وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العربي التبسي- تبســـة -
كليـة الحقوق والعلوم السياسيــة
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر

تخصص: قانون أعمال

بعنـــوان:

خطاب الضمان المصرفي

إعداد الطالبتان:
بلغيث صبرينة
محمود حياة

إشراف الأستاذة:
مبروك حدة

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
هدفي بشير	الأستاذ الدكتور	رئيسا
مبروك حدة	أستاذ حاضر ب	مشرفا ومقررا
زواي حكيم	أستاذ مساعد أ	ممتحنا

السنـــة الجامعيـة: 2017/2016

"الكلية لا تتحمل أي مسؤولية على ما يرد في هذه المذكرة من آراء"

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

(وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ)

[سورة التوبة: 105]

الى الذي ذلت له الثقلان و الذي خلق الإنسان فجعل لو البيان

فالحمد لله الذي اتم علينا نعمة التوفيق لإتمام هذا العمل ولا يسعنا القول إلا قوله تعالى بعد **"بسم الله الرحمان الرحيم**

(رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ) [سورة النمل: 19]

وإتباعا لسنة الهادي المصطفى صلى الله عليه و سلم **(من لم يشكر الناس لم يشكر الله)**

فإننا نتوجه بالشكر الجزيل موصولا بكافة الاحترام و التقدير إلى أستاذنا المشرفة **مبروك حدة** التي أغناتنا مما علمها الله علما و نصحا و إرشادا لمساعدتنا لانجاز هذا العمل أدامه الله قدوة قيمة في كلية الحقوق.

كما نتقدم بخالص الشكر و التقدير لأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة وتقييمها بتوجيهاتهم السديدة رغم مشاغلهم العلمية و العملية فجزاهم الله عنا خير الجزاء .

كما نتقدم بفائق الشكر و العرفان إلى أساتذتنا الذين أمدونا ب الكثير خلال سنوات دراستنا

ولا ننسى جزيل الشكر إلى كل أساتذة و عمال وطلبة كلية الحقوق و العلوم السياسية لولاية تبسة وبالأخص زملائنا طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون أعمال.

ولا يفوتنا أن نشكر كل من صنع لنا معروف ومد لنا يد العون من قريب أو من بعيد

بلغيث صبرينة

محمود حياة

قائمة بأهم المختصرات

ج.ر:.....الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ص:.....الصفحة .

ق.م:.....القانون المدني .

ف:.....الفقرة .

د.د.ن:..... دون دار نشر.

د.س.ن:.....دون سنة نشر.

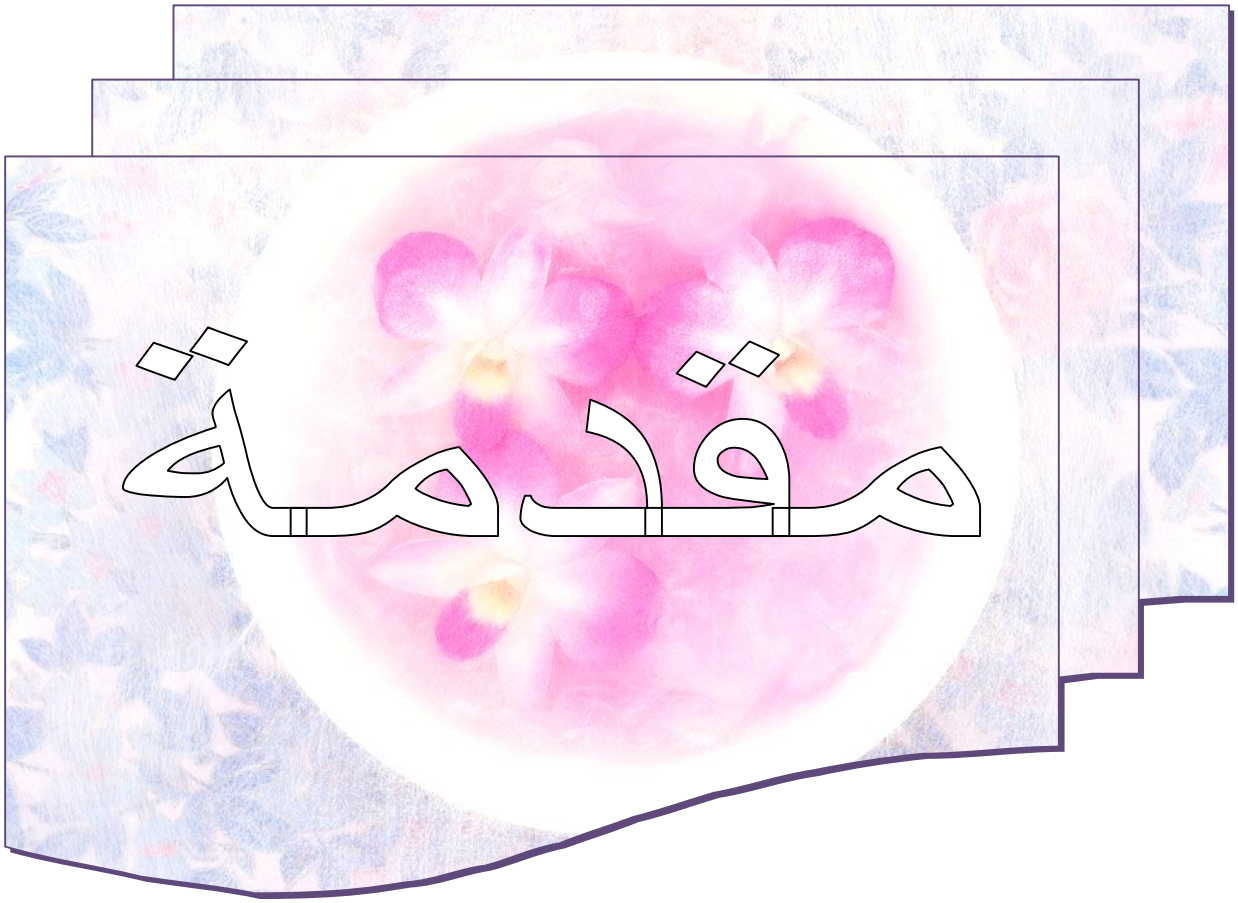
د.ط:.....دون طبعة.

Principales abréviation

P:.....page**.**

Op.cit:..... Référence Précédament Citée **.**

Cité. Thése:.....thése déjà citée .


مقدمة

مقدمة:

يعتبر الائتمان من أهم وظائف البنوك، لأنه يساهم في عمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وذلك مـن خلال توفير الأموال اللازمة لتطوير الصناعة والتجارة وزيادة النشاط في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والتطور التكنولوجي وهذا ما أدى إلى تنوع الأساليب المصرفية التي تقدم الائتمان.

لهذا فمنح الائتمان إجراء خطير يقتضى الحيطة والحذر في إختيار العميل الجيد وهو ما يدفع بالبنك لدراسة حالة العميل ووضعه المالي وكذا جدية المشروع وتقدير مداخليه المالية القادرة على الوفاء بالالتزامات الناشئة عن عملية الائتمان وذلك بالحصول على ضمانات مالية لصالح البنك .

وتكون خطابات الضمان المصرفية في شكل تعهد مباشر مـــن البنك لدائن العميل، فالبنـك في خطاب الضمان لايتعهد بضمان تنفيذ التزام عميله إذا تقاعس هذا الأخير في تنفيذه مثلما هو الشأن في الكفالة بل يتعــهد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين من النقود بغض النظر عن طبيعة التزام العميل أو مقدار مديونيته وبالرغم من أي معارضة قد يقوم بها العميل.[1]

كما تجدر الإشارة إلى أن ظهور خطابات الضمان المصرفية كانت نتيجة لتطور العلاقات الدولية والمبادلات التجارية بين الدول وغياب الثقة والائتمان بين أطراف الشركات الأوربية حيث تدخلت البنوك لتضفي نوعا من الطمأنينة ذلك من خلال ما يسمى بالضمانات المستقلة الواجبة الدفع عند أول طلب والذي يطلق عليها إسم خطابات الضمان المصرفية والتي أصبحت في نهايات السبعينات ضمانة بنكية أساسية في المعاملات التجارية الدولية ثم تطورت فيما بعد لتشمل التجارة الداخلية ، وهذا على مستوى عـقـود المناقصات التي يطلب فيها من الطرف الذي يقوم بالتنفيذ بتقديم ضمانا ماليا لا يمكن الرجوع عنه في حالة إخلاله بالتزاماته ،حيث يقوم البنك بدفع مبلغ الضمان بدلا عن العميـــل للإدارة المتعاقدة

[1]- انظر عبد الرحمان السيد قرمان، العقود التجارية ، مكتبة الشنفرى، السعودية ،2010،ص: 379.

معـــــــها وذلك عند أول طلب وبعدها انتشـــــرت على نطاق أوسع في عدة مجالات من أهمها الجمركية والملاحية.[2]

وتكمن أهمية الموضوع في أن خطاب الضمان المصرفي يلعب دورا هاما في المجال الاقتصادي والقانوني وكذلك بالنسبة لأطرافه .

أولا / **بالنسبة للجانب الاقتصادي**: لخطاب الضمان أهمية كبيرة في مجال التـــــجارة سواء على مستوى الداخلي أو الخارجي ، فلا يكاد يخلو من عقود المناقصات على اختلاف أنواعها كشرط أساسي في تنفيذ الإلتزام، فمنفذ الإلتزام يقدم ضـمانا ماليا حـتى يتمكـــن من الرجوع إليه في حالة المماطلة في الوفاء بالثمن وإستحقاق التعويضات المختلفة ،كما أنه يحـــل محل التأمين النقدي الـــــذي يطلب تقديمه في مجال عقود التوريد والأشغال العامة وغيرها من المجالات .

لكن رغم أن خطاب الضمان يقوم مقام التأمين النقــدي إلا أنه ليس أداء وفاء كالشيك أو غيره من الأوراق التجارية، فهو أدة ضمان فقط لإختلاف طبيــعة خطاب الضمان عن الشيك،كمـــا أن خطابات الضمان لا تسدد قيمتها للمستفيـد في أغلب الاحـــــوال ولا تكلف البـنك في إصداره سواء نفقات بسيطـــــة، إذا ما قارنها بالعمليات المصرفية الأخرى مثل تقديم القروض، كما لا يتحمل البنك خسارة إذا دفع قيمتها إذ يحتفظ البنك بغطاء مالي ويأخذ عن العميل تعهدات كافية تضمن له سداد هذه القيمة ورجوعه على هذا الأخير.

ثانيا/ بالنسبة للجانب القانوني: تكمن أهمية خطاب الضمان في تزايد إنتشاره وكثرة القوانين التي تتطلب هذه الخطابات خاصة في المجال الضريبي والمقاولات العامة منها: عمليات التوريد لجهات حكومية ...

[2] انظر قارون سهام ، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، رسالة ماجستير ،جامعة باجي مختار عنابة ،ص أ .

ثالثا/ بالنسبة للاطراف:

1- العميل: سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا يطلب منه تقديم مبلغ نقدي كضمان يجعله محل ثقة أمام من يتعامل معه، فيلجأ للبنك ليقدم لمصلحة الغير أي الجهة التي أعلنت المناقصة خطابا يتعهد فيه بدفع قيمته فيوفي العميل إيداع مبلغ التأمين للمستفيد.

2- البنك: يحصل على عمولة بمجرد إصداره لخطاب الضمان ولو لم يدفع قيمة الخطاب للمستفيد فضلا عن إسترداده للمبلغ الذي دفعه.[3]

3- المستفيد: يحقق له الطمأنينة بسبـــــب ملاءة البنك مصدر الخطاب الذي يلتزم بدفع قيمته، إضافة إلى ما يمنحه خطاب الضمان في مجال العمليات التجارية الكبيرة لأنها تعزز الثقة بين المتعاملين وتساعد على تنفيذ العمليات الناشئة عن العقود.[4]

ومن خلال ما سبق يمكن طرح عدة إشكاليات منها :

1- إلى أي مدى يمكن أن يوفر حطاب الضمان الائتمان والثقة لإطرافه ؟

2- هل يعد خطاب الضمان صورة ناجحة عن العمليات المصرفية الحديثة ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية فقد اعتمدنا المنهج الوصفي لوصف عـــــملية خطاب الضمان من خلال تعريفه وبيان تطوره، خصائصه و أهم أنواعه وكذلك الآثار المترتبة بالنسبة لأطرافه ، بالإضافة إلى المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الخاصة بالأعراف والقواعد الموحدة لخطابات الضمان المصرفية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، و كذلك ما تعلق بأحكام خطاب الضمان في قانون النقد والقرض ، القانون المدني الجزائري،وبعض المراسيم ، التعليمات الخاصة بهذا المجال .

[3]- انظر عبد الرحمان السيد قرمان ، المرجع السابق ، ص 379.

[4]- انظر محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر ةالتوزيع، طبعة اولى ،2008، ص301.

ونهدف من خلال دراستنا للموضوع إلى محاولة إعطاء دراسة دقيقة لخطاب الضمان المصرفي، لفك اللبس ورفع الغـموض عن بعض أحكامه ، وبيان الأسس التي يقوم عليها كذلك الحاجة الماسة لمعرفة تفاصيل وتطبيقات خطاب الضمان، خاصة وأن المكتبة تخلو من دراسة متخصصة في هذا المجال إضافة إلى أن معظم الدراسات كانت في الجانب الاقتصادي أما الجانب القانوني فهي ضئيلة جدا مقارنة مع الجانب الإقتصادي،كما سبق وأن أشرنا إلى أن معظم الدراسات المتخصصة في الجانب القانوني كانت ضئيلة جدا تمثلت في مقالات مجلة العلوم الاقتصادية والسياسة والقانونية إضافة إلى مذكرات الماجستير وأطروحات الدكتوراه التي لا تتعدى الأطروحتان.

إضافة إلى الأهداف العلمية السابق ذكرها هناك أهداف أخرى منها استفادة الطلبة والباحثين في هذا المجال وكذلك عمال قطاع المصارف كمتعاملين بالدرجة الأولى مع خطاب الضمان المصرفي.

وقد تمثلت الصعوبات التي واجهتنا في دراستنا لهذه العملية المصرفية في ندرة المراجع المتخصصة التى تعنى بالموضوع من خلال الشرح والتفصيل لمختلف أحكام خطاب الضمان المصرفي و المنازعات التي قد تثور بشأنه وكذلك انعدام التطبيقات والأحكام القانونية في مجال خطاب الضمان على وجه الخصوص وقد يرجع سبب ذلك إلى جنوح المصارف والبنوك عن اللجوء إلى القضاء ، إضافة إلى ندرة الأحكام القانونية الخاصة التي تنظم خطاب الضمان المصرفي ويرجع سبب ذلك إلى أن المشرع الجزائري لم يضع نظام قانوني مستقل ينظم خطاب الضمان المصرفي رغـم أهميته الموضوع على المستوى الوطني والدولي تاركا المجال لحرية البنك وللأعراف الدولية التي تبين أنها لم تحافظ على حقوق أطراف العلاقة العقدية.

وبالتالي فقد إستعنا بالجانب الفقهي الذي إهتم بأعمال البنوك وخطابات الضمان وبما أصدرته غرفة التجارة الدولية بباريس من قواعد موحدة لخطابات الضمان لدى أول طلب بحيث تعتبر الأحكام الصادرة عن هذه الأخيرة محاولة لتدوين العرف وما أرسته من

تطبيقات عملية من أحكام ومبادئ في هذا المجال أي خطاب الضمان المصرفي وكذلك فض المنازعات.

ولهذا فقد قمنا بتقسيم البحث إل فصلين تتناولنا في الفصل الأول ماهية خطاب الضمان المصرفي وذلك في ثلاث مباحث خصصنا

المبحث الاول: مفهوم خطاب الضمان .

المبحث الثاني : أنواع خطاب الضمان.

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي.

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لأحكام خطاب الضمان المصرفي ، وقد قسمناه بدوره إلى ثلاثة مباحث تناولنا في:

المبحث الأول : شروط خطاب الضمان .

المبحث الثاني : آثار خطاب الضمان.

المبحث الثالث : حالات إنقضاء خطاب الضمان .

الفصل الأول

الفصل الأول : ماهية خطاب الضمان المصرفي

المبحث الأول :مفهوم خطاب الضمان المصرفي

المبحث الثاني : أنواع خطاب الضمان المصرفي

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي

تبرز أهمية خطاب الضمان المصرفي في تحديد كل من مفهوم الخطاب

(المبحث الأول) ، وكذلك ذكر بعض الأنواع الأكثر استخداما من طرف الجهات التي تشترط تقديمه (المبحث الثاني)، وتحديد التكييف القانوني الذي أثار جدل الكثير من الفقهاء (المبحث الثالث)

المبحث الأول :مفهوم خطاب الضمان المصرفي

نظراً للدور الفعال لخطاب الضمان المصرفي على المستويين الداخلي والخارجي كأحد أهم صور الخدمات الائتمانية التي تقدمها البنوك لعملائها، فقد حظي بالتعريف من طرف الفقه والقضاء و التشريع (المطلب الأول)، كما أنه عرف تطورا كبيرا منذ نشأته بفعل تطور التجارة الدولية (المطلب الثاني)، وقد تميز بعدة خصائص أبرزت ذاتيته مما جعلته يختلف عن غيره من العقود المشابهة له (المطلب الثالث) .[1]

المطلب الأول : تعريف خطاب الضمان المصرفي

سنتناول في هذا المطلب كل من التعريف التشريعي، الفقهي، القضائي والإسلامي لخطاب الضمان المصرفي، وذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول : التعريف التشريعي لخطاب الضمان :قبل أن نتطرق للتعريف التشريعي لا بأس بأن نورد التعريف اللغوي لخطاب الضمان المصرفي :

[1]- أنظر: قارون سهام ، النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي، رسالة ماجستر، جامعة باجي مختار عنابة، ص: 01.

أولا/ التعريف اللغوي : الخطاب لغة والمخاطبة تعني مراجعة الكلام وقد خاطبه بالكلام مخاطبة وخطابا وهما يتخاطبان .

والخطبة مصدر لخطيب وخطب الخاطب على المنبر.[1]

أما الضمان فمن ضمن الشئ وبه ضمنا وضمانا كفل بـه وضمنه إياه كفله ، ويقال ضمن الشئ أضمنه ضمانا فأنا ضامن وهو مضمون .[2]

ثانيا/التعريف التشريعي لخطاب الضمان المصرفي: لم يعرف المشرع الجزائري خطاب الضمان المصرفي على غرار باقي التشريعات المقارنة غير أنه يمكـن استنتاج تعريف من الالتزام بالتوقيع عليه في نص المادة 1/86 من الأمر الرئاسي 11/03 المـؤرخ في :26/أوت 2010 المتعلق بقانون النقد والقرض " يشكـل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر ، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص أخر أو يأخذ بموجبـه لصالح شخص أخر التزام بالتوقيع كضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان".[3]

وعليـه فخطاب الضمان في الجزائر يستمد مشروعيته من قانون النقد والقرض وهو التزام ينشأ بمجرد توقيع المصـرف عليه بناء على مركزه القانوني، وقد إصدره بنك الجزائر باعتباره السلطة النقديـة في الجزائر وهذا طبقا للتنظيم رقم 93 /02 الـمؤرخ في

---

[1]-أنظر: إبن منظور، لسان العرب، طبعة جديدة محققة، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت، ص: 65 .

[2]- أنظر: إبن منظور، المرجع نفسه، ص:24 .

[3]- الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بقانون النقد والقرض.

1993/01/03 المتــعلق بإصدار خطابات الضمان والضمانات المقابــلة من قبل البنوك الوسيطة المعتمدة في المادة الثالثة منه .[1]

كما تم إصدار التعليمة رقم 05/94 المؤرخة في 1994/02/02 وقد حظــرت التعامل بالضمانات المباشرة ، فلا يمكن لإي مصرف إصدار إي نوع من الضمانات قبل أن يحصل على ضمانات مقابلة من مصرف أجنبي من الدرجة الأولى معترف به دوليا لتجنب المنازعات بين الدول.[2]

وعليه فالمشرع الجزائري لم يضع نظاما قانونيا يحكم خطاب الضمان ، وأمــام هذا الفراغ التشريعي تخضع البنوك الجزائرية في عملية إصدار خطاب الضمان المصرفي وتنفيذه إلى الأعراف المصرفية إضافة إلى بعض الأحكام المتفرقة في القوانين المصرفية مثل: قانون النقد والقرض ومختلف الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض، كسلطة نقدية، تملي أوامرها بإصدار أنظمة مصرفية ومالية، يجب احترامها من طرف كل المتدخلين بالتعامل في هذا الميدان.[3]

الفرع الثاني :التعريف الفقهي لخطاب الضمان : تعددت محاولات الفقه لتعريف خطاب الضمان المصرفي وقد اختلفت هذه التعاريف حسب الضمانات التي ترد من البنك لصالح عميله والتي تتشابه مع بعض المفاهيم المعروفة مثل التــعهد وقد عرفه الدكتور محمود

---

[1]- التنظيم 93 /02 المؤرخ في 1993/01/03 المتعلق بإصدار خطابات الضمان والضمان المقابلة من قبل البنوك الوسيطة المعتمدة.

[2]- التعليمة رقم 171 المؤرخة في 21 جانفي 1985 المتعلقة بنماذج الضمانات البنكية الدولية.

[3]- قارون سهام ، المرجع السابق، ص:104

الكيلاني " بأنه علاقة قانونية فيما بين البنك و المستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محدودة" .[1]

كما تم تعريفه بأنه تعهـــد مكتوب صادر من مصرف لغرض معين بنـــاء على طلب عميله بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص ثالث يسمى المستفيد دون قيد أو شرط بمجرد تقديمه طلبا إليه خلال المدة المعينة في الخطاب .[2]

وقد وصفه البعـض الأخر من الفقه على أن البنك يقرض توقيعه للعميل بمـا يتمتع به من مـلاءة وهو غير ملـزم بدفع قيمة الضمان للمستفيد ،لأنه لا يدفع نقـود في الحال ولأنه في كثيـر من الأحيان لا تخرج هذه النقود من خزانته، وعليـــه فالمصرف لا يقدم مبلغ الضمان الى العميل ولا يضعه في تصرفه متى شاء ، كما أن المستفيد لا يأخذ قيمة الضمان في كل الأحوال أما البنك فلا يتحمل أية خسائر لـدى دفعه قيمة الضمان لأنه يرجع الى غطاء العميل الأمر الذي دفعه إليه.[3]

عرفه الدكتور: **علي البارودي** على أنه:" تعهد مكتوب يصدر من البنك بنـاءا على طلب شخص يسمى العميل (الآمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين، لشخص آخر يسمى المستفيد، إذا طلب منه ذلك خلال الفترة الزمنية المحددة في الخطاب.[4] "

---

[1] - أنظر: محمود الكيلاني ، عمليات البنوك ، الجزء الاول ، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ، دار النشر والتوزيع ،عمان، الأردن، 1992 ، ص 143.

[2] - أنظر:أكرم ياملكي ، الاوراق التجارية وفقا لاتفاقية جنيف الموحدة والعمليلت المصرفية ووفقا للاعراف الدولية، (د،د،ن) 2001 ص 345.

[3] - أنظر:محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، عمليات البنوك ، المجلد الرابع عمليـات البنوك دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص: 311.

[1] - أنظر:علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص: 416.

الفرع الثالث : التعريف القضائي لخطاب الضمان المصرفي: لم يشر المشرع الجزائري لتعريف خطاب الضمان حتى سنة **2010** حيث أصدرت المحكمة العليا قرارها الذي طبقت فيه مبادئ الاعراف الدولية بخصوص الكفالات البنكية لدى أول طلب و ما يمكن إستنتاجه أن القرار إستبعد تطبيق نص المادة 646 من القانون المدني التي تطبق على الكفالات الشخصية في حين تناول القضاء المصري خطاب الضمان بكل دقة وميز التزام البنك وإعتبره مستقل عن التزام العميل في عدة قرارات قضائية ،أما القضاء الفرنسي فقد ميز بين الكفالة و خطاب الضمان في عدة قرارات قضائية أيضا.[1]

الفرع الرابع: التعريـــف الإسلامي لخطاب الضمان: فرقت الشريعة بين الكفالة والضمان حيث اعتبرت الكفالة التزام بإحضار المكفول به أما الضمان فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة مضمونه ،فيثبت الحق في ذمتهما معــا ويجوز لصاحب الحق مطالبة أحد هما على حد السواء وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع لقوله تعالى " ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم ".[2]

وتشترط البنوك الإسلامية في الكفالات المصرفية إيداع قيمة الضمان كغطاء لالتزامات البنك وهي تشكل مصدر تمويل للبنك وتأخذ حكم الوديعــة تحت الطلب فيما يتعلق بضمــانها و استخدامها. [3]

المطلب الثاني : التطور التشريعي لخطاب الضمان المصرفي:

---

[2]- أنظر: أمقران راضية ، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، 2013/ 2014، ص: 22.

[1]- الآية 172 من سورة يوسف.

[3]- أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص: 230

لقد عرف خطاب الضمان المصرفي تطورا كبيرا في كل من التشريع الفرنسي، المصري والأردني و الأمريكي، نوجزها في الفروع التالية :

الفرع الأول : القانون الفرنسي :لم يوضح القانون الفرنسي على مستوى التجارة الداخلية والخارجية المقصود من خطاب الضمان المصرفي تارك الأمر للاجتهاد الفقهي والقضائي وخصوصا بعد صدور قانون الصفقات العمومية الفرنسي الذي فرق بين الكفالة المصرفية والكفالة في القانون المدني.

حيث نصت المادة 144 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي في مجال التجارة الدولية أن الوفاء يجب أن يتم بمجرد أول طلب من الإدارة المتعاقدة وبدون أي إعتراض من الكفيل وهكذا فرقت المادة 156 و 161 بين الكفالة المدنية والكفالة المصرفية التي اعتبرتها خطاب ضمان .

الفرع الثاني: القانون المصري :أغفل المشرع المصري مضمون الكفالة المصرفية تارك الأمر للعرف وبعد اجتهادات معهد الدراسات المصرفية التي ألقت الضوء على موضوع خطابات الضمان نتيجة المحاضرات التي عالجتها في هذا الموضوع .

ظهر تنظيم قانوني قنن خطاب الضمان بوضع مشروع القانون التجاري الجديد لسنة 1964 والذي تضمن تنظيما مفصلا للقواعد التي تحكم علاقات أطراف خطابات الضمان من خلال دراسته لعمليات البنوك بأنواعها وقد عرفته المادة 201 : **"بأنه تعهد بات يصدر من المصرف بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك ".**[1]

1 -أنظر: صلاح الدين حسن السيسي، قضايا مصرفية معاصرة ، دار الفكر العربي ،مدينة نصر القاهرة ،الطبعة الأولى،2004، ص: 135

الفرع الثالث: القانون الأردني : نظم المشرع الأردني في قانون التجارة رقم : 12 لسنة 1966 أحكام التجارة والتجار والمؤسسات التجاريـــة ونـص الباب الخامس لتنظيم عقـــد الحساب الجـــاري حيث بين الوديعة وإجارة الصنـاديق وعقود فتح الإعتماد المـــالي بنص المـادة 122 على أن العمليات غير المذكورة في هذا الباب تخضع للقانون المدني وعلـــيه لم يتضمن القانون الأردني خطاب الضمان والذي أخضعه للقانون المدني تاركا المجال للعرف المصرفي.

الفرع الرابع : القانون الأمريكي: إعتبر القانون الأمريكي بداية بأن إصـــدار الكفالات ليس من الأعمال المصرفيـــة، لذلك لم تصدر البنـــوك الأمريكية كفالات واقتصر ذلك على شركات التأمين وإعتمد الضمان في شكل الإعتمـاد المستندي وبتواجد الشركات الأمريكية العالمية في جميع أنحاء العالم انتشر ما يسمى بخطاب الضمان وقد مارست البنوك الأمريكية الضـــغط على غرفة التجارة الدولية فـــي باريس لكي تطبق الأعراف الموحـدة للإعتمادات المستنديـة على خطاب الضمان والصـادرة سنة 1983وهذا ما حصل فعلا فطبق على خطابات الضمان وأصبح معروفا في كـل دول العالم، وبتـناقض أحكام الإعتماد المستندي مع خطاب الضمان أصدرت الغرفة بعد 17 سـنة الأعراف الموحدة لإعتماد الضمان سنة 1997 والتي أصبحت سارية المفعول سنة 1999 . [2]

المطلب الثالث : خصائص خطاب الضمان المصرفي وتمييزه عن العقود المشابهة له

---

[2]-أنظر: محمد محمود حبش ، إدارة العمليات المصرفية الدولية تطبيقات عملية ، د.د.ن ، الطبعة الثانية 2001 ص 269،270

لخطاب الضمان عدة خصائص جعلته ينفرد عن غيره من العقود المشابهة، ندرسها فيما يلي :

الفرع الأول : خصائص خطاب الضمان : يعتبر خطاب الضمان في مجمله أحد صور الكفالة المصرفية إلا أنه التزام نهائي مستقل عن

التزام العميل و يتميز بالخصائص التالية :

01- خطاب الضمان محرر مكتوب: يحمل توقيـــع المصرف .

02- خطاب الضمان محدد المدة : ينص فيه صراحة على مدة سريـانه وأن ينتـهي في تاريخ معين وإذا لم تحدد المدة اعتبر الضمان كقاعدة غير محدد المدة يجوز للمصرف إنهائه في أي وقت شرط إخطار العميل.[1]

وقد اختلف الفقه في حالة عدم النص صراحة على مدة الخطاب فيرى بعض منه جواز تحديد تاريخه من خلال الغرض الذي صدر من أجله، في حين يرى جانب آخر عـدم جواز ذلك إذا نص القانون صراحة على تقديم المستفيد طلبه خلال المدة المعينة في خطاب الضمان.[2]

03 - المستفيد ليس طرفا في التعاقد ولا يلزم أن يصدر منه قبول لخطاب الضمان فيـــكفي أن يتلقـــى المستفيد الخطاب ولا يعترض عليه، كما أنه لا يعد طرف في العقد

---

[1]- أنظر: صلاح الدين حسن السيسي، قضايا مصرفية معاصرة ، دار الفكر العربي ،مدينة نصر القاهرة ،الطبعة الأولى،2004، ص: 135 .

[2]- أنظر: أكرم ياملكي ، القانون التجاري دراسة مقارنة في الاعمال التجارية والتاجر والعقود التجارية والعمليات المصرفية والبيوع الدولية ، إثراء للنشر والتوزيع ، عمان، الطبعة الاولى، 2012، ص: 348.

الذي بين المصرف والعميل ويكون للمستفيد حق بموجب هذا العقد في قبض قيمة الخطاب. [1]

04- خطاب الضمان عمل تجاري ولا يمكن إعتباره ورقة تجارية: تنص المادة 13/2من القانون التجاري الجزائري" يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه ....كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة".[2]

وبالتالي تعد أعمال المصارف أعمالا تجارية بحسب موضوعها ، والذي يعتبر خطاب الضمان

المصرفي من ضمنها، غير أنه لا يمكن إعتباره ورقة تجارية لأنه أداة ضمان وليس أداة وفاء،عكس الورقة التجارية التي تعتبر أداة ائتمان ووفاء في نفس الوقت ، حيث يكون عقد تجاري بالنسبة للبنك مصدر الخطاب ،أما العميل فيكون عملا تجاريا بالنسبة له إذا كان تاجرا وكان العمل لغاياته التجارية.[3]

05- خطاب الضمان يقوم على الإعتبار الشخصي : سواء من حيث أن ملاءة البنك وسمعته تجعله محل ثقة و جلب للعملاء ، كذلك من نتائج شخصية إصدار الخطاب للمستفيد، أنه لا يجوز الحجز على قيمته تحت يد البنك لفائدة دائنيه ، وذلك لأن المطالبة بالتنفيذ حق شخصي تقديري للمستفيد وحده ، كما يعتبر المستفيد محل شخصي بعينه ذكره خطاب الضمان الذي لا يعد ورقة تجارية كما سبق الاشارة اليه ولا يوجد به شرط الأمر وبتالي لا يمكن خصمه لدى البنوك أو تداوله وليس لأي

---

[1] - أنظر: صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق ، ص: 137.

[2] -أنظر: المادة 2 فـ13 من القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الامر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم .

[3] -أنظر: أمقران راضية، المرجع السابق ، ص 37.

شخص أخر أن يستعمله بدلا عنه، أو يجبره على استعماله كما لا يجوز للمستفيد التنازل عنه حتى ولو بالتبعية عن العملية التي صدر بشأنها ذلك الخطاب. [1]

06- **محل خطاب الضمان هو دفع مبلغ نقدي معين أوقابل للتعيين:** محل التزام البنك هو دفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أول طلب كأصل عام بالعملة المتفق عليها حسب ما يسمح به القانون بالتعامل بالعملات الاجنبية حسب كل بلد. [2]

07- **إستقلالية إلتزام البنك في خطاب الـضمان** : فهــو ضمان مستقل عن إلتزام العميــل المكفول. [3]

وعليه لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد، بناءا على دفوع مستمدة من علاقة العمــيل بالمستفيد، لاستقلال التزام كل منهما عن الآخر، فلا يتأثر التزام البنك ببطلان أو فسخ العقد الذي صدر الخطاب من أجله، بل حتى لو اعترض العميل على وليس نائبا عن عميله، لأن النيابة لا تقوم في خطاب الضمان. [4]

---

[1]-أنظر: قارون سهام ،المرجع السابق، ص: 16 .

[2]-أنظر: أكرم ياملكي،الاوراق التجارية وفقا لاتفاقية جنيف الموحدة والعمليلت المصرفية ووفقا للأعراف الدولية ، ص 346 .

[3]- أنظر:بسام حمد الطروانة وباسم محمد ملحم ، شرح القانون التجاري ، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية ، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان –الاردن- الطبعة الاولى ، 2010 ، ص 444 443.

[4]-أنظر: محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، ، النشر العلمي والمطابع، الطبعة الثانية ، 1997 ص 327.

وتجـدر الإشارة إلى أن لعبارات خطاب الضمان المصرفي أهمية في تحديد الـتزام البنك في مواجهة المستفيد، لذلك يجب أن تكون صياغة الخطاب واضحة تماما، لا لبس فيها، ولا تحتمل أكثر من تفسير أو تأويل.[1]

الفرع الثاني : تمييز خطاب الضمان عن باقي العقود المشابهة له

أولا / تمييز خطاب الضمان عن الكفالة :نظم المشرع الجزائري الكفالة في المواد من 644 الى 673 فـي الباب الحادى عشرمن الكتاب الثاني المعنون بالإلتزامات والعقود وقد عرفت المادة 644 قانون مدني جزائري الكفالة بقولها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي لهذا الالتـزام إذا لم يف به المدين نفسه"[2]

يتضح من نص المادة أن الكفالة المدنية تلتقي مع خطاب الضمان في أطراف ثلاث هم الكفيل، المكفول والمكفول به، أما في خطاب الضمان فنجد : الآمر ، الضامن ، المستفيد بينما يختلفان في أن :

- في خطاب الضمان إلتزام البنك أمام المستفيد هو إلتزام أصيل وبات أما في الكفالة فإلتزام الكفيل تابع لإلتزام المكفول و يجوز للكفيل التمسك بكل الدفوع التي للمكفول في مواجهة الدائن ، أما في خطاب الضمان فالتزام البنك أصيل لا يتأثر بأي علاقة أخرى بين البنك والعميل.[3]

---

[1] - وهذا ما تؤكده المادة الثالثة من القواعد الموحدة لخطابات الضمانات المصرفية لعام 1992.

[2] -أنظر: نص المادة : 644 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر رقم44 الصادرة بتاريخ 26جوان2005 .

[3] - أنظر:علي البارودي المرجع السابق ،ص 419.

- إلتزام الكفيل في عقد الكفالة إلتزام تبعي لإلتزام المدين الأصلي فإذا لم يفي المدين يفي بدلا عنه الكفيل وإذا وفى المدين يسقط التزام الكفيل تبعا، أما الضامن أو البنك في خطاب الضمان إلتزامه مستقل عن العميل ولا يؤثر في بطلان العقد الأساسي الذي كان سببا في وجوده .

- إلتزام الضامن في خطاب الضمان يكون بمجرد أول طلب للمستفيد ولا يجوز له الدفع بالدفوع المسموح بها للعميل أو الامتناع عن الدفع ، بينما في عقد الكفالة يدفع الكفيل بمطالبة المدين الأصلي أولا قبل الرجوع عليه .

- التزام الكفيل في الكفالة المصرفية هو نفسه إلتزام المدين الأصلي أما في خطاب الضمان إلتزام الكفيل لايتعدى حدود المبلغ المحدد في الخطاب دون الإالتزام بدين العميل الأصلي.[1]

- في عقد الكفالة يكون الكفيل ملزما بإخطار المدين قبل أن يقوم بالدفع، أما في خطاب الضمان المصرفي فالبنك غير ملزم بإخطار زبونه عند دفعه مبلغ الخطاب للمستفيد، لأن الزبون أو العميل عندما أصدار خطاب الضمان كان يعلم مسبقا أن تعهد البنك ملزم بموجب أول طلب للمستفيد ولذلك لن يقوم بإخطاره بالدفع إليه بسبب إستقلال التزامه .[2]

ثانيا / تمييز خطاب الضمان عن الإعتماد المستندي : بالعودة إلى قواعد التجارة الدولية في باريس عام 1933 وبعد تعديلات سنة 1993 التي أصبحت نافذة سنة 1994 أصبحت تسمى الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية تم تعريفه " الإعتماد المستندي عبارة عن تعهد صادر من البنك بناءا على طلب أحد عملائه و

---

[1]-أنظر: أمقرن راضية، المرجع السابق، ص: 40.

[2]-أنظر: قارون سهام، المرجع السابق، ص: 21.

يسمى الآمر لصالح شخص آخر يسمى المستفيد يلتزم البنك بمقتضاه بأن يـدفع مبلغ معين من النقود للمستفيـــد أو يقبل و يدفع سحوبات مسحوبـة من المستفـــيد بقيمة الإعتماد أو يفوض بـنك أخر بالدفع أو بقـبول و دفع سحوبات المـستفيد مقابل مستندات منصوص عليها شريطة أن تكون المستندات مطابقة لشروط الاعتماد.[1]

وعليــه فالإعتماد المستندي يسهل المعاملات التجارية الدوليـة فالمشتري لا يدفع ثمن البضاعة إلا إذا تحقق من وصولها إليه وبالمقابل لا يرسل البضاعة إلا بعد أن يقبض ثمنها و ما يجعل من تدخل البنك أمر ضروري لإضفاء الثقة بين الطرفين. [2]

وهذا ما يدفعه إلى سحـب كمبيالة بثمن البضاعة على المشتري ويـرفقها بالمستندات وسـند الشحن ووثيقة التأمين ويقوم بخصمها لدى أحد البنـوك ويحصل علـى قيمتها وبذلك يكـون للبنك رهن على قـيمة البضاعة ويقوم بإرسال الكمبيالة لدى البنك المراسل في ميناء الوصول ويتم استلام البضاعة بعد ان يقـدم المشتـري المستندات المطلوبة وبعد ان يتحــقق البـنك من مطابقتها لتعليمات المتفق عليها بـــين البائع والمشتري .[3]

فكل من خطاب الضـمان والإعتماد المستندي يـهدفان إلى تعـزيز الثقة بين أطراف العلاقات الدولية من جهة ، ومن جهة أخرى فكل منهـما عقد مركب من ثلاثة أطراف علـى الأقل "عميل ،بنك ، مستفيد"

---

[1]- أنظر: المادة02 من الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية.

[2]- أنظر: خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري ، الشركات التجارية ، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ، دار المعتز، عمان، 2003، ص: 309.

[3]- أنظر: محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الأوراق التجارية ،الإفلاس، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي، بيروت 2003، ص: 468.

أما الإختلاف بينهما فالمستفيد في خطاب الضمان هو المشتري المستورد أما المستفيد في الإعتماد المستندي هو البائع المورد.

الإعتماد المستندي لا يستحق بمجرد الطلب مثل خطاب الضمان بل بتقديم المستندات الإعتماد المستندي وسيلة للوفاء بالثمن أما خطاب الضمان فهو وسيلة لضمان عدم تنفيذ الالتزام وتجدر الإشارة إلى التفرقة بين خطاب الضمان والاعتماد تحت الطلب فمحل الاعتماد تحت الطلب ليس تبادل السلع بين مورد ومستورد ولكن ضمان تسديد مبلغ معين إذا لم يتم القيام به من طرف العميل وهو ما يشبه خطاب الضمان فإذا قدم العميل مستندات عدم التنفيذ للبنك قام البنك بالتسديد بدلا عنه.[1]

ويلاحظ في الواقع العملي إقتران كل من خطاب الضمان والاعتماد المستندي ذلك أنه يجمع بين أطراف علاقة قانونية من بلدين مختلفين فبتدخل البنك لفتح إعتماد مستندي لصالح البائع وإشتراط المشتري إستلام البضاعة قبل دفع الثمن لتأكد من مواصفاتها يشترط هذا الأخير على البائع أن يفتح له خطاب ضمان يدفعه له البنك متى شاء ويشترط البائع ان لا يكون الخطاب ساريا إلا من تاريخ الإعتماد المستندي.[2]

ثالثا / تمييز خطاب الضمان عن تأمين القرض: تأمين القرض هو ضمانة شخصية وإلتزام يتعهد بموجبه المؤمن في مواجهة المستأمن بتغطية خطر عدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول أجله، ويتفق تأمين القرض مع خطاب الضمان في أن كليهما يعتبر التزام مستقل عن إلتزام المدين الأصلي .

---

[1]- أنظر :أمقران راضية، المرجع السابق، ص: 48.

[2]- أنظر: محي الدين اسماعيل علم الدين موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية - الجزء الثاني -دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 1993 ،ص:768.

خطاب الضمان لا يتوقف عن تنفيذ أو عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي ويكون البنك ملزما بالوفاء عند أول طلب، في حين في تأمين القرض يجوز للمؤمن أن يدفع بالدفوع الناشئة عن علاقـته التعاقدية مع المؤمن له أما في خطاب الضمان فلا يجوز للبنك الدفع بأي دفوع ناشئة عن علاقته بالعـقد الأصلي.[1]

المبحث الثاني : أنواع خطاب الضمان المصرفي

تتنوع وتتعدد خطابات الضمان بشكل واسع، مما يثير صعوبة في حصر جميع أنواعه ففي معظم المراجع التي تناولت دراسة خطاب الضمان إكتفت بالإشارة إلى أهم الأنواع كما جرى العمل على إطلاق الضمان بصفة خاصة على الحالات التي يكون فيها الضمان مطلوبا من جهة إدارية بناءا على نص قانوني أو لائحة إدارية ، فيكفي هذا الضمان في نظر الإدارة بدلا من إيداع مبلغ نقدي كتأمين .[2]

ولهذا سوف نتعرض في هذا المبحث إلى أنواع خطاب الضمان المصرفي الأكثر إستخداما في المطالب التالية :

المطلب الأول : أنواع خطاب الضمان من حيث الغرض

سوف نتعرض في هذا المطلب لكل من خطابات الضمان المتعلقة بالمناقصات والمزايدات وخطابات الضمان المقيدة بشروط وغير المقيدة بشروط ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول : خطابات الضمان المتعلقة بالمناقصات والمزايدات: يعد هذا النوع من الخطابات الأوسع انتشارا من الناحية العملية، وغالبا ما يتم إصدارها لصالح الجهات

---

[1] -أنظر: أمقران راضية، المرجع السابق، ص: 46.

[1] - أنظر: علي البارودي، المرجع السابق، ص: 415.

الإدارية أو الحكومية ،وذلك عندما يقدم العميل على التعاقد مع جهة الإدارة في صفقة توريد أو أشغال عامة أو بيع ، فيضمن البنك قيام العميل بإلتزاماته كاملة.[1]

ونظرا لأهمية المشاريع ولكبر حجمها، تحرص المصلحة المتعاقدة على إختيار المتعامل المتعاقد الأقدر من الناحية المالية قصد إنجاز الصفقة ، وذلك ضمانا إما لجدية العرض أو لحسن التفيذ .[2]

وهناك من يطلق على خطاب الضمان مصطلح كفالة التعهد ، ويرجع هذا لسبب عدم وجود تنظيم قانوني لخطاب الضمان المصرفي .

وتخضع الصفقات العمومية في الجزائر في تنظيمها للمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .[3]

وخطابات ضمان المناقصات والمزايدات تتعدد ، وتأخذ إحدى الصور التالية : خطابات الصمان الإبتدائي ، خطابات الضمان النهائي ، خطابات ضمان الدفعة المقدمة ، نفصلها فيما يلي :

أولا/ خطابات الضمان الإبتدائية : في حالات معينة تقوم جهات حكومية أوإدارية بطرح مناقصات أو مزايدات بغرض توريد سلع،أو أجهزة أو إنجاز مشاريع مختلفة، وغالبا ما تتضمن تلك العطاءات شروطا معينة تقضي تقديم المتعهدين ضمانا يسمى ضما-ن الدخول في المناقصة، بمعنى كل شخص يرغب بالمشاركة تقديم تأمين نقدي إلى الجهة المعنية بنسبة مئوية من قيمة العطاء المطروح لكن تقديم مثل هذا التأمين قد أرهق كاهل

---

[1]- أنظر: سهام قارون، المرجع السابق، ص: 36 .

[3]-V.Dominique legais, sùretéset garantiesdu crédit, 3e édition, l.g.d.j, 2002, parit, p285 .

[3]- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤخ في:16 سبتمبر2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر عدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015

المقاولين وأدى في كثير من الحالات غلى عجزهم على توفيرها ، مما يضطر المصلحة المتعاقدة إلى تجميد المشروع ، ويؤدي ذلك إلى تعطيل الإستثمار .[1]

وأمام هذه الصعوبات أصبحت الجهة المعنية تقبل الضمانات المصرفية كبديل عن التأمين النقدي .

وقد نص المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات، في المادة 125 من المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، على أن تعهدات الأشخاص المتقدمين للمناقصات يجب أن ترفق بكفالة التعهد الخاصة بصفقات الأشغال واللوازم .

ونلاحظ أن المشرع لم يبين شكل الكفالة ، فقد تكون تأمين نقدي أو كفالة مصرفية صادرة من البنك وهو الأمر الغالب ، حيث يلجأ المتعهد الذي قدم عرضا في إطار المنافسة من أجل الفوز بالمناقصة إلى أحد البنوك ويطلب منها إصدار خطاب ضمان بقيمة التأمين المطلوب للمصلحة المتعاقد معها يتضمن تعهد هذا البنك أنه على إستعداد لدفع قيمته بالكامل ودون إلتفات إلى أي معارضة من جانب زبونه .[2]

ويعتبر خطاب الضمان الإبتدائي الأقوى ضمانا بالنسبة للمستفيد لأن الغرض منه هو جدية كل المتقدمين بعروضهم في دخول المنافسة، وإثباتا لحسن نيتهم في ذلك وعدم تراجعهم عن عطاءاتهم في حالة إرتفاع الأسعار في الفترة مابين تقديم العطاء وتوقيع العقد .[3]

---

[2]- أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص:16

[1] -أنظر: عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص : 454 .

[2]-Dominique Legeais, op.cit, p 37 .

وقد حدد المشرع الجزائري الحد الأدنى لكفالة التعهد بنسبة 1% ولكنه لم يحدد الحد الأقصى.[1]

وينتهي خطاب الضمان الإبتدائي في حالتين :

- حالة عدم رسو المزايدة أو المناقصة .
- حالة رسو المزايدة أو المناقصة .

ثانيا/ خطاب الضمان النهائي(كفالة حسن التنفيذ) : ويسمى كذلك بخطاب ضمان حسن التنفيذ، ويعتبر حسن تنفيذ المتعهدلإلتزاماته التعاقدية من أهم المخاطر التي تتحملها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع إذ أن مواصفات العمل المنجز قد لا تتطابق مع شروط العقد مما يحمل الجهة المعنية تكاليفا إضافية تؤدي إلى إضعاف المشروع الإقتصادي.[2]

وقصد تفادي مخاطر عدم تنفيذ المشروع، أوالتنفيذ المعيب تشترط المصلحة المتعاقدة على من يرسو عليه العطاء أن يقدم ضمانا لحسن تنفيذ الصفقة يسمى خطاب ضمان نهائي، تهدف من خلاله المصلحة المتعاقدة إلى التأكد من أن الذي ترسو عليه المناقصة أو المزايدة لديه الكفاءة المالية المطلوبة لإنجاز المشروع.[3]

---

[3] -أنظر: المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

[1] -أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص : 16 .

[2] –أنظر :عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دارجسور للنشر والتوزيع، طبعة ثالثة،2011، الجزائر، ص:147- أنظر كذلك عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص : 381 .

ويتميز خطاب الضمان النهائي بأنه يمثل الحد الأدنى وليس الحد الأقصى للتعويض الذي يحق للمصلحة المتعاقدة إقتضاؤه ، وتتراوح قيمته ما بين 5 %و10 % من قيمة الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.[1]

ويحرص الأطراف المتعاقدة على ضرورة أن تكون العبارات التي تصاغ بها خطابات الضمان النهائية واضحة ، وذلك نظرا لأهميتها في تحديد إلتزامات الأطراف ، وكذلك الأضرار التي قد تلحق بالمتعهد أضرارا إذا ما قامت المصلحة المتعاقدة بطلب قيمة الخطاب من البنك لأسباب إحتياطية ، أو لأي سبب آخر لا يخضع لموافقة الزبون ، مما يلحق بالمتعهد خسارة محققة .

ثالثا / خطاب ضمان الدفعات المقدمة : قد تكون إمكانيات المشروع محدودة بالمقارنة مع ضخامة المشروع أو الصفقة المراد تنفيذها ،فيلجأ المتعامل المتعاقد إلى المصلحة المتعاقدة ليطلب منها أن تقدم له دفعة نقدية تشكل نسبة معينة من قيمة الصفقة المراد تنفيذها، كي يستطيع مواصلة التنفيذ تسمى (التسبيقات).[2]

وتستخدم التسبيقات المالية لتغطية النفقات الأولية الضرورية للصفقة من شراء مواد وآلات وأدوات ...الخ، وغالبا ما توافق الجهة المتعاقدة صاحبة المشروع على تقديمه، ويعتبر إستثناءا من الأصل العام الذي يقضي بأن يكون الدفع بعد إنجاز العمل.[3]

وفي مقابل ذلك وحتى تضمن الجهة المتعاقدة حقها فإنها تطلب من المتعاقد إستصدار خطاب ضمان مصرفي لصالحها لكفالة رد الدفعات النقدية التي تسلمها، أو رد ما تبقى منها عند تسوية الحساب .

---

[3]- المادة 133 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

[1]- أنظر: خالد أمين عبد الله، المرجع السابق، ص : 193 .

[3]- المادة 108 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

ويتميز خطاب ضمان الدفعات المقدمة بأنه لا يصبح ساري المفعول، إلا بعد الإيداع الفعلي للتسبيقات النقدية في حساب المتعاقد، وغالبا ما تكون مقدمة بقيمة معادلة للتسبيقات المقدمة، على أن لا تتجاوز 15% من قيمة الصفقة، ويتم تسديد قيمة هذه الدفعات على فترات، تقوم المصلحة المتعاقدة بإقتطاعها تدريجيا وذلك بخصمها من حساب المتعامل المتعاقد.[1]

الفرع الثاني : خطابات الضمان المشروطة وغير المشروط: وهناك من يقسمها من حيث الطبيعة القانونية إلى خطابات ضمان مشروطة وخطابات ضمان غير مشروطة، ونشير إلى كلا الحالتين فيما يلي :

أولا / خطابات الضمان المشروطة : وهي الخطابات التي يعلق فيها البنك دفع قيمة خطاب الضمان على تحقق شروط معينة،أو إثبات إخلال العميل بإلتزامه في مواجهة المستفيد.

فالشروط التي تلحق بخطابات الضمان إذا أثرت في الطبيعة القانونية بإعتبار أنها الإلتزام فيها إلتزام بات، فهنا تخرج عن طائفة خطابات الضمان،أما إذا لم تؤثر في طبيعتها القانونية ولاتغيرمن خصائصها وإستقلالها فتبقى خطابات الضمان المشروطة .[2]

ثانيا/ خطابات الضمان غير المشروطة :الأصل ان تصدر خطابات الضمان دون شرط، ولا يتوقف الوفاء بها على واقعة خارجية ولا على تحقق شرط أو حلول أجل ، فإذا إرتبط الوفاء بقيمتها بأية واقعة خارجية لا نكون بصدد خطاب ضمان لأن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر الخطاب لأجله هي علاقة منفصلة عن العميل ولا يحكمها غير الخطاب، وأن مضمونه يحدد إلتزام البنك الذي أصدره .

---

[1]- أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 14 .

2-أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، الجزء الأول، ص : 859 .

كما أن تعليق تنفيذ إلتزام البنك على تحقق شرط أو قيد يقلل من أهمية خطابات الضمان وكفاءتها في الحياة التجارية، ويحد من الإعتماد عليها .

المطلب الثاني : من حيث موطن البنك المصدر لخطاب الضمان

يمكن تقسيم الضمانات التي يصدرها البنك الى قسمين : خطابات ضمان محلية وخطابات ضمان خارجية، نفصل في هذه الأنواع في الفروع التالية :

الفرع الأول: خطابات الضمان الداخلية : تتمثل خطابات الضمان المحلية أوالضمانات المستقلة الداخلية التي يصدرها البنك في :

أولا/ خطابات الضمان الملاحية : من المتعارف عليه في مجال الملاحة البحرية أن يقوم ربان السفينة بتسليم البضائع الى المستورد بناءا عل وثيقة هامة تتمثل في بوليصة الشحن المرسلة اليه من المصدر في البلد الأجنبي. [1]

لكنه في حالات معينة قد تصل البضائع المستوردة الى الميناء قبل أن ترد مستندات شحنها ومن بين هذه المستندات بوليصة الشحن، وقد يكون سبب تأخر وصول مستندات الشحن الى عطل في البريد أو عطل تعرض له المصدر عند إعداده لها مما يحتم على المستورد الإنتظار إلى حين وصول المستندات، حتى يتمكن من تسلم البضاعة من وكيل الشركة ، مما قد يلحق ضررا بالمستورد بسبب تقلب الأسعار، وتحمله نفقات إضافية .[2]

ويمكن تلخيص إجراءات إصدار خطاب الضمان الملاحي في :

1- يقدم العميل طلبا لإصدار خطاب الضمان يتضمن صيغة إقرار وتعهد موقعا عليه من العميل بملكيته للبضائع الواردة المطلوب إستلامها وتعهده بتعويض الشركة الناقلة

1-أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص: 17.

2-أنظر:عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص : 380.

عما قد تتحمله من جراء تسليمها البضائع اليه دون مستندات ، وغالبا ما يقدم الإقرار في شكل نماذج مطبوعة ومعدة مسبقا منطرف الشركات وإسم الباخرة التي تم الشحن عليها مع بيان رقم الإعتماد المستندي المتعلق بهذه البضائع إن وجد .[1]

2- في حالة ما اذا كانت البضائع واردة بموجب إعتماد مستندي فإنه يتعين الحصول على إقرار من العميل بالموافقة على قبول المستندات التي سترد من المصرف الخارجي المفتوح لديه الإعتماد والتصريح برفع التحفظات أو الإفراج عن الضمانات التي يتخذها البنك الخارجي طالما أن العميل قد قبل سحب البضاعة ذاتها .[2]

3- يصدر البنك الضمان بديل إقرار العميل وتعهده المذكور أعلاه ، ويستحسن أن يصدر الضمان في حدود مبلغ معين يمثل قيمة البضاعة ، وخلال مدة تحدد أجل سريانه ويتعين ذكر رقم الإعتماد المستندي المفتوح إن وجد في خطاب الضمان المصرفي .

4-يتابع ورود مستندات الشحن،وعندما يجرى تظهيرها تسلم إلى الشركة الناقلة إما مباشرة رفقة خطاب اموصى عليه أو بواسطة العميل بعد أخذ توقيعه بما يفيد الإستلام ليتولى تقديمها إلى الشركة الناقلة مقابل إسترداد خطاب الضمان لإلغائه .

ثانيا/ خطابات الضمان الجمركية: تقدم هذه الضمانات في حالات كثيرة وغرضها تيسير الإجراءات في الجمارك مع ضمان حقوق الخزينة العامة في الرسوم المستحقة ، والتي يجب تحصيلها على البضائع قبل تسليمها .[3]

---

[1] - Dominique Legeais, op.cit 256 .

[2] - أنظر: المادة 156 من القانون05/98 المتضمن القانون البحري الجزائري .

[1] - أنظر: صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ص : 145 .

فالرسوم الجمركية على السلع المستوردة لا تستحق بمجرد وصولها إلى أرصفة المنطقة الجمركية وانما بخروجها من الدائرة الجمركية الى الأسواق المحلية ، وقد ترد سلع ليعاد تصديرها ، وقد تستوجب الضرورة الإسراع في إخراج البضائع المستوردة وذلك مراعاة لطبيعتها التي لاتتحمل طول فترة التخزين أو تفاديا لتكدسها على الأرصفة .[1]

1-نظام الإيداع : يختص هذا النظام بالبضائع التي ترد ويعاد تصديرها إلى جهة أخرى و قد تبقى البضائع في المستودعات داخل المنطقة الجمركية قبل إعادة تصديرها مدة تطول إلى عدة أسابيع أو شهور، ولهذا تقتضي دائرة الجمارك من مالك البضاعة خطاب ضمان يكفل ما يستحق من رسوم الإيداع عن المدة المحتملة التي تظل فيها البضائع في المستودعات .[2]

2- نظام السماح المؤقت : يتمثل في السماح بإدخال مواد أولية إلى الدولة لتصنيعها أو سلع لإصلاحهاأو تكملة صنعها مع إعفائها من الرسوم الجمركية ، على أن يقدم المستورد إلى دائرة الجمارك تأمينا أو خطاب ضمان بقيمة الرسوم ، فإذا لم تصدر المواد المستوردة خلال فترة معينة من تاريخ الإستيراد (خلال سنة مثلًا) أصبحت الرسوم الجمركية واجبة الأداء ، ويكون لدائرة الجمارك إقتضاء قيمة خطاب الضمان من المصرف .[3]

3- نظام البضائع العابرة : وهي البضائع التي تستورد لبلد آخر وتأخذ طريقها إلى هذا البلد عبر أراضي الدولة، ولما كانت الرسوم الجمركية غير مستحقة أصلا على هذه البضائع بإعتبارها غير واردة إلى الدولة، وكان عدم الإستحقاق للرسوم الجمركية منوطا

2-أنظر: هاني دويدار، المرجع السابق، ص : 382 .

3-أنظر: خالد أمين عبد الله وإسماعيل إبراهيم الطراد، المرجع السابق ص : 325 .

1-المادة 127 من القانون 10/98المتعلق بالتشريع الجمركي المؤرخ في 22أوت 1998 يعدل ويتمم القانون 07/79 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المتضمن قانون الجمارك ج.ر عدد61 مؤرخة في 23أوت 1998 .

بثبوت وصولها إلى البلد الآخر، لذلك تقتضي دائرة الجمارك إحتياطا خطاب ضمان بقيمة الرسوم عن هذه البضائع وذلك ما يثبت وصول البضاعة في البلد الآخر كتقديم شهادة من جمارك هذا البلد بإستلامها للبضاعة أو أي دليل آخر يكون مقبولا من طرف الجمارك، وبثبوت وصول البضاعة إلى وجهتها يسترد صاحبها خطاب الضمان .[1]

4- تيسير االتخليص على البضائع : يكون التيسير بإجازة الإفراج عن البضائع بمجرد مراجعتها دون إنتظار إجراءات تقدير الرسوم الجمركية المستحقة عليها، وذلك إذا كانت طبيعة البضاعة لا تتحمل البقاء بالجمرك، أو كانت الحاجة تستوجب الإسراع في تصريفها تفاديا لتكدسها على الأرصفة في مثل هذه الحالات يتم الإفراج عن البضائع مقابل ضمان يكفل سداد الرسوم التي تستحق عند تسويتها.[2]

ثالثا/ خطابات الضمان المهنية: تقدم هذه الضمانات ممن يرغبون في مزاولة مهن معينة كشرط من شروط مزاولة المهن وذلك ضمانا لعدم الإنحراف أو ضمانا لما قد يستحق نتيجة للمخالفات الضمانات ومنها :

الضمانات التي تصدر لصالح دائرة المواني‌ء، تطلب من شركات الملاحة لتغطية مخالفات ربان السفن وبحارتها عن العجز في البضائع الواردة .[3]

الضمانات التي تطلب من أصحاب المستودعات **:** يقدم هذا النوع من الضمانات من طرف كل صاحب مستودع لصالح دائرة الجمارك في الحدود التي تصدرها الدائرة ضمانا لأحكام الرقابة على حركة الإيداع والسحب ، وعدم إخلال صاحب المستودع بإلتزاماته.

2-أنظر: محمد عبد الخالق، الإدارة المالية و المصرفية، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، ص : 780-781 .

3-أنظر: زياد سليم رمضان، المرجع السابق، ص: 148 .

1-أنظر:صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ص : 143 .

الضمانات التي تطلب من الملخص الجمركي : يمكن تعريف الملخص على أنه الوسيط الذي يقوم بمنح المساعدة للمستوردين و المصدرين والمسافرين في إنجاز الإجراءات الجمركية ، حيث يتوجب عليه قبل أن يقوم بممارسة مهنته إيداع تأمينا نقديا أو خطاب ضمان لدى دائرة الجمارك في حدود قيمة تقدرها هذه الأخيرة .

الضمانات التي تطلب من سماسرة بورصة الأوراق المالية : يتوجب على السمسار الذي يريد العمل في البورصة إيداع تأمينا نقديا ، أو خطاب ضمان في مصرف في حدود قيمة يتم تقديرها من قبل لجنة البورصة ، وذلك ضمانا لما يطلب في الحالات التالية **:**

أ – المبالغ المستحقة للعملاء .

ب- المبالغ المطلوبة للجنة البورصة .

ج- المبالغ المطلوبة لأعضاء البورصة .

د –الغرامات المالية .

الفرع الثاني : خطابات الضمان الخارجية : يمكن تعريف خطابات الضمان الخارجية أوالضمانات المستقلة الخارجية على أنها : تلك الخطابات التي تصدر بمناسبة عمليات يكون أحد أطرافها غير مقيم بالدولة،[1] وقد تصدر كذلك في شأن المعاهدات والإتفاقيات التي تنعقد بين دولتين، ويمكن تقسيمها إلى قسمين:

أولا/ خطابات الضمان الخارجية الواردة لصالح مستفيدين في الدولة : يمكن إجمال خطوات إصدار هذا النوع من الخطابات في النقاط التالية :

يطلب المراسل الأجنبي إلى المصرف المحلي إصدار خطاب ضمان أو الإشتراك في إصداره لحسابه ولصالح المستفيد المقيم في الدولة، ويكون شكل الطلب إما مكتوبا، وهنا ينبغي التصديق على التوقيعات المذيلة بخطابه أوعن طريق برقية،

1- V Dominique Legeais, op.cit.p.244.

ويستوجب توفر جملة من الشروط تتمثل في: ضرورة التحقق من صحة الرقم السري ومدى مطابقته مع أصل البرقية، وأن يتضمن طلب المراسل تعهدًا بتعويض المصرف المحلي عند أول طلب عما يتحمله المستفيد بتنفيذ الضمان، وأن يصدر الطلب بعملة أجنبية مناسبة للعملة الصادر في شأنها خطاب الضمان [1].

2- الأصل أن يصدر خطاب االضمان نيابة عن مراسله لصالح المستفيد في الدولة بذات العملة الأجنبية الواردة بالضمان المقابل الصادر من المراسل ويكون بالعملة المحلية إذا طلب المستفيد دفع قيمة خطاب الضمان، وهنا يقبض المصرف المحلي من المراسل المعادل بالعملة الأجنبية على أساس سعر الصرف السائد وقت الدفع، أو على أساس سعر الصرف وقت إصدار الضمان .

3-يسري على تعديل قيمة الضمان أو في مدة سريانه، نفس الشروط التي أتبعت في إصدار خطاب الضمان الأصلي،ويكون خطاب ضمان تكميلي بمبلغ الزيادة ويحدد له نفس أجل إنتهاء الضمان الأصلي.

ثانيا/ خطابات الضمان الخارجية الصادرة لصالح مستفيد في الخارج : ويمكن إيجاز خطوات إصدار خطاب الضمان في مثل هذا النوع فيما يلي :

يجب أن يحدد العميل في طلب إصدار الضمان لصالح المستفيد غير المقيم كافة شروط الضمان وبياناته تحديدًا واضحاً .

يقوم المصرف المحلي بإرسال طلب إلى مراسله في الخارج يتضمن إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد غير المقيم ، على أن الطلب يحتوي على كافة بيانات الضمان وشروطه والغرض منه وأيضا تعهد المصرف المحلي بأن يرد للمراسل أية مبالغ قد يطالب بدفعها بموجب الضمان .[2]

2- أنظر:المادة 125 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم .

[2]- أنظر: محمد حسن الجبر، المرجع السابق، ص: 323 .

غالبا ما تصدر خطابات الضمان الخارجية لحساب كبار العملاء الذين يتمتعون بتسهيلات إئتمانية، كإصدار خطاب الضمان دون غطاء .

المطلب الثالث : من حيث شكل غطاء خطاب الضمان

بداية نقول أن المقصود بغطاء خطاب الضمان الضمانات التي يقدمها العميل عند الإتفاق مع البنك لكي يغطيها مقدار ما يدفعه الأخير إلى المستفيد مضافا إليه أية مبالغ ينفقها البنك بمناسبة الخطاب والعمولات والفوائد المتفق عليها .[1]

الفرع الأول :الغطاء النقدي: يعد هذا النوع أبسط أنواع الغطاء، إذ يتمثل في أن يقوم العميل بتقديم مبلغ من النقود يساوي قيمة الضمان ونفقاته، بحيث يبقى هذا المبلغ على شكل وديعة لدى البنك يتم الإفراج عنها بإنقضاء مدة الخطاب، وقد يصدر بغطاء جزئي أو دون غطاء، ويرتب في كل الحالات بذمة العميل قيمة الخطاب إذا تم دفعه في المدة المحددة.[2]

الفرع الثاني : الغطاء العيني: يتمثل هذا النوع من الغطاء في أوراق تجارية كالسفتجة ، سند السحب ، والسند الإذني والشيك ويشترط لقبولها تظهيرها تظهيرا تأمينيا، أو مالية ، أو مستندات البضائع فبالنسبة للأوراق المالية (الصكوك ،ذات القيمة النقدية كسندات الإستثمار و أسناد الدين العام التي يصدرها البنك المركزي

1- أنظر:عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص : 863 .

2 - أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص: 365 .

أو مؤسسات الدولة وسندات القرض)، فإنها تقبل كغطاء لخطاب الضمان حسب القيمة السوقية لها ويكون القبول إما برهنها لدى البنك أو ببيعها عند الإقتضاء .[1]

الفرع الثالث : الغطاء المعنوي: يتمثل الغطاء المعنوي في الثقة التي يمنحها البنك للعميل وبموجبها يصرح العميل للبنك أن يتقاضى خطاب الضمان إذاتم دفعه من أية أموال تعود إليه، ويكون الغطاء المعنوي في حالة تقديم الآمر طالب الضمان أحد حقوقه المعنوية كبراءة الإختراع ، أو المعرفة الفنية التي يمتلكها.[2]

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي

أثير خلاف حول الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي، وإنقسمت الآراء التي قيلت في هذا الشأن إلى اتجاه يأخذ ببعض النظريات العقدية التي ترجع جميع العمليات التي تنشأ في محيط البنوك إلى ما ورد في القانون المدني كالكفالة، الاشتراط لمصلحة الغير، الإنابة القاصرة، (المطلب الأول)، الإرادة المنفردة(المطلب الثاني)، في حين ذهب اتجاه حديث إلى القول بأن خطاب الضمان المصرفي عملية مصرفية ذات طبيعة خاصة(المطلب الثالث) .

المطلب الأول : النظريات العقدية

---

[1]- أنظر: علي البارودي، المرجع السابق، ص: 417 .

[2] -أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع اسابق، ص: 823 .

يرى الفقه والقضاء بأن أحكام خطاب الضمان ترجع أساسا إلى فكرة العقد في القانون المدني، وذلك لتفسير العلاقة القائمة بين البنك والمستفيد فإعتبروه عقد كفالة، ومنهم من إعتبره عقد إنابة، وهناك إتجاه ثالث يرى بأنه إشتراط لمصلحة الغير، وسوف نتعرض لهذه النظريات تباعا ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول : نظرية الكفالة: تعرف الكفالة المصرفية كالكفالة في القانون المدني، بأنها العقد الذي يكفل بمقتضاه البنك تنفيذ إلتزام معين يقع على عاتق الزبون بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه. [1]

فتنعقد الكفالة في خطاب الضمان برضا الكفيل والدائن ، وهما البنك والمستفيد ، فيعبر البنك عن رضاه بإصدار الخطاب إلى المستفيد ، ويكون قبول هذا الأخير، إما بالإعلان عن إرادته صراحة إلى البنك و إما ضمنيا.[2]

أما رضاء المدين(العميل) فلا يكون ملزما في الكفالة،لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة، لأنها تنعقد بدونه ورغم معارضته طبقا للقواعد العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 647 من ق.م حيث نصت على أنه : (تجوز كفالة المدين بغير علمه ، وتجوز أيضا رغم معارضته).[3]

ويرى أنصار هذه النظرية أن سبب لإلتزام البنك في خطاب الضمان هو تقديم خدمة للعميل والحصول على الربح من العمولة التي يحصلها، فإذا كان الدافع إلى التعاقد

1- أنظر: زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، طبعة 2001، ص:16 .

1–V.wenceslas la cautionnement Donne A une société, université de nancy 2, 2010 p75. Ella Andoume

2-المادة 647 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني .

مخالفا للنظام العام والآداب العامة وكان المستفيد على علم بذلك كانت كفالة البنك باطلة بطلانا مطلقا .

وتترتب عن التبعية بين إلتزام الكفيل وإلتزام العميل الآثار التالية :

أ – لا يرجع الدائن على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين .

ب- يتحدد إلتزام الكفيل في الشروط والمقدار بإلتزام المدين .

ج- للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفوع التي للمدين ، وللبنك بعد وفائه للمستفيد حق الحلول محل الدائن فيما له منحقوق إتجاه المدين ، وتبرأ ذمة المدين ببراءة ذمة المدين.

ويمكننا القول أنه رغم التشابه بين الكفالة وخطاب الضمان في أن كل منهما يضيف ذمة مالية إلى ذمة ثانية مكلفة بإلتزام إتفاقي ، أو قانوني ، إلا أنهما يتفرقان في أن إلتزام المصرف بالدفع في الكفالة المصرفية مرتبطا وتابعا لإلتزام المدين (العميل) تجاه المستفيد . وللمصرف أن يقوم بالتنفيذ عينا وبطريق التعويض في حالة عدم وفاء العميل بإلتزامه.[1]

وبالتالي لا يمكن الإعتماد على نظرية الكفالة لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان مما أدى إلى ظهور نظرية أخرى وهي نظرية الإنابة القاصرة .

الفرع الثاني : نظرية الإنابة القاصرة: تعرف الإنابة بأنها إتفاق بين ثلاثة أطراف ، يتقدم فيها المدين إلى دائنه بمدين جديد للوفاء بدينه، حيث يحل محله ويقضي إلتزامه

1- أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص : 325 .

فتكون إنابة كاملة ، أو ينضم في المديونية ويصير للدائن مدينان فتكون إنابة قاصرة ، وهذا ما نصت عليه المادة 295 ف 1 من القانون المدني الجزائري.[1]

ويرى القائلون بفكرة الإنابة في تكييف الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي ، أن إنابة العميل للبنك إنابة قاصرة ، وحجتهم في ذلك أن أن المدين الذي يرسو عليه عطاء مقاولة عامة، يلتزم بتنفيذ الإلتزام موضوع العقد وبتقديم هذا التأمين النقدي الذي يحرمه من المال السائل الموجود لديه، حيث يتفق مع دائنه على أن يقدم له ضمانا لهذا التأمين مدينا آخر يلتزم بوفاء هذا الدين مكانه.[2]

ويترتب على العلاقة في الإنابة على خطابات الضمان المصرفية بين العميل والمستفيد والبنك ما يلي:

1-أن العميل يبقى مدينا للمستفيد إلى جانب مديونية البنك للمستفيد ، فإذا برئت ذمة أحدهما برئت ذمة الآخر .

2- يكون للمستفيد حق الإختيار في الجوع على البنك أو العميل ، وهذا الامر إن صح في الإنابة فإنه لا يصح في خطاب الضمان ، حيث لا يظل العميل ملتزما مع البنك بالوفاء بالمبلغ المضمون في مواجهة المستفيد .

3- للبنك حق الرجوع على العميل بعد الوفاء على أساس الوكالة أو الفضالة، أو الإثراء بلا سبب حسب الأحوال .

1-نصت المادة 295 ف1 من القانون المدني:(إذا إتفق المتعاقدون في الإنابة أن يستبدلوا بإلتزام سابق لإلتزام جديد كانت هذه الإنابة تجديدا لإلتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الإلتزام الجديد الذي إرتضاه المناب صحيحا ، وألا يكون هذا الاخير معسرا وقت الإنابة).

2-V. wenceslas Ella Andoume, Cité.Thése . p77.

4-إن إلتزام البنك نحو المستفيد هو إلتزام مجرد عن إلتزام العميل في مواجهته .

5-يكون للبنك في الإنابة حق التمسك بجميع الدفوع التي كانت للعميل في مواجهة المستفيد وذلك لإتحاد محل الإلتزامين، إلا أنه في الواقع العملي يختلف حيث يتميز الخطاب بالإستقلال والتجريد .

6- **لا** يوجد تضامن بين العميل والبنك لإختلاف مصدر دين كل منهما نحو المستفيد فمصدر دين العميل لاهو الإلتزام الاصلي ومصدر إلتزام البنك هو عقد الإنابة .

7- تعتبر الإنابة الناقصة تفسير إمتداد خطاب الضمان إذا أوشك على الإنتهاء قبل إنتهاء العمليات المضمونة به ، فمصلحة البنك والمدين(العميل) هي الموافقة على هذا الإمتداد وإلا كان للدائن أن يطلب من البنك الوفاء بالمبلغ الضمون.[1]

وعليه يتضح لناجليا فشل نظرية الإنابة الناقصة في تكييف خطاب الضمان المصرفي .

الفرع الثالث : نظرية الإشتراط لمصلحة الغير: ذهب أنصار هذه النظرية في تفسير خطاب الضمان بأنه عقد إشتراط لمصلحة الذي يبرم بين لمشترط (العميل أو الزبون) وبين المتعهد (البنك) ويكون مضمونه إنشاء حق مباشر للمستفيد، يلتزم البنك بأدائه.[2]

ويشترط في عقد الإشتراط لمصلحة الغير توافر مايلي :

1- أنظر: هاني دويدار، المرجع السابق، ص : 413 .

2- أنظر: خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة ثانية، 2005، ص: 131 .

1- يجب على المشترط أن يتعاقد بإسمه الخاص ، وليس بإسم المستفيد الذي يعتبر أجنبيا عن العقد، فلو إفترضنا أن العقد أبرم بإسم المستفيد كنا أمام عقد إنابة، وبالتالي أصبح المستفيد طرفا في العقد، ولا نكون أمام عقد إشتراط لمصلحة الغير .

2- لابد أن تتصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد، أي أن ينشيء الحق في ذمة المستفيد مباشرة دون أن يمر على ذمة المشترط .

3- وجود مصلحة شخصية ومشروعة للمشترط ، بغض النظر عما إذا كانت مادية أو أدبية.[1]

ويترتب على عقد الإشتراط لمصلحة الغير العلاقات التالية :

*العلاقة بين المشترط والمتعهد (أي بين العميل والبنك) يحكمها عقد الإشتراط على أن يلتزم المتعهد بالوفاء بموضوع العقد لشخص أو لطرف ثالث من الغير ويكون للعميل مصلحة من تنفيذ المتعهد للإلتزامات المتفق على تنفيذها لصالح المستفيد الذي لا يكون طرفا في العقد .

*العلاقة بين المتعهد والمستفيد تكتسي أهمية كبيرة في العلاقات التي تترتب عن عقد الإشتراط لمصلحة الغير، حيث أنها تخرج عن نسبية أثر العقد لأنها تعطي للمستفيد حقا بعقد مبرم بين المشترط والمتعهد.[2]

وما يميز خطاب الضمان عن عقد الإشتراط لمصلحة الغير ، أن في الأول لا يجوز المساس بحق المستفيد متى وصل إلى علمه ، بينما في عقد الإشتراط لمصلحة الغير

---

[1]- أنظر : أمقران راضية ، المرجع السابق، ص: 77 .

[2]- أنظر :محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص : 902 .

دون ورثته أو دائنيه أن ينقض عقد المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المشترط رغبته في الإستفادة منها.[1]

وإن كانت هذه النظرية قد نجحت في بعض الجوانب في تفسير خطاب الضمان على أنه عقد إشتراط إلا أنه لا يمكن الإعتماد كليا على هذا الرأي لقصوره في تفسير جوانب أخرى من خطاب الضمان .

المطلب الثاني : نظرية الإرادة المنفردة:

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن خطاب الضمان وثيقة مفردة تعبر عن رغبة البنك بمفرده، فيظهر كما لو كان وحده تحركه دوافعه الخاصة في أن يلتزم.

وحسب أنصار هذه النظرية تعتبر الإرادة المنفردة مصدرا مباشرا لإلتزام البنك ويكون الإلتزام مجردا عن سببه، وأن العرف ليس سببا لصفة التجريد التي يتمتع بها خطاب الضمان، وإنما النصوص اللائحية المتعلقة بالمخازن والمشتريات هي مصدر تلك الصفة.[2]

فخطاب الضمان لا ينشأ عن علاقة البنك بالمستفيد، وإنما ينشأ حق هذا الأخير في مواجهة البنك من تعبير البنك عن إرادته، يفرغه في صك الخطاب يتضمن شروط وأحكام معينة تحكم العلاقة بين أطرافه .

ويترتب عن إلتزام البنك بإرادته المنفردة ما يلي :

---

[1] -أنظر: سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 75 .

[2] -V.Eric Nemadeur Djuitchoko,le traitment du contentieux bancaire,Saint Etienne, 2011,p 05.

*لا يشترط أن يقبل المستفيد الخطاب بل يكفي وصوله إلى علمه .

*إلتزام البنك بإرادته المنفردة يجعل إلتزامه باتا ونهائيا بمجرد إصداره ووصوله إلى من وجه إليه .

*يلتزم البنك بصفته أصيلا وليس نائبا عن العميل .

لكن هناك من يرى ضرورة إستبعاد فكرة الإرادة المنفردة ، لأنها لا تعد مصدرا مباشرا للإلتزام مادام القانون هو الذي ينظمه في حالات معينة حيث يتعذر وجود الإلتزام دون نص.[1]

إن إلتزام البنك بإصدار خطاب الضمان ليس إلتزاما جديدا ، وإنما هو قبول إيجاب صادر عن العميل.

فإذا كان خطاب الضمان صادرا حقا عن إرادة البنك، فإن هذه الإرادة لا تتحكم وحدها في إنشاء الخطاب، بل هي إرادة موجهة للتلاقى مع إرادة أخرى ألا وهي إرادة العميل لترتب المستفيد حقا إنفرد العميل بتحديد مقداره ومداه .[2]

وأخيرا يمكن القول أن النظريات السابقة حاولت تفسير خطاب الضمان طبقا للنظرة التقليدية التي تستند إلى قواعد القانون المدني القانوني مما أدى إلى قصورها وفشلها وكان هذا دافعا إلى ظهور إتجاه معاصر يرى بأن خطاب الضمان هوعملية من عمليات

1-أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص : 185 .

2- أنظر: سعد عبد محمد، مشروعية خطابات الضمان في المصارف الإسلامية حالة تطبيقية في العراق، مجلة كلية بغداد للعلوم الإقتصادية، العدد الخامس 2014 .

البنوك إستمدت وجودها وأحكامها من الأعراف المصرفية لتحقيق هدف إقتصادي تمثل في حلولها محل النقود.[1]

فإرادة أطراف تدخل في تكوين خطاب الضمان من عدمه، كما أن شروط خطاب الضمان ومدته، وكذلك قيمته تحدد حسب ما إتفق عليه الأطراف، ونفس الشيء بالنسبة للتعديل .

إضافة إلى ذلك فإن الفقه قد إعتبر أن العمليات المصرفية التي يقوم بها البنك، هي في مجملها عقود يغلب عليها الإتفاق بين البنك من جهة والعميل من جهة أخرى قصد تقديم خدمات مصرفية .

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 68 ف1 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض على أن: (يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أويعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر إلتزاما بالتوقيع كالضمان الإحتياطي أو الكفالة أو الضمان ...).[2]

وبالتالي فالمشرع الجزائري أشار إلى خطاب الضمان في المادة المذكورة أعلاه كعملية من عمليات البنوك، لكنه لم ينظم خطاب الضمان بأحكام قانونية خاصة وبناءا عليه نطرح التساؤل التالي : هل نعتبر أن المشرع الجزائري قد أحال ضمنيا تنظيم خطاب الضمان إل قانون النقد والقرض، أم ترك حرية تنظيمه للبنوك وفقا للأعراف المصرفية ؟

بالرجوع إلى النظام 02/93 المؤرخ في 03 يناير 1993 المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك والوسطاء المعتمدين قد نص في مادته 02 على:(لا

---

1 -V. Eric Nemadeu Djuitchoko, cité thése/memoire.p 137.

2- المادة 68 من الأمر 11/03، المرجع السابق.

يمكن أن يتم إصدار عقود الضمان والضمان المقابل إلا في إطار الإلتزامات المتخذة وفقا للتشريع والتنظيم المتعلقين بالتجارة الخارجية والصرف الساري المفعول). [1]

وبالتالي نلاحظ أن هناك تباين بين نص المادة 68 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض والمادة 02 من النظام 02/93 ، فالمشرع الجزائري في قانون النقد والقرض قد إعتبرخطاب الضمان عملية مصرفية وذلك بقوله (يشكل عملية قرض ...) ترك الحرية للبنك في تنظيمها وفقا للأعراف المصرفية والأنظمة الصادرة من البنك المركزي .

أما بالنسبة للمادة الثانية من النظام 02/93 فنجدها قد حددت القانون الذي ينظم خطابات الضمان المصرفية بمختلف أنواعها والمتمثل في التشريع والتنظيم المتعلقين بالتجارة الخارجية .

وهنا نتسائل هل قصد البنك المركزي تنظيم خطابات الضمان الخارجية فقط ؟ فإذا كان الأمر كذلك فماهو القانون الذي يطبق على خطابات الضمان الداخلية ؟

يمكن القول بأن المادة 68 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض قد جاءت مطلقة إذ لم تحدد القانون الذي يجب تطبيقه على خطابات الضمان، بل تركت تنظيم الخطاب حسب الإتفاق بين العميل والبنك، وهنا تبرز وبوضوح فكرة الإرادة .

فإرادة أطراف تدخل في تكوين خطاب الضمان من عدمه، كما أن شروط خطاب الضمان ومدته، وكذلك قيمته تحدد حسب ما إتفق عليه الأطراف، ونفس الشيء بالنسبة للتعديل .

إضافة إلى ذلك فإن الفقه قد إعتبر أن العمليات المصرفية التي يقوم بها البنك، هي في مجملها عقود يغلب عليها الإتفاق بين البنك من جهة والعميل من جهة أخرى قصد تقديم خدمات مصرفية .

---

[1] - المادة 03 من النظام 02/93، المرجع السابق .

ومعظم البنوك الجزائرية تعمد إلى تسميته بخطاب الضمان متى تعلق بالتجارة الخارجية. [1]

يمكن القول بالرغم من أن الإرادة تلعب دور كبير في إنشاء خطاب الضمان المصرفي، إلا أنه وجب على المشرع الجزائري التدخل لتنظيم أحكام خطاب الضمان المصرفي، بإعتباره عقد من طبيعة خاصة يثير العديد من الإشكالات القانونية خاصة في مجال المنازعات.

يمكن القول بأن خطاب الضمان المصرفي كعملية مصرفية أنشأها العرف التجاري لمواجهة حاجيات المعاملات التجارية، فخطاب الضمان المصرفي تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءا على طلب العميل بدفع مبلغ معين، أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى (المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال مدة معينة في الخطاب دون إعتداد بأية معارضة من قبل هذا الأخير، كما يتميز هذا الأخير بعدة خصائص تحدد ذاتيته وتبرز أهميته وهذا ما

1- http// www.alssalemalgeria .com .

يمكن لمسه من خلال تعدد أشكاله والتي تقسم حسب الغرض أي موضوع الخطاب(خطابات المناقصات والمزايدات وخطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة)، ومن ناحية موطن البنك(داخلية وخارجية)، ومن حيث شكل غطاء الضمان (نقدي،مالي،معنوي) .

وقد إختلف الفقه والقضاء حول التكييف القانوني لخطاب الضمان، فمنهم من كّيفه على أساس النظريات العقدية الواردة في القانون المدني، ومنهم من رأى بأنه عملية مصرفية ذات طبيعة خاصة يترك فيها للبنك حرية تنظيمها حسب الإتفاق والأعراف المصرفية .

الفصل الثاني

الفصل الثاني : أحكام خطاب الضمان المصرفي

المبحث الأول : شروط خطاب الضمان

المبحث الثاني : آثار خطاب الضمان المصرفي

المبحث الثالث : حالات إنقضاء خطاب الضمان

إن البحث في أحكام خطاب الضمان يتطلب منا بيان الشروط التي يجب توافرها لإصداره(المبحث الأول)، وكذلك بيان الآثار القانونية التي يرتبها (المبحث الثاني) بالإضافة إلى طرق إنقضائه (المبحث الثالث) .

المبحث الأول : شروط خطاب الضمان

تنص القواعد والأعراف الموحدة لخطابات الضمان، على أن المقصود بخطاب الضمان هو التعهد الكتابي الصادر عن بنك بدفع مبلغ نقدي استنادا لشروط الضمان نفسه وذلك بغض النظر عن أي إعتراض من الزبون، على أن يقدم المستفيد مطالبته بالدفع خلال مدة سريان الخطاب، وغالبا ما يراعي العميل في شروط الخطاب أن تكون هي ذات الشروط التي اتفق عليها مع المستفيد .[1]

من خلال التعريف أعلاه يمكن أن نستخلص أن لخطاب الضمان شروطا موضوعية ، وأخرى شكلية ندرسها في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : الشروط الموضوعية لخطاب الضمان

يجب أن يتضمن خطاب الضمان جملة من العناصر الجوهرية لا يمكن إصداره في حال غياب هذه الشروط .

الفرع الأول : أطراف خطاب الضمان : عملية خطاب الضمان لها ثلاثة أطراف نذكرهم بإختصار، لأننا سوف نفصل ذلك عندما نتطرق للعلاقات في المبحث الثاني :

أولا/ العميل : وهو الشخص الذي يصدر بناءًاعلى طلبه ولحسابه خطاب الضمان .

[1]- أنظر: المادة 2 /ف أ من القواعد والأعراف الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، اللائحة رقم 458 لعام 1992.

[2]- أنظر كذلك : صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص : 153 .

ثانيا/ المستفيد : وهو الشخص الذي يصدر لصالحه خطاب الضمان .

ثالثا/ المصرف : والبنك الذي يصدر الضمان نيابة عن عميله ولحسابه، ويقبل بمقتضاه أن يضمنه لدى المستفيد.

الفرع الثاني : محل خطاب الضمان: محل تعهد البنك في خطاب الضمان يتمثل في دفع قيمة أو مبلغ الضمان في المدة المتفق عليها، و إصدار الخطاب وفقا للغرض المحدد له.[1]

أولا/ مبلغ الضمان: يتعهد البنك بدفع مبلغ من النقود إلى المستفيد متى طلب هذا الأخير منه ذلك وضمن المدة المتفق عليه

ويعتبر المبلغ النقدي محل تعهد البنك، وبالتالي وجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وهي نفس شروط محل الإلتزام بصفة عامة الواردة في القانون المدني .[2]

وكمثال على أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين، ما قد يحدث في مجال الجمارك كأن يطلب المرسل إليه من إدارة الجمارك السماح له بتسلم البضاعة قبل وصول سندات الشحن التي تحدد على أساسها قيمة الرسوم الجمركية ، فتسمح له ولكن بشرط أن يقدم ضمانا كافيا فيلجأ المرسل إليه إلى البنك طالبا منه إصدار خطاب ضمان مصرفي لصالح إدارة الجمارك، قصد ضمان الرسوم المترتبة عن هذه البضاعة .[3]

---

[1]- أنظر : المادة 92 من القانون المدني الجزائري .

[2]-أنظر : بضراني نجاة، الإئتمان المصرفي بطريق التوقيع، 1987، القاهرة، ص: 13

[3] -V.Wenceslas Ella Andoume,Cité.Thése, p.752

فهنا قيمة خطاب الضمان لا تكون معينة عند إصدار الخطاب ، وإنما يتم تعيينها عند وصول سندات الشحن ، وفي هذه الحالة خطاب الضمان صدر بمبلغ قابل للتعيين ، ويعتبر تعهد البنك في هذه الحالة صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية .

وبالتالي يجب على البنك أن عند تحديد قيمة الخطاب أن يدفع للمستفيد عند أول مطالبة منه ، دون الأخذ في عين الإعتبار قيمة مديونية الزبون سواء كانت أكبر أو أقل من تعهد البنك .[1]

أما إذا لم يكن محل تعهد البنك دفع مبلغ نقدي، كأن يكون محل إلتزام البنك في مواجهة المستفيد تنفيذ إلتزامات الزبون إذا لم يوف بها هذا الأخير، أو ضمان حسن تنفيذ الزبون لإلتزاماته أمام المستفيد، ففي هذه الحالة نكون أمام عقد كفالة مدنية أو تجارية، وليس أمام خطاب ضمان مصرفي وهو ما يتعارض مع طبيعة خطاب الضمان الذي يتميز بالكفاية الذاتية، باعتبار أن التزام البنك في الخطاب هو التزام أصيل تجاه المستفيد، وهذه الحقيقة هي التي تمكن خطاب الضمان المصرفي من تحقيق الأغراض التي وضع من أجلها، فلو أجيز النزاع في صرف قيمته عند الطلب لفقد هذا الخطاب أهميته العملية، ولشلت تبعا لذلك حركة المعاملات التجارية .[2]

ثانيا/ مدة الضمان : كأصل عام يصدر خطاب الضمان لمدة محددة وجب الحرص على تأكيدها، لأنها تعتبر مدة سريان الخطاب وعلى إشتراط وصول المطالبة قبل تاريخ معين وبيان أن ضمان البنك يسقط تلقائيا إذا لم تصل البنك المطالبة في التاريخ المحدد، فإلتزام البنك يتحدد بالمدة المتفق عليها في خطاب الضمان، وبإنقضاء الأجل تبرأ ذمة البنك .[3]

كما يتحمل المستفيد نتائج تأخر البريد، في حالة إرسال طلب الدفع بالبريد لأنه يتعين عليه إرسال المطالبة بالدفع في الوقت المحدد وهذا أمر منطقي، ما دام أنه من حق الزبون استرداد ضمانات الخطاب التي قدمها للبنك في اليوم الموالي لانتهاء مدة

---

[1] - -أنظر:هاني دويدار، مرجع سابق، ص : 388

[2] - أنظر: سهام قارون، مرجع سابق، ص : 09 .

3-V.Eric Nemadeur Djuichoko, Cité.Thése .p 05.

الضمان، فمن العدل إذن إبراء البنك من التزامه بالدفع من هذه اللحظة لأنه فقد ضمانه[1].

أما إذا لم تحدد مدة أعتبر الضمان غير محدد المدة ، وفي هذه الحالة يجوز للبنك الملتزم أن ينهيه في أي وقت بشرط إخطار العميل والمستفيد قبله بوقت مناسب، وإذا كانت العملية المضمونة مذكورة في الخطاب فإن الضمان يمتد إلى غاية إنتهائها وظل قائما مادامت قائمة ومتى كان هذا المعنى مفهوما من الخطاب .

ويمثل الوقت أو الموعد المحدد في خطاب الضمان الحد الأقصى لنفاذه، ويسقط إلتزام البنك بحلول هذا الأجل دون حاجة إلى إخطاره المستفيد أو إتخاذ أي إجراء آخر، و يسقط إلتزام البنك نهائيا بإنتهاء مدة الخطاب .[2]

ويجوز للبنك أن يصدر خطاب ضمان جديد يكون مستقلا عن الخطاب السابق لصالح المستفيد ذاته وعن نفس العملية، كما يجوز مد الضمان الأصلي قبل إنتهائه عن طريق إتفاق المستفيد من الخطاب وعميله (صاحب العمل والمقاول)، إذا إتضح أن العملية المضمونة سوف تمتد أو تستغرق مدة أكبر من التي كانت محددة لها وأصر صاحب العمل على مد أجل الضمان ، فهنا يصدر المقاول إلى بنكه الأمر بمد أجل خطاب الضمان .[3]

وبالنسبة للبنك فهو لا يستطيع تمديد ضمانه إلا بموافقة العميل، وإلا كان مسؤولا بحيث لا يستطيع الرجوع على المستفيد .

ووفقا للعرف المصرفي، تعمد البنوك في خطاب الضمان غير محدد المدة إلى الاحتفاظ بملفاتها وقيودها المتعلقة به لمدة خمسة عشر(15) سنة من تاريخ بدء التزامها، ومن ناحية أخرى نجد أن إنهاء العقد بإرادة منفردة في العقود غير محددة المدة ينتج أثره

---

[1]- أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ج.02، ص: 825 .

[2] - أنظر: سهام قارون، المرجع السابق، ص : 09-10 .

[3] - أنظر: خالد إبراهيم عبد الله و إسماعيل إبراهيم الطراد، المرجع السابق، ص: 326 .

فيما بين المتعاقدين فقط، دون أن يمس الحقوق التي ترتبت للغير. ولما كان المستفيد من خطاب الضمان ليس طرفا فيه، لأنه ليس متعاقدا مع البنك ولكن يكتسب فقط حقوقا منه. فلا يمكن إذن التسليم بإمكانية إنهاء البنك لحق المستفيد بإرادته المنفردة .[1]

ويميز الفقه في هذا المجال بين حالتين :

الحالة الأولى: خطاب الضمان غير محدد المدة وغير المشروط: إذا كان خطاب الضمان غير محدد المدة، وغير مشروط، أي لم يكن معلقا تنفيذه على شرط معين أو قيد كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك عندما تطرقنا إلى أنواع خطابات الضمان في الفصل الأول، يكون حق المستفيد في طلب الدفع قائما في أي وقت، لذلك يتقادم التزام البنك بمضي 15 سنة من تاريخ بدئه دون أن يستعمل المستفيد حقه في المطالبة بقيمة الخطاب.

الحالة الثانية: خطاب الضمان غير محدد المدة والمشروط بشرط واقف: عندما يكون خطاب الضمان غير محدد المدة، ومشروطا بشرط واقف يتمثل في إخلال الزبون بالتزاماته تجاه المستفيد، فإن حق هذا الأخير لا يبدأ إلا من تاريخ تحقق هذا الشرط أو استحالة تحققه، ففي هذه الحالة يبدأ تقادم حق المستفيد من هذا التاريخ أي تاريخ تحقق الشرط أو تخلفه.[2]

وقد إستقر الفقه على القول بعدم جواز تداول خطاب الضمان لعدم إعتباره ورقة تجارية، فالبنك الذي يصدره يتعهد بالوفاء لشخص معين يتمثل في المتعاقد مع عميل البنك الذي صدر الخطاب بناءً على طلبه، فيجب يتضمن الخطاب الصيغة التالية : **(**يتعهد البنك بالدفع إلى شخص أو جهة معينة ولدى أول طلب منها **)** .[3]

---

[1]- أنظر: غني ريسان جاور،الضمان بمجرد الطلب،مجلة العلوم الإقتصادية، العدد25، المجلد السابع،2009،جامعة البصرة، ص 123.

[2] - أنظر: هاني دويدار، المرجع السابق، ص : 390.

[3]-أنظر: سهام قارون، المرجع السابق، ص : 11.

ويترتب على أن الخطاب شخصي عدم جواز تظهيره إلى الغير من قبل المستفيد، وسبب ذلك أنه لا يتضمن شرط الإذن ، ولا يعتبر ورقة تجارية، غير أنه يحق للمستفيد التنازل عنه لصالح جهة أخرى كان تكون بنكا، بشرط موافقة البنك مصدر خطاب الضمان على هذا التنازل .[1]

ثالثا/ الغرض من صدور خطاب الضمان: نصت المادة الثالثة من القواعد الموحدة لخطابات الضمان المصرفية لسنة 1992، على وجوب تضمين خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله والمتمثل في ضمان إلتزام معين ناشيء في ذمة العميل لصالح المستفيد إستنادا إلى العلاقة التعاقدية القائمة بينهما .

ونلاحظ أن هذا النص يطرح إشكاليتين :

1- أن هذا الشرط يتعارض مع مبدأ الكفاية الذاتية لخطاب الضمان، وضرورة صدوره مطلقا دون قيد أو شرط، واستقلالية التزام البنك تجاه المستفيد فيه عن كل من علاقة الزبون بالبنك وعلاقة الزبون بالمستفيد.

ويرى الفقه ، أن الإشارة في خطاب الضمان إلى مصدر الدين الذي صدر الخطاب بمناسبته، لا يتعارض ومبدأ ضرورة كونه مطلقا من كل قيد، ما دام تعهد البنك لا يكون مرتبطا بمصدر هذا الدين، أي العملية التي تربط بين الزبون والمستفيد. وذلك حتى لو ذكر في الخطاب" أنه يضمن تنفيذ عملية معينة".

2-أن هذه المادة اشترطت إدراج بيان تحديد الغرض في خطاب الضمان بهدف لبيان العملية المضمونة في الخطاب فائدة من حيث إمكان القول بامتداد الخطاب إلى وقت

[1] -أنظر: صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ص : 10-11.

انتهائها، إضافة لذلك تبرز أهمية تحديد الغرض في أنه لا يحق للمستفيد أن يطالب بقيمة الخطاب عن غرض آخر غير الغرض المحدد.[1]

وقد نصت في هذا الشأن كذلك المادة 414 من القانون التجاري المصري على ضرورة توضيح الغرض الذي صدر الخطاب من أجله، أي ألا يكون للمستفيد أن يطالب بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير المحدد فيه، وذلك قصد درء الخلافات التي تثور بين البنوك والمستفيدين الذين كانوا يحاولون الإستفادة من خطاب الضمان لأغراض أخرى غير تلك التي يصدر الخطاب من أجلها .[2]

أما فيما يخص السبب ذهب جانب من الفقه إلى القول بضرورة وجود سبب للتعهد المصرفي، ويكمن هذا السبب في مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد بان يقوم أصحاب العلاقة وهم العميل والمستفيد والبنك الضامن بتحديد سبب خطاب الضمان المصرفي .[3]

المطلب الثاني : الشروط الشكلية لخطاب الضمان

إضافة إلى الشروط الموضوعية ، فلخطاب الضمان المصرفي شروطا شكلية يتوجب توافرها تتمثل في كتابة خطاب الضمان وإجراءات إصداره، نوضحها في المطالب التالية:

الفرع الأول : الكتابة : من خلال تعريف خطاب الضمان على أنه تعهد مكتوب، يتضح لنا بأنه يجب أن يكون خطاب الضمان مكتوبا وليس مشافهة .

1- أنظر: أكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقا لإتفاقيات جنيف الموحدة للعمليات المصرفية الدولية، المرجع السابق، ص: 346 .

2 -أنظر: سهام قارون، المرجع السابق، ص: 08 .

3-V.Wenceslas Ella Andoume, cité.thése p.91

فخطاب الضمان يمثل إلتزام البنك بدفع مبلغ معين من النقود إلى المستفيد نيابة عن العميل، كذلك نصت الأعراف الموحدة لخطابات الضمان المصرفية على ضرورة أن يتضمن الخطاب مجموعة من الشروط الجوهرية يترتب على تخلفها بطلان خطاب الضمان .

كما أنه قد تطلب الإدارة من العميل تقديم خطاب ضمان إما لتنفيذ عمل كما في الصفقات العمومية أو لضمان دفع الرسوم الجمركية، أو لحسن تنفيذ العمل كما في حالة كفالة حسن التنفيذ، أو لتسلم البضاعة قبل وصول سندات الشحن، وبالتالي تقديم خطاب الضمان في مثل هذه الحالات يكون مكتوبا ومستوفيا لجميع الشروط .

لكن السؤال الذي يمكن طرحه هو: هل الكتابة أو الشكل ركنا لإصدار خطاب الضمان أم لإثباته ؟ .

لقد جرى العرف المصرفي بالنسبة إلى البنوك على إصدار خطاب الضمان، مع بيان العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد في مقدمة خطاب الضمان أو في الديباجة، وتحديد العقد الأساس الذي إلتزم بموجبه العميل بإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد .

وتبدو أهمية ذكر سبب إصدار خطاب الضمان في مقدمة الخطاب، لكي يتحقق البنك من أن المستفيد لم يصرف قيمة الخطاب في غير الأسباب المذكورة في عقد الأساس، وليس بسبب علاقة أخرى .[1]

كما جرى العرف المصرفي على أن يرد التعهد بالدفع للمستفيد لدى اول طلب مقرونا بعبارة **(بالرغم من معارضة العميل)** أو **(بالرغم من أي معارضة قد تنشأ منا أو من العميل)** وهذه العبارة هي التي تقطع العلاقة بين عقد الأساس وخطاب الضمان المصرفي .[2]

---

[1]- أنظر: إيهاب محمد نور عبد الله، خطاب الضمان المصرفي، جامعة الدوحة، 2009، ص: 58 .

[2]-أنظر: خالد أمين عبد الله وإسماعيل إبراهيم الطراد، المرجع السابق، ص : 324 .

أولا / المستندات المطلوبة في خطاب الضمان: :تتمثل المستندات المطلوبة في خطاب الضمان فيما يلي :

1-شهادة تفيد فشل المتعهد تنفيذ بنود العقد : وهي شهادة من المستفيد تفيد بأن العميل قد فشل في تنفيذ بنود العقد الموقع بينه وبين المستفيد، ويجب ان تكون الاسباب الواردة في الشهادة واقعية وحقيقية مدرجة في العقد، وإلا تعرض المستفيد إلى المتابعة القضائية إذا تبين خلاف ذلك .

2-كتابة مطالبة من المستفيد: يصدر كتاب المطالبة موقعا من المستفيد، ويكون محدد التاريخ ويطلب منه رفع قيمة خطاب الضمان .

3-شهادة قضائية : يجب على المستفيد تقديم شهادة قضائية تصدر عن محكمة إذا نص خطاب الضمان على ذلك تكون موقعة من القاضي، أو رئيس المحكمة ومحددة التاريخ وعليها ختم المحكمة .[1]

4-السحب :يقدم المستفيد سحب بقيمة خطاب الضمان إذا نص الإعتماد على ذلك مبينا في تاريخ صدوره، وتاريخ إستحقاقه إذا كان مؤجلا وقيمته .

5- مستندات أخرى: إذا نص خطاب الضمان على تقديم مستندات أخرى، وجب تحديد نوع هذه المستندات وجهة إصدارها والشروط التي تتضمنها . [2]

ثانيا/ لغة خطاب الضمان: لقد جرى العرف المصرفي للبنوك على إصدار خطاب الضمان بلغة واحدة إذا كان كل من العميل الآمر والمستفيد في بلد واحد، أما إذا كان وقد يفرض إصدار الخطاب بلغتين العربية ولغة أجنبية أخرى، وإذا حدث إختلاف بين اللغتين فترجح اللغة الرسمية للبلد الذي تم إصدار خطاب الضمان فيه .

---

[1]- أنظر: محمد محمود حبش، إدارة العمليات المصرفية الدولية، طبعة ثانية، 2006، الأردن، ص : 274

[2] - أنظر :إيهاب محمد نور عبد الله، المرجع السابق، ص : 60 .

أما إذا كان خطاب الضمان مرتبطا بالتجارة الدولية، وكان المستفيد مقيما في دولة غير عربية فإن الخطاب في هذه الحالة يصدر باللغة الأجنبية، ويفضل في المعاملات الدولية أن يصدر خطاب الضمان باللغتين العربية والأجنبية، على أن يذكر في الخطاب أنه في حالة الإختلاف في اللغة (العربية أو الأجنبية) فإن اللغة المعنية هي التي يعتد بها .[1]

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق: إستقر الفقه والقضاء على أن قانون بلد البنك الضامن هو القانون الواجب التطبيق، وسبب ذلك أن خطاب الضمان لا يولد سوى إلتزام على البنك.

إلا أنه هناك رأي قضائي آخر يرى بأن قانون بلد الوفاء هو القانون الواجب التطبيق، أما فيما يخص المحكمة المختصة فقد إستقر الفقه والقضاء على أن محكمة مكان البنك الملتزم بالضمان هي المحكمة المختصة .[(2)]

وقد نصت المادة 27 من القواعد الموحدة لخطابات الضمان فقد قننت رأي الفقه والقضاء بقولها:(ما لم يكون قد نص على خلاف ذلك في خطاب الضمان والضمان 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 أكثر من مكان عمل يكون القانون هو قانون البلد الذي وقع فيه الفرع الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل) .

[1] -أنظر: صلاح الين حسن السيسي، المرجع السابق، ص :164 .

2-كما تستوجب البنوك في كافة التعاملات مع الخارج التوطين المسبق وتخضع لشرط التسجيل والموافقة على التوطين الإلكتروني المسبق .

كما نصت المادة 28 منه على ما يلي : (ما لم يكن قد نص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل، فإن أي خلاف بقع بين الضامن والمستفيد فيما يتعلق بالضمان أو بين المصدر للتعليمات وبين الضامن فيما يتعلق بالضمان المقابل تكون المحكمة المختصة بنظره هي المحكمة الموجودة بالبلد الذي يقع فيه محل عمل الضامن أوالطرف 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) .

يمكن القول أن خطاب الضمان يغلب عليه الطابع التعاقدي أين تظهر حرية المتعاقدين في تضمين الخطاب الشروط التي يريدونها، لكن هذا لا يكفي لإصداره بل يستوجب كتابة خطاب الضمان بصيغة محددة قبل إصداره، ومعنى هذا أن الشكل ضروري لإصدار خطاب الضمان وكذلك للإثبات .

الفرع الثالث: إجراءات إصدار خطاب الضمان: يمكن إجمال الإجراءات التي يجب إتباعها لإصدار خطاب الضمان فيما يلي :

1-يقرر المصرف لبعض عملائه تسهيلات إئتمانية لإصدار خطابات ضمان لحسابهم بغطاء نقدي جزئي أودون غطاء .

2- يتم تقديم طلب من العميل للبنك لإصدار خطاب ضمان، حيث يقوم البنك بدراسته والتحقق من توافر جميع الشروط التي يحتاجها البنك، وقد يتم ملء الطلب في شكل نموذج معدا مسبقا من قبل البنك أو في شكل أوراق عادية .[1]

3-يقوم البنك بعد ذلك بمباشرة إجراءات التحقق من صحة توقيع العميل، وتحديد الغطاء النقدي أو الضمان اللازم وفقا للتسهيلات المصرفية ثم التأشير على الطلب بما يفيد الموافقة والإعتماد .

1- أنظر: صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ص : 165.

4-يطبع خطاب الضمان على الورق المرّوس الخاص بالبنك وفقا للشروط التي تم الإتفاق عليها بين العميل الآمر والمستفيد، ثم يتم بعد ذلك توقيع الخطاب وختمه بخاتم البنك الرسمي ، ويتم عادة إصدار الخطاب من نسختين مع إحتفاظ البنك بنسخة منه بملف العميل.

5-يكون لخطاب الضمان عادة رقما متسلسلا يجب قيده في الدفتر الخاص بذلك .

6-يذكر في خطاب الضمان تاريخ صدوره وتاريخ إنتهاء صلاحيته ، إسم المستفيد، قيمة الخطاب أو الحد الأقصى الذي يلتزم فيه البنك بالوفاء للمستفيد في حال طلبه، إضافة إلى أي شروط أخرى أو مستندات يتفق عليها العميل والمستفيد .

7-عادة ما يذكر في الخطاب أن البنك يلتزم بسداد القيمة عند أول طلب من المستفيد دون الإعتداد بأي معارضة من العميل، وهذا ما يؤكد إستقلالية خطاب الضمان عن سائر العقود المرتبطة به أو التي صدر عنها .

8- يتم مراجعة خطاب الضمان من الموظف المختص، والتأشير عليه.

9-يحرر إشعار قيد مدين (إلتزامات العملاء عن القبول والضمانات والكفالات والإعتمادات) ويحرر إشعار إضافة قيمتها لحساب (إلتزامات البنك عن الضمانات والكفالات).[1]

10- في حال إصدار خطاب الضمان بغطاء نقدي، يجب ان تخصم قيمة هذا الغطاء من حساب العميل وتضاف لحساب خاص .[2]

1- أنظر: خالد أمين عبدالله وإسماعيل إبراهيم الطراد، المرجع السابق، ص: 294 .

2-أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص : 340 .

المبحث الثاني : آثار خطاب الضمان المصرفي

يصدر خطاب الضمان بناء على طلب العميل ولفائدة المستفيد مما يرتب أثار هامة تجعل من العقد الأساسي الصادر قبل الخطاب يؤثر فيه بطريقة غير مباشرة وهو ما يرتب إلتزمات في ذمة كل من البنك تجاه المستفيد، وكذا العميل تجاه بالبنك .[1]

وهذا ما سيتم معالجته من خلال المطلبين التاليين حيث نعالج العــلاقة بين البنك والمستفيد(المطلب الأول) و العلاقة بين العميل الآمر والبنك(المطلب الثاني) .

المطلب الأول : العلاقة بين البنك والمستفيد

ينعقد العقد بين العميل والبنك ويكون المستفيد الذي ليس طرفا في العقد ذو مصلــحة فيه وتترتب له حقــوق بموجبه وهي صورة من صور الاشتراط لمصلحة الغير ،وهـذا الحق لا يكسب المستفيد التزامات بل يتمتع به في حدود الشروط المتفق عليها في الخطاب وهو ما ينتــج عنــه فــي النهاية التزامات لكل من البنك والعميل.[2]

بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني بخصوص التعاقد بين غائبين نجد المادة 61 من القانون المدني الجزائري تنص على مايلي:" **ينتج التعبير عن الإرادة أثره، في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك**".[3]

فالمشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول والتي تقوم على أساس أن الإرادة لا يمكن أن تنتج أثرها إلا من الوقت الذي يعلم بها من وجهت إليه، فيعتبر وصول التعبير قرينة على العلم، وعليه لا ينشأ حق المستفيد في مواجهة البنك بمجرد إصدار الخطاب، وإنما من وقت العلم به، أما قبل ذلك يظل التزام البنك قائما ضمن العلاقة التي تربطه بزبونه،

1- أنظر: قارون سهام ، المرجع السابق ، ص 62.

2- أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين ، مرجع سابق ، ص 805.

3-أنظر: نص المادة 61 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتمم بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية رقم44 الصادرة بتاريخ 26جوان 2005.

وليس للمستفيد من وسيلة لإجباره على تنفيذه لأن عقد إصدار خطاب الضمان تقتصر آثاره على طرفيه.[1]

ولابد للبنك من أن يرسل نسخة من خطاب الضمان للمستفيد ،فقد يعمد الزبون إذا كان سيء النية إلى تقديم خطاب ضمان مزور له ، ويحتفظ هو بنسخة الأصلية حتى يعيده للبنك بحجة انتهاء الغرض منه وبهذا التصرف يمكنه استرداد قيمة غطاء الخطاب لذلك ينبغي على البنوك الحرص والتحقق فعلا من وصول خطاب الضمان لعلم المستفيد و أن يقوم هذا الأخير بالتحقق من البنك عما إذا كان قد قام فعلا بإصداره .[2]

هذا وذهب القضاء الفرنسي إلى جواز طلب العميل بعدم الدفع للمستفيد في حالة غشه أو الطلب التعسفي منه حيث أجاز تعليق ضمان البنك ،أو في حالة حصول العميل على أمر من قاضي الأمور المستعجلة باتخاذ الإجراءات التحفظية لمنع خطر حال وعاجل وهنا على العميل الأمر وضع مبلغ الضمان تحت الحراسة ولم يجيز القضاء للعميل الحجز على قيمة الضمان بين يدي البنك إذا كان دائن للمستفيد.[3]

أ/التزام البنك في مواجهة المستفيد:إن الالتزام الرئيسي الذي ينتج عن العلاقة بين البنك والمستفيد، هو قيام البنك بدفع قيمة الخطاب للمستفيد أول طلب ، ولهذا الالتزام خصائص معينة ذات أهمية كبيرة تحدد طبيعته ونطاقه، فهو التزام مباشر ونهائي مستقل عن العلاقات السابقة له.[4]

- ✓ **التزام البنك بات ونهائي تجاه المستفيد:** يعتبر التزام البنك بات ونهائي بدفع مبلغ الضمان متى طلبه المستفيد وهو ما يجسد وظيفة بديلة عن التأمين النقدي.[5]

1 -أنظر: قارون سهام ، المرجع السابق، ص 87

2 - أنظر:أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص 348.

3- أنظر: سميحة القيلوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ،2007 ، ص 871 .

4- أنظر: قارون سهام ، المرجع السابق ، ص 83.

5-أنظر: سميحة القيلوبي .المرجع السابق ، ص757 .

- ✓ وبالمقابل فان حق المستفيد هو حق شخصي لا يجوز له تحويله أو تظهيره، ولا يجوز لدائنيه استعمال حقه الثابت فيه.[1]
- ✓ **التزام البنك بتحديد تاريخ بداية ونهاية خطاب الضمان :**إن تحديد بداية ونهاية الضمان أمر في غاية الأهمية ففي خطاب الضمان الابتدائي تاريخ فتح العطاءات وفي خطاب الضمان النهائي تاريخ توقيع العقد وفي خطاب ضمان الدفعات المقدمة تاريخ أول دفعة إلى البنك وإذا لم يتحدد تاريخ الخطاب يكون التاريخ هو بدء التزام البنك وهو تاريخ نشوء حق للمستفيد وفي خلال مدة صلاحيته يطالب المستفيد بمبلغ الضمان أما الخطاب الذي لا تحدد فيه المدة فيرى بعض الفقه بجواز إنهائه في أي وقت أما البعض الأخر فيرى إمكانية الاحتفاظ به مدة15 سنة .

فعلاقة البنك بالمستفيد علاقة مستقلة عن علاقته بالعميل وعليه فحق المستفيد لا يتأثر بما تتعرض له العلاقات الأخرى من أحداث تؤثر على صحتها وعليه لا يحتج البنك بالدفوع التي له في مواجهة العميل كأن يكون العقد الذي بينهما باطل أوتم فسخه مع العميل أو الدفع بناء على علاقة بينه وبين العميل .

ويرى بعض الفقه إخطار العميل بالدفع إذا كان الخطاب مشروط أو عند ضمان حسن التنفيذ لتأكد من تحقق الشرط أو بسبب ما للعميل من مستندات تفيد براءة ذمته و الإخطار ليس الهدف منه طلب موافقة من العميل إلا في حالة الإعتراض بسبب براءة ذمته، وعليه لا يتمسك البنك بالمقاصة بين المبلغ المطلوب للمستفيد ودين مستحق للبنك في ذمة العميل و يجوز للبنك فقط التمسك بالدفوع الناشئة عن خطاب الضمان مثل الغلط في شخص المستفيد أو الخطاب المزور.

ب/ التزامات المستفيد تجاه البنك : تنص المادة 19 من القواعد الموحدة لخطابات الضمان المصرفية لعام 1992 علـى المستفيد احترام شروط الخطاب والتقدم لاستفائه قبل انتهاء أجله القانوني مرفوقا بوثائق خطية فيما يقوم البنك بفحصها لتأكد من مدى

1-أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 784-707.

ملائمتها مع خطاب الضمان ويرفضها إذا تبين له عكس ذلك بعد إخطار المستفيد بذلك، أما بخصوص المنازعات التي تثـــور بين البنك والمستفيد أو الزبون والضمان المقابل في خطابات الضمان الدولية تنص المادة 28 على أن تكون من اختصاص المحكمة التي تقع في دائرتها مركز نشاط فرع البنك الذي أصدر خطـاب الضمان أو خطاب الضمان المقابل.[1]

أما للقانـون الواجب التطبيق فهو القانون الساري في منطقة المركز الرئيسي لنشاط البنك أو فرعـه مصـدر الخطاب أو القانون الساري في منطقة نشاط الزبون ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.[2]

ويمكن إدراج شرط التحكيم في العقد الأساسي القائم بين العميل والمســتفيد وعدم جواز الاحتجاج بالشرط المذكور في علاقته بالبنك لاستقلال العلاقة بين عقد الأساس وخطاب الضمان.[3]

وذلك سواء من قبل العميل أو البنك تجاه المستفيد غير أن الاختلاف يقع حول الأساس القانوني لعدم الاحتجاج فمنهم من يكيفه بسبب استقلالية الضمانات البنكية عن العقد الأساسي وهو ما أيده حكم محكمة النقض الصادر في 20ديسمبر 1982 في قضية Siegfriedالفرنسية وشركةCreusot المؤيد لذلك ،كما كيفه البعض الأخر بسبـب طبيعة شرط التحكيم في قضية مع ولايتي الجزائر والبويرة لإقامة مجموعات ووحدات سكنية C.S.E.E.

[1] - أنظر: قارون سهام ، المرجع السابق ، ص 87.

[2] - أنظر: نص اللمادة 27 من الاعراف الموحدة لخطابات الضمان العام 1992 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس.

[3] - أنظر: مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الاول ،السنة الخامسة ، ص 207

وتم الحكم فيها باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأساسي سواء بالنسبة للبنك الضامن أو الضامن المقابل اللذان يعدان غريبين عن هذا العقد وليسا أطراف فيه.[1]

ويمكن التفريق بين شرط التحكيم في عقد الضمان قبل نشوء النزاع بين المصرف والمستفيد أو بعده، فإذا تم الاتفاق قبل نشوء النزاع على اللجوء للتحكيم يلتزم أطرافه بأداء قيمة الضمان إلى المستفيد عند أول طلب لان القول بغير ذلك يجعل المصرف يحول الخطاب إلى مشروط بتقديم حكم لصالحه ، أما في حالة الاتفاق على اللجوء لتحكيم بعد نشوب النزاع فلابد على المصرف الانتظار إلى أن يصدر الحكم لصالح المستفيد لصرف قيمته إليه.[2]

حق المستفيد مستمد من خطاب الضمان ولا يترتب عليه التزامات، لان القانون لا يسمح بأن يتحمل شخص التزاما من عقد لم يكن طرفا فيه، لهذا فإن حق المستفيد يكون مرتبطا بالشروط التي ترد في الخطاب نفسه، بمعنى هناك قيود ترد على حق المستفيد وليست التزامات تشغل ذمته يحترم فيها مدة الخطاب ومبلغه.[3]

المطلب الثاني: العلاقة بين العميل الأمر والبنك

تكون العلاقة بين العميل الأمر والبنك علاقة تعاقدية بعد اقتران الإيجاب الصادر من العميل بالقبول الصادر من البنك في شكل نموذج عقد معد مسبقا يحوي اسم المستفيد ومبلغ الضمان ومدته ، ويتضمن تعهد من البنك بالدفع لدى أول طلب للمستفيد و دون حاجة لرضاء العميل بل ورغم معارضته ،ولشخصية العميل دور كبير يجعل البنك يوافق أو يرفض إبرام العقد ولهذا السبب يشترط على عميله غطاء الخطاب من عدمه.[4]

---

[1]- أنظر: الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الاولى ، ص 207.

[2] - أنظر: مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ،المرجع السابق ، ص 208.

[3]- أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 780.

[4]- أنظر: عبد الرحمان السيد قرمان ، المرجع السابق ، ص 385.

والبنك غير ملزم بإبرام عقد الاعتماد بالضمان مع الزبون خاصة إذا لم يكن بينهما تعامل سابق أو علاقة معينة وعليه لابد أن يكون زبونا لدى البنك.[1]

أولا: التزامات العميل في مواجهة البنك.

أ- الالتزام بتقديم الغطاء: يطلب البنك من العميل منحه ضمان وهو عبارة عن ائتمان ويقصد به من الـناحية القانونية وجود أفضلية أو أولوية للدائن على حق عيني أو نقدي لتسديد الدين، ورهن الضمانة لصالح الدائن يعطي له امتيازا خاصا على باقي الدائنين في تصفية الحق موضوع الضمانة منه والذي يطلق عليه مصطلح الغطاء ويعتبر نوع من الضمانات التي تمثل حماية للبنك ضد مخاطر الائتمان .[2]

وهو ما يتنوع بين غطاء نقدي سواء كانت التغطية فيه كلية أو جزئية أو كانت عينية مثل الأوراق التجارية كالكمبيالات و السندات لآمر أو في شكل بضائع أو أوراق مالية مثل الأسهم و السندات وكذلك الرهن لمصلحة البنـك الذي تسري عليه أحكام الرهن كما يرد الغطاء في شكل تنازل العميل عن بعض حقوقه تجاه المستفيد. [3]

تنص المادة 124 من الأمر رقم **11/03** المتعلق بالنقد والقرض عموما في حـــالة الرهن الحيازي للأوراق المالية أو التجارية أو البضائع، يجوز للبنك إذا لم يستوف حقه من زبونه بعد دفع قيمة الخطاب، أن يطلب من القاضي الترخيص له ببيع هذه الأشياء المرهونة في المزاد العلني أو بسعر السوق إن اقتضى الحال ذلك.[4]

- أما عن قيمــة الغطاء تنص المادة 62 ف ج من الأمر رقم 03-11 المتعــلق بالنقد والقرض لمجــلس النقد والقرض حرية تحديد المقاييس والنسب التي تطبق على البنوك والمؤسسات المالية لا سيما فيما يخص تغطية المخاطر وتوزيعها النظام رقم 13/94

---

[1] - تنص المادة 7/ف2_ب_من القواعد الموحدة لخطابات الضمان المصرفية لعام 1992 على ما يلي:" لا يوجد في هذه المادة ما يجبر الضامن على إصدار الضمان إذا لم يوافق على ذلك".

[2] - أنظر: قارون سهام ، المرجع السابق ، ص 64.

[3] - أنظر: عبد الرحمان السيد قرمان ، المرجع السابق ، ص 387.

[4] - يقابل هذه المادة في القانون 10/90المؤرخ في 14افريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض والمعدل بالأمر 11/03 السالف الذكر، المادة 178، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد16.

المؤرخ في 2 جوان 1994 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية لاسيما المادة 04 منه.[1]

ومتى أصدرت البنوك هذه النسب لابد من ان تحترمها بصرامة وهذا ما نصت عليه المادة 05 من النظام 13/94.[2]

ب-الالتزام بدفع العمولة: يلتزم الزبون بدفع عمولة الخطاب حسب نص المادة 04 من النظام رقم 94-13 السالف الذكر، فان مستوى العمولات تحدد كذلك بكل حرية من طرف البنك والمؤسسات المالية، وعموما تحددها الأعراف المصرفية.[3]

والأصل في العمولة أنها مقابل تعهد البنك بتقديم خدماته للزبون بإصدار خطاب الضمان وتنفيذه، ومن ثم فهي تستحق للبنك بمجرد فتح الاعتماد بغض النظر عن استخدامه بالفعل، ولذلك يكون للبنك الحق في قبضها حتى قبل إبلاغ المستفيد بالخطاب.[4]
وتحتسب العمولة حسب المدة التي يظل فيها خطاب الضمان ساري وتكون حسب العرف المصرفي كل ثلاثة أشهر اما إذا امتد عدة سنوات تدفع العمولة سنة بسنة .[5]

ج-الإلتزام بعدم الإعتراض على الدفع أو التجديد: يلتزم العميل بعدم الاعتراض عن دفع البنك للمبلغ المتفق عليه فـي خطاب الضمان وهو ما يتضمنه نموذج الخطاب، كما يلتزم العميل بالموافقة على تمديد سريان الخطاب إذا طلب المستفيد ذلك.

د- الإلتزام برد قيمة خطاب الضمان للبنك: بعد أن يدفع البنك للمستفيد مبلغ الضمان يجوز له الرجوع على العميل بمقدار ما دفعه وعليه فقيمة الخطاب دين في ذمة العميل

---

[1] -الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 72 المؤرخة في 1994/11/06.

[2] - تنص المادة 05 من النظام 13/94 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية على مايلي:" يجب على البنوك والمؤسسات المالية أن تحترم بصرامة الشروط التي حددتها والمطبقة على العمليات المصرفية

[3] - أنظر: قارون سهام ،المرجع السابق ، ص 74.

[4] - أنظر: محمد السيد الفقي ، المرجع السابق، ص 693-694.

[5] - أنظر: محي الدين علم الدين ، المرجع السابق ، ص 818.817

متى دفعها البنك أما قبل ذلك فلا يجوز للبنك مطالبة العميل بقيمته ، ورجوع البنك الأمر لا يكون بمقتضى الحلول حيث لا يحل البنك محل المستفيد بل بمقتضى عقد الضمان المبرم بين البنك والعميل. [1]

ثانيا/ التزامات البنك في مواجهة زبونه: تتمثل فيما يلي:

أ-إلتزام البنك بإصدار خطاب الضمان:

يتعهد البنك بدفع في خطاب الضمان وهو التزام محدد من حيث الكم والكيف والمدة حيث يتم دفع المبلغ للمستفيد عند أول طلب ،ورغم معارضة العميل ، وإذا كان الخطاب مشروطا يتحقق البنك من وقوع الشرط ولا يثير أية دفوع له قبل العميل أو المستفيد، وفي حالة دفع جزء فقط من الخطاب يبقى المبلـغ مستحق مادام تاريخ الخطاب لم ينقضي بعد ، أما في حالة خطاب الضمان الغير محدد المـبلغ فيقوم البنك بتقدير تقريبي لالتزاماته ويضيف إليها قيمة احتياطية لما قد يظهر من اختلاف بسبب تقدير الشحنة وانقلاب أسعار العملات الأجنبية.[2]

وإذا كان الأصل العام هو الدفع بمجرد أول طلب فإن الاستثناء هو امتناع البنك عن الدفع في حالتي التعسف في إستعمال الحق حسب الاجتهاد الفرنسي و الغش حسب الاجتهاد الانجلوسكسوني إضافة الى عدم الدفع بعد انقضاء مدة الخطاب ،وذلك بعد إن يلجأ العميل إلى القضاء المستعجل ليصدر أمر بتجميد مبلغ الضمان والملزم للبنك أما وقد دفع هذا الأخير قيمة الخطاب قبل علمه بالأمر فلا تترتب عليه أية مسؤولية ،أما في حالة الغش وإستنادا لقضية الاجتهاد الكندي ; inliquida والاجتهاد الأمريكي في قضية olex وحسب المادة 19 من معاهدة الامم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة تقرر وجوب أن يتصرف البنك بحسن نية و أن لا يدفع الابالدفوع

[1]- أنظر:عبد الرحمان السيد قرمان ،المرجع السابق ، ص 384

[2]- أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين ، المرجع السابق ، ص

الناشئة عن خطاب الضمان فقط دون الدفوع المستمدة من العقد الأساسي الناشئة بين العميل والمستفيد.[1]

ب-إلتزام البنك بإخطار الزبون بالدفع للمستفيد: يرى جانب من الفقه أن التزام البنك الشخصي يعفيه من الحصول على موافقة عميله قبل دفع مبلغ الخطاب .

ويرى البعض الأخر أن إعلام العميل وجوبي وهو ما نصت عليه المادة 18 من القواعد الموحدة للضمان المصرفية لغرفة التجارة الدولية لما له من أثر في العلم بوضعية العميل بأنه قد سوى وضعيته مع المستفيدأو بسبب إخطارا لبنك بالغش أو التعسف الصادر من المستفيد، إضافة لما يمنحه هذا الإعلام من فرصة للعميل بتسوية وضعيته تجاه البنك لتسديد قيمة الضمانة ، والإخلال بواجب الإعلام يرتب مسؤولية البنك غير أن رأي العميل غير ملزم للبنك.[2]

ويدفع البنك بصفة مستقلة بعد إتباع إجراءات الدفع الروتينية لما له من أثر على سمعته الائتمانية وهو ما جعل الكثير من الفقه يعتبر خطاب الضمان سند سحب .

المبحث الثالث : حالات إنقضاء خطاب الضمان

ينشأ التزام البنك بمجرد إصداره لخطاب الضمان وبعد وصول العلم به إلى المستفيد ويظل قائما إلى غاية انقضائه .

سواء وفقا للقواعد العامة لانقضاء الالتزام أو الخاصة وهذا ما سيتم التطرق له من خلال المطلبين التاليين :

1- أنظر: بسام عاطف المهتار و مايا سليت مشرفية ،الضمانة غب الطلب ، آلية دفعها- تعطل الآلية ومسؤلية المصارف، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى 2009 ص ، 149.

2- أنظر: بسام عاطف المهتار و مايا سليت مشرفية، المرجع نفسه ،ص 142.

المطلب الأول :انقضاء خطاب الضمان وفقا للقواعد العامة

ينقضي خطاب الضمان وفقا للقواعد العامة لالتزام في القانون المدني وهي الوفاء الإبراء والمقاصة ، إتحاد الذمة إضافة إلى استحالة التنفيذ و التقادم المسقط حيث ينقضي خطاب الضمان بالوفاء أو بما يقوم مقامه أو بغير الوفاء والذي سيتم معالجته من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول: الإنقضاء بالوفاء أو ما يقوم مقامه

يتم الوفاء في خطاب الضمان للمستفيد أو وكيله ولا يكفي أن يتم الوفاء لأي شخص أخر يحمل خطاب الضمان حتى يتأكد من صلته الشرعية بالخطاب ، ويتم الوفاء بمجرد أول طلب ورغم معارضة العميل والوفاء يمثل أحد صور إنقضاء الخطاب .[1]

ويجوز أن يكون الوفاء جزئي للمستفيد ويبقى له الحق في باقي المبلغ وذلك خلال فترة سريان الخطاب.

على أن يكون طلب الدفع كتابي ويذكر فيه مبلغ الخطاب بالأحرف والأرقام ، ويكون ذلك خلال مدة سريان الخطاب وفي حالة كان الضمان مشروط بتقديم وثائق فلا يقع على البنك التأكد من صحتها الا ظاهريا ، في حين ينقضي التزام البنك إذا لم يصله طلب الدفع خلال الآجال المحددة فيه والعبرة بوقت استلام المستفيد للخطاب لا وقت إرساله له و يقوم المستفيد بإرجاع الصك الذي تم به الوفاء إلى البنك ليقوم بإلغائه من سجلاته إضافة إلى محرر الضمان الأصلي لانتهاء مدة صلاحيته.[2]

غير أن الوفاء بموجب الشيك أو الحوالة إلى حساب المستفيد لا يعد وفاء ولا تبرأ ذمة البنك الا بعد قبض القيمة النقدية له.

أولا : الانقضاء بالمقاصة : المقصود بالمقاصة تمسك المدين بين ماهو مستحق عليه لدائنه وماهو مستحق له تجاهه إي وجود دينيين متقابلين في ذمة المدين و الدائن شرط

1- أنظر: عبد الرحمان السيد قرمان ، المرجع السابق ، ص 396.

2- أنظر: قارون سهان ، المرجع السابق ، ص 102-105-108

أن يكون الدينيين مستحقا الأداء ويكونا صالحين للمطالبة بهما وهذا مانصت عليه المادة 279 من القانون المدني الجزائري .

الأصل العام أن البنك لا يجوز له التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد أو دين على زبون البنك ومبلغ خطاب الضمان، استثناءا تحدث المقاصة بتوافر شروطها وهذا لا يتنافى مع مبدأ الطمأنينة التي يوفرها خطاب الضمان .[1]

ثانيا : الإنقضاء بإتحاد الذمة : يحصل إتحاد الذمة إذا اجتمعت صفة الدائن و المدين بالنسبة لدين واحد وهذا ما نصت عليه المادة 304 القانون المدني الجزائري ويترتب عليه إستحالة التنفيذ وانقضاء الدين، وهذا ما يحصل عندما تتحد الذمة بين المستفيد والزبون في شخص واحد ويترتب عليه إنقضاء الالتزام حيث يصبح العميل دائن للبنك بقيمة خطاب الضمان وهو مدين أصلا بدفع قيمته فينقضي الدين والحق معا .[2]

الفرع الثاني : الانقضاء بغير الوفاء : وفي هذه الحالات تبرأ ذمة المدين دون أن يدفع لدائن شيئا سواء كان الدين ذاته أو ما يعادله. [3]

أولا : الابراء Remise de dette

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل وهوتصرف تبرعي دون مقابل ويتم بإرادة واحدة نصت على ذلك المادة 205 القانون المدني الجزائري " **ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه إختاريا ويتم الابراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين** " وعليه يتم الإبراء بإرادة الدائن و بعد علم المدين ولا يشترط قبوله ولا يخضع لاي شكل خاص ويأخذ حكم الهبة وتسري عليه من حيث الأحكام الموضوعية أحكام التبرعات غير أنه يشترط فيه أن تكون الإرادة خالية من العيوب.[4]

---

[1]- أنظر: محي الدين علم الدين ، المرجع السابق ، ص 940.

[2]-أنظر: قارون سهام ، نفس المرجع السابق ،ص 110.

[3]- أنظر: محمد صبري السعدي ، الواضح الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزمات ، أحكام الالتزام دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر ، طبعة 2007 ، ص305.

[4]- أنظر: محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ، ص 381.

و في إبراء المستفيد لزبونه نفرق بين حالتين :

أ / إذا كان خطاب الضمان مشروط يكون للإبراء أثر منهي لالتزام البنك لان الشرط يستحيل تحققه بعد الإبراء حيث ينقضي التزام البنك بانقضاء التزام الزبون تجاه المستفيد بالإبراء .

ب/ إذا كان الخطاب غير مشروط فإن التزام البنك لا يتأثر بالإبراء بل يظل قائما إلا إذا نص الإبراء صراحة على تنازل المستفيد عن حقه في قبض قيمة خطاب الضمان.[1]

ويعتبر إبراء إرجاع خطاب الضمان من طرف المستفيد إلى البنك مباشرة أو عن طريق العميل بعد تنفيذ التزاماته تجاهه، وهكذا تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد وذمة العميل قبل البنك.[2]

ثانيا: التقادم : prescription extinctive

يكون تقادم خطاب الضمان غير المحدد المدة وغير المشروط بمضي 15 سنة من تاريخ بدء التزام البنك ، أما إذا كان هذا الأخير محدد المدة ومشروط فإن سريان التقادم لا يبدأ إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا يكون صحيح الالتزام المعلق على شرط مستحيل.[3]

وعليه يسقط حق الادعاء به بـ **15** سنة إذا كان ناتج عن عمل مدني و10 سنوات إذا كان ناتج عن عمل تجاري.[4]

ثالثا : استحالة التنفيذ: posibilite dexucution

تتحقق استحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا دخل للمدين فيه نصت على ذلك المادة 307 القانون المدني الجزائري وتبرأ ذمة المدين تبعا وعليه فاستحالة التنفيذ لا تقع نتيجة خطأ

[1] - أنظر: أمقران راضية ، المرجع السابق ، ص 146.

[2] - أنظر:محي الدين علم الدين ، المرجع السابق ، ص826.

[3] - أنظر:محي الدين علم الدين ، المرجع نفسه ، ص 837.

[4] -م أنظر:محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 410.

المدين ولا يلتزم بالتعويض ،ونصت المادة 307 على شرطان للتحقق الاستحالة هما يجب أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيل وأن تكون الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وقد يكون هذا السبب حادث مفاجئ ، قوة قاهرة أو خطأ الغير.[1]

ويختلف الأثر بين ما اذا كان الخطاب غير مشروط واستحال فيه تنفيذ العميل ألالتزاماته تجاه المستفيد حيث لا يتأثر التزام البنك و لا ينقضي باستحالة تنفيذ التزام الزبون.

أما خطاب الضمان المشروط الذي أشترط فيه العميل انقضاء التزامه باستحالة تنفيذ التزام العميل في العقد الأصلي فينقضي باستحالة التنفيذ.[2]

وتعد إستحالة تنفيذ القوة القاهرة فلا يطالب فيها المستفيد البنك بالتعويض ويرجع على الزبون.[3]

الفرع الثالث : عدم جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان : موضوع خطاب الضمان هو حق للمستفيد يتقرر بمجرد مطالبته به من البنك على نحو يتعذر معه الحجز به على هذا الحق سواء من قبل دائني العميل أو المستفيد وعليه لا يجوز لدائني العميل الحجز على قيمة خطاب الضمان لانه لا يمثل حقا للعميل ، كما أنه لا يمثل حقا للمستفيد الا بعد حصوله عليه من البنك.[4]

أولا: الحجز على قيمة خطاب الضمان بناء على طلب العميل أو دائنيه: إختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة الحجز على قيمة خطاب الضمان من طرف العميل حيث قال الإتــجاه المؤيد بجواز ذلك لان العميل يشبه المقاول و المستفيد رب العمل شرط أن يكون المقاول دائن للمستفيد بدين غير متنازع فيه.[5]

---

[1] - أنظر: محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 385.

[2] - أنظر:محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 409.

[3] - أنظر: قارون سهام ، المرجع السابق ،ص 116.

[4] - أنظر:محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 400.

[5] - أنظر: أمقران راضية ، المرجع السابق ، ص 138.

يرى أغلب الفقه عدم جواز الحجز من طرف العميل على قيمة خطاب الضمان حتى ولو كان العميل دائنا بدين مستحق و مؤكد.[1]

ثانيا: الحجز على قيمة خطاب الضمان بناء على طلب دائني المستفيد: العميل ليس طرفا في علاقته التي تربطه بالمستفيد ويبقى المبلغ ملك للبنك لا العميل وعليه لا يجوز لدائنيه توقيع الحجز عليه تحت يد البنك لان هذه القيمة ضمان للبنك ، إستثناءا يجوز الحجز على قيمة الخطاب إذا أصبح في ذمة المستفيد بعد أن يدفعه البنك له بقدر ما هو مستحق.[2]

[1] - أنظر:محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 401.

[2] - أ أنظر: أمقران راضية ، المرجع السابق ، ص 137.

المطلب الثاني : الحالات الخاصة لإنقضاء خطاب الضمان

بالإضافة إلى الطرق أو الحالات العامة التي تطرقنا إليها سابقا لإنقضاء خطاب الضمان هناك حالات خاصة تتمثل في : مصادرة خطاب الضمان، إعادة الخطاب وحالات الرجوع ندرسها كالتالي:

الفرع الأول : مصادرة خطاب الضمان : أوجب قانون الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من الناحية المالية أو التقنية أو التجارية[1]، لذلك تهدف المصلحة المتعاقدة التي طرحت العطاء إلى التأكد من أن عميل البنك الذي رسا عليه المزاد أو المناقصة يمتلك الموارد المالية الكافية لإنجاز الصفقة، وضمان قيامه بتنفيذ التزامه طبقا لشروط العقد وفي المواعيد المحددة، وبدء التنفيذ بحسن نية، وما يترتب على ذلك أنه في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ إلتزامه أو التقصير في ذلك، يجوز للمصلحة المتعاقدة مصادرة هذا الضمان أو التأمين، حتى ولو لم ينص على ذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة، أو في العقد النهائي للعملية بين الزبون و المصلحة المتعاقدة التي صدر خطاب الضمان المصرفي لصالحها.[2]

فخطاب الضمان يبقى ساري المفعول بكامل قيمته إلى غاية تنفيذ العقد، مع ترك فترة للتأكد من حسن التنفيذ، أو لحين إنقضاء المدة المحددة فيه، فإذا لم يتم تنفيذ العقد خلال مدة سريان الضمان فإن للمتعاقد أن يطلب من البنك مد أجله، كما يحق للجهة المستفيدة بدورها المطالبة بالتمديد، وإلا فإنها سوف تطالب بسداد قيمته فورا لو رفض طلبها ، وليس من حق المتعاقد (زبون البنك) الإعتراض على ذلك، ولكن يمكنه أن يرفع ضدها دعوى قضائية يثبت من خلالها عدم أحقيتها في مصادرة قيمة خطاب الضمان.[3]

1- أنظر: المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15.

2 - أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص : 213 .

3- المادة 23 من اللائحة 325 المتضمنة القواعد والأعراف الدولية التي تحكم التعامل في خطاب الضمان .

المتعاقد (زبون البنك) الإعتراض على ذلك، ولكن يمكنه أن يرفع ضدها دعوى قضائية يثبت من خلالها عدم أحقيتها في مصادرة قيمة خطاب الضمان.[1]

الفرع الثاني: إعادة خطاب الضمان

إذا إنتهى الغرض الذي صدر خطاب الضمان من أجله كأن يفي العميل بإلتزامه تجاه المستفيد أو أن ينقضي إلتزامه في علاقته مع هذا الأخير بوسائل الإنقضاء الأخرى، فإن إلتزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان ينقضي ولا يبقى للمستفيد حق في قيمة الخطاب ويلتزم هذا الأخير أي المستفيد بإعادته إلى البنك أو ان يعيده إلى العميل الذي يقوم بدوره بإعادته للبنك .[2]

ويتعين على المصرف أن يتمسك برد صورة خطاب الضمان مع الأصل وذلك في الحالات التي جرى فيها تسليم أصل الضمان إلى العميل، وإرسال صورة منه إلى المستفيد بالبريد المسجل بعلم الوصول .[3]

وفي جميع الحالات فإن إعادة خطاب الضمان إلى البنك يؤدي إلى إنقضاء إلتزام البنك في مواجهة المستفيد، كما أن إعادة الخطاب تتم عادة قبل إنقضاء أجله وذلك في حالة تنفيذ العميل لإلتزامه تجاه المستفيد وفقا لما أتفق عليه في العقد .[4]

1- أنظر: سهام قارون، المرجع السابق، ص : 41 .

2-أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص : 408 .

3- أنظر: صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ، ص : 177 .

4-- أنظر: المادة 23 من اللائحة 325 المتضمنة القواعد والأعراف الدولية التي تحكم التعامل في خطاب الضمان .

وقد يتفق العميل والمستفيد على إنهاء العلاقة بين المستفيد والبنك المنشئة لخطاب الضمان إذا قدم العميل للمستفيد ضمانا آخر غير الخطاب، فيقوم المستفيد بإعادته إلى البنك وبالتالي تبرأ ذمة هذا الأخير .

وقد صدر في هذا الشأن حكم من محكمة النقض المصرية بقولها: (لا يعد تسليم خطاب الضمان إلى البنك المصدر له بعد إنتهاء مدته تنازلا عنه، إلا غذا تضمن الخطاب مثل هذا الإتفاق أو إقترن تسليمه بما يدل على تنازل المستفيد عما ورد به من حقوق).[1]

كما يعد من قبيل الإبراء تسليم المستفيد صك الخطاب إلى العميل لإعادته إلى البنك بعد قيام العميل بتنفيذ إلتزامه تجاه المستفيد، وبذلك تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد، وتبرأ ذمة العميل قبل البنك، ويكون له أن يسترد غطاء خطاب الضمان.[2]

الفرع الثالث : حالات الرجوع: بإعتبار ان البنك ملزما بأداء قيمة خطاب الضمان متى طالب به المستفيد خلال المدة المحددة فيه، فمتى قام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب فإنه يجوز له الرجوع على العميل الآمر لإستيفاء ما قام بالوفاء به نيابة عنه للمستفيد.[3]

كما يجوز للعميل الرجوع على المستفيد الذي صرف قيمة الضمان دون وجه حق كان يكون العقد قد فسخ أو أبطل لأي سبب من الأسباب، وسوف نتعرض لحالات الرجوع فيما يلي :

أولا/رجوع البنك الضامن على العميل: بمجرد وفاء البنك الضامن بقيمة الخطاب للمستفيد أثناء المدة المتفق عليها، ينشأ لهذا الأخير الحق في مطالبة العميل الآمر بما وفاه للمستفيد، إضافة إلى نفقات أو مصاريف أو عمولة أو فوائد تكون قد ترتبت على هذا المبلغ المدفوع .

1- قرار طعن بالنقض رقم 80304 صادر في 27 يونيو 1963

2- أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 836 .

3- أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص: 380 .

ويقوم البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد بموجب شيك مصرفي طالبا منه في الوقت ذاته إعادة أصل خطاب الضمان لإلغائه من سجلات البنك بعد سداد قيمته .

وفي حالة وجود حساب جاري للعميل لدى البنك جاز لهذا الأخير إجراء قيد المبلغ المذكور في الجانب المدين من الحساب، دون حاجة إلى إخطار العميل .

كما لايجوز للعميل إثارة الدفع بأن المستفيد أتى غشا بمطالبة البنك بالوفاء، أو لأي سبب ناشيء عن عقد الأساس الذي يربطه بعلاقات قانونية مع المستفيد، فإستقلال الإلتزام في خطاب الضمان يمنع البنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالعميل، أو لعلاقة العميل بالمستفيد، فمتى وفى البنك لهذا الأخير المبلغ المدفوع فإن رجوعه على العميل لا يكون على أساس أنه يحل محل المستفيد، وإنما على أساس الإلتزام العقدي الناتج عن العقد المبرم بينه وبين العميل .

ثانيا / رجوع العميل على البنك الضامن: يحق للعميل الرجوع على البنك الضامن بما إستوفاه دون وجه حق، وذلك في حالة قيام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد بعد إنقضاء المدة المتفق عليها مع العميل وبالتالي يكون قد أخل بإلتزامه تجاه العميل بموجب عقد الإعتماد الذي ينقضي بإنقضاء مدة خطاب الضمان .[1]

ويكون البنك مسؤولا عن مخالفة تعليمات عميله بموجب عقد الإعتماد، كأن يقوم بتمديد مدة الخطاب دون أخذ موافقة العميل، أو يعطي خطاب ضمان خلافا لإتفاقه مع العميل .[2]

1- أنظر: إيهاب محمد نور عبد الله، المرجع السابق، ص: 136 .

2- أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص: 385 .

المطلب الثاني : الحالات الخاصة لإنقضاء خطاب الضمان

بالإضافة إلى الطرق أو الحالات العامة التي تطرقنا إليها سابقا لإنقضاء خطاب الضمان هناك حالات خاصة تتمثل في : مصادرة خطاب الضمان، إعادة الخطاب وحالات الرجوع ندرسها كالتالي:

الفرع الأول : مصادرة خطاب الضمان

أوجب قانون الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من الناحية المالية أو التقنية أو التجارية[1]، لذلك تهدف المصلحة المتعاقدة التي طرحت العطاء إلى التأكد من أن عميل البنك الذي رسا عليه المزاد أو المناقصة يمتلك الموارد المالية الكافية لإنجاز الصفقة، وضمان قيامه بتنفيذ التزامه طبقا لشروط العقد وفي المواعيد المحددة، وبدء التنفيذ بحسن نية، وما يترتب على ذلك أنه في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ إلتزامه أو التقصير في ذلك، يجوز للمصلحة المتعاقدة مصادرة هذا الضمان أو التأمين، حتى ولو لم ينص على ذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة، أو في العقد النهائي للعملية بين الزبون و المصلحة المتعاقدة التي صدر خطاب الضمان المصرفي لصالحها، مادام أن الغرض من الخطاب هو ضمان التنفيذ الفعلي للعقد.[2]

وحتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ الضمان يتعين وجود مبلغ تحت إمرتها في شكل مبلغ ضمان يسمى كفالة حسن التنفيذ .

فخطاب الضمان يبقى ساري المفعول بكامل قيمته إلى غاية تنفيذ العقد، مع ترك فترة للتأكد من حسن التنفيذ، أو لحين إنقضاء المدة المحددة فيه، فإذا لم يتم تنفيذ العقد خلال مدة سريان الضمان فإن للمتعاقد أن يطلب من البنك مد أجله، كما يحق للجهة المستفيدة بدورها المطالبة بالتمديد، وإلا فإنها سوف تطالب بسداد قيمته فورا لو رفض طلبها ، وليس

1- أنظر: المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

2 - أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص : 213 .

من حق المتعاقد (زبون البنك) الإعتراض على ذلك، ولكن يمكنه أن يرفع ضدها دعوى قضائية يثبت من خلالها عدم أحقيتها في مصادرة قيمة خطاب الضمان.[1]

الفرع الثاني: إعادة خطاب الضمان

إذا إنتهى الغرض الذي صدر خطاب الضمان من أجله كأن يفي العميل بإلتزامه تجاه المستفيد أو أن ينقضي إلتزامه في علاقته مع هذا الأخير بوسائل الإنقضاء الأخرى، فإن إلتزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان ينقضي ولا يبقى للمستفيد حق في قيمة الخطاب ويلتزم هذا الأخير أي المستفيد بإعادته إلى البنك أو ان يعيده إلى العميل الذي يقوم بدوره بإعادته للبنك .[2]

ويتعين على المصرف أن يتمسك برد صورة خطاب الضمان مع الأصل وذلك في الحالات التي جرى فيها تسليم أصل الضمان إلى العميل، وإرسال صورة منه إلى المستفيد بالبريد المسجل بعلم الوصول .[3]

وفي جميع الحالات فإن إعادة خطاب الضمان إلى البنك يؤدي إلى إنقضاء إلتزام البنك في مواجهة المستفيد، كما أن إعادة الخطاب تتم عادة قبل إنقضاء أجله وذلك في حالة تنفيذ العميل لإلتزامه تجاه المستفيد وفقا لما أتفق عليه في العقد .

وقد يتفق العميل والمستفيد على إنهاء العلاقة بين المستفيد والبنك المنشئة لخطاب الضمان إذا قدم العميل للمستفيد ضمانا آخر غير الخطاب، فيقوم المستفيد بإعادته إلى البنك وبالتالي تبرأ ذمة هذا الأخير .

1- أنظر: سهام قارون، المرجع السابق، ص : 41 .

2-أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص : 408

3- أنظر: صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ، ص : 177 .

وقد صدر في هذا الشأن حكم من محكمة النقض المصرية بقولها: (لا يعد تسليم خطاب الضمان إلى البنك المصدر له بعد إنتهاء مدته تنازلا عنه، إلا غذا تضمن الخطاب مثل هذا الإتفاق أو إقترن تسليمه بما يدل على تنازل المستفيد عما ورد به من حقوق) .

كما يعد من قبيل الإبراء تسليم المستفيد صك الخطاب إلى العميل لإعادته إلى البنك بعد قيام العميل بتنفيذ إلتزامه تجاه المستفيد، وبذلك تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد، وتبرأ ذمة العميل قبل البنك، ويكون له أن يسترد غطاء خطاب الضمان .

الفرع الثالث : حالات الرجوع

بإعتبار ان البنك ملزما بأداء قيمة خطاب الضمان متى طالب به المستفيد خلال المدة المحددة فيه، فمتى قام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب فإنه يجوز له الرجوع على العميل الآمر لإستيفاء ما قام بالوفاء به نيابة عنه للمستفيد. [1]

كما يجوز للعميل الرجوع على المستفيد الذي صرف قيمة الضمان دون وجه حق كان يكون العقد قد فسخ أو أبطل لأي سبب من الأسباب، وسوف نتعرض لحالات الرجوع فيما يلي :

أولا: رجوع البنك الضامن على العميل: بمجرد وفاء البنك الضامن بقيمة الخطاب للمستفيد أثناء المدة المتفق عليها، ينشأ لهذا الأخير الحق في مطالبة العميل الآمر بما وفاه للمستفيد، إضافة إلى نفقات أو مصاريف أو عمولة أو فوائد تكون قد ترتبت على هذا المبلغ المدفوع .

ويقوم البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد بموجب شيك مصرفي طالبا منه في الوقت ذاته إعادة أصل خطاب الضمان لإلغائه من سجلات البنك بعد سداد قيمته. [2]

1- أنظر: محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص: 380 .

2- أنظر: إيهاب محمد نور عبد الله، المرجع السابق، ص: 136 .

وفي حالة وجود حساب جاري للعميل لدى البنك جاز لهذا الأخير إجراء قيد المبلغ المذكور في الجانب المدين من الحساب، دون حاجة إلى إخطار العميل .
كما لايجوز للعميل إثارة الدفع بأن المستفيد أتى غشا بمطالبة البنك بالوفاء، أو لأي سبب ناشيء عن عقد الأساس الذي يربطه بعلاقات قانونية مع المستفيد، فإستقلال الإلتزام في خطاب الضمان يمنع البنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالعميل، أو لعلاقة العميل بالمستفيد، فمتى وفى البنك لهذا الأخير المبلغ المدفوع فإن رجوعه على العميل لا يكون على أساس أنه يحل محل المستفيد، وإنما على أساس الإلتزام العقدي الناتج عن العقد المبرم بينه وبين العميل .

ثانيا: رجوع العميل على البنك الضامن : يحق للعميل الرجوع على البنك الضامن بما إستوفاه دون وجه حق، وذلك في حالة قيام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد بعد إنقضاء المدة المتفق عليها مع العميل وبالتالي يكون قد أخل بإلتزامه تجاه العميل بموجب عقد الإعتماد الذي ينقضي بإنقضاء مدة خطاب الضمان .[1]

ويكون البنك مسؤولا عن مخالفة تعليمات عميله بموجب عقد الإعتماد، كأن يقوم بتمديد مدة الخطاب دون أخذ موافقة العميل، أو يعطي خطاب ضمان خلافا لإتفاقه مع العميل .

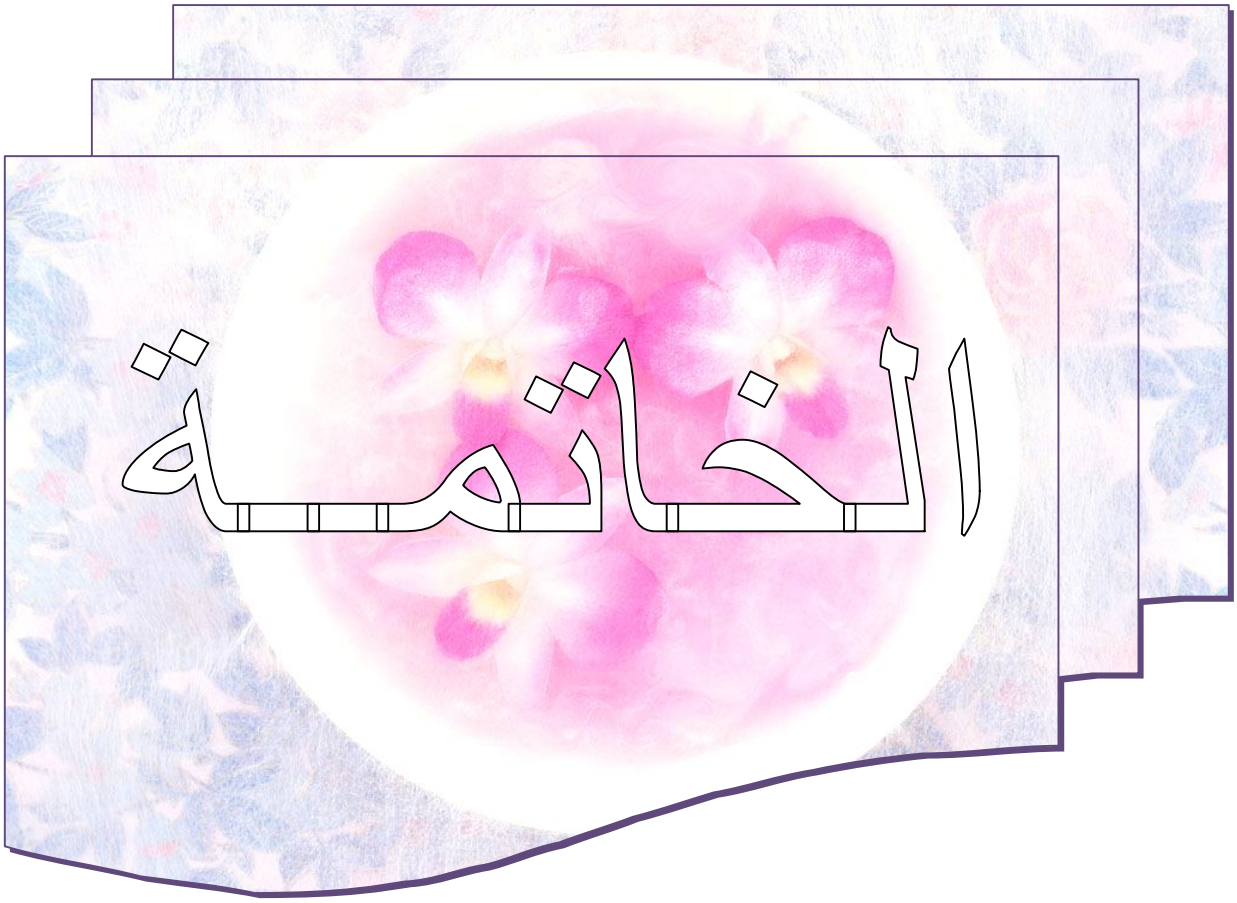
ويرى البعض أن وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان بعد إنقضاء مدته يقوم بدورالفضولي، ويلتزم العـ_ميل بما وفى عنه، في حين يرى البعض الآخر من الفقه ما يخالف هذا القول مستندين إلى أن فكرة الفضالة الواردة في القانون المدني تستوجب توفر جملة من الخصائص في تصرفات الفضولي من بينها، القيام بفعل نافع فرضته الضرورة أو قضى به عرف .[2]

1-أنظر: محمودالكيلاني، المرجع السابق، ص: 382 .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بقولها : (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا قيام لأحكام الفضالة حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية بل يكون العقد وحده مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر، فإن تمسك الطاعن بأحكام الفضالة في مواجهة مورث الطاعنين بعد أجل خطاب الضمان رغم ما بينهما من رابطة عقدية يكون في غير محله) .

من خلال ما سبق نستخلص أن لخطاب الضمان شروط نصت عليها القواعد الموحدة للأعراف الدولية لخطاب الضمان تتمثل في الشروط الموضوعية التالية : الأطراف،محل الخطاب والمتمثل في : المدة، المبلغ، الغرض من صدور الخطاب، والسبب، إضافة إلى ما تقدم لابد من توافر شروط شكلية تتمثل في: شرط الكتابة والإجراءات الواجب إتباعها واللغة التي يحرر بها، والقانون الواجب التطبيق .

كما يرتب خطاب الضمان عدةِ آثار هامة بالنسبة لأطرافه تمتد إلى الغير (المستفيد) تتمثل في إلتزامات وحقوق كل من البنك و العميل، وينقضي خطاب الضمان طبقا لحالات الإنقضاء العامة سواء بإنتهاء المدة أو بالإبراء أو المقاصة، إستحالة التنفيذ، و كذا التقادم المسقط، كما قد ينقضي رغم عدم إنتهاء مدته، سواء بمصادرة الخطاب أو بإعادته إلى البنك أووفقا لحالات الرجوع .


الخاتمة

يعتبر خطاب الضمان المصرفي من أهم العمليات المصرفية كونه أداة مالية لتوفير الثقة بين العملاء والمستثمرين ، كما يساهم في تحقيق قدر من الأمان الـذي يشجع على تدفق العمليات التجارية ويؤدي إلى خلق بيئة ملائمة للإستثمار.

من خلال ما سبق و بعد أن تطرقناإلى معظم نقاط البحث بالدراسة توصلناإلى النتائج التالية:

1-خطاب الضمان هو تعهد مكتوب صادر عن المصرف لغرض معين بناءا على طلب عميله بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص ثالث يسمى المستفـيد دون قيد أو شرط بمجرد تقديمه طلب إليه بالدفع خلال المدة المعينة في الخطاب .

2- يتميز خطاب الضمان بعدة خصائص من بينها أنه محرر مكتوب يحمل توقيع المصرف وأنه محدد المدة ينص فيه صراحة على مدة سريانه وتاريخ إنتهائه و المستفيد ليس طرفا في العقد، كذلك يعتبر خطاب الضمان عملا تجاريا وليس ورقة تجارية ، كما أنه يقوم على الاعتبار الشخصي ،يتمثل محله في دفع مبلغ من النقود معينا أو قابلا للتعيين كما سبق و أن أشرنا إلى ذلك ويكون التزام البنك فيه مستقلا .

3- لخطاب الضمان خصوصية تجعله يتميز عن غـيـره مـن العقود المشابهة له كالكفالة والاعتماد المستندي والقرض ، كـــون الالتزام فيه مستقلا و أصيلا وبات عن العقد الاساسي الذي كان سببا في نشوئه .

4- لقد تباينت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، بين من حاول تفسيره من خلال النظريات العقدية التقليدية الواردة في القانون المدني كنظرية الكفالة والانـابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير وكذلك الإرادة المنفردة ، لكن هذه النظريات شابها القصور و الفشل مما أدى إلى ظهور إتجاه معاصر إعتبر خطاب الضمان عملية مصـــــرفية ذات

طبيعة خاصة إبتدعتها الأعراف المصرفية لتحقيق هدف إقتصادي يتمثل في حلولها محل التأمين النقدي.

5- لخطاب الضمان أنواع عديدة ومختلفة ، فهناك خطابات الضمان المحلية والذي أخذ صورا كثيرة، فقد يحتاج العميل إلى خطاب الضمان إما لدخول مناقصة أومزايدة لضمان جدية عرضه أولحسن تنفيذ إلتزامه ، أو لتغطية نسبة الرسوم الجمركية المستحقة لصالح الجمارك وإما لحلولها محل وثيقة الشحن في حالة وصولها إلى الميناء وخطابات الضمان الخارجية تصدر بمناسبة عمليات يكون أحد أطرافها غير مقيم بالدولة أو قد تتعدد أنواعها حسب شكل غطاء الخطاب ، وبالتالي فالأنواع التي تطلب من البنك كثيرة كلما دعت الحاجة إليها لتوفير الثقة بين المتعاملين .

6- لإصدار خطاب الضمان لابد من توفر عدة شروط يجب التقيد بها وهذا ما نصت عليه القواعد الموحدة لخطابات الضمان المصرفية لغرفة التجارة الدولية لسنة 1992،وتتمثل في الشروط الموضوعية: الأطراف ، والمبلغ والغرض إضافة إلى الشروط الشكلية تتمثل في الكتابة سواء بلغة محلية أو أجنبية أو باللغتين معا،وقد جرى العرف على إعداد خطابات الضمان في شكل نماذج تعد مسبقا من طرف البنوك إضافة إلى الاجراءات الواجب إتباعها في إصدار الخطاب والمستندات الواجب إرفاقها به .

7- ويرتب خطاب الضمان عدة آثار بالنسبة لأطرافه تتجسد في شكل الإلتزامات والحقوق فالبنك يلتزم بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد خلال مدة سريانه ويحق له الحصول بالمقابل على تغطية مساوية لقيمة الخطاب، أما العميل الآمر بإصدار الخطاب فيلتزم برد قيمة مبلغ الخطاب مع دفع عمولة للبنك وإلا قام هذا الأخير بالتنفيذ على قيمة الغطاء وبالمقابل يحق للعميل إسترجاع قيمته إذا لم يدفعها البنك و إنقضت مدته ، أما المستفيد فبالرغم من أنه ليس طرفا في العقد إلا أنه يكتسب حقوقا تتمثل في حق المطالبة بقيمة مبلغ

خطاب الضمان أثناء مدة سريانه ويعتبر هذا خروجا عن مبدأ نسبية العقد المتمثل في إنصراف آثاره إلى أطراف العقد فقط .

8- يبقى إلتزام البنك قائما بالدفع إلى حين إنقضاء أجل الخطاب دون المطالبة به أو وفقا لحالات الانقضاء العامة كالإبراء و التقادم المسقط والمقاصة و استحالة التنفيذ أو الحالات الخاصة و المتمثلة في مصادرة مبلغ الضمان من طرف الجهة المتعاقدة أو إعادة خطاب الضمان في حـالة تقديم ضمان أخر بدلا من الخطاب إلى البنك ، أو في حالات الرجوع سواء رجوع العميل على البنك أو رجوع الـــبنك على العميل في حالة الوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد.

9- يعد خطاب الضمان أسلوبا ناجحا تعتمده البنوك الأمريكية في تعاملاتها المصرفية، لما يوفره من ثقة للمتعاملين مما يشجع على الإستثمار، ويدفع بعجلة التنمية الإقتصادية نحو التقدم والرقي .

وبناءا على ما تقدم ذكره نرى أنه :

1- تدخل المشرع الجزائري أصـبح ضـرورة ملحة خاصة وأن القواعد العرفية أصـبحت غير كافية لحماية حقوق أطراف خطاب الضمان، وبتالي وجب على المشرع وضع أحكاما قانونية خاصة لخطاب الضمان المصرفي .

2/ تطـرح خطابات الضمان الخارجية أشـكالا جد هامة خاصة إذا قام البنك المـحلي بالوفاء بقيمتها للمستفيدين منها دون موافقة المراسل الأجنبي مصدر الخطاب مما يضعف من فعالية الضمان ضمن المعاملات التجارية الدولية، لذا ينبغي على البنوك المحلية أن ترتبط بمراسليها في الخارج عند إصدار أو تعزيز الضمان إلى حين إنقضائه مما يؤثر إيجابيا على سمعتها.

الملاحق

Engagement N° 05305751

CAUTION SOLIDAIRE

Nous soussignés société ..... demeurant à .....

Représentée par Monsieur ..... en sa qualité de gérant ci-après dénommé « Cautionné »

Désirant obtenir du Receveur des Douanes de .....

La faculté d'enlever avant liquidation des droits et taxes y afférent, la marchandise déclarée par

Nous aux divers bureaux des douanes de la principauté, nous nous engageons envers le dit douanes à payer dans le délai maximum de (15) quinze jours à partir du jour de leur inscription au registre de liquidation des droits et taxes dont les dites marchandises seront possibles ainsi que le montant des remises ou intérêt légalement exigible et cela même en cas de liquidation supplémentaire ou de l'expéditeur.

Nous acceptons de nous renfermer dans la limite du crédit de ..... qui nous est accordé par le dit receveur des douanes.

Nous soussignés, Banque **GULF BANK ALGERIA** Société par Actions au Capital Social de Dix Milliards de Dinars (DZD 10 000 000 000,00 DA), ayant son Siège Social Route de Cheraga, Dely Ibrahim Alger, représentée par

Mr. ....., le Directeur d'Agence de ....., ayant tous pouvoirs à l'effet des présentes.

Déclarons nous porter caution solidaire de la ..... et nous nous engageons conjointement et solidairement avec lui aux fins ci-dessus.

La présente soumission est valable pour les marchandises qui seront déclarés dans le délai d'une année (01) à partir de ce jour, elle pourra toutefois être annulée par anticipation par volonté de Monsieur le receveur principal des douanes ou parties contractantes celle-ci étant tenues à l'acquittement de toutes somme dont le paiement aurait été différés sous le bénéficie des engagements ci-dessus .

La caution **EURL .....**

Échéance :.....

Fait à Tébessa, le .....

Banque Extérieure d'Algérie

بنك الخارجي الجزائري

/2017

FAX 037 58 28 74

CAUTION DE BONNE EXECUTION

28/02/2017

Nous, soussignés, Mr. MOSLEM NOUREDDINE , directeur de l'agence Tébessa 46, agissant en qualité de mandataire de la Banque Extérieure d'Algérie, société par actions au capital de 150.000.000.000,00 DA dont le siège social est situé au 11, Bd colonel Amir Ouche Alger, régie par les statuts dressés par acte notarié du 05/02/1989.

Aux dispositions des articles 97 à 101 du décret présidentiel N°10-236 du 07 octobre 2010 modifié et complété par le décret présidentiel N°11-98 du 1er mars 2011.portant réglementation des marchés publics.

Agissant en vertu des dispositions de la loi 75-58 du 26 septembre 1975 modifiée et complétée, portant code civil, la Banque Extérieure d'Algérie se porte caution personnelle et solidaire de HAZOURLI ABDELAZIZ DA 111.184.66 (cent onze mille cent quatre vingt quatre DA et 66 cts) Représente 2,5 % de l'opération passé avec D A L TEBESSA et comportant : acquisition les pièces de rechange pour les véhicules de parc de la wilaya.

Cette caution couvre les risques d'inexécution ou d'exécution incomplète et/ou imparfaite par le titulaire de la convention, en l'occurrence HAZOURLI ABDELAZIZ Ses obligations contractuelles.

La Banque Extérieure d'Algérie s'engage à effectuer, sous réserves des dispositions de l'article 654 du code civil et sur ordre du bénéficiaire contractant, le paiement des sommes dont le titulaire de la convention serait reconnu débiteur au titre du contrat sus visé et ce, jusqu'à concurrence de la somme de DA 111.184.66 garanties ci-dessus.

La présente caution de bonne exécution demeurera valable au plus tard un (01) mois après la date de réception définitive dument signé par les deux parties contractantes.

Cette caution est délivrée uniquement pour le contrat de base sus visé à l'exclusion de tout autre avenant qui modifierait le montant dudit contrat et/ou sa durée de validité et qui pourrait avoir une incidence quelconque sur la présente caution sans un accord préalable de la Banque Extérieure d'Algérie et délivrance d'une nouvelle caution correspondante.

La Banque Extérieure d'Algérie est dégagée de toute responsabilité quant aux modifications apportées au contrat par les parties contractantes sans qu'elle en ait été avisée par écrit et avant signature de tout avenant au marché par les parties contractantes sans qu'elle en ait été avisée par écrit et avant signature de tout avenant au marché et qu'elle ait pu apprécier les effets des modifications en cause.

Pour cette caution à hauteur maximum de DA 111.184.66 (cent onze mille cent quatre vingt quatre DA et

Banque Extérieure d'Algérie
Agence de Tébessa 46

Mr MOSLEM Noureddine
Directeur Agence
B.E.A Tebessa 046

ENGAGEMENT N°0

CAUTION DE SOUMISSION

Nous soussignés, Banque **GULF BANK ALGERIA** dont le siège est à Route de Cheraga, Dely Ibrahim – Alger, représentée par .....

1. La Banque déclare irrévocable et inconditionnel que :
   a) La Banque se porte conjointement et solidairement garante et comme co-principal débiteur pour et en faveur de **SARL** ..... pour la durée de validité de l'offre soumise Par ..... en conformité avec l'appel d'offre national N°..... durant la période contractuelle, pour défaut de responsabilité, pour la responsabilité, et contre tout retrait de cette offre durant la période de validité de cette offre.
   b) La Banque abandonne et renonce à tout bénéfice d'attribution, d'éviction, de division et de discussion de créance, et tout autre bénéfice et exception qui peuvent existés juridiquement.

Cette caution inconditionnelle et irrévocable est donnée pour la somme de .....
.....
Cette Caution demeurera valable durant **90 jours** à compter de la date d'ouverture des offres techniques et financières.

2. La Banque s'engage à payer à ..... à sa première demande et à première exécution, sans recours, toute somme demandée par ..... mais sans excéder le montant déclaré de cette caution et dés présentation d'une notification écrite à notre client déclarant qu'il est dans ses torts à cause du retrait de sa soumission.

3. Cette caution est établie au profit de ....., et devra être interprétée selon les lois en vigueur en Algérie, et devra lier la Banque.

4. Tout conflit concernant cette caution devra être porté devant les instances juridiques Algériennes, et par la délivrance et l'exécution de cette caution la Banque accepte en général et sans conditions la juridiction des instances sus-cités.

5. Cette caution a été dûment autorisée par la Banque et sera valide et obligeante pour la Banque et sera applicable en conformité avec ses termes et conditions respectifs.

BATNA LE .....
Signature:

Engagement N°

CAUTION DE BONNE EXECUTION

Nous soussignés, Banque **GULF BANK ALGERIA** Société par Actions au Capital Social de Dix Milliards de Dinars (DZD 10 000 000 000,00 DA), ayant son Siège Social Route de Cheraga, Dely Ibrahim Alger, représentée par Mr. ....., le Directeur d'Agence de, ayant tous pouvoirs à l'effet des présentes.

Emettons en faveur De la ..... une caution de bonne exécution d'un montant de ...., représentant 05% du montant **du Marché** (.....) qui couvre les risques d'inexécution ou d'exécution incomplète ou imparfaite par .....de ses obligations contractuelles.

Pour le montant du cautionnement auquel ce dernier est assujetti en qualité de titulaire de **du Marché** .....) d'un montant de ..... soit passé avec ....., ayant pour objet ..... et comportant le dit cautionnement qui s'élève à la somme de ..... Nous nous engageons à effectuer sur ordre de la partie contractante, en l'occurrence De la ..... sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit, jusqu'à concurrence de la somme garantie ci-dessus, le versement des sommes dont le titulaire serait débiteur au titre du contrat précité.

A la demande De la ..... nous lui paierons les sommes dont ..... serait reconnue au titre du dit marché à concurrence de ....., dont ..... serait reconnue débiteur au titre de la présente garantie.

La ..... peut appeler et récupérer à première demande sans conditions lorsqu'elle décide d'une résiliation aux torts incontestables de l'entreprise co-contractante.

Cette caution sera transformée en caution de garantie à la réception provisoire, conformément au décret présidentiel n°10/236 du 07/10/2010 portant réglementation des marchés publics modifié et complété par le décret n N°98/11 du 01/03/2011, et elle sera libérable un mois après la réception définitive.

Fait à Tébessa, ...

نموذج عام لخطاب ضمان مصرفي

بنك:.....

فرع:.....

تحريرا فى:.....

خطاب ضمان رقم.....

إلى:.....

بعد التحية:

بناء على طلب السيد/ .....

نتعهد بموجب هذا بأن نضع تحت تصرفكم مبلغ.....

بشأن.....

ونقبل سداد هذا المبلغ إليكم عند أول مطالبة بغض النظر عن أية معارضة قد يبديها المذكور أعلاه.

ويسرى المفعول هذا الضمان لغاية ..... وبانقضاء هذا التاريخ وعدم صدور إخطار بأية مطالبة بمقتضى هذا الضمان إلى البنك واستلام البنك لهذا الإخطار فى هذا التاريخ أو قبله، يصبح هذا الضمان لاغيا وباطلا.

"توقيع أول..... "

"توقيع ثان..... "

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع

المصادر:

النصوص القانونية :

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

2- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 .

3- القانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 يونيو سنة 1998ي المتضمن القانون البحري يعدل ويتمم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 .

4- القانون رقم 98-10 المؤرخ في22 أوت 1998 المتعلق بالتشريع الجمركي .

5- الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق لـ 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض.

6- الأمر 10-04 المؤرخ في 26 غشت 2010، يعدل ويتمم الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض .

النصوص التنظيمية:

1- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

2- نظام رقم 92-08 مؤرخ في 17 نوفمبر سنة 1992، يتضمن مخطط الحسابات المصرفي والقواعد المحاسبية المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية.

3- نظام رقم 93-02 مؤرخ في 3 يناير 1993، يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين.

4- نظام رقم 94-13 مؤرخ في 2 يونيو 1994، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية.

5-نظـام رقـم02-03 مـؤرخ فـي 14 نـوفمبر 2002، يتضـمن المراقبـة الداخليـة للبنـوك والمؤسسات المالية.

6-اللائحة رقم 458 لعام 1992 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس والتي تتضمن "القواعد الموحدة لخطابات الضمان المصرفية".

المراجع :

أولا/ باللغة العربيـــة

أ– الموسوعـــات:

1- محـي الـدين إسـماعيل علـم الـدين، موسـوعة أعمـال البنـوك مـن النـاحيتين القانونيـة والعمليـة، الجـزء الأول، الجـزء الثـاني، النسـر الـذهبي للطباعـة والنشـر، الإسـكندرية، 2001.

2- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المجلد الرابع، دار النشر والتوزيع، عمان الأردن 1992 .

3- عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك، الهيئة القومية لدار الكتاب، الاسكندرية، دون سنة.

ب- الكتب

1- إبن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت (د.س.ن) .

2- أكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة للنشروالتوزيع عمان الأردن، 1999.

3- أكرم ياملكي، القانون التجاري، دراسة مقارنة، الثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2012 .

4- بسام حمد الطراونة و باسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن 2010 .

4- حسين شحادة حسين، علاء الدين الحسيني، الأسناد التجارية وعمليات المصارف، مديرية المكتبة المطبوعات الجامعية، حلب سوريا 2008 .

5- خالد أمين عبد الله، العمليات المصرفية، الطرق المحاسبية الحديثة، الطبعة الرابعة دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2009.

6- خالد أمين عبد الله، إسماعيل إبراهيم الطراد، إدارة العمليات المصرفية المحلية والدولية دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2006 .

7- خليل أحمد حسن قتادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

8- خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، المعتز للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2003 .

9- ريتا سايدة سيدة، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2014 .

10- زياد سليم رمضان، محفوظ أحمد جودة، الإتجاهات المعاصرة في إدارة البنوك، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان 2003 .

11- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع تيزي وزو،2001.

12- صلاح الدين حسن السيسي، قضايا مصرفية معاصرة، -الائتمان المصرفي، الضمانات المصرفية-الإعتمادات المستندية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي القاهرة، 2004.

13- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية،جسور للنشر والتوزيع، 2011 .

14- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

15- علي البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري، منشورات الحلبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د.س.ن) .

15- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001.

16- عبد الرحمان السيد قرمان، العقود التجارية، مكتبة الشنفري، السعودية، 2010 .

17- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، لبنان (د.س.ن) .

18- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، دارالثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

19- عون محمود الكفراوي، النقود والبنوك في النظام الإسلامي، مركز الإسكندرية للكتاب 2001 .

20- محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك، دارالنشرالعلمي والمطابع، المملكة العربية السعودية، 1997 .

21- محمد عبد الخالق، الإدارة المحلية والمصرفية، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2010 .

22- محمد حمد حبش، إدارة العمليات المصرفية، الأردن، 2006 .

23- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى الجزائر2010.

24- محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

25- محمد محمود العجلوني، البنوك الإسلامية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2008 .

26- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2002.

27- مراد منير فهيم، القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982 .

28- هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

29- هاني محمد دويدار، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007 .

ب– الموسوعـــات:

1- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، الجزء الثاني، النسر الذهبي للطباعة والنشر،الإسكندرية2001.

2- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المجلد الرابع، دار النشر والتوزيع، عمان الأردن 1992 .

3- عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك، الهيئة القومية لدار الكتاب، الاسكندرية، (د.س.ن).

ج- المجلات القانونية:

1- الصديق محمد الأمين الضرير، خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية، مجلة المشكاة.

2- مجلة إضاءات، معهد الدراسات المصرفية، العدد العاشر الكويت، 2011 .

3- رياض السيد حسين أبو سعيدة، ضمان ضرر العميل في التعامل المصرفي الإلكتروني، مجلة الكوفة، العدد 12 .

4 - سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والإقتصادية، العددان الأول والثاني، الشركة المصرية للطباعة والنشر، كلية الحقوق، القاهرة، 1972 .

5- سعد عبد محمد، مشروعية خطابات الضمان في المصارف الإسلامية حالة تطبيقية في العراق، مجلة كلية بغداد للعلوم الإقتصادية، العدد الخامس 2014 .

6- محمد إبراهيم موسى، خطابات الضمان الملاحية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2011 .

7- مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة .

8- غني ريسان جاور، الضمان بمجرد الطلب، العدد 25 المجلد السابع، كلية الحقوق، جامعة البصرة، 2009 .

9- يوسف بنباصر، حدود الفرق بين الكفالة البنكية وخطاب الضمان وموقف العمل القضائي المغربي، مجلة الواحة القانونية، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، المغرب 2005 .

د- الأطروحات :

1- أمقران راضية،خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014 .

2- بضراني نجاة، الإئتمان المصرفي بطريق التوقيع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، 1987 .

و -المذكرات الجامعية:

1- إيهاب محمد نور عبد الله، خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية، مذكرة ماجستيرفي الفقه والتشريع، جامعة جوبا، الدوحة، 2009 .

2- سهام قارون، النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007-2008 .

3- سليمان أحمد محمد القرم، خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة نابلس، فلسطين، 2003 .

ز - المواقع الإلكترونية

1- http// www.alssalemalgeria.com .

2- http// www.bna.dz .

3- http // www.bea.dz .

4- http // www.meshkat. Net .

5- http // www.shubily.com .

ثانيا/ باللغة الفرنسية

I- OUVRAGES :

1- Dominique Legeais, Sùretés et garanties du crédit, 3e édition, (L.G.D.J) Paris 2002 .

II- Thèses :

1- Eric Nemadeur Djuitchoko, traitment du contoncieux bancaire, université du Saint Etienne, 2011 .

2- Wenceslas Ella Andome, la cautionnement donne a une société, université de nansy2, 2010 .

الفهرس

الفهرس:

العنوان	صفحة
الإهداء	
الشكروالتقدير	
مقدمة	5-1
الفصل الأول: ماهية خطاب الضمان المصرفي	06
المبحث الأول : مفهوم خطاب الضمان المصرفي	06
المطلب الأول : تعريف خطاب الضمان المصرفي	06
الفرع الأول : التعريف التشريعي لخطاب الضمان المصرفي	06
الفرع الثاني : التعريف الفقهي لخطاب الضمان المصرفي	08
الفرع الثالث : التعريف القضائي لخطاب الضمان المصرفي	09
الفرع الرابع: التعريف الإسلامي لخطاب الضمان المصرفي	09
المطلب الثاني : التطور التشريعي لخطاب الضمان المصرفي	10
الفرع الأول: القانون الفرنسي	10
الفرع الثاني: القانون المصري	10
الفرع الثالث: القانون الأردني	10
الفرع الرابع: القانون الأمريكي	11
المطلب الثالث : خصائص خطاب الضمان المصرفي وتمييزه عن العقود المشابهة له	11
الفرع الأول: خصائص خطاب الضمان المصرفي	11
الفرع الثاني: تمييز خطاب الضمان المصرفي عن العقود المشابهة له	14
المبحث الثاني: أنواع خطاب الضمان المصرفي	17
المطلب الأول: أنواع خطاب الضمان المصرفي من حيث الغرض	17
الفرع الأول: خطابات الضمان المتعلقة بالمناقصات والمزايدات	17
الفرع الثاني: خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة	21
المطلب الثاني: أنواع خطاب الضمان المصرفي من حيث موطن البنك	22

الفهرس:

مصدر الخطاب	
الفرع الأول: خطابات الضمان الداخلية	22
الفرع الثاني: خطابات الضمان الخارجية	25
المطلب الثالث: أنواع خطاب الضمان المصرفي من حيث شكل الغطاء	27
الفرع الأول: الغطاء النقدي	27
الفرع الثاني: الغطاء العيني	27
الفرع الثالث: الغطاء المعنوي	27
المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي	28
المطلب الأول: النظريات العقدية	28
الفرع الأول: نظرية الكفالة	29
ع الثاني: نظرية الإنابة القاصرة	30
الفرع الثالث: نظرية الإشتراط لمصلحة الغير	32
المطلب الثاني: نظرية الإرادة المنفردة	34
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري	36
الفصل الثاني: أحكام خطاب الضمان المصرفي	41
المبحث الأول: شروط خطاب الضمان المصرفي	41
المطلب الأول:الشروط الموضوعية لخطاب الضمان	41
الفرع الأول: أطراف خطاب الضمان	41
الفرع الثاني: محل خطاب الضمان	42
المطلب الثاني : الشروط الشكلية لخطاب الضمان	47
الفرع الأول : الكتابة	47
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق	50
الفرع الثالث: إجراءات إصدار خطاب الضمان	51
المبحث الثاني : آثار خطاب الضمان المصرفي	52

الفهرس:

المطلب الأول : العلاقة بين البنك والمستفيد	53
المطلب الثاني: العلاقة بين العميل الآمر والبنك	57
المبحث الثالث : حالات إنقضاء خطاب الضمان المصرفي	61
المطلب الأول: إنقضاء خطاب الضمان وفقا للقواعد العامة	61
الفرع الأول: الإنقضاء بالوفاء أو ما يقوم مقامه	61
الفرع الثاني : الإنقضاء بغير الوفاء	63
الفرع الثالث : عدم جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان	65
المطلب الثاني : الحالات الخاصة لإنقضاء خطاب الضمان	66
الفرع الأول : مصادرة خطاب الضمان	66
الفرع الثاني: إعادة خطاب الضمان	67
الفرع الثالث : حالات الرجوع	68
الخاتمة	83
الملاحق	
قائمة المصادر والمراجع	
الفهرس	