

الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995

عكوش سيهام

أستاذة مساعدة " أ "

كلية الحقوق بودواو

جامعة امحمد بوقرة، بومرداس

ملخص:

عالجت اتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة أثر الغش على التزام البنك و ذلك من خلال القواعد التي وضعتها و التي عالجت فيها الضمانات المستقلة، فلقد نصت الاتفاقية في نص المادة 19 منها تحت عنوان "الاستثناءات من التزام السداد" على الغش أو التعسف الظاهر المانع من الوفاء، غير أنها لم تقم بتعريفه مما أدى إلى تدخل الفقه لتعريفه، أما فيما يخص الشروط الواجب توافرها للدفع بالغش، هناك شرطان: شرط يتم استخلاصه من نص المادة 19 من الاتفاقية و شرط آخر نص عليه الفقه.

إن الغش في حد ذاته لا يثير مشكلة بقدر ما يثير صعوبات حول إثباته، الأمر الذي لم يكن بالسهل على العميل الأمر في إثبات وجوده، فإثبات الغش يجب أن يكون ثابتا بأسلوب قاطع لا رجوع فيه لعقد الأساس أو أية علاقة أخرى، كما تتبع حالة إثبات الغش مسألة الإدعاء به و هي اللحظة الذي يتم الادعاء به فيها، مميزين في ذلك بين حالة الإدعاء بالغش قبل مطالبة المستفيد بقيمة الضمان و بين الإدعاء به لحظة المطالبة، كما تطرقت الاتفاقية إلى إشكالية إثبات الضامن المقابل غش البنك المباشر (المثبت) أو تواطؤ هذا الأخير مع المستفيد، فهو ليس بالسهل نظرا لوجود هذا البنك خارج البلد، ف إن إثبات الغش يثير إشكالية إثبات الضامن المقابل غش البنك المباشر (المثبت) أو تواطؤ مع المستفيد، فهو ليس بالسهل نظرا لوجود هذا البنك خارج البلد، فالضامن المقابل لا يستطيع وغير قادر الحكم إذا كان هناك علم بالغش من جانب البنك المباشر (المثبت) أو بوجود تواطؤ بين هذا الأخير و المستفيد، الضامن المقابل لا يستطيع وغير قادر الحكم إذا كان البنك المباشر (المثبت) عالما بوجود الغش أو بوجود تواطؤ بين هذا الأخير و المستفيد. تطرقت المادة 19 من اتفاقية الأمم المتحدة كذلك إلى الحالات التي يجوز فيها للبنك الامتناع عن الوفاء للمستفيد، إذ تخول للبنك ذلك عندما تكون المطالبة مدعومة بمستندات مزيفة أو تعسف من المستفيد.

لقد اقر الفقه والاجتهاد الفرنسي خاصة وبعض الاجتهاد الأنجلوساكسوني إلى جانب مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان عن جميع الروابط العقدية الأخرى، استثناء مفاده أن هذه الاستقلالية تتعطل عند توفر الغش أو التعسف تماشيا مع قاعدة الغش يفسد كل شيء، إذ أن هذه القاعدة استقرت في جميع الأنظمة القانونية وفي مجال التجارة الدولية.

Résumé:

La convention des nations unies relative aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit a traité les effets de la fraude sur les engagements bancaires et ceci à travers des règles qu'elle a arrêtées. En effet, cette convention et notamment son article 19 sous le titre " Les exceptions à l'obligation de paiement" a pris en charge les risques de falsification ou mauvaise foi impliquant le non respect des engagements.

Cependant, cette convention n'a pas clairement défini la notion de fraude ce qui a conduit à des interprétations plus ou moins pertinentes.

En matière de conditions requises pour dénonciation de fraude valide, il en existe deux :

La première est mentionnée dans l'article 19 de la dite convention. La seconde en est une interprétation doctrinale.

La vérification des preuves de fraude est plus difficile à mettre en évidence que la fraude elle-même. Ceci est d'autant plus difficile au donneur d'ordre pour prouver son existence. La confirmation de falsification doit être établie par des preuves tangibles sans nécessité de recours aux termes du contrat de base ou à toute autre corrélation.

La confirmation de situation de fraude est suivie par sa dénonciation auprès des instances juridiques compétentes. Cette dénonciation doit faire la distinction entre la fraude avant la demande du bénéficiaire du montant du crédit garanti et ultérieurement à celle-ci.

La convention a également abordé la problématique de confirmation du contre garant sur la fraude de la banque primaire (domiciliaire) ou toute autre association malveillante de celle-ci avec le bénéficiaire. Ceci est autant plus difficile, si la localisation de la banque se trouve à l'étranger. En pareil cas, le contre garant n'est pas en mesure de condamner le contrevenant en cas de présence de preuves tangibles de fraude de la banque domiciliaire.

L'article 19, a également abordé les cas où il est permis à la banque domiciliataire de procéder à un blocage de paiement au profit du bénéficiaire.

La doctrine et en particulier la jurisprudence française et Anglo-Saxonne, a recommandé le principe d'indépendance de la banque dans la lettre de crédit de tout autre lien contractuel. Cette exception d'indépendance est sans vigueur quand il est question de fraude ou de collusion prouvée entre la banque et le bénéficiaire et ceci est conformément à la règle qui stipule "que toute fraude annule tout engagement". Ce principe régit tous les instruments juridiques dans le domaine du commerce international.

Abstract:

The Convention of the United Nations on Guarantees and letters of credit has addressed the effects of fraud on bank commitments through rules enacted. Indeed, this convention and especially Article 19 titled " Exceptions to the payment obligation " considered the risks of falsification or bad faith implying non-respect of commitments.

However, this convention has not clearly defined the notion of fraud which led to interpretations more or less relevant.

There are two conditions for reporting proven fraud:

The first is mentioned in Article 19 of the said Convention. The second is a doctrinal interpretation.

Verification of fraud evidence is more difficult to highlight than the fraud itself. This is more difficult to the principal to prove his existence. The confirmation of falsification must be established by tangible evidence without recourse to the basic contract terms or any other correlation.

Confirmation of the fraud situation is reported to the competent legal authorities. This reporting must distinguish between fraud before the beneficiary claiming, the amount of the secured credit and subsequently to that amount.

The convention also addressed the issue of confirmation of the counter guarantor on the fraud of the primary bank (domiciliary) or any other malicious association of it with the beneficiary. This is more difficult if the bank is located abroad. In such a case, the counter-guarantor can not convict the violator in the event of proven evidence of fraud from the domiciliary bank.

Article 19 also addressed the cases where it is permitted to the domiciliary bank to block payment to the beneficiary.

Doctrine and especially French and Anglo-Saxon jurisprudence, recommended the principle of independence of the bank as for the letter of credit of any other contractual relationship. This exception of independence is without force when it comes to proven fraud or collusion between the bank and the beneficiary in accordance with the rule that provides for "any fraud cancels any commitment". This principle governs all legal instruments in the field of international trade.

Keywords: Fraud, exception, principle of independence, United Nations Convention, standby letters of credit, 1995

مقدمة

إن مبدأ استقلال البنك هو أساس و محور خطاب الضمان الذي بدونه يفقد فاعليته، فالضمان المستقل هو تعهد بدفع مبلغ نقدي في حدود معينة بالنظر إلى عقد الأساس كضمان لتنفيذه، غير أن التعهدات الدولية تستلزم تدخل عادة نوعين من البنوك في عملية الضمان يسمى الضمان بذلك بالضمان غير المباشر، بحيث يؤدي كل بنك دورا في علاقته بالطرف المتعامل معه، فبعد قيام العميل و المستفيد بإبرام عقد الأساس يجد العميل نفسه ملزما بتقديم ضمان إلى المستفيد في بلده، و بما أنه لا يعرف البنك في بلد هذا الأخير، و بما أن المستفيد كذلك يريد الحصول على خطاب ضمان صادر من بنك بلده حتى يكون على ثقة في حصوله على حقوقه، كان من الضروري تدخل بنك محلي، بل هناك قوانين بعض الدول المحلية تشترط ضرورة أن يكون الضمان صادر من طرف بنك بلد المستفيد حتى يتم إصدار خطاب الضمان مثل القانون الجزائري الذي نص اشترط ذلك في النظام 01-07⁽¹⁾ في المادة الثانية منه⁽²⁾، و بالتالي يكون هناك تعهدان أحدهما صادر من بنك العميل و يسمى بالضامن المقابل الذي نصت عليه المادة السادسة من الاتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة⁽³⁾، أما التعهد الآخر فهو صادر لمصلحة المستفيد و يسمى بالضامن المثبت أو الضمان المباشر.

إن خطاب الضمان ينشئ التزاما منفصلا عن العقد المضمون، و ما يمكن قوله بصفة عامة أن المقصود بمبدأ الاستقلالية في إطار هذه العملية المصرفية هو استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس أو العقد الأصلي الذي

هو عقد البيع الدولي مثلا، هذا الأخير نظمت أحكامه عدة اتفاقيات دولية منها اتفاقية فيينا المؤرخة بتاريخ 11 أبريل 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع⁽⁴⁾، فاستقلال البنك في هذه العملية معناه الدفع للمستفيد بصفة تلقائية و مستقلة عما آلت إليه العلاقات القانونية الأصلية، فالالتزام هذا الأخير مرتبط بمضمون الالتزام وحده الناشئ عن خطاب الضمان.

إن التزام البنك بالوفاء لدى أول طلب دون إبداء أي معارضة أو دفع ناتجة عن العلاقات الأخرى يشكل حماية للمستفيد، إلا أن هذا الأخير يكون ملزما باحترام شروط الضمان دون استغلال مبدأ الاستقلال، و انطلاقا من ذلك فإن طلب الوفاء القائم على غش أو تعسف المستفيد يجب رفضه، ولا يستثنى من التزام البنك القطعي والمجرد هذا سوى الحالة التي يثبت فيها أن طلب الأداء مبني على غش أو تعسف ظاهر من قبل المستفيد.

وهذا ما دفع واضعي اتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة إلى إدراج هذا الاستثناء من الالتزام بالدفع في المادة 19 منها تحت عنوان الاستثناءات من التزام السداد، و عليه فالاتفاقية تخول للبنك إمكانية عدم الوفاء عند المطالبة المدعومة بمستندات مزيفة أو بتعسف من المستفيد، ومنه نطرح الإشكالية التالية:

ما هو الغش الذي يخول للبنك حق عدم الوفاء بقيمة الضمان طبقا لاتفاقية الأمم المتحدة ؟ و ما هي حالاته؟.
للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم بحثنا إلى مبحثين كما يلي: مفهوم الغش أو التعسف الظاهر (المبحث الأول) و حالات الغش (المبحث الثاني) معتمدين في ذلك على نصوص اتفاقية الأمم المتحدة السابق ذكرها مع الإشارة إلى موقف الفقه و القضاء المقارن في ذلك.

المبحث الأول: مفهوم الغش أو التعسف الظاهر المانع من الوفاء

لم تضع اتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة⁽⁵⁾ تعريفا للغش وإنما اكتفت فقط بالنص على حالاته وبالتالي يتعين تعريف الغش أو التعسف الظاهر طبقا لأحكام القضاء وآراء الفقه المقارن (المطلب الأول) كما أنه من خلال نص المادة 19 من الاتفاقية يتم استخلاص شروط الغش كما نص على الشرط الآخر الفقه، فلقد تم ووضع بعض الشروط المتعلقة بالغش و بتوافرها يجب إقرار الغش، غير أن هذا الأخير يجب أن يكون حل إثبات على من يدعيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الغش أو التعسف الظاهر وفقا للاجتهاد الفقهي و القضائي

لما خلت اتفاقية الأمم المتحدة من تعريف الغش أو التعسف الظاهر⁽⁶⁾، ثار التساؤل حول مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد هل يشترط لوجود الغش أن يكون فقط وسائل احتيالية استعان بها المستفيد اتجاه البنك؟ أم أن مجرد طلب المستفيد بالوفاء بمبلغ الضمان مع قيام العميل بكافة التزاماته يعد غشا و لو لم تصدر من المستفيد وسائل احتيالية، بمعنى هل يعد تعسف المستفيد في طلب الوفاء بقيمة الضمان غشا يوجب على البنك الامتناع عن الوفاء.

يكنم الغش في سوء السلوك و التصرف الخاطئ من المستفيد وذلك باستخدام طرق احتيالية، فالغش يقف كعقبة أمام المستفيد في المطالبة بالوفاء تطبيقا لقاعدة الغش يفسد كل شيء، لأن حسن النية هو الأصل الذي يجب أن يسود في التعاملات الدولية، فالغش حسب بعض الفقهاء هو انعدام كل حق للمستفيد اتجاه العميل وبالتالي قبل الضامن، كما وصفه البعض بأنه المكر والخديعة والحيل التدليسية، فهو مخالفة واضحة من المستفيد لالتزاماته، وعليه فهو سبب منطقي واستثناء على مبدأ استقلال التزام البنك بالوفاء⁽⁷⁾.

صاحبت فكرة الغش مسألة التعسف الظاهر⁽⁸⁾ في المطالبة بخطابات الضمان، فاختلط المصطلحين على الفقه والقضاء فأصبحا كلاهما سببا لرفض الوفاء من جانب البنك الضامن، ولقد عرف البعض التعسف في الحق بأنه

تصرف الشخص في حقه تصرفا غير مشروعاً أو أن يستعمل حقه على وجه غير مشروع وقد يقترب هذا التعريف للتعسف من معنى الغش، فهو انعدام أساس الطلب بالوفاء فالشخص يكون مخطئاً إذا تجاوز حدود حقه تجاوزاً يضر به الغير.

بينما البعض الآخر من الفقه لا يؤيد إدراج التعسف في مفهوم الغش لأن ذلك يؤدي إلى التوسع في مفهوم الغش، مما حاول الفقه والقضاء في ذلك وضع مفهوم واضح للغش المانع من الوفاء للمستفيد في الضمانات المصرفية المستقلة منقسمين في هذا الشأن إلى رأيين هما: الرأي الموسع (الفرع الأول) و الرأي المضيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرأي الموسع في مفهوم الغش المانع

يذهب هذا الاتجاه إلى التوسع في مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد، بحيث لا يقتصر على مجرد الاستعانة بطرق ووسائل احتيالية، بل يمتد ليشمل كل مطالبة من المستفيد بالوفاء بقيمة خطاب الضمان بسوء نية وبهدف الإضرار بالعميل الأمر، لذلك عرفه بعض الفقه بأنه "استخدام المستفيد للضمان بقصد الإضرار بالعميل المتعاقد استخداماً يؤدي إلى الانحراف بآلية تلك الضمانات المصرفية عن الغاية التي وجدت من أجلها، وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية، كما عرفه البعض الآخر بأنه: "الغياب الواضح لحق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمانة، أو استخدام المستفيد للقواعد القانونية بطريقة تؤدي إلى حصوله على فائدة غير مشروعة"⁽⁹⁾.

ويقصد بالتعسف حسب هذا الاتجاه الخروج عن حدود حسن النية الواجب استعماله في الحقوق، كأن يهدف الشخص من وراء استعماله للحق إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو أن يقصد فقط من استعماله للحق الإضرار بالغير أو أن تكون المصلحة من وراء هذا الاستعمال أقل بكثير من الضرر الذي يصيب الغير⁽¹⁰⁾.

لكن هذا الرأي كان محل انتقاد إذ يؤدي إلى طرح تساؤل مهم ومؤثر، وهو كيف يمكن للبنك أن يتأكد من تنفيذ العميل لالتزاماته، إذ ذلك يتطلب منه الرجوع إلى عقد الأساس، وهو ما يؤدي إلى المساس بمبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، إذ طبيعة استقلال التزام البنك في خطاب الضمان تقتضي الدفع فوراً دون الالتفات لأي معارضة من جانب العميل.

الفرع الثاني: الرأي المضيق في مفهوم الغش المانع

على عكس الاتجاه السابق فهذا الاتجاه يحاول التضييق في مفهوم الغش المانع من الوفاء بحيث لا يمتد إلى الطلب التعسفي، وإنما يقتصر فقط على الغش بمعناه التقليدي أي المصحوب بوسائل احتيالية دون حالة التعسف في الصلب، فالتوسع في مفهوم الغش حسب هذا الاتجاه يعطل الفائدة المرجوة من الضمانات وإفساح المجال للبنوك الضامنة والأمريين للإفلات من تنفيذ التزاماتهم، إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الرأي الأول الموسع لمفهوم الغش والتعسف الظاهر وإمكانية إثبات ذلك بالرجوع إلى العقد الأصلي ومدى تنفيذه، فهذا من شأنه أن يخلق رابطة بين خطاب الضمان والعقد الأصلي مما يتعارض مع مبدأ استقلال البنك الضامن⁽¹¹⁾.

فهذا الربط بين عقد الأساس وخطاب الضمان يؤدي إلى خرق الوظيفة التي وجد من أجلها خطاب الضمان كأحد طرق ضمانات البنك بطريق التوقيع بدلاً عن التأمين النقدي، وجعله تابعا للالتزام الأصلي بين العميل والمستفيد، الأمر الذي يخالف ما استقر عليه العرف المصرفي الدولي⁽¹²⁾، وعليه فالمطالبة بالوفاء من جانب المستفيد تكون قائمة على غش، إذا كانت المطالبة بمبلغ الضمان قائمة على أساس عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته.

يرى بعض الفقه في هذا الصدد أن التوسع في مفهوم الغش من شأنه تعطيل الفائدة المنتظرة من خطاب الضمان بفتح المجال أكثر لعدم الوفاء⁽¹³⁾.

ما يجدر الإشارة إليه أنه يفترض في الغش أن يكون طلب الوفاء الصادر من المستفيد متعلقا بخطاب ضمان صحيح ونافذ، إذ يخرج من حالات الغش الحالات التي ترجع إلى عيوب في صيغة الخطاب ذاته، كأن ينصب الغش على خطاب ضمان لم يبدأ تنفيذه بعد أو انتهت صلاحيته، فالحق لا يكون موجودا أصلا لعدم وجود شروط الضمان⁽¹⁴⁾.

وعليه طبقا للاتجاهين الموسع والمضيق في مفهوم الغش المانع، لا يمكن اعتبار مجرد الخشية من الغش سبب يجيز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد، وهذا ما يمكن استخلاصه من نص المادة 19 من اتفاقية الأمم المتحدة من خلال تحديدها لحالات منع الوفاء للمستفيد التي استبعدت مجرد الخشية من الغش كسبب من أسباب الامتناع عن الوفاء من خلال عبارة: "إذا كان من البين والواضح".

أخيرا يمكن القول أنه إذا توافر الغش من قبل المستفيد فإنه يمتنع على البنك الوفاء بقيمة خطاب الضمان وإلا كان مسؤولا أمام العميل عن تنفيذه الخاطئ لالتزامه الوارد في خطاب الضمان⁽¹⁵⁾.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الغش المانع من الوفاء و كيفية إثباته⁽¹⁶⁾

لا يمكن القول بوجود غش مانع من الوفاء في خطاب الضمان إلا بتوافر شروط ، و بدون هذه الشروط لا يمكن أن يكون هذا الغش كمبرر للبنك حتى يمتنع بموجبه عن الوفاء عند طلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان (الفرع الأول)، وهذين الشرطين هما أن يكون الغش ظاهرا وثابتا أما الشرط الثاني فهو أن يصدر الغش ممن يحتج به عليه، غير أن هذا الشرط كان محل خلاف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أن يكون الغش ظاهرا وثابتا

لقد أجمع الفقه والقضاء المقارن على ضرورة وضوح الغش أي أن يكون واضحا بذاته حتى يفقأ العين⁽¹⁷⁾، أي لا يحتاج إلى عنصر خارجي أو إثبات تكميلي للقطع به، فالغش يجب أن يكون واضحا بذاته لذلك لا يجوز في سبيل التسليم به الرجوع إلى عقد الأساس أو أي علاقة أخرى⁽¹⁸⁾.

لقد تضمنت هذا الشرط المادة 19 من نصوص الاتفاقية عندما نصت: "إذا كان من البين الواضح..." ومفاد ذلك لابد من توافر غش واضح بدليل غير قابل للاعتراض أو التنفيذ، فالغش يجب أن يكون ظاهرا ثابت بدليل غير متنازع فيه وليس خفيا، ومثال ذلك أن يثبت في خطاب ضمان حسن التنفيذ أن العميل قد نفذ عقد الأساس بالكامل وفقا للمواصفات المطلوبة⁽¹⁹⁾، كما يشترط في الغش أن يكون مؤكدا لأن سوء النية غير مفترض بل يجب أن يقوم الدليل القاطع على غش المستفيد و يقدم هذا الدليل جاهزا للمحكمة، فلا يجوز للمحكمة أن تطلب إجراء تحقيق أو سماع شهود أو فحص مستندات و مفاد ذلك أنه لا يكفي مجرد الادعاء بغش المستفيد⁽²⁰⁾.

كما لا يكفي للقول بوجود الغش من جانب المستفيد مجرد ادعائه من قبل العميل، فالغش لا يفترض بل يجب أن يكون غش المستفيد واضحا وضوحا لا يقبل الشك ولا يحتمل مجرد التحقيق فيه من قبل المحكمة، بل أن يكون ظاهرا وبينا لكل ذي عينين، فالظروف والملابسات لابد أن تقطع الغش الواضح البائن بأن لا يكون مجرد وهم أو اعتقاد من العميل الأمر⁽²¹⁾، فيجب أن يكون الغش المانع كما عبر الفقه واضحا يفقأ العين وهو ما أكدت عليه المادة 19 من اتفاقية الأمم الدولية للضمانات المستقلة في المادة 19 بقولها: "إذا كان من البين الواضح" كما سبق القول.

ومن أمثلة وضوح الغش أو التعسف ما يل:⁽²²⁾

- وضوح التزوير أو التزييف في المستندات، ففي الضمان المستندي المصحوب بتقديم المستندات قد يقع التزوير بشأن أحد المستندات وتعد هذه الحالة من أسهل حالات إثبات الغش وذلك لورود الغش في المستندات المقدمة للبنك الضامن، وبالتالي فما على الأخير إلا فحص هذه المستندات فحصا ظاهريا للقطع بتوافر عنصر الغش من عدمه⁽²³⁾.

- تقديم المستفيد إثبات على حسن تنفيذ عقد الأساس، ومع ذلك قام بطلب الضمان، وهو ما يفترض قيام المستفيد بطلب الضمان في نفس الوقت الذي قدم فيه من الشهادات والمستندات ما يكفي لإثبات حسن تنفيذ العميل لالتزاماته و بهذا يتأكد تعسفه.

في الأخير يمكن القول لابد من وضوح الغش حتى يتمكن البنك الضامن الامتناع عن الدفع، أما إذا كان الغش غير واضح كأن لم يكن ثابتا بدليل قطعي، فلا يجوز الأخذ به، والغش غير الواضح هو الغش الذي لم ينجح العميل الأمر في إثباته، أو كان مجرد ادعاء من العميل الأمر لإعاقة حصول المستفيد على حقوقه كاملة، فالعبرة إذن بتوافر شرط وضوح الغش⁽²⁴⁾.

الفرع الثاني: الشخص الذي يصدر منه الغش

و هو شرط نص عليه الفقه غير أنه كان محل خلاف فيما بينهم، حول ما إذا كان يمكن اعتبار الغش فقط عندما يكون صادرا من المستفيد، أم يمكن رفض الوفاء حتى ولو كان فاعله هو شخص من الغير عن خطاب الضمان⁽²⁵⁾، و للإجابة على هذا السؤال ظهر رأيان فقهيان الأول أخذ بالمعيار الشخصي في الغش قائلا أن الغش المانع من الوفاء في خطاب الضمان يقتصر على غش المستفيد نفسه دون غيره (أولا)، أما الرأي الثاني فقد أخذ بالمعيار الموضوعي قائلا أن الغش يستوي في صدوره من المستفيد، و من غيره (ثانيا).

أولا: المعيار الشخصي

حسب هذا الرأي الاستثناء الوحيد و المبرر لامتناع البنك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان هو وقوع غش من قبل المستفيد⁽²⁶⁾، فلا يمتنع البنك عن الوفاء بقيمة الخطاب في حالة وقوع غش من دون المستفيد⁽²⁷⁾.

أسس أصحاب هذا الرأي موقفهم على أساس أنه يتوجب عدم التوسع بهذا الاستثناء و عدم إجرائه على إطلاقه، و عليه يجب أن يقتصر الغش على عمل المستفيد فقط و لا يشمل بذلك الغش الصادر من الغير و في حالة صدوره عن الغير فإن المستفيد يعد بريئا منه، و يرى أصحاب هذا الرأي أنه يشمل كل عمل من جانب المستفيد بهدف الحصول على كل ما ليس له حق عليه عن طريق الغش و بذلك فلا يكون الغش مانعا من الوفاء إلا إذا كان المستفيد هو المسؤول عنه فل، فلو تم التسليم بأن الغش واقعة شخصية فبالنظر يجب أن يكون صادرا من المستفيد نفسه فعندئذ لا يشمل الغش الصادر من الغير، إذ يعد المستفيد بريئا منه و لا شأن له به⁽²⁸⁾.

أيد هذا الرأي العديد من الفقهاء فهناك من رأى "أنه يجب أن يكون الغش صادرا ممن يحتج به عليه، أي من المستفيد نفسه"، و هناك من قال أنه يقصد بالغش على هذا المعنى كل عمل من جانب المستفيد و يجب أن يقتصر الغش في عمل المستفيد نفسه، فلا يشمل الغش الصادر من الغير إذ يعتبر المستفيد بريئا منه"⁽²⁹⁾.

كما أن هناك موقف آخر بخصوص هذا الاتجاه يرون أن الغش الصادر من المستفيد لا خلاف عليه، و لكن فيما يتعلق بصدور الغش من الغير فإنه يجب التفريق في هذه الحالة بين صدوره من الغير مع علم المستفيد به و حالة صدوره من الغير دون علم المستفيد به، ففي هذه الحالة الأخيرة و مراعاة لظروف التجارة الدولية و ضرورة تنفيذ العقود بحسن النية، لابد من اختزال هذه الحالة على اعتبارها مانعا للوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد و ما على البنك إلا الرجوع على من قام باختراق الغش و العودة عليه بالتعويض، أما حالة صدور الغش من الغير مع علم المستفيد به، فإنه يحصل بصورة غير مباشرة تواطؤ بين المستفيد و الغير مرتكب الغش، و عليه يمتنع البنك عن دفع قيمة الضمان للمستفيد⁽³⁰⁾.

ثانيا: المعيار الموضوعي

ذهب أنصار الاتجاه الموضوعي أن امتناع البنك عن الوفاء استثناء لوجود غش يستوي إذا كان صادرا من المستفيد نفسه أو صادرا من الغير⁽³¹⁾ ما دام كان هذا الغش ظاهرا و مؤكدا، فالغش كقاعدة عامة يفسد كل شيء، فالغش إن وقع رتب نتائجه و أنتج آثاره، فسواء كان من المستفيد أو من الغير فله ذات الأثر السلبي على العميل

الآمر، فحالة صدور الغش من الغير يكون كثيرا خاصة في خطاب الضمان الملاحى، و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي حيث قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 جوان 1997 أن "خطاب الضمان يعد عقدا مستقلا عن عقد النقل، و أن هذا الخطاب من الممكن أن يكون محلا لأعمال احتيالية، لذلك الناقل ملتزم بتسليم البضائع مقابل سند الشحن و ليس بموجب خطاب الضمان و بذلك يكون الناقل قد ارتكب خطأ تعاقديا في حالة قبوله تسليم البضاعة مقابل الحصول على خطاب الضمان" (32).

إن الغش واقعة مادية متى ارتكبت أوجب على البنك الضامن الامتناع عن الدفع و الوفاء و يصرف النظر عن صدوره من الغير أو المستفيد نفسه، لو تم الافتراض صدور الغش من جانب شخص من الغير، و لم يكن المستفيد على علم بهذا الغش، فعند مطالبته المستفيد بقيمة خطاب الضمان فإن البنك ملزم حسب الاتجاه الأول بالوفاء لمجرد أن الغش تم من الغير و لم يكن المستفيد على علم به، و هو ما يؤدي إلى قيام لمدة إشكالات في هذا الصدد هي من يتحمل عبء هذا الوفاء، هل البنك الذي علم بغش الغير أم العميل الأمر على أساس تمسك البنك على مواجهة بأن الغش لم يكن صادرا من المستفيد و إنما من الغير (33)، كما هناك من يرى أن الغش واقعة موضوعية لذلك لا يستلزم أن يكون صادرا منه شخصا ما دام يعلمه كما لو كان صادرا من أحد تابعيه (34).

و عليه و مراعاة للظروف الراهنة في مجال التجارة الدولية، يمكن القول أن التزام البنك برفض الوفاء في حالة الغش سواء كان صادرا من المستفيد أو من الغير و في الحالة التي يكون فيها المستفيد عالما بالغش، فما عليه إلا أن يصحح المستندات و يزيل سبب رفضها أو يصحح المطالبة بالوفاء و سبب الغش بشأنها (35).

المطلب الثاني: إثبات الغش

إن الغش في حد ذاته لا يثير مشكلة بقدر ما يثير صعوبات حول إثباته، الأمر الذي لم يكن بالسهل على العميل الأمر في إثباته، فإثبات الغش يجب أن يكون ثابتا بأسلوب قاطع لا رجوع فيه لعقد الأساس أو أية علاقة أخرى (36) (الفرع الأول) كما تتبع حالة إثبات الغش مسألة الإدعاء به، و عليه يجب توضيح متى لحظة الادعاء به (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طريقة إثبات الغش

إن إثبات الغش يكون سهلا وإثباته أسهل في حالة الضمان المشروط (الضمان المستندي والمبرر) في هذا النوع من الضمان لا يلتزم المستفيد بتقديم المستندات، وبالتالي إذا تمسك العميل الأمر بوجود غش من المستفيد فإن ذلك يتطلب البحث وإثبات هذا الغش، أما حالة الضمان غير المشروط (لدى الطلب) فمن الصعب إثبات الغش على مطالبة المستفيد إلا إذا لجأ العميل إلى القضاء المستعجل واستطاع أن يقنع قاضي الأمور المستعجلة بما لديه من أدلة أن ليس للمستفيد الحق في طلب قيمة الخطاب ليقرر هذا القاضي إصدار الأمر للبنك بوقف دفع قيمة الخطاب (37).

فمن المتعارف عليه أن الغش لا يفترض ويجوز إثباته بكافة طرق الإثبات فلا يلزم إثباته بطريقة معينة، ويتم استخلاصه من وقائع الدعوى، و هو ما قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1994/06/07 " (38).

إن إثبات الغش يثير إشكالية إثبات الضامن المقابل غش البنك المباشر (المثبت) أو تواطؤه مع المستفيد، فهو ليس بالسهل نظرا لوجود هذا البنك خارج البلد، فالضامن المقابل لا يستطيع وغير قادر الحكم إذا كان هناك علم بالغش من جانب البنك المباشر (المثبت) أو بوجود تواطؤ بين هذا الأخير و المستفيد (39).

وضعت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة في المادة 15 فقرة 3 منها قرينة مفادها أن المستفيد لا يعتبر سيء النية عند طلب قيمة الضمان، لذلك فعبيء إثبات سوء النية تقع على من يدعيه (40).

الفرع الثاني: وقت التمسك بالغش

قد يكون الادعاء سابقا على قيام البنك بالدفع، و هو ما أخذ به القضاء، فلو كانت المستندات المقدمة يشوبها غش، فإن البنك إذا قام بالدفع قبل أن يتلقى أي إشارة بغش المستفيد قبل الدفع فإنه يكون محميا بشرط أن يكون قد

باشر عناية معقولة قبل القيام بالدفع، و حتى يستطيع البنك أن يرجع على العميل الأمر رغم أن المستندات بها غش فلا بد من توافر شرطين هما:

- أن لا يكون البنك قد تلقى أي إشارة بغش المستفيد قبل الدفع، لأن تلقيه ذلك يجعله عالما بالغش الذي ارتكب ضده، و إذا أهمل الفحص بعد ذلك و قام بالدفع فإنه يتحمل عبئ ذلك.

- أن يكون البنك قد باشر عناية معقولة لفحص المستندات قبل الدفع (41).

أما إذا توافر الغش لحظة الطلب، فتصبح العبرة بهذا الغش في تلك اللحظة و ما إذا كان سلوك المستفيد التدليسي قد توافر أم لا، و بالتالي إذا أنشأ الغش و توافر في لحظة سابقة للطلب و انتهى و لم يعد له وجود لحظة الطلب فلا تتوافر حالة الغش، أما فيما يخص طلب الضمان المقابل فإنه يفضل في وجود الغش أن يكون لحظة طلب الضمان المقابل من جانب البنك الضامن المباشر (المثبت) بعد وفائه للمستفيد، و هذا ما أخذت به محكمة باريس في 1991/09/06 (42).

المبحث الثاني: حالات الغش المانع من الوفاء

حددت المادة 19 من اتفاقية الأمم المتحدة الحالات التي يتمتع فيها البنك عن الوفاء للمستفيد وهذه الحالات كما تطرقنا سابقا لا تقتصر فقط على مجرد صدور غش من المستفيد عن طريق الاستعانة بوسائل احتيالية، وإنما تمتد لتشمل كل مطالبة للمستفيد ينعدم فيها الأساس القانوني بمعنى المطالبة التي تقوم على التعسف الظاهر، كما حددت الفقرة الثانية من نفس المادة خمسة (5) حالات لانعدام الأساس القانوني لمطالبة المستفيد (المطلب الأول)، كما كان للفقهاء و القضاء المقارن موقف فيما يخص اثر الغش على استقلال التزام البنك في خطاب الضمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات الغش طبقا لاتفاقية الأمم المتحدة

من خلال نص المادة 19 من الاتفاقية نستخلص إلى وجود حالتين أساسيتين للغش (43) هي: حالة تزوير المستندات (الفرع الأول) وحالة عدم وجود أساس للمطالبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالة تزوير المستندات

نصت على هذه الحالة المادة 1/19 أ على أنه: "1- إذا كان من البين و الواضح أن:

أ_ أي مستند مقدم، مزور أو

ب_ أن السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة و المستندات الداعمة أو

ج_ أن المطالبة بحكم نوع التعهد و غرضه ليس لها أساس يمكن تصوره كان الكفيل / المصدر، متصرفا بحسن نية، الحق إزاء المستفيد أن يتمتع عن السداد".

يشترط للدفع بهذه الحالة أن يكون المستند المقدم مزورا غير معبر عن الحقيقة سواء كل ما جاء به أو بعضه، وسواء تمثل الغش في تزوير المستندات أو عدم صحتها (44)، ولقد نصت الاتفاقية على حالتين المستندات المزورة أو التي جرى بعد ذلك تزييفها بإدخال بعض التزوير عليها سواء بالحذف أو بالتغيير أو بالإضافة (45).

لقد أشارت الاتفاقية إلى حالة التزوير، وهي المستندات التي كانت متضمنة لبعض البيانات المحددة ثم زورت بعد ذلك، كما لو عدل بعضها بالإضافة أو بالتغيير في الأرقام أو بالحذف أو الكشط، وما يجدر الإشارة إليه أن عبارة المستند الواردة في الاتفاقية جاءت بصفة عامة دون تخصيص بغض النظر عن قيمته أو حجيته في المطالبة، سواء كان المستند أصليا لإثبات المطالبة أو أحد المستندات الفرعية، كما أن اتفاقية الأمم المتحدة لم تعط أي وسيلة للبنك الضامن حتى يتأكد من التزوير (46)، لذلك يكون هذا الأخير هو صاحب التقدير على مدى سلامة المستند.

أو أي وسيلة أخرى مما يتعارض مع مبدأ استقلال التعهد، وبناء على ما تقدم ليس هناك ما يمنع من اتفاق الأطراف باللجوء إلى التحكيم للفصل في التزوير (47).

تتحقق حالة تزوير المستندات عندما يكون خطاب الضمان مشروطا بتقديم المستندات، كتقرير خبرة مثلا يقرر عدم التنفيذ أو سوء تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته، فيتحقق البنك من صحة المستندات المقدمة من خلال الفحص الظاهري لها فليس على البنك أن يتحرى فيها كما سبق ذكره، كذلك لا يحتج العميل على البنك إذا تبين أن المستندات المزورة لم يتمكن اكتشافها بالفحص الظاهري وأنها كانت تحتاج إلى تحريات خاصة ولا يتمكن اكتشافه بالفحص الدقيق الذي يلتزم به البنك⁽⁴⁸⁾.

لقد أكدت الاتفاقية على التزام البنك بالفحص الظاهري للمستندات فقط، مع إلزامه أن يتصرف بحسن نية وأن يتوخى قدرا معقولا من الحرص مع مراعاة المعايير الدولية المتعارف عليها في الممارسات الدولية الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، ويقوم البنك بفحص المستندات خلال مدة معقولة على أن لا تزيد المدة عن سبعة أيام عمل اعتبارا من اليوم التالي ليوم تسلم المطالبة بالوفاء والمستندات المرفقة⁽⁴⁹⁾.

ويدخل في حالة تزوير المستندات ما هو معروف بعدم استحقاق الوفاء بناء على المستندات المقدمة، فهذه الحالة تعتمد على أن المستندات المقدمة عند الطلب من جانب المستفيد لا تصلح دليلا على الوفاء و السداد من البنك، وهذا يفترض أن البنك الضامن قام بفحص المستندات المقدمة ومدى مطابقة ما هو مدرج بها و بما وارد في الخطاب، كما لو كان طلب الوفاء لا ينصرف إلى عقد الأساس الذي صدر من أجله خطاب الضمان، وإذا تأكد البنك أن المطالبة مبنية على مستندات لا تتطابق مع خطاب الضمان يجب عليه رفض الوفاء، وهو ما أخذت به محكمة باريس بتاريخ 1984/08/01 على أساس أن طلب الضمان لا يقوم على نفس الأساس الذي صدر من أجله⁽⁵⁰⁾.

الفرع الثاني: حالة عدم وجود أساس للمطالبة

عندما يتبين للبنك الضامن عدم وجود أي أساس قانوني للمطالبة بالوفاء عليه رفض ذلك، وقد نصت المادة 2/19 على عدة أمثلة لهذه الحالة كما يلي:

أولا: عدم وقوع الخطر أو الحدث الصادر من أجله خطاب الضمان

وهو ما نصت عليه المادة 19 فقرة 2 / أمن الاتفاقية: " حيث لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحادث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه".

فطبقا لهذه الفقرة فإنه يعتبر المستفيد متعسفا في طلبه بالوفاء بقيمة خطاب الضمان على الرغم من عدم وقوع الحادث أو الخطر الذي بسببه صدر الخطاب، متى كان ذلك مؤكدا بمعنى ليس هناك أي أدنى شك على عدم تحققه، كما لو صدر خطاب الضمان لحسن التنفيذ وقام العميل الأمر بتنفيذ جميع التزاماته، فهنا لم يتحقق الخطر المراد توقيه وهو عدم التنفيذ، وكما كذلك لو تعلق الضمان بعقد بيع بضائع وتم تنفيذ هذا الأخير ومع ذلك قام المستفيد بطلب الوفاء فهنا الخطر أو الحدث الذي صدر من أجله خطاب الضمان لم يتحقق⁽⁵¹⁾.

لقد استلزمت الاتفاقية أن لا يكون هناك شك على عدم وقوع الخطر مما يستلزم أن يكون لدى البنك الضامن سببا كافيا لرفض الوفاء، غير أنه ما يثير التساؤل على مبدأ استقلال خطاب الضمان بمعنى هل البنك الضامن ملزم بالرجوع إلى عقد الأساس للبحث عن تحقق واقعة الخطر أو الحدث من عدمه، الواقع أن الرجوع إلى عقد الأساس يتعارض مبدأ الاستقلالية وإن كان يحقق التوازن بين مصالح الأطراف في العلاقات التجارية، وعليه فدور البنك الضامن في البحث وتقرير عدم وقوع الخطر أو الحدث يقتصر على المستندات المقدمة إليه وظروف الحال دون التطرق إلى عقد الأساس الأصلي، لأن ذلك يؤدي إلى الإخلال بمبدأ استقلال البنك عن عقد الأساس⁽⁵²⁾.

ثانيا: بطلان عقد الأساس بموجب حكم محكمة أو تحكيم⁵¹.

وهي حالة من حالات انعدام الأساس القانوني للمطالبة بالدفع، نصت عليها المادة 19 فقرة 2/ ب على ما يلي: " حيث يكون الالتزام الأصلي الواقع على الأصيل/ الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم، ما لم

يبين التعهد أن هذا الحدث يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد"، فطبقا لهذه الفقرة فإن الحكم ببطلان عقد الأساس قد صدر بالفعل، بمعنى صدور حكم محكمة أو تحكيم يعلن بطلان الالتزام الأصلي للعميل الأمر، مما يكون البنك الضامن ملزم بعدم الوفاء للمستفيد، ما لم يتم النص في خطاب الضمان أن هذا الحدث أي بطلان عقد الأساس بموجب حكم محكمة أو تحكيم يندرج ضمن المخاطر المغطاة بموجب الخطاب وبالتالي لا تعتبر حالة غش، لذا فاتفاق الأطراف هو الفصيل في هذه الحالة⁽⁵³⁾.

طبقا لنفس المادة 19 من الاتفاقية فإن البدء في إجراءات طلب بطلان عقد الأساس لا يعطي للبنك الحق في الامتناع عن الوفاء بل يجب أن يكون صدر حكم بالفعل ببطلان عقد الأساس⁽⁵⁴⁾، ضف إلى ذلك أنه طبقا لمبدأ استقلالية التزام البنك ونتائجه المتمثلة في عدم جواز الاحتجاج بالدفع المستمدة من عقد الأساس، فإنه يترتب على ذلك عدم امتداد آثار البدء في إجراءات طلب بطلان عقد الأساس إلى استقلالية خطاب الضمان⁽⁵⁵⁾.

إن المادة 2/19 ب من الاتفاقية تثير إشكالات وتساؤلات إذا كان الحكم الصادر بإعلان بطلان عقد الأساس حكما نهائيا أم ابتدائيا وبالتالي قابل للطعن، إذ أن المادة لم تفصح على ذلك صراحة خاصة وأنه تختلف تشريعات مختلف الدول في ذلك، فإذا كانت القاعدة هي نهائية الحكم تسود معظم الدول إلا أن هناك تشريعات تجيز استئناف حكم التحكيم، في هذه الحالة واستنادا إلى أحكام الاتفاقية فإنها تحيلنا في حالة عدم وجود نص إلى القواعد والأعراف المتعارف عليها في الممارسات الخاصة بالضمانات وبالتالي فإنه يلزم مراعاتها⁽⁵⁶⁾.

وأخيرا فإن تمسك البنك الضامن بالبطلان لا يعد مساسا بمبدأ الاستقلال، فالبنك لا يعتمد في تقرير ذلك بالرجوع إلى عقد الأساس، فالبنك يستخلص هذا البطلان من خلال الحكم المقدم القاضي بالبطلان.

ثالثا: حسن تنفيذ عقد الأساس كما طلب المستفيد

نصت على هذه الحالة المادة 2/19 ج بقولها: "لأغراض الفقرة (ج) من الفقرة (1) من هذه المادة ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة.

ج- حيث لا يكون هناك شك في أن الالتزام الأصلي قد تم أدائه على نحو يرضي المستفيد".

فحسب هذه الحالة أن العميل الأمر نفذ جميع التزاماته اتجاه المستفيد دون أي شك، بمعنى تنفيذ ما تم الاتفاق عليه مع المستفيد في عقد الأساس على نحو يرضي المستفيد وبأكمل وجه مع تقديم مستندات تثبت حسن تنفيذ العميل لالتزاماته كشهادة صادرة من خبير قضائي مثلا، وبالتالي فأى طلب من المستفيد بعد ذلك يعد غشا يمنع من استجابة البنك لطلبه، كما أن إثبات حسن تنفيذ العقد الأساسي وتأكد البنك الضامن من هذا التنفيذ لا يكون بالرجوع للعقد وإنما من خلال المستندات المقدمة من المستفيد أو وكيله أو خبير قضائي مثلا⁽⁵⁷⁾.

وقد اشترطت الفقرة (ج) شرطا جوهريا في حالة حسن التنفيذ وهو أن يكون هذا التنفيذ مرضيا للمستفيد أي من جهة هذا الأخير، وهذا ليس بالأمر السهل في الواقع إذ قد يتعنت المستفيد في درجة إتقان العمل ومدى تنفيذه على النحو الذي يرضيه، لذا يرى بعض الفقه أنه يجب تفسير هذا الاستثناء تفسيرا ضيقا وبالتالي متى اقتنع البنك بحسن التنفيذ عليه الامتناع عن الدفع⁽⁵⁸⁾.

أما إذا كانت المستندات المقدمة لا تقطع بوجود غش من المستفيد فلا يقم البنك الضامن في علاقة العميل بالمستفيد للتأكد من ذلك مراعاة لاستقلال التزام البنك، لذلك وحتى يحمي العميل الأمر نفسه من تعسف المستفيد في طلب قيمة الضمان، إذا كان يحمل شهادات مصادق عليها من المستفيد بأنه وفي بجميع التزاماته اتجاهه له أن يقدمها للبنك وحتى قبل طلب المستفيد ليثبت سوء نيته، وعليه فتقدير الطابع التعسفي يكون أولا للبنوك ثم للقضاء⁽⁵⁹⁾.

رابعا: عدم أداء الالتزام الأصلي لصدور تصرف معيب من المستفيد

نصت على هذه الحالة المادة 2/19 د بنصها: " حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب معتمد من المستفيد نفسه".

فبمقتضى هذه الفقرة إذا كان السبب في عدم تنفيذ عقد الأساس راجع إلى سلوك معتمد من المستفيد فإن طلب هذا الأخير لقيمة خطاب الضمان في هذه الحالة يعد تعسفا ظاهرا ينعدم فيه الأساس القانوني لمطالبته، وقد اشترطت المادة في الفقرة (د) من التعهد إضافة إلى الفعل ذاته أن يكون المستفيد قاصدا عدم تنفيذ الالتزام⁽⁶⁰⁾.

تفترض هذه الحالة أن المستفيد هو الذي حال دون تنفيذ عقد الأساس أو أداء العميل لالتزاماته فالسبب هو فعل المستفيد المتعمد، حيث قام بأفعال من شأنها أن تعرقل العميل الأمر عن تنفيذ التزاماته الناتجة عن عقد الأساس، أو كان هو السبب في تأخير العميل عن أداء التزاماته، لذا فكل عمل عمدي يهدف به المستفيد إلى عدم تنفيذ العميل لالتزاماته أو عرقلته في ذلك يعد تعسفا لأنه بهذا يكون المستفيد قد خرق الحدود المعقولة لحسن النية التي تسود العلاقات الدولية، كما يكون قد أساء مبدأ الاستقلال وسعى للحصول على ما ليس من حقه مما يكشف عن سوء النية لديه، ومن جهة أخرى كذلك متى قام المستفيد بفسخ عقد الأساس ومع ذلك قام بطلب الوفاء فهذا يعد تعسفا، ويكون كذلك متعسفا إذا كان هو المتسبب في تأخر العميل عن أداء التزاماته ومع ذلك قام بالمطالبة بالوفاء⁽⁶¹⁾.

فإذا طلب المستفيد قيمة الضمان بالرغم من تسببه في عدم تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته حسب عقد الأساس، للبنك أن يتمتع عن الوفاء على أساس التعسف الظاهر من المستفيد، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07-06-1994 بأن: "الطلب المقدم من العميل الأمر في الضمان لدى أول طلب لاستيراد مبلغها من المستفيد يكون مقبولا، بشرط أن يثبت أن المستفيد قد حصل عليها دون وجه حق، بأن يثبت قيامه هو بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو بإثبات أن عدم التنفيذ كان راجعا إلى خطأ المستفيد أو بسبب بطلان عقد الأساس، وهذا دون أن يكون عليه أن يبرر بغش أو تعسف ظاهر"⁽⁶²⁾.

خامسا: الغش من البنك المباشر اتجاه البنك المقابل

في هذه الحالة يكون الغش صادر من البنك المباشر في طلبه الوفاء من البنك المقابل وهو ما نصت عليه المادة 02/19/هـ من اتفاقية الأمم المتحدة: "في حالة مطالبة بمقتضى كفالة مقابلة، حيث يكون المستفيد من الكفالة المقابلة قد قام بالسداد بسوء نية اعتباره الكفيل/المصدر للتعهد الذي تتعلق به الكفالة المقابلة".

البنك المباشر هو البنك الموجود في بلد المستفيد والذي يقوم بالوفاء بخطاب الضمان للمستفيد في حال طلب هذا الأخير له، أما البنك المقابل فهو البنك الموجود في بلد العميل الأمر، وهو من وجه له العميل الأمر بفتح خطاب الضمان، ويلتزم البنك المقابل اتجاه البنك المباشر بالوفاء إذا قام هذا الأخير بالوفاء للمستفيد بدون غش على الرغم من الاستقلال الموجود بين العلاقة التي تربط البنك المقابل لعدم تحقق المطالبة، وعليه فلن يلتزم البنك بتحريك الضمان إلا إذا طلبه المستفيد، فإذا طلب المستفيد مبلغ الضمان دون غش أو تعسف فيستجيب البنك المباشر لطلبه ويوفي له، ثم يقوم هذا الأخير بطلب الوفاء من البنك المقابل فلا يملك هذا الأخير إلا أن يوفي للبنك المباشر ما دفعه، وهنا لا يوجد أي إشكالية لكن يثور الإشكال في حالة مطالبة المستفيد دون وجه حق، أي المطالبة القائمة على غش وما هو موقف البنك المباشر من هذا الطلب وأثر ذلك على التزام البنك المقابل اتجاه البنك المباشر، ففي هذه الحالة نميز بين حالتين⁽⁶³⁾ هما:

_ حالة عدم علم البنك المباشر بغش المستفيد ولم يكن في مقدوره أي يعلم بذلك، فقام بالوفاء للمستفيد بناء على التزامه اتجاهه بخطاب الضمان، فهنا لا يتحمل البنك المباشر المسؤولية وله مطالبة البنك المقابل بقيمة الضمان الذي يلتزم بالوفاء به حتى ولو علم البنك المباشر بغش المستفيد بعد الوفاء إذ العبرة هي بوقت الوفاء، غير أن جانب من الفقه يرى أن البنك المقابل يتمتع عن الوفاء للبنك المباشر في حالة غش المستفيد حتى ولو لم يعلم البنك المباشر بغش المستفيد على أساس استقلال الضامين عن بعضهما غير أن هذا الرأي كان منتقدا⁽⁶⁴⁾.

_ أما في حالة علم البنك المباشر بغش المستفيد فإنه يعتبر شريكا في ذلك ومتواطئا مع المستفيد⁽⁶⁵⁾، ففي هذه الحالة يقوم البنك المباشر (المثبت للضمان) بطلب مبلغ الضمان من البنك المقابل بالرغم من علمه بالتعسف

الصادر من المستفيد، وهذه الحالة هي التي قصدها المادة 2/19 هـ من الاتفاقية، والشرط الجوهري لإعمال هذه الحالة هو وضع سوء نية والقصد العمدي وعلم البنك المباشر (المثبت) بغش المستفيد لحظة الدفع وهو ما أخذت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2003/11/16 حيث قضت بضرورة علم البنك المثبت بالغش لحظة وفائه للمستفيد بقيمة الضمان أو تواطؤ صريح بينهم⁽⁶⁶⁾.

المطلب الثاني: موقف الفقه و القضاء من أثر الغش أو التعسف الظاهر على استقلال التزام البنك

إن التزام البنك في خطاب الضمان هو التزام مستقل من الروابط العقدية الأخرى، ولقد اقر الفقه إلى جانب هذا المبدأ استثناء مفاده أن هذه الاستقلالية تتعطل عند توفر الغش أو التعسف (الفرع الأول)، كما اقر الاجتهاد القضائي خاصة الفرنسي ذلك تماشيا مع قاعدة الغش يفسد كل شيء الفرع (الفرع الثاني)، إذ أن هذه القاعدة استقرت في جميع الأنظمة القانونية وفي مجال التجاري الدولية⁽⁶⁷⁾.

الفرع الأول: موقف الفقه المقارن من أثر الغش على مبدأ استقلال التزام البنك

لقد تم الإجماع تقريبا على التأكيد على مبدأ استقلال البنك في خطاب الضمان إلا أنهم رغم تأكيدهم على ذلك لم يترددوا في إدراج استثناء على المبدأ في حالة غش المستفيد أو تعسفه وهذا كله سواء في الفقه الغربي أم العربي⁽⁶⁸⁾.

يعتبر الفقيه الفرنسي Vasseur أن على القاضي أن لا يتردد في رد كل طلب يعرقل تنفيذ الضمان عندما يكون نصه واضح وصريح، ذلك أن المحاكم باتت مقتنعة بأن آلية الضمان تشكل جوهر التجارة الخارجية، وفي حالة الغش الفاضح فقط تتقبل المحاكم المراجعات لأنها بحسب الاتفاق لا تكون معنية أصلا بالنزاعات بين الأمر والمستفيد وليس للمصدرين أن يعولوا على تدخل المحاكم في أي بلد كان إلا عندما يكون الطلب تعسفيا أو مستندا إلى غش فاضح⁽⁶⁹⁾.

أما الفقيه دوهم Doham فيذهب إلى ضرورة الأخذ بالغش عندما يكون أثره مباشرا على التنفيذ ويكون مغايرا لحسن النية بشكل فاضح، كلما كان المستفيد لا يتمتع بأي حق اتجاه العميل الأمر، ويؤكد الدكتور جمال الدين عوض على استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان ولا يستثنيه من هذا الاستقلال إلا حالة الغش أو التعسف الظاهر التي تستبعد استقلال العلاقات وتدمجها ببعضها بحيث تجيز النظر في كل منها والتمسك اتجاه المستفيد بغش صادر منه في طلبه الوفاء، أي يمكن النظر في عقد الأساس لمعرفة ما إذا كان للمستفيد حق منه ويتمسك عليه بالدفع المستمدة منه، خلافا للأصل وهو استقلال التوقيعات الذي يمنع النظر في علاقة خارجية عن الخطاب حماية للمستفيد⁽⁷⁰⁾.

ذهب بعض الفقه الأجني من منح محكمة النقض حق الإشراف على تكييف مسألة الغش ومدى ثبوته، غير أن ما يجب التنويه إليه وهو أن هذا الاستثناء لم يعد محل خلاف بعد نفاذ اتفاقية الأمم المتحدة بين الأنظمة القانونية المقارنة باستثناء بعض الدول العربية⁽⁷¹⁾.

الفرع الثاني: موقف القضاء المقارن من أثر الغش على مبدأ استقلال التزام البنك

من أكثر القضاء الذي اعترف بتراجع مبدأ استقلال التزام البنك أمام حالة الغش الواضح هو القضاء الفرنسي الذي كرس في العديد من أحكامه الصادرة من جميع درجات التقاضي هذا الاستثناء، سواء قضاء محكمة النقض أم المحاكم الاستثنائية أو محاكم أول درجة، إذ اعترفت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها بهذا الاستثناء، ففي حكمها الصادر بتاريخ 1993/01/12 قضت بأن: " طلب المستفيد للضمان قد شابه الغش، حيث قام بطلب الضمان مع أنه يعلم بضرورة رد هذه المبالغ بعد ذلك وذلك لانعدام الأساس القانوني للطلب"⁽⁷²⁾، كما قضت كذلك بتاريخ 1985/12/11 بوجود الغش وهو الطرق الاحتيالية الصادرة من المستفيد، وأكدت على الغش الواضح وأنه حسب ما هو ظاهر لا يوجد أي شك على وجود الغش الذي يعطل مبدأ الاستقلال وما على المحكمة في حالة الغش إلا أن تحكم بوقف الدفع⁽⁷³⁾.

كذلك قضت محكمة باريس بتاريخ 1992/06/17 بأن البنك الأجنبي كان على علم بالغش المقترف من المستفيد في طلبه للضمان، وبالتالي يوجد السبب لتأكيد منع البنك الضامن المقابل من التنفيذ، حيث يثبت التواطؤ بين المستفيد والبنك الأجنبي، فالمحكمة أخذت بالتواطؤ والحيل العمدية بين الضامن المباشر (المثبت) والمستفيد، وذلك إذا كان الضامن المباشر لحظة وفائه ليس فقط عالما بغشه وإنما قام بالوفاء له بموجب اشتراك صريح وغش ظاهر للإضرار بالضامن المقابل والعميل، وهذا ما جاء في المادة 19 من اتفاقية الأمم المتحدة كحالة من حالات الغش التي جاءت بها (74).

فمن خلال ذلك يتأكد استقرار القضاء الفرنسي على قاعدة الغش يفسد كل شيء ووقف تنفيذ الضمانات في حالة الطلبات التعسفية أو التي طرأ عليها الغش، و ما يؤكد أخذه بهذه القاعدة كذلك قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن (75).

أما عن أحكام القضاء العربي فيما يخص أثر الغش على استقلال التزام البنك، فإنه نادر فيه الأحكام التي تقرر بشكل صريح ومباشر أثر الغش على استقلال التزام البنك في خطاب الضمان (76)، فالقضاء المصري لم يتعرض بجميع درجاته إلى مسألة الغش في مجال خطابات الضمان غير أن هذا لا يعني أنه لم يأخذ بفكرة الغش كاستثناء لمبدأ استقلال البنك، فهناك من يرى أن سبب ذلك راجع إلى عدم وجود نص تشريعي يحكم المسألة سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي خاصة قبل صدور اتفاقية الأمم المتحدة الدولية للضمانات المستقلة لسنة 1995. و في نفس الاتجاه ذهب القضاء البلجيكي في حكم صادر عن محكمة بروكسل بتاريخ 30 جانفي 1990 (77)، كما أن القضاء الإنجليزي أخذ بالغش المانع من الوفاء كاستثناء على التزام البنك بالوفاء للمستفيد لأن مطالبة المستفيد ليس لها أي أساس قانوني مما يستلزم على البنك عدم الوفاء له (78).

أما على المستوى الداخلي فقانون التجارة المصري القديم لم يكن يتضمن في نصوصه تنظيم خطاب الضمان، وحتى بعد صدور القانون التجاري الجديد لسنة 1999 أي بعد اتفاقية الأمم المتحدة، إلا أنه لم يتأثر بها ويقتبس منها نص يعالج الغش لكن من جهة أخرى يمكن إكمال نص المادة 355 فقرة 2 من القانون التجاري والتي نصت على سريان القواعد والأعراف والعادات السائدة في المعاملات الدولية في شأن خطابات الضمان أحد مصادر الضمانات المستقلة فيما لم يرد بشأنه نص، وبما أن مسألة الغش لم يتم ذكرها فيجوز الرجوع لهذه القواعد والأعراف، ومنها اتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة المادة 19 منها خاصة (79).

ومع هذا فإن بعض أحكام القضاء المصري أخذت بطريقة غير مباشرة بأثر الغش على استقلال التزام البنك وأن الغش باعتباره يفسد كل شيء يجيز للبنك الامتناع عن الوفاء للمستفيد، وهو ما أخذت به محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 1997/11/19 (80).

وعليه نستنتج أن القضاء المصري يؤكد على أن الأصل هو استقلال التزام البنك، وأن هذا الأصل يرد عليه استثناء وهو في حالة الغش أو التعسف الظاهر من المستفيد في طلب قيمة خطاب الضمان. كما سلم القضاء الإماراتي بأثر الغش من المستفيد على استقلال التزام البنك وأن هذا الأخير لا يقوم بالوفاء كما أجاز الحجز على مبلغ الضمان بناء على طلب العميل الأمر، وهو ما أخذت به كذلك محكمة التمييز بالكويت حيث قضت أنه وإذا ألزم الحكم البنك بمبلغ الضمان على أساس أن التزامه بالوفاء مستقل لا يتأثر بالعلاقة بين الشريكتين، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح، فالمحكمة أقرت في حكمها بما يفيد بأن البنك الضامن لا يمتنع عن طلب تسهيل الضمان إلا إذا كان الطلب منطويا على غش (81).

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فلا يوجد قرارات قضائية بخصوص أثر الغش على استقلال التزام البنك، إلى غاية سنة 2010 أين صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/08 (82)، حيث ميزت المحكمة العليا في هذا الصدد بين الكفالة البنكية الدولية و الكفالة الشخصية، حيث ذهب إلى أنه لا ينبغي الخلط بين الكفالة البنكية الداخلة في المعاملات المصرفية العالمية الخاضعة لأعراف الدولية، و بين الكفالة الشخصية الخاضعة للقانون

المدني، كما أن الكفالة البنكية مشروطة الدفع عند أول طلب، و غير قابلة للطعن و غير موقوفة بأي شرط، كما انه يشترط في الكفالة الشخصية أن يكون الكفيل موسرا و مقيما بالجزائر، كما انه و من خلال حيثيات القرار نجد أن المحكمة العليا أن المادة 646 من القانون المدني لا تطبق على الكفالة البنكية التي تنظمها الأعراف الدولية، بل تطبق هذه المادة على الكفالة الشخصية التي يشترط فيها أن يكون الكفيل موسرا و مقيما بالجزائر.

و عليه فعملية إصدار خطاب الضمان البنكي و تنفيذه في النظام الجزائري تخضع إلى الأعراف البنكية الدولية التي ساهمت في نشأته و تطوير قواعده⁽⁸³⁾، يفهم من خلال القرار أنه في حالة وجود أي فراغ قانوني يمكن للقاضي الرجوع إلى القواعد و الأعراف الموحدة لخطاب للضمان، نشرة رقم 458 الصادرة سنة 1992 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية المعدلة بموجب النشرة رقم 758، المتعلقة بالضمانات لدى الطلب، غير انه و بالرجوع إلى القرار و بالرغم من أنه ينص على الضمان الدولي المستقل الذي يختلف عن أحكام الكفالة التي تخص لأحكام القانون المدني، إلا أنه استعمل مصطلح كفالة بنكية، مثله مثل اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة الصادرة سنة 1995، و التي لم يأخذ بها القانون الجزائري⁽⁸⁴⁾.

من خلال آراء الفقه وموقف القضاء نستنتج أن استقلال التزام البنك في خطاب الضمان يتراجع أمام غش المستفيد أو تعسفه في طلب قيمة خطاب الضمان، دون أن يكون ذلك مخالفا لتعهد بالدفع عند الطلب لأن القاعدة تنص على ان الغش يفسد كل شيء، مسايرين في ذلك اتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة.

خاتمة:

عالجت اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة الصادرة سنة 1995 موضوع الغش الصادر من المستفيد في نص المادة التاسعة عشرة منها، غير انه ما يعاب على الاتفاقية أنها لم تقم بإعطاء تعريف للغش مما أدى إلى تدخل الفقه و القضاء في ذلك محاولين إيجاد تعريف له يتماشى مع نصوص الاتفاقية، كما اشترطت الاتفاقية في الغش المانع من الوفاء أن يكون واضحا لا يحتاج الرجوع إلى عقد الأساس لإثباته، إذ أن الغش لا يفترض و لا يكون مجرد وهم و اعتقاد بوجوده بل لا بد ان يكون واضحا وفقاً للعين. وقد خصصت نص المادة 19 من الاتفاقية الحالات التي يتصور فيها صدور الغش سواء كان الغش بمفهومه الضيق عن طريق الاستعانة بوسائل احتيالية كتزوير المستندات المطلوبة، أو بمفهومه الموسع كتعسف المستفيد في استعمال حقه المقرر له بموجب خطاب الضمان.

إن أثر الغش على مبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان هو امتناعه عن الوفاء، خاصة في الحالات التي يكون فيها العميل الأمر قد نفذ كل التزاماته الناشئة عن عقد الأساس، فإذا كان مبدأ استقلال التزام البنك يتجه إلى حماية مصالح المستفيد، غير أنه يجب على هذا الأخير أن يكون أميناً في استخدام هذه الضمانة، وأن لا يخرج بها عن حدود الغرض الذي خصصت له، وما يوجبه كذلك مبدأ حسن النية في المعاملات و أن لا يستخدمه كوسيلة للحصول على حقوق ليست له، و بالرجوع إلى التشريع الجزائري و في ظل قلة النصوص القانونية الخاصة التي تعالج خطاب الضمان بصفة عامة و الغش بصفة عامة، كان من الأحسن لو أخذ المشرع الجزائري باتفاقية الأم المتحدة للكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة.

الهوامش:

1-نظام رقم 07-01 المؤرخ في 07 فيفري 2007، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 2007/05/31 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج بالعملة الصعبة، معدل و متمم بنظام رقم 11-06 المؤرخ بتاريخ 19 أكتوبر 2001، جريدة رسمية عدد 8 المؤرخة بتاريخ 2012/02/15.

2- تنص المادة 02 فقرة 03 من نظام 01-07 على: "يجب أن يغطي هذا النوع من الضمان مسبقا من طرف عقد مقابل الضمان، صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى لصالح البنك الوسيط المعتمد".

_ النظام 01_07 اشترط ضرورة وجود ضمان مقابل، ففي حالة صدور خطاب الضمان من عميل جزائري و إذا كان المستفيد من الضمان بموجب عقد الأساس أجنبي، فالضمانات الصادر من البنك الجزائري يجب أن تكون مضمونة من بنك خارجي بناء على طلب البنك المحلي، و كما القول لا تقبل البنوك المحلية إلا خطابات الضمان المصرفية الصادرة من بنوك الدرجة الأولى أو يطلب البنك المحلي من البنك الأجنبي تقديمك ضمان مقابل من احد بنوك الدرجة الأولى، و عليه فالمشرع الجزائري و بهذه الطريقة لا يقوم إلا بتأكيد قواعد التجارة الدولية المتعلقة بالضمان المقابل أو ما يعرف بالضمانات غير المباشرة، AIT MOKHTAR Fatma-Zohra, l'ambivalence de la garantie indépendante, UNIVERSITE MOULOUD MAMMERI DE TIZI-OUZOU, faculté de droit, 2005, p18.

3_ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة الصادرة

سنة 1995، François Ott, Pascal Matthey, le commerce international des marchandises, www.uncitral.org, L.G.D.J, France, 2010, p85, Jean-Pierre Mattout, droit bancaire international, REVUE BANQUE, France, 4^{ème} édition, 2009, p241

4- اتفاقية فيينا المؤرخة بتاريخ 11 أبريل 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع، www.uncitral.org.

_ هناك عدة اتفاقيات دولية نظمت عقد البيع الدولي إضافة إلى اتفاقية فيينا منها:

اتفاقية نيويورك 1958، المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، انضمت الجزائر الى هذه الاتفاقية بتحفظ بموجب المرسوم 233_88 الصادر بتاريخ 5 نوفمبر 1988، جريدة رسمية عدد 48، الصادرة بتاريخ 1988/11/23، المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، اتفاقية لاهاي 15 جوان 1955 بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، اتفاقية لاهاي 1 جويلية 1964 بشأن البيع الدولي للمنفولات المادية، اتفاقية لاهاي 22 ديسمبر 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي، Yessad Houria, le contrat de vente internationale de marchandises, thèse pour le doctorat en droit, UNIVERSITE MOULOUD MAMMERI, TIZI-OUZO, 2008, 46,47

5_ الجدير بالذكر أن بعض المنظمات الإقليمية قد اهتمت بموضوع غش المستفيد و تعسفه في الضمانات المستقلة، و من بين هذه المنظمات نذكر العمل الموحد للمنظمة الإفريقية لقانون الأعمال في الدول الإفريقية المعروفة باسم OHADA و وضعت في 1997/04/17 و دخلت حيز التنفيذ في 1998/01/01، إذ قامت بعض الدول الإفريقية بإعداد قانون موحد لخطابات الضمان رغبة منها في توحيد قواعد الضمانات المستقلة، Jean – Clary OTOUMOU, la lettre de garantie OHDA , Revue de droit des affaires internationales forum européenne de la communication, Paris, N° 1999, p 225.

6_ معن الجربا، الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة، وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة و قواعد غرفة التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2014، ص 201.

7_ أجمع الفقه و القضاء على ضرورة وضوح الغش بأن يكون واضحا بذاته، لا يحتاج إلى عنصر خارجي بمعنى أن تكون المطالبة بصرف مبلغ الضمان مبنية على غش ظاهرا وثابتا بدليل لا يقبل المناقشة، وهذا ما أكدته اتفاقية الأمم المتحدة في المادة تسعة عشر (19)، لذا فإنه إذا كانت المطالبة تعسفية أو قائمة على غش فلا بد من وجود عناصر ملموسة تفترض سوء نية المستفيد والتي يكمن مصدرها في العقد الأصلي غير أن هذا ليس من شأنه التأثير في استقلالية الالتزام بالضمان وعليه فلا يكفي مجرد الادعاء بوجود غش أو تعسف. سميرة أبو نسيم، خطابات الضمان دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر و المغرب و فرنسا، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة طنطا، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، 2009، ص 155، AIT MOKHTAR Fatma-Zohra, op.cit, 2005, p71.

8_ حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية اليونسسترال 1995، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون العدد الخمسون، جمادى الأولى، 1433، أبريل 2016، ص 38.

10_ طلال علي سليمان الشوبكي، اثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص 77.

10- معن الجربا، مرجع سابق، ص 204.

1- حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 43.

12- باسم محمد أبو صفين، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تليه الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2003، ص 113،

- ¹³- سوزان علي محمد أبو جماعة، استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، قسم القانون، 2005، ص 95.
- ¹⁴- يخرج من حالات الغش الحالات التي ترجع إلى صيغة خطاب الضمان ذاتها ومثالها، حالة الضمان الذي لم يبدأ بعد حالة الضمان الذي انتهت مدة صلاحيته، حالة الضمان الباطل لعيب فيه، أو لمخالفته النظام العام، حالة الضمان الذي اعترض المستفيد عليه فلم ينقذ، حالة الطلب المخالف لشروط، وأحكام ضمان صحيح على ذاته، علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، مصر، 1991، ص 226.
- ¹⁵- ماجد فهد محمد بن دخيل، النظام القانوني لخطاب الضمان البنكي في المملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون تجاري، جامعة حلوان، كلية الحقوق، الدراسات العليا، 2009، ص 78 و- Jean Louis Rives-lange, Monique-Raynaud, droit bancaire, dalloz, France, 6 eme édition, 1995, P733.
- ¹⁶- لا يمكن القول بوجود غش من المستفيد على خطاب الضمان إلا إذا كان طلبا صحيحا للوفاء بخطاب ضمان صحيح مكتمل العناصر وساري المفعول، وبالتالي لا يكون طلب المستفيد بالوفاء بالخطاب غش إذا تمسك البنك الضامن بالرفض لأسباب موضوعية في الخطاب ذاته، كحالة الخطاب المنتهي الصلاحية، ذلك أنه لم يعد يوجد حق للمستفيد فيه للقول أن طلبه فيه غش منه، أو إن ذلك الخطاب الباطل لعيب فيه أو لمخالفته النظام العام أو الخطاب الذي اعترض عليه المستفيد فلم ينقذ فهنا يكون رفض الوفاء من البنك قائم على أسباب موضوعية في ذات الضمان وليس لوجود غش من المستفيد، طلال علي سليمان الشوبكي، مرجع سابق، 2015، ص 84.
- 17_Bachir Georges Sabeh-Affaki, l'unification internationale du droit des garanties indépendantes, tome1, thèse pour le doctorat en droit, UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS, droit, économie, sciences sociales, paris 2, 1995, P401.
- ¹⁸_ معن الجربا، مرجع سابق، ص 227.
- ¹⁹- سوزان علي محمد أبو جماعة، مرجع سابق، ص 97.
- ²⁰- عادل إبراهيم السيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1996، ص 123.
- ²¹- قد يصدر من العميل الأمر ضمانين لصالح مستفيد واحد، كأن يكون أحدهما لضمان حسن التنفيذ والآخر لاسترداد الدفعة المقدمة فهنا يثور إشكال عن مدى تأثير الغش الواضح على أحد الضمانين على الآخر وللإجابة على هذا الإشكال فنظرا لاستقلال كل ضمان عن الآخر، وبالرغم من وضوح الغش من المستفيد في أحد الضمانين إلا أن ذلك لا يعني أن يأخذ البنك الأمور بمجملها ليقطع الغش في الضمانين ليمتنع عن الوفاء بهما ولكن عليه أن يمنع عن الدفع فقط بالنسبة للضمان الذي وضح فيه الغش دون الآخر، حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 76.
- ²²- حاتم محمد عبد الرحمن، العمليات المصرفية المستقلة و المشكلات المرتبطة بتنفيذها، دراسة في أثر الغش على استقلال الاعتمادات المستندية و خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 75.
- 23- Nabil Sobeih, la lettre de garantie internationale, thèse pour le doctorat d'état en droit, université Panthéon Sorbonne, sciences économiques, sciences humaines, sciences juridiques, "PARIS 1, 1989, p 396.
- ²⁴- فيكتور خليل تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، 2005، ص 493.
- ²⁵- هذا فيما يخص الإشكال فما يجب أن يكون الغش صادرا من المستفيد نفسه حتى يمنع البنك عن الوفاء أم يمكن أن يكون صادر عن الغير، أما فيما يخص إشكالية الغش الصادر من العميل الأمر بخصوص فتح الاعتماد و هل يعد غشا فالإجابة عليه يكون تطبيقا لمبدأ استقلال التزام البنك و فصل سلسلة العقود الناتجة عن خطاب الضمان فإن سلوك المستفيد اتجاه البنك و ليس سلوك العميل اتجاه هذا الأخير هو الذي يحدد صدور الغش بالمعنى الفتي على خطاب الضمان، و بالتالي فإن الغش الصادر بخصوص فتح الاعتماد لا يبرر رفض الوفاء بل من الضروري صدور الغش من جانب المستفيد اتجاه البنك و عدم الاعتداد بأي غش آخر صادر بشأن علاقة أخرى، و بالتالي فإن الغش في مجال خطابات الضمان لا يظهر إلا في مرحلة تنفيذ الالتزام، أما الغش في فتح الاعتماد فيتمثل في تكوين العقد و إنشاؤه و هو ما يخرج من نطاق الغش حسب شروط الغش المانع للوفاء في خطاب الضمان، باسم محمد أبو صفية، مرجع سابق، ص 120.

- ²⁶ - من خلال الأحكام القضائية التي تم شرحها سابقا نجد أنها تناولت فقط مسألة الغش الصادر من المستفيد، دون أن تتعرض إلى مسألة وإحالة الغش الصادر من العميل الأمر أو من قبل شخص الغير، و هو ما لم تنص عليه اتفاقية الأمم المتحدة، و يمكن سواء من أطرافه أو الغير سوى المستفيد، طلال علي سليمان الشوبكي، مرجع سابق، ص 90.
- ²⁷ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 235.
- ²⁸ - عادل ابراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 123، سوزان علي أبو جماعة، مرجع سابق، ص 97.
- ²⁹ - طلال علي سليمان الشوبكي، المرجع نفسه، ص 91 .
- ³⁰ - باسم محمد محمد أبو صفية، مرجع سابق، ص 119.
- ³¹ - يقصد بالغير كل من لم يكن له بالمستفيد أما النائب المستفيد أو وكيله فلا يعدان من الغير لمسؤولية المستفيد عن أعمالهم و يعتبر سمسار الشحن مثلا من الغير، خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص 499، هامش رقم 1.
- ³² - تعد خطابات الضمان الملاحية إحدى الأدوات التي يلجأ إليها أطراف العلاقات البحرية بصفة عامة و عقد النقل البحري بصفة خاصة لضمان حسن تنفيذ تلك العلاقات أو هذه العقود، فحسن تنفيذ هذه الأخيرة من ناحية، و قيام سند الشحن البحري بدوره في تمثيل البضاعة أثناء النقل من ناحية أخرى يقتضيان إصدار هذا النوع من الخطابات لدرجة يمكن معها القول بأن هذه الأخيرة تعد ضمان لحماية تلك المعاملات و توفير الثقة بين أطرافها، كذلك فإن هذا اللجوء يضيف على خطابات الضمان الملاحية نوعا من التفرد و شيئا من الذاتية، موسى محمد إبراهيم، خطابات الضمان الملاحية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، دار المنظومة، مصر، 2011، ص 968.
- ³³ - طلال علي سليمان الشوبكي، مرجع سابق، ص 93.
- ³⁴ - معن الجربا، مرجع سابق، ص 234.
- ³⁵ - هناك من يرى خلاف لذلك أن إثبات الغش أو التعسف يقتضي العودة إلى عقد الأساس الذي يربط الأمر بالمستفيد إذ يجد أن مصدرهما فيه، فالقول بالعودة إلى عقد الأساس للإقرار بوجود التعسف أو الغش من عدمه يعني أن هناك ترابطا بين العقد الأساسي وخطاب الضمان وليس علاقة تبعية، إذ أنه يجب عدم إفاء الضمان إلا عند الإثبات الجازم بأن ادعاء المستفيد لا سند له في العقد الأساس وبالتالي فإن الغش أو التعسف لا يمكن تحديدهما إلا انطلاقا من العقد الأساس، فأخذها بعين الاعتبار لا يعني فقط وجود رابط واقعي بين التزام البنك الضامن وعقد الأساس إنما أيضا رابط قانوني كما أن العقد الأساسي يشكل سببا لخطاب لاضمان، وأن هذا الترابط بين العقد الأساسي والضمان لا يسقط مبدأ استقلالية الضمان عند الطلب إذ لا يؤخذ بهذا الغش أو التعسف لتعطيل هذا المبدأ إلا بشروط جازمة صارمة اشتراط الطابع البين، كما لا يؤخذ بالعقد الأساسي إلا في حدود، مما يجعل استقلال الضمان استقلال شبه مطلق وليس مطلق بشكل كامل، غير أن هذا الرأي لم يأخذ به أغلب الفقه والقضاء، بسام عاطف المهتار، مايا سليت مشرفية، الضمانة عند الطلب، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009، ص 129.
- ³⁶ - عماد أحمد عيسى أبو صد، أحكام خطابات الضمان المصرفية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 1995، ص 102، باسم محمد محمد أبو صفية، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، 20032، ص 117.
- ³⁷ - خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص 496، 497.
- ³⁸ - في القانون الأمريكي الموحد يفترض صحة واقعة الغش المدعي بها من قبل المدعي العميل ويعد ذلك جائزا طالما لم يتم دليل على عكس ذلك، فيفترض التسليم بالغش من جانب المحكمة وذلك من أجل التأكد من صحة الدعوى، وفي دعوى تقدم بها المستفيد بدفع لرفض الدعوى لعدم وجود سبب للدعوى رفضت المحكمة طلب المستفيد وذلك على افتراضها صحة الوقائع المدعاة من المدعي طالب وقف الصرف، حاتم محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 72.
- ³⁸ - معن الجربا، مرجع سابق، ص 233.
- ³⁹ - بسام عاطف المهتار مايا سليت مشرفية، مرجع سابق، ص 107.
- ⁴⁰ - معن الجربا، مرجع سابق، ص 206.
- ⁴¹ - معن الجربا، المرجع نفسه، ص 231.
- ⁴² - معن الجربا، المرجع نفسه، ص 232.
- ⁴³ - Nabil Sobeih, op.cit, p396
- ⁴⁴ - خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص 463.

- 45- طبقا للقضاء الإنجليزي تعد المستندات مزورة ما دامت تجمل تاريخا غير التاريخ المذكور في خطاب لاضمات، حتى ولو كانت المستندات تدل فعلا على شحن البضاعة، إذ أن مجرد تغيير التاريخ عن تاريخ الخطاب يعد تزويرا يجيز للبنك الامتناع عن الوفاء للمستفيد، هذا في قضية عرضت على القضاء الإنجليزي تم تأريخ سند الشحن بتاريخ سابق على تاريخ سند الشحن الفعلي لإعطاء الانطباع أن البضائع تم شحنها في تاريخ يتفق مع ما تطلبه الخطاب، فقضت المحكمة أن للبنك الحق على عدم الوفاء لأن التزام هذا الأخير بالدفع يكون عندما يتم التقدم إليه بمستندات سليمة، وبما أن البنك أدرك أن المستند مصطلح فيجب عليه عدم الدفع، حاتم محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 266.
- 46- معن الجربا، مرجع سابق، ص 207.
- 47- عادل ابراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 220.
- 48- أنظر المواد 14 فقرة واحد و المادة 16 من اتفاقية الأمم المتحدة .
- 49- معن الجربا، مرجع سابق، ص 208.
- 50- فيكتور خليل تادرس، مرجع سابق، ص 451.
- 51- حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 68.
- 52- أصبحت الحاجة ماسة إلى شرط التحكيم باعتباره الطريقة المثلى لفض النزاعات الناشئة عن العقود التجارية الدولية، ويقصد بالتحكيم ذلك الاتفاق الذي تبرمه الأطراف مقدما في عقد ما (مثل عقد البيع الدولي للبضائع) بأن تخضع المنازعات التي تنشأ عنه مستقبلا للتحكيم، وهو قد يرد كشرط في العقد الأصلي أو اتفاق مستقل عن العقد، إن كل من خطاب الضمان والتحكيم كلاهما متقارب من الآخر فهما نظامان رئيسيان من أنظمة التجارة الدولية التي تجد مجالها في العقود التجارية الدولية، مما استوجبت وجود خطابات الضمان بمناسبة هذه العقود الدولية، وغالبا ما يدرج شرط التحكيم في هذه العقود للرجوع إليه في حالة نشوب نزاع بين أطرافها، أي أن هناك نوع من الارتباط بين التحكيم وخطابات الضمان نظرا للصلة التي بينهما في انتمائهما إلى قانون الالتزامات، عادل ابراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 139.
- 53- معن الجربا، مرجع سابق، ص 210.
- 54- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية و العملية، الجزء الأول، النسر الذهبي، بدون بلد نشر، 2001، ص 836.
- 55- عادل إبراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 60.
- 56- تنص المادة 2/13 من اتفاقية الأمم المتحدة: " في تفسير أحكام و شروط التعهد، وفي تسوية وفي المسائل التي لا تتناولها أحكام وشروط التعهد أو أحكام هذه الاتفاقية، تراعي القواعد والأعراف الدولية المتعارف عليها في الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة."
- 57- معن الجربا، مرجع سابق، ص 211.
- 58- خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص 452.
- 59- حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 66.
- 60- معن الجربا، مرجع سابق، ص 212.
- 61- خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص 455.
- 62- حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 62.
- 63- حمدي محمد مصطفى، المرجع نفسه، ص 69.
- 64- باسم محمد محمد أبو صفية، مرجع سابق، ص 122، Jean-Pierre Mattout , op.cit, p240.
- 65- بسام عاطف المهتار، مايا سلييت مشرفيه، مرجع سابق، ص 117.
- 66- فيكتور خليل تادرس، مرجع سابق، ص 409، AIT MOKHTAR Fatma-Zohra, op.cit, p72 .
- 67- Nabil Sobeih, op.cit, p393
- 68- محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 787، عادل ابراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 110، خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه، ص 510، و حاتم محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 336.
- 69- حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 94.
- 70- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 226.
- 71- خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص 466.
- 72- فيكتور خليل تادرس، المرجع نفسه ص 467، بسام عاطف المهتار، مايا سلييت مشرفيه، مرجع سابق، ص 120.

73_« la cour d'appel a décidé que l'appel de garantie était manifestement frauduleux et a, en conséquence, rejeté la demande de paiement formé par le Sté AWT contre la banque Leumi », cour de cassation 12/01/1933, n° 91-10.643, demandeur : AWT internationale Handels und Finanzierungs AG (Sté), défendeur : Melair Prestige (Sté), appel frauduleux d'une garantie indépendant, RECEUIL DALLOZ, 1995, p24.

73_« en absence de fraude ou bien d'abus allégué ou démontré, la cour de cassation censure sur ce point la décision de la cour d'appel de paris. Cette rigueur de haute juridiction, conforme, à sa jurisprudence habituelle, n'est au fond que la rançon de l'indépendance avérée d'une garantie..... », Yves Picod, qualification de garantie indépendant : importance d'inconditionnalité et d'irrévocabilité et de l'absence de référence à la défaillance du débiteur, RECEUIL DALLOZ, 2000, p113.

74_ معن الجربا، مرجع سابق، ص 242.

75_ عادل ابراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق، ص 110.

76_« il se peut que le donneur d'ordre soit victime d'une manœuvre, mais cet état de chose constitue un risque économique qu'il ne peut être supporter par son banquier, auquel il a demandé en connaissance de cause d prendre à l'égard d'un tiers un engagement personnel devant lui faciliter, en tant que commerçant-exportateur, l'accès à un marché déterminé », Khaled Rafat Ahmed MOHAMED, la lettre de garantie à première demande en droit international privé, thèse pour le doctorat en droit privé, PANTHEO-SORBONNE, sciences économiques-sciences humaines-sciences juridiques et politiques, UNIVERSITE DE PARIS 1, 2004, p415.

77- Khaled Rafat Ahmed MOHAMED, ibid, p416.

78_ خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص 481.

79_ حاتم محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 376.

80_ حمدي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 101.

81_ حمدي محمد مصطفى، المرجع نفسه، ص 101.

82_ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/08، الغرفة التجارية و البحرية، ملف رقم 627056، قضية بين مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر و ناسيونال بنك الكويت و الشركة ذات المسؤولية المحدودة للتوزيع و الشركة ذات المسؤولية المحدودة برقان انترناسيونال الجزائر، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 251.

- لقد أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1992 نشرة رقم 458 المتعلقة بالقواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب، و 83 - UNIFORM RULES FOR DEMAND GUARANTEES (URDG), 2010 revision, ICC publication n° 758, Abstract of the most important points, where appropriate comparison to ICC 458, fs-bankgarantien-urdg758.

84_ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة، تسمى كذلك بقواعد هيئة الانستراال الدولية صادقت عليها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 11/12/1995 و دخلت حيز التنفيذ 01 جانفي 2000، بعد مصادقة خمس دول عليها هي: الكويت-تونس-بنما -السلفادور -الإكوادور بالإضافة إلى القابون و روسيا البيضاء و ليبيريا، مع الإشارة إلى أن أمريكا أمضت على الاتفاقية في 11/12/1997 و لم تصادق عليها إلى يومنا هذا، www.uncitral.org.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

1_ الكتب:

1_ بسام عاطف المهتار، مايا سليت مشرفية، الضمانة عند الطالب، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009.

2_ حاتم محمد عبد الرحمن، العمليات المصرفية المستقلة و المشكلات المرتبطة بتنفيذها، دراسة في أثر الغش على استقلال الاعتمادات المستندية و خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

3_ علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، مصر، 1991.

4_ فيكتور خليل تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، 2005.

5- معن الجربا، الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة، وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة و قواعد غرفة التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2014.

6_ محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية و العملية، الجزء الأول، النسر الذهبي، بدون بلد نشر، 2001.

2- الرسائل الجامعية:

1_ باسم محمد أبو صفية، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تليه الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2003.

2- سوزان علي محمد أبو جماعة، استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جمعة ال البيت، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، قسم القانون، 2005.

3_ سميرة أبو نسيم، خطابات الضمان دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر و المغرب و فرنسا، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة طنطا، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، 2009.

4_ طلال علي سليمان الشوبكي، اثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان ، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015.

5_ ماجد فهد محمد بن دخيل، النظام القانوني لخطاب الضمان البنكي في المملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون تجاري، جامعة حلوان، كلية الحقوق، الدراسات العليا، 2009.

6_ عادل إبراهيم السيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1996.

7_ عماد أحمد عيسى أبو صد، أحكام خطابات الضمان المصرفية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 1995.

3- المقالات:

1_ حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية اليونسفال 1995، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون العدد الخمسون، جمادى الأولى، 1433، أبريل 2016.

2_ موسى محمد إبراهيم، خطابات الضمان الملاحية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، دار المنظومة، مصر، 2011.

4_ النصوص القانونية:

أ_ الاتفاقيات الدولية:

1_ اتفاقية فيينا المؤرخة بتاريخ 11 أبريل 1980، المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع، www.uncitral.org

2_ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة الصادرة سنة 1995،

www.uncitral.org

ب- النصوص التنظيمية:

_ نظام رقم 01-07 المؤرخ في 07 فيفري 2007، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 2007/05/31 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج بالعملة الصعبة، معدل و متمم بنظام رقم 06-11 المؤرخ بتاريخ 19 أكتوبر 2001، جريدة رسمية عدد 8 المؤرخة بتاريخ 2012/02/15.

6_ القرارات القضائية المعلق عليها:

1_ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/08، الغرفة التجارية و البحرية، ملف رقم 627056، قضية بين مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر و ناسيونال بنك الكويت و الشركة ذات المسؤولية المحدودة للتوزيع و الشركة ذات المسؤولية المحدودة برقان انترناسيونال الجزائر، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.

7_ الانترنت: www.uncitral.org

2-ثانيا: باللغة الأجنبية:

1_ Ouvrages

1- François Ott, Pascal Matthey, le commerce international des marchandises, L.G.D.J, France, 2010.

2_ Jean-Louis Rives-lange, Monique-Raynaud, droit bancaire, DALLOZ, FRANCE, 6ème édition, 1995.

3- Jean-Pierre Mattout, droit bancaire international, REVUE BANQUE, France , 4^{ème} édition, 2009.

2_ Mémoires

1- AIT MOKHTAR Fatma-Zohra, l'ambivalence de la garantie indépendante, UNIVERSITE MOULOUD MAMMERI DE TIZI-OUZOU, faculté de droit, 2005.

2_ Bachir Georges Sabeh-Affaki, l'unification internationale du droit des garanties indépendantes, tome1, thèse pour le doctorat en droit, université Panthéon-Assas, droit, économie, sciences sociales, PARIS 2, 1995

3_ Nabil Sobeih, la lettre de garantie internationale, thèse pour le doctorat d'état en droit, UNIVERSITE PANTHEO-SORBONNE, sciences économiques, sciences humaines, sciences juridiques, PARIS 1, 1989.

4- Yessad Houria, le contrat de vente internationale de marchandises, thèse pour le doctorat en droit, UNIVERSITE MOULOUD MAMMERI, faculté de droit, TIZI-OUZO, 2008.

5- Khaled Rafat Ahmed MOHAMED, la lettre de garantie à première demande en droit international privé, thèse pour le doctorat en droit privé, PANTHEON-SORBONNE, sciences économiques-sciences humaines-sciences juridiques et politiques, UNIVERSITE DE PARIS1, 2004.

3_ Articles:

1_ Jean – Clary OTOUMOU, la lettre de garantie OHDA, Revue de droit des affaires internationales forum européenne de la communication, PARIS, N° 1999.

4_ Arrêts judiciaires:

1_ « la cour d'appel a décidé que l'appel de garantie était manifestement frauduleux et a, en conséquence, rejeté la demande de paiement formé par le Sté AWT contre la banque Leumi », cour de cassation 12/01/1933, n° 91-10.643, demandeur : AWT internationale Handels und Finanzierugs AG (Sté), défendeur : Melair Prestige (Sté), appel frauduleux d'une garantie indépendant, RECEUIL DALLOZ, 1995, p24.

2_ Yves Picod, qualification de garantie indépendant : importance d'inconditionnalité et d'irrévocabilité et de l'absence de référence à la défaillance du débiteur, RECEUIL DALLOZ, 2000.

5- documents:

_GUARANTEES (URDG) , 2010 revision, ICC publication n° 758, Abstract of the most important points, where appropriate comparison to ICC 458, fs-bankgarantien-urdg758.