

تميز خطاب الضمان عن الكفالة التقليدية

Distinguish the letter of guarantee from the traditional guarantee

بن هلال ندير*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية

nadir.benhellal@univ-bejaia.dz

طباع نجا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية

nadjet.tebaa@univ-bejaia.dz

تاريخ إرسال المقال: 2024/09/13 تاريخ قبول المقال: 2024/10/31 تاريخ نشر المقال: 2024/11/20

الملخص:

تقوم المؤسسات البنكية فيما يخص العمليات المتعلقة اتجاه عملائها بتقديم مجموعة من الضمانات القانونية ابرزها قيام البنك بتقديم ضمان اتجاه الغير وهذا الاجراء الذي تعد طبيعته بمثابة ضمان قانوني مستقلا عن عدة مفاهيم أخرى مشابهة لا سيما الكفالة الى جانب كون هذا الاجراء يمتاز بكونه يتميز بالدفع بالتجريد مقارنة بالكفالة التقليدية. **الكلمات المفتاحية:** البنك، العميل، الدفع، خطاب الضمان، الكفالة التقليدية.

Abstract:

With regard to operations related to theirs customers, banking institutions are responsible for providing a set of legal guarantees, the most prominent of which is the bank's provision of a garante towards third parties. This procedure, whose nature is considered a legal guarantee, is independent of several other similar concepts, especially guarantees, in addition to the fact that this procedure is distinguished by the fact that it is characterized by payment by abstraction compared to guarantees Traditional.

Key words: Bank, customer, payment, letter of guarantee, traditional guarantee.

المقدمة:

يجري العمل المصرفي على أن تقدم البنوك الاعتماد أو الائتمان لعملائها، والبنك عند تقديمه لهذا الاعتماد، قد يقدم مبلغا نقديا، وقد يكتفي بأن يمنح توقيع له للعميل أو للغير الذي يريد الدخول معه في علاقة قانونية و الشك في قبول التعامل مع عميله، دون أن يقدم ضمانا يتمثل في تدخل شخص موثوق فيه معروف بالملاءة هو البنك، إذ يعتبر أبرز صور ضمان المصرف للعميل أمام الغير، فقد يقوم بدور الكفيل لعميله، وهي كفالة تتم على مقتضى القواعد المقررة في القانون المدني، وقد تتخذ هذه الكفالة صورة أخرى تتمثل في خطاب الضمان .

أمام تشابه خطاب الضمان مع الكفالة من حيث أدائهما لنفس الوظيفة، وفي ظل غياب نظام خاص ضمن أحكام القانون المدني ولا التجاري تنظم عقد خطاب الضمان، قد يسود الاعتقاد أن خطاب الضمان شبيه بالكفالة من حيث النظام الذي يحكمهما .

إلا أن هذا الفرض الجدلي أن خطاب الضمان الصادر عن البنك يعد كفالة ليس صحيح، لأن خطاب الضمان لا يستجيب لما تعرفه الكفالة من أحكام. ويظهر ذلك من خلال نقطتين أساسيتين: مبدأ استقلالية خطاب الضمان (أولاً) والدفع بالتجريد (ثانياً).

أولاً : مبدأ استقلال خطاب الضمان

لدراسة مبدأ استقلال خطاب الضمان سنتطرق إلى مضمون فكرة استقلال خطاب الضمان (1)، ثم النتائج المترتبة عن استقلال التزام البنك (2).

1 - مضمون فكرة استقلال خطاب الضمان .

خلا التشريع الجزائري من كل تنظيم أو تعريف لخطاب الضمان، على خلاف كثير من التشريعات العربية والغربية، بالمقابل تصدى الفقه لتعريف هذا العقد على أنه: "تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب عميله الأمر بصدد عملية أو غرض محدد يلتزم بمقتضاه بأن يدفع إلى على طرف ثالث، هو المستفيد، بمبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء أكان طلباً مجرداً أو مصحوباً بتقديم مستندات محدّدة في الخطاب يقدّمها المستفيد خلال أجل سريانه، رغم أية معارضة قد يحتج بها على العميل المضمون".¹

إذا قارنا هذا التعريف بتعريف عقد الكفالة²، نجد أن خطاب الضمان هنا ليس كفالة، حيث يفهم من تعريف الكفالة أن المشرّع يسلم بتبعية عقد الكفالة، ذلك أن إلزام الكفيل ينشأ تبعاً لالتزام المدين، بحيث يعلّق التزام الكفيل على شرط واقف و هو عدم وفاء المدين بالدين، -حيث ينشأ بمناسبة كفالة دين أصلي- . يتأكد من هذه التبعية أنّ الكفالة تنقضي بانقضاء الدين الأصلي سواء بالوفاء أو الإبراء أن الكفيل يلتزم تجاه المدين بالتزام تبعي ينجر عنه .

إن كانت صفة التبعية هي أهم خصائص الكفالة، بل هي أهم خصائص التأمينات التقليدية جميعاً على اختلاف أنواعها³. فهي تعتبر المعيار المعتمد لتمييز الكفالة عن خطاب الضمان الذي تبين لنا من خلال تعريفه أنّ المصرف يلتزم بموجب تعهده بدفع مبلغ الضمان حال مطالبة المستفيد به، حيث أن قواعد الضمان تشترط في طلب المستفيد أن يكون خلال المدة المحددة و للغرض المحدد له .

إلتزام البنك في هذه الصورة من صور الضمان، يجب الوفاء به بمجرد طلبه لأنّ التزام هذا الأخير مستقل ونهائي، وهو قضت به محكمة النقض المصرية.⁴

يلاحظ أنّ هناك استقلالية بين علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه و علاقته بالعميل، وأنّ التزام البنك بالوفاء التزام أصيل مستقل بالوكالة عن العميل.⁵

وعليه فما يميز خطاب الضمان عن الكفالة هو استقلال التزام البنك قبل المستفيد عن علاقة البنك بالعميل، فمبدأ استقلال خطاب الضمان عن العقد الذي صدر منه هو ما يميزه عن الكفالة التقليدية، رغم

أدائهما وظيفة مماثلة، و ذلك بسبب أن خطاب الضمان ينشأ من إرادة البنك، ويكون التزامه نهائيا لا رجعة فيه.

يمتاز التعهد بالخصوصية بالمقارنة مع الكفالة من حيث علاقة التزام الضامن بالالتزام الأصلي للمدين، فإذا كان التزام الكفيل يتحدد بالتزام الأصل كونه التزام تبعية، فإن التعهد بخطاب الضمان يتحدد بالغرض الذي من أجله صدر الخطاب كون أن التزام البنك بموجب خطاب الضمان التزام مستقل عن العقد الذي صدر عنه، و خاصية استقلال خطاب الضمان أدت إلى أبراز بعض النتائج التي أدت إلى إحداث تفرقة واضحة بين الكفالة وخطاب الضمان .

2: النتائج المترتبة عن استقلال التزام البنك

إن كان يقصد باستقلال التزام البنك أنه لا أثر لدفع العميل قبل البنك و الناشئة عن العقد المبرم بينهما والذي أعرب فيه العميل عن طلبه في إصدار خطاب الضمان وفقا لشروط معينة، وموافقة البنك على ذلك أدى إلى جعل التزام البنك قبل المستفيد هو التزام بصفته أصيلا و ليس نائبا عن العميل(أ). استقلال حق المستفيد قبل البنك(ب).

أ-التزام البنك قبل المستفيد هو التزام بصفته أصيلا و ليس نائبا عن العميل.

إن اعتبار التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان باتا نهائيا في مواجهة المستفيد، يترتب عليه أن التزام البنك قبل المستفيد هو التزام بصفته كأصيل لا كنائب عن العميل أو متعهد في عقد أشرط لمصلحة الغير، وينجر على ذلك أنه إذا فرض أن إرادة العميل الأمر مشوبة بعيب من عيوب الإرادة فإن ذلك لا أثر له على التزام البنك قبل المستفيد .

في حالة ما إذا لم يعطي العميل للبنك الغطاء المتفق عليه لإصدار خطاب الضمان وفسخ العقد، فلا أثر لذلك أيضا على حق المستفيد الذي يستمد مباشرة من خطاب الضمان و ليس من العقد المبرم بين البنك و العميل، مع الإشارة أيضا إلى أنه لا أثر كذلك على التزام البنك من تعديل العقد الأصلي - عقد المقاوله - الذي يربط بين كل من العميل والمستفيد ذلك لأن خطابات الضمان كما وصفتها المحكمة الإدارية العليا هي وحدها التي تحكم العلاقة بين البنك والمستفيد، وإن طرأ مثل ذلك التعديل فالخصم الحقيقي في مثل هذه المنازعة هو المستفيد من خطاب الضمان وليس البنك.⁶

يختلف الأمر هنا مع الكفالة التي توصف بأنها عقد تابع و من ثمة لا نكون بصدد كفالة إذا التزم شخص عن دين الغير التزاما أصليا، فهو لا يعد تابعا لأن التزامه مستقل عن التزام المدين حيث تقوم بضمان الوفاء بالدين إذا لم يفي به المدين، فمحل التزام الكفيل يتمثل في الوفاء بالالتزام الأصلي الواقع على عاتق المدين إذا تقاعس عن تنفيذه، فالتزام الكفيل يعتبر التزاما احتياطيا لالتزام المدين الأصلي، بالتالي فهو يلتزم بالتبعية لهذا الالتزام من حيث الوجود والصحة والانقضاء، هذا يعني أن الدائن يجب عليه أولا البدا

بالتنفيذ على أموال المدين بعدها يستطيع الرجوع على الكفيل، كون التزام الكفيل لا يقوم مستقلاً بذاته بل لتأمين تنفيذ هذا الدين أو الالتزام الأصلي .

فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً بطلان مطلق فإن الكفالة بصفة التبعية تكون باطلة مثله، كون هذا الالتزام منجر وبات و يتولد في ذمة الكفيل نهائياً منذ إبرام عقد الكفالة، فالكفيل لا يلتزم بالدين الأصلي بالمساواة مع المدين به بل بالتبعية، أي بصفة تكميلية أو احتياطية لالتزام المدين .⁷

يترتب على صفة التبعية أن التزام الكفيل يرتبط في وجوده و في زواله بالالتزام المكفول إذا كان الالتزام المكفول باطلاً تكون الكفالة باطلة، وإذا كان الالتزام المكفول صحيحاً تكون الكفالة صحيحة،⁸ أما إذا كان الالتزام الأصلي قابل للإبطال فإن صحة عقد الكفالة و بطلانه يتوقف على صحة وبطلان العقد الأصلي، فإذا قضى ببطلانه زالت الكفالة بالتبعية، وإذا بقي بقيت الكفالة إلى جانبه⁹، و هنا يشترط في التزام الكفيل أن لا يكون أكثر من الالتزام المكفول، بل يجوز أن يكون أقل من الالتزام المكفول. وكل تغير طارئ في الالتزام الأصلي يستفيد الكفيل منه.

عكس الضامن في خطاب الضمان حيث تقرر أحكام التعهد في خطاب الضمان على أنه لا يحق للمصرف الامتناع عن التنفيذ مهما كانت الأسباب التي يمكن أن يتمسك بها لتبرير هذا الامتناع¹⁰.

ب- إمكانية رجوع البنك على المستفيد بكل الدفوع الأصلية

استقلال حق المستفيد قبل البنك يجعلنا نبحث في مدى إمكانية البنك في الرجوع قبل المستفيد بكل الدفوع التي يمكن للعميل أن يدفع بها تجاه المستفيد كالدفع بالمقاصة (ب-1)، و الامتناع عن التنفيذ (ب-2) مقارنة بأحكام الكفالة.

ب-1 - الدفع بالمقاصة:

بالرجوع إلى نص المادة 654 في شطرها الثاني التي تقضي بإمكانية الكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين تجاه الدائن، هذا يعني أن الكفيل يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته على أساس المقاصة حتى ولو لم يتمسك بها المدين، أو تنازل عن حقه في التمسك بها .

إلا أن استقلال حق المستفيد قبل البنك يمنع البنك من التمسك بالدفع بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين له في مواجهة عميله الأمر بإصدار خطاب الضمان - كما إذ لم يقدم الغطاء المتفق عليه - ذلك لأن هذه العلاقة مستقلة من حيث أطرافها ومحلها عن علاقة البنك بالمستفيد فهذا الأخير يعد من الغير لهذه العلاقة .

كما لا يستطيع البنك التمسك بالمقاصة لدين له قبل المستفيد من الخطاب، وإن فرض توافر شروط المقاصة بين دين على المستفيد للبنك وبين قيمة خطاب الضمان، فلا يمكن للبنك أن يتمسك بذلك إلا بعد أن تحقق ملكية هذه المبالغ يمثلها الخطاب للمستفيد.¹¹

حتى بعد طلب قيمة خطاب الضمان من المستفيد فإنه لا يجوز التمسك بالمقاصة لدين عليه للبنك، ذلك أن خطاب الضمان بعد تحويله إلى مبلغ نقدي يفقد خصائصه و يعود إلى طبيعته الأصلية بالنسبة للمستفيد، و هو كونه تأميناً نقدياً مقدماً من العميل، و لا يصبح بالتالي مملوكاً للمستفيد و لا يجوز للبنك إجراء مقاصة عليه. لتصبح يد المستفيد على هذه المبالغ يد دائن مرتهن يستوفي منها ما يستحق نتيجة علاقته الأصلية بالعميل ثم رد الباقي إلى ذمة العميل و ليس إلى ذمة البنك الذي ينتهي التزامه بمجرد الوفاء بقيمة خطاب الضمان.

ب- 2 - إمكانية الضامن الامتناع عن التنفيذ

إن استقلال التزام البنك قبل المستفيد عن علاقة هذا الأخير بالعميل، يقصد به عدم وجود أثر لدفع العميل قبل المستفيد على التزام البنك المباشر، تبعاً لمبدأ استقلالية التعهد الصادر بموجبه خطاب الضمان عن العقد الصادر من أجله، أي عن العلاقة القائمة بين المستفيد و العميل الأمر، منع المصرف المصدر لخطاب الضمان من أن يرفض الأداء بسبب يرجع إلى العلاقة السابق التي صدر من أجله الضمان، وهذا استناداً إلى ما نصت عليه المادة 290 من القانون التجاري العراقي.¹²

يعني أنه لا أثر على التزام البنك من الإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل و لا يجوز للبنك الامتناع عن الدفع للمستفيد بناء على أسباب يبيدها العميل تبرأ ذمته قبل المستفيد، حيث يجوز للعميل مقاضاة المستفيد فيما قبضه دون وجه حق بناء على العلاقة الأصلية بينهما، و هو ما أيدته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها.¹³

خلافاً للكفالة التي تظل قائمة إلا إذا انقضى الالتزام الأصلي، لأن الدائن لا يقف موقف المساواة مع المدين الأصلي، فلا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي، وليس له الحق في التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، ذلك أن تبعية التزام الكفيل في ضمانه دين المكفول يترتب عليه جواز احتجاج هذا الكفيل على الدائن المستفيد من الكفالة بجميع الدفع التي من حق المدين المكفول الاحتجاج بها عليه استناداً إلى العقد الأساسي القائم بينهما، حيث يترتب على تبعية الكفالة أن الكفيل يستطيع التمسك بانقضاء التزامه بالضمان، إذا انقضى التزام المدين المكفول بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام سواء كان بالوفاء أو ما يقوم مقامه، حيث نص المشرع صراحة في نص المادة 654 من القانون المدني على أن الكفيل يبرا من التزامه بمجرد براءة المدين .

مقابل هذا الالتزام المطلق و المجرد الذي يفرضه إصدار خطاب الضمان، خولت أحكام الضمان للمصرف المصدر للضمان حق في أن يطلب من العميل الأمر بتقديم كفالة شخصية أو عينية لتغطية خطاب الضمان، عكس أحكام الكفالة التي لا تمنح مثل هذا الحق للكفيل وإنما حقه يقتصر على إمكانية الرجوع على المدين في حالة تنفيذ التزامه بدعوى شخصية تدعى بدعوى الكفالة التي تقتصر على الكفالة

التي تتم بعلم المدين ودون معارضة منه، و التي يشترط لرفعها من طرف الكفيل أن يكون قد أخطر المدين بقدمه على التنفيذ قبل أن يقوم بالوفاء بالدين ، حيث يرجع بأصل الدين و المصروفات. أما دعوى الحلول فيمكن رفعها في جمع الحالات دون شرط توفر الإجراء السابق لدعوى الكفالة المذكور أعلاه.

في خطاب الضمان يلتزم العميل وفقا للعقد الذي يربط بينه وبين البنك برد المبالغ التي قام البنك بالوفاء بها للمستفيد بمقتضى خطاب الضمان، و التزام العميل هنا ناشئ عن عقد الاعتماد بالضمان و ليس عن خطاب الضمان الذي يصدره البنك وفي حالة ما إذا قام البنك بالوفاء دون مراعاة تعليمات العميل الأمر، لا يكون له الحق في الرجوع بما تم دفعه للمستفيد على عميله .

ينقضى التزام البنك إذا ما انقضى الأجل دون أن يستعمل المستفيد حقه، و العكس كذلك وللمصرف حق في أن يسترجع ما دفعه للمستفيد مع العمولة المقررة له لقاء إصداره خطاب الضمان، وإن لم يلتزم العميل فللمصرف حق في التنفيذ على ما قدمه إياه العميل من تأمينات شخصية أو عينية لتغطية خطاب الضمان.

ثانيا - الدفع بالتجريد .

إن ما يميز أيضا خطاب الضمان عن الكفالة هو إمكانية الدفع بالتجريد، حيث نجد أن القواعد العامة التي تحكم الكفالة تقر على أن عقد الكفالة عقد تبعية بحيث لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين¹⁴.

انطلاقا من مبدأ ضرورة رجوع الدائن على المدين، إن رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين، كانت دعواه غير مقبولة شكلا، ففكرة التبعية و الصفة الاحتياطية في التزام الكفيل، كان أهم مظهر لذلك هو النص على حق الكفيل في التمسك بتجريد المدين قبل التنفيذ على أمواله .

الواقع أنه هناك اعتبارات عملية تبرر هذا الدفع في الكفالة دون خطاب الضمان ، حيث نجد أن الكفيل التزامه التزاما تبرعيا ...، وعمل الكفيل عمل مدني بحسب الأصل في جمع الحالات، ولو كان الكفيل تاجرا وكان الالتزام المكفول تجاريا، إلا إذا وردت على دين ثابت في ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بوصفه ضامنا احتياطيا أو مظهرا، ولو كان الكفيل غير تاجر .¹⁵

أما خطاب الضمان لا يعد عقد تبرعى حيث نجد أن العميل الأمر في خطاب الضمان يلتزم بأن يرد للمصرف ما يكون قد دفعه إلى المستفيد من مبلغ الضمان مع دفع العمولة المقررة له لقاء إصداره خطاب الضمان، فالبنك يتقاضى عمولة من عميله مقابل إصدار هذا الخطاب تنفيذا لأمر العميل وبرضا المصرف، لكن الكفالة لا تصدر بطلب من المدين، فقد تصدر لخدمة المستفيد دون علم المدين و حتى دون رضاه .

إصدار خطاب الضمان عمل مصرفي ، لما كانت أعمال البنوك تتصف بالصفة التجاري استنادا لنص المادة الثانية من القانون التجاري، فهو بالنسبة للمصرف مصدر الخطاب عمل تجاري بحكم ماهيته الذاتية كما أنه على الأغلب عمل تجاري بالنسبة للعميل الأمر بالتبعية لكونه في الغالب مقاولا وبالتالي تاجرا، يطلب من المصرف إصداره بناء على طلب رب العمل لضمان التزامه بعبء أو لصيانة عمله بعد إنجازه خلال مدة صيانتته.¹⁶

وحق المستفيد في خطاب الضمان ليس حق شخصي لا يمكن التنازل عنه، لن شخصية المستفيد لا تكون محل اعتبار لدى البنك مصدر الخطاب، بمعنى أنه يستوي لدى البنك أن يدفع لأي جهة يحددها العميل و الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمستفيد في عقد الكفالة .

كما أن الدائن إذا نفذ على أموال الكفيل، لهذا الأخير أن يرجع بعد ذلك على المدين بما دفعه عنه، وله في هذا الرجوع أن ينفذ على أموال المدين، فمن باب اختصار الإجراءات والنفقات أن يقوم الدائن بالتنفيذ أولا على أموال المدين و قد نصّ عليه المشرع الجزائري على حق الكفيل بالتمسك بالتجريد في نص المادة 660 من القانون المدني الجزائري.

يحق للكفيل أن يدفع برجوع الدائن عليه بوجوب التنفيذ على أموال المدين لاستفاء حقه، أي له أن يطلب من الدائن تجريد المدين من أمواله أولا ثم الرجوع عليه بما تبقى، ويعبر عن ذلك بالدفع بالتجريد. إذا استوفي الدائن حقه من أموال المدين انقضي التزام الكفيل وتبرأ ذمته، وإذا استوفي جزءا من هذا الحق أو لم يستوفي شيئا منه كان له الرجوع على الكفيل بكل الدين أو بما تبقى منه .

لكن خاصية استقلال خطاب الضمان تجعله يختلف عن الكفالة من حيث إمكانية الكفيل بالدفع بالتجريد، حيث يلتزم المصرف بالدفع للمستفيد في أجل المحدد بالمبلغ المحدد وللغرض المحدد بمجرد طلبه من المستفيد، دون أن يكون له الحق في الامتناع عن التنفيذ على أساس ضرورة تقيد المستفيد بشرط الرجوع على العميل الأمر بالدرجة الأولى، ذلك على أساس أن البنك يعتبر أصيلا في هذه العلاقة .

سنحاول التفصيل أكثر من خلال التطرق إلى شروط الدفع بالتجريد (1)، ثم الآثار المترتبة عن الدفع بالتجريد (2).

1 : شروط الدفع بالتجريد

هناك مجموعة من الشروط الواجب توفرها عند الدفع بالتجريد والتي تتمثل فيما يلي:

-ألا يكون الكفيل قد تنازل مقدما عن الدفع بالتجريد، حيث أن الدفع بالتجريد ليس من النظام العام، لذا لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، إذ يجب أن يتمسك به الكفيل، و لا لكن إذا رفعت عليه دعوى، فلا بد من إبداء هذا الدفع قبل صدور حكم نهائي -أي في مرحلة المطالبة القضائية و ليس بمرحلة التنفيذ.

-ألا يكون الكفيل متضامن مع المدين، لأن في مثل هذه الحالة للدائن الحق والحرية في الرجوع على من يريد سواء إليهما معا، أو الرجوع إلى الكفيل ثم المديد بحيث له الحرية المطلقة في ذلك.
-كما يجب على الكفيل الذي يطلب التجريد أن يرشد الدائن إلى أموال المدين التي تكفي بالدين كله على نفقته، ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود أموال للمدين صالحة وكافية للوفاء .

2: الآثار المترتبة عن الدفع بالتجريد

إن لم يراعي الدائن في عقد الكفالة هذا الحكم بأنه يجب عليه أولاً الرجوع على الكفيل قبل أن الرجوع على المدين فإن للكفيل أن يدفع هذا الرجوع، وهو الدفع بضرورة رجوع الدائن على المدين أولاً .
يترتب على قبول الدفع بالتجريد في الكفالة توقف التنفيذ على أموال الكفيل، مع إبطال وتوقيف كل الإجراءات التي اتخذها الدائن قبل الدفع بالتجريد، وكل الإجراءات التي اتخذت في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل، بحيث يصبح الدائن مسؤولاً قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي ترتب عن عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في وقته المناسب .

خاتمة:

رغم أن استقلال التزام البنك لا يمنعه من التمسك في مواجهة المستفيد بالدفع الناشئة عن التزامه بإرادته المنفردة، ذلك أن إرادة البنك يجب أن تكون خالية مما يعيبها، حيث يتداخل هنا خطاب الضمان مع الكفالة .

لكن هذا لا يعني أن خطاب الضمان له نفس آثار الكفالة و نفس الأحكام، فحق البنك في التمسك في مواجهة المستفيد بما وقع فيه من غلط أو بانعدام إرادته بأن صدر الخطاب بتوقيع مزور لا يجعل من خطاب الضمان كفالة و لا يعتبر هذا مساساً بخاصية استقلال التزام البنك ذلك أن هذه الدفوع ناشئة عن العلاقة المباشرة المترتبة على إصدار خطاب الضمان وتتفق هذه النتيجة مع الوظيفة التي من أجلها خلق خطاب الضمان .

وهذه الخطابات و إن كانت من خلق العرف إلا أن الواقع الذي تعمل فيه بعيد عن أن يتم توحيد القواعد المطبقة عليها، و لا شك أن هذه الخصائص الجوهرية لخطاب الضمان تؤثر على المسألة الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق فيما تعلق بخطابات الضمان الدولية التي تصدر بشأن عمليات عبر الحدود عادة ما يكون أحد أطرافها غير مقيم. ما يجعل تتنازع القوانين شأن خطاب الضمان الدولية واردة، نتيجة استقلالية خطاب الضمان عن العقد المصدر عنه .

لكن ما نجده أن هناك محدودية لهذا التنازع، لأن الكثرة الغالبة من خطابات الضمان عادة ما تنطوي على اتفاق صريح بشأن القانون الواجب تطبيقه، وإن لم يتضح ذلك صراحة فإنه متي وضح استقلال البنك ونهائيته، كان لنا أن نقرر أن القانون الواجب التطبيق شأن هذه العلاقة هو قانون البنك الضامن، وهذا الحل اعتنقته غرفة التجارة الدولية في قواعدها الموحدة المتعلقة بالضمانات العقيدية .

خطابات الضمان تقوم بدور هام في الحياة الاقتصادية إذ تحل محل التأمين النقدي و مجرد توقيع البنك يرتب للمستفيد المزايا التي يحققها دفع مبلغ نقدي له مقدما .

تجدر الإشارة إلى أن عملية إصدار خطاب الضمان تعتبر الوسيلة الأكثر ضمانا من الكفالة، حيث أن التزام البنك التزم واجب التنفيذ في جميع الحالات العادية، وأن خطابات الضمان كثيرا ما تتضمن تسهيلات ائتمانيا يمنحها البنك لعملائه، بيحي يلاحظ أنه كثيرا ما يكتفي البنك بمطالبة عميله بتقديم غطاء جزئي مقابل إصدار خطاب الضمان، حيث يبقى جزء من خطاب الضمان مكشوفاً.

وخطابات الضمان غير مهددة بخطر إفسار المدين كما في الكفالة، حيث في خطاب الضمان البنك لا يتحمل خسارة إذا دفع قيمته، إذ يحتفظ عادة بغطاء، ويأخذ على العميل مجموعة من التعهدات التي تكفي وتضمن للبنك سداد قيمة الدين و رجوعه على العميل .هذا فضلا على أن أموال العميل لدى البنك تكون ضامنة لتصرف البنك .

الهوامش:

¹ - عكاشة محمد عبد العالي، "قانون العمليات المصرفية الدولية: دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية"، د. ن.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 340.

² - راجع المادة 644، من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

³ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر 2001، ص 55.

⁴ - نقض 26 ماي 1969، المجموعة عدد 20، ص 811. أنظر عكاشة محمد عبد العالي، المرجع السابق. ص 344، هامش 266.

⁵ - إذ أشارت إلى ما يلي: " عن خطاب الضمان و إن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضي خطاب الضمان و بمجرد إصداره و وصوله إلى المستفيد لوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به ...". نقلا عن عبد الحميد الشواربي، " القانون التجاري - العقود التجارية في ضوء الفقه و القضاء - ، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 557.

⁶ - رغم استقرار القضاء على استقلال التزام البنك قبل المستفيد عن علاقة بعميله الأمر بإصدار خطاب الضمان، إلا أنه من جانب آخر يجيز تجميد خطاب الضمان في حالة صدور غش من المستفيد و ذلك تأسيسا من قاعدة " الغش يفسد كل شيء".

⁷ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء العاشر ، سنة 1970 ، ص ، ص 19-20.

⁸ - المادتين 648 و 654 ، القانون المدني ، المرجع السابق .

⁹ - وهذا حسب الرأي الراجح في الفقه، راجع محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص 107.

¹⁰ - علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان .ص109، هامش 01

¹¹ - للمزيد من التفاصيل ، راجع عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ، ص 558.

¹² - أحمد زيادات ، إبراهيم الغمود ، " الوجيز في التشريعات الأردنية "، عمان، 1995، ص 364.

¹³ - وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية في الحكم الصادر بجلسة 30 ديسمبر 1985. بقولها: "...ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذ قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك"، راجع عبد الحميد الشواربي مرجع سابق، 559.

¹⁴ - راجع المادة 660 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق .

¹⁵ - راجع المادة 651، المرجع نفسه.

¹⁶ - مالكي أكرم، فائق الشماع، القانون التجاري، بغداد، 1980، ص 429.