، إذ تنص المادة الثانية منها على أن الاعتماد المستندي تعبير ينصرف إلى: "أية ترتيبات مهما كانت تسميتها أو

¹ - الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 627056 بتاريخ 2010/07/08، مرجع سابق، ص 251 و256.

² - محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 45.

³ - محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2013، ص 132-133.

⁴ - فهيمة قسوري، المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، تحت إشراف د.شيتور جلول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، نوقشت بتاريخ 2014/05/14، ص 19-20.

⁵ - محمد الطاهر بلعيساوي، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2012، ص9

وصفها يقوم بموجبها مصرف ما (المصرف المصدر للاعتماد) الذي يتصرف بناء على طلب وبموجب تعليمات صادرة عن عميل (طالب فتح الاعتماد) أو بالنيابة عن نفسه:

1. بأن يلتزم بالدفع للمستفيد أو لأمره من خلال قبول أو دفع سفتجات مسحوبة من المستفيد.
2. أو بأن يصرح لبنك آخر بتنفيذ هذه المدفوعات أو بقبول ودفع هذه السفتجات.
3. أو أن يصرح لبنك آخر بالتداول.

وذلك مقابل مستندات منصوص عليها بشرط أن تكون مطابقة لأحكام وشروط الاعتماد¹.
وعليه يمكن القول أن الاعتماد المستندي هو تعهد شرطي صادر من البنك (المصدر) بناء على طلب المستورد (الأمر) لصالح البائع (المستفيد)، ويلتزم البنك بموجبه بالوفاء في حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة متى قدم المستفيد مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل مطابقة لتعليمات شروط الاعتماد والتي تؤكد إرسال السلعة²، وقد يكون التزام البنك بالوفاء نقداً أو بقبول سفتجة، ويعتبر الاعتماد المستندي مستقلاً عن عقد البيع الذي فتح الاعتماد بسببه.
وانطلاقاً من كل هذا، يبدو أن هناك أوجه تشابه بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي³، في أن كلاهما كأصل عام يمثل علاقة قانونية ذات ثلاثة أطراف: البنك، والعميل الأمر، والمستفيد، وهما من ابتكار العمل المصرفي لتسهيل المعاملات التجارية الدولية من جهة⁴، ولحماية أطراف العلاقات التعاقدية من جهة ثانية، ويبرز القاسم المشترك بينهما أساساً في استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد وكفايته الذاتية في كلتا العملتين، ويتفقان أيضاً في أن كلا منهما يعتبر عملية مصرفية تتم بمجرد توقيع البنك⁵.

وقد دفع هذا التشابه القائم بينهما بالفقه والقضاء في العديد من المناسبات وعن طريق القياس إلى تمديد تطبيق نفس النتائج والآثار على التزام البنك في إطار الاعتماد المستندي على الالتزام في خطاب الضمان، كما دفع بالعديد من الهيئات الحكومية والمؤسسات البنكية أثناء عملية مناقشة مشروع قواعد الضمانات التعاقدية من طرف غرفة التجارة الدولية بالتعاون مع لجنة الأمم المتحدة سنة 1978 إلى اقتراح تطبيق نفس القواعد والأعراف الخاصة بالاعتماد المستندي.

¹ - نقلاً عن عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي (دراسة قانونية مقارنة بالشريعة الإسلامية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 06.

² - Ghislaine Legrand, Commerce International, Dunod, Paris, 2^eéd, 2008. P.149

³ - خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، جبهة للنشر والتوزيع، البلقاء، ص 320

⁴ - هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 230.

⁵ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 77 - 78.

ومع ذلك فإنه توجد اختلافات واضحة تفرق بينهما¹، فخطاب الضمان من عمليات الائتمان البنكي غير المباشرة وبطريق التوقيع، الغرض منه ضمان جدية العميل أو حسن تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، أما الاعتماد المستندي فهو من عمليات الائتمان البنكي المباشرة بهدف ضمان حصول البائع على الثمن² وهو بذلك يشكل جزءاً من العملية المرتبطة به. والمستفيد في خطاب الضمان هو المشتري أو المستورد أو صاحب المشروع، أما المستفيد في الاعتماد المستندي هو المورد أو البائع³.

ومن الوجهة الاقتصادية فإن العمليتين معا تتقابلان أو يكمل بعضهما البعض، مادام أن الاعتماد المستندي يصدر لصالح البائع لضمان دفع الثمن من جانب المشتري وأن خطاب الضمان يصدر لصالح المشتري والذي يضمن له تنفيذ الصفقة من جانب البائع أو المصدر. كما توجد بينهما اختلافات جوهرية يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

من حيث طريقة السداد: في الاعتمادات المستندية تكون بالإطلاع، أي بمجرد تداول مستندات الشحن المطابقة لشروط الاعتماد يتم سداد القيمة للبائع أو المورد الأجنبي، أو بتسهيلات موردين لفترات يتم الاتفاق عليها بين المستورد والمورد وهنا يتم سداد القيمة في تاريخ الاستحقاق المحدد والمتفق عليه في الاعتماد، وحيث أن المستندات المطلوبة في الاعتماد هي مستندات الشحن التي تثبت أن المستفيد قام بشحن البضاعة المطلوبة، فإن الواقعة التي تجعل وفاء الاعتماد مستحقاً هي واقعة إيجابية تثبت تنفيذ المستفيد للعقد الأساسي. أما في خطابات الضمان فإن سداد قيمته لا تتم بحسب الأصل إلا في حالة إخلال العميل الأمر عن تنفيذ التزاماته أو التأخر فيها⁴، أي أن التزام البنك يقوم على واقعة سلبية تفيد عدم تنفيذ العميل لالتزاماته، بالإضافة إلى أن الاعتماد المستندي يظل مرتبطاً بتقديم وثائق تمثل شحن البضاعة غالباً، بينما من النادر أن يشترط تقديم مستندات في خطاب الضمان⁵.

من ناحية الإلغاء: في حالة الاعتماد المستندي الغير قابل للإلغاء، يجب موافقة طرفي الاعتماد (المستورد والمورد) على إلغاء الاعتماد من خلال إصدار تعليمات للبنك، أو ترك الاعتماد دون تنفيذ حتى تنتهي مدته. أما في خطابات الضمان، فإن المتحكم الوحيد في إلغاءه هو المستفيد فقط دون تدخل من العميل الأمر.

¹ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 41.

² - محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص 293.

³ - Pierre-Alain Gourion, George Payrard, Droit du commerce international, L.G.D.J, 3^{éd}, 2001., P.186

⁴ - THIERRY BORNEAU, Droit bancaire, Op.Cit, P 513.

⁵ - كروم السالك، مرجع سابق.

من حيث الاستخدام والمعاملات: يكون سداد قيمة الاعتماد المستندي في مقابل بضائع يتم استيرادها ومتفق عليها من قبل. أما خطاب الضمان فهو يصدر لضمان التنفيذ¹، ويستخدم لتأمين مجموعة واسعة من الالتزامات مثل ضمان السلع والخدمات، أو ضمان جدية المشاركة في مناقصات أو ضمان حسن تنفيذ العملية أو ضمان رد دفعات مقدمة تم تسبيقها للعميل الأمر وغيرها من الاستعمالات².

من حيث القواعد الحاكمة: الاعتماد المستندي تحكمه الأعراف الدولية (النشرة 600 لسنة 2007) المقبولة دولياً، أما خطابات الضمان فإن القواعد التي تحكمه لا زالت لم تكتمل المعالم، فهي تخضع للقواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية وكذا لاتفاقية الانسيترال وإلى حرية الأطراف، بالإضافة إلى قانون الصفقات العمومية وإلى التزام البنوك بتنفيذ تعليمات البنك المركزي والأنظمة المصرفية التي تنظم التعامل بهذه الآلية.

ثالثاً: خطاب الضمان وخطاب الاعتماد الضامن (Stand-by Crédit)

خطابات الاعتماد الضامنة هي آلية من نوع خاص، حيث تشتهر من حيث الشكل بالاعتماد المستندي وتشتهر من ناحية الوظيفة التي تؤديها بخطاب الضمان، وقد نشأت في الولايات المتحدة الأمريكية، أين كان يحظر على البنوك الأمريكية أن تقوم بضمان التزامات الآخرين³. وأمام ازدياد استعمال الضمانات البنكية في التجارة الدولية ونظراً لحاجة الواقع العملي لمثل هذه الضمانات، فإن القانونيين والممارسين الأمريكيين ابتكروا استعمال آلية خطاب الاعتماد الضامن (Stand-by)، لأجل تجاوز هذا المنع والسماح للبنوك الأمريكية بإصدار الضمانات، ثم تطورت هذه الآلية في الممارسة في كندا وجنوب شرق آسيا وبدأت تنتشر في قارة أوروبا⁴.

وخطاب الاعتماد الضامن مثل الاعتماد المستندي يشكل أيضاً ضمان حازم وقطعي، يصدره البنك من أجل سداد مبلغ نقدي معين لصالح المستفيد بعد تقديمه المستندات المطلوبة، غير أنه يختلف عنه في أنه ليس وسيلة دفع موجهة لأن تتحقق، بل هو ضمان للتعويض أو للدفع، كما أن المستندات المطلوبة تختلف عن مستندات الاعتماد المستندي⁵ المتمثلة في تقديم كافة أصول مستندات الشحن التي تثبت بأن البائع (المصدر) قام بتنفيذ التزاماته وتبرر بذلك الدفع له، بل

¹ - محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، مرجع سابق، ص 175.

² - Charles Moumouni, « le regime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », Revue juridique Thémis, faculté de droit à l'université de Montreal, édition Thémis, Montreal, P.792. www.themis.umontreal.ca.

³ - Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Op.Cit, P 697.

⁴ - Caroline HOUIN-BRESSAND, Op.Cit, PP. 110-111.

⁵ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 334.

هي أقل وأخف وتميل إلى التدليل على إخلال العميل الأمر بالتزاماته¹، حيث يكفي تقديم مجرد وثيقة بسيطة يصرح من خلالها المستفيد عدم تلقيه الخدمة أو السداد أو سوء تنفيذ العمل، كصورة من الفاتورة التي أخفق العميل في سدادها، أو إقرار من المستفيد بمطالبته بقيمة الفاتورة والتي لم يتمكن من تحصيلها، بالإضافة إلى ما تنص عليه شروط خطاب الاعتماد الضامن حسب طبيعته والغرض منه². وعليه فإن خطاب الاعتماد الضامن يقترب في تنفيذه من خطاب الضمان المبرر أو المستندي³.

وينبغي التمييز بين خطاب الاعتماد الضامن التجاري وخطاب الاعتماد الضامن المالي، فالأول يصدر لضمان تسديد قيمة السلع من طرف المستورد، وهو قريب الشبه من الاعتماد المستندي، بينما الثاني أي المالي فهو على العكس من ذلك حيث يستجيب لمتطلبات المستورد⁴. وعليه فإنها ذات طبيعة مزدوجة تضيف نوع من الخلط، ويعتبرها روسي تيتو بأنها: "اعتمادات مستندية تستعمل ليس كآلية دفع ولكن كوسيلة ضمان"⁵.

إن أوجه الشبه كثيرة بين خطاب الضمان وخطاب الاعتماد الضامن، حيث يأخذ الضامن على عاتقه في الحالتين دفع مبلغ محدد للمستفيد عند أول طلب يصدر عنه بالنسبة للأول، أو عند إبراز مستندات معينة بالنسبة للثاني، ولا يتعين على الضامن في هذه الحالة إلا المراقبة الظاهرية لصحة المستندات من حيث الشكل. ويكمن الاختلاف بينهما خصوصاً في دائرة تطبيقهما الجغرافية، ذلك أن خطابات الضمان منتشرة في أوروبا بينما خطاب الاعتماد الضامن تستعين به البنوك الأميركية، علماً بأنه آخذاً بالامتداد في العالم بالنظر للقوة المالية الكبيرة التي تتمتع بها هذه البنوك وثقل الولايات المتحدة الأميركية الاقتصادي الضخم بين الدول، وبالتالي يمكن القول إن المبادئ التي ترعى خطاب الضمان تسري أيضاً على خطاب الاعتماد الضامن⁶. وبالرغم من التقارب بين هذين النوعين من الضمانات إلا أنهما يختلفان من حيث الأوجه الآتية:

- أن خطاب الاعتماد الضامن يستخدم في أغراض متنوعة يشمل الالتزامات المالية وغير المالية، فهو أوسع مما يستخدم فيه خطاب الضمان الذي ينحصر في الالتزامات المالية.

¹ - Charles Moumouni, Op.Cit, P 793.

² - صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 366.

³ - THIERRY BORNEAU, Op.Cit, PP 526-527.

⁴ - Caroline HOUIN-BRESSAND, Op.Cit, P.111.

⁵ - ROSSI Tuto, Op.Cit, P 38.

⁶ - ميسم النويري، الكفالة لدى أول طلب، مجلة ريادة، صادرة عن الشبكة القانونية للنساء العربيات، عمان، سبتمبر 2007، ص 8

- يجوز للضامن في خطاب الاعتماد الضامن أن يضمن به نفسه أو غيره طبقاً لنص الفقرة 2/ج من المادة الثانية من اتفاقية (الانستيرال)، وتضيف الفقرة الرابعة منها أنه يجوز أن ينص التعهد على أن يكون الضامن/المصدر نفسه هو المستفيد عندما يتصرف لصالح شخص آخر، حيث يحتوي على طرفين فقط هما الضامن والمستفيد، بينما لا يصدر خطاب الضمان إلا بتوافر ثلاثة أطراف على الأقل والبنك يضمن به غيره فقط. وعلى خلاف ما هو متفق عليه في أن محل خطاب الضمان يكون دائماً دفع مبلغ نقدي، فإن الفقرة الثالثة من نفس المادة أشارت إلى أنه يجوز أن ينص التعهد بأن يكون السداد بعملة معينة أو وحدة حساب معينة أو قبول سفتجة، أو السداد لأجل، أو تقديم شيء محدد ذي قيمة¹.
- أن خطاب الاعتماد الضامن يمكن أن يكون واجب الدفع لدى بنك غير البنك الذي أصدره، أما خطاب الضمان فيكون واجب الدفع لدى البنك الذي قام بإصداره.
- أن خطاب الاعتماد الضامن لا يكفي وحده للمطالبة بالدفع لأنه التزم في الدرجة الثانية، ويجب أن يخل العميل بالوفاء بالتزامه ويقدم المستفيد مستند بذلك حتى يصبح واجب الوفاء. أما خطاب الضمان فإنه يمكن أن يكون واجب السداد بمجرد تقديم طلب كتابي بسيط بالدفع.
- أن خطاب الاعتماد الضامن تنظمه عموماً قواعد الانستيرال بالإضافة إلى قواعد الاعتمادات المستندية رقم 600 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية عام 2007، كما لا يوجد ما يمنع من إخضاعه للقواعد المنظمة لخطاب الضمان إذا رغب الأطراف في ذلك، فتطبق عليه من أحكامه بما يتلاءم مع طبيعته.

من خلال ما سبق، يتجلى بوضوح أن خطاب الضمان له من الخصائص والمميزات التي تمنح له كياناً ذاتياً ينفرد به، وتجعله يختلف عن العمليات والأنظمة الأخرى التي قد تشته به ومن بينها الكفالة البنكية والاعتماد المستندي، ومع ذلك فإنه يقترب من خطاب الاعتماد الضامن من حيث وظيفته من جهة، وأيضاً من حيث طريقة المطالبة بقيمة الأخير والتي تماثل خطاب الضمان المستندي أو خطاب الضمان المبرر.

¹- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص 964-965.

المبحث الثاني

الأهمية العملية لخطاب الضمان الدولي

يعتبر خطابات الضمان الدولي من العمليات المصرفية الهامة، التي تلعب دورا كبيرا في دفع عجلة التنمية في الدولة إلى الأمام¹، كونه آلية تسهم في تنشيط العمليات التجارية والصناعية، من خلال توفير السيولة التي تستخدم في عمليات الاستثمار المختلفة، حيث تمثل حجر الزاوية في التعاملات الدولية التي قد لا تكتمل ما لم يتم تقديم هذا النوع من الضمانات²، لأنه يعد بمثابة أداة لتوفير الثقة وتسهيل التعامل بين المتعاملين والحفاظ على حقوق كل منهم تجاه الآخر عند تنفيذ العقود والوفاء بالالتزامات المحددة في المعاملات التجارية على النحو المتفق عليه³.

وتبرز أهميته أيضا بالنظر لما يوفره من مزايا وما يحققه من مصالح بالنسبة لأطرافه بما يمنحه من تسهيلات للمقاولين ورجال الأعمال في مختلف تعاملاتهم وتسريع إجراءاتها⁴، وهو يشكل بالنسبة للجهات المستفيدة تهديدا يعمل تحته المصدر، فيلزمه بالتنفيذ على الوجه المقرر⁵.

وتتزايد استخدامات خطاب الضمان بصفة مستمرة، وأصبحت له تطبيقات وبصمات واضحة في مختلف التعاملات التجارية والمالية الدولية، فكما قلت الثقة بين المتعاملين زادت الحاجة والطلب على تقديم تأمينات نقدية⁶ واتسعت بالتالي مجالات استخدام هذه الآلية وانتشر العمل بها، وتوسعت البنوك في إصدارها والتي أصبحت تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية والمالية بما تؤديه من خدمة كبيرة لأطراف التعامل وللاقتصاد القومي بشكل عام.

وفيما يلي سوف يتم تبيان أهمية خطاب الضمان بالنسبة لأطراف العملية (المطلب الأول)، وأهميته من حيث تعدد مجالات استخدامه في التجارة الدولية (المطلب الثاني).

¹ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 12.

² - عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء 2 (الأوراق التجارية وعمليات البنوك)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2007م، ص 448-449.

³ - معهد الدراسات المصرفية، "خطاب الضمان"، مجلة إضاءات مالية ومصرفية، العدد 10، ماي 2011، الصادرة عن معهد الدراسات المصرفية، الكويت، 2011، ص 4.

⁴ - محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود، ط1، 1984-1997، ص 322.

⁵ - المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري (المعاملات التجارية، العقود التجارية - عمليات البنوك)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 322.

⁶ - Manuella BOURASSIN et autres, Op.Cit, P 233.

المطلب الأول

أهمية خطاب الضمان بالنسبة لأطراف العملية

يلعب خطاب الضمان دور كبير ومتميز في الحياة الاقتصادية عموماً، لاسيما في عمليات الاستثمار الخاصة بالوزارات والمصالح الحكومية، وتكون الحاجة إليه عندما يجد المتعامل نفسه مضطراً إلى تقديم تأمين نقدي إلى الجهة المستفيدة التي يتعامل معها، حيث يمثل حلاً فعالاً لضمان الجدية في التعاقد أو حسن تنفيذ الالتزامات¹. ويترتب على قبوله بديلاً عن التأمين النقدي فوائد ومزايا متعددة للأطراف المعنية بإصداره، إذ يفيد البنك في كونه إحدى عمليات البنوك عن طريق التسهيلات الائتمانية الناشئة من مجرد التوقيع، فهي أقل خطورة من الإقراض المباشر ويتقاضى عليها عمولة الإصدار. ويحقق مصلحة العميل الأمر لأنه يجنبه تقديم مبلغ نقدي قد لا يتوفر لديه أو قد يكون في حاجة إليه لتنفيذ العملية، فهو يحل محل التأمينات النقدية² التي كان يتعين عليه في الأصل تحويلها من وإلى البلاد الأجنبية، ويتفادى بذلك التكاليف المرتفعة التي تنتج عن ذلك³. ويفيد منه المستفيد أو على الأقل لا يتضرر منه، إذ يعتبر بمثابة نقود بين يديه، لأنه يتضمن التزاماً صادراً عن ضامن بمركز مالي متين ويتميز بالوفاء بالتزاماته وذو سمعة عالمية وهو البنك⁴، وسوف يتم تفصيل ذلك من خلال التطرق إلى أهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل الأمر (الفرع الأول)، وأهميته بالنسبة للمستفيد (الفرع الثاني)، ثم أهميته بالنسبة للبنك الضامن (الفرع الثالث).

¹- عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر، عمان، ط1، 1998م، ص386

²- علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص88

³- رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص427.

⁴- المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص321.

الفرع الأول

أهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل الأمر

تتضح أهمية خطاب الضمان في أنه ارتبط بأعمال المقاولات في إنجاز المشاريع الإنشائية الكبرى وعقود التوريد وتقديم الخدمات وتنفيذ الصفقات العمومية بمختلف صورها، وتتمثل الفائدة الشخصية بالنسبة للعميل المصدر في أنه لن يحصل على العقد إلا بعد تقديم خطاب الضمان الذي يشكل سندا ودعامة قوية يستند عليها عند التعاقد وأثناء تنفيذ العقد¹.

كما أن المقاولين ورجال الأعمال والشركات يفضلون هذه الوسيلة على تقديم الوديعة النقدية كتأمين عندما يتعاملون مع أجهزة الدولة وذلك لعدة أسباب، منها أنها تعتبر نوعاً من التسهيلات الائتمانية التي يحصل عليها المتعاملون من البنوك لضمانهم في مواجهة الجهات المستفيدة، وأيضاً لسهولة استرجاع التأمينات المقدمة من العملاء في حالة طلبها من هذه البنوك كغطاء لخطاب الضمان، بخلاف فيما لو قاموا بإيداع مبالغ نقدية² لدى الجهة المستفيدة، حيث يتعذر استرداد المبالغ من لدى الجهات العامة إلا بعد المطالبة بها وبعد المرور بالروتين الإداري البطيء، وغالبا ما يتم خصم نسبة معينة من هذه المبالغ لصالح الجهة العمومية.

بالإضافة لذلك فإن طريقة التأمين النقدي تحتوي على عدة مخاطر بالنسبة للمصدر منها، خطر سحب المبلغ المودع دون سبب، فلا شيء يمنع المستورد من مصادره ولأسباب غير موضوعية. هذا زيادة على خطر عدم التحويل بعد تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته، حيث أنه بعد إتمام الإنجاز حسب الاتفاق ويقتنع به المستورد، فإن الأخير يعطي أمراً لبنكه لإعادة تحويل المبلغ إلى المصدر بالخارج، فقد توجد هناك إجراءات محلية من طرف السلطات النقدية لبلاد المستفيد بهدف التقليل من الدخول إلى سوق النقد وتمنع مؤقتاً خروج العملة، مما يمنع المصدر من استعادة المبلغ المودع، كما يتعرض أيضاً إلى خطر الصرف وخطر تجميد الأموال³.

إن حلول خطاب الضمان محل التأمين النقدي الذي يطلبه عادة المستفيد منه، يقضي على هذه المخاطر ويحقق للعميل الأمر فوائد عديدة، فبدلاً من تجميد المبالغ النقدية لدى الجهة المستفيدة، يقوم باستصدار هذا التعهد من البنك، يحصل به على رضا وقبول المستفيد للتعاقد معه، حيث

¹ - محمد أحمد زيدان، الوقاية من مخاطر الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، بحث منشور في مركز الدول العربية للبحوث والدراسات والمركز العربي للبحوث والدراسات الجنائية، الرياض، البريد الإلكتروني: www.arablawninfo.com

² - خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 99.

³ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 361.

يتيح له فرصة المشاركة في المناقصات¹ وتنفيذ المشاريع وإبرام عقود المعاملات وتوريد البضائع وتقديم الخدمات، وكل ذلك يحصل بمجرد تقديم خطاب ضمان في معاملة من هذه المعاملات². إن هذه الصفقات ما كان ليستطيع عقدها لو لم يقبل المتعاقدون معه خطاب الضمان كبديل للتأمينات النقدية الواجب تقديمها كشرط مسبق للدخول في التعاقد معهم³، بالتالي يتمكن العميل الأمر من الاحتفاظ بأمواله واستعمالها في تحقيق حاجاته لأنه لا يؤدي إلى حبس النقود من التداول⁴، مما يتيح أمام العميل الأمر فرصة استثمارها في مشاريع أخرى⁵ تجارية وإنتاجية تدر عليه عائداً يغطي أو يفوق ما قد يدفعه للبنك من عمولة مقابل الإصدار⁶، بالإضافة إلى أنه يمكنه التقدم بعرضه في المناقصات في حالة عدم توافر الأموال اللازمة لديه. ومما لا شك فيه أن عمولة الإصدار التي سيدفعها العميل الأمر للبنك ستكون أقل من سعر الفائدة التي يتحملها إذا ما اقترض قيمة التأمين النقدي من البنك، ناهيك على أن هذه التقنية تجنب العميل الأمر وتغنيه عن تحويل العملات الأجنبية الموازية لقيمة التأمين الواجب تقديمه للمستفيد ثم إعادة تحويله مرة ثانية عند انتهاء العملية أو عند عدم رسو الصفقة عليه، وما يترتب على ذلك من آثار مالية نتيجة تغيير أسعار الصرف في الفترة ما بين تقديم التأمين وسحبه⁷، وصعوبة تحديد الطرف الذي يتحمل هذه الخسارة إن وجدت.

الفرع الثاني

أهمية خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد

غالبا ما يكون المستورد أو صاحب المشروع يجهل المتقدم إليه الأجنبي ولا يعرف مدى ملاءته أو أمانته وجديته، فعندما يعرض المستورد أو يعلن صاحب المشروع عن المناقصة وترسو الصفقة على شركة أجنبية، فإن الأخيرة قد تتخلف عن إتمام التعاقد ولا توقع على العقد، وقد لا يتم تنفيذ العقد المبرم أو يتم تنفيذه تنفيذاً معيباً، وقد يدفع المستورد تسبيقات للمصدر

¹ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 12-14.

² - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 9 - 10.

³ - محمد أحمد زيدان، مرجع سابق.

⁴ - أحمد حسن، التطبيقات المعاصرة للقرض الذي جر منفعة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24،

العدد الأول، 2008 م، ص 686.

⁵ - عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 449.

⁶ - رياض ناظم حميد، نفس المرجع السابق، ص 11.

⁷ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 43 و 53.

الأجنبي الذي تعاقد معه لكي يبدأ في تنفيذ عقد التوريد أو المقاول، أو قد يتسلم منه البضاعة أو المشروع المنجز دون أن يخصم منه مبلغا لضمان مطابقة البضاعة أو مطابقة إنجاز المشروع للمواصفات المتفق عليها، ويتضح فيما بعد أنه دائن له بالتعويض عن سوء التنفيذ¹.

لكل ذلك، ومع أن صاحب المشروع يملك دعوى عقدية لمطالبة المورد أو المقاول الغير مقيم بتنفيذ التزامه أو بفسخ هذا العقد مع التعويض، إلا أن هذه الدعوى تكلفه جهدا ومالا، أو تستدعي تحكما يكلفه كثيرا خاصة وأنه يتم في الخارج في بلد المصدر أو المقاول².

لذا فإن المستورد عادة ما يشترط على المصدر غير المقيم أن يقدم له خطاب ضمان بنكي لكي يقبل التعاقد معه، وغالبا ما يشترط أن لا يكون صادرا من بنك في الخارج لا يعرفه، بل أن يكون صادرا من بنك محلي في بلد المستفيد.

ولهذا يحرص العميل الأمر على أن يطلب من بنكه في بلده بالخارج بأن يتم إصدار الضمان مباشرة من طرف بنك في بلد المستفيد على أن يضمنه بنك العميل الأجنبي عن طريق الضمان المقابل، وهذان الضمانان هما مستقلان تماما عن بعضهما البعض وعن عقد الأساس.

يتم إصدار الضمان المباشر من قبل البنك المحلي ولصالح المستفيد، بناء على تعليمات معطاة من البنك الأجنبي، ويصدر الضمان المقابل عن البنك الأجنبي بناء على تعليمات العميل الأمر غير المقيم لصالح البنك المحلي. ومتى طالب المستفيد البنك المحلي (الضامن المباشر) فإن الأخير يرجع بدوره على البنك الضامن المقابل، حيث لا توجد علاقة بين العميل الأمر الأجنبي والبنك الضامن المباشر ولا بين المستفيد والبنك الضامن المقابل معطي التعليمات³.

هذا ويعد صدور خطاب الضمان من قبل جهة مليئة وهي البنك ضمانا كافيا من وجهة نظر المستفيد لا تقل عما يؤديه التأمين النقدي المودع لديه من أمان وثقة⁴، خاصة وأن إصداره يجعل التزام البنك الضامن مستقلا وملزما بالدفع عند أول مطالبة تصله من المستفيد وعلى الرغم من أي اعتراض قد يبديه العميل⁵.

إن خطاب الضمان كتقنية يضمن حماية مصالح المستفيد ويمنح له حقا تجاه البنك الضامن أكبر من الحق الذي كان يكتسبه من خلال الضمانات التقليدية، حيث يمكنه من تجاوز

¹ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 15.

² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 19 - 21.

³ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit., 4^oéd, P 211-212.

⁴ - رشاد نعمان شايح العامري، مرجع سابق، ص 427.

⁵ - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 14.

الصعوبات المحتملة التي كان يواجهها الدائن في حالة المماثلة من الكفيل والمدين الأصلي¹، ذلك لأن الكفالة عقد تابع ويستطيع الكفيل التمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي. وبدورها الوديعة النقدية كصورة من صور التأمينات العينية، ومع أنها تعتبر أسرع وسيلة للدائن في الحصول على حقه في حالة إخلال الطرف المصدر، دون أن يستدعي ذلك مطالبته وانتظار قبوله أو عدم قبوله لأسباب قيام المستورد بأخذ المبلغ المودع، وأنها وسيلة فعالة للضغط على المصدر وتؤدي إلى نقل عبء مشقة المقاضاة إلى المدين، غير أن هذه الوسيلة هي الأخرى لم تعد مناسبة مع ضخامة المبلغ الذي يطلبه المستورد كوديعة، بالإضافة إلى مخاطر تدهور علاقات الدول التي يقيم بها الأطراف والتباين في نظمها القانونية، مما يجعل هذه التأمينات التقليدية في أن تصبح عاجزة تقريبا عن تجاوز حدود هذه الدول². ومن ثم فإن خطاب الضمان يبعد المستفيد عن الكفالة التابعة للدين الأصلي، ولا يحتاج في الوقت ذاته إلى نقود يودعها العميل لديه، فهو آلية يتوافر بها للمستفيد على الأمان والسهولة في الاقتضاء لأنه مستقل عن العقد الأصلي ويتم تنفيذه بشكل شبه آلي³.

ويفيد المستفيد أيضا في تجنب المشاكل الناتجة عن إيداع المبالغ لديه وإعادة تحويلها في نهاية المدة عندما يتم الإنجاز وفقا لما تم الاتفاق عليه، مع ما يترتب عن ذلك من إجراءات محلية من طرف السلطات النقدية بقصد التقليل من الدخول إلى سوق النقد وتمنع مؤقتا خروج العملة، وخطر تغير سعر الصرف⁴، ودفع تكلفة هذا الإيداع وارتفاع قيمتها حسب المدة ونوع العملية، كما أن قبول خطاب الضمان بديلا عن التأمين النقدي يشجع الموردين والمقاولين على التقدم إلى المناقصات المعلن عنها من المستفيد، حيث يستطيع عدد أكبر منهم من المشاركة في المناقصات المعلن، الأمر الذي يفيد الجهة المعلن من أن يكون لديها الفرصة أوسع في اختيار مقدم العرض الأنسب من بين مجموعة أكبر من المشاركين⁵، وما يترتب على ذلك من فائدة للجهة المستفيدة في الحصول على أحسن العروض وبأفضل الشروط وأرخص الأسعار⁶.

¹ - Manuella BOURASSIN et autres, Op.Cit, P 231.

² - كروم السالك، مرجع سابق.

³ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 39-40.

⁴ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, PP 360-361.

⁵ - خالد إبراهيم التلاحمة، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية، مرجع سابق، ص 149.

⁶ - محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان، مرجع سابق، ص 226.

الفرع الثالث

أهمية خطاب الضمان بالنسبة للبنك الضامن¹

بالنظر إلى المركز المالي المتميز والمتين للبنك وحرصه على الوفاء بالتزاماته حفاظاً على سمعته الدولية، فإن لتوقيعه قيمته الائتمانية، ولذلك يكفي في كثير من الأحيان أن يستند العميل إلى هذا التوقيع دون أن يؤدي ذلك إلى خروج مبلغ نقدي من خزينة البنك إليه².

وإقراض التوقيع هو أقل خطورة بالنسبة للبنك من الإقراض المباشر للنقود، إذ أن التزامه بدفع قيمة الضمان للمستفيد هو التزام عرضي، فالأصل أن لا يقوم البنك الضامن بتسديد المبلغ إذا تمت العملية حسب ما هو مسطر لها، والاستثناء هو تسديده عند مطالبة الجهة المستفيدة بالدفع، ويكون ذلك عادة في حالة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته أو الإخلال بها.

ويستفيد البنك من إصداره لهذه الضمانات، لأن البنوك لا تقوم بإصدارها لحساب عملائها مجاناً بل نظير تقاضى عمولة³ من كل عميل تتناسب مع قيمة خطاب الضمان وأجله ونوع العملية المطلوب تقديمه بشأنها⁴، وفي نفس الوقت ينتظر من العميل الأمر أن يقوم بتنفيذ التزاماته في الوقت المناسب، حيث أنه في أغلب الأحوال لا يقوم البنك بدفع قيمته للمستفيد، وبالتالي فإن إصداره لا يكلف البنك إلا نفقات إدارية بسيطة مقارنة بعمليات مصرفية أخرى كفتح الحسابات الجارية وتقديم القروض، ومن ثم فإن البنوك تجني من وراء عملية إصدار خطابات الضمان مبالغ لا بأس بها تضيفها إلى دخلها⁵. هذا بالإضافة إلى تجميع مبالغ أخرى في حساب التأمين النقدي لخطابات الضمان (غطاء خطاب الضمان)، وهذه المبالغ تستطيع البنوك استثمارها خلال فترات محددة في قروض قصيرة الأجل وهي مطمئنة إلى أن هذه المبالغ لن تطلب من قبل العملاء خلال هذه المدة⁶، كما أن البنك لا يتحمل أية خسارة إذا وفى للمستفيد، إذ يحتفظ عادة بغطاء مناسب ويأخذ على العميل تعهدات كافية تضمن له سداد هذه القيمة ورجوعه عليه،

1- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 14.

2- إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة (عمليات المصارف)، منشورات بحر المتوسط، ومنشورات عويدات، بيروت-باريس، ج 3، ط 1، 1983، ص 470.

3- محمد احمد زيدان، مرجع سابق، البريد الإلكتروني: www.arablawninfo.com

4- خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 99.

5- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 410.

6- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 450.

فضلا على أن أموال العميل جميعها تشكل ضمانا عاما¹، كما أن البنك يهدف من إصدار خطابات الضمان إلى تحقيق هدف آخر أيضا وهو خدمة عملائه والحفاظ عليهم وكسب عملاء جدد للاستفادة منهم في عمليات مصرفية أخرى أكثر ربحا للبنك².

المطلب الثاني

أهمية خطاب الضمان الدولي من حيث مجالات استخدامه

مع ازدهار التجارة الخارجية ازدادت الحاجة إلى خطاب الضمان والذي أصبح يحتل مكانا بارزا وهاما في التعاملات الدولية بين الأشخاص والمؤسسات، كما لا تستغني عن استخدامه الجهات العامة في إبرام الصفقات العمومية حول المشاريع الإنشائية وتوريد الأجهزة والبضائع واكتساب التكنولوجيا³، نظرا لفائدته الاقتصادية وللدور الذي يلعبه في بث الثقة خصوصا إذا لم تكن هناك سابق معرفة أو تعامل تجاري بين الأطراف⁴، وذلك بسبب المرونة والتلقائية التي تميزه وطريقة وضعه موضع التنفيذ، مما جعله يتلاءم مع التحولات والتطورات التي يشهدها المحيط الاقتصادي⁵.

ويتم اللجوء إلى استخدام هذه التقنية في مجالات كثيرة ومتنوعة، من أهمها يوجد ميدان المناقصات الدولية، والاستفادة من الأنظمة الجمركية وتسهيلات الجمارك⁶، وفي مجال الملاحة البحرية⁷، وقد يتم تقديمه لضمان سداد التزامات الأجانب تجاه مصلحة الضرائب⁸، كما قد يتضمن القانون نصوصا تستوجب تقديم تأمينات لضمان بعض الحقوق، مثل ما يشترطه على الراغبين في احتراف مهن معينة كشركات الوساطة في البورصة، أو بخصوص الحجز التحفظي على السفينة، وفي حالة الخسارة البحرية المشتركة حيث لا تسلم البضاعة للمرسل إليه إلا بعد

¹ - المادة 188 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 428.

³ - Pierre-Alain Gourion, George Payrard, Op.Cit, P.187

⁴ - أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، مرجع سابق، ص 13-14.

⁵ - عمر مصطفى جبر إسماعيل، مرجع سابق، ص 206.

⁶ - سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، مطبعة الشرق ومكتبها، عمان، ط2، 1982، ص 295.

⁷ - لؤي عبد الرحمان، العمليات المصرفية، دار البلدية ناشرون وموزعون، عمان، ط1، 2015، ص 131-132.

⁸ - محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 321-322.

تقديم خطاب ضمان يضمن الوفاء بحصته من قيمة الخسارة¹، وغير ذلك من الاستخدامات المتنوعة التي يفرضها الواقع والظروف وطبيعة الحال².

وفيما يلي سوف يتم عرض مختصر لأهم هذه المجالات المنتشرة في الواقع العملي والتي غالبا ما تستدعي اللجوء إلى استصدار هذا النوع من الضمانات، أهمها مجال المناقصات الدولية (الفرع الأول)، مجال الاستفادة من الأنظمة الجمركية وتسهيلات الجمارك (الفرع الثاني)، مجال الملاحة البحرية (الفرع الثالث)، وفي مجال ممارسة بعض المهن (الفرع الرابع)، مجالات أخرى لاستخدام خطاب الضمان (الفرع الخامس).

الفرع الأول

أهمية خطاب الضمان في مجال المناقصات الدولية

يعتبر ميدان المناقصات المجال الأكثر تطلبا لاستصدار خطاب الضمان في الحياة العملية³، إذ يسهم في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية وتسهيل تنفيذ المشاريع التنموية، التي تؤدي إلى توفير الخدمات التي يحتاج إليها أفراد المجتمع والتقليل من نسبة البطالة، وبالتالي في انتعاش الاقتصاد وتحقيق معيشة أفضل للمجتمع، خصوصا مع صدور العديد من القوانين الوطنية التي تشجع المستثمرين وتمنحهم امتيازات تشكل عامل جذب لرؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الجزائر في مختلف المجالات⁴.

ويصدر في الغالب لصالح الجهات الحكومية والهيئات العامة والمؤسسات والشركات ضمنا لحقوقها في عقود التوريد وإنجاز الهياكل والمنشآت⁵، إذ لا يكاد يخلو أي عقد منها على تنوعها من اشتراط تقديمه حسب كل مرحلة من المراحل التي تمر عبرها الصفقة، فكل من يريد الاشتراك في مناقصة دولية عليه أن يرفق بعرضه المقدم ضمان ابتدائي، يقصد منه عادة التأكيد على جدية تعهداته⁶، فإذا رست الصفقة على أحد المتنافسين مقدمي العروض، طلبت الجهة

¹ - مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص 162.

² - عبد السلام بن محمد الشويعر، عقد الكفالة وتطبيقاته المعاصرة، مجلة العدل، العدد 43، كلية الملك فهد الأمنية، الرياض، رجب 1430 هجري، ص 176-177.

³ - رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 429.

⁴ - مولاي خنير رشيد، بن لدغم فتحي، "الاقتصاد الإسلامي (الواقع ورهانات المستقبل)"، الملتقى الدولي الأول لمعهد العلوم

الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بغرداية. البريد الإلكتروني: moulaykh@yahoo.fr

⁵ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^{éd}, Op.Cit, P 273.

⁶ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit., 4^{éd}, P 211.

صاحبة المشروع منه تقديم ضمان حسن تنفيذ العملية¹ وهكذا إلى غاية التنفيذ النهائي، كما يتم تقديم خطاب الضمان أيضا لضمان استيراد السلع المتفق عليها خلال المدة المحددة وطبقا للمواصفات المتفق عليها، أو لضمان تشغيل وتركيب وصيانة الآلات والمعدات المستوردة، ويستمر مفعوله إلى غاية انتهاء التركيب أو انتهاء المدة التي يتم خلالها إجراء الصيانة اللازمة.

الفرع الثاني

في مجال الاستفادة من الأنظمة الجمركية وتسهيلات الجمارك

تظهر أهمية استخدامات خطاب الضمان في التجارة الدولية في حالات كثيرة تقدم فيها لمصلحة إدارة الجمارك لغرض تسهيل الإجراءات، وغالبا ما يجمعها غرض واحد هو ضمان أداء الحقوق والرسوم الجمركية المستحقة، والتي يتوجب تحصيلها قبل تسليم البضائع المستوردة، مثل حالة السماح للمستورد بتسلم البضاعة مقابل تقديم خطاب ضمان إلى أن يتم تقدير الرسوم الجمركية المستحقة على تلك البضاعة²، أو أن شركة من شركات المقاولات الأجنبية أحضرت معدات للعمل، حيث يجب عليها أن تقدم ضمانا لمصلحة الجمارك مع تصريح مكتوب تتعهد فيه بإعادة تلك المعدات لبلادها بعد الانتهاء من العمل في خلال مدة معينة يتم تحديدها، وذلك حتى لا تقوم الشركة ببيع معداتها بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع، وبالتالي لا تضيع على الخزينة العامة الرسوم المستحقة والتي كان يجب تحصيلها قبل أن تستلم الشركة المعدات.

وفي هذا الصدد جاء في قانون الجمارك الجزائري ما يلي: "إن الحقوق والرسوم التي تصفى بالنسبة للبضائع المصرح بها تصبح واجبة الأداء نهائيا، بمجرد انتهاء الفحص وإمكان منح رفع اليد عن البضائع، غير أنه يمكن لإدارة الجمارك أن تطالب بإيداع المبلغ الذي يمثل الحقوق والرسوم أو تقديم ضمان كاف تأمينا لأداء الدفع الكامل لهذه الحقوق والرسوم عند رفع اليد"³.

وللجمارك أنظمة عديدة تهدف إلى تسهيل التعامل مع المصدرين والمستوردين وتمنع في نفس الوقت تكسب البضائع على الأرصفة والمستودعات، مما يسهل عملية الشحن والتفريغ ويوفر

¹ - جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، ج2، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص375-376.

² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 232.

³ - المادة 106 من القانون 79-07 والمتضمن ق.ج.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

جهدا ونفقات كبيرة¹، إلا أن ذلك كله يجب أن تتوفر له الضمانات اللازمة لحقوق الخزينة العامة، وهنا تقوم البنوك بدور فعال عن طريق التسهيلات الائتمانية التي تقدمها بإصدار خطابات الضمان، ضمانا لما قد يستحق من حقوق للخزينة العامة².

وهذه الأنظمة منصوص عليها بالمادة 115 مكرر في فقرتها الثانية من القانون 98-10 المكمل والمتمم للقانون 79-07 المتضمن قانون الجمارك، الواردة بالفصل السابع منه تحت عنوان النظم الجمركية الاقتصادية، بأن هذه الأنظمة الاقتصادية تمكن من تخزين البضائع وتحويلها واستعمالها أو تنقلها بتوقيف الحقوق الجمركية والرسوم الداخلية للاستهلاك³.

ومن أهم الأنظمة الجمركية التي تصدر في شأنها هذه الضمانات يوجد نظام تخليص البضائع، نظام السماح المؤقت، نظام الإيداع، ونظام البضائع العابرة، إضافة إلى خطاب الضمان الذي يصدر لضمان سلع المعارض والتجارب.

أولاً: نظام ضمان تيسير التخليص على البضائع

الأصل أنه لا يجوز لمصلحة الجمارك أن تقوم بتسليم رخصة رفع البضائع إلا بعد دفع الرسوم والضرائب المستحقة أو تقديم ضمان بقيمتها، غير أن هذا النظام يجيز الإفراج عن البضائع بمجرد مراقبتها دون انتظار إجراءات تقدير الرسوم الجمركية المستحقة عليها⁴، وذلك إذا كانت طبيعة البضاعة لا تتحمل البقاء لفترة طويلة بمصلحة الجمارك أو تقتضي الضرورة الإسراع بالإفراج عنها، أو تستوجب التعجيل في تصريفها تفادياً لتكديسها على الأرصفة. في مثل هذه الحالات يتم الإفراج عن البضائع مقابل خطاب ضمان بنكي يكفل سداد الرسوم التي تستحق عند عدم دفعها من طرف صاحب البضاعة بعد أن يتم تقديرها⁵.

ثانياً: نظام ضمان السماح المؤقت أو الموقوفات

ويعني هذا النظام السماح بإدخال المواد الأولية والخامات من الخارج إلى الدولة لتصنيعها أو إجراء بعض العمليات عليها ثم إعادة تصديرها أو استيراد مواد التعبئة والتغليف لاستخدامها في توضيب المنتجات وإعادة تصديرها، أو إدخال سلع لإصلاحها أو تكملة صنعها، أو دخول بعض الآلات والممتلكات الشخصية بغرض استخدامها الشخصي من قبل رعايا دولة أخرى بصفة مؤقتة. وفي هذه

¹ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 52-53.

² - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، النسر الذهبي للطباعة، دار السلام، ج1، ص758.

³ - القانون رقم 79-07 المتضمن ق.ج.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ - المواد 117-123 و 315 من القانون رقم 79-07 المتضمن ق.ج.ج المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁵ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 55.

الحالات يتخذ إجراء الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، على أن يقدم المعني بالإدخال أو المستورد إلى مصلحة الجمارك تأميناً أو خطاب ضمان بقيمة الضرائب أو الرسوم لحين إعادة التصدير، بحيث إذا لم يعاد تصدير المواد المستوردة خلال مدة محددة أصبحت الضرائب والرسوم واجبة الأداء، ويكون لمصلحة الجمارك اقتضاء قيمة خطاب الضمان من البنك¹، ونفس الأمر ينطبق بالنسبة لتصدير بعض السلع لاستكمال صنعها في الخارج وإعادتها، في مقابل تقديم خطاب ضمان يكفل إعادتها للوطن.

ولقد حددت المادة 132 من قانون الجمارك مدة التصدير بسنة واحدة، وتتص الفقرة الثانية من المادة 133 من نفس القانون على إمكانية تمديد هذه المدة من طرف إدارة الجمارك².

فإذا لم يحترم المستورد هذه الأجال القانونية، يمكن لإدارة الجمارك مطالبة البنك بدفع المبلغ، وبذلك تفقد تلك البضائع المستوردة بنظام السماح المؤقت امتياز الإعفاء من الرسوم والضرائب الجمركية، ونفس الشيء يطبق على الوجه الآخر لصورة السماح المؤقت أي تصدير بعض السلع لاستكمال صنعها في الخارج وإعادتها، بأن يتم ضمان عودتها بعد استكمال صنعها.

ويهدف هذا النظام إلى توفير للمستوردين ضريبة الموارد التي كانوا سيدفعونها، وبالتالي يمكنهم من استثمار هذه المبالغ بدلاً من تعطيلها عدة شهور حتى تتم إجراءات تحويل المواد الأولية إلى مصنوعات وإعادة تصديرها إلى الخارج، ثم استرداد الرسوم الجمركية عنها، كما يرمي إلى تصريف بضائع الدولة في الأسواق الأجنبية وتشجيع التصدير والتجارة الخارجية، مما يؤدي إلى تحسين الميزان التجاري للدولة³.

ومن أمثلة هذا النظام، السماح للسياح باصطحاب سياراتهم عند دخولهم إقليم الدولة على أن يقدموا تأميناً نقدياً أو خطاب ضمان لخروج السيارة خلال مدة معينة، وكذلك السماح للرعايا بالخروج من دولتهم مصطحبين سياراتهم أو مجوهراتهم بعد تقديم ضمان لخروجها بعد مدة معينة، فإذا لم يتم خروجها خلال تلك المدة قامت مصلحة الجمارك باقتضاء قيمة خطاب الضمان مقابل ما يستحق عليهم من رسوم وضرائب.

ومن قبيل السماح المؤقت أيضاً، الإذن بتصدير بعض السلع لاستكمال صنعها وإعادتها، أو إرسال بعض الآلات والأجهزة الطبية إلى الخارج لغرض إصلاحها خاصة عندما تكون من

¹ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 53.

² - القانون رقم 79-07 المتضمن ق.ج.ج، المعدل والمتمم، نفس المرجع.

³ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 54.

الأجهزة الحساسة ذات تكلفة كبيرة، والسماح المؤقت في مثل هذه الحالات مشروط بتقديم خطاب ضمان إلى مصلحة الجمارك يضمن عودتها بعد استكمال صنعها أو بعد إصلاحها¹.

ثالثا: نظام ضمان الإيداع أو الاستيداع الجمركي (المناطق الجمركية)

يحدث أن يقوم المستورد بالتعاقد على بضاعة أو سلعة تم إدخالها للوطن بغرض إعادة تصديرها إلى جهة أخرى، وقد تبقى البضاعة في المستودعات بالمنطقة الجمركية قبل إعادة تصديرها مدة طويلة تصل إلى عدة أسابيع أو شهور، حيث يتم ذلك باستئجار منطقة من مصلحة الجمارك باعتبارها مستودع خاص للبضائع ويتم إيداع السلع فيها لحين استكمال إجراءات تخليصها وخصوصا السلع العابرة، وتعتبر تلك المناطق المستأجرة امتدادا للجمارك تخضع لرقابتها أو تحت إشرافها، لهذا تطلب هذه المصلحة من صاحب البضاعة تقديم خطاب ضمان يكفل ما يستحق من رسوم الإيداع عن المدة المحتملة التي تظل فيها البضائع في هذه المستودعات². وينتهي الغرض منه عند إعادة شحن البضائع للخارج وبالتالي إعادته للبنك، وفي حالة عدم التزام العميل بإعادة شحن البضائع يتم مصادرة قيمة خطاب الضمان، ولا يصرح للمستورد في هذه الحالة بعرض البضاعة لبيعها بالداخل. ويشترط عند إعادة شحنها وأن تخرج من نفس المنفذ الذي دخلت منه³.

وتوجد ثلاثة أنواع من المستودعات الجمركية تتمثل في المستودع العمومي، المستودع الخاص، والمستودع الصناعي. ويتميز خطاب الضمان الصادر على أساس هذا النظام بأنه يصدر بقيمة غير محددة، ويتم تحديدها لاحقا من طرف إدارة الجمارك على ضوء الرسوم الجمركية وغيرها. ولقد تطرق إليه قانون الجمارك على أنه النظام الجمركي الذي يمكن من تخزين البضائع تحت المراقبة الجمركية في المحلات المعتمدة من طرف إدارة الجمارك مع وقف الحقوق والرسوم⁴.

رابعا: نظام ضمان البضائع العابرة

لقد نص المشرع الجزائري على نظام العبور الجمركي في القسم الرابع من قانون الجمارك على أن "العبور هو النظام الجمركي الذي توضع فيه البضائع تحت المراقبة الجمركية، المنقولة من مكتب جمركي إلى آخر برا أو جوا مع وقف الحقوق والرسوم وتدابير الحضر ذات الطابع

¹ - عيد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 397-398.

² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 233.

³ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 53 و 55.

⁴ - المادة 129 من القانون رقم 79-07 المتضمن ق.ج.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الاقتصادي...¹، ويعني البضائع التي تستورد لدولة ما وتأخذ طريقها إلى هذه الدولة برا أو جوا عبر إقليم دولة ثانية. ولما كانت الرسوم الجمركية غير مستحقة عليها لأنها غير واردة إلى دولة العبور، لذلك تطلب مصلحة الجمارك احتياطيا خطاب ضمان بقيمة الضرائب والرسوم الجمركية عن هذه البضائع، إلى غاية أن يقدم إليها ما يثبت وصولها إلى وجهتها في البلاد الأجنبية، كأن تقدم شهادة من مصلحة الجمارك لهذه الدولة الأخيرة باستلامها للبضائع أو أي دليل تقبله مصلحة الجمارك لدولة العبور².

وجاء في نفس القانون أنه "للاستفادة من العبور، يجب على الملتزم اكتتاب تصريح مفصل يحتوي على التزام مكفول يلتزم بموجبه تحت طائلة العقوبات، بتقديم البضائع المصرح بها إلى المكتب المحدد وبترصيص سليم في الأجل المحددة وعبر الطريق المعين..."³. وينتهي مفعول خطاب الضمان الصادر وفقا لهذا النظام ويسترده صاحب الشأن بعد أن يثبت وصول البضاعة إلى وجهتها، فتقوم إدارة الجمارك بإلغاء الالتزام بتقديم الضمان وتسلم سند الإبراء للمعني بالأمر.

ومما يجب ملاحظته هنا أن البضائع العابرة لا بد أن تدخل من منفذ جمركي وتخرج من منفذ آخر، وبالتالي لا يجوز السماح هنا بتجزئة البضاعة أو استخدامها أو عرضها أو تصنيعها، ويتعين إعادة شحنها بنفس شكلها وحالتها⁴.

الفرع الثالث

في مجال الملاحة البحرية

إن الضمان الذي يحل محل سندات الشحن، يعتبر من بين أهم الحالات التي تصدر فيها البنوك التجارية خطابات ضمان بناء على طلب عملائها، وهي التي تقدم إلى وكالات الشركات الخاصة بالنقل البحري عند وصول البضائع المستوردة من الخارج على ظهر السفن للميناء قبل وصول سند الشحن الأصلي والوثائق الأخرى والتي بدونها لا يمكن للمستورد أن يستلم بضاعته، كما قد يعجز المستورد عن تقديم سند الشحن الذي يخوله الاستلام لأي سبب من الأسباب وعندئذ لا يكون أمامه إلا أن ينتظر وصول وثائق الشحن، وهذا الانتظار يسبب له خسائر

¹ المادة 125 من القانون رقم 79-07 المتضمن ق.ج.ج، المعدل والمتمم، نفس المرجع.

² محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص761

³ المادة 127 من القانون رقم 79-07 المتضمن ق.ج.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 56-57.

وأضرار، فقد يكون مرتبطا بمواعيد لتسليم البضاعة أو لتشغيل الآلات، كما أنه سيتحمل حتما مصاريف تخزينها طوال فترة بقائها في المنطقة الجمركية، وهنا يقوم خطاب الضمان بوظيفته الائتمانية الكبيرة¹، حيث أنه ومن أجل تجنب تأخر البضاعة في الميناء، خاصة إذا كانت سريعة التلف بحسب طبيعتها، ولتفادي غرامات التأخير التي ستفرض على المستفيد بسبب شغل الأرصفة في الميناء وتأخره في الاستلام، يقدم المستورد خطاب ضمان إلى وكيل العبور، وفي مقابل ذلك يعطيه الوكيل الإذن بتسلم البضائع دون مستندات الشحن²، استنادا إلى تعهد البنك الضامن بأن يدفع له عند أول طلب أية مبالغ يكون قد التزم بها لصالح الوكيل بشأن البضائع المسلمة إلى عميله المستورد وفي حدود قيمتها، فضلا عن ذلك يتعهد له بأن يحول فورا بمجرد أول طلب منه قيمة أية مطالبة قد توجه إليه في حدود ثمن البضاعة من حامل مستند الشحن الأصلي نتيجة تسليم الرسالة إليه. ويرد في متن تعهد البنك على هذا النحو تصريحاً موقع عليه من المستورد، يقر فيه بأنه هو المالك للبضائع المستلمة ويتعهد بتعويض الشركة الناقلة ما قد تتحمله من مسؤولية مباشرة أو غير مباشرة نتيجة لتسليمها البضائع إليه إذا ظهر أنه ليس المالك الحقيقي لها، وعند وصول مستندات الشحن يقدمها المستورد أو البنك إلى وكيل العبور أو الشركة الملاحية مقابل استعادته لأصل خطاب الضمان الملاحى³.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الضمان لا يتضمن تحديد دقيق للمبلغ، وإنما يذكر فيه وصف مجمل للبضاعة التي استلمت بموجبه، كأن يذكر فيه عدد العلب وتحديد محتوياتها بدقة، كعددتها ونوعها وبلد المنشأ، مع ذكر رقم سند الشحن ومينائي الشحن والتفريغ، ويلاحظ كذلك أن هذا النوع من خطابات الضمان لا يحدد فيه أجلا أو تاريخ استحقاق ولكنه لا يظل التزاما دائما، بل لا بد من أجل ينتهي فيه مفعوله، وحتى وإن كانت مدته لا تحدد فإنه يخضع للتقادم كأى التزام. أما بخصوص عدم تحديد المبلغ فيه فتكمن أهميته في أن هذا النوع لا تدفع بشأنه ضريبة دمغة لعدم ذكر المبلغ وبالتالي فإن العميل قد استفاد من هذه المسألة، كما أن المبلغ لا يمكن تحديده مقدما لأنه حتى وإن كانت قيمة البضائع معلومة المقدار بموجب الفواتير، فلا يمكن تحديد قيمة التعويضات والمصروفات مقدما والتي تستجد في المستقبل بما فيها أتعاب المحامين وأجرة

¹ سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 55.

² خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 111.

³ عبد الحميد الغزالي، الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، مطابع المختار الإسلامي، مركز الاقتصاد الإسلامي،

الشحن أو قيمة التأمين، لأن تقديم خطاب الضمان الملاحي يعني قبول المستورد بأن يتحمل كل هذه المبالغ والتعويضات والتي يجهل مقدارها مقدماً¹.

وبالإضافة إلى ذلك توجد أنواع أخرى، منها خطاب الضمان الملاحي والذي يستخدم لضمان حصة مالك البضاعة المشحونة من الخسائر التي قد تصيب السفينة، لأن تقدير هذه الخسائر من طرف الخبراء وتحديد نسبة ما قد يصيب مالك البضاعة من قيمتها يحتاج إلى وقت طويل، لذلك يقومون باستصدار هذا النوع من الضمانات².

كما يوجد نوع آخر يتم استصداره لتفادي الحجز التحفظي على السفن في حالات الأحكام القضائية على سبيل المثال والمتعلقة بحجز السفن الأجنبية أو الوطنية، فصاحب السفينة أو المجهز يبادر إلى تقديم خطاب ضمان لصالح الجهة الحاجزة، في حالة صدور حكم بالحجز على السفينة، وذلك بغية فك رباط السفينة وإطلاقها حتى يمكنها أن تقوم باستكمال رحلاتها تنفيذاً لتعهداتها، حيث تنص المادة 150 من القانون 98-05 المتضمن القانون البحري على ما يلي: "يعني الحجز التحفظي حسب مفهوم هذا الفصل إيقاف السفينة لضمان دين بحري". أي إيقاف السفينة ومنعها من السفر بأمر من السلطة القضائية المختصة.

ونظراً لخطورة الأثر المترتب على الحجز فإنه يجوز للدائن طلب رفعه، بشرط أن يقدم الضمانات التي تحددها المادة 156 من القانون 98-05 المتضمن القانون البحري، والتي تنص على ما يلي: "يجوز للمحكمة المختصة التي جرى الحجز في نطاق اختصاصها، رفع هذا الحجز عن السفينة عندما تقدم لها كفالات أو ضمانات كافية"³.

وحتى ولو تم حجز السفينة جزئياً تنفيذياً، فإنه يحق لقاضي الاستعجال أن يأذن لواقع اليد عليها باستغلالها مدة الحجز إذا قدم ضماناً كافياً، وغالباً ما يكون خطاب ضمان لأنه يحقق نفس الأغراض المطلوبة من إجراء الحجز⁴.

¹ - سامي حسن أحمد حمود، مرجع سابق، ص 295.

² - محمد السيد الفقي، القانون التجاري، ط1، 2011، مرجع سابق، ص 307.

³ - الأمر رقم 76-80 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 يونيو 1998، يتضمن القانون البحري، ج.ر عدد 47 بتاريخ 27 يونيو 1998م.

⁴ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 403-404.

الفرع الرابع

في مجال ممارسة بعض المهن (خطاب الضمان المهني)

يقدم هذا النوع من الضمانات من طرف الراغبين في ممارسة مهنة من المهن التي يشترط ذلك في مزاولتها، ضمانا لعدم الانحراف أو لما قد يستحق نتيجة المخالفات التي تقع بسبب مزاوله هذه المهنة أو الإخلال بالتزاماتهم¹، ومن بين هذه الأنواع يوجد خطاب الضمان الذي يقدمه أصحاب المستودعات الجمركية إلى مصلحة الجمارك، ضمانا لما قد يصدر عنهم مما يتوقع فرض عليه غرامة جمركية²، وكذلك خطاب الضمان الذي تقدمه شركات الوساطة ببورصة الأوراق المالية.

أولا: خطاب الضمان الذي يطلب من المخلص الجمركي

المخلص الجمركي هو الوسيط الذي يقوم بمساعدة المستوردين والمصدرين والمسافرين في إتمام الإجراءات الجمركية، وهو ملزم قبل مزاوله مهنته أن يودع لدى مصلحة الجمارك تأمينا نقديا حدود مبلغ معين تقدره مصلحة الجمارك، ضمانا للغرامات التي قد يتم الحكم بها في حالة المخالفات التي قد تصدر منه أو من مستخدميه أو ضمانا للتعويض المستحق للمصلحة عما يقع منهم أو بسببهم من أضرار عند القيام بأعمال التخليص. ويجوز أن يقدم بدل هذا التأمين النقدي خطاب ضمان صادر من أحد البنوك والذي يقوم مقام هذا التأمين الذي يوضع تحت إدارة الجمارك³.

ثانيا: خطاب الضمان الذي يطلب من أصحاب المستودعات

على صاحب المستودع أن يدفع تأمينا لمصلحة الجمارك أو يقدم خطاب ضمان في الحدود المقدرة، ويخضع المستودع لرقابة محكمة فلا يسمح بإدخال بضائع أو إخراجها إلا بترخيص من الجمارك، حيث يقفل المستودع ويفتح بمعرفة مندوب الجمارك وصاحب المستودع أو من ينوب عنه بمفتاحين يبقى أحدهما لدى مصلحة الجمارك. ويترتب على إخلال صاحب المستودع بالتزاماته الناشئة بمقتضى قانون الجمارك، توقيع عقوبات واقتضاء قيمة الأضرار من مبلغ خطاب الضمان⁴.

¹ رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 431.

² جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، مرجع سابق، ص 382.

³ سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 57.

⁴ محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 58.

ثالثا: خطاب الضمان الذي يطلب من شركة الملاحة

وهو يطلب من شركات الملاحة ضمانا لتغطية مخالفات ربانة السفن والبحارة، ويصدر لصالح مصلحة الموانئ والمنائر¹، وقد تكون ضمانا لما قد يحدث من عجز في شحنات السفن وهي تصدر لصالح مصلحة الجمارك².

رابعا: خطاب الضمان الذي يطلب من شركات الوساطة في بورصة القيم المنقولة

الوسيط هو كل شخص معنوي معتمد مرخص له، يتخذ شكل شركة أو بنك أو مؤسسة مالية ويقوم بعقد عمليات بيع وشراء الأوراق المالية وتنفيذها في البورصة لحساب الغير مقابل عمولة. وتنص المادة السادسة من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المعدلة بالمادة الثانية من الأمر رقم 96-10 ثم بالمادة الرابعة من القانون رقم 03-04 على أنه: "يمارس نشاط الوسيط في عمليات البورصة، بعد اعتماد من لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، من طرف الشركات التجارية التي تنشأ خصيصا لهذا الغرض، والبنوك والمؤسسات المالية". كما يقضي نص المادة الثامنة من نفس المرسوم التشريعي بأنه: "يجب على الوسطاء في عمليات البورصة أن يقدموا ضمانات كافية لاسيما فيما يخص تكوين رأسمالهم وتنظيمهم، ووسائلهم التقنية والمالية، وما يجب عليهم تقديمه من ضمانات وكفالات، وشرف مسئوليتهم وأعاونهم وخبرتهم وأمن عمليات زينهم..."³.

ولهذا الغرض يجب على المرشح للعمل كوسيط في البورصة أن يقوم بإيداع تأمين نقديا أو يقدم خطاب ضمان صادر عن أحد البنوك وفقا لما تحدده لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، لتأمين سداد ما يطلب منه وفي حالات⁴ المبالغ المستحقة للعملاء أو المطلوبة من اللجنة أو المبالغ المطلوبة لأعضاء البورصة أو الغرامات المالية التي تستحق بسبب مخالفته لواجباته. وبذلك فإن خطاب الضمان له دور في منع انحراف شركة الوساطة في البورصة عن واجباتها الموكلة إليها، باعتبار الوسطاء هم عماد حركة تداول القيم المنقولة في البورصة، فعمليات البيع والشراء تتم بواسطتهم⁵.

¹ جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 240.

² سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 57-58.

³ مرسوم تشريعي رقم 93-10 مؤرخ في 23/05/1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر عدد 34، معدل ومتمم بالأمر

رقم 96-10 ثم بالقانون رقم 03-04 مؤرخ في 17/02/2003، ج.ر عدد 11 بتاريخ 19/02/2003.

⁴ محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص771.

⁵ محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 59.

الفرع الخامس

مجالات أخرى لاستخدام خطاب الضمان

هناك مسميات كثيرة لا حصر لها مثل خطاب الضمان الذي يصدر لمصلحة الضرائب، والذي تطلبه الوزارات من الشركات الأجنبية العاملة في الوطن، للإفراج عن المبالغ المحجوزة حتى إتمام عملية حساب حقوق الدولة بالنسبة لقيمة الضرائب المستحقة. وهناك خطاب ضمان مفتوح يصدر لإدارات تنفيذ الأحكام والتي يستطيع المعني من خلالها تأجيل تنفيذ الحكم الصادر ضده، لحين صدور حكم نهائي في القضية بعد الاستئناف أو الطعن بالنقض، وتكون قيمة الضمان في هذه الحالة مساوية لقيمة الحكم الصادر ضد المعني، وأما بخصوص صلاحيته في هذه الحالة فتكون مفتوحة حتى صدور الحكم النهائي في القضية¹. وهناك أيضا خطاب الضمان الذي يمكن أن يقدم من قبل الأجانب الذين كانوا يقيمون في بلد أجنبي²، أو عن طريق وكلائهم في مقابل سداد ما عليهم من التزامات بخصوص مبالغ فواتير استهلاك الهاتف، الكهرباء، المياه، ومبالغ بدل إيجار السكنات وغيرها، وذلك عند خروجهم ومغادرتهم هذا البلد³.

من خلال هذه المزايا والفوائد الكبيرة التي يحققها في التعاملات الدولية، تتضح مدى أهمية خطاب الضمان، حيث أصبح يلعب دورا مهما في تأمين السوق الدولية للأشغال والسلع والخدمات وتنشيطه، وظهوره في التجارة الدولية كان استجابة لمتطلبات المرونة التي يتميز بها والتي لا تستطيع التأمينات التقليدية أن توفرها، مما يزيد من الإقبال على التعامل به، ويسهم بالتالي في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية، من خلال تسهيل القيام بتنفيذ المشاريع التنموية التي تؤدي إلى توفير الخدمات التي يحتاج إليها أفراد المجتمع، كما يسهم في تشغيل اليد العاملة، ومن ثمة في انتعاش الاقتصاد وتحقيق مستوى معيشي أفضل للمجتمع، خصوصا مع صدور العديد من القوانين المشجعة على الاستثمار والتي تمنح الامتيازات للمستثمرين⁴، مما يشكل عامل جذب لرؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في مختلف المجالات.

¹ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 404.

² محمد الشحات الجندي، التعامل المالي والمصرفي المعاصر من منظور إسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 177.

³ عيد السلام بن محمد الشويعر، عقد الكفالة وتطبيقاته المعاصرة، مجلة العدل، العدد 43، كلية الملك فهد الأمنية، الرياض،

رجب 1430هـ، ص 176-177. بالبريد الإلكتروني: safaat2@yahoo.com. تاريخ الاطلاع: 2016/05/25، الساعة: 20:22.

⁴ القانون 09-16 المؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر 46 في 03 أوت 2016.

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية لخطاب الضمان

يرى البعض أنه ليس من الضروري في الممارسة اليومية أن يتحكم المتعاملون في الجوانب القانونية لخطاب الضمان، فالمستورد والمصدر والبنوك يمكنهم أن لا ينشغلوا كثيرا بشأن طبيعته القانونية، تاركين المناقشة النظرية للفقهاء والمختصين. غير أنه يكون مفيدا على الأقل معرفة الخط الفاصل بين خطاب الضمان والمفاهيم التي يمكن أن تختلط أو تلتبس به بسهولة¹، لأن معرفة طبيعته القانونية من شأنها أن تجنب سوء الفهم في الممارسة.

ومعلوم أن عملية الإصدار هي عملية مركبة ويمثل التزام البنك واحدا من بين عناصرها، أهدافها مختلفة لكنها متكاملة ومتناسقة بغرض تحقيق نتيجة موحدة وهي تنفيذ علاقة الأساس².

ولا تطرح أية صعوبة في تكييف عقد الاعتماد بالضمان وكذا الضمان المقابل، حيث يرى الفقه الغالب بأن ذلك يعد تفويضا، حتى وإن تضاعف هذا التفويض إلى عقد ضمان مقابل. أما الصعوبة القانونية الحقيقية فإنها تظهر على مستوى العلاقة بين البنك والمستفيد، حيث ينشأ عن هذه العملية التزام البنك النهائي بدفع مبلغ نقدي للمستفيد عند طلبه، وباستقلالية عن العلاقات السابقة التي تربط بين أطرافه، كما أنه لا يستند إلى عقد أو اتفاق سابق بين البنك والمستفيد، ولا يخضع سوى للعبارة والشروط المذكورة في خطاب الضمان نفسه. والبنك لا يمكنه رفض الوفاء محتجا بدفوع مستمدة من العلاقات الأخرى، ويجب عليه أن يبقى محايدا في النزاعات المحتملة التي قد تحدث بين العميل الأمر والمستفيد³.

إن هذا الوضع أثار خلافا حول تحديد الطبيعة القانونية لالتزام البنك والتي تعد من الصعوبات الجوهرية التي تواجه تكييفه، حيث طرحت بحدّة سواء من الناحية الفقهية أو القانونية، وتنقسم الآراء في هذا الشأن إلى عدة اتجاهات، حيث كيفه البعض على أساس النظريات العقدية كالكفالة والإنابة الناقصة والاشتراط لمصلحة الغير (المطلب الأول)، وهناك اتجاه آخر يرى أنه التزام من جانب واحد أساسه نظرية الإرادة المنفردة (المطلب الثاني).

¹ - Charles Moumouni, Op.Cit, P 791.

² - Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud, Droit bancaire, DALLOZ, Paris, 6^{éd}, 1995, p727.

³ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 377.

المطلب الأول

عرض النظريات العقدية

إن الهدف من إصدار خطاب الضمان هو أن يحل محل الوديعة النقدية التي كان على العميل أن يقدمها ابتداء كتأمين بين يدي المستفيد، ورغم أن الوديعة النقدية تضع المستفيد في مركز قوي وأكد، لكنها تؤدي إلى تجميد الأموال بطريقة غير اقتصادية، لذلك فإنه يقبل أن يقدم له العميل في محلها ضمانا بنكيا يجعله في نفس المركز تقريبا الذي تمنحه له الوديعة النقدية، فهو يهدف إلى أن يكون حصوله على قيمة الضمان بمجرد مطالبته به، دون أن يكون ملزما بتقديم الدليل على طلبه ودون أن يستطيع البنك أن يحتج في مواجهته بأية دفع، وأن يحقق لنفسه ضمانا فعالا وسهل التنفيذ يجنبه الالتجاء للقضاء وخاصة إذا كان في الخارج¹.

ولقد حاول الفقهاء تكييف التزام البنك في خطاب الضمان وفقا للقواعد العامة، بالاستناد إلى فكرة العقود المسماة في تفسير العلاقة بين البنك والمستفيد، فاعتبره البعض عقد كفالة (الفرع الأول)، وهناك من قال أنه عقد إنابة (الفرع الثاني)، كما اعتمد البعض في تفسيره على عقد الاشتراط لمصلحة الغير² (الفرع الثالث)، وفسر البعض الضمان المقابل على أساس الوكالة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

خطاب الضمان ونظرية الكفالة

سبق وأن رأينا بأن خطاب الضمان يختلف عن الكفالة البنكية، وأن الأخيرة تخضع في تنظيمها عموما للقواعد العامة التي تحكم الكفالة الشخصية³، إلا أنه يبدو من المفيد التطرق إلى بعض الجوانب بهذا الخصوص على النحو الآتي:

يعرف المشرع الجزائري الكفالة بأنها⁴: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"⁵.

¹- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 135

²- محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 323.

³- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الثاني، مرجع سابق، ص 229 و 256.

⁴- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية (عقد الكفالة)، دار الكتاب الحديث، القاهرة،

2005، ص 15

⁵- المادة 644 من الأمر 58-75 المتضمن ق.م.ج المعدل والمتمم، مرجع سابق.

وهو لا يختلف في مضمونه عما ورد من تعريف للكفالة في أغلب التشريعات العربية¹، أو لدى المشرع الفرنسي بالمادة 2288 ق.م.ف.².

ورغم غياب إحالة صريحة على القواعد العامة، إلا أن الكفالة البنكية لا يختلف تنظيمها في القانون الداخلي عن أية كفالة يقدمها كفيل عادي، فالجميع ينظمه القانون المدني³ مع خصوصية التعامل البنكي وما أفرزه العرف المصرفي والتجاري من قواعد خاصة بقبول كفالة العملاء وصارت بالتالي جزءا من النشاط المصرفي⁴. فمثلا تنص المادة 647 ق.م.ج، أنه إذا كانت كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضته جائزة في الكفالة العادية⁵، فالغالب في الكفالة البنكية أن يكون العميل هو طالب كفالته من البنك باشتراط من الدائن⁶.

وتجدر الإشارة إلى أنه عند ظهور خطاب الضمان اتجهت غالبية الآراء إلى تكييفه بأنه كفالة يقدمها البنك للمستفيد ضمانا لعميله، وكان الفقه والقضاء الفرنسي يرى أن أحكام الكفالة في القانون المدني كافية لتكون أساسا يرد إليه التزام البنك الضامن⁷، حيث كان يعتبر البعض في البداية أن دور البنك الضامن هو دور الكفيل، فتتعد الكفالة برضا الكفيل والدائن وهما البنك والمستفيد، ويعبر البنك عن رضاه بإصدار لتعهده بالضمان ويكون قبول المستفيد بإعلان إرادته للبنك إما صراحة أو ضمنا. ووفقا لأنصار هذه النظرية فإنه يجب أن يكون رضا البنك صريحا ولا يشترط أن يكون ثابتا بالكتابة ومع ذلك فهناك من الفقه من يرى أنه يجب أن يكون ثابتا بالكتابة لتحديد نطاق هذا الالتزام ومداه⁸.

وبالإضافة إلى ذلك يعتبر أنصار نظرية الكفالة أن التجاء البنك الأجنبي إلى بنك محلي لاستصدار خطابات الضمان المباشر لصالح المستفيد النهائي يعتبر تطبيقا لقواعد القانون المدني وخصوصا المادة 646 ق.م.ج والتي توجب أن يكون الكفيل شخصا موسرا ومقيما في الجزائر وبذلك يكون مركز البنك المحلي هو كفيل الكفيل.

1- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 25.

2- Dominique Legeais, Suretés et garanties du crédit, L.G.D.J, Paris, 2éd, 1999, P25.

3- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية (دراسة القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 332.

4- هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 275.

5- مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار المكتبة القانونية، القاهرة، 2006، ص 15.

6- رجاء السلاموني، مرجع سابق، ص 173.

7- محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص 297.

8- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص 865-869.

غير أن هذا الرأي شهد تغيرا جذريا عندما تبين أن أحكام الكفالة لم تعد مناسبة لتكييف التزام البنك في الضمان المستقل¹ وتحول التوجه إلى القول أن الدائن يسعى للبحث عن صيغة يضمن بها حقوقه وتتمثل في الضمان الذي يلتزم بموجبه الضامن نحوه بشروط مستقلة عن العقد الأصلي، بحيث يؤدي وظيفة اقتصادية مأمونة بالنسبة للدائن، عكس عقد الكفالة أين يظل التزام الكفيل مرتبط بالالتزام الأصلي². وهو ما أدى بالمشرع الفرنسي إلى تغيير تسمية الكفالة التي كانت معتمدة في السابق من خلال تعديل 2006 بمقتضى المادة 2321 ق.م.ف واستبدالها بعبارة "الضمانة المستقلة"³.

وتعتبر الطبيعة التبعية هي وقود الكفالة التي تقف حاجزا أمام كل محاولة لاستقلالية الالتزام، والتي تعبر عن علاقة تداخل ضيقة ودائمة بين التزام الكفيل والتزام المدين الأصلي، فالكفيل يلتزم بالوفاء بدين ليس في ذمته هو بل بالوفاء في حالة إخلال المدين الأصلي في أداء هذا الدين، أي أن التزامه يضاف إلى التزام المدين ويتعلق بدين هذا الأخير. بالتالي فإن التزامه ليس تبعية فقط بل إضافة لذلك فهو مدين فرعي إضافي، أي أنه مدين من الدرجة الثانية، حيث لا يوجد إلا دين واحد ولكن يوجد ملتزمين اثنين بشأنه، الأول بصفة أصلية والثاني بصفة تبعية، مع استثناء الكفالة التضامنية التي يتساوى فيها مركزيهما أمام الدائن بالنسبة لنفس الدين دائما⁴. وفي هذا الشأن صدر قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 13 ديسمبر 1994 القاضي بأنه لا يمكن أن تكون ضمانة مستقلة عن الالتزام الأصلي، التعهد بالوفاء لدى أول طلب "بالمبلغ المدان به الأصيل" ما دام هذا التعهد محله هو "دين المدين الأصلي"⁵.

وبهذا الخصوص يقول الأستاذان Gavalda و Stoufflet أنه: "لا يكفي إطلاق تسمية الضمان المستقل لاستبعاد تطبيق قواعد الكفالة، كما أن تنفيذ الالتزام بمجرد الطلب والذي يكون عادة غير قابل للرجوع ليس لوحده هو الحاسم في ذلك، بل لا بد من التأكيد بأن الضامن يستبعد كل استثناء مستمد من العلاقة التجارية للدفع بعدم التنفيذ، فهذا التأكيد في الحقيقة هو الذي يدل على إرادة الأطراف في استبعاد التكييف على أساس الكفالة"⁶.

¹-Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 8^o éd, OP.Cit, P 511.

²- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص 325.

³-Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit., 4^oéd, P 217.

⁴- Philippe Simler ; les principes fondamentaux du cautionnement (entre accessoire et autonomie), Cour de Cassation « Bulletin d'information, communications, doctrine, jurisprudence » N°789 du 15 Octobre 2013, p08. Site internet : www.courdecassation.fr. vu le 15/02/2016, 14 :15.

⁵- com., 13 décembre 1994, Pourvoi N°92-12.626, Bull.IV, n°375, D.1995, 209, rapport le Dauphin, note Aynès, JCP1995, 2d.GI, Chron 3851, n°11, obs. Simler, RTD com, 1995, P458, obs.Aynès.

⁶-Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^o éd, Op.Cit, P 275.

وعلى هذا الأساس فإن الفقه والقضاء حددا العلاقة على أساس أن البنك يضمن تنفيذ الالتزامات بصفته مدين أصلي ومباشر في مواجهة المستفيد¹.

كما أن المادة 2321 المذكورة أعلاه تنص على دفع مبلغ نقدي سواء لدى أول طلب أو حسب كفاءات متفق عليها، ولم تنص على الوفاء بالمبلغ الواجب الوفاء به من قبل المدين الأصلي².
بالتالي فإن جوهر الخلاف يكمن في أن التزام الكفيل في مواجهة الدائن هو تابعا للالتزام الأصلي، بينما التزام البنك في خطاب الضمان تجاه المستفيد هو التزاما باتا ومستقلا تماما عن العلاقات الأخرى³، يتمثل محله دائما في دفع مبلغ نقدي في حدود قيمة خطاب الضمان مهما كان مقدار مديونية عميله للمستفيد، وهو التزام بالدفع الفوري دون الرجوع إلى العميل وإخطاره بعزمه على الوفاء. أما في الكفالة فإن الكفيل يخطر المدين المكفول بأنه سيدفع قيمة الكفالة⁴، والتي لا تجوز في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، وإنما تجوز في مبلغ أقل وبشروط أخف⁵، والكفيل لا يخصص أي مال من أمواله الخاصة لضمان الدين ولكنه يضع ذمته إلى جانب ذمة المدين الأصلي فيتعدد الضمان العام للدائن⁶، أما في خطاب الضمان فيجوز أن يكون المبلغ الوارد به أكبر من المبلغ المتفق عليه في عقد الأساس ولا يسدد ما يكون في ذمة العميل من ديون، بل التزام البنك منفصل تماما عن ظروف التزام عميله⁷. ولا يشترط رضا المدين الأصلي في الكفالة على خلاف خطاب الضمان الذي يصدر بناء على طلب العميل⁸.

مما سبق، يتضح أن نظرية الكفالة لا تصلح أساسا لتفسير الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، وتبدو بأنها أبعد النظريات عن حقيقته، لأنها لا تصلح لتفسير الآثار القانونية لهذه العملية، ومن أهمها استقلالية التزام البنك الضامن تجاه المستفيد، فهو يظل صحيحا وقائما ولا يتأثر ببطلان عقد الأساس، كما يلتزم البنك بالوفاء للمستفيد بصفته ملتزما أصليا ولا يلتفت إلى أي اعتراض قد يصدر عن العميل الأمر، ومحل التزامه يتمثل في دفع مبلغ نقدي ولا ينفذ التزام

¹ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، مرجع سابق، ص 351.

² - Philippe Simler ; les principes fondamentaux du cautionnement (entre accessoire et autonomie), Cour de Cassation « Bulletin d'information, communications, doctrine, jurisprudence » N°789 du 15 Octobre 2013, p08. Site internet : www.courdecassation.fr

³ - مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 85.

⁴ - محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، مرجع سابق، ص 175-176.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، مرجع سابق، ص 58-61.

⁶ - محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 07.

⁷ - Laure SINE, OP.Cit, P95.

⁸ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 25.

العميل أو سداد دينه، بالتالي لا يمكن للبنك الضامن أن يتمسك بالدفع التي يملكها العميل في مواجهة المستفيد، باعتبار أن التزامه يحكمه خطاب الضمان وحده وعباراته الواردة فيه. وعليه نرى أن استعمال تسمية الكفالة لهذا النوع من الضمانات هو استعمال غير سليم، يؤدي إلى الخلط بينهما ويشير إشكاليات قانونية، ويبدو من الأنسب استعمال مصطلح "خطاب الضمان" بدلاً من لفظ "الكفالة". وأمام عجز نظرية الكفالة في تكييف خطاب الضمان، ظهر رأي آخر محاولاً التكييف على أساس نظرية الإنابة الناقصة والتي سوف يتم التطرق إليها على النحو الآتي.

الفرع الثاني

نظرية الإنابة الناقصة

تجد نظرية الإنابة أساسها في القانون المدني وهي سبب من أسباب انقضاء الدين، وجاء النص عليها بالمادة 294 ق.م.ج على أنه "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتماً مديونية سابقة بين المدين والغير"¹.

وتتكون الإنابة من ثلاثة أطراف هم: المنيب وهو المدين الأصلي الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي بالدين للدائن، والمناب وهو الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين في وفاء الدين، والمناب لديه وهو الدائن. وهي تنقسم إلى إنابة كاملة وتعني التجديد أي تجديد الدين سواء بتغيير المدين أو بتغيير الدائن فتبراً ذمة المنيب تجاه المناب لديه². أما الإنابة الناقصة فيبقى المناب (المدين الجديد) والمنيب (المدين الأصلي) ملتزمان تجاه المناب لديه (الدائن) في الوفاء بقيمة الدين، وهو ما يجعل للدائن مدينين ملتزمين بموجب رابطتين مختلفتين أمام الدائن بكل أو جزء من الدين (المنيب والمناب) ويستطيع الرجوع على أي منهما دون أن يلتزم بترتيب معين³. وتعتبر الإنابة الناقصة هي الغالبة في العمل، لأن الدائن يفضل أن يضاف إليه مدين جديد من دون أن تبرأ ذمة مدينه، وهو ما يميز الإنابة الناقصة.

¹ - المادة 294 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - المادة 295 فقرة 1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، نفس المرجع.

³ - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 85.

ولذلك وكيف أنصار هذه النظرية خطاب الضمان على أساس الإنابة الناقصة، من خلال ضم ذمة جديدة إلى ذمة المدين الأصلي، مما يزيد من الحماية الممنوحة للدائن بتوفير ضمان أقوى لاستيفاء حقه، ويعتبر البنك الضامن نائباً عن العميل الأمر، حيث يقوم العميل وبالالتفاق مع المستفيد بإنابة مدين آخر يلتزم إلى جانبه للوفاء بالالتزام، فإذا وافق المستفيد على ذلك تتعدد الإنابة وينشأ التزام البنك تجاه الدائن بوفاء الدين، وهو التزام أصلي ومباشر ومستقل، وتنشأ عن الإنابة الناقصة علاقات متعددة بين كل من العميل والبنك والمستفيد¹.

وعلى أساس الإنابة الناقصة يكون البنك (مناب) عن العميل لدى المستفيد للوفاء بالتزامات العميل تجاهه ويحل البنك محل المنيب (العميل) في وفاء الدين تجاه المناب لديه (المستفيد) والتزام البنك (المناب) تجاه المستفيد (المناب لديه) يكون مجرداً ولا يحق له الاحتجاج بالدفع التي له في مواجهة العميل الأمر، إذ أن المستفيد لا علاقة له بطبيعة علاقة العميل بالبنك، كما يشتركان من حيث وجود علاقات سابقة في كل منهما.

وعلى الرغم من ذلك فإنه توجد فروق جوهرية تتمثل في أن المنيب (المدين) وهو العميل يظل ملتزماً بجوار المناب (المدين الجديد) وهو البنك في مواجهة المناب لديه وهو المستفيد الذي يحق له مطالبة أيهما، ولا تبرأ ذمة المنيب إلا إذا قام المناب بالوفاء بالالتزام الذي في ذمته للمناب لديه، أو إذا قام المنيب نفسه بالوفاء للمناب لديه بالدين فتبرأ ذمة الآخر، بخلاف خطاب الضمان الذي يكون فيه البنك هو الملتزم الوحيد تجاه المستفيد ولا يحق له التمسك بأية دفع، خلافاً للمناب الذي يمكنه التمسك بالدفع التي يملكها المنيب تجاه المناب لديه².

أما بخصوص العلاقة بين المنيب (العميل) والمناب (البنك): فمتى قام البنك بوفاء الدين إلى المستفيد، يكون من حقه الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة إذا كانت الإنابة بتقويض من المنيب، أو بدعوى الفضالة أو الإثراء بلا سبب إذا لم يكن المناب متبرعاً بالوفاء عن المنيب.

أما في العلاقة بين المناب والمناب لديه: وهي الخاصية البارزة في الإنابة الناقصة، يكون للمناب لديه مدينان، مدينه الأصلي وهو العميل (المنيب) والمدين الجديد وهو البنك (المناب)، وللمستفيد الحق في الرجوع على أي منهما دون مراعاة لترتيب معين، فإذا قام أحدهما بالوفاء برئت ذمة الاثنان معاً، مع أن مصدر دين كل منهما مستقل عن الآخر، فمصدر دين المنيب هو الالتزام الأصلي، بينما مصدر دين المناب هو عقد الإنابة ولا يوجد تضامن بينهما.

وعند تطبيق أحكام الإنابة الناقصة على خطاب الضمان تترتب النتائج التالية:

¹ - راضية أمقران، مرجع سابق، ص 72.

² - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 85.

- لا تبرأ ذمة العميل الأمر في مواجهة المستفيد بل يبقى مدينا ثانيا إلى جانب البنك الضامن.
- يمكن للبنك أن يحتج بالدفع التي كانت للعميل في مواجهة المستفيد لاتحاد محل الالتزامين، ولا يوجد تضامن بين البنك وعميله لاختلاف مصدر دين كل منهما تجاه المستفيد¹.
- إن شرط الدفع عند أول طلب رغم معارضة العميل صحيح لأن العقد ليس كفالة، وهو يعتبر نتيجة منطقية لإنابة البنك في الوفاء.
- يمكن للإنابة الناقصة أن تفسر تمديد أجل خطاب الضمان، لأن من مصلحة البنك وعميله الموافقة على التمديد، وإلا كان من حق المستفيد مطالبة البنك بالوفاء بالمبلغ المضمون.
- بالنظر إلى ما سبق ذكره، يتضح أن نظرية الإنابة الناقصة يمكن أن تلتقي مع خطاب الضمان في بعض الجوانب القانونية، كالترام البنك بصفة أصلية ومستقلة، وعدم إمكانية التمسك بالدفع المتعلقة بالعلاقة بين البنك والعميل الأمر، ومع كل ذلك فإن هذه النظرية تبقى غير قادرة على تفسير جوانب قانونية أخرى، تعتبر فروق جوهرية بينهما وهي كما يلي:
- الإنابة هي عقد بين المناب والمناب لديه، أما خطاب الضمان يصدره البنك بناء على طلب من العميل الأمر، يتضمن تعهدا باتا ونهائيا من البنك تجاه المستفيد بدفع مبلغ نقدي، دون أن تكون لإرادة المستفيد دخل في عقد الاعتماد بالضمان ولا يكون البنك نائبا أو وكيلاً عن عميله، بل التزامه أصلي ومباشر تجاه المستفيد.
- في الإنابة الناقصة يكون العميل الأمر (المنيب) مدينا إلى جانب البنك الضامن (المناب) حيث يكون للمستفيد (المناب لديه) مدينان ويمكنه مطالبة أي منهما بكل أو بجزء من الدين دون الالتزام بترتيب معين، بينما لا يحق للمستفيد في خطاب الضمان الاختيار بين البنك والعميل في المطالبة بقيمة الضمان، بل يحق له مطالبة البنك الضامن فقط بالدفع، لأن مطالبة المستفيد للعميل الأمر تقتصر على تنفيذ الالتزامات المنققة عليها في عقد الأساس، أما مطالبة المستفيد للبنك الضامن فتقتصر على ما هو وارد في نص خطاب الضمان، والقول بغير ذلك يجعل المستفيد قادرا على أن يحصل على حقه مضاعفا، مرة عندما يرجع على العميل الأمر ومرة أخرى عند رجوعه على البنك، لأن البنك يلتزم بالدفع رغم معارضة العميل الأمر وادعائه بأنه قد قام بتنفيذ التزامه تجاه المستفيد.
- في الإنابة يحق للبنك الاحتجاج في مواجهة المستفيد بالدفع التي يحق للعميل أن يتمسك بها في مواجهته، وهذا لا يتوافق مع خاصية الاستقلالية والنهائية في خطاب الضمان.

¹ - راضية أمقران، مرجع سابق، ص 74.

-إن رجوع البنك على العميل الأمر بعد الدفع للمستفيد يكون وفقا للشروط والعبارات الواردة فيه، سواء بأن يتم الخصم من الحساب الجاري للعميل أو من خلال التنفيذ على غطاء خطاب الضمان، وهذا على خلاف الرجوع في الإنابة الذي يكون إما على أساس قواعد الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب.

-إن نظرية الإنابة لا تستطيع تفسير ما استقر عليه العرف المصرفي بخصوص حق البنك في الاحتفاظ بعمولة الإصدار حتى ولو أعلن المستفيد عن رفضه لخطاب الضمان، لأن الإنابة لا تتعد في حالة هذا الرفض¹.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن نظرية الإنابة بدورها لم تقوى على تفسير الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، وعليه سوف يتم الانتقال لدراسة نظرية عقدية أخرى وهي الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الثالث

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

تناول المشرع الجزائري الاشتراط لمصلحة الغير ضمن المواد من 116 إلى 118 ق.م.ج، حيث تعرف المادة 116 ق.م.ج الاشتراط لمصلحة الغير بقولها: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك².

يتضح من خلال هذا النص أن الاشتراط لمصلحة الغير هو تصرف قانوني، يشترط بموجبه شخص (المشترط) على شخص آخر (المتعهد) أن يؤدي إلى شخص ثالث أجنبي عن هذا الاتفاق يسمى (المنتفع أو المستفيد) حقا معيناً³.

¹ رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 93-95.

² المادة 116 من الأمر 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام (العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص573-577.

وجاء الاشتراط لمصلحة الغير كاستثناء على قاعدة نسبية أثر العقد المنصوص عليه أيضا في العديد من القوانين المقارنة.

ولكي يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير لابد من توافر الشروط الآتية:

- طبقا لنص المادة 116 ق.م.ج المذكورة أعلاه، فإن المشتراط لا بد أن يتعاقد باسمه هو وليس باسم المنتفع الذي يكون أجنبيا عن العقد، وهو ما يميزه عن الإنابة حيث أن المشتراط لا ينوب عن المنتفع، ويستوي في ذلك أن يكون الأخير حاضرا أو مستقبلا، معينا أو قابل للتعين، بشرط أن يكون موجودا ومعينا عندما ينتج العقد أثره.

- يشترط في عقد الاشتراط لمصلحة الغير أن تتصرف إرادة المتعاقدين إلى إعطاء المنتفع حقا مباشرا، وهذا الحق هو العنصر المميز لعقد الاشتراط.

- يجب أن تكون للمشتراط مصلحة مادية أو أدبية، ولا يشترط لصحة الاشتراط أن يكون المشتراط دائما للمتعهد ولكن يكفي أن تكون له مصلحة في تنفيذ الالتزامات المشروطة¹.

أما بالنسبة لأهم الآثار التي تترتب على الاشتراط لمصلحة الغير فهي كما يلي:

أولا: علاقة المشتراط بالمتعهد

ويحكمها عقد الاشتراط ويمكن لأي منهما مطالبة الآخر بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وطبقا للفقرة 3 من المادة 116 السالفة الذكر فإنه "يجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

ثانيا: علاقة المشتراط بالمنتفع

يعد المنتفع أجنبيا عن العقد، فأساس الاشتراط رابطة مادية أو معنوية جعلت المشتراط يتفق مع المتعهد على أن يلتزم بأداء الحق للمنتفع، وقد يكون الاشتراط تبرعا أو معاوضة. وتجزئ المادة 117 من القانون المدني للمشتراط دون غيره (ورثته أو دائنيه) نقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفادة منها سواء للمتعهد أو للمشتراط، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد².

ثالثا: علاقة المتعهد بالمنتفع

وهي أهم العلاقات المترتبة على الاشتراط لمصلحة الغير لخروجها على مبدأ نسبية آثار العقد، بإعطاء المنتفع حقا من خلال عقد مبرم بين المشتراط والمتعهد وهو حق شخصي ومباشر

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام القانون، مرجع سابق، ص573-577.

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 24.

يحصل عليه من المتعهد، وينتج عن ذلك أن هذا الحق ينشأ من وقت إبرام عقد الاشتراط حتى ولو صدر القبول في وقت لاحق¹.

وبالتالي فإن هذا الحق يتأثر بكل ما يتأثر به الاتفاق، ويمكن للمتعهد أن يتمسك في مواجهة المنتفع بجميع الدفوع التي تنشأ عن عقد الاشتراط.

يلاحظ أن هذه النظرية والتي تبدو كما يرى أنصارها أنها الأقرب إلى تفسير الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، فالعلاقة بين المشتراط (العميل) والمتعهد (البنك): يحكمها عقد الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يتعاقد العميل الأمر مع البنك الضامن على إنشاء حق للمستفيد. والعلاقة بين المشتراط (العميل الأمر) والمنتفع (المستفيد): فهي غير واضحة مع أنها موجودة، وتتحدد على ضوء التعامل القائم بينهما، وهو السبب الذي جعل المشتراط يتعاقد مع المتعهد لمصلحة المنتفع.

أما العلاقة بين المتعهد (البنك) والمنتفع (المستفيد) فهي أهم العلاقات المترتبة عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير حيث يستطيع المنتفع مطالبة البنك المتعهد بهذا الحق الشخصي والمباشر. وعلى ذلك يكون البنك الضامن في وضع (المتعهد) لمصلحة المستفيد (المنتفع) لأنه يلتزم نحوه مباشرة، ففي عقد الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشتراط باسمه مع المتعهد على إنشاء حق مباشر للمنتفع، وأنه لا بد من توافر مصلحة شخصية مادية أو أدبية لدى المشتراط²، وهذه الشروط متوافرة في خطاب الضمان، حيث يتعاقد العميل الأمر (مشتراطاً) مع البنك (متعهداً) على إنشاء حق مباشر للمستفيد (المنتفع) يلتزم البنك الضامن بأدائه، وفي هذه الحالة تكون فكرة الاشتراط قريبة إلى تحديد طبيعة خطاب الضمان.

والعميل له مصلحة شخصية مادية واضحة في ترتيب حق للمستفيد في ذمة البنك الضامن، لأن ذلك يغنيه من تقديم التأمين النقدي الذي يلتزم بإيداعه لدى المستفيد، وبهذا الاشتراط ينقص الجانب السلبي من ذمته ويزيد الجانب الإيجابي في ذمة المستفيد بمقدار مبلغ خطاب الضمان³. والمستفيد لا يكون طرفاً في عقد الاعتماد بالضمان، والقبول الذي يصدره ليس قبولاً تعاقدياً، بل تعبير يقصد به تأكيد حقا موجوداً من قبل بناء على الاشتراط. وهكذا تؤدي فكرة الاشتراط لمصلحة الغير إلى نشوء حق للمستفيد في خطاب الضمان، وهو حق بات غير قابل للرجوع وغير معلق على إرادة العميل الأمر أو البنك وذلك منذ اتصاله بعلم المستفيد دون رفضه.

¹ - راضية أمقران، مرجع سابق، ص 77-78.

² - المادة 116 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص 905.

وعلى الرغم من ذلك، تبقى نقطة جوهرية تميز الاشتراط عن آلية خطاب الضمان، وهي أن المتعهد يجوز له بأن يدفع في مواجهة المنتفع بكل دفع عقد الاشتراط، وهذا غير جائز في خطاب الضمان الذي يقوم أساسا على خاصية الاستقلالية، باعتبار أن هذا الدفع يؤدي إلى تعطيل وظيفته المتمثلة في التزام البنك بالدفع لدى أول طلب من قبل المستفيد وضمن نطاق نصه وعباراته¹، فالتزام البنك في خطاب الضمان مجرد من الدفع الناتجة عن علاقة البنك بالعميل الأمر وعن تلك الناتجة من علاقة العميل الأمر بالمستفيد²، فهو يظل مستقلا حتى ولو أدخل العميل الأمر بالتزامه تجاه البنك الضامن، بينما في التعهد لمصلحة الغير فإن المتعهد يتحرر من التزامه إذا امتنع المشتري عن تنفيذ ما تعهد به³، كما أن مسؤولية البنك الضامن تسري من وقت وصول التعهد إلى علم المستفيد⁴ خلافا لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير التي تسري بأثر رجعي، كما لا يتفق معها في أنها تكسب الغير حقا ولا تحمله التزاما. وفي عقد الاشتراط لمصلحة الغير لا يكون حق المنتفع مؤكدا إلا إذا أظهر رغبته بقبول الاشتراط، خلافا لما هو عليه في خطاب الضمان حيث لا يشترط صدور تعبير صريح بالقبول من المستفيد، فبمجرد أن يتسلمه دون رفضه يتأكد حقه عليه، كما أن حق المستفيد غير قابل للرجوع فيه ولا يجوز المساس به، بينما يجوز للمشتري أن ينقض عقد المشاركة قبل أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفاد منها، ما لم يكن مخالفا لمقتضيات العقد⁵.

يتبين مما سبق أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وإن كانت تظهر بأنها أقرب الأشكال لتكييف الأساس القانوني لخطاب الضمان، خصوصا بالنسبة إلى الضمان المقابل والذي يتضح أنه يحتوي على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، إذ منه يحصل المستفيد على حقه وهو مبلغ الضمان من علاقة ليس طرفا فيها وإنما هي ناشئة بين الضامن المقابل والضامن المباشر. ولا شك في أن هناك مصلحة تعود على الضامن المقابل وهي في الغالب مادية يحصل عليها من العميل الأمر، ويستطيع الضامن المباشر أن يحتج في مواجهة المستفيد بالدفع التي يتضمنها الخطاب الصادر من الضامن المقابل، كما لو اشترط تقديم مستندات محددة، إلا أنه غالبا ما لا يستطيع الضامن المقابل المطالبة بتنفيذ الضمان، كما لا يجوز له أن ينقض

1- رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 102.

2- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، نفس المرجع، ص 937.

3- إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، مرجع سابق، ص 454.

4- طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 295.

5- المواد 113 و 116 و 117 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الضمان او يرجع فيه لمخالفته لمقتضيات الضمان المقابل¹. وبالتالي فإنها لا تتسجم مع الآثار التي تنتج عن هذه الآلية ولا تتماشى مع خصائصها والتي من أهمها استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد.

الفرع الرابع

الضمان المقابل ونظرية الوكالة

لقد توصلنا إلى أن استقلال الضمان المقابل عن كل من عقد الأساس وعن الضمان المباشر، يؤدي إلى استبعاد تكييفه على أساس نظرية الكفالة، غير أن ما يثار هنا يتعلق بمدى اعتبار الضامن المقابل وكالة تقوم بين الضامن المقابل والضامن المباشر.

تعرف الوكالة قانونا في المادة 571 ق.م.ج بأنها: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"².

والوكالة تنصب أساسا على القيام بتصرف قانوني وليس أداء عمل مادي، وإذا قام الوكيل بمثل هذا العمل فإنه يعد عملا ثانويا أي تابعا للعمل القانوني. فالوكالة تعني إنابة اتفاقية بين الوكيل والموكل بما يستلزمه من تمثيل الأول للثاني ولا يكون ذلك إلا في الأعمال القانونية.

وإذا كان الضامن المباشر يقوم بعمل قانوني لحساب الضامن المقابل ألا وهو أداء مبلغ الضمان إلى المستفيد بمجرد الطلب، فهل يمكن اعتبار الأول وكيلا عن الثاني³؟

مما لا شك فيه أن دفع المبلغ يعد تصرفا قانونيا لأنه يؤدي إلى تبرئة ذمة الضامن (العميل الأمر) من الدين الذي عليه للمستفيد ولكن هذا لا يقودنا إلى القول بأن ما يقوم به الضامن المباشر هو بمثابة وكالة عن الضامن المقابل، أو عن العميل الأمر حتى ولو نظر البعض إلى هذه الوكالة على أنها وكالة بدون تمثيل وبخاصة فيما يتعلق بعلاقة العميل الأمر والضامن. ولذلك فإن إثارة تكييف الوكالة كان عند الحديث عن علاقة الضامن المقابل بالعميل الأمر أكثر من إثارتها في علاقة الضامن المقابل بالضامن المباشر، ولكن أيا كان الأمر، فإن من الصعب الحديث عن وكالة في أي من علاقات الضامن المقابل، وذلك لوجود اختلافات جوهرية بين

¹ محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 24.

² المادة 571 من الأمر 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

³ محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 50.

الوكالة والضمان المقابل، لعله يأتي في مقدمتها أن الوكالة في الأصل تبرعية¹ حسبما أشارت إليه المادة 581 ق.م.ج بقولها: "الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل ..."².

بينما الضمان المقابل هو في جميع الأحوال بمقابل أيا كانت صورته.

والاختلاف الثاني يكمن في أنه إذا كان الضامن المباشر يقوم بالدفع إلى المستفيد وفقاً للتعليمات الصادرة إليه من الضامن المقابل وهو ما قد يقارب بين الضامن والوكالة، إذ أن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة³، إلا أن الضامن المقابل ليس في إمكانه إنهاء الضمان في أي وقت، بل هو ملزم بالتغطية بمجرد وصول خطاب الضمان إلى الضامن المحلي وقبوله إياه، ولذلك فإن الضامن المباشر يقوم بالوفاء ويرجع على الضامن المقابل بما أداه طالما أن الوفاء قد تم مطابقاً للتعليمات الصادرة إليه وفي المدة المحددة لتنفيذ الضمان، ولا يستطيع الضامن المقابل التنصل من تعهده بالتغطية بحجة أنه قد رجع في تعهده ولو وجد اتفاق يخالف ذلك⁴، مع ملاحظة ما جاء بالفقرة الثانية من المادة 588 ق.م.ج التي نصت على أنه: "... غير أنه لا يجوز للوكيل أن يتنازل الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي بهذا التنازل وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه".

في المقابل لا يجوز للضامن المباشر أن يمتنع عن تنفيذ الضمان لصالح المستفيد طالما أنه قبل ذلك، وذلك على خلاف الوكالة، إذ يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل بإعلانه للموكل، وربما يرجع عدم جواز تنازل الضامن عن أعمال الضمان إلى ثبوت حق المستفيد في الوفاء باعتبار أن هناك اشتراطاً لمصلحته قد تم من قبل الضامن المقابل، وبالتالي فلا يجوز للضامن المباشر حرمان المستفيد من هذا الحق وذلك بتنازله عن الضمان⁵.

ومن ثمة فإن هذه النظرية مثلها مثل النظريات العقدية الأخرى المذكورة، تبقى عاجزة لأن تصلح كأساس قانوني لخطاب الضمان. وعليه سوف يتم الانتقال لدراسة نظرية الإرادة المنفردة.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، المجلد1، العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 372-373 و375.

² المادة 581 من الأمر 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

³ المادة 575 من الأمر 75-58 المتضمن ق.م.ج، نفس المرجع.

⁴ المادة 588 من الأمر 75-58 المتضمن ق.م.ج، نفس المرجع.

⁵ محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 52.

المطلب الثاني

نظرية الإرادة المنفردة

تنص المادة 123 مكرر ق.م.ج أنه "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة ما لم يلزم الغير". فالالتزام بإرادة منفردة "عمل قانوني صادر من جانب واحد، ينتج آثارا قانونية مختلفة، فقد تكون سببا لكسب الحقوق العينية كالوصية، وسببا لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن، وقد تثبت حقا شخصيا ناشئا عن عقد قابل للإبطال كالأجازة، وقد تجعل عقدا يسري على الغير كالإقرار، وقد تنتهي رابطة عقدية كعزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة"¹.

ويذهب جانب من الفقه إلى تكييف خطاب الضمان على أساس نظرية الإرادة المنفردة، لأن التزام البنك بالدفع لا ينشأ من تلاقي إرادتين، بل عن إرادة البنك فقط الذي أصدر تعهده وقام بإرساله للمستفيد²، ومع ذلك فإن التساؤل الذي يثار هنا هو حول تحديد الوقت الذي ينشأ فيه التزام البنك ويتأكد فيه حق المستفيد على قيمة خطاب الضمان.

والراجع في هذا الشأن حسب الفائلين بنظرية الإرادة المنفردة، أن التزام البنك الضامن ينشأ من لحظة إرسال تعهده ووصوله إلى علم المستفيد، وهذا العلم يفترض متى تسلم المستفيد خطاب الضمان ولم يعترض عليه³، وليس من الضروري أن يقترن بإيجاب البنك بقبول من المستفيد لأن البنك يلتزم بإرادته المنفردة، واشتراط وصوله إلى علم المستفيد باعتباره اللحظة التي يتأكد فيها التزام البنك تجاهه ويمتنع عليه الرجوع فيه⁴.

ويترتب على اعتبار أن التزام البنك ناشئ عن إرادته المنفردة ما يلي:

- لا يشترط صدور قبول من المستفيد، بل يكفي أن يصل خطاب الضمان إلى علمه حتى يتأكد حقه عليه، ويفترض العلم بتسليمه له على اعتبار أنه غير ناتج عن عقد بينه وبين البنك⁵.

¹- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام القانون، مرجع سابق، ص1282.

²- مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص85.

³- عبد الرزاق السنهوري، ج1، مرجع سابق، ص1290.

⁴- محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص298.

⁵- المادة 61 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، تنص على أن "التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

- ما دام التزام البنك ناتج عن إرادته المنفردة، فهو بات ونهائي بمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد ولا يحق له الرجوع فيه أو تعديله.

- يلتزم البنك بناء على إرادته المنفردة بصفته مدين أصلي وليس نائبا عن عميله أو متعهدا في عقد الاشتراط لمصلحة الغير¹، وهو ما يرتب استقلاله عن العلاقات الأخرى، غير أن ذلك لا يمنعه من التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن إرادته المنفردة.

وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الرأي وجهت له عدة انتقادات، حيث يرى جانب آخر من الفقه أن الإرادة المنفردة لا تصلح كأساس قانوني لتكليف التزام البنك المباشر والمستقل، وبأنها تقوم على افتراض خاطئ وهو تجاهل العلاقات الممهدة لخطاب الضمان، بمعنى أنها لا تنظر إلى عملية الإصدار كوحدة، بل تفصل تعهد البنك نهائيا عن العمليات التي أدت إلى صدوره.

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه الثاني أن مسألة إصدار خطاب الضمان ليست التزاما جديدا يقوم به البنك من تلقاء نفسه حتى يمكن اعتباره التزام بإرادة منفردة، وإنما كان نتيجة قبوله إيجابا من العميل يطلب فيه إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد والذي يكون في صيغته متطابقا مع هذا الطلب، وباقتران الإيجاب والقبول نكون بصدد تصرف عقدي وليس تصرف بإرادة منفردة.

وليس ضروري أن يفرغ الإيجاب والقبول في ورقة واحدة كما هو الحال في التعاقد بالمراسلة. بالإضافة إلى ذلك فإن خطاب الضمان ينشئ حقا للمستفيد، وفي نفس الوقت يتحمل العميل الأمر عدة التزامات مقابل استصداره، كالتزامه بدفع الغطاء ودفع العمولة والمصاريف للبنك الضامن، فإذا كانت الإرادة المنفردة هي أساس التزام البنك، فكيف يمكن تفسير إلزام العميل الأمر بتغطية التزامات البنك المترتبة على إرادته المنفردة عند وفائه للمستفيد.

وبالرجوع للقانون المدني يلاحظ أن نظرية الإرادة المنفردة² يمكن انطباقها في استقلالية خطاب الضمان، غير أن حقيقته تكمن في أنه امتدادا لعقد الأساس، إذ أن البنك عندما يوفي للمستفيد، فهو بذلك وكأنه ينفذ التزام العميل بموجب عقد الأساس وهذا لا يتماشى ونظرية الإرادة المنفردة، لأنها تؤدي إلى تجزئة العلاقات المتشابكة في عملية الإصدار كوحدة، كما أن التصرف بالإرادة المنفردة يتأثر بعيوب الإرادة، أما البنك الضامن فلا يجوز له أن يتذرع بهذه العيوب ليتحلل من التزاماته تجاه المستفيد.

¹ - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 107 و 108.

² - المادة 123 مكرر من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

مما سبق ذكره، يمكن القول أنه لا جدوى من الاستناد على القواعد العامة في تفسير الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، لأنه نشأ في بيئته الخاصة بعيداً عن يد المشرع¹، أوجدته العادات والأعراف المصرفية التجارية، كما أن النظرة العملية بخصوص وقت صدوره تبين أن التزام البنك نهائي ومباشر تجاه المستفيد ومستقل عن العلاقات السابقة والممهدة له، على الرغم من أنه مرتبط بها ارتباطاً وثيقاً من الناحية الاقتصادية.

ونظراً لصعوبة تحديد طبيعته القانونية، ظهر اتجاه آخر حديث يرى أن خطاب الضمان في الواقع هو عملية شكلية محضة من عمليات البنوك، أنشأها العرف التجاري والمصرفي وجرى في شأنها على أساليب وقواعد استقرت على مرور الوقت من أجل تحقيق هدف اقتصادي، وهو حلولها محل الوديعة النقدية التي كان يتعين على العميل الأمر تقديمها للمستفيد ضماناً لتنفيذ التزاماته، مما دعت الحاجة إلى الاعتراف بهذه التقنية في جميع بنوك العالم.

وبدورنا نؤيد هذا الرأي الحديث، لأنه يتماشى مع واقع الممارسة العملية في البنوك، وأن العمليات المصرفية بما فيها خطاب الضمان بما يتميز به من خصوصيات، يكون في الغالب من الصعب تكييفها وردّها إلى القوالب القانونية المعروفة في القواعد العامة والتي وجدت قبل ظهور هذه العمليات.

وعليه فإن خطاب الضمان هو عملية مصرفية من نوع خاص، يعرف انتشاراً واسعاً في المعاملات التجارية الدولية، ويكفي إسناده للعرف الذي أنشأه، لأن قوة هذا العرف لا تقل عن قوة القوانين المدونة التي تنشئ وتعديل وتنتهي الأشكال والمراكز القانونية، والعرف التجاري يتساوى مع القانون المدون بل يتفوق عليه أحياناً².

¹ - هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 249.
² - المادة الأولى مكرر من الأمر رقم 75-59 المتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم بالقانون، مرجع سابق.

خلاصة الفصل الأول:

يلعب خطاب الضمان دورا هاما في تأمين المعاملات التجارية الدولية ويضفي عليها جو من الاطمئنان بين المتعاملين مما يؤدي إلى دعم وترقية العلاقات التجارية والمالية. وقد نشأ تلبية للحاجة العملية، بفعل الضغط الممارس من طرف المستوردين لضمان حماية فعالة لمصالحهم في مقابل الحماية الممنوحة للمصدرين وإعادة بذلك التوازن للعلاقات فيما بينهم، وتطور في ظل الممارسات التجارية ونتيجة لاتفاق الأطراف إعمالا لمبدأ حرية الإرادة في التعاملات الدولية، وبذلت غرفة التجارة الدولية بباريس جهودا من أجل توحيد الممارسات الخاصة به، وأصدرت مجموعات من القواعد الدولية الموحدة، كما قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بتبني اتفاقية دولية بخصوص الضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، لتكون نموذجا دوليا في التعاملات بين الدول.

وعلى الرغم من القبول الواسع الذي يحظى به في مجال التجارة الخارجية نظرا لما يوفره من ثقة وسرعة في التعاملات والحد من مخاطرها، إلا أنه ونظرا لحدائته ونشأته العرفية وعدم اكتماله تشريعا لدى أغلب الدول ومن ضمنها الجزائر وقلة الاجتهادات القضائية بشأنه، فإن خطاب الضمان لا زال يكتنفه بعض الغموض من حيث استعمال تسمية موحدة متقفا عليها، أو إيجاد تعريفا موحدا له وأيضا من حيث تحديد طبيعته القانونية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تعدد التعاريف القانونية والفقهية والقضائية بشأنه وتباينها من حيث الصيغة لا يعني اختلافها، فهي تتفق في جوهرها حول عناصره الأساسية وأهم خصائصه، ومن حيث غايته التأمينية والتي يقصد بها تقوية مركز العميل الائتماني تجاه المستفيد لكي يقبل التعامل معه، وتعد القواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالضمانات لدى الطلب الأكثر استعمالا في الممارسة العملية وهي الأكثر اتفاقا في تعريفه مع بقية التعاريف المعطاة له.

وخطاب الضمان الذي هو من ابتكار الممارسات التجارية والعرف المصرفي، له من الخصائص المميزة التي تحدد ذاتيته وتجعله قادرا على بلوغ الهدف الذي أنشئ من أجله وهو تحقيق نوع من الثقة والاطمئنان، خصوصا بالنسبة للمستفيد بمنحه أفضلية مساوية لتلك التي

يمنحها إيداع التأمينات النقدية لديه، وبالتالي تأمينه ضد خطر عدم قيام العميل بتنفيذ التزاماته أو تنفيذها خلافا للاتفاق المبرم بينهما، إذ يضمن له الحصول السريع على مبلغ الضمان ودون الدخول في إجراءات معقدة في حالة عدم أداء الالتزامات أو التأخر في أدائها، وبذلك فهو يختلف عن كثير من العمليات المصرفية والنظم التي قد تشبهه به.

وتتضح أهمية خطاب الضمان من خلال المزايا والفوائد التي يحققها للأطراف في تعاملاتهم وبالنظر للمجالات الكثيرة التي يغطيها، حيث يقوم مقام التامين النقدي الذي يضطر أحد الأطراف إيداعه لدى الجهة التي يرغب التعاقد معها، ويترتب على قبوله بديلا عن التأمين النقدي فوائد عملية للأطراف المعنية.

وعلى سبيل المثال عندما يكون المستفيد جهة عمومية تعلن عن مناقصة دولية، فهي تضمن من خلال إصداره لصالحها جدية مقدم العرض وعدم تراجعها أو لضمان حسن تنفيذه للمشروع أو العملية أو لرد التسبيقات أو لضمان الصيانة وغيرها.

ويفيد المقاول أو المورد في تمكينه بالتقدم إلى مشاريع ضخمة بسيولة ضئيلة حتى ينتهي المشروع ويتمكن من إعادته للبنك، أما البنك فيستفيد من العمولات التي يحصل عليها لقاء إصداره لخطابات الضمان، كما أنه غير مكلف باعتباره ائتمان بمجرد التوقيع وهو في الأصل التزام عرضي، وحتى وإن تحول إلى التزام فعلي فإن البنك يمكنه الرجوع بما دفعه على العميل الأمر بالإضافة إلى المصاريف والفوائد. وبذلك فإنه أصبح يلعب دورا مهما في تأمين السوق الدولية للأشغال والسلع والخدمات وتنشيطه، وظهوره في التجارة الدولية كان استجابة لمتطلبات المرونة التي يتميز بها والتي لا تستطيع التأمينات التقليدية أن توفرها.

وبما أن قيمته تكون قابلة للدفع لدى أول طلب، فإن خطاب الضمان يعمل بشكل شبه آلي ويمنح الثقة اللازمة لدى الأطراف، مما يزيد من الإقبال على التعامل به، ويسهم بالتالي في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية، من خلال تسهيل القيام بتنفيذ المشاريع التنموية التي تؤدي إلى توفير الخدمات التي يحتاج إليها أفراد المجتمع، كما يسهم في تشغيل اليد العاملة، ومن ثمة في انتعاش الاقتصاد وتحقيق مستوى معيشي أفضل للمجتمع.

ولقد اختلفت الآراء والاجتهادات حول الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، وهو ما سمح باستعمال مفاهيم هجينة مثل "الكفالة لدى أول طلب" و"كفالة العروض" ولم يتم الاستقرار على تسمية موحدة لهذا النوع من الضمانات. وتردد الفقه في تكييفه له بين النظريات العقدية وبين

نظرية التصرف بالإرادة المنفردة، وتبين أن النظريات العقدية لا تصلح كأساس قانوني للالتزام البنك بوصفه مستقلا وباتا، ولا نظرية التصرف بالإرادة المنفردة التي لم تقوى أيضا على تفسير التزام البنك المستقل عن التزام عميله، وذلك لأن خطاب الضمان كما تم استخلاصه يعتبر آلية ضمان ابتدعها العرف المصرفي لتحقيق هدف اقتصادي وهو الحل محل النقود، فالمستفيد الذي يطلب من العميل تقديمه كشرط لقبول التعامل معه، إنما يريد بذلك أن يطمئن كما لو كان لديه وديعة نقدية كتأمين.

وعلى الرغم من ذلك فإن الاختلاف حول تكييفه ليس له فائدة عملية إلا في الإطار النظري، أما في الممارسة فيتم التعامل التجاري بقاعدة الرضائية، كما أن خطاب الضمان بالنسبة للمتعاملين هو تعهد يتم اقتراح ووضع صيغته عموما من قبل البنوك، والمصدرون والمستوردون والبنوك يهتمون أكثر بمعرفة الشروط التي يجب عليهم تجنبها والشروط والبنود الأساسية التي يجب عليهم مراعاتها وإدراجها في صيغته ومضمونه.

الفصل الثاني

عناصر وصور خطاب الضمان الدولي وأنواعه

يصدر خطاب الضمان الدولي بشأن عمليات تتم عبر الحدود يكون أحد طرفيها غير مقيم سواء كان عميلا للبنك أم مستفيدا، وقد يكون أجنبيا أو يكون وطنيا. والمشرع الجزائري لا يعتمد على فكرة الجنسية في تحديد دولية العملية، بل على معيار الإقامة، حيث يعتبر مقيما في الجزائر كل شخص يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي في الجزائر. ويعتبر غير مقيم فيها كل شخص يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي خارج الجزائر¹. ولقد سبق القول أنه يتدخل في عملية إصدار خطاب الضمان ثلاثة أطراف أساسية، إلا أن الغالب في التجارة الخارجية أن يكون عددهم أربعة متدخلين، مثل ما يشترطه المشرع الجزائري في حالة العميل الأمر غير المقيم²، وأحيانا وفي العمليات المعقدة يكون عددهم أكثر من ذلك³. وتجسيدا لخاصية الكفاية الذاتية وتحقيقا للغرض الذي أنشئ من أجله، يشترط في خطاب الضمان أن يصدر في صيغة واضحة تتضمن عناصره الأساسية مع تحديد البيانات المشتركة. وتختلف صور خطاب الضمان الدولي بحسب تغير المراكز القانونية للشخص المقيم أو غير المقيم بين أن يكون عميلا أو مستفيدا، وتكون خطواته وتعديلاته المحتملة حسب المتدخلين وطبيعة العلاقات⁴.

ولما كانت هذه الآلية توفر الثقة والاطمئنان فهي تتنوع بحسب المعاملات⁵ التي تستدعي تقديمها مما يصعب وضع إحصاء شامل لها، فهي تصدر بأنواع مختلفة ولأغراض كثيرة ومتعددة⁶. ومن خلال هذا الفصل سوف يتم تحديد عناصر خطاب الضمان الدولي (المبحث الأول)، وتبيان صور إصداره وتعديلاته (المبحث الثاني)، ثم التطرق إلى أهم أنواع خطاب الضمان الدولي وأكثرها شيوعا في الحياة العملية (المبحث الثالث).

1 - المادة 125 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقروض، مرجع سابق.

2 - المادة الثالثة من النظام رقم 93-02، مرجع سابق.

3 - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 4^{éd}, P 211.

4 - لؤي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 141.

5 - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 47.

6 - عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 453.

المبحث الأول

عناصر خطاب الضمان الدولي

تتمثل عناصر خطاب الضمان في الأطراف المساهمة في عملية إصداره وهي تشكل عناصره الأساسية بالإضافة إلى بعض البيئات المشتركة التي ينبغي أن يتضمنها في صياغته. ولقد تم التوصل من خلال عرض تعريف خطاب الضمان وخصائصه إلى أنه يفترض في عملية إصداره كأصل عام مساهمة ثلاثة أطراف أساسية وعادة ما يكون عددهم أربعة وهم: العميل الأمر، المستفيد، البنك الضامن المباشر وهو البنك المحلي المتواجد في بلد المستفيد¹، والبنك الضامن المقابل الأجنبي وهو بنك العميل الأمر، وهذا ما يجري عليه الغالب في التعاملات التجارية الدولية، أي عن طريق الإصدار الغير مباشر².

وتضمنت جل التعريفات شرط التحرير سواء كان في شكل كتابي أو في شكل محرر الكتروني، كما توجد نماذج خاصة مطبوعة مقترحة تم وضعها من قبل غرفة التجارة الدولية³، بالإضافة إلى أن خاصية استقلالية التزام البنك تستوجب أن يكون تعهد البنك صريحا قاطعا في معناه، لأن صيغته هي المرجع الوحيد في تحديد الحقوق والالتزامات⁴ والتي ينبغي أن تتضمن مجموعة من البيانات الضرورية⁵.

وعليه سوف يتم التطرق إلى الأطراف المساهمة في عملية إصدار خطاب الضمان الدولي (المطلب الأول)، وإبراز أهمية صيغته وتحديد بياناتها الضرورية⁶ (المطلب الثاني).

¹ - محمد إبراهيم موسى، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، إدارة الثقافة والنشر الجامعية لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ج 1، 1411 هـ - 1991م، ص 595.

² - Pierre-Alain Gourion, George Payrard, Op.Cit, P.188

³ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2^oéd, P 156.

⁴ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^oéd, Op.Cit, P 275

⁵ - محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 596.

⁶ - عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 452.

المطلب الأول

الأطراف المساهمة في عملية إصدار خطاب الضمان الدولي

جل التعاريف تجمع على تدخل ثلاثة أطراف أساسية في عملية إصدار خطاب الضمان وهم: العميل الأمر والمستفيد والبنك الضامن، وهنا نكون بصدد الإصدار بشكل مباشر¹، إلا أن الغالب في التجارة الخارجية هو الإصدار الغير مباشر والذي يتطلب وجود أربعة أطراف تتمثل في العميل الأمر، والبنك الضامن المقابل (وهو بنك العميل الأمر)، البنك الضامن المباشر (وهو البنك المحلي) الذي يقوم بإصدار خطاب الضمان مباشرة للمستفيد بناء على تعليمات البنك الضامن المقابل (ويسمى هنا معطي التعليمات)، وأخيرا المستفيد².

وقد نصت المادة الثالثة من القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب على أنه: "يجب أن تكون التعليمات بإصدار الضمانات وتعديلاتها والضمانات نفسها واضحة ومحددة ويجب ألا تتضمن تفاصيل زائدة عن اللازم، وبناء عليه يجب أن تحتوي كل الضمانات على المعلومات الأساسية الآتية: (أ) الأصيل (موكل). (ب) المستفيد. (ج) الضامن ..."³.

وسوف يخصص هذا المطلب للحديث عن الأطراف التي تساهم في عملية إصدار خطاب الضمان الدولي، بالتركيز على شكل الإصدار الغير مباشر والذي يتطلب مشاركة أربعة أطراف وهي العميل الأمر (الفرع الأول)، المستفيد (الفرع الثاني)، ثم البنك المصدر والبنك المرسل (الفرع الثالث).

الفرع الأول

العميل الأمر بإصدار خطاب الضمان

العميل الأمر هو الشخص الذي يتقدم إلى البنك الذي يتعامل معه في بلده بالخارج طالبا منه إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد تنفيذا لشرط في عقد الأساس، ويتمثل في المصدر أو البائع أو مقدم الخدمة أو المقاول (سواء كان مقيم أو غير مقيم)، الذي يتعاقد مع المستورد أو المشتري أو صاحب المشروع (سواء كان مقيم أو غير مقيم)، إذ يكون مجبرا على إتمام واجباته

¹ - محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 595.

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 10.

³ - المادة 03 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة 458، مرجع سابق.

التعاقدية بتقديمه طلب إلى بنكه في بلده بإصدار خطاب الضمان والذي عادة ما يكون ضمان مقابل، الذي يحل محل إيداع التأمين النقدي لدى الجهة المستفيدة ضمانا لتنفيذ التزامه تجاهها، وهو الذي يسدد قيمته للبنك إذا قام الأخير بوفائه للمستفيد عند مطالبته به، وعادة ما يقرر المستفيد ذلك إما بسبب عدم تنفيذ هذا العميل لالتزاماته تجاهه أو أنه قام بالإخلال بها.

الفرع الثاني

المستفيد في خطاب الضمان

المستفيد هو الطرف الذي يصدر خطاب الضمان لصالحه ويتمثل في المستورد أو المشتري أو صاحب المشروع¹ أو المستفيد من خدمة طبقا لعقد الأساس المبرم بينه وبين العميل الأمر، أو هو صاحب الحق في العلاقة ذات العنصر الأجنبي، ويظل أجنبيا عن خطاب الضمان حتى يصل إلى علمه دون أن يرفضه، ويحق له الحصول على قيمته كليا أو جزئيا من البنك الضامن، وتكون المطالبة به عادة إذا أخل العميل الأمر بالوفاء بالتزاماته وفي بعض الحالات الآتية على سبيل المثال:

- في حالة سحب العرض المقدم من قبل العميل الأمر قبل انتهاء ميعاد سريانه.
 - في حالة رسو الصفقة على العميل مقدم العرض وعدم قيام هذا الأخير بتوقيع العقد أو لم يقدم ضمان حسن التنفيذ المطلوب.
 - في حالة عدم تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته التعاقدية طبقا لعقد الأساس.
 - في حالة عدم تنفيذ العميل الأمر للعقد، حيث يضمن استعادة مبالغ الدفعات المقدمة.
- وباعتبار أن خطاب الضمان صادر لمصلحة المستفيد ويكسبه حقا دون أن يرتب في ذمته التزامات، لذا فإنه لا يشترط توافر فيه شروط معينة ولا يمكن التمسك في مواجهته بتوافر الأهلية، ذلك أن الأهلية التي تعنيه هنا ليست أهلية أداء بل تكفي أهلية الوجوب وهي تثبت للإنسان منذ ولادته، غير أنه لا يجوز أن يكون شخص المستفيد مخالفا للقوانين والنظام العام، كأن يكون المستفيد شركة أجنبية مدرجة في القائمة السوداء والتي لا يجوز التعامل معها أو يكون شركة لم تستكمل إجراءات شهرها وقيدها في السجل التجاري لكي تكتسب الشخصية

¹ - محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص 292.

المعنوية¹، حيث يحرص المتعاملون عادة على أن يكون المستفيد شخصية قانونية كاملة، أي لا يكون في مرحلة التأسيس أو تحت التصفية أو شهر الإفلاس.

وسبق أن رأينا بأن شخصية المستفيد هي محل اعتبار وأن تغير اسمه له تأثيره، حيث أن مطالبة الدفع أو التمديد أو التجديد تجعله غير ذي صفة، ويستطيع البنك أن يتحلل من التزامه ويرفض الوفاء في هذه الحالة².

والملاحظ أن القواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالضمانات لدى الطلب جاءت بحد آخر في هذا الشأن، حيث نصت المادة الرابعة (النشرة رقم 458) على أن "حق المستفيد في تقديم مطالبة في نطاق ضمان، غير قابل للتنازل عنه ما لم يكن قد نص على ذلك صراحة في الضمان أو أي تعديل له، ومع ذلك فإن هذه المادة لا تؤثر على حق المستفيد في التنازل عن أي مبالغ قد تقول إليه أو تصبح من حقه في نطاق الضمان"³، وأكدت ذلك القواعد الجديدة (النشرة رقم 758).

ويتضح من هذا النص أنه في الأصل لا يجوز تغيير شخص المستفيد أو أن ينقل حقه في المطالبة بمبلغ الضمان إلى شخص آخر، لكن إذا تم النص على ذلك صراحة في خطاب الضمان نفسه، عندئذ يمكنه التنازل عن حق المطالبة بقيمته لأي شخص آخر.

الفرع الثالث

البنك المصدر لخطاب الضمان

البنك الضامن هو البنك الذي يصدر خطاب الضمان لصالح المستفيد ويرسله إليه بناء على طلب من عميله الأمر⁴، ويتعهد شخصياً بدفع قيمته للمستفيد لدى أول مطالبة بسيطة أو وفقاً للشروط الواردة في نص تعهده⁵. وما دامت التعاملات تتم بين أطراف تتواجد في دول مختلفة، فعادة ما يقوم البنك الأجنبي في بلد العميل الأمر بالاتصال بفرع له أو ببنك آخر متواجد في بلد المستفيد، ويطلب منه إما تبليغه بالضمان الصادر لصالحه ويسمى في هذه الحالة هذا البنك المحلي "بنك مراسل أو مبلغ"، أو يطلب منه إصدار خطاب ضمان جديد مباشرة لصالح المستفيد، ويتعهد البنك الأجنبي بتغطية هذا البنك المحلي في حالة مطالبته بالدفع من قبل

1- المادة 549 من الأمر رقم 75-59 المتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم، تنص على أنه: لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري.

2- محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 60.

3- المادة الرابعة من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

4- محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق ص 595.

5- محمد بن سالم بن عبد الله بخضر، التكيف الفقهي للخدمات المصرفية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص 25

المستفيد النهائي، وفي هذه الحالة يطلق على البنك الأجنبي معطي التعليمات "الضامن المقابل" ويطلق على البنك المحلي "الضامن المباشر".

وعليه فإن درجة التزام البنك المحلي والمسؤولية التي يتحملها تجاه المستفيد، تختلف حسب الدور الذي يؤديه في عملية إصدار خطاب الضمان الدولي.

ينحصر دور البنك المبلغ أو المراسل في مجرد تبليغ أو إخطار المستفيد بخطاب الضمان الصادر عن بنك العميل الأجنبي أو يسلمه له بدون أدنى مسؤوليه ولا يتحمل أي التزام بالدفع، فعملية الإصدار تظل من اختصاص البنك الأجنبي، بحيث يكون للبنك المبلغ دور ساعي البريد وإن كان ملزماً بالتحقق من حقيقة الصدور ومن جهة الإصدار ويبدل في ذلك الحرص والعناية المعتادة، ويقوم كذلك بتبليغ البنك الأجنبي بورود طلب الوفاء المقدم من طرف المستفيد والمستندات اللازمة الخاصة به، وتبقى المسؤولية مباشرة على عاتق البنك الأجنبي الذي قام بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد.

وفي هذه الحالة لا يكون المستفيد دائماً للبنك المحلي بالدفع، غير أنه يمكن الاتفاق بين البنوك بأن يتم تكليف هذا البنك المبلغ بأداء قيمة خطاب الضمان للمستفيد عند طلبه له، مع بقاء وضعيته القانونية دون تغيير، لأنه في هذه الحالة لا يدخل في علاقة مع المستفيد، فهو لا يمنح المبلغ لهذا الأخير إلا بعد إرسال مطالبة هذا المستفيد وتبليغها للبنك الأجنبي وينتظر إلى حين استلامه الرخصة من هذا الأخير بالدفع له.

غير أن الغالب في الممارسة هو أن يقوم بنك العميل الأجنبي بإصدار ضمان مقابل وإرساله إلى البنك المحلي طالبا منه إصدار ضمان مباشر لصالح المستفيد النهائي، وملتزماً تجاهه بتغطية سداده للمبلغ عند مطالبته بذلك، وفي هذه الحالة يأخذ البنك المحلي على عاتقه دور البنك الأجنبي (الضامن المقابل) في مواجهة المستفيد، حيث يقوم بإصدار خطاب ضمان جديد على نماذج أو أوراقه الخاصة مباشرة لصالح المستفيد الموجود في بلده، في حين أن البنك الأجنبي يتصرف كمعطي التعليمات (الأمر)، وبالتالي لا توجد علاقة بين العميل الأمر والبنك المحلي الضامن المباشر، كما لا توجد علاقة بين البنك الضامن المقابل والمستفيد، ويتحمل البنك المحلي نيابة عن البنك الأجنبي المسؤولية كاملة تجاه المستفيد بصفته ملتزماً أصيلاً بالوفاء له عند تلقيه المطالبة، ثم بعد ذلك يقوم بدوره بالرجوع على البنك الضامن المقابل طالبا منه تغطية سداده لقيمة الضمان¹.

¹ - ROSSI Tuto, OP.Cit, P 88

المطلب الثاني

أهمية صيغة خطاب الضمان وبياناته الضرورية

تعد استقلالية خطاب الضمان وكفايته الذاتية وشخصيته من أهم خصائصه، فالتزام البنك الضامن أصلي ومباشر وليس تابع ولا يكون مرتبط بظروف أو شروط خارجه عن نص خطاب الضمان، بل إن عبارات وبياناته هي المرجع في ذلك، كما تعتبر شخصية المستفيد محل اعتبار فلا يمكن لشخص آخر أن يطالب في مكانه بقيمة الضمان، ولا يجوز للمستفيد نفسه تحويله إلا باتفاق الأطراف مع النص على ذلك في التعهد نفسه، هذا بالإضافة للقانون واجب التطبيق والمتفق عليه في حال وقوع نزاع والذي عادة ما يكون متضمن أيضا في نصوصه وغيرها من الشروط والبنود.

وعلى هذا الأساس يظهر أن التحرير في صيغة واضحة ومفصلة باحترام شروطها، له أهمية كبيرة في تحديد التزامات وحقوق الأطراف وتجنب النزاعات، لأن نص خطاب الضمان يعتبر المرجع الوحيد في ذلك¹.

وفيما يلي سوف يتم إيجاز أهمية صيغة خطاب الضمان (الفرع الأول)، مع إبراز أهم البيانات التي يتضمنها في نصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أهمية صيغة خطاب الضمان

تلعب عبارات خطاب الضمان ومحتواه أو صيغته دورا بالغ الأهمية، فهي المرجع لتحديد توافر أو عدم توافر الشروط اللازمة لاعتباره ضمان مستقل وليس كفالة، كما أنها المرجع لمعرفة شروط وأحكام تنفيذه²، وإذا قام البنك بسداد قيمته كانت عباراته هي الفيصل في صحة دفعه وفي جواز رجوعه على العميل بما دفعه للمستفيد، إضافة لذلك فإن الصيغة عندما تكون واضحة ودقيقة توفر على أطراف العلاقة الكثير من التكاليف المرتبطة بإجراءات التقاضي في حال نشوب نزاع.

¹-Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^{éd}, Op.Cit, P 275

²- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 82.

وقد عبرت عن هذا المعنى محكمة النقض المصرية في قرارها رقم (1342) لسنة 49 ق بتاريخ 1980/12/12 بقولها "الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل، ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب، وأن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك وعميله إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده، وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طُلب بالوفاء في أثناء أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً، بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات، ولا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل وإلا تحمل البنك مسؤولية الوفاء، فإذا لم تتحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب انتهى ضمان البنك، وكان لعميله أن يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهاء الضمان"¹.

وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قضت بذلك، حيث قررت أن أعمال الضمان وتنفيذه يتوقف على مجرد الشروط المذكورة فيه أو النصوص الواردة به، وشروط طلب الدفع يجب أن تترجم الطابع المستقل للضمان، وتكون لدى أو طلب بسيط، أو لدى أو طلب مبرر أو لدى أو طلب مستندي حسب الحالة².

وعلى هذا الأساس فإن هناك مجموعة من البيانات الهامة والمشاركة والتي ينبغي أخذها بعين الاعتبار عند صياغة خطاب الضمان وسوف يتم التطرق إليها على النحو الآتي.

الفرع الثاني

البيانات الهامة في خطاب الضمان

بالإضافة إلى بعض البيانات التي عادة ما ترد في خطاب الضمان³ مثل: رقمه ونوعه، تاريخ الإصدار وتوقيع مسئول البنك المصدر له، فهناك مجموعة من البيانات الهامة التي ينبغي أن يتضمنها في نصوصه وقد أشارت إليها القواعد الدولية الموحدة لغرفة التجارة الدولية المتعلقة

¹ - نقلاً عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 127-128.

² - THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 519.

³ - Manuella BOURASSIN et autres, Op.Cit, p 240.

بالضمانات لدى الطلب¹، منها: التقيد بهوية كل من العميل الأمر والمستفيد والضامن، والإشارة للعملية التي بشأنها تم طلب إصداره، وتحديد الحد الأقصى لمبلغ خطاب الضمان والعملية التي يدفع بها وشروط المطالبة بالوفاء. بالإضافة إلى بنود أخرى نصت عليها القواعد الدولية الموحدة الجديدة (النشرة 758)، من بينها أن يتم الإشارة في النص بأنه يمثل تعهدا لدفع المبلغ لدى أول طلب، وأن يتم تحديد المبلغ بدقة أو يكون بالإشارة إلى الحد الأقصى للمبلغ الواجب دفعه، وأن لا يتم الوفاء بقيمة الضمان المباشر أو الضمان المقابل إلا بعد يتقدم المستفيد بطلب مكتوب. وتجدر الملاحظة إلى أن القواعد الدولية الموحدة الجديدة لا تقيد المتعاملين بهذه الشروط النموذجية، بل تمنح مساحة لحرية الأطراف بحيث يجوز لهم حذف أو إضافة بعض الشروط التي يرونها مفيدة في سواء الضمان المباشر أو الضمان المقابل². ومن أهم تلك البيانات المشتركة في صياغة خطاب الضمان ما يلي:

أولاً: التمهيد الوارد بمتن خطاب الضمان (المقدمة)

لقد اعتادت البنوك على ذكر علاقة الأساس التي تربط بين العميل الأمر والمستفيد في مقدمة خطاب الضمان أو الديباجة والتي بمقتضاها ينشأ التزام العميل بتقديم خطاب الضمان للمستفيد. ويتم ذكرها تقاديا لأن يكون طلب الدفع لأجل عقد مختلف عن ذلك الذي صدر من أجله الضمان أو لأجل خطر مختلف عن ذلك الخطر الذي يهدف لتغطيته، لأن خصوصية الالتزام المستقل الصارمة لا تسمح بامتداد محله إلى علاقة أخرى حتى ولو كانت تربط بين نفس الأطراف³، وهو ما اشترطته القواعد الدولية الموحدة، حيث أوجبت ضرورة توضيح الغرض أو العملية التي من أجلها تم إصدار الضمان⁴، كما أشارت لذلك أيضا أغلب القوانين العربية التي قامت بتنظيمه⁵.

ويجب أن يكون الغرض محددًا وواضحًا غير قابل للتأويل أو الالتباس⁶، فلا يجوز مثلا إصدار خطاب الضمان الغرض منه (من أجل تقديم مواد مختلفة)، حيث أن العميل المضمون يستطيع

¹ - المادة 03 من (ق.د.م.ض.ط) (النشرة 458) والقواعد الدولية الموحدة الجديدة (النشرة 758)، مرجع سابق.

² - عبد القادر ورسمه غالب، "القواعد الموحدة لطلب الضمانات رقم 758"، مرجع سابق، ص 76.

³ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2^oéd, P 157.

⁴ - المادة 03 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، نفس المرجع.

⁵ - عبد الرحمن السيد قرمان، عمليات البنوك (طبقا لقانون التجارة الجديد)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص350 و351.

⁶ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^o éd, Op.Cit, P. 539.

أن يقدمه ضمنا لتوريدات مختلفة وإذا قصر بأحدها فإن المستفيد يملك حق المطالبة بالدفع بغض النظر عن طبيعة الإخلال، كما لا يجوز إصدار تعهد العروض ويكون الغرض منه دخول مناقصات مختلفة أو الاشتراك في المناقصات التي تعلن عنها جهة معينة خلال مدة معينة، حيث أنه في مثل هذه الحالة يمكن أن يقوم البنك بدفع قيمته دون معرفة العرض المعني. لذا ينبغي مراعاة أن تكون الصياغة واضحة تمنع الأطراف من وضع أو إيجاد تفسيرات متعددة مختلفة، وهذا أمر وارد وقد يظهر ذلك في حالة حدوث خلاف بين الأطراف¹، مما قد يقحم البنك في نزاعات قضائية لا يحبذها والتي قد تنشأ نتيجة لذلك، وخاصة حين يجهل بالسبب الذي أدى إلى طلب التنفيذ أو يجهل الغرض الذي صدر بشأنه خطاب الضمان الذي قام بدفع قيمته. ويؤكد الفقه بأن الإشارة إلى هذا الغرض في صيغته لا يتعارض مع خاصية استقلاليته ما دام تعهد البنك غير مرتبط بعقد الأساس، حتى ولو ذكر بأنه يضمن تنفيذ عملية معينة²، كما أن ذكر العملية المضمونة لها فائدة من حيث إمكان القول بامتداد خطاب الضمان إلى وقت انتهائها متى كان هذا المعنى مفهوما من نصوصه.

ثانيا: التعهد الصادر من البنك

لقد جرى العرف المصرفي وأكدت القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب³، بالنص على استقلالية التزام البنك بأن يكون الدفع للمستفيد لدى أول طلب مع إضافة عبارة "بالرغم من معارضة العميل"، والتي تقطع الصلة بين خطاب الضمان والعلاقات الأخرى⁴.

ثالثا: تعيين الأطراف في عملية إصدار خطاب الضمان

يتم تحديد أطراف العملية بدقة، حيث يشترط في صياغته أن يتضمن اسم العميل الأمر والمستفيد والبنك الضامن أو الضامن المقابل وبنك المستفيد إن وجد، وغالبا ما يكون ذكر الضامن المقابل في ورقة مستقلة، لأن المستفيد يمكن أن يجهل هوية هذا الأخير والذي في الغالب لا تربطه به علاقة⁵.

¹ - عبد القادر ورسمه غالب، مقال بعنوان خطاب الضمان، رقابة للاستشارات المالية الإسلامية. منشور الموقع الإلكتروني:

www.raqaba.co.uk. تاريخ الاطلاع: 2016/05/14، الساعة: 19:10.

² - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 273-274.

³ - (ق.د.م.ض.ط) بالمشرة رقم 458، مرجع سابق.

⁴ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 133.

⁵ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2^oéd, P 156.

رابعاً: تحديد وقت نفاذ خطاب الضمان

يبدأ سريان خطاب الضمان من وقت وصوله إلى علم المستفيد دون رفضه له، ومنذ هذه اللحظة يتمتع على البنك أن يرجع بإرادته المنفردة عن التزامه، وهذا ما تؤكد المادة السادسة من القواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب التي تنص على أن مدة الضمان تبدأ من تاريخ إصداره، لكن التزام البنك بالدفع للمستفيد لا يبدأ إلا من تاريخ وصول الخطاب إلى علم المستفيد، متى تم تسليم الخطاب إليه. غير أنه إذا تم تعليق سريان خطاب الضمان بواقعة أو تاريخ أو بتقديم مستندات معينة للبنك، وجب أن تكون محددة في نصوصه وأن يتحقق البنك من حدوث الواقعة أو التاريخ أو تقدم إليه المستندات المذكورة بذاتها وإلا فلا يسري خطاب الضمان، ويكون على البنك مراقبة المطابقة الظاهرية فقط لهذا الشرط مع ما هو وارد بتعهده¹.

خامساً: مدة صلاحية خطاب الضمان

يتعلق الانتهاء عموماً بتاريخ محدد أو حدث معين²، وهو التاريخ الذي يعتبر كحد أقصى لنفاذ التزام البنك ويسقط بحلوله، ويتوجب تحديده بوضوح حيث أن أية مطالبة تقدم من المستفيد يجب أن تصل إلى البنك خلال هذه المدة³. وقد يحدث أحياناً أن يطلب المستفيد من البنك خلال مدة سريان الضمان تمديد الأجل وعادة ما يستجيب البنك لهذا الطلب بموافقة العميل الأمر⁴. وتعد المدة عنصراً أساسياً في خطاب الضمان، فالأصل أن يصدر لمدة محددة يحرص البنك على تأكيدها بالنص عليها في التعهد نفسه، كما يحرص على اشتراط وصول المطالبة بالدفع قبل تاريخ معين وبيان أن ضمان البنك يسقط تلقائياً إذا لم تصله المطالبة خلال هذا التاريخ، علماً بأن العبرة هي بتاريخ وصول المطالبة للبنك واستلامها، كما يمكن إصداره دون تحديد مدته⁵، وهنا يجوز للبنك أن ينهيه في أي وقت، بشرط أن يقوم بإخطار العميل والمستفيد بذلك بوقت مناسب حتى لا يسبب أضراراً تلحق بهما، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في الالتزامات⁶.

¹ - المادة السادسة من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

² - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2^ééd, P 155.

³ - محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 596.

⁴ - عبد الحميد الغزالي، مرجع سابق، ص 15.

⁵ - عبد القادر ورسمة غالب، مقال بعنوان خطاب الضمان، مرجع سابق.

⁶ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 151-152.

سادسا: مبلغ خطاب الضمان وعملة الوفاء

إن محل تعهد البنك في خطاب الضمان هو التزامه بدفع مبلغ من النقود للمستفيد إذا طلب منه ذلك خلال مدة سريانه، فلا يجوز أن يكون تعهد البنك بعمل شيء كالقيام بتنفيذ التزام العميل حتى ولو انتهى إلى دفع نقود. ويتم تحديد مبلغ خطاب الضمان في العادة كنسبة من قيمة العملية موضوع العقد، وأول نقطة يجب الاهتمام بها هي أن يحزر المبلغ في متن الخطاب بالأرقام والحروف تجنباً لكل غموض¹، لأن هذا المبلغ هو مقدار الالتزام بالسداد عند أول طلب من المستفيد ولأن عدم معرفة البنك للمبالغ تحديداً بالأرقام فيه عدة مخاطر مصرفية وقانونية، حيث يكون البنك ملتزم بدفع مبلغ أو مبالغ لا تتجاوز في مجموعها قيمة خطاب الضمان، وأن مطالبة المستفيد بجزء من قيمته يبقى حقه قائماً بالرصيد المتبقي منه طالما أنه لا زال ساري المفعول. ويجب أن يعبر عن المبلغ بطريقة واضحة، فذكر نسبة معينة من عقد الأساس كمرجع يمكن أن يؤدي إلى خطر تغير مبلغ الضمان بصفة آلية في حالة مراجعة عقد الأساس².

والأصل والغالب في العمل ومثل أي محل في الالتزام بصفة عامة لا بد أن يكون المبلغ معيناً، ولكن يحدث أحيانا أن يصدر خطاب الضمان بمبلغ قابلاً للتعيين³، ومن الصعوبات التي تظهر أثناء التطبيق هو عدم تحديد مبلغ الضمان بصورة واضحة ومحددة بالرغم من أنه يشترط أن يتعهد البنك بدفع مبلغ "معين" أو "قابل للتعيين". وتبدو الصعوبة في مبلغ "قابل للتعيين" حيث كيف يكون هذا المبلغ قابلاً للتعيين؟ هل من وجهة البنك الضامن أو العميل أو المستفيد، لأن هذه القابلية للتعيين قد تنشئ مشكلة إذا لم يتم الانتباه لها منذ البداية وذلك بالقيام بتحديد المبلغ القابل للتعيين بصورة نافية للجهالة لدى الجميع⁴، وفي هذه الحالة يتوجب ذكر الأسس التي يتم بموجبها تحديد هذا المبلغ عند الاستحقاق.

ومثال ذلك عندما يطلب المرسل إليه من مصلحة الجمارك بأن يتسلم بضاعته قبل وصول سندات الشحن والتي تحدد على أساسها نسبة الرسوم الجمركية، حيث تسمح له بذلك بشرط أن يقدم لها ضماناً كافياً، فيلجأ المرسل إليه إلى بنكه طالبا منه إصدار خطاب ضمان لصالح مصلحة الجمارك ضماناً لما قد يترتب من رسوم على هذه البضاعة، ففي هذه الحالة لا تكون

¹ - خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 101.

² - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2^oéd, P 157.

³ - المادة 92 وما بعدها من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ - عبد القادر ورسمه غالب، مقال بعنوان خطاب الضمان، مرجع سابق.

القيمة معينة عند الإصدار، بل يصدر خطاب ضمان بمبلغ قابل للتعيين عند وصول سندات الشحن.

كما قد يتم النص في خطاب الضمان على أن قيمته تتناقص تدريجيا، وهنا يتعين أيضا تحديد أساس احتساب هذا التناقص، كأن يذكر بأن المبلغ يخفض بحسب تقدم الأشغال، وفي هذه الحالة يتوجب النظر في عقد الأساس لمعرفة ما أنجز منها وما لم يتم إنجازه.

أما إذا لم يكن محل تعهد البنك دفع مبلغ نقدي (سواء كان معينا أو قابلا للتعيين)، كأن يلتزم البنك في مواجهة المستفيد بتنفيذ التزامات العميل إذا لم يف بها الأخير بنفسه، فلا نكون بصدد خطاب ضمان وإنما نكون بصدد عقد كفالة، بسبب ارتباط التزام البنك بالدفع للمستفيد بعنصر خارجي عنه، وهو ما يتعارض مع خاصية استقلاليته وكفايته الذاتية.

ولا يكفي تحديد المبلغ فقط، بل من الأهمية أيضا تحديد العملة التي يدفع بها المبلغ¹، لأنه في عقود التجارة الدولية عادة ما يكون البنك والعميل الأمر من دولة ويكون المستفيد من دولة أخرى²، فإذا أغفل البنك تحديد العملة التي يدفع بها المبلغ الوارد في تعهده فإن الغالب أن تعتبر عملة الدولة التي يتبع لها البنك أو الفرع الذي أصدر خطاب الضمان.

سابعا: لغة خطاب الضمان

عادة ما يصدر خطاب الضمان بلغة بلد المستفيد، غير أنه يفضل صدوره باللغتين، أي لغة بلد المستفيد ولغة بلد العميل الأمر على أن يذكر في مضمونه بأنه في حال الاختلاف في التفسير يتم بيان اللغة التي يعتد بها. وفي هذا الصدد فإن القواعد الموحدة الجديدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية تنص على أنه إذا كانت محررة من طرف العميل الأمر أو المستفيد تكون بلغة تحرير خطاب الضمان، وأما إذا كانت محررة من قبل طرف آخر فكل اللغات ممكنة³.

ثامنا: القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة

إن مسألة تنازع القوانين بخصوص خطاب الضمان الدولي أمر وارد ومع ذلك فهو محدود جدا، لأنه غالبا ما يتضمن نصوصا صريحا بشأن القانون الواجب التطبيق⁴، فمعظم المسائل التي تثار

¹ - المادة الثالثة فقرة (هـ) من (ق.د.م.ض.ط) بالبنشرة 458، مرجع سابق.

² - محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 596.

³ - المادة 14 من (ق.د.م.ض.ط) بالبنشرة رقم 758، مرجع سابق.

⁴ - Mathias Audit, Sylvain Bollée, Pierre Callé, Droit de commerce international et investissements étrangers, L.G.D.J Lextenso Editions, Paris, 2014, P 486.

بين الأطراف عموماً تجد حلاً لها في صيغة الضمان نفسه، فهي تتعرض لكافة المسائل بالتفصيل ومن بينها النص على تحديد القانون الواجب التطبيق¹.

ويعد التحكيم في الواقع، الوسيلة الفعالة والطريقة الفضلى التي يلجأ إليها المتخاصمون للفصل في منازعاتهم التجارية بشكل عام².

وقد لا يتم تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة وهذا أمر وارد، وثار نزاع سواء بين البنك والمستفيد حول مضمون خطاب الضمان، أو أن يثور نزاع بين البنك الضامن المباشر والبنك الضامن المقابل حول مضمون الضمان المقابل، ولم يجد الأطراف حلاً له في نصوص الضمان أو الضمان المقابل، فما هو القانون المطبق في هذه الحالة؟ إن الإجابة عن ذلك تكون على النحو الآتي:

يكون القانون الواجب التطبيق بشأن خطاب الضمان في حال عدم الاتفاق عليه هو قانون بلد البنك المصدر له، ففي هذا المكان يتم الأداء المميز أو المحوري في العملية، كما أن تطبيق قانون بلد البنك تفرضه آلية عمل خطاب الضمان ووظيفته، وأن البنك يقوم بهذه العملية بوصفها من العمليات الداخلة في نشاطه المعتاد. وعليه فإن الضمان والضمان المقابل يخضعان في الأصل لقانون الإرادة³ وفي حالة عدم الاتفاق يخضعان لقانون البلد المتواجد به البنك الذي أصدر خطاب الضمان أو بلد البنك الضامن المقابل في حالة الإصدار غير المباشر.

وبالنسبة للاختصاص القضائي لا بد من التمييز بين الدعاوى المتعلقة بالإجراءات التحفظية وتلك التي تمس بالموضوع، فالنص في خطاب الضمان على شرط اختصاص التحكيم لا يعني إلغاء الاختصاص للمحاكم المحلية لاتخاذ الإجراءات المؤقتة والتي تهدف إلى وقف تنفيذه.

أما الدعوى في الموضوع فتخضع للقضاء المختار من قبل الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك يكون الاختصاص حسب قواعد الإجراءات والقانون الدولي الخاص والقواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب⁴.

ولقد تضمنت القواعد الدولية الموحدة في نصوصها ما استقر عليه الفقه والقضاء من حيث أن الاختصاص القضائي يؤول إلى محكمة مكان تواجد البنك الضامن أو مكان تواجد الضامن

¹ - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 342 - 343.

² - أسيل باقر جاسم، أثر التحكيم على خطاب الضمان (دراسة تحليلية)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، كلية القانون، جامعة بابل، يوليو 2011. بالبريد الإلكتروني: safaat2@yahoo.com، تاريخ الاطلاع:

21:00، الساعة: 2016/11/24.

³ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, Op.Cit, 4^oéd, P 274.

⁴ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2^oéd, P 166-167.

المقابل حسب الحالة، إذ نصت على تطبيق قانون الإرادة، وعند عدم الاتفاق فإن القانون واجب التطبيق يكون قانون البلد الذي فيه مقر عمل الضامن أو الطرف معطي التعليمات حسب الحالة، وإذا كان الضامن أو الطرف معطي التعليمات له أكثر من مكان يكون القانون المطبق هو قانون البلد الذي يقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل، كما نصت على أن المحكمة المختصة هي المحكمة الموجودة بالبلد الذي يقع فيه محل عمل الضامن أو الطرف معطي التعليمات حسب الحالة، وإذا كان الضامن أو معطي التعليمات له أكثر من مكان عمل، فإن المحكمة المختصة هي محكمة البلد الذي يقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل¹، وهو ما أكدت عليه نصوص القواعد الدولية الموحدة الجديدة (النشرة 758)، التي تقضي على أنه ما لم يتم الاتفاق على أي قانون آخر، فإن قانون مكان الضامن الذي أصدر الضمان ونفس الأمر ينطبق بالضرورة على الضمان المقابل². أما بالنسبة للاختصاص القضائي فإن المادة 35 منها تنص على أنه يؤول إلى محاكم مكان تواجد الضامن (في الضمان المباشر)، ومحاكم مكان تواجد الضامن المقابل (في الضمان المقابل) على التوالي، إلا في حالة الاتفاق على خلاف ذلك.

وفيما يخص الجزائر وما لم يتم الاتفاق على تطبيق قانون معين، فإنه يتم تطبيق القانون الجزائري ويؤول الاختصاص للقضاء الجزائري كأصل عام³.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن القواعد الدولية الموحدة الجديدة حددت نموذج لصيغة الضمانات لدى الطلب، حيث يشتمل على البيانات والتفاصيل مثل نوع الضمان (ضمان عروض، أو حسن التنفيذ، أو رد التسبيقات...)، رقم الضمان، اسم الضامن (اسم وعنوان الفرع)، العميل الأمر، المستفيد، نوع العلاقة بين الطرفين، نوع العقد، شروط المناقصة، مبلغ الضمان وعملته، أنواع المستندات المطلوبة لدعم طلب الدفع واللغة المطلوبة، كيفية تقديم الطلب (عبر الفاكس أو البريد الإلكتروني أو الرسائل البريدية)، مكان تقديم الطلب (عنوان الفرع أو عنوان البريد الإلكتروني)، تاريخ الانتهاء أي آخر أجل للمطالبة بالدفع، اسم الطرف المطلوب منه سداد أي التزامات

¹ - المادتين 27 و28 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة 458، مرجع سابق.

² - المادة 34 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 758، مرجع سابق.

³ - المادة 1006 من ق.إ.م.إ. تنص على أنه يمكن اللجوء إلى التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. وتنص المادة 1050 من نفس القانون على أن: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...". بالإضافة إلى المادة 24 من القانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر. 46 بتاريخ 2016/08/03.

كما تقضي المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون ص.ع.ت.م.ع بأن: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها...".

معينة، أية اشتراطات أخرى أو إضافية يراها الأطراف، مع ضرورة الإشارة إلى أن الضمان يخضع للقواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب (النشرة 758)، ثم توقيع الأطراف المفوضة¹. ويبدو أن هذا النموذج واضح ويتضمن البيانات الضرورية والتفاصيل والالتزامات بصورة سهلة التطبيق، مما يساعد على انتشار استخدامه، بالتالي فإن هذه القواعد الدولية الموحدة تقترح صيغة ملائمة للضمانات والضمانات المقابلة يستحسن الاستفادة منها، خاصة وأنها توفر البيئة القانونية السليمة لمثل هذه التعاملات وفي جميع القطاعات التجارية سواء المتخصصة في التصدير والاستيراد أو الأعمال التجارية الأخرى وللبنوك والعملاء.

مما سبق يتضح أن محتوى خطاب الضمان وعباراته تعتبر المرجع لمعرفة شروط وأحكام تنفيذه²، وعلى هذا الأساس فإن تحريره في صيغة واضحة ومفصلة لها أهمية كبيرة في تحديد التزامات والحقوق وتجنب النزاعات، وإذا قام البنك بالوفاء للمستفيد كانت المرجع في صحة دفعه وفي جواز رجوعه على العميل بما دفعه، إضافة لذلك فهي عندما تكون واضحة ودقيقة توفر على أطراف العلاقة الكثير من التكاليف المرتبطة بإجراءات التقاضي في حال نشوب نزاع.

¹ - نقلا عن عبد القادر ورسمه غالب، مرجع سابق، ص 77.

² - THIERRY BORNEAU, Op.Cit, PP 518-519.

المبحث الثاني

صور إصدار خطاب الضمان الدولي وتعديلاته

إن من بين ما يميز خطاب الضمان الدولي أنه يصدر بشأن عمليات تتم عبر الحدود يكون أحد طرفيها غير مقيم سواء كان عميلا للبنك أم مستفيدا، وقد يكون أجنبيا أو يكون وطنيا. وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري لا يعتمد على فكرة الجنسية في تحديد دولية العملية، بل على معيار الإقامة والذي يحدده قانون النقد والقرض بأنه "يعتبر مقيما في الجزائر في مفهوم هذا الأمر، كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر. يعتبر غير مقيم في الجزائر في مفهوم هذا الأمر، كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية خارج الجزائر"¹.

ويؤدي خطاب الضمان الدولي دورا هاما في الحياة الاقتصادية وخصوصا في التجارة الخارجية، ولعل ما يحققه بتسهيل التعاملات وبث الثقة في هذا المجال، أنه يحل محل التأمينات النقدية التي كان يتعين في الأصل تحويلها من وإلى البلاد الأجنبية ضمانا لإتمام عمليات تجارية يكون أحد طرفيها غير مقيم ثم إعادة استردادها عند انتهاء الغرض منها، وما يصاحب ذلك من عمولات ومصاريف الإرسال ومخاطر تغير أسعار صرف العملات الأجنبية بين تاريخي التحويل والاسترداد². وتختلف صور إصدار خطاب الضمان الدولي حسب تغير مراكز أطرافه، ويمكن تقسيمها إلى صورتين يتم التطرق إليهما مع ذكر أهم النقاط في خطوات إصدارهما³، تتمثل الصورة الأولى في خطاب الضمان الخارجي الوارد الذي يصدر تبعا لتعليمات بنوك في الخارج بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم (المطلب الأول)، وتتمثل الصورة الثانية في خطاب الضمان الخارجي الصادر بناء على طلب عميل مقيم لصالح مستفيد غير مقيم (المطلب الثاني). وقد يقتضي الأمر في بعض الأحيان خلال حياة خطاب الضمان أن يتفق الأطراف على إجراء بعض التعديلات عليه أو إذا اقتضت الظروف ولأية أسباب يرتضيها الأطراف كمبرر لذلك (المطلب الثالث).

¹ - المادة 125 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

² - رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 432.

³ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 4^eéd, PP 211- 212.

المطلب الأول

خطاب الضمان الدولي الوارد وخطوات إصداره

وهو خطاب الضمان الذي يصدر عن بنوك أجنبية تعمل خارج الوطن بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم، وهذا النوع من الضمانات له تطبيقات كثيرة، أهمها مجال المناقصات الدولية لإنجاز المشاريع وإبرام عقود توريد السلع والأجهزة وتقديم الخدمات وغيرها¹. وسوف يتم التطرق لهذه الصورة (الفرع الأول)، ثم إلى النقاط الهامة في خطوات العمل المتعلقة بإصدارها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خطاب الضمان الدولي الوارد والذي يصدر بناء على طلب عميل غير مقيم

في هذه الصورة يقوم بنك أجنبي يعمل خارج الوطن بناء على طلب عميله الغير مقيم بإصدار خطاب الضمان لصالح مستفيد مقيم، وهذا النوع من الضمانات يطلب ويتم إصداره في حالات متعددة، ففي مجال المناقصات الدولية على سبيل المثال، عندما يتقدم الشخص الغير مقيم للمشاركة في مناقصة عن عملية أو مشروع في الدولة عليه إرفاق ملف المشاركة في شقه المالي بضمان بنكي يسمى تعهد العروض ضمانا لجديته في المشاركة وعدم انسحابه، وقد ترسو عليه الصفقة وتشتترط الجهة المحلية المعلنة عن المناقصة أن يقوم الشخص الغير مقيم (الأجنبي) الذي رست عليه الصفقة بتقديم ضمان بنكي آخر أكبر منه من حيث القيمة، وفي هذه الحالة يتعين عليه تقديمه ضمانا لحسن تنفيذ الصفقة، كما قد يطلب المقاول الأجنبي المكلف بالإنجاز تسبيقات نقدية إذا كان المشروع ضخما ويتجاوز موارده المالية، ولكي تمنح له الجهة صاحبة المشروع دفعات مقدمة لتمكينه من مباشرة العملية، يتعين عليه تقديم ضمانا بنكيا لرد هذه التسبيقات من الدفعات. وإذا كان المتعامل الأجنبي مصدرا لسلع وبضائع، فإن مصالح الجمارك تطلب منه أن يقدم لها ضمانا بنكيا في حالة ما إذا كانت هذه السلع والبضائع ستدخل إلى البلاد بصفة مؤقتة، وغيرها من الوضعيات التي تتطلب استصدار هذا النوع من الضمانات. في مثل هذه الحالات وغيرها، يلجأ الطرف المتعاقد غير المقيم إلى البنك الذي يتعامل معه في محل إقامته بالخارج، ويطلب منه إصدار خطاب ضمان المطلوب لصالح الجهة صاحبة

¹ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 362-363.

المشروع أي المستفيد المقيم في بلد التنفيذ (الجزائر مثلا) يحدد مبلغه بنسبة معينة من قيمة العرض أو من قيمة العملية¹.

وما دام هذا البنك الأجنبي يتواجد خارج بلد الجهة صاحبة المشروع، فإن كفاءته المالية قد تكون مجهولة لدى هذا المستفيد المقيم، لذلك عادة ما يشترط هذا الأخير أن يكون الضمان لصالحه صادرا من بنك محلي خاضع لتشريع بلده الذي يعرفه، لأن ذلك يحقق له سهولة الحصول على قيمة خطاب الضمان عند المطالبة به، كما يسهل له التقاضي في بلده عند وقوع نزاع بينهما ويجنبه تكاليف السفر والمصاريف الإضافية.

ولهذه الاعتبارات فإن البنك الأجنبي الذي طلب منه عميله (الغير مقيم) إصدار خطاب الضمان وبعد إتمام إصداره فعلا، عادة ما يقوم بإرساله إلى أحد فروع أو مراسليه² من البنوك المحلية المتواجد في بلد المستفيد، طالبا منه بأن يقوم بدوره بإصدار ضمان مباشر لصالح المستفيد (المقيم) نيابة عنه، وبذلك يصبح البنك المحلي ملتزما أصليا ومباشرا في مواجهة المستفيد.

والبنك الأجنبي في العادة لا يودع تأمينا لدى البنك المحلي كضمان لذلك وإنما يتعهد له بأن يدفع كل ما قد يتحمله هذا البنك المحلي من مبالغ نتيجة إصداره لهذا الضمان المباشر عند أول طلب من الأخير، ويسمى في هذه الحالة البنك الأجنبي معطي التعليمات بـ "الضامن المقابل"، ويسمى تعهده هذا بالضمان المقابل وهو يتمتع بنفس الخصائص التي يتمتع بها خطاب الضمان المباشر، خصوصا من حيث الاستقلالية والالتزام بالدفع لدى أول طلب يقدمه البنك المحلي، وإذا كانت هناك قيود للرقابة على النقد في البلد الأجنبي وجب على البنك معطي التعليمات أن يؤكد للبنك المحلي استيفاءه للإجراءات المتعلقة بها، ويطلق على البنك المحلي بـ "الضامن المباشر" والضمان الذي يصدره الأخير لصالح المستفيد المقيم بالضمان المباشر، وهذا الشكل هو الصورة التقليدية الممارسة في العمليات الدولية، والتي تستند على إصدار خطاب الضمان من قبل البنك المحلي والمشترط من قبل المستفيد، والذي يتم بعد ذلك تغطيته من قبل البنك الضامن المقابل أي بنك العميل الأمر³. وعليه فإنه يوجد ضمانين، الأول ضمان مباشر صادر عن البنك المحلي، والثاني هو الضمان المقابل الصادر عن البنك الأجنبي معطي التعليمات وكلاهما مستقل عن الآخر وكذا عن العلاقات الأخرى.

¹ سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 59-60.

² صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 360.

³ - Caroline HOUIN-BRESSAND, Op.Cit, PP. 106 et 110.

إلى جانب هذه الصورة، توجد تقنية بديلة تتمثل في قيام البنك الأجنبي (بنك العميل الأمر) بإصدار خطاب الضمان المطلوب لصالح المستفيد مباشرة، ويقتصر طلبه من البنك المحلي على قيام الأخير بتبليغ المستفيد بهذا الضمان، وفي هذه الحالة يسمى البنك المحلي بالبنك المراسل أو البنك المبلغ. ولقد تمت الإشارة سابقا إلى أن دور البنك المبلغ أو المراسل ينحصر في مجرد تبليغ أو إخطار المستفيد بخطاب الضمان الصادر عن بنك العميل الأمر الأجنبي أو يسلمه له بدون أن يكون ملتزما في مواجهته بالدفع في حالة طلبه، فعملية الإصدار تظل من اختصاص بنك العميل الأمر الأجنبي، أما البنك المحلي المبلغ فيتمثل دوره كساعي البريد بين البنك الأجنبي والمستفيد، ويقوم كذلك بتبليغ البنك الأجنبي الضامن بطلب الوفاء المقدم من طرف المستفيد والمستندات اللازمة الخاصة به، وتبقى المسؤولية مباشرة على عاتق البنك الأجنبي الذي قام بالإصدار. وهكذا يمكن أن نطلق على هذا النوع خطاب الضمان الوارد، بمعنى أنه يرد لصالح مستفيد مقيم.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الغطاء يمثل الضمان المقابل الذي يطلبه البنك من عميله ليؤمن نفسه من أية مخاطر إذا ما تمت مطالبته بسداد قيمة خطاب الضمان، فإنه من جهة البنوك فيما بينها وكما جرى عليه العرف أنه إذا أصدر أحد البنوك المحلية خطاب الضمان بناء على طلب بنك أجنبي فإنه إما أن يصدره دون غطاء "على المكشوف" وهو ما يحصل إذا كان البنك الأجنبي من الدرجة الأولى، فيتوجب أن يقدم ضمانا مقابلا كأن يضمه أحد البنوك الكبيرة من الدرجة الأولى، ويتعهد الأخير بتعويض البنك المحلي عن جميع الأضرار التي قد تلحق به فيما لو دفع للمستفيد قيمة خطاب الضمان الذي أصدره بناء على طلب البنك الأجنبي¹.

وفي الحالتين لا يقوم البنك الأجنبي بتقديم غطاء خطاب الضمان، بل تقتصر علاقته على تعهده بدفع ما يتحمله البنك المحلي نتيجة إصداره خطاب الضمان المباشر، هذا التعهد يسمى بالضمان المقابل².

وتجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى قيام مجلس النقد والقرض بينك الجزائر بإصدار النظام رقم 93-02 المؤرخ في 03 جانفي 1993، المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من البنوك والوسطاء المعتمدين، ويهدف هذا النظام حسب نص المادة الأولى منه إلى تحديد شروط إصدار الضمان من قبل البنوك والوسطاء المعتمدين، لفائدة المقيمين بموجب التزامات

¹ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 366.

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 15-16.

مأخوذة في الجزائر من قبل غير المقيمين، وكذا الضمان المقابل الصادر لصالح غير المقيمين بموجب التزامات مأخوذة من قبل المقيمين تجاه الخارج.

وخطاب الضمان الذي يصدر بناء على طلب غير المقيمين، لا يحتاج في إصداره إلى ترخيص من بنك الجزائر، حسب نص المادة الثالثة في فقرتها الأولى من النظام المذكور أعلاه. أما لو أصدر البنك المحلي (الوسيط) خطاب ضمان بناء على طلب بنك خارجي لصالح مستفيد مقيم، فإن تعهد البنك الخارجي بالضمان المقابل ضروري، وهو ما تؤكد نفس المادة الثالثة في فقرتها الثانية من ذات النظام المشار إليه أعلاه بقولها: "يخضع إصدار عقود الضمان إلى تغطية مسبقة بواسطة عقد ضمان مقابل يصدره بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة البنك الوسيط المعتمد"¹.

والملاحظ أن خطاب الضمان الدولي الصادر بناء على طلب أشخاص أو هيئات غير مقيمة لصالح مستفيدين مقيمين، قد انتشر العمل به كثيرا وازداد الطلب عليه، وهو يصدر وفقا للخطوات التي يتم التطرق إليها فيما يأتي.

ومن جهة أخرى فإن العميل غير المقيم الذي طلب منه المستفيد تقديم خطاب الضمان قد يلجأ مباشرة إلى أحد البنوك المحلية طالبا منه إصداره، وفي مثل هذه الصورة يصدر البنك المحلي خطاب الضمان المطلوب لصالح مستفيد مقيم بناء على طلب عميل له غير مقيم، وفي هذه الحالة فإنه يغلب أن لا يقوم البنك المحلي بالإصدار إلا بعد استلامه غطاء كامل، بمعنى أن العميل يقدم المبلغ كاملا إلى البنك المحلي الذي سيتعهد بوفائه مع استيفاء عمولته وأية مصاريف تضاف إليه².

الفرع الثاني

النقاط الهامة في خطوات العمل المتعلقة بخطاب الضمان الخارجي الوارد

تتمثل إجراءات إصدار هذه الصورة من خطاب الضمان في طريقتين: الأولى هي الإصدار المباشر وذلك عندما يقوم بنك العميل الأمر بإصداره وإرساله مباشرة إلى المستفيد، والطريقة الثانية هي الإصدار الغير مباشر، عندما يقوم البنك الضامن المقابل بإعطاء تعليمات إلى البنك

¹ - المادة الثالثة فقرة 2 من النظام رقم 93-02، مرجع سابق.

² - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 263.

المحلي في بلد المستفيد يطلب منه إصدار خطاب ضمان مباشر على حسابه لصالح المستفيد، وهذه التعليمات تشكل الضمان المقابل.

وتتم إجراءات الإصدار وفقا للمراحل والخطوات الآتية:

في البداية يقوم العميل الأمر الذي يكون ملزم بتقديم ضمان لصالح المستفيد من أجل الحصول على قبوله التعاقد معه، بالاتصال بينك طالبا منه إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد، ويوضح له بأن الأخير يشترط عليه تدخل بنك ضامن محلي في بلده ويعطيه اسمه إذا توفر لديه، عندئذ يقوم البنك الأجنبي بالاتصال بالبنك المحلي المعين أو بأحد مراسليه من البنوك في بلد المستفيد والذي يتعامل معهم عادة أو بأحد فروعهم، ليطلب منه إصدار خطاب ضمان جديد على عاتقه مباشرة لصالح المستفيد النهائي مقابل دفع العمولة وتغطيته بواسطة ضمان مقابل.

ولهذا فإن البنك الضامن المقابل يكون مكلف بوظيفتين منفصلتين، فزيادة على التزامه بتغطية البنك الضامن المحلي في حالة مطالبته بالدفع من المستفيد، فإنه يرسل إليه التعليمات المتعلقة بشروط إصداره للضمان المباشر للمستفيد، وذلك لغياب علاقة اتصال وتعامل بين العميل الأمر الغير مقيم والبنك المحلي الذي لا يعرفه ولا يمكنه أن يطلب منه مباشرة إصدار الضمان المناسب، كما أن البنك الضامن المقابل يتحمل أيضا في مكان عميله الأمر نتائج المطالبة بتنفيذ الضمان ويظهر بهذا الصدد على أنه معطي التعليمات. ويهدف الإصدار الغير مباشر بتدخل بنكين من خلال الضمان المقابل والضمان المباشر إلى تلبية طلب المستفيد وشروطه، لأنه لا يرغب في أن تكون تغطيته مباشرة من بنك العميل الأمر المتواجد في بلد آجنبي¹.

ويمكن عرض الخطوات المتعلقة بخطابات الضمان الدولية الواردة من خلال النقاط الآتية:

أولاً: يرد طلب البنك معطي التعليمات الأجنبي إلى البنك المحلي إما بغرض إصدار خطاب ضمان على مسؤوليته مباشرة لصالح المستفيد وإما بغرض تبليغه له فقط في الدولة، وترسل هذه التعليمات سواء كتابة أو برقا بإرسال فاكس أو عن طريق السويفت²، فإذا ورد كتابة تعين على البنك المحلي التصديق على صحة التوقيعات المذيلة به، وإذا ورد في شكل فاكس أو السويفت فإنه ينبغي التحقق من صحة الرقم السري الذي يحمله، وحين يرد التأكيد الكتابي للبرقية يجب مراجعته ومطابقته مع أصل البرقية.

¹ - Caroline HOUIN-BRESSAND, Op.Cit, PP.101 et 105.

² - السويفت (SWIFT): هي منشأة عالمية لتبادل المعلومات المالية والخدمات المالية على نطاق عالمي من خلال الاتصالات الدولية بين البنوك تأسست عام 1973. وهي تقوم بوظيفة نقل الرسائل بين الأطراف المالية ذات العلاقة.

وفي الحالة الأولى ينبغي أن يتضمن طلب البنك الأجنبي (مصدر التعليمات) تعهدا بتعويض البنك المحلي (الضامن المباشر) عند أول طلب عما قد يتحمله عند مطالبة المستفيد له بالدفع، وأن يصدر هذا التعهد بعملة أجنبية مناسبة للعملة الصادر في شأنها، كما ينبغي عليه تأكيد حصوله على موافقة سلطات النقد في بلده على إصدار الضمان المقابل إذا لزم الأمر ذلك.

ثانياً: إذا كانت تعليمات البنك الأجنبي (مصدر التعليمات) المرسلة للبنك المحلي هي القيام بتبليغ وإرسال خطاب الضمان إلى المستفيد دون التزام على البنك المبلغ، فيتم تسجيله في سجل خاص معد لهذا الغرض ويعطى له رقم ترتيبى ويرسله إلى المستفيد مع مرسلة مرفقة يوضح فيها أنه يرسل خطاب الضمان بعد تأكيد التوقيع فقط، دون أي التزام أو مسئولية على عاتقه، ويتم إخطار البنك الأجنبي معطي التعليمات عن قيامه بذلك ويطلبه بسداد قيمة العمولة والمصاريف. أما إذا كانت تعليمات البنك الأجنبي إلى البنك المحلي هي إصدار خطاب ضمان جديد مباشر لصالح المستفيد فإنه تتبع الخطوات على النحو الآتي:

أ- يقوم البنك المحلي بالتدقيق في الطلب الوارد إليه من البنك الأجنبي معطي التعليمات، من حيث اشتماله على البيانات الأساسية ووضوح وتجانس شروط الدفع وعدم مخالفتها لتعليمات هذا البنك والقوانين والأنظمة المحلية.

ب- التأكد من أن عمليات البنك الأجنبي معطي التعليمات، تشتمل على الضمان المقابل لصالح البنك المحلي والذي يجب أن يوضح أن قيام البنك المحلي بإصدار الضمان المباشر للمستفيد تحت كامل مسئوليته، وأن الضمان المقابل يسمح بالدفع عند أول طلب ودون أية معارضة من أي طرف، وأن تكون مدة صلاحية الضمان المقابل تزيد عن مدة صلاحية الضمان المباشر لمواجهة المهلة البريدية عند ورود مطالبة المستفيد في آخر يوم من مدة صلاحية الضمان المباشر.

ثالثاً: الأصل أن يصدر البنك المحلي الضمان المباشر نيابة عن الضامن المقابل لصالح المستفيد في الدولة بنفس العملة الأجنبية الواردة بالضمان المقابل الصادر من البنك الأجنبي معطي التعليمات، وإذا حدث وطلب المستفيد الوفاء فإن الدفع يتم له بالعملة المحلية، وعندئذ يقبض البنك المحلي من البنك الأجنبي المعادل بالعملة الأجنبية على أساس سعر الصرف السائد بتاريخ الدفع، أما إذ أصدر البنك المحلي الضمان المباشر بالعملة المحلية بناء على تعليمات الضامن المقابل، فإنه يحتسبها بما يعادل مبلغ العملة الأجنبية الواردة بالضمان المقابل على أساس سعر الصرف السائد في تاريخ إصدار الضمان. ولهذا ينبغي الاحتياط من حالة تدهور أسعار الصرف عند تاريخ دفع قيمة الضمان وذلك بالحصول على تعزيز من الضامن

المقابل بأنه عند المطالبة يكون حساب المعادل للعملة المحلية بالعملة الأجنبية على أساس سعر الصرف السائد بتاريخ الدفع¹، ويضاف لهذا المبلغ غرامات التأخير وكل النفقات والمصاريف الأخرى التي تحملها البنك المحلي.

رابعاً: التأكد من الشروط الواردة بنص الضمان وأنه يسمح بالدفع لدى أول طلب من المستفيد بدون أي معارضة من أي طرف، وفي حالة وجود شرط يمكن إثباته بمستند موصوفاً وصفاً كاملاً ومبرراً من المستفيد، فإنه يمكن إصدار الضمان المباشر مع لفت نظر المستفيد أنه عند مطالبته بالدفع، يتعين عليه إرفاق الطلب بالمستند الموضح في نصوصه.

خامساً: يقوم البنك المحلي بتسجيل خطاب الضمان الذي يصدره ضمن سجلاته ويعطيه رقماً تسلسلياً، ويدون تفاصيله من حيث البيانات حول (البنك المرسل - أسم المستفيد - قيمة خطاب الضمان ومدته وغيرها)، حيث تنص المادة 07 من النظام 93-02 على ما يلي: "يجب أن تحمل عقود الضمان والضمان المقابل، موضوع هذا النظام، تاريخ بدايتها وتاريخ استحقاقها"². كما يحتفظ البنك المحلي بجميع المراسلات التي تتم بينه وبين الضامن المقابل أي البنك الأجنبي.

سادساً: تحرير خطاب الضمان والتوقيع عليه بالاستناد إلى البيانات الواردة في تعليمات البنك الأجنبي معطي التعليمات، ويراعي عند تحريره تحديد نوعه مثل ضمان ابتدائي أو نهائي أو رد دفعة مقدمة، وقيمه ومدة صلاحيته، ويرسل بالبريد المسجل مع وصل الاستلام إلى المستفيد ما لم تنص تعليمات البنك الأجنبي (معطي التعليمات) على أن يتم التسليم لمندوب عملائه.

سابعاً: تحرير مراسلة إلى البنك الأجنبي (معطي التعليمات) يوضح فيها قيام البنك المحلي بتنفيذ تعليماته بإصدار الضمان المباشر نيابة عنه مع إرفاقها بنسخة من هذا الأخير بعد إصداره عن البنك المحلي لصالح المستفيد.

ثامناً: قد يطلب تعديل الضمان من حيث قيمته أو مدة سريانه، فإذا طلب الضامن المقابل زيادة قيمته فيتعين استيفاء كافة النقاط التي روعيت عند إصدار الضمان الأصلي، وعندئذ إما أن يصدر البنك المحلي خطاب ضمان تكميلي بمبلغ الزيادة ويحدد له أجلاً ينتهي في نفس تاريخ انتهاء أجل الضمان الأصلي، أو يصدر خطاب ضمان جديد بالقيمة المعدلة على أن ينص في خطاب الضمان الجديد على أنه يحل محل الضمان السابق ويلغيه. أما إذا كان المطلوب هو تخفيض قيمة الضمان تلقائياً دون الحصول على موافقة من المستفيد، فيتم ذلك في الحالات

¹ - صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 361.

² - نظام رقم 93-02، مرجع سابق.

التي ينص فيها خطاب الضمان على تناقص قيمته تلقائياً بنسبة ما يتم سداه من قيمة العملية من المستخلصات التي ترد إلى البنك في هذا الشأن.

تاسعا: ينبغي على البنك الالتزام بعدم القيام بتخفيض قيمة خطاب الضمان إلا بعد الحصول على موافقة المستفيد ما لم ينص في تعهده على التخفيض التلقائي.

عاشرا: يجب على البنك الالتزام بعدم تعديل خطاب الضمان بما يضر بمصلحة المستفيد إلا بعد الحصول على موافقته.

المطلب الثاني

خطاب الضمان الدولي الصادر بناء على طلب عميل مقيم وخطواته

وهو خطاب الضمان الذي يصدر عن بنوك محلية تعمل داخل الوطن بناء على طلب عميل مقيم لصالح مستفيد غير مقيم، وهذا النوع من الضمانات يطلب في حالات متعددة، وخصوصاً في المناقصات الدولية التي يتم الإعلان عنها في الخارج¹. وسوف يتم التطرق لهذه الصورة (الفرع الأول)، ثم إلى النقاط الهامة في خطوات العمل المتعلقة بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خطاب الضمان الدولي الصادر بناء على طلب عميل مقيم

في هذه الصورة تقوم بنوك محلية تعمل داخل الوطن بناء على طلب عميل مقيم بإصدار خطابات الضمان لصالح مستفيد غير مقيم²، كما هو الحال في المناقصات الدولية التي يعلن عنها في الخارج وترسو الصفقة على مقيم في الدولة ويلزمه وفقاً لشروط العقد أن يقدم خطاب ضمان لصالح الجهة الأجنبية المعلنة عن المناقصة ضماناً لحسن تنفيذ العملية³.

¹ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 365.

² سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 63.

³ صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 362.

وقد تصدر هذه الضمانات بناء على طلب المستورد المحلي لصالح المصدر في الخارج ضمانا للدفعات المؤجلة من قيمة الواردات، أو قد تصدر أيضا بناء على طلب المصدر المحلي لصالح المستورد الأجنبي غير المقيم.

وبهذا الخصوص تنص المادة الرابعة في فقرتها الأولى من النظام رقم 93-02 المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من البنوك والوسطاء المعتمدين، على أنه: "يمكن للبنوك والوسطاء المعتمدين أن تصدر دون ترخيص من بنك الجزائر عقود ضمان، وضمان مقابل لفائدة غير المقيمين بموجب الالتزامات المتخذة من المقيمين إزاء الخارج"¹.

يتضح من نص المادة السابقة أنه يمكن للبنوك الخاضعة للقانون الجزائري أن تصدر خطاب ضمان لفائدة مستفيدين غير مقيمين، بناء على طلب عملائها دون أن تتقدم بطلب الحصول على الترخيص من بنك الجزائر وفي حالات عديدة، منها خطاب الضمان الذي يطلب للاشتراك في المناقصات الدولية المعلن عنها في الخارج، أو ذلك الذي يصدر بناء على طلب المستورد الجزائري لصالح المصدر في الخارج ضمانا لسداد الدفعات المؤجلة على أقساط من قيمة الواردات على أساس تسهيلات الموردين، أو بمناسبة تعاملات أخرى متنوعة.

ففي مثل هذه الحالات يتقدم العميل المقيم إلى البنك المحلي (الخاضع للقانون الجزائري مثلا) طالبا منه إصدار خطاب ضمان المطلوب لصالح شخص غير مقيم، ويجب أن يشمل الطلب على كافة البيانات الأساسية لإصداره، فعليه أن يقوم بتعيين الجهة المستفيدة بدقة، مع تحديد على سبيل المثال مبلغ الدفعات المؤجلة من قيمة العملية المنفذة أو المستلزمات التي تم توريدها وقيمة كل قسط منها وتاريخ استحقاقه وما قد يستحق من فوائد على الأقساط المؤجلة ونسبتها وكيفية احتسابها²، كما يستحسن إرفاق طلبه بنسخة من عقد الأساس لتسهيل دراسته من قبل البنك، من أجل اتخاذ قراره الائتماني بشأنه وإصدار خطاب الضمان المناسب.

وإذا كان العميل جهة عمومية، فإن البنك المحلي يتسلم تصريح وزارة المالية يسمح له بالخصم على الحساب الجاري لتلك الجهة لدى البنك المركزي الذي يقدم موافقته أيضا مقدما، كما يجب على الجهة العمومية تقديم موافقة مجلس النقد والقرض على توفير العملات الأجنبية اللازمة³.

وقد يشترط المستفيد غير المقيم على المتعامل المقيم المتعاقد معه أن يكون الضمان الصادر لمصلحته من طرف بنك في دولته، ففي هذه الحالة إذا حظي طلب العميل بالموافقة، يصدر

¹ - نظام رقم 93-02، مرجع سابق.

² - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 63.

³ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص 772-775.

البنك المحلي خطاب الضمان ويطلب من أحد مراسليه من البنوك الأجنبية في بلد المستفيد غير المقيم لتبليغ هذا الأخير، أو يقوم البنك المحلي بإصدار ضمان مقابل لصالح البنك الأجنبي يطلب منه القيام بإصدار ضمان جديد مباشر لصالح الجهة المستفيدة غير المقيمة، مقابل تعهده له بالوفاء بقيمة الضمان في حالة قيامه بدفعه نتيجة لإصداره خطاب ضمان مباشر لصالح المستفيد غير المقيم.

وبالنظر للمخاطر التي قد يتعرض لها البنك المحلي بسبب إصداره الضمان يكون المستفيد فيه غير مقيم، لذلك تحرص كثير من البنوك على اشتراط التغطية الكاملة له، غير أن ذلك يؤدي إلى الحد من القدرات المالية للمتعاملين المقيمين وبالتالي يقلل من فرصهم في التنافس مع الشركات والمقاولات الأجنبية على الصفقات التي يتم الإعلان عنها في الدول الأجنبية، وهو ما من شأنه المساهمة في إضعاف قدرة البلد في التصدير.

ومن أجل مواجهة هذه الإشكالية، أصبح العملاء يقومون بتحويل حقوقهم الناتجة عن الصفقات بموجب ذلك الضمان كجزء من تغطية مخاطر البنك.

وعليه إذا اشترط غطاء خطاب الضمان بمبلغ يساوي قيمته، فإنه يتم على أساس سعر صرف العملة الأجنبية المطلوب إصدار الضمان المقابل بها مقدرة بتاريخ الإصدار، على أن تتم مراجعة هذا السعر من حين لآخر، وفي حالة ارتفاعه يزداد مبلغ الغطاء بمقدار الفرق، وذلك بالخصم من حساب العميل، وعليه فإن البنك يحصل على تعهد مسبق من عميله (الأمر) بتحمل تبعات تغير سعر الصرف. وتحويل الغطاء إلى البنك الأجنبي يجب أن يكون ضمن الحدود المقررة قانوناً، حيث تنص المادة الرابعة بالفقرة الثانية من النظام رقم 02-93 على ما يلي: "لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تصطحب مثل هذه العقود بإيداع أو تكوين فعلي لاحتياطي في الخارج".

وبالرجوع للماد 02 من نفس النظام نجدها تؤكد على أنه لا يمكن أن يتم إصدار عقود الضمان أو الضمان المقابل، إلا في إطار الالتزامات المتخذة وفقاً للتشريع والتنظيم المتعلقين بالتجارة الخارجية والصرف الساري المفعول من خلال تعليمات بنك الجزائر، خاصة وأن الوضع الاقتصادي عادة ما ينعكس على قدرة العميل على السداد. وفي حالة ما إذا وردت مطالبة من المستفيد غير المقيم بدفع قيمة خطاب الضمان، يتعين إخطار العميل بذلك دون تأخير¹.

¹ - نظام رقم 02-93، مرجع سابق.

ومثلما تمت الإشارة إليه أعلاه بخصوص خطاب الضمان الدولي الوارد والذي يصدر بناء على طلب عميل غير مقيم، فإن البنك المحلي لا يقوم بتقديم غطاء خطاب الضمان، بل تقتصر علاقته على تعهده بدفع ما يتحمله البنك الأجنبي¹ نتيجة إصداره خطاب الضمان المباشر لصالح مستفيد غير مقيم، هذا التعهد يسمى بالضمان المقابل. ويتعهد البنك المحلي من خلاله للبنك الأجنبي بأن يدفع له كل ما سيتحمله نتيجة لذلك، والضمانان مستقلان عن بعضهما البعض².

الفرع الثاني

النقاط الهامة في خطوات العمل المتعلقة بخطاب الضمان الدولي الصادر

يمكن تلخيص أهم النقاط في خطوات العمل بخطاب الضمان الدولي الصادر بناء على طلب العميل المقيم لصالح المستفيد غير المقيم على النحو الآتي:

أولاً: يجب أن يحدد العميل المقيم في طلب إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد غير المقيم كافة شروط الضمان وبياناته تحديداً واضحاً.

ثانياً: يرسل البنك المحلي إلى فرعه أو أحد البنوك الأجنبية في الخارج طلب إصدار الضمان مباشرة لصالح المستفيد غير المقيم على مسؤوليته أو أن يقوم بمجرد تبليغ المستفيد غير المقيم دون أي التزام من جانبه، ويجب أن يذيل الطلب بتوقيعين معتمدين لدى البنك المتواجد في البلد الأجنبي، وأن تراعى الدقة في صياغة بيانات الضمان وشروطه والغرض منه، كما يجب أن يتضمن الطلب تعهداً من البنك المحلي بأن يسدد للبنك الأجنبي أية مبالغ يدفعها للمستفيد بموجب الضمان، وإذا أرسل طلب الإصدار إلى البنك المتواجد في الخارج عن طريق برقية يجب إعطاؤه الرقم السري. هذا وفي حالة ورود مطالبة من المستفيد غير المقيم بدفع كل أو جزء من قيمة الضمان، يتعين إخطار العميل الأمر المقيم لتدبير المقابل بالعملة المحلية.

ثالثاً: غالباً ما يصدر خطاب الضمان الدولي لحساب العملاء الذين يتمتعون بتسهيلات ائتمانية، من بينها تسهيلات بتقدير حدود لإصدار خطاب الضمان بدون غطاء، غير أنه إذا تقرر الاحتفاظ باحتياطي نقدي بقيمة الضمان، فإن الغطاء يحتسب على أساس سعر صرف العملة الأجنبية المطلوب إصدار الضمان بها في تاريخ الإصدار، على أن تتم مراجعة هذا السعر من

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 15-16.

² - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 367.

وقت لآخر، وفي حالة ارتفاعه يزداد مبلغ غطاء الضمان بمقدار الفرق وذلك بالخصم على حساب العميل، ولهذا يحصل البنك من عميله على تعهد بقبوله تحمل أية فروق قد تنشأ نتيجة تغير سعر الصرف¹.

المطلب الثالث

التعديلات الواردة على خطاب الضمان

قد يقتضي الأمر في بعض الأحيان خلال فترة سريان خطاب الضمان أن يتفق العميل الأمر والمستفيد على إجراء بعض التعديلات عليه، سواء من ناحية قيمته إما بالزيادة أو بالنقصان أو بتمديد مدة صلاحيته أو بتقصيرها، أو أن يمس هذا التعديل الغرض من إصدار خطابات الضمان والبيانات الواردة بها أو تعديل شرط من الشروط التي تتضمنها نصوصه²، إذا اقتضت الظروف لأية أسباب يرتضيها الأطراف كمبرر لذلك.

وإذا كان التعديل يقتصر فقط على تعديل المدة أو الغرض من إصداره فإن الأمر لا يتطلب تعديلاً في قيود الالتزام، وإنما يتم استبدال خطاب الضمان القديم بآخر جديد بنفس القيمة متضمناً التعديل المطلوب، أما إذا شمل التعديل قيمته بالزيادة أو بالنقصان فإن ذلك يتطلب إلغاء القيود السابقة وإعادة إثباتها بالمبلغ الجديد³، كما يقوم البنك المحلي الضامن المباشر بإجراء التعديل بناء على تعليمات البنك الضامن المقابل.

وحتى يتسنى إجراء التعديل المطلوب فلا بد من اتفاق جميع الأطراف المعنية على ذلك، لأن أي تعديل يعد بمثابة تعديل للعقد المبرم بين البنك والعميل الأمر، كما أن أي تعديل يجب أن لا ينتقص من حقوق المستفيد⁴. وسوف يتم تبيان أهم التعديلات التي يمكن أن تتم على خطاب الضمان⁵ منها، تعديل مدة خطاب الضمان (الفرع الأول)، تعديل مبلغ خطاب الضمان (الفرع الثاني)، تعديل الغرض من إصدار خطاب الضمان (الفرع الثالث).

¹ صلاح الدين حسن السبسي، مرجع سابق، ص 363.

² معهد الدراسات المصرفية، مرجع سابق، ص 4.

³ لؤي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 141.

⁴ معهد الدراسات المصرفية، نفس المرجع ونفس الصفحة.

⁵ خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 135.

الفرع الأول

تعديل مدة خطاب الضمان

لقد سبق القول بأن خطاب الضمان يصدر محدد المدة كما يمكن أن يصدر دون تحديد المدة، وعليه فإن تعديل مدته يكون فقط في حالة خطابات الضمان محددة المدة. ويسقط التزام البنك بمجرد انتهاء المدة المحددة، إلا أنه قد يحدث في بعض الأحيان ألا ينتهي الغرض الصادر من أجله خطاب الضمان في الوقت الذي يقترب فيه التاريخ المحدد لانتهاء صلاحيته، وحتى لا يسقط حق المستفيد فيه فإنه يبادر قبل حلول التاريخ المحدد لانتهاء سريانه إلى مطالبة البنك بتمديد مدته إلى تاريخ لاحق¹.

ويجوز أن ترد طلبات التمديد من المستفيد أو من العميل الأمر أو من البنك معطي التعليمات (الضامن المقابل)، وكما يتم تمديد الأجل يجوز أيضا تخفيض مدة خطاب الضمان، وهو ما سوف يتم تناوله على النحو الآتي.

أولاً: التعديل بتمديد أجل خطاب الضمان

لا يطرح أي إشكال إذا تم النص على هذا الإجراء في خطاب الضمان والضامن المقابل، أما إذا لم يكن منصوص عليه ولم ينتهي تنفيذ عقد الأساس الذي صدر من أجله الضمان، فهنا يلجأ العميل إلى بنكه طالبا منه التمديد قبل انقضاء المدة الأصلية² وللبنك الحرية في قبول طلب التمديد أو رفضه.

وبالرغم من أن مسألة تمديد أجل الضمان تهم العميل الأمر، لكن الغالب في العمل أن المستفيد هو الذي يتقدم إلى البنك بطلب التمديد، وفي هذه الحالة لا بد من إخطار العميل الأمر الذي قد يكون له من الأسباب ما يجعله يعارض هذا الإجراء، إلا إذا تم النص في خطاب الضمان ذاته تطبيقاً لعقد الاعتماد بالضمان على حق المستفيد في طلب التمديد دون الرجوع إلى العميل³.

وقد ترد التعليمات بشأنه إلى البنك المحلي (الضامن المباشر) من البنك معطي التعليمات (الضامن المقابل)، بناء على مطالبة يوجهها المستفيد مباشرة إلى العميل الأمر. لذلك سوف يتم تناول أحوال طلب تمديد أجل خطاب الضمان على النحو الآتي:

¹ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 391.

² - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 276.

³ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 215.

أ - طلب التمديد المقدم من العميل:

إذا انقضت مدة الضمان أو شارفت على الانتهاء دون أن تنتهي العملية التي التزم بها العميل، فإن الأخير عادة ما يطلب من البنك تمديد مدة خطاب الضمان لفترة أخرى، وبذلك يتقاضي مطالبة المستفيد بالدفع، غير أن ذلك لا يقيد المستفيد الذي يحق له أن يتمسك بطلب دفع قيمته، كما يحق له رفض التمديد ولو كان صادراً لصالحه¹، لأن تمديد أجل الصلاحية لا يتوقف على إرادة العميل الأمر فقط وإنما يتعين أخذ موافقة بقية الأطراف²، فالمستفيد بوصفه صاحب المصلحة والقرار في المطالبة أو عدم المطالبة بالوفاء، ينبغي أخذ موافقته على ذلك ولا يشترط أن تكون الموافقة صريحة، حيث يكفي عدم قيامه بتقديم طلب الدفع للبنك خلال المدة الأصلية، وإن كان الواقع يستوجب أن يقدم العميل الأمر للمستفيد ما يفيد بأنه طلب من البنك الضامن تمديد المدة وأن البنك الضامن قد وافق على ذلك كتابة. ولا يكفي الحصول على موافقة العميل والمستفيد لإجراء التمديد بل ينبغي كذلك الحصول على موافقة البنك الضامن، لأنه هو الملتزم الأول وبصفة أصلية ومباشرة في مواجهة المستفيد طبقاً لخاصية استقلالية خطاب الضمان³.

ولقد جرى العرف المصرفي على أن يقوم العميل الأمر بتفويض البنك الضامن بنص صريح في عقد الاعتماد بالضمان، يخوله فيه حق تمديد فترة الصلاحية متى طلب المستفيد ذلك، وبالتالي فإذا لم يتقدم المستفيد بطلب الوفاء ولم يتقدم بطلب لتمديد مدة سريان خطاب الضمان، فإن البنك الضامن في هذه الحالة لا يحق له أن يقوم من تلقاء نفسه بتمديد الأجل، وبالتالي فإذا قام البنك بإجراء التمديد دون طلب من العميل أو المستفيد ثم قام المستفيد بطلب قيمة الضمان خلال فترة التمديد التي منحها له البنك، فإن مسؤولية البنك تتعدد تجاه عميله عن ذلك في هذه الحالة إذا قام بالوفاء بعد انقضاء المدة الأصلية لخطاب الضمان، ولا يكون له حق الرجوع على عميله الأمر استناداً لأحكام عقد الاعتماد بالضمان، غير أن ذلك لا يمنع البنك من الرجوع على العميل الأمر بما تم الوفاء به للمستفيد على أساس الفضالة إذا ما توافرت شروطها⁴.

ب - طلب التمديد المقدم من المستفيد:

قد يقتضي الأمر أن يرد طلب التمديد من طرف المستفيد، وذلك في حال أن العميل الأمر لم يكمل التزاماته المتفق عليها تجاهه أو أن الجزء المتبقي من الالتزامات قليل، أو أن المستفيد

¹ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص 808-809.

² - كامل الوادي، مرجع سابق، ص 130.

³ - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 753.

⁴ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 153-154.

موافق على التمديد حتى يسمح للعميل من إنجاز وإتمام ما التزم به، ففي مثل هذه الحالة يقوم المستفيد بالتقدم بطلبه للبنك الضامن راجيا منه تمديد أجل خطاب الضمان.

والأصل أن يوجه المستفيد طلبه بالتمديد للعميل الأمر وليس للبنك الضامن، لأن البنك مدين بدفع المبلغ فقط وليس مفوضا بإجراء التمديد من تلقاء نفسه، وهو رأي الأغلبية من الفقهاء¹. كما أن مسألة تمديد مدة خطاب الضمان من عدمه هو أمر تحدده العلاقة القائمة بين العميل الأمر والمستفيد ولا شأن للبنك الضامن بها، لأنه ملزم بتنفيذ خطاب الضمان فقط متى طلبه المستفيد خلال مدة صلاحيته، كما أن التزام البنك بإصدار هذا التعهد ما هو إلا تطبيقا للأثر المترتب على عقد الاعتماد بالضمان المبرم بين البنك والعميل الأمر².

وعليه، فإذا تقدم المستفيد بطلب التمديد للبنك الضامن ولم يكن البنك مخولا من قبل العميل بإجراء التمديد، فإنه يتوجب عليه أن يقوم مباشرة بإخطار العميل بورود طلب التمديد³ خاصة إذا كان خطاب الضمان مغطى، لكي يتخذ العميل الأمر القرار المناسب بخصوص هذا الطلب ويتسنى له الاتصال بالمستفيد للاتفاق معه على أجل التمديد⁴. ولا شك أن البنك يخاطر إذا استجاب لطلب المستفيد بالتمديد رغم معارضة العميل، لأنه يكون في هذه الحالة قد كفل التزام العميل بغير رضاه ولا يكون للبنك الرجوع عليه بغير رضاه⁵.

ولقد نصت القواعد الدولية الموحدة على أنه: "إذا طلب المستفيد مد أجل الضمان كبديل لطلب دفع قدم طبقا لشروط وقواعد الضمان، وبالمطابقة لهذه القواعد، يجب على الضامن بدون تأخير إخطار الطرف الذي أصدر للضامن تعليماته، وفي هذه الحالة يعلق الضامن دفع المطالبة لوقت معقول يسمح للأصيل والمستفيد بالوصول إلى اتفاق لمنح هذا الامتداد..."⁶.

وتطبيقا لذلك، فإذا تقدم المستفيد بطلبه للبنك الضامن، وظلت المشاورات والمفاوضات بينهما أو أخذت وقتا طويلا أو لم يرد عليها البنك حتى انتهاء أجل خطاب الضمان، سقط التزام البنك. وإن كان ذلك لا يعني البنك من المسؤولية أمام المستفيد، إذا كان تصرفه أو تأخره في إيصال طلب التمديد للعميل ينطوي على سوء نية أو إهمال، وذلك طبقا للمادة رقم 15 من القواعد الموحدة التي تنص على ما يلي: "الضامنون ومصدرو التعليمات لا يتم إعفائهم من الالتزامات

¹ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 215.

² - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 753.

³ - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 277 و 278.

⁴ - كامل الوادي، مرجع سابق، ص 131.

⁵ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص 951.

⁶ - المادة 26 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

والمسؤوليات طبقا للمواد 11، 12 و13 المذكورة أعلاه إذا لم يتصرفوا بحسن نية وبالعبارة المعقولة¹، أما المادة 23 من القواعد الدولية الموحدة الجديدة (النشرة 758) فتتص، على أنه في حالة الطلب المقترن بالتمديد (مددوا أو ادفعوا)، فإن الضامن يمكنه (لكنه ليس مجبر) بأن يعلق الدفع لأجل أقصاه 30 يوما من تاريخ تلقيه الطلب، وأن الضامن أو الضامن المقابل يمكنه رفض الموافقة على التمديد، حتى وإن كان قد تلقى التعليمات بفعل ذلك، يجب عليه إذن القيام بالسداد². وتضيف أنه في حالة التعليق تحت الضمان، الضامن المقابل يمكنه (لكنه ليس مجبر) بأن يعلق الدفع لمهلة لا تتجاوز 04 أيام تحت الضمان، وهذا خلافا لنص المادة 26 من النشرة السابقة رقم 458، حيث كانت تنص على تعليق الدفع خلال مدة معقولة³.

وإذا قام المستفيد بتوجيه طلب التمديد للعميل الأمر، فإنه يتعين في هذه الحالة على هذا الأخير أن يقرر على وجه السرعة إما بالموافقة على التمديد أو رفض الطلب وإبلاغ المستفيد بذلك، حتى يتسنى للأخير تقديم طلب الدفع للبنك في وقت مناسب قبل انتهاء مدة خطاب الضمان. وفي كثير من الأحيان، يقوم المستفيد بتقديم طلبه للبنك الضامن طالبا منه إما بتمديد الأجل أو دفع قيمة خطاب الضمان فورا.

ولقد اختلفت الآراء بخصوص هذا الطلب، فهناك من الفقهاء يرى أن مثل هذه العبارة لا تعتبر طالبا جازما من قبل المستفيد وبالتالي لا يعطي البنك الحق في الوفاء، وإذا لم يصدر البنك الضامن تعبيرا صريحا بالتمديد إلى أن تنتهي مدته فهنا يسقط الضمان، بينما يذهب فريق آخر إلى القول بأن العبارة المذكورة تعني طلب الوفاء ما لم يتم تمديد أجل الضمان⁴.

وفي هذا الصدد فإن المادة 26 من القواعد الدولية الموحدة بالنشرة رقم 458 السالفة الذكر تنص على أنه إذا تقدم المستفيد بطلب التمديد أو الدفع خلال مدة سريان خطاب الضمان ولم يتم التمديد في خلال المدة المعقولة المشار إليها أعلاه، فإن البنك يكون ملزما بدفع قيمة الضمان حتى ولو انتهت مدته، وهو ما ذهب إليه الفريق الثاني من الفقه.

ج - التمديد بناء على تعليمات البنك معطي التعليمات:

الأصل أيضا في تمديد فترة صلاحية خطابات الضمان الدولية أن ترد التعليمات بشأنها إلى البنك المحلي (الضامن المباشر) من البنك معطي التعليمات (الضامن المقابل)، بناء على طلب

¹ - نقلا عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 293.

² - Foucaud Tchekhoff, Serge-Antoine Tchekhoff, «cautions, garanties, bonds», Guide de la gestion du risque client à l'international, LE MOCI, édition 2012, Paris, 02/15 FEV2012, P 6.

³ - المادة 26 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

⁴ - علي جمال الدين عوض، نفس المرجع، ص 300.

مقدم من المستفيد إلى العميل الأمر، وفي حالة تقديم المستفيد مطالبته بالتمديد للبنك المحلي، فيمكن لهذا الأخير إبلاغ المطالبة إلى البنك الضامن المقابل بشرط أن ترد المطالبة إليه خلال صلاحية الضمان للحصول على تعليمات بشأنها.

وقبل قيامه بالتمديد يجب على البنك المحلي التأكد من أن الضمان ساري المفعول ولم يلغى التزام البنك الضامن المقابل، والتدقيق حول مصدر التعليمات والبيانات وشروطها والتأكد من تمديد صلاحية الضمان المقابل أيضا، وبعد التنفيذ يقوم بإخطار البنك الضامن المقابل بأنة قام بتمديد صلاحية الضمان المباشر وأنه بلغ به المستفيد.

د - إخطار العميل بتمديد خطاب الضمان:

إذا تقدم المستفيد بطلبه للبنك لتمديد مدة الضمان، فإنه كأصل عام يتعين على هذا البنك إذا لم يكن مفوضا بإجراء التمديد أن يقوم بإخطار العميل الأمر بهذا الطلب، للسماح له بأن يتصل بالمستفيد في وقت كاف للتفاوض معه حول طلب التمديد قبل إصدار العميل لقراره بالقبول أو الرفض. والسبب في ذلك هو أن التمديد يزيد من مدة التزام العميل الأمر في عملية الاعتماد لذلك وجب إبلاغه بذلك، فقد تكون هناك مستجدات في العلاقة بين العميل والمستفيد تستوجب أن يتم إعلام العميل بها لاتخاذ القرار الملائم وفي الوقت المناسب. ولا يحق للبنك أن يمدد الأجل دون موافقة العميل وإلا ترتبت مسؤوليته ويسقط حقه في الرجوع عليه بما دفعه للمستفيد. ويرى البعض أن تخلف البنك الضامن أو إهماله في إخطار العميل بالتمديد يعتبر خطأ يترتب عليه مسؤولية البنك تجاه العميل، والتي تكون عادة منحصرة في سقوط حقه في المطالبة بفوائد مبلغ خطاب الضمان والعمولات المستحقة عن ذلك.

ويستند هذا القول إلى قرار محكمة النقض المصرية الذي يقضي بأنه: "من المقرر أنه وإن كان البنك -مصدر خطاب الضمان- يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل، إلا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل"¹.

أما بخصوص مبلغ الضمان نفسه، فإن الأصل أن يكون العميل ملتزما به حتى ولو لم يقيم البنك الضامن بإخطاره بالتمديد إذا كان مفوضا في ذلك، وعليه فإن العميل يكون ملزما برد ما تحمله البنك الضامن، رغم بقاء حق العميل في المنازعة حول أحقية البنك الضامن في المطالبة بالفوائد والعمولات عن الفترات التي مدد فيها الضمان دون إخطاره بذلك، لكن يتغير الوضع لو أمكن

¹ - نقلا عن سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 215 - 216.

اعتبار البنك في قبوله طلب المستفيد فضولياً تولى شأنًا عاجلاً للعميل فيمكنه بالتالي الرجوع عليه بالقدر الذي أثري به هذا الأخير¹.

ثانياً: التعديل بتقصير أجل خطاب الضمان

مثلاً يتم تمديد مدته إلى تاريخ لاحق، يجوز أن يعدل أجل خطاب الضمان بالتقصير بناء على طلب العميل وبعد موافقة المستفيد كتابة لأن الأجل مقرر لصالح هذا الأخير، كما قد يتم بناء على طلب المستفيد مباشرة.

ويتم تنفيذ تقصير الأجل بقيام البنك بإعداد ملحق تعديل يرسل إلى المستفيد بالبريد الموصى عليه يتضمن كافة بيانات الضمان الأصلي بتقصير مدته، ليصبح من حق المستفيد مطالبة البنك الضامن بدفع قيمته إلى غاية اليوم الأخير من الفترة الجديدة المعدلة بالتخفيض بدلاً من المدة الأصلية، وأن التزام البنك تجاه المستفيد يصبح طبقاً لهذا التعديل والذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ من خطاب الضمان الأصلي، وأن كل مطالبة من المستفيد يجب أن ترد إلى البنك خلال المدة الجديدة المخفضة مع بقاء الشروط الأخرى الواردة في خطاب الضمان الأصلي بدون تغيير.

الفرع الثاني

تعديل مبلغ خطاب الضمان

يلتزم البنك الضامن بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد عند مطالبته لها، والتي عادة ما تكون محددة بشكل دقيق ويكون التزام البنك في حدود هذا المبلغ ولا يجوز له أن يتعداه، كما يمكن أن يكون سقف مبلغ الضمان محدد بحده الأقصى، بحيث يكون التزام البنك في حدود ذلك المبلغ المذكور. ويمكن أيضاً أن يتضمن نصه ما يفيد بأن المبلغ قابل للتخفيض بنسبة معينة حسب تقدم الأعمال المنفذة من عقد الأساس. وإذا كان الغالب أن يكون تعديل مبلغ خطاب الضمان بالتخفيض فإنه يمكن أن يكون بالزيادة أيضاً، ويجوز أن يتقدم بطلب التعديل العميل الأمر أو أن يتقدم به المستفيد أيضاً²، وسوف يتم الطرق لذلك وتتم الإشارة في نفس السياق إلى حالة الوفاء بقيمة خطاب الضمان على دفعات وذلك على النحو الآتي.

¹ المادة 141 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 372-373 و391.

أولاً: زيادة قيمة خطاب الضمان

إذا كان طلب التعديل مقدماً من العميل الأمر للبنك بزيادة قيمة خطاب الضمان، فلا يحتاج إلى أخذ موافقة المستفيد باعتبار أن هذا التعديل يكون في مصلحة الأخير، وبناء على تعليمات البنك الضامن المقابل يقوم البنك المحلي بإصدار خطاب موجه إلى المستفيد يتضمن زيادة المبلغ، وتتبع في ذلك نفس خطوات الإصدار، ويمكن للبنك عندئذ إصدار خطاب ضمان تكميلي بمبلغ الزيادة، على أن يكون أجل انقضائه في نفس تاريخ الانقضاء الأصلي، كما يمكن للبنك المحلي إصدار خطاب ضمان جديد بالمبلغ الإجمالي بعد الزيادة على أن يذكر فيه صراحة أنه يحل محل الضمان السابق ويلغيه.

أما إذا كان طلب زيادة المبلغ مقدماً من المستفيد، فيتعين على البنك المحلي إبلاغه للبنك الضامن المقابل للحصول على تعليماته بشأنه، أي يشترط في هذه الحالة موافقة العميل الأمر على هذه الزيادة، وعليه يكون من حق البنك المحلي رفض طلب الزيادة إذا لم يوافق عليه البنك الضامن المقابل، وليس للمستفيد هنا أن يدعي تضرره من ذلك لأنه كان بوسعه أن يبدي هذا الاعتراض عند إصدار خطاب الضمان وتسليمه له، أما إذا قبل البنك الضامن المقابل أن يقوم البنك المحلي بتعديل الضمان بزيادة قيمته لصالح المستفيد فإنه يقوم بذلك، ولكن لا يصدر الضمان المعدل إلا بعد ورود التأكيد الكتابي له.

ثانياً: تخفيض قيمة خطاب الضمان

في حالة طلب العميل الأمر تخفيض قيمة الضمان، فإن البنك المحلي لا يقوم بإجراء تخفيض قيمته بناء على تعليمات البنك الضامن المقابل إلا بعد الحصول على موافقة المستفيد كتابية¹، ويقوم في هذه الحالة بإجراء قيود محاسبية لتخفيض المبلغ بسجلات البنك، ويرسل إلى المستفيد مراسلة موصى عليها بعلم الوصول لتأكيد موافقته على تخفيض المبلغ الصادر به الضمان الأصلي، لأن التعديل في هذه الحالة يمس حقاً ثابتاً للمستفيد خاصة وأن هذه القيمة قد تكون من المسائل الجوهرية بالنسبة إليه، إلا إذا تضمن طلب البنك الضامن المقابل إمكانية تخفيض قيمته تلقائياً دون حاجة لموافقة المستفيد، ويتم ذلك غالباً في ضمان رد الدفعات المقدمة في إطار الصفقات العمومية².

¹ - خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 136.

² - المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 15-147، مرجع سابق.

وفي حالة ورود طلب التخفيض من المستفيد فيمكن للبنك تنفيذه دون حاجة للاتصال بالبنك الضامن المقابل بشأنه، وبعد الانتهاء يقوم بتحرير مراسلة إلى المستفيد بتخفيض القيمة وإخطار البنك الضامن المقابل مع تخفيض التزامه تجاه البنك المحلي ليصبح سارياً بالقيمة الجديدة.

ثالثاً: سقف مبلغ خطاب الضمان الذي يلتزم به البنك

يتمثل التزام البنك الضامن في أداء مبلغ من النقود للمستفيد، والذي عادة ما يكون محدد بشكل دقيق يسمى "المبلغ الثابت"، حيث يكون التزام البنك في حدوده ولا يجوز له أن يتعداه وإلا فقد حقه في الرجوع على العميل بما زاد عن هذا المبلغ المحدد. وقد يكون سقف المبلغ محدد بحد أقصى بحيث يكون التزام البنك في حدود ذلك المبلغ الأقصى المذكور، كما قد يتضمن خطاب الضمان ما يفيد بأن قيمته قابلة للتخفيض بنسبة معينة حسب الأعمال المنفذة من عقد الأساس، والذي غالباً ما يكون بناء على طلب العميل الأمر لأنه يصب في مصلحته، وينبغي النص على هذا الشرط صراحة تفادياً لأي نزاع مستقبلي بشأنه، وتطبيقاً لخاصية الاستقلالية فإنه يجب على البنك الضامن أن يخفض قيمة خطاب الضمان تدريجياً حسب تقدم الأشغال المنجزة، دون أن يدخل في الاعتبار علاقة الأساس عند تنفيذ مثل هذا الشرط، وأن لا يقوم بالبحث أو التحقق من حجم الأعمال المنجزة من عدمه، وإنما يطبق الشرط استناداً للمستندات التي يقدمها له العميل، دون أن يكون ملزماً بالتحقق من صحتها. وإذا قدر العميل بأن المستفيد قد استوفى المبلغ كاملاً دون وجه حق، فليس أمامه إلا الرجوع على المستفيد لاستيفاء هذا الحق إما رضاً أو قضاء. ولقد تناولت القواعد الدولية الموحدة هذا الشرط بنصها على أنه: "قد يحتوي الضمان على ما يفيد صراحة تخفيضه بمبلغ محدد أو مبالغ معينة في تاريخ أو تواريخ محددة أو مقابل تقديم مستند أو مستندات محددة لهذا الغرض في الضمان إلى الضامن"¹.

ويفهم من هذا النص أن ورود شرط التخفيض التلقائي لمبلغ الضمان لا ينال من استقلالية خطاب الضمان، إلا أن مثل هذا الشرط ينبغي أن يؤخذ بشيء من الحذر، حيث أن النص المذكور أعلاه حدد حالات التخفيض التلقائي بحالتين:

الحالة الأولى: عند حلول تاريخ أو تواريخ محددة سلفاً في خطاب الضمان.

والحالة الثانية: عند تقديم مستند معين أو مستندات محددة إلى الضامن.

¹ - المادة 8 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة 458، مرجع سابق.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه إذا كان طلب الوفاء يرد من المستفيد، فإن مستندات التخفيض التلقائي لمبلغ خطاب الضمان يتم تقديمها عادة من طرف العميل الأمر أو وكيله.

رابعاً: حالة الوفاء بقيمة خطاب الضمان على دفعات

تتحقق هذه الحالة عندما يتقدم فيها المستفيد بطلبه إلى البنك الضامن للوفاء بجزء من قيمة خطاب الضمان، وقيام البنك بالوفاء له بالجزء المطلوب، مع بقاء جزء من قيمته لدى البنك. وفي هذه الحالة قد يفسر البعض بأن طلب المستفيد طالما اقتصر على جزء من قيمة خطاب الضمان، فإن ذلك يعني تنازله رضاء عن المبلغ المتبقي، وبالتالي تبرأ ذمة البنك في حدود المبلغ المدفوع، إلا أنه لا يوجد ما يمنع المستفيد من المطالبة الجزئية لقيمة خطاب الضمان، وأن يتقدم فيما بعد وخلال مدة سريانه بطلب الوفاء بجزء آخر أو بالمبلغ المتبقي كاملاً، لأن تنازل المستفيد عن الجزء المتبقي من المبلغ لا يفترض، بل ينبغي أن يكون صريحاً أو يستنتج من العبارات الواردة بطلبه والتي تفيد بأنه قد تنازل عن المطالبة ببقية مبلغ الضمان. وهذا ما تناولته القواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالضمانات لدى الطلب بأن: "المبلغ الذي يدفع في نطاق الضمان ينخفض بقيمة أي مبلغ تم دفعه من الضامن استجابة لمطالبة سابقة في نطاق الضمان نفسه، وحينما يكون المبلغ الأقصى الذي يدفع في نطاق الضمان تم الوفاء به من خلال الدفع أو التخفيض فإن الضمان ينتهي بغض النظر إذا كان قد تم رد الضمان وتعديله أو تعديلاته"¹.

يستخلص من هذا النص، أنه يجوز للمستفيد أن يقوم بطلب قيمة خطاب الضمان على عدة دفعات حسب تقديره، وأن مطالبته بجزء لا يعني تنازله أو إسقاطه لباقي المبلغ طالما لم يذكر ذلك صراحة في طلبه، ولكن يشترط عليه أن يتقدم بمطالباته بالوفاء خلال مدة صلاحية الضمان وأن لا يتجاوز الحد الأقصى للمبلغ المحدد في نصوصه.

¹ - المادة 18 من (ق.د.م.ض.ط) بالبنشرة 458، مرجع سابق.

الفرع الثالث

تعديل الغرض من إصدار خطاب الضمان

قد يتم تعديل الغرض حينما تدعو الحاجة إلى ذلك نتيجة اكتشاف أخطاء مادية في خطاب الضمان بعد إصداره وتسليمه للمستفيد ثم يعيده الأخير إلى البنك لإصلاح الخطأ¹، ويمكن التعديل بالتصحيح بعد موافقة العميل الأمر على نفس أصل خطاب الضمان ووضع أختام البنك وتوقيعاته إلى جانب التصحيح، ثم إعادته بعد ذلك إلى المستفيد رفقة مراسلة من البنك تؤكد ما تم أجرأؤه من تعديلات، كما يمكن أن يحتفظ المستفيد بأصل خطاب الضمان ويطلب من البنك تعديل الخطأ. ويتضمن تعديل بعض البيانات الواردة بصيغته كرقم عقد الأساس أو تاريخه، أو رقم المناقصة وتاريخها، وقد يطلب العميل الأمر تعديل الخطأ بعد موافقة المستفيد كتابة، فيقوم البنك الضامن بإعداد ملحق تعديل يشرح فيه الخطأ المعدل ويوجهه للمستفيد، حيث يعتبر جزء لا يتجزأ من خطاب الضمان الأصلي مع بقاء كافة الشروط الأخرى الواردة بالأصل على ما هي عليه بدون تغيير. وفي حالة الضمان المقابل يقوم البنك الضامن المباشر بإصدار مراسلة إلى المستفيد يتضمن التعديل المطلوب وذلك بناء على تعليمات البنك الضامن المقابل. ويجب التأكد من أن التعديل المطلوب لا يترتب عليه سريان أو انسحاب خطاب الضمان على عملية أخرى لتقاضي عمولة إصدار جديدة. وبصفة عامة فإن التعديل في الغرض يجب أن يتم في أضيق الحدود وبحذر شديد مع التأكد من سلامة الدوافع التي أدت إليه.

¹ - صلاح الدين حسن السيبي، مرجع سابق، ص 373.

المبحث الثالث

أنواع خطاب الضمان الدولي

لقد رأينا سابقا أن خطاب الضمان كآلية ائتمانية ابتدعه العرف والعمل المصرفي ونشأ تلبية لضرورات استلزماتها البيئة التجارة الدولية، وهو يحقق التوازن بين مصالح مختلف الأطراف ويهدف إلى تسهيل التعاملات وحماية الحقوق، مما يزيد من الإقبال على استصداره.

ولقد شهد خطاب الضمان انتشارا واسعا وأصبح يحتل مركز الصدارة في تأمين التعاملات الدولية، نتيجة للمرونة والتلقائية التي تميز طريقة وضعه موضع التنفيذ، وهو ما جعله يتلاءم مع التطورات التي يعرفها المحيط الاقتصادي والتجاري، مما أدى إلى ظهور أنواع كثيرة لهذه الضمانات، ليست محددة على سبيل الحصر وإنما تتنوع بحسب المعاملات التي تصدر من أجلها أو تستلزمها¹، فالأساس فيها أنه كلما قلت الثقة بين أطراف التعامل زاد الطلب على توفير هذه الآلية ضمانا لتنفيذ التزامات العميل الأمر في مواجهة الجهة المستفيدة وبالتالي المطالبة بإصدار نوع من أنواع خطاب الضمان المناسب لذلك² والتي تتعدد تبعا للزاوية التي ينظر إليها من خلالها، مما لا يسمح في الواقع بحصرها ودراستها تحت قاعدة عامة³.

وأمام تعدد أنواعه فإن الضرورة المنهجية في دراستها تتطلب معالجة أهم التقسيمات الواردة في هذا الإطار بالتركيز على أكثر هذه الأنواع شيوعا في التجارة الخارجية⁴. ومن أجل التحكم في هذا الموضوع، لا بد من وضع عدة معايير للترقية بين هذه الأنواع.

وعليه سوف تتم معالجة أنواع خطاب الضمان بالنظر لمعيار طريقة الإصدار وتدخل البنك المحلي (المطلب الأول)، ومعيار الصيغة ومدة سريان خطاب الضمان (المطلب الثاني)، ومن حيث معيار الغرض والغطاء⁵ (المطلب الثالث).

¹ - عمر مصطفى جبر إسماعيل، مرجع سابق، ص 206.

² - Manuella BOURASSIN et autres, Op.Cit, P 233.

³ - عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 453 - 456.

⁴ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص 757.

⁵ - ROSSI Tuto, Op.Cit, P 85.

المطلب الأول

خطاب الضمان من حيث طريقة الإصدار وتدخل البنك المحلي

يختلف شكل إصدار خطاب الضمان الدولي حسب عدد الأطراف المشاركة في عملية إصداره، والغالب في مجال التجارة الخارجية أن يتم بطريقة الإصدار غير المباشر أين يكون عدد المتدخلين فيه عموماً أربعة أطراف، وفي بعض العمليات الدولية المعقدة يكون عددهم أكبر من ذلك¹. وطريقة الإصدار غير المباشر تحقق مصلحة كبيرة خصوصاً بالنسبة للمستفيد، إذ تمكنه من التعامل مع بنك محلي في بلده يعرفه بدلاً من البنك الأجنبي الذي يجهله ولا تكون بحوزته المعلومات الكافية حول ملاءته وسمعته، مما يسهل عليه التنفيذ عند المطالبة بقيمة الضمان، كما يسهل عليه إجراءات التقاضي من حيث تطبيق قانون بلده وأعرافه التي يعرفها واعتاد عليها بدلاً من القانون الأجنبي الذي يجهله، ويجنبه صرف مبالغ مالية إضافية في التنقلات إلى الخارج للمثول أمام محاكم أجنبية غريبة عنه، وحتى التحكيم الأجنبي يتطلب منه تكاليف كبيرة. وفي الإصدار غير المباشر يشارك البنك المحلي في دولة المستفيد في العملية، ويختلف الدور الذي يساهم به في ذلك بحسب درجة المسؤولية والالتزام بالدفع تجاه المستفيد. ومن خلال هذا المطلب سوف يتم التطرق إلى أنواع خطاب الضمان من حيث طريقة الإصدار (الفرع الأول)، ومن حيث طريقة تدخل البنك المحلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خطاب الضمان من حيث طريقة الإصدار

هناك طريقتان لإصدار خطاب الضمان هما الإصدار المباشر والإصدار الغير مباشر، حيث نكون أمام ضمان مباشر إذا اقتصر الأمر على العلاقة بين الضامن والعميل الأمر، وقد نصبح أمام ضمان غير مباشر إذا تولى أداء مبلغ الضمان ضامن آخر يوجد في بلد المستفيد بناء على طلب الضامن الأول²، فغالبا ما يقوم بنك العميل بالاتصال ببنك في بلد المستفيد، طالبا منه إصدار بدوره تعهد مباشر لصالح المستفيد في مقابل تغطيته في حالة مطالبته بالدفع، ويطلق على بنك المستفيد الضامن المباشر وعلى بنك العميل الأمر الضامن المقابل.

¹ - Charles Moumouni, Op.Cit, PP. 787- 788.

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 10.

أولاً: الإصدار المباشر لخطاب الضمان

يقوم البنك الأجنبي (بنك العميل الأمر) بإصدار خطاب الضمان مباشرة لصالح المستفيد وبالتالي تكون العلاقة ثلاثية الأطراف وهي: العميل الأمر الذي يطلب من بنكه المتواجد عادة في بلده إصدار تعهده لصالح المستفيد ضمناً لتنفيذ التزامات هذا العميل تجاه المستفيد¹. ولكي يتم الإصدار بصورة مباشرة ويرسل من طرف بنك الأمر الأجنبي إلى المستفيد، وتناديا للمخاطر فإنه عادة ما يشترط أن يقبل بها المستفيد وأن تسمح قوانين بلده بذلك، لأن المستفيد لا يحبذ هذه الطريقة، بل غالباً ما يشترط أن يصدر الضمان لصالحه من قبل بنك في بلده لأن ذلك يضمن له الحصول السريع على قيمته، كما يسمح له بالخضوع لقانون بلده في حالة وقوع نزاع بشأن خطاب الضمان، وتنادي الخضوع إلى قانون أجنبي لا يعرفه، وبالتالي تجنبه الدخول في إجراءات معقدة في حالة عدم أداء الالتزامات².

ثانياً: الإصدار الغير مباشر لخطاب الضمان

إذا أبرم عقد الأساس في بلد واشترط المستفيد إصدار الضمان من بنك يكون مقره في بلده وكان العميل الأمر من بلد آخر، فإن هذا العميل يلجأ إلى بنك في بلده يطلب منه أن يصدر خطاب ضمان ويرسله إلى بنك المستفيد في بلد تنفيذ المشروع، هذا الأخير بدوره يصدر ضمان مباشر للمستفيد. وهنا نكون أمام ضمانين، الأول صادر عن البنك الأجنبي الذي يتعامل معه العميل الأمر ويرسله إلى البنك المحلي في بلد المستفيد، والثاني صادر من البنك المحلي لصالح المستفيد مباشرة، يسمى الأول بالضمان المقابل والثاني بالضمان المباشر³، وكلا الضمانين مستقلين عن بعضهما⁴، فتكون هناك علاقة اعتماد بالضمان بين العميل الأمر وبنكه الضامن المقابل، وعلاقة ثانية بين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المباشر يحكمها الضمان المقابل⁵، وعلاقة ثالثة بين البنك الضامن المباشر والمستفيد ويحكمها الضمان المباشر، وهذه العلاقات مستقلة عن بعضها⁶، أي استقلال كل من الضمانين عن عقد الأساس وعن بعضهما تماماً، بحيث لا يلتزم كل من البنكين إلا في حدود عبارات تعهده هو فقط، كما يكون المستفيد في كل منهما مختلف، ففي الضمان المقابل يكون المستفيد هو البنك الضامن المباشر والمدين

¹ - ROSSI Tuto, OP.Cit, P 88

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 11.

³ - المادة الثانية بالفقرة (ج) من (ق.د.م.ض.ط) النشرة 458، مرجع سابق.

⁴ - بسام عاطف المهتار ومايا سليت مشرفية، مرجع سابق، ص 9.

⁵ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^{éd}, Op.Cit, P 277.

⁶ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 4^{éd}, P 211.

هو البنك الضامن المقابل، بينما في الضمان المباشر فالمستفيد هو المستفيد النهائي والمدين هو البنك المحلي الضامن المباشر.

ويلاحظ أن الهدف من الإصدار الغير مباشر لخطاب الضمان هو لتحقيق نوع من الأمان للمستفيد ضد خطر عدم قيام الأمر بتنفيذ التزاماته بموجب عقد الأساس، إذ يضمن له الحصول السريع على قيمة الضمان ومن دون الدخول في إجراءات معقدة في حالة عدم أداء الالتزامات. كما يمكن أن يقتصر دور البنك المحلي على تسليم خطاب الضمان للمستفيد (البنك المبلغ)، وهذا بعد فحص المحتوى والتأكد من إمضاء البنك الأجنبي معطي التعليمات، وعليه فإن عملية تسليم خطاب الضمان من طرف البنك المبلغ إلى المستفيد لا يلزمه بأي مسؤولية، إذ أنه في حال إفلاس الأمر أو عجزه عن أداء التزاماته التعاقدية ورفض البنك الأجنبي دفع مبلغ الضمان للمستفيد، فلا يجوز للبنك المبلغ التدخل لأنه ليس مسئولاً بأي شكل من الأشكال.

الفرع الثاني

خطاب الضمان من حيث طريقة تدخل البنك المحلي

في حالة الإصدار المباشر يتدخل بنك واحد وهو بنك العميل الذي يتكفل بإصدار خطاب الضمان مباشرة لصالح المستفيد، غير أن الغالب في الممارسة أن يتم الإصدار بشكل غير مباشر وهو ما يستدعي تدخل بنكين على الأقل، وتختلف أدوار البنك المحلي في هذه الحالة بين مجرد تبليغ الضمان للمستفيد أو إصدار ضمان جديد مباشر لصالح المستفيد، وتختلف بالتالي درجة المسؤوليات التي يتحملها هذا البنك حسب كل حالة.

ويمكن تصنيف خطاب الضمان بحسب تدخل البنك المحلي إلى ثلاثة أنواع كالاتي:

أولاً: خطاب الضمان غير المباشر التقليدي

ويعتبر هذا الصنف الغالب في الممارسة ويقوم فيه البنك المحلي بإصدار خطاب الضمان مباشرة لصالح المستفيد الموجود في بلده بناء على طلب البنك الأجنبي (أي بنك العميل الأمر) الذي يلتزم بتغطيته عن طريق ضمان مقابل. وفي هذه الحالة يلعب البنك المحلي دور البنك الأجنبي، في حين أن البنك الأجنبي يتصرف كمعطي التعليمات أي يلعب دور العميل الأمر، وبالتالي لا توجد علاقة بين العميل الأمر والبنك المحلي (الضامن المباشر)، كما لا توجد علاقة بين البنك الضامن المقابل والمستفيد، ويصدر البنك المحلي خطاب الضمان على نماذجه أو أوراقه الخاصة نيابة عن البنك الضامن المقابل ويتحمل عن الأخير كامل المسؤولية تجاه

المستفيد. وبعد تلقيه مطالبة المستفيد بالدفع، يقوم البنك الضامن المباشر بدوره بالرجوع على البنك الضامن المقابل طالبا منه تغطية سداده لقيمة الضمان¹.

ثانيا: خطاب الضمان المرسل بواسطة بنك مبلغ

في هذه الحالة ينحصر دور البنك المحلي في مجرد تبليغ المستفيد عن إصدار الضمان لصالحه ولا يتحمل أي التزام بالدفع، فعملية الإصدار تظل من اختصاص البنك الأجنبي معطي التعليمات، ويقوم البنك المحلي بتمريره مباشرة وإيصاله للمستفيد بعد أن يصادق على صحته، وهنا لا يتحمل البنك المحلي أية مسؤولية تجاه المستفيد، وتبقى المسؤولية قائمة مباشرة على عاتق البنك الأجنبي في مواجهة المستفيد.

وفي هذه الحالة يمكن للبنك المبلغ أن يكون مكلفا بأداء قيمة خطاب الضمان، غير أن وضعيته القانونية لا تتغير لأنه لا يدخل في علاقة مع المستفيد، فهو لا يدفع له المبلغ إلا بعد إرسال مطالبة المستفيد وتبليغها للبنك الأجنبي معطي التعليمات وبعد استلام الرخصة من هذا الأخير بالوفاء له.

ثالثا: خطاب الضمان المؤيد

يتدخل البنك المحلي في هذا النوع من الضمانات بإضافة تصديقه للتأكيد على خطاب الضمان الصادر عن البنك الأجنبي (معطي التعليمات) مباشرة لصالح المستفيد وذلك بعد أن يضيف عليه تأييده لصالح هذا الأخير.

وفي هذه الحالة يتحمل البنك المحلي المؤيد التزاما مستقلا تجاه المستفيد والذي يضاف إلى التزام البنك الأجنبي (معطي التعليمات). والملاحظ أن هذه الطريقة تؤسس لظهور صنف جديد من الضمانات البنكية، وهذا الصنف من الضمانات غير معروف في الممارسة العملية، وتم تبنيه فقط من قبل قانون الجمهورية الاشتراكية الفيدرالية ليوغسلافيا سابقا، وقانون التجارة الدولي التشيكوسلوفاكي².

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 15-16.

² - ROSSI Tuto, OP.Cit, P 88 -89.

المطلب الثاني

خطاب الضمان من حيث الصيغة ومدة سريانه

يتعلق هذا المعيار بشروط المطالبة ودرجة العلاقة القانونية بين عقد الأساس وخطاب الضمان وبمدة صلاحيته، وسبق القول بأن خطاب الضمان هو من التعهدات الشكلية التي يتم فيها تحديد كيفيات وشروط المطالبة بالدفع صراحة وبصفة دقيقة في مضمونه وعباراته، والتي تعتبر المرجع في تحديد الالتزامات وفي شكل المطالبة وتنفيذها¹، بالتالي فإن أنواعه تختلف حسب محتوى الصيغة وبياناتها. هذا بالإضافة إلى خطاب الاعتماد الضامن (Stand-by) والذي يهدف إلى ضمان تنفيذ عقد أو التزام ما² والمشار إليه سابقا عند الحديث عن تمييز خطاب الضمان عن غيره من العمليات والنظم الأخرى، حيث توصلنا بأنه الأقرب من أحد أنواعه وهو خطاب الضمان المستندي.

والغالب أن يصدر خطاب الضمان بمدة محددة ينتهي التزام البنك الضامن بدفع قيمته للمستفيد بحلول أجله، إلا أنه يمكن أن يصدر دون تحديد أجل لانتهائه، وفي هذه الحالة يحق للبنك الضامن أن ينهيه في أي وقت، بشرط القيام بإبلاغ المستفيد والعميل بذلك خلال مدة معقولة قبل إلغائه. وسوف يتم بحث أنواع خطابات الضمان من حيث الصيغة (الفرع الأول)، ثم أنواعها من حيث مدة سريانها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خطاب الضمان من حيث الصيغة

تتقسم خطابات الضمان من حيث الصيغة وشروط التنفيذ إلى ثلاثة أنواع رئيسية³، فإلى جانب خطاب الضمان الذي يكون تنفيذه لدى أول طلب بسيط وهو الأكثر استعمالاً والذي بموجبه لا يتقيد المستفيد سوى بمجرد تقديم طلب خطي بسيط، يوجد مستوى آخر لهذه الضمانات يستدعي وضعها موضع التنفيذ ضرورة إرفاق مطالبة الوفاء بمستندات داعمة للطلب متفقا عليها ومحددة في التعهد وهو حال خطاب الضمان المستندي⁴، وبين هذين النوعين يوجد

¹ - Pierre-Alain Gourion, George Payrard, Op.Cit, P.189

² - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 409.

³ - Philippe Delebecque, Michel Germain, Traité de droit commercial, LGDJ, Paris, 17^oéd, 2004, P 352.

⁴ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 381.

مستوى آخر تكون فيه المطالبة لدى أول طلب لكن مع شرط تقديم المستفيد تصريحاً بإخلالات العميل الأمر¹ دون أن يطالب بتبيان أساس طلبه بالدفع وهو خطاب الضمان المبرر².

أولاً: خطاب الضمان لدى أول طلب بسيط

يعتبر خطاب الضمان لدى أول طلب بسيط أهم الأنواع وأكثرها استقلالاً واستعمالاً في الممارسة، ويلتزم فيه البنك الضامن بتنفيذ التزامه بالوفاء بصورة فورية عند طلب المستفيد، والذي غالباً ما يكون في شكل إشعار خطي وخلال وقت محدد ودون أية شروط أخرى.

ويشكل التعهد بهذه الصورة أحد أهم خصائص هذا النوع من الضمانات، وبمقتضاه يلتزم البنك بالوفاء دون النظر إلى العلاقات الأخرى ورغم أية معارضة قد يبديها العميل³.

وأمام وضعية المستفيد والمركز الاقتصادي الذي أصبح يحتله، والمنافسة الحادة التي أصبحت تسود بين المقاولات، استطاع خطاب الضمان لدى أول طلب أن يفرض وجوده كأهم نوع من الضمانات المستقلة في مجال إبرام التعاملات التجارية الدولية.

غير أن هذا النوع من الضمانات وإن كان يحقق مصلحة البنك الذي يقوم بالدفع لدى أول طلب دون أن يقحم نفسه في المنازعات بين أطراف عقد الأساس⁴، ويحقق مصلحة المستفيد الذي يمكنه الحصول على قيمة الضمان بمجرد تحرير مطالبة بسيطة، إلا أنه لا يتلاءم مع مصلحة العميل بالقدر الكافي، لأنه لا يمكنه الاعتراض على الدفع إلا في حالة اقتران مطالبة المستفيد بالغش الواضح⁵. بالتالي فإن العميل في هذا النوع يكون معرض خاصة إلى خطر المطالبة التعسفية، فالمستورد بصفته المستفيد عادة ما يطالب بالدفع إما لنقص خبرته أو لوجود الإحساس لديه بعدم الأمان، ويهدف بذلك للمحافظة على مركز قانوني على الأقل بشكل قطعي ليطمئن على حقوقه، كما أن الضمان لدى أول طلب عادة ما يعتبر كوسيلة للحصول على العملة الصعبة الأجنبية.

والطلب التعسفي يمكن أن يأخذ عدة أشكال، فالمستفيد يمكنه طلب الوفاء ليس من أجل العملية المحددة التي من أجلها تم الإصدار، ولكن من أجل عملية تعاقدية أخرى مع نفس العميل. كما يمكنه استخدام شرط أو بند "مددوا أو ادفعوا" وبذكاء في ضمان العروض المقدم في مناقصة،

¹ - Manuella BOURASSIN et autres, Op.Cit, P 232.

² - ج.ويبير - ر.روبلو، ترجمة علي مقلد، مرجع سابق، ص 610-611.

³ - رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 434.

⁴ - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 280-281.

⁵ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 280.

بهدف الإبقاء على عرض العميل إلى غاية المنح النهائي للصفقة، وفي هذه الحالة فإن هذا العميل يكون معرض لارتفاع تكلفة الصفقة ودفع عمولات بنكية أكبر¹. وفي إطار ضمان حسن التنفيذ فإن المستفيد يمكنه طلب الدفع مبررا ذلك بإخلال العميل، بينما يكون هذا الأخير قد قام بتنفيذ التزاماته بكيفية سليمة وفقا لعقد الأساس. وفي حالة ضمان رد الدفعات المقدمة، فإن المستفيد قد يستعمل المطالبة كوسيلة ضغط ضد العميل المقاول، حيث يمكنه مثلا تهديده بفسخ عقد الأساس من أجل الحصول على شروط جديدة للصفقة تكون له فيها مصلحة أكبر كمراجعة السعر أو الخصم. في هذه الحالات يجد العميل نفسه في مواجهة الالتزام بدفع المصاريف والعمولات البنكية المختلفة المتعلقة بخطاب الضمان، ويتحمل هذه الالتزامات المالية منذ الإصدار إلى غاية انتهاء مدته أو إعادته للبنك.

ثانيا: خطاب الضمان لدى أول طلب مستندي

إذا كان الأصل هو لجوء الأطراف إلى الضمان لدى أول طلب بسيط، فلا شيء يمنعهم من الاتفاق على إدخال بعض التعديلات على صرامته وكيفية تنفيذه، وذلك من خلال اشتراط على المستفيد ضرورة إرفاق طلبه بالوفاء بمستندات معينة ومحددة سلفا في نص خطاب الضمان²، حيث لا يقوم البنك الضامن بالوفاء للمستفيد في هذه الحالة إلا بعد تقديم المستندات المذكورة لتدعيم مطالبته بالدفع، يعني ذلك بأن طلب الدفع ينبغي أن يرفق ببعض المستندات المحددة في خطاب الضمان نفسه³، تثبت سوء أو عدم تنفيذ أو تأخر العميل في أداء التزاماته، ومع ذلك يبقى التزام البنك مستقل حيث يلتزم بالدفع لدى أول طلب وبعد المراقبة الشكلية حيث يكفي البنك بمراقبة المطابقة الظاهرية فقط للمستند أو المستندات المحددة، ولا يمكنه الاحتجاج بدفع مستند من عقد الأساس وبغض النظر عن أية معارضة قد يبديها العميل⁴، أي دون أن يكون من الضروري على المستفيد تقديم الدليل على عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ أو التأخر فيه، ودون أن يكون عليه تبرير مسؤولية العميل الأمر. وتتعدد وتتوعد المستندات المطلوبة لتنفيذ التزام البنك حسب كل حالة، غير أن المادة الثانية من القواعد الدولية الموحدة تضمنت بعض المستندات الواجبة التقديم كقرار تحكيم أو حكم محكمة. ويمكن إضافة إلى هذه المستندات بعض الوثائق الأخرى التي قد تطلب من المستفيد تقديمها، كترتيب خبير مستقل لمعاينة سوء عمل الأجهزة أو

¹ - Charles Moumouni, Op.Cit, P 807.

² - خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 97.

³ - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 280.

⁴ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P 255.

أن نتيجة ما لم تتحقق أو سوء التنفيذ أو التأخير فيه¹، أو شهادة شخص ثالث أو فاتورة غير مسددة أو غيرها من المستندات المتفق عليها.

ويتضح مما تقدم أن هذا الشكل أصبح من الأنواع المعروفة في مختلف الدول، وأنه متى تضمن خطاب الضمان في صيغته تقديم المستند اللازم كشرط للوفاء بقيمته، وجب على المستفيد تقديم هذا المستند حتى يعتبر الوفاء صحيحا، فالبنك لا يقوم بالسداد إلا بعد تقديم المستندات ودون شروط أخرى، وعليه فقط قبل قيامه بالدفع مراقبة المطابقة الظاهرية لهذه المستندات والوثائق المقدمة مع بنود خطاب الضمان، والتحقق من مطابقة إمضاء مقدم الطلب، لأن خاصية المستندية ليس لها أي أثر على استقلالية التزام البنك.

ثالثا: خطاب الضمان لدى أول طلب مبرر

هو أقرب إلى خطاب الضمان لدى أول طلب بسيط منه إلى الضمان المستندي، ففي هذا الصنف يكون على المستفيد تقديم سبب المطالبة فقط بدون أن يقدم الدليل على حقيقة السبب المقدم ولا على الأساس الحقيقي للمطالبة، والفرق بينه وبين الضمان لدى أول طلب بسيط يكمن في الالتزام الشكلي المتمثل في تبرير طلب الدفع والذي يمكن أن يعيق المستفيد الذي يحاول تقديم طلب غير مؤسس ويرتب مسؤوليته في حالة عدم صحة التبرير المقدم أو المحرر². وفي هذه الحالة يقوم المستفيد بالتقدم للبنك بطلب مكتوب مرفق بتصريح عن الأسباب التي تبرر هذا الطلب³، والتي غالبا ما تكون مرتبطة بتنفيذ العملية التي صدر بشأنها خطاب الضمان، كعدم التنفيذ أو سوء التنفيذ أو التأخير فيه، وسلطة تقدير وإثبات هذا التقصير متروكة للمستفيد نفسه وفقا لتقديره المطلق، ودون أن تكون للبنك سلطة تقييم هذه الأسباب⁴.

والحقيقة أن كلمة "مبرر Justifié" تقيد أن المستفيد يذكر سبب طلب دفع مبلغ الضمان وما ينسبه للعميل من أوجه تقصير في أداء التزام ما، أو وقوع حدث ما يترتب عليه استحقاق قيمة خطاب الضمان، ففي هذه الحالات يذكر المستفيد أوجه القصور والعيوب التي ترجع للعميل المتعاقد معه والتي كانت مبررا للمطالبة بالتنفيذ، وبالتالي يكون لديه الحق في طلب مبلغ الضمان مما يلزم البنك بالتنفيذ بناء على التبريرات المقدمة⁵.

¹ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, PP 383 et 385.

² - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 256-257.

³ - خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 97.

⁴ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 44-45.

⁵ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 385.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التبرير لا يفقد خطاب الضمان استقلاله فهو مجرد تبرير شكلي لبيان سبب المطالبة وليس لبيان مدى صحة الأساس القانوني للطلب¹. ويحبذ البعض هذا النوع نظراً لأنه يتعين على المستفيد بيان سبب طلبه، وهذا ما من شأنه أن يؤدي إلى التقليل حالات التعسف وسوء استعمال الحق، ويحسن موقف البنك الضامن عند رجوعه على العميل الأمر².
 مما سبق يظهر أن الأنواع الثلاثة التي سبق ذكرها تعبر عن صراع على مراكز القوة بين طرفي عقد الأساس، فكلما كان المستفيد في وضع أقوى إلا وفرض الضمان لدى أول طلب بسيط الذي يلزم البنك بالوفاء بمجرد مطالبة بسيطة، وفي مقابل ذلك كلما كان العميل الأمر في وضعية اقتصادية أفضل إلا وفرض خطاب الضمان المستندي أو المبرر الذي يحد من تعسف المستفيد في مطالبته بالوفاء ويلزمه بضرورة تقديم مستندات معينة أو تبرير طلبه بالوفاء.
 ومن حيث المبدأ، فإن خطاب الضمان المستندي أو خطاب الضمان المبرر كل منهما أيضاً واجب الدفع لدى أول طلب في حالة ما إذا كان تقديم المستندات أو التبرير من طرف المستفيد لا يؤثر على استقلالية التزام البنك بالدفع الفوري وبغض النظر عن أية معارضة، على أن تكون هذه المستندات محددة في نص خطاب الضمان نفسه.

الفرع الثاني

التقسيم من حيث مدة سريان خطاب الضمان

يصنف خطاب الضمان من حيث تاريخ صلاحيته إلى نوعين فقد يكون خطاب الضمان محددًا بمدة معينة ينتهي بانقضائها، كما يمكن أن يصدر دون ذكر مدة صلاحية محددة.
أولاً: خطاب ضمان له تاريخ صلاحية محدد

وهذا النوع هو الغالب في الممارسة والجاري به العمل، حيث ينتهي سريان خطاب الضمان في تاريخ معين، ويكون مبلغ الضمان قبل هذا التاريخ قابلاً للدفع للمستفيد متى تقدم بمطالبته كما يكون قابلاً للتمديد، ويلغى في هذا التاريخ في حالة انتهاء الغرض من إصداره كما هو الحال في الضمانات الصادرة بخصوص المناقصات العامة وضمان عودة البضائع المستوردة إلى الخارج، وضمان استرجاع المنتجات من الخارج بعد إدخال عمليات صناعية عليها، والضمان مقابل

¹ - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 280.

² - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2^oéd, P150.

تسليم سندات الشحن، وفي هذا النوع لا يجوز للبنك الضامن أن يرجع عن تعهده بإرادته المنفردة قبل الأجل المحدد في خطاب الضمان وإلا كان مسئولاً في مواجهة المستفيد والعميل الأمر¹.

ثانياً: خطاب ضمان غير محدد المدة

وهو الضمان الذي لا يحدد له تاريخ انتهاء عند صدوره، وإنما ينتهي بالإلغاء عند انتهاء الغرض منه أو بالسداد عند المطالبة بدفع قيمته، كما هو الحال بالنسبة لخطاب ضمان العودة من الخارج والصادرة لصالح إدارة الهجرة والجوازات والجنسية وغيرها، ويغطي هذا النوع من الضمانات كلياً نقداً²، كما يجوز للبنك الضامن أن ينهي هذا النوع في أي وقت بشرط إخطار المستفيد والعميل قبل الإنهاء بوقت مناسب وبحسن نية، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة³.

المطلب الثالث

خطاب الضمان من حيث معيار الغرض والغطاء

يتعلق الأمر هنا بالغرض الذي تم إصدار خطاب الضمان من أجل تحقيقه وكذا بالتأمين المقدم من العميل الأمر للبنك لتغطية الأخطار التي قد يتحملها نتيجة قيامه بعملية الإصدار. وهنا يمكن التيهان إذا لم يتم تحديد قطاع الموضوع ومجاله، لأن الضمانات المستقلة يمكن أن تغطي مجالات متنوعة وكثيرة جداً، مثل قطاع الصناعة، والتجارة، والأشغال العامة، والسياحة، والعقار، ... إلخ.

ويمكن تقسيمها من حيث معيار الغرض⁴ إلى عدة أقسام بحسب اختلاف الأغراض التي يمكن مصادفتها في الحياة العملية، وتبعاً للمجال الذي أصدرت من أجله هذه الضمانات، غير أنها تستخدم كثيراً في التبادلات الدولية في عقود توريد السلع والخدمات، وخصوصاً في مجال الصفقات الدولية للأشغال والإنجازات وبحسب مراحل هذه الصفقات الدولية، أما من حيث التأمين المقدم من العميل فتتقسم إلى خطاب ضمان غير مغطى، وخطاب ضمان مغطى كلياً أو جزئياً⁵. وسوف يتم التطرق إلى التصنيف حسب معيار الغرض بالتركيز على الأنواع الصادرة

¹ - رشاد نعمان شايح العامري، مرجع سابق، ص 432-434.

² - لؤي عبد الرحمن، مرجع سابق، 134 - 135.

³ - هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتجارة، مرجع سابق، ص 416.

⁴ - THIERRY BORNEAU, Op.Cit, PP 411-510.

⁵ - ROSSI Tuto, OP.Cit, P 96.

في مجال المناقصات الدولية لانتشار استخدامها في الحياة العملية (الفرع الأول)، ثم إلى الأنواع من حيث الغطاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خطاب الضمان من حيث معيار الغرض

إن من أهم التقسيمات الواردة في هذا الصدد توجد الضمانات المرتبطة بالمناقصات¹، والتي تعد الأكثر انتشاراً في الحياة العملية، فقلما يجرى تقديم عرض في مناقصة دولية ما دون أن يطلب من المتعهد تقديم ضمان بنكي، وتصدر في الغالب لصالح الجهات الحكومية والهيئات العامة والمؤسسات والشركات ضماناً لحقوقها في عقود الإنشاء أو التوريد². وتنقسم ضمانات المناقصات إلى عدة أنواع رئيسية، تبعا للإجراءات والمراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقات الدولية³، حيث يمكن التمييز خصوصا بين: ضمان جدية العروض المقدمة، و ضمان حسن التنفيذ، و ضمان رد الدفعات المقدمة و ضمان الصيانة⁴، بالإضافة إلى ضمان الأشياء المعارة⁵، وهو ما يتم عرضه على النحو الآتي:

أولاً: خطاب الضمان الابتدائي أو ضمان العروض

وهو الضمان الخاص بالعروض الذي يقدم عادة للمصلحة العمومية المتعاقدة لضمان جدية الدخول والمشاركة في المناقصة المعلنة لتوريد سلع أو أجهزة أو تنفيذ مشاريع مختلفة، والذي يرفقه العميل أو الشركة المقابلة بالملف المقدم في العرض، فالجهات المستفيدة تطلب عادة تأمين نقدي أو ضمان عروض يمثل نسبة معينة من قيمة العرض المقدم، وذلك للتأكيد على الجدية في التعاقد و لضمان عدم تراجع مقدم العرض أو انسحابه إذا ما ارتفعت الأسعار أو أنه أخطأ في التقدير، حيث تتم مصادرة مبلغ خطاب الضمان في حالة الانسحاب⁶.

ويطلق على ضمان العروض مصطلح الضمان الابتدائي أو المؤقت، لأن مفعوله هنا ينتهي في حالة عدم رسو الصفقة على العميل أو الشركة المتنافسين في الحصول عليها، أو برسوها عليه

¹ صلاح الدين حسن السبسي، مرجع سابق، ص 350-351.

² Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^e éd, Op.Cit, P 273.

³ محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة وأنواعها وطرق الإبراء منها، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2003،

ص135

⁴ رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 429.

⁵ محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 95.

⁶ عبد الحميد الغزالي، مرجع سابق، ص 16.

أو عليها وتوقيع العقد وتقديم ضمان حسن التنفيذ، حينها ينقضي الضمان الابتدائي وتتم عملية استرداده، أما إذا تراجع العميل عن تعهده أو رفض توقيع العقد لظروف ما، كتغيير في الأسعار أو خطأ في تقديره، كان للجهة المعلنة عن المناقصة أو صاحبة المشروع اقتضاء قيمة الضمان الابتدائي¹، والذي غالبا ما تكون مدة سريانه قصيرة نسبيا.

إن هذا الإجراء يحمي الجهات المستفيدة، حيث تمر فترة زمنية بين تقديم العرض وتوقيع العقد قد تتغير فيها الظروف في غير صالح من رست عليه الصفقة، فينسحب أو يرفض توقيع العقد، مما يلحق أضرارا بتلك الجهات المستفيدة، وبالتالي فهو يضمن جدية كل المتقدمين للمشاركة بعروضهم دخول المنافسة وعدم التراجع مستقبلا عن إتمام الإجراءات لأي سبب عند إبرام العقد النهائي بالنسبة لمن رست عليه الصفقة²، كما يفيد العميل الأمر (المصدر أو المقاول) لأنه يحصل على هذا الضمان من بنكه في صورة تسهيل أو ائتمان غير مباشر عن طريق التوقيع من البنك، بمنحه سمعته وثقته للعميل لكي يقبل المستفيد التعاقد معه، بالإضافة إلى سهولة استرجاعه عند تحقيق الغرض الصادر من أجله، بخلاف التأمين النقدي حيث أن المبالغ المودعة لدى الجهات العامة يكون استرجاعها ليس بالأمر السهل.

ولقد نص المشرع الجزائري بالمادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه: يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على بيانات إلزامية ومن بينها إلزامية كفالة التعهد، وأضافت المادة 67 من نفس المرسوم على أن يتضمن العرض التقني أيضا على كفالة تعهد. وبالرجوع لنص المادة 125 من ذات المرسوم الرئاسي نجد أنها تقرر أن قيمة هذا النوع من الضمانات لا يمكن أن يقل في أي حال من الأحوال عن نسبة 1% من مبلغ العرض.

ويلاحظ أن المشرع قام بتحديد الحد الأدنى فقط لمبلغ الضمان الابتدائي، تاركا بذلك تقديره للجهة المتعاقدة حسب أهمية المشروع أو الصفقة، وتضيف نفس المادة على أن "... تصدر كفالة تعهد المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية. وتصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى..."³.

¹ - محمد عثمان شبيب، مرجع سابق، 295.

² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 228.

³ - المواد 62 و 67 و 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

وبذلك فإن المشرع الجزائري من خلال هذا النص يهدف إلى تحقيق حماية أكبر لصالح المستوردين والمتعاملين الجزائريين في تعاملاتهم الخارجية وكذلك بالنسبة للبنوك الخاضعة للتشريع الجزائري من خلال اشتراط صدور الضمان المقابل.

وينتهي مفعول ضمان العروض إما بعدم رسو الصفقة على العميل المشترك فيها أو برسوها عليه وتوقيعه على العقد.

أ - حالة عدم رسو المناقصة

في هذه الحالة تنص نفس المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على وجوب أن يتم إرجاع كفالة المتعهد الذي لم يقبل والذي لم يقدم طعنا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن، أما الذي قدم طعنا فعند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة. وبهذا يتم إلغاء ضمان العروض أو الضمان الابتدائي من سجلات البنك سواء برده للبنك أو بإخطاره كتابيا من قبل الجهة المستفيدة.

ب - حالة رسو المناقصة

تنص نفس المادة 125 السابقة الذكر على أنه ترد كفالة التعهد للحصول على صفقة عمومية بعد تقديم كفالة حسن التنفيذ. أي يتعين على من رست عليه الصفقة أن يقدم ضمان حسن التنفيذ قبل استرداد ضمان جدية العروض، فقد يحدث أن ينسحب الشخص الذي رست عليه الصفقة ويمتنع عن توقيع العقد النهائي، فيكون من حق الجهة المتعاقدة التي أعلنت المناقصة أن تقوم بمصادرة قيمة ضمان العروض وذلك بمطالبة البنك بدفع قيمته لها.

ثانيا: خطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ

هو ضمان خاص بحسن تنفيذ العقود المبرمة بين العميل الأمر والمصلحة المتعاقدة معها سواء كانت مصلحة عمومية أو مؤسسات عامة أو خاصة¹. فإذا رست الصفقة على العميل يتعين عليه أن يقدم للجهة صاحبة المشروع تأمينا نهائيا أو ضمان حسن تنفيذ العملية² ويسمى بخطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ³، وهو عبارة عن تعهد بدفع مبلغ نقدي تحدد قيمته بنسبة معينة من قيمة الصفقة⁴، والتي حددتها المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بنسبة من 5% إلى 10% من قيمة المشروع أو الصفقة حسب طبيعة وأهمية المشاريع

¹ عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، مرجع سابق، ص 388.

² محمد ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 597.

³ خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 107.

⁴ جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، مرجع سابق، ص 379-380.

الواجب تنفيذها، مقابل حسن التنفيذ وسلامة الأداء من طرف العميل أو الشركة المقاوله تقاديا لمخاطر عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ للمشاريع والصفقات، ويستحق المبلغ المتعهد بدفعه في حالة تخلف العميل أو الشركة المعنية عن الوفاء بالتزاماته أو التزاماتها¹.

وتنص المادة 125 من نفس المرسوم الرئاسي على تقديم ضمان حسن التنفيذ من طرف الجهة المعنية بعد رسو المناقصة عليها، ليحل محل ضمان العروض الذي تم تقديمه في البداية قبل رسو الصفقة عليها وقبل أن يتم رده للعميل الفائز الذي رست عليه الصفقة لإعادته للبنك أو رده مباشرة للبنك المصدر له من قبل المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.

ويقدم ضمان حسن التنفيذ في فترة زمنية قبل توقيع العقد، وبقيمة أكبر من قيمة ضمان العروض الملغى، ويبقى ضمان حسن التنفيذ ساري المفعول إلى غاية الانتهاء من تنفيذ العقد، مع ترك فترة تسمح بالتأكد من حسن تنفيذ العملية أو لحين انتهاء مدته المحددة فيه، وقد حددت المادة 134 من ذات المرسوم مدة استرجاعه بشهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة².

والملاحظ أن حسن التنفيذ هو مصطلح مطاطي مفهومه مرن، لأنه إذا كان من السهل التحكم في الكمية فإنه يصعب السيطرة على الكيفية، حيث كثيرا ما تخرج الظروف والمتغيرات عن سيطرة العميل القائم بالتنفيذ، لذلك يحرص الأطراف على الدقة في صياغة ضمان حسن التنفيذ، لأهميته في تحديد الالتزامات ولتقادي الاختلافات حول كيفية تنفيذها، كما أن دفع قيمته يلحق بالعميل خسارة، وعليه فإنه عادة ما يتضمن شرط إثبات إخلال العميل بالتزاماته بتقديم المستفيد تقارير خبرة أو تقديم مستندات معينة تذكر في نص الضمان ذاته تثبت إخلال العميل بالتزامه وفشله في التنفيذ تبعا لما تم الاتفاق عليه، أي يصبح خطاب ضمان مستندي، وفي حالة تخلف العميل الأمر عن الوفاء بالتزاماته تتم مصادرة المبلغ. فهذا الضمان يهدف إلى تغطية الخلل الذي يحدث أثناء الإنجاز، ولذلك يسمى بخطاب ضمان الأداء أو خطاب ضمان حسن التنفيذ أو بخطاب الضمان النهائي³.

ويحق للجهة المستفيدة مصادرته إذا توافرت على سبيل المثال أحد الأسباب التالية:

- إذا ثبت للجهة المستفيدة أن المقاول أو المورد استعمل الغش أو التلاعب.

- إذا فسخت الجهة المستفيدة العقد بسبب تأخر أو امتناع المقاول أو المورد عن تنفيذ الأعمال أو توريد الأصناف أو أداء الخدمات المتعاقد عليها في المواعيد المتفق عليها في العقد.

¹ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P 254.

² - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 85.

- إذا أخل المقاول أو المورد بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد الالتزامات المقررة أثناء التنفيذ.

- إذا قدم المقاول أو المورد أكثر من عرض في المناقصة ولم يتبين للجهة صاحبة المشروع ذلك إلا بعد التعاقد معه، مما يكون لها إلغاء العقد معه ومصادرة ضمانه¹.

ثالثا: خطاب ضمان الدفعات المقدمة (ضمان التسبيقات)

الأصل في المعاملات التجارية عموما والمناقصات والعروض أن يتم السداد بعد إتمام العمل أو أداء الخدمة، غير أنه استثناء قد يتم الاتفاق في العقد بأن تدفع الجهة صاحبة المشروع دفعات مقدمة بنسبة معينة من قيمة العملية للعملاء الذين رست عليهم الصفقات قبل البدء في التنفيذ، مساعدة لهم في تمويل العمليات الكبيرة المسندة إليهم عند عجز إمكانياتهم عن تدبير موارد العملية²، مقابل إصدار خطاب ضمان بنكي لرد هذه التسبيقات³.

ويهدف هذا النوع من الضمانات بالدرجة الأولى هو توفير جزء من السيولة النقدية اللازمة لتمويل المعدات ونقلها إلى مواقع العمل والبدء في تنفيذ المشروع، والمصلحة صاحبة المشروع والتي تقدم التسبيقات للعميل تطلب منه استصدار خطاب ضمان بنكي بقيمة المبلغ الممنوح له، ولذلك سمي بضمان رد الدفعات المقدمة أو ضمان رد التسبيقات، ويكون بنفس القيمة والعملة⁴ وغير مقيد بأي شرط وساري المفعول إلى غاية تاريخ انتهاء تنفيذ العقد، لضمان إعادة المبلغ المدفوع عند عدم تمكن العميل الأمر من إتمام تنفيذ العمل الموكول إليه⁵، أو كان الجزء المنفذ لا يغطي المبلغ المدفوع كله، وبهذا يمكن للمصلحة صاحبة المشروع الرجوع على البنك بقيمة الضمان كلها أو بعضها في حدود الجزء غير المنفذ حسب الحالة⁶.

ولقد عرفت المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنها: "... التسبيق: هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة ...".

وتنص المادة 110 من نفس المرسوم الرئاسي على أن: "... لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات، يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين. ويجب أن تصدر

¹ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 92-93.

² - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 50.

³ - ROSSI Tuto, OP.Cit, P 93.

⁴ - عبد الحميد الغزالي، مرجع سابق، ص 16.

⁵ - جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، مرجع سابق، ص 380.

⁶ - خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 108.

كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى¹.

وحسب نص المادة 111 من ذات المرسوم الرئاسي فإن قيمته تعادل قيمة التسبيقات المقدمة، وعموما لا تتجاوز نسبة 15% من السعر الأولي للصفقة.

ولقد جرت العادة على أن يتم تسديد قيمة هذه التسبيقات على فترات، من خلال قيام الجهة أو المصلحة صاحبة المشروع باقتطاعها تدريجيا، عن طريق خصمها من مستحقات المتعامل المتعاقد معها تناسبا مع درجة تقدم تنفيذ العقد، وهذا ما أكدته المادة 116 من نفس المرسوم.

ويتم تخفيض الضمان بنسبة من قيمة المستخلصات المدفوعة مقابل القدر المنفذ من الأعمال تحدد بنسبة من قيمة خطاب الضمان إلى الأعمال، لذلك يشترط البنك في الغالب تنازل العميل عن الأعمال لصالح البنك لمتابعة المستخلصات ويتم على أساسها تخفيض قيمة الضمان.

والملاحظ أن ضمان رد التسبيقات له فائدة مزدوجة، فهو يضمن للجهة المستفيدة صاحبة المشروع حقها في حالة عدم رد المتعاقد للتسبيقات أو عدم تنفيذ العملية، ومن جانب آخر أن العميل الأمر يستفيد من هذه الدفعات المقدمة له لأنها تساعده في تمويل العملية أو المشروع والانطلاق في التنفيذ.

رابعا: خطاب ضمان الأشياء المعارة

قد يحدث من الناحية العملية أن ترسو الصفقة على أحد المقاولين، ولكن إمكانيات هذا المقاول لا تسمح له بتوفير جميع الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز المشروع الذي رسا عليه، إلا أنها قد تتوفر لدى الجهة المستفيدة، فتقوم بإعطائها للمقاول حتى تسهل له سرعة إنجاز العمل المكلف به²، غير أن الجهة المستفيدة تطالب من هذا المقاول تقديم خطاب ضمان من أحد البنوك يضمن رد هذه الأشياء المعطاة بحالتها السليمة عند التسليم³.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الجزائري لم يشر إلى هذا النوع من الضمانات. ونظرا لأهمية هذا الصنف من خطاب الضمان ودوره الحيوي والفعال في تسهيل مهام المقاولين على إنجاز المشاريع المكلفين بتنفيذها، يقترح على المشرع الجزائري إدراجه في حالة ما إذا قرر مراجعة القانون المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² - صلاح الدين حسن السبسي، مرجع سابق، ص 352.

³ - محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 95.

خامسا: خطاب ضمان الصيانة

تنص المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه: "عندما تنص الصفقة على أجل ضمان، تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130 أعلاه عند التسليم المؤقت، إلى كفالة ضمان". أي أنه بعد انتهاء تنفيذ المشروع ولغرض صيانته لفترة معينة¹، حيث أنه بعد التنفيذ واستلام المشروع وتحسبا لظهور عيوب أو نقائص غير ظاهرة، ونظرا لإمكانية بروز حاجة إلى إجراء بعض الإصلاحات والصيانة والترميمات، فإن الجهة المستفيدة وقبل قيامها بإعادة ضمان حسن التنفيذ، تطلب إصدار خطاب ضمان آخر يضمن إصلاح ما قد يظهر من عيوب في المشروع². وعمليا عادة ما يتم تقديم ضمان الصيانة فور الانتهاء من المشروع وقبل أن يتسلم العميل الأمر نسخة من محضر الاستلام النهائي من قبل الجهة المستفيدة، ويبدأ سريانه من تاريخ التسليم المؤقت للمشروع ويستمر مفعوله إلى غاية التسليم النهائي له، وبعد تقديم هذا الضمان تقوم الجهة المستفيدة بإعادة ضمان حسن التنفيذ للبنك لإلغائه، وتسليم نسخة من محضر الاستلام النهائي للمقاول الذي يبقى مسئولا عن تسوية وإصلاح أية عيوب قد تظهر إلى غاية المدة المحددة حسب طبيعة المشروع، والتي ينتهي مفعول ضمان الصيانة بانتهائها ليعاد للبنك المصدر له³.

مما سبق يبدو أن كل نوع من أنواع ضمانات المناقصات المعلنة يشكل مرحلة من مراحل إبرام الصفقات، ففي البداية يتم اللجوء إلى ضمان العروض، وبعد رسو الصفقة يقدم المقاول ضمان حسن التنفيذ، وحتى يتمكن العميل من إتمام الصفقة فإنه قد يتم اللجوء إلى خطاب ضمان الدفعة المقدمة ضمانا للتسيقات التي يتسلمها من المصلحة المتعاقدة، وتحسبا لظهور عيوب أو نقائص غير ظاهرة في الإنجاز، فإن الجهة المستفيدة تطلب إصدار خطاب ضمان آخر يضمن إصلاح ما قد يظهر من عيوب في المشروع يسمى ضمان الصيانة.

¹ - بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 2010، ص440.

² - صلاح الدين حسن السبسي، مرجع سابق، ص 351.

³ - خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 109.

الفرع الثاني

تقسيم خطاب الضمان من حيث التغطية

يصنف خطاب الضمان من حيث الغطاء النقدي إلى نوعين: خطاب ضمان غير مغطى، وخطاب ضمان مغطى كلياً أو جزئياً¹، ذلك أنه بمقتضى هذا الضمان، يتحمل البنك مخاطرة الوفاء بالمبلغ للمستفيد في حالة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته، لذلك قد يطلب البنك من العميل الأمر بتقديم تأمينات لتغطية هذه المخاطرة، وتتفاوت قيمة الغطاء تبعاً للدراسة الائتمانية لأوضاع العميل وما يتولد لدى البنك من ثقة في مركزه المالي وجدديته في تنفيذ ما يسند إليه من أعمال.

أولاً: خطاب ضمان مغطى كلياً أو جزئياً

وهو النوع الذي يطلب فيه البنك من عميله الأمر دفع قيمة خطاب الضمان أي المبلغ الذي يتعهد البنك بدفعه للمستفيد بالكامل أو جزء منه، ويتوقف ذلك على مدى ثقة البنك بعميله، ويودع مبلغ الغطاء الكلي أو الجزئي في حساب خاص يسمى "احتياطي خطاب الضمان"، ولا يحق للعميل أن يتصرف فيه أو يقوم بالسحب منه حتى ينتهي التزام البنك الناشئ عن إصداره لخطاب الضمان المطلوب.

والغطاء قد يكون نقدياً وهو أبسط الصور سواء كان ذلك بدفع المبلغ اللازم للبنك أو بخصمه من حسابه أو تجميده، أو يكون عينياً مثل رهن عقاري أو رهن الأوراق المالية أو التجارية أو التنازل عن بعض الحقوق أو غير ذلك التأمينات.

ثانياً: خطاب ضمان غير مغطى

وهو النوع الذي لا يطلب فيه البنك من العميل تقديم أي غطاء له، وتطبق البنوك هذا النوع إذا كان العميل شركة كبيرة تتمتع بسمعة جيدة ولديها حسابات هامة لدى البنك. وتصدر البنوك خطاب الضمان أيضاً بدون غطاء أي على المكشوف، إذا طلب بنك أجنبي أي الضامن المقابل من بنك محلي إصدار خطاب ضمان مباشرة لفائدة شخص مقيم على أساس مبدأ المعاملة بالمثل، وذلك ثقة منه في ملاءة هذا البنك الأجنبي.

ويتحكم في غطاء خطاب الضمان عدة عوامل منها متانة المركز المالي للعميل وسمعته التجارية والمعاملات الناجحة التي تربطه بالبنك، وهي أمور تتحدد على ضوء دراسة ميزانيات السنوات السابقة. وفي هذا الصدد تنص المادة 24 من النظام 02-03 على ما يلي: "يجب أن يأخذ

¹ - ROSSI Tuto, OP.Cit, P 96.

تقييم مخاطر القروض بعين الاعتبار على الخصوص العناصر الخاصة بالوضعية المالية للمستفيد، قدرته على السداد وعند الاقتضاء الضمانات المحصل عليها، كما يجب أن يتضمن التقييم بصفة خاصة وبالنسبة للمؤسسات تحليل محيط هذه الأخيرة ومميزات الشركاء أو المساهمين والمسيرين، كما يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الوثائق المحاسبية الأخيرة...¹.
وعليه فإن غطاء خطاب الضمان وتحديد قيمته يتحكم فيه إلى حد بعيد الاعتبار الشخصي للعميل، فكلما تقاضى البنك غطاء كاملا كانت مراعاة الاعتبار الشخصي في هذا العميل أقل، وبالعكس إذا أصدر البنك الضمان على المكشوف فمعنى ذلك أنه ثقته في العميل الأمر كبيرة.

¹ - المادة 24 من النظام رقم 02-03 مؤرخ في 14 نوفمبر 2002، الصادر عن بنك الجزائر، يتضمن المراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج.ر. عدد 84 بتاريخ 18 ديسمبر 2002م.

خلاصة الفصل الثاني:

عادة ما يساهم في عملية إصدار خطاب الضمان الدولي أربعة أطراف وهم: العميل الأمر والمستفيد أطراف علاقة الأساس، والبنك المحلي في بلد المستفيد الذي يتدخل إما بتعهده لصالح المستفيد النهائي عن طريق إصدار ضمان مباشر بناء على تعليمات البنك الأجنبي الذي يتعهد بتغطية الضامن المباشر بواسطة ضمان مقابل، وإما أن ينحصر دوره في مجرد تبليغ المستفيد دون أي التزام من جانبه تجاه هذا الأخير ويسمى بالبنك المبلغ، كما يمكن أن يضيف تصديقه ليصبح مؤيداً، غير أن الغالب في التطبيق العملي هو أن يصدر خطاب الضمان الدولي عن بنك محلي في بلد المستفيد بناء على تعليمات البنك الأجنبي، على أن يتعهد الأخير بتغطية البنك المحلي بواسطة ضمان مقابل.

ويشترط في خطاب الضمان لكي يفي بالغرض الذي أنشئ من أجله، أن يصدر محرراً في شكل كتابي أو الكتروني، بحيث يعتبر محتواه وعباراته المرجع الوحيد لمعرفة شروط وأحكام تنفيذه، وعلى هذا الأساس يظهر أن تحريره في صيغة واضحة ومفصلة مع وجوب تحديد البيانات اللازمة، له أهمية كبيرة في تحديد التزامات وحقوق الأطراف وتجنب النزاعات، وإذا قام البنك بالوفاء للمستفيد كانت المرجع في صحة دفعه وفي جواز رجوعه على العميل بما قام بسداده، إضافة لذلك فهي عندما تكون واضحة ودقيقة توفر على أطراف العلاقة الكثير من الوقت والجهد والتكاليف المرتبطة بإجراءات التقاضي في حال نشوب نزاع.

ويقدم خطاب الضمان الدولي بشأن عمليات تتم عبر الحدود ويكون أحد طرفيه غير مقيم سواء كان عميلاً أو مستفيداً، يتم إصداره إما بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم، أو بناء على طلب عميل مقيم لصالح مستفيد غير مقيم. وتتم عملية إصداره في الغالب بطريقة غير مباشرة ويتطلب ذلك إصدار ضمان مقابل وقد تم توضيحه ومعرفة خطوات إصداره بحسب عدد المتدخلين وطبيعة العلاقات.

ولقد تم التوصل إلى أنه بعد إصدار خطاب الضمان قد يتطلب الأمر إجراء بعض التعديلات عليه، سواء من ناحية تخفيض المبلغ الذي صدر به أو الرفع من قيمته أو من ناحية مدة صلاحيته من حيث تقصيرها أو تمديد أجله، كما قد يتعلق التعديل بالغرض الذي صدر بشأنه أو في حالة وجود أخطاء مادية بخصوص الشروط الواردة به، وتجدر الإشارة هنا إلى ضرورة إعلام جميع الأطراف المعنية بالتعديل فيما لو حدث، لأن الإخطار يعتبر من الأصول العرفية التي تراعيها البنوك للمحافظة على علاقاتها مع عملائها.

ورأينا بأن أصناف خطاب الضمان تتنوع بحسب المعاملات التي تستلزم تقديمه، وهي كثيرة ومتنوعة لا تقع تحت حصر بحيث يصعب وضع إحصاء شامل لها، إذ يمكن أن يطلب من البنك إصداره حيثما دعت الحاجة إلى توفير الثقة بين المتعاملين.

وما دام أن هذه الآلية من ابتكار الممارسة والعرف المصرفي فيعني أن البنوك قد تضيف أنواعا جديدة كلما كانت هناك حاجة وضرورة لذلك، حيث أن مجالات استخدام هذا النوع الضمانات في اتساع مستمر، إذ أصبحت تشمل عقود البيع والتشييد وعقود التوريد والخدمات والعقود الالكترونية وغيرها من العقود، وذلك بسبب المرونة التلقائية التي تطبع طريقة وضعه موضع التنفيذ، وقد نتج عن هذه المرونة التي يتمتع بها خطاب الضمان ظهور أنواع وأصناف ليست محددة على سبيل الحصر وإنما تتنوع بحسب المعاملات التي يصدر من أجلها أو تتطلبه، فالأساس فيه أنه كلما قلت الثقة بين أطراف التعامل زاد الطلب على استصداره، بالتالي فهو يتنوع تبعاً للزاوية التي ينظر إليه من خلالها مما لا يسمح في الواقع بحصر هذه الأنواع، ولقد تم التطرق إلى أهمها وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية.

الباب الثاني

أحكام التعامل بخطاب الضمان الدولي

الفصل الأول

آثار إصدار خطاب الضمان

الفصل الثاني

انقضاء خطاب الضمان وأثره

تمهيد وتقسيم:

يشكل خطاب الضمان خاتمة لسلسلة من الروابط التعاقدية الناتجة عن عملية مركبة تستند على عدة علاقات تكاد تكون متشابكة إلا أنها في الواقع مستقلة ومنفصلة عن بعضها البعض¹، تتعدد فيها الأطراف وتتباين أهدافهم إلا أن مساهمتهم جميعاً ضرورية في عملية الإصدار وما ينتج عنها من آثار قانونية² بما ينشأ من علاقات وما يترتب من التزامات متقابلة.

ورغم أهمية التزام البنك كأثر مباشر في مواجهة المستفيد وإسهامه في انتشار التعامل بهذه الآلية، إلا أن أغلب الفقه والقضاء يرى أن استقلاليتها ليست مطلقة، بل قد يتعطل في حالة استعمال المستفيد الغش والتحايل في مطالبة البنك بالدفع³.

والأصل أن يقوم العميل بتنفيذ التزاماته الأساسي وينتهي بذلك التزام البنك، لكن قد يحدث أن يقوم المستفيد بمطالبة البنك بالدفع للأسباب التي يقدرها كحالة إخلال العميل بالتزاماته، مما يؤدي إلى وضع خطاب الضمان موضع التنفيذ⁴ ويتم بالتالي تحريك الضمان المقابل.

وقد يقدر العميل عدم أحقية المستفيد في الحصول على المبلغ فيلجأ إلى استعمال التدابير القضائية المؤقتة محاولاً وقف البنك عن التنفيذ إلى حين الفصل في نزاعه ضد المستفيد.

وتحدث أحيانا ظروف طارئة أو قوة قاهرة لا دخل لإرادة البنك أو المتعاقدين بها وتحول دون تنفيذ الالتزام أو تؤدي إلى استحالته، ومن ضمنها ما يعرف بالحصار أو المقاطعة الاقتصادية.

ومهما كانت أسباب انقضاء التزام البنك، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء خطاب الضمان وبالتبعية إلى انقضاء الضمان المقابل وما يترتب على ذلك من آثار بالنسبة للأطراف وما يفتحه من دعاوى رجوع⁵.

ومن خلال هذا الباب سوف يتم دراسة آثار عملية إصدار خطاب الضمان (الفصل الأول)، ثم عرض طرق انقضاء خطاب الضمان وأثره (الفصل الثاني).

¹ - علي البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، ج2 (العقود التجارية وعمليات البنوك)، مرجع سابق، ص 418.

² - أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، مرجع سابق، ص 6-7.

³ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 280.

⁴ -Gael PIETTE, Op.Cit, p76.

⁵ - Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud, Op.Cit, p729.

الفصل الأول

آثار إصدار خطاب الضمان

تحمل عملية إصدار خطاب الضمان في طياتها أكثر من علاقة، حيث يتعهد البنك أمام المستفيد الغريب عنه بناء على طلب العميل، وبذلك تكون هناك علاقات ثلاث أو أربع حسب طريقة الإصدار تمضي جنباً إلى جنب.

تتمثل الأولى في علاقة العميل بالمستفيد وقد يتعلق الأمر بعقد مقاوله أو توريد أو تقديم خدمات كما يمكن أن تكون علاقة تنظيمية، وتسمى علاقة الأساس ومنها ينشأ التزام العميل بتقديم خطاب الضمان¹. وتتمثل الثانية في علاقة البنك بعميله ويحكمها عقد فتح الاعتماد بالضمان، أما الثالثة فهي علاقة البنك بالمستفيد الناشئة عن خطاب الضمان ذاته. وتكون العلاقة الرابعة في إطار الإصدار الغير مباشر، أين يتدخل بنك محلي كضامن مباشر يتوسط بين البنك الأجنبي -الضامن المقابل- وبين المستفيد، فتصبح العملية متكونة من أربعة روابط قانونية مختلفة حيث تنشأ علاقة بين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المباشر، هذا الأخير يعوض البنك الأجنبي في علاقته بالمستفيد² ويصبح في ارتباط مباشر معه.

هذه العلاقات تبدو متداخلة لكنها مستقلة تماماً عن بعضها البعض، وينتج عن هذه العملية آثار قانونية تتمثل في الالتزامات المترتبة في ذمة كل من العميل والبنك، بالإضافة إلى القيود التي يتعين على المستفيد مراعاتها عند طلبه التنفيذ، وباعتباره أثر مباشر لخطاب الضمان يحظى التزام البنك باهتمام كبيرة خصوصاً من حيث مدى استقلاليته.

وعليه سوف يتم التطرق من خلال هذا الفصل إلى مختلف العلاقات الناشئة عن عملية إصدار خطاب الضمان (المبحث الأول)، والالتزامات المترتبة عنها (المبحث الثاني)، ثم بحث استقلالية التزام البنك وأثر غش المستفيد عليها (المبحث الثالث).

¹ - عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 353.

² - Charles Moumouni, Op.Cit, PP. 817 et 825.

المبحث الأول

العلاقات الناشئة عن عملية إصدار خطاب الضمان

تتدرج عملية خطاب الضمان ضمن إطار تعاقدى يتميز بتشعب العلاقات القانونية وتعدد الأطراف المعنية به، كل طرف منهم يتوخى تحقيق غاية محددة تختلف عن غاية الأطراف الأخرى، ومع ذلك فهم متحدون حول تحقيق هدف مشترك يتمثل في إصدار خطاب الضمان. فمن أجل ضمان تنفيذ التزامات عقدية أو تنظيمية، غالبا ما يشترط المستفيد على العميل أن يقدم له ضمانا بنكيا. وتنفيذا لذلك يتقدم العميل إلى البنك الذي يتعامل معه طالبا منه إصدار الضمان المطلوب، وبموافقة البنك على ذلك يبرم عقد فتح الاعتماد بالضمان بينهما، وبمقتضاه يقوم البنك بإصدار تعهده لصالح المستفيد، وبوصوله إلى علم الأخير دون رفضه تنتج العملية كافة آثارها القانونية في مواجهة الأطراف¹، وتعتبر هذه الحالة هي الصورة البسيطة أو المباشرة. أما في الممارسة فإن الصورة الغالبة تتمثل في قيام المستفيد باشتراط صدور خطاب الضمان عن بنك محلي يتواجد في بلده، لذلك يطلب العميل من بنكه في الخارج أن يصدر تعليمات إلى بنك في بلد المستفيد ليتولى إصدار الضمان المطلوب، في هذه الحالة يسمى البنك المحلي بالضامن المباشر ويسمى البنك الأجنبي بالضامن المقابل².

وحتى يمكن إدراك وفهم عمق العلاقات الناشئة بين هذه الأطراف عن عملية إصدار خطاب الضمان، يبدو من المناسب معالجة كل علاقة على حدا بداية بعلاقة العميل بالمستفيد (المطلب الأول)، وعلاقة العميل الأمر بالبنك (المطلب الثاني)، وعلاقة البنك المحلي بالمستفيد (المطلب الثالث)، ثم علاقة البنك الأجنبي بالبنك المحلي (المطلب الرابع).

¹ - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 735.

² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 176.

المطلب الأول

العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد

غالبا ما يرتبط العميل والمستفيد بمعاملة سابقة تسمى علاقة الأساس وهي تختلف باختلاف نوع التعامل بينهما¹، حيث لا يشترط أن يرتبطان دائما بعلاقة عقدية، فقد تكون تنظيمية مثل تقديم خطاب الضمان لمصلحة الجمارك من أجل تخليص بضائع مستوردة²، كما يمكن أن تكون مرحلة تمهيدية من التعاقد مثل ضمان العروض كدليل جدية المشاركة في المناقصات³ وعدم الانسحاب منها في المستقبل، وعموما تكون هذه العلاقة خاضعة من حيث شروطها وصحتها لأحكام القواعد العامة.

ويعتبر البنك أجنبيا عن هذه العلاقة ومع ذلك يتقدم إليه العميل بطلب إصدار خطاب الضمان تنفيذا للعلاقة التي تربطه بالمستفيد ويسلمه لهذا الأخير أو يقوم البنك بإرساله إليه مباشرة. ومن هنا يصبح البنك مدينا أصليا تجاه المستفيد بدلا عن العميل، يتم الرجوع عليه مباشرة من طرف المستفيد إذا ما قرر المطالبة بقيمة الضمان.

وعليه فإن العلاقة بين العميل والمستفيد تعد نقطة البداية لكل عملية ضمان وحجر الزاوية فيها، ذلك أنها الأصل في عملية إصدار خطاب الضمان وسبب التزام العميل بتقديمه للمستفيد⁴، وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، أي أنه يسأل في مواجهة المستفيد متى لم يستطع استصداره من البنك ووصوله للمعني.

ففي عقد الأساس عادة ما يشترط المستفيد على العميل أن يقدم له ضمانا بنكيا، وتتضمن نصوصه عناصر وشروط الضمان المراد إصداره والمتفق عليها بينهما، وتبدو أهمية هذا الاتفاق في أنه سبب التعهد ذاته وفيه التزام العميل باستصدار الضمان المناسب لصالح المستفيد. وتتنوع العلاقة بين العميل والمستفيد وتتخذ أشكالا متعددة، فقد تكون علاقة عقدية كعقود إنجاز الهياكل والمنشآت أو عقود توريد السلع والأجهزة أو تقديم خدمات، يصدر بشأنها خطاب الضمان المناسب، مثل حالة إصدار ضمان حسن التنفيذ أو ضمان رد الدفعات المقدمة في مجال إتمام إنجاز الصفقات، عندما يتعاقد المقاولون ورجال الأعمال مع المصالح الحكومية أو

¹ سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 89 و 91.

² Sophie Moreil, Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit bancaire, DALLOZ, Paris, 10^eéd, 2010, P 145.

³ محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص 952.

⁴ رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 435.

الجهات المستفيدة المعلنه عن المناقصة الدولية، وقد تكون تمهيدا للتعاقد كحالة تقديم عرض للمشاركة في مناقصة مصحوبا بخطاب ضمان ابتدائي، كما قد تكون تنظيمية مع مصلحة أو جهة إدارية مثل الحالات التي يستلزم فيها تقديم خطاب ضمان لمصلحة الجمارك أو المصالح الملاحية وغيرها¹.

والأصل أن العميل ملتزم بإيداع مبلغ مالي لدى الجهة المستفيدة كتأمين لجديته وحسن تنفيذه للعملية وعدم إخلاله بالتنفيذ أو التأخر فيه، ويعتبر هذا التأمين بمثابة رهنا للنقود المقدمة يعرف بالرهن الناقص، وبمقتضاه يمتلك المستفيد النقود ويلتزم برد قيمتها للعميل عند تنفيذه لالتزامه وفقا للاتفاق المبرم بينهما، أما في حال الإخلال بالالتزامات كان لصاحب المشروع أو الجهة المالك أن تتمسك في مواجهة العميل بالمقاصة بين حقها وبين النقود المرهونة.

وخطاب الضمان يؤدي وظيفة هذه الوديعة النقدية، فإذا قدمه العميل بدلا من التأمين النقدي ورضي به المستفيد تبرأ ذمته تجاهه ويصبح البنك الضامن هو الملتزم بصفة أصلية في مواجهة المستفيد بدفع المبلغ له باعتباره حقا لهذا الأخير يحكمه نص تعهد البنك وعباراته.

والأصل المفترض أن خطاب الضمان لا يتم تنفيذه إلا إذا لم ينفذ العميل التزاماته تجاه المستفيد بشكل صحيح، لأن ذلك يمثل وظيفة الضمان والغرض من إصداره ليقبل به المستفيد، غير أن هذه القاعدة لا تنطبق إلا في علاقة العميل بالمستفيد. أما بالنسبة للبنك فإنه ملزما بالتنفيذ مهما كان مصير تنفيذ عقد الأساس، لأنه لا يرغب في أن يقحم نفسه في مشاكل تتعلق بأطراف علاقة الأساس بل يبقى محايدا، كما أنه في الغالب يعجز عن تقدير ما إذا كان العقد نفذ أم لم يتم تنفيذه، ولا يريد أن يتحمل مسؤولية في هذا الخصوص، ولأن البنوك تتعامل في العادة من خلال الوثائق فقط².

¹ - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 118.

² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 177.

المطلب الثاني

العلاقة بين العميل الأمر والبنك الضامن

تخضع العلاقة بين العميل الأمر والبنك الضامن لبنود عقد فتح الاعتماد بالضمان¹ وهو عقد رضائي ينعقد بتبادل الإيجاب والقبول، ذلك أن العميل الأمر بعد إبرام عقد الأساس بينه وبين المستفيد والاتفاق على كافة المسائل الجوهرية فيما يتعلق بكيفية تنفيذه والضمانات الواجب تقديمها، وتنفيذا لشروطه يلجأ العميل الأمر إلى البنك الذي يتعامل معه طالبا منه إصدار خطاب ضمان، وإذا قبل البنك طلبه فإنه يتم إبرام عقد اعتماد بالضمان بينهما، وبمقتضاه يتعهد البنك بإصدار تعهده بالضمان لصالح المستفيد وبالنوع المطلوب والمتفق عليه². وعليه سوف يتم تحديد العلاقة بين العميل الأمر والبنك الضامن (الفرع الأول)، ثم تحديد شروط صحة العقد بالنسبة للعميل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد العلاقة بين العميل الأمر والبنك الضامن

تبدأ العلاقة بين البنك والعميل الأمر بصدد عملية إصدار خطاب الضمان، عندما يتقدم هذا الأخير إلى البنك بطلب الإصدار، والذي يعتبر بمثابة إيجاب من العميل، إذا ما اقترن بقبول البنك له ينعقد العقد ويلتزم البنك بإصدار تعهده، ويعبر البنك عن قبوله بقيامه بإصدار خطاب الضمان وإرساله للمستفيد.

ويتضمن طلب العميل بصورة إجمالية البيانات التي سيصدر بها خطاب الضمان، كاسم المستفيد وعنوانه، ومبلغ الضمان والغرض من إصداره ومدة صلاحيته، ويشترط العميل على البنك بأن يرتب حقا مباشرا ومستقلا للمستفيد متى تقدم الأخير بطلب الدفع خلال مدة الصلاحية. وبصدور تعهد البنك الضامن ووصوله إلى علم المستفيد دون رفضه، تبرأ ذمة العميل في مواجهة المستفيد³.

¹ - مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 82.

² - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 121.

³ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص 941.

بالإضافة إلى ما سبق فإن الطلب يتضمن أيضا تصريح العميل الأمر للبنك بدفع قيمة الضمان للمستفيد عند أول طلب بسيط يرد من هذا الأخير، أو حسب كفاءات متفقا عليها يتم النص عليها في مضمونه، أي يكون الطلب مستوفي الشروط المنصوص عليها كتقديم مستندات معينة، لكن دون حاجة في الرجوع إلى العميل أو الحصول على رضا منه، بل ورغم أية معارضة قد يبديها هذا الأخير¹.

وتجدر الإشارة إلى أن البنك غير ملزم بإبرام عقد الاعتماد بالضمان مع العميل، خاصة إذا لم يكن بينهما تعامل سابق أو علاقة معينة تسمح بطلب هذا الضمان بشروطه، أما إذا كانت بينهما معاملات سابقة وكانت ظروف إصدار خطاب الضمان وصيغته مناسبة للبنك، فإن الأخير يكون ملزما بالموافقة على طلب العميل، وإذا تأخر بعد ذلك لأي سبب أو أصدر التعهد بصيغة مخالفة للاتفاق بينهما ونجم عنه ضرر للعميل، كحرمانه من دخول المناقصة أو فسخ عقد الأساس لعدم تقديم خطاب الضمان²، يعتبر البنك مسئولا مسؤولية عقدية أو تقصيرية في مواجهة العميل الأمر حسب الحالة.

وفي حالة عدول البنك عن القيام بعملية الإصدار أو لم يتمكن من ذلك بعد قبوله، فعليه القيام بإخطار العميل الأمر بذلك فورا حتى يتمكن الأخير من اللجوء إلى بنك آخر وفي وقت مناسب. وعلى الرغم من أن البنك التجاري مقيد بالقواعد والأنظمة التي يضعها البنك المركزي في الدولة (بنك الجزائر مثلا)، غير أنه إذا أصدر خطاب الضمان مخالفا لها، فإن ذلك لا يؤثر على التزامه المستقل تجاه المستفيد، فالتعليمات موضوع هذه الأنظمة ليست شرطا لصحة العمليات البنكية، إلا أن البنك التجاري يسأل أمام البنك المركزي بسبب ارتكابه خطأ إداري يتمثل في مخالفة هذه اللوائح والأنظمة.

وفي هذا الصدد تنص القواعد الدولية الموحدة على أنه: "عندما يتسلم الضامن تعليمات بإصدار الضمان وكان يتعذر على الضامن تنفيذ هذه التعليمات لأسباب تتعلق بالقوانين أو اللوائح في بلد الإصدار التي تمكنه من الوفاء بشروط الضمان، فعلى الضامن أن يقوم فورا بإخطار الطرف الذي أعطاه التعليمات بإصدار الضمان عن طريق الاتصال الهاتفي أو البرقي، فإذا تعذر ذلك فيتم بأسرع الطرق الممكنة لإبلاغه بالأسباب التي لا تمكنه من تنفيذ التعليمات ويطلب منه إصدار تعليمات مناسبة جديدة"³.

¹ سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 89.

² علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 181-182.

³ الفقرة (أ) من المادة السابعة من (ق.د.م.ض.ط) المنشرة رقم 458، مرجع سابق.

الفرع الثاني

شروط صحة عقد الاعتماد بالضمان بالنسبة للعميل

باعتبار عقد فتح الاعتماد بالضمان عقدا رضائيا، فيجب أن تتوفر فيه الأركان الموضوعية العامة لصحة العقود، وتوفر الأهلية التجارية بالنسبة للعميل إذا كان العقد تجاريا بالتبعية وهو الغالب، ومن ثم فلا بد من مراعاة الأحكام العامة بخصوص أهلية العميل وما يتبع ذلك بالضرورة من أحكام تتعلق بسلامة الرضاء ومشروعية المحل والسبب.

أولا: الأهلية

إن أهلية كل شخص طبيعي كان أم اعتباري إنما ينظر إليه من الناحية القانونية هل أنه أهل لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات أم لا؟

ومن البديهي أن كل إنسان تتوفر فيه أهلية الوجوب وتثبت له منذ ولادته حياً وانفصاله عن أمه، بل وقبل ذلك عندما يكون جنينا في مسائل الميراث في الفقه الإسلامي¹.

وأهلية الوجوب ليست محل الدراسة، وإنما الذي يهم هنا هو أهلية التصرف أي أهلية الأداء.

وخلاصة القول في ذلك، أن الصبي إذا لم يكن مميزاً لا تكون له أهلية الأداء إطلاقاً، ويعتبر الصبي بعد بلوغه سن التمييز قاصراً مميزاً حتى بلوغه سن الرشد وهي تسعة عشرة سنة كاملة في التشريع الجزائري² وتكون تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً صحيحة أما الضارة به ضراً محضاً باطلية، وبالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال، ويستثنى من ذلك القاصر المرشد إذا بلغ من العمر الثامنة عشرة سنة كاملة وأذن له بممارسة التجارة³.

أما بالنسبة لأهلية الأجنبي فقد نص القانون المدني الجزائري على أنه يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم⁴، ونفس الحكم قرره المادة 13 من ذات القانون بالنسبة لأهلية الزوج إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية.

ومعنى ذلك أنه في حالة كون امرأة أجنبية يقضي قانون بلد جنسيتها باشتراط إذن الزوج لممارستها التجارة، وتقدمت إلى أحد البنوك التجارية طالبة إصدار خطاب ضمان وكانت كاملة الأهلية، وباعتبار أن الإصدار من النشاطات المصرفية التي اعتبرها المشرع من الأعمال

1- المادة 128 من قانون الأسرة رقم 84-11، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 في 27 فيفري 2005، ح.ر عدد 15.

2- المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

3- المادتين 05 و06 من الأمر رقم 75-59 المتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

4- المادة 10 الفقرة 1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، نفس المرجع.

التجارية، فإنه يفترض في هذه المرأة أنها تزاول هذه الأعمال بإذن زوجها، ولهذا فإنه لا يجوز لها بعد إصدار خطاب الضمان وقيام البنك بدفع قيمته للمستفيد عند المطالبة به ورجوع البنك عليها، بأن تدفع وتعترض بحجة أن قانون أحوالها الشخصية لا يسمح لها بأن تزاول الأعمال التجارية إلا بإذن زوجها. وعليه فإنه في مثل هذه الحالة وحرصاً من البنك باعتباره محترفاً، يمكنه أن ينبه المرأة التي لا تحمل الجنسية الجزائرية إلى ذلك قبل الإصدار، وأن يمضيها على إقرار حول هذه المسألة.

كما يتعين على البنك أن يتحقق من أن أهلية عميله غير مشوبة بأي عارض من عوارض الأهلية مثل العته والسفه والجنون، لأنه إذا ما أصدر خطاب الضمان ووصل إلى المستفيد وتبين فيما بعد أن العميل الأمر سفيه مثلاً، يكون البنك بذلك قد ساهم في ضياع جزء من ثروة عميله. أما بالنسبة للأشخاص المعنوية مثل الشركات فإن عقد تأسيس الشركة هو الذي يقرر حدود أهليتها والشخص الممثل لها كنائب يعبر عن إرادتها¹.

وعليه فإن شروط الأهلية في العميل الأمر أساسية، وأحكامها تعتبر من النظام العام فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة فيه ولا أن يوسع فيما نقص عنده، كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها، وكل اتفاق على ذلك يعتبر باطلاً.

هذا فيما يتعلق بالأهلية بصفة عامة نظراً لأهميتها وبشيء من الإيجاز، كما يتعين على البنك مراعاة أمور أخرى لا تقل أهمية عن الأهلية، وهي مسألة الرضاء والمحل والسبب، وسوف يتم الاكتفاء بإشارة موجزة بهذا الخصوص حسب ما يتطلبه هذا الجزء من الدراسة.

ثانياً: الرضاء

بالنسبة للرضاء يفترض دائماً توافره ما لم يقر الدليل على عكس ذلك، ومن ثم لا يتصور أن يقوم البنك بإصدار خطاب ضمان لصالح شخص ما دون طلب وموافقة عميله، وإذا ما حصل ذلك فإنه يحق لهذا العميل أن يعترض، إذ لا يملك أحد أن يحملة التزاماً بدون رضاه².

وقد يحدث أن يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان بناء على طلب عميله الأمر، ثم يقوم بعد ذلك وبناءً على طلب المستفيد بتمديد أجله دون موافقة العميل الأمر، ويعتبر ذلك خطأ من جانب البنك الضامن، ومن حق العميل الاعتراض عليه إلا إذا كان التمديد في صالحه، كأن ترد مطالبة المستفيد إلى البنك على سبيل التخيير من خلال عبارة "مددوا أو ادفعوا" عندئذ يكون التمديد في هذه الحالة أفضل من الدفع بالنسبة للعميل الأمر.

¹ - المادتين 49 و50 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - المادة 113 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، نفس المرجع.

وعيوب الرضا في مجال خطابات الضمان يمكن أن تتحقق في حالة استعمال الغش في المطالبة من قبل المستفيد، فقد يتم استغلال البنوك في ذلك بسبب التزامها بالدفع عند أول طلب دون البحث في أسباب المطالبة، لأن التزام البنك مستقل ولا يمكنه الاحتجاج بدفوع مستمدة من العلاقات الأخرى للامتناع عن الدفع أو تأخيره.

ثالثاً: المحل

تنص المادة 92 من القانون المدني الجزائري على أنه يمكن أن يكون محل الالتزام أي حق يمكن تقديره بالنقود سواء أكان مالا أو عينا أو شيئاً مستقبلاً¹ أو دينا في ذمة أو منفعة كما يجوز أن يكون عملاً أو امتناعاً عن العمل، إلا أن التزام البنك الضامن يتمثل دائماً في دفع مبلغ نقدي، أي أن المحل هنا هو مبلغ نقدي معين أو قابل للتعين.

وإذا ما صدر خطاب ضمان بعملة أجنبية يستحسن بيان جنسية تلك العملة تقادياً لأية مشاكل قد تحدث في المستقبل، فلا يصح أن يصدر بمبلغ مليون دينار مثلاً دون بيان جنس ذلك الدينار هل هو جزائري أم أردني أم غير ذلك، كما أنه لا يمكن القول بنسبة تلك العملة إلى البلد الذي يوجد به البنك الذي أصدره، فإذا صدر مثلاً من أحد البنوك في الأردن بالقيمة المذكورة أعلاه دون بيان لجنس ذلك الدينار، فالقول بأن صدور خطاب الضمان عن بنك أردني في الأردن قرينة تدل على الدينار الأردني، فهذه القرينة لا يمكن الاستناد إليها، إذ بإمكان البنك الأردني أن يدفع القيمة للمستفيد بالدينار الجزائري.

وينطبق على محل الالتزام هنا القاعدة المدنية التي تقضي بأنه: "إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير"². لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام، إذ يجوز الخروج عنها باتفاق صريح وتعيين سعر للصرف مسبقاً لما فيه من تحقيق مكاسب، حتى يكون الطرفان على علم مسبق بذلك ويقبلان بهذا الشرط.

رابعاً: السبب

السبب هو الأمر الذي يقوم من أجله الالتزام، ويبدو أنه من السهل التعرف على سبب الالتزام في عملية خطابات الضمان، وهو جواب على سؤال بماذا التزم المدين وهو العميل الأمر؟ ولماذا طلب من بنكه أن يصدر خطاب الضمان لصالح دائنه وهو المستفيد؟ إذ كثيراً ما ينص على

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، مرجع سابق، ص 52.

² المادة 95 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

ذكر سبب الضمان في متن تعهد البنك ذاته كإشارة لعقد المقابلة أو لنوع العرض مثلاً، وعموماً يشترط ألا يكون السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب¹.

وعليه فإذا كان تم طلب إصدار خطاب الضمان لغرض توريد مواد مهربه أو مخدرات أو لضمان الحصول على محل لغرض اتخاذه نادي للقمار أو للدعارة، فإن هذا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام والآداب العامة في الجزائر.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 12/4/1987 في القضية رقم 43098 بين (ب س) و (أ ع) بما يلي: "من المقرر قانوناً أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلاً. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون..."².

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة النظام والآداب تختلف من بلد إلى آخر وفقاً لظروفها ومعتقداتها، ومن ثم فإنه إذا كان ما ذكر أعلاه مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في بلد كالجزائر، فإنه قد يكون في بلد آخر مثل إيطاليا أمراً مألوفاً، فيما عدا قضية المخدرات.

وبحث سبب تقديم خطاب الضمان من طرف العميل يكون من حيث انسجامه مع فكرة النظام العام والآداب العامة بالنظر إلى العلاقة التي من أجلها التزم العميل الأمر وطلب من البنك الذي يتعامل معه أن يصدر تعهده لصالح المستفيد وهذا الأمر يعلمه البنك الضامن أو يفترض فيه أن يعلمه من خلال المراسلات.

المطلب الثالث

العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد

الأصل أن البنك الضامن لا تربطه أية علاقة سابقة مع المستفيد، ولا يعرف إلا عميله الذي أبرم معه عقد الاعتماد بالضمان، ويرتبط المستفيد مع العميل بعقد مستقل يسمى عقد الأساس، حيث يشترط فيه المستفيد على العميل تقديم مبلغ مالي تأميناً لتنفيذ التزامه تجاهه، فيقدم هذا الأخير بدلاً عن ذلك خطاب ضمان صادراً عن البنك ويقبل به المستفيد بدلاً عن التأمين

¹ المادة 97 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، نفس المرجع.

² قرار مؤرخ في 12/04/1987 م.ق سنة 1990، عدد 4، ص 85-87، منقول عن ق.م.ج، برتي للنشر، الجزائر، 2014، ص 24.

النقدي. وعليه فالعلاقة التي تنشأ بين البنك الضامن والمستفيد ما هي إلا أثر من الآثار التي تولدت عن علاقة الأساس بين العميل الأمر والمستفيد والتي أدت إلى قيام البنك بإصدار خطاب الضمان وإرساله إلى المستفيد يتعهد فيه بدفع مبلغ الضمان عند أول طلب له¹ خلال مدة سريانه وبالرغم من أي اعتراض للعميل على الدفع².

ولما كان هذا المستفيد ليس طرفاً في التعاقد الذي ينشئ له الحق في قبض قيمة الضمان فإنه لا يتحمل التزامات³، إلا أن حقه هذا يكون مقيداً بالشروط التي ترد في نص تعهد البنك ذاته⁴. وسوف يتم تحديد العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد (الفرع الأول)، ثم تحديد شروط صحة التزام البنك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد

إن العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد يحكمها خطاب الضمان والعبارات الواردة فيه⁵، حيث يلتزم البنك في حدودها باعتبارها المرجع الوحيد في ذلك، وتبدأ هذه العلاقة من تاريخ استلام المستفيد لتعهد البنك⁶ دون اعتراضه عليه حيث لا يشترط صدور قبول صريح منه، أي أن وصول الخطاب إلى المستفيد ومع أنه يرتب بذمة البنك الالتزام بدفع قيمته خلال مدة سريانه، إلا أن الالتزام بما تضمنه لا يصبح باتاً ونهائياً إلا إذا وصل إلى المستفيد ولم يرفضه.

وهذا يعني أن التصرف القانوني الذي أصدره البنك والذي عبر فيه عن استعداده للالتزام في مواجهة المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان لا يكون باتاً ونهائياً ويجوز الرجوع عنه طالما لم يصل إلى المستفيد، وفوق ذلك فإن وصول الخطاب إلى المستفيد لا يضع التصرف القانوني في صورة الالتزام البات والنهائي إلا إذا قبله المستفيد⁷، ويرى البعض أن قبول المستفيد للخطاب يظهر في عدم رفضه، وعدم الرفض هو التصرف القانوني الضمني الصادر من المستفيد الذي

¹ - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 125.

² - بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، مرجع سابق، ص 445.

³ - المادة 113 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ - رشاد نعمان شايح العامري، مرجع سابق، ص 441.

⁵ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 93.

⁶ - طبقاً لنص المادة 61 من ق.م.ج: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره، في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

⁷ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 383.

يتضمن قبوله خطاب الضمان بكافة شروطه من حيث قيمته ومدته. وينشأ حق المستفيد والتزام البنك الضامن نحوه من ذلك الوقت، إلا إذا حدد عقد الاعتماد بالضمان تاريخاً آخراً لنشوءهما كما يحدث في خطاب الضمان الابتدائي أو ضمان العروض، حيث ينص فيه على أن يبدأ سريانه من يوم فتح أطرف العروض، أو كما يحدث في ضمان رد الدفعات المقدمة، حيث ينص فيه على أن لا يبدأ سريانه إلا من وقت استلام التسبيق، غير أن المستفيد لا يتدخل في هذا التحديد ويكون له فقط الحق في أن يعترض على تعهد البنك إذا لم يكن التحديد متوافقاً مع طلباته¹.

وبداية من لحظة علم المستفيد بالتعهد دون أن يعترض عليه تبرأ ذمة العميل الأمر تجاه المستفيد ويصبح التزام البنك الضامن تجاه المستفيد مباشراً بصفته أصيلاً وليس نائباً عن العميل وهو التزام نهائي وبات لا يجوز للبنك تعديله بإرادته المنفردة، كما أنه التزام مستقل بأن يدفع قيمة خطاب الضمان عند أول طلب من المستفيد أو حسب الشكليات المنصوص عليها، ودون أخذ رأي العميل وحتى رغم معارضته، فحق المستفيد تجاه البنك لا يتأثر بما تتعرض له العلاقات الأخرى من أحداث تؤثر على صحتها أو استمرارها، أما قبل وصول هذا العلم إلى المستفيد فيمكن للبنك الضامن إجراء ما يراه من تعديلات، بل يحق له أن يلغي تعهده أصلاً حيث يستطيع الرجوع في إرادته طالما لم يصل خطاب الضمان إلى علم المستفيد². وبهذا لا يلتزم البنك بأية التزامات لم ترد في الخطاب وليس للمستفيد المطالبة بما لم يرد في هذا الخطاب، لأن البنك إذا أوفى بأي التزام لم يرد في خطاب الضمان فإنه يمتنع عليه الرجوع على عميله بما وفى تأسيساً على أن العلاقة بينه وبين العميل عقدية³.

الفرع الثاني

شروط صحة التزام البنك في خطاب الضمان

تتمثل في شروط صحة التصرفات عموماً طبقاً للأحكام العامة وهي: الرضا، والأهلية، والسبب، والمحل وسوف يتم دراستها على النحو الآتي:

¹ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، ص 945.

² - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 736-737.

³ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 385.

أولاً: الرضا

ما دام خطاب الضمان الدولي يصدر عن البنوك التجارية، فإن وجود ونوعية الرضا لا يثير أية صعوبات، لأن طبيعة الالتزام المستقل والصارم في هذه الضمانات التي تسدد قيمتها لدى أول طلب، يبرر أن تكون حقيقة وطبيعة الرضا واضحة ويتم مراقبتها بعناية¹.

ثانياً: الأهلية

إن البنك باعتباره أحد الأطراف في خطاب الضمان وهو الجهة التي تقوم بإصداره والالتزام به، وهو يخضع في الجزائر للأمر رقم 03-11 المعدل والمتمم والمتعلق بالنقد والقرض ولأنظمة بنك الجزائر، وما دام البنك الضامن شخص معنوي² يتخذ شكل شركة مساهمة³ ويمارس النشاط البنكي الذي يعد من الأعمال التجارية بحسب طبيعتها، وبالتالي فإن الأهلية التجارية مفترضة فيه وتثبت له بمجرد توفره على الشخصية المعنوية بقيده بالسجل التجاري بعد استيفاء الشروط المتطلبة لذلك⁴، إذ يصبح أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ويكون له ممثله القانوني المعين وفقاً لعقد تأسيسه⁵، وبالتالي فإكتساب البنك للشخصية المعنوية تجعله أهلاً لمنح الائتمان بتوقيعه عن طريق آلية خطاب الضمان بواسطة ممثله⁶، غير أن أهلية البنك تقف عند حدود سياسة توزيع المخاطر الائتمانية بحيث لا يمكن تجاوز القدرة المالية للبنك.

ثالثاً: السبب

إن خاصية استقلالية التزام البنك في خطابات الضمان وعدم الاحتجاج بالدفع أثارت نقاش حاد حول انتماء هذه العمليات إلى فئة افتراضية من الأعمال المجردة. وإذا كان الأثر العملي لمفهوم السبب على الأرجح محدود جداً في هذا المجال، فليس معنى ذلك أن يتم إنكاره بسهولة وبساطة، حيث أنه من المهم تحديد السبب في خطاب الضمان، أي لماذا يلتزم البنك الضامن؟

لقد تم القضاء بأن تعهد البنك الضامن لا بد أن يكون له سبب والذي ينتج عندما يكون للعميل الأمر مصلحة اقتصادية في إبرام عقد الأساس⁷، فالبنك الضامن يلتزم بطلب من العميل الأمر

¹ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 270.

² - المادة 49 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق، تنص على أن من بين الأشخاص الاعتبارية: الشركات التجارية.

³ - المادة 83 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

⁴ - المادة 549 من الأمر رقم 75-59 المتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق، تنص على أنه: لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري.

⁵ - المادة 50 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق: يكون لها أهلية في حدود عقد إنشائها أو التي يقررها القانون، ويكون لها نائب يعبر عن إرادتها.

⁶ - Jean-Baptiste Seube, Op.Cit, P 45.

⁷ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^e éd, Op.Cit, P.539.

للسماح له بالاستفادة في تسهيل تعامله مع الطرف الآخر وهو المستفيد، ونفس الشيء بالنسبة للضامن المقابل الذي يلتزم تجاه الضامن المباشر، لجعل هذا الأخير يقبل بدوره الالتزام تجاه المستفيد، كما أن استقلالية التزام البنك لا تنفي هذه الحقيقة، حيث توجد بالضرورة في لحظة تشكيل خطاب الضمان رابطة مع عقد الأساس، وهذا هو السبب الموضوعي والثابت للالتزام البنك الضامن. وإذا كانت خاصية استقلالية خطاب الضمان ونتيجتها الطبيعية المتمثلة في عدم الاحتجاج بالدفع تمنع بعد ذلك على البنك الضامن بأن يعرض هذا السبب فهذا لا ينفي وجوده¹. والسبب الموضوعي هنا لا يستبعد أيضا الأخذ بعين الاعتبار البعد الثاني لهذا المفهوم، وهو أن السبب الموضوعي الأكثر توطأ ويتشكل من السبب الدافع للعملية، والبنك الضامن عادة يكون له سبب دافع يتمثل في الممارسة العادية لنشاطه.

كما أن سبب التزام البنك الضامن يكمن في قراره بأن يضمن عميله، ومن هنا يكون السبب أيضا الاهتمام بالحصول على عمولة في مقابل أداء هذه الخدمة أو أنه أراد أن يخدم عميله وتحسين علاقته به إذا وجد فيه الثقة والرغبة في كسب عميل جديد، أو لأي سبب آخر يتعلق بسياسة البنك المالية أو التجارية.

وفي جميع الأحوال يفترض أن يكون السبب الذي يسلكه البنك في ذلك مشروعاً وأن لا يخالف النظام العام والآداب العامة، مثل مخالفة مراقبة الصرف أو تغطية الاتجار غير المشروع.

رابعاً: المحل

إن محل خطاب الضمان ليس سوى الخدمة التي يلتزم البنك بتقديمها كضامن، وتعني في الممارسة المبلغ الذي يلتزم بدفعه للمستفيد لدى أول طلب. وهنا تجدر الإشارة للفرق الأساسي والجوهرية بينه وبين محل الكفالة الذي يتحدد بمحل التزام المدين الأصلي حيث يلتزم الكفيل بتنفيذه إذا لم يف به المدين نفسه، بينما محل خطاب الضمان هو بالضرورة مختلف عن محل علاقة الأساس وإلا فإنه يكون غير مستقل. ولهذا الغرض فإن الالتزام بالدفع لدى أول طلب "ما هو واجب" أو "ما قد يجب" على المدين لا يمكن أن يكيف على أنه خطاب ضمان. هذا المحل وكما هو الحال بالنسبة لأي محل عقد في القواعد العامة، يجب أن يكون معينا أو على الأقل قابلاً للتعيين، ويكون محددًا استناداً لعوامل موضوعية وجوهرية للضمان².

¹ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P.273.

² - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, PP.273- 275.

المطلب الرابع

العلاقة بين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المباشر

إن تدخل بنك محلي في عملية إصدار خطط الضمان الدولي عادة ما يكون إجبارياً، فهناك عدد من الدول ومن بينها الجزائر مثلاً، تفرض بأن يكون هذا الضمان صادراً عن بنوك محلية وتمنع بذلك فرضية الإصدار المباشر¹، وهذه الممارسة في الحقيقة تعتبر نوعاً من الحماية، لأنها تضمن تدفق عمليات إجبارية للبنوك المحلية، وتوفر المصلحة للمستفيد الذي يكون في مواجهة بنك محلي في دولته، مما يسهل عليه مطالبته بالدفع ومتابعته قضائياً عند الاقتضاء أمام محاكم في بلده، ويتجنب بذلك معاناة المتابعات القضائية في الخارج في مواجهة أنظمة قانونية وقضائية يجهلها وما يتكبده من مصاريف سفر وغيرها من التكاليف. والغالب أن يقوم البنك المحلي بإصدار الضمان المباشر لصالح المستفيد تحت تغطية الضمان المقابل الصادر عن البنك الأجنبي معطي التعليمات، لكن يمكنه أحياناً أن يتدخل من أجل المصادقة فقط وإعادة إرسال خطاب الضمان الصادر عن البنك الأجنبي إلى المستفيد، وفي هذه الحالة لا يلتزم البنك المحلي بصفته ضامن وإنما يقتصر دوره ك مبلغ دون أي التزام بالدفع للمستفيد. وسوف يتم التطرق إلى نشأة العلاقة بين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المباشر (الفرع الأول)، ثم شروط صحة الضمان المقابل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نشأة العلاقة بين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المباشر

تنشأ العلاقة بينهما عندما يقوم البنك الأجنبي بناء على طلب العميل الأمر بإصدار ضمان مقابل لصالح البنك المحلي في بلد المستفيد، وفيه يعطي تعليمات لهذا البنك المحلي بأن يقوم بدوره وعلى عاتقه بإصدار ضمان مباشر لصالح المستفيد²، بالتالي يكون هناك ضمانين، الأول يسمى بالضمان المقابل وهو الصادر عن البنك الأجنبي في بلد العميل الأمر بناء على طلب من الأخير لصالح البنك المحلي، والثاني يسمى بالضمان المباشر يصدره البنك المحلي مباشرة لصالح المستفيد بناء على تعليمات البنك الأجنبي، وهما مستقلان عن بعضهما البعض وعن عقد الأساس وعن العلاقات الأخرى.

¹ - نظام رقم 93-02، مرجع سابق.

² - Jean-Pierre Mattout, Op.Cit, PP 173-174.

وفي هذا الصدد، فإن كلا من الفقه والقضاء مستقران على أن التزام الضامن المقابل غير تابع لالتزام الضامن المباشر، وأن مطالبة دفع قيمة الضمان المقابل هي مستقلة تماما عن شروط تنفيذ الضمان المباشر، فكل بنك يلتزم بتنفيذ تعهداته دون أن يكون بوسعه أن يحتج بعدم احترام البنك الآخر لالتزاماته، غير أن كلا منهما يحتفظ بحقه في الرجوع ضد الآخر بعد تنفيذ التزامه¹.

وعليه فإن بنوك المصدرين الأجانب غالبا ما تكون مجبرة على الاتصال ببنوك محلية لإصدار خطابات الضمانات المناسبة للصفقة، وذلك إما بسبب التنظيمات لبعض الدول أو بسبب رفض المستوردين أنفسهم بأن يتم ضمانهم من طرف بنوك المصدرين مباشرة، وهذه الوضعية الخاصة التي يتم فيها أعمال الضمان المقابل، لها تأثير كبير على العلاقات التي تربط بين الأطراف. وفي هذا الصدد، يلاحظ أن الإصدار غير المباشر لخطاب الضمان يؤدي بالضامن المقابل إلى ممارسة دور مزدوج، فهو يقوم بدور معطي الأمر في علاقته بالبنك المحلي ويقوم بدور الضامن في نفس الوقت في علاقته مع العميل الأمر. والإصدار غير المباشر لا يمثل في الحقيقة إلا تركيب بديل للعملية العادية ثلاثية الأطراف الناتجة عن العلاقات القانونية الناشئة بين العميل الأمر والبنك الضامن والمستفيد.

وإذا صح القول على أن هذا التركيب يستند على إنشاء علاقة قانونية إضافية ويفرض إبرام متتابع لاتفاقيين للانتماء بين المدين في عقد الأساس وهو العميل الأمر والبنك الضامن المقابل من جهة، وبين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المحلي من جهة أخرى، أي أن الضامن المقابل هو حلقة أو مرحلة وسط بين الضمان الصادر لصالح المستفيد والتغطية الواجبة عن طريق العميل الأمر. وبذلك يتضح أن الضمان والضامن المقابل نوعان مختلفان من التأمينات يؤدي كل منهما دورا ووظيفة خاصة، ويستقل كل منهما عن الآخر، إلا أن لهما نفس الغرض ويؤديان إلى تحقيق نفس النتيجة بوضع عملية واحدة وهي توفير الضمان لصالح الدائن في عقد الأساس وهو المستفيد ضد خطر عدم قيام العميل الأمر بتنفيذ التزاماته، إذ يضمن له الحصول السريع وبدون الدخول في إجراءات معقدة على مبلغ من المال في حالة إخلال العميل بالتزاماته تجاهه². فالضامن المقابل والضامن المباشر إذن يشاركان معا في وضع وإنجاز هذا الضمان، فلا يمكن تحليل العلاقات التي تربط الضامن المقابل بالعميل الأمر وتلك التي تربط الضامن المقابل بالضامن المباشر على الترتيب منفصلين عن بعضهما، فعندما يتكون خطاب الضمان

¹- Sophie Moreil, Françoise Dekeuwer-Défossez, Op.Cit, P 146.

²- محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 11.

في شكل الإصدار الغير مباشر، يقوم العميل الأمر بالاتصال ببنكه الذي يتكفل بوضع العملية حيز الوجود، وهذا البنك الأجنبي يعطي تعليمات لأحد فروع أو إلى بنك محلي في بلد المستفيد لإصدار ضمان مباشر للمستفيد مغطى بضمان مقابل. وبالتالي تنشأ علاقيتين متتاليتين تجمعان على التوالي: الأولى بين العميل الأمر والبنك الضامن المقابل، أما العلاقة الثانية فهي تجمع بين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المباشر¹، والضامن المقابل يكون ملتزم بصفته معطي التعليمات في علاقته بالضامن المباشر.

الفرع الثاني

شروط صحة الضمان المقابل

يحتاج الضمان المقابل لإبرامه إلى تلاقي إرادات أطرافه، بما يستلزمه ذلك من ضرورة صحة الإرادة وخلوها من العيوب وإدراكها لما تقدم عليه، سواء أكان ذلك بالنسبة للضامن المقابل أم للضامن المباشر، كما يتعين أن تتوافر فيه الشروط المطلوبة لصحة أي عقد ومشروعيته من حيث السبب والمحل، ولعل مشروعية المحل تحتل مكانة مهمة فيما يتعلق بعقد الضمان المقابل نظرا لطابعه الدولي الغالب، وما يربته ذلك من اختلاف في وجهات نظر الدول ومواقف قوانينها بالنسبة لما يعد مشروعاً أو غير مشروع من المحل الذي يرد عليه العقد. فما يعد ممنوعاً من أن يكون محلاً للعقد في دولة ما لتعارضه مع النظام العام الموجود بها، قد لا يكون كذلك في دولة أخرى لا يرى نظامها عدم مشروعية مثل ذلك المحل.

وإذا كان الضمان المقابل يصدر ويستمر مستقلاً عن عقد الأساس الذي نشأ بسببه، إلا أنه لا يمكن تجاهل شرعية أو عدم شرعية المحل الذي يرد عليه عقد الأساس وأثر ذلك على الضمان. فليس من المعقول أن يقوم لضامن الوفاء بالتزام محله غير مشروع وفقاً لدولة الضامن المقابل أو الضامن المباشر، وبذلك يمكن القول بأن عدم مشروعية المحل في عقد الأساس يشكل استثناء على مبدأ استقلال الضمان المقابل، ويعد حالة من الحالات التي يستطيع فيها الضامن المقابل الامتناع عن التغطية، كما يمكن للضامن المحلي ألا يستجيب لطلب المستفيد بالدفع بحجة مخالفة المحل للنظام العام².

¹ - Caroline HOUIN-BRESSAND, Op.Cit, PP. 281 et 339-340.

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 56.

يبدأ تكوين الضمان المقابل بالخطاب الصادر من البنك الأجنبي والذي يتضمن التعليمات والاشتراطات التي يحددها للقيام بمهمة تغطية الدفع الذي يقوم به الضامن المباشر. هذا الخطاب يمثل الإيجاب ويظل كذلك إلى أن يصادف قبولا من جانب الضامن المباشر بما يعنيه من موافقته على الدفع إلى المستفيد بمجرد طلبه.

وعلى عكس القاعد العامة في العقود، فإن الضمان المقابل لا بد أن يكون صريحا إذ لا يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة بطريقة ضمنية، وإنما يتعين أن يأتي ذلك صريحا لما يشكله من تعهد شخصي مستقل بالدفع، أي أن الكتابة مطلوبة في هذا النوع من التأمينات.

وقد أشارت للكتابة المادة الثانية من القواعد الموحدة بقولها: "في ظل أعمال القواعد الحالية، فإن الضمان المقابل الذي يتضمن تعهد الضامن المقابل بالدفع أيا كان تكييفه، يتم في شكل كتابي يتضمن دفع المبلغ إلى الضامن الأول بمجرد الطلب"¹.

والرضا الصادر عن الطرفين في الضمان المقابل يجب أن يأتي خاليا من العيوب، بمعنى أن الإرادة يتعين أن تكون واضحة ومبصرة بالتعهد الذي تلتزم به، وأول ما يجب أن تخلو منه الإرادة هو عيب الغلط الذي قد يتعلق بأشخاص الضمان أو بموضوعه.

فقد يقع الضامن المقابل في غلط حول شخص المستفيد، ولا شك أن شخصية الأخير هي من الأسباب الدافعة إلى إصدار الضمان المقابل وتحديد يحد من العناصر الأساسية، فإذا شاب إرادة الضامن المقابل أو المباشر أي غلط حول المستفيد، كان ذلك مجالا للمطالبة بالإبطال. إذ لا شك أن تغطية الضمان وتحمل مخاطره لا يتأتى من جانب الضامن المقابل إلا إذا علم بالمستفيد ووقف على مدى استعدادده على الوفاء بما عليه من التزامات في مواجهة العميل وقدرته على ذلك، على الرغم من استقلال الضمان عن عقد الأساس، إلا أن من مصلحة الضامن المقابل تجنب أية مشاكل يمكن أن تثار من جانب المستفيد، ولا يتأتى له ذلك دون معرفة الأخير والوقوف على شخصه. والأمر نفسه ينطبق بالنسبة لمعرفة الضامن المباشر للضامن المقابل، إذ لا يقبل الالتزام بالوفاء للمستفيد بمجرد الطلب إلا إذا تحقق من قدرة الضامن المقابل على التغطية، ولا يكون له ذلك إلا بمعرفته على وجه اليقين، معرفة لا يشوبها أي غموض قد يؤدي إلى غلط حول الضامن المقابل.

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 57.

وقد يتعلق الغلط بموضوع الضمان، أي بالمبلغ الذي يغطيه الضامن المقابل في حالة قيام الضامن المباشر بدفعه للمستفيد، بحيث يتعين تحديده على وجه الدقة بالأرقام والحروف، ومما يرتبط بذلك من ضرورة انتفاء الغلط حول المركز المالي للضامن المقابل في مواجهة الضامن المباشر، إذ أن الاطمئنان إلى قوة هذا المركز يدفعه إلى الوفاء للمستفيد دون الخشية من احتمال تعثر الضامن المقابل في الوفاء نتيجة إفلاسه أو ضعف مركزه المالي. الأمر نفسه بالنسبة للضامن المقابل الذي لا يقدم على إصدار الضمان إلا بعد التحقق من قدرة عميله على الوفاء بالتزاماته نحوه.

وأي غلط حول مبلغ الضمان أو المركز المالي لأحد الأطراف قد يؤدي إلى إبطال الضمان المقابل، كما لو تبين للضامن المباشر صدور حكم بإفلاس الضامن المقابل قبل الوفاء للمستفيد، إذ يصبح له الحق في المطالبة بإبطال الضمان¹.

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 60-61.

المبحث الثاني

الالتزامات المترتبة عن عملية إصدار خطاب الضمان

يُمر خطاب الضمان بعدة مراحل قبل أن يصدر عن البنوك، تبدأ من علاقة الأساس، أين يشترط المستفيد حصوله على ضمان يكون عادة صادراً عن بنك في بلده من أجل قبول إتمام التعاقد، يقدمه له العميل الأمر ضماناً لتنفيذ التزاماته تجاهه¹، وتنفيذاً لهذا الشرط يتوجه العميل الأمر إلى البنك الذي يتعامل معه في الخارج طالبا منه توجيه تعليمات إلى بنك محلي في بلد المستفيد، ليقوم بإصدار ضمان مباشر على عاتقه لصالح المستفيد على أن تتم تغطيته بضمان مقابل، ويقبول البنك الأجنبي انعقاد الاعتماد بالضمان بينهما، بمقتضاه يقوم البنك الضامن المقابل بإرسال ضمان مقابل للبنك المحلي، هذا الأخير يقوم بدوره بإصدار الضمان المباشر على عاتقه لصالح المستفيد. وتنشأ عن هذه العملية المركبة عدة علاقات مستقلة ومنفصلة عن بعضها البعض.

ومهما كانت طبيعة هذه العلاقات فهي تنتج آثاراً قانونية، ترتب التزامات متقابلة فيما بين أطرافها والتي تمثل في نفس الوقت حقوق للأطراف الآخرين، فبالإضافة للالتزامات المترتبة على أطراف عقد الأساس والتي تخضع في تنظيمها للقواعد العامة، هناك التزامات متقابلة تترتب على أطراف عقد فتح الاعتماد بالضمان (المطلب الأول)، وأخرى مترتبة عن خطاب الضمان ذاته (المطلب الثاني)، إضافة للالتزامات المترتبة عن العلاقة بين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المباشر (المطلب الثالث).

¹ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 88.

المطلب الأول

الالتزامات المترتبة على أطراف عقد فتح الاعتماد بالضمان

يعتبر عقد فتح الاعتماد بالضمان من العقود الملزمة للجانبين¹، الشيء الذي يرتب التزامات متقابلة ومتبادلة فيما بين طرفيه، مع الإشارة إلى أن العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، مما يعني أن من حق الأطراف تحديد علاقتهم وفقا لإرادتهم ما لم يخالفوا التزاما أو نصا قانونيا آمرا، وسوف تتم محاولة دراسة أهم التزامات العميل الأمر في مواجهة البنك (الفرع الأول) ثم التطرق إلى التزامات البنك في مواجهة العميل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التزامات العميل الأمر في مواجهة البنك

يلتزم العميل بدفع العمولة والمصاريف التي يستحقها البنك نظير قيامه بالإصدار وتقديم ما يشترطه البنك من غطاء لخطاب الضمان² والفوائد وغير ذلك من الالتزامات التي قد يضيفها البنك لضمان الأخطار التي قد يتحملها نتيجة إصدار تعهده بالضمان.

كما يلتزم العميل الأمر وفقا للعقد المبرم بينه وبين البنك برد المبالغ التي قام الأخير بالوفاء بها للمستفيد عند مطالبته بالدفع، والتزام العميل برد هذه المبالغ ناشئ عن عقد الاعتماد بالضمان وليس عن خطاب الضمان. وبناء على ذلك فإن التزامه بالرد يتم وفقا للشروط التي قام بإدراجها في هذا العقد المبرم بينهما³، وإذا قام البنك بالسداد دون مراعاة التعليمات فإن وفاءه لا يكون صحيحا وبالتالي لا يحق له الرجوع على العميل الأمر بما تم دفعه للمستفيد، وعلى ذلك يمكن حصر التزامات العميل بالالتزام بدفع عمولة الإصدار (أولا)، الالتزام بتقديم غطاء خطاب الضمان (ثانيا)، والتزام العميل بعدم الاعتراض على الدفع (ثالثا)، ثم الالتزام بدفع قيمة خطاب الضمان للبنك (رابعا).

¹ - أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 328.

² - رشاد نعمان شايح العامري، مرجع سابق، ص 437.

³ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 389.

أولاً: الالتزام بدفع عمولة إصدار خطاب الضمان

يلتزم العميل بدفع عمولة ومصارييف الإصدار إلى البنك¹، وقد سبق القول بأن مستوى العمولات حسب التنظيم الجزائري يتم تحديدها بكل حرية من طرف البنوك والمؤسسات المالية². وعموماً تتحدد عمولة البنك تبعاً للأعراف المصرفية وفي الغالب تكون بنسبة معينة من مبلغ الضمان وتتفاوت قيمتها بحسب المخاطر التي يتحملها البنك، حيث تتناسب غالباً مع قيمة خطاب الضمان ونوعه وأجله ونوع العملية المطلوب بشأنها، بالإضافة إلى مراعاة المركز المالي للعميل وعلاقته بالبنك، وتتناقص قيمة هذه العمولة كلما زادت قيمة الغطاء المقدم من العميل وكان يشكل ضماناً كافياً بالنسبة للبنك.

والأصل في العمولة أنها مقابل تعهد البنك بتقديم خدماته للعميل بإصدار خطاب الضمان وتنفيذه، وعليه فهي تستحق للبنك بمجرد إصدار تعهده بغض النظر عن استخدامه بالفعل من عدمه، أي حتى في حالة عدم قيام البنك بالوفاء للمستفيد، وسواء كان خطاب الضمان مغطى كلياً أو جزئياً أو تم إصداره على المكشوف، فالعمولة تعتبر مقابل مالي مستقل تماماً لا علاقة له بتنفيذ خطاب الضمان من عدمه³. لذلك يكون للبنك الحق في قبضها حتى قبل إبلاغ المستفيد بتعهده بالضمان، ويجوز له أن يؤجل الإصدار وإرساله إلى المستفيد إلى غاية أن يستوفي مبلغ العمولة المحددة نقداً أو يتم خصمها من حساب العميل الأمر، أما إذا قام بإصدار تعهده ووصل إلى علم المستفيد فإنه لا يستطيع الرجوع فيه استناداً إلى عدم دفع العميل للعمولة المستحقة⁴ لأن التزام البنك بموجب خطاب الضمان متى وصل إلى علم المستفيد ولم يرفضه هو التزام مباشر ونهائي ومستقل عن علاقة الضامن بالعميل الأمر⁵.

ثانياً: الالتزام بتقديم غطاء خطاب الضمان

إذا كان الأصل أن التزام البنك هو التزاماً عرضياً، غير أنه يمكن أن يتحول إلى التزام فعلي بالنسبة للبنك الضامن وإلى مديونية فعلية بالنسبة للعميل الأمر إذا ما أخل بتنفيذ التزامه تجاه المستفيد وقام هذا الأخير بمطالبة البنك بدفع قيمة خطاب الضمان، بالتالي فهو محفوف بالمخاطر مثل أي عملية ائتمان أخرى مما يعرض البنك إلى مخاطر مصرفية، فقد يضطر

¹ - أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 329.

² - المادة 04 من النظام 94-13، مرجع سابق.

³ - رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 451.

⁴ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 128.

⁵ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 196.

البنك إلى الوفاء للمستفيد ويعجز العميل الأمر عن تعويضه المبلغ، أو قد يتماطل في ذلك رغم قدرته على السداد. ولكي يتجنب البنك الخسائر المحتملة والمشاكل التي يمكن أن تحدث مستقبلا والتي تسمى بمخاطر الائتمان، ينبغي عليه أن يؤمن نفسه بأن يطلب من العميل الأمر تقديم تأمينات كافية كوسيلة للحماية أو التأمين يستعمله عند الضرورة لتغطية المخاطر المحتملة¹، ويطلق على هذا التأمين مصطلح "غطاء خطاب الضمان" لأن الغرض منه تغطية المبالغ التي قد يضطر البنك بدفعها تنفيذا لخطاب الضمان والتي تكفل له استرداد قيمته عند الوفاء للمستفيد. ورغم أن هذا الغطاء يمثل نوع من الحماية للبنك ضد مخاطر الائتمان، لكنه يعتبر ضمانا تكميليا فقط، يكمل عنصر الثقة المتوفرة أصلا في العميل، لأن عمليات الائتمان عموما تقوم أساسا على فكرة الثقة بين البنك وعملائه، ثم يعززها ويقويها ما يقدمه العميل من تأمينات. ويتوقف مقدار الغطاء على سمعة العميل في الوسط التجاري ومركزه المالي، وثقة البنك فيه ونوع العملية وقيمة خطاب الضمان ومدة سريانه، كما يقوم البنك بتحريات عن مدى قدرة العميل وإمكانياته في تنفيذ التزاماته تجاه المستفيد، وقد يكون الغطاء جزئيا في حدود نسبة معينة من قيمة الضمان يتفق عليها البنك مع العميل، أو قد يصدر خطاب الضمان بغطاء كامل تصل قيمته إلى 100% إذا لم يكن العميل معروفا لدى البنك أو تنقصه الثقة اللازمة فيه، ويحدث أحيانا أن يقوم البنك بإصداره بدون غطاء أي على المكشوف، إذا كان العميل يحظى بثقة كبيرة لدى البنك وله سمعة جيدة في الأوساط التجارية وذا مركز مالي متين² ويحتفظ لدى البنك بأموال كثيرة³، ويظهر ذلك من نتيجة دراسة البنك لمركز العميل من حيث قدرته على الوفاء بالتزاماته في مواجهة المستفيد ومن حيث سلوكه الخاص وماضيه في تنفيذ المشروعات⁴.

ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يقيد البنوك فيما يخص مقدار التأمينات، وإنما ترك لها حرية تقدير ذلك حسب كل حالة على حدة، حيث أن المادة 62/ح من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، تخول لمجلس النقد والقرض بصفته سلطة نقدية، صلاحية تحديد المقاييس والنسب التي تطبق على البنوك والمؤسسات المالية لاسيما فيما يخص تغطية المخاطر وتوزيعها.

¹ - بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، مرجع سابق، ص 445.

² - علي البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، ج2(العقود التجارية وعمليات البنوك)، مرجع سابق، ص 416-417.

³ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 120.

⁴ - نظام 02-03، مرجع سابق.

ولقد قام مجلس النقد والقرض بإصدار النظام رقم 94-13 المؤرخ في 02 جوان 1994، وجاء بنص المادة 04 منه على أن "تحدد البنوك والمؤسسات المالية بكل حرية معدلات الفائدة الدائنة والمدينة وكذا معدلات ومستوى العمولات المطبقة على العمليات المصرفية..."¹.

ويتبين من هذا النص، أن نسبة تغطية خطاب الضمان كعملية مصرفية، تحدد بحرية من طرف البنوك، ويؤدي العرف والعادات المصرفية أهمية بالغة في إرساء المعايير التي تحكم هذه النسب، ومتى قامت هذه البنوك والمؤسسات المالية بتحديددها يتعين عليها احترامها، على أنه في جميع الأحوال لا يمكن لمقدار الغطاء أن يتجاوز مبلغ خطاب الضمان.

ويعرض العميل نوع الغطاء الذي يرغب في تقديمه، سواء في شكل تأمينات شخصية أو تأمينات عينية أو نقدية، وتكون الصورة الأكثر تداولاً في هذا الإطار هي الوديعة النقدية، حيث يكون للعميل عادة حساباً جارياً لدى البنك، وهو ما يسهل على هذا الأخير مهمة الحصول على الغطاء بحيث يكتفي هنا بمجرد القيام بالتأشير على الحساب بالمبلغ المخصص لذلك، أما في حالة عدم وجود حساب جارٍ للعميل فإنه يضطر إلى إيداع قيمته نقداً لدى البنك.

وقد يتمثل الغطاء في رهن رسمي أو رهن حيازي لمنقول أو عقار أو رهن محل تجاري، أو يقدم الأمر للبنك أوراقاً مالية على سبيل الغطاء بعد التأكد من قيمتها الحقيقية في سوق البورصة، أو عن طريق أوراق تجارية² يتم بمقتضاها توقيع العميل على سفاتج صادرة لصالحه من مدينه ويظهرها تظهيراً تأمينياً لفائدة البنك³، كما يمكن أن يأخذ هذا الغطاء شكل تنازل العميل لصالح البنك عن حقوقه الناشئة عن العملية الصادر بشأنها خطاب الضمان⁴.

ولما كانت أغلب هذه الصور تخضع في تنظيمها للقواعد العامة بخصوص التأمينات، فإنه يبدو من المفيد التركيز على بعض الصور التي تتمتع بخصوصية في مجال خطابات الضمان، ومن بينها حالة الغطاء النقدي وحالة تنازل العميل عن حقوقه لدى المستفيد لصالح البنك.

أ- الغطاء النقدي لخطاب الضمان:

يكون غطاء خطاب الضمان في أغلب الحالات نقدياً وهو أبسط أشكال الغطاء⁵، وفي هذه الصورة يقوم العميل بتقديم مبلغ من المال المتفق عليه إلى البنك أو يطلب منه خصمه من

¹ - نظام رقم 94-13، مرجع سابق.

² - عيد السلام بن محمد الشويهر، مرجع سابق، ص 177.

³ - معهد الدراسات المصرفية، مرجع سابق، ص 4.

⁴ - أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 329.

⁵ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 373.

حسابه الجاري المفتوح لدى ذلك البنك¹، حيث يقوم الأخير بتجنيب مبلغاً مساوياً لقيمة خطاب الضمان أو أقل حسب الاتفاق بين الطرفين²، وذلك بالتأشير على حساب العميل بالمبلغ المطلوب وتخصيصه كغطاء، يفرج عنه عندما يتحرر البنك من التزامه الناشئ عن ذلك، غير أنه لا يجوز للبنك أن يقيد في الجانب المدين من حساب العميل الأمر إلا من تاريخ قيامه بدفع المبلغ للمستفيد. وقد يتخذ الغطاء النقدي صورة وضع العميل مبلغ التأمين كوديعة لأجل لدى البنك الذي يمكنه استعمالها في عمليات مصرفية أخرى تدر عليه عائداً خلال هذه الفترة وهو مطمئن بأنها لن تطلب منه.

ب- الغطاء في شكل تنازل العميل عن حقوقه لدى المستفيد لصالح البنك

قد يتخذ الغطاء أحياناً صورة تنازل العميل عن حقوقه الناشئة عن عقد الأساس لصالح البنك، حيث يقوم هذا الأخير بتحصيلها والاحتفاظ بها كغطاء لخطاب الضمان. وفي هذه الحالة يتعين على البنك أن يتحقق من مركز العميل المالي وسمعته التجارية بالإضافة إلى دراسة طبيعة العملية والغرض منها، وعليه كذلك مراجعة ميزانية التاجر لعدة سنوات سابقة متعاقبة ودرجة ملاءة هذا العميل، بالإضافة إلى التحريات حول مجموع التسهيلات التي يتمتع بها العميل الأمر لدى البنوك الأخرى ومقدار مديونيتها³.

وتنازل العميل الأمر للبنك عن حقوقه الناشئة عن عقد الأساس يكون خاصة في مجال عقود الصفقات العمومية، حيث تنص المادة 145 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن: "الصفقات العمومية وملاحقها قابلة للرهن الحيازي حسب الشروط المنصوص عليها أدناه:

1- لا يتم الرهن الحيازي إلا لدى مؤسسة أو مجموعة مؤسسات مصرفية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية ..."⁴.

إن هذه الصورة غالباً ما تقترن بفتح اعتماد بنكي لصالح العميل الأمر يستخدمه في تنفيذ العقد لتحويل النفقات اللازمة لتنفيذ المشروع، ويقوم صاحب المشروع بتسديد المبالغ المستحقة حسب تقدم الأشغال إلى البنك الضامن وليس للعميل، إذ يستخدم البنك المبالغ التي يقبضها من

1- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 733.

2- لؤي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 136.

3- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 734.

4- المادة 145 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

صاحب المشروع باقتطاع نسبة من هذه الدفعات يتم الاتفاق عليها مسبقاً في استرداد مبلغ الاعتماد ولتكون في نفس الوقت غطاء لخطاب الضمان¹.

وعلى سبيل المثال، عندما ترسو الصفقة على العميل مقدم العرض ويطلب منه صاحب المشروع تقديم ضمان لحسن التنفيذ، ولحاجته إلى تمويل العملية فقد يلجأ هذا العميل للبنك الذي يتعامل معه ليفتح له اعتماداً بمبلغ معين في حدود قيمة العقد الذي وقعه مع الجهة المستفيدة، وفي هذه الحالة يوقع العميل عقد فتح اعتماد بحساب جار مع البنك ينتهي في التاريخ المحدد لانتهاء العملية والذي يختلف عن تاريخ انتهاء خطاب الضمان.

و ضماناً لما قد يسحبه العميل من الاعتماد، فإنه يتنازل للبنك بموجب عقد يرسله إلى الجهة المستفيدة لكي تقوم بدفع كل المبالغ المستحقة للعميل من أجزاء العملية التي قام بإنجازها بموجب العقد الأصلي إلى البنك الضامن، وعند تحرير عقد فتح الاعتماد يتم إدراج فيه شرطاً ينص على تحويل نسبة معينة يتم الاتفاق عليها من كل مبلغ يرد من الجهة المستفيدة مباشرة إلى البنك الضامن وتخصص لسداد الاعتماد المفتوح ويضاف المبلغ الباقي من كل دفعة إلى حساب العميل الجار، ويستمر ذلك إلى غاية أن تنتهي العملية ويقفل حساب الاعتماد نهائياً².

وفي هذا النوع من الغطاء عادة ما يتوخى البنك الحذر، بأن لا يقوم بتمويل العملية وإصدار خطاب الضمان في مقابل تنازل العميل عن هذه الحقوق في نفس الوقت، لأنه إذا أخل العميل الأمر بتنفيذ التزامه تجاه المستفيد، فقد لا يستطيع البنك الضامن استرداد سواء الأموال التي قدمها للعميل لتمويل العملية أو تلك التي يدفعها للمستفيد والمتمثلة في قيمة خطاب الضمان، إذ قد يكون مضطراً بالوفاء للمستفيد ولا يستطيع أن يطالبه بحقوق العميل المتنازل له عنها بعد أن يكون قد رفض البضائع غير المطابقة لشروط المناقصة مثلاً وسقط عنه الالتزام بأداء قيمتها³.

لذلك عادة ما يتم الاتفاق على أن يقوم البنك بالإشراف على عملية تنفيذ العقد بضمان وصول الدفعات النقدية التي يقدمها لعميله و ضمان صرفها فيما خصصت له، إضافة لإشرافه على متابعة تخفيض قيمة خطاب الضمان حسب تقدم سير الأعمال.

وفي هذا الصدد نصت الفقرة 09 من المادة 145 من المرسوم السالف الذكر على أنه: "يجوز لصاحب الصفقة العمومية والمستفيدين من الرهن الحيازي أن يطلبوا، أثناء تنفيذ العقد، من

¹ - سميحة القليوبي، نفس المرجع ونفس الصفحة.

² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 192-193.

³ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص 798-802.

المصلحة المتعاقدة إما كشفا موجزا للخدمات المنجزة وإما بيانا تفصيليا للحقوق المثبتة لصالح المتعامل المتعاقد. كما يجوز لهم أن يطلبوا كشفا للدفعات على الحساب قدمت للدفع...¹. ويعتبر هذا التنازل عن الحق نوع من أنواع حوالة الحق على سبيل الرهن، لهذا تتبع فيه الإجراءات المتعلقة بحوالة الحق المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري². وتتم الإجراءات عمليا بأن تقوم الجهة المستفيدة بتسليم نسخة من الصفاة للعميل المتعاقد معها، تتضمن البيانات اللازمة مع النص خصوصا على أن الوثيقة تمثل سندا في حالة الرهن الحيازي، وبعد حصوله على هذه الوثيقة، يقوم العميل بتسليمها بدوره للبنك الذي يقيدها في دفاتره كغطاء لخطاب الضمان.

والملاحظ على هذه الحالة أن البنوك لا تتقبل هذا النوع من التأمينات بسهولة، فرغم أنها ليست طرفا في عقود الأساس، إلا أنها تطلب من العميل الأمر أن يقدم لها تلك العقود أو الصفاة لدراستها وتقييم مدى قدرته الفنية والمالية على تنفيذها، وعلى ضوء هذه الدراسة يتقرر قبولها أو رفضها كغطاء لخطاب الضمان.

ثالثا: التزام العميل بعدم الاعتراض على الدفع

من الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق العميل الأمر بمقتضى خطاب الضمان، عدم الاعتراض على الوفاء أو عرقلته متى قام البنك بدفع قيمته للمستفيد وكان الوفاء صحيحا ومطابقا للشروط الواردة فيه، لذا فإنه غالبا ما يحتاط البنك الضامن بهذا الخصوص بتضمينه بندا يفيد تنازل العميل الأمر عن الاعتراض على الوفاء وبموافقة هذا الأخير. ويشكل هذا الالتزام تكريسا لخاصية استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد، والذي يلتزم بالوفاء دون النظر لأي اعتراض قد يصدر من جانب العميل.

وعلى الرغم من ذلك، فإن للعميل الحق في أن يعترض على البنك في الوفاء للمستفيد إذا لاحظ تجاوز شرط من شروط خطاب الضمان، كأن يهمل مراقبة المطابقة الظاهرية للمستندات المرفقة بالمطالبة والمشترطة فيه أو أن تكون مطالبة المستفيد منطوية على غش واضح.

ولهذا السبب يرى بعض الفقه ضرورة قيام البنك بإخطار العميل الأمر قبل قيامه بالدفع للمستفيد، وهو ما تضمنته القواعد الدولية الموحدة الجديدة³ بالنشرة رقم 758.

¹ - المادة 145 الفقرة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² - المادة 239 وما بعدها من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ - رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 438.

كما يمكن للبنك أن يشترط على العميل أيضا في أن يكون له الحق بتمديد أجل سريان خطاب الضمان إذا طلب منه ذلك المستفيد دون الرجوع للعميل، ودون أن يكون للأخير الحق في الاعتراض على ذلك، حيث تقوم البنوك بذلك دفعا للحرص الذي قد تتعرض له تجاه المصالح العمومية المستفيدة التابعة للحكومية التي عادة ما تقوم بطلب الدفع أو التجديد بتوجيه هذا الطلب إلى البنك الضامن¹.

رابعاً: الالتزام بدفع قيمة خطاب الضمان للبنك

لعل أهم التزام يقع على عاتق العميل الأمر تجاه البنك الضامن هو تعهده بتسديد كل المبالغ المالية التي يكون البنك الضامن ملزماً بدفعها للمستفيد تنفيذاً لخطاب الضمان²، أي أن يلتزم العميل الأمر بتعويض البنك عن قيمة الضمان في حالة دفعها للمستفيد عند مطالبة هذا الأخير³، ويكون ذلك في حالة الإصدار على المكشوف أو الإصدار بتغطية جزئية، لأنه إذا كانت التغطية كلية فإن المقاصة القانونية سوف تقع فوراً بين الغطاء وما قام البنك بدفعه للمستفيد لتوفر شروطها، وبأثر رجعي دون الحاجة لاتخاذ البنك الإجراءات القضائية المقررة للتنفيذ على الغطاء، وعادة ما يحرص البنك على أن يحصل من العميل الأمر على تعهد بسداد المبالغ التي قد يدفعها للمستفيد⁴.

ورغم أن الالتزام برد قيمة خطاب الضمان ينشأ عند إصداره، إلا أن تنفيذه يتراخى إلى ما بعد قيام البنك بالوفاء للمستفيد، وهو ما يبرز الطابع الائتماني للعملية الذي يمنحه البنك لعميله، كما أنه أمر منطقي حيث أنه في هذا الوقت يتمكن البنك الضامن من حساب مجموع ما قام بدفعه للمستفيد وما تحمله من نفقات ومصاريف، فإذا تم تقديم الغطاء للبنك كاملاً فيعتبر ذلك وفاء معجلاً بالالتزام العميل بدفع المبلغ، أما إذا كان الغطاء جزئياً فيلتزم العميل بدفع الباقي ليكمل المبلغ الواجب دفعه للبنك.

ويكون للبنك الضامن حق الرجوع على العميل بما يكون قد وفاه للمستفيد وذلك على أساس بنود وشروط عقد الاعتماد بالضمان، والتي تكون في الغالب متفقة مع بيانات خطاب الضمان، والتي

¹ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص 805-811.

² - بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، مرجع سابق، ص 446.

³ - أكرم ياملكي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 351.

⁴ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 119.

يتعين على البنك أن يتقيد بها أثناء قيامه بالوفاء للمستفيد وإلا كان مسئولاً عن الوفاء المخالف لذلك، ولا يستطيع في هذه الحالة الرجوع على العميل¹.

وقد يحدث وأن يطلب البنك من عميله تسديد المبلغ قبل أن المطالبة بدفعه من المستفيد أصلاً، وذلك في حالة تعرض العميل لاضطرابات تؤثر سلباً على مركزه المالي وتجعل إمكانية إفلاسه أو عجزه عن الدفع أمراً وارداً، حيث يصبح البنك مهدداً بخاطر عدم استرجاعه لقيمة خطاب الضمان لو قام بدفعها للمستفيد، خصوصاً عند إصداره بتغطية جزئية أو تم إصداره على المكشوف، لذلك يمكن للبنك أن يشترط على عميله في النموذج المطبوع لطلب الإصدار، أن يكون له الحق في مطالبته بالمبلغ الكلي في أي وقت حتى قبل أن ترد إليه المطالبة بالدفع من المستفيد، فالبنك من خلال هذا الشرط يحتاط لنفسه من إعسار أو إفلاس عميله.

إن إدراج مثل هذا الشرط لا يعتبر تعسفاً من البنك في استعمال حق الرجوع على عميله بالمبلغ، ولكن يمكن اعتبار طلب البنك الضامن من عميله الأمر دفع مبلغ الضمان تعسفاً منه لو قام بذلك رغم سلامة مركزه المالي وقبل قيام المستفيد بطلب الوفاء، ففي هذه الحالة يكون للعميل حق طلب التعويض عن الضرر الذي يكون قد لحقه على أساس التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني

التزامات البنك في مواجهة عميله الأمر

متى قبل البنك مبدئياً بإصدار خطاب الضمان، فقد وجب عليه أن يلتزم بالتعليمات التي أصدرها إليه العميل الأمر من حيث الصيغة التي يفرغ فيها، باعتبار أن عقد فتح الاعتماد بالضمان هو أساس العلاقة بين البنك وعميله، وبذلك تترتب التزامات معينة على عاتق البنك ومن بينها الالتزام بإصدار خطاب الضمان وفقاً للشروط التي يحددها العميل (أولاً)، وعدم الوفاء في حالة المطالبة المنطوية على الغش الواضح من المستفيد (ثانياً)، والالتزام برد الغطاء في حالة انتهاء خطاب الضمان دون وفاء² (ثالثاً)، ويظهر أنه من المفيد في هذا الصدد التطرف إلى مسألة مدى التزام البنك بإخطار العميل بالدفع (رابعاً).

¹ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 360.

² عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 456-457.

أولاً: التزام البنك بإصدار خطاب الضمان وفقاً لشروط العميل الأمر

متى تم الاتفاق بين البنك والعميل، التزم البنك بأن يصدر خطاب الضمان لصالح المستفيد وأن يقوم بإصداره فعلاً وإلا كان مخالفاً بتنفيذ التزامه¹. وبإصدار التعهد بالضمان تنشأ علاقة جديدة بين البنك والمستفيد مستقلة عن علاقة العميل الأمر بالمستفيد، حيث يتأكد التزام البنك بوصوله إلى علم المستفيد دون أن يرفضه.

إن هذا الالتزام يوجب على البنك القيام بعمل مادي يتمثل في تحرير خطاب الضمان وتضمينه كافة الشروط المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد بالضمان²، ومن بينها احترام مدة سريانه حيث لا يجوز للبنك الضامن إصداره بمدة أقل من المدة المتفق عليها وإلا سبب ضرراً للمستفيد، ويكون ذلك سبباً في رجوع هذا الأخير على العميل الأمر وعدم قبول هذا الضمان، كما لا يحق له إصداره بأكثر من المدة المتفق عليها وإلا سبب ضرراً للعميل.

ويجب عليه الالتزام باحترام المبلغ الذي حدده العميل الأمر في عقد فتح الاعتماد بالضمان، بحيث لا يصدر خطاب الضمان بمبلغ أقل مما هو وارد في هذا العقد ولا بمبلغ أكبر مما هو مذكور فيه، لأنه في الحالة الأولى تثار مسؤولية العميل في مواجهة المستفيد وعندئذ يحق للعميل الرجوع على البنك بالتعويض، أما في الحالة الثانية فلا يحق للبنك الرجوع بالزيادة على العميل الأمر، وإذا قام البنك بالتنفيذ على حساب العميل الأمر المفتوح لديه بكامل مبلغ الضمان، فيكون للعميل عندئذ حق الاسترداد.

كما يلتزم البنك الضامن بإصدار تعهده بالضمان لصالح المستفيد نفسه المتفق عليه وإلا كان ذلك مبرراً لإبطاله بسبب الغلط في شخص المستفيد، فالبنك لا يصدر خطاب الضمان لأي شخص وإنما للمستفيد المحدد بذاته³، والذي يعتبر عنصر أساسي وبدون ذكر اسم المستفيد لا نكون بصدد خطاب ضمان، وفضلاً عن ذلك وبالرغم من أنه لا يشترط في المستفيد أن يكون أهلاً لإصدار التصرف القانوني وإبرام العقود، إلا أنه يتعين أن يكون أهلاً لتلقي الحقوق وهي أهلية الوجوب، لذلك يعتبر ذكر اسمه من أركان إصدار خطاب الضمان⁴.

¹ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 190.

² - بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، مرجع سابق، ص 445.

³ - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 728.

⁴ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 373.

ثانياً: الالتزام بعدم الوفاء في حالة الغش في المطالبة

متى كانت مطالبة المستفيد منطوية على غش واضح منه، فإن البنك عندئذ يلتزم بعدم الاستجابة لطلبه بدفع قيمة خطاب الضمان، وباستثناء ذلك يكون البنك ملتزماً بالوفاء له ولا يمكنه الاعتراض بأي دافع أو احتجاجات مستمدة من العلاقات الأخرى¹، وهذا ما ذهبت إليه أغلب الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية في فرنسا، وأكدت عليه قواعد الانسيترال².

كما أن مبدأ "الغش يفسد كل شيء" يعتبر مبدأ عالمي التطبيق، لأن مبدأ حسن النية يجب أن يسود في مختلف المعاملات، وخطاب الضمان لا يمكن أن يكون وسيلة لحماية الغش، ولكن يجب أن يتحدد نطاق تطبيق هذا الغش المانع من الوفاء بحذر حتى لا يكون وسيلة يستعملها العميل الأمر أو البنك الضامن قصد الإفلات من الوفاء بالتزاماتها.

ثالثاً: الالتزام برد غطاء خطاب الضمان إلى العميل

إذا انقضت مدة خطاب الضمان دون أن يتقدم المستفيد بطلب قيمته أو قام هذا الأخير برده لانتهاء الغرض منه، انقضى التزام البنك الضامن تجاه المستفيد، ويترتب على ذلك ضرورة الإفراج عن الغطاء الذي قدمه العميل إليه. ويقوم البنك برد الغطاء من تلقاء نفسه دون حاجة إلى مطالبته من العميل الأمر بأن يرد المبلغ المخصص كغطاء إلى حساب العميل أو يعيد الأوراق المالية أو يرفع أثر الرهن عن الأوراق التجارية المودعة كتأمينات³، ويحق للعميل الأمر المطالبة باسترداد هذه التأمينات بانقضاء مدة صلاحية خطاب الضمان دون وفاء، وإن كان على العميل في هذه الحالة دفع عمولة الإصدار المقررة للبنك⁴.

ويجب الإشارة هنا أن إعادة الغطاء للعميل الأمر لا يتوقف على انقضاء مدة خطاب الضمان دون مطالبة أو على قيام المستفيد بإعادته للبنك قبل انتهاء المدة، بل يلتزم البنك بإعادته كذلك في حالة قيام العميل برد ما دفعه البنك للمستفيد من مبلغ الضمان مضافاً إليه العمولات والمصاريف المتفق عليها، وقد يقوم العميل بذلك ليتفادى قيام البنك بالتنفيذ على الغطاء، وهذا في حالة ما إذا كان عينياً ويرغب العميل في استرداده.

إضافة للالتزامات التعاقدية السابقة الذكر التي تقع على عاتق البنك، فهناك التزامات أخرى تنظيمية، كاحترام النصوص القانونية المتعلقة بالنقد والقرض والأنظمة الصادرة عن مجلس النقد

¹ -Philippe Neau-Leduc, Droit bancaire, DALLOZ, Paris, 2^oéd, 2005, P 240.

² - المادة 19 من اتفاقية الانسيترال، مرجع سابق.

³ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 205.

⁴ - أكرم ياملكي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 351.

والقرض، مثل التزامه بالحصول على الضمان المقابل من البنوك الخارجية في حالة قيامه بتعهدات بناء على طلب بنوك في الخارج بخصوص خطابات الضمان الصادرة بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم¹.

رابعاً: مدى التزام البنك بإخطار العميل بالدفع للمستفيد

في هذا الصدد، تنص القواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالضمانات التعاقدية على أن "الضامن يلتزم عند استلامه المطالبة بالوفاء بإخطار الأمر أو الطرف معطي التعليمات - حسب الأحوال - وبدون تأخير بهذه المطالبة وكذلك بشكل المستندات"².

وتنص أيضا القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب لعام 1992 ضمن القسم الرابع تحت عنوان المطالبات، بأن يتولى الضامن دون تأخير إخطار العميل الأمر إذا ورد إليه طلب الدفع من المستفيد³، وهو ما تؤكد القواعد الجديدة بالنشرة رقم 758.

وهنا يطرح التساؤل الآتي: هل يتعارض الالتزام بالإخطار مع الطبيعة الاستقلالية لخطاب الضمان الذي يلتزم فيه البنك بالدفع للمستفيد لدى أول طلب؟

في البداية تجدر الإشارة إلى أن اعتبارات الثقة والمصالح المشتركة التي تربط أطراف التعاملات، تستدعي قيام تعاون بينهما وبحسن نية، ويتجسد ذلك في الالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف بمقتضى نصوص العقد أو بمقتضى القواعد العرفية ووفقا للطبيعة الخاصة لعملية إصدار خطاب الضمان، إذ يقوم البنك الضامن بإعلام عميله الأمر بدفع قيمة الضمان للمستفيد، دون أن يتعارض ذلك مع الطبيعة المستقلة لالتزامه المباشر والنهائي تجاه المستفيد. إن إجراء الإخطار هذا لا يعني أن للعميل الأمر الحق في أن يعارض البنك في دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد، أو أن البنك الضامن سوف يمتنع عن الوفاء إذا عارضه العميل الأمر بل له وظيفة إعلامية فقط، ويكون غالبا في مصلحة العميل الأمر ليتمكن من إظهار ما قد يبرئ ذمته من التزام تجاه المستفيد.

لكن السؤال المثار هو هل يقوم البنك بإخطار عميله بالدفع قبل تنفيذ هذا الالتزام أم بعده؟ في هذا الصدد توجد اختلافات فقهية حول توقيت هذا الإخطار، حيث يذهب رأي فقهي إلى القول بأنه، حتى وإن كان لا يحق للعميل الأمر الاعتراض على الدفع فور المطالبة الصحيحة

¹ - نظام رقم 93-02، مرجع سابق.

² - الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القواعد الدولية الموحدة، بالنشرة رقم 325، مرجع سابق.

³ - المادة 17 من (ق.د.م.ض.ط) النشرة رقم 458، مرجع سابق.

من قبل المستفيد، إلا أن البنك الضامن ملزم تحت طائلة المسؤولية بإخطار عميله بمطالبة المستفيد قبل أن يقوم بالدفع¹.

وحسب هذا الرأي فإن العميل الأمر قد يقوم بتنفيذ جميع التزاماته فعلا تجاه المستفيد، ويكون لديه ما يثبت براءة ذمته بخصوص هذه العملية. وبناءا عليه حسب نفس هذا الرأي دائما، فإن البنك يكون ومسئولا عن الضرر الذي يصيب العميل بسبب قيامه بالوفاء للمستفيد دون إخطاره²، حيث كان يكفي إخطاره لتقاضي هذا الضرر، وتتضح الحاجة أكثر إلى ضرورة الإخطار في حالة خطاب الضمان المستندي أو المبرر لكي يتأكد البنك من تحقق أو تخلف المستندات المنصوص عليها في نصوصه. وهو ما ينسجم مع القواعد الدولية الموحدة، حيث تنص المادة 16 بالنشرة 758 على ضرورة إبلاغ "دون تأخير" الضامن المقابل أو العميل الأمر، حسب الحالة بكل طلب للدفع أو للتمديد المقدم كبديل لطلب الدفع، مثل "مددوا أو ادفعوا"³. وتضيف المادة 22 منها على حق العميل الأمر أو الضامن المقابل بأن ترسل إليه نسخة من الطلب، مع تأكيدها بأن ذلك لا يؤثر على استقلالية الضامن في تنفيذ الضامن.

ويوجد اتجاه آخر يرى بأن الإخطار يكون بعد الدفع للمستفيد، لأن الغرض منه إعلام العميل الأمر بما اتخذته البنك من إجراء، وأن يكون على علم بفقدانه لحقه نهائيا في الغطاء النقدي الذي أودعه لدى البنك إذا كان مغطى كليا، أما إذا كانت التغطية جزئية فإن الإخطار يعني قيام البنك بخصم ما دفعه للمستفيد من حساب العميل الجاري لديه أو مطالبته بتسديد المبلغ إن لم يكن لديه رصيد أو حساب مفتوح بالبنك. أما عن القول باحتمال وجود دليل لدى العميل يبرئ ذمته تجاه المستفيد فيرى أصحاب هذا الاتجاه أنه مجرد افتراض عملي، ومع ذلك فالخطأ في هذه الحالة ليس خطأ البنك الضامن في عدم الإخطار، وإنما يتحمل ذلك العميل الذي يملك ما يبرئ ذمته ومع ذلك تقاعس في تسوية معاملاته مع البنك، فيعتبر بالتالي عميل مهمل ولا يمكن تحميل البنك نتيجة إهمال عميله⁴.

ويمكن القول أنه على الرغم من وجهة الرأي الأول إلا أن الميل إلى القول بعدم التزام البنك الضامن بإخطار العميل قبل الدفع للمستفيد، لكن لا مانع من ذلك مادام هذا الإخطار ليس من شأنه التأثير على استقلالية التزام البنك، وذلك حرصا على أن لا يفاجأ العميل بتنفيذه دون

¹- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص791 وما بعدها.

²- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص951.

³ - Jean-Pierre Mattout, « La révision des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande N° 758 », Op.Cit, P 1299.

⁴- سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 201-204.

علمه، فقد يكون لديه فعلا من الأسباب الجدية ما تدعو لأن يطلب تمديد أجل خطاب الضمان بدلا من دفع قيمته، خاصة إذا كان من شأن هذا التمديد أن يمكنه من تنفيذ التزاماته تجاه المستفيد. أما القول بإلزام البنك الضامن الرجوع إلى عميله الأمر قبل الوفاء فإن ذلك تعطيل للغاية التي قصدتها الأطراف من خطاب الضمان عندما استعاضوا عنه كتأمين بديلا عن النقود، كما أن الالتزام بإخطار العميل يؤدي إلى رفض الجهات المستفيدة له خوفا من معارضة العميل على التزام البنك في الوفاء، وهو ما يؤدي إلى الحد من نشاط البنوك وحبس جانب كبير من النقود المتداولة.

ومع ذلك فإن قيام البنك الضامن بإخطار العميل الأمر لا يخل بالأصل العام في خطاب الضمان وهو عدم التزام البنك بالإخطار، لأن الأمر يتعلق بالتوفيق بين القلق المشروع للعميل في أن يتم إبلاغه بأية مطالبة ترد من المستفيد قبل الدفع له، لكي يتسنى له القيام بالإجراء المناسب كطلب التمديد مثلا، ودون أن يمس ذلك بالالتزام المستقل للضامن المباشر أو الضامن المقابل بالدفع عند ورود طلب صحيح من المستفيد ومطابقا لنص خطاب الضمان، كما أن المقصود بالإخطار أيضا هو طلب البنك من العميل بأن يسديد مستحقاته إذا قام بالوفاء للمستفيد، بالإضافة إلى أن الإخطار يتماشى مع القواعد الدولية الموحدة.

كما تبدو أهمية إخطار العميل من خلال علاقة البنك بهذا العميل التي تقوم على أساس حرص كل منهما على استمرارها، ولا يعتبر البنك وكيفا عن العميل في الوفاء للمستفيد، لأن التزامه بذلك هو التزام أصيل ومستقل عن أية علاقة أو التزام سابق عليه ولو كان سببا في إصداره¹.

المطلب الثاني

الالتزامات المترتبة عن خطاب الضمان ذاته

الأصل أن البنك لا تربطه علاقة سابقة مع المستفيد، ولا يعرف إلا عميله الذي أبرم معه عقد فتح الاعتماد بالضمان، ويرتبط المستفيد مع العميل بعقد الأساس، والعلاقة التي تنشأ بين البنك والمستفيد ما هي إلا أثر من الآثار التي تولدت عن علاقة الأساس والتي أدت إلى قيام البنك بإصدار خطاب الضمان وإرساله إلى المستفيد يتعهد فيه بالوفاء عند أول طلب له² خلال مدة

¹ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 374.

² - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 125.

سريانه وبالرغم من أي اعتراض قد يبديه العميل¹. ولما كان هذا المستفيد ليس طرفا في التعهد الذي ينشئ له الحق في قبض قيمة خطاب الضمان فإنه لا يتحمل التزامات²، إلا أن حقه هذا يكون مقيدا بالشروط التي ترد في نصوصه³.

وللإحاطة بذلك سوف يتم تحديد التزامات البنك في مواجهة المستفيد (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى القيود الواردة على حق المستفيد تجاه البنك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التزامات البنك في مواجهة المستفيد

يلتزم البنك الضامن بدفع قيمة خطاب الضمان خلال الأجل المحدد أو بمجرد إصداره بحسب مقتضياته، ودون أن يعارض أو يناقش المطالبة بالوفاء وإلا تحمل المسؤولية في مواجهة المستفيد⁴، في المقابل من واجبه القيام بفحص طلب المستفيد والمستندات المرفقة به للتحقق من تناسقها والمطابقة الظاهرية لها مع شروط الضمان دون أن يتجاوز ذلك إلى التحري حول صحتها، فلو تبين عدم مطابقتها تعين عليه رفضها، على أن يرسل للمستفيد إخطار برفض الدفع، وهذا الفحص يعتبر إجراء شكليا يقوم به البنك الضامن تلقائيا.

ويعتبر الوفاء بالمبلغ هو الالتزام الرئيسي الذي ينتج عن العلاقة بين البنك والمستفيد ويمثل الهدف الأساسي لخطاب الضمان، ويتحقق بقيام البنك بدفع قيمة هذا الضمان للمستفيد⁵.

وقد سبق التطرق إلى أن التزام البنك مستقل عن العلاقات الأخرى، وهو ما يميزه جوهريا عن الكفالة التي ينظمها القانون المدني⁶، والتي يعتبر فيها التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين المكفول، كما أن محله مبلغا نقديا مهما كان مركز المضمون وأيضا كان مصير العقود الممهدة لإصداره، وأن البنك يصبح مدينا شخصا ومباشرا للمستفيد، يتعين عليه الوفاء لدى أول طلب، فلا يحق له رفض الدفع للمستفيد بسبب يرجع لعلاقته بعميله أو لعلاقة العميل بالمستفيد، كما لا يجوز له

¹ - بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، مرجع سابق، ص 445.

² - المادة 113 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ - رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 441.

⁴ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 194.

⁵ - عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 367.

⁶ - المواد من 644 إلى 673 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

تعليق الدفع على شرط الحصول على موافقة العميل¹ بل يلتزم بالدفع رغم أية معارضة قد يبديها هذا الأخير. وبما أن التزام البنك نهائي فلا يجوز له سحب تعهده بحجة أنه لم يصله ما يفيد قبول المستفيد له، وهو يتحدد بالعبارات الواردة في مضمونه، بحيث إذا تحققت الشروط الواردة فيه وجب عليه الوفاء بما تعهد به دون تأخير، فهو التزام حرفي مما يجعل دوره شكلي بحت، ذلك أن العميل عند تعاقد مع البنك يطلب منه تحقيق نتيجة معينة هي إصدار خطاب الضمان ودفع قيمته للمستفيد عند مطالبته به².

وتجدر الإشارة إلى أن استقلال التزام البنك لا يمنعه من التمسك في مواجهة المستفيد بالدفع الناشئة عن علاقته بالمستفيد ذاته، لأن إرادة البنك يجب أن تكون سليمة وخالية من عيوب الإرادة وأن يكون محل وسبب الالتزام مستوفين للشروط اللازمة، فإذا وقع البنك في غلط في شخصية المستفيد أو انعدمت إرادته بأن صدر خطاب الضمان بتوقيع مزور مثلاً، فإنه يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بما وقع فيه من غلط أو لانعدام إرادته، ولا يمس ذلك بخصوصية استقلال التزام البنك، لأن هذه الدفوع هي ناشئة عن العلاقة المباشرة المترتبة عن إصدار خطاب الضمان وفقاً للقواعد العامة.

الفرع الثاني

القيود الواردة على حقوق المستفيد

إن التزام البنك المستقل في خطاب الضمان هو نتاج لعقد الأساس وعقد الاعتماد بالضمان، والمستفيد ليس طرفاً في عقد بينه وبين البنك وإنما ينشأ حقه من تعبير البنك عن إرادته وهو مقيد بالشروط التي ترد في نص وعبارات خطاب الضمان، ولا يشترط صدور قبول صريح للمستفيد، بل يكفي علمه دون اعتراض حتى يتأكد حقه على قيمته³، وبالمقابل لا يمكن أن تترتب على المستفيد التزامات، لأن القانون لا يسمح بتحميل التزامات لشخص من عقد لم يكن طرفاً فيه⁴.

لهذا فإن حق المستفيد يكون مرتبطاً بالشروط الواردة في نصوص خطاب الضمان نفسه، أي أنه توجد قيود ترد على حق المستفيد ينبغي عليه مراعاتها.

¹ - مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 84.

² - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 146.

³ - رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 441.

⁴ - المادة 113 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

وتجدر الإشارة في البداية إلى أن قيمة الضمان لا تسدد بصفة تلقائية بل لا بد للمستفيد أن يتقدم بطلبها بصفة شخصية أو بواسطة وكيل بوكالة خاصة، لأن تعهد البنك بالضمان يصدر باسم مستفيد معين، بمعنى أن الشخص الذي يحق له الاستفادة منه هو الشخص الذي يدرج اسمه فيه، حيث أن البنك يتعهد بالوفاء لشخص محدد بالذات.

ويترتب على ذلك أحقية المستفيد وحده في المطالبة بقيمته ولا يجوز له تداوله أو التنازل عن حقه هذا إلى الغير أو تحويله¹ إلا إذا تم الاتفاق على ذلك بين جميع الأطراف²، كما لا يحق لدائني المستفيد طلب توقيع حجز قضائي على قيمة الضمان تحت يد البنك³.

وإضافة إلى ذلك فإن خاصية فورية الالتزام بالوفاء تعطي للمستفيد حق المطالبة بتنفيذ خطاب الضمان فور صدوره عن البنك الضامن، ولا يحق للمستفيد مطالبة البنك بمبلغ يزيد على ما هو محدد فيه، ومع ذلك فإنه إذا لم يكن المبلغ محددًا جاز له المطالبة بدفع مقدار ما يجب على العميل الأمر دفعه للمستفيد، لأن محل خطاب الضمان هو التزام البنك الضامن بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين⁴.

ولكي يقوم البنك بالوفاء بالمبلغ يجب أن ترد إليه المطالبة مكتوبة، وأن يتقيد المستفيد بالشروط والمواعيد الواردة بصيغة خطاب الضمان والتي تعتبر المرجع الوحيد في تحديد مدى التزام البنك، فإذا تضمن التعهد بالضمان حداً أقصى للمبلغ أو فترة معينة للمطالبة فإنه يجب احترامها وإلا كان من حق البنك الامتناع عن الوفاء⁵.

وتنص القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب على أن طلب الدفع الذي يقدمه المستفيد للضامن يجب أن يحترم فيه شروط الضمان وأن يتقدم به قبل انتهاء مدة صلاحيته، أي أنه لا يجوز للمستفيد أن يتقدم بطلب الدفع بعد انتهاء الأجل إذا كان محدد المدة، لكن يمكنه أن يطلب تمديد الأجل أو التجديد قبل أن تنتهي مدة الصلاحية، على أن يتم ذلك بموافقة العميل الأمر، إلا إذا ورد في خطاب الضمان على أنه من حق المستفيد طلب التمديد مباشرة من البنك الضامن ويكون الأخير مرخصاً له للقيام بذلك⁶.

1- أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص 329.

2- أكرم ياملكي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 351.

3- سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 205 و 223.

4- عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 367.

5- عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 390.

6- المادة 19 من (ق.د.م.ض.ط) النشرة رقم 458، مرجع سابق.

المطلب الثالث

الالتزامات المترتبة عن العلاقة بين الضامن المقابل والضامن المباشر

عندما يتكون خطاب الضمان في شكل الإصدار الغير مباشر، يقوم الأمر بالاتصال بينك الذي يتكفل بوضع العملية حيز الوجود، وهذا البنك الأجنبي يعطي تعليمات لأحد مراسليه أو إلى بنك محلي في بلد المستفيد من أجل إصدار ضمان مباشر للمستفيد مغطى بضمان مقابل. وبالتالي تنشأ علاقيتين متتاليتين تجمعان على التوالي: الأولى بين العميل الأمر والبنك الضامن المقابل وبخصوص التزامات الأخير المرتبطة بصفة الضامن في مواجهة العميل الأمر، فهي نفس التزامات البنك الضامن في علاقته بالعميل الأمر في حالة الإصدار المباشر والتي سبق وأن تم عرضها أعلاه.

أما العلاقة الثانية فهي تجمع بين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المباشر¹، حيث أن الضمان المقابل يعد ملزماً لجانبه وهما الضامن المقابل والضامن المحلي، فالضامن المقابل يكون ملتزماً بصفته معطي التعليمات في علاقته بالضامن المباشر، إذ يلتزم الأول بتغطية الثاني وضمانه، من خلال قيامه بأداء المبلغ الذي يقوم بالوفاء به للمستفيد بالإضافة للعمولة والمصاريف، وبالمقابل يلتزم البنك الضامن المحلي بالتعليمات الواردة في الضمان المقابل، كما يلتزم بالدفع للمستفيد بمجرد الطلب، ويعتبر ذلك التزاماً عقدياً ناتجاً عن الضمان المقابل².

وعلى هذا الأساس فإن إصدار الضمان المقابل يضع على عاتق معطي التعليمات الالتزام بتقديم المكافأة للضامن المباشر في مقابل الخدمة المقدمة بإصداره الضمان المباشر، أي أن الضامن المقابل يأخذ مركز العميل الأمر في مواجهة الضامن المباشر، بأن يسدد العمولة المستحقة مقابل الخدمة المقدمة من طرف البنك المحلي الذي يقوم بإصدار الضمان مباشرة نيابة عنه، مع الإشارة إلى أن العمولة والمصاريف، تنعكس في النهاية على العميل الأمر الذي يتحمل النتائج المالية للإصدار غير المباشر ويقوم بتسديدها للضامن المقابل.

ولقد سبق وأن رأينا بأن العميل الأمر يلتزم بتقديم تأمينات كغطاء لخطاب الضمان يتم الاتفاق على مقداره مع البنك الضامن، وبنفس الطريقة يمكن تصور بأن الضامن المقابل يكون ملتزم بأن يقدم للضامن المحلي المباشر تأمينات موجهة لتغطية التزامه بالدفع إذا وردت المطالبة بذلك

¹ - Caroline HOUIN-BRESSAND, Op.Cit, P.340.

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 15-16.

من قبل المستفيد النهائي، غير أن هذا الشرط لا يوجد في العلاقات فيما بين البنوك، حيث أنه ما دام هذا الضامن المقابل مؤسسة بنكية، فإن الضامن المحلي عموماً يثق في قدراته المالية، خاصة وأنه عادة لا يلتزم بالسداد له، وإنما يدفع له المبلغ اللازم لتنفيذ الضمان عندما يضطر البنك المحلي إلى دفعه للمستفيد النهائي.

وعليه ومن حيث المبدأ، يكون الضامن المحلي محمي بما فيه الكفاية ضد الخطر المالي المرتبط بعملية إصدار خطاب الضمان، لكن في الممارسة يلاحظ أن الضامن المقابل في علاقته بالعمل الأمر فقط يفرض على الأخير تقديم تأمينات كغطاء ضماناً لسداد المبالغ التي قد يدفعها للبنك المحلي¹.

وبخصوص مدى التزام الضامن المقابل بإخبار عميله بمطالبة الضامن المباشر بالضمان قبل قيامه بالتغطية، فإنه يمكن القول أنه في حالة اشتراط العميل الأمر ذلك في علاقته بالضامن المقابل، فإن مثل هذا الشرط ينبغي احترامه من قبل الضامن المقابل حتى ولو لم تكن هناك أية إشارة إلى ذلك في الضمان المقابل، إذ أن مصدر التزامه بالإخطار هو نابع من العلاقة العقدية التي تربط الضامن المقابل بعميله الأمر، وإذا أخل بهذا الالتزام قامت مسؤوليته العقدية تجاهه، مع ملاحظة أن ذلك لا يؤثر على حق الضامن المباشر في الحصول على مبلغ الضمان الذي قام بدفعه للمستفيد، ومن جهة أخرى فإن إخطار العميل ليس معناه الحصول على موافقته بالوفاء وذلك نظراً لاستقلالية الضمانين عن بعضهما البعض².

¹ - Caroline HOUIN-BRESSAND, Op.Cit, PP. 241-242.

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 68-69.

المبحث الثالث

استقلالية التزام البنك وأثر غش المستفيد عليها

إن فعالية خطاب الضمان وقوته والنجاح الذي يعرفه يرجع بنسبة كبيرة إلى التزام البنك¹ باعتباره مستقلا ومنفصلا عن العلاقات الأخرى²، فحق المستفيد يستمد مباشرة من نص خطاب الضمان وعباراته وليس من العقود السابقة على إصداره³، وهذا ما يميزه عن الكفالة⁴. والبنك لا يضمن حسن تنفيذ العميل لالتزاماته أو مراقبة هذا التنفيذ، ولا يتعهد بالقيام به بدلا عنه إذا لم يف به أو تأخر عن تنفيذه، كما لا يلتزم بتسديد دين عن العميل، بل يصدر تعهدا مجردا عن ظروف التزام العميل تجاه المستفيد بأن يلتزم بدفع القيمة المحددة في خطاب الضمان حتى ولو قل هذا المبلغ عن دين العميل أو كان أكبر منه⁵. ولا يكون في مقدوره الامتناع عن الوفاء أو تأخير الدفع، ولا يلتفت لأية معارضة كانت أو الاحتجاج بدفع من خارج نصوص تعهده. وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الاستقلالية يمكنها أن تتراجع عندما يطلب المستفيد الدفع مستعملا في ذلك الغش والخداع⁶، إذ أن أغلب الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية مستقرة على أن المطالبة بالوفاء التي تكون مبنية على الغش تلزم البنك الضامن بالامتناع عن الدفع⁷ إذا قدم له العميل الدليل القاطع على ذلك⁸، وإلا فقد حقه في الرجوع على هذا الأخير⁹. ولدراسة ذلك ينبغي التطرف إلى معنى الاستقلالية ونتائجها (المطلب الأول)، ثم بحث تأثير غش المستفيد على هذه الاستقلالية (المطلب الثاني).

¹ - Jacques Mestre, Marie-Eve Pancrazi Droit commercial (droit interne et aspects de droit international), L.G.D.J Lextenso Editions, Paris, 28° éd, 2009, P 1153.

² - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 378.

³ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 381.

⁴ - Jean Stoufflet, Nicolas Mathey, Jean-François Riffard, Op.Cit, P 182.

⁵ - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 210 و211.

⁶ - THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 521.

⁷ - Com., 5 Mai 1988, D. 1988. J. 430, note Vasseur. THIERRY BORNEAU, Op.cit, P 522. نقلا عن

⁸ - Com., 7 Juin 1994, Bull. civ, IV, n° 203, P.163 ; D.1995. som. Com. 20, obs.Vasseur. THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 521. نقلا عن

⁹ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P.283.

استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان ونتائجها

المقصود بالاستقلالية أن التزام البنك في خطاب الضمان يختلف عن التزام الكفيل في عقد الكفالة في انفصال التزام البنك الضامن واستقلاله عن كل علاقة أخرى، بما يعني أنه يتمتع عليه التذرع بأي سبب يؤدي إلى عدم دفع المبلغ للمستفيد إذا طالب بذلك خلال المدة المحددة فيه ويعد ذلك أحد مظاهر استقلال البنك¹، فهو لا يتأثر ولا يرتبط بالعقود التي تحيط به، أي أنه التزام مباشر ونهائي تجاه المستفيد²، ومتى وصل تعهد البنك بالضمان إلى علم المستفيد ولم يرفضه لا يجوز الرجوع فيه، ولا يكون في مقدوره الامتناع عن دفع قيمته أو تأخير الدفع، ولا يلتفت لأية معارضة كانت أو الاحتجاج بدفوع ناشئة عن هذه العلاقات³.

ولبحث لذلك، يتعين التطرق إلى استقلال التزام البنك وفقاً للتشريع المقارن والقواعد الدولية الموحدة (الفرع الأول)، ومعنى الاستقلالية لدى الفقه والاجتهاد القضائي (الفرع الثاني)، ثم النتائج المترتبة عن استقلالية التزام البنك الضامن (الفرع الثالث).

الفرع الأول

استقلال التزام البنك وفقاً للتشريعات الداخلية والقواعد الدولية

إن استقلال التزام البنك تجاه المستفيد، هو السمة الأساسية لخطاب الضمان، طالما أن قاعدته الأساسية تقوم على الالتزام بالدفع لدى أول طلب مهما كان وضع العلاقة التعاقدية بين العميل الأمر والمستفيد، أو بالنسبة للعلاقة بين العميل الأمر والبنك الضامن والتي انبثق عنها خطاب الضمان، وهو ما أكدت عليه العديد من التشريعات المقارنة والقواعد الدولية الموحدة لغرفة التجارة الدولية، كما قامت لجنة الأمم المتحدة لتوحيد القانون التجاري الدولي (الانسيترال) بوضع قواعد تنظمها⁴.

¹ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 339.

² - Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud, Op.Cit , P 727.

³ - Philippe Delebecque, Michel Germain, Op.Cit, P 353.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 143.

أولاً: التأكيد على استقلال التزام البنك في بعض التشريعات المقارنة

لقد تم التطرف بالفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث إلى تعريف خطاب الضمان في بعض التشريعات المقارنة التي قامت بتنظيمه، والتي حاولت إعطاء مفهوم دقيق له. ولقد تم استنتاج أن هذه التعاريف متفقة في أن التزام البنك مستقلاً وبتأً ومباشراً في مواجهة المستفيد، لأن البنك يلتزم بالدفع عند مطالبة المستفيد بذلك خلال مدة سريان الضمان ودون الاعتداد بأية معارضة، فلا يجوز للبنك الضامن أن يمتنع عن الوفاء استناداً إلى سبب أو دفع مستمد من علاقة المستفيد بالعميل الأمر أو من علاقة البنك نفسه بالعميل بالأمر، وذلك لاستقلال العلاقات عن بعضها البعض، كما أن أغلب التعاريف تنص على أن التزام البنك بالدفع للمستفيد يكون لدى أول طلب، فهذا الاستقلال والنهائية هي روح خطاب الضمان ولبه. وعلى سبيل المثال، نصت المادة 358 من قانون التجارة المصري لسنة 1999 على أنه: "لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد".

ويبرز المشرع العراقي¹ شخصية واستقلال خطاب الضمان في المواد من 288 إلى 293 من قانون التجارة رقم 30 لعام 1984، وهو يكاد يتقاطع حرفياً مع ما قرره قانون التجارة الكويتي الصادر سنة 1980².

وأكد على هذه الخاصية كل من القانون الإماراتي بالمادة 1/417 من قانون المعاملات الاتحادي³، وكذا قانون ألمانيا الاتحادية لـ 1976/2/5 المتعلق بالعقود الاقتصادية.

ولقد نص على ذلك القانون المدني الفرنسي في تعديله بتاريخ 23 مارس 2006 بموجب الأمر رقم 346-2006 من خلال المادة 2321 منه، وأطلق عليه اسم "الضمانة المستقلة"⁴. وتم تعريفه بأنه⁵ "تعهد يلتزم بموجبه الضامن، بناء على التزام صادر من طرف الغير، بأن يدفع مبلغ نقدي سواء لدى أول طلب أو تبعاً لكيفيات متفقاً عليها ...

¹ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، مرجع سابق، ص 332-333.

² إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 261. ونص المادة 382 من قانون التجارة الكويتي منقول من نفس المرجع، الملحق الأول، ص 343.

³ حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 80.

⁴ - Manuella BOURASSIN et autres, Op.Cit, P 232.

⁵ - Patrice Bouteiller et autres, OP.Cit, P 233.

لا يمكن للضامن إبداء أي اعتراض على الدفع مستمد من عقد الأساس.

لا يمكن أن يتبع هذا الضمان الالتزام المضمون إلا في حالة وجود اتفاق مخالف¹.

ويبدو أن استخدام عبارة "ضمان مستقل" هي أكثر دلالة لتحديد طبيعة التزام الضامن المستقل².

ثانياً: استقلال التزام البنك وفقاً للقواعد الدولية

أكدت كل من القواعد الدولية الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية المتعلقة بالضمانات التعاقدية، والقواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالضمانات لدى الطلب، وكذا نصوص اتفاقية لجنة القانون الدولي للتجارة التابعة للأمم المتحدة والتي يرمز لها بـ "الانسيترال" على استقلال التزام البنك تجاه المستفيد، والتي سوف يتم عرضها على النحو الآتي:

أ- القواعد الدولية الموحدة للضمانات التعاقدية (النشرة 325):

أشارت القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية الصادرة بالنشرة رقم 325 إلى مسؤولية الضامن تجاه المستفيد وأكدت على استقلال التزام الضامن تجاه المستفيد، بعيداً عن أي دفع مستمد من علاقة البنك بالعميل الأمر أو علاقة العميل بالمستفيد، لأن التزام البنك يتحدد فقط طبقاً لنصوص وشروط الضمان دون الارتباط بأي عقود أخرى، حيث نصت المادة الثالثة من هذه القواعد على أن "الضامن مسئول تجاه المستفيد طبقاً للنصوص والشروط المنصوص عليها في الضمان وفي هذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يجاوز ما هو مذكور في الضمان". وأضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة أن "للضامن أن يعتمد فقط على تلك الدفع المبنية على النصوص والشروط المذكورة في الضمان أو المسموح بها طبقاً لهذه القواعد".

ويتضح من ذلك أن استقلال التزام البنك تجاه المستفيد يتأكد عادة بعبارات خطاب الضمان وطبقاً للنصوص والشروط الموجودة فيه، فالنص على الوفاء عند طلب المستفيد وبدون النظر إلى معارضة العميل هي من خصائص هذا النوع من الضمانات. وأن ورود النص على التزام البنك بالدفع فوراً بالرغم من معارضة العميل الأمر وأياً كان مصير التزام هذا الأخير، يقطع الصلة بين التزام كل من البنك الضامن والعميل الأمر ويجعل الالتزامين منفصلين عن بعضهما البعض، فلا تقوم بينهما التبعية المميزة لالتزام الكفيل في الكفالة العادية.

¹ -Patrice Bouteiller et autres, OP.Cit, P 233.

² -Gael PIETTE, OP.Cit, P 72.

ب- القواعد الدولية للضمانات لدى الطلب (النشرة 458 ثم النشرة 758):

أكدت القواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالضمانات لدى الطلب والصادرة بالنشرة رقم 458 ثم بالنشرة الجديدة رقم 758، على خاصية استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد، حيث نصت على أن "الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون هي أساساً لها، والضامنون ليس لهم بأي شكل شأن أو يلتزمون بهذا العقد أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان، ويلتزم الضامن في نطاق أي ضمان أن يدفع المبلغ أو المبالغ المنصوص عليها فيه مقابل تقديم طلب كتابي بالدفع وأي مستندات أخرى محددة في الضمان والتي تبدو في ظاهرها من النظرة الأولى مطابقة لنصوص الضمان"¹.

يتضح من ذلك أن خطاب الضمان عملية مستقلة ومنفصلة، فالضامن يلتزم بشكل مستقل تجاه المستفيد استناداً إلى نصوصه وعباراته فقط، فليس له شأن بعقد الأساس أو بشروط المناقصات حتى لو تم الإشارة إليها في تعهد البنك الضامن المرسل للمستفيد، لأن البنك لا يضمن تنفيذ التزامات العميل أمام المستفيد ولا يراقب هذا التنفيذ، ولا ينوب عن العميل المدين بتنفيذ التزامه ولا بسداد ما يكون عليه من دين وإلا كان تدخله مجرد كفالة، بل أن التزام الضامن يكون مجرداً عن ظروف التزام العميل تجاه المستفيد²، بأن يدفع قيمة الضمان بمجرد تقديم طلب كتابي بالدفع أياً كان مقدار مديونية العميل، كما أن التزام البنك بالدفع لا يعتبر تعويضاً للمستفيد عن الأضرار المتسببة له بسبب عدم تنفيذ العميل لالتزامه أو إساءة هذا التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ المخالف للمواصفات المتفق عليها.

وبالنسبة للضمانات المقابلة أشارت القواعد الدولية الموحدة أيضاً إلى استقلال التزام البنك بقولها أن "... والضمانات المقابلة بطبيعتها عمليات منفصلة عن الضمانات التي تتصل بها وعن العقود المتعلقة بها وكذلك عن شروط المناقصات، والأطراف المصدرة للتعليمات (الضمان المقابل) ليست لها شأن بأي طريقة أو التزام بهذه الضمانات أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان المقابل"³.

يتبين من ذلك أن الضمان المقابل مستقل عن الضمان المباشر وعن عقد الأساس حتى لو تم الإشارة إلى هذا الضمان المقابل أو إلى عقد الأساس، وأيضاً عن عقد الاعتماد بالضمان.

¹ - المادة الثانية فقرة (ب) من (ق.د.م.ض.ط) النشرة رقم 458، مرجع سابق.

² - ج.ويبير - ر.روبلو، ترجمة علي مقلد، مرجع سابق، ص 611-612.

³ - المادة الثانية فقرة (ج) من (ق.د.م.ض.ط) النشرة رقم 458، نفس المرجع السابق.

فالضمان المقابل ليس بالضرورة أن يكون إعادة للضمان المباشر إذ أن العمليتان مستقلتان، حيث لا يمكن للضامن المقابل أن يشترط على الضامن المباشر تبرير الدفع المسبق للمستفيد، كما أن طلب دفع قيمة الضمان المباشر المقدم خارج أجله لا يؤثر على تنفيذ الضمان المقابل¹. وقد نصت القواعد الدولية الموحدة بالنشرة رقم 458 على الاستقلالية بنصها أنه "لا يسأل الضامن أمام المستفيد إلا بالمطابقة للنصوص المحددة بالضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه وبهذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يجاوز المبلغ المذكور في الضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه"²، وهو ما أكدته أيضا القواعد الدولية الموحدة الجديدة بالنشرة رقم 758.

ج- قواعد اتفاقية الانسيترال لعام 1995:

لقد أكدت أيضا قواعد الانسيترال المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، على أن التعهد يمثل التزاماً مستقلاً حيث نصت المادة الثانية منها على أنه "لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاماً مستقلاً، يعرف في الممارسات الدولية بأنه ضمانه مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدما من بنك أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر بأن يدفع للمستفيد مبلغا معينا أو قابلا للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدوث طارئ آخر، أو سدادا لمال مقترض أو مستلف، أو سدادا لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل"³.

ثم أوضحت المادة الثالثة استقلال التزام الضامن حيث نصت على أنه "لأغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الضامن/المصدر تجاه المستفيد:

- أ- مرهوناً بوجود معاملة أصلية أو صلاحية، أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتماد الضامنة أو الضمانات المستقلة التي يتعلق بها أي تثبت للضمان أو أي ضمان مقابل).
- ب- أو خاضعاً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد أو لأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات، أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الضامن/المصدر".

وعليه فإن التزام الضامن/الضامن المقابل لا يكون مرتبطاً بالمعاملة الأصلية بين العميل الأمر والمستفيد أو بين البنك الضامن والعميل، ولا يتأثر بصلاحية هذه العقود أو بطلانها أو فسخها.

¹ - Cass. Civ, 1^{er}, 15Juin1999, Bull.civ , IV, n°126, Philippe Delebecque, Michel Germain, Op.Cit, P 353. نقلا عن

² - المادة 16 من (ق.د.م.ض.ط) النشرة رقم 458، مرجع سابق.

³ - نقلا عن حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 80.

وبالتالي لا يجوز للبنك تعطيل الدفع للمستفيد عند مطالبته مستندا في ذلك إلى دفع تتعلّق بعلاقته بالعميل، سواء كانت هذه الدفع مبنية على عدم مشروعية سبب هذه العلاقة أو على وجود عيب شاب إرادته من غلط أو تدليس أو إكراه أو على عدم وجود غطاء لخطاب الضمان أو أموال للعميل لديه تمكنه من دفع قيمته، وكل ذلك استناداً على نص الضمان في أن يلتزم البنك بالدفع عند أول مطالبة من المستفيد طبقاً للشروط والأحكام المبينة فيه.

وقد أشارت إلى ذلك المادة 12 من قواعد الاونسيترال حيث نصت على أن "تحدد حقوق والتزامات الضامن/المصدر والمستفيد الناشئة عن التعهد بمقتضى الأحكام والشروط المبينة في التعهد، بما في ذلك قواعد أو شروط عامة أو أعراف مشار إليها بالتحديد فيه، وكذلك بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية". ووضح أيضاً من نص المادة الثالثة فقرة (أ)، أن الضمان المقابل مستقل عن الضمان المباشر وعن عقد الأساس، بالتالي فإن التزام الضامن/الضامن المقابل لا يكون تابعاً لالتزام العميل الأمر من حيث صحته وبطلانه، لأن البنك يلتزم دائماً بالضمان مهما كان مركز العميل الأمر وأياً كان مصير العقد المبرم بين البنك الضامن وعميله الأمر، أو مصير العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد.

مما سبق، يتضح أن القواعد الدولية الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس وكذا اتفاقية الانسيترال جميعها تؤكد على خاصية استقلالية التزام الضامن تجاه المستفيد عن التزام العميل الأمر بموجب عقد الأساس وعن العلاقات الأخرى، وعلى أن الضمان المقابل مستقل أيضاً عن الضمان المباشر وعن عقد الأساس حتى لو تمت الإشارة في خطاب الضمان المباشر إلى هذا الضمان المقابل أو إلى عقد الأساس، ومستقلاً أيضاً عن عقد الاعتماد بالضمان الذي يربط العميل الأمر بينه والضامن.

فالعلاقة بين الضامن المقابل والضامن المباشر ترتب تعهدات شخصية مستقلة تقع على عاتق كل ضامن، فما ينتج عن الضمان المقابل هو تعهد بتغطية الدفع الذي يقوم به الضامن المحلي إلى المستفيد، وهذا التعهد عن تعهد الأخير في مواجهة المستفيد، ويتم التعهد شخصياً ولا يعتمد بأي شكل على أداء الضمان الأول، وهذا الاستقلال يؤدي إلى حرمان الضامن المقابل من إمكانية عدم التغطية بحجة عدم قيام العميل الأمر بإصدار الضمان أو قيامه بسحب خطاب الضمان بعد إصداره، إذ بمجرد أن يصدر الضامن المقابل تعهده بتغطية الدفع الذي يقوم به الضامن المباشر تنشأ علاقة مستقلة بين الضامنين ولا يسمح بعد ذلك للضامن المقابل بإثارة أية حجج نابعة من علاقته بالعميل الأمر أو التمسك بالاستثناءات التي قد توجد في عقد الأساس.

فالتعهد بالدفع بمجرد الطلب يفرز ضمانا مستقلا سواء بالنسبة للضامن المحلي أو الضامن المقابل، ولا يمكن للضامن المقابل أن يتصل من الدفع إلا في حالة إثبات وجود غش أو تواطؤ بين الضامن المباشر والمستفيد¹.

الفرع الثاني

التأكيد على استقلال التزام البنك في الفقه والقضاء

تعرض الفقهاء في مختلف تعريفاتهم لخطاب الضمان إلى خاصية استقلالية التزام البنك بدفع قيمته للمستفيد بمجرد تقديمه مطالبة بسيطة أو وفقا للشكليات المتفق عليها والمنصوص عليها في نصوصه²، وهو ما أكدت عليه أيضا الاجتهادات القضائية وبأنها تعد الفارق الذي يميز خطاب الضمان وخصوصا عن الكفالة.

وسوف يتم التطرق إلى استقلال التزام البنك لدى الفقه، ثم معنى هذه الاستقلالية لدى القضاء.

أولا: استقلال التزام البنك لدى الفقه

يحرص الغالبية من فقهاء القانون³ على إبراز استقلالية البنك في تعريفهم لخطاب الضمان، وعلى أن البنك الضامن يقوم بالوفاء بصفته مدين أصلي بمجرد طلب بسيط أو حسب كفاءات متفقا عليها ومشرطة في خطاب الضمان نفسه، بأن يدفع مبلغا نقديا إلى المستفيد المعين وبالشروط المذكورة في مضمونه، مع تنازل مسبق عن ممارسة أي رقابة خارجية حول شروط التزامه⁴، وأنه بسبب خاصية استقلالية التزام البنك الضامن، فإن هذا الأخير لا يستطيع الاحتجاج في مواجهة المستفيد ببطلان عقد الأساس ولا بانتهائه أو بفسخه، أو بعدم التنفيذ الكلي لالتزامات العميل الأمر الذي قد يجعل خطاب الضمان بدون محل، ولا بالتنفيذ السيئ للمستفيد أيضا⁵، وبنفس الكيفية فإن الضامن المقابل يتضمن التزاما مستقلا بالنسبة للضامن المباشر وأيضا بالنسبة لعقد الأساس.

ومن بين الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الشأن نذكر على سبيل المثال ما يلي:

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 33.

² - Philippe Neau-Leduc, Op.Cit, P 238.

³ - استنادا لتعريفات كل من على جمال الدين عوض خطابات الضمان المصرفية ص 11، وعكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، ص 340، مرجع سابق.

⁴ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 4^oéd, P 220.

⁵ - Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebeque, Sabine Corneloup, Droit de commerce international, DALLOZ, Paris, 1^oéd, 2007, P 627.

يقول مارتيني Hubert Martini بأن الضمانة المستقلة هي "تعهد بدفع مبلغ نقدي ... يشكل التزاماً مستقلاً عن العقد المضمون، ويتميز بعدم الاحتجاج بالدفوع المستمدة من هذا العقد"¹.
ويضيف الفقيه جافالدا Christian Gavalda أيضاً أن "الضمانة المستقلة أو الضمان لدى الطلب أو الضمان لدى أول طلب هو شكل من أشكال التعهد البنكي ... غير أنه وخلافاً للكفالة، فإن الالتزام الناشئ عن الضمان هو التزاماً أصلياً وليس تابعاً"².

ثانياً: استقلال التزام البنك وفقاً لأحكام القضاء

لقد تواترت أحكام المحاكم الصادرة بهذا الشأن بالتأكيد على استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، وسوف يتم الاقتصار على بعض نماذج الأحكام الصادرة في كل من القضاء المصري والقضاء الفرنسي على النحو الآتي:

أ- القضاء المصري:

أكدت محكمة النقض المصرية على الاستقلالية في حكم لها بأن "علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل. مؤدى ذلك، إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك"³. كما قضت بأن "علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به، كما أن البنك مصدر الخطاب لا يعتبر وكيلاً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، ذلك أن التزام البنك التزام أصيل ..."⁴.
وفي ذات الحكم أكدت المحكمة على استقلال الضمان المقابل بقولها "... لما كان ذلك وكان من المقرر في حالة اختلاف بلد الأمر عن بلد المستفيد أن يكلف البنك التابع للأمر أحد فروعهم في بلد المستفيد أو بنكاً آخر في بلد المستفيد على أن يقوم بإصدار خطاب الضمان إلى المستفيد بالشروط التي يملئها عليه، ويكون التزام البنك مصدر الخطاب عندئذ للمستفيد مستقلاً تماماً عن العلاقة بين الأمر والمستفيد وبين البنك التابع للأمر ولا ارتباط بينهما، بحيث يكون للمستفيد بمقتضى هذه العلاقة بينه وبين البنك مصدر خطاب الضمان الرجوع على الأخير

¹ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 377.

² - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^eéd, Op.Cit, P 273.

³ - نقلاً عن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 740.

⁴ - طعن رقم 35/294 ق بتاريخ 1969/5/27، مجموعة أحكام النقض، الدائرة المدنية، ج2، ص 811، والطعن رقم 648 ق بتاريخ 1982/4/12، مجموعة أحكام النقض، الدائرة المدنية، ج1، ص 395، والطعن رقم 370 ق جلسة 1964/5/14، الدائرة المدنية، ج2، ص 691 مجموعة أحمد حسني، ص 219، منقول عن حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 82.

بقيمة خطاب الضمان متى تحققت الشروط الواردة في الخطاب سالف الذكر مما ينتقي معه كون البنك مصدر الخطاب وكياً عن بنك الأمر أو كفيلاً له....".

ب- القضاء الفرنسي:

يعتبر القضاء الفرنسي مستقراً على أن التزام البنك بدفع مبلغ الضمان فور طلبه مستقلاً ومباشراً ونهائياً، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجب الاعتراف بوجود هذا الضمان المستقل إذا كان التزام البنك بالدفع باتاً لا يتوقف على شرط وإنما حالاً ومباشرة لدى أول طلب ولا يستطيع البنك معارضة طلب الدفع، أو الاحتجاج بأي دفع مستمد العقود الأخرى¹.

وإذا كانت استقلالية الضمان تأكدت لدى القضاء الفرنسي وتم الاعتراف قضائياً بالضمانات المستقلة لأول مرة في فرنسا في سنة 1982، فإنه لم يتم إعطاء تعريفاً له إلى غاية 1988² أين تم إعطاء تعريفه لأول مرة من طرف محكمة استئناف باريس التي قالت بأنه: "يشكل ضماناً مستقلاً، يتمتع على الضامن الاحتجاج بالدفع التي يملكها المدين، العقد الذي بمقتضاه يلتزم البنك الضامن بناء على طلب من العميل الأمر بأن يقوم بتسديد مبلغاً نقدياً متفقاً عليه، دون أن تتمكن المؤسسة المالية من تأجيل الدفع أو أن تحتج بأي سبب كان"³.

وقد فرق القضاء الفرنسي بين الضمان المستقل الواجب الدفع لدى أول طلب وبين الكفالة، حيث قرر بأن البنك عندما يتعهد بدفع مبلغ نقدي للمستفيد، لا يسدد ما يكون على عميلة من دين، وإلا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقاً لأحكام الكفالة المدنية⁴، كما يؤكد هذا القضاء على استقلال الضمان المقابل عن الضمان المباشر وعن عقد الأساس.

وبعد هذا التأكيد التشريعي والفقهية والقضائية على استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان، فإن السؤال الذي يمكن طرحه هو: ما هي النتائج التي تترتب على استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان؟ وهو ما سوف تتم الإجابة عليه على النحو الآتي.

¹ - Com., 20 déc. 1982, D.1983. J. 365, note Vasseur. Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, P161. نقلا عن

² - Com., 20 déc. 1982, D.1983. J. 365, note Vasseur. THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 511. نقلا عن

³ - Com., 2 fév. 1988, Bull.civ. IV, n° 55, P.39 ; D.1988.som.com. 274, obs. Aynès ; D.1988. som.com. 239, obs. Vasseur. THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 511. نقلا عن

⁴ - حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 82.

الفرع الثالث

النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك الضامن

تظهر الاستقلالية بوضوح عند تحليل التزام البنك الضامن، من حيث كونه شخصي ومختلف عن الالتزام المضمون ويتمثل محله في دفع مبلغ نقدي، وهو ما اعتبرته محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 13 ديسمبر 1994، بأنه جوهرى في تكييف هذا الالتزام¹. إن الاستقلالية وعدم وجود علاقة تبعية تترجم أيضا من خلال مدة خطاب الضمان والتي عادة ما تكون محددة، وهي خاضعة في تحديدها لعبارات وبنود خطاب الضمان فقط ولا ترتبط بأي حال من الأحوال بمدة العملية التي صدر بشأنها الضمان، وفي حالة عدم تحديد المدة فإنه يحق للبنك الضامن إنهاء التزامه في أي وقت ولكن بشرط أن يقوم باحترام إجراء الإخطارات البسيطة وأن يكون ذلك في وقت معقول. وبالإضافة إلى كل ذلك فإنه يترتب على خاصية استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان مجموعة من النتائج، منها الوفاء الفوري رغم أية معارضة يبديها عميل البنك، ويسأل البنك الذي يمانع أو يتراخى في دفع قيمة خطاب الضمان لأن حبس هذه القيمة لا تستند إلى أساس قانوني².

وهكذا فإن الطابع الاستقلالي يعد الفارق الجوهرى بينه وبين الكفالة المصرفية، ويستدل على هذا الطابع من عدة مظاهر:

أولا: عدم احتجاج البنك في مواجهة المستفيد بالدفع المستمدة من العلاقات الأخرى

يترتب على كون الالتزام مجردا عن أية علاقة سابقة سواء علاقة البنك بعميله الأمر أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد، أنه لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بأية دفع مستمدة من علاقته بعميله، كأن يمتنع عن الوفاء بحجة أن عميله لم يقدم غطاء خطاب الضمان أو عدم تلقي عمولة الإصدار، ومن جهة أخرى لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بأية دفع مستمدة من علاقة الأخير بالعميل، كأن يمتنع عن الوفاء بحجة أن العقد قد فسخ أو الدفع بعدم مشروعية السبب أو المحل أو بعيوب الإرادة، أو الدفع بعدم التنفيذ أو إساءة التنفيذ أو التأخير

¹ - Cass.com, 13déc1994 ;Bull.civ.1994, IV, n°375 ; D.1995, Jurispr.P.209, Jean Stoufflet, Nicolas Mathey, Jean-François Riffard, Op.Cit, P 182. نقلا عن

² - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 339.

فيه¹، ولا حتى بانقضاء عقد الأساس²، فعبارات خطاب الضمان وحدها هي المرجع في تحديد العلاقة بين البنك والمستفيد.

وأكد القضاء الفرنسي والمصري هذا المظهر بالقول: "أنه وإن صدر الخطاب تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، ويلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى علم المستفيد بوفاء المبلغ الذي حدده الخطاب باعتباره حقا للمستفيد يحكمه الخطاب"³.

ثانياً: التزام البنك بالوفاء عند مطالبة المستفيد رغم معارضة الأمر

إن استقلال التزام البنك يعني أنه متى قدم له المستفيد طلب الدفع صحيحاً ومطابقاً للشروط المنصوص عليها في تعهد البنك بالضمان، فإنه يكون ملزماً بالوفاء دون أن يعير أي اهتمام إلى ما يبديه العميل من اعتراضات، والقول بخلاف ذلك يهدم الثقة في التعامل بهذه الآلية، فالبنك الضامن عند وفائه بقيمة خطاب الضمان لا يسدد ديناً على عميله الأمر، وإنما يقوم بالوفاء بما التزم به في تعهده الصادر عنه⁴ وهو التزام أصلي ومباشر في مواجهة المستفيد.

وتجدر الإشارة إلى أن قيام البنك بالوفاء لا يكون إلا بناء على مطالبة المستفيد خلال فترة سريان خطاب الضمان وبالتطابق مع نصوصه، وإلا ترتبت مسئوليته في مواجهة العميل الأمر، كما أن الإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل الأمر لا أثر له على التزام البنك المستقل، ولا يجوز لهذا البنك الامتناع عن الدفع للمستفيد بناء على أسباب تبرئ ذمة العميل تجاه المستفيد، لأن التزامه مستقل عن علاقة العميل الأمر بالمستفيد، ويكون للعميل فيما بعد مقاضاة المستفيد فيما قبضه من البنك دون وجه حق بناء على العلاقة الأصلية بينهما.

وقد أيدت ذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها بجلسة 30 ديسمبر 1985 وقررت أن البنك "... إذا ما طُلب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات...". كما أن القضاء الفرنسي يعتبر مستقراً على استقلال التزام

¹ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 340.

² - Jean Stoufflet, Nicolas Mathey, Jean-François Riffard, Op.Cit, P 182.

³ - نقض مصري رقم 648 لسنة 48 ق في جلسة 12 نيسان 1982 مشار إليه في بضراني نجا، مرجع سابق ص 586 (نقلاً عن محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 340).

⁴ - محكمة الجيزة الابتدائية (مستعجل) بتاريخ 1983/4/28، منقول عن حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 91.

البنك تجاه المستفيد، وقضى بعدم أحقية العميل في معارضة البنك بالوفاء بالتزامه المباشر تجاه المستفيد لمخالفة هذا الأخير بالتزاماته تجاه العميل¹.

وعليه فإن العميل لا يستطيع معارضة الدفع استناداً لأنه لم يكن ملزماً في مواجهة المستفيد أو لعدم أحقية الأخير في قبض قيمة خطاب الضمان استناداً للعقد المبرم بينهما، كما أن تعديل عقد الأساس لا يؤثر على استقلالية التزام البنك الضامن تجاه المستفيد²، وأن أي تعديل عليه لا يؤثر في التزام البنك إلا إذا وافق الأخير على هذا التعديل، بل أن الدفع يتم بشكل آلي لدى أول طلب من المستفيد، ومحل التزامه هو دفع المبلغ النقدي المحدد في نص خطاب الضمان، يمثل ديناً على البنك نفسه ولا يلتزم بدفع دين الآخرين³.

ثالثاً: أن يكون التزام البنك في خطاب الضمان باتاً ونهائياً

بمعنى أن البنك لا يمكنه الرجوع عن تعهده ولا رفض الوفاء بالمبلغ عند الطلب. وأن هذا الالتزام يعتبر تلقائياً في مواجهة المستفيد على نحو يمكن هذا الأخير من الحصول على مبلغ الخطاب بمجرد تقديم طلب للبنك بدفع قيمته. وتفسير ذلك أن الضامن عندما يصدر عنه خطاب الضمان يصبح ملتزماً بما تعهد بوفائه منذ وصول الخطاب إلى علم المستفيد وعدم رفضه له، ولا يكون للبنك بعد ذلك الرجوع عن تعهده أو تعديله أو الامتناع عن الوفاء به لأي سبب من الأسباب حتى ولو اعترض العميل⁴.

المطلب الثاني

الغش وأثره على استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان

سبق القول بأن خاصية الاستقلالية في خطاب الضمان تقطع الرابطة بينه وبين عقد الأساس، وينتج عنها بأن التزام البنك غير مرتبط بالتزام العميل، سواء في صحته أو بطلانه أو انقضائه أو مدته أو تنفيذه أو عدم تنفيذه، فالالتزام مستقلان عن بعضهما من جميع النواحي⁵. غير أن هذه الاستقلالية التي تجعل البنك ملتزم بالدفع دون دليل أو حتى تبرير حول إخلال العميل الأمر قد تشكل لهذا الأخير صعوبات في المستقبل وتكون وضعيته غير مريحة، فهو

¹ - نقلاً عن عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 384 - 385.

² - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 744.

³ - Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Op.Cit, PP 700-701.

⁴ - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 340-341.

⁵ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, PP. 262- 263.

غير محمي ضد المطالبة المنطوية على غش المستفيد، ولا يستطيع استرجاع المبالغ منه إلا عن طريق الدعوى القضائية اللاحقة¹، ما لم يكن بوسعه منع البنك من تنفيذ خطاب الضمان. وبهذا الصدد يثور التساؤل حول الغش الذي يحصله يستطيع العميل الأمر منع البنك من الوفاء للمستفيد (الفرع الأول)، وأثر هذا الغش على تنفيذ خطاب الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الغش المانع من الوفاء

على الرغم من استقلالية التزام البنك إلا أن بعض الفقه والقضاء يرى أنه يجب على البنك الضامن تعليق الدفع والامتناع عن الوفاء في حالة ورود طلب المستفيد مقترنا بالغش والتدليس². ولما كانت أغلب التشريعات الوطنية قد خلت من نصوص تنظم هذا الموضوع، فقد ثار التساؤل عن مفهوم الغش المانع من الوفاء، هل يشترط أن يكون نتيجة وسائل احتيالية وتدليسية استعملها المستفيد تجاه البنك؟ أم أن مجرد المطالبة بالدفع على الرغم من تنفيذ العميل لكافة التزاماته يعد غشا من المستفيد؟

للإجابة على ذلك سوف يتم الاعتماد على بعض الاجتهادات الفقهية والقضائية لدراسة مفهوم الغش المانع ثم شروط الغش المانع من التنفيذ.

أولاً: مفهوم الغش المانع في الاجتهاد الفقهي والقضائي

بداية يمكن ذكر حكم محكمة باريس التي قضت بأن مفهوم التعسف يختلف عن الغش، حيث قررت بأن "الطابع التعسفي الواضح في طلب الضمان نفسه، كما في هذه الحالة لا يمكن أن يتساوى مع نوع الغش الذي يجمد تنفيذ الضمان، الغش في الواقع يتطلب القيام بمناورات تهدف إلى تغليب الطرف الآخر"³.

وقد حاول كل من الفقه والقضاء وضع مفهوم واضح للغش المانع من الوفاء للمستفيد في خطابات الضمان وانقسموا إلى اتجاهين رئيسيين.

الاتجاه الأول: هو الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع من الوفاء

يرى هذا الاتجاه بأن الغش لا يقتصر على مجرد استخدام طرق ووسائل احتيالية، بل يمتد ليشمل كل مطالبة بالدفع تكون بسوء نية وبهدف الإضرار بالعميل الأمر. وحاول البعض وضع

¹ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 379.

² - ج.ويبير - ر.روبلو، ترجمة علي مقلد، مرجع سابق، ص 613.

³ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 285. Paris, 12Jun1985, D.1986. IR161, obs.Vasseur.

مفهوم للغش المانع من الوفاء، يجمع بين الغش بمعناه التقليدي المشتمل على وسائل احتيالية وبين التعسف في الطلب، وعرفوه بأنه "انعدام الأساس القانوني للمطالبة بجانب تزوير المستندات"¹.

وحسب نفس الاتجاه، فإنه يحق للبنك رفض الوفاء بإثبات غش المستفيد، متى صدر من الأخير سلوك تدليسي على أن يتم تقديم الإثبات من طرف العميل الأمر² أو من طرف البنك نفسه، ويضيف جانب من القضاء إلى حالة الغش التقليدي أيضا حالة المطالبة المنطوية على تعسف ظاهر³ وهي حالة طلب المستفيد لقيمة الضمان بالرغم من عدم وجود دين له بموجب عقد الأساس، غير أن التعسف لكي يمكن أن يمنع الدفع لا بد أن يكون ظاهرا، بأن يكون مؤكدا من دون أي لبس، كأن يتقدم المستفيد بطلب تنفيذ خطاب الضمان مع إمضائه على وثيقة تشهد بأن العميل الأمر قد نفذ التزاماته تجاهه بمقتضى عقد الأساس⁴، وبالتالي حسب هذا الرأي فإن طلب تجميد خطاب الضمان هنا لا يتم الحصول عليه إلا إذا وجد غشا أو تعسفا ظاهرا⁵.

والملاحظ على الاتجاه الموسع أنه قد يمس باستقلالية التزام البنك حيث لا يمكنه أن يتأكد من تنفيذ العميل لالتزاماته إلا بالرجوع إلى عقد الأساس، والقيام بذلك يؤدي إلى الربط بين عقد الأساس وخطاب الضمان، مع أن استقلال التزام البنك يقتضي الدفع لدى أول طلب، دون الاحتجاج بدفوع مستمدة من عقد الأساس ودون النظر لأية معارضة قد يبديها العميل.

لذلك وحفاظا على هذه الاستقلالية، ذهب اتجاه آخر إلى مفهوم أضيق للغش المانع من الوفاء.

الاتجاه الثاني: هو الاتجاه المضيق لمفهوم الغش المانع من الوفاء

على عكس أصحاب الرأي الأول حاول الاتجاه الثاني التضييق من مفهوم الغش المانع من التنفيذ، بحيث لا يشمل حالة الطلب التعسفي، وإنما يقتصر على الغش بمعناه التقليدي المصحوب بوسائل احتيالية وتدليسية.

وقد برر هذا الاتجاه رأيه، بأن التوسع في مفهوم الغش من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل الفائدة المرجوة من خطاب الضمان، ويمنح الفرصة للبنوك والعملاء بالإفلات من تنفيذ التزاماتهم، وأنه سيؤدي إلى مخالفة قاعدة "الغش لا يفترض" بل يجب إقامة الدليل عليه، كما ينشئ رابطة بين

¹ - حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 38 - 39.

² - Com ., 25 Avril 2006, bull.civ.IV, n° 95. Jacques Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Droit commercial (droit interne et aspects de droit international), Op.Cit, P 1153.

³ - Com ., 11 décembre 1985, JCP 1986, II, 20593, note Stoufflet ; 10 Juin 1986, Bull. Civ. IV, n°117, D.1987,17, note Vasseur. Jacques Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Droit commercial (droit interne et aspects de droit international), Op.Cit, P 1153.

⁴ - Jacques Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Droit commercial, Op.Cit, P 1154.

⁵ - THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 522.

خطاب الضمان وعقد الأساس للبحث في مدى أحقية المستفيد في طلبه من عدمه وهو ما يتعارض مع طابعه الاستقلالي¹، وقد يؤدي ذلك إلى هدم الوظيفة التي وجد من أجلها هذا النوع من الضمانات كبديل عن التأمين النقدي وجعله تابعا للالتزام الأصلي، الأمر الذي يخالف ما استقر عليه العرف المصرفي.

وساند هذا الرأي بعض القضاء الفرنسي، حيث أيدت محكمة النقض بتاريخ 1985/5/21 قرار محكمة الاستئناف باستبعاد الاستناد إلى فكرة التعسف الظاهر لمنع البنك من الوفاء، لأنه سيؤدي إلى الربط بين عقد الأساس وخطاب الضمان، حيث قضت بأنه: "وحيث أن محكمة الاستئناف قد أكدت بأن الطابع المستقل للضمان الممنوح من طرف البنك الفرنسي بناء على تعليمات من الشركة الفرنسية (الأمر) يستبعد أية إمكانية للاستناد إلى شروط تنفيذ العقد الأصلي الذي يربط الشركة الفرنسية بالشركة السعودية (المستفيد)، وبأن المطالبة بدفع الضمان إنما تمت من طرف المستفيد داخل الأجل المقرر ... فإنها قد أقرت بحق بأن تنفيذ الشركة الفرنسية لجميع التزاماتها في مواجهة الشركة السعودية، ليس من شأنه أن يعفي البنك الفرنسي من تنفيذ الاتفاق الذي يقضي بالتزامه بالوفاء بمبلغ الضمان إلى البنك السعودي لدى أول مطالبة من هذا الأخير، وبدون تقديم أية تبريرات في هذا الشأن"².

وفي قرار آخر لمحكمة استئناف باريس بتاريخ 1985/01/12 أوضحت المحكمة استقلال التزام البنك في الضمان المستقل عن عقد الأساس، وقضت بعدم أحقية العميل في طلب تجميد قيمة الضمان، وأن تعسف المستفيد يختلف عن الغش الذي يفسد كل شيء³.

مما سبق، يمكن القول أنه وعلى الرغم من وجهة الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع ومحاولته إقامة توازن بين مصالح العميل والمستفيد، إلا أن الميل للاتجاه الثاني الذي يرفض التسوية بين الغش بمعناه التقليدي وبين التعسف للامتناع عن التنفيذ، لما في ذلك من مساس بخاصية الاستقلالية، مما يضعف خطاب الضمان ويقلل من فعاليته ومصداقيته، وقد يؤدي ذلك إلى إحجام المستفيدين من اللجوء إلى هذا النوع من الضمانات وما يترتب عليه من آثار

1 - حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 42.

2 - "Attendu que la Cour d'appel a relevé que le caractère autonome de la garantie donnée par la banque (Française) sur ordre de la société Française, à la banque (Saoudienne), excluait toute référence aux conditions d'exécution du contrat de base liant la société Française à la société Saoudienne, et que la mise en jeu de cette garantie avait été requise par le bénéficiaire dans le délai contractuel, qu'elle a ainsi décidé à bon droit que le fait même apparemment établi que la société Française ait rempli toutes ses obligations à l'égard de la société Saoudienne n'était pas de nature à dispenser la banque F. de l'exécution d'un accord dont les termes l'obligeaient à payer les sommes aucune justification du motif allégué pour L'appel de cette garantie". Cass.Com. 21-5-1985 Rev. Banque 1986, P.136 N.457.

3 - CA. Paris, 12-01-1985, Rev.Banque, Feb.1986 P.190, N. 458, not Rives Lange.

اقتصادية، كما أن الوفاء للمستفيد مع التعسف في الطلب يعد من مخاطر المهنة التي يتحملها العميل، الذي يمكنه الرجوع على المستفيد ليطالبه باسترداد ما حصل عليه دون وجه حق.

ثانياً: شروط الغش المانع من الوفاء في خطاب الضمان

بداية لا يمكن الحديث عن غش المستفيد إلا إذا كنا أمام خطاب ضمان صحيح لم يشبه عيب من العيوب التي قد تقسد التصرفات القانونية، وأن لا تكون صلاحيته منتهية.

غير أن السؤال الذي يتبادر هو حول درجة الغش المانع من الوفاء، هل يشترط فيه أن يكون متيقناً واضحاً؟ أم يكفي فيه مجرد الاحتمال؟ وهل يحتج بالغش في مواجهة المستفيد في حالة صدوره من شخص آخر أم لا؟

للإجابة على ذلك ينبغي بيان شروط الغش على النحو الآتي:

الشرط الأول: صحة وصلاحية خطاب الضمان

يشترط أن يكون خطاب ضمان صحيح وساري المفعول، أما إذا كان سبب امتناع البنك عن الوفاء قائماً على أسباب موضوعية أخرى غير الغش، كبطلان خطاب الضمان لعيب فيه أو لمخالفته للنظام العام¹، فالحق هنا لا يكون موجوداً أصلاً، وكذلك إذا انتهت مدة صلاحية الضمان أو لم يبدأ سريانه بعد، ففي هذه الحالات لا يوصف طلب المستفيد بالغش، لأنه ليس له حق أصلاً لكي يمكن القول أنه استعمل الغش في طلبه².

الشرط الثاني: وضوح الغش

ينبغي أن يكون الغش واضحاً لا يقبل الشك، ولا يحتمل مجرد التحقيق فيه من قبل المحكمة، كأن يطلب العميل الأمر إجراء تحقيق أو سماع شهود أو فحص مستندات أو اتخاذ أي إجراء آخر للتأكد من غش المستفيد، بل يجب أن يقدم العميل الدليل جاهزاً قاطعاً على ذلك، لأن الغش لا يفترض بل يشترط فيه أن يكون جلياً واضحاً³ ولا يكون مجرد وهم أو اعتقاد من العميل الأمر، حيث أن الغش المانع على حد تعبير الفقيه (Vasseur) "يجب أن يكون واضحاً بحيث يفيق العينين"، وهو ما أكدت عليه القواعد الدولية بقولها: "... إذا كان من البين الواضح ..."⁴.

¹ جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 353.

² حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 72-73.

³ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 283.

⁴ - المادة 19 من (ق.د.م.ض.ط) النشرة رقم 458، مرجع سابق.

وبالتالي إذا لم يكن الغش واضحا جليا، فإن مجرد الادعاء بوجود الغش من قبل العميل، دون تقديم أدلة قوية وواضحة، ودون حاجة إلى الرجوع إلى عقد الأساس، لا يكفي لامتناع البنك الضامن عن الوفاء للمستفيد¹.

الشرط الثالث: صدور الغش ممن يحتج به عليه

إن الأحكام التي تعرضت للغش في المطالبة بتنفيذ خطاب الضمان لم تشر إلا للغش الصادر من المستفيد دون غيره، ولعل ذلك راجع إلى ندرة صدور الغش من غير المستفيد، لكن لو صدر غش من غير المستفيد²، وكان هذا الغش واضحا فهل يمتنع البنك عن الوفاء أم لا؟

إن القاعدة العامة في مجال العقود عموما، تقر بحق الطرف الذي وقع عليه الغش في إبطال التصرف حتى لو كان صادرا من الغير، بشرط أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الغش وقت وقوعه أو كان من المفروض عليه أن يعلم به³، ولكن هل ينطبق نفس هذا الحكم على الغش الصادر من غير المستفيد في خطاب الضمان؟

يذهب البعض إلى أنه لا يمتنع البنك عن الوفاء إلا إذا صدر الغش من المستفيد نفسه، لأن امتناع البنك عن الوفاء هو استثناء من الأصل والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، بينما يذهب غالبية الفقه⁴ إلى أن الغش ما دام واضحا فهو يؤدي إلى امتناع البنك عن الوفاء، سواء صدر من المستفيد نفسه أو من الغير.

ونحن من جانبنا نميل إلى رأي غالبية الفقه، لأن هذا الحل يتناسب مع نظام خطاب الضمان خصوصا في مجال التجارة الدولية، ولأن الغش يفيد عدم أحقية المستفيد في طلب التنفيذ، ونظرا لأن الغش لم يصدر من المستفيد نفسه فإن السماح بالتنفيذ في هذه الحالة يؤدي إلى صعوبة تحديد الطرف الذي يتحمل نتائج الوفاء.

¹ - Jacque Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Op.Cit, P 1153.

² - لا يعد وكيل المستفيد أو نائبه من الغير تطبيقا لمسئولية المتبوع (المستفيد) عن أعمال تابعه (الوكيل أو النائب).

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص 331. وهو ما نصت عليه المادة 87 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

⁴ - جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 371 وما بعدها.

الفرع الثاني

أثر الغش على تنفيذ خطاب الضمان

تعتبر استقلالية التزام البنك بالدفع لدى أول طلب خاصة أساسية وأهم ما يميز خطاب الضمان عن الضمانات التقليدية وخصوصا الكفالة، ولا يحق للبنك أن يمتنع عن التنفيذ استنادا إلى دفع مستمدة من العقود الأخرى، لكن إذا حدث وكانت مطالبة المستفيد بالتنفيذ تقترن بغش واضح من جانبه، فهل يحق للبنك الضامن أن يمتنع عن الوفاء له، أم أن خاصية الاستقلالية تلزمه بالدفع على الرغم من ذلك؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التعرض لرأي الفقه (أولا) والقواعد الدولية (ثانيا) ثم أحكام القضاء في هذا الشأن (ثالثا)، وأخيرا أثر الغش على تنفيذ الضمان المقابل (الفرع الرابع).

أولا: رأي الفقه في أثر الغش على تنفيذ خطاب الضمان

يؤكد أغلب الفقهاء على استقلالية التزام البنك في خطابات الضمان، إلا أنهم يقرون بتراجعها أمام غش المستفيد¹، مما يسمح للبنك بأن يمتنع عن الوفاء للمستفيد إذا ثبت ارتكابه غشا في المطالبة بقيمة خطاب الضمان. ويرى الفقه الفرنسي أن طلب الوفاء المقترن بالغش يجب رفض تنفيذه، لأن الغش الواضح يقلل من الاستقلالية²، فخطاب الضمان يمكن تعطيل تنفيذه إذا قدم العميل الأمر الإثبات بأن المستفيد استعمل الغش في المطالبة. وفي حالة الضمان المقابل، فإن البنك الضامن المقابل يؤسس رفضه بالدفع إذا أثبت أن البنك الضامن المباشر كان يعلم بغش المستفيد وكان متواطئ مع هذا التصرف بطلبه دفع مبلغ الضمان المقابل³.

ثانيا: أثر الغش على التزام البنك في القواعد الدولية الموحدة وقواعد الانسيترال

تجدر الإشارة إلى أن القواعد الدولية الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية جميعها لم تتناول مسألة غش المستفيد⁴. وعلى خلاف ذلك فإن قواعد الانسيترال تضمنت معالجة تفصيلية لغش المستفيد في هذا النوع من الضمانات، وأكدت على ضرورة مراعاة حسن النية في الممارسات الدولية المتبعة في الضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، حيث نصت المادة الخامسة منها على أنه "لدى تفسير هذه الاتفاقية يتعين إيلاء الاعتبار لطابعها الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في الممارسة الدولية المتبعة في الضمانات المستقلة

¹- Pierre-Alain Gourion, George Payrard, Op.Cit, P.191

²- Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 283.

³-Mathias Audit, Sylvain Bollée, Pierre Callé, Op.Cit, P 486.

⁴- حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 26.

وخطابات الاعتماد الضامنة¹. وقد حددت حالات الغش وجعلتها استثناء من التزام البنك المستقل بالسداد، حيث جاءت المادة 19 من هذه القواعد بعنوان "الاستثناءات على التزام السداد" ونصت على أنه "1- إذا كان من البين والواضح: أ - أن أي مستند مقدم مزور أو قد جرى تزييفه، أو ب - أن السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة، أو ج - أن المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه ليس لها أساس يمكن تصوره. كان للكفيل/المصدر متصرفاً بحسن نية، الحق إزاء المستفيد في أن يمتنع عن السداد..."².

تعالج المادة مسألة الغش وتحدد حالاته، كما تحدد أيضاً شروط الغش المانع من الوفاء، بأن يكون واضحاً وثابتاً بدليل قوي لا يقبل المناقشة، وأن يكون صادراً ممن يحتج به عليه.

ثالثاً: أحكام القضاء في أثر الغش على استقلال التزام البنك

لقد وضع القضاء قيوداً لحدود هذه الاستقلالية، وهي حالة المطالبة المنطوية على غش واضح التي يتم فيها تجميد تنفيذ الضمان، أي أنه إذا كان مؤكداً أن الحق في المطالبة بقيمة الضمان غير موجود أو قد انقضى، فهنا على البنك الضامن أن يمتنع عن الدفع للمستفيد³، لأنه لا يستطيع استرجاع المبلغ المدفوع بالحصول عليه من العميل الأمر⁴.

وبالنسبة للقضاء العربي عموماً، يلاحظ عليه ندرة الأحكام التي تقر بشكل صريح ومباشر أثر الغش على تنفيذ خطاب الضمان، ويرجع السبب في ذلك حسب الفقه إلى عدم وجود نص تشريعي صريح يجيز للبنك اللجوء للقضاء المستعجل لتجميد التزامه في مواجهة المستفيد، حيث ينعدم وجود نص تشريعي سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي إلى غاية سنة 1995 تاريخ صدور اتفاقية الانسيترال الخاصة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

ومع ذلك فإن بعض أحكام القضاء المصري تشير بصورة غير مباشرة إلى اعتراف القضاء المصري بأثر الغش على استقلال التزام البنك، وأن الغش باعتباره يفسد كل شيء، يجيز للبنك الامتناع عن الوفاء للمستفيد⁵.

ففي حكم لمحكمة استئناف القاهرة بتاريخ 19/11/1997: قضت الدائرة السادسة تجاري بمحكمة القاهرة بأنه "لا يجوز للعميل الأمر أو البنك أن يعطل صرف خطاب الضمان عن طريق توقيع الحجز على تلك القيمة أو المنازعة في صرفها إلا في حالة الغش. لأن إباحة شيء

¹ - المادة 05 من اتفاقية الانسيترال، مرجع سابق.

² - المادة 19 من اتفاقية الانسيترال، منقول عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 362 و363.

³ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^{éd}, Op.Cit, P. 540.

⁴ - Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Op.cit, P 705.

⁵ - حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 96.

من ذلك من شأنه أن يخل بمبدأ القوة الملزمة لعقد الأساس الذي ألزم العميل بتقديم خطاب الضمان، كما يتعارض مع التزام البنك القطعي والمباشر بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد، فضلا عن أنه يناقض مبدأ استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس، ذلك المبدأ الذي يمنع العميل الأمر من التمسك بشروط العقد المذكورة لتعطيل أحكام الوفاء بقيمة الخطاب¹.

وبالنظر في هذا الحكم يلاحظ أنه يؤكد على أن الأصل هو استقلال التزام البنك، وأن هذا الأصل يرد عليه استثناء وهو حالة الغش من المستفيد في مطالبته.

أما القضاء الفرنسي فهو غني بالأحكام المؤكدة على أن الغش يحد من استقلالية التزام البنك، حيث قررت محكمة الاستئناف بباريس بشرعية رفض التنفيذ في هذه الظروف، وبإمكانية تجميد الضمان من طرف القاضي الاستعجالي، لكنها تستثني كل قرار لقاضي الموضوع الذي قد يقضي بمنع الدفع إذا لم يتم تقديم الإثبات على الغش بطريقة واضحة لا لبس فيها، فغياب الحق الذي يتم إثباته لاحقا بالنسبة لعلاقة الأساس لا يكفي لاعتبار الطلب ينطوي على غش، إذا كان المستفيد يعتقد وقت المطالبة بالدفع بأن له دين في ذمة العميل الأمر². ولتبرير رأي القضاء هذا، يتم الرجوع عادة لنظرية الغش، إذ أن مفهوم الغش لا بد أن يكون واضحا جليا³ دون أن يؤدي إلى البحث عن نية المستفيد.

وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1985/12/10 قضت بأن "الدفع بالغش الواضح بمعناه الدقيق -الطرق الاحتيالية- يمكن التمسك به، وأن الغش يعطل مبدأ استقلال التزام الضمان والضمان المقابل"⁴.

وفي حكم آخر لها بتاريخ 1986/6/10 قضت بأنه "إذا كان الضمان مستقلا بالنظر إلى عقد الأساس، فإن امتناع البنك التمسك بالدفع المستمدة من تنفيذ عقد الأساس يتراجع أمام حالات الغش الواضح (الطرق الاحتيالية)..."⁵. ففي هذا الحكم نفذ العميل الأمر جميع التزاماته التعاقدية تجاه المستفيد، ورغم ذلك طالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان بالرغم من أن الأخير لم ينفذ التزاماته في مواجهة العميل الأمر، ولقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ذلك غشا ظاهرا من المستفيد يبرر وقف تنفيذ خطاب الضمان⁶.

¹ - منقول عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 405-406.

² - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^eéd, Op.Cit, P. 540.

³ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^eéd, Op.Cit, P. 277.

⁴ - Cass.COM.10/12/1985, J.C.P, 1986 V.2, N.20593. 102. منقول عن عن حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 102.

⁵ - منقول عن علي جمال الدين عوض، نفس المرجع، ص 357-358.

⁶ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 251 - 252.

رابعاً: أثر الغش على تنفيذ الضمان المقابل

إن الضمان المقابل يتضمن أيضاً التزام بالدفع لدى أول طلب ومستقل عن الضمان المباشر¹. وعند حدوث غش واضح في مطالبة المستفيد، فإن البنك الضامن المباشر احتمالياً يرفض الدفع وإلا عرض نفسه للمسئولية وبالتالي لخطر رفض طلبه لقيمة الضمان المقابل، لأنه إذا قام بالوفاء للمستفيد مع علمه المسبق بوجود غش أو تدليس من جانبه، فإن هذا يعطي الحق للضامن المقابل في الامتناع عن تغطيته، ويفترض في هذه الحالة وجود توافق بين الضامن المباشر والمستفيد. ويقع عبء إثبات الغش أو التواطؤ على يدعيه وهو الضامن المقابل الذي يريد التوصل من التزامه بالتغطية².

ولا يكفي لرفض تنفيذ الضمان المقابل أن يرتكب المستفيد الأخير غشاً واضحاً، بل لا بد أن يكون البنك الضامن المباشر نفسه مرتكباً لمثل هذا الفعل في مطالبته بالضمان المقابل، ويتحقق ذلك بارتكابه شخصياً لسلوك الغش أو بالتواطؤ مع المستفيد وأن يكون الغش واضحاً³. ويكون البنك الضامن المباشر متواطئاً، إذا كان يعلم بغش المستفيد أو لديه ظروف لا لبس فيها بحيث تفرض حتماً علمه بالغش، ويكون قد ارتكب غشاً بدوره عندما يقوم بالوفاء للمستفيد ويطلب من البنك الضامن المقابل التسديد، وكذلك إذا دفع خطأً بمخالفته لأحكام الضمان وإن كان ذلك لا يعتبر غشاً بالمعنى الدقيق، وبالتالي عندما يطلب من البنك الضامن المقابل الوفاء، يكون في هذه الحالة متواطئاً مع المستفيد⁴.

وفي هذا الشأن قررت محكمة النقض الفرنسية بأن البنك الضامن المقابل يستطيع أن يؤسس رفضه التنفيذ إذا أثبت أن البنك الضامن المباشر قد استعمل التدليس أو الغش مع المستفيد وتواطؤاً معه ثم طلب الدفع من البنك الضامن المقابل، أو كان يعلم بغش المستفيد⁵. وقضت أيضاً بأن العميل لا يمكنه التحلل من التزاماته في علاقاته بإثبات الصفة غير العادلة لطلب المستفيد، طالما أن البنك لا يستطيع الاحتجاج بهذا الدفع، إلا في حالة الغش أو التدليس⁶.

¹ - Barthélemy MERCADAL, Droit commercial (Mémento pratique), éd 21, Op.Cit, P 1101.

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 33.

³ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, PP.286- 287.

⁴ - Cass.com., 20Janv1987, JCP, 1987, II, 20764, Philippe Delebecque, Michel Germain, Op.Cit, P 354. نقلاً عن

⁵ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 257.

⁶ - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 748.

ويقول الدكتور جمال الدين عوض أن العميل الأمر الذي يقدم إلى بنكه الضامن المقابل أدلة على غش المستفيد وسارع الأخير بتقديمها إلى البنك الضامن المباشر، فإذا قام الأخير بالدفع للمستفيد رغم ذلك فإنه يعتبر ارتكب غشا ويمتنع عليه الرجوع على الضامن المقابل¹.

أما إذا كان البنك الضامن المباشر قد قام فعلا بالوفاء للمستفيد، فلا يمكن تعطيل التزام البنك الضامن المقابل إلا بتقديم الإثبات القاطع على أن البنك الضامن المباشر كان يعلم وقت الدفع للمستفيد بالغش الواضح الحاصل في مطالبة الأخير²، ولكن في حالة قيام البنك الضامن المباشر بالوفاء دون أن يعلم بهذا الغش، فإن البنك الضامن المقابل يكون ملزماً بتغطيته.

وفي قرار لمحكمة الاستئناف بباريس يظهر أكثر دقة، حيث تقضي بأن مطالبة دفع الضامن المقابل لا يمكن اعتباره غشا، إلا إذا وجد بتاريخ هذا الطلب تواطؤ بالغش بين المستفيد والضامن المباشر أو تم استعمال الغش من طرف هذا الأخير³.

كما قضت محكمة باريس أيضا بقولها: "متى اتضح التواطؤ بين المستفيد والبنك الثاني، وذلك متى كان الأخير على علم لحظة الوفاء بالغش الصادر من المستفيد، فلا يحق له طلب الضامن المقابل". وهذا الفرض مبني على سوء نية البنك الضامن المباشر ووجود تواطؤ بينه وبين المستفيد بسداده له مع علمه بصدور غش منه أثناء الاستجابة لمطالبة المستفيد⁴.

ويتساوى الوفاء الخاطئ من قبل الضامن المباشر بشروط الضامن ووفائه عن جهل ويعتبر ذلك خطأ منه بالرغم من حسن نيته يتساوى بحالة الوفاء بالغش، فجهله يلزمه بالتعويض عن خطئه⁵.

وإذا استطاع العميل الأمر إثبات غش الضامن المباشر في وفائه للمستفيد، كان له أن يتوجه إلى القضاء لاستصدار أمر بمنع الضامن المقابل من الوفاء للبنك الضامن المباشر. وعليه فإن الغش يشكل عائقا يعترض التنفيذ سواء بالنسبة للضامن المباشر أو للضامن المقابل⁶.

¹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 367-368.

² - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^eéd, Op.Cit, P. 542.

³ - Cass.com, 9 oct. 2001, arrêt n° 99-10.485, FS-P : D ;2001, act. jurispr. P. 3193. Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^eéd, Op.Cit, P. 543. نقلا عن

⁴ - محمود الكيلاني، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 234.

⁵ - Cass.Com 23-10-1990, D.1991,N.23,P.197

⁶ - Com., 20 Janv 1987, JCP 1987, éd. E, II, 14882 et éd.G, II, 20764, obs. Stoufflet. THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 525. نقلا عن

خلاصة الفصل الأول:

تعتبر عملية إصدار خطاب الضمان من التصرفات التي تساهم فيها عدة أطراف تنشأ بينها مجموعة من الروابط القانونية المختلفة، هذه العلاقات تبدو ظاهريا من الوهلة الأولى أنها متداخلة ومتشابكة، لكنها في الحقيقة مستقلة عن بعضها البعض، حيث يتعهد البنك الضامن أمام المستفيد الغريب عنه بناء على طلب عميله، وقد يتدخل بنك آخر محلي يتوسط بين البنك الأجنبي والمستفيد في حالة الإصدار الغير مباشر، وبذلك تنشأ علاقات ثلاث أو أربع حسب طريقة الإصدار وعدد البنوك المتدخلة، تربط الأولى العميل الأمر بالمستفيد وتتمثل في علاقة الأساس، ومنها ينشأ التزام العميل بتقديم خطاب الضمان، والثانية بين العميل والبنك وتتمثل في عقد فتح الاعتماد بالضمان وبمقتضاه يطلب العميل من البنك إصدار تعهده بصيغة معينة لصالح المستفيد. وتتمثل الثالثة في علاقة البنك بالمستفيد وهي ناشئة عن خطاب الضمان ذاته الذي يصدره البنك لصالح المستفيد. وتكون الرابعة في إطار الإصدار الغير مباشر للضمان وتتمثل في العلاقة بين الضامن المقابل والضامن المباشر، حيث أن الضامن المقابل ينشئ مجموعة من أربعة روابط قانونية مختلفة.

وعلى الرغم من الأهداف المتباينة إلا أن الغرض المشترك لجميع هذه الأطراف هو المساهمة في عملية إصدار خطاب الضمان. ولقد تم التطرق إلى تحديد هذه الروابط وما يترتب عن هذه العلاقات من التزامات متقابلة في ذمة الأطراف المشاركة في هذه العملية.

ومتى تقدم المستفيد بالمطالبة بالوفاء فإن البنك يكون ملزم بالاستجابة لطلبه الصحيح، مقابل حقه في الحصول على غطاء خطاب الضمان ضامانا لإصداره يتفق على نوعه ومقداره مع العميل، ويلتزم البنك برده للعميل إذا انتهى أجل سريانه دون مطالبة من المستفيد أو قام الأخير برده لانتهاؤ الغرض منه.

والعميل من جهته يلتزم بتقديم الغطاء المناسب للبنك وبأن يسدد له ما يكون قد دفعه للمستفيد مضافا إليه العمولة والمصاريف نظير إصدار خطاب الضمان، في مقابل ذلك يحق للعميل المطالبة باسترداد هذا الغطاء إذا انقضت مدة الخطاب دون مطالبة المستفيد.

وللمستفيد حق مطالبة البنك بالدفع، بشرط أن يتقدم بطلبه مطابقا لنص الخطاب وخلال مدة صلاحيته، والبنك ملزم بالدفع الفوري ولا يمكنه رفض الوفاء للمستفيد إلا في حالة اقتران المطالبة بالغش الواضح.

وإذا كانت فعالية خطاب الضمان وقوته والنجاح الذي يعرفه يرجع بنسبة كبيرة إلى التزام البنك باعتباره مستقلا ومنفصلا عن العلاقات الأخرى، فحق المستفيد يستمد مباشرة من نص خطاب الضمان وعباراته وليس من العقود السابقة على إصداره. والبنك يلتزم بدفع القيمة المحددة في خطاب الضمان بمجرد أن ترده مطالبة المستفيد، ولا يكون في مقدوره الامتناع عن الدفع أو تأخيره، ولا يلتفت لأية معارضة كانت أو الاحتجاج بدفوع من خارج نصوص تعهده. وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الاستقلالية يمكنها أن تتراجع عندما يطلب المستفيد الدفع مستعملا في ذلك الغش والخداع، إذ أن أغلب الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية مستقرة على أن المطالبة بالوفاء التي تكون مبنية على الغش تلزم البنك الضامن بالامتناع عن الدفع إذا قدم له العميل الدليل القاطع على ذلك، وإلا فقد حقه في الرجوع على هذا الأخير.

الفصل الثاني

انقضاء خطاب الضمان وأثره

الأصل في التزام البنك أنه عرضي إذا تمت العملية كما سطر لها وقام العميل بتنفيذ التزاماته تجاه المستفيد، حيث يظل التزامه قائماً ومستقلاً إلى غاية زوال وجوده القانوني بانتهاء مدة سريانه دون مطالبة، وبانقضائه ينتهي مفعول خطاب الضمان. لكنه يمكن أن يتحول إلى التزام فعلي بالنسبة للبنك وإلى مديونية حقيقية بالنسبة للعميل في حالة مطالبة المستفيد بالمبلغ، مما يؤدي إلى وضعه حيز التنفيذ¹. وقبل الوفاء ينبغي على البنك التأكد من المطابقة الشكلية للطلب لما هو محدد في تعهده، مع بقاءه محايداً وبعيداً عن كل نزاع قد ينشأ بين الطرفين². والعميل ملتزم بعدم الاعتراض على الدفع تجسيدا لاستقلالية التزام البنك، غير أن المستفيد قد يستغل ذلك والمطالبة بالوفاء رغم تنفيذ العميل لالتزاماته، فيلجأ الأخير إلى الوسائل الشكلية محاولاً منع البنك من التنفيذ إلى حين الفصل في موضوع النزاعات بينه وبين المستفيد، لأنه قد لا يستطيع استرداد المبلغ من هذا المستفيد. والبنك من جهته ملتزم باحترام تعهده تجاه المستفيد حرصاً على سمعته الدولية ويمكنه الرجوع على عميله لاستيفاء منه المبلغ المدفوع³. ورغم المزايا التي يوفرها خطاب الضمان في التعاملات إلا أن ذلك لا يمنع من احتمال التعرض لبعض الأخطار أو نشوء ظروف خارجة عن إرادة الأطراف قد تحول دون تنفيذه. وعموماً ينقضي التزام البنك إما بالتنفيذ أو دون وفاء بانقضاء أجله دون مطالبة إذا كان محدد المدة أو بإعادته بإرادة المستفيد للبنك قبل انتهاء مدته، وغيرها من أسباب الانقضاء⁴. ومهما كانت الأسباب في ذلك، فإن انقضاء الضمان المباشر يؤدي إلى انقضاء الضمان المقابل⁵ وما قد ينشأ عن ذلك من دعاوى مختلفة للرجوع حسب ظروف التنفيذ⁶ وما يترتب من آثار.

ومن خلال هذا الفصل سوف يتم بحث انقضاء خطابات الضمان بتنفيذه وشروط التنفيذ وعوارضه (المبحث الأول)، والتطرق إلى انقضائه دون المطالبة بتنفيذه (المبحث الثاني)، ثم عرض آثار انقضاء خطابات الضمان (المبحث الثالث).

¹ -Gael PIETTE, Op.Cit, p76.

² - Patrice Bouteiller et autres, OP.Cit, P 234.

³ - Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud, Op.Cit, p729.

⁴ - محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 600.

⁵ - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 73.

⁶ - Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Op.Cit, P 703.

المبحث الأول

انقضاء خطاب الضمان بالتنفيذ، شروطه وعوارضه

يعتبر خطاب الضمان تقنية يتوخى منها العميل الحصول على ثقة المستفيد ليبرهن له عن جديته في التعامل، وقيام العميل بتنفيذ التزاماته تجاه المستفيد أو بانتهاء مدة خطاب الضمان دون حدوث مطالبة بالدفع ينتهي مفعوله وهو الأصل، إلا أن البنك قد يضطر إلى سداد قيمته للمستفيد إذا قرر الأخير المطالبة بها خلال مدة سريانه¹، وتسمى هذه المرحلة بتنفيذ خطاب الضمان والذي يتحقق إما بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أي بما تقتضي به الالتزامات بصفة عامة² وبالتبعية يؤدي إلى تنفيذ الضمان المقابل³. ومتى طالب المستفيد بالتنفيذ وكانت مطالبته تستوفي شروط الصحة فإن البنك ملزم بالوفاء له دون تأخير⁴، ما عدا الفترة التي يستغرقها في فحص مطابقتها الشكلية لما هو منصوص عليه في خطاب الضمان⁵.

وعلى الرغم من استقلالية التزام البنك ومزايا خطاب الضمان، إلا أن ذلك لا يمنع من احتمال وقوع بعض الحالات العملية المرتبطة بهذه العملية أو ظروف يمكن أن تعترض تنفيذه، سواء كانت بفعل أطراف التعامل أو نتيجة لظروف خارجة عن إرادتهم.

ومن خلال هذا المبحث سوف يتم التطرق إلى انقضاء خطاب الضمان بالوفاء أو بما يعادل الوفاء (المطلب الأول)، وبحث شروط تنفيذ خطاب الضمان (المطلب الثاني)، ثم التطرق عوارض تنفيذه (المطلب الثالث).

¹ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 276.

² - بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، مرجع سابق، ص 446.

³ -Gael PIETTE, Op.Cit, p76.

⁴ - Patrice Bouteiller et autres, OP.Cit, P 234.

⁵ - Pierre-Alain Gourion, George Payard, Op.Cit, P.190

المطلب الأول

انقضاء خطاب الضمان بالوفاء أو ما يعادل الوفاء

إذا كان خطاب الضمان في الأصل كعملية ائتمان غير مباشر يهدف من خلاله العميل الحصول على ثقة المستفيد لقبول التعاقد معه، غير أن التزام البنك يمكن أن يتم تنفيذه فعلا إذا ما قرر المستفيد مطالبته بذلك خلال المدة المحددة كأن يخل العميل بالتزاماته تجاهه، فيكون البنك ملزما بالاستجابة لطلبه وبالتالي ينقضي خطاب الضمان عن طريق الوفاء بقيام البنك بدفع قيمته للمستفيد (الفرع الأول)، كما يمكن أن يتم تنفيذه في بعض الظروف بما يقوم مقام الوفاء¹ وحسب ما تسمح به الحالة طبقا لطرق انقضاء الالتزامات في القواعد العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

انقضاء خطاب الضمان بالوفاء

إذا وردت مطالبة المستفيد إلى البنك لاستيفاء قيمة خطاب الضمان خلال مدة سريانه وفي حدود المبلغ المعين وبالشروط الواردة به واستجاب له البنك، فإن الأخير يكون قد نفذ ما تعهد به ويزول التزامه وينقضي بذلك خطاب الضمان²، كما ينقضي أيضا إذا اقتصر طلب المستفيد على دفع جزء من قيمته مع طلب إلغاءه في نفس الوقت، عندما يقدر بأن الجزء الذي قبضه من المبلغ كاف لتعويضه في علاقته بالعميل. أما إذا طلب الوفاء بجزء من قيمة خطاب الضمان دون أن يطلب إلغاءه فيظل حقه قائما في باقي المبلغ، ويجوز له أن يطالب بأدائه إلى غاية نهاية مدة سريانه³.

وقد نصت المادة 11 بفقرتها الأولى/بند (ج) من اتفاقية الانستيرال المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على أنه: ينقضي حق المستفيد في المطالبة بالسداد بموجب التعهد

¹ عمر مصطفى جبر اسماعيل، مرجع سابق، ص 208.

² محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول، 2008، مرجع سابق، ص 406.

³ علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 423.

متى تم سداد المبلغ المتاح بموجب التعهد، ما لم ينص التعهد على التجديد التلقائي للمبلغ أو على زيادة تلقائية للمبلغ المتاح أو ما لم ينص بأي شكل آخر على استمرار التعهد¹.

وبالنسبة للضمان المقابل فهو ينقضي إما بانتهاء مدته المحددة أو بتحقيق الغرض منه وتنفيذ الالتزامات التي صدر لتحقيقها، ويتم تحديد المدة غالباً في التعليمات الصادر عن الضامن المقابل والتي يوافق عليها البنك المحلي. وبانقضاء هذه المدة ينتهي الضمان المقابل بغض النظر عن تنفيذ الضمان المباشر من عدمه إلا إذا وجد اتفاق يقضي بتمديد أجله².

وإذا قام الضامن المباشر بالوفاء للمستفيد النهائي بعد انتهاء مدة الضمان المقابل، قامت مسؤوليته في مواجهة الضامن المقابل والذي يكون من حقه الامتناع عن التغطية وعدم أداء المبلغ له، حتى ولو كان الضامن المباشر حسن النية.

لذلك يتعين على الضامن المباشر الالتزام بالأجل المحدد، فإذا قدمت له مطالبة المستفيد خلاله يقوم بالدفع ويصبح من حقه مطالبة الضامن المقابل بالتغطية، أما إذا كانت المطالبة بعد انتهاء هذا الأجل، كان لزاماً عليه الامتناع عن الدفع وإذا قام بذلك قامت مسؤوليته ويتحمل تبعه ذلك. كما أن قيام الضامن المباشر بالوفاء للمستفيد يؤدي إلى انتهاء الضمان المقابل، لذلك يتعين على الضامن المباشر المطالبة بقيمته فور قيامه بالدفع للمستفيد النهائي وبدون تأخير، ما عدا الوقت الذي يستغرقه وصول المطالبة³.

إن الربط بين انقضاء أجل الضمانين لا يكون إلا في حالة عدم تحديد مدة الضمان المقابل، أما إذا كانت مدته محددة في نصوصه فإنه يجب احترامها بغض النظر عن أية مدة أخرى. ولكن من الناحية العملية فإنه عند قيام المستفيد النهائي بطلب التنفيذ ويتم الوفاء له فعلاً من طرف الضامن المباشر فإنه بذلك يحل أجل الضمان المقابل، لأن الغرض من وجود الأخير هو تغطية المخاطر التي يتعرض لها الضامن المباشر نتيجة وفائه للمستفيد، وبتحقق الدفع وجب تغطيته وسداد المبلغ المدفوع له، وعندئذ يكون من حق الضامن المباشر المطالبة بقيمة الضمان المقابل مما يؤدي إلى انتهائه. ولذلك لا تظهر أهمية المدة المذكورة في الضمان المقابل إلا في حالة عدم مطالبة المستفيد بالدفع، فهنا ينتهي الضمان المقابل بانتهاء مدته.

¹ - نقلاً عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 509-510.

² - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 328.

³ - محمد عبد الظاهر حسن، مرجع سابق، ص 72 و 76.

الفرع الثاني

حالات انقضاء خطاب الضمان بما يعادل الوفاء

بالإضافة إلى انقضاء التزام البنك بالوفاء وتنفيذ خطاب الضمان، فإنه قد ينقضي كذلك بما يعادل الوفاء والذي يتمثل حسب القواعد العامة في الالتزامات على الخصوص في الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة، واتحاد الذمة¹.

وبالنسبة للمقاصة على سبيل المثال فإن الدائن يستوفي حقه مقابل دين ينشأ في ذمته للمدين، أما الوفاء بمقابل فيحصل الدائن من خلاله على شيء بديل عن المحل الأصلي من المدين، وفي التجديد فإن الدائن يستوفي الدين القديم بنشوء دين جديد، وأيضاً باتحاد الذمة كأن يمتلك البنك المشروع الصادر من أجله خطاب الضمان². فهل تؤدي هذه الأسباب جميعها لانقضاء التزام البنك في خطاب الضمان؟

أولاً: المقاصة كسبب لانقضاء خطاب الضمان

تعتبر المقاصة أداة وفاء يتمسك بها المدين بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه، أي أنه في حالة وجود دينان متقابلان في ذمة كل من المدين والدائن، بشرط أن يكونا مستحقين الأداء لأن المقاصة تحمل معنى الوفاء الإجمالي الذي لا يتحقق إلا بحلول أجل الدين، كما يجوز أيضاً المطالبة بهما قضاء³.

في البداية ينبغي القول أنه نتيجة لاستقلالية التزام البنك، فإنه لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بين مبلغ خطاب الضمان وبين دين للعميل في ذمة المستفيد أو دين للبنك في ذمة العميل.

أما إذا كان البنك دائن بدين في ذمة المستفيد، فإن البعض يرى أنه يمكن أن ينقضي خطاب الضمان بحدوث المقاصة القانونية متى توفرت شروطها بين دين البنك في ذمة المستفيد وبين مبلغ خطاب الضمان، حيث يستطيع البنك التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد، وتقع هنا بقوة القانون بين الدينين.

ومن بين هذه الآراء يمكن ذكر رأي الدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين الذي يقول أنه "ويقوم مقام الوفاء في الدفع إلى المستفيد وإبراء ذمة البنك المقاصة، فإذا كان للبنك حق في

¹ - المواد من 285 إلى 303 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 370.

³ - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 159.

مواجهة المستفيد، ثم طالب المستفيد البنك بدفع قيمة الخطاب أمكن أن تقع المقاصة القانونية بين حق البنك ودينه إذا توافرت شروطها¹.

بينما يرى اتجاه فقهي آخر مخالف أنه ليس من حق البنك التمسك بالمقاصة، مبررا رأيه بأن مبلغ خطاب الضمان حتى وإن كان يمثل حقا للمستفيد فإنه لا يدخل في ذمته المالية إلا بعد أن يتقدم بطلبه من البنك ويتحصل عليه فعلا، لأن البنك عندما يصدر خطاب الضمان، فهو لا يقيد قيمته في الجانب الإيجابي من حساب المستفيد لديه وإنما يلتزم بدفعه عند الطلب فقط، وبالتالي من غير المنطقي أن تتم المقاصة بين مبلغ مملوك للبنك وبين دين له في ذمة المستفيد.

ويضيف نفس الاتجاه أيضا، أنه قد يقال أن المبلغ قبل أن يطلبه المستفيد يكون ملكا للعميل ويتمثل في غطاء خطاب الضمان الذي قدمه للبنك، غير أن هذا القول منتقد لأن البنك يلتزم بالدفع من أمواله الخاصة، لأن خطاب الضمان يمكن أن يصدر مغطى إما جزئيا أو كليا، وأحيانا يصدر بدون غطاء أي على المكشوف، وفي الحالة التي يكون فيها الغطاء كاملا فإن البنك لا يقيد في حساب العميل المفتوح لديه، وعند قيامه بالوفاء يبقى هذا الغطاء على طبيعته كتأمين مقدم من العميل ولا يجوز إجراء المقاصة عليه.

وفي هذا الشأن جاءت قواعد الانسيترال مؤيدة للرأي الأول القائل بجواز المقاصة على أنه "ما لم ينص التعهد، أو يتفق الضامن/المصدر والمستفيد في غير التعهد على خلاف ذلك، يجوز للضامن/المصدر أن يستفيد في أداء الالتزام بمقتضى التعهد من حق المقاصة، باستثناء أية مطالبة يتنازل له عنها الأصيل/الطالب أو الطرف الأمر"².

ونحن من جانبنا نميل للرأي الأول، حيث يمكن القول أنه متى تقدم المستفيد بالمطالبة بالوفاء وتوفرت شروط المقاصة بين الدينين كما حددها القانون، فإنها تقع وتبرئ ذمة البنك الذي يبقى له الحق في الرجوع على عميله، كما لو كان قد دفع للمستفيد نقدا وليس وفاء بالمقاصة، ولما كانت المقاصة ليست من النظام العام، فعلى صاحب المصلحة الذي يرغب في أعمالها وهو البنك أن يتمسك بها.

¹ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، ج1، مرجع سابق، ص 815.

² - المادة 18 من اتفاقية الانسيترال، مرجع سابق.

ثانيا: اتحاد الذمة كسبب لانقضاء خطاب الضمان

إن اتحاد الذمة يتحقق إذا ما اجتمع في نفس الشخص صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد¹، وهذا الوضع يترتب عليه استحالة المطالبة بتنفيذ الدين وبالتالي انقضائه أو وقف تنفيذه على الأقل، لأن الشخص لا يستطيع مطالبة نفسه بالدين.

وبتطبيق ذلك على خطاب الضمان، فإنه يمكن تصور اتحاد الذمة بين المستفيد والعميل في أن يرث أحدهما الآخر مثلا فيترتب على ذلك انقضائه.

فإذا كان الوارث هو العميل فإنه يصبح دائنا بقيمة خطاب الضمان وهو في نفس الوقت مدينا أصلا بتعويض البنك عما يدفعه للمستفيد فينقضي الدينان نتيجة لاتحاد الذمة، أما إذا كان الوارث هو المستفيد فإنه يصبح كذلك مدينا بتعويض البنك عما يدفعه له فينقضي الدينان، أي أن اتحاد الذمة في هذه الحالة يترتب عليه انقضاء الحق والدين بين الطرفين.

ويقوم مقام الوفاء باتحاد الذمة فيما بين البنك والمستفيد على أساس أن العميل يصبح مدينا للكيان الجديد بأصل الالتزام الذي صدر بشأنه خطاب الضمان².

أما بخصوص الحالات الأخرى لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في القواعد العامة، فإنها لا تنطبق على خطابات الضمان، فالإنابة لا تؤدي لانقضاء التزام البنك على أساس أنه لا يجوز للبنك الضامن أن ينيب غيره بدفع قيمته للمستفيد، كما أن الوفاء بمقابل لا يؤدي إلى انقضاء التزام البنك تجاه المستفيد، على أساس أن محل التزام البنك يتمثل دائما في دفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد عند طلبه له، وهي ميزة أساسية تميزه عن غيره وخصوصا عن الكفالة. ونفس الشيء ينطبق أيضا على تجديد الدين القديم بدين جديد، لأن المستفيد لا يمكنه تقديم المطالبة بالدفع لغرض آخر غير ذلك الغرض الذي صدر من أجله والمحدد في نصوص خطاب الضمان ذاته.

¹ المادة 304 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 300.

المطلب الثاني

شروط تنفيذ خطاب الضمان

يقوم البنك بإصدار تعهده ويرسله للمستفيد ويحدد فيه شروطه، حيث تعتبر صيغة خطاب الضمان وعباراته هي وحدها المرجع في تحديد شكل المطالبة¹، وحتى يتمكن المستفيد من وضع خطاب الضمان حيز التنفيذ، ينبغي عليه أن يتقيد بشروط المطالبة الصحيحة، والبنك من جهته لا يناقش أسباب تأسيس المطالبة وإنما يقتصر دوره على مجرد تفحص مطابقتها مع الشروط المنصوصة² (الفرع الأول)، كما تقع عليه واجبات ومسئولياته بمناسبة تنفيذ خطاب الضمان تقاديا للأخطار التي قد يتعرض لها ومن أهمها خطر عدم استعادة الأموال التي يقوم بدفعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط صحة المطالبة بتنفيذ خطاب الضمان

حتى تكون المطالبة صحيحة تسمح بوضع خطاب الضمان موضع التنفيذ، ينبغي تقديمها من قبل المستفيد أو وكيله الخاص خلال مدة سريانه مع التقيد بالشكلية المشترطة.

أولاً: تقديم المطالبة من قبل المستفيد أو وكيله الخاص

لكي يكون الوفاء صحيحاً وسبباً من أسباب انقضاء الالتزام، يشترط أن يكون الطلب مقدماً من المستفيد نفسه أو من وكيل له بوكالة خاصة في شكل محرر³ وفي حدود المبلغ والذي يتم تدوينه بالأحرف وبالأرقام، وأن تتعلق المطالبة بالعملية ذاتها أو بعد تعديلها تعديلاً صحيحاً وارداً في نص الخطاب ذاته⁴. ويلتزم البنك بضرورة التأكد من السلطة التمثيلية للأشخاص الذين يعملون لحساب المستفيد، سواء تعلق الأمر بممثل قانوني إذا كان المستفيد شخصاً معنوياً أو وكيل بوكالة خاصة إذا كان شخصاً طبيعياً، فلا يقوم بالوفاء لأي شخص يحمل سند خطاب

¹ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, 2^oéd, Op.Cit, P 158.

² - Jacques Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Op.Cit, PP. 1152-1153.

³ - الفقرة (أ) من المادة الثانية من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

⁴ - منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، مرجع سابق، ص 244.

الضمان، بل يجب التأكد من صلته المشروعة بالضمان وأنه بإمكانه استيفاء قيمته، ومن ثمة يجوز دفع المبلغ للمستفيد ولو لم يكن حاملا للسند المثبت له، كأن تتم سرقة أو ضاع منه¹. ولقد توصلنا من قبل بأن خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي، ويترتب على ذلك أن المستفيد لا يستطيع التنازل عنه حتى ولو تنازل العميل عن المشروع الذي صدر الضمان بشأنه إلا بموافقة جميع الأطراف². وقد نصت المادة 357 من قانون التجارة المصري على أنه لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد في خطاب الضمان إلا بموافقة البنك. ويشترط أن يكون البنك مأذونا من قبل العميل بإعطاء هذه الموافقة³.

وقد أكدت على ذلك القواعد الدولية الموحدة بالنشرة رقم 758 بالمادة 33 منها بأن الضمان يمكن تحويله فقط في حالة النص على ذلك صراحة وفي الحدود المتفق عليها، مع تصريح المستفيد الأصلي كتابة بأن الحقوق والالتزامات بخصوص عقد الأساس تنتقل إلى المستفيد الجديد، ويتم النص بأن الضمان يمكن تحويله سواء في الضمان الأصلي أو في التعديل، وحتى في هذه الحالة فإن انتقاله يتطلب القبول الصريح للضامن، إذا كان لم يتضمن الضمان الكيفيات والشروط المحددة للتحويل المرخص به⁴.

ثانياً: تقديم المطالبة بالتنفيذ خلال مدة سريان خطاب الضمان

الأصل أن حق المستفيد ينشأ من وقت وصول تعهد البنك إلى علمه دون رفضه له، وعادة ما يصدر لمدة محددة يشترط وصول المطالبة قبل تاريخ انتهائها، بحيث يسقط التزام البنك تلقائياً إذا لم تصل إليه خلالها وبدون حاجة منه إلى إخطار المستفيد ولا إلى اتخاذ أي إجراء آخر، وإذا لم يحدد له أجل اعتبر كقاعدة أنه غير محدد المدة. وإذا ما كانت العملية محددة في خطاب الضمان فإن التزام البنك يظل سارياً حتى انتهائها⁵ متى كان هذا المعنى منصوصاً عليه. كذلك يجب أن تصل البنك جميع المستندات المشترطة، فإذا وصلت بعد هذا التاريخ كان الطلب مرفوضاً، ويتحمل المستفيد تأخير وصول البريد المتضمن المطالبة بالدفع حتى ولو كان حسن النية وكان سبب هذا التأخير خارج عن إرادته، غير أنه إذا حصل وأن كان آخر موعد من تاريخ

¹ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 299.

² - محمد السيد الفقي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 714.

³ - طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 294.

⁴ - Jean-Pierre Mattout, « La révision des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande N° 758 », Op.Cit, P 1299.

⁵ - إبراهيم سيد أحمد، مبادئ القانون التجاري، الدار الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2005، ص 263.

سريان خطاب الضمان هو يوم عطلة رسمية فإن أجله يمتد إلى أول يوم عمل، وطلب الوفاء يكون صحيحاً متى وصل إلى البنك في أول يوم عمل موالي للعطلة¹.

ولا يستجيب البنك لمطالبة المستفيد في حالة تأخر وصولها في الوقت المحدد، لأن مدة الصلاحية حاسمة، حيث يكون من حق العميل أن يسترد التأمين المقدم منه للبنك كغطاء لخطاب الضمان في اليوم الموالي لانتهاء أجله² ويسقط التزام البنك بحلول هذا التاريخ.

وكذلك بالنسبة إلى مطالبة البنك المحلي للبنك الضامن المقابل، فالجاري به العمل أنه متى طالب المستفيد النهائي بالدفع فإن الضامن المباشر بدوره يتقدم بطلبه إلى الضامن المقابل لتغطية وفائه، وعادة ما يكون الضامين متطابقين ما عدا فيما يخص مدة الصلاحية والتي تكون في الضامن المقابل أطول بفترة زمنية معقولة بحيث تسمح للضامن المباشر إذا ما وصله طلب المستفيد في آخر يوم أن يطلب بدوره الضامن المقابل بتغطيته، وتسمى هذه المدة بمهلة البريد³ يتم النص عليها في الضامن المقابل، وهي مقررة لصالح البنك المحلي ولا ينتفع منها المستفيد النهائي، وذلك لاستقلالية الضامين عن بعضهما البعض.

وتقرر القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب أنه: "كل الضمانات يسري مفعولها في يوم صدورها ما لم تكن شروطها تنص صراحة على أن سريان المفعول في تاريخ لاحق أو أن سريان المفعول معلق على تحقق شروط محددة تفصيلاً في الضامن وعددها الضامن على أساس أي مستندات معينة منصوص عليها فيه"⁴.

إن هذه المادة تعالج تاريخ دخول خطاب الضمان حيز النفاذ، وقد ميزت بين التاريخ الذي يصبح فيه التزام البنك بالدفع قطعي ونهائي وبين تاريخ بداية التنفيذ، إذ بمجرد إصداره ووصوله إلى علم المستفيد دون أن يرفضه يصبح التزام البنك الضامن باتاً ونهائياً، غير أن مطالبة المستفيد بتنفيذه قد يتحدد بتاريخ أو واقعة، والتي بتحققها يستطيع المستفيد طلب الوفاء، وهذا الحكم يسري أيضاً على كل تعديل يلحق بخطاب الضامن.

وقد يصدر بصيغة يفهم منها أن يبدأ سريانه من تنفيذ مرحلة أو مراحل معينة من عقد الأساس، فمثلاً في ضمان رد الدفعات المقدمة يكون بإيصال يثبت تقديم الدفعة، غير أنه وتماشياً مع طبيعة خطاب الضمان فإن هذا الشرط يجب أن يكون مستندياً أي متوقفاً على تقديم مستندات،

¹ المادة 414 من الأمر رقم 59-75 المتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم، من باب القياس على الورقة التجارية.

² علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 272-273.

³ علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 277-278.

⁴ المادة السادسة من (ق.د.م.ض.ط) بالمشرة رقم 458، مرجع سابق.

أي رد الدفعة المقدمة حيث أنه في مثل هذه الحالة يمكن النص على تقديم إيصال موقع من العميل الأمر أو لحسابه يثبت استلامه فعلا للدفعة المقدمة إليه، وفي حالة ضمان حسن التنفيذ قد ينص على أنه يبدأ نفاذه عند انتهاء ضمان العروض.

وبخصوص تحمل المستفيد تأخير وصول البريد المتضمن المطالبة حتى ولو كان حسن النية وكان سبب هذا التأخير خارج عن إرادته، فإن القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب تنص على أن "الضامنون ومصدرو التعليمات (الضامنون المقابلون) ليست عليهم أية مسؤوليات أو التزامات عن النتائج المترتبة على التأخير أو فقد المستندات أو الضمانات أو الطلبات أثناء نقلها أو عن التأخير أو التشويه أو الأخطاء التي تنشأ عن نقل أي رسالة تليفونيا أو برقية..."¹. ويجب الإشارة بهذا الصدد إلى أن القواعد الجديدة بالنشرة رقم 758، جاءت بحلول مبتكرة تحقق التوازن بين مصالح العميل والمستفيد بخصوص النظام المطبق على الضمانات التي يتزامن انتهاؤها مع حدوث قوة قاهرة تمنع من استلام أو مراقبة المطالبة بالدفع، حيث كان المستفيد الذي يقوم بالمطالبة بالدفع خلال حدوث القوة القاهرة يفقد حقوقه إذا انتهى أجل الضمان، أما هذه القواعد وطبقا لنص المادة 26 منها، فإنها تمنح للمستفيد أجلا لتقديم طلب الدفع يقدر بثلاثين يوما بداية من استعادة الضامن لنشاطاته².

ثالثا: التقيد بشكلية المطالبة بالوفاء

يعتبر قيام المستفيد بتقديم طلب الدفع شرطا لازما، لأنه تعبيراً جازماً على أن له حقا مستمدا من عقد الأساس المضمون ولو أنه غير ملزم بتقديم الدليل على هذا الحق، فإذا لم يتقدم المستفيد بالمطالبة به في خلال مدة الصلاحية سقط حقه. وبعد أن يتقدم المستفيد إلى البنك يطالبه بالدفع حسب الشكلية المشترطة³، فإن البنك يقوم بالوفاء له مباشرة بصفته ملتزما أصيلا في مواجهته، ولا يحق له انتظار سداد المبلغ من قبل العميل، كما لا يمكنه أن يطالب المستفيد بأي تبرير أو تفسير عن مدى صحة هذه المطالبة، لأن التزامه يتضمن التعهد بالدفع الفوري بمجرد ورود المطالبة الصحيحة⁴.

¹ - المادة 12 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

² - Stéphanie Lévi, Op.Cit, P61.

³ - خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 139.

⁴ - Pierre-Alain Gourion, George Payrard, Op.Cit, P.190

ونصت المادة 16 من القواعد الدولية للضمانات لدى الطلب "لا يسأل الضامن أمام المستفيد إلا بالمطابقة للنصوص المحددة بالضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه وبهذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يتجاوز المبلغ المذكور في الضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه"¹.

وتضيف المادة 20 من نفس القواعد في فقرتها (أ) على أنه: "يجب أن تكون أي مطالبة في نطاق الضمان كتابية ويجب أن يرفق بها (بالإضافة إلى ذلك أي مستندات قد يكون منصوصا عليها في الضمان) أو تدعم بإقرار كتابي (يدخل في صلب المطالبة نفسها أو بمستند أو مستندات ترفق بالمطالبة ومشار إليها فيها)..."².

وبالتالي هي تعالج مسؤولية البنك الضامن تجاه المستفيد، فلكي يتحصل الأخير على المبلغ ينبغي عليه أن يقدم طلبا مكتوبا مع إرفاقه بتصريح أو بالمستند أو المستندات المنصوص عليها فيه وفي خلال مدة سريانه.

ولقد سبق القول في معرض التطرق إلى أنواع خطاب الضمان على أنها تنقسم من حيث الصيغة أو بالنظر إلى شروط التنفيذ إلى ثلاثة أنواع رئيسية وفقا لمضمون صيغته وحدها، وتبعاً لذلك فإن شكلية المطالبة بالوفاء تختلف باختلافها وتتمثل في المطالبة البسيطة، أو الطلب المستندي، أو الطلب المبرر.

أ- الطلب البسيط:

إذا كان خطاب الضمان لدى أول طلب بسيط ودون أية شروط أخرى، فإن طلب الوفاء البسيط المقدم من المستفيد يكون سليم شكلاً، ومن حيث الموضوع شرطاً لازماً وكافياً للوفاء، ولا يلزم إرفاقه بأي مستند إضافي غير منصوص عليه، أو بأي تصريح أو دليل إثبات.

وتكون المطالبة البسيطة في شكل محرر يقدمه المستفيد إلى البنك خلال أجل سريان ختان الضمان، ويترتب على عاتق البنك التزام بالدفع الفوري بمجرد ورود الطلب إليه، دون أن يكون من حقه إبداء أي اعتراض² أو الاحتجاج بأي دفع من شأنه تعقيد وعرقلة الوفاء³، وليس عليه أن يتحرى الأمر ليتعرف على تحقق أسباب المطالبة، كالتحري عن مدى تنفيذ العميل لالتزاماته وذلك لاستقلالية التزام البنك⁴، وعليه فإن انعدام حق المستفيد في عقد الأساس لا يمنع من

¹ - المادة 16 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، نقلا عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 329.

² - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 280.

³ - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 756.

⁴ - Philippe Delebecque, Michel Germain, Op.Cit, P 353.

مطالبته للبنك بالتنفيذ، وللعميل الرجوع على المستفيد فيما بعد، كما يجب أن يكون طلب الوفاء بنفس العملة الواردة في خطاب الضمان.

ب- الطلب المرفق بمستندات:

في بعض الحالات يشترط نص خطاب الضمان أن تكون المطالبة بتقديم طلب كتابي مرفق بمستندات معينة داعمة له¹، مثل اشتراط تقديم مستند يبرر دفع الحقوق الجمركية لبلد المقصد، أو تقرير خبرة ممنوح من طرف خبير أو شهادة مهندس، والبنك الضامن يتأكد فقط من المطابقة الظاهرية لهذه المستندات دون أن يكون له التحري عن صحتها. وقد يتمثل المستند في حكم قضائي أو قرار تحكيم وذلك لدعم المطالبة بالوفاء، أو قد يتمثل في تقديم موافقة كتابية صادرة عن العميل الأمر أو غير ذلك، ففي هذه الحالة يكون على المستفيد ضرورة تقديم المستندات المذكورة إذا أراد الحصول على المبلغ، وينبغي على البنك التقييد بهذه الشكلية حيث أنه إذا قام بالدفع دون استلام المستندات المذكورة فإنه بذلك يفقد حقه في الرجوع على العميل الأمر، ويلتزم بفحص المستندات المقدمة بعناية معقولة للتأكد من مدى مطابقتها لما هو منصوص عليه في خطاب الضمان ذاته²، دون أن يكون من الضروري تقديم الدليل على عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ أو التأخر فيه، ودون أن يكون على المستفيد تبرير مسؤولية العميل الأمر³.

وفي هذا السياق تنص القواعد الموحد للضمانات لدى الطلب على أن: "الضامن والطرف المصدر للتعليمات (الضامن المقابل) ليس عليهم التزامات أو مسؤوليات بالنسبة لكفاية المستندات، صحتها، دقتها، أصالتها، تزويرها والأثر القانوني لأي مستند مقدم له أو الإقرارات العام أو الخاصة المقدمة له وعلى مدى حسن النية ولا على الأفعال أو الإهمال من أي شخص أيا كان"⁴.

أي لا يسأل الضامن المباشر ولا الضامن المقابل عن شكل المستندات أو صحتها أو صدقها، فإذا دفع بناء على مستندات مزورة فلا مسؤولية عليه، إلا أنه يجب على البنك أن يتصرف بحسن نية وعناية معقولة، مع مراعاة أن المستندات ينبغي أن تكون في ظاهرها مطابقة لشروط الضمان بعد فحص معقول.

كما جاء بالقواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالضمانات التعاقدية على أنه لا يمكن الاستجابة لأية مطالبة إذا لم تكن مدعومة بالمستندات المحددة في الضمان في هذه القواعد، أو إذا لم يتم

¹ - Barthémy MERCADAL, Droit commercial (Mémento pratique), éd 21, 2013, P 1102.

² - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 255.

³ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 385.

⁴ - المادة 11 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

تقديم هذه المستندات خلال الفترة المنصوص عليها في الضمان التي تلي استلام المطالبة أو في حالة غياب أي نص في أقرب وقت¹.

ج- الطلب المبرر:

قد تشترط صيغة خطاب الضمان بأن يكون الطلب مبرر، وتقتضي هذه الحالة ضرورة تقديم طلب يصرح فيه المستفيد بأن شروط وضع خطاب الضمان موضع التنفيذ قد تحققت دون أن يكون بحاجة لإثباتها²، وهذه المطالبة لا تختلف عن المطالبة البسيطة فهي بدورها لا تحمي العميل من التعسف، وتبدو الإيجابية الوحيدة لهذه المطالبة بالنسبة للعميل في تسهيل رجوعه على المستفيد بأن يثبت عكس التصريحات التي أدلى بها الأخير³.

وقد تعرضت القواعد الدولية الموحد للضمانات لدى الطلب إلى ذلك بقولها أنه، يجب أن تكون أي مطالبة في نطاق الضمان كتابة ويجب أن ترفق بها أي مستندات قد يكون منصوصا عليها في الضمان أو تعزز بإقرار كتابي يدخل في صلب المطالبة نفسها، وينص على أن العميل الأمر خالف التزامه أو التزاماته فيما يتعلق بالعقد أو العقود المعينة، وأن أي مطالبة بالدفع في نطاق الضمان المقابل يجب أن تكون معززة بإقرار كتابي من الضامن يفيد استلام المطالبة مطابقة لنصوص الضمان. والتصريح المدعم للطلب يمكن أن يظهر في طلب الدفع أو يمكن أن يكون ضمن مستند منفصل⁴.

الفرع الثاني

واجبات البنك ومسئوليته في تنفيذ خطاب الضمان

قد يتعرض البنك لعدة مخاطر تؤثر على نشاطه بمناسبة تنفيذ خطاب الضمان⁵، ويعتبر عدم استعادة الأموال أهم خطر يمكن أن يتعرض له، وليس للبنك من سبيل في مواجهة مسؤولياته سوى الحرص على أن يستجمع كل مقومات السلامة قبل أن يتخذ قراراته، ويكون من واجبه التحقق من صحة المطالبة وأن يتأكد من الوقت الذي يقوم فيه بالوفاء.

¹ - المادة الثامنة الفقرة 3/ (ب) و (ج) من القواعد الدولية الموحدة، بالنشرة رقم 325، مرجع سابق.

² - Barthélemy MERCADAL, Droit commercial (Mémento pratique), éd 21, Op.Cit, P 1102.

³ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 256-257.

⁴ - المادة 20 (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة 458، والمادة 15 بالفقرتين (أ) و(ب) بالنشرة 758، مرجع سابق.

⁵ - فهيمة قسوري، مرجع سابق، ص 88.

أولاً: مسؤولية البنك في تنفيذ خطاب الضمان

عندما يتقدم المستفيد بطلب التنفيذ مستوفي الشروط فإن البنك يلتزم بالوفاء له وإلا قامت مسؤوليته تجاهه¹، وليس للعميل أن يعترض على الدفع إلا في حالة تقديمه الإثبات بالدليل القاطع على استعمال الغش الواضح في المطالبة². أما إذا تم الدفع خطأ أو مخالفاً للشروط المنصوصة، كأن يقوم البنك بالدفع للمستفيد دون التأكد من سلامة المطالبة أو بعد انتهاء أجل سريان الضمان، فإنه يحق للعميل رفض تعويض البنك عن المبلغ المدفوع للمستفيد³. وقد يعجز البنك عن تحصيل أمواله إذا كانت التأمينات المقدمة من العميل كغطاء لا تكفي لتغطية المخاطر، وفي هذه الحالة ولأجل حصوله على قيمة التأمينات عليه اتباع إجراءات قانونية تكلفه مصاريف تؤثر على مردوده المالي، وتقوت عليه فرص للتوظيف نظراً للوقت الذي تتطلبه إجراءات المنازعات بشأنها.

وتزداد حدة هذه الخطورة عندما تكون هذه الأموال ملكاً للغير في شكل ودائع لدى البنك، ذلك لأن البنك لا يتاجر في أمواله وإنما في أموال وودائع المدخرين، مما يؤدي به إلى تحمل مصاريف إضافية ناتجة عن عدم استرداد قيمة خطابات الضمان المسددة من جهة، وعن الوفاء بالتزاماته اتجاه المودعين عند حلول آجال استحقاق الودائع⁴ من جهة أخرى، وهذا يؤدي إلى اهتزاز الثقة بالبنك وفي بعض الحالات يؤدي إلى إفلاسه.

وقبل التنفيذ ينبغي على البنك أن يتحقق شخصية المستفيد أو ممثله، فلا يقوم بالوفاء لأي شخص يحمل سند خطاب الضمان، بل يجب أن يتأكد البنك من صلته المشروعة به وأنه بإمكانه استيفاء قيمته، فإذا تبين أن المطالبة كانت من غير المستفيد أو أنها كانت بصدد عملية أخرى وجب عليه رفضها، لأنه لو قام بالتنفيذ في هذه الحالة، كان ذلك الوفاء غير مبرر لئلا يفتقر البنك في مواجهة المستفيد ويلتزم بالوفاء إليه مرة أخرى، ثم يكون له أن يرجع بعد ذلك على من استوفى المبلغ من دون وجه حق.

كما أن ورود شرط معين بنص خطاب الضمان لا ينفي خاصية التزام البنك بالدفع لدى الطلب حيث يصبح مستندياً أو مبرراً⁵، لذا يتوجب على البنك عندما يتلقى المطالبة التريث قبل الوفاء،

¹ - Com., 20 déc. 1982, D.1983. J. 365, note Vasseur. THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 520. نقلاً عن

² - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 280.

³ - Patrice Bouteiller et autres, OP.Cit, P 235.

⁴ - المادة 67 من الأمر 11-03 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁵ - الفقرة (أ) من المادة 20 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

ويتعين عليه الأخذ بعين الاعتبار ما تستدعيه المطالبة من شروط والتأكد من تحققها¹ دون قيامه بالتحري في مدى صحة وثبوت المطالبة بالوفاء².

وعليه لو كان الشرط المحدد هو حدوث إخلال من العميل في تنفيذ التزاماته، كان على المستفيد أن يحدد نوع هذا الإخلال ويقدم الدليل الكتابي على ذلك، وبالمقابل يتعين على العميل أن يثبت أن هذا الإخلال لم يقع منه، ويكون إثبات ذلك بالكتابة الصادرة من المستفيد إليه أو بأية طريقة أخرى مناسبة، لأنه يترتب على تجارية خطاب الضمان بالنسبة للبنك حرية العميل في إثبات كل ما يتعلق به بكافة طرق الإثبات في مواجهة البنك³، أما إذا لم يتمكن الأخير من إثبات براءة ذمته من الإخلال بالتزامه الذي يدعيه المستفيد، يجب هنا على البنك الوفاء لهذا الأخير، لأن الأصل هو انشغال ذمة العميل بالالتزام المشروط به خطاب الضمان، وذلك خلافا للقواعد العامة في الالتزامات⁴.

ثانيا: واجب البنك في التحقق من صحة ومطابقة الطلب

يتم تنفيذ خطاب الضمان طبقا لعباراته وفي حدودها فقط⁵، لذا يجب أن تكون صيغته دقيقة وواضحة، بحيث تسمح للبنك أن يراقب سلامة تطبيقها في العمل ويتحقق منها بسهولة عندما يطلب منه المستفيد الدفع، لأنه يسأل أمام العميل الأمر الذي يحق له رفض تعويض البنك إذا لم يتقيد بتعليماته موضوع عقد الاعتماد بالضمان والتي يتم إفراغها في نص التعهد الصادر من البنك لصالح المستفيد، وبالتالي لا يكون بإمكان البنك أن يسترد من عميله ما دفعه للمستفيد إلا إذا قام بمراعاتها بدقة⁶.

وصيغة خطاب الضمان وبنوده عادة ما يشترطها المستفيد على العميل في عقد الأساس، وبدوره العميل يملئها على البنك في عقد الاعتماد بالضمان، ولكن البنك الضامن هو الذي يضعها في تعهده بالضمان الذي يصدره ويرسله إلى المستفيد ويلتزم بها تجاهه، لذا فإن البنك بصفته محترف متخصص عليه أن يرفض كل صيغة غامضة أو متناقضة يملئها عليه العميل، أو التي لا يستطيع التحقق منها عمليا عندما يتقدم منه المستفيد بطلب الوفاء ومدعيا أنه استوفى شروطه

¹ - Hubert Martini et autres, Op.Cit, P 385.

² - THIERRY BORNEAU, Op.Cit, PP 520-521.

³ - المادة 30 من الأمر رقم 75-59 المتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ - المادة 323 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁵ - Barthélmy MERCADAL, Droit commercial (Mémento pratique), éd 21, Op.Cit, P 1102.

⁶ - حكم لمحكمة النقض المصرية في 30/12/1980 منقول عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 285.

وعباراته، وإلا تحمل البنك نتائج الغموض أو التناقض أو الخطأ في مراقبة احترام الصيغة وتعرض للمسئولية في مواجهة العميل.

وبهذا الصدد تنص المادة التاسعة من القواعد الدولية الموحدة بالبنشرة 458 على أنه: "كل المستندات المحددة التي يجب أن تقدم في نطاق الضمان بما فيها طلب الدفع ذاته سوف يتم فحصها بواسطة الضامن بالعناية المعقولة للتأكد إذا كانت تطابق أو لا تطابق في ظاهرها نصوص الضمان، وحينما لا تبدو هذه المستندات أنها تتفق مع النصوص أو كان يبدو ظاهرها في عدم الاتساق بينها وبين المستندات الأخرى فإنها ترفض".

وتنص المادة العاشرة في فقرتها (أ) من نفس القواعد الموحدة على أنه: "يكون للضامن وقت معقول يجب خلاله أن يفحص طلب الدفع في نطاق الضمان ويقرر إذا كان سيدفع أو سيرفض الطلب ..". وتضيف الفقرة (ب) من نفس المادة أن البنك إذا قرر رفض الطلب وجب عليه أن يقوم بإخطار المستفيد فوراً، حتى يتمكن هذا الأخير من تصحيح الطلب أو مستنداته وإلا كان البنك مسئولاً عما يصيب المستفيد من ضرر، ويسري هذا الحكم على الضمان المقابل¹.

وعليه فإنه يجب على البنك قبل الوفاء أن يتأكد من أن الطلب مطابق لعبارات خطاب الضمان وشروطه ومدته ومبلغه وعملته والمستندات المشترطة، بحيث لا يلتزم إلا في حدود الشروط الواردة في نصوصه ولا يعتد بغير المستندات المحددة فيه، ودون أن يقوم بتحريات، بل يقتصر واجبه في تفحص طلب التنفيذ للتأكد من مطابقته الظاهرية مع مضمون خطاب الضمان². وواجب البنك في فحص المستندات يقتصر على بذل العناية المعقولة في ذلك، فلا يسأل عن شكل وكفاية وصحة وصدق أي مستندات ما دام قد تصرف بحسن نية وبذل العناية المعقولة، سواء بالنسبة للضمان المباشر أو بالنسبة للضمان المقابل³.

ثالثاً: التزام البنك بالتنفيذ الفوري خلال مدة سريان خطاب الضمان

إن التزام البنك بالوفاء للمستفيد عند مطالبته هو التزام بتحقيق نتيجة ويتميز بالصرامة، بحيث يجب على البنك الضامن الوفاء للمستفيد فعلاً وفوراً ومن دون تراخي أو مماطلة. وإذا لم يقرر خطاب الضمان مهلة للبنك، فإنه يجب عليه أن يوفي بقيمته فور ورود مطالبة المستفيد إليه بها، وأن كل تأجيل للدفع يعرض البنك للمسئولية أمام المستفيد⁴، ما عدا الوقت اللازم لفحص الطلب والتأكد من مطابقته الظاهرية لشروط صيغة خطاب الضمان.

¹ - المادتين التاسعة والعاشرة من (ق.د.م.ض.ط) بالبنشرة رقم 458، مرجع سابق.

² - Barthélimy MERCADAL, Droit commercial (Mémento pratique), éd 21, Op.Cit, P 1103.

³ - المواد 11 و 15 و 16 من (ق.د.م.ض.ط) بالبنشرة 458، نفس المرجع.

⁴ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, PP 276 et 278.

ونقد أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية بقولها: "متى طُلب البنك بالوفاء وتوافرت شروط الخطاب وجب عليه الدفع فوراً، حتى ولو تم هذا الوفاء بعد انتهاء سريان الخطاب لأن العبرة في ذلك بوصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته"¹. ويقوم البنك بدفع المبلغ إلى المستفيد نقداً أو بتقييده في حسابه طبقاً لما تجرى به العادة المصرفية.

وتنص المادة (19) من القواعد الموحدة بالبنشرة رقم 458 على أنه: "يجب أن تقدم المطالبة بمقتضى الضمان وقبل انتهاء أجله، وهذا يعني في أو قبل تاريخ انتهائه أو قبل وقوع الحادث الذي يترتب عليه انتهائه طبقاً للتعريف الوارد بالمادة 22 وعلى الأخص كل المستندات المحددة في الضمان كشرط للمطالبة وأي إقرارات مطلوبة حسب المادة 20 يجب تقديمها إلى الضامن قبل انتهاء الضمان وفي مكان إصدار الضمان وإلا رفض الضامن المطالبة".

أما القواعد الموحدة الجديدة بالبنشرة رقم 758 تنص بالمادة 20 منها بخصوص الآجال في مراقبة طلب الدفع على أن طلب الدفع يجب مراقبته في خلال خمسة أيام عمل بعد تقديمه، وهي بذلك أكثر وضوحاً ودقة مقارنة بالبنشرة 458 التي تنص بالمادة 10 في فقرتها (أ) على أن الضامن له أجل معقول للمراقبة يجب خلاله أن يفحص طلب الدفع في نطاق الضمان ويقرر إذا كان سيدفع أو سيرفض الطلب².

رابعاً: قيام البنك بإعلام العميل الأمر قبل التنفيذ

سبق القول أنه إذا تقدم المستفيد بطلب الوفاء مستوفياً للشروط والشكليات المحددة في خطاب الضمان، فإن البنك الضامن ملتزم كمبدأً بالدفع فوراً وبدون تمهل، وقيامه بتأجيل التنفيذ يعرضه للمسؤولية أمام المستفيد، لكن في الممارسة عادة ما تقوم البنوك الضامنة أو الضامنة المقابلة بإخطار عملائها الأمرين بورود المطالبة بالوفاء³، غير أن إجراء الإخطار هذا لا يعني بأن العميل له الحق في أن يعارض التنفيذ أو تعليق الدفع على رغبته وإنما لهذا الإخطار وظيفة إعلامية فقط، ويكون غالباً في مصلحة العميل الأمر من أجل حثه على السعي لتلافي الأسباب التي دعت المستفيد إلى طلب الدفع إذا كان هناك سبيل إلى ذلك، كما أن البنك سوف لن يمتنع عن الوفاء إذا عارضه في ذلك.

وعملياً يقوم البنك بإخطار العميل بورود المطالبة وينتظر رده، وفي حالة عدم رده خلال المهلة المحددة في الإخطار والتي يفترض أن تكون قصيرة فإنه يتم الوفاء للمستفيد.

1 - نقلاً عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 289.

2 - المواد 10 و19 من (ق.د.م.ض.ط) بالبنشرة 458، والمادة 20 بالبنشرة 758، مرجع سابق.

3 - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, PP 276 et 278.

وبهذا الصدد فإن المادة 17 من القواعد الدولية الموحدة بالنشرة رقم 458 تنص على أنه "دون إخلال بالشروط الواردة بالمادة 10 فإنه في حالة المطالبة يجب على الضامن بدون تأخير إخطار الأصيل أو الطرف المصدر للتعليمات وفي هذه الحالة على الطرف المصدر للتعليمات إخطار الأصيل". وهو ما أكدته القواعد الدولية الموحدة الجديدة بالنشرة رقم 758، حيث تنص المادة 16 منها على ضرورة إبلاغ "دون تأخير" الضامن المقابل أو العميل الأمر، حسب الحالة بكل طلب للدفع أو للتمديد المقدم كبديل لطلب الدفع، مثل "مددوا أو ادفعوا"¹. وتضيف المادة 22 منها على حق العميل الأمر أو الضامن المقابل بأن ترسل إليه نسخة من الطلب المطابق، مع تأكيدها بأن ذلك لا يؤثر على تنفيذ خطاب الضمان.

المطلب الثالث

عوارض تنفيذ خطاب الضمان

على الرغم من استقلالية التزام البنك ومزايا خطاب الضمان، إلا أنه قد يحدث عمليا أن تعترضه بعض المسائل المرتبطة بهذه العملية أو ظروف يمكن أن تعيق تنفيذه، سواء كانت بفعل أطراف التعامل أو نتيجة لظروف خارجة عن إرادتهم. فقد يقدر العميل عدم أحقية المستفيد في المطالبة بالتنفيذ ويسعى لمعارضة البنك في الوفاء له، بأن يحاول اللجوء إلى استعمال التدابير القضائية المؤقتة لوقف تنفيذ خطاب الضمان لأنه قد لا يستطيع استرداد المبلغ المدفوع، مما يعرض مصلحته إلى مخاطر ويسبب له أضرارا كبيرة ومكلفة، ذلك أن الضامن المقابل يرجع عليه دون انتظار، والرجوع ضد المستفيد الأجنبي في حالة استيفائه للمبلغ بدون وجه حق، سوف يكون في العادة جد صعب إن لم يكن مستحيلا أحيانا، وبالتالي فللعامل مصلحة كبيرة في أن يقوم بطلب توقيف التنفيذ رغم أنه ليس طرفا في العلاقة بين البنك والمستفيد بما يبرر تدخله².

¹ - Jean-Pierre Mattout, « La révision des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande N° 758 », Op.Cit, P 1299.

² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 379.

من جهة أخرى فإنه قد تنشأ ظروف طارئة أو قوة قاهرة لا دخل لإرادة الأطراف فيها¹ وتحول دون تنفيذ هذا الالتزام، ومن ضمنها يوجد ما يعرف بالحصار أو المقاطعة الاقتصادية. وسوف يتم بحث مدى تأثير التدابير القضائية المؤقتة على تنفيذ خطاب الضمان (الفرع الأول)، ثم تأثير حالة الحصار أو المقاطعة الاقتصادية من خلال عرض نماذج تطبيقية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدى تأثير التدابير القضائية المؤقتة على تنفيذ خطاب الضمان

عندما يرى العميل عدم أحقية المطالبة بالتنفيذ، كأن يقوم المستفيد بإبطال عقد الأساس دون سبب صحيح أو يصبح تنفيذه مستحيلا، كما قد يبدو للعميل بأنه قام بتنفيذ جميع التزاماته أو جزءا هاما منها، أو أنه أصبح دائنا للمستفيد بسبب أعمال أداها له بموجب عقود أخرى. في مثل هذه الحالات إذا قام المستفيد بالمطالبة فإن العميل يحاول وقف التنفيذ إلى حين الفصل في النزاع الذي ينشأ بينهما، ويلجأ في ذلك إلى بعض الوسائل والتدابير المؤقتة لاستصدار أمر قضائي لمنع البنك من التنفيذ، أو يطلب وضع مبلغ الضمان تحت الحراسة القضائية، أو طلب توقيع حجز تحفظي على المبلغ تحت يد البنك.

أولا: الأمر القضائي بوقف التنفيذ

رغم أن العميل الأمر يمكنه بعد تنفيذ خطاب الضمان أن يرجع على المستفيد لاسترداد منه ما استوفاه دون وجه حق طبقا للقواعد العامة، إلا أن ذلك قد يكلفه جهدا ووقتا وخسارة مالية نظرا لطول إجراءات التقاضي وتكاليفها، لذلك فإن الإجراءات المؤقتة التي تهدف إلى وقف التنفيذ لها فائدة عملية مهمة بالنسبة للعميل، إذا ما كانت تمنح له إمكانية تجميد الوفاء. ولقد رأينا أن العميل يكون في خطر ويتضرر من مطالبة المستفيد بالدفع دون أن يكون له الحق في ذلك، وكان لديه أسباب جدية تبرر عدم الوفاء. وفي سبيل ذلك قد يلجأ إلى قاضي الاستعجال لاستصدار أمر قضائي يحول بينه وبين حصول الضرر الذي قد لا يمكن تداركه، وذلك بوقف تنفيذ خطاب الضمان.

¹ - كمال رزيق، التحوط وإدارة المخاطر في المؤسسات المالية الإسلامية، ملتقى الخرطوم للمنتجات المالية الإسلامية، النسخة الرابعة، تقييم تجربة البنوك الإسلامية بالجزائر، الذي جرى يومي 5 و 6 أبريل 2012 م، ص 05-07.

وإذا صدر منع قضائي في هذا الشأن فإنه يجعل البنك في وضع حرج، حيث يكون من جهة ملزماً بتنفيذ الأمر القضائي، ومن جهة أخرى فهو مقيد بعبارات وشروط خطاب الضمان، فقد يوجد في نصه شرطاً يلزمه بالوفاء على الرغم من الأمر القضائي، ورفض الوفاء تنفيذاً لهذا الأمر القضائي لا ينفى الحكم على البنك بالمسئولية في مواجهة المستفيد وتعويضه عن الضرر. وبهذا الخصوص جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية ما يلي: "إن الاستقلال في الضمان يمنع كل إحالة إلى ظروف تنفيذ عقد الأساس وأن محكمة الاستئناف أصابت حين قررت أن الأمر - ولو أنه في الظاهر قد نفذ كل التزاماته- فإن ذلك لا يعفي البنك الضامن من تنفيذ التزامه بالدفع لدى أول طلب"¹. ويستثنى من ذلك حالة استعمال الغش من قبل المستفيد أو مخالفة شروط الدفع الواردة في نص خطاب الضمان، كأن يتضمن في صيغته بأن الدفع يبدأ من تاريخ معين وكان طلب الوفاء سابقاً على هذا التاريخ، أو كان طلب الوفاء قد وصل إلى البنك بعد انقضاء مدته، أو تضمن الخطاب شرط تقديم مستندات معينة ولم يرفقها المستفيد بطلبه، حيث يرى جانب من الفقه والقضاء أحقية العميل في اللجوء للقضاء للحصول على أمر قضائي يمنع البنك من الوفاء لو أثبت أن المطالبة مبنية على غش واضح، مع بقاء حق المستفيد في تحصيل المبلغ قائم ويتم تقييده في حساب معلق لحين الفصل في موضوع النزاع². بالتالي إذا ما أثبت بالدليل القاطع على غش المستفيد، فإن العميل يستطيع اللجوء إلى القضاء لمنع البنك الضامن المقابل من الوفاء بالتزامه تجاه البنك الضامن المباشر. وهو ما أكدته محكمة باريس في حكمها بتاريخ 1988/9/29 بأنه "يجوز للقاضي المستعجل أن يأمر بمنع البنك الضامن ضماناً مقابلاً من الوفاء إذا كان هناك خطر الغش من جانب المستفيد"³. وعلى خلاف القواعد الدولية الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والتي لم تتعرض إلى موضوع الغش، فإن اتفاقية الانسيترال اهتمت بمعالجة مسألة غش المستفيد في المطالبة بقيمة الضمانات المستقلة، وعددت المادة 19 منها الحالات التي يتصور فيها صدور الغش⁴. كما انفردت هذه الاتفاقية بوضع آليات قانونية لمواجهة ذلك، حيث أجازت المادة 3/19 للعميل اتخاذ تدابير قضائية مؤقتة للحيلولة دون حصول المستفيد على قيمة الضمان عملاً بالمادة 20 من نفس الاتفاقية، حيث يجوز للمحكمة أن تصدر أمراً مؤقتاً بتجميد التنفيذ إذا كان من البين

¹ - نقلاً عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 383-384.

² - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 259.

³ - Rev.Banque, 1988, Op.Cit, P1164.106 مرجع سابق، ص

⁴ - الفقرة 3 من المادة 20 من اتفاقية الانسيترال، مرجع سابق.

والواضح أن أي مستند مقدم مزور أو جرى تزيفه، أو أن السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة، أو أن المطالبة لا أساس لها من الصحة بحكم نوع التعهد وغرضه¹. وحفاظا على توازن المصالح، فقد أجازت نفس المادة 20 للمحكمة أن تطلب من العميل عند اتخاذ التدابير القضائية تقديم تأمين مناسب يودع لدى المحكمة.

مما سبق يتضح أنه لا يجوز للعميل توقيف تنفيذ خطاب الضمان لأنه يعد من قبيل المعارضة في الوفاء، ما عدا في حالة تقديمه الدليل القاطع على غش المستفيد الواضح.

ثانيا: مدى جواز وضع مبلغ خطاب الضمان تحت الحراسة القضائية

بداية يمكن القول أنه لا يجوز وضع خطاب الضمان ذاته كورقة محررة تحت الحراسة لأنه ليست له قيمة ذاتية، بل هو مجرد دليل إثبات لالتزام البنك ووسيلة لتحديد مضمون هذا الالتزام. ولقد لقي إجراء الوضع تحت الحراسة معارضة بسبب خاصية استقلالية التزام البنك وعدم جواز الاحتجاج بالدفع المستمدة من العلاقات الأخرى بما فيها عقد الأساس، ما عدا في حالة المطالبة المنطوية على غش من جانب المستفيد².

ويتمثل هذا الإجراء في قيام العميل بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة، من أجل وضع مبلغ الضمان تحت الحراسة القضائية³، مستندا إلى الضرر أو الخطر المحقق والمتمثل في الخسائر المالية الخطيرة التي قد تلحق به إذا ما تم الوفاء للمستفيد. وقد صدر حكم في هذا المعنى عن القضاء الاستعجالي المصري مضمونه: "الحراسة بحسب الأصل إجراء تحفظي استثنائي، القصد منه حماية الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها، فلا يجوز أن يكون محلها دينا أو التزاما شخصيا، لأن طبيعة الحراسة تقتضي أن يكون محلها شيئا ماديا، خاصة وأنه بحسب الدائن بالالتزام الشخصي أن يلجأ في سبيل المحافظة على حقه لدى مدينه إلى الطريقة التي رسمها القانون في ذلك، كسلوك طرق التنفيذ المقررة متى توافر حقه على الشروط اللازمة لمباشرتها"⁴.

وهناك بعض الاجتهادات القضائية الفرنسية التي أمرت بوضع مبلغ الضمان تحت الحراسة القضائية بسبب قيام خطر محقق يهدد العميل الأمر والمتمثل بالخصوص في الصعوبات التي تعترض هذا الأخير حين رجوعه على المستفيد بمبلغ خطاب الضمان الذي تلقاه من البنك.

¹ - الفقرة 1/أ)، (ب)، (ج) من المادة 19 من اتفاقية الانسيترال، مرجع سابق.

² - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P.281.

³ - طبقا للمادة 299 من ق.إ.م.إ.ج، مرجع سابق.

⁴ - القاهرة المستعجلة 15 فبراير 1960 (المجموعة الرسمية السنة 61 ص 355).

غير أن الغالبية من الاجتهادات القضائية الفرنسية لم تسير هذا الاتجاه وترفض بالتالي الاستجابة لمثل هذا الإجراء لما فيه من إهدار لخاصية استقلال التزام البنك وعدم جواز التمسك بالدفع المستمدة من خارجه، طالما أن مطالبة المستفيد بالدفع لم تكن مقترنة بالغش الواضح.

وقد قضت محكمة استئناف باريس أن الإجراء الصادر بالحراسة من قاضي الدرجة الأولى ليس صحيحا، لا هو ولا منع الوفاء لأن إجراء الحراسة والمنع لهما نفس الأثر بالنسبة للمستفيد ولبنك الضامن المقابل، ولأن وضع النقود تحت الحراسة يستهدف منع الوفاء لدى أول طلب¹.

فإما أن يوجد سبب مشروع يمنع الوفاء مثل التواطؤ الظاهر أو انتهاء مدة الضمان أو تقديم مستندات غير مطابقة لنص الضمان، وفي هذه الحالات على قاضي الاستعجال الأمر بمنع البنك من التنفيذ، وإما أن لا يوجد سبب مما تقدم فيجب على البنك الدفع فورا ولا يجوز تعطيله لأي سبب بأي إجراء كان بما في ذلك إجراء الوضع تحت الحراسة².

مما سبق يتضح أن إجراء وضع المبلغ تحت الحراسة ما هو إلا وسيلة ملتوية يتم اللجوء إليها لمنع البنك من الوفاء، ويمكن استنتاج نفس النتائج المتوصل إليها بشأن إجراء المنع، أي يستثنى من ذلك حالة الغش من المستفيد أو مخالفة شروط خطاب الضمان.

ثالثا: مدى إمكانية توقيع الحجز على قيمة الضمان تحت يد البنك

إذا ثار نزاع بين العميل والمستفيد خلال مدة سريان الضمان حول تنفيذ عقد الأساس، ويقدر العميل بأنه قام بتنفيذ جميع التزاماته تجاهه، فلو خشي من أن يقوم المستفيد رغم ذلك بمطالبة البنك بالتنفيذ، فهل يجوز للعميل توقيع الحجز التحفظي على هذا المبلغ، أي حجز ما للمدين لدى الغير³ لغاية أن يتم الفصل في النزاع بينه وبين المستفيد أم لا يجوز له ذلك⁴؟

قد يبدو من الناحية النظرية أنه لا يوجد تعارض في ذلك مع طبيعة نهائية التزام البنك واستقلاله، باعتبار صفة الدائن تختلف عن صفة العميل، لأن العميل يباشر توقيع الحجز هنا بصفته دائنا للمستفيد، فمثل هذا الحجز هو مجرد إجراء وقتي لا يمس بالتزام البنك بالوفاء وإنما يعطل التنفيذ إلى حين الفصل في النزاع.

¹ - نقلا عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 254 و389.

² - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 335.

³ - نظم المشرع الجزائري مسألة حجز ما للمدين لدى الغير في المواد 667 إلى 686 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن ق.إ.م.إ.ج، تنص المادة 667 "أنه يجوز لكل دائن بيده سند تنفيذي، أن يحجز حجرا تنفيذيا على ما يكون لمدينه لدى الغير من الأموال المنقولة المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون، ولو لم يحل أجل استحقاقها وذلك بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي توجد فيها هذه الأموال".

⁴ - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 177.

هذا الإجراء لقي صدى إيجابي لدى بعض القضاة والفقهاء، غير أن الحل العكسي فرض نفسه لأن مبلغ خطاب الضمان يبقى ملكا للبنك وليس للمستفيد طالما أن هذا الأخير لم يتقدم لطلبه. من جهة أخرى وفي إطار الإصدار غير المباشر، فإن محل الحجز الذي يرغب في ممارسته العميل غالبا ما يتمثل في مبلغ الضمان المقابل، وأن المستفيد الحقيقي منه ليس المستفيد النهائي المتعاقد مع العميل، وإنما هو البنك الضامن المباشر والذي لا يمكن للعميل أن يدعي ضده بأي حق أو دين، بالتالي فإن شروط الحجز غير متوفرة¹، إضافة إلى أن خاصية استقلالية التزام البنك تعيق الحجز مثلما هو الحال بالنسبة لمنع التنفيذ أو الوضع تحت الحراسة، كما أن طلب مثل هذا الإجراء، يعني أن العميل تراجع عن التزامه في توفير ضمان مستقل، لأن التصريح بعدم اعتراضه عن الدفع يعني بالضرورة تنازله ضمنا أيضا عن ممارسة الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك، والذي في نهاية الأمر ما هو إلا وسيلة لمعارضة البنك ومنعه من الدفع للمستفيد.

ولقد سبق القول في هذا الشأن بأن موقف القضاة كان واضحا، حيث أنه رفض الاستجابة لمثل هذا الطلب²، كما أدانت محكمة النقض الفرنسية هذه الوسيلة لأنها تسمح بالرجوع عن الطبيعة المباشرة وعدم القابلية للإلغاء والاستقلالية التي تميز التزام البنك الضامن تجاه المستفيد³. ويرى جانب من الفقهاء أنه إذا كان العميل دائما للمستفيد بدين آخر ناشئ عن علاقة أخرى، فإنه يمكنه في هذه الحالة أن يقوم بحجز أموال أخرى مملوكة للمستفيد تحت يد البنك، دون أن تدخل فيها قيمة خطاب الضمان، لأن البنك لا يدخل المبالغ التي تعهد بدفعها في الذمة المالية للمستفيد، أي لا يتم تقييدها في الجانب الإيجابي لحساب الأخير⁴. وعليه فهذا الحجز غير جائز، لعدم توفر الشرط الأساسي لتوقيعه وهو ملكية المبلغ المراد توقيع الحجز عليه للمستفيد، بل يبقى مملوكا للبنك الضامن.

ومع ذلك فقد ذهب القضاة الفرنسي إلى جواز توقيع الحجز على قيمة الضمان بناء على طلب العميل استثنائيا استنادا لفكرة الغش الواضح، وقبول طلبه في هذه الحالة يعتبر بمثابة جزاء سببه سوء نية المستفيد، كما يجوز للبنك الضامن المقابل بصفته معطي التعليمات الحجز على الضمان المقابل فيما لو تبين له أن البنك الضامن المباشر كان يعلم بغش المستفيد أو في حالة

¹ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, PP.281- 282.

² -Paris 5 Mai 1982, D.82, I. R. 497. 144 نقلا عن نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 144.

³ -Com. 14 oct. 1981, B. IV, N°. 357 ; D 82301. Note approbative M. Vasseur, J.C.P. 82 II 19815, note réservée C. Gavalda et J. Stoufflet. نقلا عن نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع ونفس الصفحة.

⁴ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 271-272.

التواطؤ التدايسي بين المستفيد والضامن المباشر¹. لكن الاستناد لفكرة الغش لتمكين العميل الأمر من الحجز على المبلغ هو استثناء لا يجوز التوسع فيه، ويتعين أن يقوم على أسباب جدية، كما يجب ألا يقود القاضي إلى فحص تنفيذ عقد الأساس.

وبناء على ما سبق يمكن القول أنه لا يجوز للعميل توقيع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك على قيمة خطاب الضمان كدائن للمستفيد نتيجة العلاقة القائمة على عقد الأساس، لأن ذلك يعتبر من قبيل معارضة البنك في الوفاء للمستفيد، وهذا يتعارض مع وظيفة خطاب الضمان الذي يقوم أساساً على خاصية استقلالية التزام البنك بالدفع للمستفيد دون النظر إلى أية معارضة قد يبديها العميل الأمر².

الفرع الثاني

تأثير حالة الحصار أو المقاطعة الاقتصادية على تنفيذ خطاب الضمان

إن مبدأ استقلالية التزام البنك ومزايا خطاب الضمان لا يمكنها إخفاء بعض الأخطار المرتبطة بهذه العملية، متى نشأت ظروف طارئة أو قوة قاهرة لا دخل لإرادة الأطراف المعنية بها وحالت دون تنفيذ هذا الالتزام، ومن ضمن هذه الظروف يوجد ما يعرف بالحصار أو المقاطعة الاقتصادية، كإجراء حرمان أو منع كلياً أو جزئياً يتم اتخاذه من قبل الدولة سواء اختيارياً أو إجبارياً أو من قبل منظمة دولية لمنع تصدير منتجات ما. ومن بين الأمثلة عن الأخطار المتعلقة بالتنفيذ والتي قد تكون مرتبطة بالتنظيم الدولي في حالة الحصار الاقتصادي أو حالة الحرب ما حدث مع إيران في قضية احتجاز الرهائن وما حدث خلال أزمة الخليج³. وتعرف غرفة التجارة الدولية القوة القاهرة بأنها: كارثة طبيعية، أحداث شغب، مظاهرات مدنية، ثورات مسلحة، حروب، أعمال إرهابية، وكل حدث آخر مستقل عن إرادة الأطراف⁴. وقد يثور التساؤل حول آثار المقاطعة أو الحصار الاقتصادي على تنفيذ خطابات الضمان، وهل تعد ذات أثر موقوف خلال فترة المقاطعة أم تسقط الضمانات وتتقضي بسبب هذا الإجراء؟

¹-Com. 21 Mai. 1985, B. IV, N°. 160 ; D 86213. Note M. Vasseur. ونفس الصفحة

²- رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 180.

³ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2°éd, P 192.

⁴- المادة 26 (أ) من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 758، مرجع سابق.

أولاً: حالة قطع العلاقات الاقتصادية بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران

في بعض الظروف السياسية الوطنية أو الدولية، فإنه يتم الخروج على مبدأ استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان والاعتداء عليه وتقليصه، ويجد المستفيد نفسه في مواجهة الرفض القاطع للسداد، مثل ما حدث بالنسبة للضمانات الأمريكية التي صدرت خلال الأزمة الإيرانية باحتجاز رهائن أمريكيان، حيث حدث في الثاني من نوفمبر 1979 أن كان هناك احتجاز لرهائن بسفارة الولايات المتحدة الأمريكية المتواجدة بطهران¹، تبعثها إجراءات قطع كلي للعلاقات الاقتصادية والتجارية بين البلدين²، ونتيجة لذلك فإن أربعة عشر طلب أعذار قضائي بعدم الدفع قدمت للمحاكم الفيدرالية، اثنا عشرة طلب أعذار صدرت بشأنهم قرارات واثان فقط تم رفضهم. ويتم عرض بعض الحالات على النحو الآتي:

أ- قضية (Touche Ross et Co.V. Manufacturers Trust C.o)

في إحدى الحالات: (Touche Ross et Co.V. Manufacturers Trust C.o) هي شركة محاسبة مكلفة بالقيام بالتدقيق لبعض العقود العسكرية في إيران. هذه الشركة (Touche Ross) قامت بإلغاء عقد الأساس بسبب القوة القاهرة، وحسب عبارات هذا العقد فإن احتمال إلغائه يجب أن يؤدي بطبيعة الحال بحكم الواقع إلى إلغاء تلك الضمانات الصادرة بشأنه. ولقد انحازت المحكمة إلى طلب العميل الأمر مقدرة أنه في مثل هذه الظروف " no legitimate call could be made on the guarantee"³، أي لا توجد مطالبة شرعية لقيمة الضمان. وفي قرار آخر (Harris corp.V.National Iranien Radio and Television)، أبرمت الشركة الأمريكية (Harris) عقد بيع أجهزة إرسال لا سلكية (F.M) وأصدرت ضمان حسن التنفيذ من طرف أحد البنوك الإيرانية، وكان تنفيذ العقد على وشك الانتهاء عندما انفجرت الثورة الإيرانية. وتضمن العقد بندا يسمح للأطراف بفسخه في حالة حدوث القوة القاهرة لأجل الحصول على رفع اليد بخصوص الضمانات الصادرة بشأنه، لكن لا أحد من الأطراف قام باستعمال هذا الحق.

¹ علي إبراهيم مطر، ما هي العقوبات الدولية على إيران، مقال منشور على الانترنت بتاريخ 28 فيفري 2018، موقع العهد الإخباري. منشور بالموقع الإلكتروني: alahed.com.lb. تاريخ الاطلاع: 2016/12/13، الساعة: 15:20.

² مصطفى اللباد، العقوبات المفروضة على إيران، مقال منشور على الانترنت. الموقع الإلكتروني: www.marefa.org

³ - Charles Moumouni, Op.Cit, PP 809- 810.

وأمام عدم قدرة شركة (Harris) على إكمال تنفيذ العقد المبرم إلى غاية نهايته، قامت الحكومة الإيرانية بتقديم طلب إلى البنك الضامن من أجل "التمديد أو الدفع"، فقامت شركة (Harris) برفع دعوى ضد هذا الطلب والحصول على قرار بمنع البنك من الدفع.

وفي هذه الحالة فإن المحكمة التي رفعت إليها الدعوى فسرت مفهوم الغش في التبادلات تفسيراً موسعاً، ورأت نفس المحكمة بأنه يوجد غش في المطالبة بقيمة الضمان، لأنه حسبها يوجد هناك خرق لبنود عقد الأساس الذي ينص على إلغاء الضمانات في حالة حدوث القوة القاهرة، حيث أشارت إلى أن المستفيد من الضمان والبنك الضامن نفسه كلاهما وكالات تابعة للحكومة الإيرانية، ودعمت المحكمة بأن: "The demand was in somme sense (a demand) by Iran " Upon itself and may have been an effort by Iran to havest underserved bounty¹.

ب- قضية (Itek Corp.V.First national Bank of Boston):

(Itek) هي شركة أمريكية أبرمت مع وزارة الحرب الإيرانية عقد بيع أجهزة بصرية متطورة بقيمة 22.5 مليون دولار أمريكي، وتم الاتفاق في العقد أن تقوم شركة (Itek) بتقديم ضمان بنكي بقيمة 6.25 مليون دولار أمريكي، ويتضمن العقد في إحدى بنوده على أنه في حالة حدوث قوة القاهرة تلغي العقد فإنه يتم رفع يد البنك الضامن. وتبعاً لطلب "مددوا أو ادفعوا" من طرف دولة إيران، قامت الشركة الأمريكية (Itek) بإلغاء رخصتها بالتصدير مدعية بالقوة القاهرة، ولم تطلب إلغاء عقد الأساس، لكنها طلبت رفع اليد على الضمان إلى غاية السنة الموالية.

ودعمت المحكمة حكمها: "Any demand on the garantes or lettre of credit by Iran in "March,1980 would necessarily have been fraudulent

إنه من الواضح إذن بأن المحكمة قدرت بوجود حالة الغش آخذة بعين الاعتبار عقد الأساس كسبب لعدم الوفاء عند طلب الدفع، وأهملت بذلك وخرقت خاصية استقلالية خطاب الضمان. وفي حالات أخرى شككت في عقود مع وكالات إيرانية، حيث قامت المحكمة بفحص عقد الأساس من أجل إثبات حالة الغش وخلصت إلى توفر القوة القاهرة بجعل نهاية لتنفيذ العقد، مع وجوب رفع الضمانات على البنوك الإيرانية وكذلك الائتمان المتعلق بها في نفس القرارات.

¹ - Charles Moumouni, Op.Cit, P 810.

وقالت المحكمة أنه من واجب البنك الضامن الدفاع عن احتجاجات العميل الأمر ضد المستفيد، وهذا ما يجعل البنك يخرج عن طبيعة دوره المحايد، لأن التزام البنك تجاه المستفيد بالدفع مستقلاً عن عقد الأساس ومستقلاً كذلك عن عقد الاعتماد بالضمان المبرم بين البنك والعميل الأمر¹.

ثانياً: حالة الحصار الاقتصادي المطبق على العراق

من بين الحالات المتعلقة بعوارض تنفيذ خطاب الضمان يمكن ذكر حالة الحصار على العراق²، حيث أنه منذ غزوه للكويت في 2 أوت 1990، كان العراق في مواجهة حصار اقتصادي وتجاري تم اتخاذه من طرف مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة³ بواسطة القرار الصادر بتاريخ 06 أوت 1990، والذي يمنع كل تبادل تجاري مع العراق⁴ وكذا النشاطات التي يمكن أن تشجع هذه التبادلات ومن بينها على الخصوص تحويل الأموال⁵، وتم تبني هذا القرار من قبل الاتحاد الأوروبي بموجب النظامين الصادرين بتاريخ 8 أوت 1990 وبتاريخ 29 أكتوبر 1990.

وفعلاً فإن البنوك التي كان يجب عليها الدفع لدى أول طلب للضمان العراقي والتي كانت تستعد للسداد عند رفع الحصار، لم تكن تعلم هل سيتم تعويضها من قبل العميل الأمر أم لا! ومجلس الاتحاد الأوروبي كان واضح حول هذه المسألة حيث انتهى إلى أنه "فيما يخص مسألة التعويضات الواجبة للبنوك من طرف المصدرين في حالة ما إذا قامت البنوك بسداد قيمة الضمان، فإنه لا يوجد أي حق في التعويض ينبغي الاعتراف به إذا كان الطلب بالدفع ليس من الضروري أن تتم الاستجابة له"⁶.

وقد أعلنت بنوك في أوروبا عن مواقف متباينة بهذا الخصوص، ففي بريطانيا نجد أن البنك "British Bankers association" اعترض على الاتحاد الأوروبي مبيناً بأن الأخطار في النهاية يجب أن يتحملها العميل الأمر وليس البنك هو الذي يتحملها، وقد اعتبر هذا البنك بأن منع البنوك من أن تمارس حق الرجوع على العميل الأمر يعتبر بمثابة "نزع الملكية بدون تعويض".

¹ - Charles Moumouni, Op.Cit, P 811.

² - عبد الزهرة علي الجنابي، الحصار الاقتصادي والصناعة في العراق، جامعة الكوفة، ص 3-5، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: humanities.uobabylon.edu.iq/articles

³ - تمثل المادتين 39 و41 من ميثاق الأمم المتحدة المادة الإطار القانوني الذي تستند عليه الأمم المتحدة ومجلس الأمن تحديداً في فرض عقوبات اقتصادية على دول معينة.

⁴ - أمين شحاتة، آثار الحصار على العراق، مقال منشور على الانترنت بتاريخ 2004/10/03م. بالموقع الإلكتروني: www.aljazeera.net. تاريخ الاطلاع: 2017/01/20، الساعة: 10:30.

⁵ - قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 661 بتاريخ 06 أوت 1990.

⁶ - التنظيمات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي رقم 2340/90 بتاريخ 8 أوت 1990 ورقم 3155/90 بتاريخ 29 أكتوبر 1990 ورقم

Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2^eéd, P. 192. نقلاً عن 1992. 3541/92 بتاريخ 7 ديسمبر

وفي ألمانيا، كانت البنوك أكثر واقعية، حيث قاموا بمنح رفع اليد لعملائهم، ولكن العملاء الأمرين التزموا أمامهم بأن يسددوا للبنوك المعنية المبالغ التي قد يقومون بصرفها في حالة ما إذا تعرضوا إلى ضرر مرتبط بهذه الضمانات في المستقبل.

وفي إيطاليا وتطبيقاً للتنظيم رقم 3541/92 الصادر عن الاتحاد الأوروبي في 7 ديسمبر 1992، فإن القضاء الإيطالي حرر نهائياً العملاء الأمرين بإعفائهم من أي التزام تجاه المؤسسات المصدرة للضمانات، حيث قرر بطلان الضمانات الصادرة قبل الحرب وليس مجرد تعليقها خلال فترة سريان إجراءات الحصار.

بينما في فرنسا، فإن البنوك رفضت القبول بإبطال الضمانات وكذا برفع اليد، كما يبدو أن لجنة البنك بدورها أنها ساندت هذا الاتجاه، حيث قررت بأن الضمانات "لا يمكن تنفيذها"، ولكنها "يجب أن تبقى مسجلة في الوثائق المحاسبية لمؤسسات القرض"¹.

وهناك بعض القرارات الأوروبية التي تم اتخاذها نذكر منها حالتين على النحو الآتي:

الحالة الأولى: "Endeco Barazzuol J.V. et autres C. Banca Nazionale del lavoro (BNL) et Banca Commerciale Italiana (COMIT)":

في هذه القضية، "Endeco" الشركة الإيطالية أبرمت في 25 أوت 1989 عقد مع "سيداك" الإدارة العراقية التابعة لوزارة الصناعة، وكان موضوع العقد حول إنجاز مجمع صناعي في الأنبار بالعراق، وقامت الشركة "Endeco" بإصدار خطاب ضمان لرد التسبيقات وخطاب ضمان لحسن التنفيذ من طرف البنك العراقي "الرافدين"، وهذا البنك الأخير نفسه صدر له ضمان مقابل من طرف مجمع بنكي يتكومن من "BNL" و"COMIT"، وقامت الشركة "Endeco" أيضا بتقديم تأمينات كغطاء للضمان لصالح هذه البنوك. وبسبب قرار الأمم المتحدة بفرض الحصار على دولة العراق تم تجميد عقد الأساس، وقامت الشركة "Endeco" بتقديم طلب إلى البنوك للحصول على رفع اليد.

ولقد استجاب لها القاضي المدني لمحكمة "Padoue" ومنح الحق للشركة في ذلك، مقدرا بأن نظام الاتحاد الأوروبي يقرر حكم "دائم" لحماية العميل الأمر، وأصدر أمرا بالمنع من التنفيذ "نهائي ودون تحديد الأجل" والذي يكون مفعوله هو الوصول إلى "الإبطال الدائم والنهائي للضمانات"، ولكن نفس المحكمة قالت بأن الإجراء الاتحادي ينحصر في منع الحق ضد المطالبات العراقية، وله مفعول واحد فقط وهو إضفاء شرعية على رفض هذه الطلبات، مما يعني بأنه لا ينهي العلاقة وإنما بأنه لا يمكن طلب تنفيذها فقط.

¹ - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Op.Cit, 2^oéd, P 193.

الحالة الثانية: قضية " Société général C. L'Air liquide "

مع أن هذه الحالة ليست مرتبطة بالضرورة بحرب الخليج، لكن القيام بتحليلها مفيد من جهة أخرى لأسباب ثلاثة وهي: أنها حدثت عشية هذه الأزمة الخليجية، وطرحت فيها مسألة استقلالية الضمانات وأيضا مسئولية البنوك في مواجهة الطلبات المنطوية على الغش. تتمثل هذه الحالة في أن البنك الفرنسي " Société général " أصدر خطاب ضمان حسن التنفيذ لصالح مستفيد إيراني بناء على طلب شركة " L'Air liquide " الفرنسية، والبنك الإيراني الضامن المباشر قام بطلب الضمان المقابل وأشار فيه إلى أن الشركة المستفيدة تم حلها. وأمام التردد الذي أظهرته " Société général " قام البنك الإيراني باستيفاء القيمة من المبلغ الذي كان مدين به تجاه البنك الفرنسي، وهذا الأخير وجد نفسه في مواجهة العميل الأمر. ولقد تم قبول طلب البنك من طرف المحكمة التجارية لكنه رفض بعد الاستئناف، حيث أخضعت محكمة الاستئناف صلاحية الضمان لأحكام عقد الأساس وقررت أن " الالتزام بالضمان تم انقضاؤه وبأن " L'Air liquide " غير معنية بأي التزام بالسداد"¹.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن غرفة التجارة الدولية بباريس وبإصدارها القواعد الدولية الموحدة الأخيرة بالنشرة رقم 758 تعرضت إلى مسألة انتهاء الضمان لدى الطلب خلال فترة حصول القوة القاهرة، وجاءت بأحكام جديدة لحماية المستفيد، حيث قررت أنه في هذه الحالة فإن الضمان يتم تمديده آليا ولمدة 30 يوما ابتداء من تاريخ انتهائه، وإذا قدم طلب الدفع ولم يتم التنفيذ بسبب قوة القاهرة، فإن الدفع يجب أن يتم مباشرة بعد توقف هذه الحالة حتى ولو انتهى أجل الضمان، ونفس الشيء بالنسبة للضمان المقابل².

من خلال عرض هذه الحالات يتضح الاختلاف وسط القضاء المقارن حول أثر الحصار أو المقاطعة الاقتصادية على تنفيذ خطاب الضمان، إذ ذهب البعض إلى القول بانقضاء خطاب الضمان مثل القضاء الإيطالي، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بمجرد وقف تنفيذ هذا الضمان مثلما سلكه القضاء الفرنسي بتعليق الضمانات وعدم تنفيذها خلال فترة الحصار وليس التقرير بانقضائها، فيما ذهب آخرون إلى اتخاذ موقف غير واضح مثل القضاء الانجليزي.

¹ - Charles Moumouni, Op.Cit, PP.815- 816.

² - المادة 26 الفقرات (ب.1 و2)، (ج.1 و3) من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 758، مرجع سابق.

وعليه فإن خطاب الضمان ليس في مأمن من الأخطار السياسية الوطنية والدولية، وبالتالي فهو لا يمنح أو يضمن حقا مطلقا، فزيادة على حالة الغش في المطالبة، فإن سداد قيمته يمكن أن يتم عرقلتها لأسباب أجنبية تماما عن الأطراف ولا يد للمستفيد فيها، كنشوب الحروب سواء كانت داخلية أو خارجية، وتدهور العلاقات الدولية المختلفة، وحدثت أزمات سياسية داخلية وخارجية والتي غالبا ما يصاحبها تدخل في النشاط الاقتصادي¹، مثل حالة الحصار أو المقاطعة الاقتصادية. ومع كل ذلك فإنه يمكن للأطراف أن يحترسوا ضد هذه الأخطار ويجعلوا أنفسهم في مأمن من المتاعب والتعقيدات القضائية، إذ ينبغي عليهم البحث عن الحماية من خلال الصياغة ووضوح ودقة عباراتها عند تحرير مختلف الاتفاقات التي تربطهم، أين تكمن أهمية الشروط والبنود الأساسية الواجب مراعاتها في العقود المبرمة التي لها صلة بعملية إصدار خطابات الضمان وتقادي الأمور التي ينبغي تجنبها.

¹ - رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 567.

المبحث الثاني

انقضاء خطاب الضمان دون وفاء للمستفيد

لقد سبق القول بأن خطاب الضمان ينقضي عن طريق الوفاء بقيام البنك بدفع قيمته للمستفيد عند طلبه لها خلال فترة سريانه أو بما يقوم مقام الوفاء¹، غير أن الواقع العملي يثبت أنه من النادر أن تقوم البنوك بوضع خطاب الضمان موضع التنفيذ، حيث غالباً ما ينقضي دون وفاء للمستفيد² ويتم بالتالي إلغاؤه ووفقاً لإجراءات محددة وينقضي بذلك التزام البنك تجاه المستفيد وينتهي في نفس الوقت التزام العميل الناشئ عنه تجاه البنك الضامن.

وتتعدد حالات الانقضاء دون وفاء منها ما يتفق مع أغلب أسباب انقضاء الالتزام حسب القواعد العامة في القانون المدني طبقاً للمواد من 305 إلى 322، حيث أن البعض من هذه الأسباب العامة لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء خطاب الضمان، بالإضافة إلى ما تضمنته القواعد الدولية الموحدة من أحكام خاصة في هذا المجال³.

وسوف يتم التطرق بإيجاز إلى بعض الحالات على سبيل المثال كانهاء مدة الصلاحية دون تقديم المطالبة بالوفاء⁴ (المطلب الأول)، أو بالإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل خلال مدة سريان أجله⁵ أو بإعادته لانهاء الغرض منه (المطلب الثاني)، والتقدم إذا لم يكن خطاب الضمان محدد المدة (المطلب الثالث)، أو استحالة تنفيذ التزام العميل إذا لم يكن خطاب الضمان مشروطاً (المطلب الرابع)، ثم عرض انتهاء خطاب الضمان بإلغائه وانتهاء الضمان المقابل (المطلب الخامس).

¹ - عمر مصطفى جبر إسماعيل، مرجع سابق، ص 208.

² - طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 297.

³ - المواد من 22 إلى 26 (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

⁴ - كامل الوادي، مرجع سابق، ص 133.

⁵ - منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، مرجع سابق، ص 231.

المطلب الأول

انتهاء صلاحية خطاب الضمان دون مطالبة

عادة ما يصدر خطاب الضمان بمدة محددة ينتهي بانتهائها دون مطالبة، فإذا لم يطلب المستفيد دفع قيمته خلال الفترة المحددة فإن البنك يتحلل من التزامه بالدفع¹، ولكن قد يصدر أيضا دون أن يحدد أجلا لانتهائه، مثل الضمان الملاحي الذي لا تحدد فيه مدته وإنما يظل ساري المفعول إلى أن يقوم المستفيد أي المستورد بإحضار سند الشحن ويسلمه إلى وكيل العبور لكي يستطيع استعادة خطاب الضمان. ويختلف انقضاء خطاب الضمان بانقضاء أجله المحدد به (الفرع الأول)، عن انقضاء خطاب الضمان غير محدد المدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

انقضاء خطاب الضمان بانتهاء مدة صلاحيته

ينقضي خطاب الضمان بشكل عام إذا انقضى الأجل المحدد به دون أن يستعمل المستفيد حقه في المطالبة بدفع القيمة المحددة فيه، وذلك لأنه يتضمن عادة تعهد بدفع مبلغ معين خلال فترة معينة²، فإذا لم يطلب المستفيد التنفيذ خلال هذه الفترة أصبح البنك متحلا من التزامه بالدفع للمستفيد وبالتالي ينقضي خطاب الضمان³. والعبارة تكون بوصول الطلب إلى البنك كما سبق ذكره، فإذا لم يصل انقضى حتى ولو كان سبب المطالبة قد حدث أثناء سريان الأجل. أما في ضمانات المناقصات بشكل خاص فإنها تنقضي حسب الضمان المقدم في كل مرحلة منها⁴، كما قد ينقضي تدريجيا، مثلما هو عليه الحال في ضمان رد الدفعات المقدمة أو في ضمان حسن التنفيذ عند النص على أنه ينقضي جزئيا تبعا لمراحل تنفيذ عقد الأساس. ويتحدد تاريخ الانتهاء في صيغة خطاب الضمان وبعباراته دون النظر إلى عقد الأساس باعتبارها المرجع في ذلك تطبيقا لخاصية الاستقلالية.

¹ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 390.

² - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 161.

³ - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 326.

⁴ - محمود أحمد مروح مصطفى، مرجع سابق، ص 131-132.

وتؤكد القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب، أنه "يكون وقت انتهاء الأجل المحدد لتقديم طلب وفاء الضمان تاريخاً ميلادياً محددًا (تاريخ انتهاء) وعند تقديم مستند أو مستندات محددة لانتهاء الأجل إلى الضامن (الحادث الذي يترتب عليه انتهاء الضمان)، وإذا كان مذكوراً في الضمان تاريخ الانتهاء أو بوقوع حادثة الانتهاء أيهما أولاً بصرف النظر عما إذا كان تم رد الضمان وتعديلاته أم لا"¹.

وفي هذه الحالة يسقط التزام البنك بدون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر، لكن عدم تقدم المستفيد إلى البنك للمطالبة بالدفع خلال التاريخ المحدد وإن كان ينهي خطاب الضمان، فإنه مقيد بعدم وجود شرط في نصوصه يقضي بتمديد صلاحيته إلى ما بعد هذا التاريخ، ويحدث ذلك عندما يتبين أن العميل لن يتمكن من إنهاء تنفيذ العمل الصادر من أجله الضمان قبل انتهاء مدة خطاب الضمان، فيجوز للمستفيد طلب تمديد أجله² بواسطة العميل الأمر، على أن يقبل البنك الضامن بذلك وأن يتم تقديم طلب التمديد قبل انتهاء التاريخ المحدد له³ وإلا اعتبر بمثابة طلب إصدار ضمان جديد ويسقط حقه في المطالبة بقيمة خطاب الضمان الأول، كما قد تسمح بذلك البنوك من خلال النص في التعهد بالضمان ذاته على تمديده تلقائياً بعد انتهاء سريان مفعوله، لتغطية المدة التي يستغرقها ورود المطالبة بالبريد.

وقد أكدت على ذلك القواعد الدولية الموحدة⁴ وبعض التشريعات الداخلية من بينها المشرع المصري على أنه "تبراً ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان من المستفيد إلا إذا اتفقا صراحة على تجديد تلك المدة تلقائياً أو وافق البنك على مدها"⁵.

وفي حالة التمديد إلى ما بعد تاريخ الاستحقاق، يستمر خطاب الضمان إلى ما بعد انقضاء التاريخ المحدد فيه، وقد يكون ذلك منطقياً إذ أنه في معظم الحالات المماثلة تكون المطالبة قد قدمت أثناء مدة الصلاحية إلا أن تنفيذ المطالبة بالدفع قد يستغرق فترة معينة.

وإذا انقضى خطاب الضمان بانتهاء مدة صلاحيته دون مطالبة يرسل البنك إلى المستفيد مراسلة يشير فيها إلى أن التزامه تجاهه قد انقضى بعدم حصول المطالبة خلال أجل سريانه، وأنه بالتالي قد قام بإلغائه من سجلاته، ويطلب منه أن يرد أصل خطاب الضمان وما لحقه من تجديدات بخصوص مدة سريانه إن وجدت.

¹ - المادة 22 من القواعد الدولية الموحدة بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

² - لؤي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 141.

³ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4^{éd}, Op.Cit, P 276.

⁴ - المواد 5 و 26 من القواعد الدولية الموحدة بالنشرة 325، و(ق.د.م.ض.ط) بالنشرة 458 على التوالي، مرجع سابق.

⁵ - المادة 459 من قانون التجارة المصري، مرجع سابق.

وتجدر الإشارة إلى أن إلغاءه من سجلات البنك لا يتوقف على استرداد البنك لخطاب الضمان من المستفيد، إذ أنه يصبح عديم القيمة في يد المستفيد¹، وإنما يطلب البنك استرداده من أجل متابعة ملفاته وتحيينها.

الفرع الثاني

خطاب الضمان غير محدد المدة

إذا كان خطاب الضمان محدد المدة وجب على المستفيد أن يطالب بقيمته خلالها، فإذا انتهت المدة دون أن تصل مطالبته للبنك سقط حقه في الحصول على قيمته²، أما إذا كان غير محدد المدة جاز للمستفيد المطالبة بقيمته في أي وقت من تاريخ إصداره إلى غاية تاريخ سقوطه بالتقادم، كما قد ينتهي بانتهاء الغرض الذي صدر من أجله وفي هذه الحالة يقوم المستفيد برده للبنك لكي يقوم بإلغائه.

ويجوز للبنك إنهاء خطاب الضمان غير محدد المدة في أي وقت بشرط أن لا يتعسف في ذلك، كأن يتم إنجائه دون الإنذار المسبق للعميل أو إنذاره بوقت غير كاف مما يلحق به ضرراً، كما يقوم البنك أيضاً بإشعار المستفيد بانقضاء حقه بمقتضاه طالبا منه إعادته إليه مع ملحقاته إن وجدت، وهذا ما أكدت عليه القواعد الدولية الموحدة³.

وأحيانا قد يرد النص في صيغة خطاب الضمان على ضرورة أن يقوم المستفيد بإرجاعه إلى البنك، غير أن هذا الشرط لا يعني أن يستمر خطاب الضمان إلى غاية أن يتم الاسترداد الفعلي له، لأنه كما سبق بيانه بأنه لا يعد ورقة تجارية وليس له قيمة ذاتية، بل هو مجرد أداة إثبات.

¹ المادة 24 من (ق.د.م.ض.ط) بالبنشرة رقم 458، نفس المرجع.

² صلاح الدين حسن السبسي، مرجع سابق، ص 394.

³ المادة 24 من (ق.د.م.ض.ط) بالبنشرة رقم 458، مرجع سابق.

المطلب الثاني

انقضاء خطاب الضمان بالإبراء أو بإعادته لانتهاء الغرض منه

الإبراء هو تنازل الدائن عن حقه الذي يشغل ذمة المدين دون مقابل، فهو تصرف يتم بإرادة الدائن المنفردة يترتب عليه براءة ذمة المدين إذا ما توفرت شروط صحته كما يحددها القانون¹. وينقضي التزام البنك إذا تنازل المستفيد عن خطاب الضمان وأعادته للعميل أو للبنك بإرادته، ويتأثر التزام البنك أيضا بإبراء المستفيد للعميل إذا نص في الإبراء على تنازله عن حقه في خطاب الضمان (الفرع الأول)، وقد يعيده المستفيد قبل انتهاء مدته بانقضاء الغرض الذي صدر من أجله في حال تنفيذ العميل لجميع التزاماته تجاه المستفيد أو زوال الأسباب التي دعت إلى إصداره² (الفرع الثاني).

الفرع الأول

انقضاء خطاب الضمان بالإبراء

ينتهي خطاب الضمان بالإبراء، غير أن الإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل يختلف أثره على التزام البنك بحسب ما إذا كان خطاب الضمان لدى أول طلب بسيط أو كان لدى أول طلب مستندي أو مبرر³، ففي حالة خطاب الضمان المبرر يكون للإبراء أثر منهي للالتزام البنك، لأن شرط التبرير يستحيل تحققه بعد حصول الإبراء، فلا يتصور أن يقع من العميل إخلال بالتزامه نحو المستفيد بعد أن أبرأه هذا الأخير منه، لذلك ينقضي التزام البنك بانقضاء التزام العميل في مواجهة المستفيد بالإبراء. أما إذا كان خطاب الضمان لدى أول طلب بسيط، فإن التزام البنك في مواجهة المستفيد لا يتأثر بالإبراء ويظل قائما، إلا إذا تم النص في الإبراء صراحة عن تنازل المستفيد عن حقه في استيفاء قيمة خطاب الضمان⁴.

وعليه فإن العبرة هي بالإبراء الصادر من المستفيد إلى البنك الضامن، وهو ما تؤكد القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب على أنه: "بغض النظر عن أي شرط يحدد الانتهاء موجود في الضمان، فإن الضمان يلغى إذا تم تقديم الضمان إلى الضامن أو إذا قام المستفيد

¹ - المواد 305 و306 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 600.

³ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، ج1، مرجع سابق، ص 816.

⁴ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 308.

بتحرير إقرار بإخلاء الضامن من التزامه في نطاق الضمان بغض النظر في الحالة الأخيرة عما إذا كان تم رد الضمان وتعديلاته أم لا¹.

وعليه فإن إرجاع المستفيد لأصل خطاب الضمان يعتبر من قبيل الإبراء وذلك إما بتسليمه للبنك مباشرة أو يسلمه للعميل ليتولى بدوره إعادته للبنك بعد أن قام العميل بتنفيذ التزامه تجاه المستفيد، وبهذا تبرأ ذمة البنك تجاه المستفيد وتبرأ ذمة العميل في مواجهة البنك، فيكون للعميل أن يسترد غطاء خطأ الضمان.

ومع ذلك يكون للمستفيد إثبات أن حياة العميل لخطاب الضمان كانت لسبب آخر غير الإبراء، كأن يكون قد طلب منه تعديله أو تجديده، لذلك يجدر بالبنك عند إعادة خطاب الضمان إليه من طرف العميل قبل انتهاء مدة سريانه أن يقوم بإخطار المستفيد بإلغائه حتى يتأكد من عدم ممانعته في ذلك².

الفرع الثاني

إعادة خطاب الضمان إلى البنك قبل انتهاء مدته

يعيد المستفيد خطاب الضمان إلى البنك قبل انتهاء مدته إذا انقضى الغرض الذي صدر من أجله، عندما يقوم العميل بتنفيذ جميع التزاماته في علاقته بالمستفيد أو بزوال أسباب المطالبة بالتنفيذ.

وقد يتلقى البنك خطاب الضمان من المستفيد مباشرة أو من العميل إذا كان هذا الأخير قد استلمه من المستفيد ليعيده إلى البنك، وفي جميع الأحوال فإن إعادته إلى البنك يؤدي إلى انقضاء التزام البنك الضامن تجاه المستفيد³. ويتعين على البنك أن يتمسك باسترداد صورة خطاب الضمان مع الأصل إذا كان قد سلم الأصل للعميل وقام بإرسال صورة منه احتياطياً إلى المستفيد بالبريد المسجل بعلم الوصول.

وما ذكر في هذا المجال بشأن الإبراء ينطبق هنا كذلك، حيث يمكن للمستفيد إثبات أن حياة العميل لخطاب الضمان لم يكن لأجل إعادته للبنك لإلغائه، وإنما كان بقصد طلب تعديله أو

¹ - المادة 23 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

² - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، ج1، مرجع سابق، ص 817.

³ - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 326-327.

تجديده، لذلك يستحسن بالبنك عند إعادة خطاب الضمان إليه من طرف العميل قبل انتهاء أجله سريانه أن يقوم بإعلام المستفيد بإلغائه حتى يتأكد من إعادته لإلغائه فعلا من طرف المستفيد¹.

المطلب الثالث

انقضاء خطاب الضمان بالتقادم

يفترض التقادم أن الدائن لم يطالب المدين بالوفاء بالالتزام طيلة مدة معينة يحددها المشرع، وأن يرفع الدائن دعوى قضائية يطلب من خلالها المدين بالوفاء بعد مضي هذه المدة، فيتمسك المدين بسقوط التزامه تجاهه من خلال الدفع بالتقادم، وعليه تبرأ ذمة المدين من الالتزام، فالتقادم ليس إلا دفعا يستطيع المدين التمسك به في حالة مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ.

وينقضي خطاب الضمان بالتقادم في الأجل وحسب الحالة، فبالنسبة لخطاب الضمان غير محدد المدة، ينقضي الحق الثابت به بمرور خمسة عشر عاما من بدء سريانه أو من تاريخ تحقق الشرط إعمالا للقاعدة العامة في تقادم الالتزامات²، بشرط ألا يكون قد نشأ أثناء تلك المدة ما يعتبر من الناحية القانونية قاطعا أو موقفا للتقادم، حيث يبدأ سريانه بالنسبة لخطاب الضمان لدى أول طلب بسيط وغير محدد المدة من تاريخ صدوره وبدء نفاذه بتبليغه للمستفيد دون أن يرفضه، ومدة تقادم التزام البنك بدفع قيمته للمستفيد في هذه الحالة تكون خمسة عشرة سنة دون أن يستعمل المستفيد حقه في المطالبة.

أما إذا كان خطاب الضمان غير محدد المدة ومشروطا بإرفاق الطلب بمستند أو مستندات محددة أو مشروط بتقديم تصريح التبرير مرفقا بالمطالبة³، فإن سريان التقادم لا يبدأ إلا من تاريخ تحقق الشرط⁴ إذا كان التزام البنك معلقا على شرط محدد في نصوصه، ولمدة خمسة عشرة سنة دون أن يستعمل المستفيد حقه في المطالبة بقيمة خطاب الضمان ودون أن يعترض سريانه ما يوقف التقادم أو يقطعه، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني، أما إذا تخلف الشرط أو

¹ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 304.

² - المادة 308 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، نفس المرجع.

³ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، ج1، مرجع سابق، ص 817.

⁴ - عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 372 و 375.

استحال تحققه فإن التزام البنك ينقضي¹، ثم ينشأ حق العميل في استرداد قيمة الغطاء، ولا يسقط حق هذا الأخير إلا بعد 15 سنة أخرى وبعد ذلك تتقدم لمصلحة الدولة.

وإذا كان خطاب الضمان محدد المدة فإنه ينقضي بمضي هذه المدة دون ورود مطالبة بقيمته ولا يسري عليه التقادم، أما بالنسبة لخطاب الضمان محدد المدة والمغطى نقداً فإن مدة التقادم فيه تبدأ من تاريخ انتهاء الأجل المحدد فيه، ويتعين تحويل الغطاء لمصلحة الضرائب بعد انقضاء خمسة عشر عاماً من تاريخ استحقاقه ما لم توجد مطالبات من العميل في شأنه خلال هذه الفترة.

ويسقط التزام البنك في خطابات الضمان الصادرة لغرض معين بانتهاء الغرض الصادر من أجله خطاب الضمان، مع مراعاة عدم وجود مانع قانوني في الحالات السابقة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القواعد الدولية الموحدة الجديدة الخاصة بالضمانات لدى الطلب، حددت مدة التقادم بالنسبة للضمانات غير محددة المدة بثلاث سنوات اعتباراً من تاريخ إصدار الضمان، حيث تنص المادة 25 (ج) منها على أن الضمان/الضمان المقابل غير محدد المدة ودون تحديد غرض ينتهي بتحقيقه، ينقضي بعد مدة ثلاث سنوات من تاريخ إصداره بالنسبة للضمان/30 يوم بعد انقضاء الضمان ينقضي الضمان المقابل².

المطلب الرابع

انقضاء خطاب الضمان باستحالة التنفيذ

يقصد باستحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الضمان، استحالة تنفيذ العميل لالتزامه تجاه المستفيد والناشئ عن عقد الأساس³، غير أنه ولكي ينتهي خطاب الضمان باستحالة تنفيذ العميل لالتزاماته تجاه المستفيد، يشترط أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى قوة القاهرة أو إلى حادث فجائي لا يد للعامل فيها أو كانت راجعة إلى فعل المستفيد نفسه⁴. أما إذا كانت

¹ - المواد 203 و204 و206 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - الفقرة (ج) من المادة 25 من (ق.د.م.ض.ط) بالناشرة رقم 758، مرجع سابق.

³ - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 165.

⁴ - المادة 307 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الاستحالة بسبب تقصير العميل فلا تؤدي إلى إنهاء خطاب الضمان، بل يبقى حق المستفيد في مطالبة البنك بالوفاء له قائماً¹.

ولقد فرق الفقه بصدد هذه الاستحالة وأثرها على التزام البنك تجاه المستفيد بحسب ما إذا كان خطاب الضمان لدى أول طلب مستندي أو مبرر، أو كان خطاب ضمان لدى أول طلب بسيط، ففي الحالة الأولى التي يكون فيها مشروطاً ويشترط فيها البنك انقضاء التزامه في مواجهة المستفيد إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي وهو التزام العميل في علاقته بالمستفيد، فإن التزام البنك في خطاب الضمان ينقضي بهذه الاستحالة لأن الشرط الموقوف المعلق عليه التنفيذ لا يمكن تحققه ويصبح تنفيذه مستحيلًا للسبب الأجنبي أو لفعل المستفيد نفسه.

أما في الحالة الثانية أي لدى أول طلب بسيط، فلا يتأثر التزام البنك باستحالة التنفيذ ومهما كان سبب هذه الاستحالة، سواء كانت راجعة إلى السبب الأجنبي أو إلى فعل المستفيد².

إضافة لما سبق ذكره فإن البنك إذا استحال عليه تنفيذ التزامه بالوفاء للمستفيد بسبب الحادث الفجائي أو القوة القاهرة مثلاً، فيتحمل المستفيد الخسارة الناتجة على انقضاء التزام البنك بهذا الشكل، ولا يبقى أمامه إلا الرجوع على العميل بموجب عقد الأساس، وهو ما سارت عليه غرفة التجارة الدولية في قواعدها الدولية السابقة الخاصة بالضمانات لدى الطلب³، غير أن القواعد الجديدة بالنشرة 758 قررت خلاف ذلك، حيث تعرضت إلى مسألة انتهاء الضمان لدى الطلب خلال فترة حصول القوة القاهرة، وجاءت بأحكام جديدة لحماية المستفيد. وفعلاً في هذه الحالة فإن الضمان يتم تمديده آلياً ولمدة ثلاثين يوماً ابتداءً من تاريخ انتهائه، وإذا قدم طلب الدفع ولم يتم السداد بسبب قوة القاهرة، فإن الدفع يجب أن يتم مباشرة بعد توقف هذه الحالة حتى ولو انتهت أجل الضمان، ونفس الشيء بالنسبة للضمان المقابل⁴، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ من البنك، كأن يتأخر في الاستجابة لطلب المستفيد بالدفع فإنه يتحمل مسؤولية ذلك.

¹ - محمود أحمد مروح مصطفى، مرجع سابق، ص 142.

² - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، مرجع سابق، ص819.

³ - المادة 13 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

⁴ - المادة 26 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة رقم 758، مرجع سابق.

انتهاء خطاب الضمان بإلغائه وانتهاء الضمان المقابل

من بين الحالات الخاصة بانتهاء خطاب الضمان بإلغائه من قبل البنك الضامن يتم التطرق إلى حالة إلغاء الضمان الابتدائي المرفق بالعروض المقدمة في مجال المناقصات (الفرع الأول)، وحالة إلغاء خطاب الضمان بتعديله (الفرع الثاني)، ثم التعرض بإيجاز إلى انقضاء الضمان المقابل (الفرع الثالث).

الفرع الأول

إلغاء خطاب الضمان الابتدائي

عندما تعلن الجهة المستفيدة عن مناقصة دولية لإنجاز مشروع أو استيراد بضائع أو آلات، يتقدم المقاول أو المورد الراغب في المشاركة في هذه المناقصة بعرضه ويشترط أن يكون مرفقا بخطاب ضمان بنكي بقيمة تقدر بنسبة معينة من قيمة العرض، كدليل على جديته في المشاركة وضمانا لعدم تراجعها إذا ما رست عليه الصفقة، وخطاب الضمان الابتدائي أو ضمان العروض المرفق عادة ما تكون مدته محددة بفترة قصيرة نسبيا ينتهي مفعوله بحلولها وهي تقترب في الغالب من تسعون (90) يوما، ويتم إلغاء تعهد العروض قبل انقضاء أجله وذلك عندما يصدر بشأنه ضمان حسن تنفيذ العملية بعد رسو الصفقة على العميل المعني بتقديمه.

ويشترط في ذلك أن يطلب العميل الأمر من البنك القيام بإلغاء ضمان العروض صراحة ضمن طلبه الموجه إليه بإصدار ضمان حسن التنفيذ، وأن يقوم البنك في هذه الحالة بالاطلاع على قرار رسو الصفقة للتأكد من أن ضمان حسن التنفيذ يتعلق بنفس العملية الصادر بشأنها ضمان العروض، وأن يتم النص في متن خطاب الضمان النهائي على أنه يحل محل وبصفة نهائية الضمان الابتدائي مع ذكر بياناته مثل رقمه وتاريخه ومبلغه، على أن يقوم البنك بإرسال ضمان حسن التنفيذ للمستفيد عن طريقه مباشرة برسالة موصى عليها.

ويلغى أيضا خطاب ضمان العروض إذا انقضت مدة سريان العروض -تاريخ الارتباط المحدد- ولم يتم البت في العروض المقدمة من المشاركين وقام العميل بطلب إلغاء الضمان الابتدائي المرفق بالعرض الذي شارك به في المناقصة.

الفرع الثاني

إلغاء خطاب الضمان بتعديله

يتم إلغاء خطاب الضمان بتعديله إما عند تخفيض قيمته أو في حال تجديد مدته، ويلغى إذا قام البنك بناء على طلب عميله بإصدار خطاب ضمان بقيمة مخفضة بدلا من الضمان الأصلي قبل انقضاء مدة سريانه، وذلك في حالة عدم تمكن العميل أو البنك من الحصول على موافقة الجهة المستفيدة على تخفيض قيمته.

وإزاء إصرار بعض العملاء على استبدال خطاب الضمان الأصلي بآخر جديد بقيمة مخفضة، فإنه يمكن بناء على طلب العميل الأمر وتحت كامل مسؤوليته أن يقوم البنك بالإصدار الجديد، وينص فيه على أنه يحل محل ويلغى بصفة نهائية خطاب الضمان القديم برقم وتاريخ جديدين وبقيمة مخفضة، وينص فيه أيضا على أنه لا يعتبر ساري المفعول إلا بعد ورود خطاب الضمان القديم إلى البنك، ثم يقوم البنك بتسليمه للعميل الذي يكلف بإعادة أصل خطاب الضمان القديم، ولا يتم الإفراج عن غطاءه إلا بعد أعادته للبنك لإلغائه.

ويلغى أيضا خطاب الضمان إذا طلب المستفيد تجديد صلاحيته لمدة محددة دون أن يقترن طلبه التجديد هذا بالمطالبة بالدفع، ثم انتهت المدة التي حددها للتجديد دون أن يقوم البنك بذلك لأي سبب من الأسباب، ولم ترد من المستفيد رسالة ثانية يطلب من خلالها التجديد لمدة أخرى أو الدفع قبل انتهاء الفترة الأولى التي طلب تجديد خطاب الضمان إليها، وبالتالي فإن حق المستفيد في طلب تجديد خطاب الضمان لأية مدة أخرى أو طلب الدفع يسقط، ويعتبر خطاب الضمان لاغيا بمضي المدة المذكورة ويلزم إلغاؤه.

الفرع الثالث

انتهاء الضمان المقابل

ينتهي الضمان المقابل إما بانتهاء مدته أو بتحقق الغرض الذي صدر من أجله. وإذا قام البنك الضامن المباشر بالوفاء للمستفيد على الرغم من انتهاء مدته، قامت مسؤوليته في مواجهة الضامن المقابل، ويصبح من حق هذا الأخير في الامتناع عن التغطية وعدم أداء المبلغ حتى

ولو كان الضامن المباشر حسن النية، إذ أن قيامه بالوفاء على الرغم من انقضاء المدة يعد خطأ ويبرر امتناع الضامن المقابل عن تسديده المبلغ المدفوع¹.
وغالبا ما يتم تحديد أجل الضامن المقابل بمدة إنجاز علاقة الأساس، كما يرتبط انتهاء الضامن المقابل أيضا بانتهاء الضامن المباشر، بمعنى أن قيام الضامن المباشر بالوفاء للمستفيد بمبلغ الضامن عند طلبه له يؤدي إلى انقضاء الضامن المقابل، ولذلك يتعين على الضامن المحلي المطالبة به فور قيامه بالوفاء للمستفيد وبدون تأخير، ما عدا الفترة التي يستغرقها وصول الطلب إلى الضامن المقابل كميعاد مسموح به، وهذا الوقت لم يعد يذكر في ظل سرعة الاتصالات وظهور وسائل الاتصال الحديثة².

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 72.

² - محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 73.

المبحث الثالث

آثار انقضاء خطاب الضمان

تظهر آثار الانقضاء بحسب طبيعة الالتزام والعقد الذي نشأ عنه، وفي أغلب الأحيان يكون خطاب الضمان محدد بفترة زمنية معينة واردة فيه تحدد مدة صلاحيته، بحيث إذا ما وردت أي مطالبات من المستفيد خلالها يكون البنك ملتزماً بأن يوفي له بالمبلغ، ومتى قام البنك بالسداد ينقضي التزامه تجاه المستفيد.

وينقضي التزام البنك الضامن بالوفاء الكامل أو بالوفاء الجزئي من مبلغ خطاب الضمان في حالة قيام المستفيد بطلب جزء من قيمته وتنازل صراحة عن الجزء المتبقي، أو أن يكون المستفيد قد طلب جزء من المبلغ وسكت عن المطالبة بالجزء المتبقي حتى انتهت صلاحية الضمان، كما قد ينقضي التزام البنك بما يقوم مقام الوفاء، أو دون وفاء كما سبق وأن تم بيانه.

ويترتب على انقضاء التزام البنك الثابت في خطاب الضمان سواء بالمطالبة بوفائه أو لسقوطه دون وفاء أثاراً أساسيان. يتمثل الأول في حالة الوفاء أو ما يقوم مقامه، في رجوع البنك الضامن على العميل الأمر لاستيفاء ما دفعه للمستفيد¹، وقد تنشأ عن ذلك دعاوى مختلفة للرجوع يمكن مباشرتها لكل من له حق على من هو مدين له به.

ويتمثل الأثر الثاني عن الانقضاء دون وفاء، في أنه يترتب بذمة البنك في مواجهة العميل الالتزام بالإفراج عن غطاء خطاب الضمان بإلغاء أي قيد على حساباته وإلغاء أي رهن والإفراج عن الأوراق التجارية والأوراق المالية التي كان يحتفظ بها البنك والمقدمة من العميل كغطاء. وسوف يتم التطرق إلى دعاوى الرجوع بعد تنفيذ خطاب الضمان (المطلب الأول)، والآثار المترتبة عن انقضاء خطاب الضمان دون وفاء (المطلب الثاني).

¹- Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud, Op.Cit, p729.

المطلب الأول

دعاوى الرجوع بعد تنفيذ خطاب الضمان

بعد تنفيذ خطاب الضمان بالوفاء الصحيح، فإنه يحق للبنك أن يرجع على العميل الأمر لاسترداد منه ما دفعه للمستفيد، ويكون رجوعه على أساس عقد الاعتماد بالضمان¹. وكقاعدة عامة وبسبب خاصية الاستقلالية، فإن البنك الضامن لا يستطيع أن يمارس ضد المستفيد دعوى استرداد المبلغ المدفوع له، غير أنه في بعض الظروف يكون للبنك الرجوع ضد المستفيد إذا ثبت بعد التنفيذ أن المطالبة كانت تتطوي على غش منه وكان للبنك مصلحة في دعوى الاسترداد، لأنه يفقد حقه في الرجوع على العميل الأمر²، وقد رأينا سابقاً أن استقلالية التزام البنك تتراجع عندما يطلب المستفيد الدفع مستعملاً في ذلك الغش والخداع³. ويكون للعميل كذلك حق الرجوع على المستفيد استناداً إلى عقد الأساس المبرم بينهما إذا قام الأخير باستيفاء مبلغ الضمان دون وجه حق، كما يمكن للعميل طلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها بالرجوع على البنك متى قام بالوفاء خطأ ولم يراعي مطابقة المطالبة مع شروط وعبارات خطاب الضمان⁴. والبنك الضامن المباشر بدوره عند مطالبته بالسداد من طرف المستفيد يكون له الرجوع على البنك الضامن المقابل مطالباً أيّاه بتغطيته، حيث يرجع الضامن المقابل أيضاً على العميل الأمر بالمبلغ المدفوع⁵. وعليه سوف يتم التعرض لدعاوى الرجوع بعد بتنفيذ خطاب الضمان⁶، بدءاً بـرجوع البنك الضامن على العميل الأمر (الفرع الأول)، ورجوع البنك الضامن على المستفيد (الفرع الثاني)، ورجوع العميل على المستفيد برد ما قبضه كله أو بعضه (الفرع الثالث)، ثم رجوع العميل الأمر على البنك (الفرع الرابع).

¹ - Patrice Bouteiller et autres, Op.Cit, P 234.

² - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 283.

³ - THIERRY BORNEAU, Op.Cit, P 521.

⁴ - Philippe Neau-Leduc, Op.Cit, P 239-240.

⁵ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^éd, Op.Cit, P. 541.

⁶ - Jacque Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Droit commercial , Op.Cit, P 1154.

الفرع الأول

رجوع البنك الضامن على العميل الأمر

عند قيام البنك الضامن بالوفاء للمستفيد في ظروف مطابقة للتعليمات المعطاة له والشروط المتفق عليها والمدونة في نص خطاب الضمان، يحق له أن يرجع على العميل الأمر من أجل استعادة ما دفعه للمستفيد إضافة للعمولة والمصاريف والفوائد¹، ورجوع البنك على عميله الأمر يعتبر معلق على شرط أن يكون الوفاء قد تم صحيحا طبقا لتعليمات هذا الأخير بمقتضى عبارات عقد الاعتماد بالضمان والتي تم إفراغها من طرف البنك في نصوص خطاب الضمان، وخصوصا فيما يتعلق بالمبلغ ومدته وتقديم المستندات اللازمة في حالة اشتراطها². وينطبق نفس المبدأ في حال قيام البنك بالوفاء الجزئي للمستفيد، حيث يحق للبنك أن يرجع على العميل بما وناه جزئيا مضافا إليه العمولة المستحقة والمصاريف. والعمل الأمر لا يمكنه الإفلات من التزامه حتى ولو حاول تقديم الدليل على أن المطالبة غير مبررة، ولا يستطيع الاعتراض على الدفع رغبة منه في التملص من رجوع البنك عليه، كما لا يمكنه التمسك بعدم تنفيذ المستفيد لالتزاماته التعاقدية في مواجهته. وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بقولها أنه "... أما ما أثاره الطاعن من أن المطعون ضده قبض مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان من بنك مصر دون سبق أعذاره فإنه لما كان البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلا قبل المستفيد، لا بوصف كونه نائبا عن عميله وقد قام بصرف مبلغ الضمان للمطعون ضده وهو المستفيد فإنه ليس للطاعن - وهو العميل - أن يتحدى بوجوب أعذاره قبل صرف المبلغ المذكور"³. والبنك نفسه لا يمكنه رفض التنفيذ استنادا لهذه الحجة⁴، لأن ذلك من شأنه المساس بالطابع المستقل الذي يميز التزامه، غير أن البنك لا يستطيع الرجوع على العميل إذا قام بالدفع خلافا للتعليمات المعطاة له، أو قام بالدفع بعد انقضاء أجل خطاب الضمان أو إذا كانت المطالبة منطوية على غش واضح⁵.

¹ - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 756.

² - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 311.

³ - (نقض 14 مارس 1972 المحاماة 55 ص 84، 27 ماي 1969)، (14 ماي 1964 مجموعة النقض 15 ص 591)،

نقلا عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 436.

⁴ - Philippe Delebecque, Michel Germain, Op.Cit, P 354.

⁵ - Jacque Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Op.Cit, P 1154.

ويؤسس البنك دعواه في الرجوع على أساس عقد الاعتماد بالضمان، والذي ينبغي الاستناد إليه في تقدير ما إذا كان يحق له الرجوع على العميل بما دفعه أم لا.

ولا يستطيع البنك أن يرجع على العميل بدعوى الحلول لأنه قام بالوفاء بدين عليه هو شخصياً ناشئاً عن خطاب الضمان¹ وليس الوفاء بدين في ذمة العميل الأمر².

وفي حالة الإصدار غير المباشر يتم تطبيق نفس المبادئ، أي أن البنك الضامن المباشر الذي يطلب منه المستفيد الوفاء، يملك حق الرجوع ضد البنك الضامن المقابل، إلا إذا كان الطلب منطوياً على غش واضح من المستفيد وأن البنك الضامن المباشر كان يعلم ولم يكن لديه أدنى شك حول طبيعة الطلب بأنه مقترناً بغش المستفيد أو كان متواطئاً مع هذا الأخير³.

والبنك الضامن المقابل بعد دفعه المبلغ للضامن المباشر يرجع بدوره على العميل الأمر لاسترداد ما دفعه⁴، ويكون الرجوع بكل ما أنفقته البنك في حدود قيمة خطاب الضمان والمصاريف والفوائد المستحقة.

الفرع الثاني

رجوع البنك الضامن على المستفيد

تجسيدا لخاصية استقلالية التزام البنك عن العلاقات الأخرى بمقتضى خطاب الضمان، فالأصل أن البنك لا يرجع على المستفيد حتى ولو تبين له أن الأخير لم ينفذ عقد الأساس، ولا يمكنه أن يمارس ضده دعوى استرداد المبلغ المدفوع له. ومع ذلك فإن البنك الضامن يمكنه بعد التنفيذ أن يرجع ضد المستفيد بدعوى لاسترداد ما دفعه إليه، وذلك متى ثبت بالدليل القاطع قيام المستفيد باستعمال الغش الواضح والخداع في مطالبة البنك بالوفاء له بقيمة خطاب الضمان، كتقديمه وثائق مزورة أو تقرير خبرة غير صحيح من أجل تظليله. غير أنه مع ذلك يشترط لقبول دعوى الاسترداد من المستفيد في هذه الحالة بأن يكون للبنك الموفي مصلحة في ذلك، كغياب غطاء خطاب الضمان الذي لم يتم تقديمه مسبقاً من طرف العميل الأمر وتعذر بسبب ذلك على البنك الرجوع على هذا العميل في استرداد المبلغ المدفوع للمستفيد⁵.

¹ - Patrice Bouteiller et autres, OP.Cit, P 235.

² - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 292.

³ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 280.

⁴ - على جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 415.

⁵ - المادة 13 ق.إ.م.إ.ج رقم 08-09، مرجع سابق.

الفرع الثالث

رجوع العميل على المستفيد برد ما قبضه كله أو بعضه

إذا قام البنك بالوفاء للمستفيد فإنه يرجع على العميل بما دفعه، إما عن طريق التنفيذ على غطاء خطاب الضمان أو عن طريق القيد في الحساب الجاري، أي أن البنك بعد وفائه للمستفيد يصبح دائماً للعميل بالمبلغ المدفوع، لكن إذا ظهر للعميل أن المستفيد قبض هذا المبلغ دون وجه حق فإنه يسعى لاسترداده منه، أي أن العميل يمتلك حق الرجوع ضد المستفيد إذا قام الأخير بطلب قيمة الضمان دون أن يكون له الحق في ذلك¹، ودعوى رجوع العميل الأمر ضد المستفيد برد ما قبضه كله أو بعضه في هذه الحالة تكون خارج إطار خطاب الضمان فهي تشبه دعوى الإثراء بلا سبب².

إن هذه الدعوى في الحقيقة ليست خاضعة لتقديم الدليل على الغش في مطالبة المستفيد، لأن الأمر يتعلق بدعوى استرداد المبالغ المدفوعة بدون وجه حق³، وتقوم المناقشة تأسيساً على أن المستفيد قبض مبلغاً بغير وجه حق وبدون سبب⁴ وهذا الإجراء يشبه استرداد المبالغ غير المستحقة المدفوعة، ويكون على أساس عدم احترام بنود عقد الأساس وليس على أساس الالتزامات التي أنشأها خطاب الضمان⁵، وعبء الإثبات يقع على عاتق العميل الأمر انطلاقاً من الالتزامات التي أنشأها العقد الأصلي المبرم بينه وبين المستفيد⁶. ويستطيع العميل الأمر أن يحصل على ما قبضه المستفيد كله أو بعضه، كما يمكنه مطالبته بالتعويض إذا كان المستفيد سيء النية وأصاب العميل ضرراً يستحق التعويض من جراء ذلك⁷.

¹ - Philippe Delebecque, Michel Germain, Op.Cit, P 354.

² - المادة 141 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ - Jacque Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Op.Cit, P 1154.

⁴ - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 290.

⁵ - Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebeque, Sabine Corneloup, Droit de commerce international, DALLOZ, Paris, 3^eéd, 2015, P 629.

⁶ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 292 و 293.

⁷ - المادة 124 مكرر من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الفرع الرابع

رجوع العميل الأمر على البنك

إذا قام البنك بالوفاء للمستفيد بعد انقضاء المدة المتفق عليها مع العميل الأمر والتي أدرجها البنك في صيغة تعهده بالضمان وأصبحت مدة سريانه، أو كان يعلم أن مطالبة المستفيد تنطوي على غش، فهنا يكون البنك الضامن في مركز صعب، لأنه إذا امتنع عن تنفيذ خطاب الضمان شكا منه في سوء النية في المطالبة فقد يسأل في مواجهة المستفيد، أما إذا دفع له رغم علمه بأن المطالبة تنطوي على غش فهو يسأل في مواجهة العميل¹، ويكون مخلا بالتزامه في مواجهته بموجب عقد الاعتماد بالضمان، وفي هذه الحالة إذا استوفى البنك قيمة الضمان التي دفعها للمستفيد من مبلغ الغطاء، فإنه يتقرر للعميل الأمر حق الرجوع على البنك بما استوفاه بدون وجه حق، لأن العلاقة العقدية التي نشأ خطاب الضمان بمناسبةها وهي عقد الاعتماد بالضمان تقتضي بانقضاء مدة سريانه بدون مطالبة²، لكن البنك لا يسأل على أي حال إذا لم يكن يعلم سوء نية المستفيد.

ويمتلك العميل دعوى الرجوع ضد البنك الضامن أيضا في الفرضية التي يقوم فيها الأخير بالدفع للمستفيد في حالة كون المطالبة غير مطابقة لما هو منصوص عليه في خطاب الضمان كإغفال تسلم المستندات أو كانت غير مطابقة في حالة الطلب المستندي³، أي أن البنك لم يتبع تعليمات العميل الأمر بأن أصدر خطاب ضمان لدى أول طلب بسيط في حين أن اتفاقهما كان يقضي بإصدار خطاب ضمان مستندي، أو أن البنك الضامن المقابل أرسل إلى البنك الضامن المباشر تعليمات خاطئة بشأن شروط الضمان، أو إذا قام البنك بإصدار خطاب ضمان لمدة أطول خلافا لاتفاقه مع عميله⁴.

وإذا قام البنك بتمديد أجل الضمان بطلب من المستفيد دون أخذ موافقة العميل، فإنه يلتزم في مواجهة المستفيد بذلك من جهة على أساس علاقة لا يرتبط بها العميل، ومن جهة أخرى يسأل في مواجهة عميله إذا خالف تعليماته بموجب عقد الاعتماد بالضمان.

¹ - Patrice Bouteiller et autres, Op.Cit, P 235.

² - Philippe Simler, Philippe Delebecque, Op.Cit, P. 290.

³ - Jacques Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Op.cit, P 1154.

⁴ - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 291 و 293.

ولقد تم الاعتراف على أساس المسؤولية التقصيرية بأن العميل يمكنه طلب التعويض من البنك الذي قام بالدفع بالرغم من أن مطالبة المستفيد لم تستجيب للشروط المحددة في خطاب الضمان ذاته، طالبا بعد ذلك الضمان المقابل مجبرا أيضا العميل بتغطية الضامن المقابل¹.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن انقضاء خطاب الضمان دون وفاء

في حالة انقضاء خطاب الضمان دون وفاء لأي سبب من الأسباب المذكورة سابقا، فإن أول أثر يترتب عن ذلك هو الإفراج عن التأمين الذي قدمه العميل للبنك كغطاء لخطاب الضمان (الفرع الأول)، بالإضافة إلى قيام البنك بالإجراءات التنفيذية لإلغاء خطاب الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإفراج عن غطاء خطاب الضمان

إذا انقضى التزام البنك دون أن يسدد قيمة خطاب الضمان للمستفيد، كأن تنتهي مدة سريانه دون أن يتقدم المستفيد بالمطالبة به مع عدم تجديده، ففي هذه الحالة يقوم البنك بإلغائه من سجلاته ويفرج عن التأمين المقدم له من طرف العميل.

ويترتب تبعا لذلك، قيام البنك بتحرير غطاء خطاب الضمان وإعادته فورا إلى العميل الأمر، فإذا كان الغطاء نقدا يقوم البنك عادة بقيد المبلغ في حساب العميل لديه ويؤشر بما يفيد إضافته إلى الجانب الدائن لهذا الحساب مع إخطار العميل الأمر بذلك، وإذا تبين أن هناك عمولات مستحقة أو مصاريف، يتم خصمها من مبلغ الغطاء قبل إضافته للجانب الدائن من هذا الحساب أو قبل إعادة الغطاء للعميل الأمر.

أما إذا كان غطاء خطاب الضمان غير نقدي كرهن عقاري أو رهن حيازي لأسهم أو سندات، ففي هذه الحالة يقوم البنك بتطهير العقار من الرهن وتسليمه للعميل فورا، وكذلك الحال بالنسبة

¹ - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 9^eéd, Op.Cit, P. 541.

للأوراق التجارية والأوراق المالية كالأسهم والسندات، إذ يقوم البنك بالإفراج عن الأوراق المالية المتحفظ عليها، وذلك بعد أن يقوم بإجراءات القيد العكسي في حساباته النظامية. وينتهي التزام البنك تجاه المستفيد وينقضي بالتبعية خطاب الضمان إذا لم تتحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المتفق عليها والمحددة فيه، ويكون بالتالي للعميل الأمر الحق في أن يسترد من البنك غطاء خطاب الضمان المقدم له في اليوم الموالي لانقضائه¹، كما تجدر الملاحظة أنه بانقضاء خطاب الضمان سواء بانتهاء مدته دون مطالبة أو بانتهاء الغرض الذي صدر من أجله أو بتنفيذه ودفع قيمته للمستفيد فإنه ينبغي مطالبة العميل بإعادته، إذ أن البنوك كثيرا ما تعاني من هذه المسألة، وعليه يجب إلزام كل من العميل والمستفيد بإعادة أصل خطاب الضمان وصورته عند الاقتضاء فور انتهائه، فهو لا يخول أي حق للمستفيد في المطالبة بالدفع من جهة كما سبق ذكره، ولأنه من جهة ثانية يعرقل أعمال البنك من حيث إجراء القيود والميزانيات ومتابعة وتحيين الملفات².

الفرع الثاني

الإجراءات التنفيذية لإلغاء خطاب الضمان

تتعلق مسألة إلغاء خطاب الضمان بالدرجة الأولى بالمستفيد، سواء بإعادته إلى البنك لانتهاء الغرض من إصداره، أو إذا صرح المستفيد خطيا أنه أدى الغرض الصادر من أجله وتعذر عليه إعادته للبنك، كما يقوم البنك أيضا بإلغائه بانتهاء مدة سريانه دون أن تصل بشأنه أية مطالبة حيث لا تقبل المطالبات التي قد تصل إلى البنك بعد تاريخ انتهاء صلاحيته. أما بالنسبة للضمان المتناقص تدريجيا كما هو الحال في ضمان رد التسبيقات، فإن عملية إلغائه تتم عندما تقول قيمته لنهايتها³.

وبالإلغاء خطاب الضمان ينقضي التزام البنك تجاه المستفيد وينتهي في نفس الوقت التزام العميل الأمر الناشئ عنه تجاه البنك الضامن⁴، ولا يشترط استرداده لإعفاء العميل أو الضامن المقابل من التزاماتهم⁵، إلا أن البنوك كثيرا ما تعاني من هذه المسألة، وعلى الرغم من أنه لا يخول

¹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 433-434.

² - كامل الوادي، مرجع سابق، ص 133.

³ - خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 141.

⁴ - Barthélmey MERCADAL, Op.Cit , P 1108.

⁵ - نقض مصري طعن 7304 لسنة 63 ق في 1994/6/27 مج 45 ص 1125، نقلا عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 435.

المستفيد أي حق في المطالبة بالدفع، إلا أن عدم استرداد خطاب الضمان المنتهي وصورته عند الاقتضاء، من شأنه أن يعرقل أعمال البنك من حيث إجراء القيود والميزانيات وفي تسيير ومتابعة وتعيين الملفات.

وفي هذا الصدد تنص المادة 24 من القواعد الموحد للضمانات لدى الطلب على أنه "إذا كان الضمان قد انتهى بالسداد أو انتهاء الأجل أو الإلغاء أو خلافه، فإن احتجاز الضمان أو تعديلاته لا يعطي للمستفيد أي حقوق في نطاق الضمان"¹.

وتختلف إجراءات إلغاء خطاب الضمان سواء بانتهاء مدة صلاحيته أو بإعادته للبنك من طرف المستفيد أو من طرف العميل الأمر.

أولاً: إجراءات إلغاء خطاب الضمان بانتهاء مدة صلاحيته

بعد انتهاء مدة الصلاحية، يقوم البنك بتوجيه مراسلة للمستفيد يوضح له فيها أن خطاب الضمان قد انتهى دون تقديم أية مطالبه طوال مدة سريانه وأن البنك قد قام بإلغائه، لذلك يطلب منه إعادته للبنك ليتمكن من متابعة وتسيير سجلاته وتعيينها.

وبعد انقضاء مهلة معينة من تاريخ هذه المراسلة الأولى يوجه البنك للمستفيد رسالة استعجال للتذكير الأول لإعادة خطاب الضمان، وفي نفس الوقت يرسل البنك الضامن المقابل ويبلغه بانتهاء الصلاحية ويخطره بإخلائه من التزامه تجاه البنك الضامن المباشر، ويطلب إليه دفع العمولات المستحقة والمصاريف التي لم تسدده إلى غاية تاريخ الإلغاء.

ويلغى خطاب الضمان بمضي المدة إذا انقضى أجله دون وصول أية مطالبة من الجهة المستفيدة في موعد أقصاه تاريخ السريان المحدد فيه، وذلك وفقاً للإجراءات التالية:

- يتم القيام بإحصاء يومي لهذا النوع من الضمانات من واقع رزنامة الاستحقاقات، بعد التأكد من عدم وصول أية مطالبات بشأنها حتى تاريخ الاستحقاق، وذلك بالرجوع إلى يومية الإصدار والتأكد من عدم وجود تأشيرة بطلب التمديد أو الدفع أو أية تعليمات أخرى وكذلك بالرجوع إلى ملف خطاب الضمان.

- بعد مهلة قصيرة تقدر عادة بيومين من تاريخ استحقاق كل خطاب ضمان، يرسل إلى المستفيد إخطار بالإلغاء برسالة موصى عليها، وذلك كإجراء وقائي من البنك لكي لا يكون طلب التمديد أو الدفع قد وصل إليه بالفعل قبل انقضاء الأجل وتم توجيهه خطأ إلى فرع أو إدارة أخرى غير الإدارة المختصة.

¹ - المادة 24 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة 458، مرجع سابق.

- تحفظ صورة من كل إخطار بملف خطاب الضمان الخاص به وفي ترتيب زمني متتابع.
- بعد مضي أسبوع كامل من تاريخ إرسال الأخطار يقوم البنك بإجراء قيود الإلغاء بالرغم من عدم إعادة خطابات الضمان للبنك.

ثانياً: إجراءات إلغاء خطاب الضمان بإعادته للبنك

عند إعادة أصل خطاب الضمان من طرف المستفيد أو العميل إلى البنك، يقوم البنك بإخطار المستفيد باستلامه له وأنه قد تم إلغاؤه، وأيضاً القيام بإخطار البنك الضامن المقابل باستعادته لخطاب الضمان دون وفاء وبأنه تم إلغاؤه من السجلات وبالتالي إخلائه من التزاماته بموجبية. وفي هذا الصدد تنص القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب على أنه: "حينما يصل إلى علم الضامن أن الضمان قد انتهى بالسداد أو بانتهاء الأجل أو بالإلغاء أو خلافه أو كان هناك تخفيض في القيمة التي تدفع في نطاقه فيجب على الضامن بدون تأخير إخطار الأصيل أو حسب الأحوال الطرف المصدر للتعليمات، وفي هذه الحالة يجب على الطرف المصدر للتعليمات إخطار الأصيل"¹.

ومعنى ذلك أنه في حال الإصدار المباشر لخطاب الضمان يتم توجيه الإخطار بإلغائه إلى العميل الأمر، أما في حالة الإصدار غير المباشر وهو الغالب في التجارة الخارجية فيتم توجيهه إلى البنك الضامن المقابل لأنه هو الذي يقوم بتغطية الضامن المباشر، والبنك الضامن المقابل بدوره يقوم بإخطار عميله الأمر.

ويهدف النص المذكور أعلاه إلى إخطار العميل الأمر بواقعة الإلغاء وخاصة في ضمان العروض للمشاركة في المناقصات الدولية، عندما يقوم صاحب المشروع برد خطاب الضمان إلى الضامن المباشر². وبعد ذلك يتم إجراء القيود النظامية لإلغاء خطاب الضمان وفقاً للقائم بردها إلى البنك سواء كان المستفيد أو العميل.

ويلغى خطاب الضمان الوارد من المستفيد في الحالات التالية:

- بالنسبة لخطاب الضمان الوارد إلى البنك بعد انتهاء أجله ودون صدور تجديدات بشأنه أو الذي صدرت بشأنه تجديدات ووردت هذه الأخيرة مع أصل خطاب الضمان، فهي تلغى دون حاجة إلى أي إجراء إضافي.

¹ - المادة 25 من (ق.د.م.ض.ط) بالنشرة 458، مرجع سابق.

² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 438.

- أما خطاب الضمان الوارد إلى البنك قبل انتهاء أجله ودون صدور تجديدات بشأنه، فينبغي في هذه الحالة ورود مراسلة رسمية من المستفيد مرفقا بها أصل خطاب الضمان ينص فيها صراحة على إلغائه لانتهاؤ الغرض منه حتى يمكن إلغاؤه من طرف البنك.

- وبخصوص خطاب الضمان الوارد قبل انتهاء أجله والصادر بشأنه تجديدات ووردت مع أصل خطاب الضمان، فإنه في هذه الحالة ينبغي ورود مراسلة من المستفيد مرفقة بأصل خطاب الضمان والتجديدات، ينص فيها صراحة على إلغائه لانتهاؤ الغرض منه لكي يمكن إلغائه.

- وخطاب الضمان الوارد بعد انتهاء أجله والصادر بشأنه تجديدات ولكن لم ترد كلها أو بعضها مع أصل خطاب الضمان، فإنها تلغى دون حاجة إلى إجراء إضافي لانتهاؤ أجلها وسقوط حق المستفيد منها استنادا إلى ما تم إخطار المستفيد به بموجب رسالة بعد يومين من تاريخ الاستحقاق.

- وخطاب الضمان الوارد قبل انتهاء أجله والصادر بشأنه تجديدات لم ترد كلها أو بعضها مع أصل خطاب الضمان، ففي هذه الحالة ينبغي ورود مراسلة من المستفيد ينص فيها صراحة على إلغاء خطاب الضمان لانتهاؤ الغرض منه، كما يتم مراسلة المستفيد للمطالبة باسترداد التجديدات الناقصة حتى يمكن استكمال إجراءات إلغاء خطاب الضمان.

ويبلغ خطاب الضمان الوارد من العميل الأمر على النحو الآتي:

- في حالة خطاب الضمان الوارد بعد انتهاء أجله ودون صدور تجديدات بشأنه أو الذي صدرت بشأنه تجديدات ووردت مع أصل خطاب الضمان، فإنه ينبغي أن يرد رفقة طلب محرر من العميل موقعا بإمضائه المتعارف عليه لدى البنك طالبا إلغاؤه، كما ينبغي إرسال إشعار إلى المستفيد لإخطاره بأن خطاب الضمان ألغى لانتهاؤ الغرض منه.

- وفي حالة خطاب الضمان الوارد قبل انتهاء أجله ودون صدور تجديدات بشأنه، فإنه يلزم أن يرد خطاب الضمان رفقة طلب محرر من العميل موقعا بإمضائه المتعارف عليه لدى البنك طالبا إلغاؤه، كما يلزم إرسال رسالة إلى المستفيد لموافاة البنك بما يفيد انتهاء الغرض الذي أصدر من أجله خطاب الضمان، ولا يتم الإلغاء قبل ورود من المستفيد ما يفيد إلغائه.

- وبالنسبة لخطاب الضمان الواردة قبل انتهاء أجله والصادر بشأنه تجديدات وردت مع أصل خطاب الضمان، ففي هذه الحالة يلزم ورود أصل خطاب الضمان والتجديدات رفقة رسالة من العميل موقعة منه طالبا إلغاؤه مع النص صراحة على إلغائه لانتهاؤ الغرض منه، كما يلزم الاتصال بالمستفيد للحصول منه على مراسلة تفيد انتهاء الغرض الذي أصدر من أجله خطاب الضمان وتجديداته وذلك حتى يمكن إجابة العميل إلى طلبه بالإلغاء.

- وبخصوص خطاب الضمان الوارد بعد انتهاء أجله والصادر بشأنه تجديدات لم ترد كلها أو بعضها مع أصل الضمان، فإنه يلزم ورود خطاب الضمان رفقة رسالة من العميل تفيد طلبه إلغائه وتجديداته لانتهاء الغرض منه، كما يلزم إرسال إشعار للمستفيد لإخطاره بإلغاء خطاب الضمان لانتهاء أجله مع مطالبته برد التجديدات الناقصة لاستكمال ملفات البنك.

- أما خطاب الضمان الوارد قبل انتهاء أجله والصادر بشأنه تجديدات لم ترد كلها أو بعضها مع الأصل، فإنه يلزم أن يرد أصل خطاب الضمان وتجديداته رفقة رسالة من العميل موقعا عليها ينص صراحة على إلغائه وتجديداته لانتهاء الغرض منه، كما يلزم الاتصال بالمستفيد للحصول على مراسلة تفيد الإلغاء لانتهاء الغرض منه مع مطالبته برد التجديدات الناقصة، ولا يجوز إلغاء خطاب الضمان وتجديداته قبل ورود ما يفيد الإلغاء من المستفيد.

هذا وعادة ما يدفع البنك المبلغ للمستفيد بموجب شيك بنكي عادة يصدر لأمره يرفقه بمراسلة يطلب بواسطتها من المستفيد أن يعيد أصل خطاب الضمان من أجل إلغائه، حيث يقوم البنك بإلغائه من سجلاته بعد تسديد قيمته حتى ولو لم يتسلم أصل خطاب الضمان من المستفيد¹.

¹ - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، ج1، مرجع سابق، ص 814-815.

خلاصة الفصل الثاني:

بعد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد دون أن يعترض عليه يصبح التزام البنك قطعي ومباشر بالوفاء له وباستقلالية عن بقية العلاقات الأخرى. والأصل في التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد أنه التزام عرضي قد لا يتحقق وينقضي دون الوفاء بالمبلغ إذا قام العميل بتنفيذ جميع التزاماته الناشئة عن علاقة الأساس تجاه المستفيد وبذلك ينقضي خطاب الضمان وينتهي مفعوله، غير أنه قد يتحقق ويصبح التزاما فعليا ومباشرا متى اضطر البنك إلى تنفيذه عند مطالبة المستفيد بذلك في حال إخلال العميل بالتزاماته تجاهه.

والعميل الأمر من جهته قد يقدر بأن المستفيد ليس له حق في المطالبة بمبلغ الضمان، فيسعى لمعارضة البنك في الوفاء له، بأن يحاول اللجوء إلى استعمال التدابير القضائية المؤقتة لوقف تنفيذ خطاب الضمان لأنه قد لا يستطيع استرداد المبلغ من هذا المستفيد، مما يعرض مصلحته إلى مخاطر ويسبب له أضرارا كبيرة ومكلفة، ذلك أن الضامن المقابل يرجع عليه دون انتظار، والرجوع ضد المستفيد الأجنبي في حالة استيفائه لمبلغ الضمان بدون وجه حق، سوف يكون في العادة جد صعب إن لم يكن مستحيلا أحيانا، وبالتالي فللعميل مصلحة كبيرة في أن يقوم بطلب توقيف التنفيذ. وقد توصلنا إلى أن غالبية الفقه والقضاء يرون بأنه لا يجوز للعميل طلب توقيف التنفيذ إلا في حالة تقديمه الدليل القاطع على غش المستفيد، حيث أن اللجوء إلى هذا الإجراء يعد وسيلة ملتوية لمنع البنك من الوفاء للمستفيد لدى أول طلب مما يتعارض مع استقلالية التزام البنك، كما أن العميل بوصفه دائما للمستفيد لا يجوز له توقيع حجز تحفظي على المبلغ تحت يد البنك لأنه يظل ملكا للبنك، ولا يدخل في الذمة المالية للمستفيد إلا إذا طلبه شخصا في حدود التزام البنك وشروط تعهده، والبنك من جهته لن يستجيب له لأنه استجابته لذلك تعرضه للمساءلة في مواجهة المستفيد.

ومع ذلك فإن استقلالية التزام البنك ومزايا خطاب الضمان لا يمكنها إخفاء بعض الأخطار المرتبطة بهذه العملية، متى نشأت ظروف طارئة أو قوة قاهرة لا دخل لإرادة الأطراف المعنية بها وحالت دون تنفيذ هذا الالتزام، ومن ضمن هذه الظروف يوجد ما يعرف بالحصار أو المقاطعة الاقتصادية وتم التطرق إلى بعض الأمثلة التي حدثت في الواقع.

وكما أن التزام البنك ينقضي بالوفاء بقيمة خطاب الضمان عند مطالبة المستفيد بذلك شريطة أن يكون هذا الوفاء صحيحا، أو بما يقوم مقام الوفاء في انقضاء التزام البنك كإجراء المقاصة القانونية فيما بين دين البنك في ذمة المستفيد ومبلغ الضمان إذا طالب الأخير به، أو في حالة اتحاد ذمتي البنك والمستفيد وكذلك اتحاد ذمتي العميل والمستفيد. فإنه ينقضي كذلك بالطرق الأخرى لانقضاء الالتزام دون الوفاء، منها ما يتفق مع أسباب انقضاء الالتزام حسب القواعد العامة في القانون المدني، بالإضافة إلى ما تضمنته القواعد الدولية الموحدة من أحكام خاصة في هذا المجال، كانهاء مدة صلاحية خطاب الضمان دون مطالبة من المستفيد إذا كان محدد المدة أو بإعادته بإرادة المستفيد للبنك قبل انتهاء فترة سريانه، أو بإبراء العميل أو استحالة تنفيذ التزامه بسبب لا يد للعميل فيه، أما في حالة خطاب الضمان الغير محدد المدة فإن التزام البنك ينقضي أيضا بالتقادم.

وفي هذا الصدد فإن القواعد الدولية الموحدة بالنشرة 758 جاءت بحكم جديد حيث تنص المادة 25 (ج) منها على أن الضمان/الضمان المقابل غير محدد المدة ودون تحديد غرض ينتهي بتحقيقه، ينقضي بعد ثلاث (03) سنوات اعتبارا من تاريخ إصداره بالنسبة للضمان/30 يوما بعد انقضاء الضمان ينقضي الضمان المقابل.

ومهما كانت الأسباب في ذلك، فإن انقضاء الضمان المباشر يؤدي بالضرورة إلى انقضاء الضمان المقابل، ويترتب على انقضاء التزام البنك الثابت في خطاب الضمان سواء بالمطالبة بوفائه أو لسقوطه دون وفاء أثران أساسيان، يتمثل الأول عن حالة الوفاء أو ما يقوم مقامه، في إمكانية البنك في الرجوع على العميل الأمر ومطالبته برد قيمة المبلغ الذي دفعه للمستفيد وما يستحق من عمولات ومصاريف، شريطة أن يكون الوفاء قد تم صحيحا طبقا لعقد الاعتماد بالضمان المبرم بينهما. كما يترتب حق الرجوع لكل من له حق على من هو مدين له به، حيث يكون للعميل الحق في الرجوع على المستفيد لاسترداد ما قبضه من البنك إذا كان لديه من

الأسباب ما يجعله يعتقد أن المستفيد قبض المبلغ بوجه غير مشروع، وللعميل أيضا الرجوع على البنك إذا قام بالوفاء للمستفيد دون احترام شروط خطاب الضمان، مخلا بالتزاماته تجاه العميل بموجب عقد الاعتماد بالضمان وكان البنك قد استوفى ما دفعه للمستفيد من مبلغ الغطاء المقدم له من العميل.

ويتمثل الأثر الثاني عن حالة سقوط الضمان دون وفاء، في أنه يترتب بذمة البنك الضامن في مواجهة العميل الأمر بالالتزام بالإفراج عن غطاء خطاب الضمان بإلغاء أي قيد على حسابات هذا العميل وإلغاء أي رهن والإفراج عن الأوراق التجارية والأوراق المالية التي كان يحتفظ بها البنك والمقدمة من العميل على أساس أنها غطاء لخطاب الضمان.

الخطاتمة

بعد إتمام إنجاز هذا البحث يتضح بأن خطاب الضمان يعد من ضرورات الاقتصاد والتجارة الخارجية، خصوصا مع انفتاح الأسواق وزيادة حجم التعاملات الدولية وتنوعها بين الأشخاص العامة والخاصة في مختلف بقاع العالم.

ومعلوم أن عمليات التجارة الخارجية جد معقدة، ويرجع ذلك لعدة عوامل من بينها البعد الجغرافي والتشريعي واختلاف الأنظمة السياسية والاقتصادية للدول، مما ينعكس على الثقة والاطمئنان بين المتعاملين خوفا على ضياع الحقوق من جراء الأخطار المحتملة، بسبب عدم تنفيذ الالتزامات أو سوء تنفيذها أو التأخر فيها وما ينتج عن ذلك من خسائر وصعوبات في إبرام وإنجاز الصفقات الدولية.

وعليه فإن خطاب الضمان كآلية تم ابتكارها لتلبية لحاجات عملية وكحلا لمواجهة أخطار التجارة الخارجية، وهو يهدف أساسا إلى جعل التعاملات الدولية مؤمنة ويعمل على توفير الثقة والاطمئنان اللازمين بين الأطراف وتيسير تعاملاتهم وخصوصا بالنسبة للمستوردين.

وزدادت على إثر ذلك الحاجة إلى التعامل بهذه التقنية، فأصبحت لا تكاد تخلو أي صفقة دولية من اشتراط اللجوء إلى استصداره لمواجهة الأخطار الممكن أن تتعرض لها هذه الصفقات، وبالتالي تسهيل التبادلات الدولية وتدفعها وإنجاز مختلف مشاريع البنية التحتية ونقل التكنولوجيا، مما يساهم في تطور الدول خصوصا النامية لترتقي إلى مستويات أفضل في النواحي التقنية والإنشائية والتعليم والطب والصناعة وغيرها من المجالات.

ورغم الأهمية الكبيرة لموضوع خطاب الضمان والإشكاليات التي يثيرها في العمل، فإن الكثير من المتعاملين الاقتصاديين لا زالوا يجهلون كيفية التعامل به، كما أن المشرع الجزائري وعلى غرار الكثير من الدول لم يضع قواعد خاصة لتنظيمه تاركا المجال للعرف المصرفي وأحكام القانون المدني مع الإشارة إليه في بعض النصوص ولكنه لم يتناول مصطلح "خطاب الضمان" بشكل صريح، بالإضافة إلى قلة الاجتهادات القضائية والأبحاث الفقهية بشأنه.

وعند محاولة الإجابة على الإشكالية الرئيسية حول ماهية خطاب الضمان الدولي وأحكام التعامل به في التجارة الخارجية، تم استخلاص جملة من النتائج والتي تبدو مهمة في نظر الباحث ويرى أنه من المفيد محاولة معالجتها وتقديم الاقتراحات بشأنها على النحو الآتي:

أولاً: نتائج الدراسة

- لوحظ من خلال الدراسة والمعاينة الميدانية أن المتعاملين بخطاب الضمان الدولي هم في الغالب من المصالح العمومية والمؤسسات العامة. وعلى الرغم من تطور وسائل الإعلام، إلا أنه يوجد نقص في الوعي لدى الكثير من التجار ورجال الأعمال حول أهمية استعمال هذه التقنية، حيث يبقى العديد من عملاء البنوك الجزائرية يجهلون في تعاملاتهم الدولية، وهذا من شأنه أن يعرض الصفقات الجزائرية الدولية لخسائر كبيرة.

- لقد سمحت الزيارات الميدانية إلى بعض مقرات البنوك من المعاينة بأنه على الرغم من انتشار العمل بهذه التقنية إلا أن الكثير من موظفي البنوك لا يفرقون بين خطاب الضمان بمعناه الفني الدقيق وبين الكفالة البنكية.

- أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ينص في كثير من مواده على أغلب أنواع ضمانات المناقصات الدولية خلال مختلف مراحلها، لكنه يستعمل أحيانا لفظ "الكفالة" وفي أحيان أخرى مصطلح "الضمان"، ولم يفرق بين الكفالة البنكية وخطاب الضمان رغم الاختلافات الواضحة بينهما من الناحية القانونية. ونفس الشيء بالنسبة للقانون رقم 79-07 المتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم، حيث أن المشرع يستعمل في نصوصه تسمية "الكفالة" بدلا من مصطلح خطاب الضمان، وأن مثل هذه العبارات تطرح صعوبات جدية في نظرية القانون المصرفي ويمكن أن تكون مصدر للعديد من النزاعات في الممارسة العملية.

- رغم أهمية ضمان الأشياء المعارة للمقاول والذي يضمن رد الأشياء المعطاة له إلى الجهة المستفيدة على حالتها عند تسليم المشروع، ومزايا هذا النوع من الضمانات في تسهيل أعمال المقاولين وسرعة إنجاز المشاريع، إلا أن المشرع الجزائري لم يهتم بتنظيمه ضمن نصوص المرسوم الرئاسي 15-247.

- يلاحظ أيضا بأن الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، الذي أشار إلى مصطلح الضمان من خلال المادة 68 في فقرتها الأولى على أنه "يشكل عملية قرض ...". وبالتالي فقد أدرجه ضمن مفهوم القرض الذي لا يتسع لهذا النوع من الضمانات، باعتبار أن القرض يعد صنفا من العمليات الائتمانية المباشرة.

- بصفته معطي الأمر بإصدار خطاب الضمان، فإن العميل الأمر معرض خاصة إلى خطر المطالبة التعسفية من قبل المستفيد، فالمستورد عادة ما يطالب بالدفع إما لنقص خبرته أو لوجود الإحساس لديه بعدم الأمان، ويهدف بذلك للمحافظة على مركز قانوني على الأقل بشكل قطعي ليضمن على حقوقه، كما أن خطاب الضمان عادة ما يعتبر كوسيلة للحصول على العملة الصعبة الأجنبية.

هذا بالإضافة إلى الخطر الكبير المتمثل في المطالبة المنطوية على الغش من قبل المستفيد. بالتالي فإن العميل الأمر يكون في مواجهة الالتزام بدفع المصاريف والعمولات البنكية المختلفة، هذه الالتزامات المالية يتحملها العميل منذ إصدار خطاب الضمان إلى غاية انقضائه. من جهة أخرى، وعندما يطالب المستفيد بوضع خطاب الضمان حيز التنفيذ، فإن العميل قد يلجأ إلى المحاكم المتواجدة ببلده مدعيا باستعمال الغش في المطالبة، ويستفيد بقرار يمنع الدفع إلى حين الفصل في موضوع النزاع، وهذا من شأنه تضييع كثير من الوقت ويكلف المستفيد مصاريف إضافية في سبيل الحصول على المبلغ ويتكبد خسارة مالية.

- لقد رأينا أيضا أن استقلالية التزام البنك ومزايا خطاب الضمان لا يمكنها إخفاء بعض الأخطار المرتبطة بهذه العملية، ففي بعض الظروف السياسية الوطنية أو الدولية قد يتم الخروج عن مبدأ الاستقلال والاعتداء عليه وتقليصه، ويجد المستفيد نفسه في مواجهة الرفض القاطع للسداد، مثل ما حدث بالنسبة للضمانات الأمريكية خلال الأزمة الإيرانية المتعلقة باحتجاز رهائن أمريكيين، وما حدث بخصوص الضمانات بالنسبة للعراق بعد فرض الحصار الاقتصادي ضده.

الاقتراحات:

بناء على النتائج المذكورة أعلاه، يتم تقديم بعض الاقتراحات والتي تبدو من منظور الباحث ضرورية لتدعيم الدور الائتماني لخطاب الضمان في الحياة العملية وهي على النحو الآتي:

- يستحسن أن تقوم البنوك الجزائرية بتقديم النصيحة لعملائها حول استخدام تقنية خطاب الضمان في إبرام صفقاتهم الدولية، وتعريفهم بتقنياته وأحكامه ومزاياه، لأن العديد من عملاء البنوك الجزائرية لا يعرفون حتى ما معنى ضمان بنكي دولي، وقيام البنوك بهذا الدور من شأنه أن يعمل على تقادي المخاطر والخسائر التي يمكن أن تتعرض لها الصفقات الجزائرية الدولية.

- إن تطور أي قطاع مرهون بكفاءة العاملين به، لاسيما عندما يتعلق الأمر بموظفي البنوك باعتبارها قطاع حساس ويعد عصب الاقتصاد عموما، لذا يستحسن على القائمين على القطاع المصرفي القيام بدورات تكوينية قصيرة لمختلف الموظفين، وتنظيم ملتقيات وأيام دراسية يدعى إليها رجال القانون والاقتصاديين بالإضافة إلى المؤسسات والشركات ورجال الأعمال لتبادل المعارف والخبرات.

- نظرا للاختلافات الواضحة بين خطاب الضمان والكفالة من الناحية القانونية، وتقديرا للنزاعات التي قد تنشأ بسبب ذلك على مستوى التعاملات الدولية، فإنه يستحسن على المشرع الجزائري تغيير تسمية "الكفالة" الواردة في القانون رقم 07-79 المتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم، وكذا في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويقترح استبدالها باستعمال مصطلح "خطاب الضمان" جريا على ما هو معتمد ومستعمل لدى بقية الدول العربية.

- نظرا لأهمية ضمان الأشياء المعارة في تسهيل أعمال المقاولين وسرعة إنجاز المشاريع، فإنه يقترح على المشرع الجزائري في حالة مراجعته للقانون المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات

المرفق العام، إدراج مادة تجيز للجهة المستفيدة إذا كان لديها آلات أو معدات أن تؤجرها للمقاول مقابل خطاب ضمان بنكي، يضمن سلامة إعادتها في المدة المحددة لذلك، ويتفق العميل والمستفيد على تحديد قيمته ومدته على أن لا تقل مدة سريانه عن مدة عقد إيجار الآلات أو المعدات المؤجرة.

- ينقسم الائتمان المصرفي إلى ائتمان مباشر ويشتمل صورتي القرض والاعتماد البسيط، وائتمان غير مباشر ويشتمل عدة صور من بينها الاعتماد المستندي وخطاب الضمان. لذا يستحسن على المشرع الجزائري تغيير كلمة "قرض" الواردة بالمادة 68 من قانون النقد والقرض واستبدالها بمصطلح "الائتمان" والذي يتسع مفهومه ليشمل جميع هذه الصور، بما فيها عمليات الائتمان الغير مباشر أو التسهيلات البنكية بمجرد التوقيع، فالائتمان لم يعد يقتصر على صورته التقليدية المعروفة، وإنما ظهرت صور أخرى إلى جانب إقراض النقود، حيث أصبح من الممكن أن يكتفي العميل باقتراض توقيع البنك فيوفر له ذلك النقود، وهذا ما يوجد في آلية خطاب الضمان، وأصبح من الممكن أن يخصص للشخص مبلغ من المال فلا يتسلمه قرضا وإنما يتركه للوقت الذي تحتاجه فيه فيتسلمه دفعة واحدة أو على أجزاء، أو يأمر بتسليمه كله أو بعضه إلى الغير. لذلك فإن تسمية القرض لا تتسع لهذه الصور المختلفة وأصبح يعبر بدلا منها بمصطلح الائتمان الذي يشمل في معناه كل سداد أجل لمبلغ من النقود.

- للقضاء أو الحد من خطر الغش في المطالبة أو التعسف فيها من قبل المستفيد، يستحسن استخدام خطاب الضمان المستندي أو المبرر بدلا من خطاب الضمان لدى أول طلب بسيط، لأن التزام المستفيد بتقديم بعض المستندات أو التبريرات، قد يساعد البنك الضامن في الكشف عن وجود حالة الغش في المطالبة إن وجدت، كما يمكن اقتراح أيضا النص ضمن صيغة خطاب الضمان على توقيع جزاءات مالية ضد المستفيد في حالة مطالبته المقترنة بالغش.

- مهما كانت جودة المفاوضات فإنها لا تجنب الأطراف من بعض المخاطر والتعقيدات المرتبطة بخطاب الضمان، ولكن يمكن للأطراف أن يحتاطوا ضد هذه الأخطار والمتاعب ويجعلوا أنفسهم في مأمن، بالبحث عن الحماية من خلال إعطاء العناية اللازمة في تحرير مختلف العقود التي تربطهم من حيث دقة العبارات ووضوحها، أين تكمن أهمية الشروط والبنود

الأساسية الواجب مراعاتها في عملية إصدار خطابات الضمان بداية من عقد الأساس، ثم عقد الاعتماد بالضمان وانتهاء بخطاب الضمان نفسه.

وعلى سبيل المثال وللتقليص من المخاطر المتعلقة بعدم تنفيذ العميل لالتزامه بتقديم خطاب الضمان، فإن المستفيد يمكنه اشتراط تعليق دخول عقد الأساس حيز النفاذ على شرط واقف يتمثل في إصدار هذا الضمان. لكن قد يحدث بأن العميل يتعهد بصفة غير قطعية بالتنفيذ، ولأجل تجنب أية مشاكل، ينبغي على الأطراف الاتفاق على أن عدم إصدار خطاب الضمان في أجل معين يشكل شرط فاسخ لعقد الأساس، ومثل هذا الشرط لا يمس بمبدأ الاستقلالية، لأنه إذا كان عدم الإصدار أو التخلف فيه يلغي عقد الأساس طبقاً للأحكام الاتفاقية، إلا أن إبطال عقد الأساس بسبب آخر، لا يؤدي إلى إنهاء خطاب الضمان بعد إصداره.

كما ينبغي على الأطراف الانتباه بأن يكون مضمون خطاب الضمان مطابقاً لما هو متفقاً عليه في عقد الاعتماد بالضمان أو في الضمان المقابل.

وفي الأخير يبقى هذا العمل جهد بشري يحتمل الخطأ والصواب.

وكما قال العماد الأصفهاني: "إني رأيتُ أنه ما كتَبَ أحدُهُم في يَوْمِهِ كِتَابًا إِلَّا قَالَ فِي غَدِهِ، لَوْ غُيِّرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَنَ، وَلَوْ زُيِّدَ ذَلِكَ لَكَانَ يُسْتَحْسَنُ، وَلَوْ قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ، وَلَوْ تُرِكَ ذَلِكَ لَكَانَ أَجْمَلَ، وَهَذَا مِنْ أَعْظَمِ الْعِبَرِ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى اسْتِيلاءِ النَّقْصِ عَلَى جُمْلَةِ الْبَشَرِ".

تم بحمد الله وبعون منه

الملاحق

الملحق رقم (01): بعض النماذج لخطابات الضمان

نموذج عام لخطاب ضمان بنكي

بنك:

فرع:

حرر في:

خطاب ضمان رقم:

إلى:

بعد التحية.

بناء على طلب السيد/

نتعهد بموجب هذا بأن نضع تحت تصرفكم مبلغ:

..... ونقبل سداد هذا المبلغ إليكم عند أول مطالبة وبغض النظر عن

أية معارضة قد يبديها المذكور أعلاه.

ويسري مفعول هذا الضمان لغاية

إخاطر بأية مطالبة بمقتضى هذا الضمان إلى البنك واستلام البنك لهذا الإخطار في هذا التاريخ

أو قبله، يصبح هذا الضمان لاغيا وباطلا.

توقيع أول:

توقيع ثان:

نموذج لضمان العروض (خطاب ضمان ابتدائي) رقم (..)

التاريخ:.....
السيد/.....
نتعهد أن نضمن:.....
بمبلغ:.....

قيمة بالمائة من العرض المقدم عن توريد أو مقابله أعمال على أن ندفع
المبلغ عند أول طلب منها رغم أية معارضة من قبل صاحب العرض المذكور.
ويسري مفعول هذا الخطاب لمدة تنتهي في وعليه فأية مطالبة بقيمة هذا
الضمان يجب أن تصلنا لغاية هذا التاريخ على الأكثر، وإذا انقضى هذا التاريخ ولم تصلنا منكم
أية مطالبة فإن تعهدنا ينتهي، ويصبح هذا الخطاب لاغيا بصفة نهائية.
وتفضلوا بقبول فائق الاحترام.

بنك:.....

نموذج لضمان حسن التنفيذ (خطاب ضمان نهائي) رقم (..)

التاريخ:.....
السيد/.....

حيث إنَّ السيد/ قد رسا عليه توريد/مقابلة فإننا نتعهد بأن نضمن
..... لغاية مبلغ بمبلغ..... قيمة..... في المائة من قيمة العقد، وأن ندفع هذا المبلغ
عند أول طلب من قبل دون النظر إلى أية معارضة من قبل المتعهد، ويسري مفعول هذا
الخطاب لغاية وعليه فأية مطالبة بقيمته يجب أن تصلنا لغاية هذا التاريخ على الأكثر.
وإذا انقضى هذا التاريخ ولم يصلنا منكم أية مطالبة فإن تعهدنا ينتهي ويصبح هذا الخطاب
لاغيا بصفة نهائية.

بنك:.....¹

ويلاحظ أنه لا فرق بين صيغة ضمان العروض وضمن حسن التنفيذ إلا في الغرض الذي
صدر من أجله، وأن كلا منهما تعهد بضمان مبلغ وليس بأداء عمل.

¹ - الصديق محمد الأمين الضيرير، خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية، مجلة المشكاة، 17 شوال 1425هـ - 30 نوفمبر
2004م. منشور على البريد الإلكتروني: www.meshkat.net. تاريخ الاطلاع: 2016/05/23، الساعة:20:21.

Modèle de rédaction de garantie de soumission en français

Messieurs,

Nous nous referons a votre appel d'offres du
concernant la fourniture de pour un montant total de
.....

Dans, le cadre de cet appel d'offres, notre client, la Société doit vous
soumettre une offre et doit remettre une garantie de soumission d'un montant de
..... Représentant ... % du
montant de l'appel d'offres.

Ceci étant expose, nous soussignés, BANQUE Société anonyme au
capital de dont le siège social est
..... d'ordre et pour compte de notre client, 'la
Société' vous garantissons le paiement jusqu'à un montant
maximum de dans le cas ou la Société
ne remplirait pas ses obligations contractuelles au titre de l'appel d'offres et ce, quels
que soient les motifs de l'appel

Notre garantie sera valable jusqu'au soit
à compter du date d'ouverture des plis.

Toute demande de paiement au titre de notre garantie devra nous être notifiée par
lettre recommandée certifiant que la Société n'a pas rempli ses
obligations contractuelles au titre de l'appel d'offres et devra nous parvenir au plus
tard le (préciser les caractéristiques du
manquement)

Notre garantie deviendra automatiquement caduque et de nul effet, sa restitution
n'étant pas nécessaire pour son annulation (ou sa mainlevée) dans les cas suivants :
à son échéance le dans le cas ou notre client ne serait pas déclare
adjudicataire, en cas d'annulation ou de report d'appel d'offres.

Cette garantie est soumise aux RUGD 458 de la CCI ou 758, au choix.

Nous vous prions d'agrée, Messieurs, l'expression de nos sentiments distingués¹.

¹ - Foucaud Tchekhoff, Serge-Antoine Techkoff, «cautions, garanties, bonds», Guide de la gestion du risque client à l'international, LE MOCI, édition 2012, Paris, 02/15 FEV2012, P 7.

Modèle de rédaction de garantie de bonne exécution/bonne fin En français

Messieurs,

Notre client, la Société a conclu un contrat n° avec la Société en date du concernant la fourniture de pour un montant total de

Au titre de ce contrat, la Société doit fournir une garantie de bonne exécution I de bonne fin de représentant % du montant du contrat.

Au vu de ce qui précède, nous soussignés, BANQUE Société anonyme au capital de dont le siège social , d'ordre et pour compte de notre client, la Société , vous garantissons le paiement jusqu'à concurrence d'un montant maximum de dans le cas où la Société ne remplirait pas ses obligations contractuelles, quels que soient les motifs de l'appel.

Notre garantie sera valable jusqu'à/au et au plus tard le

Toute demande de paiement au titre de notre garantie devra nous être notifiée par lettre recommandée certifiant que la Société n'a pas rempli ses obligations contractuelles et devra nous parvenir au plus tard le

Passe cette date, notre garantie deviendra automatiquement caduque et de nul effet, sa restitution n'étant pas nécessaire pour son annulation (ou sa mainlevée) et aucune demande ne sera recevable pour quelque motif que ce soit au titre de notre engagement.

Cette garantie est soumise aux RUGD 458 (ou 758) de la CCI.

Nous vous prions de croire, Messieurs, à l'assurance de nos sentiments distingués¹.

¹ - Foucaud Tchekhoff, Serge-Antoine Techkoff, «cautions, garanties, bonds», Guide de la gestion du risque client à l'international, LE MOCI, édition 2012, Paris, 02/15 FEV2012, P 8.

الملحق رقم (02)

القواعد الدولية الموحدة لغرفة التجارة الدولية للضمانات لدى الطلب¹ (النشرة رقم 458 لعام 1992)

(أ) نطاق تطبيق القواعد

المادة 1: تنطبق هذه القواعد على كل خطاب ضمان تحت الطلب وتعديلاته يكون فيه قد طلب من البنك الضامن (كما سيتم تعريفه فيما يلي) إصدار خطاب ضمان ينص فيه على خضوعه للقواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية "الكتيب رقم 458" وتكون هذه القواعد ملزمة لكل الأطراف فيما عدا ما ينص عليه خلاف ذلك بصراحة في خطاب الضمان أو في أي تعديلا تدخل عليه.

(ب) تعريفات وأحكام عامة:

المادة 2: (أ) فيما يتعلق بتطبيق هذه القواعد، خطاب الضمان تحت الطلب (والذي يشار إليه فيما يلي بالضمان) يعني أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أيا كان مسماه أو وصفه صادر عن بنك أو شركة تأمين أو أي شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن) يتعهد فيه كتابة بأن يدفع مبلغا محددًا نقديًا عن تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع وأي مستند آخر أو مستندات (على سبيل المثال شهادة صادرة من معماري أو مهندس، حكم محكمة أو حكم تحكيم حسب ما هو منصوص عليه في الضمان) وهذا التعهد يصدر بناء على:
* طلب أو تعليمات وبموجب التزام صادر من شخص (يشار إليه فيما يلي بالأصيل أو الموكل) أو الأمر.

*بناء على طلب أو تعليمات وعلى مسئولية من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالطرف المصدر للتعليمات أو الضامن المقابل) والذي يتصرف بموجب التعليمات الصادرة من الأصيل إلى طرف آخر (يشار إليه فيما يلي بالمستفيد).

(ب) الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون هي أساسا لها والضامنون ليست لهم بأي شكل شأن أو يلتزمون بهذا العقد أو العقود أو شروط

1 - نقلا عن علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، ط1، 2000، دار النهضة العربية، ص 441-453.

المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان، ويلزم الضامن في نطاق أي ضمان أن يدفع المبلغ أو المبالغ المنصوص عليها في الضمان مقابل تقديم طلب كتابي بالدفع وأي مستندات أخرى محددة في الضمان والتي تبدو في ظاهرها عند النظرة الأولى مطابقة لنصوص الضمان.

(ج) فيما يتعلق بتطبيق هذه القواعد (الضمان المقابل) يعني أي ضمان أو سند أو أي تعهد بالدفع من الجهة المصدرة للتعليمات مهما كان مسماه أو وصفه يصدر كتابة بتعهد بدفع مبلغ من المال للضامن عند تقديم ما يتطابق مع شروط التعهد بطلب كتابي بالدفع مع أي مستندات أخرى محددة تفصيلاً في الضمان المقابل والتي تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الضمان المقابل، والضمانات المقابلة بطبيعتها عمليات منفصلة عن الضمانات التي تتصل بها وعن العقود المتعلقة هي بها وكذلك عن شروط المناقصات. والأطراف المصدرة للتعليمات (الضمان المقابل) ليست لها شأن بأي طريقة أو التزام بهذه الضمانات أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان المقابل.

(د) يشمل اصطلاح "كتابة" و "مكتوب" البرقيات الموثقة المرسلة بأرقام شفوية أو ما يماثلها.
المادة 3: يجب أن تكون التعليمات بإصدار الضمانات وتعديلاتها والضمانات نفسها واضحة ومحددة ويجب ألا تتضمن تفاصيل زائدة عن اللازم، وبناء عليه يجب أن تحتوي كل الضمانات على المعلومات الأساسية الآتية:

(أ) الأصيل (الموكل).

(ب) المستفيد.

(ج) الضامن.

(د) العملية التي طلب من أجلها إصدار الضمان.

(هـ) أقصى مبلغ يدفع في نطاق الضمان والعملية التي يدفع بها.

(و) تاريخ الانتهاء أو الحادثة التي يترتب عليها انتهاء الضمان.

(ز) شروط طلب وفاء الضمان.

(ح) الشروط التي قد يتم بموجبها تخفيض قيمة الضمان.

المادة 4: حق المستفيد في تقديم مطالبة في نطاق ضمان غير قابل للتنازل عنه ما لم يكن قد نص على ذلك صراحة في الضمان أو في أي تعديل له.

ومع ذلك فإن هذه المادة لا تؤثر على حق المستفيد في التنازل عن أي مبالغ قد تؤول إليه أو تصبح من حقه في نطاق الضمان.

المادة 5: كل الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للرجوع فيها ما لم ينص فيها على غير ذلك.

المادة 6: كل الضمانات يسري مفعولها في يوم صدورها ما لم تكن شروطها تنص صراحة على أن سريان المفعول في تاريخ لاحق أو أن سريان المفعول معلق على تحقق شروط محددة تفصيلاً في الضمان وعددها الضامن على أساس أي مستندات معينة منصوص عليها فيه.

المادة 7: (أ) عندما يتسلم الضامن تعليمات بإصدار خطاب ضمان وكانت هذه التعليمات يتعذر تنفيذها بواسطة الضامن لأسباب تتعلق بالقوانين أو اللوائح في بلد الإصدار التي تمكنه من الوفاء بشروط الضمان وكذلك فإن التعليمات سوف لا يتم تنفيذها، فعلى الضامن أن يقوم فوراً بإخطار الطرف الذي أعطاه التعليمات بإصدار الضمان عن طريق الاتصال التليفوني أو البرقي، فإذا تعذر ذلك فيتم بأسرع الطرق الممكنة بالأسباب التي لا تمكنه من تنفيذ التعليمات ويطلب من هذا الطرف إصدار تعليمات مناسبة جديدة.

(ب) ولا يوجد بمقتضى هذه المادة ما يلزم الضامن بإصدار ضمان ما لم يكن قد وافق على إصداره.

المادة 8: قد يحتوي الضمان على ما يفيد صراحة تخفيضه بمبلغ محدد أو مبالغ معينة في تاريخ أو تواريخ محددة أو مقابل تقديم مستند أو مستندات محددة لهذا الغرض في الضمان إلى الضامن.

(ج) الالتزامات والمسئوليات

المادة 9: كل المستندات المحددة التي يجب أن تقدم في نطاق الضمان بما فيها طلب الدفع ذاته سوف يتم فحصها بواسطة الضامن بالعناية المعقولة للتأكد إذا كانت تطابق أو لا تطابق في ظاهرها نصوص الضمان، وحينما لا تبدو هذه المستندات أنها تتفق مع النصوص أو كان يبدو ظاهرها في عدم الاتساق بينها وبين المستندات الأخرى فإنها ترفض.

المادة 10: (أ) يكون للضامن وقت معقول يجب خلاله أن يفحص طلب الدفع في نطاق الضمان ويقرر إذا كان سيدفع أو سيرفض الطلب.

(ب) إذا قرر الضامن رفض الطلب وجب عليه أن يخطر المستفيد فوراً برقياً وإذا لم يتمكن من ذلك يقوم بإخطاره بأسرع الطرق الممكنة وأن أي مستندات قدمت في نطاق الضمان سوف تكون تحت تصرف المستفيد.

المادة 11: الضامن والطرف المصدر للتعليمات (الضامن المقابل) ليس عليهم التزامات أو مسؤوليات بالنسبة لكفاية المستندات، صحتها، دقتها، أصالتها، تزويرها والأثر القانوني لأي مستند مقدم له أو الإقرارات العام أو الخاصة المقدمة له وعلى مدى حسن النية ولا على الأفعال أو الإهمال من أي شخص أياً كان.

المادة 12: الضامنون ومصدرو التعليمات (الضامنون المقابلون) ليست عليهم أية مسؤوليات أو التزامات عن النتائج المترتبة على التأخير أو فقد المستندات أو الخطابات أو الطلبات أثناء نقلها أو عن التأخير أو التشويه أو الأخطاء التي تنشأ عن نقل أي رسالة تليفونيا أو برقية. والضامنون ومصدرو التعليمات (الضامنون المقابلون) ليست عليهم التزامات أو مسؤوليات عن الأخطاء في الترجمة أو تفسير المصطلحات الفنية ويحتفظون بالحق في نقل نصوص الضمان أو أي أجزاء منها بدون القيام بترجمتها.

المادة 13: الضامنون ومصدرو التعليمات (الضامنون المقابلون) ليست عليهم أية التزامات أو مسؤوليات عن النتائج المترتبة على توقف أعمالهم بسبب القوة القاهرة، الشغب، العصيان المدني، العصيان المسلح والحروب وأي أسباب خارجة عن إرادتهم أو ناتجة عن الاضطرابات أو إغلاق أرباب العمل لأماكن العمل أو أي اضطرابات صناعية مهما كانت طبيعتها.

المادة 14: (أ) إذا كان الضامنون ومصدرو التعليمات (الضامنون المقابلون) يستخدمون خدمات طرف آخر بغرض إعطاء تعليمات الأصيل آثارها المطلوب فإنهم يقومون بذلك لحساب الأصيل وعلى مسؤوليته.

(ب) الضامنون ومصدرو التعليمات ليست عليهم أية التزامات أو مسؤوليات إذا لم يتم تنفيذ التعليمات التي نقلوها حتى لو كانوا هم الذين قاموا باختيار الطرف الآخر.

(ج) الأصيل مسئول عن تعويض الضامين ومصدري التعليمات (الضامين المقابلين) حسب الأحوال عن الالتزامات والمسؤوليات التي تفرض عليهم بواسطة القوانين أو الأعراف الأجنبية.

المادة 15: الضامنون ومصدرو التعليمات سوف لا يتم إعفاؤهم من الالتزامات والمسؤوليات طبقاً للمواد 11 و12 و14 المذكورة أعلاه إذا لم يتصرفوا بحسن نية وبالغناية المعقولة.

المادة 16: لا يسأل الضامن أمام المستفيد إلا بالمطابقة للنصوص المحددة بالضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه وبهذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يتجاوز المبلغ المذكور في الضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه.

(د) المطالبات:

المادة 17: دون إخلال بالشروط الواردة بالمادة 10 فإنه في حالة المطالبة يجب على الضامن بدون تأخير إخطار الأصيل أو الطرف المصدر للتعليمات وفي هذه الحالة على الطرف المصدر للتعليمات إخطار الأصيل.

المادة 18: المبلغ الذي يدفع في نطاق الضمان ينخفض بقيمة أي مبلغ تم دفعه من الضامن استجابة لمطالبة سابقة في نطاق الضمان نفسه، وحينما يكون المبلغ الأقصى الذي يدفع في نطاق الضمان تم الوفاء به من خلال الدفع أو التخفيض فإن الضمان ينتهي بغض النظر إذا كان تم رد الضمان وتعديله أو تعديلاته.

المادة 19: يجب أن تقدم المطالبة بمقتضى الضمان وقبل انتهاء أجله، وهذا يعني في أو قبل تاريخ انتهائه وأو قبل وقوع الحادث الذي يترتب عليه انتهائه طبقا للتعريف الوارد بالمادة 22 وعلى الأخص كل المستندات المحددة في الضمان كشرط للمطالبة وأي إقرارات مطلوبة حسب المادة 20 يجب تقديمها إلى الضامن قبل انتهاء الضمان وفي مكان إصدار الضمان وإلا رفض الضامن المطالبة.

المادة 20: (أ) يجب أن تكون أي مطالبة في نطاق الضمان كتابة ويجب أن يرفق بها (بالإضافة إلى ذلك أي مستندات قد يكون منصوصا عليها في الضمان) أو تعزز بإقرار كتابي (يدخل في صلب المطالبة نفسها أو بمستند أو مستندات ترفق بالمطالبة ومشار إليها فيها)، وينص على: *أن الأصيل خالف التزامه أو التزاماته فيما يتعلق بالعقد أو العقود المعينة وفي حالة ضمان المناقصة يذكر أنه خالف شروط المناقصة.

*الموضوع الذي وقعت فيه مخالفة الأصيل.

(ب) أي مطالبة بالدفع في نطاق الضمان المقابل يجب أن تكون معززة بإقرار كتابي من الضامن بأنه استلم مطالبة بالدفع في نطاق الضمان تتفق مع النصوص الواردة بهذه المادة.

(ج) الفقرة أ من هذه المادة تطبق فيما عدا ما استثنى صراحة في شروط الضمان.

الفقرة ب من هذه المادة تطبق عدا ما استثنى صراحة في شروط الضمان المقابل.

(د) لا يوجد في هذه المادة ما يؤثر على تطبيق المواد 2ب، 2 ج، 11.

المادة 21: يجب أن يقوم الضامن بدون تأخير بإرسال مطالبة المستفيد بالدفع وأي مستندات متعلقة بها إلى الأصيل أو حسب الأحوال إلى الطرف المصدر للتعليمات (الضامن المقابل) لتحويلها إلى الأصيل.

المادة 22: يكون وقت انتهاء الأجل المحدد لتقديم طلب وفاء الضمان تاريخا ميلاديا محددًا (تاريخ انتهاء) وعند تقديم مستند أو مستندات محددة لانتهاء الأجل إلى الضامن (الحادث الذي يترتب عليه انتهاء الضمان)، وإذا كان مذكورًا في الضمان تاريخ الانتهاء أو بوقوع حادثة الانتهاء أيهما أولاً بصرف النظر عما إذا كان تم رد الضمان وتعديلاته أم لا.

المادة 23: بغض النظر عن أي شرط يحدد الانتهاء موجود في الضمان، فإن الضمان يلغى إذا تم تقديم الضمان إلى الضامن أو إذا قام المستفيد بتحرير إقرار بإخلاء الضامن من التزامه في نطاق الضمان بغض النظر في الحالة الأخيرة عما إذا كان تم رد الضمان وتعديلاته أم لا.

المادة 24: إذا كان الضمان قد انتهى بالسداد أو انتهاء الأجل أو الإلغاء أو خلافه، فإن احتجاج الضمان أو تعديلاته لا يعطي للمستفيد أي حقوق في نطاق الضمان.

المادة 25: حينما يصل إلى علم الضامن أن الضمان قد انتهى بالسداد أو بانتهاء الأجل أو بالإلغاء أو خلافه أو كان هناك تخفيض في القيمة التي تدفع في نطاقه فيجب على الضامن بدون تأخير إخطار الأصيل أو حسب الأحوال الطرف المصدر للتعليمات، وفي هذه الحالة يجب على الطرف المصدر للتعليمات إخطار الأصيل.

المادة 26: إذا طلب المستفيد مد أجل الضمان كبديل لطلب دفع قدم طبقاً لشروط وقواعد الضمان وبالمطابقة لهذه القواعد يجب على الضامن بدون تأخير إخطار الطرف الذي أصدر للضامن تعليماته وفي هذه الحالة يعلق الضامن دفع المطالبة لوقت معقول يسمح للأصيل والمستفيد بالوصول إلى اتفاق لمنح هذا الامتداد.

وما لم يتم الامتداد في خلال المدة المشار إليها في الفقرة السابقة يكون الضامن ملتزماً بأن يدفع للمستفيد ما جاء بمطالبته بدون حاجة لانتظار إجراء آخر من جانب المستفيد ولا تقع على الضامن أي التزامات (بدفع فاتورة أو خلافه) إذا تأخر السداد للمستفيد كنتيجة للإجراءات المشار إليها. وحتى في الأحوال التي يوافق فيها الأصيل أو يطلب الامتداد فإنه لا يتم تنفيذ هذا الامتداد ما لم يوافق كل من الضامن والضامن المقابل على ذلك.

(هـ) القوانين التي تحكم الضمان والتقاضي:

المادة 27: ما لم يكن قد نص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل فإن القانون الذي سوف يحكم الضمان سيكون قانون البلد الذي فيه مقر عمل الضامن أو الطرف المصدر للتعليمات (حسب الأحوال)، وإذا كان الضامن أو الطرف المصدر للتعليمات له أكثر من مكان يكون القانون هو قانون البلد الذي يقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل.

المادة 28: ما لم يكن قد نص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل فإن أي خلاف يقع بين الضامن والمستفيد فيما يتعلق بالضمان أو بين الطرف المصدر للتعليمات والضامن فيما يتعلق بالضمان المقابل تكون المحكمة المختصة بنظره هي المحكمة الموجودة بالبلد الذي يقع فيه محل عمل الضامن أو الطرف المصدر للتعليمات (حسب الأحوال) أو إذا كان الضامن المصدر للتعليمات له أكثر من مكان عمل، فإن المحكمة المختصة هي محكمة البلد الذي يقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل.

الملاحق رقم (03)

أهم النقاط الجديدة الواردة بالقواعد الدولية الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالنشرة رقم 758 النافذة ابتداء من 01 جويلية 2010 مقارنة بالنشرة السابقة رقم 458.



Règles Uniformes relatives aux Garanties sur Demande (RUGD)

Révision 2010 – ICC publ. no 758 – valable dès le 1 juillet 2010

Sommaire des points les plus importants et comparaison, le cas échéant, aux ICC 458

Art. 2:

Diverses définitions, entre autres

- **Déclaration soutenant la demande:** art. 15a, déclaration du bénéficiaire indiquant les obligations de la relation sous-jacente que le *donneur d'ordre* n'a pas remplies; art. 15b, déclaration du garant mentionnant qu'il a reçu une demande conforme
- **Demande de paiement:** (justement) document signé demandant un paiement (comportant, entre autres, une *déclaration soutenant la demande*)
- **Donneur d'ordre:** entité dans la garantie dont les obligations sont garanties (pouvant ou non être la *partie donnant les instructions*)
- **Evènement entraînant l'échéance:** fait déterminé par un document ou par les *propres livres du garant* (débits/crédits) mettant fin à la garantie
- **Partie donnant les instructions:** entité donnant l'ordre d'émission de la garantie ou de la contre-garantie (pouvant ou non être le *donneur d'ordre*)
- **Présentation:** remise d'un document ou le document ainsi remis (pas limité à une *demande de paiement*)
- **Propres livres du garant:** livres du garant montrant les crédits/débits sur un compte tenu par le garant, permettant l'identification de la garantie

Art. 7:

Conditions non documentaires

Des conditions sans preuve documentaire ou ne pouvant pas être déterminée par les *propres livres du garant* (art. 2) sera ignorée. Si elle devait apparaître dans un document prévu et devant être présenté sous la garantie elle ne devra pas être en contradiction avec les termes de la garantie.

Art. 11:

Amendements

- Ne peuvent être acceptés qu'en totalité; une acceptation partielle équivaut à un refus
- Le bénéficiaire peut les refuser à tout moment, sauf après les avoir acceptés ou après avoir effectué une présentation conformément à la garantie amendée

Art. 14:

Présentation

Diverses règles concernant la place, la date et la forme d'une *présentation* (art. 2) (pas limité à une *demande de paiement* (art. 2)):

- présentation électronique (si admise expressément)
- si la présentation est requise par un moyen précis (p.ex. courrier) sans en exclure un autre, tout autre moyen est acceptable
- langue des documents:
 - établis par le *donneur d'ordre* (art. 2) ou le bénéficiaire: langue de la garantie
 - établis par une autre partie: toute langue

(ICC 458 – art. 9, 17–21: diverses règles, mais exclusivement concernant une demande de paiement)

Art. 15:

Exigences à une demande de paiement

- Une *demande de paiement* (art. 2) sous la garantie doit être accompagnée des documents exigés dans la garantie et d'une *déclaration soutenant la demande* (art. 2) indiquant les obligations que le *donneur d'ordre* (art. 2) n'a pas remplies.
- Une *demande de paiement* (art. 2) sous une contre-garantie doit être accompagnée d'une *déclaration soutenant la demande* (art. 2) indiquant avoir reçu une *demande* (art. 2) conforme sous la garantie.

La *déclaration soutenant la demande* (art. 2) peut figurer dans la *demande de paiement* (art. 2) ou dans un document séparé.

- La *déclaration soutenant la demande* (art. 2) peut être exclue si la garantie/contre-garantie le mentionne expressément.
- La *demande de paiement* (art. 2) et la *déclaration soutenant la demande* (art. 2) ne doivent pas comporter une date antérieure à laquelle le bénéficiaire est en droit de demander le paiement. Les autres documents peuvent comporter une date antérieure.

(ICC 458 – art. 17–21; art. 20 a): une demande doit indiquer que et en quoi les obligations ont été manquées.)

Art. 19:**Examen d'une présentation**

- Les informations dans un document
 - sont examinées en fonction de ce document, de la garantie et des RUGD
 - ne doivent pas contredire celles figurant dans ce document, dans tout autre document exigé ou dans la garantie
- Si un document est exigé sans préciser s'il doit ou non être signé et qui doit l'émettre ou le signer ou les informations qu'il doit comporter, le document est accepté tel que présenté si son contenu paraît remplir la fonction du document exigé
- Les documents pas exigés, mais présentés, ne seront pas pris en considération

Art. 20a.:**Période pour l'examen d'une demande de paiement**

Une *demande de paiement* (art. 2) doit être examinée dans les 5 jours ouvrés après sa *présentation* (art. 2).

(ICC 458 – art. 10 a): le garant a un délai raisonnable pour examiner une demande.)

Art. 23:**Proroger ou payer**

- a.: Le garant peut (note: mais n'est pas obligé) suspendre le paiement pour un maximum de 30 jours calendaires après la date de réception de la *demande de paiement* (art. 2).
- b.: En cas de suspension sous la garantie, le contre-garant peut (note: mais n'est pas obligé) suspendre le paiement pour une période n'excédant pas 4 jours de moins que sous la garantie.

(ICC 458 – art. 26: le paiement doit être suspendu pendant un délai raisonnable)

Art. 25:**Réduction et expiration**

- c.: Une garantie/contre-garantie sans date de validité et sans *événement entraînant l'échéance* (art. 2) expire 3 ans après son émission/30 jours calendaires après l'expiration de la garantie.
- e.: Si la date de validité tombe un jour non ouvré, elle est reportée au prochain jour ouvré.

Art. 26:**Force Majeure**

- a.: Définition de «force majeure» (catastrophes naturelles, émeutes, manifestations civiles, insurrections, guerres, actes de terrorisme et tout autre événement indépendant de la volonté du garant/contre-garant)
- b.i.: Si une garantie expire quand une *présentation* (art. 2) est impossible en raison de «force majeure», la garantie (et contre-garantie, le cas échéant) est prorogée une fois de 30 jours calendaires.
- b.iii.: Une *demande de paiement* (art. 2) qui ne peut pas être payée en raison de «force majeure» sera payée après la fin de la «force majeure», même si la garantie est échue entretemps. Une contre-

garantie y relative peut être appelée dans les 30 jours calendaires après la fin de la «force majeure» (locale), même si elle est échue.

- c.i.: Si une contre-garantie expire quand la *présentation* (art. 2) est impossible en raison de «force majeure», elle est prorogée de 30 jours calendaires dès la date à laquelle le contre-garant informe le garant de la fin de la «force majeure».
- c.iii.: Une *demande de paiement* (art. 2) sous une contre-garantie qui ne peut pas être payée en raison de «force majeure» sera payée après la fin de la «force majeure», même si elle est échue.

(ICC 458: pas de règles)

Art. 31:**Indemnisation en raison des lois et usages dans les pays étrangers**

La *partie donnant les instructions* (art. 2) resp. le contre-garant doit indemniser le garant pour toutes les obligations et responsabilités découlant des lois et usages dans les pays étrangers.

Art. 32:**Responsabilité pour les frais**

Une partie instruisant une autre partie d'effectuer des prestations en vertu des RUGD est responsable, en outre, de payer tous les frais de cette dernière, ceci même dans la mesure où ils seraient à la charge du bénéficiaire mais n'auraient pas pu être encaissés.

Art. 33:**Transfert d'une garantie et cession du produit**

- a.: Une garantie est transférable uniquement si elle le mentionne expressément.
- b.: Si transférable, le garant ne doit donner suite à une demande de transfert que dans les limites expressément consenties par lui.
- d.ii.: Une garantie ne peut être transférée que si le bénéficiaire d'origine remet une déclaration que le bénéficiaire de transfert a acquis les droits et obligations du bénéficiaire d'origine au titre de la relation sous-jacente.
- g.i.: Le droit de créance peut toujours être cédé.
- g.ii.: Sous réserve des dispositions du droit applicable, le garant n'est pas obligé à payer le cessionnaire; mais: selon le droit Suisse, le paiement ne peut pas être refusé.

Art. 34:**Droit applicable**

Droit au lieu du garant (garantie) respectivement contre-garant (contre-garantie) (sauf dispositions contraires)

Art. 35:**Compétence juridictionnelle**

Tribunaux compétents au lieu du garant (garantie) resp. contre-garant (contre-garantie) (sauf dispositions contraires)

الملحق رقم (04)

اتفاقية الأمم المتحدة (الانسيترال) المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات
الاعتماد الضامنة لعام 1995

الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org. تاريخ الاطلاع: 2016/06/15، الساعة: 23:15.



DOCUMENT INFORMATION

FILE NAME : Ch_X_15

VOLUME : VOL-1

CHAPTER : Chapter X. International Trade and Development

TITLE : 15. United Nations Convention on Independent
Guarantees and Stand-by Letters of Credit. New York,
11 December 1995

**UNITED NATIONS CONVENTION ON INDEPENDENT GUARANTEES
AND STAND-BY LETTERS OF CREDIT**



**UNITED NATIONS
1995**

اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات
المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة



اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة
وخطابات الاعتماد الضامنة

الفصل الأول - نطاق التطبيق

المادة ١

نطاق التطبيق

- ١ - تطبق هذه الاتفاقية على أي تعهد دولي مشار إليه في المادة ٢:
- (أ) إذا كان مكان عمل الكفيل/المصدر الذي يصدر فيه التعهد واقعا في دولة متعاقدة،
أو
- (ب) إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي الى تطبيق قانون دولة متعاقدة،
ما لم يستبعد التعهد تطبيق الاتفاقية.
- ٢ - تطبق هذه الاتفاقية أيضا على أي خطاب اعتماد دولي لا يندرج في اطار المادة ٢ إذا كان
ينص صراحة على أنه يخضع لهذه الاتفاقية.
- ٣ - تطبق أحكام المادتين ٢١ و ٢٢ على التعهدات الدولية المشار إليها في المادة ٢ بصرف
النظر عن الأحكام الواردة بالفقرة ١ من هذه المادة.

المادة ٢

التعهد

- ١ - لأغراض هذه الاتفاقية، يمثل التعهد التزاما مستقلا، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة
مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، متدما من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر
("الكفيل/المصدر") بأن يدفع للمستفيد مبلغا معينا أو قابلا للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو
مطالبة مشنوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين أو يستدل
منها استحقاق السداد بسبب تنصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سدادا لئال
مقترض أو مستلف، أو سدادا لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل/الطالب أو شخص آخر.
- ٢ - يجوز إعطاء التعهد:
- (أ) بناء على طلب أو أمر من ("الأصيل/الطالب") عميل الكفيل/المصدر؛ أو
- (ب) بناء على أمر من مصرف آخر أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر ("طرف أمر")
يتصرف بناء على طلب من ("الأصيل/الطالب") عميل ذلك الطرف الأمر؛ أو
- (ج) لصالح الكفيل/المصدر نفسه.

٣ - يجوز أن ينص التعهد على أن يكون السداد في أي شكل من الأشكال، بما في ذلك:

(أ) السداد بعملة معينة أو وحدة حساب معينة؛

(ب) قبول سفتجة (كمبيالة)؛

(ج) السداد الأجل؛

(د) تقديم شيء محدد ذي قيمة.

٤ - يجوز أن ينص التعهد على أن يكون الكفيل/المصدر نفسه هو المستفيد عندما يتصرف لصالح شخص آخر.

المادة ٢

استقلال التعهد

لأغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الكفيل/المصدر تجاه المستفيد:

(أ) مرهوناً بوجود معاملة أصلية أو صلاحيتها، أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتماد الضامنة أو الكفالات المستقلة التي يتعلق بها أي تثبيت للتعهد أو أي كفالة مقابلة)، أو

(ب) خاضعاً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد، أو لأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات، أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل/المصدر.

المادة ٤

الطابع الدولي للتعهد

١ - يكون التعهد دولياً إذا كان مكاناً عمل أي شخصين من الأشخاص التاليين، حسب ما هو مذكور في التعهد، يقعان في دولتين مختلفتين: الكفيل/المصدر، المستفيد، الأصيل/الطالب، الطرف الأمر، المثبت.

٢ - لأغراض الفترة السابقة:

(أ) إذا ذكر في التعهد أكثر من مكان عمل واحد لشخص معين يؤخذ بأوثق تلك الأماكن صلة بالتعهد؛

(ب) إذا كان التعهد لا يذكر مكان عمل لشخص معين بل يبين محل إقامته المعتاد، يؤخذ بمحل الإقامة هذا في تقرير الطابع الدولي للتعهد.

الفصل الثاني - التفسير

المادة 5

مبادئ التفسير

لدى تفسير هذه الاتفاقية، يضمن إبقاء الاعتبار لطابعها الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

المادة 6

التعريف

لأغراض هذه الاتفاقية، وما لم يبين خلاف ذلك صراحة في أحد أحكام الاتفاقية أو بمقتضى السياق:

(أ) "التعهد" يشمل "الكفالة المقابلة" و "تثبيت التعهد"؛

(ب) "الكفيل/المصدر" يشمل "الكفيل المقابل" و "المثبت"؛

(ج) "الكفالة المقابلة" تعني تعهدا مقدما الى كفيل/مصدر لتعهد آخر من طرفه الأمر وينص على السداد لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشنوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين، أو يستدل منها، أن الشخص المصدر للتعهد الآخر قد طوّل بالسداد، أو قام، بالسداد بموجب ذلك التعهد الآخر؛

(د) "الكفيل المقابل" يعني الشخص المصدر للكفالة المقابلة؛

(هـ) "تثبيت التعهد" يعني تعهدا مضافا الى تعهد الكفيل/المصدر ومأذونا به من الكفيل/المصدر، يوفر للمستفيد خيار توجيه المطالبة بالسداد الى المثبت بدلا من الكفيل/المصدر لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشنوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، دون مساس بحق المستفيد في مطالبة الكفيل/المصدر بالسداد؛

(و) "المثبت" يعني الشخص الذي يضيف تثبيتنا الى التعهد؛

(ز) "المستند" يعني واسطة تخاطب في شكل يوفر تسجيلا كاملا لها.

الفصل الثالث - شكل ومضمون التعهد

المادة ٧

اصدار التعهد وشكله وعدم قابلية الرجوع فيه

- ١ - يقع اصدار التعهد حينما وحيثما يخرج التعهد من نطاق سيطرة الكفيل/المصدر المعني.
- ٢ - يجوز اصدار التعهد في أي شكل يحفظ تسجيلا كاملا لنص التعهد ويوفر توثيقا لمصدره بالوسائل المتعارف عليها عموما أو بإجراء يتفق عليه الكفيل/المصدر والمستفيد.
- ٣ - يجوز من وقت اصدار التعهد، أن يُطالب بالسداد وفقا لشروط وأحكام التعهد، ما لم ينص فيه على وقت آخر.
- ٤ - لا يجوز بعد إصدار التعهد، الرجوع فيه، ما لم ينص على جواز ذلك.

المادة ٨

التعديل

- ١ - لا يجوز تعديل التعهد إلا بالشكل المنصوص عليه في التعهد، أو بشكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة (٢) من المادة ٧ في حالة عدم وجود مثل هذا النص.
- ٢ - ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، يعتبر التعهد معدلا لدى صدور التعديل إذا كان المستفيد قد سبق له الإذن بالتعديل.
- ٣ - ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، وحيث لا يكون المستفيد قد سبق له الإذن بأي تعديل، لا يعدل التعهد إلا عندما يتلقى الكفيل/المصدر اشعارا بقبول التعديل يصدره المستفيد بشكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة ٢ من المادة ٧.
- ٤ - لا يكون لتعديل التعهد أي أثر على حقوق والتزامات الأصيل/الطالب (أو طرف أمر آخر) أو حقوق والتزامات مثبت التعهد ما لم يوافق ذلك الشخص على التعديل.

المادة ٩

نقل حق المستفيد في المطالبة بالسداد

- ١ - لا يجوز نقل حق المستفيد في المطالبة بالسداد إلا إذا كان التعهد يأذن بذلك، وإلا بالتقدير والكيفية المأذون بهما في التعهد.
- ٢ - إذا كان التعهد ينص على أنه قابل للنقل دون بيان ما إذا كانت موافقة الكفيل/المصدر، أو شخص آخر مأذون له لازمة للنقل النعلي أم لا، لا يكون الكفيل/المصدر، ولا أي شخص آخر مأذون له، ملزما بتنفيذ النقل إلا بالتقدير والكيفية اللذين وافق عليهما صراحة.

المادة ١٠

التنازل عن العائدات

١ - ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، يجوز للمستفيد التنازل لشخص آخر عن أي عائدات قد يكون، أو قد يصبح، مستحقا لها بموجب التعهد.

٢ - إذا تلقى الكفيل/المصدر، أو شخص آخر ملزم بالسداد، إشعارا صادرا عن المستفيد في شكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة ٢ من المادة ٧ بتنازله غير القابل للرجوع فيه، فإن السداد إلى المتنازل له يبرئ الملتمزم، بمقدار ما سدده، من التزامه بموجب التعهد.

المادة ١١

انتضاء الحق في المطالبة بالسداد

١ - ينقضي حق المستفيد في المطالبة بالسداد بموجب التعهد متى:

(أ) تلقى الكفيل/المصدر بيانا صادرا عن المستفيد باعفائه من الالتزام في شكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة ٢ من المادة ٧،

(ب) اتفق المستفيد والكفيل/المصدر على انتهاء التعهد بالشكل المنصوص عليه في التعهد أو بشكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة ٢ من المادة ٧ في حالة عدم وجود مثل هذا النص؛

(ج) تم سداد المبلغ المتاح بموجب التعهد، ما لم ينص التعهد على التجدد التلقائي للمبلغ أو على زيادة تلقائية للمبلغ المتاح أو ما لم ينص بأي شكل آخر على استمرار التعهد؛

(د) انتضت مدة صلاحية التعهد وفقا لأحكام المادة ١٢.

٢ - يجوز أن ينص التعهد، أو أن يتفق الكفيل/المصدر والمستفيد في غير هذا التعهد، على أن إعادة المستند الوارد فيه التعهد إلى الكفيل/المصدر، أو أي إجراء يعادل عمليا إعادة المستند في حالة إصدار التعهد في شكل غير ورقي، تمثل وحدها أو بالاقتران مع إحدى الوقائع المشار إليها في الفقرتين الفرعيتين (أ) و (ب) من الفقرة ١ من هذه المادة، شرطا لازما لانتضاء الحق في المطالبة بالسداد. ومهما يكن من أمر، فإن احتفاظ المستفيد بأي مستند من هذا القبيل بعد انتضاء الحق في المطالبة بالسداد وفقا للفقرتين الفرعيتين (ج) و (د) من الفقرة ١ من هذه المادة، لا يحفظ بأي حال من الأحوال أي حقوق للمستفيد بموجب التعهد.

المادة ١٢

انقضاء مدة صلاحية التعهد

تنقضي فترة صلاحية التعهد:

(أ) في تاريخ الانقضاء، الذي يمكن أن يكون تاريخا تقويميا محددًا أو اليوم الأخير من فترة زمنية محددة منصوص عليها في التعهد، على أنه إذا لم يكن تاريخ الانقضاء يوم عمل في مكان عمل الكفيل/المصدر الذي يصدر فيه التعهد، أو مكان عمل شخص آخر، أو في مكان آخر منصوص عليه في التعهد لتقديم المطالبة بالسداد، يقع الانقضاء في أول يوم عمل يليه؛

(ب) إذا كان الانقضاء يتوقف، حسبما ورد في التعهد على وقوع فعل أو واقعة لا تدخل في نطاق عمليات الكفيل/المصدر، فعندما يبلغ الكفيل/المصدر بوقوع الفعل أو الواقعة بتقديم المستند المحدد في التعهد لذلك الغرض، وإن لم يحدد مثل هذا المستند، فبتقديم شهادة مصدقة من المستفيد بوقوع الفعل أو الواقعة؛

(ج) إذا لم يذكر في التعهد أي موعد للانقضاء، أو إذا لم يكن قد تم بعد اثبات حدوث الفعل أو الواقعة التي ذكر أن الانقضاء متوقف عليها بتقديم المستند المطلوب ولم يكن تاريخ الانقضاء قد ذكر علاوة على ذلك، فعند انقضاء ست سنوات على تاريخ اصدار التعهد.

النصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع

المادة ١٣

تحديد الحقوق والالتزامات

١ - تحدد حقوق والتزامات الكفيل/المصدر والمستفيد الناشئة عن التعهد بمقتضى الأحكام والشروط المبينة في التعهد، بما في ذلك أي قواعد أو شروط عامة أو أعراف مشار إليها بالتحديد فيه، وكذلك بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية.

٢ - في تفسير أحكام وشروط التعهد، وفي تسوية المسائل التي لا تتناولها أحكام وشروط التعهد أو أحكام هذه الاتفاقية، تراعى التواعد والأعراف الدولية المتعارف عليها في الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة.

المادة ١٤

معيار سلوك الكفيل/المصدر ومسؤوليته

١ - يتعين على الكفيل/المصدر، في أداء التزاماته بمرجوب التعهد وبمقتضى هذه الاتفاقية، أن يتصرف بحسن نية وأن يتوخى قدرا معقولًا من الحرص، مع إيلاء الاعتبار الواجب للمعايير المتعارف عليها في الممارسات الدولية الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

- ٧ - لا يجوز أعضاء الكنيل/المصدر من المسؤولية عن عدم تصرفه بحسن نية أو عن أي سلوك يتسم بالاهمال الجسيم.

المادة ١٥

المطالبة

- ١ - تقدم أي مطالبة بالسداد بمقتضى التعهد في شكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة ٧ من المادة ٧ وطبقاً لشروط وأحكام التعهد.
- ٢ - ما لم ينص التعهد، على خلاف ذلك، يتعين تقديم أي تصديق أو أي مستند آخر يقتضيه التعهد، في غضون الوقت الذي تجوز فيه المطالبة بالسداد، إلى الكنيل/المصدر في المكان الذي صدر فيه التعهد.
- ٣ - يعتبر المستفيد، إذ يطلب بالسداد، أنه يصدق على أن المطالبة ليست صادرة عن سوء نية، وإنها لا تنطوي على أي من العناصر المشار إليها في الفقرات الفرعية (أ) و (ب) و (ج) من الفقرة ١ من المادة ١٩.

المادة ١٦

فحص المطالبة والمستندات المرفقة بها

- ١ - يقوم الكنيل/المصدر بفحص المطالبة وأي مستندات مرفقة بها وفقاً لمعيار السلوك المشار إليه في الفقرة ١ من المادة ١٤. وعند تقرير ما إذا كانت المستندات مطابقة ظاهرياً لشروط وأحكام التعهد، ومتسقة فيما بينها، يولي الكنيل/المصدر الاعتبار الواجب للمعيار الدولي المعمول به في الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة.
- ٢ - ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكنيل/المصدر والمستفيد في غير التعهد على خلاف ذلك، يتاح للكنيل/المصدر وقت معقول، ولكن لا يزيد على سبعة أيام عمل اعتباراً من اليوم التالي ليوم تسلم المطالبة وأي مستندات مرفقة بها، لكي:
- (أ) ينحص المطالبة وأي مستندات مرفقة بها؛
- (ب) ويقرر ما إذا كان سيتم بالسداد أم لا؛
- (ج) فإذا كان قراره هو عدم السداد فلنكي يصدر إشعاراً بذلك للمستفيد.

وما لم ينص التعهد، أو يتفق الكنيل/المصدر والمستفيد، في غير التعهد، على خلاف ذلك، يرسل الإشعار المشار إليه في الفقرة الفرعية (ج) أعلاه باحدى وسائط الإرسال السلوكية أو اللاسلوكية، أما إذا تعذر ذلك، فبوسيلة أخرى سريعة ويبين الإشعار السبب في قرار عدم السداد.

المادة ١٧

سداد المطالبة

١ - رهنا بأحكام الفقرة ١٩، يقوم الكفيل/المصدر بالسداد استجابة لمطالبة مقدمة وفقا لأحكام المادة ١٥. وبعد التأكد من أن المطالبة بالسداد تمثل لتلك الأحكام، يتم السداد على الفور، ما لم ينص التعهد على سداد آجل، وفي هذه الحالة يتم السداد في الوقت المنصوص عليه.

٢ - ليس من شأن أي سداد يتم استجابة لمطالبة لا تتفق وأحكام المادة ١٥ أن يمس حقوق الأصيل/الطالب.

المادة ١٨

المقاصة

ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، يجوز للكفيل/المصدر أن يستفيد في أداء الالتزام بمقتضى التعهد من حق في المقاصة، باستثناء أية مطالبة يتنازل له عنها الأصيل/الطالب أو الطرف الأمر.

المادة ١٩

الاستثناء من التزام السداد

١ - إذا كان من البين والواضح:

(أ) أن أي مستند مقدم، مزور أو قد جرى تزويغه؛ أو

(ب) أن السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة؛

أو

(ج) أن المطالبة، بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره.

كان للكفيل/المصدر، متصرفا بحسن نية، الحق، إزاء المستفيد، في أن يمتنع عن السداد.

٢ - لأغراض الفقرة (ج) من الفقرة ١ من هذه المادة، ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة:

(أ) حيث لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه؛

(ب) حيث يكون الالتزام الأصلي الواقع على الأصيل/الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم، ما لم يبين التعهد أن هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد؛

- (ج) حيث لا يكون هناك شك في أن الالتزام الأصلي قد تم أدائه على نحو مرضي
المستفيد؛
- (د) حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب
متمدد من المستفيد؛
- (هـ) في حالة مطالبة بمقتضى كفالة مقابلة، حيث يكون المستفيد من الكفالة المقابلة قد
قام بالسداد بسوء نية باعتباره الكفيل/المصدر للتعهد الذي تتعلق به الكفالة المقابلة.
- ٧ - في الظروف المذكورة في الفقرات الفرعية (أ) و (ب) و (ج) من الفقرة ١ من هذه المادة،
يكون للأصيل/الطالب الحق في اتخاذ تدابير قضائية مؤقتة عملاً بالمادة ٧٠.

الفصل الخامس - التدابير القضائية المؤقتة

المادة ٧٠

التدابير القضائية المؤقتة

- ١ - إذا ورد في التماس من الأصيل/الطالب أو الطرف الأمر ما يدل على قيام احتمال قوي
بوجود ظرف من الظروف المشار إليها في الفقرات الفرعية (أ) أو (ب) أو (ج) من الفقرة ١
من المادة ١٩ فيما يتعلق بمطالبة قدمها المستفيد أو يتوقع أن يقدمها، جاز للمحكمة، استناداً
إلى ما يتاح فوراً من أدلة قوية:
- (أ) أن تصدر أمراً مؤقتاً بالألا يحصل المستفيد على المبلغ المطلوب به، بما في ذلك
الأمر بأن يحتفظ الكفيل/المصدر بمبلغ التعهد؛ أو
- (ب) أن تصدر أمراً مؤقتاً بتجميد عائدات التعهد التي دفعت للمستفيد، واطاعة
في الاعتبار ما إذا كان من المحتمل أن يعاني الأصيل/الطالب من ضرر جسيم في حال عدم
إصدار مثل هذا الأمر.
- ٢ - يجوز للمحكمة، عند إصدار الأمر المؤقت المشار إليه في الفقرة ١ من هذه المادة، أن تلزم
الشخص الذي يلتزم إصدار هذا الأمر بأن يقدم تأميناً في الشكل الذي تراه المحكمة مناسباً.
- ٣ - لا يجوز للمحكمة أن تصدر أمراً مؤقتاً من النوع المشار إليه في الفقرة ١ من هذه المادة
بناءً على أي اعتراض على السداد غير الاعتراضات المشار إليها في الفقرات الفرعية (أ) أو
(ب) أو (ج) من الفقرة ١ من المادة ١٩؛ أو على استعمال التعهد لفرض اجرامي.

الفصل السادس - تنازع القوانين

المادة ٢١

اختيار القانون المنطبق

يخضع التعهد للقانون الذي يكون اختياره:

- (أ) قد نص عليه في التعهد أو يتبين من شروط وأحكام التعهد؛ أو
(ب) قد اتفق عليه بين الكفيل/المصدر والمستفيد في غير التعهد.

المادة ٢٢

تحديد القانون المنطبق

في حال عدم اختيار قانون وفقاً للمادة ٢١، يخضع التعهد لقانون الدولة التي يتبع فيها مكان عمل الكفيل/المصدر الذي أصدر فيه التعهد.

الفصل السابع - أحكام ختامية

المادة ٢٣

الوديع

الأمين العام للأمم المتحدة هو وديع هذه الاتفاقية.

المادة ٢٤

التوقيع والتصديق والقبول والإقرار والانضمام

- ١ - هذه الاتفاقية معروضة لتوقيع جميع الدول عليها، في مقر الأمم المتحدة، نيويورك، حتى ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧.
- ٢ - هذه الاتفاقية قابلة للتصديق أو القبول أو الإقرار من جانب الدول الموقعة عليها.
- ٣ - باب الانضمام إلى هذه الاتفاقية مفتوح أمام جميع الدول غير الموقعة عليها، اعتباراً من تاريخ عرضها للتوقيع.
- ٤ - تودع صكوك التصديق والقبول والإقرار والانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة ٢٥

الاصطباق على الوحدات الإقليمية

- ١ - إذا كان للدولة وحدتان إقليميتان أو أكثر تطبق فيها أنظمة قاعدية مختلفة فيما يتعلق بالمسائل التي تتناولها هذه الاتفاقية، جاز لهذه الدولة أن تعلن، عند التوقيع أو التصديق أو الإقرار أو الانضمام، أن هذه الاتفاقية تسري على جميع وحداتها الإقليمية أو على واحدة فقط أو أكثر من هذه الوحدات، ولها، في أي وقت، أن تستبدل بإعلانها السابق إعلاناً آخر.
- ٢ - تبين في هذه الإعلانات صراحة الوحدات الإقليمية التي تسري عليها الاتفاقية.
- ٣ - إذا لم تسر هذه الاتفاقية، بموجب إعلان صادر وفقاً لهذه المادة، على جميع الوحدات الإقليمية للدولة وكان مكان عمل الكفيل/المصدر أو المستفيد كائناً في وحدة إقليمية لا تسري عليها هذه الاتفاقية، يعتبر مكان العمل المذكور غير كائن في دولة متعاقدة.
- ٤ - إذا لم تصدر الدولة أي إعلان بموجب الفقرة ١ من هذه المادة، تسري الاتفاقية على جميع الوحدات الإقليمية لهذه الدولة.

المادة ٢٦

نفاذ الإعلان

- ١ - تكون الإعلانات الصادرة وقت التوقيع بموجب المادة ٢٥ مرتبهة بالتأكيد عند التصديق أو القبول أو الإقرار.
- ٢ - تصدر الإعلانات وتؤكد كتابةً ويخطر بها الوديع رسمياً.
- ٣ - يصبح الإعلان نافذاً مع بدء نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة المعنية. غير أن كل إعلان يتلقى الوديع إخطاراً رسمياً به بعد بدء نفاذ هذه الاتفاقية حيز النفاذ يصبح نافذاً في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على تاريخ استلام الوديع للإخطار.
- ٤ - يجوز لكل دولة تصدر إعلاناً بموجب المادة ٢٥ سحب هذا الإعلان في أي وقت بإخطار رسمي كتابي موجه إلى الوديع. ويكون هذا السحب نافذاً في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على استلام الوديع للإخطار.

المادة ٢٧

التحفظات

- لا يجوز إبداء أي تحفظات على هذه الاتفاقية.

المادة ٢٨

بدء النفاذ

- ١ - يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء سنة على تاريخ إيداع الصك الخامس الخاص بالتصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام.
- ٢ - بالنسبة لكل دولة تصبح دولة متعاقدة في هذه الاتفاقية بعد تاريخ إيداع الصك الخامس الخاص بالتصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام. يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء سنة على تاريخ إيداع الصك اللازم من قبل تلك الدولة.
- ٣ - لا تطبق هذه الاتفاقية إلا على الالتزامات الصادرة في تاريخ أو بعد تاريخ بدء نفاذ الاتفاقية بالنسبة للدول المتعاقدة المشار إليها في الفقرة الفرعية (أ) أو الدولة المتعاقدة المشار إليها في الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة ١ من المادة ١.

المادة ٢٩

التنقض

- ١ - يجوز لكل دولة متعاقدة أن تنقض هذه الاتفاقية في أي وقت بإخطار كتابي موجه إلى الوديع.
 - ٢ - يبدأ نفاذ التنقض في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء سنة على استلام الوديع للإخطار. وإذا حددت في الإخطار فترة أطول، يكون التنقض نافذاً لدى انقضاء تلك الفترة الأطول بعد استلام الوديع للإخطار.
- حررت في نيويورك هذا اليوم الحادي عشر من كانون الأول/ديسمبر سنة ألف وتسعمائة وخمسة وتسعين، في نسخة أصلية واحدة، وتتساوى نصوصها الإسبانية والانكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية في الحجية.
- وإثباتاً لذلك، قام الموقعون أدناه، المخوضون حسب الأصول من حكوماتهم، بالتوقيع على هذه الاتفاقية.

I hereby certify that the foregoing text is a true copy of the United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, adopted by the General Assembly of the United Nations on 11 December 1995, the original of which is deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Je certifie que le texte qui précède est une copie conforme de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 11 décembre 1995, et dont l'original est déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

For the Secretary-General,
The Director and Deputy to the
Secretary-General
in charge
of the Office of Legal Affairs

Pour le Secrétaire général,
Le Directeur et Adjoint du
Secrétaire général adjoint chargé
du Bureau des affaires juridiques


Ralph Zacklin

United Nations, New York
6 March 1996

Organisation des Nations Unies
New York, le 6 mars 1996

الملحق رقم (05)

الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 627056 بتاريخ 2010/07/08، قضية مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر وناسيونال بنك الكويت والشركة ذ.م.م للتوزيع والشركة ذ.م.م برقان انترناشيونال الجزائر، (كفالة بنكية - كفالة شخصية - أعراف دولية - معاملة مصرفية عالمية)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.

ملف رقم 627056

الغرفة التجارية والبحرية

ملف رقم 627056 قرار بتاريخ 2010/07/08

قضية مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر و ناسيونال بنك الكويت
والشركة ذ.م.م للتوزيع و الشركة ذ.م.م برقان انترناشيونال الجزائر

**الموضوع: كفالة بنكية - كفالة شخصية - أعراف دولية - معاملة
مصرفية عالمية.**

قانون مدني: المواد من 644 إلى 673.

**المبدأ: لا ينبغي الخلط بين الكفالة البنكية، الداخلة في المعاملات
المصرفية العالمية، الخاضعة للأعراف الدولية، وبين الكفالة
الشخصية، الخاضعة للقانون المدني.**

**الكفالة البنكية مشروطة الدفع، عند أول طلب، وغير
قابلة للطعن، وغير موقوفة بأي شرط.**

**يشترط في الكفالة الشخصية، أن يكون الكفيل موسرا
ومقيما بالجزائر.**

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن
عكنون، الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 257، 244، 239، 233، 231 وما يليها من قانون الإجراءات
المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2009/04/21 وعلى مذكرة الردّ التي تقدّم بها محامي عرب بنك الجزائر.

بعد الاستماع إلى السيد مجبر محمد، المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة صحراوي الطاهر مليكة، المحامية العامة في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن بالنقض لكون الأوجه المدفوع بها ضد القرار محلّ الطعن غير سديدة.

حيث و بعريضة مودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا في 21 أفريل 2009، طعنت مؤسّسة (ن.م) بطريق النقض بواسطة وكيلتها الأستاذة فتيحة صحراوي مصطفى، المحامية المقيمة بالجزائر والمعتمدة لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر في 25 نوفمبر 2008 فهرس رقم 08/07263 القاضي حضورياً بقبول الاستئناف الأصلي والفرعي شكلاً وفي الموضوع، المصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة سيدي أمحمد في 12 مارس 2008 تحت رقم 2981 و القاضي برفض دعوى المدّعية الطاعنة لعدم التأسيس. حيث أثار وكيلها ثلاثة (03) أوجه للطعن.

حيث أجاوب وكيل المطعون ضدّه عرب بنك الجزائر الأستاذ فيصل بن عبد المالك، المحامي المقيم بالجزائر والمعتمد لدى المحكمة العليا دافعا في الشكل بعدم ذكر طبيعتها طبقا للمادة 1/565 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت بصيغة الوجوب والتمس عدم قبول الطعن بالنقض لذلك واحتياطيا في الموضوع، اعتبر الأوجه غير مؤسّسة والتمس رفض الطعن بالنقض.

حيث لم تجب الشركة ذات المسؤولية المحدودة b/s للتوزيع.

حيث لم تجب الشركة ذات المسؤولية المحدودة (Algérie Sarl Burgan)

(International).

وعليه فإن المحكمة العلياعن الدّفع الشّكلي المثار من قبل وكيل المطعون ضده عرب بنكالجزائر :

حيث و خلافا لما جاء به وكيل المطعون ضده، فقد تضمنت عريضة الطعن بالنقض طبيعة "المؤسسة" الطّاعنة وهي ليست شركة، مما يجعل الدّفع في غير محله و يرفض لذلك.

حيث استوفى الطّعن بالنقض أوضاعه و أشكاله القانونيّة، فهو مقبول.

الوجه الأول : مأخوذ من انعدام الأساس القانوني للحكم،

حيث تعيب الطّاعنة على قضاة المجلس استبعادهم لتطبيق المادّة 646 من القانون المدني التي تشترط أن يكون الضّامن أو الكفيل مقيما بالجزائر و تحت طائلة البطلان و لم يمنحوا لقرارهم المطعون فيه التّأسيس القانوني لما اعتبروا أنّ الكفالة البنكية تنظّمها الأعراف الدّوليّة.

حيث لم يأخذ القضاة بدفوع الطّاعنة التي أثبتت بطلان الكفالة المستعملة من طرف عرب بنك ولا تمسّكها بالمادّة المذكورة أعلاه التي لا زال تطبيقها ساري المفعول على جميع أنواع الكفالات دون استثناء للكفالة للطلب الأوّل.

حيث أوضحت الطّاعنة أنّ الشّروط المذكور لا ينطبق على بنك الكويت الذي أخذ على عاتقه التزاما باطلا وذلك بعد أن ألزمتها عرب بنك بأن تدفع لها من حساب الطّاعنة ورغم علم ذات البنك الذي يمارس نشاطه بالجزائر منذ مدّة بأن القانون الجزائري هو واجب التّطبيق الأمر الذي اشترطه على نفسه في حالة نشوب نزاع، لكنه تذرّع بجهله للمادّة المذكورة أعلاه عكس بنك الكويت الذي جاء تصرّفه حقيقة عن جهل القانون الجزائري.

حيث استند قضاة المجلس في قرارهم على نفس دفوع هذا الأخير المتعلقة بالمعاملات المصرفيّة العالميّة ولم يتطرّقوا لذات المادّة التي جاءت صريحة وواضحة و لا تتحمّل أيّ تأويل وجانبوا الهدف المحدّد من قبل المشرّع الجزائري بواسطتها والمتمثل في حماية المتعاملين الجزائريين من الأخطار التي يمكن

الغرفة التجارية والبحرية

ملف رقم 627056

أن يتعرضوا لها في مواجهة الحيل والعراقيل المستعملة من طرف المصرفيين الدوليين من خلال الأعراف المهنية وحتى يجنب التعامل الجزائري من اللجوء للخارج للمرافعة أمام المحاكم وهو يجهل اللغة وكافة الإجراءات التي تسيّر هذا الميدان ويفرض على الأعوان الاقتصاديين المكلفين بالتبادلات الدولية، مشاركة البنوك الأجنبية المقيمة بالجزائر لتسيير الكفالات البنكية المتعددة والمهمة المستعملة في إطار العقود الضخمة الموقعة من طرف الشركات الوطنية.

حيث ولولا هذه المادة التي تشترط أن يكون الضامن أو الكفيل بالجزائر، لظلت الكفالات بكل أنواعها تحت احتكار البنوك الدولية والبلدان الغنية وعليه، لم يمنح قضاة المجلس قرارهم التأسيس القانوني باستبعادهم لها لصالح أعراف مهنية مستعملة في المعاملات المصرفية الدولية بالرغم من أن الأعراف المهنية وبالرغم من أن العرف يؤخذ به في حالة عدم وجود نص قانوني عملا بالمادة 1/2 من القانون المدني، مما يجعل الوجه مؤسسا يتعين الاستجابة له وبالتالي نقض قرارهم المذكور.

لكن حيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه صادق على الحكم المستأنف على أساس أنه بموجب عقد كفالة في 03 نوفمبر 2005، التزم البنك الوطني الكويتي بكفالة قيمتها 3250.000 دولار أمريكي لفائدة عرب بنك الجزائر من حساب المؤسسة الطاعنة ضمانا لديون الشركة ذات المسؤولية المحدودة للتوزيع التي منحتها الشركة ذات المسؤولية المحدودة "برقان أنترناصيونال" بموجب عقد 23 ماي 2005 العريفي حقا منفردا لتوزيع السيارات بمختلف أصنافها على مستوى كامل التراب الوطني و لمدة سنتين قابلتين للتجديد و الطاعنة هي المؤسسة الأم (لبرقان أنترناصيونال).

حيث وبموجب مراسلة في 23 ماي 2007، أخطر البنك الوطني الكويتي مقابله عرب بنك الجزائر أنه تم إيداع المبلغ المطالب به في حسابه، وقد التزم الكفيل الضامن وفي حالة عدم تسديد الدين في أجله من طرف شركة التوزيع،

الغرفة التجارية والبحرية

ملف رقم 627056

تتم تصفية الكفالة مباشرة عن طريق البنك الكويتي، الأمر الذي يدخل في المعاملات المصرفية العالمية، والمادة 646 أعلاه لا تنطبق على الكفالة البنكية التي تنظمها الأعراف الدولية.

حيث وبعد انقضاء المدّة والآجال المحددة لدفع الدين، تم تحويل مبلغ الكفالة من البنك الوطني الكويتي و صرفه من طرف البنك العربي، فموضوع النزاع كفالة بنكية بين الكفيل وهو البنك الوطني الكويتي وعرب بنك و هو المكفول ويصبح طلب المستأنفة استرداده غير مؤسس قانونا.

حيث أنّ هذا التّسبب قانوني وسليم، ذلك لأنّ موضوع النزاع بدعوى الحال، كفالة بنكية صادرة عن البنك الوطني الكويتي و مشروطة الدّفع عند أوّل طلب وغير قابلة للطّعن وغير موقوفة بأيّ شرط، كلّ ذلك تطبيقا للأعراف الدوليّة " كالقواعد و المهل الموحّدة في مواد الضمّان تحت الطّلب " والتي تخلط الطّاعنة فيما بينها وبين الكفالة الشخصية التي ينظمها القانون المدني في موادّه من 646 إلى 373 والتي تشترط فعلا بأن يكون الكفيل ميسورا و مقيما بالجزائر.

حيث يجب التّذكير أنّ هذه الكفالة بدعوى الحال أبرمت بموجب عقد فيما بين البنك الوطني الكويتي (المؤسّسة الأم للطّاعنة) بصفته الكفيل والبنك العربي بالجزائر المكفول الذي منح تسهيلات ماليّة مصرفيّة لعمليّة شركة التّوزيع مقابل ضمان تمثّل في كفالة بنكيّة، وفي حالة عجزها كمدين عن تسديد ديونها تجاه البنك العربي، اضطر هذا الأخير بالتّنفيد على الضّمان المقدّم لأوّل طلب. حيث قام عرب بنك بالجزائر بتقديم طلب التّنفيد على الكفالة البنكيّة التي كان مصدرها الكفيل البنك الوطني الكويتي و تمّ تحويلها في حساب البنك العربي بالبنك المركزي بالجزائر من الدّولار الأمريكي للدّينار الجزائري و تمّ تسديد الدّين المترتب على العميل شركة التّوزيع و استرجع البنك العربي دينه.

و عليه، فالكفالة البنكيّة لأوّل طلب، أصدرها البنك الوطني الكويتي، المؤسّسة الأم للطّاعنة، لفائدة البنك العربي بالجزائر لضمان عمليّة توزيع السيارات

ملف رقم 627056

الغرفة التجارية والبحرية

لشركة التوزيع بعد أن تعذر عليها الوفاء بدينها تجاه البنك العربي بالجزائر وتم تنفيذها طبقاً للأعراف الدولية المتعلقة بالكفالات البنكية وتحت مراقبة البنك المركزي الجزائري الذي لولا حظ أية مخالفة للقانون لما وافق على التحويل. حيث وكما فعلوا، يكون القضاة قد التزموا صحيح القانون وأعطوا لقرارهم المنتقد الأساس القانوني السليم، مما يجعل الوجه غير سديد ويرفض لذلك.

الوجه الثاني : مأخوذ من القصور في التسبب،

حيث تنعى الطاعنة على القرار محل الطعن الحالي أنه غير مسبب وغير معلل، إذ اكتفى القضاة به بتبني دفع المطعون ضدها، عرب بنك دون مناقشتها ودون إعطاء توضيحات للعناصر المكونة للأعراف المهنية التي استندوا عليها ولا الأساس القانوني للأعراف التي فضلوا على أساسها تطبيق هذه الأعراف على نص قانوني وساري المفعول، مما يجعل قرارهم منعدم التعليل و التسبب ويعرض للنقض. لكن حيث أن محتوى هذا الوجه ليس إلا ملخصاً لما جاء بالوجه الأول وينطبق عليه نفس الرد.

حيث أن المعاملة البنكية التي كان أساسها الكفالة لأول طلب تحكمها الأعراف الدولية ولا مجال لتطبيق المادة 646 و ما يليها من القانون المدني التي تنطبق على الكفالة الشخصية إذ تشترط أن يكون الكفيل ميسورا ومقيما بالجزائر. حيث يكون القضاة قد سببوا قرارهم بما فيه الكفاية، مما يجعل الوجه غير جدي ويرفض لذلك.

الوجه الثالث : مأخوذ من التناقض في الأسباب،

بدعوى أن قضاة المجلس أغفلوا التطرق لجميع التناقضات بين مختلف دفع عرب بنك منذ وضع الكفالة إلى إجراءات المنازعة أمام القضاء، ويظهر ذلك ضمن الوثائق المقدمة من طرف هذه الأخيرة التي اشترطت على البنك الكويتي عند وضع الكفالة، أن تحدد ضمن التزاماتها بأن هذه العملية تخضع للقانون الجزائري، وفي حالة نشوب نزاع، تكون محكمة الجزائر هي المختصة محلياً

الغرفة التجارية والبحرية ملف رقم 627056

للفصل فيه، لكنّ عرب بنك تراجعت ضمناً عن هذا الشرط وتمسكت من خلال مقالاتها بتطبيق الأعراف المهنية في المعاملات المصرفية بدل تطبيق القانون الجزائي، ممّا يجعل القرار المطعون فيه متناقض الأسباب ويتعيّن نقضه وإبطاله لذلك.

لكن حيث لم تكشف الطاعنة عن الأسباب المتناقضة بالقرار المطعون فيه إذ أنّ تراجع عرب بنك الضمني عن شرط الاختصاص المحلي للقانون الجزائي عند نشوب نزاع لا يعني تناقض الأسباب.

حيث لم تتراجع عرب بنك كما جاء بالوجه خطأ إذ الاختصاص كان لمحكمة سيدي امحمد التي طبقت وعن حقّ، الأعراف الدوليّة على الكفالة البنكية لطلب أوّل بدلا من المادة 646 من القانون المدني التي تخصّ الكفالات الشخصية، وقد حذا المجلس حذوها.

وعليه، فلا وجود لأيّ تناقض، ممّا يجعل الوجه غير جدّي ويرفض لذلك. وضمن هذه الظروف، يتعيّن رفض الطعن بالنقض لعدم تأسيس الأوجه المثارة.

فلهذه الأسباب

تقضى المحكمة العليا:

بقبول الطعن شكلا و برفضه موضوعا.
وبإبقاء المصاريف على الطاعنة.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثامن من شهر جويلية سنة ألفين و عشرة من قبل المحكمة العليا-الغرفة التجارية والبحرية-المتركبة من السادة :

ملف رقم 627056

الغرفة التجارية والبحرية

رئيس الغرفة رئيسا	ذيب عبد السلام
مستشارا مقرررا	مجبر محمد
مستشارا	معلم اسماعيل
مستشارا	قريني أحمد
مستشارا	بعطوش حكيمة
مستشارا	كدروسي لحسن

بحضور السيدة : صحراوي الطاهر مليكة- المحامي العام،
و بمساعدة السيد : سباك رمضان- أمين الضبط.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

1 - النصوص القانونية:

أ/ الدستور:

التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر عدد 76 بتاريخ 08 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر عدد 25 بتاريخ 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 63 بتاريخ 16 نوفمبر 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14 بتاريخ 07 مارس 2016م.

ب/الاتفاقيات والقواعد الدولية الموحدة:

- 1- القواعد الدولية الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس في 20 جوان 1978 بالنشرة رقم 325 والمتعلقة بالضمانات التعاقدية.
- 2- القواعد الدولية الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس في ماي 1992 بالنشرة رقم 458 والمتعلقة بالضمانات لدى الطلب.
- 3- القواعد الدولية الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس في 03 ديسمبر 2009 بالنشرة رقم 758 (بدأ نفاذها في 01 جويلية 2010) والمتعلقة بالضمانات لدى الطلب.
- 4- اتفاقية لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الانستيرال) لعام 1995 الخاصة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة. الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org
- 5- القواعد والأعراف الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس بالنشرة رقم 600 لعام 2007 الخاصة بالاعتمادات المستندية.

ج/ النصوص التشريعية الوطنية:

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975م، ج.ر عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 بتاريخ 26 يونيو 2005م، المتضمن القانون المدني الجزائري.
- 2- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005، والقانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج.ر عدد 71 بتاريخ 30 ديسمبر 2015م.

قائمة المصادر والمراجع

- 3- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008 م.
- 4- الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424، الموافق 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 52 بتاريخ 27 أوت 2003 (الذي ألغى القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 16 بتاريخ 18 أبريل 1990 المعدل والمتمم بالأمر 01-2001 المؤرخ في 27 فيفري 2001، ج.ر عدد 14 بتاريخ 28 فيفري 2001)، المعدل والمتمم بالأمر 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر عدد 44 بتاريخ 26 جويلية 2009، المعدل والمتمم بالأمر 04-10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 50، بتاريخ 01 سبتمبر 2010، ثم بالقانون رقم 17-10 المؤرخ في 26 أوت 2017، ج.ر عدد 57 في 12 أكتوبر 2017 م.
- 5- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005 م.
- 6- الأمر رقم 76-80 مؤرخ في 29 شوال 1396 الموافق لـ 23 أكتوبر 1976 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 01 ربيع الأول 1419 الموافق لـ 25 يونيو 1998، يتضمن القانون البحري، ج.ر عدد 47 بتاريخ 27 يونيو 1998 م.
- 7- القانون 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق 21 يوليو سنة 1979 والمتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10 مؤرخ في 29 ربيع الثاني عام 1419 الموافق 22 أوت 1998، (ج ر عدد 61 بتاريخ 23 أوت 1998)، ثم بالقانون 17-04 المؤرخ في 16 فبراير 2017، ج.ر عدد 11 بتاريخ 19 فبراير 2017 م.
- 8- القانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر 46 في 03 أوت 2016 م.
- 9- مرسوم تشريعي رقم 93-10 مؤرخ في 23/05/1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر عدد 1993/34، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-10 ثم بالقانون رقم 03-04 مؤرخ في 17/02/2003، ج.ر عدد 11 بتاريخ 19/02/2003 م.
- 10- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015 م.

د/ النصوص التشريعية الأجنبية:

- 1- الأمر رقم 346-2006 المؤرخ في 23 مارس 2006 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي.
- 2- قانون النقد والمالية الفرنسي.
- 3- قانون التجارة المصري رقم 17 لعام 1999، ج.ر العدد 19 (مكرر) في 17 مايو سنة 1999 م.
- 4- قانون المعاملات التجارية رقم 18/1993 الاتحادي لدولة الإمارات العربية.

قائمة المصادر والمراجع

5- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.

6- قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.

هـ/ النصوص التنظيمية:

- 1- نظام رقم 93-02 مؤرخ في 03 جانفي 1993، يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، ج.ر عدد 17 بتاريخ 14 مارس 1993.
- 2- نظام رقم 94-13 مؤرخ في 2 جوان 1994، والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج.ر عدد 72 بتاريخ 06 نوفمبر 1994.
- 3- نظام 02-03 مؤرخ في 14 نوفمبر 2002، يتضمن المراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج.ر عدد 84 بتاريخ 18 ديسمبر 2002.
- 4- نظام 07-01 مؤرخ في 03 فيفري 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر عدد 31 بتاريخ 13 ماي 2007.
- 5- نظام رقم 09-04 مؤرخ في 23 يوليو 2009، يتضمن مخطط الحسابات البنكية والقواعد المحاسبية المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر عدد 76 بتاريخ 29 ديسمبر 2009.

II - معاجم اللغة العربية:

- 1- إبراهيم مذكور، المعجم الوجيز، مطابع شركة الإعلانات الشرقية دار التحرير للطبع والنشر، مصر، 1989م.
- 2- ابن منظور الإفريقي المصري (الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، 1990م.
- 3- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، ط 1429هـ - 2008م.

III - الاجتهاد القضائي:

- 1- الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 627056 بتاريخ 2010/07/08، قضية مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر وناسيونال بنك الكويت والشركة ذ.م.م للتوزيع والشركة ذ.م.م برقان انترناشيونال الجزائر، (كفالة بنكية - كفالة شخصية - أعراف دولية - معاملة مصرفية عالمية)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
- 2- الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 560796 بتاريخ 2009/10/08، قضية بنك البركة الجزائري ضد شركة البركة والأمان للتأمين وإعادة التأمين و(ر-ن)، (قرض - ضمان - كفالة)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2009م.

قائمة المصادر والمراجع

- 3- الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 478349 بتاريخ 2008/07/09، قضية بنك البركة الجزائري ضد (ب-س)، (كفالة - بنك - إيسار)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.
- 4- الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 427543 بتاريخ 2008/03/05، قضية مؤسسة ترقية السكن العائلي بنك التنمية وكالة 417، (كفالة - كفالة شخصية - تضامن)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008.
- 5- المحكمة العليا الغرفة المدنية، قرار مؤرخ في 1987/4/12، م.ق 1990، عدد4، ص85-87، في القضية رقم 43098 بين (ب.س) و(أ.ع)، منقول عن القانون المدني الجزائري، برتي للنشر، الجزائر، 2014، ص24.
- 6- قرار مؤرخ في 1987/04/12 م.ق سنة 1990، عدد 4، ص 85-87، منقول عن القانون المدني الجزائري، برتي للنشر، الجزائر، 2014، ص24.

ثانيا: قائمة المراجع

1- باللغة العربية:

أ/ الكتب العامة:

- 1- إبراهيم سيد أحمد، مبادئ القانون التجاري، الدار الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2005.
- 2- أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1999م.
- 3- أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 4- أكرم ياملكي، القانون التجاري (دراسة مقارنة في الأعمال التجارية والتاجر والعقود التجارية والعمليات المصرفية والبيوع الدولية)، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، مكتبة الجامعة، الشارقة، ط1، 2012.
- 5- إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة (عمليات المصارف)، الجزء 3، منشورات بحر المتوسط، بيروت-باريس، ط1، 1983 م.
- 6- إلياس ناصيف، العقود المصرفية (التحويل المصرفي-الحساب المشترك-الكفالة المصرفية)، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط1، 2014 م.
- 7- بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 2010م.
- 8- بسام عاطف المهتار ومايا سليت مشرفية، الضمانات غب الطلب، منشورات الحلبي، بيروت، ط1، 2009م.

قائمة المصادر والمراجع

- 9- جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، ج2، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 2007 م.
- 10- ج.ويبير - ر.روبلو، المطول في القانون التجاري (الأسناد التجارية-المصارف والبورصات-العقود التجارية-الأصول الجماعية)، ج2، ترجمة علي مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2008 م.
- 11- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق-دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009 م.
- 12- حماد مصطفى عذب، الإطار القانوني للضمانات الشخصية التي تقدمها شركات المساهمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 م.
- 13- خالد إبراهيم التلاحمة، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية، دار الإسراء للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2004 م.
- 14- خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري-مبادئ القانون التجاري والشركات التجارية والعمليات المصرفية-، جهينة للنشر والتوزيع، البلقاء.
- 15- خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، 2009م.
- 16- دريد كامل آل شبيب، إدارة البنوك المعاصرة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 2012م.
- 17- رجاء السلاموني، الوجيز في عقود التأمين في القانون المدني والشريعة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010م.
- 18- رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، دراسة مقارنة في القانون والفقہ الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2013م.
- 19- سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، مطبعة الشرق ومكتبها، عمان، ط 2، 1402هـ - 1982م.
- 20- سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري (العقود التجارية وعمليات البنوك)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2000م.
- 21- صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2009م.
- 22- صلاح الدين حسن السيسي، الموسوعة المصرفية العلمية والعملية، الجزء الأول، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ط 1، 2011م.
- 23- طالب حسن موسى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1432هـ - 2011م.

قائمة المصادر والمراجع

- 24- عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي (دراسة قانونية مقارنة بالشريعة الإسلامية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م.
- 25- عبد الرحمن السيد قرمان، عمليات البنوك طبقا لقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م.
- 26- عبد الرحمان توفيق، عمليات وإجراءات الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، بميك، الجيزة، 2014م.
- 27- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام (العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952م.
- 28- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، المجلد1، العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952م.
- 29- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، منشورات الحلبي، بيروت، 2000م.
- 30- عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر، عمان، ط1، 1998م.
- 31- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك (في ضوء الفقه - القضاء - التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 32- عبد الحميد الغزالي، الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، مطابع المختار الإسلامي، مركز الاقتصاد الإسلامي.
- 33- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء 2 (الأوراق التجارية وعمليات البنوك)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2007م.
- 34- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، دراسة القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.
- 35- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001م.
- 36- علي البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، ج2 (العقود التجارية وعمليات البنوك)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000م.
- 37- علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م.
- 38- عمر مصطفى جبر إسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1430هـ - 2009م.
- 39- لؤي عبد الرحمان، العمليات المصرفية، دار البلدية ناشرون وموزعون، عمان، ط1، 2015.

قائمة المصادر والمراجع

- 40- محمد إبراهيم موسى، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، إدارة الثقافة والنشر الجامعية لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ج 1، 1411 هـ - 1991م.
- 41- محمد بن سالم بن عبد الله بخضر، التكييف الفقهي للخدمات المصرفية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1434هـ - 2013م.
- 42- محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود، ط1، 1984-1997.
- 43- محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأوراق التجارية-الإفلاس-العقود التجارية-عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م.
- 44- محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الإفلاس - عمليات البنوك)، منشورات الحلبي، بيروت، ط1، 2011م.
- 45- محمد الشحات الجندي، التعامل المالي والمصرفي المعاصر من منظور إسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1428هـ-2008م.
- 46- محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2005م.
- 47- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر، عمان، 2007م.
- 48- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية (عقد الكفالة)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1426هـ - 2005م.
- 49- محمد الطاهر بلعيساوي، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية، منشورات الحلبي، بيروت، ط1، 2012م.
- 50- محمد الطاهر بلعيساوي، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة، الجزائر، ط04، 2012م.
- 51- محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2013م.
- 52- محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة وأنواعها وطرق الإبراء منها، دار النفائس للنشر، عمان، ط1، 2003م.
- 53- محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 1427هـ - 2007م.
- 54- محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 1427هـ - 2007م.
- 55- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، الإصدار الأول، 1429هـ - 2008م.

قائمة المصادر والمراجع

- 56- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، الإصدار الثاني، 1430هـ - 2009م.
- 57- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، النسر الذهبي للطباعة، يسرى حسن إسماعيل، دار السلام، 2001 م.
- 58- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الثاني، النسر الذهبي للطباعة، يسرى حسن إسماعيل، دار السلام، 2001.
- 59- المعتمد بالله الغرياني، القانون التجاري (المعاملات التجارية، العقود التجارية - عمليات البنوك)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 60- مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار المكتبة القانونية، القاهرة، 2006م.
- 61- مصطفى كما طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2006م.
- 62- مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م.
- 63- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م.
- 64- منير محمد الجنيبي وممدوح محمد الجنيبي، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 65- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006م.
- 66- هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994م.
- 67- هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003م.
- 68- هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتجارة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.
- 69- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002م.

ب/ الكتب المتخصصة:

- 1- رياض ناظم حميد، النظام القانوني لخطاب الضمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2015.
- 2- سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009م.
- 3- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية - في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- 4- محمد حسين صالح طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2017م.
- 5- محمد عبد الظاهر حسين، عقد الضمان المضاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.

قائمة المصادر والمراجع

6- كامل الوادي، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقوانين المنظمة لها، دار الكتب القطرية، الدوحة، ط1، 2001م.

ج/ الأطروحات الجامعية:

- 1- بضراني نجاة، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع (الاعتماد بالقبول، الكفالة المصرفية، خطاب الضمان)، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1987م.
- 2- راضية أمقران، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور الغوثي بن محلة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014 م.
- 3- فهيمة قسوري، المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور شيتور جلول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، نوقشت بتاريخ 2014/05/14 م.

د/ المقالات والدراسات:

- 1- أحمد حسن، التطبيقات المعاصرة للقرض الذي جر منفعة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الأول، 2008 م.
- 2- أسيل باقر جاسم، أثر التحكيم على خطاب الضمان (دراسة تحليلية)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، كلية القانون، جامعة بابل، يوليو 2011. البريد الإلكتروني: safaat2@yahoo.com
- 3- حمدي محمد مصطفى، "الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية الانستيرال 1995"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، العدد 50، أبريل 2012 م.
- 4- عبد القادر ورسمة غالب، "القواعد الموحدة لطلب الضمانات رقم 758-2010"، مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد 395، أكتوبر 2013، الصادرة عن الراعي الماسي (البنك العربي، بنك البحر المتوسط، المصرف التجاري الوطني، البنك الوطني القطري)، بيروت، 2013 م.
- معهد الدراسات المصرفية، "خطاب الضمان"، مجلة إضاءات مالية ومصرفية، العدد 10، ماي 2011، الصادرة عن معهد الدراسات المصرفية، الكويت، 2011 م.
- 5- عبد السلام بن محمد الشويعر، عقد الكفالة وتطبيقاته المعاصرة، مجلة العدل، العدد 43، كلية الملك فهد الأمنية، الرياض، رجب 1430 هجري. البريد الإلكتروني: safaat2@yahoo.com
- 6- كروم السالك، النظام القانوني للضمانات البنكية المستقلة، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، 15 أكتوبر 2017م. الموقع الإلكتروني: www.droitentreprise.com

قائمة المصادر والمراجع

- 7- ميسم النويري، الكفالة لدى أول طلب، مجلة ريادة، صادرة عن الشبكة القانونية للنساء العربيات، عمان، سبتمبر 2007 م. البريد الإلكتروني: info@qanouniyat.org
الموقع الإلكتروني: www.qanouniyat.org
- 8- الصديق محمد الأمين الضرير، خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية، مجلة المشكاة، 17 شوال 1425 هـ - 30 نوفمبر 2004 م. الموقع الإلكتروني: www.meshkat.net

هـ/ أعمال ملتقى (ندوة):

- 1- إبراهيم زينل، "خطاب الضمان"، في/منتدى تمويل التجارة الدولية، القواعد والأعراف الموحدة بشأن خطاب الضمان، الذي نظّمته غرفة التجارة الدولية بالبحرين، جريدة الوسط، عدد 3012، بتاريخ 05 ديسمبر 2010 م. الموقع الإلكتروني: writer-20 » www.alwasatnews.com
- 2- كمال رزيق، التحوط وإدارة المخاطر في المؤسسات المالية الإسلامية، ملتقى الخرطوم للمنتجات المالية الإسلامية، النسخة الرابعة، تقييم تجربة البنوك الإسلامية بالجزائر، الذي جرى يومي 5 و6 أبريل 2012 م.
- 3- محمد أحمد زيدان، الوقاية من مخاطر الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، بحث منشور في مركز الدول العربية للبحوث والدراسات والمركز العربي للبحوث والدراسات الجنائية، الرياض، البريد الإلكتروني: www.arablawinfo.com
- 4- مولاي خثير رشيد، بن لدغم فتحي، "الاقتصاد الإسلامي (الواقع ورهانات المستقبل)"، الملتقى الدولي الأول لمعهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بغرداية. البريد الإلكتروني: moulaykh@yahoo.fr

و/ مواقع الانترنت:

- 1- أمين شحاتة، آثار الحصار على العراق، مقال منشور على الانترنت بتاريخ 2004/10/03 م.
الموقع الإلكتروني: www.aljazeera.net
- 2- عبد الزهرة علي الجنابي، الحصار الاقتصادي والصناعة في العراق، جامعة الكوفة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: humanities.uobabylon.edu.iq » articles
- 3- علي إبراهيم مطر، ما هي العقوبات الدولية على إيران، مقال منشور على الانترنت بتاريخ 28 فيفري 2018، موقع العهد الإخباري. الموقع الإلكتروني: alahed.com.lb
- 4- عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، www.pdfactory.com
- 5- مصطفى اللباد، العقوبات المفروضة على إيران، مقال منشور على الانترنت. الموقع الإلكتروني: www.marefa.org

II - الكتب باللغة الأجنبية:

I - Ouvrages:

A - Ouvrages généraux:

- 1- Barthélmy MERCADAL, Droit commercial (Mémento pratique), éditions Francis Lefebvre, Paris, éd 19, 2011.
- 2- Barthélmy MERCADAL, Droit commercial (Mémento pratique), éditions Francis Lefebvre, Paris, éd 21, 2013.
- 3-Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire (Institutions-Comptes-Opérations-Services), Litec, 8^oéd, Paris, 2010.
- 4- Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire (Institutions-Comptes-Opérations-Services), Litec, 4^oéd, Paris, 1999.
- 5- Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, LexisNexis, 9^oéd, Paris, 2015.
- 6-Dominique, Legeais, travaux dirigés de droit des sûretés, 3^oéd, Litec, Paris 2003.
- 7- Dominique Legeais, Sûretés et Garanties du crédit, L.G.D.j, Paris, 2^oéd, 1999.
- 8-Gael PIETTE, Droit des sûretés (sûretés personnelles et sûretés réelles), Gualino lextenso éditions, 4^oéd, 2010.
- 9- Ghislaine Legrand et Hubert Martini, Commerce International, Dunod, Paris, 2^oéd, 2008.
- 10-Hubert Martini et autres, Crédits documentaires lettres de crédit Stand-By cautions et garanties, Revue Banque, Paris, 2^oéd, 2010.
- 11-Jacque Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Droit commercial (droit interne et aspects de droit international), L.G.D.J Lextenso Editions, Paris, 28^o éd, 2009.
- 12- Jean-Baptiste Seube, Droit des Sûretés, DALLOZ, Paris, 6^oéd, 2012.
- 13-Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud, Droit bancaire, DALLOZ, Paris, 6^oéd, 1995.
- 14-Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebeque, Sabine Corneloup, Droit de commerce international, DALLOZ, Paris, 1^oéd, 2007.
- 15-Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebeque, Sabine Corneloup, Droit de commerce international, DALLOZ, Paris, 3^oéd, 2015.
- 16-Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque, Paris, 2^oéd, 1996
- 17-Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque, Paris, 4^oéd, 2009
- 18-Jean Stoufflet, Nicolas Mathey, Jean-François Riffard, Travaux dirigés de droit bancaire, LITEC, LexisNexis, Paris, 2011.
- 19- Laure SINE, Droit commercial et droit du crédit, DUNOD, Paris, 3^oédition, 2005.

- 20-Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND et Marie-Noell JOBARD-BACHELLIER, Droit des suretés, DALLOZ, Paris, 3^oéd, 2012.
- 21-Mathias Audit, Sylvain Bollée, Pierre Callé, Droit de commerce international et investissements étrangers, L.G.D.J Lextenso Editions, Paris, 2014.
- 22-Patrice Bouteiller et autres, L'exploitant de banque et le droit, RB REVUE BANQUE EDITION, Paris, 4^oéd, 2008.
- 23- Philippe Delebecque, Michel Germain, Traité de droit commercial, LGDJ, Paris, 17^oéd, T2, 2004.
- 24- Philippe Neau-Leduc, Droit bancaire, DALLOZ, Paris, 2^oéd, 2005.
- 25-Philippe Simler, Philippe Delebecque, Droit civil (Les suretés La publicité foncière), DALLOZ, Paris, 6^oéd, 2012.
- 26-Pierre-Alain Gourion, George Payrard, Droit du commerce international, L.G.D.J, 3^oéd, 2001.
- 27-Sophie Moreil, Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit bancaire, DALLOZ, Paris, 10^oéd, 2010
- 28-Stéphane Pieddelièvre, Emmanuel Putman, Droit Bancaire, ECONOMICA, Paris, éd 2011.
- 29-THIERRY BORNEAU, Droit bancaire, Lextenso édition, Paris, 8^oéd,2009

B - Ouvrages spécialisés:

- 1- Caroline HOUIN-BRESSAND, Les contres-garanties, Editions DALLOZ, Paris, 2006.
- 2-ROSSI TUTO, La garantie bancaire à première demande : pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta-édition, le montsur-lausanne, 1990.

II - Thèses:

Konaté Madou, L'obligation d'information dans les suretés personnelles, Thèse doctorale en droit privé, sous direction de Kamel Saidi, Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, école doctorale sciences sociales, 2011-2012.

III - Articles et communications:

- 1-Foucaud Tchekhoff, Serge-Antoine Techkhoff, «cautions, garanties, bonds», Guide de la gestion du risque client à l'international, LE MOCI, édition 2012, Paris, 02/15 FEV2012.
- 2-Jean-Pierre MATTOU, Droit bancaire, supranationalité et extraterritorialité : La lex mercatoria, Revue de droit bancaire, Mai -Juin 2015.
- 3-Jean-Pierre Mattout, « La révision des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande N° 758 », recueil DALLOZ, hebdomadaire 186^e année, N°21/7426, DALLOZ, Paris, 03 Juin 2010.
- 4- Philippe Simler ; les principes fondamentaux du cautionnement (entre accessoire et autonomie), Cour de Cassation « Bulletin d'information, communications, doctrine, jurisprudence » N°789 du 15 Octobre 2013. Site internet : www.courdecassation.fr

5-Stéphanie Lévi, « Guide des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande N° 758 », Banque & Droit, n° 139 septembre-octobre 2011, REVUE BANQUE, Paris, Mardi 8 novembre 2011.

IV-Sites Internet :

1-George Affaki, Andrea Hauptmann, « Avantage d'une standardisation des règles applicables aux garanties internationales », Règles Uniformes de La Chambre de commerce Inter nationale », CCI, Paris, www.georgeaffaki@bnpparibas, www.andrea.hauptmann@rbinternational.com.

2-Charles Moumouni, « le regime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », Revue juridique Thémis, faculté de droit à l'université de Montreal, édition Thémis, Montreal, www.themis.umontreal.ca.

فهرس الموضوعات

2	مقدمة
15	الباب الأول: ماهية خطاب الضمان الدولي
16	الفصل الأول: مفهوم خطاب الضمان، أهميته وطبيعته القانونية
17	المبحث الأول: مفهوم خطاب الضمان
17	المطلب الأول: نشأة وتطور خطاب الضمان
20	المطلب الثاني: تعريف خطاب الضمان
34	المطلب الثالث: خصائص خطاب الضمان وتمييزه عن العمليات المشابهة له
53	المبحث الثاني: الأهمية العملية لخطاب الضمان الدولي
54	المطلب الأول: أهمية خطاب الضمان بالنسبة لأطراف العملية
60	المطلب الثاني: أهمية خطاب الضمان الدولي من حيث مجالات استخدامه
72	المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان
73	المطلب الأول: عرض النظريات العقدية
86	المطلب الثاني: نظرية الإرادة المنفردة
92	الفصل الثاني: عناصر وصور خطاب الضمان الدولي وأنواعه
93	المبحث الأول: عناصر خطاب الضمان الدولي
94	المطلب الأول: الأطراف المساهمة في عملية إصدار خطاب الضمان الدولي
98	المطلب الثاني: أهمية صيغة خطاب الضمان وبياناته الضرورية
108	المبحث الثاني: صور إصدار خطاب الضمان الدولي وتعديلاته
109	المطلب الأول: خطاب الضمان الدولي الوارد وخطوات إصداره
116	المطلب الثاني: خطاب الضمان الدولي الصادر بناء على طلب عميل مقيم وخطواته
120	المطلب الثالث: التعديلات الواردة على خطاب الضمان
131	المبحث الثالث: أنواع خطاب الضمان الدولي
132	المطلب الأول: خطاب الضمان من حيث طريقة الإصدار وتدخل البنك المحلي
136	المطلب الثاني: خطاب الضمان من حيث الصيغة ومدة سريانه
141	المطلب الثالث: خطاب الضمان من حيث معيار الغرض والغطاء
153	الباب الثاني: أحكام التعامل بخطاب الضمان الدولي
154	الفصل الأول: آثار إصدار خطاب الضمان
155	المبحث الأول: العلاقات الناشئة عن عملية إصدار خطاب الضمان
156	المطلب الأول: العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد
158	المطلب الثاني: العلاقة بين العميل الأمر والبنك الضامن
163	المطلب الثالث: العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد

168	المطلب الرابع: العلاقة بين البنك الضامن المقابل والبنك الضامن المباشر
173	المبحث الثاني: الالتزامات المترتبة عن عملية إصدار خطاب الضمان
174	المطلب الأول: الالتزامات المترتبة على أطراف عقد فتح الاعتماد بالضمان
187	المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة عن خطاب الضمان ذاته
191	المطلب الثالث: الالتزامات المترتبة عن العلاقة بين الضامن المقابل والضامن المباشر
193	المبحث الثالث: استقلالية التزام البنك وأثر غش المستفيد عليها
194	المطلب الأول: استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان ونتائجها
205	المطلب الثاني: الغش وأثره على استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان
218	الفصل الثاني: انقضاء خطاب الضمان وأثره
219	المبحث الأول: انقضاء خطاب الضمان بالتنفيذ، شروطه وعوارضه
220	المطلب الأول: انقضاء خطاب الضمان بالوفاء أو ما يعادل الوفاء
225	المطلب الثاني: شروط تنفيذ خطاب الضمان
236	المطلب الثالث: عوارض تنفيذ خطاب الضمان
249	المبحث الثاني: انقضاء خطاب الضمان دون وفاء للمستفيد
250	المطلب الأول: انتهاء صلاحية خطاب الضمان دون مطالبة
253	المطلب الثاني: انقضاء خطاب الضمان بالإبراء أو بإعادته لانتهاء الغرض منه
255	المطلب الثالث: انقضاء خطاب الضمان بالتقادم
256	المطلب الرابع: انقضاء خطاب الضمان باستحالة التنفيذ
258	المطلب الخامس: حالات خاصة بانتهاء خطاب الضمان بإلغائه
261	المبحث الثالث: آثار انقضاء خطاب الضمان
262	المطلب الأول: دعاوى الرجوع بعد تنفيذ خطاب الضمان
267	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن انقضاء خطاب الضمان دون وفاء
276	الخاتمة
282	الملاحق
283	قائمة المصادر والراجع
296	فهرس الموضوعات

ملخص

أدى التطور الاقتصادي وانفتاح الأسواق العالمية وامتداد نشاطها لكل الدول إلى زيادة حجم المبادلات، ومعلوم أن عمليات التجارة الخارجية لا تخلو من الأخطار، بسبب التباعد الجغرافي والتشريعي بين أطراف التعامل، مما يقلل من عنصر الثقة والطمأنينة وخصوصا بالنسبة للمستوردين، فكان من الضروري أن تتطور القواعد المنظمة لها تماشيا مع المتغيرات الحاصلة، واستجابة لذلك تم ابتكار خطاب الضمان كآلية تلبى حاجياتها وتعمل على تسهيل التعاملات وضمان تنفيذ الالتزامات على النحو المتفق عليه.

الكلمات المفتاحية:

خطاب الضمان؛ الضمان المقابل؛ التزام مستقل؛ العميل الأمر؛ المستفيد.

Résumé :

Le développement économique, l'ouverture des marchés internationaux et l'expansion de leur activité dans tous les pays ont multiplié les échanges. Sachant que les opérations de commerce extérieur ne sont pas sans risque, en raison de la distance géographique entre les parties et la différence des lois et règlements en vigueur dans chaque pays, ce qui réduit la confiance entre les partenaires, notamment pour les importateurs.

Pour bannir à ces risques et assurer l'exécution des obligations convenues, les intervenants ont inventé la lettre de garantie comme mécanisme capable à satisfaire ces choses et facilite les transactions.

Mots clés :

Lettre de garantie ; Contre garantie ; Obligation indépendante ; Donneur d'ordre ; Bénéficiaire.