

تكييف خطاب الضمان على أساس الاشتراط المجرد لمصلحة الغير

Adapt the letter of guarantee on the basis of Stipulation in the interest of others

قناطف شمس

جامعة أدرار – الجزائر

كلية العلوم الإسلامية

che.kanatef@univ-adrar.edu.dz

تاريخ النشر: 2022/06/09

تاريخ القبول: 2021/07/22

تاريخ الاستلام: 2021/03/14

ملخص

خطاب الضمان هو عملية مصرفية، ابتكرها العرف المصرفي. وهذا البحث يسلط الضوء على أحد تكييفاته القانونية وهي تكييفه على أساس الاشتراط المجرد لمصلحة الغير. لمعرفة ما إذا كان هذا التكييف يصدق فعلاً على حقيقة خطاب الضمان. وقد خلص هذا البحث إلى نتيجة مفادها أن تكييف خطاب الضمان على أساس الاشتراط المجرد لمصلحة الغير لا يصدق فعلاً على حقيقة خطاب الضمان، وأن هذا الأخير بحاجة إلى مزيد من الدراسات، للوصول إلى تكييفه القانوني المناسب، الذي يعبر على حقيقته ويتمشى مع خصائصه. كلمات دالة : تكييف، خطاب الضمان، الاشتراط لمصلحة الغير.

Abstract

A letter of guarantee is a banking process, devised by the banking custom. This research sheds light on one of its legal adaptations, which is its adaptation on the basis of Stipulation in the interest of others. To see if this adaptation really true to the letter of guarantee. This research concluded that the adaptation of the letter of guarantee on the basis of Stipulation in the interest of others It does not really express the truth of the letter of guarantee, and that the latter needs more studies, in order to reach its appropriate legal adaptation, which expresses what it really is and matches its characteristics.

Key words: Adapt, Letter of Guarantee, Stipulation in the interest of others.

مقدمة

يعتبر منح الائتمان أهم وظيفة تقوم بها البنوك، والائتمان المصرفي أو الاعتماد المصرفي قسمان: اعتماد مصرفي بالوفاء، واعتماد مصرفي بالضمان. فالأول يقدم فيه البنك لعميله، أو لشخص آخر مبلغاً من النقود. ويندرج تحته القرض، وخصم الأوراق التجارية، والاعتماد المستندي. أما القسم الثاني فلا يقدم فيه البنك فعلاً مبلغاً من النقود، وإنما يتعهد فقط بتقديمه. ويندرج تحته الكفالة، وقبول الأوراق التجارية، وخطاب الضمان. وفي مقابل تدخل البنك يلتزم العميل بدفع عمولة معينة له.

وخطاب الضمان كصورة من صور الاعتماد المصرفي بالضمان هو عملية مصرفية، ابتكرها العرف المصرفي، يلعب دوراً هاماً في الحياة الاقتصادية فهو يقوم بحماية المعاملات، وتوفير الثقة بين العميل والمستفيد، والثقة هي أساس المعاملات المالية، والتجارية. كما يقوم بتوفير السيولة، وتنشيط المعاملات؛ لأن خطاب الضمان يقوم مقام التأمين النقدي.

كما أنه يحقق فوائد كبيرة لكل من البنك، والعميل، والمستفيد، بالنظر للخصائص الجوهرية التي يتميز بها. فالبنك يأخذ عمولة نظير إصدار خطاب الضمان، كما أنه لا يتحمل أية خسارة؛ لأنه في حالة دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد، فإنه يرجع على عميله بما دفعه. وبالنسبة للعميل فإن خطاب الضمان يشجع من لا يملك مبلغ التأمين النقدي على التقدم للمناقصات، كما أنه يتيح لمن يملك مبلغ التأمين النقدي فرصة الاستفادة منه، بدل تجميده كضمان. أما بالنسبة للمستفيد فإن خطاب الضمان يعد ضماناً كافياً خاصة وأنه قابل للدفع من جانب البنك عند أول طلب منه، ودون اعتداد بأية معارضة، حتى من العميل، كما أن خطاب الضمان يزيد المنافسين الراغبين في الدخول للمناقصة، وهذا يفتح أمام المستفيد فرصة اختيار أفضل العروض وأرخص الأسعار.

وقد اختلف فقهاء القانون في تكييفه، وهذا البحث يسلط الضوء على أحد تكييفاته القانونية وهي تكييفه على أساس الاشتراط المجرد لمصلحة الغير. للإجابة عن الإشكالية التالية: ما هو خطاب الضمان؟ وهل تكييفه على أساس الاشتراط المجرد لمصلحة الغير يصدق فعلاً على حقيقة خطاب الضمان؟

والسبب الذي دفعني لاختيار هذا الموضوع هو ندرة الدراسات التي تناولت موضوع التكييف القانوني لخطاب الضمان.

وبما أن خطاب الضمان من ابتكار العرف المصري فإن معرفة تكييفه القانوني له أهمية كبيرة؛ لأنه يترتب عليه معرفة الأحكام التي يخضع لها خاصة في المسائل التي لا يوجد بشأنها قاعدة عرفية.

وعلى الرغم من أهمية موضوع التكييف القانوني لخطاب الضمان إلا أن الدراسات فيه نادرة وقليلة، فقد وجدت فيه مرجعاً واحداً، تناوله بالتفصيل وهو: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، لمحي الدين إسماعيل علم الدين.

ولقد تم الاعتماد في إنجاز هذا البحث على المنهج الاستقرائي الوصفي. وتم اعتماد الخطة التالية:

المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان وآثاره.

المبحث الثاني: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره.

المبحث الثالث: القائلون بأن خطاب الضمان اشتراط مجرد لمصلحة الغير والرد عليهم.

المبحث الأول: تعريف خطاب الضمان وآثاره.

هذا المبحث فيه مطلبان: الأول يتناول تعريف خطاب الضمان في الفقه التجاري، والثاني يتناول آثار خطاب الضمان.

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان في الفقه التجاري.

تعددت تعريفات فقهاء القانون التجاري لخطاب الضمان، واتفقت في جوهرها، وهذا ما يبرز بوضوح في التعريفات التالية:

1- « تعهد نهائي، يصدر من البنك، بناء على طلب العميل، بدفع مبلغ نقدي معين، أو قابل للتعيين، بمجرد أن يطالب المستفيد البنك بالوفاء. » (دويدار، 1997، صفحة 354)

2- «تعهد من قبل بنك (البنك المصدر)، بناء على طلب عميله (العميل)، بدفع مبلغ معين، إلى طرف ثالث (المستفيد)، بمجرد الطلب، أو شريطة تقديم مستند معين، صادر عن المستفيد، أو شخص آخر معين في الخطاب، ينص على إخلال العميل بالتزاماته، في مواجهة المستفيد.» (القضاة و آخرون، 2000، صفحة 201، 202)

3- « تعهد مكتوب، يصدر من البنك، بناء على طلب شخص، يسمى الأمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين، لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ودون اعتداد بأي معارضة. » (العكيلي، 2005، صفحة 446)

4- « تعهد مكتوب، يصدره البنك، بناء على طلب عميله، ضماناً لتنفيذ التزام محدد، خلال فترة محددة، وفيه يلتزم البنك بأن يدفع لطرف ثالث (المستفيد)، مبلغاً من المال، عند أول طلب، دون الالتفات إلى أي معارضة، من قبل العميل، أو أي شخص آخر، شريطة أن تقدم هذه المطالبة خلال فترة سريان الضمان. » (غنيم، 2004، صفحة 5)

بناء على هذه التعريفات يمكن تعريف خطاب الضمان بأنه: تعهد كتابي، نُهائي، يصدره البنك، بناء على طلب عميله الذي يسمى الأمر، لصالح شخص ثالث يسمى المستفيد، ضماناً لتنفيذ التزام محدد، خلال فترة محددة، مقابل عمولة، يلتزم على أساسه البنك بأن يدفع للمستفيد عند أول طلب أو بناء على شرط، مبلغاً معيناً، أو قابلاً للتعيين، خلال فترة سريان خطاب الضمان، ودون اعتداد بأي معارضة، من العميل أو أي طرف آخر.

المطلب الثاني: آثار خطاب الضمان.

بما أن البنك والعميل، هما فقط طرفا خطاب الضمان، أما المستفيد فليس طرفاً فيه، فإن خطاب الضمان يرتب على عاتق كل منهما التزامات (ينظر: علم الدين، 2001، صفحة 785)، وهذه الالتزامات بيّناها في الآتي:

أولاً- التزامات البنك.

ينشئ خطاب الضمان على عاتق البنك الالتزامات الآتية:

1- الالتزام بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد، وهذا الالتزام هو جوهر خطاب الضمان، وهو التزام محدد من حيث الكيف، والكم، والمدة.

2- الالتزام بإخطار العميل قبل الدفع، وهذا الالتزام لا يتناقض مع كون خطاب الضمان قابلاً للدفع، دون اعتداد بأي معارضة، من العميل، أو أي طرف آخر، وتظهر فائدة هذا الالتزام في خطاب الضمان المشروط.

3- الالتزام برد غطاء خطاب الضمان للعميل، إذا انتهت مدة خطاب الضمان، ولم يطالب به المستفيد. (ينظر: علم الدين، 2001، صفحة 786، 791، 792)

ثانياً- التزامات العميل.

يرتب خطاب الضمان على كاهل العميل الالتزامات التالية:

- 1- الالتزام برد قيمة خطاب الضمان للبنك، في حالة قيام هذا الأخير بدفعها للمستفيد.
 - 2- الالتزام بدفع عمولة للبنك، مقابل إصدار خطاب الضمان.
 - 3- الالتزام بتقديم غطاء لخطاب الضمان.
 - 4- الالتزام بعدم الاعتراض على دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد أو تجديده، بناء على طلب هذا الأخير. (ينظر: الشواربي، د. ت، صفحة 1242، 1243)
- وتجدر الإشارة إلى أن خطاب الضمان المشروط، يجوز فيه للعميل الاعتراض على الدفع، وبالنسبة للتجديد، فإن البنوك تحصل مقدماً على موافقة العميل على التجديد.

المبحث الثاني: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره.

هذا المبحث فيه مطلبان: الأول يتناول تعريف الاشتراط لمصلحة الغير، والثاني يتناول آثاره.

المطلب الأول: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير.

الأصل أن أثر العقد وهو الحقوق والالتزامات (ينظر: الصده، 1974، صفحة 544)، لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين، وخلفهما العام¹، والخاص²، ودائبيهما؛ لأن العقد لا يضر الغير ولا ينفعه (ينظر: السرحان و خاطر، 2002، صفحة 277)، فلا يرتب في ذمته التزامات، ولا يكسبه حقوقاً، طبقاً لقاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى الغير (سلطان، 2002، صفحة 181)، لكن استثناء قد ينصرف أثر العقد إلى الغير، فيكسبه حقاً، وهذا ما تنص عليه المادة 113 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يُكسبه حقاً» والاشتراط لمصلحة الغير هو أحد هذه الاستثناءات (ينظر: فاضلي، د. ت، صفحة 140)، تناولته

¹ الخلف العام هو: «من يخلف غيره في ذمته المالية كلها، كالوارث لكل التركة، أو في جزء شائع منها، كالوارث لجزء من التركة، أو الموصى له بحصة منها، كالثالث، أو الربع، أو الخمس.» (السرحان و خاطر، 2002، صفحة 269)

² الخلف الخاص هو: «من يتلقى من سلفه حقاً كان قائماً في ذمة هذا السلف، سواء كان هذا الحق عينياً، أو شخصياً، كالمشترى، والموهوب له، وصاحب حق الانتفاع، والدائن المرغن، والمحال له.» (الصده، 1974، صفحة 534)

المشروع الجزائري في القانون المدني وبيّن أحكامه في المواد 116، 117، 118، وقد عرّفه فقهاء القانون المدني بعدة تعريفات منها:

1- «تعاقّد يتم بين شخصين، أحدهما هو المشتراط والآخر هو المتعهد، فيشترط الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير قبل شخص ثالث أجنبي عن التعاقد، وهو المنتفع، فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد.» (الصدّه، 1974، صفحة 555)

2- «عقد يشترط فيه شخص يسمى المشتراط على آخر يسمى المتعهد، بأن يقوم بأداء مالي معين لمصلحة شخص ثالث، أجنبي عن العقد، يسمى المستفيد (أو المنتفع)، وينشأ له حق مباشر من عقد الاشتراط، دون أن يكون طرفاً فيه.» (البدوي، 1993، صفحة 201)

3- «عقد يتعهد طرف من طرفيه، يطلق عليه المتعهد، بأن يؤدي مباشرة لشخص أجنبي عن العقد، يطلق عليه المنتفع، أداء معيناً، اشتراطه لصالحه الطرف الآخر الذي يطلق عليه المشتراط.» (العدوي، 1997، صفحة 247)

4- «عقد بين طرفين، يشترط فيه أحدهما يطلق عليه المشتراط، على الطرف الآخر ويسمى المتعهد، بأن يؤدي التزاماً لمصلحة شخص ثالث، أجنبي عن العقد، يسمى المنتفع أو المستفيد.» (الدليمي، 1998، صفحة 167)

5- «اتفاق بين المشتراط والمتعهد، ينشأ عنه على عاتق الأخير حق للمنتفع.» (بلحاج، 1999، صفحة 220)

6- «عقد يتفق بموجبه شخص يسمى المشتراط مع آخر يسمى المتعهد، على أن يؤدي هذا الأخير حقاً معيناً، لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع.» (السرّحان و خاطر، 2002، صفحة 282)

7- «عقد يتم بين المشتراط والمتعهد (سواء كان عبارة عن بيع، أو هبة، أو تأمين...) يرتب بموجبه حقاً مباشراً، لفائدة طرف ثالث هو المستفيد أو المنتفع.» (دربال، د. ت، صفحة 60)

8- «قيام شخص بالتعاقد باسمه الخاص، على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، الذي لم يكن طرفاً في العقد، وتكون له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية (سواء أكانت مادية أم أدبية).» (الذنون و الرحو، 2002، صفحة 187)

بعد عرض هذه التعريفات التي تتفق جميعها على معنى واحد، يتبين أن الاشتراط لمصلحة الغير هو: عقد بين طرفين هما المشتراط والمتعهد، ينشئ في ذمة هذا الأخير حق مباشر لفائدة شخص أجنبي عن العقد، يسمى المستفيد أو المنتفع.

المطلب الثاني: آثار الاشتراط لمصلحة الغير.

الاشتراط لمصلحة الغير عقد ثنائي في تكوينه؛ لأنه يبرم بين طرفين هما المشتراط والمتعهد، وثلاثي في آثاره (ينظر: البدوي، 1993، صفحة 204) (ينظر: السرحان و خاطر، 2002، صفحة 283) (ينظر: فاضلي، د. ت، صفحة 143)؛ لأنه تنشأ عنه ثلاث علاقات قانونية (ينظر: عبيدات، 2009، صفحة 243)، مختلفة (ينظر: السنهوري، 1998، صفحة 907)، وهي: علاقة المشتراط بالمتعهد، وعلاقة المشتراط بالمستفيد، وعلاقة المتعهد بالمستفيد أو المنتفع.

1- علاقة المشتراط بالمتعهد.

يحكم علاقة المشتراط بالمتعهد عقد الاشتراط (ينظر: الفار، 2004، صفحة 138)، الذي قد يكون عقد معاوضة مثل: عقد التأمين على الحياة، أو عقد تبرع كمن يهب مالا ما لشخص، ويشترط عليه أن يدفع لشخص ثالث مرتباً لمدى الحياة (ينظر: عبيدات، 2009، صفحة 243) (ينظر: السرحان و خاطر، 2002، صفحة 286). وبمقتضى هذا العقد يجب على كل منهما تنفيذ التزامه الذي نشأ في ذمته (ينظر: بلحاج، 1999، صفحة 227)، فإذا لم ينفذ أحدهما التزامه، جاز للطرف الثاني وفقاً للقواعد العامة المطالبة بالتنفيذ العيني¹ إذا كان ممكناً، أو المطالبة بالتعويض، أو المطالبة بفسخ العقد، وله أن يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ الآخر التزامه، ولكل منهما التمسك بأوجه الدفع الجائزة بالنسبة للعقد المبرم بينهما من بطلان مطلق²، أو نسبي³، أو

¹ التنفيذ العيني: « هو أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، سواء كان ما تعهد به عملاً، أو امتناعاً عنه، أو إعطاء شيء، من ذلك أن ينقل البائع إلى المشتري ملكية العين المبيعة، أو ينجز المقاول البناء الذي تعاقده عليه. » (دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، د. ت، صفحة 8)

² البطلان المطلق (العقد الباطل): معناه أن العقد لم ينعقد، فلا يترتب عليه أي أثر، ولا تصححه الإجازة، ولا التقادم، ويكون العقد باطلاً، إذا تخلّف ركن من أركانه، وهي: الرضا، والحل، والسبب، بالإضافة إلى تخلّف الشكل في العقود الشكلية. (ينظر: السعدي، 2009، صفحة 240، 241)

³ البطلان النسبي (العقد القابل للإبطال): معناه أن العقد صحيح، وتترتب عليه آثاره، لكنه مهدد بالإبطال، إذا طالب بهذا الأخير من قرر له القانون حق الإبطال، ويكون العقد قابلاً للإبطال إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الرضا، أو كان أحدهما ناقص الأهلية. (ينظر: السعدي، 2009، صفحة 240، 241)

انقضاء للالتزام (ينظر: السنهاوري، 1998، صفحة 908)، وبما أن للمشتتر مصلحة شخصية من وراء عقد الاشتراط فإن هذه المصلحة تحول له مراقبة المتعهد في تنفيذ التزاماته نحو المستفيد أو المنتفع (ينظر: منصور، 2003، صفحة 196)، ورفع دعوى باسمه على المتعهد لمطالبته بالتنفيذ (ينظر: السعدي، 2009، صفحة 341)، إلا إذا تبين من العقد أن المستفيد هو فقط من يملك حق المطالبة (ينظر: قدارة، د. ت، صفحة 131)، وهذا ما تنص عليه المادة 116 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة بقولها: «ويجوز كذلك للمشتتر أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.» كما يجوز له أن يطالب بتعويضه شخصياً عن الضرر الذي ينجم على عدم التنفيذ (ينظر: السعدي، 2009، صفحة 341)، ويجوز له أيضاً فسخ العقد الذي بينه وبين المتعهد، إذا لم ينفذ هذا الأخير التزامه نحو المستفيد، فإذا فسّخه بعد قبول المستفيد، فإن حق هذا الأخير لا يضيع؛ لأن بإمكانه الرجوع على المشتتر. (ينظر: الصده، 1974، صفحة 566، 567)

2- علاقة المشتتر بالمستفيد.

تحدد علاقة المشتتر بالمستفيد بحسب قصد الأول من عقد الاشتراط (ينظر: الصده، 1974، صفحة 567) (ينظر: منصور، 2003، صفحة 196)، فقد يكون قصده التبرع للمستفيد، أو الوفاء بدين له عليه، أو إقراضه، أو أن يودع عنده ما اشترط لفائدته... إلخ (ينظر: السنهاوري، 1998، صفحة 922) (ينظر: الذنون و الرحو، 2002، صفحة 189)، فإذا كانت نيته هي التبرع، فإنه يعتبر هبة غير مباشرة، لا يشترط فيها الشكلية الواجبة في الهبة، لكنها تخضع للأحكام الموضوعية للهبة، فيجب أن تتوفر في المشتتر أهلية التبرع¹، ويجوز له الرجوع في هبته ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، وإذا صدرت هذه الهبة في مرض الموت، فإنها تعتبر وصية²، وتسري عليها أحكام الوصية³، ويجوز لدائي المشتتر الطعن في هذه الهبة عن طريق

¹ تنص المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري على: «تشتتر في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشر (19) سنة، وغير محجور عليه.»

² عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري الوصية بقولها: «الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع.»

³ وهذا ما تنص عليه المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: «الهبة في مرض الموت، والأمراض، والحالات المخيفة تعتبر وصية»، والمادة 776 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى بقولها: «كل تصرف قانوني يصدر

الدعوى البوليصية¹ (دعوى عدم نفاذ التصرف)، وإذا كان باعث المشتراط هو الوفاء بدين له على المستفيد، فإن العلاقة بينهما تخضع لأحكام الوفاء، ولا تبرأ ذمة المشتراط إلا بعد استيفاء المستفيد لدينه كاملاً من المتعهد، وإذا كان دافعه هو إقراض المستفيد ما اشترطه لفائدته، فإن العلاقة بينهما تخضع لأحكام القرض، وإذا كان هدفه أن يودع عند المستفيد ما اشترطه لمصلحته، فإن العلاقة بينهما تخضع لأحكام الوديعة²... وهكذا. (ينظر: السنهوري، 1998، صفحة 922، (925) (ينظر: الصده، 1974، صفحة 568) (ينظر: منصور، 2003، صفحة 196) (ينظر: الذنون و الرحو، 2002، صفحة 189) (ينظر: السرحان و خاطر، 2002، صفحة 287) (ينظر: عبيدات، 2009، صفحة 244) (ينظر: قداد، د. ت، صفحة 133، 134) (ينظر: السعدي، 2009، صفحة 341، 342)

3- علاقة المتعهد بالمستفيد:

يكتسب المستفيد حقاً مباشراً، قبل المتعهد، مصدره عقد الاشتراط، بخول له رفع دعوى مباشرة على المتعهد، لمطالبة بتنفيذ التزامه، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك (ينظر: الصده، 1974، صفحة 569) (ينظر: بلحاج، 1999، صفحة 229)، وهذا ما تنص عليه المادة 116 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية بقولها: «ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً، قبل المتعهد، بتنفيذ الاشتراط، يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك...» وبما أن هذا الحق لا يتلقاه المستفيد من المشتراط، فإن ذلك ينجم عليه النتائج التالية:

عن شخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع، يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.»

¹ الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن: هي دعوى هدفها حماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة به، من خلال عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن، وليس من خلال إبطال تصرفات المدين؛ لأن هذه الأخيرة لا تبطل، بل تكون صحيحة، بالنسبة للمدين، ومن تصرف له المدين، وهذا ما تنص عليه المادة 191 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين، أو زاد في التزاماته، وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره...» (ينظر: السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، 2010، صفحة 132، 162)

² عرفت المادة 590 من القانون المدني الجزائري الوديعة بقولها: «عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة، وعلى أن يرده عيناً.»

أ- لا يمكن لدائني المشتراط في حياته التنفيذ على حق المستفيد، ولا يمكنهم رفع دعوى غير مباشرة¹ نيابة على المشتراط، لأنه لا يدخل في مال هذا الأخير، لكن يجوز لهم الطعن في اشتراطه بالدعوى البوليصية، ولا يمكنهم كذلك بعد موت المشتراط التنفيذ على حق المستفيد؛ لأنه لا يدخل في تركته.

ب- المنتفع يصبح دائماً للمتعهد، وهذا ينتج عليه أنه يشترك مع دائني المتعهد في قسمة الغرماء. (ينظر: السنهاوري، 1998، صفحة 913، 914، 915) (ينظر: الصده، 1974، صفحة 569، 570) (ينظر: قداد، د. ت، صفحة 134) (ينظر: بلحاج، 1999، صفحة 229، 230) (ينظر: السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، 2009، صفحة 343) وبما أن هذا الحق مصدره عقد الاشتراط، فإن ذلك يتأتى عليه النتائج الآتية:

أ- حق المستفيد يوجد من وقت صدور عقد الاشتراط، لا من وقت صدور رضا المستفيد به، وهذا ينتج عليه أن المتعهد لو فقد أهليته قبل صدور رضا المستفيد بالحق، فهذا لا يمنع اكتسابه للحق؛ لأن الرضا ليس هو الذي يكسبه الحق، إنما العقد.

ب- بإمكان المتعهد التمسك نحو المستفيد بأوجه الدفع الجائزة التي ترد على العقد، من بطلان أو فسخ.

ت- حق المستفيد يثبت له حسب الشروط، والحدود، والأوصاف التي جاءت في عقد الاشتراط. (ينظر: السنهاوري، 1998، صفحة 915، 916) (ينظر: الصده، 1974، صفحة 569) (ينظر: قداد، د. ت، صفحة 135) (ينظر: السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، 2009، صفحة 343)

المبحث الثالث: القائلون بأن خطاب الضمان اشتراط مجرد لمصلحة الغير والرد عليهم.

هذا المبحث فيه مطلبان: الأول يتناول القائلون بأن خطاب الضمان اشتراط مجرد لمصلحة الغير، والثاني يتناول الرد عليهم.

¹ الدعوى غير المباشرة هي: الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه، نيابة عنه، على مدين مدينه، للمطالبة بحقوق مدينه. (السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، 2010، صفحة

المطلب الأول: القائلون بأن خطاب الضمان اشتراط مجرد لمصلحة الغير.

ذهب محي الدين إسماعيل علم الدين إلى أن الاشتراط لمصلحة الغير هو أقرب الأشكال القانونية إلى خطاب الضمان؛ لأن المشتراط يتعاقد باسمه مع المتعهد على إنشاء حق مباشر للمنتفع، وله من وراء ذلك مصلحة شخصية مادية أو أدبية، وهذه الشروط موجودة في خطاب الضمان، فالعميل (مشتراطاً) يتعاقد مع البنك (متعهداً) على إنشاء حق مباشر للمستفيد، يتعهد البنك بأدائه، وللعامل مصلحة مادية من جراء ذلك، وهي قيام خطاب الضمان مقام التأمين النقدي، لكن توجد خاصية واحدة تميز الاشتراط لمصلحة الغير عن خطاب الضمان وهي خاصية الاحتجاج بالدفع، وهذه الأخيرة تتعارض مع خاصية التجريد التي يتميز بها خطاب الضمان، ولذلك كيّفه على أساس الاشتراط المجرد لمصلحة الغير (ينظر: علم الدين، 2001، صفحة 905، 906، 907)، واعتبر مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالدفع نتيجة ومعيّاراً للتجريد، وعرف التصرف المجرد بأنه: «التصرف الذي لا يحوز فيه الاحتجاج ببعض الدفع، بالنسبة إلى بعض الأشخاص» (علم الدين، 2001، صفحة 919).

المطلب الثاني: الرد على تكييف خطاب الضمان على أساس الاشتراط المجرد لمصلحة الغير.

بعد تسليط الضوء على الاشتراط لمصلحة الغير، يتضح أن هذا التكييف لا يتفق مع خطاب الضمان؛ لأن خاصية الاحتجاج بالدفع ليست هي الخاصية الوحيدة التي تميز الاشتراط لمصلحة الغير عن خطاب الضمان كما رأى محي الدين إسماعيل علم الدين، بل هناك نقاط أخرى تميز الاشتراط لمصلحة الغير عن خطاب الضمان وهي:

1- خطاب الضمان عملية مصرفية أنشأها العرف التجاري (ينظر: طه و البارودي، 2001، صفحة 652) بينما الاشتراط لمصلحة الغير استثناء على قاعدة العقد لا ينفع الغير.

2- خطاب الضمان في أغلب الأحوال لا تسدد قيمته للمستفيد (ينظر: علم الدين، 2001، صفحة 747)؛ لأن الهدف من ورائه هو الضمان فقط بينما جوهر الاشتراط لمصلحة الغير هو اكتساب المستفيد حق مباشر من عقد الاشتراط، وهذا هو موضع الاستثناء؛ لأن المستفيد أجنبي عن العقد، ومع ذلك يكتسب حق مباشر منه، فإذا كان لا يكتسب أي حق منه، فلماذا يعتبر استثناءً إذا؟.

3- قصد العميل من طلب إصدار خطاب الضمان هو الحصول على ثقة المستفيد بينما قصد المشتراط من عقد الاشتراط قد يكون التبرع للمستفيد، أو الوفاء بدين له عليه، أو إقراضه، أو أن يودع عنده ما اشترطه لفائدته... إلخ

4- البنك يتقاضى من عميله عمولة مقابل إصدار خطاب الضمان بينما لا يتقاضى المتعهد من المشترك عمولة مقابل تعهده.

خلاصة القول: تكييف خطاب الضمان على أساس الاشتراط المجرد لمصلحة الغير لا يصدق فعلاً على حقيقة خطاب الضمان؛ لاختلاف خصائصه عن خصائص خطاب الضمان. وهذا ما دفع بعض فقهاء القانون التجاري مثل: مراد منير فهميم (ينظر: فهميم، 1982، صفحة 319)، ومحمد حسن الجبر (ينظر: الجبر، 1997، صفحة 323) إلى القول بأن خطاب الضمان هو نظام خاص من خلق البنوك، ومن الأفضل الرجوع فيه إلى العرف المصرفي، بدلاً من محاولة تأصيله، بإرجاعه لإحدى النظريات التقليدية مثل الكفالة.

خاتمة:

بعد دراسة هذا الموضوع تم التوصل إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً- النتائج:

أ- خطاب الضمان هو: تعهد كتابي، يصدره البنك، بناء على طلب عميله الذي يسمى الأمر، لصالح شخص ثالث يسمى المستفيد، ضماناً لتنفيذ التزام محدد، خلال فترة محددة، مقابل عمولة، يلتزم على أساسه البنك بأن يدفع للمستفيد عند أول طلب أو بناء على شرط، مبلغاً معيناً، أو قابلاً للتعيين، خلال فترة سريان خطاب الضمان، ودون اعتداد بأية معارضة، من العميل أو أي طرف آخر.

ب- الاشتراط لمصلحة الغير هو: عقد بين طرفين هما المشترك والمتعهد، ينشئ في ذمة هذا الأخير حق مباشر لفائدة شخص أجنبي عن العقد، يسمى المستفيد أو المنتفع.

ج- ذهب محي الدين إسماعيل علم الدين إلى أن الاشتراط لمصلحة الغير هو أقرب الأشكال القانونية إلى خطاب الضمان.

د- تكييف خطاب الضمان على أساس الاشتراط المجرد لمصلحة الغير لا يصدق فعلاً على حقيقة خطاب الضمان.

ثانياً- التوصيات:

خطاب الضمان بحاجة إلى مزيد من الدراسات، للوصول إلى تكييفه القانوني المناسب، الذي يعبر على حقيقته ويتمشى مع خصائصه.

قائمة المراجع:

1. أحمد غنيم: خطابات الضمان، بدون بيانات نشر، ط1، 2004م.
2. أمجد محمد منصور: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الدار العلمية الدولية، للنشر والتوزيع، ودار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ط1، الإصدار2، 2003م،
3. أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ط1، الإصدار1، 2002م .
4. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط1999م.
5. جلال علي العدوى: أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1997م.
6. حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار وائل، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2002م.
7. خليل أحمد حسن قدامة: خليل أحمد حسن قدامة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ط4، بدون تاريخ.
8. دربال عبد الرزاق: الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر بدون طبعة، وبدون تاريخ.
9. دربال عبد الرزاق: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
10. سالم القضاة وآخرون: مبادئ القانون التجاري، دار الصفاء، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2000م.
11. عبد الحميد محمد الشواربي ومحمد عبد الحميد الشواربي: إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
12. عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ط2، 1998م.
13. عبد القادر الفار: مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، الإصدار1، 2004م.
14. عبد المنعم فرج الصده: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري، واللبناني، والسوري، والعراقي، والليبي، والكويتي، والسوداني)، دار النهضة العربية، للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1974م.
15. عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر: شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، الدار العلمية الدولية، للنشر والتوزيع، ودار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، الإصدار1، 2002م.
16. عزيز العكيلى: شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، وعمليات البنوك، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، الإصدار 2، 2005م.
17. فاضلي إدريس: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، بدون طبعة، وبدون تاريخ.

18. محمد حسن الجبر: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، ط2، 1997م، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية.
19. محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، للطباعة، والنشر، والتوزيع، عين مليلة، الجزائر ط4، 2009م.
20. محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الهدى، للطباعة، والنشر، والتوزيع، عين مليلة، الجزائر ط2010م.
21. محمد عبد الله الدليمي: النظرية العامة للالتزام، القسم الأول مصادر الالتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ط1998م.
22. محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ط2، 1993م.
23. محي الدين إسماعيل علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، من الناحيتين القانونية والعملية، النسر الذهبي، للطباعة، مصر، ط3، 2001م.
24. مراد منير فهميم: القانون التجاري، العقود التجارية، وعمليات البنوك، ط1982م، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
25. مصطفى كمال طه وعلي البارودي: القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2001م.
26. هاني محمد دويدار: مبادئ القانون التجاري، المؤسسة الجامعية، للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1997م.
27. يوسف محمد عبيدات: مصادر الالتزام في القانون المدني، دار المسيرة، للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن ط1، 2009م.