

الضمانات المصرفية المستقلة - دراسة مقارنة -

Independent bank guarantees - a comparative study-

د. نسيغة فيصل بوسكرة كمال

أستاذ محاضر - أ - باحث دكتوراه - قانون أعمال -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق - جامعة بسكرة

الملخص:

الضمانات المصرفية المستقلة حديثة النشأة، و صناعة مصرفية محضة و وليدة العرف المصرفي، فنشأت تحت ضغط الحاجة العملية بعيدا عن يد المشرع ، تقوم مقام التأمين النقدي الذي قد يضطر العميل الأمر لدفعه، لهذا تعتبر أهم أداة لتسيير وتطوير التجارة على الصعيدين المحلي والدولي، فتتجذر علاقتها الكبيرة بعملية التنمية الاقتصادية من خلال الدور الذي تؤديه، فقد أخذت الضمانات المصرفية بعدا مهما في المجال التجاري والاستثماري، وجاءت أهميتها من خلال التزام المصرف المستقل بدفع مبلغ معين من منصوص عليه في العقد، فهو لا يلتزم بدفع دين على الغير، وإنما يقوم بدفع دين خاص به، و ينفذ التزاما يقع على عاتقه هو بذاته، فيعتبر كمدین أصلي للمستفيد.

Abstrait:

Les garanties Indépendantes récentes et la production bancaire pure depend des traditions bancaire apparue sous l'effet du besoin ,loin d'être émis par le législateur ,qui intervient la garantie monétaire que l'usager est censé en payer à cet effet le meilleur moyen de gestion et promouvoir le commerce local et le commerce international , qui aura pour but à l'opération de développement économique à travers le rôle joué. La garantie bancaire une dimension importante en matière commerciale et d'investissement ,cette importance vient à partir de l'engagement de banque de s'acquitter un montant en cause en monnaie prévue dans l'acte de l'engagement ne concerne pas seulement la dette des tiers ,plutôt de payer les dettes personnelles ,et exécute l'engagement qui lui incombe , il est considéré comme débiteur même du bénéficiaire

مقدمة:

و مما لا شك فيه أن التطور المستمر في عالم المال والأعمال والتجارة نتج عنه مواضيع وقضايا جديدة تستلزم متابعة من المصارف فتؤدي في نفس الوقت إلى حتمية تطوير القواعد والإجراءات والمبادئ لتستوعب هذه المتغيرات الجديدة في ظل التطورات الاقتصادية العالمية ، لذلك ابتكرت المصارف أساليب وآليات جديدة تماما عنها، تستخدمها في أداء وظائفها ومن بينها تدخل المصرف لتوفير وتوزيع الائتمان ، وهو الوظيفة الجوهرية الآن لها، وتزداد هذه الأهمية كلما تطور الاقتصاد وزاد حجم التبادل الذي يقوم على الثقة التي يمنحه المصرف لعملائه، فإذا اختفت هذه الثقة أدى ذلك إلى تدهور نشاطها فهي الأداة الرئيسية التي تعمل على النقاء عرض النقود (الادخار) بالطلب عليها (الاستثمار) ، حيث يقوم المصرف بتركيز هذه الثقة وتجميعها على الوجه الذي يراه مناسباً ثم يوزعها عن طريق مد المشروعات بالأموال اللازمة، لدفع عجلة الإنتاج وبالتالي ضمان استمرارها ونموها.

وأشكال الائتمان المصرفي التي يقوم المصرف بتوفيرها لا يمكن حصرها ولا عدّها ولا تخضع لتقسيم جامد، لذلك من الصعب وضع تعريف محدد لها، وقد حاول الفقه وضع إطار عام لها عندما قال: « إنها تلك العمليات التي بمقتضاها يرتضي المصرف ، في مقابل فائدة أو عمولة معينة، أن يمنح شخصا آخر بناء على طلب عميله سواء حالا أو بعد حين، ائتمانه على شكل رؤوس أموال نقدية أو شكل آخر»، غير أنه بالوقوف على أهم هذه الصور التي تضعها المصارف رهن إشارة زبائنها فإنه يمكن أن نميز بين صورتين أساسيتين للائتمان، فإما أن يكون في شكل اعتمادات مالية تتولى المصارف منحها لعملائها كما هو الشأن بالنسبة للقروض التقليدية، وإما أن يكون الائتمان في صورة تدخل المصرف كضامن لعميله عن طريق التوقيع، حيث أن المصرف لا يقدم على وضع مبالغ مالية بين يدي عميله وإنما يكتفي بإعارة اسمه وسمعته التجارية التي يمثّلها توقيع، تعزيزا لائتمان عميله لدى الغير.

فتوقيع المصرف له قيمته الائتمانية فهو يستند إلى مركزه المالي وسمعته، لذلك يكتفي في العديد من الأحيان العميل بهذا التوقيع لكسب ثقة الطرف المتعاقد معه، دون أن يؤدي ذلك إلى خروج مبالغ نقدية في غالب الأحيان من خزنة المصرف الضامن.

ولقد كان الإقبال على التعامل بالائتمان غير المباشر والذي تجسده أساسا الضمانات المصرفية كبيرا لما لها في مجال المعاملات التجارية والاقتصادية من أهمية كبيرة، لكونها تقلل من المخاطر التي تواجه أو تنتج بين مختلف المتعاقدين وتوفير الثقة المطلوبة بينهم، كما أنها تساهم في الحد من المشاكل المتعلقة بالقرارات المالية ، وتعد شرط أساسي للحصول على بعض القروض.

وتعد الضمانات المصرفية المستقلة أقوى صور الضمانات المصرفية ، التي أفرزها محيط التجارة الدولية في الآونة الأخيرة، ذلك أن هذه التقنية الحديثة ، أظهرت عن خصوصية متميزة جعلتها تخرج عما هو معهود في مجال الضمانات التقليدية سواء العينية أو الشخصية والتي يطغى عليها طابع التعقيد والبطء في إجراءات التنفيذ ، ووصل محتوى التعامل بها إلى مئات البلايين من الدولارات وغيابها عن الساحة الاقتصادية والتجارية أضحى يهدد أوجه عديدة منها بالتوقف وتباطؤ النمو .

لذا فالإشكالية التي يمكن طرحها أساسا تتجلى ما الذي يميز الضمانات المصرفية المستقلة عن غيرها من الضمانات الأخرى؟ وإلى أي حد يمكن أن تشكل بديلا عنها؟ وما مدى تلائم هذا النوع من الضمان ومبادئ التعاقد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري؟

وقصد الإجابة عن الإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع وبغية تناوله من كافة جوانبه تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين
وعليه سنُبين في المبحث الأول مفهوم الضمانات المصرفية المستقلة، ثم سنبرز أساس استقلال التزام المصرف فيها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم الضمانات المصرفية المستقلة

إنّ الضمانات المصرفية المستقلة هي عقود حديثة النشأة ، و أحد العمليات المصرفية، وصورة من صور التسهيلات الائتمانية¹ التي يقوم المصرف الضامن فيها بمنح توقيعه ولا يقوم بسداد مبالغ نقدية في الحال، كما هو متبع في القروض العادية، وإنما يتعهد فيها بأن يدفع مبلغا معينا إلى شخص يحدده عميل المصرف.
فتوقيع المصرف الضامن له قيمته الائتمانية، إذ يستند إلى مركزه المالي وسمعته، لذلك في كثير من الأحيان يكفي أن يستند العميل إلى هذا التوقيع، دون أن يؤدي ذلك إلى خروج مبالغ نقدية من خزانة المصرف الضامن إليه²، فيقال أنّ المصرف قد أقرض توقيعه، لكن أحيانا قد يضطر إلى دفع ما تعهد به في حالة تخلف عميله عن أداء الدين الذي تعهد بسداده³.

والتزام المصرف الضامن هو أداء مبلغ معين من النقود، محددًا تحديدًا جليًا واضحًا، كما أنّه أساسا تعهد نهائي وشخصي، فهو نهائي لأنّ المصرف الضامن لا يستطيع أن يرجع فيه متى أخطر المستفيد به حيث يقوم المصرف بسداد المبلغ المطلوب بمجرد طلب هذا الأخير ، حتى ولو اعترض العميل على ذلك، و هو شخصي لأنه التزام أصلي وليس تابعًا، و ينتهي هذا الالتزام بانتهاء المدة المحددة له⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الحاجة إلى الضمانات المصرفية المستقلة تظهر عندما يجد الشخص نفسه ملزما بتقديم ضمان مصرفي إلى شخص آخر حتى يقبل هذا الأخير التعاقد معه أو السماح له بالمشاركة في صفقة فيلجأ العميل المطلوب منه الضمان إلى المصرف ليبرم معه عقد اعتماد بالضمان يتفق بموجبه على أن يقوم المصرف بإصدار الضمان وفق شروط محددة العقد المذكور أنفا.

المطلب الأول: تعريف الضمانات المصرفية المستقلة

قبل التطرق لموضوع الضمانات المصرفية المستقلة لا بد من الوقوف أولا على التسمية الاصطلاحية لهذا الضمان ، فلا توجد لحد الساعة تسمية متفق عليها⁵، والأمر مازال محل جدال وخلاف حتى في فرنسا حيث لازال المصطلح المستخدم للدلالة على هذا الضمان غير مستقر عليه بعد⁶. فهناك من يطلق عليه الضمان المستقل La Garantie Indépendante⁷ أو الضمان المنفصل⁸ La Garantie autonome أو الضمان عند أول طلب⁹ la garantie à la premiere demande أو خطاب التعهد¹⁰ La Letter de L'engagement أو الضمان المجرد¹¹ La Garantie Abstraite أو خطاب الضمان¹² la letter de garantie ، ونعتقد أنّ التسمية الأخيرة والشائعة غير صحيحة إذ كيف يسمى ضمانا يتكون من ثلاث علاقات قانونية -عقود قانونية- في غالب الأحيان ونقتصر باسم واحدة منها فقط للدلالة على العملية المصرفية ككل وهو خطاب الضمان المصرفي؟

ولكن بالرغم من مسمياته العديدة، فكّلها تجمع على أنّ استقلال التزام المصرف الضامن فيه نهائي وأصيل ومستقل، عن أي علاقة أخرى، لذا سنتناول في هذا الفرع أولا تعريف الضمانات المستقلة في الفقه والقضاء ثم سنأتي على تعريفه عند المشرعين للوائح الدولية ثانيا.

الفرع الأول: تعريف الفقه والقضاء للضمانات المصرفية المستقلة

لقد كان الفقه والقضاء سابقين في تمييز الضمانات المصرفية المستقلة عن غيرها من العقود المشابهة لها ووضع تعريفات محددة لها، لذا سنستعرض بداية تعريفها في الفقه والقضاء ثم تعريفها في بعض التشريعات المحلية و القواعد الدولية.

أولا : تعريفها في الفقه

تعددت محاولات الفقه لوضع تعريف الضمانات المصرفية المستقلة يكون شاملا لجميع عناصره ومبرزا لكل خصائصه فعرفه الأستاذ Jean-Pierre Mattout¹³: « هو تعهد به يقبل المصرف الضامن - بمقتضى طلب لا رجوع فيه من العميل الأمر - أن يدفع بوصفه مدينا أصليا وبمجرد الطلب، مبلغا نقديا إلى مستفيد معين، وطبقا لبنود ونصوص الضمان مع نزوله مقدما عن أن يستعمل أي وقاية خارجية على شروط تنفيذه».

وأما الأستاذان Jean-Louis Rive-Lange et Monique Contamine-Raynaud¹⁴ فقد عرفا الضمان المستقل على أنه: «تعهد مصرفي بدفع مبلغ نقدي لدى أول طلب من المستفيد دون إمكانية التمسك بأي دفع من عقد الأساس مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش».

« La garantie indépendante est un engagement bancaire de payer une certaine somme à premier demande du bénéficiaire .en référant :au seul texte de l'engagement sans pouvoir invoquer des moyens tirés du contrat de base, l'hypothèse de la fraude étant ce pendant réserver »

أما الأستاذ علي جمال الدين عوض فقد عرف الضمانات المصرفية المستقلة بأنها¹⁵: «تعهد مكتوب يصدره المصرف الضامن بناء على طلب عميله بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبه المصرف بأن يدفع إلى طرف ثالث، مبلغا معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلبا مجردا أو مبررا أو مصحوبا بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد، خلال أجل محدد عادة أو غير محدد، في أثناء سريان أجله، رغم أي معارضة، من العميل المضمون أو المصرف الضامن، على أن يكون الضامن شخصا غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد».

ثانيا : تعريفها في الاجتهاد القضائي

أجمع الاجتهاد القضائي على وجود صورة أخرى للضمانات المصرفية تمتاز بخصائص أهمها استقلال الالتزام الناشئ في ذمة المصرف الضامن، وهو ما اصطلح على تسميتها بالضمانات المصرفية المستقلة. ولقد أتيح للمحكمة العليا بالجزائر معالجة بعض القضايا في هذا المضمار التي تطرح مشكلة التمييز بين الضمانات المصرفية المستقلة وبين غيرها¹⁶ ، لكنها أحجمت في إعطاء تعريف لهذه التقنية المصرفية¹⁷.

وفي قرار حديث لها نسبيا¹⁸ ، عرفت الضمان المصرفي المشروط الدفع عند أول طلب، وغير قابل للطعن، وغير موقوف بأي شرط، واستعملت مصطلح الكفالة المصرفية بدل الضمانات المصرفية المستقلة ، فركنت لما هو سائد وشائع لكنها في ذات الوقت ميزت و اعتبرت أنه لا ينبغي الخلط بين الكفالة المصرفية الداخلة في المعاملات المصرفية وبين

الكفالة الشخصية الخاضعة للقانون المدني. و رغم ذلك فإن الممارسات المصرفية الجزائرية¹⁹ كانت تنظر إلى الضمانات المصرفية على أنها عقود تتميز باستقلالها وانفصالها عن أي علاقة قانونية أخرى.

أما القضاء الفرنسي فقد تنبه مبكرا لهذه الخصائص والمميزات وكان له فضل السبق عن المشرع ، و ذلك عبر القرارين الشهيرين الصادرين عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ديسمبر 1982 والتي ميزت بهما الضمانات المصرفية المستقلة عن الكفالة المتداولة، فضضت محكمة النقض الفرنسية بعبارات واضحة صريحة وأنه لا يعتبر بكفالة ولكنه ضمان مستقل²⁰

« ne constituait pas un cautionnement mais une garantie autonome »

ثم بتاريخ 2 فيفري 1988²¹ عرجت ذات المحكمة لأول مرة على تعريف الضمانات المصرفية تعريفا مفصلا فقررت بأنه: « يعتبر الضمان المستقل الذي يمنع فيه على المصرف الضامن الاحتجاج بالدفع المتعلقة بالمدين (العميل الأمر) هذا العقد الذي بموجبه يتعهد المصرف بناء على طلب من العميل الأمر، بتسديد مبلغ معين متفق عليه، دون أن يكون في إمكان المصرف أن يؤجل أو يعترض بأي دفع ولأي سبب مهما كانت».

« interdisant au garant d'invoquer les exceptions qui Constitué une garantie autonome appartiendraient au débiteur, le contrat par le quel la banque s'engage a effectuer, sur le demande d'un donneur d'ordre, Le paiement d'une somme a concurrence d'un montant convenu, sans que l'établissement financière puisse déferer le paiement ou soulever une contestation pour quelque motif que ce soit »

ولقد توالى وتواترت بعد ذلك العديد من القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية التي تظهر فيها أن الضمانات المصرفية عملية من عمليات المصارف يتميز عن غيره من العقود باستقلالية التزام المصرف البات والنهائي²². كما أن القضاء المصري عرف الضمانات المصرفية المستقلة وأكد أن هناك فرقا بينها وبين الضمانات المصرفية الأخرى، وجاء هذا الوضوح في عديد من قراراتها التي أكدت على استقلال التزام المصرف وأنه مستقل عن أي علاقة قانونية أخرى فهو التزام مباشر على نحو يتحمله المصرف في مواجهة المستفيد²³، وجاء في قرار لها²⁴: «...كما أن المصرف مصدر الخطاب لا يعتبر وكيلًا عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، ذلك لأن التزام المصرف الضامن في هذا الأمر التزام أصيل».

الفرع الثاني: تعريف التشريعات و القواعد الدولية الموحدة للضمانات المصرفية المستقلة:

لقد اهتمت تشريعات الدول بتنظيم أحكام خطاب الضمان ضمن عمليات المصارف، فتكاد تكون تشريعاتها موحدة في هذا المجال، ولعل السبب يرجع إلى أن موضوع خطاب الضمان يتم غالبا في ظروف مشابهة وعلى صعيد دولي²⁵، كما أن مصادر هذا الموضوع تكاد تكون واحدة وهي قواعد التجارة الدولية الموحدة.

أولا : تعريفها عند بعض المشرعين

لقد تناولت أغلب الدول هذه الخدمة وأدرجتها ضمن تشريعاتها²⁶ منها المشرع الفرنسي في القانون المدني المعدل بتاريخ 23 مارس 2006، فقام بتعريف الضمانات المصرفية المستقلة من خلال المادة 2321 من القانون السابق²⁸ بأنه: « هو التعهد الذي يلتزم بموجبه المصرف اتجاه الغير بدفع مبلغ معين سواء أكان ذلك لدى أول طلب أو بحسب الشروط المتفق عليها، كما أعتبر أن الضامن (المصرف) غير معني بأي التزام في حالة الغش أو التعسف الظاهر أمام المستفيد أو في حالة تواطؤ الأخير مع العميل الأمر، كما أن الضامن لا يمكنه أن يتمسك بأي دفع، إلا في حالة اتفاق الأطراف على عكس ذلك »²⁸.

« La garantie autonome est l'engagement par lequel un garant s'oblige, en considération d'une souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

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

Le garant ne peut opposer aucune exception à l'obligation garantie Sauf conventions contraire, cette sureté ne suit pas l'obligation garantie».

أما المشرع الجزائري: فبالرغم من الأهمية الكبيرة لنظام عقود الضمان والضمان المقابل 93/02 المؤرخ في 03 جانفي 1993 للقواعد والمبادئ التي كرسها، إلا أنه لم يضع تعريفا محددا للضمانات المصرفية، وترك الأمر للعرف المصرفي السائد، أما قانون النقد والقرض 11/03 فلم يتطرق كذلك إليها، واكتفى بتعداد العمليات المصرفية فقط، واعتبرها من صميم أعمال المصارف²⁹ وقام بتكييفها وردها للتسهيلات المصرفية التي يصدق عليها وصف القرض، واعتبرها من قبيل القروض التي تتم بالتوقيع فقط *garantie par signature*، والذي لا يعير المصرف فيه مالا وإنما يعير توقيعه المتمثل في تعهده المذكور في الخطاب³⁰.

ثانيا : تعريفها في القواعد الدولية الموحدة

القواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب RUGD الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس ICC في طبعها 758 استقرت على وجوب نص الأطراف أولا على أنهم يخضعون لهذه القواعد وعندئذ تكون هذه القواعد ملزمة لهم بحسب ما جاء في نص الفقرة الأولى من المادة الأولى منها، وقامت بتعريف الضمانات المصرفية المستقلة في المادة الثانية بأنه « يقصد بالضمان تحت الطلب أو أي تعهد يصدر موقع كيفما سمي أو وصف، ينص على الدفع عند تقديم طلب مستوف...».

أما اتفاقية الأونستراال الصادرة عن لجنة التجارة الدولية للأمم المتحدة والمتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة فقد عرفت الضمان المستقل في الفقرة الأولى من المادة الثانية «لأغراض هذه الاتفاقية، يمثل التعهد التزاما مستقلا، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدما من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل/المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغا معينا أو قابلا للتعين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب التقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سداد لمال مقترض أو مستلف، أو سدادا لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل /الطالب أو شخص آخر».

واضح من هذا التعريف أن الاتفاقية جمعت في تعريف واحد بين الضمانات المعروفة في النظام الأوروبي وخطابات الاعتماد الضامنة المعروفة في النظام الأنجلو-أمريكي *Stand-by credit* ولذلك استخدمت الاتفاقية لفظ التعهد حرصا منها على الجمع بين هذين النوعين من الضمانات المستقلة³¹، وتأكيدا على الإطار المشترك للقواعد التي تضمنتها الاتفاقية بشأن كل الضمانات و الاعتمادات الضامنة، والتغليب على ما قد ينشأ من خلاف فيما يتعلق بالمصطلحات.

المطلب الثاني: العلاقات القانونية المنشئة للضمانات المستقلة

الممارسات المصرفية تميز منهجين لإعداد و إصدار الضمانات المصرفية: الأول الضمانات المباشرة أو ما يطلق عليها الضمانات المحلية والثانية غير مباشرة أو الضمانات الدولية، وكلا النوعين تسبقه علاقات قانونية تكون منشئة لهما ومجاورة لبعضها في أن واحد.

الفرع الأول: الضمانات المباشرة:

وتسمى أيضا بالضمان الثلاثي³² وهي التزامات صادرة مباشرة من المصرف الضامن إلى المستفيد دون تدخل مصرف آخر. وبإصدار خطاب الضمان تتكون علاقة ثالثة متمثلة في علاقة المصرف والمستفيد والتي يحكمها خطاب الضمان³³، وسوف نبحث هذه العلاقات الثلاث كل على حدة.

أولاً: عقد الأساس

إن العلاقة التي تقوم بين العميل الأمر والمستفيد يحكمها عقد الأساس³⁴ أساس ذلك أن الأول أحيل عليه عطاء (صفة) يتعين تنفيذه وفق شروط تم الاتفاق عليها³⁵، وعلاقة العميل الأمر بالمستفيد، التي يصدر خطاب الضمان لأجلها قد تكون عقدية أو تمهيدا للتعاقد أو قد تكون تنظيمية³⁶.
و العميل الأمر يلتزم بإرادته أن يسلم للمستفيد خطاب الضمان من احد المصارف، ويعد التزام العميل الأمر على هذا النحو أثرا من آثار عقد الأساس، الذي يعتبر السبب في إصدار الخطاب، أي أن المصرف الضامن يصدر الخطاب بناء على طلب العميل الأمر تنفيذا للالتزام الأخير مع المستفيد بموجب عقد الأساس.
و التزامات العميل الأمر كما حددها عقد الأساس، تتضمن في بعض الأحيان شرطا واقفا لا ينفذ إلا بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد كما يتضمن في بعض الحالات شرط فاسخا يعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد³⁷.

ثانياً: عقد فتح الاعتماد بالضمان:

يحكم هذه العلاقة العقد الذي يجمع ما بين العميل الأمر والمصرف الضامن لإصدار خطاب الضمان للمستفيد، والذي يعرف بعدة مصطلحات: ³⁸ Une convention de crédit par signature : ³⁹ une promesse de crédit : ⁴⁰ un contrat de crédit ، عقد فتح الاعتماد بالضمان⁴¹ ، عقد اعتماد بالضمان⁴² rapport de ⁴³ provision . couvertures ou de.

وكلمة crédit قد تعني قرض أو اعتماد أو ائتمان⁴⁴ ، مع العلم أن المشرع الجزائري لا يوظف مصطلح اعتماد أو ائتمان على عكس تشريعات أخرى التي توظفهما وإنما يستعمل كلمة قرض⁴⁵ .

وتبدأ هذه العلاقة بمباشرة العميل الأمر بتنفيذ التزاماته مع المستفيد حين يتقدم إلى المصرف لإصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد، ويحدد في الطلب البيانات والبنود الواجب توفرها فيه، ولعل أهمها تعهد العميل الأمر بسداد كل المبالغ الذي يدفعها إلى المستفيد، وما يقوم بتخصيصه من غطاء وتأمين لهذا الغرض، وتحرص المصارف على هذا أشد الحرص، ويطلق في العمل المصرفي على الضمان لفظ الغطاء⁴⁶ couverture.

ومتى صدر خطاب الضمان أصبح المصرف دائنا للعميل بقيمة الضمان ، والعمولة والمصاريف والفوائد⁴⁷، وعليه يلتزم بالإطار المحدد له من قبل عميله وضمن توجيهاته⁴⁸ ، فإذا خالف تعليماته أصبح المصرف مسؤولا أمام عميله⁴⁹ .

ثالثاً: خطاب الضمان المصرفي

خطاب الضمان هو عبارة عن سندات مكتوبة مصرفية ليس لها شكل معين⁵⁰ ، تصدرها في الغالب المصارف في شكل تعهدات مباشرة ، حيث تكون هذا التعهدات الصادرة مستقلة ومنفصلة، فترتب في ذمة المصرف التزاما أصيلا نهائيا، قابلا للتنفيذ فور مطالبة المستفيد خلال مدة سريان الخطاب، فيمتنع على المصرف مناقشة أسباب المطالبة بقيمة الخطاب ، بل يجب عليه دفع قيمته فور المطالبة دون قيد أو شرط.

وتعتبر عملية إصدار خطاب الضمان خاتمة لسلسلة من الروابط التعاقدية⁵¹ في الضمانات المصرفية المستقلة، فبعد أن يبرم العميل الأمر العقد الذي قد يكون عقد بيع أو صفقة... مع المستفيد و الذي قد يكون كذلك مستوردا أو

مصلحة متعاقدة... فيسمى العقد المبرم بعقد الأساس أو العقد الجوهري⁵² ، حيث يتعهد فيه العميل الأمر وبناء على طلب المستفيد بتقديم ضمان مصرفي، ويقوم بتحديد مضمونه ومحتواه بدقة.

وحين البدء في تنفيذ هذا الالتزام تبدأ علاقة العميل الأمر بالمصرف الضامن حين يتقدم إليه طالبا إصدار خطاب ضمان، ويدرج ضمن طلبه البيانات والشروط التي بموجبها يتم إصداره. ويترتب على هذا العقد التزامات على عاتق طرفيه المصرف الضامن وعميله الأمر، ولا تنشأ عنه التزامات على عاتق المستفيد رغم أنه يكتسب حقا منه، فالعقد قد يكسب الغير حقا، ولكن لا يمكن أن يفرض على هذا الغير التزام من عقد ليس طرفا فيه⁵³ .

وهو بمثابة نقود تحت يد المستفيد يحصل منها على ما قد يستحق له قبل العميل الأمر في عقد الأساس le Contrat de base المتفرع عنه هذا الضمان،

وهو بهذه الصفة يسهل التعاقد مع الأشخاص غير المليئين والذين يخشى إخلالهم بالتزاماتهم، للرجوع عليهم بما يستحق في ذمتهم، فتكون قيمة خطاب الضمان التي يحددها المستفيد هي المشجع على التعاقد، يحصل عليه بمجرد الطلب حين الوفاء.

الفرع الثاني: الضمانات غير المباشرة

يتكون على الأقل من أربعة متدخلين وهم: المستفيد والمصرف الضامن (المصرف المحلي) ومصرف الضمان المقابل (المصرف الأجنبي) وعميله الأمر بالإصدار، وتدخل المصرف المحلي يصدر التزاما مستقلا لمصلحة المستفيد وأما المصرف الأجنبي فقد أصبح المصرف الضامن المقابل للمصرف المحلي، فالضمان غير المباشر ينشئ علاقة جديدة ذات أبعاد قانونية هامة.

و أوجب المشرع الجزائري في المادة الرابعة من تعليمية مصرف الجزائر رقم 05/94 المؤرخة في 02 فيفري 1994 أن تكون الضمانات الصادرة لغير المقيم أن تغطي بضمان مقابل من مصرف أجنبي من الدرجة الأولى وقبل صدور النظام رقم 02/93⁵⁴ كان إعداد الضمانات المباشرة مقبولا بغير ذلك ، فهذا النظام قد وضع حدا نهائيا لمثل هذه الضمانات باشتراطه التغطية المسبقة لإصدار أي نوع من أنواع الضمانات المصرفية

فالضمان المقابل نشأ نتيجة طبيعية للضمانات المستقلة الصادرة عن مصرف مختلف عن مصرف العميل الأمر⁵⁵ ، أو ما يطلق عليها بالضمانات غير المباشرة والتي انتشرت نتيجة لتوسع التجارة على الصعيد العالمي، فالمستفيد الذي عادة هو في موقع تعاقد قوي في عقد الأساس، يفضل أن يكون الضمان صادرا من مصرف بلده⁵⁶ لأجل ذلك يقوم العميل الأمر بتكليف المصرف الذي يتعامل معه بالاتصال بمصرف المستفيد حتى يقوم بإصدار الضمان لهذا الأخير، وفي المقابل مصرف بلد المستفيد لا يقوم بالخطوة السابقة إلا إذا حصل على الضمان المقابل من مصرف العميل الأمر، ويكون الضمان المقابل بين مصارف مختلفة في بلدان مختلفة وهي الأكثر شيوعا، وقد يوجد أكثر من مصرفين في الضمان المقابل.

المبحث الثاني : استقلال التزام المصرف في الضمانات المصرفية

يقصد باستقلال الضمانات المصرفية امتناع تمسك المصرف الضامن بأي دفع مهما كان من عقد الأساس أو من أي عقد آخر،

هذه القاعدة هي روح الضمانات المصرفية المستقلة ولها ، وهي تقوم على قواعد عديدة ، منها قاعدة نسبية العقود التي تمنع تمسكه بدفوع من عقد الأساس، فالعقود الثلاث مستقل بعضها عن بعض،

هذا الانفصال بين العقود الثلاثة تبرره إرادة الأطراف المتعاقدة، فالعميل الأمر يصدر تعليماته إلى المصرف الضامن أن يلتزم التزاما مستقلا ومنفصلا عن عقد الأساس، ويطلب إليه في طلب إصدار الخطاب عن عدم التمسك بأي

دفع غريبة عن خطاب الضمان، ومعنى القاعدة أن المصرف الضامن ليس له أن يدفع مطالبة المستفيد بأي دفع غير مستمد من خطاب الضمان ذاته وليس له طلب أي تبرير للمطالبة خلاف ما هو وارد في نص الخطاب⁵⁷. لذا سنبحث أولاً في مفهوم استقلال التزام المصرف الضامن ثم نبين مظاهر استقلاله في العقود المنشئة له.

المطلب الأول: مفهوم استقلال التزام المصرف الضامن

يُقصد باستقلال التزام المصرف الضامن انفصاله عن أي علاقة قانونية أو أي التزام قانوني آخر ما عدا الالتزام الذي يجمعه بالمستفيد، فالالتزام المصرف لا يكون في خطاب الضمان تابعا لالتزام العميل، لا من حيث صحته ولا بطلانه لأن المصرف يلتزم بالخطاب أيا كان مركز المضمون ومهما كان العقد الذي يربطه مع العميل الأمر ومهما كان مصير العلاقة القانونية بين العميل والمستفيد.

فيفهم من هذا أن مصدر كل من الالتزامين ومصيره منفصلا عن الآخر، ولذلك يختلف التزام المصرف الضامن في خطاب الضمان عن الكفالة، فيعتبر التزام الكفيل تابعا دائما لالتزام أصلي، فإذا بطل التزام المكفول، بطل التزام الكفيل أيضا.

فالالتزام المصرف الضامن في هو التزام أصلي وبات ونهائي لا يستطيع الرجوع عنه

وعادة ما يعبر المصرف الضامن عن التزامه المستقل والمنفصل بعبارة: « بأنه يتعهد بالدفع لدى أول طلب بالرغم من معارضة العميل، وأيا كان مصير التزام العميل» فهذه العبارة تقطع الصلة بين التزام كلا منهما، وتجعل التزام المصرف مستقلا ومنفصلا عن التزام العميل المدين لا بحكم الاستقلال فقط ولكن بإرادة المصرف وحده فلا تقوم بينهما التبعية⁵⁸.

فاستقلال التزام المصرف الضامن استقر عليه الفقه وأحكام القضاء والعديد من التشريعات⁵⁹ التي نصت عليه و الأعراف و القواعد الدولية الموحدة.

الفرع الأول : استقلال التزام المصرف الضامن في الفقه والقضاء .

اتفق الفقه و الاجتهادات القضائية على التأكيد على مبدأ استقلال التزام المصرف الضامن عن جميع العلاقات القانونية المجاورة له، وهذا من خلال تعريفات الفقهاء، ومن خلال الأحكام الصادرة عن القضاء.

أولاً: استقلال التزام المصرف في الفقه.

حرص جميع الفقهاء على إبراز مبدأ استقلال التزام المصرف عن جميع العلاقات القانونية المتعلقة به، وهذا من خلال تعريفاتهم، وأجمعوا على أنها أهم خاصية يتمتع بها عن غيره من الضمانات المصرفية، فهو الخاصية الأساسية المكونة للضمان المصرفية المستقلة⁶⁰ La Caractéristique essentielle. يقول الأستاذ M.Simler⁶¹: «...إنه التزام جديد مستقل منفصل في لحظة إنشائه...». أما الأستاذان Mcabrilac⁶² et Chmouly⁶³: «...إنه التزام مستقل عن العقد المضمون وخاصيته الأساسية عدم إمكانية الاحتجاج بالدفع المستمدة من هذا العقد»، ويقول آخر⁶³: «...إنه مستقل كلياً...». «Il est totalement indépendant». وقال آخر⁶⁴: «... القاعدة هي استقلال التزام المصرف في أعمال خطابات الضمان عن باقي التزامات الأطراف الأخرى...»، «استقلال التزام المصرف اتجاه المستفيد لا يتوقف تنفيذه على أمر خارجي عن الخطاب⁶⁵»، «التزام المصرف في خطاب الضمان يكون التزاما نهائيا مستقلا عن التزام العميل⁶⁶»، «التزام المصرف المصدر لخطاب الضمان التزام مجرد ومستقل عن أي علاقة سابقة⁶⁷»

فإذا ارتبط دفع الضمان المصرفي بعقد الأساس أو بأي علاقة أخرى، فإن هذا الارتباط يضعف من قوته الإلزامية وصرامته الحادة، فلكي يمنح لالتزام المصرف قوة وضمانا أكبر، يجب قطع العلاقة السببية التي ترتبط بين التزام وتعهد

المصرف بالعلاقات القانونية المحيطة به، وجعله تعهدا مستقلا ومنفصلا⁶⁸، لذلك يوصف بأنه أخطر الضمانات المصرفية وأشدّها صرامة، من حيث الالتزام⁶⁹.

ثانيا: استقلال التزام المصرف في الاجتهاد القضائي

أما فيما يخص القضاء فتواترت أحكام المحاكم على التأكيد على استقلال التزام المصرف، فلقد أجمع القضاء على وجود ضمان مصرفي يتميز بعدة مميزات أهمها ميزة استقلال التزامه⁷⁰.

فأكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على استقلال الضمان على نحو يتمتع على المصرف الذي أصدره الامتناع عن الوفاء للمستفيد، ولا يستطيع بأي حال التمسك بالدفع المخصصة للعميل الأمر الناشئة عن علاقته بالمستفيد، حيث عبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارين مشهورين وتاريخيين لها⁷¹ بعبارة واضحة وصريحة باستقلال التزام المصرف بتاريخ 20 جانفي 1982 فجاء في حيثيات قرارها: «المصرف التزم بدفع أول طلب اتجاه المستفيد... هذا الالتزام مستقل لا يشكل كفالة، ولكنه ضمان مستقل بحيث أن المصرف ليس بوسعه الاحتجاج بالدفع الذي قد يثيره العميل من العقد الذي يربطه بالمستفيد».

-القرار الأول:

«Restituant à l'engagement de la banque son véritable fondement, une cour d'appel, qui relève qu'une banque s'engage envers une société à payer "à première demande", décide à bon droit que cet engagement ne constituait pas un cautionnement, mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir des exceptions que son client d'ordre pouvait opposer à ladite société avec laquelle celui-ci passé contrat et tenant à l'inexécution du contrat les unissant»

وأما القرار الثاني⁷² فقد جاء فيه «التزام المصرف اتجاه المستفيد كان عند أول طلب مستقل عن عقد الأساس والذي يحتكم إلى خطاب الضمان المصرفي فقط».

-القرار الثاني:

« l'engagement de la banque envers une société était un " engagement à première demande" autonome à l'égard du contrat de base, et qu'il était régi par les seules dispositions de la lettre de garantie»

كما أيد القضاء الإنجليزي⁷³ استقلال التزام المصرف الأصلي وذلك من خلال قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتاريخ 1983/12/09 كما قضت ذات المحكمة بتاريخ 1984/02/28 « بأن الضمان من الدرجة الأولى هو ضمان مستقل عن العقد الأساسي...»، وفي قرار لمحكمة بلجيك⁷⁴ بتاريخ 17 نوفمبر 1987 «...إنه ضمان مستقل وليس كفالة...». كما أكد القضاء المصري⁷⁵ على استقلال التزام المصرف، ففي حكم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه: « علاقة المصرف بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه، علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، والتزام المصرف بالوفاء للمستفيد التزام أصيل ومستقل». وفي قرار آخر⁷⁶ جاء فيه: «الأصل في خطاب الضمان أن لا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه، ولا على تحقيق شرط ولا حلول أجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب».

أما الاجتهاد القضائي الجزائري فقد ميز كذلك بين التزام الكفيل وبين التزام الضامن في اتفاقية تأمين الدين الخاضعة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁷⁷، حيث جاء في حيثيات القضية أنه لا يمكن بأي حال إخراج الضامن من الخصام لكونه طرفا أصلي في الاتفاقية، هذا من جهة ومن جهة أخرى لم يفرق بين التزام الكفيل وبين التزام الضامن التي تناولته المادتين 660

و 661 وما يليهما من القانون المدني و أن الاتفاقية يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فأكد القضاء الجزائري في القرار الذي أصدره على استقلال التزام الضامن على نحو يمتنع عليه رفض الوفاء للمضمون واعتبره التزام أصلي ومباشر صادر عنه، وبالتالي اختلاف أحكامه عن تلك المتعلقة بالكفالة، مع العلم أن الضامن في هذه القضية عبارة عن مؤسسة تأمين.

الفرع الثاني: استقلال التزام المصرف الضامن في التشريعات المحلية و القواعد الدولية الموحدة.

عبرت كافة القواعد الدولية الموحدة السائدة في المعاملات الدولية عن استقلال التزام المصرف الضامن قبل المستفيد، كما أكدت عليه العديد من التشريعات الوطنية

أولاً: استقلال التزام المصرف الضامن عند بعض المشرعين.

عبرت العديد من التشريعات الوطنية على استقلال التزام المصرف البات والنهائي ويأتي على رأسها المشرع الفرنسي، فنص في الفقرة الثالثة من المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي « لا يمكن للضامن أن يعترض (يحتج) بأي دفع مستمدة من الالتزام المضمون »

«Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à obligation garantie»

فالتزام المصرف اتجاه المستفيد يعني أنه ليس التزام تابعاً لالتزام العميل سواء أكان هذا الالتزام مرتبطاً مع المصرف أو التزامه مع المستفيد، أو بأي علاقات قانونية أخرى، إذ لا يمكن للمصرف التمسك بأي شكل من أشكال الدفع ومهما كانت الجهة الصادرة عنها، إلا في حالة الغش والتعسف الظاهر.

كما عبر المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة 355 من قانون التجارة عن استقلال التزام المصرف بعبارات واضحة « ودون اعتداد بأية معارضة، حيث يعبر المصرف في خطاب الضمان عن تعهده بالدفع لدى أول طلب بالرغم من معارضة العميل الأمر أو أياً كان مصير التزام العميل»، كما نصت المادة 358 من التشريع السابق على أنه «لا يجوز للمصرف أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد».

إنّ مبدأ استقلال التزام المصرف يمكن أن نجد له سنداً قانونياً عند المشرع الجزائري فقد نصت المادة 106 من القانون المدني على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين حيث جاء فيها « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون»، فلذلك فإن انعقد العقد صحيحاً فإنه يلزم المتعاقدين ويلزم كل متعاقد القيام بالالتزامات التي يربتها العقد في ذمته، ويعبر عن ذلك بالقوة الملزمة للعقد، وعلى كل طرف احترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها القانون تماماً، ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أحد أطرافه أن يتحلل من العقد، ولا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون، ومبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين كان نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة،

يمكن أن نجد لهذا المبدأ أساساً خلقياً واقتصادياً، فالأساس الخلقي هو وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان، والأساس الاقتصادي هو ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد⁷⁸.

ثانياً: استقلال التزام المصرف الضامن في القواعد الدولية الموحدة

عبرت كافة القواعد الدولية الموحدة السائدة في المعاملات الدولية عن استقلال التزام المصرف قبل المستفيد وأكدت عليه: فالقواعد الدولية الموحدة للضمانات تحت الطلب 458 نصت في الفقرة الثانية من المادة الثانية على مبدأ استقلال التزام المصرف اتجاه المستفيد، حيث نصت على أن: « الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون هي أساساً لها والضامنون ليست لهم بأي شكل شأن أو يلتزمون بهذا العقد أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان.....

أما النشرة رقم 758 أكدت على مبدأ استقلال التزام المصرف في الضمانات المصرفية في الفقرة الأولى من المادة الخامسة حيث جاء فيها: «الضمان بطبيعته مستقل عن أي علاقة أو طلبات، والضامن غير معني أو ملزم بأي وجه من هذه العلاقات»

«Une Garantie et par sa nature indépendante de la relation sous jacente et des demandes n'est aucune façon concerné ou engagé par ces relation»

اتفاقية الأونيسترال عن لجنة التجارة الدولية للأمم المتحدة والمتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على أن التعهد يمثل التزاما مستقلا، حيث نصت في الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه: «لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاما مستقلا يعرف في الممارسات الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن...» ثم وضحت المادة الثالثة من الاتفاقية استقلال التعهد حيث جاء فيها: «لأغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلا عندما لا يكون التزام الكفيل/المصدر اتجاه المستفيد

• مرهونا بوجود معاملة أصلية أو صلاحية أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتمادات الضامنة أو الكفالات المستقلة التي تتعلق بها أي تثبت للتعهد أو أي كفالة مقابلة).

• خاضعا لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد أو لأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع على تقديم المستندات أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل/المصدر».

فيتبين لنا أن التزام الكفيل/المصدر (الضامن) لا يكون مرهونا بالعملية الأصلية بين العميل الأمر والمستفيد أو بين الضامن (المصرف) وبين العميل، ولا يرتبط بصلاحية هذه العقود أو بطلانها أو فسخها، وبالتالي لا يجوز للمصرف (المصدر) تعطيل الدفع إلى المستفيد عند طلبه مستخدما في ذلك دفعات تتعلق بعلاقته بالعميل، سواء كانت هذه الدفعات مبنية على عدم مشروعية بسبب هذه العلاقة أو على وجود عيب شاب إرادته من غلط أو تدليس أو إكراه أو على عدم وجود غطاء لخطاب التعهد أو أموال للعميل لديه تمكنه من دفع قيمة خطاب الضمان، أو لعدم تنفيذ العميل تعهده للمصرف بتقديم ضمان معين، وكل ذلك استنادا إلى نص الخطاب في أن يتعهد المصرف بالدفع عند أول مطالبة من المستفيد طبقا للشروط والأحكام المبنية في التعهد.

المطلب الثاني: مظاهر استقلال التزام المصرف الضامن

إن اعتبار التزام المصرف الضامن مستقلا في خطاب الضمان القصد منه أن يكون بمنأى عن العلاقات القانونية الأخرى المجاورة له والمحيطة به، سواء ما ورد منها في عقد فتح الاعتماد بالضمان أو ما كان منها في عقد الأساس. فليس في مقدور المصرف الامتناع عن الوفاء مستندا إلى دفعات متعلقة بهما، فهو التزام قطعي وأصيل من العلاقات القانونية المحيطة به، ويرجع هذا إلى أن استقلال التزام المصرف الضامن عن عقد فتح الاعتماد بالضمان الذي يربطه بالعمل الأمر و الذي بموجبه يلتزم البنك الضامن بإصدار خطاب الضمان كما أنه يختلف عن عقد الأساس من حيث الشروط الواردة فيه ومن حيث طبيعة التزامه.

الفرع الأول: استقلال خطاب الضمان عن عقد فتح الاعتماد بالضمان:

تظهر هذه الاستقلالية عند اتفاق المصرف الضامن مع العميل الأمر في عقد فتح الاعتماد بالضمان بإصدار خطاب الضمان، فيترتب عنه التزام على المصرف الضامن بإصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد، وحين إصداره وإبلاغه يترتب التزام آخر على المصرف الضامن في مواجهة المستفيد يتميز عن الالتزام الأول من حيث مصدره وأطرافه ومضمونه.

أولاً: استقلاله من حيث المصدر

من حيث المصدر نجد أنّ التزام المصرف بإصدار الخطاب هو عقد فتح الاعتماد بالضمان، أما التزام المصرف في دفع قيمة الخطاب للمستفيد فمصدره هو الخطاب ذاته الذي يقوم بإصداره.

ثانياً: استقلاله من حيث الأطراف والمضمون

من حيث أطراف الالتزامات نجد أنّ أطراف الالتزام الأول-عقد فتح الاعتماد بالضمان- هما المصرف الضامن والعميل الأمر، بينما أطراف الالتزام الثاني-خطاب الضمان- هما المصرف الضامن و المستفيد. أمّا من حيث مضمون الالتزام، فمضمون الالتزام الأول في عقد فتح الاعتماد بالضمان هو قيام المصرف بإصدار خطاب الضمان وإبلاغه إلى المستفيد. أمّا مضمون الالتزام الثاني يقوم المصرف فيه بدفع قيمة الخطاب إلى المستفيد وفق الشروط المتفق عليها.

الفرع الثاني: استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس:

إنّ اعتبار التزام المصرف الضامن التزاماً ناشئاً عن خطاب الضمان فقط أي أنه التزام أصيل وبات خاضع لشروطه والبنود الموضوعية فيه فقط، دون الأخذ بعين الاعتبار أو الاعتداد بأي من شروط أو بنود موجودة العلاقات القانونية المجاورة له و التي أدت إلى نشأته بما فيها عقد الأساس⁷⁹، فهو بشروطه الخاصة مستقل عن عقد الأساس ولا يتأثر بالمصير الذي من الممكن أن يؤول إليه .

أولاً: خطاب الضمان مستقل بشروطه الخاصة عن عقد الأساس

عند قيام المصرف الضامن بإصدار خطاب الضمان، يستقل هذا الأخير عن عقد الأساس، هذه الاستقلالية تكون ناتجة عن نص التعهد الموجود في خطاب الضمان ذاته الصادر من المصرف الضامن، لما ورد فيه من شروط ذاتية خاصة يخضع لها خطاب الضمان - شرط مراعاة نصوص القانون -

فبموجب الشروط التي أتى على ذكرها خطاب الضمان، تقطع الأطراف المتعاقدة الصلة السببية التي تربط التزام المصرف بالروابط والعلاقات القانونية الأخرى.

إذ إن استقلالية خطاب الضمان يفترض انفصال شروطه عن شروط عقد الأساس، فإذا كان هذا الأخير هو شرط لقيام خطاب الضمان غير أنه لا أهمية له عند التنفيذ، وبالتالي فالتزام المصرف الضامن هو سببا لتكوينه، غير أنّه عند التنفيذ يصبح مجرداً، لذلك لا يكون للمصرف الضامن أو العميل الأمر أن يتذعرا بأي شرط أو علاقة خارج شروط وبنود خطاب الضمان، فعند أول طلب من المستفيد يبادر المصرف الضامن إلى الوفاء وبصورة مستقلة عن جميع الروابط العقدية الأخرى.

ثانياً: عدم تأثير مصير عقد الأساس على خطاب الضمان

إنّ خطاب الضمان يصدر لزوماً بالاستناد إلى التزام أصلي، وهو في هذه الحالة عقد الأساس، غير أن هذه الرابطة لا تدوم وتتقطع فوراً وطوعاً منذ لحظة إصدار خطاب الضمان فيكتسب ذاتيته وجوده ويصبح مستقلاً ومنفصلاً عن عقد الأساس⁸⁰.

ولا يتم هذا إلا بإرادة الأطراف إخضاع التزام المصرف الضامن إلى نظام وقواعد مغايرة عن تلك المطبقة في عقد الأساس⁸¹ إذ أن هذه الاستقلالية تستند إلى مبدأ حرية التعاقد حيث يتخطى خطاب الضمان إطار تبعية عقد الأساس⁸² الذي أتى هو كضمان له ليولد التزام مستقلاً، فعند أول طلب من هذا الأخير يجب على المصرف الضامن المبادرة إلى الوفاء وبصورة مستقلة عن جميع الروابط العقدية الأخرى القائمة بين العميل والأمر والمستفيد.

فنتيجة للالتزام المصرف المستقل والمنفصل، الدفع الفوري والتلقائي عند أول طلب من المستفيد للإيفاء حين يكون الطلب المقدم مستوفيا لجميع الشروط المتفق عليها.

و من نتيجة أن خطاب الضمان عقد مستقل ولا يخضع إلا لشروطه الخاصة، أنه يظل منتجا لأثاره في العمل وملزما للمصرف الضامن بغض النظر عن مصير عقد الأساس⁸³ فإذا ثار نزاع بين العميل الأمر والمستفيد⁸⁴ حوله أو تعرض إلى طلب الفسخ أو البطلان⁸⁵ أو التعديل أو كان به شرط تحكيمي⁸⁶ فإن ذلك لا يؤثر على التزام المصرف الضامن بالوفاء بقيمة الخطاب.

Le banquier doit s'exécuter et payer sans délai en vertu de l'autonomie e l'engagement bancaire aucune exception n'est admis, ainsi, la nullité, la résolution, la modification du contrat de base ou l'existence d'une clause compromissaire n'ont aucune incidence sur l'exercice de la garantie

بل ذهب بعض الفقهاء إلى أكثر من ذلك واعتبروا أن استحالة التنفيذ⁸⁷ أو القوة القاهرة⁸⁸ "Impossibilité d'exécution ou la force majeure" أو إذا كان عقد الأساس مخالفا للنظام والآداب العامة⁸⁹ فإن هذا لا يؤثر بتاتا على التزام المصرف الضامن.

« Et même l'imputabilité au bénéficiaire de la garant de l'impossibilité d'exécuter le contrat de base ne ferait pas non un obstacle a L'exécution de l'engagement

Qu'il s'agissait de faute caractérisé du bénéficiaire ou de la force majeure, un élément n'atteignent pas l'obligation du garan »t

ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13/12/1983⁹⁰ استبعدت جميع الإجراءات التي حاولت بعض الأطراف منع دفع قيمة خطاب الضمان، ولم تأخذها بعين الاعتبار، بما في ذلك بطلان عقد الأساس، واعتبرت أن لا تأثير كل ذلك على التزام المصرف الضامن بالدفع طالما قدم إليه طلب صحيح من المستفيد ومستوفي لشروط الطلب ووفق نصوص وعبارات خطاب الضمان بغض النظر عما آل إليه مصير عقد الأساس.

فسخ العقد أو بطلانه لا يبرران رفض البنك الضامن تنفيذ التزامه طبقا لشروط خطاب الضمان فهو ضمان للمستفيد في تنفيذ العميل الأمر للالتزامات المترتبة عليه جراء عقد الأساس، فالمستفيد عبره يريد أن يحصل على ضمان يقيه سوء نية العميل الأمر.

جدول يمثل استقلالية العقود القانونية الثلاث عن بعضها البعض المنشئة للضمانات المصرفية المستقلة

العقد	الأطراف	المصدر	المضمون
العقد الأول	العميل والمستفيد	عقد الأساس	- إنشاء خطاب الضمان تنفيذ الصفقة من طرف العميل - دفع قيمة الصفقة من طرف المستفيد
العقد الثاني	المصرف والعميل	عقد فتح الاعتماد بالضمان	- قيام المصرف بإصدار خطاب الضمان
العقد الثالث	المصرف والمستفيد	خطاب الضمان	- دفع المصرف قيمة خطاب الضمان وفق الشروط

الخاتمة:

يتمثل استقلال التزام المصرف الضامن في الضمانات المصرفية بأنه لا يضمن للمستفيد فيها حسن تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته أمامه، ولا يراقب هذا التنفيذ، ولا يتعهد بتنفيذ التزام العميل الأمر، ولا بسداد ما يكون على الأخير من دين، وإلا كان تدخل المصرف مجرد كفالة، ولكن المصرف الضامن يصدر تعهدا يمكن أن يطلق عليه أنه تعهد مجرد عن ظروف التزام العميل الأمر أمام المستفيد، فهو التزام بدفع المبلغ المحدد في الخطاب أيا كان مقدار مديونية العميل، وهو تعهد منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل الأمر لالتزامه، ولا يعد ما يدفعه المصرف الضامن تعويضا للمستفيد الدائن عن عدم تنفيذ العميل الأمر لالتزامه أو إساءة هذا التنفيذ.

وهذا الأمر يخدم المصرف الضامن والمستفيد على حد سواء، إذ أنه يجنب المصرف الدخول في منازعات قانونية قد تنشأ بين العميل الأمر والمستفيد نتيجة عدم تنفيذ عقد الأساس، وبقي المستفيد من ضياع حقه، إذ أن المصرف الضامن يلتزم بمواجهته بصفته مدينا أصليا لا نائبا عن العميل الأمر، ولا يكون التزامه تابعا لأي التزام آخر.

الهوامش:

(1)- أحمد حسني، قضاء النقص التجاري المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما 1931-1981، منشأة

المعارف، مصر، ص: 220

(2)-Bouyacoube Farouk: l'entreprise le financement bancaire casbah édition, Alger, 2000, P : 244

(3)- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص: 767.

(4)- سليمان رمضان محمد عمر: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009. ، ص: 7.

(5)-Charles Moumouni ، **contrat de garantie à première demande** ,Thémis Revue juridique faculté de droit commercial, N°31,Canada, Année 1997, P : 787.

(6)-سليمان محمد رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص: 10.

(7)-Dominique Legeais, **sûretés et garanties du crédit** 4^{eme} édition Librairie Général de **Droit**, Paris, 2004, P : 270

(8)- Georges Decocq et Yves Gérard et Juliette Morel-Maroger, **Droit Bancaire, Revue Banque**, Paris, 2010, P : 203.

(9)-Françoise Dekeuwer Dèfossez, **Droit Bancaire**, 8^{eme} Edition, Paris, Dalloz, 2004, P : 114

(10)-طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص: 137.

(11)-Tuto Rossi، **la garantie à première demande**, Méta édition, Lausanne, P:22

(12)-: Thierry Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien Paris, France, 9^{eme}, édition, 2011, P 536

(13)-Jean- Pierre Mattout, **Droit Bancaire international**, Revue Bancaire, Paris, 1987, P : 252.

(14)-Jean -Louis Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud, **Droit Bancaire**. 5^{eme} édition, Dalloz, Paris, 1990, P : 979.

(15) علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص:12.

(16)-راجع: قرار المحكمة العليا رقم: 33367 المؤرخ في 23 جوان 1997 والقرار رقم: 202319 المؤرخ في 14 مارس 2000.

(17)- باندو محمد أمين، الممارسات الجزائية للضمانات البنكية الواجبة الأداء عند أول طلب ، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 2002.2003، ص: 60.

(18)- راجع قرار المحكمة العليا رقم: 627056 المؤرخ في 08 جويلية 2010.

(19)- باندو محمد أمين، المرجع السابق، ص: 97.

(20)-Stéphane Piedelievre et Emmanuel Putman, **droit bancaire, Economica**, Paris, 2011 P : 697

(21)- : Thierry Bonneau Op. Cit, P : 537.

(22)- محمود الكيلاني، عمليات البنوك الموسوعة التجارية والمصرفية عمليات البنوك، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص: 323.

(23)- أحمد حسني، المرجع السابق، ص: 218.

(24)- مراد منير فهم القانون التجاري، منشأة المعارف، مصر، 1982، ص: 170.

(25)-رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012، ص: 425.

(27)- Huber Martini et Dominique Deprée et Joanne Klein-Cornede, **crédit documentaires lettres de crédit stand-by**

cautions et garanties, Revue banque, Paris, 2^{eme} édition, 2010 ,P : 376

(28)- **code civil français**

(29)-أنظر: المادة 70 من قانون النقد والقرض.

(30)- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2000 ، ص:545.

(31)-حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك-طبقا لاتفاقية الأونيسترال 1995، مجلة الشريعة والقانون، العدد 50، السنة 26، الإمارات العربية المتحدة ، أفريل 2012 ، ص:23.

(2)- Tuto Rossi, **Op. Cit**, P : 23.

(33)- عبد الفضيل محمد أحمد، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، مصر، ص:491.

(34)- Françoise Dekeuwer Dèfossez, **Op. Cit** P : 115.

1. (35)- : Omaia El Wane. la loi applicable à la garantie bancaire à première demande,

Académie de droit International, de la Haye, 2000. , P : 47.

(36) محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية المرجع السابق، ص: 800.

(37) - محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص: 370.

(38) - Jean- Pierre Mattout, Op. Cit, P:267, George Decocq, Yves Gérard, Juliette Morel-Maroger, Op. Cit, P : 206.

2. (39) - M.Giovanoli et F.Dessemontet et B. Foëx et N.de Gottrau et Jean-Marc Rapp, et Hj. Peter, Sûretés et Garanties Bancaires, Cedidac, Lausanne, 1997. , P: 261.

(40) - Stéphane Piedelievre et Emmanuel Putman, Op. Cit, P : 703.

(41) - مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص: 322.

(42) - عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2010، ص: 137. أحمد غنيم، مرجع سابق، ص: 14.

(43) - Thierry Bonneau, Op. Cit, P : 540.

(44) - حسين بلعجوز، مخاطر، التمويل في البنوك الإسلامية البنوك الكلاسيكية مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2009، ص: 68.

(45) - شوابن حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، دار هومة، الجزائر، 2011، ص ص: 19.18.

(46) - عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص: 138.

(47) - مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص: 322.

(48) - Omaia El Wane, Op. Cit, P : 50.

(49) - أحمد حسني، المرجع السابق، ص: 220.

(50) - محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص: 305.

(51) - جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص: 125.

(52) - سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص: 88.

(53) - محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، المرجع السابق، ص: 799.

(54) - النظام رقم 02/93 المؤرخ 03 جانفي 1993 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك

الوسطاء المعتمدين الصادر بالجريدة الرسمية العدد 17 بتاريخ: 14 مارس 1993.

(55) - علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص: 216.

(56) - Lucien M. Martin, Droit Bancaire, Dalloz, Paris, 4^{eme} édition, 2010 P: 364

(57) - علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص: 321

(58) - سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص: 236.

(59) - رشاد نعمان الشيخ العامري، المرجع السابق، ص: 432..

(60) - Stéphane Piedelievre et Emmanuel Putman, Op. Cit P : 700.

(61) - Huber Martini et Dominique Deprée et Joanne Klein-Cornede, Op. Cit P : 610.

(62) - Huber Martini et Dominique Deprée et Joanne Klein-Cornede, Ibid. : 611

(63) - Georges Decocq et Yves Gérard et Juliette Morel-Maroger, Op. Cit P : 220.

(64) - أحمد غنيم، خطابات الضمان إطار متكامل نظريا وعمليا وقانونيا، 2008، ص: 50.

(65)- محمد السيد الفقي، القانون التجاري الإفلاس عمليات البنوك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011. ، ص:268.

(66)- بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010.، ص:443.

(67)- جاسم علي سالم الشامي، المرجع السابق، ص:425.

(68) – Jean -Louis Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud, **Op. Cit**, P:984.

(69)-.بسام عاطف المهتار و مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2009 ، ص:44.

(70)- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص:319.

(71) – Huber Martini et Dominique Deprée et Joanne Klein-Cornede, **Op. Cit**, P:611

(72)-بسام عاطف المهتار و مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص:20.

(73)- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص:319.

(74) – Huber Martini et Dominique Deprée et Joanne Klein-Cornede, **Op. Cit**, P:611

(75)-علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص:237.

(76)-علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية ، المرجع السابق، ص:238.

(77)- راجع قرار المحكمة العليا رقم: 560796 الصادر بتاريخ 08 أكتوبر 2009

(78)-محمد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص:298.

(79)- أحمد حسني، المرجع السابق، ص: 218 ، ومحمد حسين منصور، المرجع السابق، ص:24

(80) – Marie-Thérèse Bohn Di scala, , **Op. Cit**, P: 306.

(81) – Philippe Neau-Leduc , **Op. Cit**, P: 262.

(82) – Thierry Bonneau, **Op. Cit**, P: 985..

(83)-علي جمال الدين عوض.خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص:325.

(84)- أحمد غنيم، المرجع السابق، ص:48.

85) – Jean -Louis Rives-Lang et Monique Contamine-Raynaud , **Op. Cit**, P: 987.Thierry Bonneau, **Op. Cit** P:985.

(86) : Philippe Neau-Leduc **Op. Cit**. P:265.

(87) -: Lucien M. Martin **Op. Cit** P: 366, -. Jean- Pierre Mattout **Op. Cit** P : 280.

(88) – علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص: 110.

(88) –Françoise Dekeuwer Dèfossez **Op. Cit** P: 115

(90)-Jean- Pierre Mattout, , **Op. Cit** P: 278