

تنظيم الضمان المستقل وفقا لأحكام الكفالة

د . حوويمينة

أستاذة محاضرة -أ-

كلية الحقوق- جامعة الجزائر -

نظم القانون أحكام الكفالة ما بين المواد 644 إلى غاية 673 من القانون المدني . إن الكفالة ضمان شخصي يمنح بموجبه للدائن ضمان يمكنه من إستفاء حقه كاملا عند الحلول أجل الدين إذا لم يفي به¹ المدين نفسه كما نصت عليه المادة 644 من القانون المدني التي ورد فيها : «عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه» ، فهي بذلك تعد وسيلة ائتمان توفر الضمان الكافي للدائن خصوصا في مجال تقديم القروض من قبل البنوك.

لكن ما يميز عقد الكفالة أن التزم الكفيل هو التزم تبعي ، فهو مرتبط ارتباطا عضويا بالتزام الأصلي و عليه فالتزام الكفيل إنما يتحدد بالتزام المدين الأصلي من كل النواحي سواء من حيث وجوده وصحته وبطلانه وانقضائه وأوصافه وقد نصت المادة 648 على ذلك حيث ورد فيها ما يلي : «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا». هذا يعني أنه لا تنشأ الكفالة إلا إذا وردت على التزم صحيح فإذا كان الإلتزام الأصلي صحيحا كانت الكفالة صحيحة ، وإذا كان الإلتزام الأصلي باطل يكون التزم الكفيل أيضا باطلا وللكفيل في هذه الحالة أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفع المدين الأصلي سواء كانت شخصية او متعلقة بالدين المضمون ، ومن الدفع التي يمكن ان يحتج بها المدين الأصلي البطلان وعليه وبحكم التبعية الموجودة

1- جميل الشرقاوي ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية ، 1998 ، ص 2

بين كلا الالتزامين فإن للكفيل الاحتجاج ببطلان الالتزام الأصلي وبالتالي بطلان الكفالة الضامنة له وهذه النتيجة كرسها المادة 666 من القانون المدني عندئذ يتخلص الكفيل من التزامه تجاه الدائن . كما للكفيل أن يتخلص من التزامه بموجب دفع منح له إياه القانون بموجب عقد الكفالة ، فتبرأ ذمته تجاه الدائن وهذه الدفع هي الدفع بالرجوع والدفع بالتجريد العام والخاص والدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء ودفع أخرى إضافية ناتجة عن خطأ الدائن في استيفاء حقه من المدين نظمها القانون في نصوص خاصة .

إن تعدد حالات تخلص الكفيل من التزامه تجاه الدائن طرح اشكالية في قدرة الكفالة في توفير الأمن الكافي للدائن في استيفاء حقه من الكفيل في حالة اعسار المدين أو تماطل هذا الأخير في تنفيذ التزامه أو تهريبه من التزامه عمدا ، علما و أن الكفالة أصبحت تنطبق على الممارسات البنكية و البيوع الدولية لذلك أصبحت بأحكامها لا تلائم المعاملات البنكية و التجارية¹ حيث أصبحت البنوك التي تقدم القروض أو المتعامل الأجنبي يلزم المتعامل الوطني (المدين) في المعاملات التجارية الدولية على تقديم ضمان شخصي مستقل عن الدين الأصلي² يكون بموجبه الضامن ملزم بتنفيذ التزام المدين في كل الحالات دون أن يكون له الحق في التمسك بأي دفع من الدفع التي

1- تقول راضية امقران في رسالتها :« أمام هذه المخاطر المستجدة تضاءلت قيمة الضمانات التقليدية التي كان يقدمها الملتزم للمستفيد، حيث اعتبرت الكفالة في وقت سابق بأنها التقنية القانونية المطلوبة كضمانة للتنفيذ، إلا أنها على صعيد التجارة الدولية لم تعد كذلك، نظرا للصفة الاحتياطية لتعهد الكفيل، الذي يمكنه أن يدفع مطالبة الدائن عن طريق الإلقاء بالدفع الممنوحة للمدين وأن يناقش في مدى صحة التزام هذا الأخير. مما أدى إلى استبعاد التعامل بالكفالة في المجال الدولي، وبالتالي تم اللجوء إلى الوديعة النقدية التي تعتبر صورة من صور الضمان العيني، وبموجبها يحوز الدائن نقود المدين حيابة فعلية تسمح له بالضغط عليه، والحصول على حقه بأسرع الطرق». أمقران راضية ، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 ، 2014، ص 1

2- هزار سليمان حيدر، الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة الدولية -دراسة مقارنة- اتحاد المصارف العربية، بيروت-لبنان، 1989 ، ص. 38

يمنحها عقد الكفالة في مواجهة الدائن وهذا هو الضمان الذي يطلق عليه بالضمان المستقل أو الضمان عند أول طلب حيث يكون الضامن ملزم بالدفع عندما يتقدم الدائن يطالب بالوفاء بدينه فهو بذلك يختلف عن قواعد الكفالة من هذا الجانب اختلافا جوهريا .

إن البنوك الجزائرية أصبحت تضمن المتعاملين الجزائريين في تجارتهم مع العملاء الأجانب طبقا للضمان المستقل لذلك واجه القضاء الجزائري نزاعات تتعلق بالضمان المستقل وذلك في غياب وجود قانون ينظم هذا النوع من الضمان¹ وفي هذا الصدد نشير إلى القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمجلس الجزائر سنة 1991 يتضمن الضمان المستقل أو الضمان لمجرد الطلب. كانت المسألة تتعلق في ما إذا كان ينبغي تمديد شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأساسي للضمانات الصادرة عن البنك الجزائري والذي تضمنه العقد الأساسي طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين . قبل القرار قضت محكمة الجزائر في حكم صادر في 7/6/1988 يقضي بأن الضمانات الصادرة في العقد الأساسي مستقلة عن الاتفاق المتضمن شرط التحكيم الوارد في العقد الأساسي وبالتالي لا ينطبق عليه .

بعد الاستئناف قضى مجلس القضاء الجزائري في 28/01/1991، قرار يتضمن أن المبدأ العام في الضمان الشخصي هو أن تكون تبعية عقد الضمان للعقد الرئيسي ولا يمكن فصلهما وأن شرط تمديد التحكيم إلى الضمان شرط باطل .

1- عملت البنوك الجزائرية وتحت وصاية وزارة المالية على توحيد نصوص الضمانات المصرفية الجزائرية وفقا لنماذج خاصة مضبوطة تطبق على جميع البنوك الوطنية ، وأيضا على البنوك الأجنبية المتعامل معها بدءا بتعليمات وزارة المالية رقم 532 المؤرخة في 05 جوان 1985 ، والتعليمات رقم 171 المؤرخة في 21 جانفي 1989 المتعلقة بإعداد نماذج موحدة للضمانات البنكية الدولية بعدها أصدر بنك الجزائر ، كسلطة نقدية الأولى في الجزائر بإصدار التنظيم رقم 02/93 المؤرخ في 03 جانفي 1993 المتعلق بإصدار خطابات الضمان والضمانات المقابلة من قبل البنوك الوسيطة المعتمدة وقد نصت المادة 3 فقرة 2 من هذا التنظيم على أنه : يجب أن يغطي هذا النوع من الضمان مسبقا من طرف عقد مقابل الضمان ، صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى لصالح البنك الوسيط المعتمد . راجع راضية أمقران ، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 ، ص 17.

إن المادة 68 فقرة 1 من الأمر المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض والمعدل بالأمر رقم 10 - 04 المؤرخ في 26 أوت 2010 أشارت بشكل عرضي إلى هذا النوع من الضمان حيث ورد فيها ما يلي: «يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي والكفالة أو الضمان». في نص هذه المادة ميز القانون بين الكفالة والضمان الذي ينشأ عن مجرد توقيع البنك لما له من ملاءة مالية معتبرة ورغم أن المشرع أشار فقط إلى الضمان المستقل إلا أنه يخضع في مجمله إلى أحكام الكفالة حيث سندرس ضمن هذا البحث إمكانية ملائمة الضمان المستقل مع أحكام الكفالة علما وأن معظم قواعد الكفالة ليست من النظام العام وإنما يجوز مخالفتها حيث يجوز الاتفاق على إستقلالية الضمان عن الدين الأصلي بموجب اتفاق صريح (المبحث الأول) فيترتب عن هذا الاتفاق آثار تخالف آثار الكفالة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إستقلالية الضمان عن الدين الأصلي بموجب اتفاق صريح

يعد الضمان المستقل عقد كفالة شخصية يهدف إلى تحقيق ضمان قوي للدائن¹ من خلال تعدد المدينون على نفس الدين حيث تمنح للدائن إمكانية حصول على دينه من مدين آخر أو عدة مدينين غير المدين الأصلي بحيث لو أعسر هذا الأخير كان الضامن ملزم بتنفيذ التزام المدين لذلك تعد الضمان المستقل نظام تأمين قوي يحقق فعالية الوفاء بدين المدين تجاه الدائن. هذا ويكون الضامن في أغلب الحالات شخصا معنويا وهي غالبا البنوك والمؤسسات المالية التي تتمتع بملائة مالية معتبرة لذلك لا يتصور أن يكون الضامن شخصا طبيعيا وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون² الافريقي للأعمال OHADA التي خصت الأشخاص المعنوية بالضمان المستقل دون الأشخاص الطبيعية.

1- تلعب الكفالة الشخصية دورا هاما في عملية الائتمان حيث انها توفر الضمان الكافي للدائن من أجل تقديم القرض للمدين.

2- Article 40 de Ohada : « Les garantie et contre-garantie autonomes ne peuvent être souscrites par les personnes physiques sous peine de nullité ».

بالرجوع إلى التشريع الأجنبي الذي نظم الضمان المستقل، نجد أن المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي عرفته بأنه تعهد يلتزم بموجبه الضامن استنادا إلى التزام الغير بدفع مبلغ معين عند أول طلب أو طبقا للطرق المتفق عليها¹. إن نص هذه المادة لا يختلف في جوهره عن نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري التي اعتبرت الكفالة تعهد صادر من الكفيل تجاه الدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، فهذا النص جاء عاما لذلك لا يوجد ما يمنع أن يتفق الطرفين على أن يلتزم الضامن بتنفيذ التزام الغير (المدين) عند مطالبة الدائن بذلك في أول مرة أي عند أول طلب مع استبعاد أي شرط أو قيد (المطلب الأول). بما أن الضمان المستقل ليس من النظام العام يجوز الاتفاق على خلاف أحكامه أي الاتفاق على تمسك الضامن بميزة الاستقلالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : أحكام عقد الكفالة ليست من النظام العام

إن قواعد الكفالة ليست من النظام العام وإنما هي من النظام الخاص يجوز للأطراف المتعاقدة مخالفتها لذلك تمنح قواعد الكفالة تصور العديد من حالات الضمان من ذلك صورة الضمان المستقل حيث يجوز للكفيل كضامن أن يضمن دين غيره بصفة أصلية مستقلة عن الدين المضمون فيتعهد عندئذ الضامن وهو غالبا بنك مصرفي لفائدة شخص ثالث وهو الغير المستفيد من الضمان دون قيد أو شرط، خلال مدة معينة محددة في الضمان بدفع مبلغ مالي عندما يطالبه به وذلك بناء على أمر من عميل البنك وهو المتسبب في الدين المضمون. هذا الاتفاق يجعل التزام

1- Article 2321 du code civil français : « Un engagement par lequel le garant s'oblige en considération d'une obligation souscrite par un tiers à verser une somme soit à première demande, soit selon des modalités convenues ».

عرفت المادة 355 من القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999 على «أن خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة».

الضامن التزام رئيسي مستقل عن التزام العميل رغم أن هذا الأخير هو أيضا مدين تجاه الدائن لكن ينبغي في عقد الضمان المستقل تحديد الدين المضمون تحديدا دقيقا (الفرع الأول) مع تحديد التزام الضامن في المعاملة بين العامل الوطني والعامل الأجنبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : إبراز استقلالية الضمان عن الدين المضمون

ينبغي في عقد الضمان المستقل حتى يأخذ هذا الوصف إبراز ميزة الاستقلالية أي استقلالية الدين البنك عن دين العميل دون أن يكون هناك أية ارتباط بينهما وعليه فإن طابع الاستقلالية الذي يميز العلاقة بين التزام الضامن والتزام المدين الأصلي لا تستوجب أن يكون التزام المدين الأصلي التزاما صحيحا كما هو الحال عليه في عقد الكفالة حيث لا يجوز أن تقوم الكفالة إلا إذا وردت على التزام صحيح .

لا تمنع أحكام الكفالة أن يتعهد الضامن بالوفاء بصفة مستقلة لأنه لا يوجد أي نص في أحكام الكفالة يقضي بالزامية الضمان بصفة احتياطية لذلك يجوز ادراج مثل هذا النص في عقد الضمان علما وأن بالرجوع إلى القانون الفرنسي نصت الفقرة الأخيرة من المادة 2321 من القانون المدني من أنه ما لم يتفق بخلاف ذلك ، لا يتبع الضمان الالتزام المضمون¹.

هذا يعني طبقا لمبدأ الاستقلالية أن محل عقد الضمان المستقل هو التزام قائم بذاته فلا بد ان تتوافر فيه شروط محل الالتزام بصفة عامة حيث يجب أن يكون المحل

1-Article 2321: «Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.» Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 2 JORF 24 mars 2006 Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 4 JORF 24 mars 2006 Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 6 JORF 24 mars 2006

Article 39 de OHADA(organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique) : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues ».

موجودا او قابلا للوجود أي ممكنا، وان يكون معينا او قابلا للتعين وان يكون مشروعاً ولا يتقيد التزام الضامن إطلاقاً بالدين الأصلي في وجوده أو بقاءه أو انقضائه أو بطلانه أو أوصافه فمهما كان الدين الأصلي من أوصاف أو شروط أو مهدد بالبطلان فإنه لا يؤثر على التزام الضامن بأي حالة من الحالات .

إن ميزة الاستقلالية¹ تجعل التزام الضامن ينفذ مستقلاً عن أي علاقة عقدية أخرى الناتجة عن أطراف المعاملة فالتزام الضامن مستقل عن علاقته بالعميل ومستقل أيضاً عن علاقته بالمستفيد، فالضامن عندما يدفع مبلغ دين العميل لا يكون قد نفذ التزام عميله في مواجهة الدائن وإنما نفذ التزامه هو المتمثل في الضمان. هذا ويكون الضامن ملزم بالوفاء عند أول طلب حتى ولو وقع نزاع بين المتعاملين نتج عنه عدم تنفيذ الالتزامات بينهما لأن التزام الضامن مجرد عن أية عنصر أجنبي وغير مرتبط بالعقد الأصلي وقد صدر في هذا الشأن قرار عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1994 يقضي بتطبيق أحكام الكفالة على ضمان وردت فيه مصطلح ضمان مستقل دون إبراز الاستقلالية بين التزام البنك كضامن والعقد الأصلي المتمثل في عقد البيع كون التزام الضامن ليست له أي ارتباط بالمعاملة الأصلية². من جانب آخر فإن البنك والعميل لا يعدان متضامنين لدين واحد وإنما كل محل إلتزام مختلف عن الآخر.

كما يجب على المتعاقدين إبراز صفة الاستقلالية بشكل واضح ودقيق حتى لا يقع لبس في الألفاظ والمصطلحات المستخدمة حيث يجب توضيح أن الضامن يدفع دين على ذمته وأنه لا يستطيع بأي حال من الأحوال رفض أو إرجاء أو تأجيل الدفع لأي

1- نبيل، إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، (في نطاق قانون الالتزامات، في نطاق

- قانون الأموال، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر: الطبعة الثالثة 2006 ، ص 129.128

2- Ainsi, l'engagement pris par une banque et qui comporte la formule « à première demande du créancier », est un cautionnement, dès lors qu'il n'est pas convenu « Que la garantie litigieuse devait être autonome par rapport au contrat de vente ». (Cour de Cassation, Commerce 10 mai 1994, D.1995, Somm. P.12)

سبب من الأسباب ، فإذا وجد في عقد الضمان ما يفيد تأخير تنفيذ الالتزام من قبل الضامن أو أنه يتمسك بأجل الدين الأصلي اعتبر الضمان كفالة تخضع عند إذن إلى حكم التبعية الذي يميز العلاقة بين التزام الكفيل والتزام المدين الأصلي .

متى إلزام البنك الضامن تجاه المستفيد أصبح إلزامه بات ونهائي ولا يكون له الحق في الرجوع عن هذا الضمان أو الإمتناع عن تنفيذ ما تعهد به أو الإحتجاج بأي دفع من الدفع .

إن الضمان المستقل نشأ لضمان المعاملات المالية الدولية¹ لذلك يتولى البنك تقديم هذا الضمان المستقل مستخدماً العبارات الواضحة والدقيقة التي تدل عليه و يكون البنك ملتزماً بشكل مستقل نظراً لما يتمتع به من قوة إنتمائية كبيرة لذلك فهو يمنح بناء على طلب من عميل البنك (مدين أصلي) يكون للمستفيد من هذا الضمان (أي الدائن) الحق في الحصول على المبلغ عند أول طلب بدون أي شروط أو تأجيل أو تبرير. نتيجة لذلك يكون البنك ملتزماً بالتنفيذ ما تعهد به في عقد الضمان مهما كان مصير العقد الأصلي سواء نفذ بين الطرفين أو لم ينفذ حتى ولو قام المدين بإصدار الأمر إعتراض للبنك.

إن إلزامية الوفاء الفوري للدين الذي يقع على عاتق البنك الضامن لصالح المستفيد تبرز استقلالية إلزام البنك الضامن للالتزامات الأخرى لذلك لا ينشأ الضمان المستقل علاقات ثلاثية بين أطراف المعاملة كما هه الشأن في عقد الكفالة التي تنشأ علاقة بين الدائن والمدين الأصلي والعلاقة بين الدائن و الكفيل والعلاقة بين الكفيل والمدين .

1- نشأ الضمان المستقل في العلاقات التجارية الدولية وبالتحديد بين البنوك الدولية حيث تأثرت بالمعطيات الاقتصادية والسياسية الجديدة خصوصاً بعد الثورة الإيرانية ، حيث أثر هذا النوع الجديد على أحكام الكفالة الشخصية التي كانت تتداول على مستوى الصفقات التجارية الدولية .

Ammar Guesmi, cautionnement et garantie automne dans la pratique algériennes,

Banque et droit n^o104- novembre,2005 P 3.

إن ميزة الاستقلالية¹ في هذا النوع من الضمان تجعله متميز بشروطه وأوصافه عن عقد الأصلي فقد ترد شروط عليه دون أن تتجاوزه فتكون شروط مخالفة عن الشروط التي يتضمنها عقد الأصلي ولو كان هذا الأخير هو سببا في نشأة عقد هذا الضمان.

إن مبدأ الاستقلالية تجعل الضمان المستقل قائما ومستمرا ومنتجا لآثاره وملزما للبنك مهما كان مصير العقد الأصلي بمعنى آخر أن إنفراد هذا الضمان بقواعده الخاصة به يجعله مستقلا عما سيلحق بالعقد الأساسي من بطلان أو انقضاء حيث أن هذا الضمان يبقى قائما ومستمرا ولا تتأثر بما آل إليه العقد الأصلي.

الفرع الثاني : تحديد التزام الضامن في الضمان المستقل

ينبغي تحديد الدين المضمون تحديدا دقيقا حتى يستطيع الدائن مطالبة الضامن بالوفاء لأن قد يختلف التزام الضامن عن التزام المدين الأصلي فقد يكون أشد ثقلا على اساس استقلالية كل دين عن الدين الآخر لكن غالبا ما يضمن البنك دفع مبلغ معين ومحدد في عقد الضمان قد يشمل مبالغ محددة تمثل مبلغ الدين بالإضافة إلى بعض المبالغ الأخرى كالمصاريف والملحقات. فقد يضمن البنك جزء من الدين وقد يضمن الدين كله دون ملحقاته ومصروفاته، أو أن يكون مدة تنفيذ التزام الضامن أطول من مدة دين المدين فعقد الضمان المستقل هو الذي يحدد محل التزام الضامن ولا يشترط يجب أن تكون مبلغ دين الضامن أقل وبشروط أهون من ما هو عليه في الدين الأصلي كما هو منصوص عليه في المادة 652 من القانون المدني التي نصت على أنه : «لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول». لكن قد يلتزم الضامن بالوفاء بجزء فقط من الدين إذا كان الدين مقسط و يكون الضامن قد وفي بالأقساط الأولى وهذا ما نصت عليه المادة 44 من قانون الموحد

1- Phillipe Simler Cautionnement : Garanties autonomes - garanties indemnitaires. Lexis,Nexis,Litec, 4 ed.,2008 , p.4,5

الإفريقي للأعمال OHADA¹ حيث ورد فيها أن للضامن وللضامن المضاد أن يحذف من مبلغ الضمان الأقساط المدفوعة من قبل .

لا يستفيد الضامن² من أي تغيير يطرأ على الالتزام الأصلي يكون فيه مصلحة للمدين الأصلي، فإذا تنازل الدائن عن جزء من حقه أو قام بتقسيط الوفاء فإن الضامن يبقى مسؤولاً عن كل الدين الذي التزم به تجاه الدائن ولا يمكن إعمال مبدأ التبعية المعروف في الكفالة، لذلك لا يستطيع الضامن في الضمان المستقل إعفاؤه من الفوائد أو إنقاص سعرها إذا تمت إذا احتواها عقد الضمان.

كما ينبغي أيضاً تحديد كيفية قيام الضامن بالوفاء بالدين تجاه المستفيد حيث طبقاً لأحكام قانون الموحد الإفريقي للأعمال OHADA فإن المادة 44 منه تنص على أن الضامن ملزم بالوفاء بالدين المحدد في العقد³ وفي هذا الصدد يجب على الدائن المستفيد أن يقدم الوثائق المتعلقة بالضمان.

إن الوثائق التي ينبغي تقديمها من قبل الدائن المستفيد من الضمان هي في الحقيقة عقد الضمان الذي يجب أن يتضمن على بيانات خاصة نصت عليها المادة 41 من قانون الموحد الإفريقي للأعمال OHADA التي اشترطت أن يتضمن العقد تحديد الضمان واسم الأمر وهو المدين الأصلي العميل للبنك واسم المستفيد الدائن، واسم الضامن، والدين الأصلي، حدود المبلغ المضمون، تاريخ بدأ وانتهاء صلاحية الضمان، شرط عدم تمسك الضامن بأي دفع في مواجهة المستفيد⁴.

1- Article 44: « Le garant et le contre-garant ne sont obligés qu'à concurrence de la somme stipulée dans la garantie ou la contre-garantie autonome sous déduction des paiements antérieurs faits respectivement par le garant ou le contre-garant conformément aux termes de leur engagement ».

2- Op.cit Ph.Simler, n°883, p. 793-794

3- Le garant et le contre-garant ne sont obligés qu'à concurrence de la somme stipulée dans la garantie ou la contre-garantie autonome sous déduction des paiements antérieurs faits respectivement par le garant ou le contre-garant conformément aux termes de leur engagement. Les garantie et contre-garantie autonomes peuvent stipuler que le montant de l'engagement sera réduit d'un montant déterminé ou déterminable à des dates précisées ou contre présentation au garant ou au contre-garant de documents indiqués à cette fin dans l'engagement.

4- Article 41 de OHADA : « Les garantie et contre-garantie autonomes ne se présument pas. Elles doivent être constatées par un écrit mentionnant, à peine de nullité :

المطلب الثاني: اتفاق على تبعية الضمان المستقل للدين الأصلي

يتضح من أحكام الضمان المستقل كما نظمها التشريع الأجنبي أنها ليست من النظام العام حيث يجوز لذوي الشأن الاتفاق على خلاف قواعدها لذلك يجوز الاتفاق على مخالفة مبدأ الاستقلالية و هذا حماية للضامن حيث يجوز الاتفاق على تبعية الضمان للالتزام الأصلي عندئذ تطبق أحكام الكفالة على الضمان بل يجب إدراج في عقد الضمان المستقل شرط يقضي بعدم امكانية تمسك الضامن بأي دفع من الدفع كما نصت عليه المادة 41 من قانون الموحد الإفريقي للأعمال OHADA ، فبمفهوم المخالفة يجوز للضامن أن يتمسك بتبعية الالتزام للدين الأصلي (الفرع الأول) أو أن يتمسك بالدفع الخاصة بالكفيل (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تمسك الضامن بتبعية التزامه للدين الأصلي

يمكن إدراج شرط في عقد الضمان المستقل يقضي بتبعية التزام الضامن لدين الأصلي لأن الضمان يهدف في كل الحالات إلى ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين نفسه ، ومن ثم فإن الالتزام الذي يتعهد به الضامن يصبح بوجب الاتفاق التزام تابع فإذا انقضى الالتزام الأصلي انقضى الالتزام التابع له لأن هذه التبعية تجعل التزام الضامن مرتبط في كل الحالات بالتزام المدين الأصلي وعليه إذا وجد الالتزام الأصلي وجد التزام الضامن وإذا انقضى الالتزام الأصلي انقضى التزام الضامن وإذا كان الالتزام الأصلي صحيحا كان التزام الضامن صحيحا. كما تحدد أوصاف الالتزام

-
- la dénomination de garantie ou de contre-garantie autonome ;
 - le nom du donneur d'ordre ;
 - le nom du bénéficiaire ;
 - le nom du garant ou du contre-garant ;
 - la convention de base, l'acte ou le fait, en considération desquels la garantie ou la contre-garantie autonome est émise ;
 - le montant maximum de la garantie ou de la contre-garantie autonome ;
 - la date ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ;
 - les conditions de la demande de paiement, s'il y a lieu ;
 - l'impossibilité, pour le garant ou le contre-garant, de bénéficier des exceptions de la caution

الضامن بأوصاف الالتزام الأصلي فإذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل كان التزام الضامن حاملا لهذا الوصف أيضا وبناء على ذلك لا يجوز أن يتجاوز التزام الكفيل في مقداره الالتزام الأصلي ، فإذا تجاوز التزام الضامن حدود الالتزام الأصلي فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان عقد الضمان وإنما يظل العقد صحيحا في حدود الالتزام الأصلي فقط. بناء على هذه التبعية تطبق قواعد الكفالة حيث تخضع عندها العلاقة لنص المادة 1/654 من القانون المدني التي ورد فيها ما يلي : «يرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، وللكفيل التمسك بهذه الدفع ولو كان متضامنا مع المدين». كما تنص المادة 666 على أنه : « يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالمدين». بموجب التبعية يستطيع الضامن التمسك في مواجهة الدائن المستفيد من الضمان بكل الأوجه التي يتمسك بها المدين الأصلي أن يدفع بها ، منها ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المضمون ، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا المحل أو لتخلف الشكل القانوني. كما له أن يتمسك بالدفع التي يترتب عنها انقضاء الالتزام المضمون كالوفاء، التجديد، التقادم، والوفاء بمقابل اتخاذ الذمة. لضامن أيضا أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي لأي عيب شاب رضا المدين كغلط أو تدليس أو إكراه، وعندها يستطيع الضامن أن يتمسك بإبطال باسمه هو كحق خاص به وليس باسم المدين الأصلي لأن التزامه تابع للالتزام الأصلي ويرتبط به وجودا وعدما. أما إذا تمسك المدين الأصلي بالإبطال العقد الأصلي كان للضامن التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ، وله التمسك بهذه الدفع ولو نزل عنها المدين الأصلي. لكن إذا أجاز المدين الأصلي العقد القابل للإبطال فليس لضامن الحق في التمسك بهذه الدفع .

الفرع الثاني : تمسك الضامن بأوجه الدفع الخاصة

يجوز للضامن في الضمان المستقل أن يشترط تمسكه بأي دفع من الدفع الخاصة المتعلقة بالكفالة والتي وردت كشرط في عقد الضمان المستقل كالدفع بحلول أجل التزام الضامن والدفع بالرجوع والدفع بالتجريد العام والخاص .

لذلك يمكن للضامن أن يشترط في عقد الضمان المستقل حلول أجل الدين بالنسبة له حتى يكون ملزما بالوفاء تجاه المستفيد حيث يكون الأجل هو ذلك الأجل الخاص بالضامن وليس أجل الدين الخاص بالمدين الأصلي ويفترض أن أجل الضامن أطول من أجل المدين الأصلي .

كما له أن يتمسك بالدفع بالرجوع أي بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه عليه و يقصد بالرجوع المطالبة القضائية من خلال رفع دعوى قضائية من الدائن على المدين الأصلي لإلزامه بالوفاء ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعدار المدين للوفاء بالتزامه¹ . لذلك إذا رفع الدائن دعواه على الضامن مباشرة قبل رجوعه على المدين الأصلي كان للقاضي رفض دعواه ، لأن عقد الضمان المستقل تضمن شرط يقيد حق الدائن في رجوعه المباشر على الضامن ومع ذلك وتطبيقا لأحكام الكفالة ينبغي أن يكون في رجوع الدائن على المدين الأصلي مصلحة ، لأن حالة إعسار هذا الأخير تجعل الرجوع بدون فائدة.

كما للضامن أن يشترط في عقد الضمان المستقل الدفع بالتجريد العام المنصوص عليه في المادة 660 من القانون المدني التي ورد فيها: «ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجد على الكفيل في هذه المسألة أن يتمسك بهذا الدفع». إن الدفع بالتجريد يقتضي أن يقوم الدائن أولا بالتنفيذ على الذمة المالية للمدين الأصلي إذا كان له أموال كافية للوفاء بكل الدين، ولضامن في هذه الحالة أن يرشد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين هذا ما نصت عليه المادة 661: «إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله.

1- يرد على هذه القاعدة إستثنائين ورد في نص المادة 658 من القانون المدني : الأول : إذا أشهر إفلاس المدين، وجب على الدائن التقدم في التفلسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

الثاني : إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر في ذاته رجوعا كافيا على المدين ويفتح طريق الرجوع على الكفيل. راجع حوحو يمينة ، محاضرات السنة

الثالثة ، ل.م.د ، سنة 2016/ 2017

كما للضامن أن يشترط في عقد الضمان المستقل شرط يقضي بالتجريد الخاص عندما يكون الدين الأصلي مضمون بتأمين عيني وهذا تطبيقاً لنص المادة 663 من القانون المدني التي ورد فيها: «إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً، أو اتفاقاً لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين». يكون للضامن بموجب شرط واضح في عقد الضمان المستقل الدفع بالتجريد الخاص الذي يجبر الدائن، قبل التنفيذ على أموال الضامن أن ينفذ أولاً على التأمين العيني الذي خصص وفاء لنفس الدين المضمون¹.

المبحث الثاني: النتائج القانونية المترتبة عن الضمان المستقل

سبق الذكر أن عقد الضمان المستقل مجرد عن الدين الأصلي ، فكل عقد مستقل عن الآخر هذا يعني أن العلاقات التي تربط أطراف العقد الأصلي مستقلة ومنفصلة تماماً عن العلاقة الناشئة عن عقد الضمان . لذلك فإن الصفة الاستقلالية لهذا الضمان ترتب نتائج خاصة غير تلك التي يترتبها الدين الأصلي تتمثل في مبدأ عدم الإحتجاج بأي دفع من دفعات المتعلقة بعقد الكفالة أو الدفعات المتعلقة بالدين الأصلي ، لكن هذا المبدأ يرد عليه بعض الإستثناءات كما وردت في التشريع الأجنبي ، لأن أحكام الضمان المستقل هي الأخرى ليست من النظام العام وإنما يجوز مخالفتها لذلك سندرس نتائج التي تترتب عن مبدأ الاستقلالية (المطلب الأول) ونستعرض بعد ذلك الاستثناءات التي ترد عليه (مطلب الثاني).

المطلب الأول: النتائج المترتبة عن مبدأ إستقلالية الدين المضمون عن

الدين الأصلي

أهم نتائج يترتب عن الضمان المستقل هي مبدأ عدم الإحتجاج بأي دفع من الدفعات التي قد تعفي الضامن من التزامه تجاه الدائن وينبغي أن تكون الاستقلالية

1- حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 32 وما يليها

بارزة وواضحة في عقد الضمان لا تدخل اي شك يمنح للضامن حق في التمسك بأي دفع من الفوع سواء تلك المتعلقة بالدين المضمون أو الدفع الخاصة بعقد الكفالة فإذا وجد أي شرط يمنح للضامن اي دفع من هذه الدفع كان الضمان بمثابة كفالة يخضع عندئذ لأحكامها عندها يستطيع الضامن التمسك بالدفع الممنوحة له قانونا وأن يمتنع عن الوفاء تجاه الدائن إذا تمسك به ولا يحق لهذا الأخير إجباره عن الوفاء وفي هذا الصدد صدر قرار عن مجلس قضاء الاستئناف لبواتيه Poitiers بتاريخ 11/ 5 2008/ حيث قضى المجلس برفض دعوى شركة دائنة التي طالبت الضامن بموجب الضمان المستقل بالوفاء على أساس أن المدين الأصلي لم ينفذ التزامه لكن محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا القرار في 5/10/2010 وأعابت على القرار المطعون فيه أن الاحتجاج في عريضة الدعوى بعدم تنفيذ المدين لالتزامه من قبل الدائن لا ينزع الاستقلالية بين التزام الضامن والتزام المدين الأصلي¹. لذلك ندرس ضمن هذا المطلب مبدأ عدم الاحتجاج (الفرع الأول) كما نتناول نتائج مبدأ عدم الاحتجاج (الفرع الثاني).

1- La garantie demeure autonome même si son appel doit être justifié par la défaillance du débiteur, cette exigence ne conférant pas au garant une quelconque faculté d'en discuter le bien-fondé.

M. et Mme X. ont signé avec la société A. une convention intitulée «garantie à première demande» d'ordre et pour compte de la société F. à payer à la société A. tout montant jusqu'à la somme de 50.000 euros. Après avoir vainement mis en demeure les époux X. de leur payer la somme de 42.809,46 euros due par la société F., qui avait été mise en redressement judiciaire, la société A. les a assignés en paiement. La cour d'appel de Poitiers, dans un arrêt du 5 novembre 2008, a débouté la société A. de son action en paiement. Elle a retenu qu'il a été expressément prévu par la convention que la demande du bénéficiaire devait attester que la somme demandée était due par le débiteur. L'objet de l'engagement est donc la propre dette du débiteur et non celle du garant.

La Cour de cassation censure ce raisonnement. Dans un arrêt du 5 octobre 2010, elle retient que la demande formulée par le bénéficiaire de la garantie s'analysait en un appel motivé par l'inexécution par le débiteur de ses obligations, de sorte que le garant à réception de cette demande ne pouvait pas en différer le paiement ni soulever d'objection.

الفرع الأول : مبدأ عدم الإحتجاج

إن استفادة الدائن بالضمان المستقل ينشئ إلتزاما شخصيا على عاتق هذا الضامن في مواجهة الدائن لذلك لا يمكن للضامن التخلص من التزامه أو التراجع عنه حيث تنشأ علاقة مباشرة بين الضامن و الدائن الذي يصبح مدينا مباشرا له . نصت المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي على أن الضامن لا يستطيع الإحتجاج بأي اعتراض يتعلق بالالتزام المضمون¹.

على هذا الأساس فإن الضامن إلتزام بالتزام جديدا ومنفصلا تماما عن أي علاقة عقدية أخرى لذلك لا يكون له الحق في الإحتجاج بأي دفع من الدفع في مواجهة الدائن والمعروفة في عقد الكفالة ومبدأ عدم الإحتجاج بأي دفع من الدفع يجسد عدم تبعية التزام الضامن للدين الأصلي سواء في وجوده أو صحته أو انقضائه أو بطلانه . لذلك يستطيع الدائن أن يطالب الضامن بتنفيذ الإلتزام الذي يقع على عاتقه دون أن يكون لهذا الأخير الحق في الامتناع عن الوفاء بالإحتجاج بتبعية إلتزامه لإلتزام المدين لأن الهدف من الضمان المستقل هو أن يلتزم الضامن تجاه الدائن التزاما مجردا عن كل العلاقات العقدية التي يرتبها الدين الأصلي ، بمعنى أن الضامن ملزم بالوفاء بمبلغ الضمان للدائن بمجرد طلب هذا الأخير له ، بعد أن يكون قد قدم كل الوثائق والمستندات المطلوبة والمذكورة في عقد الضمان كما سبق ذكره.

إن الضامن في عقد الضمان المستقل هو بمثابة مدين شخصي أصيل أي أنه لا يتبع أية علاقة أخرى فلا يمكنه الإحتجاج بأي دفع من الدفع الناتجة عن الدين الأصلي كإنقضائه أو بطلانه مدام أن عقد الضمان المستقل لم يتضمن أي قيد أو شرط يشير إلى تبعية الضمان للالتزام الأصلي ، ونتيجة لذلك فإن إلتزام الضامن يصبح إلتزام غير قابل للإلغاء بواسطة إرادة الضامن المنفردة رغم أنه عمل تبرعي بل لا بد من الحصول على موافقة جميع الأطراف ويمكن تطبيق الحكم ذاته في حالة تعديل الضمان.

1- Article 2321«: Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

الفرع الثاني: نتائج مبدأ عدم الإحتجاج عدم الإحتجاج

يرتب مبدأ عدم الإحتجاج بأي دفع من الدفع المتعلقة بالدين المضمون أو بالدفع الخاصة بالكفيل نتائج هامة أبرزها أنه لا يمكن للمضامن أن يحتج بالدفع الناشئة عن الدين الأصلي و أيضا الدفع الناشئة عن علاقات أطراف هذا الضمان وهذا ما نستعرضه ضمن النقاط التالية :

أ: عدم الإحتجاج بالدفع المتعلقة بالدين الأصلي

لا يتسطيع الضامن الاحتجاج بجملة من الدفع أبرزها شرط التحكيم كون الضمان المستقل ينطبق على المعاملات التجارية الدولية حيث تلزم الشركات الأجنبية متعاملها تقديم ضمان مستقل تضمن به الوفاء بحقوقها في جميع الحالات بغض النظر عن ما آلت إليه تلك التعاملات لذلك لا يحتج بشرط التحكيم وهو وسيلة بديلة لحل النزاعات ذات الطابع الدولي حيث يجنب الأطراف من التبعية للقواعد الوطنية و القضاء الوطني الذي يتسم بطول إجراءاته .

إن عدم جواز تمسك الضامن بشرط التحكيم¹ الذي إتفق عليه الدائن والمدين في عقد الأساس في مواجهة الدائن حتى يمنع عليه التخلص من الإلتزام إنما يعود إلى خاصية إستقلالية الضمان عن العقد الأصلي وعن العلاقات الناشئة عنه.

أما الاحتجاج بشرط تعديل² العقد فمن المعلوم أن تعديل العقد لا يكون إلا بإرادة المتعاقدين وبما أن عقد الضمان المستقل لا تربطه أي صلة بالعقد الأصلي ولو

1- ورد في أطروحة دكتوراه أمقران راضية أنه: يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار طبيعة شرط التحكيم ذاته هو السبب في عدم إمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس. وذلك لأن شرط التحكيم يعد بمثابة اتفاق تسرى عليه القواعد العامة المعروفة المطبقة على جميع العقود، فشرط التحكيم في هذه الحالة لا يرتب آثاره إلا بالنسبة لطرفيه في عقد الأساس ونتيجة لذلك لا يمكن للعميل الأمر التمسك به في مواجهة المصرف لأنه لم يكن طرفا في عقد الأساس الذي ورد به هذا الشرط. راجع أمقران راضية، المرجع السابق ص 123 .

2- بوسكرة جمال ، خطاب الضمان البنكي ، ماجستير ، جامعة الجزائر 2015 ص 142

كان هذا الأخير سببا في نشأة العقد الثاني إلا أن أي تعديل يطرأ على العقد الأصلي لا يمس بالعقد الثاني لأنه من بين ما يترتب على مبدأ الإستقلالية هو أن جميع ما يطرأ على العقد الأول لا يؤثر في عقد الضمان مهما كان نوع العقد الأول ومهما كان التعديل الذي طرأ عليه وبالتالي لا يكون للضامن أي دفع من الدفع المتعلقة بتعديل الدين الأصلي.

أما بخصوص بطلان العقد الأصلي ونتيجة لمبدأ الإستقلالية الذي أصبح بموجبه الضامن مدينا مباشرا وأصليا للدائن لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن ببطلان عقد الأصلي وفي حالة ما إذا كان العقد الأصلي باطلا بطلانا مطلقا فإن ذلك لا يؤثر في عقد الضمان ولا يبطل وإنما يظل التزام الضامن قائما.

كما لا يستطيع الضامن الإحتجاج بالدفع الناشئة عن علاقات أطراف الضمان المستقل¹ لأن إستقلالية العلاقات الناشئة عن العقد الأصلي والناشئة عن الضمان المستقل تمنع الضامن من الإحتجاج بالدفع المستمدة من العقد الأصلي من بينها أنه لا يمكن للضامن التمسك بقيام المدين بتنفيذ إلتزاماته تجاه الدائن وبالتالي لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للدائن بحجة أن المدين قد نفذ إلتزاماته المتفق عليها في عقد الأصلي ولا تبرأ ذمة الضامن .

أما بخصوص عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته الناتجة عن دينه أو أنه نفذها بشكل معيب أو التأخر في تنفيذها لا يمكن للضامن أن يحتج بها ليتخلص من إلتزامه تجاه الدائن. كما لا يمكن للبنك الإحتجاج بإعسار المدين لأن ذلك إعمالا بمبدأ الاستقلالية.

1- Op.cit . Ph.Simler, Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 2000, p 1

المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ الإستقلالية

اتضح من خلال الدراسة أن مبدأ الإستقلالية هو أهم ما يميز الضمان المستقل وهي الميزة التي أدت إلى إعتماده في مجال التجارة الدولية لأنه وسيلة قوية وفعالة تضمن للدائن إستيفاء مبلغه من البنك الضامن باعتباره مدينا أصليا له لكن مبدأ الإستقلالية ليس مطلق وإنما ترد عليه إستثناءات تحد من نتائجها ، هذه الإستثناءات تعود قبل كل شيء إلى طبيعة الضمان ذاته و المتفق عليه بين الأطراف بحيث إذا ورد أي شرط في العقد يمنح للضامن حق الاحتجاج أو وجد شرط غامض لصالح الضامن يمنح له هذا الحق اعتبر الضمان كفالة يخضع عندئذ لأحكام الكفالة ومن ثمة يكون للضامن التمسك بالفروع المتعلقة بالدين والدفع المتعلقة بصفته ككفيل وذلك إعمالا بمبدأ أن الشك يفسر لصالح المدين.

إن أحكام الضمان المستقل ليست من النظام العام لذلك قد يرد شرط واضح يمنح صراحة حق الاحتجاج للضامن في مواجهة الدائن ويجعل عقد الضمان عقد تبعي للعقد الأصلي فيكون للضامن أن يتمسك بكل الدفع التي تتعلق بالعقد الأصلي من صحة وبطلان وانقضاء وهذا ستنادا لنص المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي المذكورة آنفا حيث ورد فيها أنه دون وجود اتفاق يخالف ذلك لا يتبع الضمان الدين المضمون وبفهوم المخالفة يجوز الاتفاق على أن يكون الضمان عقد تبعي للعقد الأصلي¹.

كما تضيف الفقرة الثانية من المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي استثناءات أخرى لا يكون فيها الضامن مسؤولا عن الدين الأصلي وهي حالة التعسف في استعمال حقه أو الغش أو التواطؤ ما بين الدائن والمدين² وهي في الحقيقة حالات منصوص

1- Article 2321 : « Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ».

2- Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

عليها في القواعد العامة تنطبق على أي عقد من العقود وإذا وردت في عقد الضمان المستقل فإنها لا تنال من مبدأ الاستقلالية القائم عليها هذا الضمان وإنما تعد حماية قانونية للضامن من التحايل والغش والتواطء وهذا أمر بديهي يقوم على تطبيق مبادئ العدالة¹. لذلك نستعرض حالة التعسف (الفرع الأول) وحالة الغش (الفرع الثاني) وحالة التواطء (الفرع الثالث).

الفرع الأول : حالة التعسف من الدائن المستفيد من الضمان

تنص المادة 41 من القانون المدني على ما يلي : «يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

إذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ الى الغير

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة . »

يتضح من نص المادة 41 أن القانون قد حدد الحالات التي يكون فيها صاحب الحق متعسفا في استعماله. يتحقق التعسف في استعمال الحق من قبل الدائن المستفيد من الضمان إذا كان استعمال هذا الضمان يهدف به الحصول على فائدة غير مشروعة تعاقب عليها القوانين وأيضا النظام العام والآداب العامة فالدائن يمنع عليه مطالبة الضامن الوفاء إذا كان مصلحته غير مشروعة كأن يضمن دين المقامرة أو بيع منتوجات غير مشروعة. كما يعد حالة تعسف إذا كان الدائن المستفيد من الضمان يحقق مصلحة قليلة أو تافهة مقارنة بالضرر الناشئ للضامن حيث لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الضامن من جراء استعمال الدائن لهذا الضمان.

1-Voir, J.L. RIVES-LANGE, art.préc. ; Ph. SIMLER, *op.cit.*, n° 984 ; *contra* ; J. STOUFFLET, note préc. ; A. PRUM, *Application de l'adage « fraus omnia corrumpit » à propos des garanties à première demande, DPCI 1987 page 121 ; voir aussi, Cass. com. 11 décembre 1985, JCP CI 1986, 14690 note Stoufflet, selon cet arrêt, la fraude « fait échec au principe de l'autonomie ».*

إن على الضامن إثبات هذا التعسف الصادر من صاحب الحق عند وقوع نزاع بسبب هذا التعسف حيث يقوم بإثبات فعل التعسف في إحدى صورته حتى يرتب اثره عندئذ يقضي القاضي بانتفاء مسؤولية الضامن تجاه الدائن أي القضاء بعدم إلزامية الضامن بالوفاء تجاه الدائن المستفيد بسبب هذا التعسف وتنتفي بالنتيجة مبدأ الاستقلالية بين الدين الأصلي و الدين المضمون . كما يستطيع الضامن المطالبة بالتعويض إن أصابه ضرر تطبيقا للقواعد العامة .

الفرع الثاني : غش الدائن المستفيد من الضمان

طبقا للقاعدة العامة فإن الغش يفسد كل شيء يقابله مبدأ حسن النية في المعاملات ويعرف الغش عموما كل فعل غير مشروع يتضمن خدعة أو حيلة، أو بعبارة أخرى هو كل عمل صادر عن سوء نية تميزه الخدعة أو الحيلة¹. هذا ولم يعرف القانون المدني الجزائري الغش في العقود لكن عموما يعد بمثابة خطأ عمدي يفسد العقد لذلك ترك سلطة التقديرية للقاضي في تعريفه حسب الحالة المعروضة إليه لأن الغش قد يأخذ أي صورة من الصور لا يمكن حصرها . إن المتعاقدين لأبد عليهما أن تسود علاقتهما حسن النية في إبرام العقد وأيضا عند تنفيذ التزامهما وهذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني التي ورد فيها :«يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية» لذلك إذا انتفت حسن النية لدى الدائن المستفيد من الضمان كان مخلا بالتزامه² تجاه الضامن لأنه يكون قد أخل بما يقتضيه هذا المبدأ من نزاهة وتعاون ومراعاة الإخلاص والأمانة وتنفيذ الإلتزام كما تم إتفاق وما يلزمه مبدأ حسن النية و عليه يكون الدائن قد غش في تنفيذ إلتزامه تجاه الضامن كأن يقوم هذا الأخير بتقديم مستندات مزورة بهدف الحصول على منفعة غير مشروعة مستغلا مبدأ

1- بياراميل طوبيا ، التحايل على القانون ،دراسة مقارنة في القانون الخاص ، المؤسسة الحديثة للكتاب ،لبنان ، ص 35

2- حتى يستطيع الضامن الإحتجاج بالغش ينبغي أن يكون صادرا من الدائن لأنه صاحب المصلحة في الضمان وهو الطرف الآخر في عقد الضمان المستقل .

الاستقلالية للالتزام الضامن كونه نهائي والزامي عند أول طلب¹. إن جزاء الغش يكون للضامن الحق في الامتناع عن الوفاء بقيمة الضمان للدائن شرط أن يكون الضامن قد أثبت حالة الغش أمام القضاء².

الفرع الثالث: حالة التواطء بين المدين والدائن

لم يعرف القانون المدني التواطء في العقد ولم يحدد مدلوله وذلك راجع لتعدد الأساليب والصور التي يمكن أن يتخذها التواطء في المعاملات. لكن مفهومه في العقد يعني بأن التواطء هو اتفاق طرفين لتحقيق مصالح معتبرة وعالية على مصلحة طرف آخر في العقد يتضرر مباشرة من هذا الاتفاق ويهدم التوازن العقدي الذي ينبغي للأطراف تحقيقه لأن هذا الاتفاق الصادر عن متعاقدين هو في الحقيقة تواطء يهدف إلى اضرار الغير الذي له علاقة بالعقد فيقضي على التوازن في المصالح العقدية.

قد يرد التواطء على عقد الضمان سواء في مرحلة تكوين العقد عندها نكون بصدد تدليس يعيب رضا المتعاقد فيكون العقد معيب بعيب من عيوب الإرادة يكون للضامن حق طلب إبطال العقد. أما إذا نشأ التواطء في مرحلة تنفيذ العقد وثبت للضامن أن هناك تواطء بين الدائن المستفيد من الضمان والمدين الأصلي يهدف إلى تحقيق مصالح على حساب الضامن فتضرر ذمته المالية لذلك وبموجب نص المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي وأيضا تطبيقا للقواعد العامة، فإن الضامن في الضمان المستقل لا يلتزم بأي التزام تجاه الدائن إذا ثبت له تواطء والتلاعب في المعاملة

1- Voir en ce sens, cités par M. VASSEUR, *loc. cit.*, le Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Luxembourg qui par jugement du 27 novembre 1980 et arrêt du 16 mars 1983 (D. 1981, inf.rap. 504 et D. 1983, inf.rap. 299, obs. Vasseur) ont estimé que, la fraude, l'abus n'étaient pas manifestes, « s'il s'avère nécessaire... de requérir la production de preuves supplémentaires, de procéder à des mesures d'instruction ou d'appeler des tiers à la cause ».

2- تمانى جميلة، الضمان المستقل. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر عدد 01/2013، مارس 2013 ص 416.

ما بين الدائن كصورية العقد بين الدائن و المدين أو استغلال الصفة الاستقلالية لعقد الضمان أو ومحاولة إيجاد السبل والثغرات التي تؤدي إلى التحلل من التزامات المتعاقدين من أجل تحقيق منفعة غير مشروعة علي حساب مصلحة الضامن . كما للضامن أن يطلب التعويض إذا أصابه ضرر من جراء هذا التواطء و ذلك تطبيقا للقواعد العامة في المسؤولية .

الخاتمة:

تهدف الضمانات الشخصية إلى توفير الحماية اللازمة للوفاء بالديون في المعاملات التجارية . نظم القانون المدني الجزائري أحكام الكفالة التي تعد ضمان شخصي دقيق حيث تحكمه جملة من القواعد دقيقة قائمة على تبعية التزام الضامن للالتزام الأصلي وهذا ما يخالف الضمان المستقل الذي يتميز باستقلالية الضمان عن الالتزام الأصلي . إن القانون الجزائري لم ينظم الضمان المستقل وإنما تركه للقواعد المنظمة لهذا الضمان ولإرادة المتعاقدين لذلك رغم دقة وصارمة أحكام الكفالة كما هي عليه الآن ، فإنه يمكن ملاءمة المعاملات التجارية الدولية التي تقتضي هذا النوع الجديد من الضمان بأحكام الكفالة الواردة في القانون المدني وذلك في انتظار ادماج الضمان المستقل في أحكام القانون المدني .

إن أحكام الكفالة ليست من النظام العام وإنما هي من النظام الخاص يجوز للأطراف مخالفتها لذلك يمكن الاتفاق على استقلالية الضمان عن الالتزام الأصلي و يكون هذا الشرط واضح وصحيح يرتب آثاره في أن يصبح الضامن ملزم بالوفاء بشكل مجرد عن الالتزام الأصلي ولا يجوز للضامن أن يتمسك بتبعية إلتزامه لإلتزام المدين الأصلي في وجوده وصحته وبطلانه حيث لا يمكن للضامن التخلص من التزامه من خلال تمسكه بالدفع المستمدة من الدين الأصلي أو بدفع أخرى الناتجة عن عقد الكفالة كأن يحتج بالدفع بالرجوع والدفع بالتجريد لإن عدم الإحتجاج هو أهم النتائج التي يرتها مبدأ الاستقلالية .

إن مبدأ إستقلالية الضمان عن الدين الأصلي تمنع أي تبعية بين دين الضامن في مواجهة المستفيد ودين العميل في مواجهة المستفيد بمعنى أن كل العلاقات التي تجمع بين البنك الضامن والمدين الأصلي منفصلة كل الإنفصال عن العلاقة التي تجمع بين الضامن و الدائن كما تم شرحه في هذه الدراسة . فالإلتزام الضامن في الضمان المستقل هو إلتزام نهائي و بات لا يمكن للبنك أن يتراجع عنه يتعين عليه الوفاء بقيمة الضمان بمجرد مطالبة الدائن له بالوفاء .

لكن مبدأ الاستقلالية ليس مطلق وإنما يرد عليه استثناءات تمنح للبنك الحق في عدم الوفاء دون المساس بمبدأ الاستقلالية عندها يستطيع الضامن الامتناع عن الوفاء بقيمة الضمان للدائن في حالة الغش أو التعسف أو التواطؤ .

كما يمكن الحد من مبدأ الاستقلالية وذلك بأن يتفق الأطراف على أي مظهر من مظاهر تبعية الضمان للدين الأصلي كأن يتفق على تمسك الضامن بالدفع بالرجوع أو الدفع بالتجريد العام والخاص أو التمسك بأوجه الخاصة بالدين .

1- المراجع

- بيار اميل طوبيا ، التحايل على القانون ، دراسة مقارنة في القانون الخاص ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2009
- جميل الشرقاوي. التأمينات الشخصية والعينية. دار النهضة العربية
- رمضان محمد أبو السعود و همام محمد زهران. التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق ٤٨٢٢٨٢٩ – الإسكندرية 1991
- محمد صبري السعدي. الواضح في شرح القانون المدني- التأمينات الشخصية والعينية- عقد الكفالة- دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع- عين مليلة سنة 2011

2- الرسائل والمذكرات

- أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها أطروحة دكتوراه، جدامعة الجزائر 1، 2015،
- بوسكرة جمال ، خطاب الضمان البنكي ، ماجستير ، جامعة الجزائر 1 ، 2015

3- المقالات

- تماني جميلة، الضمان المستقل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر عدد 01/ 2013، مارس 2013 ص 416.

4- المحاضرات

- حوويمينة ، محاضرات السنة الثالثة ، ل.م.د ، سنة 2016/ 2017 .

Ouvrage

- Philippe Simler Cautionnement : Garanties autonomes – garanties indemnitaires. Lexis ,Nexis ,Litec, 4 ed.,2008 , p.4,5

Article

- Ammar Guesmi, cautionnement et garantie autonome dans la pratique algériennes, Banque et droit n° 104 - novembre,2005