وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة جيلالي ليابس/ سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

(19 مارس 1962)

عنوان الأطروحة

الكفالة البنكية كأداة للضمان
في عمليات الإئتمان في ظل التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص: علوم قانونية فرع: قانون البنوك

المشرف والمقرر

أ. فتات فوزي

من إعداد المترشحة

بن بابوش فاطنة

أعضاء اللجنة

السيد: معوان مصطفى	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
السيد: فتات فوزي	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد: بن أحمد الحاج	أستاذ محاضر – أ–	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا
السيد: محمد الحاج بن علي	أستاذ محاضر – أ–	جامعة الشلف	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018 م الموافق ل 1440 هـ

شكر وتقدير

بعد شكر الله تعالى،

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الإمتنان إلى أستاذي الفاضل،

الأستاذ فتات فوزي

الذي تكرم بقبول الإشراف على هذا العمل، وعلى ماقدمه من توجيه وإرشاد في سبيل إنجازه، فقد أنار لي الدرب خلال سنوات من العطاء رغم التزاماته الكثيرة. فله كل الإحترام والتقدير على صبره ودعمه المادي والمعنوي في شتى مراحل البحث.

كما لايفوتني أن أتقدم بالشكر الوافر للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة، لما بذلوه من جهد في قراءة هذه الأطروحة في سبيل تقديم توجيهاتهم القيمة.

ولا أنسى تقديم الشكر والعرفان إلى كل من قدم لي العون من قريب أو بعيد، لاسيما الأستاذ ساسي محمد فيصل من جامعة سعيدة، والزميل ناصر موسى من جامعة معسكر، والزميلة خثير فريدة من جامعة سيدي بلعباس.

ب.فاطنة

إهداء

إلى والدي الكريمين،

« وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا »

إلى قرة عيني، محمد.

بـ.فاطنة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2)
اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ
يَعْلَمْ (5)

صدق الله العظيم

سورة العلق الآية: 1-5

قائمة المختصرات

1- المختصرات باللغة العربية:

ج:	جزء.
ج ر:	جريدة رسمية.
د:	دكتور.
ص:	صفحة.
ط:	طبعة.
ق. ت. ج:	قانون تجاري جزائري.
ق. م. ج:	قانون مدني جزائري.
ق. م. ف:	قانون مدني فرنسي.

2- Liste des principales abréviations:

Art:	Article.
cass .com:	Cassation commerciale.
com:	Commerciale.
Déc:	Décembre.
ed:	édition.
EUE:	Edition des Universités Européenne.
Fév:	Février.
JORF:	Journal Officiel République Française.
LGDJ:	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
LN:	Loi Numéro.
MCJ:	Mon Code Juridique.
Mr:	Monsieur.
Nº:	Numéro.
Obs:	observation.
Oct:	octobre.
op.cit:	ouvrage précité.
p:	page.
PP:	De page à page.
PUF:	Publication Universitaire Française.
RTD com:	Revue Trimestrielle de Droit commercial.
Sep:	Septembre.

مقدمة:

الإئتمان، هو الثقة التي يوليها البنك لشخص ما سواء كان طبيعيا أو معنويا بأن يمنحه مبلغا من المال لاستخدامه في غرض محدد خلال فترة زمنية متفق عليها وبشروط معينة، لقاء عائد مادي متفق عليه وبضمانات تمكن البنك من استرداد قرضه في حالة توقف العميل عن السداد.

بناء عليه، يقصد بعمليات الإئتمان تقديم البنك للعميل أو لشخص يحدده العميل فورا أو في أجل معين أدوات للوفاء، أي نقودا أو أدوات أخرى يستخدمها العميل في وفاء ديونه، وقد لا يقدم البنك هذه النقود أو الأدوات فعلا بل يكتفي أن يتعهد بتقديمها، وفي مقابل تدخل البنك يتعهد العميل بدفع عمولة أو فائدة للبنك. كما يتعهد تعهدا مضمونا أو غير مضمون بأن يرد هذه الأدوات إلى البنك وقد يسترد البنك حقه من شخص غير العميل.

أصبح الإئتمان البنكي يشكل وسيلة حيوية في تمويل المشروعات الاقتصادية بعد أن صار رجال الأعمال يوجهون كل أموالهم للإنتاج، وبالمقابل يلجؤون إلى بنوكهم لمساعدتهم على تنفيذ عملياتهم عن طريق منحهم التسهيلات الإئتمانية التي تتماشى مع طبيعة ومقدار احتياجاتهم.

وإذا كانت البنوك فيما مضى تقتصر على أعمال الصرف وتجارة النقود، فإن وجودها اليوم صار يمثل ضرورة ملحة في حياة الفرد والجماعة بتنوع البضاعة المعروضة على العملاء وازدياد الطلب عليها، بعد أن وجد كل عميل لدى بنكه ما يلائم ظروفه واحتياجات نشاطه التجاري. كما أن الإنفتاح الإقتصادي الذي يشهده العالم جعل المنافسة تعم كل القطاعات، فلم يعد المصرفي ذلك الشخص المنغلق على نفسه الذي ينتظر قدوم العميل لطلب

ائتمانه، بل تحول إلى تاجر مدفوع الأجر يتخذ المبادرة بنفسه لجلب العميل وعرض مساعدته عليه.

إن هذا الواقع يدفع بالإعتراف أن البنوك أصبحت تبالغ في منح ائتمانها– وبدون ضمانات أحيانا– معتقدة أنها تحقق الإنتصار على منافسيها، متجاهلة التغير المستمر للظروف الإقتصادية تحت تأثير العوامل السياسية والإجتماعية.....

كانت النتيجة ضربات متوالية أصابت العديد من البنوك وانهارت بها المراكز المالية للعديد من عملائها، الأمر الذي لا يمكن تفاديه إلا من طرف البنوك ذاتها عن طريق احترام الواجبات المهنية المفروضة عليها.

إن أي عملية ائتمانية مهما كان نوعها تتميز باجتماع عنصرين هما: الوقت والثقة، فلابد من وجود تفاوت في الوقت بين تصرفين أحدهما حال والآخر مؤجل وأن يرتكز منح ذلك الوقت على الثقة القوية بين طالب الإئتمان ومانحه.

هذا الفاصل الزمني بين تصرف البنك وتصرف عميله، يجعل عمليات الإئتمان تقسم – بوجه عام– إلى عمليات طويلة الأجل وأخرى قصيرة الأجل. تتعدد هذه الأخيرة تبعا لما يبتدعه العمل المصرفي وتقتضيه حاجات التجارة، وهي تندرج تحت طائفتين رئيسيتين هما: ائتمان الخزينة[1]، يتحقق بالوضع الفعلي لمبلغ الإئتمان تحت تصرف العميل. والإئتمان بالتوقيع[2]، وهو تعبير اعتاد فقهاء القانون وعلماء الإقتصاد على إطلاقه على كل عملية ائتمانية

1- Les crédits par caisse.

2- Les crédits par signatures.

تتميز بغياب تقديم المبالغ المالية من طرف البنك للعميل، فالبنك فيها لا يقوم بإخراج أموال من خزينته – أو على الأقل مادامت العملية تمر في ظروف حسنة– وإنما يكتفي بمجرد إعارة اسمه وسمعته التجارية المتمثلة في توقيعه لتعزيز ائتمان عميله لدى دائنيه، أو لتمكينه من الحصول على المال – في الزمان والمكان– الذي يحتاجه.

وإذا كان يبدو أن البنك الذي يمنح ائتمانه بالتوقيع يكون المستفيد الأول بالنظر إلى عدم خروج المبالغ المالية من خزينته بل وإنه يتلقى عمولة على العملية، إلا أن العميل قد يتخلف عن تنفيذ التزاماته في موعد استحقاقها فيجد البنك نفسه مضطرا إلى الوفاء بدلا عن العميل.

إنطلاقا من ذلك، فإن البنك الذي يتدخل لمصلحة أحد عملائه عن طريق عملية من عمليات الإئتمان بالتوقيع يدرك جيدا ما يحيط به من مخاطر، لذلك فهو لا يكتفي بالعمولة التي يتقاضاها بل يحصن نفسه بطلب الضمانات الكفيلة بتفادي هذا الخطر.

فغالبا ما تكون هذه العمليات مصحوبة بالخطر؛ الذي يُعَدُّ عنصرا ملازما للإئتمان لا يمكن إلغاؤه بصفة نهائية أو استبعاد إمكانية حدوثه، مادامت هناك فترة انتظار قبل حلول أجل استرداده. لذلك كان على البنك التعامل مع هذا الواقع بشكل حذر وأن يقرأ المستقبل قراءة جيدة، فيجب توقع أن يُخِلَّ العميل بالتزامه بالوفاء بشكل كلي أو جزئي أو على الأقل الإخلال بالمواعيد المتفق عليها.

يعتبر الضمان الوسيلة التي يقدمها العميل للحصول على ائتمان البنك، كما أنه أداة إثبات حق البنك في الحصول على ائتمانه الذي أقرضه بالطريقة القانونية في حالة عدم تسديد العميل لديونه.

والضمان فكرة اقتصادية لها مردود قانوني، وتعتبر التأمينات نوعا من الضمان والعكس غير صحيح فلا تعتبر كل الضمانات تأمينات. ولا شك أن هذه التأمينات بمختلف أنواعها تعتبر ضمانا كافيا للبنك، إلا أن طبيعة الإئتمان البنكي وسرعة الحركة في مجال المال والأعمال قد تحول دون الإعتماد عليها كضمان مقبول ومناسب.

من ثمة، كانت الضمانات هي كل الوسائل التي تستهدف تأمين البنك ضد خطر تعثر عميله فهي ستساعده في استيفاء حقه عن طريق التصرف فيها، وهذا يعطي البنك حقا في جزء من الذمة المالية للعميل.

وإذا كان أول ما يتبادر للذهن عند الحديث عن الإئتمان البنكي بالتوقيع هو الإئتمان بالكفالة، حيث يكفل البنك عميله في مواجهة دائنيه، إلا أن هناك صورة أخرى ابتدعها العرف المصرفي إعتاد رجال القانون التجاري والمصرفي على دراسته بصورة مستقلة عن عمليات الإئتمان بالتوقيع، وهو خطاب الضمان المصرفي.

إن تاريخ الكفالة؛ مثله مثل العديد من الأنظمة القانونية، تعرض للكثير من التغيرات في بداية ظهورها. فطالما عبرت في معناها الأكثر توسعا عن كونها مرادفا للضمان أو التأمين، فأُطْلِقَت تسمية "الكفالة" على المبالغ

المدفوعة من قبل بعض الموظفين العموميين في صناديق الدولة كرهن، ضمانا لحرصهم وإخلاصهم في ممارسة المهام الموكلة إليهم[1].

ومن حيث كونها تأمينا شخصيا كانت فعالة في تغطية الحاجات الإئتمانية، لكنها كانت قاسية مع الكفيل مما أدى إلى القلق بشأن حماية هذا الأخير من الدائن المتعسف. ففي روما، تأثر المشرع بالوضعية المزرية التي آل إليها الكفيل إثر وقوعه ضحية لهذا التصرف، فأحاطه بحماية مبالغ فيها أثرت على حقوق الدائن مما حول التأمين الذي يعتمد عليه إلى فخ ضده. الأمر الذي أدى إلى الحد من فاعليتها كتأمين، فأصبح القانون يتقلب بين ضرورات الإئتمان وضرورات الحماية.

في الحضارات القديمة، اعْتُبِرَ الكفيل لدين الغير رهينة بين يدي الدائن، يتدخل لمنع التنفيذ على المدين الأصلي عن طريق شخصه. ثم تغير هذا المفهوم القديم للكفالة في الحضارة الرومانية ليصبح على الوجه الذي نعرفه، فانتقل من التنفيذ على شخص الكفيل إلى التنفيذ على أمواله.

أصبح مفهوم الكفالة يُعَبِّرُ في زمن لاحق، عن ذلك التقليد الروماني، الذي تم تطويره بتقنيات الإنابة، فنتج عنه نصوص القانون الحديثة في الكفالة.

كما أدى التوجه إلى النظام الرأسمالي في بداية القرن19م إلى تغير المفهوم البسيط للكفالة بعدما أضحت أداة ضرورية للإئتمان، فاسْتُحْدِثَت أنواع جديدة

1- D.A.Pansot, Traité du Cautionnement en Matière Civile et Commerciale, Troys Imprimerie du Cardon, 1844, Paris, p 3.

من الكفالة[1]. فتصاحب تطور الإئتمان، مع تطور الكفالة التي تمت؛ لاعتبارات إقتصادية محضة، صيرفتها فيما بعد، حتى أصبح الكفيل لا يكاد إلا أن يكون بنكا أو مؤسسة ائتمانية.

إنتهز المشرع الحديث، في مختلف القوانين الوضعية، هذه الفرصة لتطوير هذا النظام القانوني بفرض قواعد خاصة على المحترف (البنك)، مما أدى إلى تعديل قانون الكفالة بشكل مهم. فتكيفت؛ وعبر مرور العصور، مع كل أنواع الضمان ومتطلباته.

وإذا كانت الكفالة البنكية تحتل مكانة الصدارة في هذا النوع من العمليات بالنظر إلى طبيعة الضمان الممنوح من البنك، إلا أنها في التشريع الجزائري بتنظيمها المدني لم تعد اليوم تشكل ضمانا كافيا في نظر المستفيدين منها بسبب الطابع التبعي لالتزام الكفيل. فالكفيل ولو كان متضامنا لا يلتزم إلا ضمن الحدود التي يلتزم فيها المدين الأصلي نفسه، وهو الأمر الذي يسمح – مبدئيا– بالتصدي لمتابعات الدائن عن طريق التمسك بالدفوع التي يملكها المدين الأصلي مما يجعله يُضْعِفُ من أهمية الضمان ويُقَلِّلُ من فائدته.

كان ذلك السبب الرئيسي وراء ظهور ما يسمى خطابات الضمان المصرفية، عندما بدأ المستفيدون يتطلبون من المتعاملين معهم نوعا آخر من الضمان يكون أكثر أمانا وإلزاما من الكفالة المدنية.

1- J.B.Hébert, Projet de Cautionnement Hypothécaire National (adressé aux membres du gouvernement provisoire), Imprimerie de Brière, 1848, Paris, p 4.

نشأ خطاب الضمان نتيجة الحاجة العملية إليه بعيدا عن التشريع، فهو بذلك وليد العرف المصرفي ولا تزال بعض التشريعات ومنها التشريع الجزائري، لا تفرق بينه وبين الكفالة الخاضعة لأحكام القانون المدني والكفالة البنكية. وإن أسباب نشوئه وتطوره ترجع إلى عوامل تختلف في العقود الداخلية عنها في العقود الدولية.

في العقود الداخلية، سادت – ولحقبة من الزمن – الكفالة لكنها لم تُرْضِ الدائن بسبب تبعيتها للدين الأصلي في تمسك الكفيل بكل دفوع المدين، كما أنه يكون فيها على الدائن رفع دعوى للحصول على حقه من الكفيل، فلجأ الدائنون إلى طلب الكفالة النقدية كصورة من صور الضمان العيني يحوز بموجبها الدائن على نقود المدين أو أوراقه المالية حيازة فعلية. وبسبب ضخامة المبلغ الذي كان يتطلبه الدائن كوديعة، كان لابد من التفكير في وسيلة أخرى تفصل الكفالة عن الدين الأصلي ولا تحتاج إلى الوقت ولا إلى إيداع النقود، وتوفر السهولة في الإقتضاء، كفالة تعد نوعا من أنواع الضمان المستقل.

أما في العقود الدولية، فقد كانت الأطراف تعتمد على التأمينات العينية والشخصية كأدوات للضمان في حالة استقرار العلاقات بينها وتقارب نظمها القانونية، وفي حالة تخلف ذلك، فإن هذه التأمينات التقليدية تصبح عاجزة عن تجاوز حدود الدول الأطراف بالإضافة إلى صعوبة تطبيق القانون الدولي الخاص، فلجؤوا إلى طلب ودائع على شكل نقود أو أوراق مالية تُودَعُ لدى البنوك كشكل من أشكال الرهن بنقل الحيازة، وبالقدر الذي كان هذا الرهن مرضيا للطرف الدائن، كان مرهقا للطرف المدين لذلك تحولت الفكرة

سريعا إلى إحلال ضمان البنك بالتوقيع محل نقل النقود، فكان هذا الحل غير مكلف ولا يصطدم بأي دفع مستمد من عقد الأساس ويتم دفعه بمجرد الطلب، فشكل ضمانا عابرا للحدود وأكثر سهولة في التنفيذ. لذلك يرى بعض الفقه أن الضمان المستقل مشتق من التأمين العيني، وقد أشارت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى هذا الأصل التاريخي.

ظهر خطاب الضمان المصرفي بصورته الحالية في فرنسا حوالي سنة 1970، وكان لهذا الظهور ارتباطا وثيقا بأزمة البترول بعد الحرب العالمية الثانية. حيث شهدت السوق العالمية اضطرابات عديدة أدت إلى تدخل البنوك لمنح ضماناتها عن طريق مجرد التوقيع ليحل هذا التوقيع محل النقود، إلى أن تطورت العملية إلى تعهد مصرفي بالوفاء عن العميل المدين بقيمة التزامه تجاه دائنه، بحيث يكون الدفع لمجرد الطلب من طرف البنك الضامن. وهو ما يفسر أحكام خطاب الضمان بصورته الحالية بحيث تكون له صفة آلية في التنفيذ كالوديعة النقدية تحت التصرف.

إن ما يميز – أساسا– هذا النوع الجديد من الضمانات البنكية، هو أن تنفيذها من طرف البنك الضامن لا يتوقف مطلقا على مدى تنفيذ العميل لشروط العقد الأصلي الذي مُنِحَ الضمان بمناسبته، فالبنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين إلى المستفيد عند أول طلب من هذا الأخير على الرغم من أي معارضة من عميله الآمر.

تنصب هذه الدراسة على معالجة نوع مميز من الائتمان البنكي بالتوقيع ألا وهو الكفالة البنكية، ونظرا لأهمية خطاب الضمان المصرفي كصورة من

صور الإئتمان بالتوقيع ولما يطرحه من مشاكل وصعوبات مرجعها الخلط الذي لا يزال قائما بينها وبين الكفالة البنكية، إرتأينا أن نتناوله بالدراسة حيث أفردنا له بابا مستقلا من البحث.

وسيتم التركيز على أبرز الجوانب الهامة في الكفالة البنكية، مع الإعتماد على ما جاء من نصوص عامة وخاصة في التشريع الجزائري لاسيما تلك المنظمة للعمليات البنكية. وإن موضوع الدراسة هو من الأهمية بمكان نظرا للموقع الذي تحتله الكفالة في عمليات الائتمان، لذلك كان لابد من التعرف على المبادئ الأساسية التي تحكم الكفالات البنكية لتؤدي الدور المنوط بها في تمويل المشاريع الإقتصادية وتدعيم المؤسسات الحكومية والخاصة، في خضم التغيرات الإقتصادية والمالية التي تشهدها الجزائر عقب تحولها إلى نظام اقتصاد السوق. كما أن أهمية تحديد استخدامها سيؤدي إلى تحديد دورها بالضمان.

ولقد استعصى على الباحث في بداية الأمر الوقوف على حدود الموضوع بسبب كونه يحتمل وجهات متعددة للبحث، ومما زاد الأمر صعوبة عدم الإستخدام الدقيق للمصطلحات من طرف المشرع الجزائري، أو أنه يشير إلى المادة القانونية دون أن ينظمها بقواعد واضحة. كما أن قلة المراجع التي تناولته بالدراسة في ظل التشريع الجزائري، شكلت عائقا مهما.

والواقع أن اختيارنا لهذا الموضوع – الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الإئتمان في ظل التشريع الجزائري– لم يأت بمحض الصدفة، إذ أن هذه العملية لا تزال تحتل الصدارة ضمن عمليات الإئتمان بالتوقيع في الجزائر، ولا تزال تطرح العديد من المشاكل والصعوبات أمام القضاء، وهي

ذات الأسباب التي جعلتنا نتعرض لخطاب الضمان المصرفي بالمقابل منعا للخلط بين الضمانين.

علاوة على تأخر هذا النظام القانوني من الناحية التشريعية والتنظيمية في ظل تشريع بنكي مبعثر، فالتشريع الجزائري قد أتى خاليا من أي نص خاص ينظم العمليات البنكية عموما والكفالات البنكية خصوصا عكس العديد من التشريعات العربية والغربية، التي عمدت إلى إصدار تشريعات خاصة أو أجرت تعديلات في قوانينها القائمة بإضافة نصوص تشريعية تحكم العمليات البنكية المختلفة.

أضف إلى ذلك؛ وفي ظل صدور القوانين الوطنية التي تشجع الإستثمار والإمتيازات الممنوحة للمستثمرين والتي تشكل عاملا لجذب رؤوس الأموال الأجنبية في المجالات المختلفة، كان لزاما التعريف بدور الكفالة البنكية كأداة للضمان في العمليات الائتمانية.

وكل ذلك يصب في سياق واحد هو تحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة والمتمثلة في:

- الأهمية المتزايدة والحاجة الماسة لمعرفة تفاصيل وتطبيقات الكفالة البنكية.
- بلورة أهم الأسس والضوابط القانونية والبنكية التي ترتكز عليها الكفالة البنكية.
- المساهمة في إعطاء صورة حية عن واقع الكفالة البنكية في ظل النظام البنكي الجزائري والمخاطر الناجمة عنها من الناحية التشريعية.

– إضافة لبنة جديدة إلى مجموعة الدراسات القانونية وتنمية القدرات المعرفية والعلمية، لتغطية النقص الملحوظ في المكتبة القانونية الجزائرية في المجال البنكي.

لبلوغ هذا الهدف كان لابد من الإجابة على بعض الإشكاليات التي تُثَارُ حول موضوع الكفالة البنكية، فما هو مدى أخذ المشرع الجزائري ببعض المبادئ التي أرستها الأعراف البنكية لكي تؤدي الكفالة البنكية دورها الفعال بالضمان في عمليات الإئتمان؟ وماهو دور القضاء في إثارة مسؤولية البنك عن تقدير هذا الضمان في غياب تقنين بنكي محكم؟

تناولنا أحكام الكفالة البنكية مع الإستعانة بما تناوله فقهاء القانون في مؤلفاتهم التي تطرقت لأعمال البنوك وخطابات الضمان، و بما أصدرته غرفة التجارة الدولية بباريس من قواعد موحدة بعنوان الكفالات البنكية وخطابات الضمان لدى الطلب.

وقد تم الإعتماد على المنهج الوصفي في هذه الدراسة مع استخدام المنهج التحليلي في بعض المواضع، حيث تلخص المنهج فيما يلي :

– الإطلاع على ما كُتِبَ حول هذا الموضوع في كتب الفقه القانوني، واستقراء النصوص والأحكام المتعلقة بالموضوع وجمعها وتحليلها للوصول إلى الضوابط العامة فيها.

– الإطلاع على ما جاء في مؤلفات القانونيين المعاصرين والتي تتعلق بموضوع البحث ومحاولة الإستفادة من آرائهم في ذلك.

– تحقيق المسائل الخلافية وعرض الآراء القانونية ومقارنتها، موضحا في ذلك أدلة كل رأي مع مناقشتها قدر الإمكان وترجيح وإبداء الرأي ما أمكن.

– الإستعانة بزيارات ميدانية لبعض البنوك، من أجل التعرف على المشاكل العملية التي تعترض هذه الضمانات وتحصيل العقود النموذجية المتعلقة بها.

– محاولة اقتراح الحلول للمشاكل التي تعترض موضوع البحث سواء في الجانب النظري أو التطبيقي، من أجل إفادة المشرع الجزائري ببعض الإقتراحات أو على الأقل دعوة البنوك والمؤسسات المالية إلى العمل بهذه الحلول من أجل تطوير استخدام الكفالات البنكية كأداة للضمان، وهذا هو السبب الرئيسي لاقتصار الدراسة على التشريع الجزائري من أجل دعوته إلى تدارك النقص في المنظومة القانونية البنكية عموما.

وقد تم الإعتماد على التقسيم الثنائي، حيث تم تخصيص الباب الأول للكفالة البنكية بعنوان: موقع الكفالة البنكية من الضمانات الإئتمانية في التشريع الجزائري، أما الباب الثاني فخُصِّصَ لخطاب الضمان تحت عنوان: نحو مفهوم جديد للكفالة البنكية في مجال الأعمال "خطاب الضمان المصرفي".

الباب الأول: موقع الكفالة البنكية من الضمانات الإئتمانية في التشريع الجزائري

تحتل الكفالة البنكية مكانة هامة ضمن الضمانات البنكية في الجزائر، فكان من المهم محاولة إيجاد الأساس التشريعي لها في النصوص العامة والخاصة. ولا شك أن الكفالة طبقا للقواعد العامة تناولتها التشريعات المختلفة بالتعريف؛ ومنها المشرع الجزائري، لكن قلة من التشريعات التي توصلت إلى تعريف جامع للكفالة البنكية بمفهومها الحديث- نعني تدخل البنك ككفيل- وبسبب أهميتها تطور مفهومها لكن تطبيقها من الناحية الفنية لم يَخْلُ من العوائق.

للوقوف على ذلك تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية على ضوء التشريع الجزائري.

الفصل الثاني: واقع الكفالة البنكية كأداة للضمان في المنظومة البنكية الجزائرية.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية على ضوء التشريع الجزائري

تُعَدُّ الكفالة البنكية اليوم الدعامة المالية الأساسية التي يرتكز عليها منح العديد من عمليات الإئتمان، وفي هذه الصورة من الضمان البنكي يضم البنك الكفيل ذمته إلى ذمة عميله لضمان الوفاء بالإلتزام المكفول.

فالبنك يمكنه أن يتدخل – كباقي الأشخاص الطبيعية والمعنوية– ككفيل لأحد عملائه، إما بسبب أن قدرة هذا العميل بدت للمتعاقد معه غير كافية، وإما لأن الدائن يريد أن يرى في مواجهته بنكا بكافة سمعته وثقله المالي.

للتعرف على مفهوم الكفالة البنكية في ظل التشريع الجزائري، تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في المبحث الأول: الأساس التشريعي للكفالة البنكية في القانون الجزائري، ثم في المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة البنكية في ظل الفقه والقضاء، وأخيرا في المبحث الثالث: الكفالة البنكية في ظل الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: الأساس التشريعي للكفالة البنكية في القانون الجزائري

من المستقر أن عقد الكفالة البنكية تسري في شأنه أحكام الكفالة الواردة في القانون المدني، مع مراعاة طبيعة العمل الذي يقوم به البنك باعتباره عملا تجاريا. ففي كل مرة يُسْتَفَادُ من الظروف المحيطة أن التزام البنك الذي تدخل لمنح كفالته يُعْتَبَرُ تابعا لالتزام أصلي ناشئ في ذمة عميله في علاقة سابقة بينه وبين دائنه، فإن تعهد البنك يُعْتَبَرُ كفالة يجب الرجوع بصددها إلى أحكام القانون المدني حتى وإن تنازل البنك عن حقه في الدفع بالتجريد، لأن ذلك ما هو إلا تأكيد للصفة التضامنية لكفالة البنك.

نتناول في المطلب الأول تعريف الكفالة، وفي المطلب الثاني أهمية الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الإئتمان.

المطلب الأول: تعريف الكفالة

الكفالة لغة تعني الضَمَّ، كفَلَه أي ضمِنَهُ، وكَفَّلَه المال أي ضَمَّنَهُ إياه. وتعني أيضا التعهد والتحمل عن الآخرين.

كَفَلَ عَيْشَهُ: أي تكفَّلَ به، فقام عليه وكَفَلَ يتيمًا أي ربّاه وأنفق عليه ، كما في قول الله تعالى: " وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا"[1].

1- سورة آل عمران، الآية: 37.

وكَفَلَتِ الأُمُّ وَلَدَهَا أي ضَمَّتْهُ إِلَيْهَا، ومنه كَفَلَ الرجل أي ضمِنَهُ و كَفَلَ دين شريكه أي تعهد بدفعه في حال عدم تمكنه من تسديده أو تمنُّعه[1].

الكفالة اصطلاحا: هي أن يتعهد الشخص (الكفيل) بإحضار المدين (المكفول) إلى الدائن (المكفول له) عند حلول أجل الدين وامتناع المدين من دفعه[2]. وهي بذلك لا تخرج في معناها الإصطلاحي عن معناها اللغوي، إذ أنها تعني الضم والضمان.

والكفالة شرعا: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمه المدين في المطالبة بدين أو عين أو نفس[3].

الفرع الأول: تعريف التشريعات الحديثة للكفالة

يُسْتَخْدَمُ لفظ الكفالة في القانون بمعان مختلفة تختلف حسب موضوعها وحسب غاية القانون من تنظيمها، فتُطْلَقُ الكفالة عندما يلتزم شخص بإيداع مبلغ نقدي أو أوراق مالية ضمانا لما يترتب في ذمته من مسؤولية احتمالية بمناسبة ما يُعْهَدُ إليه من أعمال، أو ضمانا لرد ما يتراكم تحت يده بحكم عمله من أموال.

وإذا كانت هذه القيمة المالية تسمى كفالة إلا أنها لا تُعْتَبَر كفالة بالمعنى

1- المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، ط 2، 2001، بيروت، ص904.

2- Dictionnaire du Droit Privé de "Serge Braudo -conseillé honoraire à la cour d´appel de Versailles -", Paris, 1996-2017, site: www.dictionnaire-juridique.com/serge braudo.php, visité le: 15-01-2013.

3- علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008، الإسكندرية، ص 5.

القانوني الذي نقصده، وهو ضم ذمة مالية لشخص ما إلى الذمة المالية للمدين.

أولا: تعريف المشرع المصري للكفالة

عرف المشرع المصري الكفالة بأنها: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يَفِيَ بهذا الإلتزام، إذا لم يَفِ به المدين نفسه"[1].

ثانيا: تعريف المشرع الأردني للكفالة

عرف المشرع الأردني الكفالة بأنها: "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الإلتزام"[2].

وعلى خلاف المشرع المصري أخرج الكفالة عن إطار العقد، ليجعل مصدرها متعددا تعدد مصادر الإلتزام.

ثالثا: تعريف المشرع المغربي للكفالة

ورد تعريف المشرع المغربي للكفالة كما يلي:" الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين إذا لم يؤده هذا الأخير نفسه"[1].

1- المادة: 772 من القانون رقم: 13، يتضمن إصدار القانون المدني، ج ر العدد: 108 بتاريخ: 29-07-1948، الموقع الرسمي للجريدة الرسمية المصرية:
www.cc.gov.eg/Garida.aspx , visité le:17-11-2017.

2- المادة: 950 من القانون رقم:43، لسنة: 1976، الموقع الرسمي للجريدة الرسمية الأردنية:
www.mit.gov.jo, visité le:17-11-2017.

رابعا: تعريف المشرع التونسي للكفالة

عرفها بأنها:"عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يؤدي للدائن ما التزام به المدين إن لم يؤده" [2]، فلم يختلف بذلك تعريف المشرع التونسي عن المغربي.

خامسا: تعريف المشرع الفرنسي للكفالة

عرف المشرع الفرنسي الكفالة في المادة:2288 من ق. م. ف كما يلي:

" الشخص الذي يصبح كفيلا بالتزام، يخضع في مواجهة الدائن لتحقيق هذا الإلتزام إذا لم يحققه المدين بنفسه"[3].

وبذلك يكون المشرع الفرنسي أيضا قد تجنب تحديد مصدر الإلتزام في الكفالة بالعقد، وجعله متعددا.

بعد هذا السرد لمختلف التعريفات التي أوردتها التشريعات الحديثة للكفالة، نلاحظ أنها تباينت في تحديد مصدر الإلتزام فيها، بين تقييده بالعقد،

1- المادة: 1117 من قانون الإلتزامات والعقود، قانون مؤرخ في:12-08-1913 بصيغة مُحَيَّنة في: 18-02-2016، الموقع الرسمي للجريدة الرسمية المغربية:

www.sgg.gov.ma, visité le:17-11-2017.

2- المادة: 1478 من مجلة الإلتزامات والعقود، قانون رقم: 87 المؤرخ في: 15-08-2005 بنسخة مُحَيَّنة ، الموقع الرسمي للجريدة الرسمية التونسية:

www.iort.gov.tn, visité le:17-11-2017.

3- Art 2288:" Celui qui se rend caution d'une obligation de soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation , si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ", Livre 4ème des sûretés, titre I des sûretés personnelles, chapitre du cautionnement , Art 2288 modifié par ordonnance N°2006 -346 du: 23-03-2006, Art 2 et 4 et 5, JORF N°71 du: 24-03-2006.

أو تَعَدِّيه إلى كافة مصادر الإلتزام، فما هو موقف المشرع الجزائري بين هذا وذاك؟

الفرع الثاني: تعريف المشرع الجزائري للكفالة

عَرَّفَ المشرع الجزائري الكفالة في المادة:644 من القانون المدني كما يلي: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يَفِيَ بهذا الالتزام إذا لم يَفِ به المدين نفسه"[1].

وبهذا المعنى تتمثل الكفالة في عقد بين شخصين هما: الكفيل والدائن المكفول له، ولا يكون المدين الأصلي المكفول عنه طرفا في العقد، بحيث أن الكفالة تجوز بغير علمه، بل ورغم معارضته[2]. لكن مع ذلك لا يمكن اعتبار المدين غريبا تماما عن العقد لأنه يلعب دورا هاما في انعقادها، إذ أنه هو الذي يدعوا الكفيل في معظم الأحيان إلى التعاقد مع الدائن لضمان التزاماته، فهي لم تبرم إلا لأجل متطلبات هذا الضمان[3].

وحيث أن الكفالة في القانون الجزائري يكون دائما مصدرها العقد؛ بحسب النص، فإن الإلتزام الأصلي الذي تضمنه ليس دائما كذلك، بل تتعدد مصادره

1- أورد المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الكتاب الثاني، الباب الحادي عشر بعنوان: الكفالة من المواد: 644 إلى 673 من ق.م.ج، الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 07-05 المؤرخ في: 13-05-2007 ج ر العدد: 31 بتاريخ: 13-05-2007.

2- المادة: 647 من ق.م.ج.

3- يراجع في الكفالة بوجه عام: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة النشر، بيروت، ص 18.

بتعدد مصادر الإلتزام، فقد يكون مصدره العقد، أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو نص القانون.[1]

كما يُفْهَمُ من النص أن الكفالة في القانون الجزائري ترتكز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، وهي بذلك تابعة للإلتزام الأصلي في وجوده وانقضائه، وصحته وبطلانه[2] بل وفي أوصافه. فهي ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، محله الوفاء بالإلتزام الأصلي إذا لم يَفِ به المدين[3].

نستنتج من هذا التحليل المختصر لنص المادة: 644 من ق.م.ج، أن الكفالة في ظل القانون الجزائري هي عقد تأمين شخصي يلتزم بموجبه الكفيل بالوفاء بالتزام المدين متى عجز هذا الأخير عن أدائه إلى دائنه وذلك بضم الذمتين. كما أن لها عنصران: أحدهما مادي يتم بواسطة ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أي قيمة أخرى، والآخر عنصر الشخص الكفيل الذي يمثل في حد ذاته الضمان لتنفيذ الإلتزام من طرف شخص آخر وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية والتضامنية[4].

وحيث أن موضوع بحثنا هو الكفالة البنكية، فإنه من الضروري بيان تعريفها

1- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية الشخصية (الرهن الرسمي- حق الإختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الإمتياز- الكفالة)، منشأة المعارف، ط 1982 ، الإسكندرية، ص 52.

2- المادة: 648 من ق.م.ج.

3- ولا يعني ذلك أنها معلقة على شرط واقف هو عدم قيام المدين بالوفاء، يراجع في ذلك: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية(عقد الكفالة)، دار الكتاب الحديث، ط 2005، الجزائر، ص16.

4- El Fassi Fatima Zohra, le Régime Juridique de la Rémunération dans les Marchés Publics de Fourniture en Droit Algérien, Thèse de Doctorat en Droit Public de l´Entreprise, Université de Montpellier I, 1991, p 492.

وسبب ظهورها وما تبناه المشرع الجزائري بشأن ذلك.

الفرع الثالث: تعريف الكفالة البنكية

الكفالة البنكية أو الكفالة المصرفية أو الإعتماد بالكفالة[1]، تعددت التسميات والمعنى واحد، وهو ذلك التصرف الذي بمقتضاه يتعهد البنك في مواجهة الغير بتأدية الإلتزام الذي يتحمله عميله تجاه هذا الغير، إذا لم يقم العميل بتأديته بنفسه[2]، وهي بهذا المفهوم تعني ببساطة أن يكون الكفيل بنكاً.

وهي تتخذ صورا عديدة منها توقيع البنك على ورقة تجارية كضامن إحتياطي، أو إعطاء هذا الضمان الإحتياطي في ورقة مستقلة بما يضمن بضعة أوراق تجارية دفعة واحدة، أو إبرام عقد مستقل بحيث يخضع في إبرامه وآثاره إلى القواعد العامة[3].

عرف الفقه الفرنسي الكفالة البنكية بأنها: " نوع من التعهد أو الإعتماد بالتوقيع، الذي يلتزم فيه البنك بالوفاء بالإلتزامات التعاقدية لزبونه أمام الغير،

1- هاني دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، ط 2003، الإسكندرية، ص 284.

2- بضراني نجاة، الإعتماد المصرفي بطريق التوقيع (الإعتماد بالقبول، الكفالة المصرفية، خطاب الضمان)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص273.

3- صلاح إبراهيم شحاته، ضوابط منح الإئتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، دار النهضة العربية، ط1، 2008، القاهرة، ص335.

في حالة إذا لم يقم بها هذا الأخير بنفسه، بحيث يقوم فيها البنكي؛ بهذا الشكل، بإقراض توقيعه"[1].

كماعرفها البعض الآخر بأنها: " كفالة تضامنية تخضع لأحكام المواد:2288 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي"[2].

ظهرت الكفالة البنكية كنتيجة حتمية لتطور النظام البنكي وتنوع أعماله منذ أن أصبح شخصا مليئا، بحيث استعارت البنوك بعض أدوات القانون المدني وأدخلت عليها تعديلات تتماشى مع طبيعة التعامل البنكي، على رأسها الكفالة.

تجسدت هذه الكفالة البنكية في صورتين: إما أن يكون البنك كفيلا لتعهدات زبائنه، أو أن يتطلب كفالة بنك آخر لمنح الإئتمان للزبون، في حالة عدم كفاية ضماناته.

بناء على ذلك، عرفها بعض الفقه بأنها:" تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين إلى المستفيد بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك"[3].

اكتفى المشرع الجزائري بتعريفه للكفالة البنكية في إطار القواعد العامة، ولم نجد من خلال استقرائنا للنصوص الخاصة ما يشير إلى تعريفه للكفالة بالمفهوم الذي تبنته الأعراف البنكية حديثا، في حين لاحظنا أن تطبيقات

1- Christian Gavalda et Jean Stoufflet, Droit de la Banque, éd PUF, Paris, sans date de publication, p 678.

2 - Jean- Louis Rives- Langes et Monique Contamine-Raynaud, Droit Bancaire, 6 ème éd, Dalloz, Paris, 1995, P559.

3- علي محمد عبد الحافظ السيد، المرجع السابق، ص 209.

الكفالة في مختلف البنوك والمؤسسات المالية والإئتمانية، تخرج عن الإطار الذي حددته المادة: 644 من ق.م.ج، بحيث تصبح أحكامها أكثر صرامة وتشددا في هذا المجال، لتعزيز دورها بالضمان في عمليات الإئتمان الداخلية والخارجية. فتجسد تطبيقها فيما عرفه الفقه الحديث باسم "خطاب الضمان المصرفي"[1].

ويكون بذلك المشرع الجزائري قد احتفظ بمصطلح الكفالة حتى مع تجسيده لمفهوم آخر في النصوص التشريعية الخاصة بعمليات الإئتمان، محدثا التعارض بين النص والنية.

المطلب الثاني: أهمية الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الإئتمان

تمثل الكفالة البنكية أحد الضمانات الهامة التي تمنحها البنوك بمناسبة العمليات التي تضطلع بها في مجال الإئتمان، بالنظر للدور الذي تلعبه حاليا بوصفها مهنيا متخصصا. وإذا كانت أهميتها العملية جديرة بالدراسة (المطلب الأول)، فإن تطبيقها تعترضه بعض الصعوبات قد تحد من فاعليتها(المطلب الثاني).

1- La lettre de garantie ou d’intention.

الفرع الأول: الأهمية العملية للكفالة البنكية

الكفالة بشكل عام ضمان مرن قابل للتطبيق في كل الحالات، فالقواعد العامة لا تفرض عليها شكلية معينة تتعلق بإبرامها كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات العينية من وجوب توثيقها وشهرها، فهي تنعقد بشروط بسيطة وبأقل التكاليف[1].

تشمل مرونة الكفالة عملية تنفيذها، فيكفي لذلك عجز المدين عن الدفع من أجل مطالبة الكفيل بالوفاء، ودون الحاجة إلى تحريك أية دعوى، فهي بذلك لا تتطلب أي إجراءات ولا تستغرق وقتا طويلا. كما أن توخي الدائنين خطر إفلاس المدين فسر تطورها في مجال الأعمال[2].

تبرز أهمية الكفالة البنكية في توزيع مخاطر الإئتمان، فلا يتحملها البنك وحده، سواء كان دائنا أو كفيلا. ومما لا شك فيه أنها تحقق مصلحة واضحة للمدين، وإن هذه المصلحة لا تقل أهمية بالنسبة للبنك الكفيل أو الدائن. فالبنك لا يقوم بكفالة زبونه بصفة مجانية، فغالبا ما تكون هذه العملية مربحة له لأنه يتقاضى عمولة عن تقديمه لهذه الخدمة لا تقل عن عمولة القرض أو فتح الإعتماد[3].

1- حماد مصطفى عزب، مقال بعنوان:" دراسة في المشاكل القانونية للكفالات المقدمة للبنوك "، مجلة الدراسات القانونية، العدد:8، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1992، ص ص 301-519.

2- Marie Trécan:" le cautionnement des engagements d'un tiers par une société civile est-il toujours d'actualité?", Revue Hebdomadaire- option finance- du: 29/04/2013, Paris, pp28-29.

3- تتراوح نسب العمولة عن عمليات الإلتزام بالتوقيع عموما في البنوك الجزائرية، بين حوالي 6 إلى8 بالمائة من قيمة العملية المضمونة، من أجل ذلك يقول الفقيه الفرنسي: Ripert في تعليقه على نسبة العمولات البنكية: =

حيث تنص المادة: 4 الفقرة الأولى والثانية من النظام رقم: 94-13[1] على ما يلي:

" تحدد البنوك والمؤسسات المالية، بكل حرية، معدلات الفائدة الدائنة والمدينة وكذا معدلات ومستوى العمولات المطبقة على العمليات المصرفية.

غير أنه يمكن بنك الجزائر أن يحدد هامشا أقصى يستوجب احترامه من قبل البنوك والمؤسسات المالية بالنسبة لعمليات القرض".

ويكون الأمر كذلك حتى في الأحوال التي يضطر فيها البنك إلى الوفاء بالإلتزام، بما أنه سينفذ بعض الكفالات وليس كلها. هذا من جهة، ومن جهة أخرى بالنظر إلى كون العملية لا تتطلب منه سوى توقيعه، فهي لا تتعدى في بعض الأحيان - أن تكون مجرد ضمان شكلي- كيف لا وللبنك أكثر الكيانات القانونية تخصصا في دراسة المخاطر!

تحقق الكفالة البنكية للدائن المستفيد منها ضمانا كافيا للحصول على حقه في الأجل المحدد، بما أن الأمر يتعلق بكفيل ذو ثقة ومركز مالي قوي، وهو البنك. كما أن صفة التضامن التي تميز الكفالة البنكية لوحدها تعد ضمانا آخر للدائن[2].

= "La banque fait en générale payer sa signature aussi chère qu'au cas de prêt ou d'ouverture de crédit".

1- النظام رقم: 94-13 المؤرخ في: 02-06-1994 يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر العدد: 72 مؤرخة في: 06-11-1994. ويقصد بشروط البنوك حسب هذا النظام لاسيما المادة: 03 منه: المكافآت والتعريفات والعمولات وغيرها المطبقة على العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية.

2- بضراني نجاة، المرجع السابق، ص279.

تؤدي الكفالة البنكية خدمة للإقتصاد الوطني، فهي تسهل التعامل بين الأفراد، كما أنها تسمح بمشاركة بعض الفئات ذات الكفاءة الجيدة في المشاريع التنموية، والتي لولا تدخل البنك بواسطة هذه الكفالات، ما تمكنت من ذلك بسبب تواضع مواردها المالية، وهو الأمر بالنسبة لصغار المستثمرين الشباب وبعض أصحاب المهن الحرة.

الفرع الثاني: الصعوبات العملية للكفالة البنكية

لا يخلو أي نظام قانوني من العوائق إثر تطبيقه على أرض الواقع، وكذلك الكفالة البنكية. فهي من حيث تبعيتها للدين الأصلي في صحته وبطلانه، تنطوي على خطر[1] إمكانية أن ينازع الكفيل في وجود الإلتزام الأصلي أو صحته من أجل تفادي الوفاء بالدين المكفول. الأمر الذي حمل البنوك على إجبار الكفيل بالإلتزام أمامها وفق نماذج خاصة محددة مسبقا[2]، تفرض عليه التنازل عن التمسك بالدفوع المخولة له، فتشدد من التزامه مما يشكل خطورة على أمواله. وأمام تمتع البنك باحتكار سوق الإئتمان، لا يملك العميل إلا الإذعان لهذه الشروط التعسفية إن أصر على استخدام هذا النوع من الضمان. وكنتيجة لذلك تنال حرية التعاقد من مصالح العميل في غياب النصوص الحمائية الصارمة.

1- Yves Lepage et Eric Fiszelson: "Utilités et contraintes des garanties financières", Banque Magazine, N°649, Dalloz, Paris, Juillet-Aout 2003, pp53-57.

2- May Hammoud, la Protection du Consommateur des Services Bancaires et des Services d' Assurances, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Panthéon-Assas, Paris II, Déc 2012, p92.

إن مسألة تقدير يسار الكفيل من عدمه، لاسيما عندما لا يكون زبونا للبنك ذاته، تعد عائقا آخر أمام حسن تطبيق الكفالة البنكية. فعملية تقدير قيمة الضمان المقدم للبنك بالموازاة مع الخطر تبقى أمرا نسبيا قابلا للتغيير رغم كون البنك متخصصا فيه[1].

يملك الكفيل في الكفالة غير المحددة، إنهاءها في أي وقت، مما يشكل خطرا على البنك الذي اعتمد عليها في منح الإئتمان. يتشابه هذا الأمر مع حالة وفاة الكفيل وانتقال التزاماته إلى ورثته، وإمكانية رفض الورثة لهذه الكفالة. وكذلك الأمر بالنسبة لإعسار الكفيل المفاجئ عند حلول ميعاد الوفاء. ومع كونها ضمانا هاما يعتمد عليه البنك إلا أنها لا تخوله حقوقا أكثر من تلك المقررة للدائن العادي. فتمثل تهديدا لمصالحه هو الآخر، من أجل ذلك غالبا ما يتطلب البنك من عميله كفالة عينية[2] في مقابل منحه ائتمانه بالتوقيع عن طريق الكفالة البنكية.

1- تطرح مثل هذه الإشكالات، عندما يعمد الكفيل إلى استخدام طرق احتيالية من أجل الحصول على ثقة البنك وائتمانه، كحالة تقديمه لوثائق مزورة عن وضعيته المالية على رأسها نسخة من الجداول مستخرجة من إدارة الضرائب أو الوثائق المثبتة لملكيته لعقارات، مستخرجة من المحافظة العقارية.

2- Stéphane Prigent: "Les garanties du crédit: la restauration du crédit réel", Revue Française de Comptabilité, N°389, éd Ordre des Experts-Comptables, Paris, Janvier 2006, p 13.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة البنكية في ظل الفقه والقضاء

لما كانت الكفالة البنكية لا تكاد تختلف في طبيعتها وآثارها عن الكفالة بتنظيمها المدني، كان من المهم استعراض الخصائص المميزة لها (المطلب الأول) لاسيما أنها قد تكون عرضة للإختلاط ببعض العمليات المشابهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصائص الكفالة البنكية

إن تحديد خصائص الكفالة يختلف من حيث كونها قد أُبْرِمَت تحت إطار القواعد العامة، أو تحت إطار عمليات الإئتمان، ولا شك أنها في هذه الحالة الأخيرة تكون أكثر خصوصية، لكن هذا الأمر لا يمنع من خضوعها للإطار العام الذي حدده المشرع الجزائري في المواد: 644 وما بعدها من القانون المدني. حيث جعل الكفالة بوجه عام، من العقود الرضائية، فهي تتم بمجرد اتفاق الدائن والكفيل ولا يكون الشكل الذي استوجبته المادة: 647 من ق.م.ج إلا لأجل متطلبات الإثبات وليس الإنعقاد.

كما أن الكفالة تعتبر عقدا ملزما لجانب واحد، فهي تُنْشِئُ إلتزاما واحدا يقع على عاتق الكفيل، أما الدائن فلا يلتزم بشيء مقابل ذلك، وهذا هو المعتاد من حيث كونها من أعمال التبرع[1].

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص20.

ولا يغير من هذه الطبيعة الملزمة لجانب واحد، ما يتحمله المدين تجاه الكفيل من إلتزامات؛ بما أن مصدر هذه الإلتزامات ليس عقد الكفالة، فالمدين ليس طرفا فيه. وكذلك ما يتحمله الدائن من إلتزامات في العقد، بما تفرضه عليه المواد: 656 و659 الفقرة الثانية من ق.م.ج، فهي إلتزامات قانونية قررها المشرع لحماية الكفيل وتأكيدا لصفة التبعية في عقد الكفالة. فهذه الإلتزامات لا تنشأ عن عقد الكفالة بل تدخل في نظامها القانوني[1]. وهي ليست إلتزامات متقابلة مع ما يلتزم به الكفيل، ولا سببا لالتزامه بالوفاء بالدين الذي لم يف به المدين، وبالتالي لا تمنح العقد صفة الإلزام من جانبين[2].

وإذا كان الدائن، طبقا لنص المادة: 656 الفقرة الأولى، ينبغي له أن يحافظ على الضمانات التي يستفيد منها والتي يمكن أن تنتقل إلى الكفيل، فإن الأمر هنا لا يتعلق بالتزام مقابل ولكنه مجرد شرط للحفاظ على هذه الضمانات. ولا يكون للدفع بإضاعتها أثر على خاصية الإلزام من جانب واحد. كما أن هذه الخاصية لا تتأثر بتحديد الكفالة من حيث الشروط أو المبلغ مثلا[3]، فالدائن هنا أيضا لا يتحمل أي التزام إيجابي بل يقبل فقط كفالة محددة[4].

1- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي- حق الإختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الإمتياز- الكفالة)، المرجع السابق، ص252.

2- نفس المرجع، ص 252.

3- المادة: 650 من ق.م.ج.

4- بضراني نجاة، المرجع السابق، ص284.

الأصل في الكفالة أنها عمل مدني دائما ولو كان الكفيل تاجرا، أو الدين المكفول تجاريا طبقا لما ورد في نص المادة: 651 الفقرة الأولى من ق. م.ج إلا ما استثنته الفقرة الثانية من نفس المادة[1]. يترتب على ذلك أن الكفالة من أعمال التبرع، فالكفيل يؤدي –عادة– خدمة بدون مقابل. تستمد هذه الصفة من العلاقة بين طرفي العقد: الدائن والكفيل، ولا تؤثر العلاقة بين الكفيل والمدين على هذه الصفة، إن كانت تبرعية أو معاوضة[2].

تكون الكفالة في كل الأحوال عقد ضمان شخصي، وهي أهم خاصية تميزها ككفالة بنكية، كما أنها دائما تابعة للإلتزام الأصلي، سواء أُبْرِمَت طبقا للقواعد العامة أو تحت إطار عمليات الإئتمان. وبسبب حرفية البنك واستهدافه الربح في كل أعماله يغلب على الكفالة البنكية الطابع التجاري، فتنتقل من كونها عقد تبرع إلى فئة عقود المعاوضات. وغالبا ما تبرم في عقود نموذجية لتبرهن على احتكار البنك لسوق الإئتمان. وهي في بعض النصوص الخاصة تكون ذات طابع إلزامي.

هذه الخصائص الخمس – من وجهة نظرنا– هي التي تميز الكفالة البنكية في ظل القانون الجزائري عن الكفالة العادية، كما سيتم بيانه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول تناولنا فيه: الكفالة البنكية عقد ضمان شخصي، أما الفرع الثاني فقد جاء فيه: الطابع التبعي للكفالة البنكية، في الفرع الثالث تناولنا: الطابع

1– المادة: 651 من ق.م.ج.

2- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garanties du Crédit, 11 ème éd, LGDJ, France, 2016, p 65.

التجاري للكفالة البنكية، أما الفرع الرابع فخصصناه للطابع الإلزامي للكفالة البنكية، وأخيرا الفرع الخامس جاء بعنوان: الكفالة البنكية من عقود المعاوضات.

الفرع الأول: الكفالة البنكية عقد ضمان شخصي

يرى الدكتور السنهوري أن الإعتبار الشخصي في التعاقد يتحقق إذا كانت شخصية المتعاقد عنصرا جوهريا في التعاقد، سواء كانت هذه الشخصية هي الباعث الدافع إلى التعاقد أو لا[1].

في حين يرى جانب آخر من الفقه، أن العقد يقوم على الإعتبار الشخصي إذا كانت شخصية المتعاقد هي الباعث الأساسي للتعاقد وإلا فإن العقد يتسم بالطابع الموضوعي[2].

على ضوء ذلك، إن الإعتبار الشخصي في الكفالة البنكية يتعلق بشخصية العميل أو بصفة من صفاته، ويؤثر في إبرام العقد بشكل عام. من هذه الصفات الجوهرية نذكر ما يلي:

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة النشر، بيروت، ص 456.

2- علي فوزي إبراهيم الموسري، مقال بعنوان:" الإعتبار الشخصي في الشركة المساهمة دراسة في قانون الشركات العراقي"، منشور بالمجلات الأكاديمية العلمية العراقية، الموقع الرسمي:
www.iasj.net , visité le: 03-02-2013.

أولا : السمعة

تُعَدُّ السمعة من الصفات الشخصية التي يوليها البنك اهتماما قبل منح كفالته لعميله، وهي ما يتمتع به هذا العميل من ثقة تحدد مدى ائتمانه عند تعامله في الوسط التجاري[1].

ثانيا: الأخلاق

إن تمتع العميل بأخلاق حسنة يعني أن يتمتع بالأمانة وحسن النية، مما يجعله جديرا بالحصول على ائتمان البنك.

ثالثا: المهنة

يمكن أن تكون المهنة من الصفات المعتبرة في التعاقد، ويلحقها في ذلك الكفاءة والشهادة العلمية.

تتحدد قيمة الكفالة في الضمان على أساس مركز العميل ودرجة يساره، فيرى بعض اختصاصي البنوك في فرنسا أن معيار اليسار يجب التعامل معه بحكمة حتى لا يشكل بدوره تحريضا على زيادة مخاطر الإئتمان، وذلك عند لجوء البنوك إلى تفاديه عن طريق إطالة مدة الإئتمان، مقابل تأمينات عينية أكثر ثقلا[2].

1- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه والتشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية، منشأة المعارف، ط 2002، الإسكندرية، ص175.

2- Fréderic Dumas:" Ratio de solvabilité: une incitation à accroître le risque de crédit", Revue Banque, N° 576, Dalloz, Paris, Déc 1996, pp 30-33.

لقد عادت للكفالة أهميتها في العصر الحديث بفضل تدخل البنك ككفيل، بعدما تراجعت قيمتها في وقت سابق، حتى قيل أن: " الرهن يوفي الدين، أما الكفالة فهي تنشئ منازعتين أو دعويين"[1]، وذلك إثر الإصطلاحات التشريعية لاسيما مع صدور قانون الصفقات العمومية. وهي على رأس الضمانات البنكية في الجزائر، لا يمكن أن تخرج عن الإعتداد بالإعتبار الشخصي من زاويتين:

– إذ أن وجود شخص معنوي يتدخل ككفيل يجعلها محل اعتبار لدى الغير المتعاقد نظرا لملاءة ذمة البنك.

– ثم إن البنك أثناء منحه الكفالة يتحرى عن شخص المدين الذي يطلب كفالته، خصوصا من ناحية ما عليه من خصوم وما له من أصول، ومدى حسن نيته وكفاءته وقيمة وسائله التقنية. وإن أي خلل يؤدي إلى عدم منح الضمان حتى مع وجود العوض، فالإعتبار الشخصي عموما هو أساس تدخل البنك ككفيل ولولاه ما كان ليوافق على منح توقيعه للمدين[2].

1– سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية(الكفالة– الرهن الرسمي–حق الإختصاص– الرهن الحيازي– حقوق الإمتياز)، منشأة المعارف، ط 1992، الإسكندرية، ص 23، نقلا عن: عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، 1954، ص33، سليمان مرقس، عقد الكفالة، 1959، ص5، منصور مصطفى منصور، ص8.

2- Wenceslas Ella Andoume, le Cautionnement Donné à une Société, Thèse de Doctorat de Droit, Faculté de Droit- Sciences Economiques et Gestion, Nancy II, 2010, pp 25-30.

- **نتائج الإعتبار الشخصي على الكفالة البنكية:**

يغلب على المعاملات التجارية تأجيل الوفاء، والإعتبار الشخصي كأحد أهم الدعائم لتقوية الإئتمان فيها يرتب نتائج على عقد الكفالة البنكية من أهمها:

– أنه لا يجوز تحويل عقد الدين الأصلي إلى شخص آخر(مدين آخر)، لأن هذا التحويل يجعل تنفيذ عقد الضمان غير مقبول سواء كان التحويل من جانب المدين أو المستفيد منه، لأن ذلك سيؤدي إلى فسخ عقد الكفالة. ويرى بعض الفقه أن حق المستفيد من الكفالة البنكية من الحقوق ذات الطابع الشخصي وله وحده سلطة استعماله، فلا يجوز التنازل عنه ولا تداوله[1].

تبعا لذلك، إذا توفي المستفيد أو الكفيل، وحل محله ورثته، أو تغير شكل الشركة بحيث يغير شخصيتها القانونية، فإنه لا يمكن تنفيذ عقد الكفالة من جانب البنك أو الكفيل ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا في عقد الكفالة على استدراك مثل هذه الوقائع[2]، "ويكون بالتالي تنفيذ عقد الضمان متلازما مع مقتضيات العقد"[3].

1- René Rodière et Jean-Louis Rives-Langes, Droit Bancaire, Jurisprudence de Dalloz, Toulouse, 1973, p369.

2– اتجه بعض الفقه في فرنسا إلى القول بأنه إذا توفي المدين المكفول، فإن التزام الكفيل يظل قائما بالنسبة للديون المتولدة سابقا، فالضمان لا يغطي بأي حال الإلتزامات التي يتحملها ورثة المدين الناشئة لاحقا.

3– علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ط 2000، القاهرة، ص 154.

الفرع الثاني: الطابع التبعي للكفالة البنكية

عند بداية ظهور الكفالة في القانون الروماني لم تكن خاضعة لفكرة التبعية، بل كانت خاضعة لفكرة عكسية تماما، جعلت الكفيل في مركز أسوأ من مركز المدين، مفادها أن الدائن لم يكن له حق التنفيذ على أموال المدين بل اقتصر حقه في الرجوع على الكفيل الذي كان مسؤولا أمامه عن الدين بماله وجسده.

في حقبة لاحقة، أصبح من حق الدائن الرجوع على المدين كما يرجع على الكفيل، مما جعل الإثنان في مركز واحد، هو مركز المدين المتضامن[1].

وفي عهد متأخر، أصبح مركز الكفيل أفضل من مركز المدين، حيث ظهرت فكرة التبعية، فلم يعد للدائن الحق في التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين. وهو مبدأ الدفع بالتجريد[2]، أهم نتائج فكرة التبعية التي تهيمن على عقد الكفالة.

لا تخرج الكفالة البنكية عن القواعد العامة، فهي تفترض الوجود السابق لالتزام أصلي يكون السبب في نشوئها، فتتبعه في وجوده وصحته، وتشمل أيضا آثاره تطبيقا لنص المادة: 648 ق.م.ج.

وحتى في الحالة التي تتم فيها الكفالة بغير علم المدين وبرغم

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 25.

2- نبذة تاريخية عن الدفع بالتجريد، يراجع في هذا الشأن:عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 114.

معارضته[1]، فإن التزام الكفيل يبقى تابعا للإلتزام الأصلي، فيكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين[2].

كما أن الكفيل يلتزم في حدوده ما التزم به المدين[3] وعند تخلف ذلك لا يبطل الإلتزام ولكن يجب إنقاصه حتى يعادل التزام المدين، تجسيدا لمبدأ التناسب بين الكفالة الضامنة والدين المضمون بها، من أجل خلق التوازن بين التزام المدين والتزام الكفيل والحفاظ على حقوق هذا الأخير.

البندالأول: النتائج المترتبة على الطابع التبعي للكفالة

يترتب على تبعية الكفالة للإلتزام الأصلي بعض النتائج من أهمها:

1- أن الكفالة لا تنعقد إلا إذا صح الإلتزام الأصلي الذي تكفله، وببطلانه تبطل بدورها. ولا يعني بالضرورة أن يكون سابقا لها، فالدين الذي ينشأ مستقبلا وإن كان غير محددا في مدته[4] وطبيعته تصح كفالته، ويكفي أن يكون محددا في مبلغه وقابلا للتحديد فيما غير ذلك.

2- أن التزام الكفيل لا يجب أن يتجاوز التزام المدين ولا أن يكون بشروط أشد، مع إمكانية جوازه في مبلغ أقل وبشروط أهون. وعليه، فإن الكفيل لا

1- المادة: 647 من ق.م.ج، يراجع أيضا: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص17.

2- يؤكد القضاء على هذا الطابع التبعي للكفالة لتمييزه عن باقي الأنظمة القانونية، يراجع قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم: 1332 بتاريخ: 26-11-2008 منشور بالموقع الرسمي للمحكمة: www.mahkamaty.com , visité le: 06-02-2014.

3- المادة: 652 /1 من ق.م.ج.

4- المادة: 650 / 2 من ق.م.ج.

يلتزم بالفوائد إن كان المدين غير ملتزم بها وإذا كان الإلتزام الأصلي معلقا على شرط أو مقترنا بأجل فإن التزام الكفيل يخضع لنفس الحكم[1].

3- تنقضي الكفالة إذا اجتمعت صفة المدين والكفيل في نفس الشخص، وعلى العكس تبقى نافذة إذا اتحدت فقط مصالحهما، كما هو الأمر بالنسبة للشريك المالك لأكثر أسهم شركته إذا كفلها.

4- أن الكفيل يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل الدفوع التي للمدين عليه.

5- يمكن الإستناد إلى صفة التبعية لتحديد الإختصاص القضائي لاسيما إذا كان الإلتزامين ذا طبيعة واحدة إما مدنية أو تجارية.

لما كان هذا الطابع التبعي للكفالة عائقا أمام آلية مرونة العمليات البنكية، تم اللجوء إلى التخفيف منه عن طريق اقتراض النظرية الأنجلوسكسونية "العقود المترابطة"[2] من أجل التخفيف من حدته في الكفالات البنكية.

البند الثاني: التخفيف من الطابع التبعي للكفالة البنكية

على ضوء ما سبق، يمكن القول أن كل اتفاق للضمان لا تتوفر فيه صفة التبعية لا يعتبر كفالة، وعلى العكس، فإن كل اتفاق للضمان الشخصي

1- رقية جبار، مداخلة بعنوان: " الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية "، يوم دراسي حول ضمانات الصفقات العمومية في القانون الجزائري بكلية الحقوق، جامعة المدية، بتاريخ: 25-04-2010، ص 6.

2- Gaëlle Deharo:" La substitution de caution-remède à la situation inconfortable du dirigeant caution ou manifestation de l'évolution du droit des contrats?", RTD com, N°3, Dalloz, Paris, Juillet- Septembre, 2005, pp 447-463.

يتصف بهذه الصفة يعد "كفالة" أيا كانت الألفاظ المستخدمة من جانب المتعاقدين.

من هذا المنطلق، اعْتُبِرَت التبعية من الأمور الحتمية للكفالة في القانون الجزائري. لكن لا يجب أن يُفْهَمَ من ذلك أن صفة التبعية هي من النظام العام، فمبدأ الرضائية في هذا العقد يسمح بأن يستبعد الأطراف هذه الصفة، ومع ذلك لا تكون مخالفة للنظام العام. غير أنهم يكونوا قد استبعدوا صفة الكفالة من هذا الإتفاق لتتحول إلى نظام جديد هو" الضمان المستقل".

إن الحديث عن التخفيف من الطابع التبعي للكفالة يقتضي الإشارة إلى ما ورد في المادة: 409 الفقرة الثامنة من ق.ت.ج[1] بشأن الضمان الإحتياطي، باعتباره ليس إلا نوعا من أنواع الكفالة المصرفية، والذي يقضي بعدم بطلان التزام الضامن رغم بطلان الإلتزام الأصلي إلا لعيب في الشكل. ليتحول بذلك التزام الضامن الإحتياطي إلى التزام أحادي الجانب، ويكون ملزما بالوفاء، بل ويمكن أن يلتزم بشكل أشد وبشروط أكثر، يتعلق الأمر هنا بغرامات التأخير.

وإن اشتراط التضامن لا ينفي عن الكفالة البنكية طابعها التبعي، لأن الكفيل وإن كان يتنازل عن حقه في الدفع بالتجريد والتقسيم، إلا أنه يبقى محتفظا بمعظم حقوقه، بما فيها رجوعه على المدين الأصلي بكل ما وفاه عنه. ولكن يمكن اعتباره تخفيفا للطابع التبعي للكفالة أيضا.

1- الأمر رقم: 75-59 المؤرخ في: 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

إن انطلاق الكفالة على محك الإجراءات الجماعية، يثير الإشكالية بين كفاءة الضمان وحماية الكفيل. على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي تطورت فيه هذه المادة لمصلحة الكفيل بفضل مبدأ التبعية في الكفالة فإن القانون الإفريقي الموحد OHADA [1] اختار سياسة صارمة في مواجهة الكفيل، تؤدي إلى تخفيف الطابع التبعي للكفالة فتخضع بموجبه الكفالة لتخفيف فعال في إجراءات التسوية القضائية، وبالتالي يصبح التزام الكفيل أحادي الجانب[2] بحيث يكون ملزما بالوفاء بل ويصبح ملتزما بشكل أشد وشروط أكثر. وهي الحالة التي تذكرنا بحقبة انقضت في القانون الروماني، أين كانت أشكال الكفالة وقسوة تعهدات الكفلاء تشكل مزيجا من نظريات الضمان والإلتزام.

لا شك أن قاعدة التبعية في الكفالة عموما والبنكية خصوصا من أهم القواعد التي تميزها عن غيرها من الضمانات الشخصية، لكن يجب الإعتراف بأن تراجعها يسمح بخلق أنواع جديدة من الضمان، ورغم كون القاعدة لا تمنع منعا باتا الأطراف من إدخال تعديلات على الإلتزام، لكن الأمر يتعلق بمسألة التنظيم القانوني لهذه الضمانات بشكل يستجيب لطموحات الدائنين دون أن يترتب عنه إضرار بمصالح الكفيل الضامن، خاصة إذا لم يكن محترفا. فحتى مع التخفيف من الطابع التبعي لابد من احترام حد أدنى من

1-OHADA: Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

2- Koffi Mawunyo Agbenoto, le Cautionnement et Procédures Collectives, Cotutelle de Thèse pour Obtention de Diplôme de Doctorat en Droit Privé, Faculté de Droit et Sciences Economiques le Mans et Faculté de Droit Lomme, 2008, p 24.

قواعد الحماية الضرورية للضمان مهما كان نوعه، بحيث يبعد اللبس والغموض عن مدى وطبيعة الإلتزام. وإن حدث ذلك يُفْتَرَضُ أن الضمان المقدم هو بمثابة كفالة لأنها الأصل. بما يعني أن الأشخاص الملزمين بتحرير مثل هذه العقود – ونعني بذلك البنوك– يلعبون دورا مهما من حيث إسداء النصح والمشورة، فواجب الإعلام يجب أن يصاحب أي تجديد على مستوى الضمانات عموما والكفالة خصوصا[1].

الفرع الثالث: الطابع التجاري للكفالة البنكية

لطالما كان تحديد طبيعة الكفالة البنكية من حيث كونها مدنية أو تجارية أو مختلطة محل جدل فقهي، إلى أن اعترف الفقه الحديث صراحة –لاسيما الفرنسي– بالطبيعة التجارية للكفالات الممنوحة من طرف البنوك لعملائها، مدعما بالإجتهاد القضائي. فأصبح يعترف للكفالة البنكية بطابعا التجاري كلما كانت عملا مهنيا– احترافيا– يقوم به الكفيل في مقابل عوض. فالبنك الذي يمنح كفالته في مقابل تحصيل عمولة إنما يقوم بعمل تجاري[2]. وقد انجر عن هذا الرأي، الحكم على تجارية كل الكفالات الصادرة عن التجار وبمناسبة

1– الأطرش محمد، مقال بعنوان:" قاعدة التبعية في الضمانات الشخصية"، منتدى القاضي عياض للدراسات والأبحاث في قانون الأعمال، الموقع الإلكتروني:
www.ayad.bbfr.net, visité le: 13-02-2013.

2- Philippe Simler et François Terré, JurisClasseur-Compact, "le Crédit et ses Garanties", éd Lexis Nexis, Paris, 2004, pp72-73.

تجارتهم واعتبارها تضامنية[1].

إن تصنيف المشرع الجزائري للعمليات المصرفية وعمليات الصرف أعمالا تجارية بحسب الموضوع بنص القانون[2] يقود إلى إضفاء الطابع التجاري على الكفالة البنكية، فهي تعد عملا تجاريا دائما بالنسبة للبنك بالنظر إلى كونها من عمليات البنوك، من جهة، ونظرا لكون البنك يعد تاجرا يحترف كفالة الأشخاص بمقابل حسب المعيار الشخصي أو الذاتي.

كما أقر المشرع الجزائري بالطابع التجاري للكفالة – بحسب الشكل– متى كانت ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق. وذلك بنص المادة: 651 الفقرة الثانية من ق.م .ج.

لا شك أن الضمان الإحتياطي للورقة التجارية يعد كفالة لها، ويعتبر تجاريا دائما إذا ورد على السفتجة، أما إذا ورد على سند إذني[3] فهو لا يعد

1- J/ Rives-Langes, op.cit, p 560.

2– المادة:2 / 13 من ق.ت.ج.

3– السند الإذني: هو صك مكتوب في شكل خاص قابل للتداول يتضمن طرفين فقط فيه يتعهد المدين (محرر السند) بدفع مبلغ من المال بمجرد الإطلاع أو في ميعاد محدد لإذن شخص آخر هو المستفيد. ويعتبر أداة وفاء إذا كان يستحق السداد بمجرد الإطلاع، فيقوم مقام النقود. ويعتبر أداة ائتمان إذا تضمن أجلا للوفاء والسند الإذني هو الأكثر تداولا في البنوك.

أما السند لأمر: فقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة: 465 من ق. ت. ج دون أن يعرفه، وهو سند مكتوب يتعهد به شخص يسمى المحرر بأن يدفع لأمر شخص آخر يسمى المستفيد مبلغا معينا من النقود في ميعاد محدد. يراجع أكثر: سليم سعداوي، السندات التجارية في القانون الجزائري، دار الحديث للكتاب، ط 2009، الجزائر، ص 107.

تجاريا إلا إذا كان السند الإذني نفسه تجاريا[1].

أما في حالة تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان، فإن ذلك يعتبر رهنا لها لضمان دين آخر، ولا يعد كفالة. ونرى أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في الإشارة إلى هذه الفرضية واعتبارها من صور الكفالة التجارية، لأنها في الأصل ليست كفالة بل رهن لدين، من صور الرهون الحيازية[2].

تفطن المشرع الفرنسي إلى خطورة إضفاء الطابع التجاري على الكفالات البنكية، فقرر نوعا من الحماية للكفيل في إطار قانون الإستهلاك وذلك عند إبرام عقد الكفالة تحت إطار عمليات الإئتمان[3].

كما أن القضاء المغربي استقر على القول بأن العقود البنكية تدخل تحت إطار العقود التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري، وبالتالي أسند الإختصاص للمحاكم التجارية للبث في نزاعاتها[4]. وذلك ما أكدته محكمة الإستئناف التجارية لفاس بقولها أن الكفالات البنكية تعد من عمليات

1- العبرة بطبيعة السند وقت تحريره فيعتبر تجاريا إذا كان محرره تاجرا، سواء حرر لعمل تجاري أو مدني أو كان محرره غير تاجر لكن تحريره كان مترتبا على عملية تجارية.

2- هاني دويدار، المرجع السابق، ص287.

3- Manuela Bourassin: "la Spécialisation du Droit des Sûretés Personnelles "Entre Droit Commercial et Protection des Consommateurs", Revue Internationale de Droit Comparé, N° 2, Paris, Avril-Juin 2014, pp 435-470.

4- قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم: 61 بتاريخ: 03-02-2000 و القرار رقم: 588 بتاريخ: 29-06-2000 يقضي بأن القروض البنكية هي عقود تجارية بطبيعتها بغض النظر عن صفة المتعاقد مع البنك، نص القرارين منشور بالموقع الرسمي للمحكمة:
www.mahkamaty.com , visité le:06-02-2014.

الإئتمان و تعتبر تجارية بطبيعتها بسبب الجهة الصادرة عنها وهي البنك[1].

مما سبق، يكون المشرع الجزائري قد اعتمد على المعيارين الموضوعي والشخصي لإضفاء الطابع التجاري على الكفالة البنكية بشتى صورها، يترتب على هذا القول تطبيق الأحكام الخاصة بالعقود التجارية على هذا النوع من الكفالات، من قواعد حرية الإثبات، والإختصاص التجاري، واعتبار التزام البنك تضامنيا، مع ما ينتج عن هذه الصفة من حرمان البنك الكفيل من الدفع بالتجريد والتقسيم[2].

وفي غياب عنصر محدد وثابت يمكن الإستناد إليه – وبصورة مطلقة – لتحديد الطبيعة التجارية للكفالة البنكية بالنظر إلى أخذ المشرع الجزائري بالمعيارين معا، فإننا نرى أن الحل السليم هو في اعتبار الكفالة البنكية ذات طابع تجاري كلما كان الكفيل بنكا وأيا كانت الأسباب التي دفعته لمنح كفالته، سواء كان المكفول تاجرا أو غير تاجر، وسواء حررت في إطار القواعد العامة أو ضمانا لورقة تجارية، وذلك من أجل تيسير الأمور في هذا الشأن.

1- يراجع قرار المحكمة رقم: 1366 بتاريخ: 09-12-2004 بالملحق رقم:1، ص ص 282-283 من هذه الأطروحة.

2- رقية جبار، المرجع السابق، ص 7.

الفرع الرابع: الطابع الإلزامي للكفالة البنكية

تنقسم الكفالة من حيث مصدر التزام المدين بتقديمها إلى كفالة اتفاقية وقانونية وقضائية[1]، وتكون قانونية عندما يفرض القانون على المدين تقديم كفيل للدائن. فتكون الكفالة البنكية التي يتطلبها القانون كفالة قانونية في مجال الصفقات العمومية، تتخذ بذلك طابعا إلزاميا، بالإستناد إلى المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المؤرخ في: 24-07-2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[2]، حيث نصت المواد: 45،63 و84 منه على أصناف عديدة من الكفالة بوصفها ضمانات ملزمة يؤديها المتعامل المتعاقد (الطرف المدين) تجاه المصلحة المتعاقدة (الطرف الدائن) بواسطة إما البنوك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية[3]، باعتبارها الطرف الكفيل في العقد. وتشترط المادة: 63 الفقرة الأولى من نفس المرسوم السالف ذكره، أن يكون الكفيل مؤسسة مصرفية "بنك محل الوفاء" أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو بنك أجنبي يعتمده بنك جزائري.

إن الصفة الإلزامية للكفالة البنكية على هذا النحو، غالبا ما يجعلها تحرر وفق نماذج محددة مسبقا من طرف البنوك. فقد نصت المادتين:63 الفقرة الثانية و84 الفقرة الخامسة من المرسوم رقم: 02-250 المذكور أعلاه، أنه

1- يراجع أكثر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص32.

2- المرسوم الرئاسي رقم:02- 250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية مؤرخ في:24-07-2002، ج ر العدد:52 المؤرخة في: 28-07-2002.

3- تم إنشاء الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 98-67 المؤرخ في: 21-02-1998، والذي يتضمن إنشاؤه وسيره. ويعد مؤسسة ذات طابع تجاري وصناعي يعمل تحت وصاية وزارة المالية.

يتم تحرير الكفالة حسب الصيغ التي تلائم المصلحة المتعاقدة (الدائن) والبنك الذي تنتمي إليه. الأمر الذي يستوجب إبرامها في إطار عقود نموذجية[1]، تعتمد فيها البنوك على أسلوب موحد، يصفها البعض بأنها عقود إذعان – تأسيسا على هذا الأسلوب الموحد وبسبب عدم تعديل البنك لبنود العقد – رغم توضيحها لحقوق وواجبات الأطراف[2].

وحسب رأينا، أن الحاجة السريعة لإتمام التعاملات يقتضي إفراغ هذه الكفالات في قالب نموذجي من أجل ربح الوقت. كما أن القوانين المصرفية على المستوى الدولي تتميز بأنظمتها الموحدة لاسيما الإعتمادات والكفالات وغيرها مما تتعلق بالتجارة الخارجية، بحيث لا تعطي العميل المجال لتغيير نصوصها المطبوعة لأنها نظم عالمية مقننة من طرف رجال قانون، وخبراء غرفة التجارة الدولية ولجنة اليونسترال[3] الدولية، التي أفردت دليلا خاصا بالكفالات والضمانات.

1- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، الجزائر، ص ص 103-105 وص ص140-142.

2- موسى متري وأديب ميالة، مقال بعنوان: " العقود النموذجية في الكفالات البنكية "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، العدد الأول، المجلد 26، 2010، ص13.

3- يراجع في هذا الشأن: إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة لسنة 1998، الموقع الرسمي لأمانة اليونسترال: www.un.or.at/unictral ، أيضا دليل اليونسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة لسنة 2010، منشورات الأمم المتحدة، النمسا، أكتوبر2010، كذلك نصوص لجنة اليونسترال ومؤتمر لاهاي والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص(اليونيدروا) المتعلقة بالمصالح الضمانية لسنة2012، منشورات الأمم المتحدة، النمسا، جويلية 2012، الموقع الرسمي للجنة: www.unictral.org.

الفرع الخامس: الكفالة البنكية من عقود المعاوضات

الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرع، إذ أن الكفيل يلتزم بالضمان للدائن إلتزاما لا يتضمن معناه عنصر المقابل. لكن هذا لا يمنع أن يحصل الكفيل على مقابل، فتصبح الكفالة معاوضة بشرط أن يظهر بوضوح استحقاق الكفيل لهذا المقابل، وهو الأمر بالنسبة للكفالة البنكية.

تأسيسا على ذلك، تعتبر الكفالة البنكية من عقود المعاوضات بحيث أن المقابل فيها عنصر جوهري يستقيم وطبيعتها القانونية[1] لعدة أسباب أهمها:

- أن المادة: 68 الفقرة الأولى من الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[2]، في تعريفها لعمليات الإئتمان أشارت إلى العوض ليشمل كل العمليات بما فيها الكفالة البنكية.

- أن الكفالة البنكية باعتبارها من عمليات البنوك، هي ذات طبيعة تجارية سواء كان المكفول تاجرا أو غير تاجر، وبما أن فكرة التبرع غريبة عن التجارة التي تهدف دوما لتحقيق الربح والمضاربة، فإنه لا يمكن تصور المجانية في الكفالة البنكية.

- كما أن اعتبار الكفالة البنكية عملا تجاريا بموجب المادة :02 الفقرة الثالثة عشر من ق.ت.ج يؤدي إلى النتيجة ذاتها.

1-C/Gavalda et J/Stoufflet, Droit de la Banque, op.cit, p 683.

2- الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في: 26-08-2003 ج ر العدد: 52 المؤرخة في: 27-08-2003.

- وأخيرا، إن منح البنك لتوقيعه بمناسبة الكفالة لعميل من العملاء يكون– دائما– مقابل عمولة[1].

- **طبيعة العمولة في الكفالة البنكية:**

لا تختلف العمولة التي يتقاضها البنك في الكفالة البنكية عن تلك التي يحصل عليها في الإعتماد بالقبول، وهي تنقسم إلى شقين:

الأول: يعتبر أجرا عن الخدمة التي يقدمها للعميل لقاء هذا التوقيع.

الثاني: يُخَصَّصُ لتغطية الخطر الذي يحتمل أن يتعرض إليه البنك[2].

تتحدد هذه العمولة غالبا بنسبة من قيمة الدين المكفول أو العملية موضوع الإلتزام، ويتم تقديرها بالنظر إلى عدة عوامل أهمها :

طبيعة الخطر المهدد للبنك: فمن المنطقي أن يكون معدل العمولة عن الكفالة الضامنة للوفاء بمبالغ مالية، أعلى من تلك التي تضمن مجرد يساره أو سمعته التجارية.

مدة الإلتزام الذي يتحمله البنك: فكلما كان الخطر ممتدا كان من الصعب تقديره بدقة، وبالتالي ارتفعت نسبة العمولة[3].

وقد حدد المشرع المصرفي نوع الأخطار الواجب تقديرها وتحليلها من طرف

1– بضراني نجاة، المرجع السابق، ص 303.

2– عبد الله بوداد، مقال بعنوان: "موقع كفالة ضمن الضمانات البنكية في التشريع المغربي"، منشور بمدونة البحث القانوني، الموقع الإلكتروني:
www.boudadabdellah.blogspot.com, visité le: 09-01-2013.

3– بضراني نجاة، المرجع السابق، ص304.

البنوك والمؤسسات المالية في النظام رقم: 02-03[1]، لاسيما المادة الثانية منه.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة البنكية عن الأنظمة المشابهة لها

إن تعريف الكفالة من الناحية الشكلية يبدو بسيطا، ولكنه في الحقيقة معقد. فالكفالة يمكن أن تتخذ أشكالا متعددة، ففي بعض الحالات إن عبارة "كفيل" أو "كفالة" لا تُسْتَخْدَم، ومع ذلك تُعَدُّ العملية كفالة. وعلى العكس من ذلك هناك حالات تُسْتَخْدَمُ فيها عبارة "كفالة" للدلالة على تأمينات عينية وليست شخصية. أَضِفْ إلى ذلك أن هناك بعض العمليات تُعَدُّ شبيهة بالكفالة حتى يكون من الصعب التفرقة بينها.

لتوضيح ذلك ارتأينا أن نتعرض للتمييز بين الكفالة البنكية وبعض العمليات والأنظمة المشابهة لها على سبيل المثال لا الحصر، من أهمها: الكفالة المدنية، تأمين الإئتمان[2]، وأخيرا خطاب الضمان، أكثر العمليات إلتباسا بالكفالة البنكية في التشريع الجزائري وذلك على النحو الآتي:

في الفرع الأول تناولنا تمييز الكفالة البنكية عن الكفالة المدنية، أما الفرع الثاني فخصصناه لتمييز الكفالة البنكية عن تأمين الإئتمان، وأخيرا الفرع الثالث وفيه تمييز الكفالة البنكية عن خطاب الضمان.

1- النظام رقم: 02-03، المؤرخ في: 14-11-2002، يتضمن المراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية ج ر العدد: 84 مؤرخة في: 18-12-2002.

2- L'assurance crédit.

الفرع الأول: تمييز الكفالة البنكية عن الكفالة المدنية

الكفالة من الناحية الإقتصادية هي أداة من أدوات الإئتمان، ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان[1]. وقد اعتبر المشرع الجزائري الكفالة مدنية في الأصل، والقرينة على ذلك اعتباره للكفالة الناشئة عن الدين تجاري عملا مدنيا يخضع لأحكام القانون المدني حتى ولو كان الكفيل تاجرا (المادة: 651 من ق.م.ج). وعليه، فإن التفرقة بين الكفالة المدنية، والكفالة البنكية تخضع لنفس التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية لاسيما من حيث الإثبات[2]. بالنظر إلى أن عمل البنك الكفيل يعتبر تجاريا بصفة أصلية بنص المادة: 2 الفقرة الثانية عشر من ق.ت.ج.

تتميز الكفالة البنكية والمدنية من حيث القواعد القانونية المطبقة عليهما بالتقارب، سواء تعلق الأمر بشروط الإنعقاد أو الآثار. وتجدر الإشارة منذ البداية أن صفة التبعية هي الخاصية المميزة لعقد الكفالة سواء كانت مدنية أو بنكية، وعلى هذه الخاصية تبنى الأحكام وترتب الآثار، وابتداءا منها يمكن تمييزها عن غيرها من العقود والأنظمة القانونية المشابهة. إلا أن هناك فوارق جوهرية بينهما يمكن التركيز على ثلاث أمور منها:

1- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، (الرهن الرسمي- حق الإختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الإمتياز- الكفالة)، المرجع السابق، ص 255.

2- صبري السعدي، المرجع السابق، ص 21.

أولا: من حيث الطبيعة القانونية الكفالة المدنية عقد مدني بحت[1]، ما لم تعقد لضمان دين تجاري تلحقها بموجبه الصفة التجارية، أما الكفالة البنكية فهي عمل تجاري أصلي باعتبارها من عمليات الإئتمان.

ثانيا: من حيث المقابل

الكفالة المدنية من عقود التبرع[2]، في حين أن الكفالة البنكية تكون بمقابل بنص المادة: 68 الفقرة الأولى من الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض السالف ذكره.

ثالثا: من حيث تواجد البنك ككفيل

في الكفالة المدنية لا يمكن الحديث عن البنك ككفيل، ولكنه يمكن أن يكون مستفيدا من الكفالة، في حين أن الكفالة لا تكون بنكية إلا بوجود البنك كطرف له اعتبار فيها[3].

الفرع الثاني: تمييز الكفالة البنكية عن تأمين الإئتمان

يقصد بتأمين الإئتمان، تلك العملية التي يلتزم بمقتضاها المؤمن بتغطية المؤمن له ضد خطر عدم الوفاء بالدين المؤمن عليه عند حلول الأجل. وإن وجه التقارب بينه وبين الكفالة البنكية في كونهما يستهدفان ضمان الوفاء بدين معين، لكن هناك فوارق جوهرية تفصل بينهما لاسيما عند التعرض

1- Brigitte Roman, Droit du Cautionnement, éd Ellipses, Paris, 2005, p16.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 25.

3- عبد الله بوداد، المرجع السابق، ص 3.

لبعض صور تأمين الإئتمان مثل: تأمين الضمان الإحتياطي، تأمين الإعسار ولاسيما تأمين الكفالة.

يفرق الفقه بين الكفالة البنكية و تأمين الإئتمان من عدة أوجه أهمها:

أولا: من حيث الأطراف

يكون البنك في الكفالة البنكية، هو الكفيل لزبونه الذي يعتبر المدين الأصلي ويبرم العقد بينهما، أما في تأمين الإئتمان فيكون البنك مستفيدا من التأمين المبرم بين المؤمن (شركة التأمين) والمؤمن له (الدائن)[1].

ثانيا: من حيث التبعية للإلتزام الأصلي

من أهم خصائص الكفالة البنكية أنها تابعة للإلتزام الأصلي الذي تضمنه، أما تأمين الإئتمان فهو التزام قائم بذاته مستقل عن العلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين، ويكون للبنك الكفيل حق الرجوع على المدين في حالة الوفاء، في حين أن حصول الضرر المؤمن عليه يجعل التزام شركة التأمين قائما دون أن يكون لها حق الرجوع على المدين بسبب الأقساط المدفوعة.

ثالثا: من حيث المحل

يكون محل الكفالة البنكية أداء البنك للدين الذي ضمنت الوفاء به عند تخلف المدين، في حين أن محل تأمين الإئتمان هو التعويض عن الضرر[1] الذي يلحق الدائن من جراء تقاعس المدين عن الوفاء.

1- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية،(الرهن الرسمي- حق الإختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الإمتياز- الكفالة)، المرجع السابق، ص 256.

رابعا: من حيث تقابل الإلتزامات

الكفالة البنكية عقد ملزم لجانب واحد هو البنك، أما تأمين الإئتمان فهو عقد ملزم لجانبين: الدائن المؤمن الذي يلتزم بدفع أقساط التأمين، وشركة التأمين التي تلتزم بأداء قيمة الضمان عند حصول الضرر[2]، فنكون أمام إلتزامين متقابلين.

والواقع أن هذا الإختلاف بين الكفالة البنكية وتأمين الإئتمان، إن كان يبدوا واضحا

– اليوم– فإن الأمر لم يكن كذلك من قبل، حينما كانت شركات التأمين تمنح كفالات على أنها مجرد تطبيقات خاصة لتأمين الإئتمان الذي يدخل في مجال اختصاصها، إلى أن واجهت الإعتراض من البنوك والمؤسسات المالية – في فرنسا– والتي اعتبرته تعديا لمجال اختصاصها باعتبارها عمليات إئتمانية لاسيما عندما تعددت صوره.

1– تأمين الضمان الإحتياطي[3]:

تأمين الضمان الإحتياطي هو عقد يبرم بين دائن (بنك أو مورد بضائع...) يدعى مؤمن له، ومؤمن (شركة التأمين) بحيث يتعهد هذا الأخير بأن يوفي ديون الأول عند عدم وفاء المدين بها في تاريخ الإستحقاق مقابل

1– بضراني نجاة، المرجع السابق، ص 323.

2– يراجع في هذا الشأن :

P/Simler et F/Terré, JurisClasseur, op.cit, p76.

3 -L' Assurance aval.

قسط يتقاضاه. وذلك بغض النظر عن إعسار المدين من عدمه[1] ، وهو بهذا المفهوم يتعدى "الضمان الإحتياطي" من حيث نوع الديون التي يغطيها المتمثلة في الأوراق التجارية والديون العادية[2].

ويتخذ هذا التأمين شكلين:

أ- **تأمين السفتجة:** بحيث يطلب صاحبها (البائع أو المورد) من المؤمن ضمان الوفاء بها في تاريخ الإستحقاق إذا لم يقم المسحوب عليه (المشتري) بذلك، مما يسهل تظهيرها أو خصمها.

ب- تأمين الديون العادية: يلتزم المؤمن تجاه الدائن، مقابل قسط بالدفع له إذا لم يقم المدين بذلك في تاريخ الإستحقاق، ويعرف هذا النوع أيضا بتأمين الدفع[3].

إن استخدام هذا النوع من التأمين قليل نسبيا، وهو أقرب إلى الكفالة منه إلى التأمين فتعهد المؤمن يشبه كثيرا تعهد الكفيل[4]، لكن الفرق بينهما يبقى في تدخل البنك كضامن، ففيه شركة التأمين هي التي تؤمن الضمان، بينما الكفالة لا تكون بنكية إلا إذا منح البنك هذا الضمان.

2- تأمين الإعسار[5]:

1- Alain et Marie-Claire Pièdelièvre, Droit du Crédit, 1ère ed, PUF, Paris, 1985, p111.

2- شميل كمال، التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية (العينية والخاصة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009 ، ص135.

3- فضيل نورة، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 27.

4- Alain et Marie- Claire Pièdelièvre, op.cit, p 112.

5 -L'Assurance - insolvabilité.

تأمين الإعسار، هو التأمين الذي يغطي أخطار الضياع النهائي لديون الدائن التاجر(المؤمن له) والناتجة عن إعسار مدينه التاجر(أو مدينيه). ويستعمل في القروض التجارية قصيرة المدى الواردة على بيع السلع أو الخدمات بأجل بين التجار خاصة. وفيه يغطي المؤمن خطر إفلاس المدين فقط، على العكس تماما من تأمين الضمان الإحتياطي.

يتشابه تأمين الإعسار والكفالة البنكية من حيث الهدف من كل منهما، فالعقدين ينتهيان إلى نفس النتيجة وهي ضمان عدم وفاء المدين في تاريخ الإستحقاق والذي يحرك إلتزام كل من الكفيل والمؤمن. لكنها يختلفان في أمور جوهرية أهمها:

– أن البنك الكفيل في الكفالة البنكية يتدخل لتقوية إئتمان عميله المدين أو الوفاء عوضا عنه، أما في تأمين الإعسار فإن المؤمن يتدخل لتأمين مخاطر تخلف المدين المعسر[1].

– يتعهد الكفيل إما بعلم المدين أو بغير علمه حتى ولو لم يكن معسرا، وقد يكون هذا التعهد أحيانا باقتراح المدين ودون طلب الدائن، على العكس من تأمين الإعسار الذي يفترض دائما إعسار المدين ويبرم لأجله، ويكون العقد بين الدائن والمؤمن.

– يتدخل الكفيل لضمان عملية أجنبية عنه، بخلاف المؤمن الذي يكون طرفا في عقد مستقل بذاته.

---

1 - Alain et Marie - Claire Pièdelièvre, op.cit, p112.

3- تأمين الكفالة[1]:

ظهر هذا النوع من التأمين حوالي عام 1948[2]، كانت تتدخل بموجبه شركات التأمين في فرنسا بطلب من المدين(وليس الدائن) لضمان تعهداته تجاه دائنه لتغطية خطر عدم الوفاء في ميعاد الإستحقاق. فيكون المدين هو مكتتب التأمين والدائن هو المستفيد منه.

جاء المشرع الجزائري بهذا العقد الجديد في القانون رقم: 06-04 المعدل والمتمم[3] للأمر رقم:95-07[4] المتعلق بالتأمينات، حيث أحالت مادته الثامنة إلى نص المادة: 59 مكرر والتي جاء فيها ما يلي: " تأمين الكفالة هو عقد يضمن من خلاله المؤمن، مقابل قسط تأمين ، للمؤسسة المالية أو المصرفية، تعويض مستحقاتها بشأن عملية تجارية أو مالية في حالة إعسار المدين". وقد أراد به المشرع حماية البنوك والمؤسسات المالية من خطر ضياع القروض التي تقدمها لعملائها.

وبسبب تدخل البنك كطرف مستفيد من العملية، عُدَّ هذا النوع من التأمين من النظم المشابهة للكفالة البنكية، رغم وجود فروقات تميزهما أهمها:

1- المشرع الفرنسي جاء بعبارة:" assurance caution" ، مما يعني " تأمين الكفيل"، على خلاف المشرع الجزائري الذي استعمل مصطلح: " assurance cautionnement " ، أي تأمين الكفالة.

2- Jean- Louis Rives Lange et Monique Contamine -Raynaud, op.cit, p558.

3- القانون رقم: 06-04 المؤرخ في: 20-02-2006 يعدل ويتمم الأمر رقم: 95-07 المتعلق بالتأمينات ج ر العدد:15 مؤرخة في: 12-03-2006.

4- الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في:25-01-1995 المتعلق بالتأمينات ج ر العدد: 13 مؤرخة في:08-03-1995.

– في تأمين الكفالة، يكون البنك هو المستفيد من التأمين دائما، بينما في الكفالة البنكية يمكن أن يكون مستفيدا عندما يتدخل بنكين لضمان عملية واحدة، فيكون البنك الأول مستفيدا والثاني كفيلا، لكنه في أغلب الأحيان الكفيل المانح للإئتمان.

– لا يستطيع المدين في تأمين الكفالة أن يبرم عقد تأمين لصالحه لسبب واحد وفريد، أنه لا يمكنه أن يؤمن ضد خطر عدم الدفع المتعلق به لأن التخلف هو فعل إرادي من جانبه، على النقيض من ذلك إن المدين في الكفالة البنكية إنما يقوم بتقوية ائتمانه عن طريق طلب كفالة بنكه[1].

– إن الكفيل في الكفالة البنكية لا يؤمن العميل وإنما يتضامن معه، فيشتركان في تحمل الخطر. لكن المؤمن في تأمين الكفالة يؤمن خطر تخلف المدين[2].

الفرع الثالث: تمييز الكفالة البنكية عن خطاب الضمان

لم يُعَرِّفْ المشرع الجزائري خطاب الضمان مثله مثل العديد من المشرعين، بل ولم يستعمل هذا المصطلح أصلا، وإن جل التعريفات التي وردت فيه إنما هي تعريفات فقهية.

وقد عَبَّرَ عنه الفقه أنه: " تعهد نهائي يصدر عن البنك بناء على طلب عميله، بقبول دفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة "[3]. بينما يرى بعض الفقه أن خطاب الضمان

1– فضيل نورة، المرجع السابق، ص ص27– 29.

2– شميل كمال، المرجع السابق، ص 138.

1- Jean-Pierre Mattout, Droit Bancaire International, 2 ème éd, la Revue Banque Editeur, Paris, sans date de publication, p155.

لا يستتبع بالضرورة تسليم نقود إلى العميل أو إلى الغير[1] وإنما هو صورة من صور إقراض البنك لتوقيعه "ومضمونه العام أن يكفل البنك عميله في مواجهة الغير بخطاب يرسله إليه، أو بعقد مستقل أو بأن يُوَقِّعَ كضامن احتياطي له في ورقة تجارية أو بأي طريقة أخرى تتناسب مع العملية التي يضمنها البنك، ويتقاضى عمولة في مقابل هذا الضمان"[2].

في المجال البنكي، جرى العمل على إطلاق "خطاب الضمان المصرفي" بصفة خاصة على الضمان الذي يتطلبه المشرع من جهة إدارية بنص قانوني أو لائحة إدارية كبديل عن التأمين النقدي، في الحالات التي يتعاقد فيها العميل مع جهة إدارية في صفقة بيع أو توريد أو أشغال عمومية. فيقوم البنك بضمان عميله، بموجب الخطاب، تجاه هذه الجهة الإدارية، في حدود المبلغ والمدة المحددتان فيه في حالة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته. وهو النهج الذي سار حذوه المشرع الجزائري في مجال إبرام الصفقات العمومية.

من الناحية النظرية يعد التمييز بين الضمان المستقل والكفالة بسيطا، حيث يكون الإلتزام الأول مستقلا في حين يكون الثاني تابعا للعقد الأساسي. لكن من الناحية العملية غالبا ما يكون من الصعب تكييف الضمان المبرم لاسيما وأن القضاء غير ملزم بالأخذ بالتكييف الذي صرح به المتعاقدون.

يعتبر كل من خطاب الضمان والكفالة المصرفية عملية مصرفية تتم بطريق التوقيع، وقد أدت حداثة ظهور خطاب الضمان إلى اعتباره مجرد نوع

2- علي البارودي، القانون التجاري (العقود وعمليات البنوك التجارية)، الدار الجامعية، ط 1986، الإسكندرية، ص 397.

3- علي البارودي، نفس المرجع، ص397.

من الكفالة البنكية ولم يكن الفقه والقضاء يجرأ على فصله عن النظام القانوني الذي يحكم الكفالات البنكية. فقد ذهبت محكمة الإستئناف بباريس في قرار لها بتاريخ: 15 جوان 1973 إلى أن:

" بنود الإلتزام بالضمان وإن كانت تشير وبشكل واضح إلى أن البنك يلتزم بالدفع لدى أول طلب، فإن ذلك ليس من شأنه تعطيل مفعول مقتضيات الفصل 2036 من القانون المدني الفرنسي والذي بمقتضاه يحق للكفيل التمسك بمواجهة الفاعل بكل الدفوع التي للمدين الأصلي المتعلقة بالدين الأساسي"[1].

إن القول بأن خطاب الضمان هو نوع من الكفالة التي تخضع لقواعد خاصة أفرزها العرف المصرفي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، لأن الواقع أن جوهر الكفالة هو وجود التزام أصلي وآخر تبعي[2] في حين وجود التزام واحد في خطاب الضمان، تحددت شروطه وأوصافه داخل الخطاب الذي يمنع أي أثر للعقد الأساسي الذي صدر الخطاب ضمانا لتنفيذه[3].

تبدوا أهمية التمييز بين خطاب الضمان والكفالة البنكية على هذا النحو، في أن الإلتزام الناشئ في الخطاب يكون أشد مما يتحمله الكفيل ولو كان متضامنا. ففي الكفالة التضامنية يظل التزام الكفيل تابعا أيضا وإن امتنع عنه

1- للإطلاع على فحوى القرار، يراجع الموقع الإلكتروني: www.MCJ.fr , visité le:02-12-2016.

2- Fréderic Rouvière: " Le caractère subsidiaire du cautionnement ", RTD com N° 04, éd Dalloz, Paris, Oct -Déc 2011, pp 689-709.

3- Alain et Marie -Claire Pièdelièvre, op.cit, pp152-153.

بالدفع بالتجريد، أما إلتزام البنك في الخطاب فهو إلتزام مباشر ومستقل عن علاقة البنك بالعميل وعن علاقة العميل بالمستفيد[1].

من أهم مظاهر هذا الإستقلال أن يكون التزام البنك محددا بمبلغ الخطاب، دون النظر إلى مقدار الدين بين العميل والمستفيد. كما أن التزام البنك تجاه المستفيد لا يرتبط في انقضائه بالتزام العميل، بل ينقضي الإلتزام بانقضاء مدة الخطاب دون المطالبة أو بالوفاء أو ما يقوم مقامه[2].

ويرى بعض الفقه أن التفرقة بين الكفالة والخطاب تكمن في المحل، فيكون المحل في الخطاب مبلغا معينا من النقود، بينما في الكفالة الإلتزام الأصلي[3] فالإلتزام المستقل لا يجب أن يكون موضوعه الدين الخاص بالمدين. وحتى يتسنى التمييز بين العمليتين، استعان الفقه ببعض المعايير أهمها: معيار الطبيعة الإستقلالية لالتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان[4].

- **مضمون معيار الطبيعة الإستقلالية لالتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان:**

استقر الفقه الحديث على التمييز بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان من حيث الطابع الأصلي أو التبعي للضمان، لكن متى نقول أن إلتزام البنك في خطاب الضمان هو إلتزام مستقل وما هي مظاهر هذا الإستقلال؟

1- Marguerite Boutelet- Blocaille, Droit du Crédit, éd Masson, Paris, 1987, p178.

2- سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص ص 75- 76.

3- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية –التبعية وغير التبعية- (الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط2005 ، الإسكندرية، ص 194.

4- Laurent Aynes, Le Cautionnement, 2 ème éd, Dalloz, Paris, 1997, p 25.

لكي تتحقق هذه الطبيعة الإستقلالية يجب أن يتوفر في الإلتزام بعض الخصائص، وهي أن يكون مجردا ومباشرا ونهائيا أو باتا.

1- أن يكون إلتزام البنك في الخطاب مجردا:

مفاده أنه لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقته بعميله، كأن يمتنع البنك عن دفع مبلغ الضمان إلى المستفيد بسبب عدم تنفيذ العميل لالتزامه بتقديم الغطاء أو العمولة أمام البنك.

كما أنه يُمْنَعُ على البنك أن يحتج ضد المستفيد بدفوع مستمدة من علاقة المستفيد بالعميل، كفسخ عقد الأساس أو عدم تنفيذه.

وقد جاء في حكم لمحكمة استئناف القاهرة بتاريخ: 19 فبراير 1963[1]، أن الإحتجاج بأن العملية التي من أجلها طلب خطاب الضمان قد أُلْغِيَتْ بالإتفاق مع الدائن المستفيد، واُسْتُبْدِلَتْ بعملية أخرى، لا تعطي للبنك الضامن الحق في رفض الوفاء للمستفيد.

2- أن يكون إلتزام البنك في الخطاب مباشرا:

مفاده أن البنك يلتزم في مواجهة المستفيد بصفته أصيلا لا نائبا[2] عن عميله، وهو ما يؤكد عدم تبعية التزامه للإلتزام الأصلي الذي منح الضمان

1- بضراني نجاة، المرجع السابق، ص585.

2- نقض تجاري مصري بتاريخ: 12-04-1982، طعن رقم: 648، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 48 لسنة: 1982، جاء فيه:" أن البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي بين عميله والمستفيد منه، لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزام المدين المكفول، بل يعتبر في هذه الحالة إلتزاما مستقلا عن العقد القائم بين المتعاملين، فالتزام البنك في خطاب الضمان إلتزام مستقل وأصيل ولا يعد وكالة عن العميل". أيضا: نقض تجاري مصري بتاريخ: 18-06-2001، طعن رقم: 5411، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 62 لسنة: 2001، بين الهيئة العامة للسلع التموينية والبنك الأهلي

بمناسبته كما هو الأمر في الكفالة، ولكنه يُعَدُّ مستقلا عنه بحيث يكون واجب التنفيذ بمجرد طلبه من المستفيد وبالرغم من معارضة العميل.

إذا اقترن الإلتزام في الخطاب بلفظ " التضامن" فإنه حسب آراء الفقهاء لا يعد عقبة في كونه مستقلا[1]، وبالتالي فإنه ما يميز الكفالة عن خطاب الضمان هو طابعها التبعي وعدم إمكانية الكفيل الإحتجاج بالدفوع، فإذا تعهد الضامن بالوفاء لدى أول طلب مع تنازله عن التمسك بأي دفع، نكون بصدد خطاب ضمان مصرفي وليس كفالة بنكية.

3- أن يكون إلتزام البنك في الخطاب باتا (نهائيا):

معناه أن التزام البنك الضامن في مواجهة المستفيد هو إلتزام تلقائي يتمكن بموجبه المستفيد من الحصول على مبلغ الخطاب بمجرد الطلب، وهو ما يفسر التزام البنك بصفة باتة ونهائية منذ وصول الخطاب إلى علم المستفيد وعدم رفضه له، بشكل لا يكون للبنك أية إمكانية للرجوع فيه أو تعديله أو الإمتناع عن الوفاء لأي سبب، حتى ولو عبر العميل عن اعتراضه عن الوفاء. وتبعا لذلك يكون البنك مسؤولا إذا رفض الوفاء بمبلغ الخطاب

المصري ضد مورد = = دجاج أمريكي، جاء فيه:" .... والتزام البنك تجاه المستفيد في هذا إلتزام أصيل، ومن ثمة فيكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك". وأيضا نقض تجاري مصري بتاريخ: 23-10-2001، طعن رقم:4181، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 64 لسنة:2001، جاء فيه:".... ويلتزم البنك في خطاب الضمان بصفته أصيلا لا نائبا عن عميله، ولا يعد تنفيذا لعقد بين العميل والمستفيد وإن البنك لا يعد نائبا أو وكيلا عن العميل أو كفيلا له في تنفيذه".

1- بضراني نجاة، المرجع السابق، ص587.

للمستفيد عند الطلب بعد أن صار التزامه باتا، وحتى في حالة تأخره عن الدفع يكون مسؤولا عن أداء التعويضات عن الضرر والفوائد التأخيرية.

أما قبل اتصال الخطاب بعلم المستفيد، فإن البنك تكون له إمكانية الرجوع عن التزامه أو تعديله، أو أن يحبسه في يده بل وحتى استرداده- إن أمكن- من البريد ببرقية تسبقه.

يقول Simler في هذا السياق، أن المعيار الذي يهدينا إلى التفرقة بين الضمان المستقل والكفالة التبعية يجب أن يكون " إرادة الضامن ذاتها" فننظر إلى هذه الإرادة المُعَبَّر عنها بألفاظ الْمُلْتَزِم، وإن صيغة الخطاب هي المعبرة عن هذه الإرادة من حيث كون الإلتزام مستقلا عن عقد الأساس وعدم جواز التمسك بأي دفع مستمد منه، أو أنها اتجهت إلى خلاف ذلك[1].

انطلاقا من هذا المفهوم، اختلف خطاب الضمان عن الكفالة البنكية من عدة جوانب أهمها:

أ- من حيث القواعد القانونية المنظمة له:

على خلاف الكفالة البنكية التي وردت أحكامها تارة في القواعد العامة للقانون المدني، وتارة في النصوص الخاصة للقانون التجاري والأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض فإن خطاب الضمان- بحصر المعنى- لم يتولَّ المشرع الجزائري تنظيمه بأي نص قانوني، رغم أنه في قانون الصفقات العمومية، عند ما أوجب على المتعاقد تقديم الكفالة كان يقصد بصورة واضحة خطاب الضمان، لكنه لم يستعمل هذا المصطلح للدلالة على هذا

1- J- P/ Mattout, op.cit, p154 et J- L/ Rives- Langes et M/ Raynaud, op.cit, p 725.

النظام القانوني. بل إن إيراد لفظ "الكفالة" أو"خطاب الضمان" في سند الضمان لا يكفي لتحديد نوع الضمان، وهو دليل ضعيف لا يمكن الإعتماد عليه، وكان على المشرع الجزائري أن يكون أكثر دقة في اختيار المصطلحات.

بعيدا عن الصفقات العمومية، وفي حالة اختيار الأطراف المتعاقدة لهذا النوع من الضمان فإن تنظيمه يعود إلى قواعد وأعراف التجارة الدولية الموحدة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[1]، وذلك في غياب النص.

ب- من حيث التبعية للعقد الأصلي:

الكفالة البنكية، كما سبق بيانه، إلتزام تابع للإلتزام الأصلي يدور معه وجودا وعدما، على عكس خطاب الضمان الذي ينشأ مستقلا عن الإلتزام الأصلي بين العميل الآمر، والغير الدائن له، ويعد الفقه أن هذا هو الفارق الجوهري بينهما[2].

من مظاهر هذا الإستقلال في خطاب الضمان أن يكون التزام البنك إلتزاما مجردا سواء عن علاقة البنك بعميله الآمر، أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد. كما يجب أن يكون التزاما مباشرا أي أن يتحمله البنك مباشرة في مواجهة المستفيد. وأخيرا أن يكون الإلتزام التزاما باتا ونهائيا، أي ألا يكون للبنك مجال للرجوع فيه بعد إصدار الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد أو

1- دليل اليونسترال التشريعي الخاص بالكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة ومختلف النصوص المنظمة للضمانات في المجال البنكي.

2- Brigitte Roman, op.cit, p22.

رفض الوفاء بقيمته عن الطلب[1].

يقول الدكتور السنهوري في تفسير تبعية التزام الكفيل للإلتزام الأصلي :

" وأما أن التزام الكفيل الشخصي تابع للإلتزام المكفول الأصلي، فيظهر ذلك فيما إذا التزم المسؤول عن دين الغير إلتزاما أصليا لا إلتزاما تابعا، وعند ذلك لا يكون هذا المسؤول كفيلا شخصيا ولا العقد الذي التزم به بعقد كفالة. وعلى ذلك لا يعتبر كفالة ما يأتي:

1- عقد الإنابة ولو كانت غير كاملة...

2- القابل للكمبيالة وموقعوها...

3- المدين المتضامن مع مدينين آخرين...

4- الوكيل بالعمولة الذي يضمن يسار العميل (convention ducroire)..

5- عقد تأمين يسار المدين...

6- عقد التعهد عن الغير..."[2].

وقياسا على ذلك، يرى الباحث أن خطاب الضمان لا يعد كفالة بسبب استقلال الإلتزام فيه عن الإلتزام الاصلي.

ت- من حيث الرجوع على المدين:

إن مطالبة البنك بالوفاء محل المكفول في الكفالة البنكية يستلزم ضرورة الرجوع على المدين الأصلي، في حين أن خطاب الضمان لا يقيد الدائن بمثل

1- بضراني نجاة، المرجع السابق، ص 584.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء10، المرجع السابق، ص ص 21- 22.

هذا الإجراء، فهو يرجع مباشرة على البنك. وهذا ما أدى ببعض الفقه إلى تسميته" الضمان لأول طلب"[1].

تجدر الإشارة أيضا إلى أن بعض الفقه[2] قد ميز خطاب الضمان عن الكفالة البنكية من حيث كون الجهة التي يمنحها البنك هذا الضمان هي جهة إدارية[3]، بينما إذا لم تكن كذلك كُيِّفت على أنها كفالة بنكية، لكن هذا القول؛ وإن صح بالنسبة للمشرع الجزائري في مجال الصفقات العمومية، إلا أنه غير مقنع بالنظر إلى كون خطاب الضمان أصبح يصدر في إطار عقود تجارية تبرم بين أشخاص القانون الخاص.

ورغم التشابه البديهي مع الكفالة إلا أن خطاب الضمان يعد مؤسسة قانونية ذات عمق أصيل، وخاصيته المتعلقة بالطابع المستقل تجعله يختلف عنها اختلافا جوهريا.

1- ميسم النويري، مقال بعنوان: "الكفالة لدى أول طلب"، مجلة ريادة، العدد9، الأردن، سبتمبر2009، ص 5.

2- يميز بعض الفقه أيضا بين الكفالة البنكية وخطاب النية (la lettre d'intention) وخطاب التزكية (la lettre de confort) والضمان المسمى: Bond المعروف في أمريكا، وهو ضمان إبتدائي بعمل شيء وليس بالدفع أو الوفاء، لم نرى داعيا للإستطراد فيها لكونها ليست إلا صورا مختلفة لخطاب الضمان ويعد هذا الأخير أوسعها تطبيقا.

3- Marguerite Boutelet-Blocaille, op.cit, pp178-179.

المبحث الثالث: الكفالة البنكية في ظل الشريعة الإسلامية

شهد الربع الأخير من القرن العشرين إنطلاق مسيرة المصارف الإسلامية في مختلف أنحاء العالم عموما، والمملكة المتحدة وأوروبا خصوصا[1]. وقد حققت نجاحا ملموسا بتقديمها العمل المصرفي الإسلامي بصيغ متميزة بعيدة عن قاعدة الربا التي تعتمد عليها البنوك التقليدية. ولعل السبب يعود إلى الإحساس الجديد بدور الدين الإسلامي في الحياة الإقتصادية والإجتماعية والسياسية لدى المسلمين[2].

هذا التغير في الصيرفة العالمية، شمل الجزائر في أوائل التسعينيات مع صدور أول اعتماد لبنك البركة القائم على أسس إسلامية. ورغم تطور نسبة نشاط المصارف الإسلامية في الجزائر لاسيما بعد فتح المجال للمنافسة مع البنوك الأجنبية الخاصة[3]، إلا أن النشاط المصرفي الإسلامي فيها لا يزال محتشما بسبب أن الإطار القانوني العام للنظام المصرفي الجزائري يخضع للصيرفة التقليدية التي لا تزال تسيطر على سوق المال العالمية. كما أن

1- André Martens:" La finance islamique: fondements, théories et réalité", Cahier 20-2001, Centre de Recherche et Développement en Economique, Université de Montréal, Sep 2001, p 22.

2- خالدي خديجة :" البنوك الإسلامية : نشأة، تطور، آفاق "، بحث منشور ضمن دفاتر Mecas، كلية العلوم الإقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد1 ، 2005، ص100.

3- مقرر رقم: 11-01 الصادر عن بنك الجزائر بتاريخ: 03-02-2011، يتضمن نشر قائمة البنوك وقائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر إلى غاية: 02-01-2011، بما فيهم المؤسسة العربية المصرفية، بنك الخليج ومصرف السلام.

انعدام النصوص التي تنظم هذا النوع الجديد من الصيرفة في القانون الجزائري، بات عائقا أمام تقدمها.

في هذا الجزء من البحث، سنتعرض لواقع الكفالة البنكية في النظام المصرفي الجزائري بمفهومها الديني، لكن قبل ذلك لابد من الوقوف على مفهوم الكفالة وأحكامها الخاصة في ظل الشريعة الإسلامية وارتأينا توسيع الحديث ليشمل خطاب الضمان كالآتي:

في المطلب الأول نتناول الكفالة بالمال في الشريعة الإسلامية، أما المطلب الثاني فخصص خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية، وأخيرا المطلب الثالث: واقع الكفالة البنكية بمفهومها الديني في ظل النظام المصرفي الجزائري.

المطلب الأول: الكفالة بالمال في الشريعة الإسلامية

تنقسم الكفالة في الإسلام بحسب نوع الإلتزام فيها إلى كفالة بالمال وكفالة بالنفس، فأما الكفالة بالنفس فهي التي يضع فيها الكفيل إلتزاما على عاتقه بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له[1]. وهي بهذا المعنى لا تمد بصلة لموضوع بحثنا.

وأما الكفالة بالمال، فهي التي يكون الإلتزام فيها ماليا، ويطلق عليها أيضا "الكفالة بأداء المال"[2]، وهي موضوع حديثنا وأهم نوع للكفالات، إذ يتحقق بها

1- أحمد محمد زياد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012، ص19.

2- محمد حسين حمد العواودة، الكفالة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2007، ص 124.

الهدف من الكفالة وهو الضمان.

وفيما يلي: التعريف بالكفالة ومشروعيتها في الإسلام في الفرع الأول والأحكام الخاصة للكفالة بالمال في الشريعة الإسلامية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الكفالة ومشروعيتها في الإسلام

يرى بعض الفقه أن الكفالة والضمان اسمان لمعنى واحد، وذلك استنادا إلى مختلف التعاريف التي وردت في الكفالة من فقهاء المذاهب الأربعة.

أولا: التعريف الفقهي للكفالة

إن تعريف الكفالة فقها لا يختلف عن معناها اللغوي، وهي بمعنى: الحمالة والزعامة والضمان والقبالة. وإن اختلاف فقهاء المذاهب الأربعة هو في تحديد مفهوم موحد لها.

فعرفها فقهاء الحنفية بأنها: "ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة" وقيل:" في الدين"[1]، أما في المالكية فهي: " شغل ذمة أخرى بالحق، وهي بمعنى الضمان"[2].

وفي المذهب الشافعي: " هي إلتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو هو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة، ويسمى الملتزم بذلك: ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكافلا وكفيلا"[3].

1- محمد زيدان زيدان ومازن مصباح صباح، مقال بعنوان:" أحكام الكفالة بالمال – دراسة فقهية مقارنة- "، مجلة جامعة الأزهر، العدد 1، المجلد 14، غزة، 2012، ص 385.

2- علي محمد عبد الحافظ السيد، المرجع السابق، ص 6.

3- محمد زيدان ومازن صباح، المرجع السابق، ص 386.

أما فقهاء الحنابلة فعرفوها بأنها: " ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"[1].

يتضح مما سبق، أن فقهاء المذاهب الأربعة عرفوا الكفالة باعتبار المعنى الحاصل بها وهو ضم ونقل الحق من ذمة إلى أخرى على سبيل الإلتزام ويرتب هذا الإلتزام الضمان، في حالة عدم أداء الأصيل للحق.

يقول الشيخ علي الخفيف شارحا أقوال الفقهاء:" وعمد الفقهاء إلى تعريفها بناء على حكمها، وهو الأثر المترتب عليها فاختلفوا في تعريفها بسبب اختلافهم في حكمها"[2].

ثانيا: مشروعية الكفالة بالمال في الإسلام

الكفالة مشروعة في الإسلام، وتكون مندوبة إذا كان القائم بها يأمن على نفسه الضرر بسببها، فهي جائزة جملة[3]. وقد ثبتت مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة والإجماع[4].

فأما من القرآن الكريم قوله تعالى :" قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاء بِهِ

1- محمد زيدان ومازن صباح، المرجع السابق، ص 386.

2- عثمان بابكر أحمد، " نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية "، بحث رقم 54، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، 2000، ص63.

3- محمد زيدان ومازن صباح، المرجع السابق، ص 387.

4- وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي- دراسة مقارنة- ، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بودواو، جامعة بومرداس، 2008-2009، ص 30.

حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ "[1]،

أي وأنا به كفيل[2].

ومن السنة ما رُوِيَ عن ابن عباس عن شرحبيل بن مسلمة عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:"... العَارِيَة مَضْمُونَة ومؤداة، والمِنْحَةُ مردودة، والدين مقضي والزعيم غارم"[3]. فدل الحديث على مشروعية الكفالة بقوله: "الزعيم غارم"، أي الكفيل ضامن.

كما انعقد الإجماع على جواز الكفالة ونقل هذا الإجماع مجموعة من العلماء، فقال ابن قدامة:" أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة، وإنما اختلفوا في فروعها"[4].

وقال ابن رشد: " ...وأما الإجماع، فلا خلاف بين الأئمة في جوازها، وإن اختلفوا في كثير من شروطها وأحكامها" [5].

وقال ابن حزم : "... وأما عموم جواز الضمان في كل حق من بيع أو غيره، فلأنه ليس فيه مبيع أصلا، وإنما هو نقل حق فقط"[6].

1- سورة يوسف، الآية: 72.

2- ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، مراجعة أحمد إبراهيم زهوة، دار الكتاب العربي، ط 2007، المجلد الثاني، بيروت، ص 392.

3- محمد بن عيسى بن سَوْرَة الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط 1، بدون سنة النشر، الرياض، ص301.

4- أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ،2007، ص 175.

5- عثمان بابكر، المرجع السابق، ص61.

6- عثمان بابكر، نفس المرجع، ص61.

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة للكفالة بالمال في الشريعة الإسلامية

إن أهم خاصية للكفالة في القانون الوضعي المتمثلة في تبعيتها للدين الأصلي، تجد أساسا لها في الفقه الإسلامي وكذلك الدفع بالتجريد. كما أن بعض التطبيقات المستحدثة للكفالة أرجعه الفقه الحديث إلى الشريعة الإسلامية.

أولا: تبعية الكفالة بالمال للدين الأصلي

تأصلت أهم ميزة للكفالة المتمثلة في تبعيتها للدين الأصلي في الشريعة الإسلامية مند قرون خلت، وتجلى ذلك من خلال التعاريف التي أوردها فقهاء المذاهب الأربعة، فاعتبروها تصرفا تابعا. وإن التزام الكفيل فيها لا ينفصل عن التزام المدين، وبالتالي فإن كل ما يؤثر في العلاقة الأصلية ينعكس على العلاقة التبعية، فعُدَّ الإلتزام باطلا إذا اشتمل على ربا أو ثمن خمر أو غيره"[1]. وأُعْطِيَ للكفيل حق الدفع ببطلانه في مواجهة الدائن.

كما أنه إذا حدث الوفاء من جانب المدين كليا، انقضى إلتزام الكفيل كليا تبعا لذلك، أما إذا كان الوفاء جزئيا، جاز للدائن مطالبة الكفيل بمقدار ما بقي من الدين، وانقضى الإلتزام بمقدار ما حصل من الوفاء.

كما ينقضي الإلتزام في الكفالة بالمال بما يعادل الوفاء، كما لو وهب الدائن دينه للكفيل أو الأصيل (المدين) فتسقط الكفالة بموجب ذلك وهذا عند جمهور الفقهاء[2].

1- أحمد فيصل شرف، المرجع السابق، ص53.

2- أحمد فيصل شرف، نفس المرجع، ص54.

وقد اختلف فقهاء الشريعة حول إمكانية رجوع الكفيل عن كفالته بين مجيز ومانع، وفرقوا بين جواز الرجوع فيها قبل وجوبها وبعده، باعتبارها من عقود التبرعات[1].

ثانيا: التوكيل في الكفالة بالمال في الشريعة الإسلامية

الوكالة في الفقه الإسلامي إذن في تصرف يملكه الآذن فيما تدخله النيابة[2] ولا شك في جوازها ومشروعيتها، لكن الفقهاء اختلفوا في مدى جواز التوكيل في الكفالة بالمال بين مؤيد ومعارض.

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى إجازتها قياسا على جواز التوكيل في الشراء، لحاجة الناس إلى مثل هذه العقود.

بينما قال الحنفية بعدم صحتها، بل وببطلانها في حالة حدوثها لأن الوكيل إنما يعمل لغيره أما الكفيل فيعمل لنفسه، ولو جازت هذه الوكالة صار الكفيل عاملا لنفسه ساعيا في إبراء ذمته، واستدلوا أن الأمر شبيه بتوكيل العبد في إعتاق نفسه والمرأة في طلاق نفسها[3].

أما الفقه المعاصر فقد رجح جوازها واعتبروا خطاب الضمان تطبيقا لهذه الوكالة في المصارف الإسلامية[4].

1- يراجع في هذا الشأن: أنس صالح الجابر، المرجع السابق، ص176 وما بعدها.

2- محمد العواودة، المرجع السابق، ص 133.

3- محمد العواودة، نفس المرجع، ص 135.

4- مروان أبو فضة، مقال بعنوان: " عقد الوكالة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية "، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، جامعة القدس المفتوحة، العدد: 2، المجلد 17، جوان 2009، ص 856 إلى ص 789.

المطلب الثاني: خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية

ورد الضمان عند فقهاء الشريعة الإسلامية بأكثر من معنى، فقد ورد بمعنى الكفالة كما ورد بمعنى الإلتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير، وورد أيضا بمعنى تحمل تبعة الهلاك، ومنه جاءت القاعدة الفقهية المستمدة من قول الرسول صلى الله عليه وسلم :" الخراج بالضمان". والمعنى الأغلب له عند الفقهاء هو الإلتزام بأداء حق مالي على الغير للغير، لذلك أطلقه الجمهور على الكفالة بالمال.

قال الماوردي في الحاوي الكبير: " أما الضمان فهو أخد الوثائق في الأموال لأن الوثائق ثلاثة : الشهادة والرهن والضمان"[1].

من التعريف الشرعي للكفالة والضمان، يتبين أن الفقهاء يتفاوتون بين مستخدم لمصطلح الكفالة والضمان، ففقهاء الحنفية يستعملون لفظ الكفالة، بينما المالكية جاءوا بلفظ الضمان والحمالة، والشافعية يستعملون الضمان أما الحنابلة فيطلقون لفظ الضمان على كفالة المال ولفظ الكفالة على كفالة النفس.

هذا التباين في اختيار المصطلحات عند فقهاء المذاهب الأربعة أدى بالباحثين لمتأخرين[2] إلى اعتبار خطاب الضمان مرادفا للكفالة البنكية، وبسبب أهمية خطاب الضمان في الحياة الإقتصادية بشكل عام وعمليات الإئتمان

1- عثمان بابكر أحمد، المرجع السابق، ص62، نقلاعن: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ج 6، ص 430.

2- وذلك في أغلب الدراسات المقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي في موضوع الكفالة.

بشكل خاص، كان لابد من الوقوف عليه في بحثنا هذا وفيما يلي بيان لتعريفه ومشروعيته في الإسلام وحكم أخذ العمولة عنه في فرعين مختلفين.

الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان ومشروعيته في الإسلام

خطاب الضمان ليس عقدا جديدا وإنما هو عقد الضمان المعروف في الفقه الإسلامي إسما ومعنى، ويتضح هذا من المقارنة بين تعريف خطاب الضمان في مجال عمليات الإئتمان، وتعريف الضمان في الفقه الإسلامي كما سبق بيانه مع الإختلاف الحاصل لخطاب الضمان بسبب تطور المعاملات لجعله مواكبا لهذا التطور لاسيما في عقود التجارة الدولية.

أولا: تعريف خطاب الضمان

هو تعهد كتابي، يلتزم البنك بمقتضاه بكفالة أحد عملائه – طالب الإصدار– في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضمانا للوفاء تجاه دائنه خلال مدة معينة على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول طلب خلال سريان الخطاب، ورغم معارضة العميل إن عارض[1].

من خلال هذا التعريف، يكون لخطاب الضمان شروطا أهمها:

– لابد من وجود بنك ضامن، وأن يكون المضمون عميلا لديه.

– أن خطاب الضمان يجب أن يكون مكتوبا.

1– محمد العواودة، المرجع السابق، ص 169.

- يجب أن يكون الضمان في الخطاب محددا بمدة.

- يجب أن يكون مبلغ خطاب الضمان إما محددا أو قابلا للتحديد.

- أن البنك الضامن مطالب بالوفاء عند أول مطالبة من المستفيد له رغم معارضة العميل المضمون.

ثانيا: مشروعية خطاب الضمان في الإسلام

لا شك في مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي باختلاف العقود التي يرد عليها، لكن بعض علماء الفقه الحديث ذهبوا إلى القول بأنه لا يكفي لتقرير مشروعية خطاب الضمان قياسا على مشروعية عقود الضمان[1]، وذلك بسبب اختلافهم في حكم أخذ الأجر عنه من جهة، ومن جهة أخرى بسبب كونه يحتوي على بعض الخصائص لا تتفق مع أحكام الضمان في الشريعة الإسلامية خاصة تأقيت خطاب الضمان بمدة محددة وعدم ثبوت المبلغ المضمون في ذمة العميل[2] عند إبرام عقد خطاب الضمان.

لكن عموما يجيز الفقهاء إصدار خطابات الضمان بمختلف أنواعها بسبب حاجة الناس إليها، وتكون مشروعة عندهم ما لم يصاحبها ما يفسدها، كأن يكون محل العقد محظورا شرعا.

1- الصديق أمين الضرير، المرجع السابق، ص7.

2- أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص 170.

أ- من القرآن الكريم:

ورد الفعل يَكْفُلُ في القرآن الكريم بمعنى: يتعهد الصغير ويرعى شؤونه، ولم يرد بمعنى الضمان، ففي سورة آل عمران قال الله تعالى: " وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ"[1].

كما ورد الفعل كفَّلَ بمعنى جعله كافلا له راعيا، حيث قال تعالى أيضا:" فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا"[2] .

ولم يرد الفعل في غير هذين الموضعين، ولم يأت بمعنى الضمان للمال، بل إن معنى الكفالة والضمان في القرآن الكريم قد جاء بمفهومه وليس بلفظه، فقال الله تعالى:

" قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ"[3]، والزعيم في هذه الآية الكريمة بمعنى الكفيل الضامن، ولذلك يستدل بهذه الآية على جواز الكفالة والضمان في الشريعة الإسلامية.

ب- من السنة النبوية:

رُوِيَ عن ابن ماجة في باب الكفالة من كتاب الصدقات بسنده عن ابن عباس،" أن رجلا لزم غريمه بعشرة دنانير، على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، فقال ما عندي شيء أَعْطِيكه، فقال: لا والله لا أفارقك حتى تَقْضِيني

1- سورة آل عمران، الآية: 44.

2- سورة آل عمران، الآية: 37.

3- سورة يوسف، الآية: 72.

أو تَأْتِيَني بحميل"[1].

" وقد ذكر الرملي أنه: سُنَّةٌ في حق قادر عليه آمِنٍ من غَائِلَته. والأَوْلَى أن يكون حكمه كحكم القرض". وقد اتفق الفقهاء أن الأصل في القرض الندب فيكون الضمان مثله، لأن كلاهما من فعل الخير، وإن في الضمان معنى القرض قد يؤول إلى قرض. هذا بالنسبة للضامن، أما بالنسبة للمضمون – العميل – فالأصل فيه الإباحة، وقد يتعرض الضمان لما يجعله واجبا على الضامن كما لو كان المضمون مضطرا، كما قد يكون محرما على الضامن والمضمون معا إذا اشتمل على محرم، وقد يكون مكروها إذا اشتمل عليه"[2].

يظهر أن سبب اختلاف الفقهاء والباحثين في الحكم الشرعي لخطاب الضمان، إنما هو بسبب اختلافهم في حكم جواز أخذ العمولة على الضمان[3] بين ما سماه فريق منهم : "جُعْلا"[4] على الضمان، والفريق الآخر:" أجرة على خطاب الضمان".

1– أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، بيت الأفكار الدولية، بدون سنة النشر، الأردن، ص259.

2– نقلا عن: الصديق أمين الضرير، المرجع السابق، ص 13.

3 – علي عبد الحافظ السيد، المرجع السابق، ص 103.

4– الجُعْل: هو الأجر وتقابله العمولة.

الفرع الثاني: حكم أخذ العمولة على خطاب الضمان

انقسم الفقهاء والباحثون في الفقه الإسلامي حول جواز أخذ العمولة على الضمان بين مؤيد ومعارض، وطبقوا هذا الحكم الشرعي على خطاب الضمان. فمن قال بجواز أخذ العمولة أجاز هذه العملية، ومن قال بعدم جوازها اعتبر خطاب الضمان غير مشروع من الناحية الدينية.

فقال ابن المنذر في ذلك: " أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجُعْل يأخذه الحميل، لا تحل ولا تجوز "[1].

وقال البغدادي: " ولو كفل بمال على أن يجعل الطالب له جُعْلا، فإن لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطا في الكفالة فالكفالة باطلة "[2].

وقال ابن عابدين: " الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجُعْل مع ضمان المثل، فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا"[3].

وقال إبن قدامة:" ولو قال أكفل عني ولك ألف لم يجز، وذلك لأن الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه، فصار كالغرض، فإذا أخذ عوضا صار الغرض جارا للمنفعة فلم يجز"[4]، وقد اعتبره منطويا على الغرر.

1- يوسف الشبيلي، مقال بعنوان:" حكم أخذ الأجر على الضمان"، الموقع: www.shubily.com، تاريخ الإطلاع: 23-12-2014.

2- الصديق أمين الضرير، المرجع السابق، ص 14.

3- الصديق أمين الضرير، نفس المرجع، ص 14.

4- الصديق أمين الضرير، نفس المرجع، ص 14.

وإننا نرى أن هذا القول لابن قدامة فيه من المعقول ما يرجحه كدليل لتحريم أخد الأجر على الضمان، لأنه سوف يكون مُشْتَرَطًا فيه وبالتالي فهو ربا.

أما بعض الباحثين المعاصرين فيرون أنه ليس للبنك حرمان العميل من الإستفادة من ماله خلال مدة سريان الخطاب، فيكون له نفس حقوق الودائع الإستثمارية[1].

يتضح مما نُقِلَ عن أقوال الفقهاء بشأن تحريم الأجر على الضمان، أن العمولة التي تأخذها البنوك على خطابات الضمان لا تجوز شرعا بالنظر إلى كون خطاب الضمان ما هو إلا عملية إقراض البنك لتوقيعه للعميل. وبالتالي فإن هذه العمولة إما أن تكون ربا إذا تحقق خطر عدم الوفاء أو غررا إذا لم يتحقق الخطر، لأنها ستأخذ في مقابل منح الإئتمان سواء اشتملت على المصروفات أو لم تشتمل. والواجب على البنوك الإسلامية ترك إصداره بهذه الطريقة والبحث عن بدائل لأخذ العمولة، كإصدار خطابات بغير غطاء إذا تحققت ثقة البنك في العميل لأن عقود الضمان في الفقه الإسلامي من عقود التبرع، حتى وإن أدى ذلك إلى الحد من إصدارها وحصرها في فئة من العملاء. أو أن يكون إصدارها مرتبطا بتغطية نقدية كاملة من طرف العملاء فلا مصلحة للبنك في إصدار الخطاب لعميل غير مقتدر ماليا. وهو الرأي الذي ذهب إليه الدكتور علي جمال الدين عوض حين قال:

1- علي أحمد السالوس، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، ط 01، 1987، الكويت، ص 158.

" المقصود بذلك الضمانات التي يقتضيها البنك من العميل- عند الإتفاق بينهما على عقد فتح الإعتماد بالضمان- لكي يغطي بها موقفه فيما لو اضطر البنك إلى تنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب إلى المستفيد، ولهذه الضمانات صور متعددة فالغالب أن يكون للعميل حساب جار في البنك فيُجَنِّبُ البنك- بموافقة العميل- مبلغا منه مساويا لقيمة خطاب الضمان يُفْرِجُ عنه عندما يتحرر البنك من التزامه الناشئ من خطاب الضمان"[1].

وأضاف الدكتور:"...قد يتصور أن احتباس البنك مبلغا مساويا لقيمة الخطاب تساوي في الواقع تقديم الضمان المطلوب إلى الحكومة نقدا، ولكن الواقع أن المتعهد أو المقاول يفضل إيداع المبلغ لدى البنك لأنه يسترده فورا بمجرد انتهاء ضمان البنك، أما إذا كان المبلغ المقدم للحكومة فمن الصعب استرداده بسرعة حتى ولو نُفِّذَ المشروع أحسن تنفيذ"[2].

وإنه من الصائب تأييد هذا الحل الذي جاء به الدكتور علي جمال الدين عوض، فهو الأمثل للبديل عن العمولة في خطابات الضمان لأن عملية حبس المبلغ المساوي لقيمة الخطاب ثم تحريره بمجرد انتهاء فترة الضمان ليس فيه شبهة، كما أن مصروفات البنك عن هذه العملية تكون متضمنة في المصروفات السنوية للحساب الجاري. وإننا ندعو البنوك الإسلامية أولا والجزائرية ثانيا لتطبيق هذا الإجراء بما أنه موجود ومعروف في أنظمتها المصرفية وكذا الأخذ به في مجال الكفالات البنكية عموما وخطابات الضمان

1- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، 1993، بدون بلد النشر، ص 259.

2- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، نفس المرجع، ص 373.

خصوصا، من أجل الإبتعاد عن الربا المحرم شرعا لأن مثل هذه العمليات لا غنى عنها في المعاملات التجارية الداخلية والخارجية.

المطلب الثالث: الكفالة البنكية بمفهومها الديني في النظام المصرفي الجزائري

إن التطور السريع الذي شهدته الصيرفة الإسلامية وظهورها كبديل للبنوك التقليدية خاصة في البلدان الإسلامية، لم يكن وليد الصدفة بل كان استجابة لرغبة العملاء الذين رفضوا التعامل بالربا. وإن المتتبع لتاريخ البنوك الإسلامية يستطيع رصد التطور الذي حققته، حيث وصل حجم هذه الصناعة إلى 729 مليار دولار سنة 2007 وما يقارب 840 مليار دولار في 2008، بمعدل يفوق 24 ٪ سنويا، حتى وصل في 2013 إلى 3,5 ترليون دولار[1].

قررت الجزائر على غرار العديد من الدول العربية تبني نظام الصيرفة الإسلامية، فعملت على إدخال مجموعة من الإصلاحات على أنظمتها التشريعية بموجب القانون رقم: 10-90 المؤرخ في: 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض، وبالرغم من أن نمو نشاط المصارف الإسلامية في الجزائر قد بلغ 15% في سنة 2014[2] فإن هذه النسبة تحتاج إلى الدعم بالموازاة مع

1- سليمان ناصر وعبد الحميد بوشرمة، مقال بعنوان:" متطلبات تطوير الصيرفة الإسلامية في الجزائر"، مجلة الباحث، العدد 7، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2009-2010، ص305.

2- Nacer Hider," Le banking islamique en Algérie vingt ans après", Les Cahiers de la Finance Islamique, Nº Spécial, Université de Strasbourg, France, 2013, pp 5-16.

هيمنة البنوك التقليدية، على رأسها بنك الجزائر كبنك مركزي يقرر السياسة المصرفية في الجزائر ويحتكر سوق النقد والقرض، لتبقى بذلك الصيرفة الإسلامية خاضعة لقيود الصيرفة التقليدية في غياب إرادة سياسية وتشريعية جادة تحدث لها التغيير.

في مجال طرق التمويل، تحرر نشاط البنوك الإسلامية الخاصة من الطرق التقليدية إلا أنه في مجال الضمانات لازال يخضع للقانون التجاري الجزائري وبعض النصوص البنكية الخاصة بما في ذلك الكفالة البنكية، كإحدى آليات هذا الضمان فأضحت بذلك أبعد ما تكون عن المفهوم الديني لها في ظل النظام المصرفي الجزائري في البنوك التقليدية والإسلامية على حد سواء. وعُدَّ بذلك القانون التجاري أكبر عقبة للنشاط البنكي الإسلامي عموما ولتطبيق الكفالة بأحكامها الشرعية الإسلامية خصوصا، لذلك ندعو المشرع الجزائري إلى تحرير نشاطها عن طريق تعديل التشريعات الخاصة بها فيما يتعلق بالكفالة كآلية للضمان والسماح لها بتطبيق ضمانات تلائم الطبيعة الخاصة لهذه البنوك، أو تعديل القانون التجاري والنصوص البنكية بشكل يتماشى مع هذا النظام المصرفي المختلط .

كما يتعين على بنك الجزائر كبنك مركزي تغيير سياسته تجاه هذه البنوك، والعمل على وضع سياسة تتماشى مع طبيعتها الدينية من خلال تعديل اللوائح والأنظمة الصادرة عنه، فإن هذا التعدد العام في المنظومة المصرفية والقانونية يتطلب تعدادا في الحلول أيضا.

إن وجود بنك الجزائر على قمة الهرم المصرفي، خولت له من الصلاحيات والوسائل ما يمكنه من ممارسة الرقابة على أنشطة جميع البنوك

في الدولة بما فيها البنوك الإسلامية، لكن هذه البنوك بحكم طبيعة عملها المختلفة عن بقية البنوك وتكوينها الهيكلي، لا يمكن أن تُعَامَل بنفس المعاملة وتطبق عليها نفس الإجراءات. لذلك كانت ولا تزال العلاقة بين بنك الجزائر والبنوك الإسلامية من أعقد القضايا منذ بدء نشاطها، ومن أهم أسباب التعقيد إزدواجية الرقابة في البنوك الإسلامية بين مصرفية وأخرى شرعية عكس البنوك التقليدية.

من أجل التخلص من شبهة الربا في العمولة عن الكفالات البنكية، ندعو المشرع الجزائري إلى تبني الحل الذي جاء به الدكتور علي جمال الدين عوض، باستبدال العمولة المحرمة شرعا بإجراء حبس المبلغ المالي في الحساب الجاري للعميل بقيمة الضمان، بما أن الإجراء موجود ومتاح في المنظومة البنكية الجزائرية.

من جهة أخرى، يقع على البنوك الإسلامية في الجزائر أن تهتم بالأبحاث والدراسات وإن تطلب ذلك إنشاء خلايا بحثية داخل كل بنك. وذلك لمحاولة إيجاد الحلول في ظل نظام مصرفي مختلط. وكذا من أجل مسايرة التطور السريع الذي يعرفه القطاع المصرفي في العالم، سواء بالنسبة لاستعمال التكنولوجيات المتطورة لأداء الخدمات أو النظريات الحديثة لتسيير البنوك، مع مراقبة ملائمتها لأحكام الشريعة بالتنسيق مع الهيئات الشرعية[1] لها. وإن ذلك سيؤدي- بدون شك- إلى نمو نسبة نشاطها والإقبال عليها بسبب الأغلبية المسلمة في البلاد.

1- سليمان ناصر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية، رسالة دكتوراه في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2004-2005، ص 313.

إن تغيير واقع الكفالة البنكية كأداة للضمان من المفهوم التقليدي الغربي، إلى المفهوم الديني الإسلامي مرهون بالإرادة السياسية وثقة الحكومة في البنوك الإسلامية الخاصة في مجال تنمية الإقتصاد. وإنه ليؤسفنا الإطلاع على أخبار بعض البنوك الأجنبية الخاصة[1] وهي تعلن عن تقديم خدماتها المصرفية بالطرق الإسلامية، في وجود بنوك حكومية ذات ثقل مالي عالمي، في حين تكتفي الإرادة السياسية بالوعد باستحداث "الشباك الإسلامي"[2] في البنوك الوطنية لتغطية عجزها عن إدخال إصلاحات الصيرفة الإسلامية على التشريع المصرفي، بالموازاة مع عدم إقبال العملاء على البنوك الإسلامية الخاصة بسبب الإفراط في نسب الرسوم وأسعار الخدمات التي تعدت الفوائد الربوية.

وإن الجزائر اليوم، هي أحوج ما تكون إلى نظام مصرفي قائم على دعائم إسلامية في وجود المقومات الضرورية لذلك من جهة، ومن جهة أخرى في ظل تزايد نسب البطالة وعجز الدولة عن تحقيق الإكتفاء المهني، كيف لا والغرب يتحدث اليوم عن نشأة القانون البنكي الإسلامي[3].

وأخيرا يحضرني قول أستاذ الإقتصاد والخبير المصرفي البريطاني رودني ويلسون: " إن البنوك الغربية في حاجة اليوم إلى إرشاد أخلاقي، ذلك لأن

1- Déclaration du Directeur Générale de BNP Paris-Bas Algérie Mr Pascal Fèvre: " BNP Paris-Bas lance un produit de leasing islamique en Algérie", article publié le: 06-11-2014, site: http://ocp.mfw4a.org/fr/Algerie.html, visité le: 21-12-2014.

2- Le guichet islamique.

3- Michaël Moaté, La Création d'Un Droit bancaire Islamique, Thèse de Doctorat en Droit, Université la Rochelle, 2011, p 12.

الجشع وانعدام الأخلاق هما اللذان تسببا في الأزمة العالمية الحالية وإن الصناعة المصرفية الإسلامية بنظامها الأخلاقي المتميز يتمخض عن إبراز وجه الإسلام الإيجابي"[1].

1- محمد النوري: " التجربة المصرفية الإسلامية بأوروبا: المسارات، التحديات والآفاق"، بحث مقدم للدورة: 19 للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، إسطنبول، جويلية 2009، ص 7.

الفصل الثاني: واقع الكفالة البنكية كأداة للضمان في المنظومة البنكية الجزائرية

إن واقع الكفالة البنكية كأداة للضمان، يقود إلى البحث عن مدى أخذ المشرع الجزائري ببعض المبادئ الفقهية والقضائية التي استعارتها التشريعات الحديثة لكي تؤدي الدور المنوط بها، وما يترتب عن ذلك من إثارة مسؤولية البنك من جراء مخالفتها. يتم التعرض لذلك في مبحثين على التوالي:
المبحث الأول بعنوان تأصيل المبادئ الإئتمانية لكي تؤدي الكفالة البنكية دورها بالضمان، أما المبحث الثاني نتناول فيه بعض تطبيقات أحكام المسؤولية على الكفالة البنكية وخطاب الضمان.

المبحث الأول: تأصيل المبادئ الإئتمانية لكي تؤدي الكفالة البنكية دورها بالضمان

يدعو الفقه الحديث إلى تكريس بعض المبادئ والإلتزام ببعض الإلتزامات الخاصة لتعزيز دور الكفالة البنكية على رأسها مبدأ التناسب بينها وبين الإلتزام الذي تضمنه، فما هو نطاق تطبيق هذا المبدأ (المطلب الأول)، وما هو مضمون الإلتزام بالإعلام في الكفالة البنكية وخطاب الضمان (المطلب الثاني) بالموازاة مع التزام من نوع آخر هو الإلتزام بالإستعلام (المطلب الثالث). مع التنبيه إلى أن الأمر يحتاج إلى التحليل والتفسير من أجل تأصيلها في ظل تشريع بنكي مبعثر.

المطلب الأول: نطاق تطبيق مبدأ التناسب في الكفالة البنكية

يقصد بمبدأ التناسب في مجال الضمانات، أن يكون هذا الضمان متلائما من حيث قيمته مع الدين الذي سيقدم لضمانه، بحيث إذا اضطر الدائن إلى تنفيذ الضمان يكون كافيا لاقتضاء الدين[1]. و يختلف نطاق تطبيق هذا المبدأ حسب كل حالة.

كان الفقه الفرنسي سباقا لدعوة مشرعه إلى هذا التناسب في مجال العمليات البنكية، فلم يكتف هذا الأخير بخلق هيئات الرقابة العامة على المؤسسات الإئتمانية بل استحدث "مفتشية التعهدات"، تضطلع بمهمة تقييم التعهدات الصادرة عن البنوك والمؤسسات الإئتمانية وتحرر بذلك تقريرا خاصا[2]. وبما أن البنك يقع عليه تقدير هذا التناسب، كان من الواجب الحديث في هذا الصدد عن نجاعة الرقابة ومدى تناسبها هي الأخرى[3].

في نفس السياق حث المشرع الجزائري عل ضرورة الإلتزام بمعايير الرقابة الداخلية فيما بين البنوك والمؤسسات المالية بموجب النظام رقم: 11-

---

1- يشمل الدين الفوائد والملحقات، ويرى الفقه الفرنسي أن الكفالة أو الضمان مع كونها عامة عندما يكفل بموجبها الكفيل جميع ديون الدائن أو ما يسمى ب "OMNIBUS" يجب تحديدها بحد أقصى، نقلا عن:

P/Simler et F/Terré, JurisClasseur, op.cit, p 96, art L342.2 code consommation et art 47-II al 1er loi Madeleine du: 11/02/1994, LN° 94-126 relative à l'initiative et à L'entreprise individuelle.

2- Jean-Philippe Jenner: "Le rôle de «l'inspection engagements»", Revue Banque, N° 576, éd Dalloz, Paris, Déc 1996, pp 24-25.

3- Valérie Pallas:" Le contrôle interne bancaire est-il toujours pertinent?", Revue Finance Contrôle Stratégie, N° 3, Volume 9, Université Montesquieu Bordeaux IV, Sep 2006, pp 135-164.

08 المؤرخ في:28-11-2011 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية[1].

على البنك مانح الإئتمان أن يراعي تناسب الضمان مع المشروع المضمون من حيث حجمه وهدفه ومدته، يعبر الفقه عن تحقق هذا التناسب بكونه "معقولا"[2]. فإذا كان المشروع المراد ضمانه متوازنا ماليا، وكان قصد الضمان توسيع نشاطه من أجل الربح طبقا للتقدير المعقول في السوق كان الضمان متناسبا مع العملية المضمونة، والعكس صحيح، حتى وإن كان المشروع المضمون في وضع مالي حرج وجب تقديم الضمان بالقدر اللازم لإنقاذه. فإن كان ضئيلا لا فائدة ترجى منه، من الأنسب أن يرفضه البنك وإن كان مبالغا فيه اعتبر غير سليم سيعرض البنك للخسارة والمشروع للإنهيار ولن يؤدي إلا لتأخير توقف المدين عن الدفع.

إن الضمان الذي لا يتناسب مع إمكانيات العميل؛ شخصا طبيعيا كان أو معنويا، يكون غير مشروع سواء صدر تحت إطار الكفالة البنكية أو خطاب الضمان لأنه يخلق للعميل مظهرا لا يستحقه من الإئتمان، يضلل المتعاملين معه ويعرض البنك إلى خسارة الضمان. من أجل ذلك يدعو الفقه

2- النظام رقم: 11-08 المؤرخ في:28-11-2011، المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر العدد: 47 المؤرخة في: 29-08-2012.

3- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ص717 – 718.

الحديث إلى ما سماه "الإئتمان المسؤول"[1]، كتقنية قانونية قادرة على إيجاد توازن بين مصالح البنوك من جهة وحماية العملاء من جهة أخرى.

اتجه القضاء الحديث في فرنسا إلى فرض التزام عام بالتناسب بين مبلغ الدين المضمون ومداخيل الضامن لاسيما الكفيل، لكنه تردد في فرض هذا الإلتزام وتقييده بعلم البنك بعدم امتلاك الكفيل للضمانات المتعهد بها. وإن النصوص الخاصة في التشريع الفرنسي لم تقرر جزاء البطلان على عدم التناسب، فاقتصرت الأحكام القضائية الأولى على الحكم بالتعويض وإثارة مسؤولية البنك عن الدعم التعسفي للإئتمان في حالة انعدام التناسب في هذه الضمانات، إلى أن تم تجسيد مبدأ التناسب في قانون الإستهلاك الفرنسي بموجب المادة: 313-10 والتي نصت على أن مؤسسة الإئتمان لا يمكنها الإحتجاج بكفالة مقدمة من شخص طبيعي يكون تعهده فيها- وبشكل واضح- غير متناسب مع أمواله ومداخيله وقت إبرام عقد الكفالة.

تم تأكيد المبدأ في المادة: ل.341-04 من قانون: 01-08-2003 المعدل لقانون الإستهلاك الفرنسي، الذي وسع تطبيق المبدأ على كل أنواع الكفالات المقدمة من طرف الأشخاص الطبيعية لفائدة الدائن المحترف. وقد اشترطت هذه المادة على البنك ضرورة التحقق من وجود هذا التناسب وقت

1- Oualid Madjour," Le crédit responsable dans les textes et la jurisprudence française", Revue des Sciences Humaines, Université Mohamed Khider, Biskra, N°30/31, Mai 2013, p 89.

إبرام العقد بما أن هذا التناسب هو الذي سيحدد فعالية الضمان من عدمه[1]، وهو ما أقرته محكمة نقض أميانس (Amiens)[2].

أما الغرفة المختلطة فقد أثارت مسؤولية البنك وتعويض الكفيل عن الضرر الذي لحقه جرّاء هذا التجاوز الملحوظ في قرارها بتاريخ: 22-09-2006[3].

من جهته الفقيه الفرنسي Roubier يوضح ضرورة تطبيق ثنائية القاعدة القانونية على الكفالات البنكية من أجل تفادي النزاع، حيث أنه قبل صدور المادة: ل.341-4 لم يكن القانون يشترط هذا التناسب كما أن القانون الجديد لا ينص على تطبيقه بأثر رجعي، فإن الكفالات البنكية والضمانات السارية قبل هذا التاريخ يطبق عليها القانون المدني، وبالتالي لا يشترط لها التناسب[4].

هذه الفرضية الفقهية أكدتها محكمة نقض"Caen" في قرارها الصادر بتاريخ: 10-06-2004 في قضية BNP-ParisBas ضد A.C و Quesnet، في حين كان القانون التجاري في المادة: ل 650-1 يثير مسؤولية البنك عن الدعم التعسفي للإئتمان في حالة انعدام التناسب[5].

1- Jean Louis Guillot et Martine Boccara:" Caution-non application du principe de proportionnalité aux engagements en cours", Revue Banque, N° 687, éd Dalloz, Paris, Janvier 2007, pp 85-86.

2- قرار بتاريخ: 23-10-2002، يراجع نص القرار بالموقع:

WWW.MCJ.fr , visité le: 23-11-2016.

3- WWW.MCJ.fr , visité le: 23-11-2016.

4- Stéphane Prigent:" La loi applicable aux cautionnements dis-portionnés en cours", Revue Française de Comptabilité, N° 372, éd Ordre des Experts Comptables, Paris, Déc 2004, p10.

5- Jean Louis Guillot et Martine Boccara:" L'appréciation du caractère dis-portionné de la caution", Revue Banque, N° 751, éd Dalloz, Paris, Sep 2012, pp 86-88.

تبنت هذا الاتجاه الغرفة المدنية الأولى وأكدت أن عبئ إثباث عدم التناسب يقع على الكفيل، وذلك عن طريق إثباث أن البنك كان يحوز معلومات عنه أو عن مؤسسته كان الكفيل نفسه يجهلها عندما تقدم للبنك طالبا الإئتمان تحت طائلة عدم الإحتجاج ضده بهذه الكفالة، وذلك في قرارها بتاريخ:04-05-2012 إستنادا إلى المادة السالف ذكرها والمادة: 341-1 من قانون الإستهلاك[1].

يكون الجزاء على عدم التناسب بين الضمان والدين المضمون إستحالة الإحتجاج به من طرف الدائن، إلا إذا كانت وضعية ممتلكات الكفيل وقت توقف المدين عن الدفع لا تسمح بمواجهتها، ومعناه أن وقت إبرام عقد الكفالة وُجد هذا التناسب ثم تناقصت بعد ذلك ملاءة الكفيل. يكون هذا الجزاء مماثلا لوجود عيب في الرضا أو الأهلية وقت إبرام العقد، وبالتالي يعمم تطبيق البطلان المطلق للكفالة أو الضمان على الدائن والمشاركين في الضمان وهو ما ذهب إليه الفقيه Simler[2].

في نفس السياق نصت تعليمة بنك الجزائر رقم: 74-94 الصادرة بتاريخ: 29-11-1994 والمتعلقة بتحديد قواعد الحذر في تسيير البنوك والمؤسسات المالية في المادة: 10، أن تقييم الضمانات المقدمة للبنك يجب أن يتم بحذر وأن يتم حسب سعر السوق وفق تقييم مستقل. ومعناه أن مقياس

1- F-D / Défossez, op.cit, p127.

2- P/Simler et F/Terré, JurisClasseur, op.cit, p141 et 174, voir aussi: groupe d'auteurs: "Quand la dis-portion paralyse l'action et la défense du cofidéjusseur", site: www.dalloz actualité.fr, visité le: 03-03-2015.

تناسب الضمان مع العملية المضمونة إنما يتم حسب القيمة الحقيقية في السوق، مما يطرح مشكل تقييم هذا الضمان وكذا إعماله عند تنفيذه.

يطرح تقييم الضمان من طرف البنك عند إبرام العقد، مشكل تناقص قيمته فيما بعد مما يمثل خطرا حقيقيا على البنك. ومن جهة أخرى إن تنفيذه يكون أصعب عندما يتعلق الأمر بتدخل الجهات القضائية. إذن يشمل التناسب بين الضمان والدين المضمون التناسب بين الضمان والخطر في حد ذاته، لذلك وجب النظر إلى هذا التناسب من منظور مردوديته وليس مجرد التغطية[1]. فيتم البحث عن الضمانات الأكثر مردودية على الصعيد المؤقت، منها نقل الملكية على سبيل الضمان[2].

من أجل ذلك؛ في بعض البلاد، يتم تقييم الضمان بنصف قيمته الحقيقية في السوق، لا سيما إذا كان من الضمانات التي تحتاج إلى التوثيق الرسمي في سبيل مواجهة إجراءات التقاضي أمام العدالة التي ستؤدي لا محال إلى خفض قيمته بسبب استهلاك جزء منها في مصاريف وأعباء التقاضي، ورفع اليد عنه حتى يتمكن الضمان من تغطية جميع هذه المصاريف وعمليات الخصم المحتملة. فيكون البنك بمنأى عن خطر الخسارة.

1- Dib Saïd:" Les garanties dans le dispositif prudentiel des banques et des établissements financiers", Media Bank, N°60, Alger, Juin-Juillet 2002, pp17-19.

2- Masamichi Nozawa:" Le transfert de propriété à titre de garantie en droit français et en droit japonais", Revue Internationale de Droit Comparé, N°3, éd Société de Législation de Droit Comparé, Juillet-Septembre 2011, pp 657-683.

مع الإشارة إلى أن الإسراع في إجراءات التنفيذ على الضمان يمكن أن تجنب البنك هذا الخطر أيضا. كما أنه من الضروري تسجيل حقوق ملكية الضمان بطريقة صحيحة وقابلة للنقل، وأن تتم إجراءات بيع الضمان بصفة سريعة وفعالة.

تدعم قاعدة التبعية المقررة لحماية الكفيل مبدأ التناسب في الكفالة البنكية، فهي تفرض ضرورة وجود هذا التناسب بين الضمان والدين المضمون طبقا لنص المادة: 652 من ق.م.ج:" لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون." وهو ما اصطلح عليه الفقه الفرنسي بالتناسب الداخلي، بينما خطاب الضمان الذي يترأس الضمانات المستقلة ذات الكفاية الذاتية، لا يفرض بالضرورة وجود هذا التناسب لفقدان عنصر التبعية بين الضمان والعملية المضمونة.

اهتم الفقه بمراقبة هذا التناسب الداخلي عن طريق مفهوم التعسف يوافقه في ذلك الإجتهاد القضائي مستعينا بمبدأ حسن النية، رغم أن المفهومين نسبيين. أما مراقبة التناسب الخارجي فتتمثل في البحث عن التوازن بين الضمان الممنوح وقدرات الكفيل أو الضامن المالية، وهي لا تزال تثير تساؤلات حول المعيار الذي يسمح بتحديد الإنتقال من كفالة متناسبة إلى ما يسمى " كفالة غير متناسبة وبوضوح"[1]، بما أن المفهوم ليس موضوع تعريف قانوني. مع صعوبة تطبيق هذه الرقابة على الضمان المستقل بالنظر إلى

1- Anabel Riano-Saad, Le Contrôle de Proportionnalité et la Garantie Autonome, EUE, France, 2015, pp 9-25.

الإنفصال البعدي بين الدين المضمون والضمان المستقل. كما أن توسيع الرقابة بنوعيها على الضمان المستقل من شأنه أن يؤدي إلى ضياع هويته وفاعليته، بل وإلى تأكيد الإتجاه العام إلى تحريف نظامه إلى تأمين شخصي إلى جانب الكفالة لاسيما في وجود نظام شبيه ومقابل، ألا وهو الكفالة لدى أول طلب الذي تبناه المشرع الألماني.

المطلب الثاني: مضمون الإلتزام بالإعلام في الكفالة البنكية وخطاب الضمان

ظهر مفهوم الإلتزام بالإعلام حديثا كنتيجة لتباين مركز الأطراف المتعاقدة من الناحية المعرفية. ورغم أن المشرع الجزائري نص على هذا الإلتزام في القواعد العامة إلا أننا لم نجد نصا قانونيا يحدد معناه، لذلك سنأتي على بيان تعريفه على ضوء الفقه.

عرفه الفقيه الفرنسي Juglart[1] بأنه :" الواجب الضمني الذي أوجده القضاء، والذي بمقتضاه يلتزم الطرف الأكثر خبرة، والأفضل معرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد"[2].

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه:" تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع

1- يعد الفقيه Juglart من أوائل الشراح الذين تطرقوا لمسألة الإلتزام بالإعلام في العقود من خلال استقرائه لاجتهادات القضاء الفرنسي.

2- Michel de Juglart, Cour de Droit Civil, Tome I, 2 ème volume, 5 ème éd Montchrestien, Paris, sans date de publication, p 320.

إقامته، حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبا في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد".

فيما ذهب جانب آخر إلى تعريفه – على ضوء قانون حماية المستهلك – بأنه:" واجب مفروض بواسطة القانون لاسيما على بعض البائعين الحرفيين أو الشركات المتخصصة بتقديم المعلومات التي تتصل بمحل العقد أو العملية المزعوم القيام بها، بواسطة الوسائل الملائمة كالبيانات الإعلامية والإشهار...".

على ضوء التعريفات السابقة، يتبين أن مضمون الإلتزام بالإعلام يتمثل في إبداء النصح والمشورة من البنك- باعتباره محترفا لعمليات الإئتمان - إلى المتعاملين معه سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية، وهو التزام يقتضيه مبدأ حسن النية في التعاقد من جهة، ومن جهة أخرى ثقة العامة فيه لكونه مؤسسة مانحة للإئتمان.

نص المشرع الجزائري على الإلتزام التعاقدي بالإعلام في القواعد العامة من خلال نص المادة: 107 الفقرة الأولى البند الثاني من ق.م.ج : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

كما حدد شروط هذا الإلتزام- في اطار عقد البيع – في نص المادة: 352 من ق.م.ج لاسيما الفقرة الأولى بقوله :" يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه ".

أما في النصوص الخاصة فقد نص عليه قانون حماية المستهلك[1] في الفصل الخامس بعنوان: إلزامية إعلام المستهلك، حيث تنص المادة: 17 منه بأنه :" يجب على كل متدخل أن يُعلِم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للإستهلاك، بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

تضطلع البنوك- في إطار عمليات الإئتمان – ببعض الواجبات الخاصة بمناسبة العقود التي تبرمها، يتم تحديد هذه الواجبات إما بالقانون أو الإتفاقيات أو الأعراف والعادات البنكية. من أهم هذه الواجبات المحافظة على حقوق العملاء عن طريق تقديم المعلومات الكافية لهم. وذلك ما أكدته المادة: 5 من النظام رقم: 13-01 المؤرخ في: 08-04-2013 لبنك الجزائر، حين نصت على وجوب هذا الإلتزام الواقع على البنوك والمؤسسات المالية.

تثير الكفالات البنكية وخطابات الضمان تساؤلات كثيرة تتعلق بهذا الإلتزام الواقع على عاتق البنك تجاه عميله (طالب الضمان) والشخص المستفيد من الضمان على حد سواء، ويعترف الفقه والقضاء في فرنسا بوجود هذا الإلتزام العام بالإعلام سواء عند إبرام عقد الضمان أوأثناء سريانه[2].

يشمل الإلتزام بالإعلام بيان مبلغ الضمان وأجله إذا كان محدد المدة، بالإضافة إلى بيان حرية البنك في إنهائه إذا كان غير محدد المدة ويشمل

1- قانون رقم: 09-03 المؤرخ في: 25-02-2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد: 15، المؤرخة في: 08-03-2009.

2- Dominique Legeais, Le Cautionnement, éd Economica, 1995, Paris, p 39.

مبلغ الضمان الفوائد والنفقات والملحقات[1]. كما يلتزم البنك ببيان تاريخ استحقاق الضمان والآجال الممنوحة له. أما إذا كان غير محدد المدة وجب على البنك التذكير بإمكانية إنهائه بإرادته المنفردة في أي وقت.

لا يقتصر هذا الإلتزام بالإعلام على مرحلة إبرام عقد الضمان وإنما يتعداها إلى مرحلة سريانه، ولم يترك القانون هذا الواجب لحرية البنك المطلقة في تحديد الوقت المناسب للإعلام أو انتظار طلبه من العميل أو المستفيد بل جعله يتم بصفة تلقائية ودورية كل سنة.

من حيث الشكل، لم يحد القانون طرقا خاصة لهذا الإلتزام السنوي بالإعلام بل تركها للبنوك فيمكن أن يتم شفاهة أو كتابة، وإن كانت البنوك عادة تقوم به كتابة وبرسالة موصى عليها بالإستيلام مع العلم بالوصول، لتتمكن من إثباته في حالة نشوء النزاع. ويقع على البنك إثبات الإعلام لأنه الملتزم بأدائه ويكون إثباته بكافة الطرق ولو كان العميل غير تاجر[2]. لا يخلوا الإعلام السابق على التعاقد من الأهمية، بحيث يساهم في تنوير المتعاقد وتبصيره بالمعلومات الجوهرية للعقد الذي يريد إبرامه خاصة إذا كان أحد أطراف العقد محترفا مثل البنك، لاسيما في ظل التقدم التكنولوجي حيث أصبح الحديث الآن عما يُطلِق عليه الفقه " الإلتزام بالإعلام الإلكتروني"[3].

1- Groupe d'auteurs:" Cautionnement d'un prêt par le dirigeant de société", la Lettre Mensuelle des Affaires, Nº319, éd FRANCIS LE FEBRE, Paris, Janvier 2014, pp 14-17.

2- حماد مصطفى عزب، المرجع السابق، ص 473 وما بعدها.

3- خليفي مريم، مقال بعنوان:" الإلتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية"، دفاتر السياسة والقانون، مجلة جامعة بشار، العدد 4، جانفي 2011، ص ص 201-223.

تمارس البنوك الإلتزام بالإعلام عن طريق مجموعة من الهيئات الرقابية المنشأة لهذا الغرض، أهمها اللجنة المصرفية التي أنشئت تحت إطار إتفاقيات بازل[1] I و II و III الهادفة إلى التقليل والوقاية من المخاطر المصرفية[2]، ومركزية المخاطر[3] التي تم إنشاؤها بموجب الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المادة: 98 منه، والتي بدورها تهدف إلى تكوين ملفات عن العملاء والعمليات المشبوهة بحيث يتم الإدلاء للبنك المركزي سنويا بأسماء هؤلاء العملاء تحت ما يصطلح عليه "بالقائمة السوداء". ومن جهة أخرى، يتم اللجوء للخلية من أجل الإستعلام في حالة الشك للتأكد من مركز عميل معين أو شبهة عملياته[4].

1- Principes Fondamentaux pour un Contrôle Bancaire Efficace, Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire, Banque de Réglementations Internationaux, Sep 2012.

2- إن ضعف النظام البنكي في أي بلد يمكن أن يؤدي إلى المساس باستقرار النظام المالي العالمي وحدوث أزمة عالمية، لذلك أصبحت عملية إفراز معايير موحدة تكون ملزمة لكافة البنوك من أهم إهتمامات المجموعة الدولية، على رأسها لجنة بازل للرقابة المصرفية، والتي قامت بتعديل إتفاقيتها الأولى والثانية بعد الحرب العالمية الثانية والأزمة المالية الأخيرة، بهدف تحسين أساليب تسيير المخاطر من خلال إصدار إتفاقية بازل III ؛ يراجع في هذا الشأن: زبير عياش، مقال بعنوان:" إتفاقية بازل 3 كاستجابة لمتطلبات النظام البنكي العالمي" مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 30/ 31، ماي 2013، ص 447.

3- La centrale des risques.

4- شيخ عبد الحق، الرقابة على البنوك التجارية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بودواو، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2009- 2010 ، ص ص105 و143 و159. أيضا في نفس الموضوع: نايت جودي مناد، النظام القانوني لضمان الودائع المصرفية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة بودواو، 2006- 2007، ص ص 17 و24 و32.

• **مركزية المخاطر:**

من جملة المخاطر التي تواجهها البنوك خطر عدم الدفع الذي يمتد تأثيره إلى المنظومة المصرفية بوجه عام، والمساس بالنظام الإقتصادي بصفة مباشرة. تثار هذه المشكلة بسبب عدم وجود معلومات كافية عن العملاء، لذلك تدخل المشرع لإنشاء مصلحة ذات طابع رقابي اصطلح عليها:" مركزية المخاطر".

وفقا للمادة: 8 من الأمر رقم: 10-04 المتعلق بالنقد والقرض[1] المعدلة والمتممة لنص المادة: 98 من الأمر رقم: 03-11 السالف الذكر، ينظم بنك الجزائر مصلحة[2] مركزية المخاطر وتلتزم كل البنوك بالإنخراط فيها وتزويدها بكافة المعلومات. تتمثل مهمتها في جمع أسماء المستفيدين من القروض وكذا طبيعة هذه القروض وأسقفها والمبالغ المسحوبة والضمانات المعطاة لكل قرض من جميع البنوك، ويتم ذلك بصفة دورية[3]من أجل الوقوف على مختلف المخاطر ومحاولة تداركها قبل أن تهدد المنظومة المصرفية بأكملها. وقد نظم عملها بنك الجزائر بموجب النظام رقم: 12-01 المؤرخ في: 20-02-2012، المتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.

1- الأمر رقم: 10-04 المؤرخ في: 26-08-2010 يعدل ويتمم الأمر رقم: 03-11 ج ر العدد: 50 المؤرخة في: 01-09-2010.

2- يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أعطى لهذه الهيئة وصف المصلحة، في حين كان من المفروض أن تكون هيئة مستقلة بسبب حساسية الدور المنوط بها.

3- يراجع: بوستة زهر الدين، الرقابة على البنوك الخاصة، رسالة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008، ص ص 100- 104.

الفرع الأول: إلتزام البنك بالإعلام السنوي

اتجهت غالبية أحكام القضاء الفرنسي إلى الإعتراف بوجود إلتزام عام على عاتق البنك بتقديم المعلومات للعملاء والكفلاء على حد سواء، عند منح الإئتمان أوأثناء سريانه. تأكد هذا الإلتزام في فرنسا بموجب المادة: ل.313-22 من قانون النقد والصرف[1] حيث فرض هذا النص على مؤسسات الإئتمان إلتزاما سنويا بإعلام العملاء وخاصة الكفلاء عن الحالة المالية للمدين المكفول[2]. نحاول على ضوئه واستنادا إلى أحكام القضاء التعرف على مضمون ونطاق هذا الإلتزام ومن ثمة الوقوف عليه في ضوء النصوص البنكية والتطبيقات العملية له.

إن الإلتزام السنوي بالإعلام الذي فرضه المشرع الفرنسي على مؤسسات الإئتمان، لا ينطبق إلا على كفالة الإعتمادات التي تقدمها هذه المؤسسات دون غيرها من الأشخاص. بمعنى أنه يتعلق بالكفالات البنكية والضمانات المستقلة فلا يشمل الضمان المقدم من أحد الأطراف. ويقصد بالمؤسسات؛ طبقا لنص المادة: 48 من القانون رقم: 84-148[3] المتعلق بالوقاية والتسوية الودية للمؤسسات المتعثرة، البنوك ومن في حكمها من المؤسسات التي تقوم بتوزيع الإئتمان[4].

1- يراجع قاعدة المعطيات بالموقع الرسمي للجريدة الرسمية الفرنسية:
www.legifrance.gouv.fr, visité le: 01-12-2016.

2- F/ Défossez, op.cit, p 128.

3- Loi Nº 84-148 du: 01-03-1984, relative a la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, JO du: 02-03-1984.

4- Alain Cerles, Le Cautionnement et la Banque -engagements reçues par les banques -, Tome I, AFB Diffusion, Paris, 2000, p 32.

كما أن الإلتزام بالإعلام السنوي –حسب نفس القانون المذكور أعلاه - لا يشمل إلا الكفالات البنكية الضامنة للمشروعات، أي لابد أن يتوفر في العملية المضمونة بالكفالة البنكية وصف المشروع مستثنيا بذلك العمليات التي يقوم بها الأشخاص الطبيعيون لتلبية حاجاتهم الشخصية.

يكون البنك ملتزما بإبلاغ العميل سنويا عن الضمان الذي في ذمته وما طرأ عليه من تغيرات بالزيادة أو النقصان، حتى ولو كان العميل مديرا للشركة حيث يفترض علمه بما طرأ على الإلتزام المضمون والضمان من تطورات بحكم وظيفته. يجد هذا التحديد أهميته في حالة تغير مدراء الشركات أو صعوبة تحديد من هو المدير المختص الذي يفترض علمه التام بالحالة المالية للشركة، ويكون هذا الإعلام السنوي مفيدا في غالبية الأحوال.

حدد القانون نطاق الإلتزام بالإعلام السنوي الواقع على عاتق البنك وفرض على البنك أن يتضمن الإعلام مبلغ الضمان وآجاله، والتأكيد على حرية إنهائه من جانبه إن كان غير محدد المدة. ويشمل مبلغ الضمان الفوائد والنفقات والملحقات، كما يلتزم بإعلام العميل بآجال استحقاق الضمان وأي تطورات تلحق هذا الميعاد.

إن هذا الإلتزام بالإعلام الواقع على عاتق البنك لا يتعلق بلحظة إبرام عقد الكفالة البنكية أو إصدار الخطاب، إنما يشمل مدة سريانهما، فالأمر ليس متروكا لحرية البنك ولا انتظار طلبه من العميل أو المستفيد من الضمان وإنما يجب أن يقوم به البنك تلقائيا وبصفة دورية، كل سنة قبل حلول 31 مارس من السنة المالية الجارية وقبل 31 ديسمبر من السنة المالية الجارية عن

المبالغ المستحقة. مع إمكانية طلب العميل والمستفيد لهذه المعلومات قبل هذا التاريخ المحدد قانونا في إطار الإلتزام بالإستعلام.

في نفس المضمون نصت المادة: 10 البند الخامس من النظام رقم: 13-01 السالف ذكره أن البنوك يتعين عليها إعداد وإرسال كشف حسابات لكل ثلاثة أشهر إلى زبائنها.

لم يحدد القانون طريقة لهذا الإلتزام[1] فيجوز أن يتم شفاهة أو كتابة وإن كانت البنوك تقوم به غالبا عن طريق وسيلة تمكنها من إثباته منعا لحدوث النزاع[2].

تقضي بعض الأحكام في فرنسا أن البنك يكون مخطئاعند قيامه بالإعلام السنوي عن طريق خطاب عادي، في حين يجب أن يكون الخطاب موصى عليه بالإستيلام ليسهل إثباته تفاديا لإثارة مسؤولية البنك. ويقع عبئ إثبات الإعلام على البنك الملتزم به ويتم بكافة الطرق حتى ولو كان العميل أو المستفيد غير تاجر، مع ضرورة إتخاذ البنوك للوسائل الفنية الممكنة لإيصال هذا الإعلام لاسيما عند سكوت القانون عن تحديد كيفيته.

الفرع الثاني: إلتزام أطراف الضمان بالإستعلام

إن الإلتزام بالإعلام الذي يقع على البنك يقابله التزام من نوع آخر، يفرض عليه البحث عن المعلومات الضرورية عن المتعاملين معه دون التدخل في شؤونهم، سماه الفقه "الإلتزام بالإستعلام". في مجال بحثنا لا يكون

1- A/ Cerles, op.cit, p 34.

2- تنص المادة: 1/5 من النظام رقم: 13-01 السالف الذكر على أنه:" يتعين على البنوك والمؤسسات المالية أن تبلغ زبائنها والجمهور عن طريق كل الوسائل بالشروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها".

هذا الإلتزام واقعا على البنك وحده، ولكنه يكون مفروضا في بعض الحالات على العميل (طالب الضمان) أو على المستفيد من الضمان.

أولا- إلتزام البنك بالإستعلام:

يستعلم البنك عن وضعية العميل المالية سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، أطلق عليها المشرع اسم المراقبة الداخلية ويعد البنك تقريرا سنويا بها يرسله إلى اللجنة المصرفية[1]. وتتجلى أهمية هذا الإلتزام عندما لا يكون طالب الضمان عميلا لديه[2]، حيث يقع على البنك وقبل الإقدام على إقراض توقيعه بالكفالة أو الخطاب التأكد من المركز المالي لطالبه، حتى لا يساهم قرار البنك- بالموافقة- في تأزيم الوضع المالي للعميل من جهة، وخسارة البنك التي توجب مسؤوليته -لامحالة- عن قراره الخاطئ.

عمل المشرع الجزائري على حث المؤسسات البنكية بضرورة اتخاذ الإحتياطات اللازمة، على رأسها تعيين محافظي الحسابات[3] مهمتهم التأكد من صحة الوثائق المحاسبية التي يدلي بها العملاء عند طلب الإئتمان مهما كان نوعه. وذلك من أجل الوقوف على الوضعية المالية الحقيقية للشخص الطبيعي والمعنوي خاصة.

1- المادة: 22 من النظام رقم: 12-03 لبنك الجزائر، المؤرخ في: 28-11-2012، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

2- المادة: 2 و المادة: 1/3-1 من النظام السالف ذكره.

3- المادة: 23 من النظام رقم: 12-03 لبنك الجزائر السالف ذكره، بعنوان المراقبة الخارجية.

من أهم أساليب الوقاية من المخاطر المصرفية نظام المعلومات[1]، الذي يُعْتَمَدُ عليه في التحري عن العميل والمؤسسة. من أجل ذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم: 02-127 المؤرخ في: 07-04-2002 يتضمن إنشاء خلية معالجة الإستعلام المالي وتنظيمها وعملها[2]، ليؤكد على ضرورة هذا الإستعلام[3]. كما يحث البنك المركزي للتصدي للأخطار المصرفية على العمل بنظام التنقيط الداخلي للبنوك من أجل تقدير الخطر، حيث يعتمد هذا النظام على سلم مشكل من أرقام يقدم كل رقم المعلومات حول المؤسسة ومركزها المالي والإقتصادي وعلى أساسه يحدد البنك المنحة المالية
أو الإئتمان الذي يمكن منحه للمؤسسة[4]، مع إمكانية الإعتماد على وكالات متخصصة للتنقيط منها وكالة COFACE[5].

1- لوكادير مالحة، دور البنوك في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 126.

2- المرسوم التنفيذي رقم: 02-127 المؤرخ في: 07-04-2002 ، يتضمن إنشاء خلية معالجة الإستعلام المالي وتنظيمها وعملها ج ر العدد: 23 المؤرخة في: 07-04-2002.

3- يراجع أيضا، القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 01-02-2005 ، يتضمن تنظيم المصالح الإدارية والتقنية لخلية معالجة الإستعلام المالي، ج ر العدد: 10 المؤرخة في: 06-02-2005.

4- أيت وزو زاينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في ظل القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011-2012 ، ص 107.

5- COFACE : Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur.
أنشئت في فرنسا عام 1946 وهي هيأة متخصصة في ضمان المؤسسات ضد الأخطار المالية للتصدير،=

إن الإعتماد على تقارير محافظي الحسابات يوفر للبنك السند المعفي من المسؤولية عند الموافقة على منح العميل الضمان المطلوب، وإن نفس المراقبة قد تكون سببا في تحميله المسؤولية عما يلحق العميل من مخاطر جراء منحه هذا الضمان. بسبب ذلك ذهب القضاء الفرنسي إلى إلزام البنك بضرورة الإستعلام الكافي عن وضعية العميل المالية عن طريق الأخذ بالتقارير المعتمدة من طرف محافظ الحسابات[1]، من أجل استخلاص المعلومات الحقيقية والكافية حول العميل ليتحمل هذا الأخير مسؤوليته في حالة وجود أي خلل أو خطا في المعلومات التي أدلى بها للبنك[2].

كما قرر القضاء أن البنك يتحمل مسؤولية استناده إلى وثائق محاسبية غير مؤشر عليها من محافظ الحسابات، أو لم يُحَط بها علما. وبالتالي يكون القضاء قد اتجه إلى تحميل البنك المسؤولية عن إخلاله بالإلتزام بالإستعلام المتمثل في عدم الأخذ برأي محافظ الحسابات، الذي يوفر له المعلومة الدقيقة استنادا إلى الوثائق المحاسبية للعميل لاسيما إذا كان هذا الأخير قد أحدث غشا فيها.

= عملها الرئيسي تأمين القروض، أنشئت وكالة الجزائر في 2006 ، وللإشارة هي ليست وكالة متخصصة في التنقيط لكنها تقوم بهذا العمل.

1- طيطوس فتحي مقال بعنوان:" محافظ الحسابات في الجزائر" دفاتر السياسة والقانون، العدد: 9 ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2013، ص 42.

2- صلاح إبراهيم شحاته، المرجع السابق، ص ص 224-227.

• الإستعانة بأنظمة الاستعلام الخارجية:

من المهم استعانة البنك والنظام المصرفي ككل ببعض أنظمة الإستعلام الخارجية، لاسيما تلك التي استحدثتها الإدارة الجبائية، لما توفره من قدر لابأس به من المعلومات عن العملاء وعملياتهم المالية. من أهم هذه الأنظمة بطاقة الترقيم المغناطيسية، مشروع النظام المعلوماتي الموحد للضرائب، ومشروع نظام "جبايتك".

1- بطاقة الترقيم المغناطيسية:

يُطْلَقُ عليها أيضا اسم: البطاقة المغناطيسية لرقم التعريف الجبائي، وهي بطاقة فرضها المشرع الجبائي على فئة معينة من المكلفين بالضريبة(الممارسين لنشاط استيراد وتصدير السلع قصد إعادة بيعها)، بحيث لا يمكن لهم القيام بالإجراءات الجبائية والجمركية والبنكية إلا عن طريقها. وقد أقرت أحكامها المادتين: 41 و42 من القانون رقم: 05-16[1] حيث أشارت إلى الإنتقال من استخدام رقم التعريف الإحصائي NIS[2] إلى رقم التعريف الجبائي NIF[3] الذي يعد مفتاح استخدام البطاقة المغناطيسية.

تأخر دخول هذه البطاقة مجال التطبيق إلى غاية: 10 جانفي 2009 بالنسبة لفئة المصدرين والمستوردين، ووُسِّعَ تطبيقها على منتجي السلع والخدمات في 31 مارس 2009، الذي حدد كآخر أجل لسحبها. بالإضافة

1- القانون رقم: 05-16 المؤرخ في: 31-12-2005 المتضمن قانون المالية لسنة: 2006، ج ر العدد: 85 المؤرخة في: 31-12-2005.

2-NIS: Numéro Identification Statistique.

3-NIF: Numéro Identification Fiscale.

إلى التأكيد على إلزامية استخدامها كبديل عن البطاقات الترقيمية القديمة كما يشير إليه البلاغ الصادر عن وزارة المالية[1].

إن فرض المشرع استخدام البطاقة المغناطيسية للقيام بالإجراءات البنكية، يتحقق معه الاستعلام الآلي عن العميل لما تحتويه هذه البطاقة من معلومات مفصلة عن هويته ونشاطه ووضعيته الجبائية والمالية. لذلك تعد هذه البطاقة من الوسائل التي تُمَكِّنُ البنك من مراقبة حركة نشاط العميل، كدخول وخروج السلع والفواتير والمعاملات الجمركية، مع الدعوة إلى السهر على حسن تطبيقها وتفعيل دورها من طرف الهيئات المختصة.

2- مشروع النظام المعلوماتي الموحد للضرائب:

هو نظام معلوماتي يسمح بتوفير جميع المعلومات حول التحصيل الجبائي والمنازعات المتعلقة به، بشكل آلي ومفصل يتم ربطه بمختلف الشبكات الضرورية بهدف إصلاح وعصرنة المنظومة المالية عموما والجبائية خصوصا[2].

إن الآلية التي يعمل بها النظام المعلوماتي الموحد؛ من حيث ربطه بشبكة المعلومات الخاصة بهيئات ومؤسسات أخرى على رأسها البنوك والخزينة العمومية وإدارة الجمارك، من شأنه تحقيق شفافية البيانات التي يتضمنها النظام مما يعزز الرقابة على المتعاملين وعملياتهم، كما يسمح

1- للإطلاع على نص البلاغ، يراجع الملحق رقم: 2 ص 284 من هذه الأطروحة.

2- تم الإعلان عن المشروع من طرف لجنة المالية والميزانية في اجتماع عقد في: 04-05-2018، حيث صرحت أنه سيتم تطبيقه إبتداء من جانفي 2019 على مستوى 23 ولاية ليتم تعميمه بصفة تدريجية على باقي الولايات .

بمراقبة عمليات المستثمر الأجنبي. ولا شك أن مثل هذا النظام يوفر الاستعلام الدقيق والآني للبنك عن عملائه ووضعيتهم المالية الحقيقية[1].

3- مشروع النظام المعلوماتي "جبايتك": يعتبر هذا النظام بوابة للمعلومات تعتمد على التشغيل الآلي ورقمنة الإجراءات الإدارية من خلال تقديم خدمات التصريح والوفاء عن بعد[2].

يُعَدُّ إنشاء هذا النظام خطوة هامة في الإصلاح المالي والجبائي، فهو دعم للقاعدة التكنولوجية وترقية للخدمات عن بعد. وعلى غرار النظام المعلوماتي الموحد يوفر نظام "جبايتك" قاعدة هامة من المعلومات التي يمكن للبنك أن يعتمد عليها للاستعلام عن وضعية عملائه بصفة دورية وفورية[3]، دون تكبد عناء التحري وطلب الوثائق الضرورية من العميل نفسه.

تُوِّجَ مشروع النظام المعلوماتي الموحد للضرائب ومشروع النظام المعلوماتي "جبايتك" بالدخول حيز التنفيذ، ابتداء من: 20-01-2019[4] بصدور القانون رقم: 18-18 المؤرخ في: 27-12-2018 المتضمن قانون

1- خاصة وجود أصول الشركات من عدمها.

2- تم الإعلان عن هذا النظام من طرف وزارة المالية في أفريل2017، ليتم تطبيقه وتعميم تطبيقه خلال سنة 2018 .

3- للإطلاع على أهداف وامتيازات هذا النظام يراجع نشرة المديرية العامة للضرائب رقم: 85 لسنة: 2017 في الموقع الالكتروني: www.mfdgi.gov.dz visité le: 25-09-2018.

4- كما يشير إليه البلاغ الصادر عن المديرية العامة للضرائب، يراجع الموقع الالكتروني: www.mfdgi.gov.dz visité le: 03-01-2019.

المالية لسنة: 2019[1]، كما أشارت إليه العديد من مواده التي تؤكد على العمل بالموقع الالكتروني للترقيم الجبائي للمديرية العامة للضرائب وأنظمة الإعلام الآلي، لاسيما المواد: السادسة الفقرة الأولى البند الثاني عشر، والتاسعة الفقرة الأولى والثانية، والعاشرة الفقرة الأولى، والخامسة عشر الفقرة الثانية، والمادة السابعة والأربعون.

ثانيا- إلتزام العميل والمستفيد بالإستعلام:

يقع على العميل إلتزام بالإستعلام يتمثل في ضرورة طلبه للمعلومات الضرورية عن الضمان الذي هو بصدد طلبه من البنك[2]، سواء في إطار كفالة بنكية أو خطاب ضمان مصرفي وخطورة الضمانات التي تغطيه، حتى لا يفاجئ بمصادرته عندما يضطر البنك إلى الوفاء للمستفيد منه في إطار تنفيذه لالتزامه تجاه هذا الأخير.

كما يقع على العميل واجب الإستعلام عن نوع الكفالة أو الخطاب ذاته، من حيث طبيعته والشروط الواردة فيه وشدة الإلتزام الذي سوف يتحمله بموجبه، بالموازاة مع وضعيته الحالية والمستقبلية حتى لا يؤدي الضمان إلى إثقال ذمته من جهة، وحتى يتسنى له اختيار ضمان ملائم بالإتفاق مع البنك.

أما بالنسبة للمستفيد من الكفالة البنكية أو خطاب الضمان فيتجسد الإلتزام بالإستعلام من جانبه في ضرورة طلب المعلومات عن شكل الضمان، من حيث كونه مثلا لمجرد الطلب أو ضرورة تقديمه لمستندات معينة من أجل

1- القانون رقم: 18-18 المؤرخ في: 27-12-2018 المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج ر العدد: 79 المؤرخة في: 30-12-2018.

2- C/Gavalda et J/Stoufflet, op.cit, p 571.

الحصول على قيمته كما في خطابات الضمان المستندية أو الملاحية . بالإضافة إلى ضرورة الإستعلام عن الوضعية المالية الحقيقية للعميل، حتى لا يتفاجأ بالتواطؤ بينه وبين البنك باعتباره عميلا لديه يحرص على الحفاظ على العلاقة الطيبة بينهما.

تبرز أهمية الإلتزام بالإستعلام عندما يكون المستفيد من الضمان بنكا آخر محليا أو أجنبيا كما في الضمان المقابل، أين يتعين على البنك المستفيد بذل العناية اللازمة للتحقق من خطورة العملية التي سيقبلها وإلا كانت مصلحته في رفض الضمان وإجبار العميل على تقديم ضمان من نوع آخر. وذلك ما كرسته المادة: 9 من النظام رقم: 12- 03 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما السالف ذكره من ضرورة جمع المعلومات الكافية عن المصارف المراسلة.

كما أقر القانون رقم: 18-18 السالف ذكره، حق استغلال النظام المعلوماتي لإدارة الجمارك للمتعاملين الاقتصاديين طبقا للمادة: 32[1]، ليتم تحديد كيفيات ذلك عن طريق التنظيم كما نصت عليه المادة: 66 من نفس القانون.

1- المادة: 32 من القانون رقم: 18-18 المؤرخ في: 27-12-2018 المتضمن قانون المالية لسنة: 2019 ، المعدلة لأحكام المادة: 238 مكرر من القانون رقم: 79-07 المؤرخ في: 21-07-1979 المتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم.

المبحث الثاني : بعض تطبيقات أحكام المسؤولية على الكفالة البنكية وخطاب الضمان المصرفي

إن البنك وبمناسبة قيامه بمهامه يمكن أن يكون معرضا للمسؤولية بسبب الأخطاء الصادرة عنه أو عن تابعيه، عندما يترتب عن هذه الأخطاء ضرر للغير. فيسأل مسؤولية جنائية وهو الحال إن خالف قوانين النقد والصرف، كما يسأل مسؤولية مدنية – تعاقدية أو تقصيرية– بحسب الظروف.

تكون مسؤولية البنك تعاقدية إذا كان البنك مرتبطا بمن أصابه الضرر عقد، سواء كان هذا الشخص عميلا له أو لا وسواء صدر الإخلال من البنك عن طريق ممثله القانوني أو المعبر عن إرادته باعتباره شخصا اعتباريا، أو عن أحد تابعيه عندما يكون الفعل الموجب للمسؤولية إخلالا بالتزام في العقد صراحة أو ضمنيا.

وتكون مسؤولية البنك تقصيرية إذا اعْتُبِرَ المتضرر من الغير بالنسبة إلى البنك، وكان خطأ البنك إخلالا بالإلتزام العام بالحرص الذي يفرضه عليه القانون تجاه الكافة سواء صدر عنه أو عن تابعيه.

وبما أن التعرض للقواعد العامة والخاصة التي تحكم مسؤولية البنك تتطلب إفرادها ببحث خاص، اخترنا أن نتعرض– بإيجاز– إلى بعض أحكام المسؤولية كالآتي: في المطلب الأول تناولنا مسؤولية البنك عن تخصيص الضمان، أما المطلب الثاني ففيه مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بعدم التدخل في شؤون عميله، وأخيرا في المطلب الثالث تعرضنا إلى مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بالإعلام.

المطلب الأول: مسؤولية البنك عن تخصيص الضمان

يجوز للأطراف في عقد الإئتمان الإتفاق على أن يكون للأموال توجيه مخصص، وإن البنك عند فحصه لطلب الإئتمان إنما يفحص الغرض منه وعلى العميل احترام هذا التخصيص، كما يقع على البنك مراقبة سلوك العميل في ذلك.

لذلك كثيرا ما ينص عقد الإعتماد على الفحص الدوري لحسابات العميل والإطلاع على المستندات الضرورية، حماية للبنك من خطر إضرار العميل به جراء تجاوز هذا التخصيص.

يكون البنك معرضا للمسؤولية عن إهماله في مراقبة تخصيص استخدام الضمان، لاسيما عندما يكون ملزما بتقديم النصح للعميل في توجيه استخدام الإئتمان. فقد جرت العادة أن يأخذ العميل رأي البنك من حين لآخر. ومن جهة أخرى، يتعرض البنك لإثارة مسؤوليته في حالة التدخل الجسيم في إدارة أعمال العميل– وبشكل واضح– إذ يعتبره القضاء الفرنسي مسؤولا عن انهيار المؤسسة معبرا عنه بكون البنك شريكا للعميل(tierce complice)[1].

يتعرض البنك للمساءلة من طرف الغير الذي تضرر من جراء عدم احترام هذا التخصيص، ككفيل العميل الذي يصبح تعهده أكثر ثقلا بموجب هذا الفعل. ففي قرار للغرفة التجارية الفرنسية بتاريخ:30–11–1982 أكدت

1– علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص723.
Voir également: J- L/ Rives- Lange et M/ Contamine-Raynaud, op.cit, pp 604-607.

على ضرورة إنهاء عقد الكفالة بسبب توجيه الإئتمان إلى وجهة غير تلك المحددة في العقد والمتمثلة في حيازة محفظة التأمينات[1].

يشبه الفقه الخطأ في هذه المسؤولية بالخطأ في المسؤولية عن سوء التسيير، عندما يكون على البنك القيام ببعض الإحتياطات التي تكون في مصلحته وفي مصلحة الغير، لأنه يضطلع بمهمة المرفق العام، وبمجرد حدوث الضرر الذي تسبب فيه العميل إلى الغير– فإن البنك وبسبب الإهمال في التسيير يكون مسؤولا عن إصلاح هذا الضرر أمام الغير[2] مسؤولية تقصيرية.

يشمل الخطأ العقدي للبنك سوء تنفيذه لأوامر عميله، وتحدد العادات المصرفية درجة الحرص المعتادة المنتظرة من البنك. كما يحرص القضاء على فرض هذا الإلتزام بالحرص بشأن الإئتمان الممنوح للعملاء، ويضع على عاتق البنك إلتزاما– في مصلحة العميل– بتوضيح التناسب[3] بين الضمان والوضعية المالية الحقيقية للعميل. لذلك يقع على البنك رفض أوامر العميل المخالفة للتخصيص المتفق عليه، بل وإنهاء الإئتمان فورا تحت طائلة تعرضه للمسؤولية العقدية من جراء تغيير هذا التخصيص.

يميل القضاء الفرنسي عموما، إلى فرض مبدأ عام بمراقبة استخدام

1- Jérôme Huet, Traité du Droit Civil -les principaux contrats spéciaux-, éd LGDJ et Delta Beyrouth, Paris 1996, p 909.

2- Luc- Bernet Rollande, Principes de Technique Bancaire, 22ème ed, DUNOD, Paris, 2002, p 389.

3- F/Défossez, op.cit, p 28.

الإئتمان، ومع ذلك يتعطل هذا المبدأ في الإئتمان غير محدد الغرض[1]، أي ذلك الذي أُبْرِمَ لمجرد التمويل، فيكون على البنك تنفيذ تعهده بالضمان في حالة ضم أو إندماج الشركة الذي أُبْرِمَ قبل عملية الضم أو الاندماج بحيث يتعداه إلى الشركة الدامجة رغم أن الضمان لم يصدر لمصلحتها[2].

المطلب الثاني: مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بعدم التدخل في شؤون عميله

يضطلع البنك بمهنة المرفق العام بالمفهوم الواسع، " فتمثل المسؤولية مقابل السلطة التي يتمتع بها البنك بالنظر إلى احتكاره المهنة البنكية"[3]، وهذا ما يبرر تشديد التزامه بالحرص والحذر فتكون مسؤوليته عن الإخلال بهذا الإلتزام في مواجهة عملائه عقدية، بينما تكون تقصيرية في مواجهة الغير، كما يسأل البنك عن أعمال تابعيه عن الأضرار التي يسببونها في إطار تنفيذهم لمهامهم لكنه لا يكون مسؤولا- طبقا للقانون- عن عملائه[4].

1- يراجع قرار محكمة النقض بتاريخ: 08-05-1978 و15-02-1978، نقض تجاري بتاريخ: 25-04-1967 وحكم محكمة أميان في:24-02-1969 وذلك بالإطلاع على الموقع الإلكتروني: www.MCJ.fr, visité le: 23-11-2016.

2- Dominique Legeais:" Crédit et titre de crédit", Revue Trimestrielle du Droit Commercial et de Droit Economique, Nº 1, Dalloz, Paris, Janvier-Mars 2014, p171, Com, 07-01-2014, n°12-20.204, Fs-p+B+R+L, D.2014.77 obs.A.Lienhard.

3- Philippe Neau-Leduc, Droit Bancaire, 5ème ed, Dalloz, Paris, 2015, p 114.

4 -F/Défossez , op.cit, p 29.

من أجل ذلك، أجمع الفقه والقضاء أنه ليس على البنك التزام بمراقبة سلامة عمليات عميله من الناحية القانونية ولا مشروعيتها[1]، فهو ليس مستشارا عنه. كما أنه ليس رقيبا على المصلحة العامة فليس من واجبه حماية مصالح الغير المتعامل مع العميل من الغش أو ما شابه. فالبنك ليس إلا تاجرا، يلتزم بعدم الإضرار بالغير، فلا يتحمل المسؤولية عما يقوم به عميله من معاملات مصرفية ولا يشارك فيها، والسبب في ذلك أن الأمر سيؤدي إلى إرهاق البنك رغم ما لديه من خبرة وإمكانيات لكثرة عملائه وعملياته.

أطلق على هذا المبدأ في فرنسا " الإلتزام بعدم التدخل في شؤون العميل"، وهو مبدأ مقرر لصالح العملاء والبنوك، يرتب الإخلال به المسؤولية العقدية للبنك في مواجهة عميله.

إن مفهوم المسير الفعلي لم يكن محلا للتعريف القانوني، لكن الفقه والقضاء في فرنسا يعتبر مسيرا فعليا كل شخص يمارس بكل سيادة واستقلالية نشاطا إيجابيا في التسيير أو الإدارة[2]. فأعتبر القضاء أن واجب البنك في مراقبة تخصيص الأموال المقترضة في القرض المالي عن طريق التدخل المباشر أمام مسيري المؤسسة المقترضة، لا يمنحه صفة المسير الفعلي[3]، ومن ثمة كان التمادي في التدخل من جانب البنك خرقا للإلتزام بعدم التدخل في شؤون العميل المقترض يوجب مسؤوليته العقدية، متى لحق العميل ضرر من هذا التدخل.

1- P/ Neau-Leduc, op.cit, p140.

2-Catherine D'hoir- Lauprêtre, Droit du Crédit, éd Ellipses, France, 1999, p 51.

3- J /Rives -Langes et M/ Contamine-Raynaud, op.cit, pp 607-608.

يتراجع هذا المبدأ إذا وُجِدَ شرط في العقد بين البنك والعميل يقضي بتخصيص الضمان لغرض معين، بحيث يخول البنك حق مراقبة تصرفات عميله. كما أن القانون يفرض حرصا خاصا تجاه العمليات المعقدة وغير الواضحة ذات المبالغ الضخمة في إطار مكافحة تهريب الأموال وتبييضها، حيث يتعين على البنك إخطار خلية معالجة الإستعلام المالي[1] طبقا لما ورد في المادة:11 لاسيما الفقرة الثانية من النظام رقم:05-05 المؤرخ في: 15-12-2005 والمادة: 12 من النظام رقم: 12-03 السالف ذكره والمتعلقين بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

هذا التراجع لمبدأ عدم تدخل البنك في شؤون عميله بسبب اصطدامه بالواجبات العامة له، يجعله متأرجحا بين فرضيتين الأولى قضائية تفرض عليه عدم التدخل والثانية قانونية تفرض عليه الحرص والحذر[2]، فأصبح للمبدأ قيود أهمها وجوب إخطار البنك لعميله بخطورة العملية أو ما يتهدد مصالحه وكيفية المحافظة عليها عندما يكون ملتزما بذلك بموجب الإتفاق بينهما.

يقدر القضاء هذا النصح بالنظر إلى مهنة العميل وظروفه وخبرته، بالمقابل مع مدى حاجته إلى النصح من أجل تقرير مدى إعفاء البنك من المسؤولية أو تخفيفها استنادا إلى خطأ العميل[3].

1-CTRF: Cellule de Traitement de Requête Financière.

2 - Jérôme Lasser- Capdeville :" Que reste t'il au XXI^{ème} siècle du devoir de non ingérence du banquier ?", Revue Banque, N°100, Dalloz, Paris, Mars-Avril 2005, p 31.

3- نقض تجاري فرنسي بتاريخ:27-02-1996 مع التعليق عليه من طرف:

Jean Louis Guillot, Revue Banque, Nº 576, Dalloz, Paris, Déc 1996, pp 90-91.

من بين القيود، إلتزام البنك بواجب الرقابة على سلوك العميل، من أجل عدم الإضرار بالغير في حدود السلامة الخارجية الظاهرة لنشاطه. وقد جرى القضاء في فرنسا[1] على إعفاء البنك من البحث عن أسباب عمليات عميله ومبررات تنفيذها، مع مراعاة الإطمئنان إلى سيرها سيرا سليما من الناحية الشكلية، فإن طرأ تصرف يلفت نظر البنك وجب عليه التأكد من مشروعية سببه.

في حين يُسْأَلُ البنك إذا شارك في أعمال عميله المنطوية على الغش أو تركه يرتكبها رغم علمه بها، أو كان عليه أن يعلم بالغش من الحوادث التي كانت بطبيعتها تلفت النظر. ويكون على البنك أن يراقب عمليات عميله رقابة معتدلة، لا تصل إلى حد التدخل في شؤونه ولا تقف عند عدم المبالاة والإهمال.

استنادا إلى ذلك يُسْأَلُ البنك عن المنح التعسفي للإئتمان عند علمه بتوقف عميله عن الدفع، ومع ذلك يسمح له بمتابعة نشاطه ظاهريا وبمجرد إيداع ميزانيته يكتشف دائنوه تفاقم خصومه وخطورة وضعه المالي، تحت طائلة الحكم عليه بجزء من هذه الخصوم.

كما قرر القضاء الفرنسي مسؤولية الدولة عن الخطأ الجسيم بفعل لجان الرقابة البنكية أثناء تأدية مهامها على المؤسسات الإئتمانية، إثر الدعوى التي رفعها وزير الإقتصاد والمالية والصناعة الفرنسي السابق السيد: KECHIACHEN وآخرون أمام المحكمة الإدارية لباريس، مطالبين

1- نقض فرنسي بتاريخ: 28-10-1974 و19-03-1974 وحكم محكمة Castres في: 27-10-1969، يراجع الموقع الإلكتروني: www.MCJ.fr, visité le: 30-11-2016 .

بالتعويض عن الأضرار بسبب الخطأ الجسيم المرتكب من طرف اللجان المكلفة بالرقابة[1]. كما أفرزت تقارير بعض المختصين في البنك المركزي الأوروبي، أن التعاون بين هيئات المراقبة في البنوك مع المراقبين يكون أكثر نجاحا ومردودية، من أجل ذلك دعت إلى تطبيق نوع من اللامركزية في المراقبة على العمليات لاسيما بين البنك المركزي الأوروبي والبنوك المحلية[2].

المطلب الثالث: مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بالإعلام

إن البنك، باعتباره محترفا، عليه أن يبين في عقد الإئتمان مجموع الشروط الخاصة بالإئتمان لاسيما تلك التي تتعلق بمقاييس الحرفية المعتادة، وهو الإلتزام بالإعلام.

كما يقع عليه طلب المعلومات الضرورية عن الحالة المالية العامة لطالب الإئتمان دون التدخل في شؤونه، ومحاولة اكتشاف التناقضات من مجرد الملاحظة السطحية للوثائق المقدمة أمامه، وهو الإلتزام بالإستعلام وإن الجمع بين الإلتزامين في نفس الوقت يعتبر أمرا صعبا، مما قد يؤدي إلى قيام مسؤولية البنك عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام غير الكافي أو غير الدقيق[3]، إذا ثبت أن خطأ البنك سبب ضررا للعميل أو للغير.

1- Alain Seban: " La responsabilité de l’état : faute lourde, faute simple", Revue Française de Droit Administratif , N° 04, Dalloz , Paris, Juillet -Aout 2002, p742,

يراجع أيضا: تفاصيل القضية في الحكم المرفق بالمقال، ص ص 753-761.

2- Groupes d'auteurs:" Le contrôle prudentiel en Europe: une organisation décentralisée et efficace", Banque Magazine, Nº 606, Dalloz, Paris, Septembre 1999, pp 60-63.

3- C/ Lauprêtre, op.cit, p 48, voir aussi: P/Neau-Leduc, op.cit, p113.

تكون مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بالإعلام– تقصيرية – إثر كشفه عن معلومات عن الغير، لأن هذا السلوك ليس فيه مخالفة لالتزام ناشئ عن عقد بينهما. ويعتبر من الغير كل شخص ليس عميلا للبنك اعتمد على معلومات أذاعها البنك.

أما إذا صدرت هذه المعلومات عن عميل له، يكون مسؤولا أمامه مسؤولية عقدية بسبب طبيعة العلاقة بينهما، كما أن البنك يقع عليه التزام آخر بحفظ السر المهني بحيث يحترم أسرار العميل ولا يذيعها إلى الغير إلا في حدود ما يسمح به القانون[1].

تقود هذه الفرضية إلى طرح مشكلة حماية المعلومات الشخصية للعملاء في إطار استخدامهم لنظام البنوك الإلكترونية[2] التي باتت تعرف انتشارا واسعا، بحيث يكون على البنك – ليس فقط عدم إذاعتها– ولكن بذل العناية في حمايتها من التسرب وعمليات القرصنة.

تختلف مسؤولية البنك على أساس هذا الإلتزام بحسب ما إذا كانت المعلومات المقدمة منه صحيحة أو غير صحيحة. فإن كانت المعلومات غير صحيحة وكان البنك يعلم بعدم صحتها وقت الإدلاء بها يكون مسؤولا عما ترتب عن ذلك من أضرار، حتى مع انعدام القصد بحيث يكفي علمه بعدم

1– مثل: الإدلاء بالمعلومات لخلية الإستعلام أو مركزية المخاطر وبعض الجهات الحكومية كإدارة الضرائب في إطار حملات التحصيل الإجباري للضرائب والرسوم الواجبة الأداء.

2- Claire Gauzente, Anne Charlotte Duval et Bénédicte Pihan Hoang Huynh: " E-Banking, respect des informations personnelles des clients : la pratique des sites français", Banque Magazine, N° 657, Dalloz, Paris, Avril 2004, pp 48-50.

صحة المعلومات أو نقصها بشكل يجعلها غير مطابقة للحقيقة وإن كان الهدف من ذلك مجرد حماية شخص معين.

كما يُسْأَلُ البنك عن الإدلاء بالمعلومات غير الصحيحة التي لم يكن عالما بعدم صحتها لكنه كان عليه التأكد منها، لأن أصحاب الشأن يعتمدون على بيانه بوصفه صادرا عن جهة مؤهلة للثقة. يستوي الأمر إن كان صدور المعلومات من البنك بناء على طلب أصحابها أو من تلقاء نفسه في إطار الإعلام السنوي مثلا، مع الإشارة إلى اختلاف الفقه[1]حول تحديد مضمون الإلتزام السنوي بالإعلام المفروض على مؤسسات الإئتمان لمصلحة الكفيل[2]. بحيث يرى أن هذا الإعلام يجب أن يشمل الدين الأصلي والفوائد والعمولات والمصاريف وكل توابع الدين، مع فرز المعطيات كل على حدة وإرسال كشف مفصل يتم قيده إلى غاية31 ديسمبر من السنة المنقضية إلى الكفيل يتضمن الحساب الدائن أو المدين للعميل المضمون بالكفالة[3]، مع الإشارة إلى تمكين الكفيل من إنهاء كفالته تحت طائلة البطلان لعيب الرضا على أساس المادة: 1117 من ق.م.ف بسبب أن البنك ضيع على الكفيل فرصة اتخاذ قرار

1- في التعليق على قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية الصادر بتاريخ: 10-01-2012، قضية رقم: 10-25-586، للإطلاع على القرار، يراجع الموقع الإلكتروني:
www.MCJ.fr, visité le: 05-12-2016.

2- قرار محكمة استئناف باريس في: 28-09-1999 مضمونه إخلاء مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بإعلام الكفيل طبقا للأحكام المقررة قانونا، يراجع التعليق على القرار:
Revue Banque, N° 71, Dalloz, Paris, du: 01-05-2000, p 590.

3-Jean Louis Guillot et Martine Boccara:" Information annuelle de la caution et découvert en compte", Revue Banque, N°747, Dalloz, Paris, Avril 2012, pp 84 -87.

مخالف إذا تم إعلامه أو إيقافه[1].

أما إذا كان إعلام البنك صحيحا لكنه أضر بالعميل أو الغير، فلا يُسْأَلُ البنك إلا إذا ثبتت نيته في الإضرار بهما أو أن البنك قدم معلومات لم يكن ملزما بتقديمها، باستثناء وجود مصلحة عامة أجدر بالرعاية تعفي البنك من المسؤولية.

تقوم مسؤولية البنك التقصيرية عن الضرر الذي أصاب الغير المتعاقد مع العميل على أساس المعلومات التي أصدرها البنك والتي توحي بمظهر للثقة عنه، سواء تلقاها الغير من بنك العميل مباشرة أو وصلته عن طريق بنك آخر تولى توصيلها إليه.

ينتقد الفقه[2] التشدد في المسؤولية التقصيرية للبنك عن الفعل المسبب للضرر أو الإمتناع عنه بحجة أن البنك لا يمتهن إعطاء المعلومات عن العملاء، كما أن المعلومات الصادرة عنه لابد أن تتعلق بالجوانب المالية والإقتصادية للعميل دون الخلقية. وأن التزام البنك هو ببذل عناية، فإذا بذل ما في وسعه يكون قد نفذ إلتزامه[3] وليس عليه القيام بتحريات خاصة إلا إذا وُجِدَ اتفاق يقضي بذلك. تقوم المسؤولية العقدية للبنك، متى كان الفعل الصادر عنه أو الإمتناع عنه؛ والمتسبب في الضرر، مخلا بالتزام ناشئ عن العقد سواء كان الإلتزام بمقابل أو كان المقابل رمزيا. فيكون البنك مسؤولا عن الضرر المباشر والمتوقع وقت التعاقد مع إمكانية اشتراط إعفائه من

1- Jean Louis Guillot et Pierre-Yves Bérard: "L'obligation de mise en garde d'un établissement de crédit ", Revue Banque, N°721, Dalloz, Paris, Février 2010, pp 78-80.
2- Georges Prat, La Responsabilité du Banquier et la Faillite de son Client, TEC et DOC Lavoisier, 2ème éd, France, 1983, p117.
3- J-L/ Rives- Langes, op.cit, p 603.

المسؤولية– بموجب العقد– عن أسباب أو أضرار معينة. كما أن مجانية بعض المعلومات المقدمة من البنك يمكن أن تخفف من مسؤوليته.

يشترك العميل مع البنك في تحمل المسؤولية، متى ارتكب خطأ من جهته ساهم في إحداث الضرر أو الزيادة فيه[1]، كما لو صدر البيان ناقصا وكان على العميل استكماله لكنه قصر في ذلك، أو أن المعلومات صدرت في ظروف تستوجب الإحتياط في تقديرها. كما أن الغير الذي يعتمد كليا على معلومات البنك يكون مساهما في الخطأ، فيتحمل جزءا من الضرر وتوزع المسؤولية بينهم جميعا.

إذا تضمن العقد شرطا يعفي البنك من المسؤولية إذا لم يكن عالما بعدم صحة المعلومات الصادرة عنه، فإن هذا الشرط لا يرتب أثره إلا إذا ثبث قبول العميل له. ويقع على هذا الأخير إثبات علم البنك بعدم صحتها أو إهماله في تقديرها في حالة تضرره. كما أن هذا الشرط الذي يعفي به البنك نفسه من المسؤولية لا يكون له أثر إذا كانت مسؤوليته تقصيرية. وكلما كانت مسؤولية البنك عقدية أمكن اشتراط الإعفاء منها وإحلال التعويض عن الضرر المتوقع وقت التعاقد مكانها، دون الضرر غير المتوقع. ويكون شرط الإعفاء جائزا عن الخطأ البسيط دون الخطأ الجسيم طبقا للقواعد العامة[2]. يرى بعض الفقه الحديث أن العميل يكون عليه التمسك بالمسؤولية على أساس الإلتزام بالإعلام كما لم يمكنه التمسك بها على أساس واجب البنك في الحرص والحذر،

1- Yvaine Buffelan-Lanore, Droit Civil, 9ème ed, Dalloz - Armand Colin, Paris, 2004, p 40.

2- F/Défossez, op.cit, p28.

لاسيما خارج إطار عمليات المضاربة[1]. كما يثير الفقه إشكالية الإعلام كمعيار لتسيير مخاطر الإئتمان بالنسبة للبنوك العالمية، حيث يكون المكلفون بالحسابات مسؤولين عن مراقبة نوعية هذه المخاطر بالإعتماد على الإعلام[2]. على أن هذا الإلتزام بالإعلام كمصدر لإثارة مسؤولية البنك لا يجب أن يكون محلا للتداخل مع واجب النصح والإرشاد[3] الواقع على عاتق البنك. ففيما يجب أن يتم الأول بطريقة موضوعية تعتمد على تحليل الوقائع، يتم الثاني بطريقة ذاتية تتعلق أساسا بالطلب المقدم من طرف العميل شكلا ومضمونا[4]. ويقرر الفقه في فرنسا أن حدود الإلتزام بالإعلام تبتدئ عند التزامه بحفظ السر المهني إلا في إطار حدود المصلحة العامة[5].

1- Dominique Legeais , Crédit et Titres de Crédit, op.cit, p170.

2- Thomas Schick:" Gérer une implantation internationale", Revue Banque N°576, Dalloz, Paris, Déc 1996, pp 26-27.

4- Muriel:" la mise en garde consiste à attirer l'attention du contractant sur un aspect négatif du contrat ou de la chose objet du contrat, c'est principalement contre un danger, un risque que l'on est tenu de mettre en garde quelqu'un ",

نقلا عن: دليلة معزوز، مقال بعنوان:" الإلتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني ومدى فعالية وشمولية قانون: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش"، مجلة المعارف، المركز الجامعي العقيد أكلي محمد أولحاج البويرة، العدد: 08، جوان 2010، ص ص82-83.

4- Alain Gauvin, La Nouvelle Gestion du Risque Financier, éd LGDJ, Paris, 2000, p197.

6- A/ Gauvin, op.cit, pp198 et 200.

الباب الثاني : نحو مفهوم جديد للكفالة البنكية في مجال الأعمال "خطاب الضمان المصرفي"

عرضنا في الباب الأول أن الأصل في الضمان الذي يمنحه البنك لعملائه هو الكفالة البنكية بتنظيمها المدني، لكنه غالبا ما يُسْتَخْدَمُ لفظ الضمان للدلالة على الكفالة والضامن للدلالة على الكفيل في التشريع والتنظيم البنكي. هذه المصطلحات أصبحت مدعاة للُّبْسِ بعد أن ظهرت صور أخرى للضمان المصرفي من خلق العرف الدولي تختلف أحكامها عن الكفالة، أصبحت البنوك تستخدمها تحت مسميات مختلفة وإن استقرت في بعض البلاد على خطاب الضمان المصرفي.

يتخذ هذا الضمان شكل تعهد مباشر من البنك للغير دائن العميل ومستقل عن أي علاقة أخرى، فالبنك لا يتعهد بضمان تنفيذ تعهد التزام العميل كما في الكفالة بل يتعهد بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين، مهما كانت طبيعة الإلتزام أو مقداره وبالرغم من أية معارضة يبديها هذا الأخير.

وكما سبق التعريف بالكفالة البنكية وبيان أحكامها وخصائصها في الجزء الأول من هذا البحث، سيتم التعرف على خطاب الضمان المصرفي في هذا الباب من خلال تقسيمه إلى فصلين. نعرض في الفصل الأول موقف المشرع الجزائري من الأخذ بمفهوم خطاب الضمان المصرفي على ضوء الفقه والقضاء المقارن، أما الفصل الثاني فنتناول فيه التطبيقات العملية لخطاب الضمان المصرفي في النصوص والهياكل البنكية الجزائرية.

الفصل الأول: موقف المشرع الجزائري من الأخذ بمفهوم خطاب الضمان المصرفي على ضوء الفقه والقضاء المقارن

خطاب الضمان هو صورة أخرى من صور الإئتمان بالتوقيع، فهو لا يستتبع بالضرورة تسليم نقود إلى العميل أو إلى الغير. إلا أن هذه الصورة– كما هو واضح – ليست خاصة بالبنوك فقط، فقد جرى العمل على إطلاقها بصفة خاصة على الحالات التي يكون فيها هذا الضمان مطلوبا من جهة إدارية بناء على نص قانوني أو لائحة إدارية، فيكفي هذا الضمان (أو هذا الخطاب) في نظر الإدارة، بديلا عن إيداع مبلغ نقدي كتأمين عندما يتعاقد العميل مع جهة إدارية في صفقة بيع أو توريد أو أشغال عامة.

من هذا المنطلق جاء إدراج موضوع خطاب الضمان في هذه الرسالة، بما أن المشرع الجزائري نص على هذا النوع من الضمان في قانون الصفقات العمومية خاصة مستعملا تارة مصطلح الكفالة المصرفية وتارة أخرى كفالة الضمان. والملاحظ أن المشرع الجزائري خول بعض الهيئات بهذا النوع من الضمان في إطار الإصلاحات الإقتصادية من أجل عدم إرهاق البنوك والمؤسسات المالية، على رأسها: صندوق ضمان الصفقات العمومية وصندوق ضمان قروض الاستثمار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة والضمان الفلاحي.

المبحث الأول: ماهية خطابات الضمان المصرفية

يقصد بالضمانات المستقلة، الضمانات التي لا يجوز فيها للضامن التمسك في مواجهة المستفيد منها بالدفوع الناشئة عن علاقة الأساس التي صدر هذا الضمان بمناسبتها، والتي كان للمدين إمكانية التمسك بها في تلك العلاقة[1]، ينطبق هذا القول على خطاب الضمان، لأنه مستقل عن علاقة الأساس التي أُبْرِمَ بسببها، ولا يجوز للبنك مصدر الخطاب التخلص من التزامه بدفع المبلغ المعين في الخطاب استنادا إلى دفوع مستمدة من علاقة الأساس، فالبنك في هذه العملية يعتبر مدينا أصليا وليس مجرد كفيل.

و" إن نجاح هذا الضمان في المعاملات الدولية هو الذي أدى إلى الإعتراف به لكنه لا يزال يحمل بعض المخاطر بسبب الإفراط في استقلاليته"[2].

أشارت إتفاقية اليونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة لسنة: 1997، التي وضعتها لجنة التجارة الدولية للأمم المتحدة[3] في مادتها الثانية وكذا في المذكرة التفسيرية التي أعدتها أمانة اليونسترال بشأن هذه الإتفاقية في الفقرة الثانية[4]، أن الكفالة إذا كانت مستقلة تأخذ حكم خطاب الضمان. ولما كانت خطابات الضمان كفالات من نوع خاص تصدرها البنوك، فقد تميزت عن الكفالات العادية التي تخضع للقانون المدني، ومن

1- J/Rives - Langes, op.cit, p721.

2- P/Neau-Leduc, op.cit, p 290.

3- إتفاقية اليونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة، المرجع السابق، ص2.

4- دليل اليونسترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، المرجع السابق، ص 7.

ثمة فإن الأنظمة والأعراف البنكية واتفاقات الأطراف جعلت منها تنظيما قانونيا متميزا يخضع لقواعد خاصة تتعلق في ذات الوقت بموضوعها وبشكليتها.

من هذا المنطلق، ولما كانت ماهية الشيء تشمل معناه وطبيعته وصفاته الجوهرية التي تميزه عن غيره، تطرقنا في هذا المبحث إلى ماهية خطابات الضمان وتم تقسيمه إلى أربعة مطالب رئيسية:

في المطلب الأول تعرضنا لمفهوم خطاب الضمان، وفي المطلب الثاني إلى أهميته العملية لاسيما وأنه عرف انتشارا واسعا في المعاملات التجارية الدولية، وفي المطلب الثالث تطرقنا إلى التمييز بينه وبين ما يشابهه من أنظمة قانونية، وأخيرا في المطلب الرابع بينا موقف المشرع الجزائري من خطاب الضمان ومدى أخذه بالمفاهيم المختلفة له.

المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان

خطابات الضمان هي تقنية تقليدية نشأت في مجال المعاملات الدولية وتوسعت إلى المعاملات البنكية المحلية[1]، وهي في حقيقتها أوراق مصرفية لها طابع خاص تصرف قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب دون منازعة من محررها أو من المضمون، وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد ليحصل منها على ما يستحق له في مواجهة المضمون في العقد الأساس[2] المتفرع عن هذا الضمان.

1- P/Neau-Leduc, op.cit, p 289.

2- Le contrat de base.

كما تعتبر خطابات الضمان أحد أشكال الإئتمان المصرفي بالتوقيع[1]، وإذا كان العرف البنكي والفقه والقضاء في مصر قد استقر على وصفه بهذا المصطلح، فإن الفقه في فرنسا لا يزال غير كذلك[2]. فهو يحمل مسميات عديدة منها: الضمان المستقل، خطابات الإعتماد الضامنة، الضمان عند أول طلب، الضمان عند الطلب، وخطاب التعهد كما تسميه بعض البنوك.

استعمل المشرع الجزائري لفظي:" الكفالة المصرفية" و" كفالة الضمان " للدلالة على هذا النظام القانوني، ومع أننا لا نستطيع الجزم بأن مصطلح "خطاب الضمان" الذي استقر عليه غالبية الفقه هو اصطلاح دقيق وقاطع للدلالة على العملية التي نحن بصددها، إلا أن وصف المشرع الجزائري له بالكفالة أدى إلى التباسه بالكفالة بتنظيمها المدني، لاسيما أن هذه الأخيرة لا تزال تحتفظ بمكانتها في العمليات البنكية. فهل أخذ به المشرع الجزائري فعلا سواء من حيث المصطلح أو من حيث المفهوم؟

مع التسليم بأن تدخل هيئة دولية؛ كغرفة التجارة الدولية أو لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، لحل هذا الإشكال يظل أمرا ضروريا، كما حدث سابقا بشأن بعض عمليات التجارة الدولية[3]، لتوحيد المصطلحات. إذ لا يكفي أن

1- الإئتمان المصرفي بالتوقيع هو تعبير درج عليه فقهاء القانون وعلماء الاقتصاد، ويطلق على كل عملية إئتمانية تتميز بغياب تقديم مبالغ مالية، وإنما يكتفي البنك بمجرد إعارة اسمه وسمعته التجارية المتمثلة في توقيعه.

2- فقد استعمل: الضمان المستقل، والضمان المجرد، والضمان الواجب الدفع لدى أول مطالبة وغيرها من المصطلحات.

3- مثل : الإعتماد المستندي.

يستقر العرف المصرفي في دولة من الدول على مصطلح محدد لا يكون معلوما لدى دولة أخرى، بما أن الأمر يتعلق بعمليات عابرة للحدود.

الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان

الخطاب لغة: من خَطَبَ، يَخْطُبُ، خِطَابًا و مُخَاطَبَةً، وهو الكلام بين المتكلم والسامع كما يطبق على الرسالة المكتوبة[1].

والضمان في اللغة هو الكفالة، فنقول ضَمَّنَهُ الشيء ضَمَانًا، فهو ضَامِنٌ وضَمِينٌ، إذا كَفَّلَهُ[2] إياه .

في الإصطلاح الشرعي: يعرف الضمان بأنه: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالتزام حق. والضمان بمعناه الأعم–عند الفقهاء– "هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوب أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه، سواء كان مطلوبا أداؤه في الحال كالدين الحال، أو في زمن المستقبل المعين كالدين المؤجل إلى وقت معين، أو إذا هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقق شرط أدائه"[3].

أما عن تسميه، فقد أطلق عليه بعض الفقه الضمان لدى أول طلب، ومنهم من يطلق عليه الضمان المجرد، في حين ذهب القضاء الفرنسي إلى

1– المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، ط2، 2001، بيروت، ص306.

2– المنجد في اللغة العربية المعاصرة، نفس المرجع، ص658.

3– أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة، ط 1999، الإسكندرية، ص4 وما بعدها.

استخدام مصطلح الضمان المستقل أو المنفصل[1] لتمييزه عن الكفالة.

وغالبا ما يستعمل الفقه المصري مصطلح خطاب الضمان على عمومه، ويفضل الدكتور علي جمال الدين عوض:" خطاب الضمان المصرفي أو المستقل" كما أشار إلى ذلك في كتابه[2].

وبما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا التنظيم القانوني أصلا، لا يرى الباحث حرجا في استعمال مصطلح "خطاب الضمان المصرفي " للدلالة عليه.

البند الأول: تعريف التشريعات المختلفة لخطاب الضمان

قلة من التشريعات من نظمت خطاب الضمان بنصوص قانونية، مما أدى ببعض الهيئات الدولية إلى التفطن لسد هذا الفراغ القانوني مدعمة باجتهادات الفقه والقضاء. وبسبب تعدد صيغه ومجالات العمل به تعددت تعريفاته أيضا، ولعل أهمها ما جاء به المشرع العراقي والمصري، بالإضافة إلى ما ورد في مواثيق بعض الهيئات الدولية.

ولم يكن الفقه ولا القضاء بمعزل عن هذا الموضوع، فقد ساهما بدورهما في تأصيل قواعده وتبيان معالمه.

---

1 - La garantie indépendante ou autonome.

2- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص47.

أولا: تعريف المشرع العراقي لخطاب الضمان

يُعَدُّ المشرع العراقي من أوائل المشرعين العرب الذين تعرضوا إلى خطاب الضمان بتنظيم قانوني، وذلك في المواد: 287 إلى 293 من قانون التجارة رقم: 30 لسنة 1984. فعرفه في المادة: 287 بأنه: " تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعامين معه " الآمر" 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"[1].

وقد حدد المشرع العراقي بهذا التعريف، أطراف خطاب الضمان، ووظيفته وطبيعته، وكذا خصائصه.

ثانيا: موقف المشرع المصري

ظهر التوجه نحو تنظيم قانوني لخطاب الضمان في مصر عام 1964، حين تم تقديم مشروع القانون التجاري المصري الجديد وبدعم من الفقه والقضاء. تضمن هذا المشروع القواعد التي تحكم علاقات أطراف خطابات الضمان عند تنظيمه لعمليات البنوك بشتى أنواعها[2]، فعرفته المادة: 355 الفقرة الأولى منه بأنه:" تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى

1- قانون التجارة العراقي رقم: 30، ج ر العدد: 2987 المؤرخة في: 02-04-1984.

2- عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، محاضرات ألقيت على طلبة الحقوق بجامعة بنها- مصر، منشورة على الموقع الرسمي للجامعة: www.bu.edu.eg, visité le: 31-03-2013.

المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة "[1].

ثالثا: موقف المشرع الفرنسي

لم يعرف المشرع الفرنسي خطاب الضمان أو الضمان لدى أول طلب رغم أنه اعترف بوجوده من الناحية القانونية، فقد أورده في بعض النصوص الخاصة ولاسيما المادة: ل313/22-1 من قانون النقد والصرف التي اعترفت للمؤسسات المالية ومؤسسات الإئتمان بإبرام هذا النوع من الضمانات[2]. كما أشار صراحة إلى الضمان لدى أول طلب في المواد: ر 214-19، د 213-5، ر 214-109، ر214-32-28، ل214-127 ول511-6 من نفس القانون.

رابعا: موقف المشرع الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري لخطاب الضمان بالتعريف ولا حتى بالإصطلاح، فلا يزال هناك فراغ قانوني في الموسوعة التجارية الجزائرية والقوانين الباحثة في التجارة الداخلية والخارجية بشأن خطابات الضمان.

1- الموقع الرسمي للجريدة الرسمية المصرية:

http://www.cc.gov.eg/Garida.aspx, visité le: 02-04-2013.

2- Art L 313/22-1 du code monétaire et financier:" Les établissements de crédit ou des sociétés de financement ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue á l'article 1346 du code civil", site: www.legifrance.gouv.fr,visité le:15-04-2013.

هذا الفراغ مرده أن المشرع الجزائري لم يحاول مناقشة ما تنبه إليه الفقه والقضاء بشأن اختلاف الكفالة عن خطابات الضمان، خصوصا بعد أن أصبح الأمر واضحا عندما صدر قانون الصفقات العمومية[1] الذي تضمن أن الكفالة المصرفية المطلوب تقديمها هي ذات خصائص تميزها عن الكفالة بمفهومها الوارد في القانون المدني.

رغم أن هذا القانون استعمل مصطلح" الكفالة المصرفية" في نص المادة: 82 ومصطلح "كفالة ضمان" في نصي المادتين: 85 و86 فقرة ثانية[2]، إلا أن الخصائص التي حددها لهذه الكفالة تفيد بأنها ذات طبيعة مستقلة تجعلها تختلف عن طبيعة الكفالة الوارد أحكامها في القانون المدني، وهي في واقع الحال صورة من صور خطاب الضمان.

كما أن المادة: 68 من الأمر رقم:03-01 المتعلق بالنقد والقرض عندما نصت على عمليات الإلتزام بالتوقيع، أتت على ذكر مصطلح" الضمان" بصيغة العموم مما يدعوا لتفسيره على شموله لكل أنواع الضمان بما فيها الضمان لأول طلب وخطاب الضمان. لاسيما وأن المشرع الجزائري نص على عدم قابلية هذا النوع من الضمانات للرجوع فيها بنص المادة: 10 الفقرة الثانية

1- المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المؤرخ في: 24-07-2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر العدد: 52 المؤرخة في: 28 -07- 2002.

2- تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أطلق على هذه الكفالة فيما بعد مصطلح كفالة التعهد وذلك في نص المادة: 125 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16-09-2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر العدد: 50 المؤرخة في: 20-09-2015، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 07-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بدوره للمرسوم الرئاسي رقم: 02-250 السالف ذكره.

والثالثة من النظام رقم: 14-03 لبنك الجزائر المتعلق بتصنيف المستحقات والإلتزامات بالتوقيع للبنوك والمؤسسات المالية وتكوين المؤونات عليها، حيث جاء فيها: "...كما تطبق هذه النسب على الإلتزامات بالتوقيع المعطاة لطرف مقابل بصفة غير قابلة للرجوع فيها تكون مستحقاته مصنفة في إحدى الفئات المذكورة أعلاه".

البند الثاني: تعريف بعض الهيئات الدولية لخطاب الضمان

تعرضت بعض المنظمات الدولية لتعريف خطاب الضمان في إطار توحيد المصطلحات والمفاهيم وذلك بسبب تعاظم دور هذه العملية في مجال التجارة الدولية.

إن الجزائر بانضمامها ومصادقتها على مختلف هذه الإتفاقيات الدولية تعد ملزمة بأخذ هذه القواعد الموحدة بعين الإعتبار في مجال التجارة الدولية، وإن تركت الحرية للأطراف المتعاقدة في المعاملات الداخلية لاسيما بنصها على أن هذا النوع من العمليات (الكفالات المصرفية) تحرر حسب الصيغ التي تعتمدها المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه، مع مراعاة إمكانية كون هذا البنك أجنبيا. وذلك ما تؤكده المادة: 84 الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

مع الإشارة إلى أن الإنضمام إلى مثل هذه المعاهدات الدولية خلق نوعا من التعقيد والتضارب مع النصوص القانونية الوطنية، بسبب تفوق هذه

القواعد القانونية الدولية تقنيا وتكنولوجيا، هذا أدى بدوره إلى نوع من الإخفاق في تطبيقها على المنظومة البنكية الوطنية[1].

عرفت قواعد اليونسترال خطاب الضمان في المادة الثانية الفقرة الأولى بقولها: "يمثل التعهد إلتزاما مستقلا، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدما من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل المصدر) 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 حادث طارئ آخر، أو سداد لمال مقترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل/ الطالب أو شخص آخر"[2].

تشير هذه المادة إلى أن الكفالة إذا كانت مستقلة أي غير مرهونة بوجود معاملة أصلية، أو غير مرتبطة بالعقد الأصلي وغير خاضعة لأي شرط أو قيد أو حكم غير وارد في نص التعهد، فإنها تأخذ حكم خطاب الضمان.

ويلاحظ أن قواعد اليونسترال قد نصت على مجموعة من خطابات الضمان على سبيل المثال لا للحصر، وتركت المجال مفتوحا لحرية الأطراف على اعتبار أن هذه الإتفاقية معروضة على الدول للإنضمام إليها.

1- Jean Kertudo et Jean-Luc Siruguet: " afrique : Bâle si lointaine …et si proche ! ", Revue Banque, N°781, Dalloz, Paris, Fév 2015, pp 53-55.

2- إتفاقية اليونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة، المرجع السابق، ص2، يراجع في هذا الشأن الموقع الإلكتروني: www.unictral.org, visité le:25-04-2013 .

ومن أهم الأنواع التي جاءت فيها: الضمان المقابل والضمان الذاتي[1].

كما أنه من المهم التذكير أن هذه القواعد لا يتم الرجوع إليها إلا إذا تم النص في وثيقة الخطاب على ذلك، فهي ذات طابع مكمل.

البند الثالث: تعريف الفقه لخطاب الضمان

تعددت محاولات الفقه في الدول التي لا تتضمن تشريعاتها تنظيما خاصا لخطابات الضمان في وضع تعريف شامل له، فعرفه الفقيه MATTOUT إنطلاقا من كونه ضمانا مستقلا بأنه:" تعهد يتحمله الضامن بدفع مبلغ معين للمدين الأصلي وبمجرد الطلب لضمان تنفيذ عقد يبرم بواسطة الآمر(العقد الأصلي)، دون أن يستطيع الضامن التحلل منه بالتمسك بوسائل أو دفوع مستخلصة من العقد الأصلي" [2].

ويعرفه Simler بأنه:" تعهد بدفع مبلغ نقدي معين، بالنظر إلى العقد الأساسي، وضمانا لتنفيذه، ولكنه ينشئ إلتزاما مستقلا عن العقد المضمون، ويتميز بعدم جواز الإحتجاج بالدفوع المستمدة من هذا العقد"[3].

وعرفه Lange - Rives بأنه:" تعهد مصرفي مكتوب بدفع مبلغ نقدي لدى أول طلب من المستفيد، بالتطبيق لنصوص التعهد دون إمكانية التمسك بأي دفع مرتبط بالعقد الأصلي مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش"[4].

---

1 - La garantie autonome.

2 -Jean- Pierre Mattout, op.cit, p155.

3 - P/ Simler et F/ Térré, JurisClasseur, op.cit, p76.

4 - J- L/ Rives- Lange et M/ Contamine- Raynaud, op.cit, p721.

فيما ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه:" تعهد كتابي نهائي غير قابل للرجوع فيه يصدر من بنك بناء على طلب عميله الآمر، يتعهد بمقتضاه بأن يدفع لطرف ثالث يسمى المستفيد، مبلغا محددا من المال عند أول طلب يتسلمه في خلال فترة سريان خطاب الضمان ودون الإلتفات إلى أية معارضة من قبل عميل البنك (الآمر)"[1].

وفي تعريف آخر له جاء فيه:" هو تعهد صريح من أحد البنوك، بأن يقبل دفع مبلغ معين إلى المستفيد، الذي يصدر لصالحه الخطاب، وذلك بناء على طلب العميل طالب الضمان في حالة عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته تجاه المستفيد خلال فترة زمنية محددة، عادة ما يتم تحديدها في الخطاب، ويحصل البنك مقابل إصدار خطاب الضمان على عمولة في شكل نسبة مئوية من قيمة خطاب الضمان، أو من رصيد العميل طالب خطاب الضمان"[2].

يتضح من تعريفات الفقه الفرنسي أنها تقوم على بيان التزام البنك المتمثل في دفع مبلغ نقدي معين، مما يؤدي إلى استبعاد التزام البنك بأداء شيء أو عمل. كما يوضح أن الصفة الأساسية لخطاب الضمان هي استقلال التزام البنك عن العقد الأصلي.

في الفقه المصري، يعرفه الدكتور علي جمال الدين عوض بأنه:" تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل

---

1 - P/Neau-Leduc, op.cit, p 289.

2- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garanties du Crédit, op.cit, p 275.

للتعيين، بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر"[1].

كما عرفته الدكتورة سميحة القليوبي بقولها: " هو تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن- بناء على طلب عميله الآمر- بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد) مبلغا معينا من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلبا مجردا أو مبررا أو مصحوبا 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[2].

وعرفه آخرون بأنه:" تعهد نهائي يصدر من المصرف بناء على طلب عميله (ويسمى الآمر) بقبول دفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة"[3].

من خلال ما تقدم، نخلص إلى أن معظم التعريفات قد اتفقت على أن خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على تعليمات صادرة له من عميله لصالح المستفيد، يلتزم بموجبه البنك بأن يؤدي مبلغا معينا أو قابلا للتعيين عند الإستحقاق للمستفيد، وذلك بناء على مطالبة صادرة من

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 569.

2- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2008، عمان، ص 310.

3- غريب الجمال، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، مراجع الدراسات المقارنة للأنشطة الاقتصادية، 1978، بدون بلد النشر، ص 115.

المستفيد، دون أن يعتد البنك بأي اعتراض من عميله، بشرط أن تتم مطالبة المستفيد بقيمة الضمان خلال المدة المحددة في الخطاب.

وإن هذه التعريفات التي جاء بها الفقه سواء الفرنسي أو المصري فيها من الشبه والإختلاف ما يتحدد بها عناصر خطاب الضمان بشتى أنواعه.

البند الرابع: تعريف القضاء لخطاب الضمان

لم يعرف القضاء الفرنسي خطاب الضمان تحديدا، لكن محكمة النقض عرفت الضمان المستقل بقولها:" هو العقد الذي يتعهد بموجبه البنك وبطلب من الآمر بدفع مبلغ محدد لمجرد الطلب، دون أن يكون للمؤسسة المالية الإعتراض على الوفاء أو رفع أي احتجاج مهما كان نوعه وسببه"[1].

ذهب القضاء الفرنسي إلى أن التعهد الناتج عن الضمان عند أول طلب هو تعهد يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، فهو تعهد حرفي شكلي ناتج من عباراته. ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية ورد فيه:" بصرف النظر عن أية تسمية لالتزام البنك المستقل وعند أول طلب وبصرف النظر عن المصطلحات المستخدمة والتي يجب أن تكون منضبطة، يجب الإعتراف بوجود هذا الضمان إذا كان تعهد البنك بالدفع باتا وبدون قيد أو شروط أو تحفظ وعند أول طلب، وبالأخص بدون استطاعة المعارضة من المستفيد أيا

---

1 - Cass.com, 20 Déc 1982, D. 1983, 365, note M. Vasseur; RTD com. 1983, 446, obs M. Cabrillac et B.Teyssie, cité par: Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garanties du Crédit, op.cit, p 275.

كان الدفع المستخلص من العقد الأصلي"[1].

وفي قرار آخر لها أقرت أن: " المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي فورا وبشكل مستقل وبات، وبدون عمل إحالة إلى العقد الأصلي"[2].

أما محكمة النقض المصرية فقد عرفت خطاب الضمان بأنه:" إلتزام البنك مصدره، بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون الحصول على موافقة العميل"[3]. كما ذهبت إلى أن:"علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل، مؤدى ذلك إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فورا ما دام في حدود التزام البنك المبين به"[4].

وأكثر التعريفات دقة ما جاءت به محكمة استئناف القاهرة بقولها:" خطابات الضمان هي في حقيقتها؛ وكما جرى عليه العرف التجاري، أوراق مصرفية لها طابع خاص تصرف قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول

1- نقض تجاري فرنسي بتاريخ: 08-12-1987، نشرة محكمة النقض4، رقم:261،- مجلة قانون البنوك 1988-26، دالوز serie،1988الملخص240 مع تعليق فاسير، والمجلة الفصلية 1988-479 مع تعليق Gabrillac et Teyssie، نقلا عن: علي البارودي، القانون التجاري، العقود وعمليات البنوك التجارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ط 1986، ص 397،

للإطلاع على نص القرار يراجع الموقع الإلكتروني: www.MCJ.fr, visité le:28-04-2014 .

2- نقض تجاري بتاريخ: 03-11-1992، مجلة الفقه 1993-2-22082، ط E رقم: 454 مع تعليق Jacob ، دالوز 1995-209، مع تعليق Aynes، نقلا عن: علي البارودي، نفس المرجع، ص 398، للإطلاع على نص القرار يراجع الموقع الإلكتروني:

www.MCJ.fr, visité le:28-04-2014.

3- إستئناف رقم: 1156 بتاريخ: 27-12-1955، محكمة استئناف القاهرة، الدائرة الثامنة تجاري، نقلا عن: عصام حنفي محمود، المرجع السابق، ص174.

4- عصام حنفي محمود، المرجع السابق، ص 174.

طلب دون منازعة من محررها أو من المضمون، وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد منها ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون في العقد المتفرع عنه هذا الضمان"[1].

مع ترجيح هذا التعريف الذي أوردته محكمة استئناف القاهرة، فالمقصود من العملية أن يحل خطاب الضمان محل التأمين النقدي الذي كان يتعين عليه دفعه إلى المستفيد حلولا يمكنه من الإحتفاظ بماله سائلا تحت يده بدلا من تجميده في وديعة لدى المستفيد، ويجنبه بالتالي إجراءات استرداده فيما لو انتهت علاقته به، ويقبل المستفيد خطاب الضمان لأنه يحقق له الضمان المطلوب حيث أن مصدره هو البنك المتعهد بتنفيذ التزامه عند أول طلب ورغم معارضة العميل المضمون. أما البنك فيقبل إصدار خطاب الضمان مقابل عمولة يتقاضاها على أساس اقتناعه بمركز العميل وقدرته على الوفاء فيما إذا اضطر إلى الوفاء محله.

ولم تختلف التعريفات على أن خطاب الضمان؛ مهما تعددت صيغه، فإنها تجتمع على أن الإلتزام الناشئ عنه في ذمة البنك إلتزام أصيل منبت الصلة عن التزام العميل. وإن عبارة " إلتزام البنك رغم معارضة العميل" يجب أن ترد بهذا المدلول في صياغة خطاب الضمان وعباراته، ناهيك عن استقلاله عن العقد الأصلي.

كما أن التعهد بهذا الشكل يمثل الخواص الأساسية التي ينبغي توافرها في التزام البنك، وبدونها يفقد خطاب الضمان قيمته، أما فيما عدا ذلك من

1- علي البارودي، المرجع السابق، ص398.

الشروط فيمكن أن يجري الإتفاق عليها، وهي تختلف بحسب طبيعة العلاقة بين العميل والمستفيد التي صدر بشأنها خطاب الضمان، مع احترام خصوصيات هذه العملية في مجال العلاقات التجارية الدولية وما جاءت به القواعد الموحدة في هذا الشأن.

الفرع الثاني: الأهمية العملية لخطابات الضمان المصرفية

إن البنك في خطاب الضمان ليس موسرا فحسب، بل هو مدين بنفس درجة المدين الأصلي فيؤمن للمستفيد من الخطاب جميع الضمانات التي يمنحها إياه التأمين النقدي. لذلك يقول د.علي جمال الدين عوض:" فالبنك لا يضمن العميل في تنفيذ التزامه قبل الغير كما هو شأن الكفيل العادي، بل إن كفالة البنك هنا لها معنى أبعد ووظيفة أهم تبدو في أن خطاب الضمان يحل محل النقود تماما. والذي يطلب إلى من يتعاقد معه تقديم كفالة مصرفية يطلب أولا أن يعطيه تأمينا نقديا ولا يقبل بدلا منه إلا كفالة مصرفية...

فكأن من يطلب خطاب ضمان مصرفي إنما يريد أن يطمئن كما لو كانت لديه كفالة نقدية، ولذلك يجب أن تتوافر في التزام البنك على هذا النحو العناصر التي تمكن من أداء هذه الوظيفة وهي حلول الخطاب محل النقود، تماما كما يحل الشيك أو الورقة التجارية محل النقود في الوفاء"[1].

أصبح خطاب الضمان يُطْلَبُ لأغراض كثيرة، فيتم اللجوء إليه بصفة خاصة في عمليات التجارة الدولية لاسيما صفقات الأشغال العمومية وذلك

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص9.

بسبب أنه يضمن أمورا كثيرة منها:

– نزاهة المتقدمين للمناقصات العامة وجديتهم بشأن التزامهم، ويظهر ذلك من خلال عدم تخليهم عن الصفقة وعدم تراجعهم عن عروضهم في حالة رسو العطاء عليهم[1] (الضمان الابتدائي).

– حسن تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة المبرمة (الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ).

– إرجاع السلفات أو الدفعات المقدمة من طرفهم إلى المقاولين (الضمان على السلفات أو الدفعات المقدمة).

من الحالات التي أكدت فعالية خطاب الضمان في التجارة الدولية كون العميل المتعاقد مع الإدارة مقيما بالخارج، فخطاب الضمان يُغْنِيه عن تحويل العملات الأجنبية الموازية لقيمة التأمين الواجب إيداعها للجهة الإدارية، ثم إعادة تحويلها ثانية عند انتهاء العملية أو عدم رسو العطاء عليه، وما يترتب على ذلك من آثار مالية نتيجة تغير أسعار الصرف في الفترة ما بين تقديم التأمين وسحبه، وكذا صعوبة تحديد الطرف الذي سيتحمل الخسارة إن وجدت، ومصاريف البنك وغيرها. علاوة على ما يؤديه خطاب الضمان في هذه الحالة من تفادي الإجراءات الطويلة الخاصة بتعليمات الرقابة على النقد[2].

تؤدي هذه الخطابات إلى توفير قدر لا بأس به من السيولة النقدية لرجال الأعمال بحصولهم على هذه الخطابات من البنوك وإيداعها لدى الجهات الحكومية، بدلا من تقديم تأمين نقدي يبقى مجمدا دون استثمار،

1- Dominique Legeais, le cautionnement, op.cit, p89.

2- Michel Mathieu, L’exploitant Bancaire et le Risque de Crédit, la Revue Banque Editeur, 3 ème trimestre, Paris, 1995, p184.

إضافة إلى صعوبة استرداده بعد انتهاء العملية التي قُدِّمَ لضمانها.

إن الهدف النهائي من خطاب الضمان أن يحل محل الوديعة النقدية، بحيث يكون المستفيد في مركز قوي دون أن يؤدي ذلك إلى تجميد الأموال بطريقة غير إقتصادية، فيؤدي وظيفة آلية دون تقديم مبرر للطلب ودون أن يدفع الضامن في مواجهته بأي دفوع، فيحقق المستفيد لنفسه وفي اللحظة المناسبة ضمانا سهل التنفيذ، حالا وفعالا يمكنه من الفوز بالصفقة دون إثقال ذمته بأي نوع من التأمين[1].

فتعد بذلك خطابات الضمان من الوسائل المهمة في تنشيط الإستثمار في مختلف قطاعات الاقتصاد بسبب توفيرها لعنصر الثقة وسهولة إجراءاتها التعاقدية[2].

- **المخاطر:**

إن الدور الإقتصادي الذي يلعبه خطاب الضمان في مجال المعاملات البنكية المحلية والدولية لا ينفي إنطواءه على المخاطر، لذلك يلجأ المختصون لخلق بعد جديد للرقابة على التسيير البنكي عن طريق الربط بين استراتيجيات البنوك والتسيير اليومي الميزانياتي والمحاسباتي[3].

من بين المخاطر احتواء صيغه على شروط غير قانونية لاسيما إذا

1- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية -التبعية وغير التبعية- (الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، المرجع السابق، ص 190.

2- أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، المرجع السابق، ص ص13 -14.

3- René Demeestère, Jean-Paul Wacogne, Philippe Lorino et Jean- Paul Bouchet: " une nouvelle dimension pour le contrôle de gestion bancaire" , Revue Banque N° 576, Dalloz, Paris, Déc 1996, pp 48-50.

تعلق الأمر بالخطابات العابرة للحدود، كما أن هذا التعامل الخارجي يطرح مشكل الإستقرار السياسي في تلك البلدان، بحيث يكون له أثره في تعرض العملية لدرجة معينة من المخاطر.

ومن جهة أخرى إن هذه الحكومات بما تتمتع به من سيادة تمنع تنفيذ بعض الأحكام الصادرة عن الدول المتعامل معها أو أنها ستضطر إلى الموافقة على شروط مخالفة للقوانين والأعراف السائدة فيها، هذا النوع من المخاطر أطلق عليه الفقه اسم المخاطر ذات السيادة[1].

1- خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، المرجع السابق، ص ص 148- 150.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي

لما كان خطاب الضمان ذو طبيعة قانونية خاصة، كان من المهم التمييز بينه وبين بعض الأنظمة المشابهة (المطلب الأول) واستعراض الخصائص المميزة له (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التمييز بين خطاب الضمان وبعض الأنظمة المشابهة له

كما سبق القول، أن خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب العميل بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب منه المستفيد ذلك خلال مدة محددة ودون قيد أو شرط. إنطلاقا من هذا التعريف يتبين أن خطاب الضمان يقوم على علاقة ثلاثية الأطراف وهو ما جعله يتشابه مع بعض الأنظمة القانونية التي تقوم على نفس الأساس، فذهب الفقه إلى تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان بالرجوع إلى القواعد المدنية، فما هو مدى صلاحية الأفكار المدنية في تحديد طبيعته القانونية ومن ثم الآثار التي تترتب على أطرافه؟ وما هي أقرب العقود إليه؟

الفرع الأول: التمييز بين خطاب الضمان والإعتماد المستندي

يُعَرَّفُ الإعتماد المستندي بأنه " تعهد مشروط بالوفاء"، وبعبارة أخرى هو تعهد مكتوب من بنك يسمى (المصدر) يسلم للبائع (المستفيد) وذلك بناء على طلب المشتري (الآمر أو مقدم الطلب) وبالمطابقة لتعليماته، يستهدف الوفاء[1] في حدود مبلغ معين وخلال فترة معينة وفي نظير مستندات مشترطة[2].

إنطلاقا من هذا التعريف تبدوا أوجه الشبه الكثيرة بينه وبين خطاب الضمان، بحيث تؤدي العمليتين دورا في تسهيل المعاملات التجارية الدولية من جهة، وتدعيم الثقة والإئتمان البنكي من جهة أخرى.

ويكمن القاسم المشترك بين الإعتماد المستندي وخطاب الضمان أساسا في صفة استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد وكفايته الذاتية[3]، ففي الإعتماد المستندي يترتب عن هذه الصفة النتائج التالية:

- استقلال الإعتماد المستندي عن عقد البيع.
- استقلال التزام البنك تجاه المستفيد عن العلاقة السابقة عن إنشائه.

ويترتب عن كل ذلك عدم جواز عرقلة تنفيذ البنك لالتزامه عن طريق إثارة الدفوع المستمدة من عقد البيع أو عقد فتح الإعتماد، طالما أن المستفيد قد تقدم للبنك أثناء مدة صلاحية الإعتماد ووفقا للشروط[4].

1- سواء الوفاء النقدي أو قبول سفتجة أو خصمها.

2- هاني دويدار، المرجع السابق، ص 296.

3- عبد الرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك – طبقا للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية–، مكتبة الشقري، ط 2010، الرياض، ص 410.

4- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ص 174-175.

يتمتع خطاب الضمان بنفس الإستقلالية والتجريد، فعلاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل، فيلتزم البنك بالوفاء للمستفيد بمجرد إصداره ووصوله إلى علمه ومطالبة هذا الأخير له[1].

إن التشابه بين الإعتماد المستندي وخطاب الضمان على هذا المستوى، دفع بالفقه والقضاء في العديد من المناسبات – عن طريق القياس– إلى تمديد تطبيق آثار ونتائج صفة استقلال التزام البنك في عملية الإعتماد المستندي عليها في خطاب الضمان. كما دفع بالعديد من الهيئات الحكومية والمؤسسات البنكية؛ أثناء مناقشة مشروع قواعد الضمانات التعاقدية من طرف غرفة التجارة الدولية بالتعاون مع لجنة الأمم المتحدة، إلى اقتراح تطبيق نفس القواعد العامة التي يخضع لها الإعتماد المستندي على الضمانات التعاقدية[2] ومن بينها خطاب الضمان.

من الوجهة الإقتصادية، تكمل العمليتين بعضها البعض، مادام أن الإعتماد المستندي خُصِّصَ للبائع (اعتماد التصدير) لضمان دفع الثمن من جانب المشتري، وأن خطاب الضمان توقيع خُصِّصَ للمشتري (اعتماد الإستيراد) والذي يضمن لهذا الأخير تنفيذ الصفقة.

وإن أمكننا ملاحظة أوجه الشبه بين خطاب الضمان والإعتماد المستندي فإن تمييز الإختلاف بينهما لا يقل أهمية، إذ أن خطاب الضمان هو عملية من عمليات الإئتمان البنكي غير المباشر وبطريق التوقيع تهدف إلى تعويض المستفيد عن الأضرار المحتملة من جراء عدم تنفيذ العميل لالتزاماته

1– عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص412.

2- Rives -Langes, op.cit, p 728.

التعاقدية، أما الإعتماد المستندي فهو من عمليات الإئتمان البنكي المباشر، يهدف لضمان حصول البائع على الثمن وبذلك فهو يعد جزءا من العملية المرتبطة به.

كما أن الإعتماد المستندي لا يُنَفَّذُ إلا في مقابل مستندات تؤكد تنفيذ عقد الأساس، أما خطاب الضمان فيكون مستحق الوفاء بمجرد الطلب. ونظريا أنه لا يُسْتَحَقُّ إلا عند الإخلال بتنفيذ عقد الأساس[1]، فيهدف الإعتماد المستندي إلى الوفاء بقيمة العملية التجارية، أما الثاني فيهدف إلى ضمان حسن تنفيذها، فتكون له وظيفة بحتة بالضمان، وكنتيجة لذلك يكون الأول أداة وفاء أصلا أما الثاني فهو أداة ضمان فقط، تتمتع بصفة التجريد والإستقلال عن عقد الأساس[2].

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص ص 21-22.

2- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية - التبعية وغير التبعية - (الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب) المرجع السابق، ص194.

الفرع الثاني: التمييز بين خطاب الضمان والإنابة الناقصة

" الإنابة الناقصة هي عقد يلتزم فيه المناب بدفع دين الغير إلتزاما أصليا لا إلتزاما تابعا، ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع التي يحتج بها المنيب على المناب لديه"[1].

و" إذا لم تتضمن الإنابة تجديدا بتغيير المدين، بل بقي المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب، وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد: المنيب وهو مدينه الأصلي والمناب وهو المدين الجديد، سميت بالإنابة القاصرة"[2].

ينص ق. م. ج في المادة: 294 منه أنه:" تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير".

إنطلاقا من هذا التعريف للإنابة الناقصة، فسر بعض الفقهاء خطاب الضمان على أنه إنابة تنضم فيها ذمة مدين إلى ذمة المدين الأصلي يطمئن الدائن بها على وجود ضمان لاستيفاء حقه، بحيث يتفق الدائن في عقد المقاولة مع المدين على أن يكتفي بتقديم مدين آخر يلتزم إلى جانبه بالوفاء بدلا من إيداع مبلغ نقدي، فإذا كان هذا الدائن الثاني هو البنك إلتزم في مواجهة الدائن التزاما أصليا ومباشرا، ومستقلا عن الإلتزام الأصلي.

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 21.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 3، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف- الحوالة – الإنقضاء، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة النشر، بيروت، ص 859.

وهذه أحكام الإنابة الناقصة التي مفادها أن يبقى في العلاقة بين المنيب (المدين) والدائن هذا الأول مدينا للثاني ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى الإلتزام الجديد، وبمجرد أن يقوم المنيب أو المناب بالوفاء للدائن تبرأ ذمة الآخر[1].

لكن هذا الإتجاه الفقهي الذي حاول تفسير خطاب الضمان على أساس الإنابة لم يأخذ بعين الإعتبار بعض الفروقات بينهما. ففي الإنابة يمكن للبنك أن يتمسك بجميع الدفوع التي للعميل في مواجهة المستفيد، على خلاف الأمر في الخطاب الذي يتميز بالإستقلالية والتجريد، فالتزام البنك فيه يظل مستقلا عما يمكن أن يُثَار من دفوع متعلقة بعلاقة المستفيد بالعميل أو بعلاقة هذا الأخير بالبنك. وهو ما أكده القضاء المصري في كثير من المناسبات[2].

كما أن الإنابة تتيح للمستفيد حرية الإختيار في الرجوع على البنك أو العميل، وهذا لا يصح في خطاب الضمان إذ أن العميل يظل ملتزما مع البنك في الوفاء للمستفيد، وليس لهذا الأخير أن يُطَالِبَ أيا منهما فمطالبته للعميل تنحصر في تنفيذ الإلتزام الأصلي، بينما مطالبته للبنك تتعلق بمبلغ الخطاب والقول بغير ذلك يجعل المستفيد يستوفي حقه مرتين، مرة من العميل، وأخرى من البنك.

يصدر خطاب الضمان بالإتفاق بين البنك والعميل ولا يكون المستفيد طرفا في هذا التعاقد، وهذا عكس ما هو عليه في الإنابة إذ أن المناب لديه

1- سليمان رمضان عمر، المرجع السابق، ص83.

2- نقض تجاري مصري بتاريخ: 22-11-2010، طعن رقم: 4167، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 68، لسنة: 2010، جاء فيه: "...إن البنك في تنفيذه لالتزامه في خطاب الضمان لا يعد نائبا أو وكيلا عن العميل الآمر أو كفيلا له وإنما هو أصيل في الإلتزام به...".

(الدائن) يعتبر طرفا في الإنابة، لا تنعقد بغير رضاه في حين أن رضا المستفيد غير مطلوب، إنما المطلوب هو عدم الإعتراض بل إن الخطاب يصدر بناء على شرط المستفيد المدرج في العقد الأصلي بينه وبين العميل الآمر، لذلك لا يمكن تصور عدم قبوله للخطاب وإنما يمكن أن يعترض عليه إذا صدر مخالفا لمقتضيات الإتفاق.

تترتب على ذلك نتيجة هامة، تتمثل في أن المناب لديه يمكنه الطعن في عقد الإنابة نتيجة وجود عيب من عيوب الرضا، بخلاف المستفيد من الخطاب الذي لا يستطيع الإدعاء بوجود عيب من عيوب الإرادة لأن إرادته غير متطلبة أصلا.

من خلال ماسبق، من الواضح أن فكرة الإنابة الناقصة لا يمكنها تفسير تجريد التزام البنك الناشئ عن الخطاب لبعض الأسباب منها:

- يقتضي عقد الإنابة توافر كل الأطراف: المنيب والمناب لديه بينما يصدر خطاب الضمان بناء على طلب العميل ودون تدخل المستفيد، ثم إن التزام البنك هو إلتزام أصيل.
- يكون البنك في الخطاب هو المدين الوحيد للمستفيد خلال مدة سريانه، على عكس الإنابة التي يكون للمستفيد فيها مدينان (البنك والعميل).
- إذا سلمنا بفكرة الإنابة فإنه يمكن للبنك (المناب) التمسك في مواجهة المستفيد (المناب لديه) بدفوع العميل (المنيب)، وهذا غير صحيح في خطاب الضمان لأن التزام البنك فيه إلتزام مستقل وقطعي ومجرد.
- في الإنابة الناقصة، يرجع البنك على العميل بما دفعه للمستفيد على أساس الوكالة إذا وُجِدَ اتفاق على ذلك أو على أساس الفضالة إذا توافرت

شروطها أو على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، في حين أن رجوع البنك على العميل في خطاب الضمان يكون استنادا إلى الشروط التي يتضمنها الخطاب ذاته.

الفرع الثالث: التمييز بين خطاب الضمان والإشتراط لمصلحة الغير

الإشتراط لمصلحة الغير هو اتفاق بين شخصين على إنشاء حق لشخص آخر ليس طرفا في اتفاقهما، يترتب عنه أن ينشئ للغير؛ بمقتضى الإتفاق، حق مباشر وخاص به، وأطرافه هم: المشترط والمتعهد، أما الغير المشترط لمصلحته فيسمى المنتفع.

يتكون الإشتراط لمصلحة الغير من عقدين، الأول بين المشترط والمتعهد يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع، والثاني بين المتعهد والمنتفع يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع[1].

جاء الإشتراط لمصلحة الغير كاستثناء لقاعدة نسبية أثر العقد المنصوص عليها في الكثير من التقنينات، وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الأساس القانوني لخطاب الضمان يكمن في عقد الإشتراط لمصلحة الغير. لكنه وطبقا لهذه القواعد يمكن للمتعهد أن يتمسك بكافة الدفوع المستمدة من عقد الإشتراط، على خلاف التزام البنك في خطاب الضمان الذي يتميز

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الجزء 1، المرجع السابق، ص 565.

بالتجريد.

من الواضح أن نظام الإشتراط لمصلحة الغير يتشابه مع خطاب الضمان في أن كلا منهما عملية قانونية ثلاثية الأطراف، يكتسب المستفيد منها حقا من عقد ليس طرفا فيه[1] لكن هذا لا ينفي الإختلاف بينهما ونبين ذلك أدناه.

أولا: نشأة حق المستفيد

في خطاب الضمان، ينشأ حق المستفيد منذ اللحظة التي يرسل فيها البنك إليه الخطاب، أما قبل ذلك فلا توجد علاقة قانونية بينهما، أما حق المنتفع من عقد الإشتراط فينشأ من عقد الإشتراط ذاته.

ثانيا: نقض الإشتراط

بمجرد انعقاد الإتفاق بين المتعهد والمشترط، يكتسب المنتفع حقا مباشرا، لكنه لا يصبح باتا إلا بعد قبول المنتفع له صراحة[2] تطبيقا لنص المادة: 117 الفقرة الأولى من ق. م. ج على خلاف ما هو في خطاب الضمان، بحيث يكتسب فيه المستفيد حقا مباشرا وباتا من وقت وصول الخطاب إليه وعلمه به دون أن يتوقف ذلك على قبوله أو رفضه له، وبالتالي يمنع على البنك نقض ما تعهد به تجاه المستفيد.

1- محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك – في المملكة العربية السعودية-، مطابع جامعة الملك سعود، ط 1997، الرياض، ص 323.

2- يتشابه هذا الحكم مع التعهد عن الغير المنصوص عليه في المادة: 114 ق. م. ج، وهذا القبول هو الذي يفرق بينه و بين خطاب الضمان.

ثالثا: الإحتجاج بالدفوع

إن الفارق الجوهري بين خطاب الضمان والإشتراط لمصلحة الغير هو أن هذا الأخير يخول للمتعهد التمسك قبل المنتفع بكافة الدفوع الناشئة عن عقد الإشتراط، وفقا للمادة: 116 الفقرة الأولى من ق. م . ج. أما خطاب الضمان فيتميز بكونه يخول المستفيد حقا مجردا ومستقلا عن العقد الأصلي بين العميل والمستفيد، أو بين البنك والعميل[1].

الفرع الرابع: التمييز بين خطاب الضمان والإلتزام بالارادة المنفردة

الإلتزام بالإرادة المنفردة هو تصرف قانوني يُنْشِئُ التزاما في ذمة شخص واحد دون حاجة إلى تطابق إرادتين. ولا يزال التساؤل قائما في مدى إمكانية تبني هذه الفكرة لتفسير الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، تنازع هذا التساؤل مدرستان: المدرسة الفرنسية والمدرسة الألمانية.

تعرف المدرسة الأولى بأنها تقليدية، حيث ترى في الإلتزام رابطة تجمع بين إرادتين ولا يمكن للإرادة المنفردة أن تُنْشِئُ التزاما، وقد أخذ التشريع الفرنسي بهذه الفكرة، أما المدرسة الألمانية؛ وتعرف بالحديثة، فهي لا ترى مانعا من إنشاء الإلتزام بإرادة منفردة وأخذ بها التشريع الألماني. إلا أنه لم يترك الفكرة مطلقة بل وضع لها قيودا، حيث لا تكون هذه الإرادة المنفردة مصدرا عاما ومطلقا لإنشاء الإلتزامات بل مصدرا استثنائيا وفي الحالات التي

1- محمد حسن الجبر، المرجع السابق، ص 324.

يحددها القانون وينص عليها[1].

من هذا المبدأ ذهب البعض إلى تأسيس خطاب الضمان على فكرة الإلتزام بالإرادة المنفردة، فالبنك يتعهد بمجرد إرادته المنفردة بدفع مبلغ معين من النقود للمستفيد منه عند أول طلب يقدمه له[2]. ومن خلال صيغة تعهد البنك الواردة فيه، يتضح أن خطاب الضمان ليس عقدا بين البنك والمستفيد، ويكمن أساس مطالبة المستفيد للبنك في التزام البنك الذي أنشأته إرادته المنفردة[3].

كما أن الخطاب ليس عقدا بين البنك والعميل، حيث لا دخل لإرادة العميل فيه والعقد الذي أُبْرِمَ بينهما هو عقد فتح الإعتماد بالضمان المتمثل في طلب العميل لإصدار الخطاب وموافقة البنك على هذا الطلب.

في حين استقر بعض الفقه في مصر– واستنادا إلى بعض الآراء الفقهية الفرنسية[4]– على القول بأن عقد الضمان بمجرد الطلب هو "عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة "[5].

1– عبد المجيد محمد عبودة ، المرجع السابق، ص 129.

2- Charles Moumouni :" le régime juridique et les clauses essentiels du contrat de garantie bancaire - à première demande - ", Revue Juridique Thémis, Faculté de Droit de Montréal, N° 31, 1997, pp 782-839.

3– أحمد نبيل النمري، مبادئ في العلوم المصرفية "دراسة تطبيقية وعملية"، معهد الدراسات المصرفية، ط01، 1981، عمان، ص 239.

4– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية – التبعية وغير التبعية–(الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، المرجع السابق، ص195.

5- Un contrat innomé et sui génèris.

في ظل التشريع الجزائري، إذا سلمنا بأن خطاب الضمان ليس إلا صورة من صور الكفالة البنكية، وبتوحيد النظام القانوني لهما، إستنادا للبس الوارد في النصوص القانونية فإن المشرع الجزائري، وبتطبيق المادة: 644 من ق م ج: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص..." يكون قد فصل بشأن الخلاف حول الطبيعة القانونية من حيث كونه عقدا أو إلتزاما بالإرادة المنفردة.

- **سبب التزام البنك في خطاب الضمان:**

إن القول بأن تعهد البنك في خطاب الضمان يجد سببه في عقد الأساس من شأنه أن يُضْعِفَ من قوته ويمس باستقلاله، لذلك كان من الضروري قطع صلة السببية بين تعهد البنك ومجموعة العقود والروابط المحيطة به، وليس هناك ما يمنع أن يكون التعهد سببه مصدر آخر، فهذا الإستقلال هو الذي يحقق الهدف الإقتصادي من خطابات الضمان. فحسب الفقه الفرنسي، يظل التزام البنك في الخطاب مسببا بالرغم من خاصية التجريد التي تؤكد استقلاله[1]. ويتعين البحث عن هذا السبب لا في مجموعة العقود المتعلقة به ولكن في التعهد نفسه[2] مثلما هو في الإعتماد المستندي.

1- نقض تجاري فرنسي بتاريخ:30-10-2012 قضية رقم:11-23519، مع التعليق عليه من طرف:

Jean Louis Guillot et Pierre-Yves Bérard: " aval et cautionnement: quelle articulation des droits ? ", Revue Banque, N° 757, Dalloz, Paris, Fév 2013, pp 84-85.

2- نقض تجاري مصري بتاريخ: 05-08-2002، طعن رقم:10613 ، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 65، لسنة: 2002، أقر أن البنك إذا أصدر خطاب ضمان لكفالة عميله فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده.

فيكون سبب تعهد البنك في ضمان رد الدفعة المقدمة، هو دفعها من طرف المستفيد مثلا، وتكون العبرة بوجود السبب وقت إبرام التعهد ولا يهم اختفاؤه بعد ذلك[1]. وتبعا لذلك يجد الضمان المقابل سببه في الضمان الأول[2]. ولا يعد ذلك مخالفة لنص المادة: 98 من ق.م. ج:" كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك" ولا نص المادة: 97 من ق. م. ج: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا".

هذا القول الذي اتجه إليه الفقه الفرنسي بتجريد خطاب الضمان من سببه في علاقة الأساس، من شأنه أن يؤثر على تكييفه "كعقد" وينفي عنه ذلك مما يتعين البحث عن تكييف قانوني جديد لهذا النظام، هذا الطرح أيده د.علي جمال الدين عوض في كتاباته ثم عدل عنه في مؤلفه الخاص بخطابات الضمان المصرفية بقوله: "هذا التعهد، خطاب الضمان المستقل، ينشأ عملا لثمرة عقود ثلاثة : عقد الأساس وهو يتم بين مشتر أو رب عمل وبين بائع أو مقاول، والعقد الثاني يكون بين هذا المقاول أو البائع ويسمى الآمر وبين البنك، أما العلاقة الثالثة فتقوم بين البنك وبين المشتري أو رب العمل وتسمى علاقة الضمان أو علاقة خطاب الضمان"[3].

فمن جهة اعترف له بوجود السبب في عقد الأساس، ومن جهة ثانية لم يعترف له بوصف العقد فقال:علاقة الضمان أو علاقة خطاب الضمان ولم

1- J/Rives - Langes, op.cit, p 727.

2- J/Mattout, op.cit, p155.

3- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 129.

يقل عقد الضمان أو عقد خطاب الضمان رغم أنه قال سابقا: " ينشأ ثمرة عقود ثلاثة " وعندما عددها قال: " عقد الأساس ... والعقد الثاني ... أما العلاقة الثالثة..."، ويقصد بهذه الأخيرة خطاب الضمان.

" إن تفضيل الأطراف للضمان المستقل على الكفالة إنما لغاية عزل الضمان عن سببه، هذا التحليل يتوافق مع المفهوم الكلاسيكي لسبب الإلتزام. يتعلق الأمر بالهدف الفوري والموضوعي والمطابق لكل تعهد من نفس الطبيعة، مما يستحق كليا إدراجه في نظامنا القانوني السببي" [1].

ولما كان من الصعب تكييف خطاب الضمان من حيث كونه عقدا أو لا، بشهادة عمداء الفقه في فرنسا ومصر، يرى الباحث أنه نظام قانوني خاص فرض نفسه على المنظومة البنكية المحلية والدولية ليؤدي دورا جديدا بالضمان وجب الإعتراف به سواء استمد سببه من عقد الأساس أو من علاقة أخرى محيطة به، وسواء عدّ عقدا ملزما من جانب واحد أو صدر بإرادة البنك المنفردة. ولا بأس بإدخاله في إحدى التنظيمات المعروفة في القانون المدني أو التجاري، والمهم في العملية أن تتجه إرادة الأطراف إليه، فهم الذين يحددون – وبالإتفاق– مضمون الخطاب وحدوده وآثاره. ولم لا، خلق تشريع بنكي وتضمينه خطاب الضمان يكون قابلا للتكييف والتعديل في كل مرة يُحْتَاجُ فيها إلى ذلك.

1- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garanties du Crédit, op.cit, p281.

الفرع الخامس: موقف التشريع والقضاء الجزائري من خطاب الضمان

لا يحتوي التنظيم القانوني الجزائري على أية إشارة خاصة ومحددة للضمانات البنكية المستقلة ومن ضمنها خطاب الضمان، شأنه في ذلك شأن أغلب العمليات البنكية الأخرى، ولعل السبب يعود إلى الطابع المتميز والمرن الذي يميزها بصفة عامة.

فالتنظيم البنكي الجزائري يعرف التعامل بتقنية الضمان المستقل، غير أن مختلف الوثائق والمستندات المتداولة بهذا الشأن لازالت تستعمل ألفاظا تقيد تبعية إلتزام البنك للعلاقة الأصلية، كاستعمال تسمية كفيل وكفالة تضامنية، مما قد يوهم لأول وهلة بأننا بصدد كفالات بنكية في مفهومها التبعي، غير أن محتوى ومضمون هذه الكفالات يشير إلى الطابع المستقل لالتزام البنك، وهو ما يؤكد بأننا بصدد ضمان مستقل بالرغم من الألفاظ المستعملة.

سبق القول أن المشرع الجزائري أشار بطريقة غير مباشرة لخطاب الضمان ضمن مقتضيات المادة: 68 الفقرة الأولى من الأمر رقم: 11-03 المتعلق بالنقد والقرض: "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 الإحتياطي أو الكفالة أو الضمان". وقلنا أنه لعله قصد بمصطلح الضمان في هذه المادة خطاب الضمان، فيكون بذلك قد تناوله بالتنظيم كباقي العمليات البنكية المشار إليها في المادة. ومن ثمة تطبق عليه الأعراف والعادات الدولية، لاسيما النشرة: 325 المتعلقة بالقواعد الموحدة

للضمانات التعاقدية المعطاة من طرف البنوك وشركات التأمين[1]. وبالتالي قد أحال ضمنيا إلى تطبيق أحكام هذه القواعد الموحدة.

وقد أشرنا في الباب الأول إلى إحتمالية تعرض المشرع الجزائري إلى هذا النظام في قانون الصفقات العمومية عندما استعمل مصطلح " كفالة ضمان"، وذلك في نص المادة: 85 و86 الفقرة الثانية منه.

في حين تبقى نية المشرع غامضة بشأن الصفة التبعية أو المستقلة للضمان في هذا النوع من العقود، لم نجد في المؤلفات القليلة التي تناولت بالدراسة عمليات البنوك في الجزائر أدنى إشارة إلى موضوع خطابات الضمان، فهناك شبه تجاهل لهذه العملية مرده أن العمل البنكي في الجزائر وإن كان يعرف ويمارس هذا النوع من الضمان، فإنه يستخدمه تحت اصطلاح كفالة بنكية لتمييزه عن الكفالة المدنية.

من جهة أخرى إن الطبيعة المستقلة للضمان تجد مجالا للتطبيق في العمليات الخارجية، بينما تطبق الكفالة العادية على العمليات الداخلية.

1- حيث تنص المادة الأولى من هذه النشرة:" تنطبق هذه القواعد على كل ضمان أو خطاب أو تعويض أو تأمين أو أي تعهد مشابه، مهما كانت التسمية أو الوصف الذي يطلق عليه يرضى فيه أنه خاضع للقواعد الموحدة لضمانات العطاءات أو الضمانات النهائية أو ضمانات الدفعات المقدمة (الضمانات التعاقدية) الخاصة بغرفة التجارة الدولية (النشرة رقم: 325) وتكون هذه القواعد ملزمة لكل الأطراف فيما لم يرد خلاف ذلك بشكل صريح في الضمان أو في تعديل يلحق به ..."، دليل اليونسترال التشريعي، المرجع السابق، ص 3.

كما أن المشرع الجزائري في النصوص التي يشترط فيها تقديم كفالة بنكية سواء في مجال الصفقات العمومية أو الجمارك ... باستعماله لمصطلح كفالة، لم يتنبه إلى عدم وجوب استبعاد خاصية التبعية المميزة لها من نطاق الضمان وبالتالي فإنه ينفي عنه– وبدون قصد– طابع الإستقلال أهم مميز فيه، وهو أمر لابد من تداركه.

هذا الفراغ القانوني الذي يقابله صمت قضائي تُؤَاخَذُ عليه المنظومة القانونية والقضائية، لاسيما وأن استخدام الضمان المستقل لم يعد محصورا على عمليات التجارة الدولية بل أصبحت الهيئات والمؤسسات العمومية تتطلبه في العقود التي تبرم داخليا.

ومن هنا ندعو المشرع إلى تدارك هذا النقص واللبس، كما يحث بدوره القضاء على الإجتهاد من أجل التأثير بفاعلية على خلق قواعد قانونية جديدة تتماشى مع التطور والتغير الحاصلين في الميدان البنكي عموما.

المطلب الثاني: خصائص خطاب الضمان المصرفي

تبيّن من خلال دراسة الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، أنه ليس كفالة وفقا لقواعد القانون المدني التي تجعل الكفالة عقدا تابعا لعقد أصلي اتجهت نية الكفيل إلى ضمان تنفيذه. إذ أن تبعية التزام الكفيل الذي أنشأه العقد الأصلي لا يمكن تصورها في الإلتزام الذي نشأ بسبب خطاب الضمان بسبب اختلافه عن الإلتزام في العقد الأصلي. فالإلتزام في الخطاب هو تعهد بدفع مبلغ من المال عند أول مطالبة، بينما التزام المدين في الكفالة هو القيام بعمل معين.

لهذه الأسباب، قرر الفقه أن عقد الكفالة تابع بطبيعته، ولا يجوز أن يكون له محل يختلف عن محل الإلتزام الأصلي. فيقول الدكتور علي جمال الدين عوض:" أن تنظيم الكفالة كله يدور حول هذا الإعتبار الجوهري، كون التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين، يدور معه في وجوده وصحته وفي مقداره الأقصى وفي استحقاقه وفي بقائه وانقضائه"[1]. أما إلتزام البنك في خطاب الضمان، فتوضح خصائصه أنه التزام أصلي ومباشر ومستقل عن التزام المدين.

هذه الخصائص وغيرها حققت لخطاب الضمان مميزات كانت في حد ذاتها الغاية من استحداثه في العمل المصرفي.

1- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، المرجع السابق، ص 561.

الفرع الأول: استقلال التزام البنك في خطاب الضمان

يقصد باستقلال التزام البنك في خطاب الضمان إنفصاله عن الإلتزام الناشئ عن الخطاب وعن كل علاقة أخرى، مما يعني أن البنك وبمجرد إصداره للخطاب وعلم المستفيد به، يكون قد تعهد تعهدا مجردا وغير قابل للرجوع فيه بأن يدفع مبلغا معينا للمستفيد لدى أول طلب منه، بغض النظر عن أي اعتراض من العميل، ذلك لأن التزام البنك في مواجهة المستفيد هو التزام أصيل[1] وليس التزاما تبعيا، يكون مستقلا عن الروابط الناشئة عن عقد الأساس، وبالتالي لا يجوز للبنك الإمتناع عن الوفاء استنادا إلى أسباب مستمدة من العلاقة بين العميل والمستفيد في عقد الأساس، أو من تلك الناشئة عن عقد فتح الإعتماد بالضمان بين البنك والعميل[2]. وبناء عليه يكون المستفيد في مركز صاحب الوديعة النقدية بيد البنك يستطيع سحبها في أي وقت.

إن مبدأ استقلال الإلتزام في خطاب الضمان بهذا المفهوم، أوجدته تطبيقات التجارة الدولية واستقر عليه التعامل المصرفي حتى ولد عرفا مصرفيا بررته الرغبة في حماية الثقة في الإئتمان. من نتائج استقلال الإلتزام في خطاب الضمان الوفاء الفوري ورغم أي معارضة يبديها العميل تؤكدها عبارة

1- وذلك ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها صدر بتاريخ: 14-05-1964 بقولها: " أن البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلا قبل المستفيد لا بوصف كونه نائبا عن عميله"، يراجع نص الحكم منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية:
www.cc.gov.eg, visité le: 15-12-2017.

2- هاني دويدار، المرجع السابق، ص294. أيضا: عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص 379.

البنك الضامن في الخطاب، وبالتالي إذا قام البنك بالإمتناع أو مجرد المماطلة أمكن إثارة مسؤوليته، لأن حبس قيمة الخطاب لا تستند إلى أي أساس قانوني[1].

ففي حكم لمحكمة النقض المصرية أقرت بأنه:" إذا أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده وعباراته هي التي تحدد التزام البنك، والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طولب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فورا.

وحيث أنه لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يُعْتَدُّ بغير تلك المستندات، وفي ذات الوقت ليس له أن يستقل – دون موافقة عميله – بمد أجل خطاب الضمان عن الأجل الموقوت فيه والمتفق في تحديده مقدما، ويسقط التزام البنك إذا لم تصل مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية ذلك الأجل"[2].

تجسيدا لمبدأ استقلال التزام البنك في الخطاب، يصبح خطاب الضمان بطبيعته تعهدا نهائيا غير قابل للرجوع فيه، منفصلا عن العقود التي يستند إليها بشكل لا يجوز للبنك فيه التمسك بالعلاقة الناشئة عن هذه العقود، كما لا يجوز للمستفيد التمسك بالعلاقات التعاقدية بين البنوك أو بين العميل

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 140.

2- حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ: 22-12-1980، طعن رقم: 1342، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 49، لسنة: 1980، بين البنك الأهلي التجاري والمؤسسة المصرية العامة لاستزراع وتنمية الأراضي، ضد بنك مصر.

والبنك[1]، إلا إذا وُجِدَ نص صريح في الخطاب يُجِيزُ ذلك.

تنص المادة:5 من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، الكتيب رقم:1992/458 على ما يلي: " إن كل الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للرجوع فيها، ما لم ينص فيها على غير ذلك ".

البند الأول: نتائج استقلال التزام البنك في خطاب الضمان

تعد خاصية الإستقلال الفارق الجوهري بين خطاب الضمان والكفالة البنكية، ويترتب عليها ثلاث نتائج رئيسية هي:

أولا: أن الإلتزام في خطاب الضمان يصبح مجردا[2] عن أي علاقة سابقة، سواء علاقة البنك بعميله أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد. ويترتب على ذلك أن البنك لا يجوز له التمسك في مواجهة المستفيد بأي دفوع مستمدة من علاقته بعميله[3]، كالإحتجاج بأن العميل لم يقدم غطاء لخطاب الضمان، أو بعلاقة المستفيد مع العميل ولا بعيوب عقد الأساس، كالإحتجاج بفسخ العقد بينهما.

1- يراجع ملخص قرار محكمة النقض الفرنسية -الغرفة التجارية- بتاريخ:10-06-1984، قضية رقم: 84-17-769، بين "الشركة الوطنية الإيرانية للبترول" و"بنك تجارات" من جهة و "Pipe Line Service" وبنك "Pari- Bas" من جهة أخرى، حيث رفضت الطعن المقدم أمامها بسبب أن استقلال الضمان يمنع من الإحتجاج بالدفوع الوارد في عقد الأساس، يراجع الملحق رقم: 3 ص ص285-286 من هذه الأطروحة.

2- J-P/Mattout, op.cit, p154.

3- نقض تجاري مصري بتاريخ: 22-11-2010 طعن رقم: 4167 ، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 68، لسنة: 2010.

ثانيا: أن يكون التزام البنك مباشرا[1]، أي أن البنك يلتزم بالوفاء بمبلغ الخطاب متى طلبه المستفيد وليس عليه إعذار عميله أو طلب موافقته.

ثالثا: أن التزام البنك في الخطاب بات ونهائي[2]، ومعناه أن البنك لا يمكنه الرجوع عن تعهده أو رفض الوفاء عند المطالبة. ويترتب على ذلك أن هذا الإلتزام يعتبر تلقائيا في مواجهة المستفيد على نحو يمكنه من الحصول عليه بمجرد الطلب، فلا يمكن للبنك الرجوع في الخطاب أو تعديله أو الامتناع عن الوفاء لأي سبب حتى ولو اعترض العميل، لأنه قد أصبح ملتزما به منذ وصول الخطاب إلى علم المستفيد وعدم رفضه له[3].

البند الثاني: آثار استقلال التزام البنك في خطاب الضمان

يُحْدِثُ استقلال الإلتزام في الخطاب أثرين، أولهما: أنه ينشئ دينا جديدا على الضامن، والثاني: أن هذا الدين الجديد مستقل عن الدين المضمون.

الأثر الأول: ينشئ الخطاب دينا جديدا يتعهد بموجبه البنك بصفته أصيلا بدفع مبلغ نقدي معين إلى المستفيد، بصرف النظر عن محل الدين المضمون[4](في علاقة الأساس) فقد يكون أكبر أو أقل منه خلافا للكفالة التي لا تجوز بشروط أشد على الكفيل.

1- علي البارودي، القانون التجاري، المرجع السابق، ص 398.

2- حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ: 23-10-2001، الطعنان رقم: 4181 -4183 مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 62 لسنة: 2001، حيث جاء فيه:" خطاب الضمان إلتزام البنك بموجبه إلتزاما أصيلا ونهائيا قبل المستفيد بمجرد إصداره ووصوله إلى علم المستفيد".

3- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 340.

4- خالد لوزي، المرجع السابق، ص 168.

الأثر الثاني: هو استقلال الدين الجديد عن الدين المضمون رغم كونه سببا في نشوئه، فهو منفصل عنه في صحته ومدته واستحقاقه وتنفيذه. وإن مجرد الإشارة إلى عقد الأساس في وثيقة الخطاب لا تمس هذا الاستقلال ولا تفسده، وهذا الإنفصال هو الهدف المقصود منه.

البند الثالث: مظاهر استقلال التزام البنك في خطاب الضمان

إن استقلال الضمان معناه أن يتعهد الضامن – بصفة شخصية – بالتزام جديد، فهو لا يتعهد كالكفيل بأن يدفع دين المدين الأصلي بل يتعهد بأن يدفع مبلغا نقديا – مقابل دين عقد الأساس– ولكن يحدد بحرية بين الطرفين، وبلا تناسب لازم بين هذا الدين المضمون من حيث محله أو نطاقه "[1]. وإن لهذا الإستقلال مظاهر من أهمها:

- استقلال التزام البنك بالرغم من تضامنه مع المدين الأصلي.
- استقلال التزام البنك في الضمان المعلق على شرط .
- استقلال التزام البنك في وجود شرط التحكيم .

أولا: استقلال التزام البنك بالرغم من تضامنه مع المدين الأصلي

إن البنك في التزامه تجاه المستفيد في خطاب الضمان إنما يكون مسؤولا لوحده عن الوفاء له، بمنأى عن باقي العلاقات القانونية المحيطة بهذه العملية، لكن المشكلة تثور عندما يتعهد البنك بالوفاء للمستفيد بمبلغ الخطاب بالتضامن مع المدين الأصلي (العميل الآمر)، فهل معنى أن الترابط بين العمليتين يُعَدُّ استبعادا لصفة الإستقلال عن خطاب الضمان ويحول التزام

1– علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 88.

البنك إلى شبه كفالة تضامنية؟

بعبارة أخرى إذا قام البنك الضامن بإصدار خطاب الضمان للمستفيد، في نفس الوقت الذي يكون فيه متضامنا مع المدين الأصلي في الوفاء بالدين للمستفيد، هل يحق له الإمتناع عن دفع قيمة الخطاب استنادا للدفوع والأسباب المتعلقة بالتضامن الذي بينه وبين المدين الأصلي (العميل الآمر)؟

إن وجود التضامن بين البنك المصدر والعميل الآمر لا يؤثر في خطاب الضمان، وبالتالي استقلال التزام البنك فيه، إذ أن العلاقة بينهما منفصلة لا يجب أن تؤثر على هذا المبدأ الجوهري للعملية. وذلك بسبب اختلاف الإلتزامين من حيث مصدرهما ومحلهما، وبالتالي لا يجوز للبنك أن يتمسك بأي دفوع مستمدة من علاقة التضامن وإنما عليه الوفاء للمستفيد إذا تمت المطالبة بالكيفيات والآجال المحددة بالخطاب.

هذا الرأي أخذت به محكمة النقض الفرنسية[1]، حينما قررت أن التضامن في ذاته الذي يقوم على وحدة الدين وتعدد الروابط لا يمس باستقلال الدينين، إذ أن التضامن لا يربط بينهما، فإذا وُجِدَ الإستقلال فإن تعهد البنك يعد ضمانا مستقلا ومنفصلا. فالبنك في خطاب الضمان لا يتعاقد باعتباره وكيلا عن عميله، بل أصيلا عن نفسه لأنه لا يتعهد بأداء دين العميل، ولكن يلتزم بالوفاء بدين جديد ناشئ عن إرادته، وهو ما يؤكده اختلاف محل الإلتزامين، فيلتزم في الأول بالوفاء لدى أول طلب، وفي الثاني بتنفيذ عقد الأساس.

1- نقض فرنسي بتاريخ: 08-12-1987، يراجع الموقعين الإلكترونيين:
www.MCJ.fr et www.journal-officiel.gouv.fr, visité le: 15-01-2016.

وبالنتيجة لذلك، إذا كان للبنك دين ثابت في ذمة المستفيد من خطاب الضمان فإنه لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الدين وحق المستفيد في الخطاب، حتى ولو توفرت شروط المقاصة بين الدينين. ويرى فقهاء القانون أن خطاب الضمان وإن جسد حقا للمستفيد إلا أن هذا الحق لا يدخل في ذمته المالية إلا بعد حدوث المطالبة للبنك خلال المدة المعينة للخطاب[1]، فقبل طلبها تكون هذه المبالغ مملوكة للبنك الذي يُعَدُّ ملتزما بدفعها عند طلبها، وبالتالي لا يمكن تصور المقاصة بين مبلغ مملوك مقابل حق له.

أما إذا طالب المستفيد بقيمة الخطاب، وقام البنك بالوفاء له، بحيث صارت هذه المبالغ في ذمة المستفيد إما في حساب المستفيد لدى البنك أو في حساب منفصل له باسم العميل، يستطيع البنك في هذه الحالة أن يدفع بالمقاصة بين الدينيين إذا توافرت شروطها لأنه قد وَفَّى التزامه الوارد في خطاب الضمان.

من مظاهر استقلال التزام البنك في خطاب الضمان أيضا، كون المستفيد قد أبرأ العميل من الإلتزام الأصلي الذي صدر الضمان لأجله وبسببه إلتزم البنك تجاه المستفيد. فهل يُسْمَحُ للبنك مصدر الخطاب التمسك بهذا الإبراء والإمتناع عن الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد؟

ينكر الفقه أيضا في هذه الحالة على البنك جواز الإمتناع عن الوفاء بسبب مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، ويكون عليه الوفاء للمستفيد ثم يرجع العميل على المستفيد فيما قبضه دون وجه حق بناء

1- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ص383-384.

على العلاقة بينهما[1].

ثانيا: استقلال التزام البنك في الضمان المعلق على شرط

يقصد بالضمان المشروط أن يتوقف الوفاء به على إرادة البنك أو إرادة العميل، والأصل في خطاب الضمان أن التزام البنك فيه غير مشروط من أجل أن تتحقق غايته، إلا أن القانون لا يمنع أن يُعَلَّقَ الخطاب على شرط مادامت اتجهت إرادة طرفيه إلى ذلك بنص صريح في وثيقة الخطاب[2].

يرى الفقه في هذا الصدد، أن الشروط الواردة في خطاب الضمان يجب التعامل معها بحذر لكي لا تحوله إلى مجرد كفالة، بحيث تمس استقلاليته. وبالتالي إذا وُجِدَ مثل هذا الشرط الذي يعلق تنفيذ خطاب الضمان، فيجب أن يقترن بإرادة المستفيد وليس إرادة البنك أو العميل. حيث يقول د.جمال الدين عوض في هذا الشأن: " أن خطاب الضمان يمكن أن يكون مقترنا بشرط أو أجل على أن يكون هذا الشرط أو الأجل مرتبطا بواقعة ترجع إلى المستفيد لا إلى الآمر أو إلى البنك. وأن يكون هذا الشرط أو الأجل أو المستندات مذكورة في الخطاب نفسه، وبشرط ألا يرجع تنفيذه إلى واقعة خارجة عنه تماما،

1- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ص385-388.

2- نقض تجاري مصري بتاريخ: 14-04-2005، طعن رقم: 352 و508 و512، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 73 ، لسنة: 2005، جاء فيه:" إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن خطاب الضمان رقم... لسنة ...أساس الدعوى، والذي ألغي بموجبه خطاب الضمان السابق رقم... لسنة... هو خطاب غير مشروط، تنحصر الإلتزامات الناشئة عنه بين طرفيه وهما المطعون ضده الثالث والمطعون ضده الثاني، بما لا تكون معه ثمة صفة للشركة الطاعنة في طلب وقف تسييله وصرفه، فإنه يكون قد صادف صحيح القانون ويكون النعي عليه في هذا الصدد قد جاء على غير أساس".

كتنفيذ أو عدم تنفيذ عقد الأساس أو عقد الإعتماد القائم بين البنك والآمر، أو أي عقد أو رابطة قانونية أخرى، وهذا ما نسميه بشرط الكفاية الذاتية"[1].

بينما يرى جانب من الفقه، أن الشرط المرتبط بمستندات أو أوراق يقدمها المستفيد إلى البنك عند طلب الوفاء بقيمة الخطاب، لا ينفي مبدأ استقلال التزام البنك، مادام أن للبنك سلطة التحقق من صحة المستند، أما إذا كان على المستفيد تقديم حكم قضائي أو قرار تحكيمي عند المطالبة، فيتحول تعهد البنك هنا إلى مجرد كفالة مصرفية تابعة للإلتزام المضمون لأن التزام البنك سيكون مرتبطا بالإلتزام الأصلي بين العميل والمستفيد فلا يكون مستقلا عنه.

يؤيد الباحث كلا الرأيين، ويرى أن المعيار المستند إليه هو تحليل الشرط ذاته فإذا جعل من التزام البنك إلتزاما تابعا لالتزام العميل، كنا بصدد المساس بمبدأ استقلال خطاب الضمان وبالتالي وجب استبعاده، أما إذا لم يؤثر الشرط في هذه الإستقلالية ولم يُحِل إلى الإلتزام الأصلي، جاز الإبقاء عليه. فكلما أثر الشرط على طبيعة الخطاب باعتباره التزاما باتا وقطعيا، خرج الضمان عن نطاق التعهد المستقل وعُدَّ كفالة مصرفية، أما إذا لم يمس بهذه الطبيعة المستقلة للضمان، اعْتُبِرَ خطاب ضمان.

في حالة وجود هذا النوع من الشروط في خطاب الضمان، يقع على البنك واجب التحقق من هذه الشروط وأن يبذل العناية اللازمة في ذلك. وفي

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 98.

حالة إهماله لهذا الواجب وقام بالوفاء للمستفيد يصبح مسؤولا أمام العميل عن الأضرار التي تلحق به من جراء هذا الوفاء ويلزمه تعويضه.

وهو ما أكدته القواعد الموحدة لخطابات الضمان في مادتها: 9 بنصها على أن: " كل المستندات المحددة التي يجب أن تقدم في نطاق الضمان بما فيها طلب الدفع ذاته، سوف يتم فحصها بواسطة الضامن بالعناية المعقولة للتأكد مما إذا كانت تطابق أو لا تطابقا في ظاهرها نصوص الضمان، وحين لا تبدو هذه المستندات أنها تتفق مع النصوص أو كان يبدوا ظاهرها في عدم الإتساق بينها وبين المستندات الأخرى فإنها ترفض".

وتضيف المادة: 15 أن" الضامنون ومصدرو التعليمات سوف لا يتم إعفاؤهم من الإلتزامات والمسؤوليات طبقا للمواد: 11-12-14 المذكورة أعلاه، إذا لم يتصرفوا بحسن نية وبالعناية المعقولة".

ثالثا: استقلال التزام البنك في وجود شرط التحكيم

التحكيم هو الإتفاق الذي يتم بين الأطراف في العقود على إحالة النزاع الذي ينشب بينهم إلى هيئة تحكيمية، بدلا من اللجوء إلى القضاء. يتم النص على هذا التحكيم في العقد الأصلي الذي يحكم العلاقة بين الأطراف فيسمى " شرط التحكيم" أو يتم إعداده في اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي ويسمى" مشارطة التحكيم"[1].

" فإذا اتفق طرفي خطاب الضمان على الإلتجاء للتحكيم لتسوية الخلافات بشأنه، يجب أن يكون ذلك إما بنص صريح فيه أو بالإحالة إلى وثيقة

1- رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، ط 2003، القاهرة، ص 3.

تتضمنه تقطع بأنه جزء من شروط هذا الخطاب"[1].

إذا تضمن عقد الأساس شرط التحكيم، وحدث النزاع فعلا حول تنفيذ بنود العقد وطالب المستفيد البنك بالوفاء بقيمة الخطاب، كثيرا ما يعمد العميل لتعطيل صرف قيمته بالإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد الأساس، فهل يجوز اعتبار شرط التحكيم أحد الإستثناءات الواردة على مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان؟ أو سوف يكون على البنك الإختيار بين احترام توقيعه الوارد في خطاب الضمان وبين الحفاظ على علاقته الطيبة بعميله؟

إن الطابع الفوري للوفاء بخطاب الضمان من حيث كونه" لمجرد الطلب"، ينفي عنه إمكانية الإحتجاج بأي دفوع مستمدة من علاقة الأساس ومنها شرط التحكيم، والقول بغير ذلك يكون غير منطقي لأنه سيمس طبيعة الضمان من جهة، ومن جهة أخرى سوف يخرق قاعدة نسبية العقد، لأنه يمنع على الأطراف الإحتجاج بشرط تحكيم لم يكن طرفا فيه، فالعلاقة بين البنك الضامن والمستفيد بموجب خطاب الضمان لم يرد فيها الإحتكام لشرط التحكيم، كما أن العلاقة الأساس بين العميل الآمر والمستفيد لم يكن البنك

1- نقض تجاري مصري بتاريخ: 13-01-2004، طعن رقم: 495، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 72 لسنة: 2004، جاء فيه:" فإذا كان خطاب الضمان – موضوع الدعوى – قد خلت بنودهما من شرط التحكيم أو الإحالة الواضحة إلى اعتبار شرط التحكيم الوارد بالعقد المؤرخ في: 11-04-1985 المحرر بين العميل الآمر والمستفيد جزءا من بنود هذين الخطابين، فإن النزاع بين الطاعن والمطعون ضدها بشأن صرف قيمتهما تتولى نظره المحاكم، ويكون ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه – المؤيد لحكم محكمة أول درجة – من رفض الدفع بعدم قبول الدعوى قد أصاب صحيح القانون، ولا يعيبه وصفه بأنه دفع بعدم الإختصاص، إذ لهذه المحكمة أن تصحح الوصف دون أن تنقضه".

الضامن طرفا فيها، وفي كلتا الحالتين يعد البنك من الغير لا علاقة له بشرط التحكيم. ويمتد هذا الحكم حتى في حالة البدء في إجراءات التحكيم، ويكون على العميل الذي صدر حكم التحكيم لصالحه الرجوع على المستفيد بدعوى استرداد ما أخذه بغير وجه حق.

وهو الأمر الذي يختلف تماما عنه في الكفالة المصرفية، التي يجوز فيها الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد الأساس بسبب تبعيتها له[1].

البند الرابع: التخفيف من مبدأ استقلال خطاب الضمان

إن مبدأ الإستقلال الذي يقوم عليه خطاب الضمان يتم التخفيف منه – حسب الفقه– في حالات أربع[2] وهي:

أولا: أن يقوم البنك بإخطار العميل فور طلب الوفاء بمبلغ الخطاب من المستفيد رغم كونه ملتزما بصفة شخصية.

ثانيا: أن البنك يسأل عن سوء تنفيذه لتعليمات عميله الآمر بشأن الخطاب.

ثالثا: يتراجع المبدأ في حالة الغش الصادر عن المستفيد.

رابعا: يتراجع المبدأ في الضمان المقابل حيث يترابط الضمانين، لأنه إذا لم تتم المطالبة بالضمان الأول فلن تتم المطالبة بالضمان الثاني.

كما أقر القضاء الفرنسي ببعض الحدود لمبدأ استقلال خطاب الضمان بهدف التخفيف من حدته، فقضى بأن الحكم ببطلان أو فسخ عقد الأساس أو التنفيذ الكلي له الذي تم إثباته من العميل بطريقة لا تقبل الشك، تجيز

1– رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 70.

2- J/Rives- Langes, op.cit, p 733.

تعطيل آلية هذا الضمان[1]، كما أن تخصيص الضمان لعقد معين لا يجوز توجيهه إلى عقد آخر ولو كان بين نفس الأطراف، عملا بقاعدة التخصيص.

أدانت محكمة النقض الفرنسية[2] محاولة العميل حجز حق المستفيد في ضمان تحت يد البنك، لأن هذه الوسيلة تمس الطبيعة المباشرة للضمان وعدم قابليته للإلغاء فيماعدا الديون التي لا تتعلق بالصفقة الرئيسية محل الضمان بين العميل والمستفيد. ينطبق هذا القول على الإجراءات التحفظية التي يلجأ بموجبها العميل إلى القضاء المستعجل لتوقيعها على المستفيد باعتباره دائنا له. وكذلك انطواء مطالبة المستفيد على غش أو تعسف ظاهر من جانبه يجعل هذه المطالبة غير قانونية أو غير مشروعة.

خفف القضاء في فرنسا من نتائج استقلال الضمان وأقر أن هذا الإستقلال يتراجع إذا ثبت غش المستفيد أو تعسفه الظاهر، وأدمج العلاقات القانونية فيما بينها بحيث يجيز النظر في كل منها خلافا للأصل– وهو استقلال العلاقات – الذي يمنع النظر فيها حماية للمستفيد.

تختلف أشكال هذا الغش، فقد يكون داخليا بتواطؤ من أحد أعوان البنك أو مسؤوليه مع المستفيد، أو خارجيا في إطار مخاطر الإعلام الآلي كتسهيل بنك المستفيد هذه المطالبة بغير وجه حق[3].

1– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية– التبعية وغير التبعية– (الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، المرجع السابق، ص 197.

2- USM: Union Syndicale des Magistrats, site: www.union-syndicale - magistrats.org, visité: le 05-04-2017.

3- Jean- Michel Errera et Christian Jiménez, Le pilotage Bancaire et Contrôle Interne, éd Eska, Paris, 1999, pp 54-55.

إن هذا الغش أو التعسف، يفترض وجود مطالبة صحيحة بالوفاء بخطاب صحيح وبالتالي يخرج عن حالات الغش والتعسف بعض الحالات منها:

- المطالبة بخطاب ضمان انتهت صلاحيته أو لم يبدأ بعد.
- المطالبة بخطاب باطل لمخالفته للنظام العام أو لعيب فيه.
- المطالبة المخالفة لشروط وأحكام الخطاب.

وذلك بسبب أن الرفض سيكون قائما على أسباب موضوعية، فلا يمكن القول بغش المستفيد أو تعسفه ما دام أنه لا يوجد له حق أصلا طبقا لأحكام الضمان.

أولا: الغش الظاهر المانع للوفاء في خطابات الضمان

يقع على البنك الضامن فحص أحكام الوفاء الواردة بالخطاب شكليا، فإذا تبين له غش من جانب المستفيد أو لفت العميل انتباهه إليه، وجب عليه الإمتناع عن الوفاء. وليس للغش في نطاق خطابات الضمان إطار محدد لخلو التشريعات من النصوص الصريحة التي تعرفه كسبب مانع من الوفاء، إلا أن الفقه تفطن إلى ضرورة التعريف به وتوضيح بعض شروطه.

أ- تعريف الغش في خطابات الضمان

في ظل غياب التعريف القانوني لمعنى للغش عند ارتباطه بخطابات الضمان، عرفه بعض الفقه بأنه:" الغياب الواضح لحق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمان".

وعرفه البعض الآخر بأنه:" استخدام المستفيد للضمان بقصد إضرار العميل المتعاقد معه، مع استخدام الضمان استخداما يؤدي إلى الإنحراف بآلية تلك

الضمانات المصرفية عن الغاية أو الهدف الذي وجدت من أجله، وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية، طبقا لمبدأ الغش يفسد كل شيء"[1].

كما اهتمت بعض المنظمات الإقليمية بموضوع غش المستفيد وتعسفه في المطالبة بمبلغ خطاب الضمان ومنها منظمة التنسيق الإفريقية لقانون الأعمال[2]، حيث وضعت هذه المنظمة مجموعة من القواعد القانونية في شكل إتفاقية بين الدول الأعضاء تعالج الكفالات البنكية والضمانات المستقلة، نصت في مادتها: 32 على ما يلي:" العميل الآمر لا يستطيع أن يدفع مطالبة البنك الضامن أو مصدر الضمان– في حالة الوفاء للمستفيد– إلا إذا كان الوفاء قد تم للأخير بناء على مستندات مزورة أو تعسف ظاهر"[3].

ونشير إلى أن القواعد الموحدة لخطابات الضمان لدى الطلب لم تتعرض لفكرة الغش كأساس يعتمد عليه البنك في الإمتناع عن الوفاء بقيمة الضمان لا بالشرح ولا بالتعريف، ولعل السبب هو صعوبة الوصول إلى تعريف جامع أو تعمد تركها للقوانين الوطنية.

حددت المادة: 19 من قواعد اليونسترال الدولية حالات الغش المانع للوفاء كمايلي:

1) الغش القائم على تزوير المستندات.

1– حمدي محمد مصطفى مقال بعنوان:" الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لإتفاقية اليونسترال 1995 – دراسة مقارنة–"، مجلة الشريعة والقانون كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد: 50، أبريل 2012، ص ص 21– 129.

2- OHADA, site: www.ohada.com, visité le: 23-09-2017.

3– يراجع الموقع الإلكتروني لمنظمة التنسيق الإفريقية لقانون الأعمال،

www.ohada.com, visité le: 23-09-2017.

2) بطلان عقد الأساس بموجب حكم محكمة أو تحكيم.

3) عدم أداء الإلتزام الأصلي لصدور تصرف معيب من المستفيد.

4) تنفيذ عقد الأساس – دون شك– كما طلب المستفيد.

5) عدم وقوع الحدث أو الخطر الإحتمالي الصادر من أجله خطاب الضمان.

6) الغش المباشر من البنك تجاه البنك المقابل.

يُطرح التساؤل حول المقصود بالغش في مجال خطابات الضمان، هل المقصود به الغش في تنفيذ عقد الأساس بين المستفيد والعميل؟ أو ذلك الذي دفعه إلى إصدار خطاب الضمان لفائدته؟ أو المقصود به الغش المتعلق بطلب المستفيد للوفاء بخطاب الضمان؟ أي الغش الصادر من المستفيد إلى البنك الضامن.

اختلف الفقه الذي تناول هذه المسألة على رأيين، فأما الأول فقصد بالغش كل غش في أي علاقة تمنع صرف الضمان بحجة أن الغش مهما كان نوعه ينبغي أن يكون مبررا كافيا لوقف الوفاء[1]، وبالتالي يكون الغش في عقد الأساس مبررا لوقف الوفاء دون أن يكون لهذا القول تأثير على مبدأ استقلال خطاب الضمان.

في حين يرى فريق آخر، بأنه يجب أن يكون الغش المبرر لمنع صرف الضمان هو ذلك الغش المتعلق بمعاملة خطاب الضمان وحدها[2]، تأكيدا لمبدأ استقلاله عن العلاقات الأخرى مما يقتضي تضييق مفهومه. مع ترجيح الرأي

1- Anabel Riano-Saad op.cit, p10.

2– رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 132.

الثاني، فالأصوب أن مبدأ استقلال الضمان هو جوهر الخطاب.

ب- شروط الغش المانع للوفاء في خطابات الضمان

يجب أن يكون الغش المتعلق بخطابات الضمان واضحا للعيان، ولا يكفي مجرد إخطار العميل للبنك الضامن بغش المستفيد، كما لا يجوز له اتخاذ أي إجراء للتحقق من غش المستفيد، وإنما يجب أن يكون دليل الغش واضحا وقاطعا. فلو تُرِكَ أمر إثباته للبنك أو العميل بوسائل الإثبات العادية أدى إلى فقد استقلاليته، لأن ذلك لا يمكن أن يتم إلا بالتطرق لعقد الأساس. ولا يكفي أن يكون راجحا لأن سوء النية لا يُفْتَرَضْ. وفي هذا السياق وحتى لا يفقد الضمان مصداقيته التي يوفرها الإقرار باستقلاله، يعلق القضاء إعمال الإستثناء الوارد على هذا الإستقلال على توفر شروط يصعب كثيرا تحققها، حيث يستلزم لإبداء الغش وجود أدلة بائنة للعيان ودامغة لأول وهلة يتضح منها دون أدنى شك ودون حاجة إلى إجراء تحقيق إضافي.

من شروط الغش المانع للوفاء في خطاب الضمان، أن يكون صادرا من المستفيد نفسه فإذا صدر من العميل أو الغير لا يحق للبنك الإمتناع عن الوفاء، وهو الأصوب. رغم أن بعض الفقه[1] يرى بأن الغش واقعة مادية متى ارتكبت وجب على البنك الإلتزام بالإمتناع عن الوفاء سواء صدر عن المستفيد أو العميل أو الغير.

لكن، إذا افترضنا أن الغش صدر من الغير وقام البنك بالوفاء، فمن يتحمل تبعة هذا الوفاء؟ وفي المقابل، ما هي مصلحة هذا الغير في هذا

1- عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص 387 .

الغش إذا لم تكن مقترنة بمصلحة المستفيد؟ وماذا عن التواطؤ بينهما؟

للإجابة عن هذه الفرضيات، قرر القضاء أن الأمر يتعلق بكون البنك الضامن شريكا مع المستفيد في الغش، بأن يكون عالما به حسب الظروف التي أحاطت به أو أن يقوم بوفاء خاطئ مخالف لأحكام خطاب الضمان، وفي الحالتين تتحقق فرضية تواطئه معه[1].

يضيف الفقه[2] حالة جهل البنك الضامن بالغش، إذا كان هذا الجهل بخطأ منه رغم كونه حسن النية فيعد مسؤولا عن خطئه هذا بسبب عدم حرصه. والعبرة بعلم البنك الضامن بالغش وقت الوفاء للمستفيد ووقت طلبه، أما بعد ذلك وقد تم الوفاء للمستفيد فلا يكون مسؤولا عنه.

هنا لابد من الوقوف على مسألة الغش المزدوج في الضمان المقابل، بأن يقوم المستفيد بطلب تنفيذ خطاب الضمان على أساس من الغش ويعلم البنك الضامن به ومع ذلك يقوم بالوفاء له، ثم يعود البنك الضامن على البنك الضامن المقابل بما وفاه للمستفيد فتمثل مطالبته غشا مزدوجا.

وإن البنك لا يتحمل تبعة الغش إذا لم يكن من السهل تداركه طالما أنه بذل عناية الرجل المعتاد في فحص الوثائق المقدمة له، والعكس غير صحيح

1- قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية في: 10-01-1989، قضية رقم: 86-18-325 بين بنك "القرض التجاري الفرنسي" و"شركةSMP "(Société Moderne de Pose) من جهة و" البنك الأهلي الكويتي" و"شركة سلطان بن عيسى وأبنائه" من جهة أخرى، يراجع ملخص الحكم في الملحق رقم: 4 ص ص 287- 288 من هذه الأطروحة.

2- محمد حسن الجبر، المرجع السابق، ص 326.

يكون مسؤولا عن الغش الذي كان من السهل عليه اكتشافه بإهماله وتقصيره في فحص الوثائق أو الطلب المقدم إليه، وبالتالي يفقد حقه في الرجوع على العميل شريطة أن يكون البنك الضامن على علم بواقعة الغش قبل قيامه بالوفاء، فإذا اكتشف الغش بعد الوفاء للمستفيد لا تقوم مسؤوليته.

ج- أداة التمسك بالغش المانع للوفاء في خطابات الضمان

يعتبر اللجوء إلى القضاء الإستعجالي الأداة الوحيدة التي تمكن العميل الآمر من التمسك بالغش المانع للوفاء، وذلك إما بالحصول على حكم لمنع البنك من الوفاء للمستفيد بمبلغ الضمان أو طلب الحجز التحفظي بهدف تعطيل الوفاء، كتجميد مبلغ الضمان بيد البنك. مع الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد أفرد شروطا خاصة لرفع الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية[1]، ومع التحفظ بشأن هذه الوسيلة التي تمس مبدأ استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس[2]. لكنه متى رفعت الدعوى لمنع الوفاء، هل يُلْزَمُ البنك الضامن بانتظار صدور الحكم فيها؟

الأحرى أن البنك حر في الإختيار بين الموافقة على عدم الوفاء للمستفيد تنفيذا لأوامر القضاء في عدم صدور الحكم، واحترام توقيعه وبالتالي الوفاء المستفيد من حساب البنك الخاص دون أن يخصمه من حساب عميله الآمر

1- بزاحي سلوى، مقال بعنوان:" رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، العدد: 01، المجلد 05، 2012 ، ص ص29-31.

2- وهو ماذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ: 20-01-1987 بقولها:" أن القاضي المستعجل لا يملك تقدير وصف الغش في طلب وفاء الضمان".

حفاظا على سمعته الدولية ومكانته في السوق.

ثانيا: التعسف المانع للوفاء في خطابات الضمان

مما لا شك فيه أن طلب الوفاء بقيمة الضمان إذا انطوى على غش أو تعسف من المستفيد كان على البنك الضامن رفضه، ويرى أكثر فقهاء القانون أن الوقوف على المقصود بالغش والتعسف والفصل بينهما ليس بالأمر السهل، وكذلك الأمر بالنسبة لإثباتهما. إذ أن ذلك لا يتأتى إلا بالرجوع إلى عقد الأساس وهو الأمر الذي يتنافى مع مبدأ الإستقلال في خطابات الضمان.

اعتاد بعض الفقه على استعمال لفظ الغش والتعسف وسوء النية وكأنها ألفاظ مترادفة للتعبير عن الغش، لكن ذلك لم يمنع البعض الآخر من التمييز بينها وإن كان الأثر واحد. فقال البعض بأن الغش يفترض حيلا صادرة من المستفيد للحصول على مبلغ لا حق له فيه، فيكون غرضه تجنب قاعدة قانونية أي هو الغش نحو القانون. بينما يُعَبَّرُ عن التعسف بفكرة تعدي حدود القانون، فهو لا يفترض قيام المستفيد بحيل تدليسية، بل يعتمد على عدم وجود الرقابة على طلب الضمان[1].

بينما رآى فريق آخر بأن الغش هو مطالبة المستفيد بضمان على غير الحقيقة، أما التعسف فهو طلب الضمان بسوء نية واضحة مع علم المستفيد وإدراكه لذلك[2].

1- Anabel Riano-Saad op.cit, p7.

2- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية،(الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، المرجع السابق، ص 198.

يتضح من خلال هذه الآراء، أن فكرتي الغش والتعسف تتجسد في انعدام الأساس القانوني للطلب وبالتالي يكون على البنك الضامن متى استنتج دلائل وعلامات ظاهرة على غش أو تعسف المستفيد، أن يمتنع عن الوفاء تطبيقا لمبدأ حسن النية في المعاملات التجارية. ويقصد بوجود علامات ظاهرة للتعسف أن يهتدي البنك إليها بدون الرجوع إلى عقد الأساس، ولعل أبرز حالات التعسف في طلب مبلغ خطاب الضمان المقدم من المستفيد ذلك الطلب الذي يتم تقديمه رغم قيام العميل بتنفيذ التزاماته تجاه المستفيد في عقد الأساس تنفيذا كاملا، بحيث تثبت المستندات حسن التنفيذ.

من ذلك أيضا، قيام المستفيد بفسخ عقد الأساس مع العميل ورغم ذلك تقديمه للطلب أمام البنك الضامن. كما يُعَدُّ طلبا تعسفيا أيضا الطلب المقدم من المستفيد الذي يقوم من تلقاء نفسه بتعديل شروط عقد الأساس بدون الإتفاق مع العميل ولا علمه، ثم يطالب البنك بالوفاء بالضمان تنفيذا لذلك.

يُطْرَحُ التساؤل، حول مدى إمكانية لجوء العميل للقضاء للحصول على حكم يمنع الوفاء بالضمان متى انطوى طلب المستفيد على التعسف.

استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على إمكانية ذلك متى أمكن العميل إثبات هذا التعسف، ورغم أن الإجراء يعد إجراءا تحفظيا مؤقتا لا يصادر حق المستفيد في الحصول على قيمة الضمان إلا أنه يتعارض مع مبدأ استقلال خطابات الضمان، لأن إثبات التعسف لا يتحقق إلا بالرجوع إلى عقد الأساس المبرم بين العميل والمستفيد.

فيقول د.علي جمال الدين عوض في ذلك أنه: " لا يستثنى من هذا الإستقلال وهذه النتيجة إلا حالة الغش والتعسف الظاهر التي تستبعد استقلال

العلاقات وتدمجها في بعض، بحيث تجيز النظر في كل منها والتمسك على المستفيد بغش صادر منه في طلب الوفاء، أي يمكن النظر في عقد الأساس لمعرفة ما إذا كان للمستفيد حق منه، ويتمسك عليه بالدفوع المستمدة منه، خلافا للأصل، وهو استقلال العلاقات، الذي يمنع النظر في أي علاقة خارجة عن الخطاب، حماية للمستفيد"[1].

يقود هذا الإشكال إلى طرح إشكال عكسي وهو تأثير حكم الإفلاس أو التسوية القضائية على عقد الكفالة الضامنة لتعهدات التاجر، حيث يرى الفقه الفرنسي أن الإجابة ليس وحيدة بل تختلف حسب نوع الإجراء المفتوح. وكذا الشخص طبيعيا أو معنويا[2].

وفيما استند الرأي الفقهي القائل بجواز إجراء الحراسة على قيمة خطاب الضمان إلى صعوبة استرداده من طرف العميل إذا تم الوفاء غير المستحق للمستفيد، فقد رد جانب من الفقه على أن صعوبة الإسترداد ليست سببا كافيا لوقف تنفيذ التزام البنك الفوري بالوفاء، فهو ملتزم بالدفع لدى أول طلب، ناهيك على أن وضع المبلغ تحت الحراسة سوف يؤدي إلى إطالة مدة الضمان، بل سيحوله من ضمان محدد المدة إلى ضمان غير محدد المدة[3].

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 156.

2-Stéphane Prigent:"cautionnement et procédures collectives", Revue Française de Comptabilité, N°453, éd Ordre des Experts Comptables, Paris, Avril 2012, p17.

3- نقض تجاري مصري بتاريخ: 31-12-1979، طعن رقم: 911، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 47 لسنة: 1979، بين البنك العربي وشركة سال، جاء فيه:"... أن الطاعن اختار مد أجل الضمان، بعد حصوله على موافقة الحارس العام ودون موافقة مورث المطعون ضدهم الذي كانت الحراسة على أمواله وممتلكاته في ذلك التاريخ قد رفعت بالقانون، ومن ثمة فإن المورث المذكور لا =

وتفاديا للصعوبات التي تواجه القضاء عموما في حل مثل هذه النزاعات المتعلقة بالغش في خطابات الضمان وغيرها، تلجأ بعض الدول إلى التحكيم في العمليات المصرفية عموما والخطابات خصوصا[1].

نخلص في الأخير، إلى أنه من الضروري التمسك بفكرة الغش الظاهر بدلا من مجرد التعسف الظاهر لتجميد الضمان، بما أن المفهوم يتنازعه اتجاهان:

الأول: مضيق يقتصر فيه مفهوم الغش على مجرد استعانة المستفيد بوسائل احتيالية، أي يقتصر الغش على معناه التقليدي دون حالة التعسف في الطلب لأن من شأن التوسع في مفهوم الغش – حسب أنصار هذا الرأي– تعطيل فائدة الضمان المستقل، كما أن الغش لا يُفْتَرَضْ بل يجب إقامة الدليل عليه.

أما **الثاني:** موسع، بحيث يشمل كل حالة ينعدم فيها الأساس القانوني لطلب المستفيد تسييل خطاب الضمان ينطوي على سوء نية تهدف إلى الإضرار بالعميل، وطبقا لهذا الإتجاه يُعَدُّ غشا مانعا من الوفاء مجرد التعسف في الطلب دون أن يكون مصحوبا بطرق احتيالية.

= يحاج بمد أجل خطاب الضمان لصدور الموافقة عليه ممن انحسرت عنه صفة تمثيل المورث (الحارس العام) أو النيابة عنه...".

1– موسى خليل ميتري وأديب مفضي ميالة، مقال بعنوان:" التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول– المثال السوري–"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، العدد الأول، المجلد 26، 2010، ص ص 7 – 9.

الفرع الثاني: محل الإلتزام في خطاب الضمان هو مبلغ من النقود

من أهم الخصائص التي تميز عقد الكفالة عن خطاب الضمان، أن الإلتزام في خطاب الضمان يكون دائما مبلغا نقديا[1] سواء كان الضامن بنكا أو شركة تأمين، وهو أمر طبيعي بما أن الخطاب يحل محل التأمين النقدي.

يكون هذا المبلغ النقدي إما معينا أو قابلا للتعيين[2]، هذه الخاصية تجعله مختلفا عن الكفالة البنكية التي يلتزم فيها الكفيل بتنفيذ الإلتزام – أيا كان موضوعه– إذا تخلف المدين الأصلي عن تنفيذه، على العكس من الخطاب حيث يتعهد الضامن بدفع مبلغ نقدي أيا كان موضوع الإلتزام المضمون[3]. وهي مهمة البنك[4] الرئيسية: تنفيذ الإلتزامات النقدية.

ذلك ما أشارت إليه المادة:2 فقرة أ من القواعد الموحدة لخطابات الضمان بقولها: " فيما يتعلق بتطبيق هذه القواعد، خطاب الضمان تحت الطلب، يعني أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أيا كان مسماه أو وصفه صادر من بنك أو شركة أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن)، يتعهد فيه كتابة بأن يدفع مبلغا محددا نقدا عند تقديم ما يتفق مع

1- J/ Rives- Langes, op.cit, p 725.

2– علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 158.

3– هذا الإلتزام بدفع مبلغ من النقود، يفرق الخطاب عن التعهدات الأمريكية performance bond التي تصدرها شركات التأمين والتي يكون موضوعها تنفيذ الإلتزام المضمون ذاته وليس دفع مبلغ نقدي.

4– يجيز القضاء في فرنسا صدور خطابات الضمان من أشخاص معنوية أخرى غير البنوك وشركات التأمين.

نصوص الضمان..." [1].

من حيث المدة، يتميز خطاب الضمان بالفورية كخاصية ملازمة له[2] فيجب على البنك الوفاء بدون مناقشة إلا إذا كان الخطاب مشروطا. ولا يعتبر التاريخ المحدد في الخطاب أجلا لاستحقاقه بل الحد الأقصى لسريانه، ومعناه أن البنك يلتزم بالوفاء خلال تلك المدة المحددة.

الفرع الثالث: خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية

من خصائص الأوراق التجارية: الكفاية الذاتية، ومعناها أن السند في حد ذاته بما يتضمنه من بيانات يكفي للحكم على أساسه بما يتضمنه، فلا يحتاج حامله لإثبات حقه فيه لغير ذلك السند.

إذا كان الهدف من هذه الخاصية في الأوراق التجارية هو تعزيز الثقة فيها وتشجيع التعامل بها، فإن الهدف نفسه يبرر وجودها في خطاب الضمان. فقد أراد المتعاملون به أن يكون في حد ذاته كافيا لإثبات الحق الثابت فيه دون الإستعانة بأوراق أو وقائع أخرى، حيث يتم تفسير الضمان بشكل ضيق ومقيد بعبارات الخطاب الصريحة[3].

هذه الخاصية يجب أن تكون ملازمة لخطاب الضمان من حيث مضمونه ومقداره واستحقاقه[4]، على نحو يمكنه من أداء وظيفته الإقتصادية المنوطة

1- دليل اليونسترال التشريعي للكفالات الضامنة وخطابات الاعتماد الضامنة، المرجع السابق، ص2.

2- منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، ط 2000 ، الإسكندرية، ص 228 . يراجع أيضا: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 343.

3- J-P/ Mattout, op.cit, p156.

4- J/Rives-Langes, op.cit, p728.

به وهي إحلاله محل النقود على غرار الأوراق التجارية. فلا يتوقف التزام البنك الضامن فيه على عنصر خارجي لا يتحقق إلا بوقوعه وهو ما يجعل المستفيد منه مطمئنا عند تسلمه.

يترتب على خاصية الكفاية الذاتية لخطاب الضمان[1] نتائج أهمها:

1- أنه لا يمكن البحث عن التزام البنك تجاه المستفيد وعن مداه إلا في الصيغة التي تضمنها الخطاب ذاته.

2- أنه لا يمكن البحث عن الأسباب التي تدفع البنك لعدم تنفيذ التزامه في مواجهة المستفيد إلا في نطاق العلاقة التي أنشأها خطاب الضمان.

3- أن إلتزام البنك في خطاب الضمان هو إلتزام أصيل ومستقل وليس تابعا.

4- أن الدفع ببطلان العقد الأساسي أو فسخه لا يؤثر على خطاب الضمان بل يبرر طلب الوفاء به، وهو ما أكدته المادة: 02 فقرة ب من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية والقضاء المصري[2].

1- نقض تجاري مصري بتاريخ: 27-01-2009، طعن رقم: 10309،10248 و10449، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 75 لسنة: 2009، جاء فيه أن:" الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء بقيمته على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا على حلول أجل غير وارد به، وهو ما يعرف بالكفاية الذاتية للخطاب، إلا أنه لا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد منه".

2- نقض تجاري مصري بتاريخ: 23-10-2001، الطعنان رقم: 4181 و4183 مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 62 لسنة: 2001، حيث جاء فيه:" استقلال التزام كل من العميل الآمر والبنك قبل المستفيد بحيث يخضع كل منهما للعلاقة التي نشأ عنها دينه لازمه أمران:

- أن يكون مد أجل خطاب الضمان مرهونا بإرادة المستفيد والبنك فقط،
- عدم قبول الدعاوى التي تحول دون الوفاء للمستفيد بمبلغ الضمان أو وقف صرفه".

الفرع الرابع: الطابع الشخصي لخطاب الضمان

يُعَدُّ الضمان في الخطاب المصرفي نوعا من التأمينات الشخصية، إذ بموجبه يتعهد شخص لضمان تنفيذ عقد غريب عنه (هو عقد الأساس) بحيث تتراجع الرابطة بين الضمان وعقد الأساس بمجرد صدوره بسبب استقلاله عنه، وهذا ما سماه الفقه بالطابع الشخصي لخطاب الضمان.

سبق القول أن فكرة الإعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود بصفة عامة والعقود المصرفية بصفة خاصة، إذ أن شخصية المتعاقد مع البنك تمثل عنصرا جوهريا في التعاقد[1] فتكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر عند إبرام العقد، فيتم التركيز على شخص المتعاقد أو صفة جوهرية فيه.

ترتبط هذه الفكرة بالباعث أو الدافع إلى التعاقد، فإذا كانت شخصية المتعاقد هي الباعث على التعاقد سمي العقد مبنيا على الإعتبار الشخصي[2]، وهو الحال بالنسبة لموضوع بحثنا خطاب الضمان.

يرى الدكتور عبد الحميد الشواربي أنه :"على خلاف ذلك أن خطاب الضمان لا يمثل حق من الحقوق ذات الطابع الشخصي، فالحق يكون كذلك إذا كان بسبب طبيعته متصلا اتصالا وثيقا بشخص الدائن، فلا يمكن في هذه الحالة أن ينزل عنه لشخص آخر، والأمثلة على ذلك كثيرة، منها الحق في النفقة والحق في التعويض عن الضرر الأدبي وبتطبيق هذه الخصائص على

1- عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، الجزء01، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص456.

2- شاكر إكباشي، مقال بعنوان:" فكرة الإعتبار الشخصي في العقود الإدارية"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد: 14، 2012، ص 7.

حق المستفيد من خطاب الضمان لا تكون شخصية المستفيد محل اعتبار لدى البنك مصدر الضمان، بمعنى أنه يستوي لدى البنك أن يدفع لأي جهة يحددها العميل الآمر، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لشخصية العميل طالب إصدار خطاب الضمان فهي دائما محل اعتبار لدى البنك"[1].

الهدف من الفكرة في مجال خطابات الضمان المصرفية، أن البنك يصدر الخطاب بناء على طلب عميل بالذات، ومن جهة أخرى أن العميل يأمر بإصداره لمستفيد بالذات، بحيث تكون في كلتا الحالتين شخصية العميل والمستفيد محل اعتبار. وبالتالي لا يجوز مطالبة البنك بالوفاء من شخص غير المستفيد ولو تمت إحالة العقد إليه من الآمر لأن ذلك سيؤدي إلى فسخ عقد الإعتماد وكذلك الضمان[2]. فإذا كان المستفيد من الخطاب شخصا طبيعيا فتوفي وحل محله ورثته، أو كان شركة تغير شكلها القانوني استحال طلب تنفيذ الضمان من الورثة أو الشخص القانوني الجديد للشركة، إلا إذا اتفق الأطراف في الخطاب على علاج مثل هذه المسائل. ولا يجوز للبنك الوفاء إلا لشخص المستفيد أو ممثله القانوني[3].

يترتب على ذلك أنه لا يجوز التنازل عن الخطاب لشخص آخر حتى بالتبعية للتنازل عن عقد الأساس، كما لا يجوز لدائني المستفيد مطالبة البنك بتنفيذه لأنه حق خالص للمستفيد، فليس لهم استعماله بدلا عنه أو إجباره على استعماله.

1- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص174 وما بعدها.

2- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 153.

3- منير وممدوح الجنبيهي، المرجع السابق، ص 229.

إن حق المستفيد في خطاب الضمان هو حق شخصي متروك لتقديره المطلق، بحيث لا يمكن التنازل عنه للغير[1] فهو حق ذو طابع شخصي، رغم أن بعض الفقه يخالف هذا الرأي بقوله أن الخطاب لا يمثل حقا ذا طابع شخصي للمستفيد، فالحق يكون كذلك إذا كان بسبب طبيعته متصلا إتصالا وثيقا بشخص الدائن.

وإن كون حق المستفيد حقا شخصيا لا يستتبع بالضرورة اعتباره من الحقوق ذات الإعتبار الشخصي. لأن هذا الرأي يجعل الإعتبار الشخصي في الدافع المحدد للتعاقد، في حين أنه يمكن الإكتفاء بوجود العنصر الجوهري للتعاقد من أجل اعتباره كذلك.

من خلال ما سبق، رغم كون خطاب الضمان يتضمن حقا شخصيا فإنه لا يعتبر من العقود ذات الطبيعة الشخصية، لأن البنك عندما يتعهد لا يأخذ شخصية المستفيد بعين الإعتبار فهو يلتزم بالوفاء لأي شخص يحدده العميل.

يختلف الأمر بالنسبة للعميل حيث يكون للإعتبار الشخصي دورا هاما في التعاقد بين البنك والعميل، ويعتبر العقد بينهما ذو طبيعة شخصية. من هذا المنطلق ليس هناك تلازم بين الأمرين، فحق المستفيد هو حق شخصي

1- نقض تجاري مصري بتاريخ: 13-01-2004، طعن رقم: 495، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 72 لسنة: 2004، جاء فيه أن:" حق طلب صرف قيمة خطاب الضمان لا يكون إلا للمستفيد وحده، والذي تكون شخصيته وأمانته محل اعتبار لدى عميل البنك، فلا يجوز له أن يتنازل عن هذا الخطاب بأي طريق حتى ولو بالتبعية لتنازله عن العقد الأصلي الذي صدر نفاذا له، إلا إذا اتفق صراحة في خطاب الضمان على جوازه".

لكنه ليس ذا طبيعة شخصية، وبالتالي ليس هناك ما يمنع دائنيه من طلب الحجز التحفظي على قيمته، لكنه ولما كانت قيمة الخطاب لا تدخل في ذمة المستفيد بل تبقى في ملكية البنك فإن دائني المستفيد لا يمكنهم إجراء تنفيذ هذا الحجز، حتى وإن كان إمكانهم طلبه من الناحية النظرية.

الفرع الخامس: خطاب الضمان ليس ورقة تجارية

من خلال ما سبق في تعريف خطاب الضمان وبيان خصائصه، يمكن القول أنه لا يُعَدُّ من قبيل الأوراق التجارية لأسباب عديدة أهمها:

- أن خطاب الضمان ليس له قيمة في ذاته فهو أداة إثبات، وبالتالي فإن حيازته من طرف شخص غير المستفيد منه لا تعطيه حقا فيه فلا يكون لحامله بل إنه ضمان قائم على الإعتبار الشخصي.
- أن خطاب الضمان هو أداة ضمان، بينما تُعَدُّ الورقة التجارية أداة إئتمان ووفاء في الوقت ذاته.
- أن الورقة التجارية بطبيعتها معدة للتداول، وتتضمن شرط الإذن، أما خطاب الضمان فهو غير قابل للتداول[1].
- خطاب الضمان غالبا ما يكون محدد المدة، بحيث يصبح بعد هذه المدة عديم القيمة، على العكس من الورقة التجارية التي لا يترتب على تحريرها انقضاء الإلتزام الأصلي الذي حُرِّرَتْ الورقة لتسويته.
- إن المبلغ الوارد في الورقة التجارية محدد فيها على وجه الضبط والحصر، بينما في الخطاب يكون محددا أو قابلا للتحديد.

1- غريب الجمال، المرجع السابق، ص118.

- لا يلزم لاستيفاء قيمة الخطاب تقديمه للبنك على خلاف الورقة التجارية التي يستوجب تقديمها للوفاء، فإذا ضاعت كان لا بد من إتباع بعض الإجراءات، في حين أنه يمكن الحصول على نسخة من البنك في حالة ضياع الخطاب ولا يحتاج الأمر إلى إجراءات معقدة.

الفصل الثاني: التطبيقات العملية لخطاب الضمان المصرفي في النصوص والهياكل البنكية الجزائرية

تبدأ مسيرة خطاب الضمان المصرفي بإصداره من طرف البنك، لكنه أثناء سريانه قد يتعرض للتعديل بطلب من العميل أو المستفيد. هذه العمليات المتعلقة بالإصدار والتعديل تستدعي إجراءات شكلية يقوم بها البنك، ولما تعددت صور الخطاب في الحياة العملية انطلاقا من صيغه ظهرت في الفقه تقسيمات عديدة له أخذت بعين الإعتبار طبيعته القانونية، والغرض من إصداره، وموطن مصدره، وكذا الجهة التي أصدرته.

سيتم التعرض لبعض الصور الأكثر تداولا لخطاب الضمان المصرفي وإجراءاته الشكلية، بالإضافة إلى أدوات تنفيذه مع الكفالة المصرفية. نتناول في المبحث الأول صور خطاب الضمان المصرفي طبقا للنصوص التشريعية العامة والخاصة، وفي المبحث الثاني الإجراءات الشكلية لإصدار خطاب الضمان المصرفي، أما المبحث الثالث فقد خصص لدراسة أدوات تنفيذ الكفالة البنكية وخطاب الضمان المصرفي في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: صور خطاب الضمان المصرفي طبقا للنصوص التشريعية العامة والخاصة

تعددت خطابات الضمان المستخدمة في مجال العمليات المصرفية بحسب المعاملات التجارية التي استلزمت إصدارها، وتنوعت بتنوع الأخطار[1] التي يهدف البنك إلى تجنبها، فليس هناك أنواع على سبيل الحصر، بل لها تقسيمات مختلفة أوجدها الواقع العملي. وإن كانت خطابات الضمان تصدر في معظمها عن البنوك، إلا أن هناك خطابات تؤدي ذات الوظيفة تصدر عن مؤسسات مالية متخصصة أو شركات التأمين أو شركات الضمان أو البنوك التعاونية. سنتناول أكثر النماذج استخداما من خلال التقسيم أدناه، مع الإشارة إلى أن بعض صور الخطاب التي جاء بها الفقه قد تم تجاوزها من طرف الباحث إما لقلة تداولها أو لعدم العمل بها في المنظومة البنكية الوطنية، وإما لصعوبة الوصول إلى الوثائق التي تبين تداول مثل هذه الصور من الخطابات، كوثيقة الخطاب ذاته أو الأحكام القضائية.

يتضمن هذا المبحث دراسة صور خطاب الضمان بحسب الإلتزام المضمون (المطلب الأول)، خطابات الضمان الدولية أو الخارجية (المطلب الثاني)، صور خطاب الضمان بحسب شروطه (المطلب الثالث)، صور

1- Pierre- André Chiappori et Marie-Odile Yanelle :" le risque bancaire ", problèmes économiques, Hebdomadaire N°2.506, ed La Documentation Française, France, du: 05-02-1997, pp 22-28.

خطاب الضمان بحسب مدته (المطلب الرابع)، وأخيرا صور أخرى لخطاب الضمان (المطلب الخامس).

المطلب الأول: صور خطاب الضمان بحسب الإلتزام المضمون

تختلف خطابات الضمان المصرفية بحسب الغرض الذي صدرت لضمانه، وهي في هذا الإطار تنقسم إلى أربع فئات رئيسية: خطابات ضمان الصفقات العمومية، خطابات الضمان الجمركية، خطابات الضمان الملاحية في غياب سند الشحن وخطابات الضمان المهنية.

الفرع الأول: خطابات ضمان الصفقات العمومية

تُعَدُّ هذه الفئة من أنواع خطابات الضمان الأكثر تداولا من بينها، وتصدر لمصلحة الهيئات والمؤسسات العمومية والشركات في عقود المقاولات والتوريد وهي بدورها تضم مجموعة من صور الخطاب الضمان.

أولا: خطاب الضمان الإبتدائي

يتمثل هذا الخطاب في تعهد يقدمه العميل إلى الجهة المستفيدة، يضمن فيها دفع مبلغ معين من النقود يحدد بنسبة من قيمة الصفقة أو العطاء المتنافس عليه، يرفقه بالعرض الذي يتقدم به إلى الصفقة[1] بحيث يحق للمستفيد من الخطاب الحصول على قيمته بمجرد طلبه في حال عجز العميل

1- أحمد الحسني، المرجع السابق، ص 8، أيضا في نفس الموضوع: لوكادير مالحة، المرجع السابق، ص 88.

الذي رست عليه الصفقة عن إتمام التعاقد خلال مدته المحددة.

يكون الهدف في هذا النوع من الخطابات، التحقق من المركز المالي للعميل وجديته بشأن العرض الذي يقدمه للصفقة وعدم تراجعه عن العطاء في حالة تغير الأسعار في السوق[1]. وسمي ابتدائيا لأنه يقدم في بداية المناقصة وينتهي بمجرد الإعلان عن نتيجتها إما برسوها أو عدم رسوها على المترشح[2]. فيعتبر هذا الخطاب، بمثابة تأمين ابتدائي يقدم إلى الجهة المستفيدة لضمان دفع مبلغ من قيمة العملية المتنافس عليها[3].

نص المشرع الجزائري على هذه الصورة من الخطابات في المادة: 45 الفقرة الثانية البند الثاني من المرسوم الرئاسي رقم:02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية السالف ذكره، حيث جاء فيها:" كفالة التعهد الخاصة بصفقات الأشغال واللوازم لا يمكن أن تقل في أي حال عن1% من مبلغ التعهد"، كما جاءت المادة: 125 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره بنفس المضمون. وبذلك لم يحدد المشرع الجزائري شكل الكفالة فهي إما أن تكون مبالغ نقدية أو خطابات ضمان مصرفية، وهو الغالب عمليا.

1- أحمد نبيل النمري، المرجع السابق، ص 242.

2 - J/Rives- Lange, op.cit, p 722.

3- غريب الجمال، المرجع السابق، ص119.

ثانيا: خطاب ضمان الدفعات المقدمة أو خطاب رد التسبيقات[1]

إذا تم النص في عقد الأساس أن المترشح الذي يرسو عليه العطاء في الصفقة العمومية يتعين عليه دفع مبلغ من قيمة العملية قبل البدء في التنفيذ كدفعة مقدمة، توجب عليه تقديم خطاب ضمان إلى الجهة العمومية صاحبة الصفقة، ويسمى بخطاب ضمان الدفعات المقدمة[2]، تتمكن به هذه الأخيرة من الرجوع على البنك الضامن بقيمة الضمان في حدود الجزء غير المنفذ من العقد في حالة عدم تمكن المقاول أو المورد من إنجاز الأعمال الموكلة إليه، أو تقوم باستنزال قيمتها تدريجيا بحسب قيمة ما تم توريده أو تنفيذه من العملية[3].

يتم النص على هذه النسب وعلى مدة الضمان في العقد، بشكل يتوافق مع مدة انتهاء العملية المضمونة . كما يمكن أن يكون غير محدد المدة شريطة أن يظل ساري المفعول لحين انتهاء العملية[4].

1- Garantie de remboursement d'acomptes.

2- أحمد نبيل النمري، المرجع السابق، ص243.

3- نقض تجاري مصري بتاريخ: 13-01-2004، طعن رقم: 495، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد:72، لسنة: 2004، جاء فيه: "خطاب ضمان الدفعة المقدمة يعني – في أحد صوره – الخطاب الذي يقدم ممن قبل عطاؤه – الآمر – لضمان إعادة ما اقترضه من المتعاقد المستفيد مقدما من مبالغ قدمت له بغرض مساعدته في تمويل العملية التي أسند ت إليه، بما لا يكون معه المستفيد دائنا بالحق الناشئ من هذا الخطاب إلا من وقت قيامه بدفعه بالفعل للآمر، فيحق له صرف قيمة الخطاب خلال فترة سريانه ما لم يتفق فيه على استهلاك تلك الدفعة تلقائيا، بما يتم توريده من بضائع أو يقدمه من خدمات للمستفيد".

4- ماهر كنج شكري، العمليات المصرفية الخارجية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 2 ،2004، الأردن، ص 410.

ينص المشرع الجزائري في المادة: 63 من المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 السالف الذكر، أن قيمة الخطاب تكون معادلة لقيمة التسبيق، يتم إصداره من طرف بنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية[1] أو بنك أجنبي يعتمده بنك جزائري، ويتم تحريره حسب الصيغ الملائمة للمصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه.

إذا كانت التسبيقات جزافية، فإن قيمة الخطاب إما أن تكون معادلة للتسبيق أو جزء منه شريطة أن لا يتجاوز نسبة 15% من السعر الأولي للصفقة تطبيقا للمادة: 65 من نفس الأمر أعلاه. أما إذا كان التسبيقات جزافية وعلى حساب التموين معا، فإن قيمة الخطاب إما أن تكون معادلة لهذه التسبيقات أو جزء منها شريطة ألا تتجاوز نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة تطبيقا لأحكام المادة: 70 من نفس الأمر السالف ذكره.

يكثر العمل بهذا النوع من الخطابات في مشاريع المقاولات، حيث يقوم المقاول بالإتفاق مع رب العمل على أن يتقاضى هذا الأخير دفعة مقدمة عند إبرام العقد من أجل تمكين المقاول من البدء في تجهيز الموقع وشراء المواد الأولية الضرورية لتنفيذ العملية، فيقوم المقاول بتقديم خطاب ضمان يوازي قيمة الدفعة المقدمة لضمان إعادة المبلغ المدفوع في حال عدم تمكن المقاول من إتمام العمل[2]. يحدث ذلك عندما تكون قدرات المقاول محدودة أو أنه مقيد بعقود والتزامات أخرى في نفس الوقت، بشكل يجعل السيولة المتاحة لديه

1- صندوق ضمان الصفقات العمومية الذي سبقت الإشارة إليه.

2- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 359.

موزعة بين تلك المشاريع[1]، فيهدف بذلك رب العمل لضمان استرداد الدفعة المقدمة عند إخلال المقاول بالتزاماته.

ثالثا: خطاب الضمان النهائي أو لحسن التنفيذ[2]

تتطلب عقود الأشغال والتوريد تقديم خطاب ضمان نهائي، بعد توقيع العقد بمدة محددة فيه، يهدف إلى ضمان حسن تنفيذ العملية ومطابقتها لشروط العقد[3]، وتستمر صلاحيته إلى تاريخ انتهاء العقد الأساس بفترة تسمح بالتأكد من سلامة تنفيذه أو استيلام البضائع أو فترة الضمان إذا تعلقت العملية بتركيب الآلات والمعدات[4].

يُصْدِرُ البنك لصالح عميله خطاب الضمان النهائي بقيمة تتحدد بنسبة من

1- J/Rives- Langes, op.cit, p557.

2- La garantie de bonne exécution.

3- نقض تجاري مصري بتاريخ: 22-11-2010، طعن رقم: 4167، مجلة محكمة النقض المصرية، العدد: 68، لسنة: 2010 ، جاء فيه: "خطاب ضمان حسن التنفيذ، هو الذي يقدمه المقاول عادة إلى رب العمل عند التوقيع على العقد بغرض ضمان حسن تنفيذ أعمال المقاولة ومطابقتها لشروط العقد، فتستمر صلاحية هذا الخطاب إلى حين الإنتهاء من التنفيذ في فترة تسمح بالتأكد من سلامة التنفيذ ومن ثمة فإن المطالبة بقيمة ما ورد بهذا الخطاب إنما يتوقف بالضرورة على قيمة ما تخلف من تنفيذه من أعمال المقاولة. فإذا ما اتضح عدم سلامتها وهو مايستتبع بحسب ظاهر عبارات هذا النوع من الخطابات قابلية القيمة الواردة بها للمنازعة في تقديرها، بما يوجب على المستفيد سلوك الطريق العادي لرفع الدعوى دون أمر الأداء، لما كان ذلك وكان خطاب الضمان محل المنازعة قد صدر من الطاعن لصالح المطعون ضدها باعتباره وفق الغرض منه خطاب ضمان نهائي بمقدار 10 % من قيمة التعاقد بالكامل، بما لازمه وجوب أن تلجأ في طلب صرف قيمته إلى طريق رفع الدعوى دون أمر الأداء.

4- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 25.

قيمة العقد، تتفاوت طبقا لظروف كل بلد[1] وحسب القوانين السارية فيه، فليس لها قاعدة ثابتة. ويكون ذلك لقاء عمولة، على غرار خطاب الضمان الإبتدائي مع فارق في النسب.

يتم طلب هذا النوع من الخطاب من طرف الجهة الحكومية بعد رسو الصفقة على العميل، بحيث تختاره من بين أفضل المتنافسين وأقلهم سعرا ثم ترد إليه مبلغ الخطاب الإبتدائي وتكتفي بالنهائي، بحيث يكون هو الآخر لمجرد الطلب يُمَكِّنُ الجهة المستفيدة من التقدم للبنك من أجل استيفاء مبلغه إذا أخل العميل بأحد التزاماته أو كلها[2]، دون أن يكون له حق الإعتراض على الوفاء إلا عن طريق اللجوء للقضاء بإثبات عدم أحقية المستفيد من قبض قيمة الخطاب أو أن مصادرته لم تكن قائمة على أساس من الواقع أو القانون[3].

تنص المادة: 82 من المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أن:" الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ ومنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة، لاسيما في الميدان المالي، هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة

1- يعقوب يوسف صرخوة، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي، بدون دار النشر، ط 2، 1998، الكويت، ص 229.

2- Serge Antoine Techkhoff : " cautions, garantie à première demande, bonds ", Revue le MOCI, N° 02, Paris, du :15-02-2012, pp 48-59.

3- صالح طهران الزرقان، مقال بعنوان:" التحليل المالي وأثره في المخاطر الإئتمانية – دراسة تطبيقية على عينة من البنوك الأردنية –"، مجلة كلية بغداد للعلوم الإقتصادية، العدد: 23، 2010، ص ص 265- 284.

الأولى يعتمده البنك الجزائري المختص". فيشكل- في مفهوم هذا الأمر- خطاب ضمان حسن التنفيذ ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل حسن تنفيذ العميل للصفقة، وتغطي المرحلة ما بين إعطاء الأمر ببدء تنفيذها والاستيلام المؤقت للصفقة.

كما تنص المادة: 84 من نفس الأمر أعلاه، أنه: " يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 63 أعلاه...".

يحرر خطاب الضمان لحسن التنفيذ حسب الصيغ المعتمدة من طرف المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه، ويحدد مبلغها بين 5% و10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها وتسترجع في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة[1]، طبقا للمواد87: و88 من نفس المرسوم الرئاسي رقم: 02-250.

الفرع الثاني: خطابات الضمان الجمركية

تعتبر الرسوم الجمركية موردا من موارد الدولة، وهي لا تُسْتَحَقُّ بمجرد وصول البضاعة إلى أرصفة المنطقة الجمركية، وإنما استحقاقها مرهون بخروجها من الدائرة الجمركية إلى الأسواق المحلية وهذا ما يعرف فقها

1- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008- 2009، ص 94.

"بالضمان الجمركي"[1].

يتم إصدار خطابات الضمان الجمركية لضمان حقوق الخزينة العمومية من رسوم على السلع المستوردة أو تلك التي يعاد تصديرها من أجل رفع اليد عنها، فتنص المادة: 106 الفقرة الثانية من قانون الجمارك[2] على الآتي : "...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".

وتنص المادة: 108 الفقرة الأولى على مايلي :" يجوز لإدارة الجمارك من أجل تسديد الحقوق والرسوم والغرامات وكل المبالغ الأخرى المستحقة، أن تقبل السندات التي تكفلها إحدى المؤسسات المالية المؤهلة المعتمدة في الجزائر لمدة أربعة(4) أشهر ابتداء من أجل استحقاقها، عندما يتجاوز المبلغ الواجب دفعه بعد كل خصم خمسمائة ألف دينار (500000) "[3].

1- أحمد نبيل النمري، المرجع السابق، ص 243.

2- القانون رقم: 79-07 المؤرخ في:21-07-1979، ج ر العدد:31 المؤرخة في: 24-07-1979 والمتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 98-10 المؤرخ في: 22-08-1998 ، ج ر العدد: 61 المؤرخة في:23-08-1998، والقانون رقم: 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017 ، ج ر العدد:11 المؤرخة في: 19-02-2017.

3- المادة: 108 من قانون الجمارك رقم: 79-07 المعدلة والمتممة بنص المادة: 52 من القانون رقم: 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017 ،ج ر العدد: 11 المؤرخة في: 19-02-2017.

يتم تقديم هذا النوع من الضمان، عن طريق إيداع مبلغ نقدي في صورة كفالة تحت عنوان:" النظام العام للسندات بكفالة"[1]. فتنص المادة: 119 الفقرة الأولى[2] من قانون الجمارك السالف ذكره على مايلي :" تُخَصَّصُ الكفالة لضمان مبلغ الحقوق والرسوم وتحصيل الغرامات المحتملة المنجرة عن عدم احترام الإلتزامات المكتتبة، غير أن إدارة الجمارك تُرَخِّصُ وفق الشروط التي تحددها بما يأتي:

1- استبدال الكفالة بوديعة تغطي الحقوق والرسوم أو جزءا من هذه الرسوم والحقوق فقط، عندما لا تكون البضائع موضوع حظر،

2- استبدال الإلتزام المضمون باكتتاب تعهد عام مكفول صالح لعدة عمليات أو باتفاقية تبرم بين إدارة الجمارك والمتعامل،

3- استبدال الإلتزام المضمون باكتتاب تعهد عام مكفول برهن في نطاق الإلتزامات والمسؤوليات تجاه إدارة الجمارك، من طرف مستغلي المخازن المؤقتة والمستودعات الجمركية والمصانع الخاضعة للمراقبة الجمركية،

4- استبدال السند بكفالة بوثيقة تحل محله وتحتوي على ضمان كفالة اعتبارية،

5- استبدال السند بكفالة بوثيقة دولية مطابقة للنموذج المحدد بموجب الإتفاقيات الدولية التي انضمت الجزائر إليها، تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة

1- المادة: 55 من القانون رقم: 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017 السالف ذكره، تعدل وتتمم عنوان القسم الثاني من الفصل السابع من قانون الجمارك رقم: 79-07 .

2- المادة: 119 من قانون الجمارك رقم: 79-07 المعدلة والمتممة بنص المادة: 56 من القانون رقم: 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017 ،ج ر العدد: 11 المؤرخة في: 19-02-2017.

بمقرر من المدير العام للجمارك"[1].

وكما يبدو جليا من البند الخامس من المادة أعلاه أن المشرع الجمركي يقصد بالوثيقة البديلة عن السند بكفالة، خطاب الضمان.

إن الغاية من خطاب الضمان الجمركي هي ذاتها بالنسبة لتسليم البضائع المنقولة في حالة غياب أو تأخر وصول مستندات الشحن، والتي تستوجب بالضرورة الإسراع في إخراج البضاعة خشية تلفها إن كانت بطبيعتها سريعة التلف، أو لا تتحمل التخزين لمدة طويلة أو لتفادي تكدسها على الأرصفة. فيتم الإكتفاء بحصر البضائع دون تقدير رسومها الجمركية – التي تطول إجراءاتها– فيأخذ المعني بالأمر من الجهة المستوردة، خطابا مصرفيا يضمن لمصلحة الجمارك دفع الرسوم والحقوق عند استحقاقها.

من التطبيقات العملية، قيام الجمارك بتقسيط رسومها المستحقة لفائدة صاحب البضاعة، وتمكينه من استيلامها بشرط تقديم خطاب ضمان مصرفي يضمن لإدارة الجمارك استيفاء الأقساط المتفق عليها من جانب التاجر. وتتعدد أشكال هذا الخطاب نذكر أهمها على سبيل المثال لا الحصر.

أولا: خطاب الإيداع

تنص المادة:129 الفقرة الأولى[2] من قانون الجمارك على الآتي:

" المستودع الجمركي هو النظام الجمركي الذي يُمَكِّنُ من تخزين البضائع تحت المراقبة الجمركية في المحلات المعتمدة من قبل إدارة الجمارك، وذلك

1- إنتهى نص المادة: 1/119 من قانون الجمارك رقم: 79-07 المعدلة والمتممة.

2- المادة: 129 من قانون الجمارك رقم: 79-07 المعدلة والمتممة بموجب القانون رقم: 98-10 المؤرخ في: 22-08- 1998 السالف ذكرهما.

مع وقف الحقوق والرسوم وتدابير الحظر ذات الطابع الإقتصادي".

يتم إصدار خطاب الإيداع عن البضائع التي يتم إيداعها في مستودعات المنطقة الجمركية من أجل إعادة تصديرها إلى جهات أخرى، ويكون إصدار الخطاب في مقابل المدة المحتمل بقاء البضائع في المستودعات، وضمانا لما قد يستحق من رسوم الإيداع لاسيما إذا امتدت المدة إلى أسابيع أو أشهر. حيث يمكن أن تصل هذه المدة إلى سنة كاملة طبقا لنص المادة:132 من القانون أعلاه.

كما تنص المادة: 100[1] من قانون الجمارك على مايلي: " تمنح إدارة الجمارك فور إبلاغها بطلب الطعن رفع اليد عن البضائع المتنازع فيها شريطة:

- أن لا يمنع رفع اليد فحص البضائع من طرف لجان الطعن،
- أن لا تكون البضائع موضوع حظر يتعارض مع رفع اليد عنها،
- أن يودع أو يضمن بكفالة مبلغ الحقوق والرسوم والعقوبات المالية الواجب أداؤها احتمالا على أساس تقدير أعوان الجمارك.

يمكن لإدارة الجمارك إعفاء المتعاملين ذوي الملاءة من تقديم الضمان المنصوص عليه في هذه المادة، ضمن الشروط المحددة بمقرر من المدير العام للجمارك".

1- المادة: 100 من قانون الجمارك رقم: 79-07 المعدلة والمتممة بنص المادة: 50 من القانون رقم: 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017 السالف ذكرهما.

ثانيا: خطاب السماح أو القبول المؤقت

تتطلب إدارة الجمارك إصدار هذا الخطاب، في مقابل السماح لدخول مواد أولية إلى الدولة من أجل تصنيعها أو إكمال تصنيعها أو إصلاحها مع إعفائها من الضرائب والرسوم الجمركية. وقد نصت عليه المادة: 174 الفقرة الأولى من قانون الجمارك المعدل والمتمم بقولها: " يقصد بالقبول المؤقت النظام الجمركي الذي يسمح بأن تُقْبَلَ في الإقليم الجمركي بعض البضائع المعدة للتصدير ثانية، خلال مدة معينة مع توقيف الحقوق والرسوم عند الإستيراد والإعفاء من الإجراءات الخاصة بمراقبة التجارة الخارجية....".

ويتمثل مبلغ الخطاب في مجموع قيمة الرسوم الجمركية والضرائب المفترض إعفاؤها وذلك إذا لم تتم عملية إعادة تصدير هذه المواد خلال مدة معينة من الإستيراد وبعد عملية تصنيعها أو إصلاحها، حيث تصبح الرسوم الجمركية والضرائب المعفاة مستحقة وواجبة الأداء، ويكون لمصلحة الجمارك حق استيفاؤها من قيمة الخطاب[1]. ينبطق هذا الأمر على السماح بخروج السلع على سبيل التصدير لاستكمال صنعها وإعادة إدخالها إلى الأراضي الوطنية خلال مدة معينة، في مقابل إصدار خطاب جمركي لضمان إعادتها.

يعتبر من أشكال خطابات السماح المؤقت، التصريح للسياح بإدخال سياراتهم إلى إقليم البلاد مقابل تقديم خطاب لضمان خروج السيارة بعد مدة معينة، كما يُعَدُّ من خطابات السماح المؤقت السماح للمسافر عند خروجه من الإقليم أخذ مجوهراته، مقابل تقديم خطاب يضمن إعادتها عند عودته إلى

1- بوكونة نورة، المرجع السابق، ص ص 168-169.

الوطن.

ثالثا: خطاب البضائع العابرة

نص المشرع الجزائري على نظام العبور الجمركي في المادة: 125 الفقرة الأولى[1] من قانون الجمارك حيث جاء فيها: " العبور هو النظام الجمركي التي توضع فيه البضائع تحت المراقبة الجمركية المنقولة في نفس دائرة اختصاص نفس المكتب أو من مكتب جمركي إلى مكتب جمركي آخر برا أو جوا، مع وقف الحقوق والرسوم وتدابير الحظر ذات الطابع الإقتصادي".

فالبضائع العابرة هي البضائع التي يتم استيرادها لفائدة دولة أخرى لكنها تأخذ طريقها عبر الإقليم المحلي، ومثل هذه البضائع ليس عليها رسوم جمركية لأنها غير واردة للبلاد، لكن المشرع الجمركي يتطلب لها خطابا بقيمة الرسوم والضرائب ضمانا لوصولها إلى الدولة الأخرى، وبمجرد إثبات هذا الوصول وتحقق إدارة الجمارك منه يسترد صاحبها قيمة خطاب الضمان.

وذلك ما تؤكده المادة: 127 الفقرة الأولى من قانون الجمارك المذكور أعلاه حيث تنص على أنه: " للإستفادة من العبور يجب على الملتزم اكتتاب تصريح مفصل يحتوي على إلتزام مكفول، يلتزم بموجبه تحت طائلة العقوبات بتقديم البضائع المصرح بها إلى المكتب المحدد وبترصيص سليم محتمل وضعه في الآجال المحددة وعبر الطريق المعين".

1- المادة: 125 من قانون الجمارك رقم: 79-07 المعدلة والمتممة بنص المادة: 61 من القانون رقم: 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017 السالف ذكرهما.

رابعا: خطاب التخليص على البضائع

يهدف هذا الخطاب إلى الإفراج عن البضائع بمجرد مراجعتها دون تقدير الرسوم الجمركية المستحقة، بسبب طبيعة البضاعة القابلة للتلف أو لتفادي تكدسها على الأرصفة. ويكون إصدار الخطاب ضمانا لسداد الرسوم المستحقة عند تسويتها.

يخصص لهذا النوع من البضائع أماكن مخصصة تسمى مساحات التخليص الجمركي، تناولتها المادة: 66[1] من قانون قانون الجمارك حيث نصت على مايلي : "عندما يتعذر القيام بالتصريح المفصل النظامي بالبضائع فور وصولها إلى الإقليم الجمركي، يجوز تفريغها في أماكن لخزنها تحت المراقبة الجمركية في انتظار تقديم التصريح المذكور للجمارك، وتنظم هذه الأماكن المسماة مستودعات مؤقتة أو مساحات للتخليص الجمركي حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" [2].

وتجدر الإشارة أخيرا، أن كل بضاعة موضوعة تحت نظام جمركي اقتصادي يجب أن تكون محل خطاب ضمان كما تؤكده المادة: 117 من

1- المادة: 66 من قانون الجمارك رقم: 79-07 المعدلة والمتممة بالمادة: 30 من القانون 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017 السالف ذكرهما.

2- نص المادة قبل التعديل، أما بعد التعديل فهو كالآتي:"عندما لا تكون البضائع موضوع تصريح مفصل كما حددته المادة: 75 أدناه فور وصولها إلى مكتب الجمارك، يجوز تفريغها في أماكن مخصصة لهذا الغرض للمكوث فيها تحت المراقبة الجمركية في انتظار التصريح المذكور لدى الجمارك"، المادة: 1/30 من القانون رقم: 17-04 المعدل والمتمم لقانون الجمارك. وقد تم تعديل المادة: 66 مؤخرا بموجب المادة: 23 من القانون رقم: 18-18 المتضمن قانون المالية لسنة: 2019 السالف ذكره، وقد تعمد الباحث الإتيان على المادة قبل التعديل بسبب وضوحها أكثر من المادة المعدلة.

قانون الجمارك المعدل والمتمم: " يجب أن تكون البضائع الموضوعة تحت نظام جمركي اقتصادي موضوع سند بكفالة، يتضمن زيادة على التصريح المفصل بالبضائع تقديم التزام مرفق بكفالة حسنة وميسورة لضمان الوفاء في الآجال المحددة وتحت طائلة العقوبات القانونية، بالإلتزامات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المتعلقة بالعملية المعنية "[1]. ولعل هذه المادة تفسر تعدد أشكال خطابات ضمان التخليص الجمركي.

الفرع الثالث: خطابات الضمان الملاحية في غياب سند الشحن

خطابات الضمان الملاحية هي الخطابات التي تقدم لشركات الملاحة في مجال التجارة الدولية[2]. ويتم إصدارها عند وصول البضائع المستوردة إلى الميناء قبل وصول مستندات شحنها لاسيما بوليصة الشحن، بحيث لا يمكن للمستورد استيلامها من دون هذه المستندات[3]. وخشية تعرضها للتلف أو لتقلبات أسعار السوق المحلية أو لارتباط المستورد بمواعيد تسليمها إلى جهات أخرى، يتم تحرير خطاب ضمان إلى وكيل الشركة الناقلة بالميناء للإفراج عن البضاعة تفاديا لمصاريف تخزينها بالدائرة الجمركية وتكدس المخازن والأرصفة وإعاقة حركة الشحن والتفريغ[4].

1- المادة: 117 من قانون الجمارك رقم: 79-07 المعدلة والمتممة بنص المادة: 56 من القانون رقم: 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017 السالف ذكرهما.

2- J/Rives -Langes, op.cit, p722.

3- أحمد الحسني، المرجع السابق، ص11.

4- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 29.

يتضمن خطاب الضمان الملاحي تعهد البنك بالدفع عند أول طلب، وبدون أي إجراءات أخرى للمبالغ التي التزم بها وكيل شركة الملاحة عن عميله المستورد في حدود قيمة البضاعة. يتضمن الخطاب عموما بيانا بقيمة البضائع، كما يُحَدَّدُ فيه أجل سريان الضمان. ويتم التعرف على قيمة البضائع ومواصفاتها واسم الباخرة من أي وثيقة يراها البنك مستوفية لكافة البيانات، وبمجرد وصول مستندات الشحن يقدمها العميل المستورد للبنك بعد تقديمها للإطلاع إلى الشركة الناقلة، من أجل استرجاع خطاب الضمان الذي حرره على نفسه.

تقوم خطابات الضمان الملاحية بوظيفة إئتمانية هامة، فهي تُعَدُّ أحد أهم صور الخطاب وتتميز عن غيرها ببعض الإجراءات أهمها ما يلي:

1- يُقَدَّمُ طلب إصدار خطاب الضمان الملاحي من العميل، في صيغة تعهد موقع عليه بملكيته للبضاعة وبتعويض الشركة الناقلة عن تبعات التسليم في غياب سند الشحن. يُرْفَقُ بنسخة من الوثائق المبينة لمواصفات البضاعة وقيمتها واسم الباخرة، وبيان رقم اعتمادها المستندي في حالة وجوده، وتقديم إذن الإستيراد أو موافقة رقابة النقد على دفع قيمة البضاعة بالعملة الأجنبية، إذا اضطر البنك إلى تنفيذ تعهده في الخطاب.

2- تحديد المبلغ الذي يلتزم به البنك بموجب الخطاب ومدة سريانه، ويُشَارُ في وثيقة الخطاب إلى رقم الإعتماد المستندي إن وجد.

3- في حالة غياب الإعتماد المستندي، يتعين تحديد غطاء كامل لخطاب الضمان الملاحي.

4- الحرص على متابعة وصول مستندات الشحن من أجل تقديمها للشركة الناقلة، إما مباشرة بكتاب موصى عليه بالإستيلام أو عن طريق العميل بعد توقيعه بالإستيلام ومن ثمة تقديمها للبنك من أجل استرجاع الخطاب وإلغائه.

الفرع الرابع: خطابات الضمان المهنية

خطابات الضمان المهنية، هي نوع من الخطابات يفرضها القانون على الأشخاص الذين يرغبون في مزاولة مهن معينة ضمانا لعدم انحرافهم عن تأدية مهامهم، أو ما قد يستحق من مخالفات ضدهم. الهدف من فرض هذه الضمانات المالية المهنية هو السماح لعملاء وأجراء الممتهن الإستفادة من بعض الحماية الآلية على أساس الغير الضامن .

غالبا ما يتم تكييف هذا الضمان على أنه كفالة، في حين أنه على العكس من الكفيل الذي يتعهد أمام شخص واحد معين فإن المضمون في هذا النوع من الضمان يكونون كل الأشخاص المعنيون مطلقا. وجدير بالذكر أن القضاء في فرنسا لا يزال يتردد في تكييف هذا الضمان مابين الكفالة وخطاب الضمان[1].

ومن أهم أشكال خطابات الضمان المهنية ما يلي :

أولا: المخلص الجمركي[2]

هو الوسيط الذي يساعد المسافرين والتجار في إتمام الإجراءات الجمركية. ويفرض عليه القانون قبل مزاولة هذه المهنة إيداع خطاب ضمان

1- Brigitte Roman, op.cit, p 22.

2- Le Courtier en Douane.

بقيمة تقدرها إدارة الجمارك، ضمانا للغرامات التي يحتمل وقوعها على عاتقه جراء المخالفات التي تصدر عنه أو عن مستخدميه كتعويض لمصلحة الجمارك عن الأضرار.

ثانيا: أصحاب المستودعات

يفرض القانون على بعض أصحاب المستودعات تقديم خطابات لمصالح الجمارك تستهدف الرقابة على حركة الإيداع والسحب، تُلْزِمُ المستودعين التقيد ببعض الواجبات. كغلق مفاتيح المستودعات بمفتاحين مختلفين أحدهما تحتفظ به مصلحة الجمارك، بحيث لا يسمح بإدخال أو إخراج السلع إلا بحضور أعوان الجمارك وترخيصهم، تحت طائلة العقوبات والغرامات المالية التي يضمنها خطاب الضمان.

ثالثا: شركات الملاحة

يفرض تقديم خطابات على شركات الملاحة ضمانا لمخالفات ربابنة السفن وبحاراتها، ويتم إصدارها لفائدة مصلحة الموانئ والمنائر والجمارك.

المطلب الثاني: خطابات الضمان الدولية أو الخارجية

خطابات الضمان الدولية أو الخارجية هي الخطابات التي تصدر بمناسبة عمليات يكون أحد أطرافها مقيما بالخارج، غالبا تنفيذا لاتفاقيات تنعقد بين دولتين. وهي تؤدي دورا إقتصاديا هاما، فهي تُغْنِي عن تحويل الأموال من بلد إلى آخر ثم إعادة استردادها بعد انتهاء الغرض منها[1]، وما يترتب على ذلك من تحول في أسعار الصرف وعمولات التحويل. تنقسم عموما هذه الخطابات إلى ثلاث فئات:

- خطابات الضمان الخارجية لمصلحة مستفيدين في الجزائر.
- خطابات الضمان الخارجية لمصلحة مستفيدين خارج الجزائر.
- خطابات الضمان الصادرة عن البنك المركزي (بنك الجزائر).

1- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ط 1، 2007، الإسكندرية، ص341.

الفرع الأول: خطاب الضمان الخارجي الصادر لمصلحة مستفيد مقيم بالجزائر

هو ذلك الخطاب الذي يطلب إصداره شخص أجنبي غير مقيم لصالح شخص مقيم في الجزائر، بناء على تقدم الشخص الأجنبي (طبيعيا أو معنويا) في مناقصة أو مزايدة في الجزائر[1]، تشترط عليه الجهة العمومية صاحبة المشروع تقديم تأمين ضمانا لحسن تنفيذه للمشروع، كما قد تُعَجِّلُ له بعض الدفعات المقدمة مقابل خطاب ضمان يقدمه إليها.

يلجا الشخص الأجنبي إلى بنكه في الخارج طالبا إصدار خطاب ضمان لمصلحة مستفيده في الجزائر، فيقوم البنك الأجنبي بناء على هذا الطلب بإصدار الخطاب وإرساله إلى البنك المحلي للمستفيد، للتصديق والتوقيع عليه على نحو يجعله ملتزما تجاه المستفيد معه أو يطلب إليه إصدار خطاب ضمان نيابة عنه لصالح المستفيد.

غالبا ما تتم هذه العملية بين البنوك المحلية والخارجية بدون اشتراط إيداع غطاء نقدي على أساس المعاملة بالمثل، تنظمها إجراءات تحدد أسقف التسهيلات الإئتمانية المتبادلة بين البلدين[2]، يراعي كل من البنكين عدم تجاوز الحد الأقصى لها عند إصدارهما لخطابات الضمان. وعند الإقتضاء يرجع البنك المحلي إلى بنكه المركزي لأخذ الموافقة على إصدار خطاب الضمان

1- حددت المادة: 125 من الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض السالف ذكره، مفهوم الشخص المقيم وغير المقيم بالجزائر.

2- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص38، يراجع أيضا: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص ص 362- 365.

إذا نص القانون على مثل هذا الإجراء من باب الرقابة على عمليات النقد، لاسيما خروج العملة الوطنية إلى الخارج، مع ضرورة إخطار البنك المركزي كسلطة عليا بكافة البيانات الخاصة بهذا النوع من العمليات. وذلك ما تنص عليه المادة: 2[1] من الأمر رقم: 10-04 المتعلق بالنقد والقرض المعدلة والمتممة للمادة: 35 من الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض السالفي الذكر.

الفرع الثاني: خطاب الضمان الخارجي الصادر لمصلحة مستفيد مقيم خارج الجزائر

يصدر هذا النوع من الخطابات من البنوك المحلية بناء على طلب عميلها لمصلحة مستفيد مقيم في الخارج، في الحالة التي يكون فيها البلد الأجنبي هو صاحب المناقصة أو المشروع على الأراضي الوطنية وإثر رسو العطاء على شخص مقيم في الجزائر، فتتطلب منه الجهة الأجنبية صاحبة المشروع تقديم ضمانات للعملية، يحرر بموجبها المتعامل الوطني خطاب ضمان موقع من بنكه في الجزائر لمصلحة الجهة الأجنبية في الخارج[2].

1- وجاء فيها: " تتمثل مهمة بنك الجزائر في الحرص على استقرار الأسعار ...
ولهذا الغرض، يكلف بتنظيم الحركة النقدية ويوجه ويراقب بكل الوسائل الملائمة توزيع القرض وتنظيم السيولة ويسهر على حسن تسيير التعهدات المالية تجاه الخارج وضبط سوق الصرف والتأكد من سلامة النظام المصرفي وصلابته".

2- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص366.

تتم العملية بأن يرسل البنك المحلي إلى مراسله في الخارج طلب إصدار خطاب الضمان أو الإشتراك في إصداره لصالح المستفيد المقيم في الخارج، مع وجوب إخطار بنك الجزائر بصدور هذا الخطاب بسبب ما قد يترتب عنه من تحويل مبالغ مالية إلى الخارج سواء بالعملة الوطنية أو الأجنبية، عندما يضطر البنك إلى صرف مبلغ الخطاب.

الجدير بالذكر في هذا النوع من الخطابات، أنها تصدر لحساب كبار العملاء الذين يتمتعون بتسهيلات إئتمانية معتبرة بسبب مركزهم المالي الهام في البلاد، وغالبا ما تتم هذه العمليات تنفيذا للإتفاقيات في إطار التعاون والتبادل الاقتصادي[1].

الفرع الثالث: خطاب الضمان الصادر عن البنك المركزي لحساب بنوكه المحلية

يشترك البنك المركزي مع بنكه المحلي في إصدار خطاب الضمان إذا طلبه هذا الأخير، مردّ ذلك اشتراط بعض المقترضين تدخل البنك المركزي لتعزيز الضمان باعتباره بنك البنوك، فيعزز البنك المركزي مركز بنوكه المحلية مع مراسليها في الخارج مقابل حصوله على تصريح غير مشروط منها بالخصم من حسابها عند الإقتضاء ودون الرجوع إليها. وهو ما تؤكده

1- Kais Benbrahim et Michaël Levystone: " panorama jurisprudentiel des cautionnements et des garanties bancaires internationales", exposé en gestion bancaire et financière internationale, site:www.doc-du-juriste.com, visité le: 20-08-2009.

المادة: 4[1] من الأمر رقم: 10-04 المتعلق بالنقد والقرض، حيث تنص على مايلي:" يجب على كل بنك يعمل في الجزائر أن يكون له حساب جار دائن مع بنك الجزائر لتلبية حاجات عمليات التسديد بعنوان نظام الدفع".

إن البنك المركزي عندما يتعهد في هذا الخطاب إنما يقوم بذلك وهو مطمئن إلى أن الضمان الذي يقدمه مغطى بأكبر من قيمته، على أساس أن البنوك المحلية تحتفظ بنسبة من ودائعها لديه بصورة إلزامية وفق أحكام القانون. هذا النوع من الخطابات هو الذي أطلق عليه الفقه الفرنسي اصطلاح" الضمان المقابل".

أولا: الضمان المقابل

في الخطابات الداخلية، يعتبر الغطاء هو الضمان المقابل الذي يطلبه البنك من عميله ليؤمن به على نفسه من مخاطر عدم الوفاء، أما في الخطابات الخارجية فإن صدورها من البنك الأجنبي بناء على طلب البنك المحلي يكون بدون غطاء، أي "على المكشوف" عندما يكون البنك الأجنبي من الدرجة الأولى. ويقتصر ضمانه على تعهد بدفع ما يتحمله البنك المحلي نتيجة إصداره لخطاب الضمان لصالح البنك الأجنبي أو اشتراكه فيه[2]، فهذا التعهد هو الضمان المقابل[3].

1- المادة:4 من الأمر رقم: 10-04 المتعلق بالنقد والقرض، المعدلة والمتممة للمادة: 52 من الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض السالف ذكرهما.

2- رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 109.

3- يراجع نسخة عن الضمان المقابل للبنك الخارجي الجزائري في الملحق رقم: 5 و6 ، ص ص 289-291 من هذه الأطروحة.

لقد قرر القضاء الفرنسي أن الضمان المقابل مستقل ومنفصل عن الضمان الأول الذي صدر بمناسبته وعن عقد الأساس[1]، كما أن بطلان الضمان الأول لا يكون له أثر على الضمان المقابل ويرتبط الملتزم بهذا الضمان بعلاقة قانونية مع البنك طالب فتح الإعتماد، تختلف عن علاقة البنك بعميله طالب إصدار الخطاب، فالبنكان يرتبطان بعلاقة جديدة هي علاقة الضمان المقابل[2].

وإذا كان أحد الضمانين باطلا أو غير نافذ، يظل الضمان الآخر صحيحا ونافذا ويجب تنفيذه متى طلبه المستفيد. كما أن شروط تنفيذ أحد الضمانين لا تتوقف على شروط تنفيذ الضمان الآخر بسبب هذا الإستقلال الذاتي[3] لكليهما.

إن الضمان المقابل مع أنه يتضمن شروطا مشابهة لخطاب الضمان، إلا أنه يتكون من أربعة أطراف بدلا من ثلاثة: الآمر، المستفيد، البنك الضامن والبنك الضامن المقابل[4]. ويمكن أن يجهل المستفيد هوية البنك المقابل[5].

يُعَدُّ الضمان المقابل ضمانا مزدوج الإستقلالية، فهو ليس فقط مستقل عن عقد الأساس ولكنه مستقل حتى عن الضمان الأول[6].

لم يُعَرِّفْ المشرع الجزائري الضمان المقابل، لكن اعترف به من الناحية القانونية لاسيما في إطار عقود التجارة الخارجية، وذلك في النظام رقم:93-

---

1- P- Neau-Leduc, op.cit, p293.

2 -Dominique Legeais, Le Cautionnement, op.cit, p89.

3 - J- Pierre Mattout, op.cit, p156.

4- يراجع الملحق رقم: 7 ، ص 293 من هذه الأطروحة، يمثل مخطط بياني للضمان المقابل.

5- خالد وهيب الراوي، المرجع السابق، ص 127.

6- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garantie du Crédit, op.cit, p284.

02 المؤرخ في: 03-01-1993 المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين[1]. حيث يبين هذا النظام شروط الضمان، خاصة وجوب أن يكون البنك الأجنبي المصدر للضمان أو الضمان المقابل من الدرجة الأولى[2]. وكذا وجوب تحديد تاريخ بداية واستحقاق عقد الضمان[3].

البند الثاني: الضمان الجماعي[4]

الضمان الجماعي هو الذي تصدره عدة بنوك[5] في الفرضية التي تكون فيها مبالغ العملية المضمونة ضخمة، وكذلك مخاطرها، بشكل لا يسمح بضمانها من بنك وحيد حسب قانون الدولة[6]. هذا النوع من الضمان تكون فيه البنوك مسؤولة جميعا أمام المستفيد عن الوفاء بنسب محددة ينص عليها

1- المادة: 02 من النظام رقم: 93-02 المؤرخ في: 03-01-1993 ، ج ر العدد: 17 المؤرخة في: 14-03-1993.

2- المادة: 02/03 من النظام السالف ذكره.

3- المادة: 07 من نفس النظام السالف الذكر.

4- La garantie consortiale ou syndiquée.

5- Le pool bancaire.

6- J/Pierre Mattout, op.cit, p157.

الخطاب، ويجوز أن يتم تعيين بنك قائد من بينها، فيتقدم إليه المستفيد بطلب الوفاء بوصفه ممثلا عن بقية البنوك. كما يكون لهذا البنك نوع من سلطة الرقابة والإشراف على عملية الضمان[1].

المطلب الثالث: صور خطاب الضمان بحسب شروطه

تختلف صور خطاب الضمان بحسب الشروط التي يتضمنها، نذكر من أهمها: خطاب الضمان عند الطلب، وخطاب الضمان المبرر وخطاب الضمان المؤيد على سبيل المثال لا الحصر.

الفرع الأول: خطاب الضمان لدى الطلب[2]

المقصود بالضمان لدى الطلب، أو الضمان عند الطلب، الضمان الذي يلتزم فيه البنك بالوفاء بقيمته دون النظر إلى اعتراضات العميل الآمر من جهة، ودون أن يكون له حق التمسك في مواجهة المستفيد بأية دفوع مستمدة من علاقات أخرى. ويطلق عليه بعض الفقه " الضمان غير المشروط" تمييزا له عن "الضمان المشروط"، الذي يكون فيه البنك ملزما بالتحقق من الشروط الواردة بخطاب الضمان قبل الوفاء للمستفيد.

يتم تفعيل هذا الضمان – في الأصل– بمجرد الطلب دون أي تبرير شكلي أو موضوعي[3]، كما أن طلب الضمان يجب أن يكون مسببا دون أن

1– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص353.

2- La garantie à première demande.

3- P/ Neau-Leduc, op.cit, p292.

يكون الإثبات متطلبا، وهذا ما يسميه الفقه بشرط الدفع لدى أول طلب.

معنى ذلك أن مجرد توافق تقديم الطلب من طرف المستفيد مع شروط الضمان يجعل مبلغ الضمان من حقه لدى أول مطالبة منه، فيلتزم البنك بالوفاء الفوري للمستفيد إذا كانت مطالبة هذا الأخير صحيحة[1].

ليس لهذا النوع من الخطاب صيغة محددة، فقد استخدم العرف المصرفي عبارات مختلفة مثل: " لدى أول طلب "، " نتعهد بأن ندفع لكم بغض النظر عن صحة وآثار عقد الأساس"، " لدى أول طلب من جانبكم دون التمسك عليكم بأي دفع من عقد الأساس"،" لدى الطلب ودون تبرير صحة ودون الحاجة لإعذار أو إجراء إداري أو قضائي أو إثبات من أي نوع"[2]. وهي صيغ بسيطة تمكن البنك من البقاء بعيدا عن المنازعات التي تنشب بين عميله ودائنيه. وإن إصدار خطاب الضمان بهذا الشكل لا يعطي المستفيد الحق في المطالبة بدون قيد، فيمكن للبنك الإمتناع عن الوفاء إذا تبين له أن طلب المستفيد قد انطوى على غش ظاهر.

ومتى كانت مطالبة المستفيد صحيحة لا يشوبها أي عيب، يقوم البنك الضامن بالوفاء له عن طريق شيك مصرفي، كما يسترجع منه وثيقة خطاب الضمان لإلغائها من سجلاته سواء كانت الوثيقة أصلية أو نسخة عنها.

1- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garanties du Crédit, op.cit, p283.

2- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص285.

الفرع الثاني: خطاب الضمان المبرر

يراد به ذلك الطلب الذي يقدمه المستفيد للبنك الضامن للوفاء بمبلغ خطاب الضمان أو جزء منه، موضحا في طلبه الأسباب التي دفعته لطلب تسييل قيمة الخطاب، أي الطلب الذي يحتوي على الأسس التي تبرره. والقصد من التبرير مجرد إعلام البنك دون أن يكون عليه الحكم على العميل الآمر، ومن جهة أخرى ليسهل على العميل إثبات ما يخالف تبرير المستفيد، فهو لمجرد التبرير.

وجب التفريق هنا بين "خطاب الضمان المشروط" و"طلب الضمان المبرر"، فالأول معناه أن لا يقوم البنك بالوفاء للمستفيد إلا إذا توفرت الشروط المذكورة في الخطاب تحديدا، مما يستلزم من البنك التحقق منها قبل الوفاء[1].
أما طلب الضمان المبرر، فهو تضمين طلب الوفاء من المستفيد الأسباب التي دفعته للمطالبة بصرف قيمة الضمان، دون أن يكون ملزما بتقديم إثباتات أو أن يكون البنك الضامن ملزما بالتحقق من إدعاءات المستفيد. وفي حالة عدم صحتها يكون على العميل الرجوع على المستفيد بإثبات ما يخالف تبريره.

يطرح الإشكال إذا اجتمعت في خطاب الضمان الواحد صفتي" الضمان لدى أول طلب" و"الضمان المبرر"، فما هي الصفة التي يأخذها البنك الضامن بعين الإعتبار؟

هل يعتمد على عبارة "مبرر"، وبالتالي يطالب المستفيد بتقديم أسباب طلبه

1- J/Rives- Langes, op. cit, p729.

بالوفاء أم يتجاهلها ويكتفي بعبارة " لدى أول طلب" ويعتبر الخطاب غير مشروط، فيصرف قيمته للمستفيد؟ لاسيما وأنه غير ملزم بالتأكد من صحة التبرير.

في هذا الصدد اختلف الفقه الفرنسي[1]على رأيين، قال الأول بأن عبارة "مبرر" أو"مسبب" والتي ترادف كلمة justified بالإنجليزية، تفيد بأن على المستفيد تقديم سندات للدلالة على أسباب طلبه للضمان، بما أنه جمع بين الضمان المشروط وعبارة "مبرر". وبالتالي لا يكفي من المستفيد ذكر التبرير فقط في طلبه بل عليه تعزيزه بالمستند الدال عليه ليثبت صحة مطالبته[2]، كسند التسليم أو حكم قضائي يثبت حقه، ويقع على البنك الضامن الحرص على وجود هذه المرفقات قبل قيامه بالوفاء.

في حين يرى فقه آخر أن البنك الضامن يكفيه إعلان سبب طلب الوفاء دون أن يكلف المستفيد بتقديم أي مستند، وأن عبارة "مبرر"هي من قبيل " التزيد".

والأرجح الأخذ بالرأي الثاني، لأننا بصدد ضمان لمجرد الطلب وهو العبرة منه ولسنا أمام ضمان مستندي، فيجب الوقوف أمام عبارة الضمان الذي لا يتطلب مستندا ولا يبين نوعه.

1- J/Rives- Langes, op. cit, p729.

2- P/ Neau-Leduc, op.cit, p292.

الفرع الثالث: خطاب الضمان المؤيد أو المعزز

مضمون هذا الخطاب، أن يتدخل في عملية الضمان بنكان (أي بنك العميل الآمر وبنك المستفيد). وفيه إما أن تنحصر مهمة بنك المستفيد بمجرد إخطاره بالضمان دون أن يتحمل أي التزام مباشر أو شخصي بالتنفيذ وهذا هو الضمان المباشر[1]، وإما أن يقوم البنك الثاني (بنك المستفيد) بتأييد هذا الضمان المباشر فيتحمل بموجبه التزاما يضاف إلى التزام البنك الأول(بنك العميل مصدر الخطاب)، ويكون البنكان مسؤولان أمام المستفيد يحق له مطالبة أي منهما ما لم ينص الخطاب على خلاف ذلك. ويقول بعض الفقه أن هذا هو الضمان المقابل.

المطلب الرابع: صور خطاب الضمان بحسب مدته

تصدر خطابات الضمان إما محددة المدة أو غير محددة المدة.

ففي الحالة الأولى يظل التزام البنك فيها قائما لحين انتهاء مدتها، ولا يجوز له الرجوع عنه قبل هذه المدة[2]، وإلا كان مسؤولا أمام المستفيد. وعلى البنك قبل إصدار هذا النوع من الخطابات التفطن إلى تقدير مخاطره و حساب العمولات اللازمة.

أما إذا كان الخطاب غير محدد المدة، جاز للبنك أن ينهيه في أي وقت بعد إخطار المستفيد قبل مدة كافية لتمكينه من تحضير المستندات اللازمة إذا

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 118.

2- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، نفس المرجع، ص43.

قرر تقديم طلب الوفاء، مع الإشارة إلى إمكانية طلب تجديد مدته أثناء سريانه. وفي كلتا الحالتين يتوجب على البنك احترام هذه المدة سواء حددت أو تركت بغير تحديد، ويبقى ملتزما لحين انقضائها أو تقدم المستفيد للمطالبة بالوفاء بقيمة الخطاب، وبانقضائها يزول حقه[1].

المطلب الخامس: صور أخرى لخطاب الضمان

تتنوع صور خطاب الضمان باختلاف مجالات استخدامها، بحيث لا يمكن حصرها في فئات محددة، فهي غالبا ما تصدر للغرض منها.

من بعض أشكال خطابات الضمان القليلة التداول في الميدان العملي، تلك التي تقدم عن الشيكات المفقودة لضمان عدم تقديمها للوفاء مرة أخرى، كما تحرر خطابات لفائدة مصالح الضرائب ضمانا لما هو مستحق من رسوم وضرائب من طرف المكلف بالضريبة، الذي يمكنه طلب آجال للدفع في مقابل إيداع كفالة بنكية[2] إلى قابض الضرائب بالنسبة لبعض الرسوم[3]، كالرسم على القيمة المضافة أو عن الضرائب المتنازع فيها[4].

1- رفضت محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية في قرار لها بتاريخ: 29-04-1986، قضية رقم: 84-14-262، المطالبة بعد التاريخ المحدد للخطاب في قضية بين البنك الفرنسي: " القرض الليوني Crédit Lionais " و بنك اسباني:" البنك الشعبي الإسباني Banco Popular Español "، يراجع الموقع الالكتروني:

WWW.MCJ.fr, visité le: 17-07-2015.

2- Les obligations cautionnées.

3- يراجع الملحق رقم: 8 ، ص 294 من هذه الأطروحة.

4- J/ Rives- Langes, op.cit, p 557.

كما يمكن تقديم خطابات في حالات الشراء بالتقسيط والبيع الآجل كضمان للوفاء[1]. ولعل أهم أشكال خطابات الضمان التي أفرزها التطبيق العملي هو خطاب الضمان المستندي، يتم إنشاؤه على هامش إتفاقية الإعتماد المستندي ويتم الإعتماد عليها لتحديد المستندات الضرورية للضمان ووحدها إتفاقية الإعتماد المستندي هي التي تسري في مواجهة الأطراف[2]. كما أن المستفيد من خطاب الضمان عليه أن يقدم المستندات الضرورية لصحة وشرعية مطالبته[3].

1- يراجع في هذا الشأن: خالد وهيب الراوي، المرجع السابق، ص ص130-148 وأحمد الحسني، المرجع السابق، ص ص10-11.

2- P/ Neau-Leduc, op.cit, p 292.

3- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garantie du Crédit, op.cit, p276.

المبحث الثاني: الإجراءات الشكلية لإصدار خطاب الضمان المصرفي

يرتبط إصدار خطاب الضمان بإبرام العميل لعقد أيا كان نوعه أو طبيعته مع جهة أخرى(المستفيد)، بحيث يقدمه كضمان لتنفيذ التزاماته الواردة في العقد، فيلجأ العميل إلى بنكه طالبا منه إصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد، وفق الشروط المتفق عليها مع هذا الأخير. يكون للبنك دور رئيسي في دراسة الطلب والغاية منه وشروطه، كما يدرس ملاءة العميل وقدرته على السداد في حالة قيام البنك بالوفاء بقيمة الضمان للمستفيد تحت أي ظرف من الظروف، فإذا اقتنع البنك بمركز العميل، يناقش معه الضمانات التي يتوجب عليه تقديمها لتغطية الخطاب، هذه الضمانات تكون إما نقدية أو عينية كرهون أو أصول عقارية، أو أوراق تجارية، أو أسهم شركات ويتمتع البنك بالسلطة التقديرية في اختيار أفضلها.

جدير بالذكر أن البنك ليس ملزما بقبول إصدار خطاب بالضمان للعميل في كل حالة، بل أن سلطته التقديرية في القبول أو الرفض غير مقيدة بتعليل الأسباب[1]. وهو ما أكدته المادة: 7 فقرة ب من القواعد الموحدة لخطابات الضمان، حيث تنص على ما يلي:" ولا يوجد بمقتضى هذه المادة ما يلزم الضامن بإصدار ضمان ما لم يكن قد وافق على إصداره"[2].

1- مع التحفظ بشأن هذه النقطة حيث أنها محل جدل في الفقه والقضاء الفرنسي.

2- دليل القواعد الموحدة لخطابات الضمان، المرجع السابق، ص5.

قبل التفصيل في الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان، نشير إلى أن هذه العملية تسبقها مرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي مرحلة وجود عقد الأساس الذي ينظم العلاقة بين العميل والمستفيد، والذي بموجبه يطلب المستفيد من العميل تقديم الضمان البنكي. إلا إذا تعلق الأمر بإبرام الصفقات العمومية، حيث لا يعد وجود هذا العقد شرطا لاسيما إذا كنا بصدد خطاب ضمان إبتدائي[1].

المرحلة الثانية: أن يقوم العميل بتوقيع عقد فتح الإعتماد بالضمان مع البنك بعد دراسة المشروع أو الصفقة، وإبداء موافقته المبدئية على إصدار الخطاب وفق الشروط المتفق عليها.

إن صيغ ونماذج خطابات الضمان وإن اختلف شكلها من بنك إلى آخر، فهي تتضمن نفس البيانات الخاصة بنوع الخطاب، وقيمته ومدته والغرض منه، واسم المستفيد، واسم العميل وعنوانه وصفته وتوقيعه. كما تتضمن هذه النماذج ذات الشروط الأساسية، وخاصة الشرط المتعلق بتفويض البنك بالدفع للمستفيد لدى أول طلب وبالرغم من أية معارضة من جانب العميل[2].

يجهزه البنك هذه النماذج لخطابات الضمان مسبقا، ولا يكون على العميل سوى إكمال بياناته ثم التوقيع عليها، مما يؤكد تصنيفها ضمن العقود النموذجية التي تتضمن شروطا تكون في مصلحة البنك أولا وآخرا، خاصة وأن المشرع البنكي لم يتدخل لتنظيم هذه العملية وتحديد القواعد الكفيلة بحماية

1- J/Rives- Langes, op.cit, 729.

2- عبد المجيد محمد عبودة، المرجع السابق، ص 78.

جميع الأطراف الذين يتدخلون بشكل مباشر أو غير مباشر في هذه العملية، حرصا على المصلحة العامة والخاصة.

إثر زيارة ميدانية لعدد من البنوك الوطنية[1] والأجنبية الخاصة والتحاور مع مسؤوليها، تبين لنا أن عملية إصدار خطاب الضمان تمر ببعض الإجراءات الشكلية أهمها:

1- تقديم طلب خطاب الضمان من العميل إلى البنك، حيث يقوم البنك بدراسة الطلب والتحقق من توافر جميع الشروط التي تتوافق مع النظام الأساسي للبنك، وغالبا ما يتم تقديم الطلب في نموذج معد مسبقا من البنك[2]. وهناك من البنوك من لا يمانع في تقديم الطلب من العميل في ورق خاص به، كمحررات خاصة بالشركة، أو في ورق عادي.

2- يقوم البنك بالتحقق من صحة التوقيع المنسوب للعميل كأول إجراء، ثم يحدد الغطاء النقدي أو أي ضمان لازم لإصدار هذا النوع من الخطابات طبقا لسياسته البنكية وشروط التسهيلات لديه، ثم يؤشر على الطلب بما يفيد إما الموافقة أو الرفض.

3- تتم طباعة نموذج خطاب الضمان على الورق الخاص بالبنك، وفقا للشروط التي تم الإتفاق عليها بينه وبين العميل، ثم يتم بعد ذلك التوقيع على الخطاب وختمه بالختم الرسمي للبنك وعادة ما يتم إصدار نسختين يحتفظ بهما البنك، الأولى في سجلاته، والثانية في ملف العميل.

1- البنك الخارجي الجزائري (BEA) و بنك التنمية المحلية (BDL) وكالتي بني صاف.

2- يراجع الملحق رقم: 9 و10 ، ص ص295-297 من هذه الأطروحة.

4- يتضمن خطاب الضمان رقما تسلسليا يُقَيَّدُ في السجل الْمُعَدِّ لهذا الغرض.

5- يُبَيَّنُ في خطاب الضمان تاريخ صدوره، وتاريخ انتهاء صلاحيته، واسم المستفيد منه بشكل واضح، وقيمة الخطاب أو الحد الأقصى له، كما تُدَوَّنُ في الخطاب أية شروط أو مستندات أخرى يتفق العميل والمستفيد على تقديمها من أجل صرف قيمة الخطاب[1].

6- يتضمن خطاب الضمان إلتزام البنك بالوفاء بقيمته للمستفيد "عند أول طلب"، ودون الإعتداد بأية معارضة من العميل، ليؤكد مدى استقلالية هذا المحرر عن سائر العقود المرتبطة به أو التي صدر بمناسبتها.

7- تتم مراجعة خطاب الضمان من الموظف المختص في البنك ويتم التأشير عليه بما يفيد ذلك.

8- في حالة إصدار خطاب الضمان بغطاء نقدي، يُخْصَم الغطاء من حساب العميل أو يُضَافُ لحساب خاص: "غطاء نقدي مقابل خطاب ضمان"، ضمن الحسابات الداخلية للبنك، وتُسَجَّلُ قيمة الغطاء في دفتر خاص مضبوط يوميا في السجلات المحاسبية، كما تخصم العمولة المستحقة من حساب العميل.

إثر هذه العملية، قد يكتفي البنك بالتأشير على حساب العميل بالتحفظ على المبلغ المطلوب غطاءا للضمان أو أن يحتجزه في حساب غير شخصي

1- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية – التبعية وغير التبعية- (الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، المرجع السابق، ص 57.

يعرف بـ: "إيداعات الضمان"[1]، لا يفرج عنه ما دام إلتزامه بالخطاب قائما.

9- يتم تسليم نسخة من الخطاب للعميل أو ممثله القانوني (المحامي أو المحاسب) مقابل توقيع بالإستيلام.

10- في الضمان المقابل تتم المراسلة بين البنكين في شكل تلكسات محمية بمفاتيح، وغالبا ما تتخذ شكل النماذج المقترحة من طرف غرفة التجارة الدولية[2]. وإذا كان الضمان مستنديا، كان لابد من إرفاقه بالمستندات الضرورية[3].

تجدر الإشارة، أن إصدار خطاب الضمان لا يستتبع بالضرورة صرف قيمته، فالكثير منها لا تصرف إما لانتهاء مدتها أو لعدم الحاجة لاستخدامها بسبب وفاء العميل بالتزاماته تجاه المستفيد.

ومن الناحية العملية، فإن البنك لا يتعرض لأية خسائر، فهو إما أنه أخذ ضمانات كافية من عميله قبل إصدار الخطاب، أو أنه أخذ تعهدات منه أنه سيسدد للبنك مبلغ الخطاب في حالة الوفاء للمستفيد. وفي كلتا الحالتين يكون قد تقاضى عمولة عن تلك الخدمة[4].

نتناول هذه الإجراءات الشكلية لإصدار خطاب الضمان المصرفي بشيء من التفصيل في مطلبين، تناولنا في المطلب الأول صيغة خطاب الضمان المصرفي، أما المطلب الثاني فقد خصص لدراسة غطاء خطاب الضمان المصرفي.

1- Les dépôts de garanties.

2- J/Pierre Mattout, op.cit, p156.

3- J/Rives- Langes, op.cit, p730.

4- خالد وهيب الراوي، المرجع السابق، ص 128 وما بعدها.

المطلب الأول: صيغة خطاب الضمان المصرفي

تكتسي صيغة خطاب الضمان أهمية كبيرة، بسبب كونها المرجع في توافر الشروط الضرورية لاعتباره خطاب ضمان مصرفي وليس كفالة بنكية وكذا معرفة أحكام تنفيذه. ويكون خطاب الضمان مكتوبا، ويمكن أن يشير إلى عقد الأساس دون الرجوع إليه[1].

كما أن صحة دفع البنك ورجوعه على العميل تتحدد بعبارات الخطاب ذاته، فيجب أن يكون التعهد بالضمان المستقل صريحا عن طريق وضع عبارة " الدفع لدى أول طلب"[2] أو أي عبارة تفيد ذلك. ويكون من واجب البنك المصدر تجاه عميله الآمر تقديم النصح والإرشاد بشأن الصيغة الملائمة للخطاب[3]، تجنبا لوقوع خلافات بشأن تنفيذه بحكم حرفيته في مجال الإئتمان عموما وإصدار الخطابات خصوصا.

الفرع الأول: التمهيد المبين في أعلى خطاب الضمان

إعتادت البنوك على الإشارة إلى العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد في مقدمة خطاب الضمان أو في الديباجة، وذلك تحديدا لعقد الأساس الذي بموجبه إلتزم العميل بإصدار الخطاب لفائدة المستفيد.

ولا يعني هذا أن تنفيذ خطاب الضمان متوقف على تحقيق الشروط في العقد الأساس، أو أنه تابع له، إذ أن ذلك يتعارض مع مبدأ استقلاله عن العقود المرتبطة به. فإذا كان الأمر كذلك، فالسؤال الذي يطرح نفسه:

1-P/ Neau-Leduc, op.cit, p290.

2- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garantie du Crédit, op.cit, p 281.

3- ماهر كنج شكري، المرجع السابق، ص426.

لماذا يرد ذكر عقد الأساس في مقدمة خطاب الضمان؟

الإجابة على هذا السؤال هو أن بيان سبب إصدار خطاب الضمان في مقدمته أمر ضروري، يُمَكِّنُ البنك من التحقق من أن المستفيد لن يصرف قيمة الخطاب إلا لأسباب تتعلق بعقد الأساس وليس بسبب علاقة أخرى مع العميل، إذ أن المقصود من ذكر عقد الأساس في الديباجة هو التأكيد على أن الخطاب لم يصدر إلا بمناسبة هذا العقد، وأن الوفاء بقيمة الخطاب لن يطالب بها المستفيد إلا لتأمين العملية الواردة بعقد الأساس وليس بسبب عملية أخرى، علما أنه إذا ورد بعد ذلك أي تعديل على عقد الأساس، فإن ذلك لن يكون له أدنى تأثير على وجود الخطاب وشروطه، لاستقلال العقدين[1]. إلا أن يرد في الخطاب إحالة إلى موضوع في العقد الأصلي فيرتبط به في حدود هذه الإحالة، كحالة تخفيض مبلغ الضمان بالتبعية لنسبة تنفيذ عقد الأساس، فالبنك كي يلتزم بالدفع للمستفيد يجب أن يعلم القدر الذي تم تنفيذه من العقد. ومثل هذا الإجراء لا يُفْقِدُ الخطاب ذاتيته واستقلاله، ما دام أن هذا الجزء المنفذ سيكون مُثْبَتًا بمستندات يقدمها المستفيد للبنك الضامن.

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 53.

الفرع الثاني: التعهد الصادر من البنك

جرى العرف المصرفي على أن يرد تعهد البنك الضامن الوارد بخطاب الضمان، بالدفع للمستفيد لدى أول طلب مقرونا بعبارة: " بالرغم من معارضة العميل " أو " بالرغم من أي معارضة قد تنشأ منا أو من العميل"، وبدون هذه العبارة يفقد الضمان قيمته. أي أن وصف التزام البنك بهذا الشكل ونزول البنك عن التمسك على المستفيد بدفوع عقد الأساس لا يفترض بل يجب النص عليه صراحة في الخطاب، وهذه العبارة هي التي تقطع العلاقة بين عقد الأساس وخطاب الضمان؛ وهو الأمر الذي أكدته القواعد الموحدة في مادتها الثانية، وإن أي خطأ يرتكبه البنك الضامن عند تحرير الخطاب يمكن أن يؤدي إلى بطلان تعهده[1].

كما تنص معظم نماذج خطابات الضمان المطبوعة من البنوك، عن تنازل العميل عن شرط الإخطار بالإضافة إلى عبارة " بالرغم من أي معارضة منه"، ولهذه العبارة أيضا أهميتها من الناحية القانونية إذ أنها تُفْقِدُ العميل حقه في الإحتجاج بشرط الإخطار السابق الذي يخوله له القانون (المادة: 653 من ق. م .ج). كما أن إخطار البنك للعميل قد يوقعه في إشكال إذا رد عليه هذا الأخير معترضا، فإما أن يقوم البنك بالوفاء للمستفيد على مسؤوليته أو أنه يكون مسؤولا أمام المستفيد بسبب عدم الوفاء الفوري الذي يقتضيه هذا النوع من الضمان.

1- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garantie du Crédit, op.cit, p 281.

يرى الفقيه الفرنسي MATTOUT أن عبارة :" لدى الطلب" تفيد بذاتها نزول الضامن عن التمسك بأي دفع[1]، ويتبع القضاء الفرنسي نوعا من الشكلية في تفسير عبارات الضمان بمعنى ضيق ومحدد، فالخطاب الذي ينص على التعهد بالوفاء" بالمبالغ الواجبة" في الضمان المستقل يجعلها مستحقة الدفع بشكل أكيد.

إن التزام البنك في خطاب الضمان يكون مجردا، بمعنى ألا يتوقف تنفيذه على تحقق شرط معين؛ وذلك هو الأصل، واستثناءا أوجدت الممارسة صورا أخرى لخطاب الضمان تَحُدُّ من تجريده بشرط أن يحتفظ الخطاب باستقلاله وكفايته الذاتية.

فيجوز أن يكون في الخطاب التزام البنك معلقا على شرط واقف أو يعلق وفاؤه على أجل أو على تقديم مستندات، كأن ينص خطاب الضمان الخاص بمناقصة ما على أنه لا يسري إلا من تاريخ فتح الأظرفة أو أن لا يسري إلا بعد إلغاء خطاب الضمان الإبتدائي. وإن تعليق الإلتزام في خطاب الضمان بهذا الشكل قد أجازه الفقهاء، مادام أن هذا الشرط غير راجع إلى العميل الآمر أو البنك الضامن، وأن المستندات المطلوبة مذكورة في الخطاب نفسه. فإذا لم يتحقق الشرط بصفة نهائية فقد الضمان فعاليته، وهو" شرط الكفاية الذاتية " أي أن يكون كافيا بذاته دون وقائع خارجة عنه[2]، ولا على تحقق شرط ولا على حلول أجل غير مذكور فيه، فإذا طالب المستفيد البنك بالوفاء أثناء سريان الضمان وتحققت شروطه وقدم إليه المستندات المذكورة في

1- J/Pierre Mattout, op.cit, p158.

2- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص58.

الخطاب وجب عليه الوفاء فورا، ولا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط ولا يُعْتَدُّ بغير تلك المستندات أيضا، بحيث أن شروطه تكون مذكورة فيه وراجعة إلى المستفيد منه. أما إذا تعذر تحقق الشرط الذي عُلِّقَ عليه تنفيذ الخطاب زال الضمان نهائيا.

يرى الفقه الفرنسي أن مصطلحات الضمان تحدد كيفيات تطبيقه، بما يعني أن الصيغة غير المحددة تجعل التفسير حساسا. وقد أولى القضاء في بادئ الأمر أهمية بالغة لعبارة " لأول طلب" أو عبارات مشابهة، ثم أصبح يبحث في إرادة الأطراف ومقتضيات العملية في السوق لاسيما في ميدان التجارة الخارجية، وتراقب محكمة النقض غياب المصطلح الذي يبين استقلالية التعهد البنكي من أجل تصنيفه ضمن الكفالات البنكية أو الضمانات المستقلة. هذا التصنيف يعتمد أيضا على القانون المطبق على الضمان نفسه، فقد ذهب مجلس قضاء باريس إلى القول بأن العبارات المتناقضة في وثيقة الضمان تعني أن مطالبة المستفيد بالضمان يجب أن تكون معللة[1].

1- J/Pierre Mattout, op.cit, p161.

الفرع الثالث: تعيين أطراف خطاب الضمان

من أهم شروط صياغة خطاب الضمان أن يرد ذكر اسم العميل الآمر والبنك الضامن والمستفيد على وجه الدقة، وبشكل ناف للجهالة، بحيث لا يثور مستقبلا أي خلاف حول أطرافه، وبخاصة المستفيد. ومتى تم تعيين أطراف الخطاب على الوجه المذكور، يمتنع تغيير أطرافه، ما لم يكن ذلك منصوصا عليه صراحة في خطاب الضمان بسبب أنه ضمان يقوم على الإعتبار الشخصي " فلا يجوز طلب الوفاء من شخص آخر غير المستفيد، لأن ذلك سيؤدي إلى فسخ عقد الإعتماد بالضمان وكذلك الضمان"[1].

بالتبعية لذلك، لا يجوز نقل حق المستفيد في المطالبة بخطاب الضمان إلى شخص آخر، إلا إذا ورد في خطاب الضمان نص صريح يُجِيزُ ذلك يترتب عليه نشوء حق للمستفيد في التنازل عن حق المطالبة بقيمة خطاب الضمان لفائدة شخص آخر.

وذلك ما أكدته القواعد الموحدة في المادة: 4 منها بقولها أن: "حق المستفيد في تقديم مطالبته في نطاق ضمان غير قابل للتنازل عنه، ما لم يكن قد نص على ذلك صراحة في الضمان أو في أي تعديل لاحق 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"[2].

إذا تعلق الأمر بضمان مقابل وجب ذكر الضامن المقابل (وهو البنك

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص59.

2- دليل القواعد الموحدة لخطابات الضمان، المرجع السابق، ص3.

الآمر الأول) في ورقة مستقلة، حتى لا يعلم المستفيد شخصية الضامن المقابل طبقا لمبدأ السرية المصرفية في البنوك.

الفرع الرابع: تحديد تاريخ بداية نفاذ خطاب الضمان ومدة سريانه

يجب أن يُحَدَّدَ في صيغة خطاب الضمان التاريخ الذي يبدأ منه نفاذه[1] بشكل واضح وصريح، بموجبها يبدأ سريانه في لحظة لاحقة على إصداره بمدة معينة أو قابلة للتعيين. ويُعَدُّ ذلك شرطا لازما لصحة صيغته. والقاعدة أنه لا يدخل الخطاب حيز التنفيذ إلا من تاريخ تسليم الوثيقة للمستفيد تسليما فعليا إلا أن يتم النص الصريح في الخطاب على معنى مخالف، وبالتالي يمتنع البنك – منذ وقت التسليم– عن الرجوع في تعهده بالضمان إلا بموافقة المستفيد، ويتعين عليه احترام التزامه.

يجوز تعليق تنفيذ خطاب الضمان على شرط واقف، بشرط تحديد هذا الشرط بشكل صريح وواضح في وثيقة خطاب الضمان ذاته، من أمثلة ذلك أن يتم النص في الخطاب على عدم سريانه إلا بعد إلغاء خطاب الضمان الإبتدائي أو بعد البدء في تنفيذ عقد الأساس أو بعد فتح الأظرفة.

الأصل أن يتم تحديد مدة سريان خطاب الضمان في صيغته، وقد سبق الإشارة إلى أن حق المستفيد في الخطاب ينشأ بمجرد وصول وثيقة الضمان إليه، ويظل بذلك حقه قائما إلى آخر المدة المحددة في الخطاب. أما إذا لم يتم تحديد مدة لسريان الخطاب، فاعْتُبِرَ الضمان غير محدد المدة، وبناء عليه

1– يطلق عليها في الإصطلاح البنكي: "La date de valeur".

يجوز للبنك الملتزم به أن ينهيه في أي وقت بشرط إخطار المستفيد برغبته في إنهائه في زمن مناسب[1].

في حالة تحديد مدة سريان خطاب الضمان، يظل البنك ملتزما تجاه المستفيد طيلة فترة سريان هذه المدة، فإن تقدم هذا الأخير بطلب تسييل مبلغ الخطاب في أي وقت خلال هذه المدة، فإنه يكون على البنك الوفاء بقيمته، أما إذا انتهت هذه المدة دون أن يتقدم المستفيد بأي مطالبة، أو تقدم بها بعد المدة المحددة في الخطاب، يسقط التزام البنك نهائيا بدون حاجة إلى إخطار المستفيد أو اتخاذ أي إجراء آخر. فالمدة المحددة في الخطاب تعتبر الحد الأقصى لنفاذه[2].

تطرح مدة سريان الضمان مشكلة انقضاءه عندما يعتمد إما على تاريخ أو حدث، فإذا تم تحديد المدة بالتاريخ لن يتحقق إلا بالنص الصريح، ومعناه أن حلول أجل الخطاب هو الحد الأقصى لصلاحيته ومطالبة المستفيد بحيث لا يمكن قبول أي مطالبة بعد هذا التاريخ، وذلك ما تبنته القواعد الموحدة في

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص67.

2- حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ: 27-05-1969 في قضية بين رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للتأمينات الإجتماعية وشركة عزمي من جهة ضد بنك الجمهورية، الذي حل محله بنك بور سعيد في الدعوى رقم: 1963/1924، تجاري، القاهرة، حيث طالب الحكم الأول بتاريخ: 13-11-1963 بإلزام البنك الطاعن في مواجهة الشركة المطعون عليها الثانية بدفع مبلغ 178238 جنيه و962 جنيه فوائد قانونية من تاريخ المطالبة القضائية، فقضت المحكمة بأن: "مؤدى سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة، هو التزام البنك بوفاء قيمته خلال هذه المدة بحيث لا يعتبر التاريخ الوارد فيه هو بداية استحقاق التزام البنك، بل يلتزم البنك بالدفع طول مدة الضمان حتى التاريخ المذكور في خطاب الضمان، باعتباره حدا أقصى لنفاذه". الحكم منشور بالموقع الإلكتروني:
www.cc.gov.eg/Garida.aspx, visité le 03-11-2016.

المواد: 19 و22 منها. وإنه؛ وفي الضمان المقابل، عندما لا يتم تحديد المدة جرى العمل على أن تنتهي مدة الخطاب بعد أيام قليلة من انتهاء الضمان الأول وهو ما يصطلح عليه بنكيا: ميعاد البريد(le délai de courrier)، بمعنى أن الضمانين ينتهيان معا[1].

كما أن الجمع بعبارتين لانتهاء مدة الخطاب، معناه أن ينتهي بتحقق إحداهما كعبارة: " انتهاء الأشغال وكحد أقصى في 31-12-2016 " مثلا، فبحلول أحد الأجلين ينتهي الضمان.

إن الإسترداد المادي لوثيقة الضمان يمكن أن يشكل طريقا لإنهاء مدته، دون أن يعني ذلك أن عدم إرجاعه يعني استمرار صلاحيته بالقوة، إلا إذا وُجِدَ شرط صريح في هذا المعنى (المادة: 24 من القواعد الموحدة).

كما أن تسليم الخطاب من قبل المستفيد إلى البنك المصدر له بعد انتهاء مدته، لا يعد تنازلا عنه[2] إلا إذا تضمن الخطاب مثل هذا الإتفاق أو اقترن تسليمه إلى البنك بما يدل على تنازل المستفيد عما ورد به من حقوق رغم أن حقه فيه يسقط، بما أن المطالبة لم تصدر إلى البنك في نهاية التاريخ المحدد بالخطاب.

تنص المادة: 19 من القواعد الموحدة 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 انتهاؤه، طبقا للتعريف الوارد بالمادة:

1- J / Pierre Mattout, op.cit, p159.

2- نقض تجاري مصري بتاريخ: 27-06-1994، طعن رقم: 7304، مجلة محكمة النقض المصرية العدد:63، لسنة: 1994، بين بنك مصري وشركة فرنسية.

22، وعلى الأخص كل المستندات المحددة في الضمان كشرط المطالبة، وأي قرارات مطلوبة حسب المادة:20، يجب تقديمها للضامن قبل انتهاء الضمان وفي مكان إصدار الضمان وإلا رفض الضامن المطالبة"[1].

يشير الفقه في هذه الحالة، أنه إذا وردت المطالبة من المستفيد بالفاكس أو التلكس قبل انتهاء ساعات عمل البنك، فإن هذه المطالبة تكون قد قُدِّمَتْ ضمن مدة سريان الخطاب، حتى وإن كان سوف يتم تسديد قيمة الخطاب بعد انتهاء مدته، فالعبرة بوقت تقديم المطالبة. وكذلك الحال إن تعلق الأمر ببعض الطرق الحديثة للمطالبة كالرسائل النصية عبر الإنترنيت (mail).

أما إذا صادف انتهاء مدة خطاب الضمان يوم عطلة رسمية، فإن مدة الضمان تمتد بقوة القانون إلى اليوم التالي بعد العطلة[2].

يحرص البنك على بيان التزامه بالدفع إذا وصلته المطالبة في الوقت المحدد وذلك في نص الخطاب، ويترتب على ذلك أن المستفيد عليه إبداء مطالبته بالوفاء في مدة كافية، فيتحمل نتائج تأخر البريد مثلا. هذه الفرضية تفرضها ضرورة إبراء البنك من التزامه بالضمان في اليوم التالي لانتهائه فورا وكذا استرداد الغطاء من طرف العميل في ذات اليوم، لأن البنك بذلك يفقد ضمانه في مواجهة عميله، ومن جهة أخرى لا يمكن القول بانتظار المطالبات التي تكون في طريقها للوصول إلى البنك.

1- دليل القواعد الموحدة لخطابات الضمان، المرجع السابق، ص23.

2- Le premier jour ouvrable.

- **تمديد مدة خطاب الضمان:**

الأصل أن يتم تحديد مدة خطاب الضمان تحديدا صريحا، فلا يجوز تعديلها بالزيادة أو النقصان فإذا انقضت المدة سقط التزام البنك نهائيا، دون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر وينشأ بالتبعية لذلك حق العميل في استرداد غطاء خطاب الضمان سواء كان هذا الغطاء نقديا أو رهنا لأصول عقارية أو أوراق تجارية أو كفالة شخصية.

استثناء، تنشأ الحاجة لتمديد مدة خطاب الضمان لسبب أو لآخر، كعدم استكمال تنفيذ عقد الأساس، بحيث تكون من مصلحة العميل الإتفاق مع المستفيد على تمديد مدة صلاحية خطاب الضمان بدلا من دفع قيمته. وإن البنك لا يملك صلاحية تمديد مدة الخطاب دون الرجوع إلى العميل وأخذ موافقته[1].

" فإذا 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"[2]. وفي حالة رفض العميل للتمديد، يتعين على البنك إخطار المستفيد فورا بهذا الرفض، حتى يتمكن من إبداء طلب التسييل قبل انتهاء مدة الخطاب. كما أن رفض العميل لطلب التمديد لا يعني أن يأمر البنك بعدم الدفع، لأنه ينفذ

1- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 69.

2- نقض مصري بتاريخ: 11-02-1980، طعن رقم: 159، مجلة محكمة النقض المصرية العدد: 46 ، لسنة: 1980، بين مصلحة الأشغال العسكرية(المستفيدة من خطاب الضمان)، ضد ورثة مقاول كلف بتنفيذ أشغال رصف مطار دخيلة وبنك مصري.

التزامه تجاه المستفيد بصفته أصيلا لا وكيلا عن العميل[1]. وإن كانت بعد الآراء الفقهية تجيز ذلك في حالة تحقق المصلحة بحيث يتم تطبيق أحكام الفضالة[2] إذا توافرت شروطها[3].

يلجأ البنك إلى إجراء التجديد على سبيل أحكام الفضالة[4]؛ في توليه شأنا عاجلا لرب العمل، عندما يرى أن مصلحته ومصلحة العميل تكون في تمديد الضمان بدل الوفاء الفوري لعدم كفاية غطاء الضمان مثلا أو عدم تغطية

1- نقض تجاري مصري بتاريخ: 13-02-1984، طعن رقم: 1189، مجلة محكمة النقض المصرية العدد: 49، لسنة: 1984، جاء فيه: "علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل، فيلتزم البنك بأداء المبلغ الذي يطالب به المستفيد فور طلبه باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان، طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المبين به. ولا يسقط هذا الإلتزام إذا طالب المستفيد البنك أثناء سريان الخطاب بالوفاء أو مد أجل الضمان، إذ لا يتصور أن يضار المستفيد لمجرد أنه عرض إمكان انتظاره مدة أخرى، والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة التي يتهدفها نظام خطابات الضمان في التعامل. ومن ثمة يكون سداد البنك في هذه الحالة وفاء صحيحا، متى وصلت إليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان ويترتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع، حتى لوتم هذا الوفاء بعد انتهاء مدة سريان الخطاب، لأن العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته".

2- المادة: 150 ق. م . ج وما بعدها.

3- نقض تجاري مصري بتاريخ: 31-12-1979، طعن رقم: 911، مجلة محكمة النقض المصرية العدد: 47، لسنة: 1979 جاء فيه: "... كما أن تمسك الطاعن بأحكام الفضالة في مواجهة مورث الطاعنين بمد أجل خطاب الضمان رغم ما بينهما من رابطة عقدية يكون في غير محله".

4- يراجع في أحكام الفضالة: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء 01، المرجع السابق، ص1231 و ما بعدها.

الخطاب أصلا. ومتى تحققت شروط الفضالة[1] يكون البنك نائبا عن عميله في هذا التجديد، ويكون على العميل تنفيذ التعهدات التي عقدها البنك نيابة عنه، كما يقع عليه تعويضه عن التعهدات التي عقدها البنك باسمه شخصيا بما فيها النفقات الضرورية والفوائد والعمولات. لكن الأرجح أن البنك لا يملك هذه الرخصة، وإن قام بذلك دون موافقة عميله، يكون ذلك على حساب مسؤوليته، أي أنه لا يستطيع الرجوع على عميله إذا قام بالوفاء للمستفيد بعد التجديد أي في ظل المدة الجديدة.

يسمي الفقه هذه العملية تجديدا، وليس تمديدا ذلك لأن التمديد يكون بطلب من العميل يوجهه للبنك يستوجب موافقة هذا الأخير عليه وقبل انتهاء مدته الأصلية، أما التجديد فيترتب عليه أن يقوم البنك بإصدار خطاب جديد برقم جديد وتاريخ جديد يتم تقديمه بعد إنتهاء المدة الأصلية للخطاب الأول.

1- نقض تجاري مصري بتاريخ: 18-04-1977، طعن رقم: 562، مجلة محكمة النقض المصرية العدد: 40 ، لسنة: 1977، جاء فيه أن:" الحكم المطعون فيه اقتصر في إقامة قضائه برفض دعوى الطاعن – البنك – قبل المطعون ضدهم- العملاء – على أنه لا يجوز للبنك أن يستقل بمد أجل خطاب الضمان دون موافقة عميله، مادام أن للضمان أجلا موقوتا في الخطاب الصادر للمستفيدة – شركة مصر للتجارة الخارجية – والمتفق على تحديده مقدما، وهو ما لا يواجه دفاع الطاعن من أنه كان وقت تجديد خطاب الضمان فضوليا تولى شأنا عاجلا للمطعون ضدهم أثناء توليه شأن نفسه، بما يصلح أساسا لمطالبة المطعون ضدهم بالمبلغ الذي أداه لشركة مصر للتجارة الخارجية، وكان المعول عليه في معنى القصور – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون الدفاع الذي يلتفت الحكم عن الرد عليه جوهريا ومما قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع على أهميته ويقسطه حقه من الرد، فإنه يكون مشوبا بالقصور.

إن المستفيد إذا أراد تمديد أجل الخطاب عليه أن يتوجه بطلبه إلى العميل، لأن خطاب الضمان يتعلق بالعلاقة بينهما، فإذا توجه بطلبه إلى البنك بدلا عن العميل ولم يكن البنك مخولا بهذا التمديد بموجب نص الخطاب، يكون قد أخطأ في الجهة التي يجب تقديم الطلب إليها. فإذا رفض البنك التمديد أو سكت عنه إلى غاية انتهاء مدة الضمان، ضاعت فرصة المستفيد في طلب الوفاء ولا يمكنه الإحتجاج في مواجهة البنك بجهله أو خطئه في تقديم الطلب، لاسيما وقد أفرج البنك عن الضمان لصالح عميله[1].

وإن ضرورة تقديم الطلب من المستفيد إلى العميل؛ وليس إلى البنك الآمر، يبررها أن يكون للعميل من الأسباب ما يكفي لرفض التمديد كأن يكون طلب التمديد بغير مبرر فعلي، أو أن مصلحة العميل في الوفاء بمبلغ الخطاب بدلا من تمديده. لكن الوضع يتغير إذا ورد طلب المستفيد للبنك بالتجديد بعبارة: "طلب الوفاء إن لم يوافق البنك على تجديد الخطاب" أو عبارة " التمديد أو الدفع". فمثل هذه العبارات –وإن كانت في السابق محل جدل فقهي– إلا أنها أصبحت الآن تعني أن البنك إذا رفض التجديد أو التمديد عليه الدفع فورا[2] للمستفيد.

حيث يرى بعض الفقه أن المطالبة بالوفاء يجوز أن تكون صريحة أو ضمنية، من أجل أن يتحقق الضمان والثقة المتوخاة من الخطاب، ولا تصح إضاعته بحجة أن طلب الوفاء لم يرد صريحا.

1– علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 73.

2- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garantie du Crédit, op.cit, p 282.

يرى الفقه الفرنسي، أن كون الضمان مستقلا لا يُطْلِقُ حرية البنك في تمديد الخطاب فلا يحق له الموافقة على التمديد في حين أن العميل قد اختار الوفاء[1]. ويكشف التطبيق العملي في مختلف البنوك، أن صيغة خطابات الضمان تتضمن عبارات واضحة تمنح للبنك سلطة تمديد أجل الخطاب قبل انقضاء مدته متى طُلِبَ منه ذلك فإذا رفض التمديد حين يكون مخولا به، جاز للمستفيد المطالبة الفورية بالوفاء لأن هذا هو منطوق الخطاب بصرف النظر عما إذا كان عقد الأساس لم تنته مخاطره أو كانت قد انتهت.

في حالة قبول البنك المفوض بتجديد خطاب الضمان عند تلقيه الطلب من المستفيد فإن البنك إثر إرسال موافقته على طلب التجديد للمستفيد، يتعين عليه إخطار العميل فورا، بما أن التجديد سوف يزيد في مدة التزامه، فإذا تخلف البنك عن القيام بواجب الإخطار تجاه العميل، يعتبر ذلك خطأ منه في أداء مهامه يوجب مسؤوليته أمام العميل[2].

يسري هذا الحكم على جميع حالات التجديد الموجهة إلى البنك بطلب من العميل أو من المستفيد لأنه يزيد في التزام العميل. وإن إخطار البنك للعميل على هذا النحو، لا يعني أن يتقيد بإرادته، لأن العميل ليس له الحق

1- J/ Pierre Mattout, op.cit, p160.

2- نقض تجاري مصري بتاريخ: 08-07-1996، الطعنان رقم: 5176 و5892، مجلة محكمة النقض المصرية العدد: 64 ، لسنة: 1996، جاء فيه:" إذا كان البنك مصدر الخطاب 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 أو الوفاء للمستفيد بقيمته إلا إذا وصلت إليه المطالبة بالقيمة قبل انقضاء الميعاد المحدد لسريان خطاب الضمان، وإلا تحمل البنك مسؤولية هذا الوفاء".

في الإعتراض على دفع قيمة الخطاب بما أن التزام البنك هو التزام أصلي ومستقل عن التزام العميل. " فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد، ليس للعميل أن يتحدى بوجوب إعذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان... فالإعذار شُرِّعَ لمصلحة المدين"[1].

تشير المادة:17من القواعد الموحدة لخطابات الضمان في هذا الشأن على ما يلي: " ودون إخلال بالشروط الواردة بالمادة: 10، فإنه في حالة المطالبة يجب على الضامن وبدون تأخير إخطار الأصيل أو الطرف المصدر للتعليمات وفي هذه الحالة على الطرف المصدر للتعليمات إخطار الأصيل"[2].

كما تنص المادة: 26[3] من نفس هذه القواعد على ما يلي: " إذا طلب المستفيد مد أجل الضمان كبديل لطلب دفع قُدِّمَ طبقا لشروط وقواعد الضمان، وبالمطابقة لهذه القواعد يجب على الضامن بدون تأخير إخطار الطرف الذي أصدر للضامن تعليماته وفي هذه الحالة يُعَلِّقُ الضامن دفع المطالبة لوقت معقول يسمح للأصيل والمستفيد الوصول إلى إتفاق لمنح هذا الإمتداد"[4].

1- نقض تجاري مصري بتاريخ: 14-05-1964، طعن رقم: 370، مجلة محكمة النقض المصرية العدد: 29 ، لسنة: 1964، قضية بين تاجر مصري مقيم ببلجيكا (مستفيد من الخطاب) ضد البنك العربي الأهلي بالقاهرة ومشتري (عميل البنك).

2- دليل القواعد الموحدة لخطابات الضمان، المرجع السابق، ص8.

3- نفس المرجع، ص23.

4- يتم الإستشهاد في كل مرة بنصوص القواعد الموحدة لخطابات الضمان، بسبب انعدام النص التشريعي في القانون الجزائري.

الأحرى أنه على البنك إخطار العميل بطلب تمديد صلاحية خطاب الضمان الوارد من المستفيد، دون أن يُفْهَمَ من ذلك أن التمديد معلق على موافقة العميل، وإنما تحت إطار إلتزام البنك بالإعلام عند تنفيذه لمهامه ووظائفه تجاه عملائه. ويكون البنك المتخلف عن هذا الإخطار مسؤولا أمام العميل عن الضرر الذي يصيبه من جراء التجديد، كتحمل الفوائد والعمولات الزائدة عن المدة التي أضافها للخطاب بدون إذنه.

الفرع الخامس: تحديد مبلغ خطاب الضمان

يُحَدَّدُ مبلغ الضمان في الخطاب بشكل دقيق وذلك بذكر مقداره وعملته، كما يجوز أن يكون قابلا للتعيين وفي هذه الحالة يجب ذكر الأسس التي يتم بموجبها تحديد مبلغ الخطاب عند الإستحقاق، وبسبب أنه يحل محل التأمين النقدي لابد أن يكون مقوما بنقود.

كثيرا ما تتم الإحالة في تحديد مبلغ الخطاب إلى عقد الأساس، كأن يُذْكَرَ –على سبيل المثال لا الحصر– أن قيمة الخطاب الضمان تساوي قيمة التزام العميل الوارد بعقد الأساس وكافة ملحقاته.

يُؤْخَذُ على هذه الطريقة في تحديد مبلغ خطاب الضمان، أنها تمس بمبدأ استقلال الخطاب عن العقد الأساس، فضلا على كونها تتطلب البحث عن هذا المبلغ في عقد الأساس للتحقق من مقداره وملحقاته.

إن تعديل خطاب الضمان بالزيادة أو التخفيض يحتاج إلى إصدار خطاب ضمان جديد، تنتهي مدته في نفس تاريخ خطاب الضمان الأول، بحيث يحمل الخطاب الجديد رقما جديدا للتسجيل في سجلات البنك ويتضمن

كل بيانات الخطاب القديم فيما عدا القيمة[1]. لكن تخفيض قيمة الخطاب لا يجوز إلا بموافقة المستفيد، لأن فيها انتقاصا من حقوقه أما زيادته فلا تتم إلا بالموافقة الصريحة للعميل الآمر لأنه هو من سيتحمل المبلغ أولا وآخرا.

يجوز النص في خطاب الضمان، على أن المبلغ الذي يلتزم البنك بدفعه ينخفض تدريجيا ويسمى" الضمان المتدرج"[2]. وهنا يتعين تحديد الأساس الذي يُعْتَمَدُ عليه لحساب التدرج المتناقص تبعا لتقدم الأعمال في عقد الأساس[3]، كما في ضمان رد الدفعات المقدمة.

إن مبلغ الخطاب يجب تحديده بشكل واضح، حيث أن تحديده بنسبة من العقد الأصلي يثير مشكلة التعديل الآلي له عند مراجعة عقد الأساس. وعمليا في خطابات حسن التنفيذ واسترداد التسبيقات، يتم النص على وجوب تخفيض مبلغ الضمان تدريجيا بالنظر إلى الجزء المنفذ من الصفقة. هذا الترابط بين الضمان وعقد الأساس لا يُخِلُّ بمبدأ استقلاله ما دام تعهد البنك بالوفاء "بجزء أو كل" مبلغ الضمان. كما لا يمنع هذا التحديد الدقيق لمبلغ خطاب الضمان مطالبة المستفيد للبنك بمبلغ يقل عنه، متى رأى أنه لا يستحق القيمة الإجمالية للخطاب.

لا يكفي في وثيقة الخطاب تحديد المبلغ، بل يجب تحديد العملة أيضا، وتكتسي هذه العملية أهمية كبرى في حالة كون الأطراف من دول مختلفة في عقود التجارة الدولية، كأن يكون البنك والعميل الآمر من دولة، والمستفيد من

1- عبد المجيد عبودة، المرجع السابق، ص 102.

2- عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص 392.

3- يتم التحقق من تقدم الأعمال عن طريق القيام بمحضر معاينة.

دولة أخرى. كما أن تحديد مبلغ الضمان بالعملة الصعبة يطرح مشكل تغير أسعار الصرف بالنسبة للبنك والعميل الآمر معا، مما يجعلهما يتحملان خطرا إضافيا. فإذا أغفل البنك تحديد العملة يتم الدفع بعملة الدولة التي ينتمي إليها البنك المصدر للخطاب أو فرعه.

في الضمان المقابل لا يمكن أن تتم المطالبة إلا بالعملة المذكورة فيه، ومع ذلك تم التسليم عملا وفقها أن الضمان المقابل الذي يصدر بعملة غير قابلة للتحويل يجوز أن يتم صرفه بعملة بلد الوفاء، عندما لا يكون هذا البلد محلا للإستبعاد الصريح بنص الخطاب[1].

الفرع السادس: تحديد لغة تحرير خطاب الضمان

إن إصدار خطاب الضمان؛ وبسبب ارتباطه بعمليات التجارة الدولية، غالبا ما يصدر باللغة الأجنبية. أما إذا تم تحريره باللغتين المحلية والأجنبية يُذْكَرُ في الخطاب تحديد اللغة التي يُعْتَدُّ بها [2] .

كشفت الممارسة العملية أن محررات البنوك الجزائرية ووثائقها تصدر باللغة الفرنسية وفي بعض العقود الدولية باللغة الإنجليزية، وكذلك الأمر بالنسبة لخطاب الضمان. يتعلق الأمر هنا بالبنوك التابعة للقطاع العام أما البنوك الخاصة،لاسيما العربية (بنك الخليج، بنك البركة...) فإنها تصدر خطابات الضمان باللغة العربية.

1- J/ Pierre Mattout, op.cit, p158.

2- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص 81.

مع الإشارة إلى أن ترجمة النسخ تثير مشكل المصطلحات وما قد ينجر عنه من ضرر لأصحاب الحقوق، مع لفت الإنتباه إلى ضرورة الإستعانة بخبراء في هذا الميدان.

الفرع السابع: تحديد القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان

إن تنازع القوانين بشأن خطابات الضمان الدولية محدود لسببين:

أولهما: أن خطابات الضمان غالبا ما تنص صراحة على القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في حالة النزاع.

والثاني: أن معظم المسائل المتنازع عليها تجد حلها في صيغة الخطاب ذاته[1]. بالإضافة إلى تعرض القواعد الموحدة لخطابات الضمان لمختلف الأمور التي من الممكن أن تثير نزاعات بشأنها.

أما إذا ثار الخلاف بين البنك والمستفيد حول مضمون الخطاب، فقد استقر الفقه والقضاء على أن قانون بلد البنك الضامن[2] هو الواجب التطبيق بما أنه يولد التزاما على عاتقه، وكذلك الأمر بالنسبة للمحكمة المختصة بفصل النزاع. و يُعَدُّ تحديد القانون الواجب التطبيق من اختصاص قاضي الموضوع وليس قاضي الأمور المستعجلة، وإن اتجهت بعض الآراء الفقهية إلى تطبيق قانون بلد الوفاء.

1- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 342.

2- نفس المرجع، ص ص343-345.

هذا الرأي الذي استقر عليه غالبية الفقه، أيدته القواعد الموحدة لخطابات الضمان وهو ما تؤكده المادة: 27 منها حيث تنص على مايلي: " 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(بحسب الأحوال) وإذا كان للضامن أو الطرف المصدر للتعليمات أكثر من مكان عمل، يكون القانون هو قانون البلد الذي وقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل"[1].

وتضيف المادة: 28 من هذه القواعد الموحدة أنه: " 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 (بحسب الأحوال) . وإذا كان الضامن أو مصدر التعليمات له أكثر من مكان عمل، فإن المحكمة المختصة هي محكمة البلد الذي يقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل"[2].

1- دليل القواعد الموحدة لخطابات الضمان، المرجع السابق، ص26.

2- نفس المرجع، ص26.

المطلب الثاني: غطاء خطاب الضمان المصرفي

الغطاء في خطاب الضمان هو مجموع الضمانات التي يقدمها العميل للبنك الضامن في مقابل إصداره لخطاب الضمان لصالح المستفيد، وسُمِّيَ بالغطاء لأنه يقوم بتغطية المبالغ التي قد يضطر البنك لدفعها للمستفيد مع الفوائد والعمولات والنفقات المستحقة نتيجة لإصدار الخطاب المذكور.

وبهذا المعنى لا يكون للغطاء شكل محدد أو نوع معين، فهو يختلف بحسب العلاقة بين العميل والبنك[1]، فقد يكون غطاء نقديا أو رهنا عينيا أو رهنا لأوراق تجارية أو أسهم في شركات تجارية، على العكس تماما من محل خطاب الضمان الذي يكون دائما مبلغا من النقود.

كما قد يكتفي البنك بالكفالة الشخصية، وبدون تقديم أي غطاء بسبب ملاءة العميل وسمعته المالية أو لثقة البنك فيه. فقد قرر القضاء أن البنك يمكنه أن يصدر خطاب الضمان بغطاء مالي أو دون غطاء أو بضمان رهن في حدود المعاملات القائمة بين العميل والبنك، وهو الذي يُقَدِّرُ وحده مصلحته في كيفية تغطية خطاب الضمان[2].

1- نقض تجاري مصري بتاريخ: 14-03-1972، طعن رقم: 106، مجلة محكمة النقض المصرية العدد: 37، لسنة: 1972، جاء فيه: " ...وأن ما يقوم العميل بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها".

2- نقض تجاري مصري بتاريخ: 14-03-1972، طعن رقم: 11 مجلة محكمة النقض المصرية العدد:40، لسنة: 1972، بين بنك القاهرة ضد بنك مصر وبائع ومشتري من جهة ثانية جاء فيه:" وأن ما يقوم العميل بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها".

إذا كان الخطاب خارجيا يصدر لصالح شخص مقيم بناء على طلب شخص غير مقيم، فإن البنك المحلي لا يتقاضى من البنك الأجنبي الذي يستصدر الخطاب أي غطاء إذا كان البنك الأجنبي من بنوك الدرجة الأولى التي يعتمدها البنك المركزي بهذا الوصف على أساس المعاملة بالمثل، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يطالبه بتقديم ضمان مقابل من أحد بنوك الدرجة الأولى في دولته أو بإيداع غطاء نقدي[1]. وعلى البنك مراعاة السيولة النقدية المتوفرة لديه عند إصداره لعدد من الخطابات، يحين الوفاء بها في وقت متقارب وما ينجم عنه من تأثير على كمية النقود التي يحتفظ بها لمتطلبات السحب.

أولا: الغطاء النقدي

يمثل الغطاء النقدي أبسط صور الغطاء، بحيث يقوم العميل بتقديم مبلغ من المال للبنك الضامن إما يسدده نقدا أو يفوض البنك بخصمه من حسابه لديه. يقيدها البنك في حساب خاص يسمى "احتياطي خطاب الضمان"، لا يملك العميل التصرف فيه لحين انتهاء مدة خطاب الضمان، أو يودع العميل وديعة لدى البنك ثم يفوضه الحجز عليها ضمانا لغطاء الخطاب، من أجل أن يستفيد العميل من أرباح وفوائد الوديعة[2]. وبمجرد تحرر البنك من التزامه في خطاب الضمان يُفْرِجُ عن تلك المبالغ، أو يردها إليه إن قُدِّمَتْ نقدا.

1- خالد لوزي، المرجع السابق، ص 172.

2- غريب الجمال، المرجع السابق، ص121، نقلا عن: سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، ط2، 2003 ، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 179.

ثانيا: الغطاء العيني

يتمثل الغطاء العيني في تقديم العميل للبنك أصلا من الأصول المالية على سبيل الرهن تغطية لقيمة خطاب الضمان، ومن صوره أن يقوم العميل برهن أوراق مالية كالأسهم والسندات يكون للبنك الحق في التصرف فيها واستيفاء قيمة الخطاب، في حالة تخلف العميل عن الوفاء وقيام البنك بالوفاء عنه للمستفيد. كما يجوز الغطاء برهن أوراق تجارية كالسفاتج والشيكات يُظَهِّرُها العميل للبنك تظهيرا تأمينيا، بحيث تكون من حق البنك إذا حان موعد استحقاقها، كما يجوز غطاء عينيا للخطاب تنازل العميل للبنك عن حقوقه في العملية المضمونة[1].

ثالثا: الغطاء المعنوي

يتجسد هذا النوع من الغطاء في مدى الثقة التي يتمتع بها العميل لدى بنكه، ويكون نتيجة دراسات يقوم بها البنك عن مركزه المالي ودرجة التزامه بالوفاء بديونه. وقد يتمثل في أحد حقوقه المعنوية كبراءة الإختراع أو المعرفة الفنية التي يمتلكها[2].

رابعا: نسبة الغطاء

تعتمد البنوك في تقديرها لنسبة الغطاء التي تفرضها على عملائها بمناسبة إصدار خطابات الضمان على مقدار ثقتها فيهم، فتكون النسبة كاملة (100%) إذا لم يكن العميل معروفا لدى البنك وتقل تدريجها كلما زادت ثقة

1- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ص 372-373.

2- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 379.

البنك في عميله ومركزه المالي، حتى تنعدم تماما عندما يقرر البنك منحه الخطاب بدون غطاء كما هو الحال بالنسبة لبعض الشركات الكبرى أو العملاء الذين يتمتعون بثقة خاصة بسبب مركزهم المالي القوي في البنك. وهذا ما يؤكد الطابع الشخصي لخطاب الضمان.

المبحث الثالث: أدوات تنفيذ الكفالة البنكية وخطاب الضمان المصرفي في التشريع الجزائري

إن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات، لذلك كان من الضروري إعطاء دور فعال للبنوك، إذ تُعْتَبَرُ في الجزائر الهيأة الرئيسية المخولة بمنح الضمانات بمختلف أنواعها، كما أنشئ صندوق ضمان الصفقات العمومية خصيصا لتكملة النظام المصرفي ليقوم بالإسهام في ضمان تمويل الطلبات العمومية. فتُعَدُّ البنوك

والمؤسسات المالية (المطلب الأول) وصندوق ضمان الصفقات العمومية (المطلب الثاني) أدوات تنفيذ الضمانات وعلى رأسها الكفالات البنكية وخطابات الضمان المصرفية، لذلك سنتعرض لها على التوالي إضافة إلى الآليات القانونية لتدخل الصندوق في عملية الضمان(المطلب الثالث) وهي: الرهن الحيازي للصفقة والضمان الإحتياطي.

المطلب الأول: البنوك والمؤسسات المالية

يقوم النظام المصرفي على نشاط البنوك والمؤسسات المالية التي تعمل بدورها على تحويل رؤوس أموال مملوكة للجمهور، وعليها أن تسهر على استرداد هذه الأموال في آجالها حتى تتمكن من ردها إلى أصحابها في الآجال المحددة. وهي بذلك تحرص على إقراضها إلى أشخاص يتمتعون بالملاءة المالية، كما تتطلب توفر ضمانات كافية لتحصين نفسها ضد الأخطار المحتمل التعرض إليها جراء عدم الوفاء أو التأخر فيه، وهي وظيفتها الأساسية بمنح الائتمان. لذلك كان من الضروري التعرض – ولو بإيجاز– لماهية البنوك والمؤسسات في ظل التطور التاريخي للتشريع البنكي الجزائري (الفرع الأول) وعلى رأسها بنك الجزائر كبنك مركزي، لتبيان دوره في حماية الكفالة البنكية كآلية للضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول:ماهية البنوك والمؤسسات المالية في ظل التطور التاريخي للتشريع البنكي الجزائري

تُعَرَّفُ البنوك بأنها:" نوع من الوساطة المالية تتمثل مهمتها الأساسية في تلقي الودائع الجارية للأفراد والمؤسسات والسلطات العمومية، ويتيح لها ذلك القدرة على إنشاء نوع من النقود هي نقود الودائع"[1]. فيتضح من ذلك أن الدور الرئيسي للبنك هو القيام بدور الوسيط بين المودعين والمقترضين.

1– الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، 2007، الجزائر، ص 12.

من خلال الإطلاع على التطور التشريعي للنظام المصرفي الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري عرف البنك المركزي في المادة:15 من القانون رقم:86-12 المتعلق بنظام البنوك والقرض[1] القديم كما يلي: " البنك المركزي ومؤسسات القرض مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، وتقوم بمقتضى وظيفتها الإعتيادية بالعمليات المصرفية". عُدِّلَتْ هذه المادة بمقتضى القانون رقم: 88-06[2] الملغى في مادته:17 كما يلي: " تُعَدُّ بنكا كل مؤسسة قرض تقوم لحسابها الخاص بحكم وظيفتها الإعتيادية بالعمليات التالية:

- تجمع من غيرها الأموال بصفتها ودائع كيفما كانت مدتها وشكلها،
- تمنح القروض كيفما كانت مدتها وشكلها،
- تقوم بعمليات الصرف والتجارة الخارجية مع مراعاة التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال،
- تتولى تسيير الدفع،
- توظيف القيم المنقولة وجميع الفوائد المالية، وتكتتب بها وتشتريها وتسيرها وتحفظها وتبيعها،

1- القانون رقم: 86-12 المؤرخ في: 19-08-1986، ج ر العدد: 34 المؤرخة في: 20-08-1986، ألغي بموجب القانون رقم: 90-11 المتعلق بالنقد والقرض، والذي بدوره ألغي بموجب الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الذي سبق ذكره.

2- القانون رقم: 88-06 المؤرخ في: 12-01-1988، يعدل ويتمم القانون رقم: 86-12 ج ر العدد: 02 المؤرخة في: 13-01-1988.

– ترشد وتساعد على العموم وتقدم جميع الخدمات الكفيلة بتسهيل نشاط زبائنها".

كما عرف المشرع البنك في القانون رقم: 90-11 المتعلق بالنقد والقرض[1] الملغى، حيث نص في المادة: 14 منه أن البنك:" شخص معنوي مهنته العادية والرئيسية إجراء العمليات الموصوفة في المواد: 110 إلى 113 من هذا القانون"، أي القيام بالعمليات المصرفية.

من خلال المواد السابقة، يتبين لنا أنه حتى يتحقق وصف البنك في المؤسسة لابد أن يتوفر فيها عنصرين هما:

1- ضرورة كون البنك شخصا معنويا، فلا يمكن أن يكون الشخص الطبيعي بنكا.

2- يجب أن يتخذ هذا الشخص المعنوي (البنك)، الأعمال المصرفية، مهنة معتادة ورئيسية، وعليه لا يمكن للشخص المعنوي الذي يقوم بالأعمال المصرفية بصفة عارضة اعتباره بنكا.

لم يُعَرِّفْ المشرع الجزائري البنك في الأمر رقم:03-11 المتعلق بالنقد والقرض المذكور أعلاه، بل أشار إليه بحكم وظيفته، في المادة: 70، في باب العمليات حيث نصت أن: " البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد: من 66 إلى 68 أعلاه بصفته مهنتها العادية ".

1- القانون رقم: 90-11 المتعلق بالنقد والقرض، المؤرخ في: 14-04-1990، ج ر العدد: 16 المؤرخة في: 18-04-1990.

كما تنص المادة: 2 من النظام رقم: 09-03[1] على مايلي: " تعتبر عمليات مصرفية كل العمليات التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية في معاملتها مع الزبائن، كما هو محدد في المواد: 66 إلى 69 من الأمر رقم: 03-11 المؤرخ في: 27 جمادى الثانية عام 1424، الموافق ل 26 غشت سنة 2003 والمذكور أعلاه".

بهدف إنعاش النظام البنكي، بادرت الجزائر إلى إدخال جملة من الإصلاحات لمواكبة التغير السريع له، كان أولها إنشاء البنك المركزي الجزائري لمنحه سلطات حقيقية في مجال تنظيم ومراقبة القرض وتحقيق منافسة فعلية بين البنوك، وكذلك الصندوق الجزائري للتنمية، حيث تكفلا معا بتسيير مصادر التمويل الخارجية وتقديم القروض لغرض تمويل المشاريع العمومية لمؤسسات الدولة المختلفة[2]. ثم توالت بعد ذلك عملية إنشاء البنوك العمومية التي طالما اعْتُبِرَتْ مصدرا لا ينفذ من السيولة.

في مطلع التسعينات وبصدور قانون 90-11، كان لابد من إعادة الدور الحقيقي للبنوك كوسيط مالي من خلال الإعتراف له بنوع من الإستقلالية في التسيير، فأصبح البنك المورد الرئيسي- إن لم يكن الوحيد- لمنح الضمان[3].

1- النظام رقم: 09-03 المؤرخ في:26-05-2009، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية.

2- الطاهر لطرش ، المرجع السابق، ص 179 وما بعدها.

3- Fadia Bouali, Le rôle des banques dans les échanges économiques internationaux (en matière de crédit), Mémoire de Magister en Droit Bancaire et Financier, Faculté de Droit, Oran, 2011-2012, pp 117-119 et 146.

الفرع الثاني: دور البنك المركزي في حماية الكفالة البنكية كآلية للضمان

يتصدر البنك المركزي الهرم المصرفي، فتهتم الدول بتخويله دورا استراتيجيا اعترافا منها بأهميته في إنعاش الاقتصاد. ويعتبر الأداة الرئيسية في تنفيذ الإصلاحات الاقتصادية. إذ يُعنى بإصدار النقد، وتحديد سعر الصرف وقيمة العملة الوطنية لضمان الإستقرار النقدي في الدولة. كما يسهر على التسيير الأمثل للسياسة النقدية.

إن فعالية بنك الجزائر مرهون بمدى سلطته في اتخاذ القرارات المناسبة لأداء مهامه بعيدا عن ضغوط سلطة الحكومة والبرلمان، وذلك لوجود علاقة تناسب طردي بين استقلاليته وفعالية الآليات المسخرة لحماية النظام المصرفي من الأخطار[1] التي تستهدفه خصوصا والأمن العام الاقتصادي عموما. لذلك أصبحت الكثير من الحكومات تعترف بأن استقلالية البنك المركزي تعد الضمان الأكبر لمواجهة المخاطر المصرفية، وحماية النظام المصرفي بكافة أجهزته وأدواته بما فيها ضمانات الائتمان وعلى رأسها الكفالة البنكية.

يرى بعض الفقه المقارن أنه إذا وُجِدَت ازدواجية في إدارة البنك أو المؤسسة المالية عموما والبنك المركزي خصوصا، فإن ذلك يكون له أثر إيجابي على مردوديته. ويقصد بازدواجية الإدارة أن يكون نفس الشخص؛ وفي ذات الفترة، المدير العام للبنك ورئيس مجلس إدارته. مما يؤهل البنك لاتخاذ أفضل الطرق

1- صلاح ابراهيم شحاته، المرجع السابق، ص 105.

لتفادي الأخطار المصرفية أو مواجهتها بسبب اجتماع سلطة التسيير واتخاذ القرار في يد شخصا واحد، مما يساعد على اتخاذ القرارات اللازمة في وقتها.

سبقت الإشارة أن توفير شبكة استعلامات مصرفية في نظامنا المصرفي بات أمرا ضروريا، إذ يجب تعزيزه بنظام استعلام قوي يربط بين بنك الجزائر بصفته المشرف الأول على المنظومة المصرفية، و بين كافة البنوك والمؤسسات المالية الوطنية والأجنبية؛ وليس ذلك فحسب بل وباقي المؤسسات والهيئات المرتبطة بالنظام المصرفي بصفة مباشرة أو غير مباشرة كالخزينة العمومية وإدارتي الضرائب والجمارك، لاسيما ونحن في زمن العولمة المصرفية حيث حركة رؤوس الأموال لا تعرف الحدود، وتمثل صحة المعلومة مع سرعة الحصول عليها عاملين أساسيين لحماية البنك وآليات ضمانه من الأخطار.

مع التأكيد على عدم الإكتفاء بتشريع وتنظيم النصوص دون السهر على تنفيدها الفعلي والفعال، وتوفير المناخ الملائم لتعمل أجهزة الإستعلام بصفة آلية وبدون إجراءات معقدة. كما لا شك أن تعزيز القطاع المصرفي بإنشاء سلطة ضبط مستقلة تتكفل بتنظيم القطاع المالي والمصرفي، والمتمثلة في مجلس النقد والقرض[1]، خطوة هامة في الإصلاحات الاقتصادية والمالية، لكن

1- أنشئ مجلس النقد والقرض بموجب الأمر رقم: 71-47 المؤرخ في: 30-06-1971 المتضمن تنظيم مؤسسات القرض، ج ر العدد: 55 المؤرخة في: 06-07-1971، وكان يعمل تحت وصاية وزارة المالية ليتم تعديله فيما بعد بموجب الأمر رقم: 01-01 المؤرخ في: 27-02-2001 ،ج ر العدد: 14 المؤرخة في: 28-02-2001 المعدل والمتمم للقانون رقم: 90-10 المؤرخ في: =

هذه الإصلاحات يجب أن تخرج عن مجرد الإطار النظري لكي تثبت فعاليتها.

بسبب الشروط الكثيرة التي تتطلبها عملية التمويل لاسيما في مجال الصفقات العمومية، مما أدى إلى تعطيل المشاريع وتوقفها في أحيان كثيرة، فكرت السلطات العمومية في إنشاء هيئة تتكفل بتأمين الضمان في مجال الصفقات العمومية وهو: صندوق ضمان الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: صندوق ضمان الصفقات العمومية

تعتبر مشكلة الديون غير المدفوعة من طرف الإدارات العمومية والجماعات المحلية، عائقا أمام المؤسسات العامة والخاصة المتدخلة في إنجاز المشاريع والصفقات الممولة من ميزانية الدولة، أدى إلى تعثر المتعاملين الإقتصاديين بسبب غياب الرقابة من جهة وعدم وجود جهاز فعال للضمان، الأمر الذي استدعى المشرع الجزائري إلى استحداث مؤسسة مختصة مكلفة بضمان الصفقات العمومية.

أُنْشِئَ الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 98-67[1]، ووُضِعَ تحت وصاية وزير المالية. وهو يحتل؛ كمؤسسة مالية، مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري، من خلال منح ضمانات بصور مختلفة لتسهيل إنجاز

= 14-04-1990 المتعلق بالنقد والقرض، ، ثم تم تعديله بموجب المادة: 58 وما بعدها من الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، الذي ينظم تشكيله ويحدد صلاحياته.

1- المرسوم التنفيذي رقم: 98-67 المؤرخ في: 21-02-1998، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية السالف ذكره.

المشاريع في القطاعات المختلفة، بالإضافة إلى مهام أخرى تكلفه بها الخزينة العمومية. فبموجب المواد: 77، 97 و98 من المرسوم الرئاسي رقم: 02-250، والمرسوم التنفيذي رقم: 98-67 السالفي الذكر، يضطلع الصندوق بما يلي:

- الحصول على الكفالات والضمانات التي تسمح لأصحاب الطلبات والصفقات العمومية بالمساهمة في إنجاز الصفقات.
- الإستفادة من التسبيقات التعاقدية المخصصة لتغطية النفقات المقررة في إطار إنجاز الصفقات والطلبات العمومية.
- الحصول على الضمانات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة.
- الإستفادة من ضمان المؤسسة لدى بنوكها قصد الحصول على أي قرض يتضمن إنجاز صفقة عمومية، وبالمقابل يطلب الصندوق من المستفيدين من الضمانات والكفالات كل التبريرات وتقديم كل الوثائق الضرورية.

أما بالنسبة للكفالات وخطابات الضمان المصرفية، يقوم الصندوق بمنح ضمانه للمتعامل المتعاقد الحائز على الصفقة سواء في بداية تنفيذ عقد التوريد أو إنجاز الأشغال، حيث تقوم هذه الكفالة بضمان؛ وبصفة عامة، مختلف التزامات المؤسسة المتعاقدة مع الإدارة.

من أجل أن يتمكن الصندوق من أداء دوره بمنح الضمان المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية، فإنه يربط علاقات مع البنوك المانحة للتمويل والآمرين بالصرف من جهة، ومن جهة أخرى بالمتعاملين المتعاقدين،

حيث تتجسد علاقة الصندوق بالبنوك عن طريق آلية الضمان الإحتياطي فيتدخل كوسيط بين البنوك والخزينة العمومية لخصم السندات.

أما علاقته بالآمرين بالصرف، فتتجسد في مراقبة طبيعة ومبلغ الصفقة التي سيمنحها ضمانه، وكذا عملية رفع اليد عن الكفالات التي يقدمها للمؤسسات لاسيما " كفالة الضمان"، طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم: 97-268[1]، المحدد للإجراءات المرتبطة بالإلتزام وتنفيذ النفقات العمومية وحصر اختصاصات ومسؤوليات الآمرين بالصرف وتوفير نظام إعلام دائم مع الآمرين بالصرف[2].

أما عن علاقة الصندوق بالمؤسسة المتعاقدة، فتُعَدُّ هذه الأخيرة زبونا له، فيقوم بإعلامها وتوجيهها ومنحها الضمان اللازم والكافي، وفي المقابل تقدم المؤسسة التأمينات الضرورية بالموازاة مع الأخطار التي يتحملها الصندوق.

1- المرسوم التنفيذي رقم: 97-268 المؤرخ في:21-07-1997، ج ر العدد:48 المؤرخة في: 23-07-1997.

2- المادة: 03 من نفس المرسوم التنفيذي رقم: 97-268 المذكور أعلاه.

المطلب الثالث: الآليات القانونية لتدخل البنوك وصندوق ضمان الصفقات العمومية في عملية الضمان

تتطلب عملية تمويل المشاريع والصفقات العمومية تدخل البنوك وصندوق ضمان الصفقات العمومية لضمانها عن طريق آليتين رئيسيتين هما: الرهن الحيازي للصفقة والضمان الإحتياطي. نتعرض بإيجاز لهاتين الآليتين، على ضوء القواعد العامة وبعض النصوص الخاصة التي وردت في قانون الصفقات العمومية.

الفرع الأول: الرهن الحيازي للصفقة [1]

يقوم الرهن الحيازي أساسا على فكرة انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن له، أو أي شخص آخر يعينه المتعاقدان، فيكون بذلك نظاما شديد التأثير على الحيازة الإقتصادية للراهن لأنه يحرمه من حيازته وحقه في الإنتفاع به.

وهو كما عرفه المشرع الجزائري في المادة: 948 من ق م ج:" عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

1- Le nantissement du marché.

يُعَدُّ الرهن الحيازي، أحد الآليات التي تتدخل بها البنوك وصندوق ضمان الصفقات العمومية لتمويلها من أجل تغطية النقص في خزينة المؤسسة الحائزة على الصفقة[1]، أو في إنجاز الصفقة وتمكينها من مواصلة الأشغال. ويتم هذا الرهن الحيازي حسب الشروط المنصوص عليها في المادة: 97 من المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 السالف ذكره. من أبرز هذه الشروط[2]ما يلي :

1- أن يتم الرهن الحيازي لدى مؤسسة أو مجموعة مؤسسات مصرفية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.

2- يتم الرهن الحيازي مقابل نسخة من الصفقة، تحمل بيانا يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سندا في حالة الرهن الحيازي بعبارة: "مقبول كسند للرهن الحيازي"، ويمكن أن يحل محل الوثيقة السالفة الذكر "مستخرج من الصفقة" إذا كان تقديم النسخة الكاملة من شأنه الإخلال بسرية الصفقة، شريطة أن يتضمن المستخرج البيانات اللازمة مثل: تاريخ صدور الوثيقة وختم المصلحة المتعاقدة وإمضاء الآمر بالصرف.

3- يُبَلِّغُ المتنازل له، المحاسب المعين في الصفقة، بالرهون الحيازية.

4- يرسل المحاسب المعين المتنازل له وثيقة تبين الوضعية المالية للصفقة العمومية، وكشفا موجزا عن الخدمات المنجزة أو بالتسبيقات المدفوعة أو بيانا تفصيليا للحقوق المثبتة لصالح المتعامل المتعاقد.

1- في فرنسا، تمويل الصفقات العمومية بموجب القانون رقم: 81-01 المؤرخ في: 02-01-1981، والذي يطلق عليه قانون "DAILY" الذي بسط إجراءات الرهن الحيازي خلافا لما كانت عليه في القانون المدني، ويتم الإعتماد حاليا على هذا القانون لتمويل الصفقات العمومية.

2- المادة: 97 من المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 السالف ذكره، لا سيما البنود من1 إلى11.

5- يقبض المستفيد من الدين بمفرده، مبلغ الدين المخصص لضمان حقوقه في أجل لا يتعدى اليوم الأخير من أيام العمل السابق لليوم الذي يجري فيه الإشعار بالرهن الحيازي المعني. ويتم رفع اليد على الرهن الحيازي بطلب من المتنازل له من المحاسب الحائز على النسخة الخاصة برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستيلام.

تجدر الإشارة إلى التفرقة بين الرهن الحيازي للصفقة لفائدة البنك والرهن الحيازي لفائدة صندوق ضمان الصفقات العمومية، إذ أنه يكون لفائدة الصندوق في حالة تأخر الآمر بالصرف عن صرف الدفعات في أجل ثلاثين يوما إبتداء من يوم استيلام الكشف أو الفاتورة، ويتنازل المتعامل المتعاقد في هذه الحالة عن فوائد التأخير لحساب الصندوق عندما يُطْلَبُ منه رصد الدين الْمُتَوَلِّدِ والْمُعَايَنِ[1]. في حين يتم الرهن الحيازي للصفقة لدى البنك في حالة وجود نقص في خزينة المؤسسة، وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة: 97 من المرسوم الرئاسي رقم:02-250 السالف الذكر.

يعتمد البنك وصندوق ضمان الصفقات العمومية على توقيع الرهن الحيازي للصفقة كآلية قانونية للضمان، لأن حيازتها من شأنه أن يحميهما من تصرفات المدين الراهن، فتظل الصفقة محبوسة تحت يده إلى حين إتمام الأشغال، ولعل هذا ما يحفز المدين الراهن على تنفيذ التزاماته في الصفقة، وتعجيل استيفاء حقوقه مقابل تنفيذها.

1- المادة: 77 من المرسوم الرئاسي رقم:02-250 السالف ذكره.

الفرع الثاني: الضمان الإحتياطي[1]

الضمان الإحتياطي هو كفالة الدين الثابت في الورقة التجارية، يتعهد فيه الكفيل بضمان الوفاء بقيمة الورقة التجارية عند حلول ميعاد استحقاقها[2].

ويسمى أيضا نظام الوسيط، إذ يتدخل صندوق ضمان الصفقات العمومية بموجبه لتسهيل تنفيذ الصفقة كوسيط بين المؤسسة الحائزة على الصفقة (المتعامل المتعاقد)، والبنك الذي يقدم له القرض لتمويلها بتقديمه الضمان اللازم له، ويحدث ذلك عندما يقرر البنك بأن ضمانات المؤسسة غير كافية لمنحها الإئتمان. فيلتمس البنك من صندوق الضمان تقديم الدعم للمؤسسة، ويطلق على الصندوق " الضامن الاحتياطي"[3].

في حالة حلول أجل الإستحقاق ولم تتمكن المؤسسة من تسديد ديونها للبنك يكون الصندوق ملتزما بالوفاء لحسابها بالمبلغ المستحق، ثم يرجع الصندوق على المؤسسة بما دفعه. ويتدخل الصندوق بموجب هذه الآلية بطريقتين إما أن يكون الضمان الاحتياطي شرطيا أو غير شرطي[4].

أولا: الضمان الإحتياطي الشرطي

يقوم الضمان الإحتياطي الشرطي على أساس اشتراك البنك والصندوق في اقتسام الخطر الناجم عن إفلاس المؤسسة المقترضة، ويتم ذلك في مقابل عمولة يتقاضاها كل من البنك والصندوق من المؤسسة الحائزة على الصفقة،

1- المادة: 409 من ق. ت. ج.

2- نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، ط 2001، الجزائر، ص 80.

3- L'avalisseur.

4- Michel Jeantin et Paul le Cannu, Droit Commercial, Instrument de Paiement et de Crédit, Entreprises en Difficulté, 5 ème éd, Dalloz, Paris, 1999, p 221.

تختلف نسبها بحسب درجة الخطر الذي سيتحملانه من جراء عجز المؤسسة[1].

ثانيا: الضمان الإحتياطي غير الشرطي

يتم عن طريق تحمل صندوق ضمان الصفقات العمومية وحده كامل تبعات القرض في حالة إفلاس المؤسسة المقترضة، مقابل عمولة تقدر بحسب نسبة الخطر.

ولا توجد قواعد تحدد الحالات التي يكون فيها الضمان الإحتياطي شرطيا أو غير شرطي بالنسبة لنوع الصفقة أو شخص المتعامل، بل يرجع ذلك للتفاوض بين البنك وصندوق ضمان الصفقات العمومية بعد دراسة الوضعية المالية العامة للمؤسسة(أو المتعامل)، وتقدير درجة الخطر ودراسة تبعات القرض، وتحدد على أساس ذلك درجة المسؤولية ومن ثمة تحديد نوع الضمان الاحتياطي[2].

عمليا، أثبت التجربة ضعف اللجوء إلى الضمان الإحتياطي في مجال الصفقات العمومية لعوامل أهمها:

- أن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية أراد به المشرع تدعيم النظام المصرفي مما جعله في مركز منافس للبنوك في مجال اختصاصها، ألا وهو تمويل المشاريع والقروض حيث أصبح الصندوق يستقطب أكبر عدد من المتعاملين الإقتصاديين.

1- Michel Jeantin et Paul le Cannu, op.cit, p 223.

2- يراجع في هذا الشأن: راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 04، 2004، الجزائر، ص 72.

– أن الضمان الإحتياطي يشكل عبئا إضافيا على خزينة المؤسسة الحائزة على الصفقة، بما أنها ستضطر إلى تسديد فوائد وعمولات للبنك مقابل القرض، وعمولات أخرى للصندوق مقابل الضمان. وإن احتياج المؤسسة للتمويل بالنظر لوضعية خزينتها يبرهن لجوءها إلى القرض المباشر للبنك، دون اللجوء لوساطة الصندوق خاصة في ظل التسهيلات الإئتمانية التي أصبحت تمنحها البنوك للمتعاملين الإقتصاديين.

الخاتمة:

تأخذ الضمانات بُعْدًا مهما في عمليات الإئتمان البنكي، وكذا في المجال التجاري وبنية الإستثمار خاصة وأن الجزائر أصبحت نقطة جذب للإستثمار ورؤوس الأموال، لذلك كان من المهم تناول هذا الموضوع بهدف دعوة المشرع الجزائري إلى الإقتداء بباقي التشريعات لخلق النصوص التي تحكم وتنظم عمليات الإئتمان، بما فيها الكفالة البنكية.

فقد ساد في الأوساط التجارية تقديم الضمانات المالية وتضاعف عدد العمليات التي يشترط فيها المشرع تقديمها، تنبهت إثر ذلك البنوك إلى أهمية تقديم المساعدة المأجورة بأن تكون هذه البنوك كفيلة لعملائها في مواجهة المتعاملين معهم. فسارعت إلى تقديم هذه الخدمة لما فيها من جوانب إيجابية عديدة، فهي بالإضافة لما سيجنيه البنك من ربح فإنه لن يخرج من خزينته أية أموال، بل إن دوره بالضمان يقتصر على مجرد منح توقيعه، مما سمح بظهور صور جديدة للكفالة البنكية كأداة ائتمان تمارسها البنوك والمؤسسات المالية بما ينسجم مع متطلبات الحياة الإقتصادية، قادتنا إلى الإهتمام بدراستها بعد انتشارها على نطاق واسع إثر التزايد الملحوظ في استخدامها من طرف البنوك.

الكفالة البنكية – كما تمارسها البنوك اليوم– حققت فوائد متوازنة فيما بين البنك الكفيل وعميله المكفول، فمن جهة يحقق البنك الفوائد على المبلغ الذي يتعهد بوفائه عند تحقق شروطها كما يحقق عمولة لقاء القيام بعملية بنكية لصالح عميله، تعتبر واحدة من العمليات التي يمنحها له في شكل تسهيلات

ائتمانية. ومن جهة ثانية تُمَكِّنُ العميل من مزاولة العمل الذي تعهد به مقابل كفالة البنك له، دون أن يضطر إلى تقديم أو حبس أية مبالغ نقدية.

إن الكفالة البنكية ذات الصور المتعددة احتفظت في التشريع والتنظيم البنكي الجزائري بشروط إبرامها طبقا للقواعد العامة، بالإضافة إلى الأحكام الخاصة التي ابتدعها العرف المصرفي. ولعل أهم هذه الصور تلك التي خرجت عن مألوف ما تعارف عليه التعامل في المواد المدنية والتجارية، والتي كادت تشكل موضوعا خاصا مستقلا يبتعد بأحكامه وآثاره عن أصله. هذه الصورة هي خطاب الضمان المصرفي.

وإذا كان الأصل في الضمان استخدام كلمة التضامن للدلالة على الكفيل وفق التنظيم القانوني في القانون العام، إلا أنه وبعد تعدد صور هذا الضمان أصبح الخلط واضحا وظاهرا بين صور الكفالة التي نظمتها أحكام القانون المدني، وبين صورة خطاب الضمان التي خلقها العرف المصرفي على نحو اختلفت على أساسه أحكام هذه الصورة عن الكفالة كما وردت في القانون المدني.

ولما أضحى خطاب الضمان المصرفي حديث الساعة، كان من المهم استعراض أهم مبادئه التي تميزه عن غيره من عمليات الإئتمان وإلقاء الضوء على الإستقلالية التي يتمتع بها، بإجماع الإتفاقيات والقواعد الدولية.

يحتل خطاب الضمان المصرفي مكانة هامة كوسيلة للضمان في الحياة التجارية والبنكية، لاسيما وأن المشرع الجزائري قضى بوجوب تقديمه في مجال التعامل مع الجهات الحكومية، وبالرغم من أهميته لم ينظمه بأحكام خاصة لتحديد الآثار القانونية المترتبة عليه.

وأمام هذا الفراغ القانوني عمدت البنوك؛ وعلى رأسها بنك الجزائر كبنك مركزي، إلى وضع عقود نموذجية تتضمن شروطا وإن اختلفت في صيغها من بنك لآخر، إلا أنها تتفق في جوهرها. اتضح أن هذه الشروط وإن سدت بعض الفراغ إلا أنها تظل غير كافية لتفسير كل الآثار القانونية المترتبة على هذا النظام القانوني الجديد، الذي تزداد خصوصيته عند صدوره من بنك أجنبي أو في حالة إخضاع علاقاته لأعراف دولية تخرجها عن إطار القيود التشريعية الوطنية.

وبعد الإنتهاء من هذا البحث، تم التوصل إلى بعض النتائج أهمها:

1- عَرَّفَ المشرع الجزائري الكفالة في إطار القواعد العامة، أما الكفالة البنكية بصورها المختلفة لم تكن محل تعريف قانوني ولا حتى بالإصطلاح. في حين أن نماذجها الصادرة عن البنوك والمؤسسات المالية المخولة بذلك، تخرج عن الإطار الذي حددته أحكام القانون المدني والتجاري. هذه المرجعية للقواعد العامة وعدم الدقة في اختيار المصطلحات، شكلت عائقا أمام تطبيقها على أرض الواقع، الأمر الذي استوجب إفراغها في نماذج مسبقة وما ينطوي عن ذلك من خطورة على أموال العميل أمام تمتع البنك باحتكار سوق الإئتمان.

2- تتميز الكفالة البنكية بقيامها على الإعتبار الشخصي من زاويتين:

الأولى، أن وجود الشخص المعنوي يتدخل ككفيل يجعلها محل اعتبار لدى الغير المتعاقد نظرا لملاءة البنك.

والثانية، أن البنك أثناء منحه لها يتحرى عن شخص العميل الذي يطلب كفالته، ينتج عن ذلك أن حق المستفيد من الكفالة البنكية من الحقوق ذات

الطابع الشخصي فله وحده سلطة استعماله ولا يجوز له تداوله أو التنازل عنه.

3- طرحت الكفالة البنكية في التشريع الجزائري – وبسبب احتفاظ المشرع بمرجعيتها للقواعد العامة- إشكالية تبعيتها للدين الأصلي الذي أبرمت لضمانه، ولما كان هذا الطابع التبعي عائقا أمام مرونة العمليات البنكية تم اللجوء للتخفيف منه، لتتحول إلى نظام جديد هو الضمان المستقل.

4- يعترف المشرع الجزائري بوجود مبدأ التناسب بين الكفالة البنكية والدين الذي تضمنه في القواعد العامة، وقد كرس المبدأ في التنظيم البنكي عندما حث على وجوب الحذر في تقييم الضمانات. أما خطاب الضمان الذي يترأس الضمانات المستقلة ذو الكفاية الذاتية لا يفترض بالضرورة وجود هذا التناسب.

5- يقع على البنك محترف الإئتمان إلتزام عام بالإعلام إلى المتعاملين معه، يتمثل في إبداء النصح والمشورة بشأن نوع الضمان وشروطه، يقابله التزام من نوع آخر هو الإلتزام بالإستعلام يكون مفروضا على كل أطراف الضمان.

6- إن للبنك المركزي دور أساسي في حماية النظام المصرفي من الأخطار التي تلازم نشاطه؛ كيف لا وإن صياغة السياسة النقدية وتنفيذها في أي دولة يرجع إليه، لذلك يُعَدُّ بنك الجزائر المسؤول الأول على الإشراف على النظام المصرفي وتوفير الحماية له من الأخطار المختلفة. وإن هذا الأمر معلق على مدى تمتعه بالآليات الفعالة والمحيط الملائم لاستقبالها وتنفيذها.

7-لا شك أن الرقابة المصرفية تعد وسيلة وقائية لتفادي التجاوزات المرتكبة من طرف المتدخلين في النشاط المصرفي، لكن تعزيز النظام المصرفي بشبكات استعلام فعالة تربط بنك الجزائر بباقي البنوك الوطنية والأجنبية بل

وبباقي الهيئات والمؤسسات المرتبطة بالنظام المصرفي (كالخزينة العمومية وإدارتي الضرائب والجمارك...)، يُعَدُّ من أهم الوسائل لتفعيل دور الكفالة البنكية – بشتى أشكالها– كأداة للضمان في عمليات الائتمان.

8– يتعرض البنك للمسؤولية بسبب تخلفه عن أداء التزاماته أو إهماله لها بسبب اضطلاعه بمهنة المرفق العام، لاسيما تلك المتعلقة بمراقبة تخصيص الضمان. يتراجع هذا المبدأ أمام التزام البنك بعدم التدخل في شؤون عميله ومقتضيات المصلحة العامة، طبقا لما ورد في الأنظمة البنكية كما يسأل عن الإعلام غير الكافي أو غير الدقيق الذي يسبب ضررا للعميل أو الغير.

9– إن خطاب الضمان – بحصر المعنى – لم يتول المشرع الجزائري تنظيمه بنص قانوني على غرار الكفالة البنكية، لكنه أوجب تقديم هذا النوع من الضمان على المتعاقد مع الإدارة لاسيما في إطار الصفقات العمومية.

10– أجمعت التعريفات التشريعية والفقهية والقضائية، أن خطابات الضمان هي أوراق مصرفية لها طابع خاص تُصْرَفُ قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب ودون منازعة من محررها أو من المضمون، وهي أحد أشكال الإئتمان المصرفي بالتوقيع يكون المقصود منها أن تحل محل التأمين النقدي.

11– يكتسي خطاب الضمان المصرفي أهمية عملية في عمليات التجارة الداخلية والدولية خاصة، فهو يغني عن تحويل العملة الأجنبية و ما يترتب عن ذلك من آثار مالية نتيجة تغير أسعار الصرف في الفترة مابين تقديم الضمان وسحبه، ويؤدي إلى تفادي الإجراءات الطويلة الخاصة بتعليمات الرقابة على النقد.

12- تمر عملية إصدار خطاب الضمان المصرفي ببعض الإجراءات الشكلية، تم التعرف عليها إثر زيارات ميدانية لبعض البنوك وهي تتعلق أساسا بصيغه التي تعد المرجع في تحديد تكييفه القانوني وتمييزه عن الكفالة البنكية، كما تؤكد ذلك النماذج المتحصل عليها المدرجة في الملاحق.

كان من المفروض أن يصاحب خوصصة الإقتصاد في الجزائر خوصصة للقانون، أي أن انسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي بصفة عامة ومن السوق المالية بصفة خاصة يجب أن يُتَرْجم بانسحاب وسائل تدخلها المتمثلة في القانون العام، تاركا المجال للقانون الخاص بمصادره الصادرة عن السلطة التشريعية والتنظيمية الصادرة عن المهنيين المكلفين بادارة وتسيير القطاع البنكي. لذلك، وفي ختام هذا البحث نتقدم ببعض التوصيات وهي:

- من حيث المصطلحات، المشرع الجزائري مدعو إلى تدارك اللبس والتحلي بالدقة. فقد بات واضحا أن الكفالة الخاضعة للقواعد العامة تختلف اختلافا جوهريا عما تعرفه في إطار عمليات الإئتمان، لاسيما في المجال الدولي ومع التطور والتعقيد التقني والتكنولوجي، كما نقترح عليه المضي نحو خلق تشريع بنكي محكم وإدخال خطاب الضمان المصرفي ضمنه.

- رغم أنه ثبت عمليا أن البنك يبحث في وجود التناسب بين الضمان الممنوح بنوعيه وبين العملية المضمونة، نقترح خلق هيئات رقابية تضطلع بمهمة مراقبة هذا التناسب حتى لا تتعرض المنظومة البنكية بأكملها للانهيار من جراء فقد هذا التناسب.

- إن القضاء الغائب - الذي يؤكده قلة الأحكام القضائية- في هذا الموضوع جعل من حسن تطبيق الضمان بنوعيه: الكفالة البنكية وخطاب الضمان

المصرفي، أمرا مستعصيا بل أنه قد يتحول في مجال الصفقات العمومية من أداة للضمان إلى أداة للخطر والثراء الفاحش بسبب إما عدم شرعيته أو عدم مشروعيته، لذلك فهو مدعو أيضا للإجتهاد من أجل السهر على تطبيق القانون والتأثير بفاعلية لخلق قواعد قانونية جديدة تتماشى مع التطور والتغير الحاصلين في الميدان البنكي.

– يُحَثُّ على تفعيل دور بنك الجزائر – كبنك مركزي – باعتباره المسؤول الأول على النظام المصرفي، من أجل تحقيق السير الأمثل للسياسة النقدية وحماية ضمانات الائتمان وتعزيز دورها.

– نوصي المشرع البنكي والقائمين على النظام المصرفي بتوفير شبكة استعلامات فعالة، وعدم الاكتفاء بتشريع وتنظيم النصوص دون تطبيقها على أرض الواقع، لأن ذلك من شأنه تهديد المنظومة البنكية ككل مع تعزيز دور الرقابة المصرفية لمنع التجاوزات المحتمل ارتكابها.

– نوصي المشرع الجزائري بالمبادرة إلى جمع النصوص التشريعية والتنظيمية البنكية المتناثرة هنا وهناك ضمن تقنين بنكي محكم، لتمكين مختلف الأجهزة والمتدخلين في النظام المصرفي للإمتثال له –حماية لضمانات الائتمان – وعلى رأسها بنك الجزائر ومجلس النقد والقرض بعيدا عن الضغوطات السياسية والإقتصادية، حتى وإن احتاج المشرع إلى تعديله بصفة دورية مع صدور قوانين المالية لأن حسن سير أي نظام مصرفي لن يتحقق إلا بسيادة القانون وحياد القضاء.

تم بحمد الله وشكره

الملاحق

ملحق رقم1:

حكم المحكمة التجارية بمكناس
الصادر بتاريخ 06/05/2004
ملف عدد 144/03/4

المنطوق : القاضي بعدم قبول طلب الحكم على المدعى عليه بارجاع الكفالات او اعطاء رفع اليد عنها تحت طائلة غرامة تهديدية .

قرار محكمة الاستئناف التجار ية بفاس
رقم "1366" الصادر بتاريخ 2004-12-09
ملف عدد 04-1173
الصادر عن السادة :

عبد الرحيم حميد	رئيسا ومقررا
عبد العزيز بلقاسم	مستشارا
رشيد بن الصديق	**مستشارا**
وبمساعدة السيد عبد العزيز البوزوري	**كاتب الضبط**

المنطوق : القاضي بتاييد الحكم المستانف وتحميل المستانف الصائر .

القاعد ة :
- تدخل الكفالة البنكية ضمن عمليات الائتمان التي تقوم بها المؤسسات البنكية لفائدة زبنائها بمقتضى المادة 3 من ظهير 6/3/1993 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها .
- لئن كان عقد الكفالة البنكية عقدا رضائيا ينعقد بمجرد تراضي طرفيه على شروطه فانه عقد تجاري بالنظر الى طبيعة عملية الكفالة التجارية في حد ذاتها أو من حيث الجهة الممارسة لها وهي المؤسسة البنكية .
- على من يدعي شيئا أن يتولى اثباته بمقبول .
التعليل:
حيث التمس المستانف الغاء الحكم المطعون فيه والحكم من جديد على المستانف عليه بتمكينه من الكفالات الممنوحة له واعطاء رفع اليد عنها بدعوى انها ثابتة بالكشوف الحسابية المدلى بها من طرفه .
لكن حيث انه لما كانت الكفالة البنكية هي التصرف الذي يتعهد بمقتضاه البنك في مواجهة الغير بتادية الالتزام الذي يتحمله عميله او زبونه تجاه هذا الغير اذا لم يقم العميل بتاديته بنفسه وتدخل ضمن العمليات الائتمانية التي تقوم بها المؤسسات البنكية لفائدة زبنائها طبقا لمقتضى المادة 3 من ظهير 6/7/1993 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها .

وكانت تخضع في اساسها القانوني لاحكام وقواعد الكفالة الواردة في ق ل ع (الفصول من 1117 الى 1169) وبذلك تعتبر عقدا رضائيا ينعقد بمجرد التراضي بين البنك الكفيل ودائن عميله المكفول وكانت عملية الكفالة البنكية تعتبر عملية تجارية سواء بالنظر اليها من جهة الانشطة التجارية بالطبيعة ((الفقرة 7 من المادة 6 من م ت)) او من جهة الانشطة التجارية الشكلية أي من جهة الممارس لها وهي مؤسسة بنكية تتخذ شكل شركة مساهمة وبذلك تخضع لمبدأ حرية الاثبات بحكم طبيعتها التجارية عملا بالمادة 334 من م ت الا انه بمراجعة وثائق الملف يلفى ان البنك المستانف لم يثبت منح الكفالات للمستانف عليه ولم يكلف نفسه حتى عناء بيان انواعها هل هي كفالات جمركية او ادارية باعتماد ضابط الجهة الموجهة اليها كمعيار لتصنيف هذه الكفالات .

وحيث ان الكشوفات الحسابية المستدل بها لئن كانت قد بينت بتفصيل التقييدات والعمليات التي اسفرت عن لرصيد السلبي للمستانف عليه وتعلقت بمبالغ مالية مترتبة عن قروض وتسهيلات بنكية ممنوحة للمدين الا انها لم تشر لا ن قريب ولا من بعيد الى الكفالات المطلوب استردادها بدليل ان البنك اشار في مرفقات مقاله الافتتاحي المقدم الى لمحكمة التجارية بتاريخ 28/3/03 ان كشف الكفالات بمبلغ 6.600 درهم سيدلي به في الجلسة الا انه لم يفعل مما يكون عه الحكم المتخذ فيما ذهب اليه من عدم قبول طلب ارجاع الكفالات او اعطاء رفع اليد عنها قد علل قضاءه تعليلا صحيحا والوسيلة على غير اساس .

وحيث يتعين لما تقدم تاييد الحكم المطعون فيه وتحميل المستانف صائر استئنافه.

ملحق رقم2:

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE DES FINANCES
DIRECTION GENERALE DES IMPOTS

COMMUNIQUE

DELIVRANCE DES CARTES MAGNETIQUES DU NUMERO D'IDENTIFICATION FISCALE (N.I.F)

La Direction Générale des Impôts informe les contribuables exerçant l'activité **d'import export de biens en vue de la revente en l'état,** qu'à compter du samedi **10 janvier 2009** les procédures fiscales, douanières et bancaires y relatives, ne pourront se faire que sur la base du Numéro d'Identification Fiscale (NIF) attribué par ses services.

Ce numéro est mentionné sur une carte magnétique d'immatriculation.

Pour ce faire, les contribuables exerçant l'activité d'importation de biens en vue de la revente en l'état et ne disposant pas de cartes magnétiques sont invités, **à partir du 20 décembre 2008 jusqu'au 09 janvier 2009**, à se rapprocher de l'inspection des impôts dont ils relèvent afin de procéder au retrait de leurs cartes magnétiques d'immatriculation fiscale.

Pour tout renseignement complémentaire, contacter l'inspection des impôts du lieu d'activité ou consulter les sites suivants :

- D.G.I :**http://impots-dz.org**
- Direction des Grandes Entreprises : **http://www.dge.gov.dz**.

Remarque : **Les contribuables réalisant des opérations de production de biens et de services** et qui ne disposent pas encore de leurs cartes magnétiques seront invités à procéder à leur retrait à une date ultérieure.Ils continuent à accomplir, à titre provisoire jusqu'au 31 Mars 2009, les formalités de domiciliation bancaire et de dédouanement par la présentation de leurs anciennes cartes d'immatriculation. Passé ce délai,la présentation de la carte magnétique de vient obligatoire.

ملحق رقم3:

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 juin 1986, 84-17.769, Publié au bulletin

Analyse et résumé

BANQUE - Garantie à première demande - Obligations du banquier - Paiement - Limite - Caractère frauduleux de l'appel de la garantie - Le caractère autonome de la garantie et de la contre-garantie données par des banques interdit aux banques garantes, ainsi qu'à l'entrepreneur, d'exciper des...

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 20 juin 1984) que la société " National Iranian Oil Company " (société NIOC) a conclu avec la société " Pipe Line Service " (société PLS) un contrat portant sur la fourniture, l'installation et la mise en service d'un système de protection cathodique de deux oléoducs ; que, sur ordre de la société PLS transmis par la banque de Paris et des Pays-Bas (banque Paribas), la banque Etebarate, aux droits de laquelle se trouve la banque Tejarat, a délivré à la société NIOC, maître de l'ouvrage, une garantie de bonne fin, s'engageant à payer à première demande de la société NIOC, et sur l'appréciation de celle-ci que l'entrepreneur avait contrevenu à l'exécution des engagements découlant du contrat, toute somme à concurrence d'un montant déterminé ; que la banque Paribas a contre-garanti la banque Eterabate dans les mêmes termes ; qu'à la suite de l'appel qu'elle a reçu de la société NIOC pour la totalité de la garantie, la banque Tejarat a appelé la contre-garantie de la banque Paribas ; que la société PLS a saisi le juge des référés d'une demande tendant à ce qu'il soit fait défense aux banques de payer le montant de la garantie et celui de la contre-garantie ;

Attendu que la société NIOC, le ministère des pétroles de la République islamique d'Iran se constituant au nom et faisant suite à la société NIOC, et la banque Tejarat font grief à la Cour d'appel d'avoir accueilli la demande de la société PLS, alors, selon le pourvoi, d'une part, que l'engagement de payer à la première demande constitue une garantie autonome, à l'égard du contrat conclu entre l'entrepreneur et

le maître de l'ouvrage, qui doit être exécutée dès l'avis donné par ce dernier de l'appel de la garantie ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que l'engagement de la banque Tejarat et celui de la banque Paribas s'analysent incontestablement comme des garanties et contre-garantie à première demande ; qu'en faisant défense aux banques d'honorer leurs engagements au seul motif que les travaux exécutés par l'entrepreneur avaient été reçus sans contestation ni réserve par le maître de l'ouvrage qui par ailleurs était débiteur de cet entrepreneur, ce que les banques ne pouvaient ignorer, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil, alors que, d'autre part, l'objet même de la garantie à première demande interdit aux banques garantes, tout comme à l'entrepreneur, d'exciper des exceptions que ce dernier pouvait opposer au maître de l'ouvrage, bénéficiaire des garanties, pour refuser de payer le montant des lettres ; qu'en déduisant la fraude du maître de l'ouvrage, à laquelle les banques ne devaient pas s'associer de ce qu'il a appelé les garanties tout en étant débiteur de l'entrepreneur au titre du marché principal, la Cour d'appel a violé par fausse application le principe " fraus omnia corrumpit " ;

Mais attendu que si la garantie à première demande est autonome par rapport au contrat de base, en revanche l'interdiction d'opposer les exceptions tenant à l'inexécution du contrat cède en cas de fraude manifeste ; qu'ayant relevé que la société NIOC n'avait pas réglé à la société PLS les sommes qu'elle lui devait en vertu de certificats de terminaison de travaux à 100 % établis par elle-même et des certificats de paiement approuvés par son ingénieur chef et son service comptable, et que la société NIOC avait été amenée à demander à la société PLS des travaux supplémentaires ayant fait l'objet de factures qu'elle avait laissées impayées sans les avoir contestées, la Cour d'appel a pu déduire de l'ensemble de ces circonstances que l'appel de la garantie de bonne fin apparaissait comme une manoeuvre frauduleuse ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

ملحق رقم4:

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 janvier 1989, 86-18.325, Publié au bulletin

Analyse et résumé

BANQUE - Garantie à première demande - Contre-garantie - Sursis à exécution de l'engagement - Appel frauduleux de la contre-garantie - Définition - Existence d'un concert frauduleux entre le bénéficiaire et la banque garante - Justifie sa décision déboutant un maître d'oeuvre de sa...

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt infirmatif attaqué (Paris, 9 juillet 1986), rendu en matière de référé, que, sur instructions de la Société moderne de pose (la SMP), titulaire d'un marché de travaux au Koweit, le Crédit commercial de France (le CCF) a demandé à l'Alahli Bank of Koweit (l'Alahli Bank) de délivrer au maître de l'ouvrage, la société Sultan Ben Essa Sons, une garantie payable à première demande, nonobstant toute contestation de la part de la SMP et couvrant le règlement de la garantie contractuelle de bonne fin, le CCF s'engageant lui-même dans les mêmes termes, à contre -garantir l'Alahli Bank ; que la garantie émise a été appelée par le bénéficiaire ; que l'Alahli Bank a appelé la contre - garantie ; que la SMP a assigné en référé le CCF pour qu'il lui soit fait défense de payer le montant de la contre - garantie jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au principal ; que l'Alahli Bank est intervenue volontairement en cause d'appel ;

Attendu que la SMP fait grief à la cour d'appel de l'avoir déboutée de sa demande ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches : (sans intérêt) ;

Sur le second moyen :

Attendu que la SMP reproche aussi à la cour d'appel d'avoir statué ainsi qu'elle l'a fait alors, selon le pourvoi, que, si la garantie à première demande est autonome par rapport au contrat de base, en revanche, l'interdiction d'opposer les exceptions tenant à l'inexécution du contrat cède en cas de fraude manifeste ; que la cour d'appel a relevé que, selon un certificat établi par un organisme indépendant, les travaux

promis par la SMP avaient été effectués et étaient conformes aux pièces contractuelles ; qu'en se fondant seulement sur l'hypothèse, ne reposant sur aucune allégation du maître de l'ouvrage, d'éventuelles malfaçons apparues ultérieurement, pour estimer que la fraude reprochée à la société Sultan Ben Essa Sons n'était pas manifeste, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui résultaient de ses propres constatations, et de ce fait, a violé l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu que dans ses conclusions, la SMP, après avoir fait valoir que ses travaux avaient été exécutés et payés, s'était bornée, à soutenir que la demande en paiement de l'Alahli Bank s'analysait en un cas d'abus manifeste et de fraude ; que la cour d'appel, en écartant cette simple affirmation a relevé souverainement que la SMP n'établissait pas l'existence d'un concert frauduleux entre le maître de l'ouvrage et la banque garante de premier rang ; qu'elle a ainsi justifié sa décision, abstraction faite des motifs critiqués par le moyen ; que celui-ci n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

ملحق رقم5:

CONTRE-GARANTIE DE SOUMISSION

CONSIDERANT LA PARTICIPATION DE (RAISON SOCIALE DU SOUMISSIONNAIRE) DONT LE SIEGE SOCIAL EST A ..... A L'APPEL D'OFFRE N°..... LANCE PAR (RAISON SOCIALE DE L'OPERATEUR PUBLIC ALGERIEN) AYANT POUR OBJET .....

CONSIDERANT LES TERMES DE L'ARTICLE N° ..... DU CAHIER DES CHARGES QUI PREVOIT QUE TOUTE OFFRE DOIT ETRE ACCOMPAGNEE D'UNE GARANTIE BANCAIRE.

NOUS (RAISON SOCIALE DE LA BANQUE ETRANGERE), AU CAPITAL DE ..... AYANT SON SIEGE SOCIAL A..... REPRESENTEE PAR ..... AGISSANT EN QUALITE DE..... EN VERTU DES POUVOIRS QUI LUI/LEUR SONT CONFIES ET DONT IL (S) JUSTIFIE (ENT) DEMANDONS A LA BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE, DE SOUSCRIRE SOUS NOTRE PLEINE ET ENTIERE RESPONSABILITE UN ENGAGEMENT A CONCURRENCE DE (MONTANT EN CHIFFRES ET EN LETTRES) EN FAVEUR DE (RAISON SOCIALE DE L'OPERATEUR PUBLIC ALGERIEN) QUI COUVRIRA LA GARANTIE DE SOUMISSION DESTINEE A DEDOMMAGER FORFAITAIREMENT (RAISON SOCIALE DE L'OPERATEUR PUBLIC ALGERIEN) OU CAS OU (RAISON SOCIALE DU SOUMISSIONNAIRE) ETANT DECLARE ADJUDICATAIRE, SE DESISTERAIT OU REFUSERAIT DE CONCLURE LE CONTRAT PROPOSE DANS LES TERMES ET CONDITIONS DE SA SOUMISSION OU DE METTRE EN PLACE LES GARANTIES REQUISES AU CONTRAT.

EN CONTRE-PARTIE, NOUS (RAISON SOCIALE DE LA BANQUE ETRANGERE) CONTRE-GARANTISSONS IRREVOCABLEMENT ET INCONDITIONNELLEMENT A LA BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE LA BONNE EXECUTION PAR (LE SOUMISSIONNAIRE) DE SES OBLIGATIONS PRECITEES OU A DEFAUT LE PAIEMENT DE LA SOMME DUE AU TITRE DE SA SOUMISSION.

EN CONSEQUENCE, NOUS PAIERONS SANS DELAI A LA BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE, A LA PREMIERE DEMANDE DE CELLE-CI, SANS QU'IL SOIT BESOIN DE RECOURIR A UNE QUELCONQUE "FORMALITE" ET SANS POUVOIR LUI OPPOSER DE MOTIF DE NOTRE CHEF OU DE NOTRE DONNEUR D'ORDRE, LE MONTANT INTEGRAL DE LA CONTRE-GARANTIE SOIT (MONTANT EN CHIFFRES ET EN LETTRES), OU TOUT AUTRE MONTANT RESTANT DU AU TITRE DE CETTE CONTRE GARANTIE AUGMENTE DES FRAIS ET DEPENSES EVENTUELS DE TOUTE NATURE ENCOURUS PAR LA BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE A L'OCCASION DE LA MISE EN JEU DE CETTE CONTRE-GARANTIE.

TOUT RETARD APPORTE AU VERSEMENT DES SOMMES DUES AU TITRE DE LA CONTRE-GARANTIE METTRA A NOTRE CHARGE LE PAIEMENT AU PROFIT DE LA BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE D'INTERETS AU TAUX DE 12 % L'AN QUI COMMENCERONT A COURIR A PARTIR DU HUITIEME JOUR DE LA DATE DE MISE EN JEU DE LA CONTRE-GARANTIE JUSQU'AU JOUR DU PAIEMENT EFFECTIF. CES INTERETS SERONT CAPITALISES S'ILS SONT DUS POUR UNE ANNEE ENTIERE.

NOUS RENONÇONS EXPRESSEMENT A NOUS PREVALOIR D'UNE QUELCONQUE EXCEPTION TIREE DES TERMES DE LA SOUMISSION POUR AUTANT QUE LA BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE, JUSTIFIE PAR TELEX CHIFFRE QUE (RAISON SOCIALE DE L'OPERATEUR PUBLIC ALGERIEN) A MIS EN JEU LA GARANTIE.

LES COMMISSIONS, FRAIS ET TAXES DECOULANT DE LA PRESENTE CONTRE-GARANTIE SERONT SUPPORTES PAR NOUS (RAISON SOCIALE DE LA BANQUE ETRANGERE) A COMPTER DE LA DATE D'EMISSION DE LA GARANTIE EN FAVEUR DU BENEFICIAIRE JUSQU'A L'EXTINCTION DE LA PRESENTE CONTRE-GARANTIE TELLE QUE DETERMINEE CI-DESSOUS.

LA PRESENTE CONTRE-GARANTIE ENTRERA EN VIGUEUR A COMPTER DE LA DATE D'EMISSION DE LA GARANTIE EN FAVEUR DU BENEFICIAIRE ET DEMEURERA VALABLE JUSQU'A LA MAINLEVEE DELIVREE PAR LA BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE A LA (RAISON SOCIALE DE LA BANQUE ETRANGERE).

TOUT LITIGE NE DE L'EXECUTION DE LA PRESENTE CONTRE-GARANTIE SERA SOUMIS A LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX ALGERIENS ET A L'APPLICATION DE LA LOI ALGERIENNE.

ملحق رقم6:

CONTRE-GARANTIE DE BONNE EXECUTION

Nous référant au contrat N°..... du ..... conclu entre (raison sociale de l'opérateur public Algérien) et (raison sociale du cocontractant étranger) relatif à (objet du contrat) et conformément à l'article ....., engageant (raison sociale du cocontractant étranger) à la production d'une garantie de bonne exécution de (montant en chiffres et en lettres) représentant.... % du montant du contrat.

Nous (raison sociale de la banque étrangère) au capital de ..... ayant son siège social à ..... représentée par ....., agissant en qualité de ....., en vertu des pouvoirs qui lui/leur sont confiés et dont il (s) justifie (ent) demandons à la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE, de souscrire sous notre pleine et entière responsabilité un engagement à concurrence de (montant en chiffres et en lettres) en faveur de (raison sociale de l'opérateur public Algérien) qui couvre la garantie de bonne exécution par (raison sociale du cocontractant étranger), de ses obligations contractuelles.

En contrepartie, nous (raison sociale de la banque étrangère) contre-garantissons irrévocablement et inconditionnellement à la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE la bonne exécution par (raison sociale du cocontractant étranger) de ses obligations contractuelles et à défaut, le remboursement des sommes dues au titre de ladite contre-garantie.

En conséquence, nous paierons sans délai à la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE à première demande de celle-ci sans pouvoir recourir à une quelconque formalité et sans pouvoir lui opposer le motif de notre chef ou du chef de notre donneur d'ordre, le montant intégral de la contre-garantie soit (montant en chiffres et en lettres) ou tout autre montant restant dû au titre de cette contre garantie, augmenté des frais et dépenses éventuels de toute nature encourus par la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE à l'occasion de la mise en jeu de cette contre-garantie.

Tout retard apporté au versement des sommes dues au titre de la contre-garantie mettra à notre charge le paiement au profit de la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE d'intérêts au taux de 12 % l'an qui commenceront à courir à partir du huitième jour de la date de la mise en jeu de la contre-garantie jusqu'au jour du paiement effectif. Ces intérêts seront capitalisés s'ils sont dus pour une année entière.

... / ...

Nous renonçons expressément à nous prévaloir d'une quelconque exception tirée du contrat liant (raison sociale de l'opérateur public Algérien) et (raison sociale du cocontractant étranger) pour autant que la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE justifie par télex chiffré que (raison sociale de l'opérateur public Algérien) a mis en jeu la garantie.

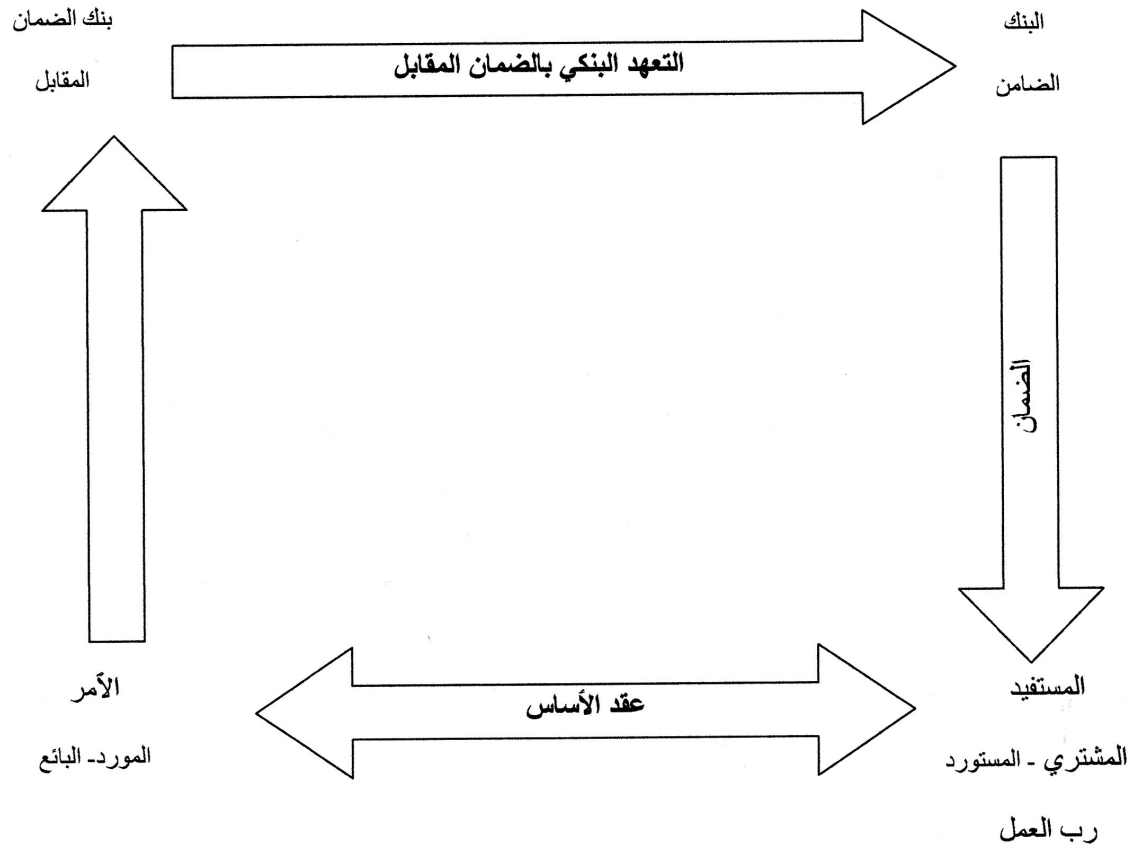
Les commissions, frais et taxes découlant de la présente contre-garantie seront supportés par nous (raison sociale de la banque étrangère) à compter de la date d'émission de la garantie en faveur du bénéficiaire jusqu'à l'extinction de la présente contre-garantie telle que déterminée ci-dessous.

La présente contre-garantie entrera en vigueur à compter de la date d'émission de la garantie en faveur du bénéficiaire et demeurera valable jusqu'à la mainlevée délivrée par la BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE à (raison sociale de la banque étrangère).

Tout litige né de l'exécution de la présente contre-garantie sera soumis à la compétence des tribunaux Algériens et à l'application de la loi Algérienne.

ملحق رقم7:

مخطط بياني للضمان المقابل



ملحق رقم8:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة المالية
المديرية العامة للضرائب

Série G n° 52

CAUTION BANCAIRE

مديرية الضرائب لولاية .....
قباضة .....

خزينة ولاية .....

Pour le règlement au Trésor des impôts et taxes déclarés par le redevable M .....

Domicilié à la banque ..... Date .....

Agence ..... Ref .....

Code .....

N° du compte

Le présent engagement est établi en faveur du Receveur des Impôts de ..... par M ..... directeur de la banque ci-dessus désignée et identifiée par le n° ..... ouvert à la banque d'Algérie, à l'effet de verser au Trésorier de wilaya de ..... à l'échéance du. ..... le montant de la présente obligation arrêté à ....., et développé comme suit :

N° d'ordre	NATURE des droits et taxes	MONTANT	ECHEANCE	INTERET DE CREDIT ..... %	MONTANT TOTAL droits + intêrets	OBSERVATIONS
				TOTAL GENERAL DE L'OBLIGATION		

Fait à....., le.....

LU ET APPROUVE
BON POUR CAUTION SOLIDAIRE
AVEC LE REDEVABLE SUS-DESIGNE,

MOTIFS EN CAS DE REFUS DE REGLEMENT DU PRESENT EFFET

.....
.....
.....
.....
.....

Fait à....., le.....

LE TRESORIER DE WILAYA,

L'Obligation cautionnée est un moyen de paiement des impôts et taxes, réservé aux redevables remplissant les conditions fixées par les dispositions des articles 81 et 571 respectivement du code des TCA et du Code des Impôts Indirects. Elle est souscrite chez le Receveur des impôts en deux (02) exemplaires lors du dépôt dans les délais requis de la déclaration relative aux droits au comptant (G.50).

L'Original est versé au Trésorier de Wilaya de rattachement par bordereau d'envoi pour son encaissement à l'échéance. Le rejet éventuel de cet effet, entraîne automatiquement la mise en œuvre de l'action coercitive à l'égard du redevable concerné et de sa caution (Arrêté n° 1063 du 04 Octobre 1997).

ملحق رقم9:

DIRECTION DES RELATIONS INTERNATIONALES
DEPARTEMENT DES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX
SECTEUR DES GARANTIES INTERNATIONALES
SERVICE EMISSION

DOSSIER N°

ACTE DE GARANTIE

(NOM DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)

ALGER

OBJET.:GARANTIE DE RESTITUTION D'AVANCE DE : *(MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES)*

Nous référant ***AU CONTRAT N°…… conclu*** *entre* ***(NOM DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)*** *d'autre part et* ***(NOM DU FOURNISSEUR ETRANGER)*** ***d'****autre part, ayant pour objet:* ***relatif à « OBJET DU CONTRAT »***

Nous référant à la contre garantie n° …… ***émanant*** *de* ***(NOM DU CORRESPONDANT BANCAIRE ETRANGER).***

Nous soussignés, **BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE,** dont le siège social est au 11, BOULEVARD COLONEL AMIROUCHE, ALGER, ALGERIE, émettons en faveur de la ***(NOM DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)***, une garantie de restitution d'avance de ***(MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES ET EN LETTRES) REPRESENTANT ……%*** **DU MONTANT DU CONTRAT,** qui couvre le remboursement de l'avance d'égal montant versé au titre du contrat précité **à *(NOM DU FOURNISSEUR ETRANGER)***, en cas d'inexécution ou d'exécution incomplète et ou imparfaite précité de ses obligations contractuelles **par *(NOM DU FOURNISSEUR ETRANGER).***

../..

DOSSIER N°

GARANTIE DE RESTITUTION D'AVANCE DE *(MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES)*

Nous paierons à ***(NOM DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)***, à sa première demande les sommes dont ***(NOM DU FOURNISSEUR ETRANGER)*** serait reconnu débiteur au titre de l'avance qu'elle à perçue jusqu'à concurrence de son montant, soit ***(MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES)***, contre sa déclaration écrite que ***(NOM DU FOURNISSEUR ETRANGER)***, n'a pas rempli ses obligations contractuelles.

LA PRESENTE GARANTIE ENTRERA EN VIGUEUR DES RECEPTION DE L'AVANCE AU COMPTE DE *(NOM DU FOURNISSEUR ETRANGER)* CHEZ (BANQUE DU FOURNISSEUR ETRANGER).

ELLE DIMINUERA AU FUR ET A MESURE DES MAINLEVEES PARTIELLES DONNEES PAR *(NOM DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)* OU AU PRORATA DES LIVRAISONS OU DES PRESTATIONS SUR PRESENTATIONS A NOUS-MEMES DES DOCUMENTS JUTIFICATIFS Y AFFERENTS DUMENT SIGNES ET APPROUVES PAR LES REPRESENTANTS HABILITES DES PARTIES AU CONTRAT (FACTURES VISEES, SITUATION DES TRAVAUX, ATTRESTATIONS DE SERVICE FAIT, ETC…) ET CE JUSQU'AU REMBOURSEMENT INTEGRAL DE LA DITE AVANCE ET DEMEURERA VALABLE JUSQU'AU……..

Cette garantie est délivrée uniquement pour le contrat de base, à l'exclusion de tout avenant qui modifierait le montant dudit contrat et/ou sa durée de validité et qui pourrait avoir une incidence quelconque sur la présente garantie sans l'accord préalable de la **BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE** et la délivrance par nous-mêmes d'une nouvelle garantie correspondante.

BON POUR GARANTIE A HAUTEUR MAXIMUM DE *(MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES ET EN LETTRES)*.

ملحق رقم10:

DIRECTION DES RELATIONS INTERNATIONALES
DEPARTEMENT DES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX
SECTEUR DES GARANTIES INTERNATIONALES
SERVICE EMISSION

DOSSIER N°

ACTE DE GARANTIE

(NOM ET ADRESSE DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)

ALGER, LE

OBJET:GARANTIE DE SOUMISSION D'APPEL D'OFFRE DE (MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES).

Considérant la participation de **(NOM DU SOUMISSIONNAIRE)**, dont le siège social est à ..... **à L'APPEL D'OFFRES N°** ..... **lancé par (NOM DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)** ayant pour objet: **(OBJET DU CONTRAT).**

Considérant les termes de l'article du cahier des charges qui prévoit que toute offre doit être accompagnée d'une garantie bancaire de soumission.

Considérant la contre garantie **N°** ..... émanant de **(NOM DU CORRESPONDANT BANCAIRE ETRANGER).**

Nous soussignés, **BANQUE EXTERIEURE D'ALGERIE**, dont le siège social est à **ALGER, 11 BOULEVARD COLONEL AMIROUCHE**, émettons en faveur de **(NOM DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)** une garantie de soumission d'appel d'offre de **(MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES ET EN LETTRES)**, destinée à dédommager forfaitairement **(NOM DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)** au cas où déclaré adjudicataire, **(NOM DU SOUMISSIONNAIRE)** se désisterait, refuserait de conclure le contrat proposé dans les termes et conditions de son offre ou de mettre en place les garanties requises au contrat.

.../...

DOSSIER N°

GARANTIE DE SOUMISSION D'APPEL D'OFFRES DE (MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES).

En conséquence, nous paierons à **(NOM DU BENEFICIAIRE ALGERIEN)** à sa première demande la somme de **(MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES)** dont le soumissionnaire, **(NOM DU SOUMISSIONNAIRE)**, serait reconnu débiteur au titre de la présente garantie, contre sa déclaration écrite établissant que **(NOM DU SOUMISSIONNAIRE)**, n'a pas rempli ses engagements.

LA PRESENTE GARANTIE ENTRERA EN VIGUEUR A LA DATE D'OUVERTURE DES PLIS ET DEMEURERA VALABLE JUSQU'AU…….

BON POUR GARANTIE A HAUTEUR MAXIMUM DE (MONTANT DE LA GARANTIE EN CHIFFRES ET EN LETTRES).

قائمة المراجع والمصادر

أ – باللغة العربية:

I– المراجع العامة:

1– القرآن الكريم.

2– إبن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، مراجعة أحمد إبراهيم زهوة، دار الكتاب العربي، ط2007، المجلد الثاني، بيروت.

3– أبوعبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، بيت الأفكار الدولية، بدون سنة النشر، الأردن.

4– أحمد نبيل النمري، مبادئ في العلوم المصرفية "دراسة تطبيقية وعملية"، معهد الدراسات المصرفية، ط01، 1981، عمان.

5– الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6 ، 2007، الجزائر.

6– خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المنهاج للنشر والتوزيع، ط02، 2005، عمان.

7– راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 04، 2004، الجزائر.

8– رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، ط 2003، القاهرة.

9– سليم سعداوي، السندات التجارية في القانون الجزائري، دار الحديث للكتاب، 2009، الجزائر.

10- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية(الكفالة- الرهن الرسمي-حق الإختصاص-الرهن الحيازي- حقوق الإمتياز)، منشأة المعارف، ط 1992 ، الإسكندرية.

11- صلاح إبراهيم شحاته، ضوابط منح الإئتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، دار النهضة العربية، ط1، 2008، القاهرة.

12- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه والتشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية، منشأة المعارف، ط 2002، الإسكندرية.

13- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة النشر، بيروت.

14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف- الحوالة - الإنقضاء، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة النشر، بيروت.

15- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة النشر، بيروت.

16- علي أحمد السالوس، الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، ط 01، 1987، الكويت.

17- علي البارودي، القانون التجاري (العقود وعمليات البنوك التجارية)، الدار الجامعية، ط 1986، الإسكندرية.

18- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، 1993 ، بدون بلد النشر.

19- علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، ط 1، 2008، الإسكندرية.

20- غريب الجمال، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، مراجع الدراسات المقارنة للأنشطة الاقتصادية، 1978، بدون بلد النشر.

21- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، الجزائر.

22- ماهر كنج شكري، العمليات المصرفية الخارجية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 2، 2004، الأردن.

23- محمد بن عيسى بن سَوْرَة الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط 1، بدون سنة النشر، الرياض.

24- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية(عقد الكفالة)، دار الهدى، ط 2011، الجزائر.

25- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2008، عمان.

26- منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، ط 2000 ، الإسكندرية.

27- نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة، ط 2001، الجزائر.

28- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية الشخصية (الرهن الرسمي- حق الإختصاص - الرهن الحيازي- حقوق الإمتياز- الكفالة) ، منشأة المعارف، ط1982، الإسكندرية.

29- هاني دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، ط 2003، الإسكندرية.

30- يعقوب يوسف صرخوة، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي، بدون دار النشر، ط2 ، 1998، الكويت.

II- المراجع الخاصة:

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

2- عبد الرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك - طبقا للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية-، مكتبة الشقري، ط 2010، الرياض.

3- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة ، ط1، 2007، الإسكندرية.

4- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ط 2000، القاهرة.

5- محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك – في المملكة العربية السعودية-، مطابع جامعة الملك سعود، ط 1997، الرياض.
6- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية -التبعية وغير التبعية-(الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط 2005 ، الإسكندرية.

III- المذكرات:

1- أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013-2014.
2- أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007.
3- أيت وزو زاينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في ظل القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011-2012.
4- بضراني نجاة، الإعتماد المصرفي بطريق التوقيع (الإعتماد بالقبول، الكفالة المصرفية، خطاب الضمان)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،1987.

5- سليمان ناصر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية، رسالة دكتوراه في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2004-2005.

6- أحمد محمد زياد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012.

7- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008-2009.

8- بوستة زهر الدين، الرقابة على البنوك الخاصة، مذكرة ماجيستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008.

9- شميل كمال، التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية (العينية والخاصة)، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.

10- شيخ عبد الحق، الرقابة على البنوك التجارية، مذكرة ماجيستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بودواو، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2009-2010.

11- فضيل نورة، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

12- لوكادير مالحة، دور البنوك في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مذكرة ماجيستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

13- محمد حسين حمد العواودة، الكفالة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2007.

14- نايت جودي مناد، النظام القانوني لضمان الودائع المصرفية، مذكرة ماجيستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة بودواو، 2006- 2007.

15- وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي- دراسة مقارنة-، مذكرة ماجيستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بودواو، جامعة بومرداس، 2008-2009.

IV- المقالات:

1- بزاحي سلوى، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، العدد 01، المجلد 05، 2012.

2- حماد مصطفى عزب، دراسة في المشاكل القانونية للكفالات المقدمة للبنوك، مجلة الدراسات القانونية، العدد:8، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1992.

3- حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على إلتزام البنك طبقا لإتفاقية اليونسترال 1995 – دراسة مقارنة–، مجلة الشريعة والقانون كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد50 ، أبريل 2012.

4- خالدي خديجة، البنوك الإسلامية : نشأة، تطور، آفاق، دفاتر Mecas ، العدد1، كلية العلوم الإقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2005.

5- خليفي مريم، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، دفاتر السياسة والقانون، مجلة جامعة بشار، العدد 4، جانفي 2011.

6- دليلة معزوز، الإلتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني ومدى فعالية وشمولية قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مجلة المعارف، المركز الجامعي العقيد أكلي محمد أولحاج، العدد 08، البويرة، جوان 2010.

7- زبير عياش، إتفاقية بازل 3 كاستجابة لمتطلبات النظام البنكي العالمي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، العدد 30/ 31، بسكرة، ماي 2013.

8- سليمان ناصر وعبد الحميد بوشرمة، متطلبات تطوير الصيرفة الإسلامية في الجزائر، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، العدد 7، ورقلة، 2009-2010.

9- شاكر إكباشي، فكرة الإعتبار الشخصي في العقود الإدارية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد14، العراق 2012.

10- صالح طهران الزرقان، التحليل المالي وأثره في المخاطر الإئتمانية – دراسة تطبيقية على عينة من البنوك الأردنية –، مجلة كلية بغداد للعلوم الإقتصادية، العدد 23، بغداد، 2010.

11- طيطوس فتحي، محافظ الحسابات في الجزائر، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 9، جوان 2013.

12- محمد زيدان زيدان ومازن مصباح صباح، أحكام الكفالة بالمال – دراسة فقهية مقارنة- ، مجلة جامعة الأزهر، العدد 1، المجلد 14، غزة، 2012.

13- مروان أبو فضة، عقد الوكالة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، جامعة القدس المفتوحة، العدد 2، المجلد 17، فلسطين، جوان2009.

14- موسى خليل ميتري وأديب مفضي ميالة، التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الإقتصاد المتحول – المثال السوري–، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، العدد الأول، المجلد 26، دمشق، 2010.

15- موسى متري وأديب ميالة، العقود النموذجية في الكفالات البنكية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، العدد الأول، المجلد 26، دمشق، 2010.

16- ميسم النويري، الكفالة لدى أول طلب، مجلة ريادة، العدد9 ، الأردن، سبتمبر 2009.

V- المجلات القضائية والقانونية:

1- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 29، 1964، القاهرة.

2- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 37، 1972، القاهرة.

3- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 40، 1972، القاهرة.

4- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 40، 1977، القاهرة.

5- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 47، 1979، القاهرة.

6- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 46، 1980، القاهرة.

7- مجلة محكمة النقض المصرية، العدد 49، 1980، القاهرة.

8- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 48، 1982، القاهرة.

9- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 63، 1994، القاهرة.

10- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 64، 1996، القاهرة.

11- مجلة محكمة النقض المصرية، العدد 62، 2001، القاهرة.

12- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 64، 2001، القاهرة.

13- مجلة محكمة النقض المصرية، العدد65، 2002، القاهرة.

14- مجلة محكمة النقض المصرية، العدد72، 2004، القاهرة.

15- مجلة محكمة النقض المصرية، العدد73، 2005، القاهرة.

16- مجلة محكمة النقض المصرية العدد 75، 2009، القاهرة.

17- مجلة محكمة النقض المصرية، العدد 68، 2010، القاهرة.

VI – البحوث والمداخلات:

1- رقية جبار، مداخلة بعنوان: الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، يوم دراسي حول ضمانات الصفقات العمومية في القانون الجزائري بكلية الحقوق، جامعة المدية، بتاريخ: 25-04-2010.

2- عثمان بابكر أحمد، نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية، بحث رقم: 54، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، 2000.

3- عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، محاضرات ألقيت على طلبة الحقوق بجامعة بنها- مصر، بدون سنة النشر.

4- محمد النوري، التجربة المصرفية الإسلامية بأوروبا المسارات، التحديات والآفاق، بحث مقدم للدورة: 19 للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، إسطنبول، جويلية 2009.

VII – النصوص القانونية:

1- القانون رقم: 79-07 المؤرخ في:21-07-1979، ج ر العدد31: المؤرخة في: 24-07-1979 والمتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم.

2- القانون رقم: 86-12 المؤرخ في: 19-08-1986، ج ر العدد: 34 المؤرخة في: 20-08-1986 المتعلق بالنقد والقرض.

3- القانون رقم: 88-06 المؤرخ في: 12-01-1988 يعدل ويتمم القانون 86-12 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر العدد: 02 المؤرخة في: 13-01-1988.

4- القانون رقم: 90-11، المؤرخ في: 14-04-1990، ج ر العدد: 16 المؤرخة في: 18-04-1990 المتعلق بالنقد والقرض.

5- القانون رقم: 98- 10 المؤرخ في: 22-08-1998 ،ج ر العدد: 61 المؤرخة في:23-08- 1998 يعدل ويتمم القانون رقم: 79-07 المتضمن قانون الجمارك.

6-القانون رقم: 05-16 المؤرخ في: 31-12-2005 ،ج ر العدد: 85 المؤرخة في: 31-12-2005 ،المتضمن قانون المالية لسنة: 2006.

7-القانون رقم: 06-04 المؤرخ في: 20-02-2006 ،ج ر العدد:15 مؤرخة في: 12-03-2006 يعدل ويتمم الأمر رقم: 95-07 المتعلق بالتأمينات.

8- القانون رقم: 07-05 المؤرخ في: 13-05-2007 ،ج ر العدد: 31 بتاريخ: 13-05-2007 يعدل ويتمم الأمر: 75-58 المؤرخ في: 26-09-1975 المتضمن القانون المدني.

9- القانون رقم: 09-03 المؤرخ في: 25-02-2009 ، ج ر العدد: 15، المؤرخة في: 08-03- 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

10- القانون رقم: 17-04 المؤرخ في: 16-02-2017 ،ج ر العدد: 11 المؤرخة في: 19-02-2017 يعدل ويتمم القانون رقم: 79-07 المتضمن قانون الجمارك.

11- القانون رقم: 18-18 المؤرخ في: 27-12-2018 ، ج ر العدد: 79 المؤرخة في: 30-12-2018 ، المتضمن قانون المالية لسنة 2019.

12- الأمر رقم: 71-47 المؤرخ في: 30-06-1971 ، ج ر العدد: 55 المؤرخة في: 06-07-1971 ، المتضمن تنظيم مؤسسات القرض.

13-الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

14- الأمر رقم: 75-59 المؤرخ في: 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

15- الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في: 25-01-1995 ، ج ر العدد: 13 المؤرخة في: 08-03-1995 ، المتعلق بالتأمينات.

16- الأمر رقم: 01-01 المؤرخ في: 27-02-2001، ج ر العدد: 14 المؤرخة في: 28-02-2001 المعدل والمتمم للقانون رقم: 90-10 المتعلق بالنقد والقرض.

17- الأمر رقم:03-11 المؤرخ في: 26-08-2003 ، ج ر العدد: 52 المؤرخة في: 27-08-2003 ، المتعلق بالنقد والقرض.

18- الأمر رقم: 10-04 المؤرخ في: 26-08-2010 ،ج ر العدد: 50 المؤرخة في: 01-09-2010 ، يعدل ويتمم الأمر رقم: 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

19- المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المؤرخ في: 24-07-2002، ج ر العدد: 52 المؤرخة في: 28 -07- 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

20- المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 07-10-2010 ، ج ر العدد58: المؤرخة في: 07-10-2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

21- المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16-09-2015، ج ر العدد: 50 المؤرخة في: 20-09-2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

22- المرسوم التنفيذي رقم: 97-268 المؤرخ في:21-07-1997، ج ر العدد:48 المؤرخة في: 23-07-1997 ، يحدد الإجراءات المتعلقة بالالتزام بالنفقات العمومية وتنفيذها ويضبط صلاحيات الآمرين بالصرف ومسؤولياتهم.

23- المرسوم التنفيذي رقم: 98-67 المؤرخ في: 21-02-1998، ج ر العدد:11 المؤرخة في: 01-03-1998، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره.

24- المرسوم التنفيذي رقم: 02-127 المؤرخ في: 07-04-2002 ، ج ر العدد: 23 المؤرخة في: 07-04-2002 ، يتضمن إنشاء خلية معالجة الإستعلام المالي وتنظيمها وعملها.

25- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 01-02-2005 ، ج ر العدد: 10 المؤرخة في: 06-02-2005 ، يتضمن تنظيم المصالح الإدارية والتقنية لخلية معالجة الإستعلام المالي.

26- النظام رقم: 93-02 المؤرخ في: 03-01-1993 ، ج ر العدد: 17 المؤرخة في: 14-03-1993 ، يتعلق باصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين.

27- النظام رقم: 94-13 المؤرخ في: 02-06-1994 ، ج ر العدد: 72 مؤرخة في: 06-11-1994 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية.

28- النظام رقم: 02-03، المؤرخ في: 14-11-2002، ج ر العدد: 84 مؤرخة في: 18-12-2002 ، يتضمن المراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

29- النظام رقم: 11-08 المؤرخ في:28-11-2011، ج ر العدد: 47 مؤرخة في: 29-08-2012 ، المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

30- النظام رقم: 09-03 المؤرخ في: 26-05-2009، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية.

31- النظام رقم: 12-03 لبنك الجزائر المؤرخ في: 28-11-2012، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

32- المقرر رقم: 11-01 بتاريخ: 03-02-2011، الصادر عن بنك الجزائر يتضمن نشر قائمة البنوك وقائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر إلى غاية: 02-01-2011.

VIII- المعاجم:

1- المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، ط 2001، بيروت.

ب- باللغة الفرنسية:

I- LES OUVRAGES GÉNÉRAUX:

1-Alain et Marie-Claire Pièdelièvre, Droit du Crédit, 1er éd, PUF, Paris, 1985.

2-Catherine D'hoir- Lauprêtre, Droit du Crédit, éd Ellipses, France, 1999.

3-Christian Gavalda et Jean Stoufflet, Droit de la Banque, PUF, Paris, sans date de publication.

4-D.A.Pansot, Traité du Cautionnement en Matière Civile et Commerciale, Troys Imprimerie du Cardon, Paris, 1844.

5- Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit Bancaire, 9 ème éd, Dalloz, Paris, 2007.

6 - Georges Prat, La Responsabilité du Banquier et la Faillite de son Client, tec et doc Lavoisier, 2ème éd, France, 1983.

7- J.B.Hébert, Projet de Cautionnement Hypothécaire National (adressé aux membres du gouvernement provisoire), Imprimerie de Brière, Paris, 1848.

8- Jean- Louis Rives- Langes et Monique Contamine-Raynaud, Droit Bancaire, 6 ème éd, Dalloz, Paris, 1995.

9- Jean- Michel Errera et Christian Jiménez, Le pilotage Bancaire et Contrôle Interne, éd Eska, Paris, 1999.

10- Jean-Pierre Mattout, Droit Bancaire International, 2 ème éd, la Revue Banque Editeur, Paris, sans date de publication.

11-Jérôme Huet, Traité du Droit Civil -les principaux contrats spéciaux-, éd LGDJ et Delta Beyrouth, Paris 1996.

12- Luc Bernet Rollande, Principes de Technique Bancaire, 22èmeed, DUNOD, Paris, 2002.

13- Marguerite Boutelet- Blocaille, Droit du Crédit, éd Masson, Paris, 1987.

14- Michel de Juglart, Cour de Droit Civil, Tome I, 2 ème volume, 5 ème éd Montchrestien, Paris, sans date de publication.

15- Michel Jeantin et Paul le Cannu, Droit Commercial, Instrument de Paiement et de Crédit, Entreprises en Difficulté, 5 ème éd, Dalloz, Paris, 1999.

16- Philippe Neau-Leduc, Droit Bancaire, 5ème éd, Dalloz, Paris, 2015.
17- Philippe Simler et François Terré, JurisClasseur-Compact, le Crédit et ses Garanties, éd Lexis Nexis, Paris, 2004.
18- René Rodière et Jean-Louis Rives-Langes, Droit Bancaire, Jurisprudence de Dalloz, Toulouse, 1973.
19- Yvaine Buffelan-Lanore, Droit Civil, 9èmeed, Dalloz - Armand Colin, Paris, 2004.

II- LES OUVRAGRS SPECIAUX:

1- Alain Cerles, Le Cautionnement et la Banque -engagements reçues par les banques -, Tome I, AFB Diffusion, Paris, 2000.
2- Anabel Riano-Saad, Le Contrôle de Proportionnalité et la Garantie Autonome, EUE, France, 2015.
3- Brigitte Roman, Droit du Cautionnement, éd Ellipses, Paris, 2005.
4- Dominique Legeais, Le Cautionnement, éd Economica, Paris,1995.
5- Dominique Legeais, Droit des Sûretés et Garanties du Crédit, 11 ème éd, LGDJ, France, 2016.
6- Laurent Aynes, Le Cautionnement, 2 ème éd, Dalloz, Paris, 1997.
7- Michel Mathieu, l'exploitant bancaire et le risque de crédit, la Revue Banque Editeur, 3 ème éd, Paris, 1995.

III- LES THÈSES ET LES MÉMOIRES:

1- El Fassi Fatima Zohra, le Régime Juridique de la Rémunération dans les Marchés Publics de Fourniture en Droit Algérien, Thèse de Doctorat en Droit Public de l´Entreprise, Université de Montpelier I, 1991.
2-Koffi Mawunyo Agbenoto, le Cautionnement et Procédures Collectives, Cotutelle de Thèse pour Obtention de Diplôme de Doctorat en Droit Privé, Faculté de Droit et Sciences Economiques le Mans-France et Faculté de Droit Lomme-Togo, 2008.

3- May Hammoud, la Protection du Consommateur des Services Bancaires et des Services d'Assurances, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Panthéon-Assas, Paris II, Décembre 2012.
4-Michaël Moaté, La Création d'un Droit bancaire Islamique, Thèse de Doctorat en Droit, Université la Rochelle, France, 2011.
5-Wenceslas Ella Andoume, le Cautionnement Donné à une Société, Thèse de Doctorat de Droit, Faculté de Droit Sciences Economiques et Gestion, Nancy II, France, 2010.
6- Fadia Bouali, Le Rôle des Banques dans les Echanges Economiques Internationaux (en matière de crédit), Mémoire de Magister en Droit Bancaire et Financier, Faculté de Droit, Oran, 2011-2012.

IV- LES ARTICLES:

1-Alain Seban, La responsabilité de l'état : faute lourde, faute simple, Revue Française de Droit Administratif, N° 04, Dalloz, Paris, Juillet -Aout 2002.
2- André Martens, La finance islamique: fondements, théories et réalité, Cahier 20-2001, Centre de Recherche et Développement en Economique, Université de Montréal, Septembre 2001.
3- Charles Moumouni, Le régime juridique et les clauses essentiels du contrat de garantie bancaire - à première demande - , Revue Juridique Thémis, Faculté de Droit, Montréal, N° 31, 1997.
4- Claire Gauzente, Anne Charlotte Duval et Bénédicte Pihan Hoang Huynh, E-Banking, respect des informations personnelles des clients : la pratique des sites français, Banque Magazine, N° 657, Dalloz, Paris, Avril 2004.
5- Dib Saïd, Les garanties dans le dispositif prudentiel des banques et des établissements financiers, Media Bank, N°60, Alger, Juin-Juillet 2002.
6- Dominique Legeais, Crédit et titre de crédit, Revue Trimestrielle du Droit Commercial et de Droit Economique, Nº 1, Dalloz, Paris, Janvier-Mars 2014.

7- Fréderic Dumas, Ratio de solvabilité: une incitation à accroître le risque de crédit, Revue Banque, N° 576, Dalloz, Paris, Décembre 1996.
8- Fréderic Rouvière, Le caractère subsidiaire du cautionnement, RTD com, N° 04, Dalloz, Paris, Oct -Déc 2011.
9- Gaëlle Deharo, La substitution de caution-remède à la situation inconfortable du dirigeant caution ou manifestation de l'évolution du droit des contrats?, RTD com, N°3, Dalloz, Paris, Juillet-Septembre, 2005.
10- Groupes d'auteurs, Le contrôle prudentiel en Europe: une organisation décentralisée et efficace, Banque Magazine, Nº 606, Dalloz, Paris, Septembre 1999.
11- Groupe d'auteurs, Cautionnement d'un prêt par le dirigeant de société, la Lettre Mensuelle des Affaires, Nº319, éd Francis le Febvre, Paris, Janvier 2014.
12- Jean Kertudo et Jean-Luc Siruguet, afrique : Bâle si lointaine …et si proche ! , Revue Banque, N°781, Dalloz, Paris, février 2015.
13-Jean Louis Guillot et Martine Boccara, Caution-non application du principe de proportionnalité aux engagements en cours, Revue Banque, N° 687, Dalloz, Paris, Janvier 2007.
14- Jean Louis Guillot et Martine Boccara, Information annuelle de la caution et découvert en compte, Revue Banque, N°747, Dalloz, Paris, Avril 2012.
15- Jean Louis Guillot et Martine Boccara, L'appréciation du caractère dis-portionné de la caution, Revue Banque, N° 751, Dalloz, Paris, Septembre 2012.
16- Jean Louis Guillot et Pierre-Yves Bérard, L'obligation de mise en garde d'un établissement de crédit, Revue Banque, N°721, Dalloz, Paris, Février 2010.
17- Jean Louis Guillot et Pierre-Yves Bérard, aval et cautionnement: quelle articulation des droits ?, Revue Banque, N° 757, Dalloz, Paris, Février 2013.
18- Jean-Philippe Jenner, Le rôle de «l'inspection engagements», Revue Banque, N° 576, Dalloz, Paris, Décembre 1996.

19- Jérôme Lasser-Capdeville, Que reste-t-il au XXI ème siècle du devoir de non ingérence du banquier ?, Revue Banque, N°100, Dalloz, Paris, Mars-Avril 2005.
20- Manuela Bourassin, la Spécialisation du Droit des Sûretés Personnelles "Entre Droit Commercial et Protection des Consommateurs", Revue Internationale de Droit Comparé, N° 2, éd Société de Législation Comparé, Paris, Avril-Juin 2014.
21- Marie Trécan, le cautionnement des engagements d'un tiers par une société civile est-il toujours d'actualité?, Revue Hebdomadaire- option finance-, Paris, N°du: 29-04-2013.
22- Masamichi Nozawa, Le transfert de propriété à titre de garantie en droit français et en droit japonais, Revue Internationale de Droit Comparé, N°3, éd Société de Législation Comparé, Paris, Juillet-Septembre 2011.
23- Nacer Hider, Le banking islamique en Algérie vingt ans après, Les Cahiers de la Finance Islamique, Nº Spécial, Université de Strasbourg, France, 2013.
24 - Oualid Madjour, Le crédit responsable dans les textes et la jurisprudence française, Revue des Sciences Humaines, Université Mohamed Khider, Biskra, N°30/31, Mai 2013.
25- Pierre- André Chiappori et Marie-Odile Yanelle, le risque bancaire, problèmes économiques, Hebdomadaire, éd La Documentation Française, France, N°2.506 du: 05-02-1997.
26- René Demeestère , Jean-Paul Wacogne , Philippe Lorino et Jean- Paul Bouchet, une nouvelle dimension pour le contrôle de gestion bancaire , Revue Banque N° 576 ,Dalloz, Paris, Décembre 1996.
27-Serge Antoine Techkhoff, cautions, garantie à première demande, bonds, Revue le MOCI, Paris, N° 02 du : 15-02-2012.
28- Stéphane Prigent, La loi applicable aux cautionnements dis-portionnés en cours, Revue Française de Comptabilité, N° 372, Paris, Décembre 2004.
29- Stéphane Prigent, Les garanties du crédit: la restauration du crédit réel, Revue Française de Comptabilité, N°389, éd Ordre des Experts-Comptables, Paris, Janvier 2006.

30-Stéphane Prigent, cautionnement et procédures collectives, Revue Française de Comptabilité, Nº453, éd Ordre des Experts Comptables, Paris, Avril 2012.
31- Thomas Schick, Gérer une implantation internationale, Revue Banque N°57, Dalloz, Paris, Décembre 1996.
32-Valérie Pallas, Le contrôle interne bancaire est-il toujours pertinent?, Revue Finance Contrôle Stratégie, N° 3, Volume 9, Université Montesquieu Bordeaux 4, Sép 2006.
33 - Yves Lepage et Eric Fiszelson, Utilités et contraintes des garanties financières, Banque Magazine, N°649, Dalloz, Paris, Juillet-Aout 2003.

V- LES REVUES ET PÉRIODIQUES:

1- Revue Banque, Nº576, éd Dalloz, Paris, 1996.
2- Revue Banque, Nº606, éd Dalloz, Paris,1999.
3- Revue Banque Nº649, éd Dalloz, Paris,2003.
4- Revue Banque Nº657, éd Dalloz, Paris,2004.
5- Revue Banque Nº687 éd, Dalloz, Paris,2007.
6- Revue Banque Nº721 éd, Dalloz, Paris,2010.
7- Revue Banque Nº747 éd, Dalloz, Paris,2012.
8- Revue Banque Nº751 éd, Dalloz, Paris,2012.
9- Revue Banque Nº757 éd, Dalloz, Paris,2013.
10-Revue Banque Nº761 éd, Dalloz, Paris, 2013.
11- Revue Banque Nº781 éd, Dalloz, Paris, 2015.
12- Revue Française de Droit Administratif, Nº4, éd Dalloz, Paris, 2002.
13- Revue Internationale de Droit Comparé Nº 3, éd Société de Législation Comparé, Paris, 2001.
14- Revue Internationale de Droit Comparé Nº 2, éd Société de Législation Comparé, Paris, 2014.
15- Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique Nº3, éd Dalloz, Paris, 2005.
16- Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique Nº4, éd Dalloz, Paris, 2011.
17- Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique Nº1, éd Dalloz, Paris, 2014.

VI− LES TEXTES JURIDIQUES ET REGLEMENTAIRS:

1- Code Civile Français, 106 ème éd, Dalloz, Paris, 2007.
2-Code de Commerce Français, 14 ème éd, Litec, Paris, 2002.
3-Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, facilitant le crédit aux entreprises, dite Daily, JO du: 03-01- 1981.
4- Loi Nº 84-148 du: 01-03-1984, relative a la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, JO du: 02-03-1984.

VII – LES DICTIONNAIRES:

1-Dictionnaire du Droit Privé de "Serge Braudo-conseillé honoraire à la cour d´appel de Versailles -", Paris, 1996-2017.

VIII- LES SITES ÉLECTRONIQUES:

1-www.ayad.bbfr.net
2-www.boudadabdellah.blogspot.com
3-www.bu.edu.eg
4-www.cc.gov.eg/Garida.aspx
5-www.dalloz actualité.fr
6-www.dictionnaire-juridique.com/serge braudo.php
7-www.doc-du-juriste.com
8-www.iort.gov.tn
9-www.iasj.net
10-www.journal-officiel.gouv.fr
11-www.legifrance.gouv.fr
12-www.mahkamaty.com
13-www.MCJ.fr
14-www.mit.gov.jo
15-http://ocp.mfw4a.org/fr/Algerie.html
16-www.ohada.com
17-www.sgg.gov.ma
18-www.shubily.com
19-www.unictral.org
20-www.union-syndicale-magistrats.org
21-www.un.or.at/unictral

الفهرس

شكر وتقدير

إهداء

قائمة المختصرات

المقدمة **01**

الباب الأول: موقع الكفالة البنكية من الضمانات الإئتمانية في التشريع الجزائري **13**

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة البنكية على ضوء التشريع الجزائري **14**

المبحث الأول: الأساس التشريعي للكفالة البنكية في القانون الجزائري **15**

المطلب الأول: تعريف الكفالة **15**

الفرع الأول: تعريف التشريعات الحديثة للكفالة **16**

الفرع الثاني: تعريف المشرع الجزائري للكفالة **19**

الفرع الثالث: تعريف الكفالة البنكية **21**

المطلب الثاني: أهمية الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الإئتمان **23**

الفرع الأول: الأهمية العملية للكفالة البنكية **24**

الفرع الثاني: الصعوبات العملية للكفالة البنكية **26**

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة البنكية في ظل الفقه والقضاء **28**

المطلب الأول: خصائص الكفالة البنكية **28**

الفرع الأول: الكفالة البنكية عقد ضمان شخصي **31**

الفرع الثاني: الطابع التبعي للكفالة البنكية **35**

البند الأول: النتائج المترتبة على الطابع التبعي للكفالة **36**

البند الثاني: التخفيف من الطابع التبعي للكفالة البنكية **38**

الفرع الثالث: الطابع التجاري للكفالة البنكية **40**

الفرع الرابع: الطابع الإلزامي للكفالة البنكية **44**

الفرع الخامس: الكفالة البنكية من عقود المعاوضات **46**

المطلب الثاني: تمييز الكفالة البنكية عن الأنظمة المشابهة لها **48**

الفرع الأول: تمييز الكفالة البنكية عن الكفالة المدنية **49**

الفرع الثاني: تمييز الكفالة البنكية عن تأمين الإئتمان **50**

الفرع الثالث: تمييز الكفالة البنكية عن خطاب الضمان **56**

المبحث الثالث: الكفالة البنكية في ظل الشريعة الإسلامية **66**

المطلب الأول: الكفالة بالمال في الشريعة الإسلامية **67**

الفرع الأول: تعريف الكفالة ومشروعيتها في الإسلام **68**

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة للكفالة بالمال في الشريعة الإسلامية **71**

المطلب الثاني: خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية **73**

الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان ومشروعيته في الإسلام **74**

الفرع الثاني: حكم أخذ العمولة على خطاب الضمان **78**

المطلب الثالث: الكفالة البنكية بمفهومها الديني في النظام المصرفي الجزائري **81**

الفصل الثاني: واقع الكفالة البنكية كأداة للضمان في المنظومة البنكية الجزائرية **86**

المبحث الأول: تأصيل المبادئ الإئتمانية لكي تؤدي الكفالة البنكية دورها بالضمان **86**

المطلب الأول: نطاق تطبيق مبدأ التناسب في الكفالة البنكية **87**

المطلب الثاني: مضمون الإلتزام بالإعلام في الكفالة البنكية وخطاب الضمان **94**

الفرع الأول: إلتزام البنك بالإعلام السنوي **100**

الفرع الثاني: إلتزام أطراف الضمان بالإستعلام **103**

المبحث الثاني: بعض تطبيقات أحكام المسؤولية على الكفالة البنكية وخطاب الضمان المصرفي **111**

المطلب الأول: مسؤولية البنك عن تخصيص الضمان **112**

المطلب الثاني: مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بعدم التدخل في شؤون عميله **114**

المطلب الثالث: مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بالإعلام **118**

الباب الثاني: نحو مفهوم جديد للكفالة البنكية في مجال الأعمال

" خطاب الضمان المصرفي" **124**

الفصل الأول: موقف المشرع الجزائري من الأخذ بمفهوم خطاب الضمان المصرفي على ضوء الفقه والقضاء المقارن **125**

المبحث الأول: ماهية خطابات الضمان المصرفية **126**

المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان **127**

الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان **129**

البند الأول: تعريف التشريعات المختلفة لخطاب الضمان **130**

البند الثاني: تعريف بعض الهيئات الدولية لخطاب الضمان **134**

البند الثالث: تعريف الفقه لخطاب الضمان **136**

البند الرابع: تعريف القضاء لخطاب الضمان **139**

الفرع الثاني: الأهمية العملية لخطابات الضمان المصرفية **142**

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي **146**

المطلب الأول: التمييز بين خطاب الضمان وبعض الأنظمة المشابهة له **146**

الفرع الأول: التمييز بين خطاب الضمان والإعتماد المستندي **147**

الفرع الثاني: التمييز بين خطاب الضمان والإنابة الناقصة **150**

الفرع الثالث: التمييز بين خطاب الضمان والإشتراط لمصلحة الغير **153**

الفرع الرابع: التمييز بين خطاب الضمان والإلتزام بالإرادة المنفردة **155**

الفرع الخامس: موقف التشريع والقضاء الجزائري من خطاب الضمان **160**

المطلب الثاني: خصائص خطاب الضمان المصرفي **163**

الفرع الأول: استقلال التزام البنك في خطاب الضمان **164**

البند الأول: نتائج استقلال التزام البنك في خطاب الضمان **166**

البند الثاني: آثار استقلال التزام البنك في خطاب الضمان **167**

البند الثالث: مظاهر استقلال التزام البنك في خطاب الضمان **168**

البند الرابع: التخفيف من مبدأ استقلال خطاب الضمان **175**

الفرع الثاني: محل الإلتزام في خطاب الضمان هو مبلغ من النقود **187**

الفرع الثالث: خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية **188**

الفرع الرابع: الطابع الشخصي لخطاب الضمان **190**

الفرع الخامس: خطاب الضمان ليس ورقة تجارية **193**

الفصل الثاني: التطبيقات العملية لخطاب الضمان المصرفي في النصوص والهياكل البنكية الجزائرية **195**

المبحث الأول: صور خطاب الضمان المصرفي طبقا للنصوص التشريعية العامة والخاصة **196**

المطلب الأول: صور خطاب الضمان بحسب الإلتزام المضمون **197**

الفرع الأول: خطابات ضمان الصفقات العمومية **197**

الفرع الثاني: خطابات الضمان الجمركية **203**

الفرع الثالث: خطابات الضمان الملاحية في غياب سند الشحن **211**

الفرع الرابع: خطابات الضمان المهنية **213**

المطلب الثاني: خطابات الضمان الدولية أو الخارجية **215**

الفرع الأول: خطاب الضمان الخارجي الصادر لمصلحة مستفيد مقيم بالجزائر **216**

الفرع الثاني: خطاب الضمان الخارجي الصادر لمصلحة مستفيد مقيم خارج الجزائر **217**

الفرع الثالث: خطاب الضمان الصادر عن البنك المركزي لحساب بنوكه المحلية **218**

المطلب الثالث: صور خطاب الضمان بحسب شروطه **222**
الفرع الأول: خطاب الضمان لدى الطلب **222**
الفرع الثاني: خطاب الضمان المبرر **224**
الفرع الثالث: خطاب الضمان المؤيد أو المعزز **226**
المطلب الرابع: صور خطاب الضمان بحسب مدته **226**
المطلب الخامس: صور أخرى لخطاب الضمان **227**
المبحث الثاني: الإجراءات الشكلية لإصدار خطاب الضمان المصرفي **229**
المطلب الأول: صيغة خطاب الضمان المصرفي **234**
الفرع الأول: التمهيد المبين في أعلى خطاب الضمان **234**
الفرع الثاني: التعهد الصادر من البنك **236**
الفرع الثالث: تعيين أطراف الخطاب **239**
الفرع الرابع: تحديد تاريخ بداية نفاذ خطاب الضمان ومدة سريانه **240**
الفرع الخامس: تحديد مبلغ خطاب الضمان **250**
الفرع السادس: تحديد لغة تحرير خطاب الضمان **252**
الفرع السابع: تحديد القانون الواجب التطبيق **253**
المطلب الثاني: غطاء خطاب الضمان المصرفي **255**
المبحث الثالث: أدوات تنفيذ الكفالة البنكية وخطاب الضمان المصرفي في التشريع الجزائري **258**
المطلب الأول: البنوك والمؤسسات المالية **259**

الفرع الأول: ماهية البنوك والمؤسسات المالية في ظل التطور التاريخي للتشريع البنكي الجزائري **259**

الفرع الثاني: دور البنك المركزي في حماية الكفالة البنكية كآلية للضمان **263**

المطلب الثاني: صندوق ضمان الصفقات العمومية **265**

المطلب الثالث: الآليات القانونية لتدخل البنوك وصندوق ضمان الصفقات العمومية في عملية الضمان **268**

الفرع الأول: الرهن الحيازي للصفقة **268**

الفرع الثاني: الضمان الإحتياطي **271**

الخاتمة **274**

الملاحق **281**

قائمة المراجع والمصادر **299**

الفهرس **321**

ملخص:

تعد الكفالة البنكية إحدى أهم أدوات الضمان التي فرضت نفسها في النظام المصرفي الجزائري، لذلك كان من الضروري التعرض إليها بالبحث والدراسة للوقوف على ميزاتها وخصائصها ضمن عمليات الائتمان والدور الذي تضطلع به في ظل التشريع الجزائري.

يلقي هذا البحث الضوء على أحكام الكفالة البنكية كأداة للضمان من خلال التعريف بها وبيان أنواعها، لاسيما عندما تتحول إلى نظام قانوني مختلف ألا وهو خطاب الضمان المصرفي. وكذا الوقوف على الصعوبات التي تواجهها في ظل تشريع بنكي مبعثر، وذلك من خلال مقارنة البحث النظري بالدراسة الميدانية لمجموعة من البنوك الوطنية والأجنبية.

كما يحاول البحث التطرق لأهم المتطلبات الموصى بها كحد أدنى لتفعيل دورها بالضمان أو بالأحرى ما يجب أن تكون عليه، سواء من حيث المصطلحات أو من حيث النظام القانوني.

الكلمات المفتاحية: ائتمان، بنك، مبدأ استقلال، مبدأ تناسب، إلتزام بالإعلام، اعتبار شخصي، مسؤولية.

ABSTRACT:

The bank guarantee is considered one of the most important guarantee tools, witch has imposed itself in the algerian banking system. So it was necessary to be exposed to research and study, to know its adventages and characteristics among credit operations, and its role in algerian legislation.

This research highlights the provisions of the bank guarantee as much as a warranty tool, through its definition and statement of types, especially when it turns into a different legal regime that of the bank guarantee letter.

As wel as, to identify the difficulties encountered in a sparse banking legislation, comparing theoretical research with field study through some national and foreign banks.

The research is also trying to meet the most recommended requierements, to provide-at least- to activate its role of guarantee, or rather what is should be in both terminology and legal regime.

KEY WORDS: credit bank, principale of independence, principale of proportionality, obligation of information, personal intuitus, responsability.

RÉSUMÉ:

Le cautionnement bancaire est considéré comme l'un les plus important outils de garantie, qui s'est imposé dans le système bancaire algérien .Il était donc nécessaire d'être exposé a la recherche et a l'étude, pour connaître ses avantages et caractéristiques parmi les opérations de crédit, et son rôle au sein de la législation algérienne.

Cette recherche met en évidence les dispositions du cautionnement bancaire autant qu'outil de garantie, à travers sa définition et l'énoncé des types, surtout quand il se transforme en un régime juridique différent. Celui de la lettre de garantie bancaire. Ainsi qu'identifier les difficultés rencontré dans une législation bancaire épars, en comparant la recherche théorique a l'étude de terrain à travers quelques banques nationales et étrangères.

La recherche tente également de répondre aux exigences les plus recommandé à fournir -au minimum - pour activer son rôle de garantie, ou plutôt ce qu'il devait être tant en terminologie qu'en régime juridique.

MOTS CLE: banque, principe de proportionnalité, principe d'indépendance, obligation de renseignement, intuitus personae, responsabilité.