



جامعة عمار ثليجي الأغواط  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

## الضمانات البنكية الدولية

مذكرة مكملة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص: قانون أعمال

إشراف الدكتور :

\* جيلالي شويرب

إعداد الطالبين :

- أحمد قرقاب

- يحي محي الدين قرينات

### لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور..... العربي بن قسمية ..... رئيسا

الأستاذ الدكتور..... عبد المالك الدح..... ممتحنا

الدكتور..... جيلالي شويرب..... مشرفا و مقرا

السنة الجامعي: 2023/2022

## شكر وتقدير

الحمد والشكر لله الذي أعاننا وقدرنا على إنجاز هذا البحث، والذي نتمنى أن يترك أثرا في مجال البحث العلمي، ونسأله تعالى أن يكون خالصا لوجهه الكريم.

ولا بد أن نبدأ بعظيم الشكر إلى مشرفنا الدكتور شويرب جيلالي الذي تفضل بالإشراف على بحثي، فكان خير معين لي على إنجازه، ووقف بجاني بكل خطوة من خطوات هذا البحث، فكان المعلم والمرشد في رحلة بحثي، مما أضفى عليه الكثير من الفائدة والقيمة العلمية.

وأتوجه بالشكر لكل من ساعدني في هذا العمل المتواضع.

والشكر موصول أيضا إلى والديا وكل الأخوات والأصدقاء الأعزاء و زملائي في العمل الذين كانوا سندي طيلة فترة التحضير لإنجاز هذا البحث.

# إهداء

أسأل الله أن يكون هذا العمل خالصا لوجهه الكريم وأن يرزقنا إخلاص النية وصدق القول وسداد الفكر وإحسان العمل وحسن العرض وأنه ولي ذلك والقادر عليه، والحمد لله الذي وفقني لتتضمن هذه الخطوة في مسيرتي الدراسي بمذكرتي هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضلته تعالى.

مهداة إلى الذين شاركوني لحظة لطالما إنتظرتها وحلمت بها في حكاية اكتملت فصولها وخيوط انتهى التآلق من غزلها إلى أبي وأمي .

الى كل اخوتي و أخواتي

وفي الختام هذا الجهد يعلم الله أني قد بلغت فيه الوسع، فإن كنت قد وفقت فهذا فضل الله يؤتيه من يشاء وإن كنت قد قصرت فهذا جهد بشر يشوبه النقص والتقصير .

- أحمد قرقاب



# إهداء

أسأل الله أن يكون هذا العمل خالصا لوجهه الكريم وأن يرزقنا إخلاص النية وصدق القول وسداد الفكر وإحسان العمل وحسن العرض وأنه ولي ذلك والقادر عليه، والحمد لله الذي وفقني لتثمين هذه الخطوة في مسيرتي الدراسي بمذكرتي هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضلته تعالى.

مهداة إلى الذين شاركوني لحظة لظالما إنتظرتها وحلمت بها في حكاية اكتملت فصولها وخيوط انتهى التآلق من غزلها إلى أبي وأمي .

الى كل اخوتي و أخواتي

وفي الختام هذا الجهد يعلم الله أني قد بلغت فيه الوسع، فإن كنت قد وفقت فهذا فضل الله يؤتيه من يشاء وإن كنت قد قصرت فهذا جهد بشر يشوبه النقص والتقصير.

- يحي محي الدين قرينات

مقدمة

إن التجارة الدولية هي تلك العمليات التي تعتمد على تبادل السلع أو الخدمات بين الدول، فهي تقوم بين أطراف دولية تفصل بينها حدود سياسية و موانع تداول و أنظمة و آليات اقتصادية مختلفة، مستهدفة تعزيز العلاقات فيما بينها، لذلك تعتبر التجارة الدولية بشقيها المتمثلين في الاستيراد والتصدير من بين أهم الوسائل التي تساهم في تحقيق الاستقرار الاقتصادي و تطويره مما منحها مكانة هامة باعتبارها جوهر العلاقات التجارية و المحرك الأساسي للاقتصاد الدولي .

لقد بذلت مجهودات كبيرة على مر الأزمنة و العصور في سبيل تطوير و تنمية التجارة الدولية من خلال السعي إلى توسيع العلاقات و الروابط التجارية بين مختلف الدول، و هو ما أدى في الواقع إلى تشعب تلك العلاقات و تعقدها و زيادة المخاطر المرتبطة بها بسبب اختلاف الأعراف والقوانين بين الدول، يضاف إلى ذلك البعد الجغرافي الذي شكل عائقا أمام تلبية المتعاملين الاقتصاديين لاحتياجاتهم التجارية، فإلزام أي عقد كان لابد من تحمل مشقات وصعوبات عديدة للانتقال من بلد البائع إلى بلد المشتري، و لتوفير وسيلة لنقل البضاعة و ما ينتج عن ذلك من مصاريف و نفقات باهظة، مما ساهم في خلق مناخ لانعدام الثقة فيما بينهم.

و لمواجهة كافة هذه المشاكل تم التفكير في البحث عن حلول بديلة تكون ذات تأثير فعال في مضاعفة حجم المبادلات التجارية على المستوى الدولي و التي عجزت حتى الكفالة كنظام تقليدي للتأمينات الشخصية و باعتبارها التزام من كفيل بتنفيذ التزام معين لمصلحة الدائن إذا لم يف به المدين نفسه عن تحقيقها و مواكبة مستلزماتها نظرا لمساوئها العديدة، فالكفالة تقوم على أساس وجود التزام سابق بين الدائن والمدين يسمى بالالتزام الأصلي الذي يتعهد الكفيل بالوفاء به إذا لم ينفذه المدين نفسه مما ينتج عنه تبعية التزام ذلك الكفيل و ارتباطه بالعلاقات التعاقدية الأخرى الناشئة بين الأطراف، بالإضافة إلى إمكانية تمسكه بكافة الدفع و الاحتجاجات تجاه الدائن سواء تلك المرتبطة بعقد الكفالة أو العقد الأصلي بين المدين والدائن، بما يعرض مصالح و حقوق هذا الأخير للخطر و لا يمنحه الضمان و الحماية الأكيدة المرجوة من قبله.

و بناء على ذلك يقصد بالضمانات البنكية الدولية التعهد الذي يلتزم بمقتضاه البنك و يسمى بالضامن، بناء على طلب عميله المدين و هو الأمر ، بدفع مبلغ معين بمجرد الطلب أو بتقديم المستندات اللازمة لفائدة المستفيد بدون أي يكون للبنك تأجيل الوفاء أو التمسك بأي دفع من الدفع و لأي سبب من الأسباب .

تعتبر الضمانات البنكية الدولية عاملا وسيطا بين المستورد و المصدر من أجل تأمين الصلة وتحقيق التقارب بينهما بتوفير الثقة و الأمان لمعاملتهما، ويتجسد ذلك عندما يطلب المستورد المحلي من

بنكه إصدار ضمان بنكي لصالح المصدر الأجنبي يتعهد بموجبه أن يدفع قيمة البضاعة عند تقديم المستندات المطابقة لشروط الإتفاق، و بدون إثارة أي احتجاج في مواجهته.

و يقدم هذا الضمان لأغراض مختلفة و في مجملها تبرز أهمية الوظيفة التي يؤديها، بحيث يحل محل التأمين النقدي الذي كان يجب تحويله إلى الخارج عند التعاقد حسب شروط العقد ضمنا الحقوق المتعاقد الأجنبي ثم إعادة تحويله عند انقضاء الإلتزام، وما يستتبع ذلك من إجراءات ومصاريف وخسائر ، ليكون بالتالي بمثابة إقراض للتوقيع، فالبنك يعير توقيعه ضمنا لا ئتمان أحد عملائه، الهدف منه إما الحصول على أجل للوفاء أو قبول طرف آخر التعاقد معه .

وعلى غرار الإعتماد المستندي، كانت أهمية تقنية الضمانات المستقلة و الإنتشار المتواتر لاستخدامها في العلاقات التجارية الدولية دافعا باعثا لغرفة التجارة الدولية لتوحيد الأحكام المنظمة لها من خلال القواعد الموحدة للضمانات المستقلة أو بمجرد الطلب انطلاقا من سنة 1991، و التي أدرجت عليها تعديلات فيما بعد وصولا إلى آخر تعديل لها و الذي تم في سنة 2010 ، و هي قواعد لاقت قبولا واسعا من قبل المتعاملين الإقتصاديين يعكس تبني هذه التقنية عبر عديد الأنظمة القانونية الداخلية لكثير من الدول كفرنسا، سويسرا، ألمانيا .

**أما فيما يتعلق بالجزائر وعلى الرغم من الخطوات التي قطعها المشرع في فترة الإصلاحات الإقتصادية والبنكية، إلا أن الضمانات البنكية الدولية بأنواعها المختلفة و خاصة منها الإعتماد المستندي و الضمان بمجرد الطلب كتقنيات بنكية هامة لتنظيم و تسوية المعاملات التجارية مع الخارج لم تحظ باهتمام كبير من قبله و لم يحدد لها نظاما قانونيا خاصا يحدد كل جوانبها سواء النظرية منها بإبراز شروطها والمسؤوليات الناتجة عنها ، أو العملية بتكريس المراحل و الخطوات العملية الواجب اتباعها عند تنفيذها، فيما عدا بعض النصوص القانونية التي أشارت إليها و مثاله قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بالنسبة للإعتماد المستندي، والنظام الصادر عن بنك الجزائر سنة 1993 فيما يخص الضمان بمجرد الطلب، لذلك تلجأ البنوك إلى الأعراف والقواعد التجارية الدولية و كذا النصوص القانونية الداخلية المنظمة للتجارة الدولية بصدد استخدام الضمانات البنكية في التجارة الدولية و التي يستلزم المشرع التقيد بكافة المراحل المحددة لها بداية من إبرام العقد التجاري الدولي بين المصدر و المستورد و الإتفاق على كل تفاصيل العملية، وصولا إلى طلب الضمان من طرف المستفيد تأمينا لاستيفاء حقوقه.**

**انطلاقا مما سبق تتجلى أهمية هذا الموضوع من خلال الدور البارز الذي تؤديه الضمانات البنكية في مجال التجارة الدولية و انتشار استعمالها على نطاق واسع، حيث تضمنتها عديد الدول ضمن نصوصها القانونية، نظرا لما أثبتته ممارستها في الحياة العملية من فعالية في توفير الحماية و الأمان بالنسبة للمتعاملين، مما يسمح بتوفير الظروف المساعدة على دعم وتشجيع الحركة التجارية من استيراد و تصدير، كما يشكل عاملا محفزا لتطوير النظام الإقتصادي ككل، و هو في الواقع أحد الأسباب**

## مقدمة

الموضوعية الدافعة لاختيار هذا الموضوع للدراسة و البحث، إضافة إلى اعتباره من المواضيع الحيوية لارتباطه بالمجال البنكي من جهة لكونها خدمة بنكية تؤديها البنوك لفائدة عملائها، و بالمجال التجاري من جهة أخرى فهي تقنيات حديثة لتسهيل عمليات التجارة الدولية، بموازاة الدوافع الذاتية المتعلقة أساسا بالرغبة في التوسع أكثر في موضوع الضمانات البنكية و ربطه بالتجارة الدولية، إضافة إلى الميول لدراسة التأمينات بصفة عامة و الضمانات المستقلة بصفة خاصة .

**لذلك فإن اختيار هذا الموضوع و تناوله بالبحث والتحليل استهدف تبيان المفاهيم الأساسية والأحكام القانونية للضمانات المستقلة وفقا للنصوص القانونية المحددة لها سواء داخليا أو دوليا، و توضيح كيفية وضع الضمان البنكي الدولي موضع التطبيق من الناحية العملية بالتطرق إلى المراحل التي يتم من خلالها تنفيذ أي معاملة تجارية على المستوى الدولي، مع الإحاطة بالمكانة التي يمثلها الضمان البنكي الدولي و دوره في توفير الحماية و التوازن بين المصالح المتباينة للأطراف المتعاقدة .**  
**الإشكالية :**

**ما هو مفهوم الضمانات البنكية الدولية في القانون الجزائري ؟  
المنهج المتبع في الدراسة:**

اقتضت طبيعة الموضوع انتهاز منهج التعددية المنهجية، وفي هذا الصدد تم الجمع بين المنهجين الوصفي و التحليلي، لما في الوصف من تمهيد لتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث، و توضيح موقف المشرع وما أقره من أحكام، وضوابط في تنظيمه للانتماء البنكي، وبالتالي استخلاص النتائج التحليلية، مع الاستعانة بأراء الفقهاء، وكذلك الأعراف والعادات البنكية ذات العلاقة بموضوع البحث، والأحكام القضائية إن وجدت.

**تقسيم الخطة:**

تطرقنا في **الفصل الأول** الى تحديد الضمانات البنكية الدولية حيث في المبحث الأول تكوين الضمانات البنكية الدولية و اما المبحث الثاني : المبحث الثاني: أنواع الضمانات البنكية الدولية و في **الفصل الثاني**: الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية حيث تحدثنا حول الطبيعة القانونية للضمانات البنكية الدولية في المبحث الأول و اخيرا تكلمنا حول انقضاء الضمانات البنكية الدولية في المبحث الثاني.

# الفصل الأول

## تحديد الضمانات البنكية الدولية

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

تعتبر الضمانات البنكية الدولية نتاجا خالصا للعلاقات التجارية الدولية حيث نشأت وتطورت في نطاقها بعيدا عن تدخل المشرع، وذلك استجابة لضغط الحاجة العملية و رغبة المتعاملين في تكوين علاقات تمتاز بالثقة و الأمان .

فالضمانات البنكية بصفة عامة هي تعهد مكتوب يصدر من أحد البنوك بناء على طلب عميله يلتزم بموجبه بأن يدفع لطرف ثالث و هو المستفيد مبلغا من النقود عند أول طلب أو طبقا للشكليات المحددة خلال أجل سريانه، رغم أية معارضة أو احتجاج من العميل .

لذلك فهي تحتل مكانة هامة باعتبارها إحدى وسائل الضمان المنتشرة في مجال التجارة الدولية كما تؤدي دورا بارزا بفعل ما تحققه من مصالح لكافة الأطراف المتعاقدة، فالبنك يتحصل بموجبها على فوائد و عمولات و العميل يظل محتفظا بنقوده مقابل تقديم الضمان إضافة إلى إبرامه للصفقة مع المستفيد الذي يكون مطمئنا إلى سمعة و ملاءة مصدر الضمان .

لقد كانت هذه الأهمية هي الدافع بالنسبة لعديد التشريعات الوطنية للنص على هذه الضمانات و تنظيم ،أحكامها ، و أيضا بالنسبة للفقهاء للتوسع في دراستها و تفسيرها، إضافة إلى السعي الدائم لمحاولة خلق قواعد قانونية موحدة للتعامل بها على المستوى الدولي المبحث الأول)، و نظرا لكونها من ابتكار الممارسة البنكية، فإنها توجد على أنواع عدة وتصنيفات مختلفة سواء من حيث شكلياتها أو طريقة إصدارها أو غرضها مما قد يؤدي إلى ظهور أنواع أخرى بحسب ما تستدعي الحاجة لذلك المبحث الثاني.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

### المبحث الأول: تكوين الضمانات البنكية الدولية

تستند الضمانات البنكية الدولية في جوهرها كوسيلة ائتمانية إلى مجرد توقيع من البنك و هو الذي يعزز الثقة بين أطراف المعاملة التجارية الدولية، بالنظر إلى ما يتمتع به من شهرة و سمعة و مركز مالي .

لذلك فقد أولى الفقه و التشريع و القضاء لدول عدة و منها الجزائر اهتماما واضحا بهذه التقنية و إن تباينت فيما بينها من حيث درجة الاهتمام، و اجتهدوا في تبيان معالمها من خلال تحديد المقصود بها و شروط تكوينها و كذا إبراز أهم الصفات المميزة لها (المطلب الأول)، مع التركيز كذلك على تحليل كافة العلاقات القانونية الناشئة عنها كعملية قانونية بما ينتج عنها من حقوق والتزامات متبادلة بين أطرافها المطلب الثاني.

### المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للضمانات البنكية الدولية

الضمان البنكي بصفة عامة هو وليد العرف المصرفي بعيدا عن تدخل المشرع نتيجة ضغط الحاجة العملية، و لذلك يعتبر تقنية حديثة النشأة حيث لازالت التشريعات في بعض الدول لا تفرق بينه و بين الكفالة العادية المنظمة وفقا لأحكام القانون المدني، وكذلك الكفالة المصرفية<sup>1</sup>، وذلك في إطار التعريف به (الفرع الأول)، واستعراض الخصائص المميزة له الفرع الثاني.

### الفرع الأول: تعريف الضمانات البنكية الدولية

يقصد بالضمانات البنكية من جهة تلك الوسيلة التي من خلالها يمكن للمتعاملين تقديمها للحصول على قروض من البنك، و من جهة أخرى هي أداة إثبات حق البنك في الحصول على أمواله التي أقرضها بالطريقة القانونية في حال عدم تسديد العملاء لديونهم ، و نظرا لتزايد استخدامها على المستوى الدولي و حتى الداخلي لعدة دول، فقد كانت محل اهتمام من الفقه لتحديد المقصود بها ودراستها، كما أشارت إليها عديد التشريعات من خلال نصوصها، بالإضافة إلى الأحكام القضائية الصادرة بخصوصها (أولا)، و التي تضمنت في طياتها تحديدا للشروط الواجب استيفائها لتكوين هذا النوع من الضمانات (ثانيا).

### أولا : المقصود بالضمانات البنكية الدولية

يتحدد المراد بالضمانات البنكية الدولية بإعطاء تعريفها الفقهي التشريعي و القضائي  
أ- التعريف الفقهي للضمانات البنكية الدولية تبعا لاجتهاد الفقه في تقديم تعريف واضح و دقيق للضمانات البنكية الدولية كآلية معتمدة في مجال التجارة الدولية تعددت و تنوعت هذه التعاريف وان جاءت في مجملها متشابهة، يذكر من بينها ما يلي :

<sup>1</sup> - سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني للضمانات البنكية الدولية بإعطاء تعريفها الفقهي التشريعي و القضائي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص38.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

- 1- الضمانات البنكية الدولية هي الإلتزامات التي يتعهد البنك بموجبها، في إطار الصفقات الخارجية المبرمة أو المزمع إبرامها لحساب مصدر، أن يسدد مبلغا معيناً وفقاً للشروط المحددة مسبقاً لفائدة المستفيد، شركة أو إدارة أجنبية، وتمثل هذه الضمانات مساعدة غير مباشرة لخزينة الشركات بالتسريع في تحصيلاتها أو بالتأخير في مصروفاتها، و التسهيل في دخولها للأسواق الخارجية، كما تعتبر عادة ضرورية و لازمة في تشكيل علاقات تعاقدية دولية<sup>1</sup>.
- 2- الضمان البنكي تعهد كتابي بات و نهائي صادر من بنك يسمى الضامن بناء على طلب عميله المسمى بالأمر، يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث يعرف بالمستفيد بأن يدفع إليه مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين بمجرد طلبه من المستفيد أو وفقاً للشكليات المتفق عليها ، وذلك خلال المدة المحددة في الخطاب<sup>2</sup>.
- 3- الضمان البنكي تعهد مكتوب يصدر عن البنك ، المسمى بالضامن، بناء على طلب من شخص وهو الأمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر، يسمى المستفيد، إذا طلب هذا الأخير ذلك خلال المدة المعينة في الضمان و دون الإعتداد بأية معارضة أو دفع<sup>3</sup>.
- 4- الكفالة هي أساس الضمانات البنكية الدولية ولا تعتبر قرضاً حتى و لو درج الحديث عن موضوعها ضمن فئة القرض بالتوقيع، و لكنها تشكل ذلك الضمان الممنوح لشركة مصدرة، و بذلك فالكفالة هي الضمان الذي يغطي تنفيذ التزامات المكفول عنه المسمى بالمدين الأصلي، و المحرر من قبل بنك أو شركة تأمين بناء على طلب المصدر و وفقاً لتعليماته لفائدة المستورد أخذاً بعين الإعتبار مميزات المعاملة بين الطرفين والخصوصية القانونية و التنظيمية سارية المفعول<sup>4</sup>.
- 5- الضمان البنكي تعهد نهائي يصدر من الضامن يكون غالباً بنكا بناء على طلب عميله الأمر، بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين، بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك خلال مدة محددة، ودون أن يوقف على شرط آخر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> \_ GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Opérations bancaires à l'international, 2ème édition, Revue banque éditions, Paris, 2015, p 167.

<sup>2</sup> \_ الشرقاوي محمود سمير، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1984، ص 566.

<sup>3</sup> \_ العكلي عزي، شرح القانون التجاري: الأوراق التجارية و عمليات البنوك، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص 446.

<sup>4</sup> \_ SIMON Yves et MOREL Christophe, Finance internationale, 11ème édition, Edition Economica, Paris, 2015, p656.

<sup>5</sup> \_ عوض علي جمال الدين عمليات البنوك من وجهة القانونية، المكتبة القانونية، مصر، 1993، ص 569.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

6- خطاب الضمان هو تعهد البنك فاتح خطاب الضمان أو مصدره بناء على طلب من العميل بأن يدفع مبلغا معينا إلى طرف ثالث و هو المستفيد بمجرد الطلب، أو شريطة تقديم مستند معين صادر عن المستفيد أو شخص آخر وارد في الخطاب يتضمن إخلال العميل بالتزاماته في مواجهة المستفيد<sup>1</sup> .  
و يعرف الأستاذ SIMLER Philippe الضمان المستقل بأنه التزام بدفع مبلغ نقدي معين بناء على عقد أصلي و بغرض تنفيذه، و لكنه مستقل عنه و متميز بعدم إمكانية الإحتجاج بالدفع المتعلقة بذلك العقد الأصلي المضمون<sup>2</sup> .

كما كيف الأستاذ BONNEAU Thierry الضمانات البنكية ضمن القروض بالتوقيع، هذه الأخيرة تشكل تعهدات مبرمة من قبل بنك لفائدة الغير بناء على طلب العميل، فالأساس فيها يكمن في إعارة البنك لتوقيعه، حيث لا تتضمن هذه القروض توفيراً فورياً أو مستقبلياً للأموال و لكن توفيراً محتملاً لها حيث تنقسم إلى نوعين الإعتمادات المستندية و الضمانات المستقلة<sup>3</sup>.

ب- **التعريف التشريعي للضمانات البنكية الدولية** : لم تتصد الكثير من تشريعات الدول إلى الضمانات البنكية الدولية بالتعريف نظراً لحداتها إضافة إلى كونها نتاجاً خالصاً للمعاملات البنكية و التجارية الدولية، غير أن غرفة التجارة الدولية و تسهيلاً لهذه المعاملات اجتهدت و لازلت مستمرة في سعيها إلى تأطير هذه التقنية و العمل على التعديل في النصوص المنظمة لها بما يتوافق و التطورات الإقتصادية الحاصلة في العالم من خلال إصدار قواعد موحدة تعتبر المرجع الأساسي بالنسبة لمختلف أحكامها .  
ب -1- **في التشريعات الداخلية للدول** : لقد تبنت التشريعات الوطنية لدول عدة تقنية الضمان المستقل من خلال النص عليها أو تنظيم أحكامها، من بينها التشريع الفرنسي، الألماني و الجزائري، حيث سيتم التطرق إلى تحديد المقصود بالضمان البنكي المستقل وفقاً لها وذلك على سبيل الذكر لا الحصر .

<sup>1</sup> \_ الصوص نداء محمد مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى مكتبة المجتمع العربي للنشر و التوزيع و دار اجنادين للنشر و التوزيع، الأردن، 1993، ص193.

<sup>2</sup> \_ SIMLER Philippe, Cautionnement et garanties autonomes, 3eme édition, Editions litec, Paris, 2000, p773

<sup>3</sup> \_ BONNEAU Thierry, Droit bancaire, 9ame édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2011, p 519

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

1- في التشريع الفرنسي يشكل التقنين المدني الفرنسي الأساس القانوني للضمانات المستقلة و ذلك بعد التكريس القانوني لها على إثر إقرار الأمر الصادر سنة 2006<sup>1</sup>، و الذي بموجبه تم تعديل القانون المدني<sup>2</sup>.

ووفقا له الضمان المستقل هو تعهد يلتزم بموجبه الضامن، بالنظر إلى الإلتزام المكتتب من قبل الغير بدفع مبلغ نقدي معين بمجرد الطلب أو وفقا للشكليات المتفق عليها<sup>3</sup>.

ما يلاحظ هنا :

1-1- أن المشرع قد نص على هذا النوع من الضمانات ضمن التأمينات الشخصية إضافة إلى الكفالة و خطاب النوايا<sup>4</sup>.

1-2- أن المشرع يفترض لإصدار ضمان بنكي وجود التزام سابق مكتتب من الغير يسمى بالالتزام الأصلي.

1-3- أن التزام الضامن تجاه الغير كأصل عام يأخذ بعين الإعتبار الإلتزام الأصلي من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن لهذا الأخير أن يستغرق تعهد الضامن بحيث يصبح تابعا له و مؤثرا فيه وجودا عدما<sup>5</sup>، هذا مع ترك المسألة للحرية التعاقدية للأطراف<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> \_ SOLTANI Mohammed, Effets des garanties autonomes et des garanties bancaires en droit Français et Iranien, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, Université de Strasbourg, 2009, p. 19

<sup>2</sup> \_ ولذلك شكلت لجنة غريمالدي مكونة من أهل الاختصاص في المجال حيث قدمت مشروعا يتضمن إدخال تعديلات على الجزء المتعلق بالتأمينات (Voir SIMLER Philippe, «Commentaire de l'ordonnance du 23 Mars 2006 relative aux sûretés: Avant- propos»>, Revue mensuelle Contrats-Concurrence-Consommation N° 6, lexis Nexis juriscasseur, Paris, Juin 2006, p17).

ولتكريس ذلك اعتمدت الحكومة على توصيات اللجنة وقامت بتعديل عميق للقانون المدني بالنسبة لمجال التأمينات بموجب الأمر رقم 2006-346 المؤرخ في 23 مارس 2006 الجريدة الرسمية لـ 24 مارس مارس 2006، حيث خصص الكتاب الرابع منه للتأمينات، ضم الباب الأول: التأمينات الشخصية و الباب الثاني: التأمينات العينية .

(Voir HERBET Jérôme et SABBAH Carole, «La réforme récente du code civil en matière de sûretés profitera - t-elle aux créanciers?», Revue de droit des affaires internationales, N° 6, Forum Européen de la communication, Paris, 2006, p 853).

<sup>3</sup> \_ Article 2321 alinéa 1 du code civil Français: «la garantie autonome est l'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 suivant des modalités convenues». Site: www.legifrance.gouv. Fr

<sup>4</sup> \_ Article 2287-1 du code civil Français: «Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garanties autonome et la lettre d'intention»>.

<sup>5</sup> \_ حيث تم استبدال عبارة مع استغراقه للالتزام "en contemplation d'une obligation" بعبارة مع الأخذ في الاعتبار "En considération d'une obligation" (Voir HOUTCIEFF Dimitri, «<les sûretés personnelles», Revue mensuelle Contrats-Concurrence- Consommation, N° 6, lexis Nexisjuriscasseur, Paris, Juin 2006, p 20).

<sup>6</sup> \_ Article 2321 alinéa 4 du code civil Français: «Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie».

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

1-4- عدم إلزامية وجود علاقة سابقة بين الضامن والأمر باعتبار أن المشرع عبر عنه بمصطلح الغير وليس عميل البنك .

2- **في التشريع الألماني:** يعرف النظام القانوني الألماني شكلا هجينا أو مختلطا من التأمينات الشخصية يسمّى بالكفالة بمجرد الطلب "Cautionnement à première demande" ، فالتشريع الألماني لم يقن عقد الضمان و لكن مع ذلك لم تطرح مشروعيتها أي جدل أو نقاش، حيث يجد هذا النوع من الضمان أساسه في النظرية العامة للالتزام من خلال تطبيق مبدأ الحرية التعاقدية وفقا للمادة 305 من التقنين المدني الألماني و بمقابل ذلك لم تمنع المرونة التي يتميز بها القانون الألماني من استقبال التناقض الصارم بين التأمينات التبعية و التأمينات المستقلة، فالتنازل المسبق عن كل الدفوع المرتبطة بالعقد الأصلي لا يقف عائقا أمام صحة هذه الكفالة، كما أن منع إثارتها ضد المستفيد من شأنه أن يجعل من ذلك التأمين عقد ضمان<sup>1</sup> .

بالرجوع إلى الواقع العملي فإنه وفي كثير من الحالات يتم استخدام مصطلح الكفالة للدلالة على الضمان و هو ما قد يشكل صعوبات نظرية للقانون البنكي، كما قد يكون سببا في حدوث نزاعات كثيرة من الناحية العملية<sup>2</sup> .

لقد أدى ظهور الضمان البنكي بمجرد الطلب Garantie a première demande إلى إعادة طرح مسألة تفسير نموذج الكفالة الألمانية بمجرد الطلب و خاصة على مستوى الفقه الفرنسي، فالبنك لا يستفيد من تنفيذ العقد الأصلي و توسطه لا ينشأ عن اتفاق مسبق مع المستفيد و إنّما تدخله يكون بناء على اتفاق سابق مع الأمر الذي يجب أن يقدم ضمانا لدائنه، فمصلحة البنك بذلك تتحدد بتحصيل العمولات<sup>3</sup> .

3- **في التشريع الجزائري:** لم يدرج المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون المدني، رغم تعديله في 13 ماي سنة 2007، أي نص يتعلق بالضمان البنكي الدولي أو الضمان المستقل كتأمين شخصي، ليعتبر بذلك النص القانوني الوحيد الذي وظف من خلاله مصطلحي الضمان و الضمان المقابل بشكل مباشر وصريح هو النظام رقم 93-202 الصادر عن بنك الجزائر<sup>4</sup>، و التعلّيم رقم 94-05 المطبقة له<sup>5</sup>، في

<sup>1</sup> \_ ROSSI Tuto, La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta-éditions, Lausanne, Suisse, 1990, p 110-111

<sup>2</sup> \_ MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », Revue juridique Thémis, N° 31, Faculté de droit, Université de Montréal, Québec, 1997, p 795.

<sup>3</sup> \_ ROSSI Tuto, Op.Cit, p 112.

<sup>4</sup> \_ نظام رقم 93-02 مؤرخ في 3 جانفي 1993، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوستاء المعتمدين، جريدة رسمية عدد 17، الصادرة في 14 مارس 1993.

<sup>5</sup> \_ Instruction N° 94-05 du 2 Février 1994, Portant modalités d'application du règlement N° 93-02 du 3 Janvier 1993 relatif a l'émission d'actes de garantie et de contre garantie par les banques intermédiaires agréés. Site : www.bank-of-algeria.dz.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

حين اقتصر قانون النقد و القرض على اعتبار أن إصدار الضمان يشكل عملية قرض<sup>1</sup>، وهذه الأخيرة من العمليات المصرفية<sup>2</sup> التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية المؤهلة<sup>3</sup>.

بالرجوع إلى النظام رقم 02-93 يستخلص بأن الضمان البنكي في الجزائر يتخذ صورتين، صورة الضمان الصادر عن البنوك الوطاء المعتمدين بمقتضى معاملة منعقدة في الجزائر من قبل أشخاص غير مقيمين لمصلحة أشخاص مقيمين<sup>4</sup>، مع وجوب إخضاعه لتغطية مسبقة بموجب إصدار ضمان مقابل من قبل بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة البنك الوسيط المعتمد في الجزائر<sup>5</sup>، و صورة الضمان و الضمان المقابل الصادر بموجب التزامات مبرمة من قبل أشخاص مقيمين تجاه الخارج لفائدة غير المقيمين<sup>6</sup>.

هذا وباستطاعة البنوك الوطاء المعتمدين إصدار كل من عقود الضمان و الضمان المقابل دون الحصول على ترخيص مسبق من بنك الجزائر<sup>7</sup>، طالما يتم ذلك في إطار احترام التشريع و التنظيم الخاصين بالصراف و التجارة الدولية<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> \_ المادة 68 الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد و القرض جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 27 أوت 2003، معدل و متمم.

<sup>2</sup> \_ حيث تنص المادة 66 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد و القرض معدل و متمم على ما يلي: تتضمن العمليات المصرفية... عمليات القرض...»، و المادة 2 من النظام رقم 101-138 المؤرخ في 8 أفريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، جريدة رسمية عدد 29 الصادرة في 2 يونيو 2013، التي تنص على أنه تعتبر عمليات مصرفية كل العمليات التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية في معاملاتها مع الزبائن كما هي محددة في المواد 66 الزبائن كما هي محددة في المواد 66 إلى 69 من الأمر رقم 03-1.

<sup>3</sup> \_ إذ يؤكد المشرع أن البنوك هي المخولة فقط للقيام ببعض العمليات المصرفية من بينها إصدار الضمان انظر المادة 70 من الأمر رقم 03-11 يتعلق بالنقد و القرض معدل و متمم)، لكن ويمفهوم المخالفة للمادة 71 من الأمر رقم 03-11 يستخلص بأن المؤسسات المالية كذلك لها الحق في القيام بعمليات القرض و بالتالي إصدار الضمان

<sup>4</sup> \_ المادة 1 من النظام 02-93، يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين.

<sup>5</sup> \_ المادة 3/ف2 النظام رقم 02-93، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين .

<sup>6</sup> \_ المادة 1 من النظام 02-93، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين

<sup>7</sup> \_ وهو ما تضمنته كل من المادة 3/ف1 من النظام رقم 02-93 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين بنصها على ما يلي يمكن البنوك الوطاء المعتمدين أن تصدر دون ترخيص من بنك الجزائر، عقود الضمان لفائدة المقيمين بموجب الالتزامات المتخذة بالجزائر من قبل غير المقيمين « و المادة 4 / ف 1 من النظام رقم 02-93 حيث يمكن البنوك الوطاء المعتمدين، أن تصدر دون ترخيص من بنك الجزائر، عقود ضمان و ضمان مقابل لفائدة غير المقيمين بموجب الالتزامات المتخذة من قبل المقيمين إزاء الخارج.

<sup>8</sup> \_ المادة 2 من النظام رقم 02-93، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

تطبيقا لما سبق يوضح المشرع أن الضمانات و الضمانات المقابلة الصادرة عن البنوك الوسيط المعتمدين تتعلق خاصة بتلك المتعلقة بالعروض أو التعهدات بسداد التسبيقات، بحسن التنفيذ أو المطابقة بالإضافة إلى تلك المقدمة للإدارات الجبائية و الجمركية<sup>1</sup>.

ما يلاحظ من خلال مختلف النصوص المؤطرة لعمليات التجارة الدولية أن :

3-1- المشرع لم يوضح كيف تتم عملية إصدار الضمان و الضمان المقابل مكتفيا فقط بوضع إطار عام لها ودون تفصيل بشكل معمق في كل الجوانب المرتبطة بمضمون العقد، شروطه، التعليمات المتعلقة بطلب إصدار الضمان وكذا النزاعات المرتبطة به وسبل معالجتها.

3-2- التعليمية رقم 05-94 تحيل مسألة إزالة أي صعوبات في تطبيق الضمان أو الضمان المقابل إلى بنك الجزائر<sup>2</sup>.

3-3- إصدار الضمان و الضمان المقابل يقتصر على المؤسسة المصرفية التي منحت صفة الوسيط المعتمد<sup>3</sup>.

ويقصد بالوساطة البنكية مجموع الإجراءات و القواعد و المؤسسات التي تضبط العلاقات المالية في أي مجتمع، والتي تتجلى أهميتها من خلال التخفيف من تكلفة المعاملات بين الأطراف<sup>4</sup>، إضافة إلى تحقيق مبدأ المساواة في معالجة العملية محل التعامل<sup>5</sup>.

هذا و يمكن لكل بنك حاصل على ترخيص وفقا لقانون النقد و القرض أن يحصل على صفة وسيط معتمد من خلال اعتماد يسلمه محافظ بنك الجزائر، و الذي يكون محل نشر في الجريدة الرسمية موضوع تبليغ إلى الطرف المعني، و في حال قيام هذا الأخير بممارسات مخالفة للقانون يكون للجنة

<sup>1</sup> \_ Article 2 de l'instruction N° 94-05: «Les actes de garantie et de contre garantie émis par les banques intermédiaires agréés au titre d'engagement contractuels concernant notamment les garanties et contre garanties:

- d'offres ou de soumissions;  
- de remboursements d'acomptes ou d'avances;  
-de bonne fin ou de conformité.

Ces actes de garantie et de contre garantie concernent également ceux donnés aux administrations fiscales ou douanières»

<sup>2</sup> \_ Article 18 de l'instruction N° 94-05: «la banque d'Algérie, (direction du contrôle des changes) peut être saisie pour toute difficulté d'application»

<sup>3</sup> \_ حيث تنص المادة 7/ف 1 من النظام رقم 01-07 المؤرخ في 3 فيفري 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة في 13 ماي 2007 معدل و متمم يفوض مجلس النقد و القرض بتطبيق تنظيم الصرف إلى البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة الوحيدة المؤهلة لمعالجة عمليات التجارة الخارجية و الصرف.

<sup>4</sup> \_ العايب وليد و بوخاري لحلو، اقتصاديات البنوك و التقنيات البنكية، الطبعة الأولى، مكتبة حسن العصرية لبنان، 2013، ص 23-24.

<sup>5</sup> \_ المادة 14 من النظام رقم 01-07 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

المصرفية الحق في سحب الصفة منه<sup>1</sup>، لتكون بذلك البنوك الوطاء المعتمدين هي كل مؤسسة مصرفية معتمدة من مجلس النقد و القرض كبنك أو مؤسسة مالية مؤهلة لممارسة التجارة الدولية، حيث تتحدد نشاطاتها بالترخيص والاعتماد الممنوح لها باعتبار أن تدخلها للقيام بعمليات التجارة الدولية يتم إدراجه الملف الذي يودع لدى مجلس النقد و القرض عند طلب الاعتماد<sup>2</sup>.

3-4- بالاستناد إلى المادة 2 من النظام رقم 01-07 يتحدد المقصود بالشخص المقيم و غير المقيم فالشخص المقيم في الجزائر هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يوجد المركز الرئيسي لنشاطه الإقتصادي في الإقليم الجزائري، أما الشخص غير المقيم فهو الذي يتواجد المركز الرئيسي لنشاطه الإقتصادي خارج الجزائر.

ج- **التعريف القضائي للضمانات البنكية الدولية** : يرجع الفضل في تعريف الضمان المستقل إلى القضاء الفرنسي و تحديدا محكمة النقض، و قد كان ذلك بصدد قرار صادر بتاريخ 2 فيفري 1988<sup>3</sup>، وبموجب ذلك يشكل الضمان المستقل عقدا يتعهد بمقتضاه البنك بناء على طلب الأمر بالوفاء لمصلحة المستفيد بمبلغ محدد، بدون أن يكون الدفع مؤجلا، كما لا يحق له التمسك تجاهه بأية دفع كانت<sup>4</sup>. كما عرفته محكمة التمييز العراقية بأنه تعهد نهائي من البنك بناء على طلب الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد طلب من المستفيد و لا يجوز للبنك رفض الوفاء لأي سبب متعلق بعلاقته مع الأمر أو علاقة هذا الأخير مع المستفيد<sup>5</sup>.

أما محكمة النقض المصرية فقد تناولت الضمان في حكمها الصادر بتاريخ 27 ماي 1969 معتبرة أن خطاب الضمان و إن صدر تنفيذًا للعقد المبرم بين البنك و المدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك

<sup>1</sup> \_ وذلك ما تضمنته المواد 113-12-13-116 على التوالي من النظام رقم 01-07 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج ، و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم.

<sup>2</sup> \_ علودة نجمة دامية دور المؤسسات المصرفية في التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 10-11.

<sup>3</sup> \_ في نقضها لقرار صادر عن محكمة استئناف باريس في 20 جوان 1985 التي كيفت شرط التزام البنك بالدفع في حدود مبلغ الضمان، كل أو جزء من المبالغ المدينة بها شركة الهندسة المدنية (SMGC) ، لفائدة شركة الإسكان Toit et joie ( بدون أن يكون له تأجيل الوفاء، أو التمسك بدفوع أيا كانت بأنه غامض و يجب تفسيره لمصلحة الأطراف المتعاقدة، و بذلك رفضت طلب شركة ) بإلزام البنك بالوفاء، وهو ما اعتبره قضاة محكمة النقض خرقا للقانون باعتبار أن الضمان المكتب من البنك ضمان مستقل تأسيسا على الشرط الوارد ضمنه .

(Voir Cass.Com, 2 Février 1988, N° 85-17276, Public au bull).

<sup>4</sup> \_ Constitue une garantie autonome interdisant au garant d'invoquer les exceptions qui appartiendrait au débiteur, Le contrat par lequel une banque s'engage à effectuer, sur la demande d'un donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu, sans que l'établissement financier puisse différer le paiement ou soulever une contestation pour quelque cause que ce soit». (Voir Cass.Com, 2Février 1988.)

<sup>5</sup> \_ طراد كامل خير الله، خطابات الضمان وأهميتها في عقود المقاولات والتجهيز الحكومية مجلة كلية التراث الجامعة عدد 19، المجلد 1، كلية التراث الجامعة، العراق، 2015، ص 100.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

بالمستفيد الذي صدر الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان و بمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ، مادام هو في حدود التزام البنك و يكون على المدين أي عميل البنك أن يبادر بالشكوى إلى القضاء إذا قدر بأنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد<sup>1</sup> .

بالنسبة للقضاء الجزائري، تعتبر الاجتهادات الصادرة عنه في هذا المجال نادرة جدا، يذكر منها الحكم الصادر عن محكمة الجزائر بقسمها التجاري في 6 جويلية 1988 ، و ذلك بصدد نزاع متعلق بإمكانية تطبيق الشرط المتضمن في العقد الأصلي المبرم بين الشركة الفرنسية (SMIG-GALLIA) و الشركة الوطنية الجزائرية (SONATRAM) ، و المتمثل في اللجوء إلى التحكيم في حال حدوث أي نزاع أثناء تنفيذ العقد، بالنسبة للضمان المقابل الصادر عن القرض الشعبي الفرنسي (C.C.F) لفائدة القرض الشعبي الجزائري (C.P.A) ، علما بأن هذا الضمان قد نص على اختصاص القضاء الجزائري بالفصل في أي نزاع ناتج عن تنفيذه، و هو ما تمسك به البنك الجزائري عند مطالبتة البنك الفرنسي بالوفاء<sup>2</sup> . و هو ما أكدته قضاة المحكمة حيث اعتبروا أن الشرط التحكيمي المنصوص عليه في العقد الأصلي لا يمتد أثره إلى الضمان المكتتب لكون هذا الأخير ذو طابع مستقل<sup>3</sup> .

الملاحظ هنا أن المحكمة تبنت الحل الذي أقره القضاء الفرنسي، الذي وفقا له لا يسري شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي على الضمانات و لكن مثل هذا الاجتهاد القضائي ليس له قيمة و لا ينطبق إلا فيما يتعلق بالضمانات المستقلة<sup>4</sup> .

لقد تم استئناف هذا الحكم من قبل البنك الفرنسي أمام مجلس قضاء الجزائر مستندا إلى عدم تنظيم القانون الجزائري للضمان المستقل و مطالبا بتطبيق شرط التحكيم المتضمن في العقد الأصلي، و هو الطلب الذي أيده قضاة المجلس في القرار الصادر بتاريخ 28 جانفي 1991<sup>5</sup> .

إنه وفي غياب النقض في هذه القضية، لم يسمح هذا الأمر من معرفة اجتهاد المحكمة العليا بما كرس وضعا غامضا و مبهما في وجود اجتهادين قضائيين متناقضين تماما .  
و عموما يلاحظ بأن قضاة الجزائر قد تجاهلوا مسألتين هامتين و هما :

<sup>1</sup> \_ أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في القانون فرع القانون الخاص،

كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2013-2014 ص

<sup>2</sup> \_ BENMESSAOUD Sofiane, Les garanties des crédits bancaires: une étude comparée, Mémoire pour l'obtention du Magister en droit comparé des affaires, Faculté de droit, Université d'Oran, 2012-2013, p 110- 111

<sup>3</sup> \_ BOUDIAF Ahmed Réda, « Les garanties à première demande en droit Algérien », Revue de la Cour Supreme, N° 2, Alger, 2005, p 172

<sup>4</sup> \_ GUESMI Ammar, « L'évolution des garanties bancaires en matière de commerce international dans la pratique des banques algérienne », Revue entreprise et commerce, N° 2. Edik éditions, 2006, p 58

<sup>5</sup> \_ BENMESSAOUD Sofiane, Op.Cit, p 111

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

1- الطبيعة الإقتصادية للضمانات، باعتبارها عامل توازن بين البائع والمشتري حيث تمنح هذا الأخير أماناً أكثر بدون أن يكون للضامن أن يثير تجاهه أية أسباب ترتبط بالعقد الأصلي .

2- مبدأ الحرية التعاقدية الذي كرسه المشرع<sup>1</sup> ، ووفقاً له يكون للمتعاقدين الحرية الكاملة لتحديد طبيعة ومدى التزاماتهم، بشرط احترام النظام العام والآداب العامة .

و لحل أي تناقض من هذا النوع يرى الأستاذ MATTOU Jean-Pierre بصدد الطابع المستقل لأي ضمان أن الفهم الجيد للميكانيزمات التي يضعها هذا الضمان تقتضي دائماً الأخذ في الاعتبار الأساس التاريخي التي ظهرت كبديل عنه : وديعة نقود أو سندات سهلة التداول و ليس كفالة<sup>2</sup> .

كما صدر كذلك قرار عن المحكمة العليا في 8 جويلية 2010 الذي استخدم مصطلح الكفالة البنكية تعبيراً عن الضمان المستقل، مؤكداً على أن المعاملة البنكية التي كانت على أساسها الكفالة لأول طلب تحكمها الأعراف الدولية و لا مجال لتطبيق المادة 646 و ما يليها من القانون المدني التي تتعلق بالكفالة الشخصية التي تشترط أن يكون الكفيل موسراً و مقيماً بالجزائر .

حيث تم تطبيق الأعراف الدولية على الكفالة البنكية لأول طلب بدلاً من المادة 646 من القانون المدني التي تخص الكفالات الشخصية<sup>3</sup> .

### ثانياً : شروط تكوين الضمانات البنكية الدولية

إن الضمانات البنكية الدولية و رغم تعددها و اختلافها، تلتقي مع بعضها في وجوب استيفائها المجموعة من الشروط لتكوينها و سريانها، فالذكر الصريح و الواضح لهذه الشروط يساهم بشكل هام في تقادي ما قد ينشأ عن إغفال إحداها أو غموضها من منازعات بين الأطراف المتعاقدة، لذلك فباستقراءها يمكن إدراجها في صنفين : شروط شكلية و شروط موضوعية .

أ- **الشروط الشكلية: Conditions de formes** تتمثل الشروط الشكلية التي درجت عليها المعاملات البنكية و نصت عليها الاتفاقات الدولية الخاصة بالضمانات المستقلة في شرط الكتابة .

في الواقع لا تخضع عقود الضمانات الدولية لأي شكلية خاصة، و لكن نظراً لاستخداماتها وأهميتها في المجال البنكي وعلى مستوى المعاملات التجارية الدولية تعتبر الكتابة أكثر من ضرورية .

أ-1- **شرط الكتابة طبقاً للاتفاقيات الدولية:** تنص القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب رقم 458 على أن التعليمات المتضمنة إصدار الضمان وكذلك إدخال أي تعديلات على مضمونه ومحتواه يجب أن

<sup>1</sup> \_ المادة 106 من الأمر رقم 5-8 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، الصادرة في سبتمبر 1975، معدل و متمم

<sup>2</sup> \_ «La bonne compréhension des mécanismes que la garantie indépendante met en jeu nécessite de toujours. garder à l'esprit ce à quoi elle s'est historiquement substituée: un dépôt en argent ou en titres aisément négociable et non pas un cautionnement» (Voir BOUDIAF Ahmed Réda, Op.Cit, p 171-172)

<sup>3</sup> \_ قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، ملف رقم 627056 ، مؤرخ في 08/07/2010، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 251-256.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

يكون بشكل واضح وصريح<sup>1</sup>، كما تم النص كذلك على شرط الكتابة من خلال القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب رقم 758،<sup>2</sup> التي توسعت فيه باشتراط تقديم طلب للوفاء<sup>3</sup>.

Déclaration Demande de paiement، إضافة إلى تصريح مدعم ومرفق بهذا الطلب soutenant la demande de paiement، وأن يكون هذا الأخير موقعا من قبل الطرف المعني ألا وهو المستفيد إضافة إلى باقي المستندات المشترط تقديمها والمذكورة في الضمان قد عبرت القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية R.U.G.C بصفة صريحة عن شرط الكتابة في هذا والضمان، حيث يجب أن يقدم طلب الضمان مكتوبا و مرسلا عن طريق برقية أو تلغراف أو توكس على أقصى حد خلال الأجل المنصوص عليه في الضمان أو المحدد طبقا لهذه القواعد .

و قد وضحت المادة 7 من اتفاقية فيينا للضمانات المستقلة وخطابات الإعتماد الشكل الذي يتخذه الإلتزام بموجب الضمان المستقل أو خطاب الإعتماد 3، و كذلك القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية رقم 600.

و هو أيضا ما أكدته القواعد الموحدة أو حادا OHADA، حيث أن الضمان أو الضمان المقابل المستقل لا يفترض وإنما يجب أن يصدر مكتوبا متضمنا مجموعة من بيانات محددة تحت طائلة البطلان، كما تستلزم أن يكون طلب الوفاء بالضمان المستقل الصادر من المستفيد أو طلب الوفاء بالضمان المقابل المستقل الصادر من الضامن في صيغة مكتوبة، ومطابقا لبنود و شروط الضمان .

ما يستخلص من مختلف هذه القواعد أن استيفاء الضمان البنكي الدولي لشرط الكتابة يعتبر أكثر من مسألة مستحبة بالنسبة لأطراف العلاقة و إنما جعلتها وجوبية لتكوين الضمان المطلوب، و هو ما يؤكد أهمية الإلتزام به خاصة من الناحية العملية .

أ - 2 - شرط الكتابة طبقا للمعاملات البنكية: تطبيقا لما درجت عليه التعاملات البنكية فإنه عندما يتعلق الأمر بالضمانات الدولية يجب أن تصدر مستوفية لتحديد عملة الضمان و بأن مخاطر الصرف تقع على عاتق الأمر، و إذا كان الضمان مبررا "justifié" فيجب على الضامن التعداد الدقيق للمستندات الواجب تقديمها بما يسمح بمقارنتها مع تلك المحددة في الضمان وذلك عند تقديم المستفيد لطلب الوفاء<sup>4</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن القضاء و في مختلف أحكامه يدعم توفر شرط الكتابة في الضمان، و من أمثلة ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بغرفتها التجارية بتاريخ 21 جوان 1988، و القرار الصادر بتاريخ 10 جانفي 1995 و الذي نص على أن الإلتزام بموجب الضمان المتضمن دفع مبلغ

<sup>1</sup> \_ Article 3 RUGD 458: «Toute instruction visant l'émission d'une garantie et tout amendement à celle-ci,....., doivent être clairs et précis sans détail excessif.»

Article 8 RUGD 758<sup>2</sup>

Article 15-a RUGD 758<sup>3</sup>

BENMESSAOUD Sofiane, Op.Cit, p 89. <sup>4</sup>

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

نقدي يجب أن يذكر في عقد موقع من قبل من يكتتب ذلك الضمان، مع الكتابة بخط اليد قيمة المبلغ بالحروف والأرقام<sup>1</sup> .

يلاحظ من خلال ذلك أن كلا من القضاء و المعاملات البنكية يدعم شرط الكتابة في تكوين الضمان، و هو في الواقع أمر منطقي باعتبار أنه وفي إطار التجارة الدولية، يكون البنك هو "الضامن"، و هذا الأخير يتعامل بموجب العقود الإطار، والتي تكون مكتوبة.

ب- **الشروط الموضوعية : Conditions de fonds** : لتكوين و صحة الضمان الدولي يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط الموضوعية، التي تنقسم إلى شروط مشتركة بين مختلف أنواع الضمانات، و أخرى.

### الفرع الثاني: الخصائص المميزة للضمانات البنكية الدولية: الإستقلالية و عدم الإحتجاج بالدفع

إن فهم آلية الضمان البنكي تستدعي البحث عن مميزاتها الأساسية التي تمنح لها طابعا خاصا، وذلك من خلال استعراض أهم خصائصها ، فقد تعددت التصنيفات التي قدمت بشأن هذه الأخيرة من بينها تقسيمها إلى خصائص مشتركة بين جميع أنواع الضمانات وتتمثل أهمها في : الطابع الشخصي للضمان "intuitu personae" فاختيار الأطراف إنما يكون بناء على الإعتبار الشخصي، إذ يهتم كل طرف بالطرف الآخر المتعامل معه، بما يجعل التزام أي منهم غير قابل للتنازل عنه دون موافقة الطرف الآخرة ، كما تتميز بكونها تعهد غير معلق على أي شرط<sup>2</sup>، أما المميزات الخاصة فتتمثل في كونها إما بمجرد الطلب أو مبررة أو مستندية متجددة، زلقة "glissante" بالنسبة للضمانات التي ينخفض مبلغها بالموازاة مع التقدم في إنجاز الأعمال المطلوبة .

والواقع أن هذه الخصائص و غيرها إنما تتعكس من خلال خاصيتين جوهريتين تتمثلان في خاصية الإستقلالية (أولا) ، و خاصية عدم الإحتجاج بالدفع (ثانيا).

### أولا : استقلالية الضمانات البنكية الدولية: استقلالية الضمان عن العلاقة الأصلية

تتخذ خاصية الإستقلالية في الضمان البنكي عدة مظاهر تبرز أساسا من خلال استقلالية الضمان والضمان المقابل إن وجد عن العقد الأصلي أي عن العلاقة بين الأمر و المستفيد، وكذلك استقلالية الضمان المقابل بالنسبة للضمان كما تتأكد استقلالية الإلتزامات المكتتبه من الضامن والضامن المقابل بالنسبة لرسالة الأمر La lettre d'ordre الصادرة من الأمر .

<sup>1</sup> \_ وذلك تطبيقا لنص المادة 1326 من القانون المدني التي توجب، بالنسبة للعقود الملزمة الجانب واحد نكر المبلغ المضمون بالأحرف و الأرقام، مع الإشارة إلى أن هذه المادة تقابلها المادة 1376 بموجب تعديل القانون المدني رقم 131-2016 المؤرخ في 10 10 فيفري 2016.

<sup>2</sup> \_ بن شعبان حكيمة، الإعتماد المستندي و التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2014 ص154.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

أ - أساس استقلالية الضمانات البنكية الدولية يقصد بالاستقلالية أن يكون الضامن مسؤولاً بصفة شخصية عن القيام بالوفاء ليس بدين الأمر وإنما بدين مستقل عنه، فمحل التزامه يختلف تماماً عن الإلتزام الأصلي حتى ولو أخذ هذا الأخير بعين الإعتبار عند إصدار الضمان باعتباره ضامناً بالوفاء بمبلغ نقدي محدد سواء بمجرد الطلب من المستفيد أو وفقاً للشكليات المتفق عليها، وليس بدفع دين الأمر أو الحلول محله، فالبنك يتعهد بصفة شخصية و التزامه أصلي بذاته، و غير تبعي، حيث يقوم بالتنفيذ بدون الإثبات المسبق لعجز الأمر عن الوفاء .

بناء على ذلك يتميز التزام الضامن بكونه يشكل تعهداً باتاً غير معلق على أي قيد و هو ما يعبر عنه بشرط الكفاية الذاتية، مما يمنح الضمان طابع الكفاية الذاتية حيث لا يحتاج تنفيذه إلى الإستعانة بظروف أو وقائع خارجية أجنبية عنه<sup>1</sup>، و ينتج عن ذلك أن التزام الضامن في الضمان يكون قطعياً لا رجعة فيه<sup>2</sup> .

هذا ، و قد تم الإقرار باستقلالية الضمان لأول مرة من خلال قرارين صادرين عن محكمة النقض بتاريخ 20 ديسمبر 1982.

إن إضفاء طابع الإستقلالية بالنسبة للضمانات البنكية الدولية لا يتم بصورة تلقائية أو مفترضة و إنما تعتمد على جملة من الأمس من أهمها :

1- التسمية المستعملة : المقصود بذلك أن استعمال مصطلح ضمان أو كفالة لا يعد معياراً حاسماً في تحديد طبيعة التزام الضامن أهو مستقل أو تابع، لذلك تصر البنوك الضامنة تجاه المصدرين على دقة وصرامة الضمان المستقل وخاصة بمجرد الطلب، لذلك يجب استخدام مصطلحات دقيقة و واضحة تسمح بتحديد ما إذا كان الإلتزام مستقلاً .

2- شرط بمجرد الطلب": إن مجرد ذكر عبارة بمجرد الطلب لا يعتبر كافياً بذاته للجزم باستقلالية الضمان، فهو قد يعبر عن الإرادة المسبقة للأطراف لاستبعاد أية دفوع مستخلصة من العقد الأصلي، وهو ما يشكل ضماناً غير تابع، كما يمكن كذلك لتوظيف شروط أخرى مخالفة إلى جانب هذا الشرط أن يجعل من التزام الضامن غير مستقل .

3- الإشارة إلى العقد الأصلي: إن الإشارة في الضمان إلى العلاقة الأصلية لا تستلزم بالضرورة أن الإلتزام المكتتب تابع ، كما لا تعني أيضاً بأنه مستقل، إذ يجب تكييفها مع غيرها من البيانات الأخرى .

<sup>1</sup> \_ طالب حسن موسى الموجز في قانون التجارة الدولية، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص88-89.

<sup>2</sup> \_ عوض علي جمال الدين، المرجع السابق، ص 601.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

4- المستندات يرتبط هذا العنصر بما يسمى بالضمان المستندي<sup>1</sup>، و تقديم هذه المستندات قد يتخذ إحدى الدلالات التالية:

4-1- إذا تمثلت المستندات في مجرد تصريح مكتوب يتقدم به المستفيد متضمنا ادعاءاته تجاه الأمر، و هو ما يدعم أكثر استقلالية هذا الضمان، فمن خلال قائمة الإدعاءات يستطيع الأمر بدوره إثبات غش المستفيد و بذلك المطالبة بحجز الضمان أو منع إصداره أصلا .

4-2- إذا اشترط تقديم شهادة من خبير غير محكم مرفقة بطلب الوفاء، فالضمان هنا يكون مستقلا، فالضامن يتأكد فقط من المطابقة الخارجية لهذه المستندات .

4-3- إذا تمثلت المستندات المشترطة في قرار تحكيم أو حكم لإثبات عدم تنفيذ الأمر لالتزاماته، فإن ذلك معناه جعل الضمان ذو طابع تبعي .

ب- نتائج استقلالية الضمانات البنكية الدولية: يترتب على تميز الضمانات البنكية الدولية بخاصية الإستقلالية ما يلي :

1- استقلالية الضمان البنكي و الضمان المقابل عن العقد الأصلي: تعتبر النتيجة الأساسية لاستقلالية الضمان، حيث يترسم خط فاصل بين هذا الأخير و العقد الأصلي بموجبه يمنع على الأمر الاعتراض على طلبه أو تمديد أجله .

إن أصالة التزام الضامن تفسر بأن مصيره غير مرتبط و لا متعلق بمصير الدين الأصلي، سواء من حيث سريانه نطاقه، مدته تنفيذه أو عدم تنفيذه، أو انقضائه، فكلا الإلتزامين منفصلين و مستقلين تماما عن بعضهما البعض<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للضمان المقابل فهو كذلك يتميز باستقلاليته عن العلاقة الأصلية الرابطة بين الأمر و المستفيد ، و هو ما يستلزم في حال طلب الإمتناع عن الوفاء الصادر عن الأمر، وجوب قيام الضامن المقابل بحسب الأصل بتنفيذ التزامه في الضمان و طبقا لما تعهد به .

2- استقلالية الضمان المقابل عن الضمان للضامن المقابل أهمية كبيرة بالنسبة للضامن من الدرجة الأولى La garantie de première rang ، حيث يكون الضامن من الدرجة الأولى محميا من قبل البنك الضامن المقابل، بدون أن يستطيع هذا الأخير إثارة دفوع ناتجة عن العقد الأصلي أو تلك المرتبطة بعلاقاته مع الأمر .

<sup>1</sup> \_ الضمان المستندي نوع من الضمانات البنكية الدولية حيث يكون المستفيد عند طلبه الوفاء من الضامن، ملزما بتقديم الوثائق المشترطة في الضمان التي تثبت سوء أو عدم تنفيذ أو تأخر العميل الأمر في أول التزاماته كالعقد الأصلي، الفواتير، الإنذارات الموجهة إلى الأمر، إلى غير ذلك من المستندات، و هي متنوعة حسب كل حالة على حدى (انظر) حاجي فطيمة المدخل إلى تمويل التجارة الخارجية، ديوان روعات الجامعية الجزائر 2017 ص 111.

<sup>2</sup> \_ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 196.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

و بناء على ذلك فمن غير المتصور أن تكون هذه الحماية أو التغطية مشروطة بحسن تنفيذ الإلتزام المطلوب، فوجود مثل هذا الشرط يعتبر غير مقبول مطلقا من قبل الضامن من الدرجة الأولى الذي يستهدف الوفاء لمصلحة المستفيد بدون الإحتجاج ضده بأية أسباب خارجة عن علاقتهما، و لذلك فلن يقبل من جانبه أي تدخل من الضامن المقابل في هذه العلاقة أو الإعتراض على الشروط و الظروف التي ينوي خلالها تنفيذ التزامه، فالغرض من تكريس استقلالية الضمان المقابل هو منح الحرية الكاملة للضامن من الدرجة الأولى للوفاء بتعهداته، ووفقا لذلك يكون التزام الضامن المقابل منفصل عن شروط تنفيذ الضمان من الدرجة الأولى، لكن ومع ذلك لا يحق للضامن المطالبة بالوفاء بالضمان المقابل ما دام التزامه لم يسر بعد و المستفيد لم يطلب هذا الوفاء، فإنه وبحسب الأصل لا حاجة للضامن من الدرجة الأولى لمساهمة ضامنه المقابل، و إلا كيف ذلك على أنه طلب تعسفي يستهدف ممارسة ضغط غير شرعي على الضامن المقابل، و الذي يتعين عليه التصدي لها .

يضاف إلى ذلك أيضا أن المطالبة بتمديد أجل سريان الضمان من الدرجة الأولى لا يستلزم بمقابل ذلك تمديد أجل الضمان المقابل .

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على استقلالية الضمان المقابل في قرار صادر عنها بتاريخ 5 فيفري 1985 بمناسبة نقض الحكم الصادر عن محكمة باريس في 2 جوان 1982،<sup>1</sup> بنصها على أن الضمانات المقابلة و بالنظر لاستقلاليتها عن العقد المبرم مع رب العمل وكذلك عن الضمان بمجرد الطلب المقدم لهذا الأخير من قبل البنك الضامن الأول، يجب أن تنفذ بمجرد إدلاء هذا الأخير بقيامه بالوفاء<sup>2</sup> .

### ثانيا: عدم الإحتجاج بالدفع

تطبيقا للصفة الأصلية للإلتزام بموجب الضمان المستقل، ينشأ التزام مباشر في ذمة البنك الضامن تجاه المستفيد بالوفاء، كما يمنعه عن التمسك بالدفع المستمدة من علاقات أخرى كالعلاقة بينه و بين الأمر أو بين هذا الأخير و المستفيد<sup>3</sup>، فالضامن لا يستطيع الإحتجاج ضد المستفيد الذي يطلب الوفاء إلا بتلك

<sup>1</sup> \_ لقد تمثلت أطراف النزاع في كل من الشركة الفرنسية "La société THOMSON-CSF"، البنك الفرنسي - الهولندي Paribas Banque و البنكين الإيرانيين: البنك المركزي الإيراني "Banque Markazi"، و بنك طهران الذي سمي فيما بعد ب Banque Mellat، حيث اعترض الأمر وهي الشركة الفرنسية على طلب كل من البنك المركزي الإيراني و بنك طهران للضمانات المقدمة من بنك Paribas، داعية إياه بالامتناع عن الوفاء و هو ما اعتبرته محكمة باريس في حكمها بتاريخ 2 جوان 1982 طلبا مقبولا، في حين رفضته محكمة النقض مؤكدة على عدم أحقية الأمر في التدخل بشأن ضمانات دولية في إطار العلاقة الرابطة بين بنك Paribas و البنوك المستفيدة أي كل من بنك "Markazi" و بنك "Mellat". (Voir Cass.Com, 5 Février 1985, N° 82-15297, publié au bull.Civ).

<sup>2</sup> \_ «...Les contre-garanties devaient en raison de leur autonomie à l'égard du contrat passé avec le Maître de l'ouvrage comme à l'égard de la garantie à première demande donnée à ce dernier par la banque premier garant, être exécutées des l'avis donnée par cette dernière du paiement par elle effectué.» (Voir Cass.Com, 5 Février 1985, précité.).

<sup>3</sup> \_ LEGAIS Dominique, Sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J, Paris, 1996, p 165.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

الدفع المستخلصة من الضمان كما ليس له أن يطالبه بتقديم تبريرات غير تلك الممكنة حسب ما هو منصوص عليه ضمنه.

و معنى ذلك أن الضامن لا يملك إثارة أي سبب يرتبط بالعقد الأصلي كحجة لعدم قيامه بالوفاء، ومثاله: بطلان العقد الأصلي، فسخه، إنهاؤه، تنفيذه، عدم تنفيذه بسبب قوة قاهرة أو بسبب الدائن نفسه، انقضاؤه لأي سبب من أسباب الإنقضاء كالمقاصة التجديد إلى غير ذلك .

وقد نص المشرع الفرنسي صراحة على هذا المبدأ حيث منع على الضامن إثارة أية احتجاجات أو أسباب متعلقة بالإلتزام المضمون .

### المطلب الثاني: التركيبة التعاقدية للضمانات البنكية الدولية

الضمان البنكي التزم من بنك يسمى الضامن بناء على طلب عميله الأمر لمصلحة شخص من الغير يسمى المستفيد، وبهذا المعنى فإن إصدار هذا الضمان في إطار تسوية معاملة تجارية دولية كعملية قانونية يتضمن أطرافاً ثلاث وهم الأمر المستفيد، البنك الضامن إذا تعلق الأمر بالضامن بصورته البسيطة، ليضاف إليهم البنك الضامن المقابل في حال وجود ضمان مقابل و هو الغالب في التجارة الدولية، تنشأ فيما بينهم علاقات خاصة باعتبار أن كلا منها تتميز بالإستقلالية وهو انعكاس لإستقلالية تقنية الضمان في ذاته، وما يترتب عن ذلك من التزامات على عاتق كل طرف (الفرع الأول)، لكن ورغم طابع الإستقلالية إلا أن ذلك لا يعد عائقاً أمام ممارسة ما يعرف بحق الرجوع سواء قبل الوفاء بالضمان أو بعده (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: العلاقات بين الأطراف المتدخلة في الضمان

تتجسد الصورة العملية للضمان البنكي في العلاقات التجارية الدولية في عرض المستورد لصفقة معينة كعرض بناء مصنع أو مجمع صناعي مثلاً، وللفوز بها تلجأ مؤسسة ما وهي في الغالب المصدر إلى تقديم ضمان مستقل لتنفيذ التزاماتها<sup>1</sup>، وبذلك تنشأ بين الطرفين علاقة تسمى بالعلاقة الأصلية (أولاً)، و بالنتيجة لذلك وبناء على طلب المؤسسة أي الأمر يلتزم البنك وهو الضامن أو الضامن المقابل بالوفاء بالمبالغ المحددة لمصلحة المستفيد عند طلبه، و بدون الإحتجاج بعدم تنفيذ العقد الأصلي (ثانياً).

### أولاً: العلاقة الأصلية بين الأمر و المستفيد

وتسمى كذلك بالعقد الأصلي أو عقد الأساس Le contrat de base ، بموجبه تنشأ و في إطار صفقة دولية علاقة بين الأمر و المستفيد و بهذه الصفة هم متعاملو التجارة الدولية، الذين حددهم القانون في الأشخاص التالية :

1-الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الممارسين للنشاط الإقتصادي طبقاً للقانون .

<sup>1</sup> \_ سعد نبيل ابراهيم، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص وقانون الإلتزامات و قانون الأموال : دراسة مقارنة، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص131-132.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

2-الإدارات و الهيئات ومؤسسات الدولة<sup>1</sup> .

و يفهم من ذلك أن أطراف العقد التجاري تتنوع بين أشخاص القانون الخاص من طبيعيين أو معنويين يمارسون النشاط الإقتصادي، و كذلك أشخاص القانون العام ممثلين في الهيئات والمؤسسات والإدارات العمومية، وذلك بمناسبة معاملة تجارية دولية خاصة أو في إطار إبرام صفقة عمومية . وهو من حيث طبيعته يختلف باختلاف نوع هذه العلاقة، فقد يتمثل في عقد توريد أو مقاوله أو أشغالا عامة، و يعتبر هو السبب في إصدار الضمان<sup>2</sup>، كما يتخذ طابعا تجاريا باعتباره يعكس معاملة تجارية على المستوى الدولي بين الطرفين .

أ- مضمون العلاقة الأصلية يرتبط كل من الأمر و المستفيد بعلاقة في إطار التبادل التجاري فيما بينهما على المستوى الدولي، و هي ما يصطلح عليها بالعقد التجاري الدولي . و يقصد به كل اتفاق بين شخصين أحدهما مقيم والآخر غير مقيم يخضع لقانون الصرف و التحويل الخارجي، وبعبارة أخرى هو كل عقد منصرف على معاملة أو معاملات تجارية موجهة لأن تتخطى حدود الدولة لتنتج آثارها في دولة أخرى<sup>3</sup> .

و بذلك فهو يشكل الأداة الأساسية التي يتم من خلالها التبادل التجاري عبر الحدود، و في إطار تكريس مثل هذا التبادل لا يكون المتعاملون الإقتصاديون في منأى عن أي خطر محتمل قد يؤدي إلى تأخير أو المساس بالتنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات التعاقدية من قبل كل طرف متعاقد، و لأجل تفادي مثل هذا الخطر لجأ متعاملو التجارة الدولية إلى وضع مجموعة من الضمانات المتنوعة بحسب طبيعة الصفقة المبرمة بين الأطراف .

1- الإلتزام بتقديم ضمان لتكريس العقد التجاري يشترط أحد أطرافه تغطية المخاطر أو الصعوبات المحتملة أثناء تنفيذ مضمونه من خلال تقديم الطرف الآخر المتعاقد معه ل ضمان دولي . و الصورة العملية لذلك أن يشترط المستورد المشتري على المصدر البائع تقديم ضمان في حال نشوء مشاكل أو صعوبات أثناء تنفيذ العقد، حيث يدفع المستورد مبلغا ماليا هاما على شكل تسبيق إلى المصدر كوسيلة لضمانة هذا الأخير لجدية و فعالية التزاماته نظير تجسيد الصفقة، كما أن ذلك التسبيق يمنح المصدر الإمكانية للشروع في تنفيذ التزاماته، وبموجب الضمان الذي يضعه المصدر لفائدة المستورد، يحافظ هذا الأخير على حق في استرداد التسبيق الذي دفعه في حال الإخلال بتنفيذ العقد .

<sup>1</sup> \_ المادة 24 النظام رقم من 01-07 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة، معدل و متمم .

<sup>2</sup> \_ طلبان محمد حسين صالح، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص110 .

<sup>3</sup> \_ تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006، ص2

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

إذن الضمانات البنكية المستقلة بمختلف أنواعها كضمان التعهد أو ردّ التسبيقات أو حسن التنفيذ، توضع قيد التنفيذ بالقياس إلى معاملة تجارية محددة، فالعلاقة التعاقدية الأصلية بين المستورد و المصدر لا يمكن أن تنشأ إلا بشرط تقديم ضمان، وعليه يتعهد المصدر البائع بتقديم ضمان بمقابل تكوين و إبرام العقد التجاري، ليكون بذلك هو السبب الموضوعي و الغرض المباشر لإصدار الضمان المستقل، وبداية في غياب الضمان لا وجود للعقد الأصلي و لا للإستثمار .

تطبيقا لذلك يعتبر إصدار الضمان هو الإلتزام الأصلي للمصدر الذي يصبح أمرا لمصلحة المستورد و هو المستفيد من الضمان و غالبا ما يبرز الضمان بنصه الكامل في مضمون العقد الأصلي، و ينتج عن ذلك أن عدم التنفيذ أو التنفيذ السيء من الأمر للإلتزامه بمنح ضمان بنكي يعادل عدم تنفيذه للعقد الأصلي .

يضاف إلى ذلك أن ملاءمة و خصوصية الضمان المقدم تتحدد وفقا لكل مرحلة من مراحل تنفيذ الإلتزام التعاقدية الأصلي، ليكون بذلك المستفيد محميا من كل المخاطر التجارية<sup>1</sup> .

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 26 من النظام رقم 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة قد أدرجت في مضمونها أهم المسائل التي يجب أن يشير إليها العقد التجاري من بينها ذكر أسماء و عناوين الأطراف المتعاقدة، و تحديد بلد المنشأ و المقصد للسلع و الخدمات و كذا طبيعتها ، و شروط العقد الخاصة بالتكفل بالمخاطر الناتجة عن تنفيذه و كفاءات التسديد إلى غير ذلك من البيانات و التي تم ذكرها على سبيل المثال لا الحصر، و بالتالي يمكن إدراج كافة المعلومات والبيانات و الشروط التي تتفق و طبيعة العلاقة التعاقدية بما يجعل الإلتزامات الناتجة في ذمة كل طرف واضحة ومحددة تقاديا لأية نزاعات محتملة .

2- اختيار البنك الضامن: لضمان التنفيذ الحسن للعقد الأصلي يشترط المستفيد تقديم ضمان بنكي مستقل ضد الأخطار المحتملة التي قد تتولد عن مثل هذا الإلتزام .

فالبank المتدخل بصفته ضامنا يساهم في طمأنة المستفيد حول المركز والقوة المالية للضامن كما يمنحه إمكانية التعويض في حال إخلال الأمر بالتزاماته التعاقدية .

### ثانيا : العلاقات الناشئة عن الضمان

تنشأ عن الضمان المستقل ثلاث علاقات قانونية تجمع بين كل من الأمر و البنك الضامن، وبينه و بين المستفيد في حال الضمان بصورته البسيطة، مع نشوء علاقة بين البنك الضامن و البنك الضامن المقابل إذا تعلق الأمر بالضمان المقابل .

<sup>1</sup> \_ حيث تتعدد المخاطر في مجال المعاملات التجارية الدولية، فمنها ما هو ناتج عن المعاملة ذاتها أو متعلق بمحيطها الخارجي أي يمكن أن يكون الخطر سياسيا، اقتصاديا أو قانونيا أو تكنولوجيا أو ماليا، انظر) شلاي رشيد، تسيير المخاطر المالية في التجارة الخارجية الجزائرية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية تخصص إدارة العمليات التجارية كلية العلوم الاقتصادية و العلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 3، 2010-2011، ص 79

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

**1 - العلاقة بين الأمر و البنك الضامن:** يرتبط الأمر بالبنك من خلال عقد يسمى بعقد إصدار الضمان أو كذلك بعقد الإعتماد بالضمان، و هو عقد يسبق إصدار الضمان، حيث يتقدم العميل بطلب إلى بنكه بغرض إصدار ضمان لفائدة المستفيد مع بيان شروطه و باتفاق الطرفين يعطي البنك موافقته على الضمان طبقاً للتعليمات و الشروط التي يحددها العميل<sup>1</sup>.

**أ- مضمون العلاقة بين الأمر و البنك الضامن** إن العرض الذي يتقدم به العميل الأمر إلى البنك و المتضمن إصدار ضمان لفائدة مستفيد يشكل إيجاباً و بموافقة البنك على تلبية طلب عميله يقترن القبول بالإيجاب لينشأ عقد فيما بينهما، و بذلك فالعلاقة الرابطة بين كلا الطرفين تكيف بأنها علاقة تعاقدية .

**- انعقاد اتفاق القرض: Convention de credit :** إن الإتفاق الذي يصدر الضمان بناء عليه يعتبر عقداً رضائياً يتضمن كافة الشروط المنظمة للعلاقة بين العميل الأمر والبنك الذي يصبح ضامناً، و تتمثل أهم هذه الشروط في :

1- أسماء أطراف التعاقد

2- إسم المستفيد من الضمان .

3- مبلغ الضمان .

4- التعهد بدفع قيمة الضمان إما بمجرد الطلب أو طبقاً للشكليات المحددة والمتفق عليها دون الحاجة إلى الحصول على رضا العميل .

و قد جرى العرف المصرفي على تحرير هذا الإتفاق وفقاً لنموذج معد مسبقاً من قبل البنك، حيث تحدد فيه المصروفات والعمولة التي يلتزم بها العميل لفائدة البنك<sup>2</sup>.

إذن فالعقد المبرم بين البنك ضامناً كان أو ضامناً مقابلاً و الأمر يتم بناء على تعليمات واضحة و محددة من هذا الأخير في مقابل رضا البنك الذي لا يعد وجوبياً، بمعنى أن للبنك مطلق الحرية في القبول أو الرفض، وبموافقته يكون قد التزم تجاه الأمر بصورة مزدوجة من خلال التعهد بتقديم دعمه خلال عملية الضمان من جهة، وتقديم وعد بالإلتزام لمصلحة المستفيد في عقد الضمان من جهة ثانية، وهي في الواقع تمثل مجموع خدمات يقدمها البنك للأمر و التي قد يطالب، و هو الغالب، نظيرها تقديم الأمر لتأمينات تضمن للبنك الحصول على التعويض أو المقابل في شكل عمولة متناسبة مع مبلغ الضمان و مدته .

و تجب الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يتعين على البنك قبل منح موافقته لإصدار الضمان أن يعد دراسة كافية وشاملة عن العميل و إمكانياته المالية و الفنية للتأكد من قدراته على تنفيذ العمليات التي أصدر

<sup>1</sup> - الجبر محمد حسن، العقود و عمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية النشر العلمي و المطابع الجامعة الملك

سعود، المملكة العربية السعودية، 1997، ص324-325..

<sup>2</sup> - قرمان عبد الرحمن السيد العقود التجارية و عمليات البنوك طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، مكتبة الشقري، المملكة العربية السعودية 2010، ص384-385.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

الضمان من أجلها و كذا مقدار التسهيلات التي سيحتاجها العميل لتمويل تلك العمليات و مدى استعداد البنك لتقديمها<sup>1</sup>.

وفي تكيفه للعلاقة القانونية بين الأمر و البنك يعتبر الأستاذ BONNEAU Thierry أنه بالنظر إليها من جهة الأمر، هي وعد بقرض بالتوقيع "une promesse de crédit par signature" بموجبه يتعهد البنك بأجر، أن يضع أموالا لفائدة المستفيد إذا توفرت شروط ذلك .

-**تقديم طلب كتابي** : لقد جرى العرف على تحرير طلب كتابي من الأمر موجه لبنكك يتضمن منح أو إصدار ضمان بنكي مستقل، و يكمن الغرض من ذلك إعداد و تحديد نص الضمان المطلوب، إصداره و الترخيص للضامن في حال قيامه بالوفاء، بالرجوع على الأمر، إضافة إلى تنبيه الأمر إلى فحوى ومضمون الإلتزام الذي يطلب من البنك اكتتابه .

و مع ذلك يبقى الضامن محافظا على حقه في التعويض عن قرضه بالتوقيع و الذي يكون قد وفاه لمصلحة المستفيد، حتى في غياب الطلب المحرر كتابيا، فإثبات ذلك يمكن أن يتم عادة من خلال العمولة التي يوفيهها الأمر للبنك بدون أي اعتراض على ذلك .

وفقا لما سبق تقوم العلاقة بين الأمر و البنك على الإعتبار الشخصي، إذ تلعب شخصية العميل الأمر دورا بارزا في تحديد البنك لموقفه إما بالموافقة أو الرفض، ونتيجة لذلك يتضح في حال رضا البنك بالعقد، ما إذا كان سيشرط على العميل تقديم غطاء للضمان من عدمه كذا تحديد مقداره<sup>2</sup>.

ب- **الإلتزامات الناشئة بين أطراف العلاقة** تنشأ عن العقد المبرم بين الأمر و البنك التزمات متبادلة بين الطرفين .

-**التزمات البنك** : تتمثل التزمات البنك تجاه العميل الأمر في :

التزامه بإعلام الأمر ، بالإضافة إلى رد قيمة غطاء الضمان في حال توفر أسباب ذلك .

-**التزام البنك بإعلام الأمر** : يلتزم البنك تجاه الأمر أو في حال إصدار ضمان مقابل تجاه الضامن المقابل الذي يلتزم بدوره تجاه الأمر بإخطاره، دون التقيد في ذلك بمهلة معينة، بكل طلب متضمن الوفاء بالضمان أو التمديد في مدته .

<sup>1</sup> \_ آيت وازو زائبة مسؤولة البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص ،قانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص91.

<sup>2</sup> \_ حيث يمكن للبنك أن يطلب من العميل أن يقدم تأمينا مقابل إصدار الضمان ممثلا في شكل تقديم لصكوك أو بضائع أو حتى تنازل منه عن حقه في مواجهة المستفيد، وذلك احتياطا من البنك لاحتمالية قيامه بالدفع إذا ما طلب المستفيد ذلك خلال المدة المحددة، كما تتحدد قيمة ذلك الغطاء تبعا لطبيعة العلاقة بين الطرفين ودرجة الثقة التي يتمتع بها العميل لدى بنكه انظر) قرمان عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص385)

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

إذن يندرج ضمن واجبات البنك إعلام الأمر بعد فحص شروط طلب الضمان بقيامه بالتنفيذ الفعلي له، إذ يتحمل هذا العبء لسببين، فمن جهة بسبب العلاقات التي تربطه بعميله و من جهة أخرى لتمكين هذا الأخير من التدخل لدى المستفيد أو تحضير وسائل الدفاع الممكنة .

إن الإخلال بمثل هذا الإلتزام يولد مسؤولية البنك تجاه الأمر ، وخاصة إذا تبين فيما بعد بأنه قد حرمه من حقه في تقديم طعن ممكن .

وفي إطار تجسيد هذا الإلتزام يتولى البنك الضامن حسب القواعد الموحدة وحادا" بإرسال نسخة من الطلب المقدم من المستفيد و من كل المستندات المرفقة به إلى الأمر ، و في حال الضمان المقابل إلى الضامن المقابل، ليتولى بدوره نقلها و إرسالها إلى الأمر .

كما يجب على الضامن أو الضامن المقابل أن يرسل إشعارا إلى الأمر بكل تخفيض في مبلغ الضمان، أو بكل فعل أو حدث ينتج عنه انقضاء الضمان .

هذا ويعتبر التزام البنك تجاه عميله بالإعلام من الإلتزامات الملقاة على عاتق البنوك في إطار تقديم الخدمة و ذلك ما أكدت عليه المادة 5 من النظام رقم 01-13،<sup>1</sup> حيث يكون البنك ملزما بإبلاغ و إعلام الزبون بالشروط البنكية أي بكل التعريفات و العملات التي يطبقها على العمليات البنكية، إضافة إلى تحديد كافة الإلتزامات المتبادلة و الناتجة عن العلاقة بينه أي البنك و الزبون أو العميل .

-التزام البنك برد قيمة غطاء الضمان إلى الأمر في حال انقضاء أجل الضمان دون مطالبة المستفيد الوفاء به، أو عند امتناع البنك عن الوفاء نظرا للطلب التعسفي بذلك من المستفيد، يلتزم البنك بإعادة الغطاء الذي دفعه الأمر كتأمين للبنك، و بناء عليه تبرأ ذمة كلا الطرفين<sup>2</sup> .

-التزامات الأمر : تتجسد التزامات الأمر بموجب العقد فيما يلي :

سداد قيمة ما وفاه البنك باعتباره ضامنا، وكذا التقيد بعدم التمسك بأية دفع العرقلة عملية الوفاء .

-التزام الأمر بالسداد لفائدة البنك طبقا للعقد المبرم بينهما: وبمجرد موافقة البنك على إصدار الضمان يلتزم الأمر بما يلي :

\* رد المبالغ التي أداها البنك الضامن للمستفيد وفاء بقيمة الضمان ويتم ذلك وفقا للشروط المحددة في اتفاق القرض أو ما يسمى كذلك بعقد الإعتماد بالضمان المبرم بينهما ، و في حال تعسف البنك في استعمال حقه في المطالبة برد قيمة الضمان، يمكن للأمر المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل .

<sup>1</sup> \_ النظام رقم 01-13 مؤرخ في 8 أبريل 2013 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

<sup>2</sup> \_ أمقران راضية، المرجع السابق، ص 99-100

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

\* دفع عمولة للبنك: حيث يلتزم الأمر بدفع عمولة عن مبلغ الضمان و مدته، تضاف إليها الفوائد المنصوص عليها كمستحقات لفائدة البنك، وكذلك تقديم غطاء للضمان قد يكون نقديا أو عبارة عن أوراق مالية<sup>1</sup>.

-التزام الأمر بعدم إثارة أي دفع متعلق بالضمان: يلتزم الأمر في مواجهة البنك الضامن بعدم الإحتجاج أو الإعتراض على عملية الوفاء بقيمة الضمان لأي سبب مرتبط بعلاقته مع المستفيد، أو لكون طلب هذا الأخير جاء بنية الغش أو التعسف لكن ومع ذلك إن استطاع الأمر إثبات وجود تواطؤ بين المستفيد و البنك، فله الحق في التمسك بهذا الدفع في مواجهته<sup>2</sup>.

2 - العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد إن العلاقة الناشئة بين البنك و المستفيد يحكمها عقد الضمان المبرم بينهما<sup>3</sup>، وهي علاقة تتميز بالإستقلالية و الانفصال سواء عن علاقة المستفيد بالأمر أو علاقة هذا الأخير بالبنك .

أ-مضمون العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد تتجدد الصلة بين كل من البنك و المستفيد من خلال العناصر التالية

-إبرام عقد الضمان: يحكم العلاقة بين البنك و المستفيد الضمان الذي يصدره البنك بناء على تعليمات من الأمر ليوجهه إلى المستفيد، يتعهد بموجبه بدفع المبلغ المحدد أو القابل للتحديد بذكر الحد لأقصى الذي يلتزم به البنك بمجرد الطلب أو طبقا للشكليات المتفق عليها و لو اعترض الأمر على ذلك .  
فأساس هذه العلاقة ومصدرها هو ذلك الضمان الذي يصدره البنك وتتحدد من خلاله حقوق المستفيد بناء على الشروط الواردة في مضمونه والتي يجب على المستفيد التقيد بها بموازاة ذلك وإلا امتنع البنك عن الوفاء<sup>4</sup>، ولذلك يجب أن تكون هذه الشروط واضحة وصريحة ومعبرة عن إستقلالية الضمان، فالضامن لا يلتزم بدين المدين الأصلي أي الأمر، و إنما بالتزام جديد مستقل تماما عنه .

و تكريسا لذلك ينبغي أن يحتوي نص الضمان المبرم بين البنك و المستفيد على أهم البيانات التالية :  
1-تحديد كل من الأمر والمستفيد والضامن باعتبار أن التزام الضامن شخصي ولا يمكنه التنازل عنه للغير إلا إذا تم الإتفاق على خلاف ذلك.

<sup>1</sup> \_ كروم السالك النظام القانوني للضمانات البنكية المستقلة مجلة القانون و الأعمال، العدد 17 ، جامعة الحسن الأول، المغرب، مارس 2017، ص93.

<sup>2</sup> \_ أمقران راضية، المرجع السابق، ص96.

<sup>3</sup> \_ لقد ثار جدل فقهي حول تكييف العلاقة بين البنك و المستفيد، حيث اعتبر البعض بأنها علاقة ناتجة عن عقد ملزم الجانب واحد، و أن التزام البنك تجد أساسه في هذا الإتفاق و هو ما أيدته بعض أحكام القضاء الفرنسي وكذا محكمة النقض المصرية، في حين يتبنى البعض الآخر فكرة أن التزام البنك تجاه المستفيد هو التزام بإرادة منفردة و بصفته أصيلا و ليس نائبا عن العميل و هو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صادر عنها في 20 جويلية 1963، وكذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 18 فيفري 1992 (انظر كروم السالك، المرجع السابق، ص94-95)

<sup>4</sup> \_ الجير محمد حسن المرجع السابق، ص 326-327.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

2- محل أو موضوع الضمان و الذي وفقا له يتحدد نوعه كحسن التنفيذ، ردّ التسبيقات إلى غير ذلك، مع الإشارة إلى العقد الأصلي الذي وضع الضمان للوفاء به .

3- مبلغ الضمان و عملة الوفاء به .

4- اعتبار الضمان باتا و نهائيا لا رجعة فيه من يوم إصداره و يعد ساريا من ذلك الحين، مع إمكانية إدراج شرط يتعلق بإرجاء سريانه إلى تاريخ لاحق أو مرتبط بحدث خاص محدد في الضمان .

5- مدة صلاحية الضمان أو تاريخ سريانه، و الذي يكون محددًا بتاريخ انقضائه أو قابلا للتحديد بذكر الفعل المؤدي إلى انقضائه .

6- شروط طلب الضمان و التي يجب أن تعكس الطابع المستقل له، كما أن طبيعة الطلب ترتبط بنوع الضمان في حد ذاته .

إن مختلف هذه العناصر أو البيانات نصت عليها بالتفصيل المادة 8 من القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب و من الضروري أن ترد مطابقة لتعليمات الأمر لكون نص الضمان بما يتضمنه هو فقط العنصر المعتمد و الذي يؤخذ بعين الاعتبار أثناء طلب الوفاء .

1-2- طلب الضمان: يتم طلب الضمان من قبل المستفيد، وفعليا يطالب هذا الأخير من الضامن بأن يدفع له المبلغ المحدد في الضمان. وبحسب الأصل يكون طلب المستفيد تقديريا .

إن طلب الضمان لا يخضع لشكلية إلزامية، و إنما يجب أن يكون موافقا للشروط الصارمة المحددة في مضمونه و يبدو جيا مثلا عن طريق إرسال مجرد توكس أو فاكس من المستفيد أو وكيله يعبر من خلاله عن إرادته الباتة و القاطعة التي لا لبس فيها .

2- التزامات البنك الضامن تجاه المستفيد : يلتزم البنك الضامن في مواجهة المستفيد بمجموعة من الواجبات يمكن إجمالها في التزامه بالفحص، إلى جانب القيام بالوفاء .

2-1- الإلتزام بالفحص : بعد استلامه لطلب الوفاء من المستفيد يقوم البنك بإجراء رقابة شكلية عليه من خلال التأكد من توفر كافة الشروط الشكلية للطلب و خاصة فيما يتعلق بالمسائل التالية :

1- تقديم الطلب خلال مدة سريان الضمان

2- التأكد من الإلتزام بالمستندات المحددة في الضمان و مراقبة مطابقتها الظاهرة .

3- أن مبلغ الوفاء المطلوب يتوافق مع مبلغ الضمان، مع الأخذ في الإعتبار ألا يتجاوز حدود المتبقي من مبلغ الضمان عند تقديم الطلب وذلك بعد التخفيض المحتمل في حال تضمين العقد الشرط التخفيض التدريجي للمبلغ .

4- أن الضمان لم يسقط .

5- تجسيدا للطابع الشخصي للضمان ، يتم التأكد من أن الطلب قد صدر من المستفيد نفسه وليس من الشخص المحال له حق المستفيد أو أحد دائنيه .

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

إن مثل هذا الإلتزام لا يمتد إلى إلزامية فحص مدى تأسيس تبريرات المستفيد أو مضمون مستنداته، و إنما المراقبة الظاهرية لمطابقتها لما تم اشتراطه في الضمان .

و لهذا وضعت القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب معايير محددة لفحص طلب الوفاء والمستندات المطلوب تقديمها بما يسمح للبنك من معرفة ما يمكن أو يجب القيام به انطلاقا من ذلك الوقت.

يجب على الضامن أن يقوم بالمراقبة الشكلية في آجال مقبولة، حددتها المادة 20 من القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب ب 5 أيام مفتوحة تسري ابتداء من تقديم المستفيد للطلب لإعلان رأيه إما بقبول الوفاء إذا كان الطلب مطابقا في شروطه لما نص عليه في الضمان أو بالرفض إذا لم يكن مطابقا الملاحظ هنا أن المادة 20 من القواعد رقم 758 قد حددت بشكل صريح و قاطع المدة الممنوحة للبنك الضامن من أجل فحص و دراسة الطلب لإعلان رأيه، و في ذلك تقييد لسلطة البنك حتى لا يتعسف في ذلك، إضافة إلى حثه على تشريف التزامه و سمعته من خلال أخذ الطلب بجدية و الإسراع في الإجراءات وفقا لما تتطلبه المعاملات التجارية مقارنة بالمادة 10 من القواعد رقم 458 التي تمنح سلطة تقديرية للبنك في فحص طلب المستفيد حيث يلتزم بالقيام بذلك في آجال معقولة دون تحديدها بدقة<sup>1</sup>.

فإذا كان الطلب مطابقا يلتزم البنك الضامن بالوفاء وجوبا، أما إذا قدر هذا الأخير عدم مطابقتها فيجب أن يعلم المستفيد بذلك محدد أسباب الرفض ، و ذلك لمنحه إمكانية رفع قدر الإمكان حالة عدم المطابقة قبل انقضاء أجل الضمان، و في حال إخلال البنك بهذا الإلتزام تنشأ مسؤوليته عن تعويض المستفيد بمبلغ مساوي لقيمة الضمان، مع الإشارة إلى أن القواعد الموحدة للإعتمادات المستندية تمنح الإمكانية بالنسبة للبنك، في حال عدم المطابقة لرفض الطلب أو المساومة لإزالة عدم التطابق دون إلزامه بضرورة إخطار المستفيد بالأسباب المحددة للرفض<sup>2</sup>.

**2-2- الإلتزام بالوفاء :** إن التزام البنك بالوفاء لفائدة المستفيد هو التزام نهائي بمجرد وصوله إلى علم المستفيد، و مستقل عن علاقته بالعميل و علاقة هذا الأخير بالمستفيد، إذ ليس له رفض دفع المبلغ بحجة عدم قيام العميل بتقديم غطاء للضمان أو بسبب فسخ العقد الأصلي أو بأي دفع آخر أجنبي عن الضمان ذاته، كما أنه ذو طابع شخصي بحيث لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ بموجب الضمان للغير دون رضا البنك بذلك، و لا يمكن لدائنيه توقيع الحجز على مبلغ الوفاء لدى البنك فهو حق شخصي للمستفيد متروك لتقديره، و ليس لهم حق استعماله بدلا عنه أو إجباره على ذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ Article 10 Alinéa a) RUGD 458: «Le garant aura un délai raisonnable pour examiner une demande au titre d'une garantie pour déclarer s'il doit payer ou rejeter la demande».

<sup>2</sup> \_ Article 19 RUU 600.

<sup>3</sup> \_ الجبير محمد حسن المرجع السابق، ص 327-328

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

الفرع الثاني: ممارسة حق الرجوع بموجب الضمان البنكي: حق الأطراف في ممارسة الرجوع بعد الوفاء إن الوفاء بالضمان يفسح المجال لممارسة ما يسمى بالحق في الرجوع طبقا للغاية التأمينية للضمان البنكي المستقل .

تتجلى هذه الممارسة من خلال ثبوت حق الضامن أو الضامن المقابل في حال الضمان غير المباشر في الرجوع سواء ضد الأمر أو ضد المستفيد (أولا)، و حق الأمر في الرجوع ضد المستفيد أو ضد الضامن أو الضامن المقابل (ثانيا).

### أولا: ممارسة الضامن أو الضامن المقابل لحق الرجوع

يتخذ حق الضامن أو الضامن المقابل في الرجوع بعد الوفاء بمبلغ الضمان صورتين :

**1- رجوع الضامن أو الضامن المقابل ضد الأمر** وفي ذلك تطبيق للقواعد العامة المتعلقة بالكفالة التقليدية<sup>1</sup>، و التي تقضي بأنه للكفيل الذي وفى الدين أن يحل محل الدائن في كل ما له من حقوق تجاه المدين ، و هو أيضا ما كرسته القواعد الموحدة أو حاداً<sup>2</sup> بنصها على أن قيام الضامن أو الضامن المقابل بالوفاء بشكل مطابق لشروط الضمان أو الضمان المقابل المستقل يمنحه نفس الدفع التي يملك الكفيل إثارتها ضد المدين.

فالبنك الضامن بقيامه بالوفاء بالضمان يكون في الواقع قد ساهم في تسوية دين الأمر، وبالتالي يعتبر أمراً طبيعياً منحه الحق في الرجوع ضد ذلك الأمر من أجل استرداد أمواله، و هو يشكل في حقيقته رجوع حلول<sup>2</sup> من جهة و من جهة ثانية رجوعاً شخصياً ضد الأمر باعتباره المدين النهائي في الضمان كل ذلك بشرط أن يكون الوفاء فعالاً و مفيداً أي مطابقاً تماماً للشروط التعاقدية .

ومن الناحية العملية نظراً لقيام الضامن المقابل بضمان الضامن بصفة مقابلة فإن الرجوع بعد الوفاء ضد الأمر يتم مباشرة من قبل الضامن المقابل بشرط إثبات أن الضامن قد طلب الوفاء ، و هو أمر يعتبر منطقياً .

إن رجوع الضامن أو الضامن المقابل ضد الأمر يتضمن مطالبته بالمبالغ المدفوعة لفائدة المستفيد يضاف إليها الفوائد الناتجة عنها و كذا النفقات والتكاليف المتكبدة ، و يتم ذلك من خلال آليتين تتمثلان إما في الحسم التلقائي من حساب الأمر، حيث يتولى البنك تحصيل حقوقه عن طريق خصم قيمتها من حساب العميل الأمر ، و إذا كان حسابه مديناً أي خصومه أكبر من أصوله، فيتم قيد تلك المبالغ ضمن

<sup>1</sup> \_ الكفالة لغة تعني الإلتزام و يقال كفله أي ضمه و يراد بها اصطلاحاً انضمام ذمة مالية أخرى في ضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي.

(انظر أبو السعود، رمضان التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص30.28)

<sup>2</sup> \_ ويسمى بالحلول القانوني حيث يعتبر عملية مركبة من شقين، الأول يتضمن قيام شخص غير المدين الأصلي بالوفاء للدائن، و الثاني يتمثل في نقل حق الدائن إلى الغير الموفي بالدين و الذي بموجبه يحل محل الدائن في الرجوع على المدين (انظر الذنون حسن علي و الرحو محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - أحكام الإلتزام: دراسة مقارنة الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص (51)

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

الخصوم لتضاف إلى ديون الأمر ، أو بالمطالبة بالإسترداد مباشرة من الأمر نفسه في حال عدم كفاية الحسم التلقائي أو لاستحالة القيام بذلك بشرط تقيد الضامن بتنفيذ الضمان كما يجب .  
و بالعكس لذلك، يفقد البنك الضامن حقه في الرجوع على الأمر و يكون مدينا له بالتعويض عن الضرر إذا تبين بأنه قيامه بدفع غير مبرر لمصلحة المستفيد متجاهلا شروط الضمان، أو يوافق على طلب تعسفي لذلك الضمان ففي هذه الحالة يكون مرتكبا لخطأ ينشئ مسؤوليته .

**2- رجوع الضامن أو الضامن المقابل ضد المستفيد** إن هذه الصورة من ممارسة حق الرجوع تعتبر نادرة جدا، حيث يمكن تصور ذلك في حالة خاصة تتمثل في قيام البنك الضامن بالدفع بناء على مطالبة تعسفية بشكل جلي و نتيجة لذلك يفقد حقه في الإسترداد من الأمر ، فلا يظل أمامه إلا أن يحاول إعادة أمواله من المستفيد بمطالبته بردها، ويتم ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة أو دعوى المسؤولية التقصيرية ، و هي كذلك الدعوى التي يستطيع بواسطتها الضامن المقابل الرجوع ضد المستفيد بسبب عدم وجود صلة أو رابطة بين الطرفين .

### ثانيا : ممارسة الأمر لحق الرجوع

إن الأمر و بعد قيام البنك بالوفاء بالضمان يستطيع تكريس حقه في الرجوع بعد الوفاء إذا اعتبر بأن هذا الأخير لم يكن مؤسسا، و ذلك من خلال رفع دعوى موضوعية ضد المستفيد المشتري أو حتى ضد الضامن إن توافرت شروط ذلك، و لكن يفضل الأمر المصدر عموما اتخاذ إجراءات استباقية وقائية الغرض منها إعاقة أو منع عملية الوفاء .

**1- رجوع الأمر لمنع الوفاء بالضمان:** يملك الأمر في سبيل تحقيق المنع من الوفاء بقيمة الضمان العديد من الوسائل منها :

-**الدعوى الإستعجالية** حيث يطلب الأمر من القاضي الإستعجالي منع الوفاء مستندا إلى الغش أو التدليس الظاهر، و إذا ذلك ثبت يصدر القاضي قراره بمنع البنك من الدفع و من الخصم من حساب الأمر .

و عادة ما يحتمي البنك خلف قرار المنع الصادر عن قاضي الإستعجال في انتظار الفصل في الموضوع، كما تطلب بعض البنوك الأجنبية تقاديا لهذا المشكل بأن تشير الضمانات المقابلة التي تستفيد منها إلى التزام البنك بالدفع بصرف النظر عن الدعوى المرفوعة من الأمر لمنع الوفاء .

لكن و بمقابل ذلك لا يوجد ما يمنع البنك من استئناف قرار القاضي بالمنع أو من تشريف توقيعه بأمواله الخاصة حتى قبل أن يصدر قاضي الإستعجال ،قراره، مما يعني أن البنك هنا يخاطر بفقدان حقه في الرجوع ضد عميله إذا أثبت فيما بعد قاضي الموضوع الفاصل في النزاع التجاري صحة و تأسيس ادعاءات الأمر .

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

-**الحجز التحفظي**: يقصد به بصفة عامة وضع أموال المدين المنقولة المادية منها والعقارية تحت سلطة القضاء، لمنعه من التصرف فيها<sup>1</sup>.

و يؤدي الحجز التحفظي وظيفة احتياطية وقائية تتمثل في المحافظة على أموال المدين و منعه من التصرف فيها حماية لحقوق الدائن<sup>2</sup>.

إن الأساس المنطقي لتطبيق هذا الإجراء في مجال الضمانات البنكية يتطلب أن يكون الأمر المصدر هو نفسه دائنا للمستفيد المشتري حتى يستطيع طلب توقيع حجز على مبلغ الضمان المستحق للمستفيد لدى البنك الضامن<sup>3</sup>.

**2- رجوع الأمر بعد الوفاء** : بعد الوفاء يستطيع الأمر الرجوع سواء ضد المستفيد ، أو كذلك ضد الضامن أو الضامن المقابل .

-**أرجوع الأمر ضد المستفيد** إذا قام الضامن بالوفاء بقيمة الضمان لمصلحة المستفيد، و قدر الأمر بأن طلب الوفاء في كله أو بعضه غير مؤسس، وبذلك يكون المستفيد قد تحصل على وفاء غير مستحق ولا مبرر، ففي هذه الحالة يحق له الرجوع ضد هذا الأخير بمبرر إعادة غير المستحق، و يجد ذلك أساسه في العقد الأصلي المبرم بينهما .

و يستطيع الأمر ممارسة هذا الحق برفع دعوى قضائية موضوعية ضد المستفيد، و هنا سيتعين على المحكمة أن تبدي قرارها حول مسألة مدى تقصير الأمر في تنفيذ التزاماته وحقه المحتمل في استرداد مبلغ استعمال الضمان إذا ثبت فعلا بأن طلب هذا الأخير قد تم بشكل خاطئ .

تعتبر ممارسة حق الرجوع من الأمر ضد المستفيد نادرة على مستوى التجارة الدولية و خاصة إذا كان المستفيد شخصا أجنبيا .

كما أن تنفيذ هذه الممارسة من الناحية العملية يعد صعبا باعتبار أنه من الصعب الحصول على حكم قضائي أو قرار تحكيمي بإدانة المستفيد و إلزامه برد ما استوفاه دون وجه حق .

و تجدر الإشارة إلى أنه في حال اكتتاب الأمر لتأمين ضد خطر الطلب التعسفي للضمان، و بعد الوفاء به، يستطيع الرجوع ضد شركة التأمين لتعويضه عن المبالغ المدفوعة للمستفيد و الذي رفض إعادتها.

أما في حال عدم اكتتابه لأي تأمين يغطي الضمان، فليس للأمر سوى الرجوع مباشرة ضد المستفيد.

**2- رجوع الأمر ضد الضامن أو الضامن المقابل** يستطيع الأمر الرجوع ضد الضامن أو الضامن المقابل في حال الضمان المقابل إذا ما قام البنك بخضم مبلغ الوفاء من حسابه بعد أدائه لمصلحة المستفيد وذلك

في الحالات التالية :

<sup>1</sup> \_ المادة 646 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جريدة رسمية عدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.

<sup>2</sup> \_ خليل أحمد، أصول التنفيذ الجبري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 2000، ص 241.

<sup>3</sup> \_ سعد نبيل ابراهيم المرجع السابق، ص 144.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

- 1- إذا ثبت الوفاء بالضمان في حين كان يجب الإمتناع عن ذلك بسبب انقضائه .
  - 2- إذا أساء البنك تطبيق تعليمات الأمر بصدد إصدار الضمان .
  - 3- إذا ثبت الطابع التعسفي أو التدليسي لطلب الضمان، و في هذا الإطار يستلزم الأمر إثبات أن الطلب الصادر من المستفيد قد تضمن حيلة تدليسية أو تم بشكل تعسفي ظاهر للأعين، و ليس فقط الإكتفاء بإقامة الدليل على عدم تأسيس ذلك الطلب<sup>1</sup> .
- إنه وفي مجال المعاملات التجارية الدولية يكون الرجوع المحتمل للأمر عموما موجه ضد الضامن المقابل بسبب صعوبة رفع دعوى ضد الضامن من الدرجة الأولى عندما يكون أجنبيا، لكن قد يقوم البنك الضامن المقابل بتنفيذ التزامه بشكل منتظم جاهلا للطابع التعسفي لطلب الضمان المقابل، فهنا لا يوجد ما يمنع من الرجوع ضد الضامن من الدرجة الأولى، و للوهلة الأولى و في ظل غياب علاقة تعاقدية بين الطرفين قد تجد هذه الممارسة مصدرها من خلال المسؤولية التقصيرية و لكن في الواقع التزام الضامن بالوفاء إنما يتم بناء على طلب الضامن المقابل أخذا في الإعتبار دين الأمر، لذلك فالصلة بين هذا الأخير و الضامن من الدرجة الأولى و إن كانت غير مباشرة فيمكن مع ذلك اعتبارها ذات طبيعة تعاقدية تؤسس لأي رجوع محتمل من الأمر ضد ذلك الضامن<sup>2</sup> .
- ما يلاحظ بشأن ممارسة الأمر لحق الرجوع سواء قبل الوفاء أو بعده أن الغرض الجوهري منه إما إعاقة الوفاء بمبلغ الضمان مطلقا أو المطالبة بالإسترداد في حال الدفع الفعلي له، لذلك فقد أتاحت له القواعد العامة العديد من الإجراءات و الوسائل لتحقيق ذلك، غير أنها اصطدمت بخصوصية الضمان.

<sup>1</sup> \_ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 217.

<sup>2</sup> \_ SIMLER Philippe, Cautionnement et garanties autonomes, Op.Cit, p 909

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

### المبحث الثاني: أنواع الضمانات البنكية الدولية

يستهدف الضمان البنكي زرع الثقة و الإئتمان بين المتعاملين و تكريسا لذلك فقد عرفت المعاملات التجارية الداخلية منها و خاصة الدولية عدة أنواع من الضمانات التي يحتاجها العملاء لتسيير أعمالهم لا يمكن حصرها في أصناف محددة، لذلك اجتهد الفقه في محاولة لإدراجها ضمن تصنيفات معينة اختلفت هي الأخرى و تعددت بحسب الزاوية التي يصنف من خلالها الضمان، و من أمثلتها الضمان بمجرد الطلب الضمان المستندي، الضمان من الدرجة الأولى، الضمان المقابل، خطاب الإعتماد الضمان الجمركي الضمان الملاحى إلى غير ذلك من الضمانات الأخرى.

و نظرا لاستحالة حصرها يتم تقسيم أهم هذه الأنواع و أكثرها انتشارا و استخداما في مجال التجارة الدولية إلى فئتين أساسيتين: الفئة الأولى تضم أهم التصنيفات العامة للضمانات البنكية الدولية (المطلب الأول)، في حين تتضمن الفئة الثانية أهم التقسيمات الخاصة للضمانات البنكية الدولية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التصنيفات العامة للضمانات البنكية الدولية

تتعدد التصنيفات المقدمة بصدد الضمانات البنكية، وذلك بفعل الأشكال المختلفة التي تتخذها، حيث يتم تقسيمها إلى ضمانات مشروطة و ضمانات غير مشروطة من خلال صيغتها، و من حيث كيفية إصدارها إلى ضمانات مباشرة و غير مباشرة، و بالنظر إلى موضوعها تصنف إلى ضمانات تصدر لفائدة المستورد و ضمانات تصدر لصالح المصدر، و هو ما يعكس تنوعها في مجال الممارسة التجارية الدولية و اجتهاد الفقه في محاولة للإلمام بكافة هذه الأنواع، لذلك سيتم التركيز على أهمها أكثرها شيوعا من الناحية العملية، و هي تلك التي تنقسم بحسب شكلياتها (الفرع الأول)، و بحسب موضوعها أو محل الإلتزام المضمون (الفرع الثاني) و وفقا للكيفية التي يتم عن طريقها إصدار الضمان (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تصنيف الضمانات البنكية من حيث شكليات الإستعمال

استنادا إلى شروط إعمالها أو شكلياتها تصنف الضمانات البنكية إلى صنفين: ضمانات غير مشروطة أو كما تعرف بالضمانات بمجرد الطلب (أولا) ، و الضمانات المشروطة أو كما تسمى بالضمانات المستندية (ثانيا).

### أولا: الضمان بمجرد الطلب: La garantie à première demande

إن المصطلحات المستخدمة للتعبير عن هذا النوع من الضمانات عديدة، فمن الفقه من يعبر عنه بالضمان الآلي "Garantie automatique" كالفقيه Poullet Yves ، الضمان غير المشروط<sup>1</sup> "Garanties inconditionnelle"، الضمان غير المستندي، الضمان عند أول طلب "A première demande" بمجرد الطلب "Sur simple demande" حيث تعتبر الأكثر تداولاً وإجماعاً سواء من قبل

<sup>1</sup> - يسمى بغير المشروط لكونه يصدر خاليا من أي شرط مؤثر في طبيعته القانونية، أي لا يتوقف نقاده على إرادة البنك أو العميل ، بحيث يتعهد البنك بالوفاء عند أول طلب من المستفيد ( انظر طليان محمد حسين صالح المرجع السابق، ص 46).

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

الفقه أو القضاء<sup>1</sup>، كما تولت القواعد الموحدة للضمانات المستقلة تحديد المقصود به ينقسم الضمان بمجرد الطلب إلى نوعين :

أ- **الضمان بمجرد الطلب البسيط : Garantie a première demande simple** يقصد به ذلك العقد الذي يتعهد بموجبه بنك أو مؤسسة مالية، بطلب من العميل الأمر المصدر، بالوفاء لمصلحة شخص آخر يسمى المستفيد المستورد ، بمبلغ محدد في الضمان بناء على طلب بسيط منه، و بشكل غير مشروط .

ما يميز هذا النوع أن المستفيد لا يكون ملزماً بإثبات عدم التنفيذ أو التنفيذ السيء من الأمر للعقد التجاري الذي أصدر الضمان لأجله، كما يحق له مطالبة الضامن بتنفيذ التزامه بدون تبرير الأسس الموضوعية لطلبه، و يكون مستقلاً في ذلك عن كل الاعتراضات التي قد يقدمها الأمر وحتى الضامن أو أي شخص آخر، فالأمر يتوقف هنا على إرادته في طلب الضمان، و ما على الضامن سوى التنفيذ .

ب- **الضمان بمجرد الطلب المبرر : Garantie à première demande justifiée** لقد نشأ هذا النوع من الضمانات في إطار النظام الإنجلوساكسوني، و المقصود به وجوب إفصاح المستفيد عند طلبه للضامن عن الأسباب المبررة لذلك بدون أن يكون ملزماً بإثبات صحتها أو دقتها و لا حتى شرعية طلبه للضامن .

إذن فالمستفيد مطالب بإبداء سبب أو أسباب معينة كعدم تنفيذ العقد الأصلي أو التنفيذ المعيب له و ذلك في شكل تصريح يقدم للضامن، دون أن يكون لهذا الأخير سلطة تقييم مدى صحة إدعاءات المستفيد، مع الإشارة إلى أن التبرير هنا ليس له تأثير على الضمان في كونه و بشكل مطلق ضماناً مستقلاً، فهو مجرد تبرير شكلي لبيان أسباب المطالبة بالوفاء بقيمة الضمان .

### ثانياً الضمان المستندي **Garantie documentaire** :

إذا كان الأصل يتمثل في لجوء الأطراف إلى الضمان بمجرد الطلب، فلا يوجد ما يمنع من اتفاهم على تقييد المستفيد بمجموعة من المستندات مخصصة ليس لإثبات و إنما فقط لتأسيس طلبه، و بمقابل ذلك يلتزم البنك الضامن قبل قيامه بالوفاء بالتحقق من التطابق الظاهر و الواضح للمستندات المقدمة عند طلب الضمان مع ما كان مطلوباً وفقاً لشروط هذا الأخير، و من أمثلتها :

1- تصريح بسيط مكتوب من قبل المستفيد يوضح من خلاله إخلال الأمر بالتزاماته .

2- بيان تفصيلي من المستفيد يتضمن توضيحاً حول طبيعة الإختلالات و العيوب الملاحظة .

3- تقارير خبراء شهادات التي تثبت مثلاً سوء استخدام المعدات أو عدم تحقيق نتيجة معينة .

4- قرار تحكيمي أو قضائي نهائي مثبتاً لعجز الأمر<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> \_ BANIHACHEMI Seyed-Moslem, La garantie à première demande dans les contrats internationaux, Thèse de doctorat en droit international, Faculté de droit et sciences économique, Université de Montpellier 1, 1988, p 6.

<sup>2</sup> \_ KLEIN-CORNEDE Joanne, Op. Cit, p 20

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

إنه وفي حال تقديم تصريح بسيط من المستفيد عند طلبه الضمان، فهذا الأخير و إن كان مستنديا فهو كذلك يعادل الضمان بمجرد الطلب، فالبنك لا يفحص سوى المطابقة الظاهرية للتصريح، أما إذا تعلق الأمر بتصريح مفصل مقدم فهو وكيف بطلب مبرر و لكنه يتعلق فقط بتدعيم المستفيد لطلبه محددًا طبيعة النقائص المسجلة من قبله، كما يسمح فيما بعد للأمر بتصحيح أخطائه أو نفي كافة تلك الحجج أو الإدعاءات أمام القضاء بغية إبراز الطابع التعسفي لذلك إن اقتضى الأمر ذلك .

و في الواقع تعتبر القرارات التحكيمية أو القضائية ضد الأمر و المثبتة لعجزه و تقصيره، الوثائق الوحيدة التي تمكن فعلا من استبعاد فكرة لجوء المستفيد إلى طلب غير مشروع أو تدليسي للضمان باعتبارها قرارات صادرة عن جهات رسمية و محايدة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تصنيف الضمانات البنكية من حيث محل الإلتزام المضمون

تقسم الضمانات البنكية المستقلة بالنظر إلى موضوع أو محل الإلتزام المضمون إلى ضمانات صادرة لمصلحة المستورد و هي على أنواع عدة سيتم التركيز على أهمها و أكثرها استخداما كضمان التعهد، ضمان حسن التنفيذ، وضمان ردّ التسبيقات (أولا) ، وكذلك ضمانات صادرة لمصلحة المصدر تتمثل أساسا في ضمان الوفاء، وخطاب الإعتماد أو رسالة القرض (ثانيا).

### أولا : الضمانات البنكية الصادرة لفائدة المستورد

تمكن هذه الضمانات المستورد من التأكد من حسن سيرورة العمليات التجارية، حيث تتضمن أهم الأنواع التالية :

أ- **ضمان التعهد** : Garantie de soumission و يسمى كذلك بالضمان الإبتدائي أو ضمان العطاء أو ضمان العرض Garantie d'offre حيث يصدر بناء على طلب عميل البنك لفائدة جهة تعلن عن مناقصة عامة أو محلية، باعتبار أن من شروط قبول العطاء في المناقصة<sup>2</sup> ضرورة اقترانه بضمان جدية المشترك، و تحدد قيمته بمبلغ معين من قيمة العطاء، لمدة قصيرة لا تتجاوز أشهرا معدودة، لينتهي إذا لم يرسو المزاد على مقدم الضمان ، و منطقيا كذلك بتمام التعاقد بين الأطراف أي بإبرام الصفقة<sup>3</sup> .

إن قيام مقدم العطاء بتقديم هذا النوع من الضمانات يشكل إعلانا من جانبه عن جديته في الدخول المناقصة والعمل على تنفيذها بحسب شروط الإتفاق مع الجهة المستفيدة، فالغرض الأساسي هنا هو ضمان عدم تراجعها و الإطمئنان إلى إتمامه لعملية التعاقد و عدم العدول عنها، فإذا لم ترسو عليه المناقصة له استرداد الضمان و إن رست عليه و امتنع عن توقيع العقد أو لم يقدم الضمانات المطلوبة يكون من حق الجهة صاحبة المناقصة أن تصادر قيمة الضمان .

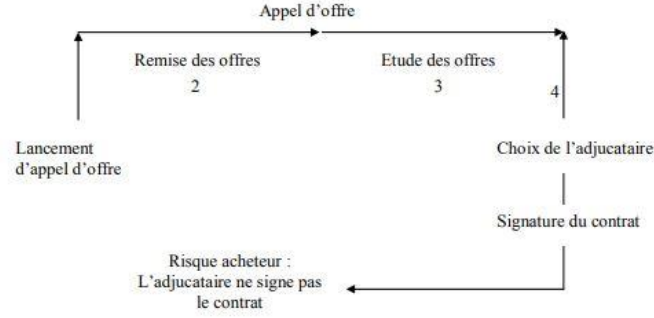
<sup>1</sup> \_ طليان محمد حسين صالح المرجع السابق، ص 47-48.

<sup>2</sup> \_ المناقصة دعوة للتعاقد تعلنها الإدارة المتعاقدة وفقا لأشكال و شروط محددة، و يقع الإختيار على أفضل عرض طبقا للشروط

التقنية و المالية المقررة لإبرام العقد ( انظر عشي علاء الدين مدخل للقانون الإداري، دار الهدى الجزائر، 2012، ص 300).

<sup>3</sup> \_ SAMAR Nasreddine, Op.Cit, p 50.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية



1

Figure 1: Garantie de soumission

ب- **ضمان حسن التنفيذ : Garantie de bonne exécution ou de bonne fin** يقصد بضمان حسن التنفيذ إلزام المورد بتنفيذ كافة التزاماته بحسب ما ورد في العقد المبرم ، فهو ضمان من الشركة المتعاقدة باحترامها و تقيدتها بالتعهدات المشترطة في العقد في الآجال المحددة، وتبلغ قيمته نسبة معينة من العقد.

يعتبر ضمان حسن التنفيذ من بين أهم الضمانات و خاصة بالنسبة لصفقات الإنشاء و الخدمات فهي تغطي كافة المخاطر الناتجة عن عدم التنفيذ أو التنفيذ السيء أو عدم احترام الآجال . و بالتالي فهذا النوع من الضمانات يتضمن أهم النقاط التالية :

1-ضمان حسن تنفيذ العقد في كافة مراحلها و تأمين وضع الجزاءات التعاقدية المحددة، و ذلك لفائدة المشتري .

2-تبيان المرحلتين التاليتين بشكل أساسي و هما التسليم المؤقت و التسليم النهائي في حال زوال الضمان بصورة نهائية و عدم تعويضه بضمان آخر .

3-إمكانية استمرارية الضمان لفترة أطول من مدة العقد .

4-يمكن إسناد مهمة التصديق على النتائج الحسنة المحققة في المراحل الحاسمة و الحساسة من العقد إلى الغير .

5-يختلف مبلغ هذا الضمان من دولة إلى أخرى، فهو عادة يتحدد ما بين 5 إلى 10% من قيمة العقد، كما يمكن أن يمتد أكثر من ذلك<sup>2</sup> .

ووفقا لقانون الصفقات العمومية يقصد بضمانات حسن التنفيذ ومنها المقدمة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب تلك الضمانات النقدية المغطاة بموجب كفالة مصرفية صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى .

<sup>1</sup> \_ معاشو عمار الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي و

العلاقات الدولية، جامعة الجزائر 1999، ص 163.

<sup>2</sup> \_ DELACOLLETTE Jean, Les contrats de commerce internationaux, 3me édition, De Boeck et larciers.a, Bruxelles, 1996, p 155.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

هذا و يمكن إعفاء المتعامل من تقديم هذا الضمان إذا لم تتعد مدة تنفيذ الصفقة أجل 3 أشهر<sup>1</sup>.  
ج- ضمان ردّ التسبيقات: Garantie de restitution d'acompte هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة .

لقد أجاز القانون للجهات المختصة أن تصرف دفعات مقدمة أو تسبيقات لمن رسا عليه العطاء من المتعهدين إذا كانت موارده المالية لا تسمح له بإنجاز ما هو مطلوب منه، في مقابل تقديمه لضمان بنكي لرد تلك المبالغ في المدة المحددة، ويشترط فيه أن يتساوى مبلغه مع قيمة الدفعات المقدمة، بدون أي قيد أو شرط يفرغه من مضمونه<sup>2</sup> .

و بذلك ف ضمان رد التسبيقات يشكل تأمينا للمستورد ، بموجبه يلتزم البنك بالتعويض الكلي أو الجزئي للتسبيق المدفوع في حال عدم وفاء المورد بكل أو جزء من التزاماته، فهو بالتالي يمثل ضمانا للتعويض وليس تعويضاً عن ضرر .

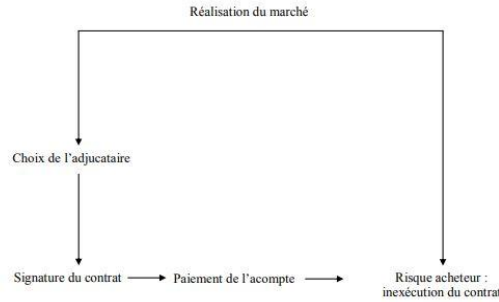


Figure 2 : Garantie de restitution d'acompte -garantie a demander avant le paiement de l'acompte

و بالنسبة لمبلغ الضمان تحدده المادة 133 من قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام بالتفصيل حيث يحدد بنسبة تتراوح بين 5 و 10% من مبلغ الصفقة تبعا لدرجة أهمية الخدمات الواجب تنفيذها وطبيعتها، ويمكن استبدال هذا الضمان عندما يكون مطلوبا وكذلك في حال الاستلام المؤقت للصفقة، باقتطاع عن حسن التنفيذ، قيمته تساوي قيمة الضمان على أن يسترجع في مدة شهر ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، كما تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت للصفقة إلى كفالة ضمان عندما تنص الصفقة على أجل للضمان<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> \_ المادة 130 ف 3 من قانون تنظيم الصفقات العمومية و تقويضات المرفق العام.

<sup>2</sup> \_ طلبان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 98.

<sup>3</sup> \_ المادة 131 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

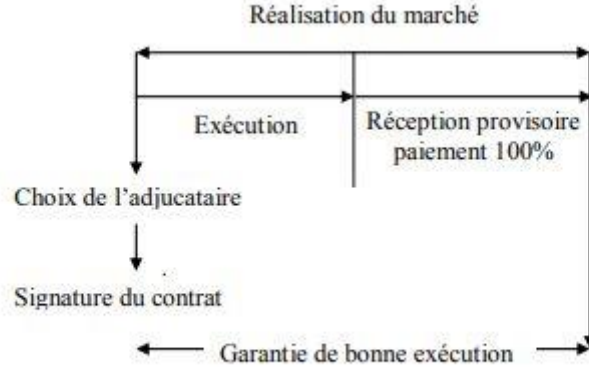


Figure 3: Garantie de bonne exécution

### ثانيا : الضمانات البنكية الصادرة لفائدة المصدر

يستطيع المصدر أن يطلب من زبونه تقديم ضمانات لمصلحته و ذلك بغرض تغطية المخاطر التي قد يتعرض لها، وتتمثل أهمها في :

أ- **ضمان الدفع : Garantie de paiement** : قد يطلب المصدر من المستورد تأجيل دفع مبلغ الصفقة لتاريخ لاحق أو دفعه بأقساط منتظمة مقابل تقديم هذا الأخير لضمان دفع تقاديا لعجزه عن السداد، ويتم ذلك بتعهد بنك المستورد بتسديد قيمة الصفقة في آجال استحقاقها إذا ما عجز عميله عن ذلك. و يسري مفعوله إلى حين التأكد من تسديد المبلغ المطلوب .

و لوضع هذا النوع من الضمانات قيد التنفيذ يستلزم الأمر تقديم المصدر لمستندات أو وثائق مثبتة لعدم تمكن المستورد من الوفاء و الدفع و أخرى موضحة لتنفيذه كافة التزاماته المتعهد بها تجاه المستورد ، مع العلم بأن قيمة الضمان تغطي مبلغ الصفقة بأكمله<sup>1</sup> .

بالتالي فضمان الدفع يؤمن الوفاء بالتوريدات أو الخدمات المقدمة، فالمستورد يعطي أمرا لبنكه لإصدار ضمان بمجرد الطلب لفائدة المصدر في حال عدم تحصل هذا الأخير على مقابل أدائه، إذ يعتبر استخدامه شائعا في عمليات شراء مستندات التصدير Operation de forfaitage، حيث تفرض البنوك والمؤسسات المالية الحصول على الديون أو المستحقات على الأجنبي إذا لم يشترط أن يكون الضمان بمجرد الطلب و بموازاة ذلك يوفر هذا النوع من الضمانات حماية أقل، إذ أن مجرد ادعاء أو طلب مكتوب من المصدر تكفي للدفع له، فالمستورد يكون أمام خطر الزامية الدفع حتى و لو كانت البضاعة المرسله غير مطابقة لما تم الإتفاق عليه في العقد، و من فقدانه إذا كان قد وفى بقيمة تلك البضاعة<sup>2</sup> .

ب **خطاب الإعتماد : Lettre de crédit stand-by** و يسمى كذلك برسالة القرض كترجمة حرفية للتسمية باللغة الأجنبية .

<sup>1</sup> \_ يوكونة نورة، المرجع السابق، ص173.

<sup>2</sup> \_ ROSSI Tuto, Op.Cit, p 95-96.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

لقد تطور هذا الضمان على شكل "Stand-by letters of credit" ، و يكثر استعماله في البلدان المنشئة له كالولايات المتحدة الأمريكية، إذ يعتبر نتاجا خالصا للبنوك الأمريكية، وذلك في سبيل استبعاد التنظيم الذي يمنعها من إصدار كفالات بنكية تقليدية و البحث عن وسيلة بديلة، لذلك قررت استخدام الشكل الخارجي للإعتماد المستندي مع تعديل في روحه أي مضمونه و أسسه لوضع ضمانات كيفة ب Stand-by فهي من ضمانات التعويض و الدفع التي لا تسري إلا في حال عدم تنفيذ الإلتزامات المغطاة<sup>1</sup>.

وبالنسبة للنظام القانوني الفرنسي، يعتبر القرار الصادر عن محكمة استئناف فرساي في 24 ماي 1991 قرارا مرجعيا باعتباره أول قرار قضائي صادر في فرنسا يستعرض تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لخطاب الإعتماد Stand-by حيث كيفة بالضمان البنكي المستقل المصدر في شكل اعتماد مستندي، ذو طبيعة مستندية، يتضمن التزاما بنكيا مستقلا و غير مشروط بدفع مبلغ معين خلال مدة محددة، في حال عدم الوفاء أو عدم تنفيذ الإلتزامات المحددة في العقد الأصلي، مقابل التزام المستفيد بتقديم المستندات المطلوبة .

### المطلب الثاني: التصنيفات الخاصة للضمانات البنكية الدولية

تتخذ الضمانات الدولية بعض الأشكال و التصنيفات الخاصة و التي تستلزمها المعاملات التجارية الدولية كالضمانات الجمركية التي تشترط مصلحة الجمارك على أصحاب البضاعة<sup>2</sup> المستوردة تقديمها ضمانا لما يستحق عليها من رسوم و ضرائب لفائدة الخزينة العمومية و هي في الواقع على أنواع عدة، إضافة إلى تلك الضمانات التي تتخذ شكلا معينا بالنظر إلى مكان تواجد البنك مصدرها .

لذلك يمكن تصنيف الأشكال الخاصة من الضمانات البنكية الدولية إلى صنفين ضمانات بنكية من حيث غرضها (الفرع الأول)، و ضمانات من حيث موطن البنك مصدرها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تصنيف الضمانات البنكية من حيث الغرض

استنادا إلى الهدف المبتغى منها، توجد الضمانات البنكية على نوعين: ضمانات جمركية تقدم لمصلحة الجمارك للإستفادة من الأنظمة الجمركية وما تتيحه من تسهيلات (أولا)، و ضمانات ملاحية و هي تلك التي تصدر لمصلحة الوكيل الملاحى كوسيلة لتجنب ما قد يتحمله المستورد من أعباء إضافية نتيجة انتظاره لوصول مستندات شحن لاستلام بضاعته (ثانيا).

<sup>1</sup> \_ Klein-CORNEDE Joanne, Op. Cit, p 22.

<sup>2</sup> \_ البضاعة هي كل منتج و شيء قابل للتداول و التملك سواء كان تجاريا أو غير تجاري و ذلك حسب تعريف المادة 5 فقرة ج من القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 ، يتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم بالقانون رقم 17-04 المؤرخ في 16 فيفري 2017، جريدة رسمية عدد 11، الصادرة في 19 فيفري 2017.

### أولاً: الضمان الجمركي

إن الإستيراد يؤدي عادة إلى دفع الحقوق الجمركية، فالهيئات الجبائية في دولة المستورد تجد الغالب في قوانينها الوطنية الحق في متابعة المستورد لاستيفاء تلك الحقوق في حال تقصير أو عجز الناقل المرسل أو المصدر ، و هو الخطر الذي تتم تغطيته من خلال هذا النوع من الضمانات .

و قد عبر المشرع عن ذلك في المادة 117 من قانون الجمارك باشتراطه زيادة على التصريح المفصل بالبضاعة أو البضائع ، وجوب تقديم كفالة ضمانا للوفاء في الأجل المحددة بالبضاعة الموضوعة تحت نظام جمركي اقتصادي أي للنظام الذي يسمح و يمكن من تخزين البضائع<sup>1</sup> وتحويلها و استعمالها أو تنقلها كنظام المستودعات الجمركية، نظام نقل البضائع على طول الساحل<sup>2</sup> ، مع خضوع هذه الكفالة لاعتماد قابض الجمارك، كما توضح المادة 119 بأن الهدف من الكفالة هو ضمان مبلغ الحقوق و الرسوم و تحصيل كافة الغرامات المحتملة الناتجة عن الإخلال بالإلتزامات المكتتبه و المتعهد بها .

و يتخذ الضمان الجمركي عدة أشكال، تنتوع بحسب العمليات المالية أو الأنظمة التي يستهدف عن طريقها توفير أكبر سيولة نقدية ممكنة، و الحفاظ على الرسوم والضرائب المستحقة، إضافة إلى الزيادة في حجم العمليات التجارية و تكمن أهم هذه الأنواع فيما يلي :

أ- **ضمان الإيداع : Garantie de dépôt**: تلجأ مصلحة الجمارك إلى إلزام صاحب بضاعة بتقديم ضمان بنكي يكفل ما يستحق على بضاعته من رسوم إيداع عن المدة الزمنية التي يحتمل أن تظل فيها داخل المستودعات و ذلك نظرا للفارق الزمني الذي قد تستغرقه بعض البضائع بين وصولها ثم إعادة تصديرها بعد ذلك إلى وجهة معينة<sup>3</sup> .

و يعبر القانون عن هذا النوع من الأنظمة الجمركية بعبارة المستودع الجمركي، و هو النظام الذي يتم وفقا له تخزين البضاعة في المحلات المعتمدة من قبل إدارة الجمارك مع وقف لكافة الحقوق و الرسوم و تدابير الحظر الإقتصادية، كل ذلك تحت المراقبة الجمركية، طبقا للمادة 129 من قانون الجمارك<sup>4</sup> .

و تتمثل البضائع المقبولة في نظام الإيداع حسب المادة 129 مكرر 1 من قانون الجمارك في :

- 1- البضائع المستوردة أو الموضوعة في نظام جمركي آخر .
- 2- البضائع و الأكياس و الحاويات المتأتية من السوق الداخلية و التي يستهدف استخدامها في معالجة البضائع المستوردة أو الموضوعة في نظام جمركي آخر .

<sup>1</sup> \_ المادة 61 من قانون الجمارك.

<sup>2</sup> \_ طليان محمد حسين صالح المرجع السابق، ص53.

<sup>3</sup> \_ يقصد بالمراقبة حسب مفهوم قانون الجمارك كل التدابير المتخذة لضمان مراعاة و احترام القوانين و التنظيمات المعمول بها، و

التي تتولى و تتكفل الإدارة الجمركية بتطبيقها ( انظر المادة 4 من قانون الجمارك)

<sup>4</sup> \_ والتي تم تعديلها بموجب القانون رقم 8-10 المؤرخ في 22 أوت 1998 المعدل و المتمم للقانون رقم 79-107 المتضمن قانون الجمارك، جريدة رسمية عدد 61 الصادرة في 23 أوت 1998، معدل و متمم

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

3-البضاعة الآتية من السوق المحلية و الموجهة للتصدير، و التي يتم تعيين قائمة بها بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و وزراء القطاعات المعنية .

4-البضاعة المستوردة من طرف متعامل غير مقيم و الموجهة للوضع تحت الأنظمة الجمركية المرخص بها .

و قد حددت مهلة سنة واحدة كمدة زمنية مقررة لمكوث البضاعة في المستودع، مع إمكانية تمديدتها من طرف إدارة الجمارك بشرط أن تكون حالتها جيدة و الظروف أو الأسباب التي تستدعي ذلك<sup>1</sup>.  
ومنطقياً عند إعادة شحن البضاعة للخارج ينتهي الغرض من الضمان المقدم لتتم إعادته إلى البنك المصدر، وبافتراض عدم التزام العميل صاحب البضاعة بإعادة شحنها تتم مصادرة قيمة الضمان كما لا يمنح التصريح اللازم لعرض بضاعته للبيع بالداخل<sup>2</sup>.

ب- **ضمان السماح المؤقت** : Garantie d'admission temporaire يقصد به ذلك الضمان المقدم المصلحة الجمارك يتضمن قيمة الضرائب والرسوم المستحقة على البضائع المستوردة، والغاية من ذلك هو السماح المؤقت بدخولها إلى البلاد بقصد إعادة تصديرها فيما بعد .

بعبارة أخرى وفقاً لنظام السماح المؤقت يتم الترخيص لمواد أولية بدخول البلاد بهدف تصنيعها أو دخول الأصناف المستوردة لإصلاحها أو تكملة صنعها أو حتى بعض الآلات أو الممتلكات الشخصية المخصصة للإستخدام الشخصي من قبل أجناب بصفة مؤقتة أين يتم إعفاؤها من الرسوم الجمركية المستحقة عليها في مقابل تقديم ضمان بنكي لفائدة إدارة الجمارك بقيمة تلك الرسوم .

و قد حددت المادة 171 مكرر من قانون الجمارك بأنه و باستثناء تلك المنصوص عليها في المادة 171 منه توضع المنتجات المستوردة عند دخولها المصنع الخاضع للمراقبة الجمركية إما تحت نظام العرض للإستهلاك أي أن يتم توجيهها للإستهلاك المحلي، أو تحت نظام القبول المؤقت، و إعماله يسمح بالقبول في الإقليم الجمركي لتلك البضائع المستوردة لغرض معين و المخصصة لإعادة تصديرها خلال مدة محددة مع وقف الحقوق و الرسوم المستحقة، وذلك إما على حالتها دون أن تطرأ عليها أية تغييرات أو من أجل تحسين صنعها أي تعرضها للتحويل أو التصنيع أو المعالجة الإضافية أو التصليح .

أما فيما يتعلق بالمدة التي تظل فيها البضائع تحت نظام السماح المؤقت، فيتم تحديدها في الترخيص بالقبول المؤقت الذي تقدمه إدارة الجمارك لصاحب هذه البضائع و ذلك بحسب المدة اللازمة للقيام بالعمليات التي استوردت من أجلها، مع منح إدارة الجمارك إمكانية تمديد المدة بناء على طلب بذلك من المستفيد و لأسباب منطقية ومقبولة .

<sup>1</sup> \_ المادة 133 / ف 2 من قانون الجمارك.

<sup>2</sup> \_ طلبان محمد حسين صالح المرجع السابق، ص 53.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

و بذلك تعتبر عملية إعادة تصدير البضائع Réexportation بعد تنفيذ العقد وجوبية و إلا ترتب على الإخلال بها أن تصبح الرسوم و الحقوق المقررة مستحقة الأداء، ف ضمان السماح المؤقت يطلب من قبل المؤسسات الأجنبية، و يمنح وفقا لنموذج جمركي مناسب<sup>1</sup> .

و يستهدف نظام السماح المؤقت بالنسبة للمستوردين توفيراً للضرائب والرسوم عن المواد المستوردة و التي كانوا سيدفعونها، و بالتالي يمكنهم ذلك من استثمار تلك المبالغ في الصناعة حتى تتم إجراءات تحويل المواد الأولية و إعادة تصديرها إلى الخارج، ثم استرداد الضريبة الجمركية عنها، كما يرمي إلى تشجيع التصدير والتجارة الخارجية<sup>2</sup> .

**ج- ضمان تيسير التخليص على البضائع : Garantie d'enlèvement en douane :** تنص

المادة 109 من قانون الجمارك على أنه لا يجوز لإدارة الجمارك أن تمنح رخصة لرفع البضائع إلا بعد الدفع المسبق للحقوق و الرسوم المستحقة أو إيداعها أو ضمانها .

و يفهم من ذلك أنه يمكن لصاحب البضاعة بغية منحه رخصة لرفعها دون انتظار تحديد الرسوم و الضرائب الواجبة و الغرامات المحتملة، أن يقدم ضماناً مصرفياً يكفل سداداً لهذه المبالغ، ليتم الإفراج عنها من قبل إدارة الجمارك و خاصة إذا كانت تلك البضاعة لا تتحمل البقاء لفترة طويلة في المنطقة الجمركية .

و بالتالي ف ضمان تيسير التخليص على البضاعة يخص ضمان كل من مبلغ الحقوق و الرسوم التأكد والغرامات الناتجة عن عدم احترام الإلتزامات المكتتبة، لتقوم إدارة الجمارك بعد من احترام الإلتزامات المكتتبة و في أجل لا يتعدى شهرين بتسليم سند إبراء لصاحب البضاعة كما تمنح حسب الحاجة إما رفع اليد عن الضمان أي إعادة الضمان للبنك أو القيام بإرجاع الحقوق و الرسوم المودعة<sup>3</sup> .

إن هذا النظام يحقق في الواقع فائدة كبيرة للمستورد حيث يساهم في التخفيض من الرسوم المستحقة للمستودعات الجمركية في حال إطالة مدة مكوث البضاعة بها، كما يساعده على تلبية احتياجات عملائه من البضائع في مواعيدها المحددة دون انتظار تقدير قيمة الرسوم الواجب دفعها.

---

<sup>1</sup> HOUCHI Fatima, Les opérations du commerce extérieur : environnement international et financement- pratique du crédit documentaire par la BDL, Mémoire pour l'obtention du Magister en Sciences Economiques, Option Monnaie-Finance-Banque, Faculté des Sciences Economique, commerciales et de la gestion, Université Mouloud Mammeri, TIZI OUZOU, Sans mentionner l'année, .p 105

<sup>2</sup> \_ طليان محمد حسين صالح المرجع السابق، ص 54.

<sup>3</sup> \_ المادة 121 ف 1 من قانون الجمارك.

### ثانياً: الضمان الملاحي

يقع على المصدر البائع عبء إعداد البضاعة استعداداً لإرسالها إلى المستورد المشتري و تسليمه إياها، و في سبيل ذلك يسعى جاهداً لاتخاذ كافة الإجراءات الخاصة بتسليمها إلى الناقل و إتمام كل المستندات اللازمة تقادياً لأية مشاكل، و التي تتعلق خصوصاً بإرسال البضاعة بدون مستندات شحنها مما يلحق أضراراً بالمستورد الذي يحرم تبعاً لذلك من استلامها فور وصولها مما يعرضها لاحتمالات تغير الأسعار في السوق و احتمال ارتباطه بمواعيد محددة مع عملائه لتسليمها أو ضياع فرص استعمالها، إضافة إلى تحمله أعباء إضافية نتيجة تخزينها لفترة طويلة في المنطقة الجمركية، و تقادياً لكل هذه العوائق يلجأ المستورد أو المرسل إليه إلى استصدار ضمان مصرفي و تقديمه إلى الوكيل الملاحي أي و كـيل شركة الملاحة للميناء، يتضمن التزام البنك بتسليم سند الشحن<sup>1</sup> عند وصوله إلى المستورد مباشرة إلى شركة الملاحة، مع التعهد بدفع التعويضات المحتملة ضد الناقل في حال تسليمه للبضاعة لغير الحامل الشرعي للسند ، ليقوم بناء على ذلك الوكيل بمنحه إذناً بالتسليم، و يعاد الضمان بعد وصول بوليصة أو وثيقة الشحن و تقديمها للوكيل، مع الإشارة إلى أن البنك لا يحصل على عمولة إصدار الضمان بل فقط على رسم الطابع<sup>2</sup> .

و في هذا الإطار يجب التفرقة بين حالتين :

- 1- الحالة الأولى:** و هي أن يكون البنك مصدر الضمان الملاحي قد قام بفتح اعتماد مستندي للعميل المستورد، فهنا البنك لا يطلب غطاء نقدي للضمان و إنما يحصل على إقرار منه أي من العميل على قيامه بخصم المبلغ من حسابه أو من أية أموال أخرى له لدى البنك إذا قام هذا الأخير بسداده .
- 2- الحالة الثانية:** إذا لم يفتح البنك اعتماداً مستندياً، فإنه يشترط على العميل إيداع غطاء نقدي كامل للضمان قبل إصداره<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> \_ وثيقة أو سند الشحن البحري Le connaissance هو تلك الوثيقة التي يصدرها الناقل البحري إلى الشاحن عند استلام البضاعة منه بناء على طلبه، و تزداد أهميتها عند اختلاف الشخص المرسل للبضاعة أي الشاحن عن الشخص الذي يتسلمها من الناقل أي المرسل إليه. ( انظر بسعيد مراد عقد النقل البحري للبضائع وفقاً للقانون البحري الجزائري و الإتفاقيات الدولية رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2011-2012، ص (38).

<sup>2</sup> \_ الأشهب نوال عبد الكريم، التجارة الدولية، دار المنهل للطباعة والنشر، لبنان، 2015، ص 181.

<sup>3</sup> \_ طليان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 51.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

إن الضمان الملاحي قد لا يتضمن تحديدا لقيمة أو مبلغ معين، كما لا يتحدد بمدة معينة، و في هذه الحالة يعتبر بمثابة إقرار بالتعويض يقدمه المستفيد المرسله إليه البضائع إلى الوكيل الملاحي في حال وصولها بدون سند أو بوليصة الشحن، وتجسد رغبته في تسلمها من الشركة الملاحية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تصنيف الضمانات البنكية من حيث موطن البنك

تتقسم الضمانات البنكية بالنظر إلى موطن البنك مصدرها إلى صنفين، فقد تصدر عن بنك محلي بناء على طلب عميله المحلي فتسمى عندئذ بالضمانات البنكية الداخلية أو كما تعرف كذلك بالمحلية (أولا)، أما إذا كانت صادرة عن بنك محلي بناء على طلب بنك أو فرع خارجي و على مسؤوليته الكاملة فهي تجسد صورة الضمانات البنكية الخارجية أو الأجنبية (ثانيا).

### أولاً: الضمان البنكي المحلي

يقصد بالضمان البنكي المحلي ذلك الذي يصدر عن بنك محلي بناء على طلب العميل المحلي أو داخل إقليم الدولة لصالح المستفيد منها المقيم داخل البلاد التي يوجد فيها موطن البنك<sup>2</sup>.  
تتعدد و تختلف أنواع الضمان البنكي المحلي حسب النشاطات المتعددة ومنها ضمانات الصفقات العمومية كالضمان الإبتدائي، الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ، ضمان ردّ التسبيقات، الضمانات الجمركية بمختلف أشكالها كضمان الإيداع، ضمان السماح المؤقت، ضمان التخليص على البضاعة، و الضمانات الملاحية في غياب سند الشحن إلى غير ذلك من التصنيفات .

### ثانيا : الضمان البنكي الأجنبي

الضمان البنكي الأجنبي هو الذي يصدر بناء على طلب عميل غير مقيم لمصلحة مستفيد مقيم<sup>3</sup>، أو بطلب من عميل مقيم لفائدة مستفيد غير مقيم<sup>4</sup>.  
لذلك واعتمادا على مكان تواجد المستفيد يتخذ هذا الضمان صورتان صورة الضمان لمصلحة المستفيد المقيم و الضمان لمصلحة المستفيد غير المقيم .  
أ- الضمان البنكي لمصلحة مستفيد مقيم و هو الضمان الذي يصدره البنك بناء على طلب عميله الأجنبي المقيم في الخارج لصالح مستفيد مقيم داخل الدولة، و ذلك في مجال المناقصات و المزادات .

<sup>1</sup> \_ حمدي عبد العظيم، دراسات في الإقتصاد الإسلامي: خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، المجلد 13 المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، 1996، ص21.

<sup>2</sup> \_ العكلي عزي، المرجع السابق، ص453.

<sup>3</sup> \_ يقصد بالشخص المقيم في الجزائر حسب الفقرة 1 من المادة 125 من قانون النقد و القرض، كل شخص طبيعي أو معنوي يتواجد المركز الرئيسي لنشاطه الإقتصادي في الجزائر .

<sup>4</sup> \_ ووفقا للفقرة 2 من المادة 125 من قانون النقد و القرض الشخص غير المقيم هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقع المركز الرئيسي لنشاطه الإقتصادي خارج الإقليم الجزائري .

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

ونظرا لكون العميل شخصا أجنبيا مقيما في الخارج، فالبدیهي أن يلجأ إلى بنكه طالبا منه إصدار ضمان لفائدة المستفيد المقيم، و لكن بمقابل ذلك هذا الأخير يجهل ذلك البنك و كيفية التعامل معه مما قد ينتج حالة من التردد و انعدام للثقة، و لذلك يتم اللجوء :

1- إما لإصدار ضمان من البنك الأجنبي و إرساله إلى البنك المحلي الذي يتعامل معه ليتولى تسليمه إلى المستفيد، و يتم ذلك في حال اشتراط هذا الأخير على العميل الأجنبي أن يكون الضمان صادرا عن البنك المحلي حتى تسهل عليه عملية استيفاء قيمة الضمان .

2- أو أن يطلب البنك الأجنبي من البنك المحلي إصدار الضمان نيابة عنه و بناء على طلب العميل لفائدة المستفيد المقيم بمقابل التزام البنك الأجنبي تجاه البنك المحلي بتحمل كافة النفقات التي يتحملها هذا الأخير نتيجة إصداره للضمان و بمجرد الطلب وذلك من خلال إصداره للضمان المقابل .

و طبقا للمادة 3 من النظام رقم 02-93 المتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل، يستطيع البنك المحلي الوسيط المعتمد أن يصدر ضمانا بناء على طلب عميل غير مقيم لفائدة مستفيد مقيم بموجب الإلتزامات المتخذة في الجزائر، دون الحاجة في ذلك إلى ترخيص من بنك الجزائر .

أما إذا كان إصدار الضمان من بنك محلي بناء على طلب بنك أجنبي لمصلحة مستفيد مقيم فيشترط أن يكون بنكا أجنبيا من الدرجة الأولى، و أن يتعهد بموجب ضمان مقابل يصدره لفائدة البنك المحلي الوسيط<sup>1</sup>.

ب- الضمان البنكي لمصلحة مستفيد غير مقيم: يقصد به تقديم ضمان لشخص طبيعي أو معنوي أجنبي طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها و خلال المدة المحددة .  
و يشترط لذلك :

1- الحصول على موافقة الإدارة العامة للنقد باعتباره يمثل التزاما قد ينشأ عنه تحويل عملات أجنبية للخارج أي أنها تتعلق بمسائل الصرف والتي يجب إخضاعها للرقابة .

2- إبلاغ المستفيد الأجنبي بهذا الضمان عن طريق إحدى البنوك الخارجية في بلده، و في هذه الحالة إما أن يضيف البنك الأجنبي تعزيزه على الضمان و يتقاضى عنه عمولة إصدار طبقا للأسعار السائدة لديه، أو أن يكتفي البنك المحلي بتكليف البنك الأجنبي بإصدار الضمان طبقا للشروط المتفق عليها مع العميل المقيم .  
فيكون هذا الضمان ملزما للبنك الأجنبي و يسمى في هذه الحالة بالضمان المقابل<sup>2</sup>.

وبموجبه يستطيع ممارسة حقه في الرجوع على البنك المحلي بعد قيامه بالوفاء بقيمة الضمان قد فتحت المادة 4 من النظام رقم 02-93 المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل للبنك الوسيط المعتمد المحلي لكي يصدر، و بدون الحاجة إلى الحصول على ترخيص من بنك الجزائر عقود الضمان و الضمان المقابل لمصلحة غير المقيم بناء على الإلتزامات المكتتبه من العميل المقيم تجاهه .

<sup>1</sup> - إصدار ضمان لفائدة المقيم بموجب التزامات مكتتبه في الجزائر من قبل غير مقيم، يجب أن تتم تغطيته من خلال ضمان مقابل يصدره بنك أجنبي الدرجة الأولى لفائدة بنك وسيط معتمد .

(Voir L'article 4 de l'instruction N° 94-05, Portant modalités d'application du règlement N° 93-02.)

<sup>2</sup> - الأشهب توال عبد الكريم، المرجع السابق، ص 182-183.

## الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية

و الملاحظ هنا أنه و بالنسبة للإلتزامات المكتتبه من عميل محلي مقيم تجاه شخص غير مقيم، يكون إصدار الضمان بموجبها مقترنا وجوبا بضمان مقابل يصدره البنك المحلي لفائدة البنك الأجنبي و هو ما يشكل نشوء علاقة قانونية بين بنكين، البنك المحلي و هو الضامن المقابل، والبنك الأجنبي و هو المستفيد غير المباشر و أيضا الضامن لمصلحة المستفيد الأجنبي غير المقيم .

هذا ، و يشترط القانون على البنوك الوسيطة المعتمدة في مجال إصدار الضمان أو الضمان المقابل سواء لمصلحة مستفيد مقيم أو غير مقيم، أن تقدم تقريرا في أجل 40 يوما ابتداء من تاريخ سريان عقود الضمان أو الضمان المقابل، يتعلق بسريان هذه العملية، إلى بنك الجزائر وتحديد إدارة مراقبة الصرف، و يجب أن يتضمن هذا التقرير كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالأطراف المعنية بالعملية، طبيعة الإلتزامات المضمونة شروط سريان و استخدام الضمان وكافة النتائج الأخرى المحتملة لطلب وتطبيق محتوى الضمان<sup>1</sup>. و من خلال ذلك تبرز أهمية الدور الذي تؤديه الضمانات البنكية الأجنبية في مجال التجارة الدولية حيث تساهم في تسهيل تبادل البضائع والسلع و الخدمات وتنفيذ التعهدات و الإلتزامات الدولية المبرمة بين الأطراف بمناسبة تعاملاتهم المشتركة .

أضف إلى كل ما سبق فإن هذا الصنف من الضمانات يوفر نوعا من الأمان لكل من المصدر و المستورد<sup>2</sup>. لقد اجتهد الفقه في تحديد مفهوم واضح للضمانات البنكية الدولية، لذلك تعددت التعريفات المقدمة بصدها و التي إن اختلفت في الصياغة إلا أنها اتفقت في جوهرها على أن الضمان البنكي الدولي هو تعهد بات يلتزم من خلاله شخص يسمى الضامن بناء على تعليمات صادرة من شخص آخر يسمى الأمر ، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لفائدة شخص يعرف بالمستفيد بمجرد طلبه ذلك، أو شكليات معينة .

كما نصت عديد التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي و الألماني و مثلها التشريع الجزائري، و لو بشكل متفاوت على هذا النوع من الضمانات ضمن منظومتها القانونية، مما يؤكد أهميتها خاصة في ظل ما تتميز به من خصائص تتجسد من خلال الإستقلالية أي استقلالية التزام الضامن عن بقية العلاقات التعاقدية الأخرى بين الأطراف المتدخلة، وما ينتج عنه من عدم إمكانية الإحتجاج بالدفع أو الأسباب غير المرتبطة بالضمان في ذاته ضد المستفيد عند طلبه الوفاء .

إن الضمان البنكي الدولي كتقنية من ابتكار العرف المصرفي انتشرت في مجال التجارة الدولية مما عكس تنوعها و تعدد أشكالها والتي يعتبر الضمان بمجرد الطلب من أكثرها شيوعا و انتشارا .

<sup>1</sup> \_ Articles 16-17 de l'instruction N° 94-05, portant modalités d'application du règlement N° 93-02.

<sup>2</sup> \_ طلبان محمد حسين صالح المرجع السابق، ص 63.

# الفصل الثاني

## الأحكام القانونية

### للضمانات البنكية الدولية

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

لقد أثارَت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للضمان البنكي الدولي اهتمام الفقه، لذلك انصبت دراسته على محاولة إعطاء تكييف واضح و دقيق له .

وعلى إثر ذلك تنوعت و تعددت التفسيرات المقدمة من قبل الفقهاء اعتمادا على أسس مختلفة والتي تجسدت من خلال المقاربات المتعددة مستهدفة إدراج هذه التقنية بما تتميز به من خصائص، كرسن مرونتها و فعاليتها على مستوى التجارة الدولية، ضمن إحدى المفاهيم القانونية السائدة من أهمها الكفالة باعتبارها من أقدم الآليات التأمينية المنظمة في القواعد العامة (المبحث الأول)، كما انعكس ذلك أيضا من خلال تبيان الأسباب المؤدية لزوال التزام الضامن تجاه المستفيد وتوضيح مدى خضوع هذا الضمان في انقضائه لذات الأسباب العامة لانقضاء الإلتزام (المبحث الثاني).

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

### المبحث الأول: الطبيعة القانونية للضمانات البنكية الدولية

في الواقع قد لا يثير موضوع تحديد الطبيعة القانونية للضمانات البنكية وإعطائها التكييف لدقيق اهتمام المتعاملين في مجال التجارة الخارجية الدولية من الناحية العملية، إلا أن ذلك لا يقف حاجزا أمام دراستها و توضيحها على الأقل من الناحية النظرية لكونها قد شكلت محورا لعديد الآراء التي تربطها في كل مرة بتقنية معينة من التقنيات المكرسة في القوانين الداخلية بفعل التشابه فيما بينها، و نظرا لتعدددها يستحيل ذكرها جميعا.

### المطلب الأول: التكييف القانوني للضمانات البنكية الدولية

في ظل فشل المقاربات التي تمت بين الضمان البنكي الدولي و بعض الأنظمة القانونية كمحاولة لتحديد طبيعته القانونية بالرجوع في أغلب الحالات إلى النظريات التقليدية المعروفة في القانون المدني، والتي أثبتت عجزها عن تقديم تفسير محدد لطبيعة التزام الضامن في هذا الضمان واصل الفقه اجتهاداته ودراساته في سبيل ذلك اعتمادا على أسس خاصة بالضمان في ذاته باعتباره وسيلة من ابتكار الممارسة البنكية، فكان البحث في تكييفه انطلاقا من كونه تصرفا مجردا أو سببيا (الفرع الأول)، وصولا إلى نتيجة فحواها أن استقلالية التزام الضامن و ما يترتب عنها من عدم إمكانية الإحتجاج بالدفع يعبر عن طبيعته الخاصة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التكييف القانوني للضمان البنكي الدولي على أساس كونه تصرفا مجردا أو سببيا

لقد اختلف الفقه في تكييف الضمان المستقل استنادا إلى سببه و انقسم على إثر ذلك إلى اتجاهين كل بحسب مبرراته، فالأول تنزعه المدرسة البلجيكية و الألمانية التي تعتبر الضمان المستقل تصرفا قانونيا مجردا من السبب (أولا)، أما الثاني فتتبناه المدرسة الفرنسية و السويسرية التي تكيفه بالتصرف القانوني السببي (ثانيا).

### أولا: الضمان البنكي الدولي تصرف قانوني مجرد<sup>1</sup> Un acte abstrait

يوجد في الفقه من يتبنى فكرة الإلتزام المجرد للضمان في الضمان المستقل من بينه الفقه البلجيكي وجانب من الفقه الألماني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> \_ تعود الجذور التاريخية لفكرة التجريد إلى القانون الروماني القديم، فالأصل هو تجريد الإلتزام من السبب و تطهيره من الدفع، فالسبب يكمن في الشكل المرسوم للتصرف الذي بذاته يعد مقررا للإلتزام دون البحث في أي شروط لقيامه و في ذلك استقرارا للمعاملات (انظر نصار سعد و نصار نجلاء، الضمانات البنكية في التجارة الدولية في كتابين خطاب الضمان البنكي وخطاب الإعتقاد المستندي بالضمان في التجارة الدولية - دراسة مقارنة دار موفيس للطباعة، مصر، 1997، ص 21-22).

<sup>2</sup> \_ من بينهم الأستاذ VON WESTPHALEN Friedrich Graf ، الذي يعتبر بأن الضمان المستقل ذو طبيعة مجردة، وبذلك فالضامن لا يمكن أن يثير اعتراضات متعلقة بالعقد الأصلي، مع الإشارة إلى أن جانب آخر من الفقه الألماني من بينهم الأستاذ ... MULBERT Peter، يؤكد على الطابع السببي للضمان المستقل، فوظيفته التأمينية تعتبر إحدى النقاط الأساسية التي يتميز بها. (Voir LOGOZ François, Op.Cit, p 60)

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

ففي بلجيكا يعتبر الفقه بأن الضمان المستقل تصرف مجرد، و لكنهم انقسموا فيما بينهم حول تفسير فكرة التجريد .

وقد انعكس ذلك من خلال خلط الغالبية بين التصرف المجرد و التصرف منعدم السبب " Sans cause"، مما دفع إلى طرح مسألة الخيار بين التصرف المجرد والتصرف السببي الذي أدى بهم إلى الوصول إلى تبيان أن التصرف السببي هو تحديدا التصرف الذي له سبب<sup>1</sup>.

عموما بالنسبة للفقه المتبني للتجريد يشكل الضمان المستقل تصرفا مجردا منفصلا عن العلاقة و BOULANGER القانونية للتغطية و عن العقد الأصلي، و يعرفه الأستاذان RIPERT Georges و Jean بأنه التصرف الذي يكفي بذاته، دون أن يكون ضروريا البحث عن السبب، و بالتالي فلا يمكن إلغاؤه بإثبات انعدام سببه<sup>2</sup>.

أ- الضمان البنكي الدولي تصرف مجرد ذو طبيعة خاصة : لم يعترف القضاء البلجيكي في السابق بمثل هذا التكييف، وقد عبرت عن ذلك المحكمة التجارية لبروكسل في حكم لها بتاريخ 7 أوت 1979، حيث رفضت الإعتراف بالضمان المستقل أو التلقائي "Automatique" بحجة أن القانون وحده من يقر بصلاحيات التصرفات المجردة، غير أن الفقه رفض الأخذ بالتفسير الصارم و المقيد للحكم الصادر متمسكين بما تسمى بنظرية التصرف المجرد و مؤداها أن الضمان المستقل ذو طبيعة تجريدية صلاحيته تركز على مبدأ سلطان الإرادة L'autonomie de la volonté ، و هو ما يسمح للأطراف بالإكتتاب لآلية تفرضها الإحتياجات العملية، إضافة إلى أن موضوع السبب بذاته لا يمس بالنظام العام، لذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة يصرح لإنشاء التزامات مجردة جديدة غير معروفة في القانون الوضعي بالتالي فالأمر هنا يتعلق بتصرف مجرد ذو طبيعة خاصة يعتمد على مبدأ الحرية التعاقدية<sup>3</sup>.

ب- الطبيعة التجريدية للضمان البنكي الدولي يبررها مبدأ عدم الإحتجاج بالدفع: إنَّ الطابع المجرد لالتزام البنك يبرر بشكل عام من خلال اعتبار بأن التأمين الذي يوفره الضمان المستقل لا يمكن أن يتأتى في مجال المعاملات الدولية إلا إذا كان التزام البنك غير مشروط أي منفصل عن تقلبات العقد الأصلي . وبعبارة أخرى فالطبيعة التجريدية لالتزام البنك تفسر استقلالية الضمان بالنسبة للعقود الأصلية، وينتج عنها عدم احتجاج الضامن ضد المستفيد بالدفع المستخلصة من العلاقات بين هذا الأخير والأمر سواء تعلق منها بوجود صلاحية تنفيذ أو زوال هذه العلاقات و تلك الناتجة عن علاقاته أي الضامن بالأمر . إن تكريس هذه الطبيعة يعد ضروريا لأداء الضمان لوظيفته التلقائية بشكل مستقل و مختلف تماما عن بقية العلاقات الأخرى ، لذلك يعتبر الأستاذ RIEGE Alfred بأن التصرف المجرد ليس منعما من

<sup>1</sup> BORGA Nicolas, Op.Cit, p 21.

<sup>2</sup> BORGA Nicolas, Op. Cit, p 18.

<sup>3</sup> POULLET Yves, Etude de droit comparé: La garantie automatique dans le commerce international, Vol. 2, Thèse présentée pour l'obtention du doctorat en droit, Faculté de droit, Université Cath Louvain, Belgique, 1980-1981, p 93-95.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

السبب، و إنما فقط منفصل عنه، بذلك فهذا التصرف هو في البداية تصرف سببي، والأمر يتعلق بعدم إثارة المدين قبل الوفاء لمسألة انعدام السبب، فدور التصرف المجرد يكمن في تأمين وضمان سرعة المعاملات من خلال التضحية مؤقتا بمتطلبات حماية المدين .

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض البلجيكية لا تكيف الضمان المستقل على أنه تصرف مجرد ، أي أنها اتخذت موقفا مخالفا لما استقر عليه الفقه .

بناء لما سبق تعتبر هذه النظرية تجريد الإلتزام من السبب سمة أساسية في الضمان البنكي المستقل، وتجعل منه نظاما خاصا متميزا، بحيث يكون أكثر ملاءمة لأداء وظيفته في التجارة الدولية وتطهره من الدفع خاصة تلك المتعلقة بالبحث وراء السبب، و بذلك فهي تساعد على استقراره والإطمئنان له و تزيد من فعاليته<sup>1</sup> .

وفي تعليقه على نظرية تكيف الضمان المستقل بكونه تصرفا مجردا ، يعتبر الأستاذ POULLET

Yves بأنها غير مجدية لعدة مبررات من أهمها :

- 1- أن الطبيعة التجريدية للضمان المستقل تختلط مع طابعه غير التبعية.
- 2- أن الطبيعة التجريدية للضمان المستقل تقتصر على ترجمة مبدأ عدم الإحتجاج بالدفع .
- 3- أن هذه الطبيعة لا تفسر حدود تجريد التزام الضامن .

### ثانيا: الضمان البنكي الدولي تصرف قانوني سببي **Un acte cause**

يؤكد غالبية الفقه من أهمه الفقه السويسري و الفرنسي على أن الضمان المستقل تصرف سببي يجد سببه في الوظيفة الإقتصادية للتأمين الذي يؤديه، رافضين الرأي القائل بتجريد هذا النوع من الضمانات . وحسب الأستاذان RIPERT Georges و BOULANGER\_Jean يجب أن يفهم السبب على أنه الدافع الحاسم الذي يسند للإرادة وفقا لتقييم الخدمات المقدمة أثناء تنفيذ العقد<sup>2</sup> .

ففي أغلب العقود الرابط الذي يجمع بين الإلتزام و السبب يعتبر في الوقت ذاته ثابتا وغير قابل للتحطيم أو الكسر و هو ما يعبر عن السبب القطعي أو الجازم .

فبالنسبة للفقه السويسري من أمثاله الأستاذ DOHM Jurgen يعتبر الضمان المستقل تصرفا سببيا حيث أن التجريد الوحيد يكمن في الإثبات، بمعنى أنه يرجع إلى الضامن الإثبات عند الاقتضاء بأن الضمان غير منفذ و أن الطلب كان تعسفيا .

<sup>1</sup> \_ نصار سعد و نصار نجلاء، المرجع السابق، ص27.

<sup>2</sup> \_ «Le motif déterminant que l'on attribue à la volonté d'après l'analyse des prestations fournies en exécution du contrat. » (Voir POULIQUEN Christelle, «Le role de la volonté en matière de qualification des contrats»», Revue Juridique de l'Ouest, N° 4, Institut de l'Ouest : Droit et Europe, Université de Rennes, France, 2000, p.421

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

وفي فرنسا يأخذ غالبية الفقه بهذه النظرية على غرار الأستاذ STOUFFLET Jean الذي يرى بأن الضمان يجد سببه في العقد الأصلي، أي في العلاقة التجارية بين الأمر و المستفيد<sup>1</sup> . ويعتبر الأستاذ SIMLER Phillipe بأن الأمر لا يتعلق بتصرف مجرد و إنما بتصرف سببي خاضع لقواعد المشتركة، حتى و إن كان الطابع المستقل للضمان يقلص بشكل محسوس من دور السبب<sup>2</sup> . في الواقع لقد أثارت الضمانات المستقلة عند ظهورها في فرنسا، تساؤلات لدى الفقهاء حول صلاحيتها ، و فيما إذا كانت تشكل التزامات بدون سبب و هو ما يعتبر خرقاً للقانون الذي يشترط بأن يكون لكل عقد سبب، و ذلك باعتبار أن الضامن يمكن أن يكون ملزماً بالدفع حتى و لو لم يكن الأمر مدينا بشيء، لتتم الإجابة عن ذلك من خلال التأكيد على أن التزام الضامن لا يكون من دون سبب، ولكن هذا الأخير يكمن في العقد التجاري الأصلي المبرم بين المستفيد من الضمان و الأمر، فببساطة التزام الضامن يعتبر بصفة مؤقتة منفصلاً عن سببه لتعزيز الصرامة في تنفيذه، ليرز من جديد في حال ممارسة الرجوع ضد المستفيد<sup>3</sup> .

أ- الطبيعة السببية لالتزام الضامن في الضمان البنكي الدولي في إطار تطبيق نظرية السبب تم الإهتمام بالسبب الموضوعي Cause objective كشرط لصلاحية الإتفاقات طبقاً للقانون، وباعتبار الضمان المستقل عقداً ملزماً لجانب واحد يشمل دفع مبلغ من النقود، فإن تعيين السبب هنا يصبح أمراً صعباً، لذلك يجب أن يتم ذلك خارج العقد ذاته .

إنه و رغم الإتفاق على المبدأ إلا أن تكريسه قسم الفقه إلى رأيين متعارضين :

أ-1- بالنسبة للرأي الأول<sup>4</sup> : يتمثل السبب في تلك الأسس و الدوافع الباعثة إلى التعاقد، فالسبب في التزام الضامن يمكن إيجاده في العلاقة التعاقدية بين الضامن والأمر بغية الحصول على العمولات المستحقة له في ذمة الأخير .  
لقد انتقد هذا المفهوم لسببين :

1- أنه لا يسمح مطلقاً بتمييز الضمان المستقل عن الكفالة .

2- أنه لا يتوافق مع أي مفهوم للسبب حسب القواعد العامة، فالمفاهيم الذاتية للسبب تتفق على حصر السبب في دائرة الدوافع المتعلقة بالمجال التعاقدية، و لكن وفقاً لها وظيفة أي تأمين شخصي ومنها الضمان المستقل تحول دون إدخال أي دوافع مستخلصة من العلاقات بين الأمر و الضامن .

<sup>1</sup> LOGOZ François, Op.Cit, p 58-59.

<sup>2</sup> BORGA Nicolas, Op.Cit, p 19.

<sup>3</sup> ANCEL Pascal, Op.Cit, p 111.

<sup>4</sup> من المدافعين عن هذا الرأي الأستاذ VAN OMMESLAGHE Pierre

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

أ-2- الرأي الثاني وهو الرأي الغالب<sup>1</sup>، بالنسبة إليه الوظيفة التأمينية للضمان المستقل تعني بأن يتأسس استنادا إلى العقد الأصلي، فالضامن إذا التزم تجاه المستفيد فإن ذلك حتى يرضي هذا الأخير للأمر المنفعة المشترطة في إنشاء الضمان و مثالها إبرام صفقة دفع تسبيق قبول تعهد، إلى غير ذلك .

إن التزام الضامن المتوافق مع متطلبات المستورد و بناء على طلب المصدر يجد سببه في تنفيذ الشرط الموضوع عند توقيع العملية الإقتصادية المعنية بين الطرفين أي المصدر الأمر و المستورد المستفيد وهو ما يمثل السبب الموضوعي الخارجي، و كذلك في إرادة البنك في تقديم المساعدة لتجسيد العملية التجارية الدولية و هو السبب الشخصي الداخلي<sup>2</sup> .

إن تكريس الطبيعة السببية للضمان المستقل يعتمد على ترابط مجموعة لإنشاء العملية التي تؤدي إلى إصداره، لذلك لا يمكن فصل هذا الضمان عن العلاقات التعاقدية الأصلية ما بين الأطراف التي يركز عليها باعتبار أن وظيفته هي المساعدة في تحقيق التوازن التعاقدية المنشأ عن طريق العملية التجارية المضمونة<sup>3</sup> .

في النهاية لا يهم إن كان سبب التزام الضامن يكمن ضمن العلاقات بين الأمر و المستفيد أو حتى بين الضامن والأمر ، فنتيجة للطبيعة ذاتها للضمان المستقل لا يستطيع الضامن الإفلات من تنفيذ التزامه بحجة عيب مؤثر في العقد الأصلي، وبالتالي عيب في سبب التزامه شخصيا .

ب- النتائج المترتبة عن الطبيعة السببية للضمان البنكي الدولي: يترتب عن الإقرار بهذه الطبيعة أهم النتائج التالية :

1- صلاحية الضمان المستقل إن صلاحية الضمان المستقل تعتمد أساسا على طبيعته السببية، فالإلتزام بدون سبب أو بسبب خاطئ أو غير مشروع لا يكون له أي أثر ، كما أنه إذا أدت دراسة وتقييم الضمان إلى اعتباره بدون سبب أي منفصل عن سببه، فإن صلاحيته بذلك تكون مهددة لا محالة .

إن عقد الضمان يشير إلى العملية الإقتصادية التي يستهدف تأمين حسن تنفيذها، و لكن ذلك ليس من شأنه عرقلة مسألة الإعراف بالضمان و الإقرار بصلاحيته<sup>4</sup> .

2- تأكيد الطابع المستقل للضمان: لقد تم التساؤل حول إمكانية ربط الطابع السببي أو المجرد للإلتزام الضامن بتبعيته أو استقلاليته عن العقد الأصلي، ليبيرز الفقه الفرنسي على غرار الأستاذ VASSEUR Michel بأن التزام الضامن يمكن أن يكون سببيا و ليس مجردا و في الوقت ذاته مستقلا عن العقد الأصلي وغير تابع له .

<sup>1</sup> \_ من فقهاء هذا الرأي الأستاذان GAVALDA Christian و STOUFFLET Jean.

<sup>2</sup> \_ POULLET Yves, Op.Cit, p 123-124 .

<sup>3</sup> \_ IBID, p 127.

<sup>4</sup> \_ POULLET Yves, Op.Cit, p 130.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

فإذا كان السبب القانوني لالتزام الضامن يكمن فقط في إبرام و توقيع العقد الأصلي و ليس في تنفيذه، فإن الصلة بين الضمان و هذا العقد تظل مستمرة، غير أنه لا يوجد أي رابط أو صلة بين الضمان و الإلتزامات الملقة على عاتق الأمر المصدر بموجب العملية التجارية الأصلية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التكييف القانوني للضمان البنكي الدولي على أساس عقد ذو طبيعة خاصة

يتميز التزام الضامن في الضمان المستقل بخصائص مميزة له تتجسد تحديدا في استقلاله عن أي علاقة قانونية أخرى سواء بين الضامن والأمر ، أو بين الأمر والمستفيد، و عدم إمكانية إثارة أية دفعات أجنبية عن الضمان تجاه ذلك المستفيد، وهو ما دفع بالفقه إلى الإعتماد على ذلك كأساس لتكييف الضمان و تحديد طبيعته القانونية، و لكنه انقسم كل بحسب الزاوية التي تفسر من خلالها تلك الخصائص، فمنه من أولها على أنها تعبر عن التزام بإرادة منفردة من الضامن، في حين اعتبرها البعض الآخر مميزات لعلاقة تعاقدية بين البنك الضامن والمستفيد من الضمان (أولا)، مع التأكيد على خصوصيته مقارنة بالأنظمة القانونية المشابهة له و المعروفة في القواعد العامة (ثانيا).

### أولا: الضمان البنكي ذو طبيعة تعاقدية

لم يجمع الفقه فيما يتعلق بمسألة تكييف الضمان البنكي الدولي و انقسم على إثر ذلك إلى رأيين متعارضين تماما، حيث اعتمد الرأي الأول فكرة الإلتزام بإرادة منفردة كأساس للضمان المستقل، في حين اعتبر أنصار الرأي الثاني بأن الضمان المستقل يشكل علاقة تعاقدية و ليس مجرد التزام بإرادة منفردة .  
أ- التزام الضامن في الضمان المستقل التزام بإرادة منفردة : العمل القانوني الإفرادي هو ذلك الذي يصدر عن إرادة منفردة تنتج أثرا قانونيا بذاتها غير متوقف على تدخل إرادة أخرى، و هو بطبيعته يتضمن تقديم مصلحة فردية .

لقد اعتمد الفقه الألماني الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام، و أيده بعض الفقه الفرنسي في اعتبارها استثناء يقره القانون<sup>2</sup>.

أ-1- مضمون نظرية الإلتزام بإرادة منفردة كأساس للضمان المستقل: تطبيقا لهذه النظرية في مجال الضمان المستقل، يتجه بعض الفقه العربي ومثاله الأستاذة القليوبي سميحة إلى تأسيس التزام البنك في الضمان على إرادته المنفردة المعلن عنها عند إصداره لصالح المستفيد، و يمر الضمان في ذلك بمرحلتين مستقلتين عن بعضهما من حيث الطبيعة القانونية و الآثار المترتبة عنهما .

فالمرحلة الأولى هي الإتفاق على إصدار الضمان وتتم بعقد مبرم بين الأمر و البنك، بموجبه تتحدد التزامات كل طرف و منها إصدار الضمان وفقا لشروط معينة و خلال مدة معينة أو قابلة للتعيين يتم الإتفاق عليها .

<sup>1</sup> \_ IBID, p 131.

<sup>2</sup> \_ العبدلوي إدريس العلوي شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزام - الإرادة المنفردة - الإثراء بلا سبب المسؤولية التقصيرية - القانون، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2000، ص13-16.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

ثم مرحلة إصدار الضمان حيث تتم بتصرف انفرادي من البنك يلتزم بمقتضاه تجاه المستفيد دون تدخل لإرادة هذا الأخير في إنشائه أي دون الحاجة إلى قبوله فله فقط أن يقبل بالضمان دون اعتراض أو يرفضه، و بناء على ذلك ينشأ التزام البنك مستقلا استقلالاً نهائياً وقطعياً عن العلاقات الناشئة بين العميل و المستفيد أو بين العميل و البنك<sup>1</sup> .

وفقا لأنصار نظرية الإلتزام بإرادة منفردة كأساس للضمان المستقل تترتب أهم النتائج التالية :

1- لا يشترط لإنشاء الضمان صدور قبول صريح من المستفيد، بل يكفي فقط أن يكون عالما به .  
2- بإصدار الضمان ووصوله إلى علم المستفيد يصبح التزام البنك باتا و نهائياً، وذلك حتى يكون الضمان صالحاً لتأدية وظيفته باعتباره بديلاً عن التأمين النقدي الذي يجب على العميل دفعه للمستفيد، مما يترتب عنه عدم جواز العدول عن هذا الإلتزام أو تعديل شروطه إلا بموافقة المستفيد<sup>2</sup> .

3- التزام البنك في الضمان يكون بصفته أصيلاً و ليس نائباً عن العميل، لذلك لا أثر للدفع التي يملك العميل الأمر إثارته تجاه البنك على التزام هذا الأخير تجاه المستفيد .

هذا ويقر أغلب الفقهاء القائلين بهذه النظرية، بأن النص القانوني هو الذي يحدد أركان وأحكام الإلتزام الناشئ بإرادة منفردة، في حين يرجع البعض الآخر أساسه إلى العرف، فبحسب رأيهم يمكن اتخاذ العرف التجاري إلى جانب إرادة البنك كمبرر لالتزام الأخير في الضمان المستقل<sup>3</sup> .

لقد أيد القضاء المصري في العديد من أحكامه فكرة تكييف الضمان المستقل على أساس الإرادة المنفردة حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر عنها بتاريخ 9 جانفي 1990 بما يلي :  
« يتميز التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان قبل المستفيد بأنه التزام ناشئ عن إرادته المنفردة، فهو أمر مستقل عن علاقة العميل بالمستفيد أو علاقة البنك بالعميل»<sup>4</sup> .

كما يفضل الفقه الغالب في بلجيكا الأخذ بنظرية الإلتزام بإرادة منفردة في تكييفه للإلتزام البنك في الضمان المستقل، و من أمثله الأستاذ VAN OMMESLAGHE Pierre .

أ-2- **الانتقادات الموجهة لنظرية الإرادة المنفردة كأساس للضمان المستقل:** لقد عارض جانب كبير الفقه وخاصة في فرنسا فكرة الإلتزام بإرادة منفردة كمصدر للإلتزام في القواعد العامة و ذلك للأسباب التالية :

1- أن التسليم بوجود إرادة المدين الملتزم وحدها لا معنى له إذا لم ينشأ حقاً لفائدة شخص آخر يكون دائناً به و لذلك يشترط رضاه، و هذا في الواقع تعبير عن توافق إرادتين .

<sup>1</sup> \_ طلبان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 314-316.

<sup>2</sup> \_ قرمان عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص 388.

<sup>3</sup> \_ طلبان محمد حسين صالح، المرجع السابق، ص 317.

<sup>4</sup> \_ طلبان محمد حسين صالح المرجع السابق، ص 319

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

2- التسليم بقدره الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام يستوجب التسليم أيضا بقدرتها المنفردة على إنهائه، وبذلك لا يثبت أي التزام بها .

3- ربط الآثار القانونية بالإرادة لوحدها معناه أن ما ينتج عن التصرفات القانونية هو فقط من صنع الإرادة المنفردة لكل طرف، مع أن هذه الآثار لا تنتج في الواقع إلا من تفاعل الإرادات المشتركة للأطراف<sup>1</sup> .

وفي مجال الضمان المستقل تمثلت أبرز الإنتقادات فيما يلي :

أ-2-1- إن اعتبار التزام البنك التزاما بإرادة منفردة يؤدي إلى تفكيك العلاقات المترتبة عن الضمان كعملية قانونية، فتعهد البنك هو قبول للإيجاب الصادر من العميل الأمر المتضمن إصدار الضمان لفائدة المستفيد، وبالتالي فتعهد ناشئ عن تصرفات قانونية أخرى لا يمكن تجاهلها أو إلغاؤها<sup>2</sup> .

أ-2-2- عجز هذه النظرية عن تقديم تفسيرات واضحة لالتزام العميل الأمر بتغطية التزامات البنك الضامن الناتجة عن إرادته المنفردة كدفع غطاء الضمان و العمولات و الفوائد التي يتكبدها البنك في إطار إصداره للضمان .

أ-2-3- الأصل في الإلتزام بإرادة منفردة أن يصدر عن إرادة صاحبه فقط بدون تدخل أي إرادة أخرى إلا أن ذلك لا ينطبق في الحقيقة بالنسبة للضمان المستقل لكون إرادة البنك لا تتحكم لوحدها في إنشائه فعلى الأقل هناك إرادة العميل الذي يطلب من البنك ذلك لإنشاء حق للمستفيد<sup>3</sup> .  
بناء على هذه الإعتبارات يستخلص بأن نظرية الإرادة المنفردة تظل عاجزة عن تفسير أساس الإلتزام في الضمان المستقل .

ب- العقد كأساس لالتزام الضامن في الضمان المستقل: يرفض الفقه في فرنسا مبدأ الإلتزام بإرادة منفردة كقاعدة عامة معتبرا بأن العقد هو المصدر الأصلي للإلتزامات الإرادية، فالإرادة المنفردة لوحدها لا تكفي لإنشاء التزام في ذمة صاحبها إذ يجب أن تقترن بإرادة أخرى، لينشأ عقد بموجب توافق الإرادتين .  
وهو الأمر ذاته بالنسبة للضمان المستقل حيث يكيف أغلب الفقه السويسري، الألماني والفرنسي الضمان المستقل على أنه عقد ملزم لجانب واحد و هو البنك الضامن<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> MOUMOUNI Charles, Op.Cit, p 797 .

<sup>2</sup> أمقران راضية، المرجع السابق، ص 83-84.

<sup>3</sup> أمقران راضية المرجع السابق، ص84.

<sup>4</sup> ففي سويسرا يوجد الأستاذ DOHM Jurgen وفي ألمانيا الأستاذ VON WESTPHALEN Friedrich Graf ، وفي فرنسا

الأستاذ VASSEUR, Michel، وهم من المدافعين عن فكرة العقد كأساس لالتزام البنك في الضمان المستقل (Voir .

MOUMOUNI Charles, Op. Cit, p 797.)

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

إن إنشاء الإتفاق يتطلب رضا المستفيد و الذي لا يشترط أن يتخذ شكلا خاصا<sup>1</sup>، بل قد يستخلص ضمنا من سكوته أثناء استلامه للإشعار بالضمان و هو أمر يبدو مطابقا للواقع، حيث لا يتصور بأن يتم القبول مسبقا أثناء تفاوض الأطراف في العقد التجاري أي الأمر و المستفيد حول نص الضمان وبأن تكوين هذا العقد يتم فور إرسال الضمان و هو ما يعني طرح مسألتين :

الأولى تتمثل في أن قبول المستفيد لا يمكن أن يتحقق إلا بعد استلامه للإشعار بالضمان في حين تتجسد الثانية في تفسير عدم رفض المستفيد للضمان خلال أجال قصيرة، أو سلوكه على أنه قبول منه لذلك الضمان .

وبموازاة ذلك يحمي البنك نفسه من أي احتمال أو خطر للتراجع عن الضمان أو طلب لتعديله من قبل العميل الأمر من خلال تأكيده في مواجهة هذا الأخير بقطعية التزامه .

إن محل التزام الضامن المتمثل في دفع مبلغ من النقود يعتمد أساسا على الرضا المتبادل بين الضامن والمستفيد، فمبلغ الضمان وكيفيته من حيث المدة و الإستعمال يتم تحديده عن طريق الخطاب الذي يوجهه البنك إلى المستفيد تحقيقا لمطالب هذا الأخير<sup>2</sup>.

انطلاقا مما سبق يلاحظ بأن نظرية العقد هي الأقرب إلى الواقع في تفسير أحكام الضمان المستقل وتحديد أساس التزام البنك الضامن تجاه المستفيد، شروطه و ما يترتب عنه من آثار قانونية .

وفي تعليقه على مسألة التكييف يرى الأستاذ علم الدين محي الدين اسماعيل أن المطلوب في تكييف عملية الضمان هو القدرة على تفسير جميع الآثار الناتجة عن إصداره دون الحاجة إلى الإفتراض أو محاولة إدخال نظم قانونية مخالفة لما استقر عليه العرف المصرفي باعتبار الفرق الشاسع بين مهمة الفقيه و وظيفة المشرع .

### ثانيا : الضمان البنكي الدولي ذو طبيعة تعاقدية خاصة

لقد استقر الفقه القضاء الحديث على أن الضمان المستقل عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة Un contrat innommé et suis generis<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ فالعقد هو نتاج اتفاق الإيرادات و ليس عن إرادة منفردة، لذلك يجب أن تلتقي إرادتان حرتان مع بعضهما البعض لتكوين العقد الذي يستلزم أن ينتج آثارا قانونية و بالتالي فالعقد تصرف إرادي و ممارسة للحرية و في نفس الوقت تخلي إرادي عن تلك الحرية .

(Voir GHESTIN Jacques, << Le contrat en tant qu'échange économique », Revue d'économie industrielle, N° 92, Editions De Boeck supérieur, France, 2icme et 3ieme trimestres 2000, p 85.)

<sup>2</sup> \_ سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص138-139.

<sup>3</sup> \_ سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص142.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

أ - فكرة العقد غير المسمى **Contrat innommé** : إذا أراد رجل القانون تسمية عقد معين و لم يندرج لا في إطار التكييف الموحد و لا التوزيعي فما عليه إلا الإقرار بكونه عقدا غير مسمى، و يكون في الواقع اللجوء إلى ذلك بدافع اليأس من الوصول إلى اعتباره عقدا مسمى أو عقدا مختلطا<sup>1</sup>.

كما يجب على القاضي في بعض الحالات أن يفسر عقودا لا تصنف ضمن القوالب المحددة مسبقا من قبل المشرع وذلك عند التزام الأطراف وفقا لشروط و في ظروف لم ينظمها القانون، وعلى إثر ذلك يوصف العقد غير المسمى بأنه شكل تعاقدى جديد .

وبصفة عامة يكيف أي فعل أو تصرف على أنه غير مسمى و ذو طبيعة خاصة "Suis generis" عندما لا يدخل ذلك الفعل أو التصرف ضمن التصنيفات المفاهيمية النظرية المكونة سابقا<sup>2</sup> .

ويقصد بالعقد غير المسمى حسب الفقه الحديث ذلك العقد الذي لم ينظمه المشرع تنظيما خاصا ولم يسمه باسم خاص حتى ولو أطلقت عليه تسمية معينة في الحياة العملية<sup>3</sup> بل ترك الأمر فيها إلى القواعد العامة للإلتزام، وإلى جهد الفقه و القضاء ليعمل كل منهما على تطبيق تلك القواعد بما يتفق والإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة .

وطبقا لهذا التكييف يعكس العقد غير المسمى ثلاث صفات أساسية الأولى تتمثل في طابعه الإحتياطي **Caractere subsidiaire**، باعتبار أن اللجوء إلى إعطاء مثل هكذا تكييف لأي عقد من العقود لا يتم إلا في حال استحالة تضمينه أو إدراجه في إحدى الأصناف القانونية المعروفة و المحددة مسبقا، أما الصفة الثانية فتتجسد في طابعه النسبي **Caractère relatif** باعتبار أنه لا يتحدد إلا بالنسبة للعقد المسمى، فإذا كانت الأنماط المحددة للعقود المسماة ضيقة و مقيدة، فهنا وبحكم الواقع تبرز ضرورة خلق أطر غير مسماة، في حين ينعكس طابعه المؤقت أو الإنتقالي **Caractere transitoire** انطلاقا من فكرة أنه وبحسب الأصل لم يتم تصوير الفئات القانونية بشكل محدود ، لذلك فبمجرد أن يحدد النظام القانوني للعقد غير المسمى بشكل كاف، فإن هذا الأخير يصبح بذاته عقدا مسمى .

<sup>1</sup> \_ وحسب فلسفة بعض الفقه فإن قانون العقود يظهر كجمال مفتوح لمخيلة الأفراد والمؤسسات الذين لهم سلطة تقديرية واسعة لتشكيل الإتفاقات المناسبة لهم حسب احتياجاتهم الخاصة، فهم غير مجبرين على الإندماج ضمن إحدى القوالب المحددة مسبقا من قبل القانون، و هذه هي الحرية التعاقدية، و لذلك يمكن القول بأنه يحق للأفراد، بشرط احترام مبدأ النظام العام، الخروج عن القواعد المنظمة للعقود .

(Voir MONEBOULOU MINKADA Hervé Magloire, «<< La question de la définition du contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle », Revue Juridical tribune, N° 1, Vol. 4, Académie d'études économiques, Bucarest, Juin 2014, p 96).

<sup>2</sup> \_ MOUMOUNI Charles, Op.Cit, p 798.

<sup>3</sup> \_ و ذلك على عكس المفهوم السائد في القانون الروماني الذي يجعل من العقد غير المسمى ذلك الذي لم تتبع فيه شكلية معينة، و بالتالي لا ينعقد ولا يرتب أي التزام إلا بعد تنفيذ أحد الطرفين لما اتفق عليه (انظر سي يوسف زاوية حورية، الواضح في عقد البيع: دراسة مقارنة و مدعمة باجتهاادات قضائية وفقهية دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص14)

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

ويشترط للإعتراف و الإقرار بهذا التكييف أن يكون العقد أصيلا أي جديدا بالنسبة للتصنيفات المسبقة المعترف بها من المشرع أو المكرسة من قبل القضاء<sup>1</sup>.

ب- الإقرار بخصوصية عقد الضمان البنكي الدولي: إن الضمان المستقل من الضمانات التعاقدية التي تتفرد بخصائصها المميزة لها عن التقنيات القانونية المعروفة و خاصة الكفالة و هو ما أدى إلى اعتبارها تقنية ذات طبيعة خاصة "Institution suis generis" أوجدتها الممارسة التجارية الدولية<sup>2</sup>.

إنه وانطلاقا من كون الضمان المستقل تعهدا بدفع مبلغ معين، أخذ بعين الاعتبار العقد الأصلي لضمان تنفيذه، ولكن مؤسسا للالتزام مستقل و متميزا بعدم الإحتجاج بالدفع المتعلقة بذلك العقد، فإن أصالة مثل هذا الإتفاق تكمن في استقلالية التزام الضامن بالوفاء بموجب الضمان لفائدة المستفيد، إضافة إلى عدم تأثره بما قد يصيب العقد الأصلي ويؤثر في وجوده أو صحته<sup>3</sup>.

في نفس الإطار تصنف الأستاذة ROCHFELD Judith الضمان المستقل ضمن العقود الثقيلة "Contrats lourds" و المراد بها تلك العقود غير النموذجية "Atypiques" التي أعدها المتعاقدون تلبية للإحتياجات الخاصة و التي لم يستوعبها أي نوع من النماذج التعاقدية المعروفة، لذلك فالعقود الثقيلة تتوافق مع العقود غير المسماة المستحدثة و التي تمثل ما تسمى بالعقود ذات الطبيعة الخاصة أو بمواصفات خاصة تنعكس من خلالها أصالة الضمان المستقل، و التي يؤسسها بعض الفقه بناء على فكرة السبب غير النموذجي "Cause atypique" ، في حين يرجعها البعض الآخر إلى محل العقد أي الإلتزام الأساسي و الأصلي الذي ينشأ في ذمة الضامن بموجب هذا العقد<sup>4</sup>.

إذن فقد أجمع غالبية الفقه على الإعتراف بالضمان المستقل كعقد ذو طبيعة خاصة أو عقد غير مسمى لا يندرج ضمن أي من الأطر أو القوالب القانونية التقليدية، و الذي يستهدف تأمين وتعزيز المعاملات التجارية الدولية .

<sup>1</sup> IBID, p 32.

<sup>2</sup> HANNANI Mahomed, OP.Cit, p. 668-669.

<sup>3</sup> HENRY Xavier, La technique des qualifications contractuelles, These pour l'obtention du doctorat d'état en droit privé, Tome 1, Faculté de droit, Sciences économiques et gestion, Université de Nancy II, 1992, p 1124- 1125.

<sup>4</sup> MOUMOUNI Charles, Op.Cit, p. 798.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

### المبحث الثاني: انقضاء الضمانات البنكية الدولية

إن التزام الضامن بمقتضى الضمان المستقل يتسم بالإستقلالية، و التي تبرز كذلك من خلال الأخذ بالأسباب المؤدية لانتهاه و زوال هذا الإلتزام، بمعنى أنه لا يمكن تصور حالات لانقضائه بصفة تبعية لانقضاء الإلتزام الأصلي، فهذا الأخير ليس له أي تأثير على استمرارية التزام الضامن . لذلك فإن أسباب انقضاء الضمان المستقل لا تخرج عن الإطار العام لانقضاء الإلتزام في قواعد القانون المدني و المتمثلة إما في الوفاء بقيمة الضمان أي قيام الضامن بتنفيذ الإلتزام<sup>1</sup> (المطلب الأول) أو بعدم الوفاء (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: انقضاء الضمانات البنكية الدولية بالوفاء

الأصل في أي التزام أن يقوم المدين بتنفيذه عن طريق الوفاء، لذلك فهذه العملية تتضمن الطريق الطبيعي و المنطقي لتكريس أي التزام، كما تشكل في الوقت ذاته سببا لإنهائه، و الوفاء قانونا هو تنفيذ الإلتزام سواء بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ، و أن يكون لهذا العمل قيمة مالية (الفرع الأول)، و قد يتم هذا الوفاء بقيام الملتزم بأداء ما عليه بما يقوم مقام الوفاء عن طريق الوفاء بمقابل أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة و التي تمثل بذاتها أسبابا لانقضاء الإلتزام (الفرع الثاني)

### الفرع الأول: الوفاء : الطريق الطبيعي لانقضاء التزام الضامن

إن الوفاء بالضمان المستقل يتم بتقديم المستفيد طلبا بذلك إلى الضامن في الآجال القانونية طبقا للشروط المحددة في العقد تكريسا لمبدأ حسن النية و الثقة المتبادلة بين الطرفين، وبذلك تنتهي العلاقة القانونية بينهما (أولا) ، و حتى يتحقق ذلك يجب أن تستوفي عملية الوفاء شروطا معينة يترتب عنها اعتبار الوفاء مناسبا ومفيدا (ثانيا).

### أولا : مضمون الوفاء كسبب لانقضاء الإلتزام

يحدث الوفاء بالضمان المستقل عندما يطلب المستفيد من البنك الضامن خلال مدة سريانه، دفع المبلغ المحدد أو جزء منه، و يلتزم البنك بالدفع بمجرد الطلب دون أن يكون له حق مناقشة المستفيد في ذلك. إذا اقتصر طلب المستفيد على دفع جزء من قيمة الضمان وطلب في الوقت نفسه إلغاء الضمان فإن التزام الضامن ينقضي بالتبعية لذلك<sup>2</sup> .

أما إذا تمثل طلبه في استيفاء جزء من المبلغ دون إرفاق ذلك بإلغاء الضمان، فإن حقه يظل ساريا بالنسبة للجزء المتبقي باعتبار أن التنازل عن الحق لا يفترض، ويشترط في هذه الحالة ألا تزيد المطالبات الجزئية في مجموعها عن قيمة الضمان، وذلك ما نصت عليه المادة 44 من القواعد الموحدة "أوحادا ،

<sup>1</sup> \_ ددوش نضرة، المرجع السابق، ص 2.

<sup>2</sup> \_ محمد حسن الجبر المرجع السابق، ص 329

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

كما وضحت القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب أن الوفاء بكامل مبلغ الضمان يعتبر سببا مؤديا لانقضاء الضمان المستقل ، كما تضمنت كذلك إمكانية تقديم طلب جزئي بالوفاء<sup>1</sup>.

لا يجب على البنك الحصول على موافقة العميل الأمر عند قيامه بالوفاء لمصلحة المستفيد، فالبنك ملزم بالدفع بمجرد الطلب أو وفقا للشكليات المتفق عليها كأن يكون طلب الوفاء مشروطا بتقديم مستندات معينة، فعلى المستفيد التقيد بذلك و إلا كان للبنك عدم الإستجابة لطلبه<sup>2</sup>.

و يتم الوفاء بموجب شيك مصرفي يصدر لصالح الجهة المستفيدة أو بحوالة إلى حسابها مع طلب إعادة الضمان لاتخاذ الإجراءات اللازمة لإلغائه من سجلات البنك، و لا تبرأ ذمة هذا الأخير إلا إذا قبض المستفيد القيمة نقدا أو تم قيدها فعلا في حسابه<sup>3</sup>.

### ثانيا : شروط الوفاء

إن الوفاء و لكي يكيف بأنه مبراً لذمة الضامن يجب أن تتوفر لذلك مجموعة من الشروط يمكن تلخيصها فيما يلي :

أ - الشروط الواجب توافرها قبل الوفاء : إن تنفيذ الضمان المستقل لا يتم بصفة آلية، وإنما يتحقق من خلال :

1- تقديم طلب الوفاء من قبل المستفيد : فقيام البنك بالدفع يعتمد على توجيه المستفيد طلبا باتا وقاطعا بذلك، والذي يجب أن يكون مستوفيا بشكل صارم للشروط و الشكليات المتفق عليها بين الطرفين والمحددة في العقد ذاته، وإلا اعتبر طلبه غير مطابق، و كان للضامن بالتالي رفضه<sup>4</sup>.

2- احترام الأجل المحدد في العقد لتقديم الطلب: فاستقلالية الضمان ترفض أي اشتراط لمدة غير محددة، باعتبار أن الحرية التقديرية للفسخ بإرادة منفردة تحرم هذا الإلتزام من طابعه الجدي، لذلك يجب أن يشتمل الضمان المستقل دائما على حد "Un terme" ، بأن يكتب لمدة معينة أو لتاريخ محدد أو نادرا يرتبط بفعل معين كالإستلام النهائي للأعمال في ضمان حسن التنفيذ، و بالتبعية لذلك فإن وصول الأجل لنهايته يؤدي إلى انقضاء أي التزام و استحالة تقديم أي مطالبة بعد ذلك<sup>5</sup>، و تطبيقا لذلك حتى يتم الوفاء يجب أن يقدم المستفيد طلب الوفاء خلال أجل سريان الضمان

3- فحص الطلب من قبل البنك خلال المدة المحددة : وذلك لمراقبة مدى مطابقته لبنود العقد، وفي حال استلزام تقديم مستندات معينة يتم التأكد من استيفائها لكافة الشروط، ليعطي بعدها البنك رأيه، فإذا تم

<sup>1</sup> \_ Article 17 RUGD 758.

<sup>2</sup> \_ NEVREY Roger, Op.Cit, p 323.

<sup>3</sup> \_ طليان محمد حسين صالح المرجع السابق، ص 261

<sup>4</sup> \_ Article 24 RUGD 758.

<sup>5</sup> \_ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.Cit, p 218.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

رفض الطلب يكون ملزماً بإعلام المستفيد بذلك مباشرة وبدون التقييد بأجل محدد و لكن على أقصى تقدير قبل نهاية اليوم الخامس المفتوح<sup>1</sup> .

أما إذا تم التأكد من مطابقة الطلب والمستندات يكون البنك ملزماً بالدفع، ليقوم بإعلام الأمر بذلك، دون أن يكون ملزماً بالأخذ برأيه إلا في حالة ثبوت الطابع التعسفي أو التدليسي الظاهر لطلب الوفاء من المستفيد مدعماً عند اللزوم بحكم قضائي يمنعه صراحة من القيام بالوفاء، ففي هذه الحالة يكون له الإمتناع عن ذلك .

ب- الشروط الواجب توافرها عند الوفاء : بعد تقديم طلب الوفاء من المستفيد يجب أن يتم الوفاء ليستفيد بعد ذلك الضامن من حقه في الرجوع، و لذلك يجب أن تتوفر عند قيام هذا الأخير بدفع قيمة الضمان الشروط التالية :

1- يشترط أن يتم الوفاء لمصلحة المستفيد، فإن تم لغيره يظل حقه قائماً و التزام البنك سارياً<sup>2</sup>، لذلك يكون هذا الأخير ملزماً بالتأكد من الصلة القانونية للشخص الذي يطالب بالوفاء بالضمان، فإذا أوفى لغير المستفيد يلتزم بالوفاء مرة أخرى لفائدته ثم يرجع على من استوفى قيمة الضمان بغير وجه حق، كما يصح الوفاء لوكيل المستفيد المأذون على النحو الواجب أي بموجب وكالة خاصة وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ذلك في قرارها الصادر في 21 جوان 1988 حيث اعتبرت أن طلب المنع من الدفع الموجه إلى الضامن قد جاء مؤسساً تبعاً لتقديم طلب الوفاء من قبل محامي البنك المستفيد بدون أن يكون حائزاً على وكالة خاصة للقيام بذلك<sup>3</sup> .

2- أن يتم الوفاء في المكان المحدد في عقد الضمان كمكان للوفاء "Lieu de paiement" ، فتحديد هذا المكان يكتسي أهمية بالغة في الواقع، فانطلاقاً منه يتم تقدير ما إذا كان المدين متأخراً في تنفيذ التزامه أو ممتنعاً عنه، كما تتحدد وفقه العملة التي سيتم الدفع بها وفقاً لما تنص عليه قوانين الصرف في ذلك المكان و أياً كان فإن الدائن في كافة الأحوال يستهدف التخلص من أعباء سعر الصرف لذلك فهو سيحدد المكان الذي يحقق له ذلك<sup>4</sup> .

لقد حددت القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب أن الوفاء يتم لدى فرع أو مكتب الضامن الذي أصدر الضمان أو الضمان المقابل، أو في أي مكان محدد في عقد الضمان أو الضمان المقابل باعتباره مكاناً للوفاء .

<sup>1</sup> \_ Article 24 RUGD 758.

<sup>2</sup> \_ وذلك ما يستخلص من المادتين 267 و 268 من القانون المدني.

<sup>3</sup> \_ Cass.Com. 21 Juin 1988, N° 86-16210, publié au bull.

<sup>4</sup> \_ الذنون حسين علي والرحو محمد سعيد المرجع السابق ، ص22

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

3- أن يتم الوفاء بالعملة المحددة: يجب على الضامن أن يوفي قيمة الضمان بالعملة المحددة في العقد ، كما ينبغي عليه إن استلزم الأمر ذلك أن يطلب الحصول على الترخيصات الضرورية والمناسبة لتنفيذ النظام في الخارج .

وقد أقرت محكمة استئناف لوكسمبورغ في بلجيكا بأنه حتى و لو اشترط الضمان بعملة أجنبية، فالمدين غير ملزم بعملة أخرى غير تلك السارية قانونا في مكان الوفاء ، و طالما أن الضمان دولي، فإن شرط الوفاء بعملة أجنبية en devise يعتبر قانونيا ومشروعا، كما يمكن فتح المجال للخيار بين عدة عملات<sup>1</sup>، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أنه من الناحية الواقعية الجهات القضائية الفرنسية وكذلك الأجنبية، التي يطلب أمامها تنفيذ العقد، تبقى في الغالب مترددة في الإقرار باختصاص قانون الصرف الأجنبي خارج إقليم الدولة التي أصدرته .

### الفرع الثاني: انقضاء الضمان البنكي الدولي بما يعادل الوفاء

إن تنفيذ الإلتزام قد يتم بصورة أخرى غير الوفاء ، تتعكس من خلال القيام بما يعادل هذا الوفاء أي ما يقوم مقامه، و بالرجوع إلى القواعد العامة توجد حالات محددة تجسد ذلك متمثلة في الوفاء بمقابل<sup>2</sup>، التجديد<sup>3</sup>، المقاصة<sup>4</sup>، اتحاد الذمة<sup>5</sup> .

فبالنسبة للوفاء بمقابل لا يمكن تصويره بالنسبة للضمان المستقل، باعتبار أن هذا الأخير إنما يصدر لغرض محدد ولا يحق للمستفيد المطالبة بقيمة الضمان عن غرض غير ذلك المخصص له، كما يضيف الأستاذ SIMLER Philippe بأن كلا من التجديد و اتحاد الذمة و المقاصة كأسباب لانقضاء الإلتزام تعتبر أقل احتمالا و قبولا خاصة في مجال المعاملات الدولية ، لذلك سيتم التركيز على المقاصة كسبب مؤدي إلى زوال الإلتزام (أولا) نظرا لما أثارته مسألة إجرائه بالنسبة للضمان المستقل من جدل و اختلاف فقها و قضاء (ثانيا).

### أولا: تعريف المقاصة La compensation

المقاصة هي سبب من الأسباب المؤدية لانقضاء الإلتزام بما يقوم مقام الوفاء .  
أ- **تحديد المقصود بالمقاصة:** تعرف المقاصة بأنها عملية تجارية من خلالها يلتزم البائع بالقيام في بلد عمله بمشتريات تحويلات، خدمات أو أية معاملة أخرى مقابل عملية بيع لا يمكن أن تتحقق إلا بهذا الشرط .

<sup>1</sup> \_ SIMLER Philippe, Cautionnement et garanties autonomes, Op.Cit, p 873-874.

<sup>2</sup> \_ المادة 285 من القانون المدني

<sup>3</sup> \_ المادة 287 من القانون المدني

<sup>4</sup> \_ المادة 297 من القانون المدني

<sup>5</sup> \_ المادة 304 من القانون المدني

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

واستنادا إلى القواعد العامة يراد بالمقاصة أن تجتمع في طرفي المعاملة صفتي الدائن والمدين معا، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما من خلال التقاص بينهما<sup>1</sup>.

وللمقاصة من الناحية العملية أهمية تتلخص في :

- أن الغرض منها هو تسهيل عملية الوفاء.

- تعتبر بمثابة ضمان لكل طرف من الأطراف يجنبه مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر فيما إذا اضطر.

إلى الوفاء ثم الرجوع بما له على مدينه، و بهذه الصفة تكون المقاصة من الحالات النادرة التي يتمتع فيها الدائن العادي بامتياز فعلي لباقي دائني مدينه .

- تعتبر سببا من أسباب انقضاء الإلتزام، فهي كثيرة الوقوع في العمل وخاصة في المعاملات التجارية ومثاله ما تقوم به غرف المقاصة من تسوية العمليات بين البنوك .

والمقاصة على أنواع ثلاثة فقد تكون قانونية تقع بحكم القانون إذا توفرت شروطها، أو قضائية تقع بحكم من القضاء الذي يستكمل أحد الشروط الناقصة في المقاصة القانونية، أو اختيارية وهي تتم بإرادة أحد الطرفين أو كلاهما<sup>2</sup>.

ب- المقاصة طريقة خاصة لانقضاء الإلتزام: إن وصف المقاصة بأنها أداة وفاء تتصف بالآلية والإجبارية لا يعكس حقيقتها، فهي تعتبر طريقة خاصة لانقضاء الإلتزام، و يبرز ذلك من خلال تعلقها برابطة إلزامية مزدوجة و متقابلة لا تخص سوى بعض الإلتزامات بإعطاء ، و عن طريق طابعها الإرادي أي ضرورة التمسك بإجراءاتها من قبل الطرف الذي له مصلحة في ذلك و هو ما كرسته المادة 300 في فقرتها الأولى من القانون المدني ، مع إمكانية التنازل عنها حيث أقر القضاء الفرنسي إمكانية التنازل عن آثار المقاصة، و في حال حدوث ذلك يعود الدينان إلى الوجود<sup>3</sup>.

ولإجراء المقاصة القانونية يجب أن تتوفر الشروط التالية :

- التقابل بين الدينين: يجب أن يكون هناك دينان متقابلان الدائن في كل منهما مدين في الآخر .
- التماثل في محل كل من الدينين بأن يكونا نقودا أو مثليات متحدة في النوع و الجودة .
- صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضائيا أي أن يكون كل من الدينين مدنيا صحيحا وقائما لم ينقض، فلا تصح المقاصة بين دين مدني و آخر طبيعي .

<sup>1</sup> فحسب المادة 297 من القانون المدني: «للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه و ما هو مستحق له تجاهه و لو اختلف سبب الدينين...»، و الملاحظ هنا أن المادة لا تتضمن تعريفا للمقاصة و إنما تصور الحالة التي يمكن خلالها إجراء هذه العملية بأن يكون كل من طرفي الإلتزام دائنا و مدينا في نفس الوقت حتى و لو لم يتحد سبب كلا الدينين.

<sup>2</sup> تناغو سمير عبد السيد أحكام الإلتزام و الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص419.

<sup>3</sup> قادري عبد المجيد «الطبيعة القانونية للمقاصة»، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية و الاجتماعية، العدد، 32 جامعة باجي مختار، عنابة، ديسمبر 2012، ص144-146.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

- خلو الدينين من النزاع: فإذا نازع أحد الأطراف في وجود أحد الدينين نزاعاً جدياً، فلا يكون هذا الدين صالحاً للمقاصة .
  - أن يكون كلا الدينين مستحق الأداء، فلا تتم المقاصة بين دين مؤجل و آخر معجل<sup>1</sup> .
  - قابلية كل من الدينين للحجز : فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز عليه .
- وبتمام هذه الشروط تتم المقاصة و يترتب عنها انقضاء الإلتزامين بقدر الأقل منهما .

### ثانياً: المقاصة و الضمان البنكي الدولي

لقد طرحت مسألة المقاصة في الضمان المستقل جدلاً على مستوى الفقه و القضاء، نتج عنه رأيين متعارضين، رأي مقرر بإمكانية إجراء المقاصة بصدد هذا النوع من الضمانات و رأي ثان مناقض له يرفض الفكرة تماماً .

أ- الإلتجاه المؤيد للمقاصة في الضمان المستقل من بين الفقهاء الذين تبنوا هذا الرأي الأستاذ PIEDELIEVE Stephane، الذي يرى بأنه طبقاً للقواعد العامة للإلتزامات قد ينقضى الإلتزام المكتتب من الضامن أو الضامن المقابل عن طريق المقاصة و هي ليست من الأسباب التي تثير إشكالا من الناحية العملية<sup>2</sup> .

كما سارت محكمة استئناف نيم "Nimes" في فرنسا على نفس الإلتجاه في قرار صادر عنها بتاريخ 29 جانفي 1998، حيث تتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي: حيث أنه وبناء على صفقات مبرمة بين كل من شركة "Sert Garbaix" المسماة) في النص بالشركة و شركة "Oyak-Renault"، و التي تنص على دفع تسبيق على طلب لمعدات، لذلك تحصلت الشركة من هذه الأخيرة على مبالغ تم ضمان سدادها المحتمل عن طريق ضمان بمجرد الطلب مكتتب من قبل بنك IktSatBankasi، وبناء على طلب الشركة أصدر بنك La société générale ضماناً مقابلاً للبنك الضامن و لكن الشركة وضعت تحت المراقبة القضائية، ليقوم البنك الضامن المقابل أي "La société générale" بمقتضى طلب للضامن المقابل بالتصريح بدائنيته و أجرى مقاصة بين حقه ذلك و المبلغ المتبقي من سعر الصفقات التي تحصلت عليها الشركة فيما بعد في حسابها لدى البنك الضامن المقابل، و بناء على ذلك طالب المفوض بتنفيذ الخطة و ممثل الدائنين بسداد المبلغ المحجوز من قبل البنك الضامن المقابل .

لتقرر المحكمة رفض هذا الطلب و الإقرار بصحة المقاصة التي أجراها بنك La société Générale

<sup>1</sup> \_ الذنون حسن علي و الرحو محمد سعيد، المرجع السابق، ص 57.

<sup>2</sup> \_ PIEDELIEVRE Stéphane, «Remarques sur les règles uniformes de la C.C.I relatives aux garanties sur demande», Op.Cit, p 628.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

مؤسسة ذلك على أن إبرام تلك الصفقات ما كان ليتم لولا إصدار الضمان المقابل من قبل البنك المعني، و بأن الترابط يمكن اعتباره قائماً بمجرد أن تتولد التزامات عن عقود مختلفة و لكن توحيدها إرادة الأطراف في عملية اقتصادية شاملة و غير قابلة للتجزئة<sup>1</sup> .

ب- **الإتجاه الراض للمقاصة في الضمان المستقل** بالنسبة لهذا الرأي لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد عند طلبه الوفاء بقيمة الضمان، بالمقاصة بين المبلغ المطلوب للمستفيد و دين مستحق تجاه عميله الأمر تأسيساً على مبدأ استقلالية الضمان عن علاقة البنك الضامن بالأمر .

كما لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة بين مبلغ الضمان و ما قد يكون له من دين في ذمة المستفيد، ما لم يطلب هذا الأخير الوفاء بالمبلغ عن طريق قيده في حسابه لدى البنك، ففي هذه الحالة لا يمنع من إجراء المقاصة بين الدينين عن طريق القيام بإجراء قيد عكسي في الحساب<sup>2</sup> .

يوجد ما و ميرر هذا المنع يكمن في :

- أن قيمة الضمان قبل المطالبة به أو تحقق شروطه تعتبر ديناً غير مستحق الأداء، و بالتالي تنفي شروط المقاصة في هذه الحالة .

- أن مبلغ الضمان بعد المطالبة به لا يكون ملكاً للمستفيد، و إنما يسترد صفته الأصلية باعتباره تأمينا نقدياً مقدماً من العميل لفائدته، و بهذه الصفة يكون للمستفيد استيفاء حقه الناتج عن علاقته مع العميل، مع رد الباقي إليه و ليس للبنك<sup>3</sup> .

### المطلب الثاني: انقضاء الضمانات البنكية الدولية بعدم الوفاء

على غرار الوفاء أو بما يعادل الوفاء، ينقض الالتزام طبقاً للقواعد العامة بعدم الوفاء به، وذلك لأسباب معينة تتمثل في إبراء المستفيد الدائن لذمة مدينه، أو لعدم إمكانية مطالبة هذا الأخير بالتنفيذ لاستحالة ذلك بالنسبة إليه لسبب أجنبي عن إرادته ، أو لمضي فترة زمنية دون المطالبة بذلك التنفيذ أي مايسمى بالتقادم الفرع الأول، كما يعتبر انتهاء الأجل من أسباب الإنقضاء ذات الأهمية بصدد الضمان البنكي الدولي.

### الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الضمانات البنكية الدولية بعدم الوفاء : الإبراء واستحالة تنفيذ الإلتزام

يراد بالأسباب العامة لانقضاء التزام الضامن تلك الحالات المنصوص عليها في النظرية العامة للإلتزامات و العقود في القانون المدني، و التي تتعلق بالتقادم<sup>4</sup>، هذا الأخير يقوم على فكرة أساسية مفادها

<sup>1</sup> \_ لقد تم استخراج مضمون هذا القرار من خلال نص القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 مارس 2001 بغرفتها

التجارية والتي نقضت حكم محكمة استئناف "نيم".

<sup>2</sup> \_ الجير محمد حسن المرجع السابق، ص329.

<sup>3</sup> \_ قرمان عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص 392.

<sup>4</sup> \_ المواد 308 و ما بعدها من القانون المدني

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

استقرار المعاملات، فالحق الذي يسكت عنه صاحبه و لا يطالب به مدة من الزمن لا يكون له المطالبة باستيفائه بعد انقضاء تلك المدة أو إلى أجل غير محدد، فسكوت الدائن عن حقه وكيف إما بكونه قد استوفى حقه أو تنازل عنه للمدين أو أنه شخص مهمل فتكون رعاية حق المدين أولى ، و باعتبار أن هذا الأمر بعيد الإحتمال بالنسبة للضمان المستقل يتم التركيز على السببين الآخرين و هما الإبراء (أولاً) واستحالة التنفيذ (ثانياً).

### أولاً: الإبراء

طبقاً للمادة 305 من القانون المدني فإن الإلتزام ينقضي إذا برأ الدائن ذمة مدينه اختياريًا، ويتم هذا الإبراء بمجرد وصوله إلى علم المدين وقبله هذا الأخير .  
و بذلك يتضح بأن :

- الإبراء تصرف تبرعي يتنازل بموجبه الدائن عن حقه في مواجهة المدين بدون مقابل .
- الإبراء تصرف إرادي صادر من طرف واحد ألا و هو الدائن، إذ لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يقرن فيه بعلم من وجه إليه أي المدين .
- الإبراء كي يكون صحيحا يجب أن يقبله المدين و إلا كان باطلا .
- الإبراء سبب لانقضاء الإلتزام و هو الأثر الهام الذي يترتب عنه و ذلك دون استيفاء الدائن لحقه أو ما يقابل هذا الحق<sup>1</sup>.

أ- الإبراء بتنازل المستفيد عن حقه : وفي هذه الحالة يفرق الفقه من حيث أثر هذا الإبراء بين حالة الضمان المشروط و غير المشروط، فإذا كان الضمان مشروطا بحدوث إخلال من العميل بالالتزام نحو المستفيد، ففي هذه الحالة يكون للإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل أثرا منهيًا للالتزام البنك في الضمان، أما إذا كان الضمان غير مشروط فالتزام البنك لا يتأثر بالإبراء إلا إذا تضمن هذا الأخير النص على تنازل المستفيد عن حقه في الضمان<sup>2</sup> .

ما يلاحظ هنا هو وجود الربط بين علاقة المستفيد بالعميل و علاقته بالضمان من خلال الإقرار بانقضاء التزام هذا الأخير بالتبعية لانقضاء التزام العميل في مواجهة المستفيد بالإبراء و هو ما يتعارض بشكل تام مع مبدأ استقلالية الضمان ، لذلك فالإبراء المؤثر في التزام الضامن تجاه المستفيد هو المتضمن إخلاء هذا الأخير لذمة البنك من التزامه في الضمان المستقل .

ذاك بالإبراء بإعادة الضمان المستقل إلى البنك قبل انتهاء مدته فأعادة المستفيد للضمان إلى البنك قبل أن تنتهي مدته تعبر عن إبراء لذمة هذا الأخير من التزامه و يحدث ذلك في الغالب عندما يوفي العميل

<sup>1</sup> - تتاغو سمير عبد السيد المرجع السابق ص من 430 إلى 432.

<sup>2</sup> - سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص307.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

بالتزاماته تجاه المستفيد، فلا يبقى بالتالي لهذا الأخير أي حق في قيمة الضمان، ليقوم بإرجاعه إلى البنك قبل انقضاء أجله<sup>1</sup>.

كما قد يحدث و أن يتفق العميل الأمر و المستفيد على إنهاء العلاقة بين البنك و المستفيد أي إنهاء الضمان عندما يقدم العميل ضمانا آخر معادلا لقيمة الضمان، فيستتبع ذلك إعادته إلى البنك و زوال الإلتزام<sup>2</sup>.

وفي نفس الإطار تحدثت القواعد الموحدة وحاد" عن الإبراء كسبب مؤدي لانقضاء الضمان أو الضمان المقابل المستقل من خلال صورتين :

- إما بتقديم المستفيد للمستندات الخاصة المبرئة لذمة الضامن أو الضامن المقابل، و المذكورة في عقد الضمان أو الضمان المقابل.

- أو بتصريح مكتوب من المستفيد يفيد بإبراء أو تحرير الضامن من التزامه بموجب الضمان المستقل، أو بتصريح مكتوب من الضامن مبرراً للضامن المقابل من التزامه في الضمان المقابل المستقل.

كما توضح القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب أنه و بغض النظر عما إذا تمت إعادة الضمان إلى الضامن أم لا، فإن التزامه ينقضي بتقديم المستفيد لتصريح موقع منه يعني بمقتضاه الضامن من التزاماته بموجب الضمان.

### ثانيا : استحالة التنفيذ

يقصد باستحالة التنفيذ أن يثبت المدين أن الوفاء بالإلتزام أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته<sup>3</sup>.

أ - شروط استحالة التنفيذ: طبقا للقواعد العامة يشترط لاعتبار استحالة التنفيذ سببا من أسباب انقضاء الإلتزام ما يلي :

- ❖ أن يكون الإلتزام قد نشأ ممكنا .
- ❖ أن يصبح التنفيذ بعد نشأته مستحيلا.
- ❖ أن ترجع استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، أما إذا نشأت بخطئه، فالإلتزام لا ينقضي، و السبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير ويقع عبء إثبات ذلك السبب على المدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> \_ الكيلاني محمود، الموسوعة التجارية و المصرفية: عمليات البنوك المجلد الرابع، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص408.

<sup>2</sup> \_ الطيب علي محمد أحمد، المرجع السابق، ص 108.

<sup>3</sup> \_ المادة 307 من القانون المدني

<sup>4</sup> \_ تناغو سمير عبد السيدة المرجع السابق، ص 432-433.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

وفي هذا الصدد يميز بعض الفقه بين صورة الضمان المشروط، و فيه ينقضي التزام البنك باستحالة تنفيذ التزام العميل لأن الشرط المعلق عليه الضمان أصبح غير ممكن التحقق للسبب الأجنبي وصورة الضمان غير المشروط و هنا لا يتأثر التزام البنك لاستحالة تنفيذ العميل لالتزامه و لو بسبب أجنبي<sup>1</sup>.

ب- **القوة القاهرة كسبب لاستحالة التنفيذ:** تعرف القوة القاهرة بأنها كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه، ولا يمكن توقعه و لا منعه و يصبح معه تنفيذ الإلتزام مستحيلا، و من أمثله الزلزال قيام حرب بينى عليه دفع المسؤولية عن المدين و يشترط لذلك أن تحدث القوة القاهرة في الفترة اللاحقة على إبرام العقد أي أثناء تنفيذه، فالمتفق عليه فقها وقضاء أنها لا ترتب أي أثر قانوني على الإلتزام التعاقدى إن حدثت قبل إبرام العقد أو أثناءه أو بعد تنفيذه<sup>2</sup>.

وبالإستناد إلى القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب يقصد بالقوة القاهرة، أفعال القدر، أعمال شغب، الإضطرابات أو الصراعات الأهلية، الأعمال الإرهابية، أو أي ظرف خارج عن إرادة الضامن أو الضامن المقابل يوقف نشاطه فيما يتعلق بعقود الضمان و الضامن المقابل .  
ويترتب على ذلك، أنه إذا كان الضمان ينقضي في المدة أو أثناء الوفاء الذي عرقل بسبب القوة القاهرة ما يلي :

- تمديد الضمان أو الضامن المقابل لمدة 30 يوما ابتداء من التاريخ الذي كان من المفروض أن ينقضي فيه الضمان، و على الضامن بمجرد أن تسمح له الظروف لإعلام الأمر بذلك، وفي حال الضامن المقابل يقع عبء الإعلام على الضامن المقابل<sup>3</sup>.
- إيقاف العمل بالأجال المحددة لفحص طلب الضمان و الذي لم يتم بعد، قبل حدوث القوة القاهرة إلى حين استعادة الضامن لنشاطه فيما يتعلق بالضمان
- إذا تم تقديم طلب للوفاء بالضمان و كان مطابقا و لم يتم الوفاء به بسبب القوة القاهرة يتم تسديده عند نهاية الظروف الحاصلة حتى و إن كانت صلاحية الضمان قد انتهت وللضامن الحق في طلب الضامن المقابل خلال 30 يوما بعد نهاية القوة القاهرة حتى و لو كان قد انقضى أجله .
- ما تم إقراره بالنسبة للضامن يعتمد كذلك بالنسبة للضامن المقابل في حال حدوث قوة قاهرة استحالة معها تنفيذ الإلتزام .
- لا يتحمل الضامن أو الضامن المقابل أي مسؤولية عن النتائج المترتبة عن القوة القاهرة .

<sup>1</sup> \_ سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص 309

<sup>2</sup> \_ الديب هبة محمد محمود، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية: دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الأزهر بغزة فلسطين، 2012، ص 50-51

<sup>3</sup> \_ Article 26 alinéa a) RUGD 758

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

ما يستخلص من ذلك أن القوة القاهرة بالنسبة للضمان المستقل، و إن كانت مرادفة لاستحالة تنفيذ البنك الضامن لالتزاماته، إلا أن ما يترتب عنها هو التوقف المؤقت لتكريس تلك الإلتزامات إلى حين زوال الظروف أو الحادث الحاصل ليستأنف التنفيذ مرة أخرى مع تمديد للأجل المقررة، و بالتالي فهي لا تعتبر في جوهرها سببا لانقضاء الإلتزام في الضمان المستقل و إبراء لذمة البنك الضامن تجاه المستفيد .

**الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الضمانات البنكية الدولية: انقضاء الأجل أو طلب التمديد**  
يكمن السبب الخاص لانقضاء الضمان البنكي الدولي في انتهاء أجل سريانه دون أن ترد مطالبة من المستفيد إلى البنك تتضمن دفع قيمته، مما يترتب عنه انقضاء أي التزام لهذا الأخير نحوه، و أي طلب للضمان بعد يعتبر مستحيلا (أولا) ، لكن هذه القاعدة قد يرد عليها استثناء يتعلق بالحالة التي يطلب فيها المستفيد تمديد أجل الضمان و بالتالي التمديد في مدة التزام البنك الضامن في الضمان المستقل (ثانيا).

### أولا: انقضاء الضمان البنكي الدولي بانتهاء الأجل

إذا لم يقدم المستفيد طلبا بدفع قيمة الضمان خلال مدة سريانه إلى البنك الضامن، تبرأ ذمته أي البنك بالتبعية لذلك .

وتطبيقا لذلك يميز الفقه بين حالتين :

أ- إذا كان الضمان محدد المدة و هو الغالب يجب أن تتم المطالبة خلال المدة المحددة، فإن تأخر المستفيد إلى غاية انتهائها دون أن يصل البنك أي طلب منه بالدفع، مما ينتج عنه انتفاء مسؤولية البنك وسقوط التزامه تجاه المستفيد .

والواجب هنا أن تتم المطالبة خلال مدة سريان الضمان المحددة، أما الوفاء الفعلي به فقد يتم بعد ذلك بفترة زمنية<sup>1</sup> .

والواقع أن البنوك تحرص دائما على ذكر تاريخ انتهاء أجل الضمان مع التأكيد على أن أية مطالبة ترد إليها بعد هذا التاريخ تكون عديمة الأثر .

فإذا انقضى الضمان بهذه الصورة يرسل البنك خطابا إلى المستفيد يشير فيه بأن التزامه قد انقضى، وبالتالي فقد أجرى إلغائه من سجلاته، مع طلب استرداد أصل الضمان و ما لحقه من تجديدات إن وجدت أي تجديد لمدة سريانه، مع الإشارة إلى أن إلغاء الضمان من سجلات البنك لا يتوقف على رد أصله لكونه أصبح معدوما، و لكن البنك يطلب ذلك لاستيفاء إجراءاته<sup>2</sup> .

ب- إذا كان الضمان غير محدد المدة : إذا كان الضمان مقرر المدة غير محددة فإن التزام البنك يظل ساريا ولكن يجوز له إنهاءه في أي وقت بشرط أن يتم إنذار العميل و المستفيد بذلك مسبقا و لفترة كافية

<sup>1</sup> \_ قرمان عبد الرحمان السيد المرجع السابق، ص 396-397

<sup>2</sup> \_ سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص 302.

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

حتى لا يكون هناك إنهاء للضمان بشكل تعسفي ، و إن كانت هذه الحالة غير متوقعة و متصورة بالنسبة للضمان البنكي الدولي و المعاملات التجارية الدولية .

لقد اعتبرت القواعد الموحدة للضمانات المستقلة أن انتهاء أجل الضمان من الأسباب المؤدية إلى انتهاء التزام الضامن في الضمان ، كما فصلت في ذلك على النحو التالي :

- إذا لم يكن للضمان أو الضمان المقابل تاريخا للإنقضاء أو سببا مؤديا للإنقضاء، فإن الضمان لا يظل ساريا لأمد غير محدود، و إنما تنتهي مدته في ظرف 3 سنوات ابتداء من تاريخ إصداره وبالنسبة للضمان المقابل ينقضي بعد 30 يوما من انقضاء الضمان<sup>1</sup>.
- إذا صادف تاريخ انقضاء الضمان يوما غير مفتوح في مكان تقديم طلب الوفاء، فإن ذلك التاريخ يتمدد إلى أول يوم مفتوح حسب نفس المكان .
- عند انتهاء الضمان لانقضاء أجله، يكون الضامن ملزما بإخطار الأمر بذلك، و في حال الضمان المقابل، على الضامن إعلام الضامن المقابل بذلك ، ليتولى بدوره إخطار وإعلام الأمر بذلك<sup>2</sup>.

### ثانيا: تمديد أجل الضمان La prorogation du délai

الأصل أن التزام الضامن يسقط بانتهاء مدة الضمان، و لكن استثناء يجوز تمديد هذه المدة قبل انتهائها بموجب اتفاق بين المستفيد و الأمر، لمتطلبات تنفيذ العملية المضمونة فيلجأ الأمر إلى البنك طالبا مد أجل الضمان<sup>3</sup>.

كما يمكن للمستفيد تقديم هذا الطلب، و لكن جرى العمل على أنه و تجنباً لرفض البنك، يلجأ إلى اعتماد ما تسمى بصيغة مدد أو ادفع "Proroger ou Payer" ، فإذا رفض البنك ذلك يجد نفسه ملزما بالوفاء إلى المستفيد<sup>4</sup>.

ويعتبر رضا كل من الأمر و الضامن ضروريا بالنسبة لمسألة التمديد، فالأمر هو من يوجه تعليماته للبنك لإصدار الضمان لفائدة المستفيد، لذلك فإن أي تمديد للأجل دون رضاه سيحرم البنك من الرجوع عليه بعد الوفاء، كما أن قبول البنك الضامن بالتمديد يعتبر أمرا منطقيا لكونه طرفا في عقد الضمان، وهو الملزم بالدفع .

يمكن اعتبار أن استعمال وتنفيذ الضمان مرتبط بالقرار المسبق بعدم تمديد أجله، حيث لا يوجد Proroger "ou Payer" منطقيا أي فرق بين طلب التمديد أو الدفع "Proroger ou Payer" وطلب الدفع أو التمديد، والأكد هنا أنه وفي مصلحة الأمر، غالبا ما يتم اختيار التمديد عند التسوية الفورية للضمان،

<sup>1</sup> Article 25 alinéa c) RUGD 758

<sup>2</sup> Article 25 alinéa e) RUGD 758.

<sup>3</sup> \_ الشامسي جاسم علي جاسم، المرجع السابق، ص 19

<sup>4</sup> \_ جبار رقية، المرجع السابق، ص 265

## الفصل الثاني : الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية

ولكن مع ذلك، و إن كانت هذه الإمكانية مقبولة من المستفيد و الذي يحق له في الوقت نفسه الحصول على الوفاء، فإنه لا يوجد ما يقيد حق و التزام الضامن في اختيار إحدى الوسيلتين إما قبول التمديد أو القيام بالدفع<sup>1</sup> .

لقد اختلف الفقه و القضاء في تكييف الضمان البنكي الدولي منقسمين على إثر ذلك إلى رأيين الرأي الأول يعتبر بأن الإرادة المنفردة هي أساس التزام الضامن أي أن تعهده في الضمان يتأسس على إرادته المنفردة المعلن عنها لصالح المستفيد، في حين أسنده الرأي الثاني إلى نظرية العقد، فالبنك وفقا له يتعهد تجاه المستفيد بناء على العلاقة التعاقدية فيما بينهما، إلا أن أنصار هذه النظرية لم يجمعوا حول فكرة محددة تفسر من خلالها تلك العلاقة، حيث اعتبرها البعض عقد كفالة و كيفها البعض الآخر بناء على نظرية الإنابة وغيرهما من الأنظمة القانونية التي ثبت عدم صلاحيتها لتفسير خصوصية الضمان ليجمع أغلب الفقه على كونه عقدا ذو طبيعة خاصة يتميز باستقلاليته سواء من حيث وجوده صحته أو حتى انقضائه طبقا للقواعد العامة سواء بالوفاء أي بوفاء الضامن بقيمة الضمان لفائدة المستفيد، كطريق طبيعي لانقضاء أي التزام، أو عكس ذلك بعدم الوفاء كالإبراء من خلال تنازل المستفيد عن حقه، أو بانقضاء أجل الضمان .

بالتالي فالضمان البنكي الدولي ذو طبيعة تعاقدية ، له خصائص تميزه عما يشابهه من أنظمة قانونية بما يجعله عقدا غير مسمى .

<sup>1</sup> \_ PIEDELIEVRE Stéphane, «Remarques sur les règles uniformes de la C.C.I relatives aux garanties sur demande», Op.Cit, p 629

الختامة

### الخاتمة

إن الضمانات البنكية الدولية كتأمين من التأمينات الشخصية استحدثها العمل والعرف المصرفي وانتشرت في مجال التجارة الدولية، ونصت عليها عديد الدول ضمن قوانينها الداخلية على غرار التشريع الجزائري، كما اجتهدت غرفة التجارة الدولية في سبيل توحيد قواعدها و تقليل النزاعات بين أطرافها من أهمها القواعد الموحدة للضمانات بمجرد الطلب التي أدرجت عليها تعديلات متتالية مواكبة للتغيرات والتطورات الحاصلة كان آخرها تعديل سنة 2010 تحت رقم 758 ، تمثل تعهدات من البنك بدفع مبلغ معين لفائدة المستفيد بمجرد الطلب أو وفقا للشكليات المتفق عليها .

إنه وبالنظر إلى الفوائد التي تحققها الضمانات لكافة الأطراف سواء البنك الذي يتحصل على عمولات محددة، أو الأمر الذي يجنبه تقديم تأمين نقدي و كذا حصوله على الصفقة التي كان يبتغيها، أو المستفيد الذي يحصل على الضمان مطمئنا لسمعة و ملاءة الضامن، بالإضافة إلى المرونة التلقائية التي تميز تنفيذها فقد اتسع نطاق استخدامها و تنوعت أشكالها تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية و تماشيا مع متطلبات الحياة الإقتصادية بصفة عامة يذكر من أمثلتها الضمان المباشر وغير المباشر، الضمان بمجرد الطلب و الضمان المستندي إلى غير ذلك .

إن الضمانات المستقلة بما تتسم به من استقلالية التزام الضامن و عدم تأثره بما يشوب العلاقات الناشئة بين الأطراف أي بين كل من الأمر و المستفيد أو الأمر و الضامن ذاته، إضافة إلى عدم الإحتجاج بالدفع تجاه المستفيد ، فيما عدا حالة الغش والتدليس الظاهر الذي يعكس سوء نية هذا الأخير ، جعل منها عقدا غير نموذجي ذو طبيعة خاصة، إذ لا تندرج ضمن المفاهيم القانونية التقليدية في القواعد العامة كالكفالة البنكية و التعهد عن الغير و إن تداخلت معها في بعض أحكامها، وفي ذلك تأكيد على طبيعتها القانونية الخاصة .

وهو ما يشجع المتعاملين التجاريين لاشتراط مثل هذه الضمانات بصدد إبرام و تنفيذ العقود التجارية تجسيدا للمعاملات فيما بينهم و تعزيزا لها .

### الإقتراحات:

- نظرا لانتشار استخدام تقنية الاعتماد المستندي من قبل المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين، فعلى هؤلاء القيام بدراسة جيدة لآلياته و إجراءات تنفيذه.
- على أي متعامل اقتصادي سواء كان مصدرا أو مستوردا اختيار الاعتماد المستندي المناسب حتى يضمن أقل التكاليف وأقل المخاطر في ظل السرعة في التنفيذ.
- العمل أكثر على عصرنه الخدمات البنكية في مجال الضمانات البنكية بالاعتماد التام على التكنولوجيا والمعلوماتية و تأمينها بصورة فعالة تماشيا مع ما عرفتة المعاملات التجارية الدولية من تطور سريع و مستمر، بالإضافة إلى التقليل من قيمة العمولات المرتفعة المرهقة للمتعاملين الجزائريين لقائدة البنوك والمتعاملين الأجانب.

## الخاتمة

- العمل على تطوير وتسهيل التعامل بالضمانات البنكية لدولية من خلال إيجاد نوع من الإنسجام بين الإطار القانوني الداخلي و القواعد والأصول الموحدة المنظمة لكل نوع من تلك الضمانات تقاديا للتعارض بين أحكامها و تجنباً لما قد ينشأ عن ذلك من مشاكل و نزاعات، مما يسمح بتوفير أفضل الظروف للتنفيذ الجيد للمبادلة التجارية.
- توفير أكثر حرية و سهولة في منح الضمانات البنكية الدولية بمختلف أنواعها، و تشجيع المتعاملين الجزائريين على استخدامها بصدد عقود التجارة الدولية المبرمة من قبلهم، و خاصة فيما يتعلق بخطابات الضمان المستقل التي تعد أفضل تقنية بنكية أثبتت نجاعتها على المستوى الدولي، فحتى و إن لم تشكل تغطية تامة لكل المخاطر و خصوصاً السياسية منها، غير أنها تساهم على الأقل في التقليل منها بصفة فعالة، بما يسمح بتكريس الثقة و الأمان لكافة الأطراف، مما ينعكس إيجاباً على تطوير و ترقية التجارة الدولية.

# قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

1-الكتب:

- أبو السعود ،رمضان التأمينات الشخصية و العينية، منشأة المعارف، مصر، 1995.
- الأشهب نوال عبد الكريم، التجارة الدولية، دار المنهل للطباعة والنشر، لبنان، 2015.
- البسيوني محمد عبد الغفار و آخرون القانون التجاري: دراسة موجزة في الأعمال التجارية - الأوراق التجارية - الشركات التجارية الجامعة العمالية، مصر، 2009.
- بن حبيب عبد الرزاق و خالدي خديجة أساسيات العمل المصرفي ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2015.
- التلاحمة خالد إبراهيم الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
- تناغو سمير عبد السيد أحكام الإلتزام و الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
- جادر غنيريسان الضمان بمجرد الطلب»، مجلة العلوم الإقتصادية، العدد 25 ، المجلد 7، جامعة بغداد العراق، نوفمبر 2009.
- جاسم أسيل باقر أثر التحكيم على خطاب الضمان دراسة تحليلية»، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة بابل العراق 2013 .
- الجبر محمد حسن، العقود و عمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية النشر العلمي و المطابع الجامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1997.
- حمدي عبد العظيم، دراسات في الإقتصاد الإسلامي: خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، المجلد 13 المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، 1996.
- خليل أحمد، أصول التنفيذ الجبري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 2000.
- دويدار هاني القانون التجاري: العقود التجارية - العمليات المصرفية - الأوراق التجارية - الإفلاس، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- الذنون حسن علي و الرحو محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - أحكام الإلتزام: دراسة مقارنة الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- الزين محمد، النظرية العامة للإلتزامات: العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الوفاء، تونس، 1997.

## قائمة المصادر و المراجع

- سعد نبيل ابراهيم، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص وقانون الإلتزامات و قانون الأموال : دراسة مقارنة، منشأة المعارف، مصر، 2000.
- سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني الخطابات الضمان المصرفية: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
- السنهوري عبد الرزاق أجمد الوسيط في شرح القانون المدني: التأمينات الشخصية و العينية الجزء 10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع: دراسة مقارنة و مدعمة باجتهادات قضائية وفقهية دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2012.
- سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- الشامسي جاسم علي سالم كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته و مدى توافقه مع الحدود الشرعية»، مؤتمر مجمع الإسلامي، الدورة 16، دبي، الإمارات العربية ، دبي، الإمارات العربية المتحدة من 9 إلى 14 أبريل 2005.
- شحاتة صلاح ابراهيم، ضوابط منح الإئتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
- الشراوي محمود سمير، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1984.
- الصوص نداء محمد مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع و دار اجنادين للنشر و التوزيع، الأردن، 1993.
- طالب حسن موسى الموجز في قانون التجارة الدولية، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- طراد كامل خير الله، خطابات الضمان وأهميتها في عقود المقاولات والتجهيز الحكومية مجلة كلية التراث الجامعة عدد 19، المجلد 1، كلية التراث الجامعة، العراق، 2015.
- طلبان محمد حسين صالح، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
- العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 1986.
- العايب وليد و بوخاري لولو، اقتصاديات البنوك و التقنيات البنكية، الطبعة الأولى، مكتبة حسن العصرية لبنان، 2013.

## قائمة المصادر و المراجع

- العبدلاوي إدريس العلوي شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزام - الإرادة المنفردة - الإثراء بلا سبب المسؤولية التقصيرية - القانون، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2000.
- العكيلي عزيز، شرح القانون التجاري: الأوراق التجارية و عمليات البنوك، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2007.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- عوض علي جمال الدين عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، مصر، 1993.
- قادري عبد المجيد «الطبيعة القانونية للمقاصة»، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية و الاجتماعية، العدد، 32، جامعة باجي مختار، عنابة، ديسمبر 2012.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، ملف رقم 627056 ، مؤرخ في 08/07/2010، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
- قرمان عبد الرحمن السيد العقود التجارية و عمليات البنوك طبقا لأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، مكتبة الشقري، المملكة العربية السعودية 2010.
- كروم السالك النظام القانوني للضمانات البنكية المستقلة مجلة القانون و الأعمال، العدد 17 ، جامعة الحسن الأول، المغرب، مارس 2017.
- الكيلاني محمود، الموسوعة التجارية و المصرفية: عمليات البنوك المجلد الرابع، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- المناقصة دعوة للتعاقد تعلنها الإدارة المتعاقدة وفقا لأشكال و شروط محددة، و يقع الإختيار على أفضل عرض طبقا للشروط التقنية و المالية المقررة لإبرام العقد ( انظر عشي علاء الدين مدخل للقانون الإداري، دار الهدى الجزائر، 2012.
- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني: دراسة مقارنة، الجزء 3 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- موسى محمد بن إبراهيم نظرية الضمان الشخصي الكفالة، الجزء الأول، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1991.

## 2-المذكرات ورسائل

### أ-رسائل الماجستير:

- باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق ببودواو، جامعة بومرداس 2009.
- بن شعبان حكيمة، الإعتماد المستندي و التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2014.
- تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006.
- حمداوي تورة، الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- الديب هبة محمد محمود، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية: دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الأزهر بغزة فلسطين، 2012.
- شلالى رشيد، تسيير المخاطر المالية في التجارة الخارجية الجزائرية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية تخصص إدارة العمليات التجارية كلية العلوم الاقتصادية و العلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 3-2010-2011.
- شلغوم رحيمة، ضمانات القرض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.
- الشنطي ريم عدنان عبد الرحمن الإنابة في الوفاء: دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني و مشروع القانون المدني الفلسطيني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2007.
- الطيب علي محمد أحمد، الأحكام القانونية لخطاب الضمان المصرفي : دراسة قانونية مقارنة، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية كلية القانون، جامعة النيلين، السودان، 2016.
- كلوب إياد إبراهيم محمد، الإشتراط لمصلحة الغير، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة لأزهر، غزة، فلسطين، 2014.

## قائمة المصادر و المراجع

- عشاري أسماء النظام القانوني للشركة الجزائرية لتأمين وضمان الصادرات و آثارها على النجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال كلية الحقوق بين عكنون جامعة الجزائر 1 2014-2015.
  - علودة نجمة دامية دور المؤسسات المصرفية في التجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.
  - العوج أرزقي، عقد تأمين القرض عند التصدير وفق القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بين عكنون جامعة الجزائر، 2007-2008.
  - فضيل نورة، النظام القانوني للتأمين على القرض في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.
  - لشهب نادية ليلي انقضاء الإلتزام بالإنابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016-2017.
  - هناوي وائل نورس دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الإقتصادية: دراسة تطبيقية على المصرف التجاري السوري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم المالية والمصرفية، كلية الإقتصاد، جامعة دمشق، سوريا، 2016.
- ب- رسائل الدكتوراه:
- أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
  - آيت وازو زائنة مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص ،قانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
  - باوني محمد، الضوابط الشرعية للأعمال المصرفية المعاصرة: دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2001-2002.
  - بسعيد مراد عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري و الإتفاقيات الدولية رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2011-2012.
  - بن ددوش نضرة، انقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة وهران 2010-2011.

- جبار رقية النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية: الإعتماد المستندي و الكفالة البنكية ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2017،1.
- زاوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992.
- الشريف أحمد عقد التوريد: دراسة في القانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، 2015-2016.
- معاشو عمار الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر 1999.

### Mémoire et article

- GARSUAULT Philippe et PRIAMI Stéphane, Opérations bancaires à l'international, 2ème édition, Revue banque éditions, Paris, 2015, p 167.
- SIMON Yves et MOREL Christophe, Finance internationale, 11ème édition, Edition Economica, Paris, 2015.
- SIMLER Philippe, Cautionnement et garanties autonomes, 3ème édition, Editions litec, Paris, 2000.
- BONNEAU Thierry, Droit bancaire, 9ème édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2011.
- SOLTANI Mohammed, Effets des garanties autonomes et des garanties bancaires en droit Français et Iranien, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, Université de Strasbourg, 2009.
- RANOUIL Véronique et CHABAS François, Leçons de droit civil : sirtés-publicité foncière, Tome 3, Premier Vol., 6me édition, Edition Montchrestien, Paris, 1988.
- ROSSI Tuto, La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta-éditions, Lausanne, Suisse, 1990.
- MOUMOUNI Charles, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », Revue juridique Thémis, N° 31, Faculté de droit, Université de Montréal, Québec, 1997.
- Instruction N° 94-05 du 2 Février 1994, Portant modalités d'application du règlement N° 93-02 du 3 Janvier 1993 relatif a l'émission d'actes de garantie et de contre garantie par les banques intermédiaires agréés. Site : [www.bank-of-algeria.dz](http://www.bank-of-algeria.dz).
- BENMESSAOUD Sofiane, Les garanties des crédits bancaires: une étude comparée, Mémoire pour l'obtention du Magister en droit comparé des affaires, Faculté de droit, Université d'Oran, 2012-2013.
- BOUDIAF Ahmed Réda, « Les garanties à première demande en droit Algérien », Revue de la Cour Supreme, N° 2, Alger, 2005.
- GUESMI Ammar, « L'évolution des garanties bancaires en matière de commerce international dans la pratique des banques algérienne », Revue entreprise et commerce, N° 2. Edik éditions, 2006.

- LEGEAIS Dominique, Sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J, Paris, 1996.
- Article 10 Alinéa a) RUGD 458: «Le garant aura un délai raisonnable pour examiner une demande au titre d'une garantie pour déclarer s'il doit payer ou rejeter la demande».
- BANIACHEMI Seyed-Moslem, La garantie à première demande dans les contrats internationaux, Thèse de doctorat en droit international, Faculté de droit et sciences économique, Université de Montpellier 1, 1988.
- MARTINI Hubert, Exportateurs technique de sécurisation financière des exportations, Edition ITcis, Alger, 2010.
- DELACOLLETTE Jean, Les contrats de commerce internationaux, 3me édition, De Boeck et larciers.a, Bruxelles, 1996.
- HOUCHI Fatima, Les opérations du commerce extérieur : environnement international et financement- pratique du crédit documentaire par la BDL, Mémoire pour l'obtention du Magister en Sciences Economiques, Option Monnaie-Finance-Banque, Faculté des Sciences Economique, commerciales et de la gestion, Université Mouloud Mammeri, TIZI OUZOU, Sans mentionner l'année.
- VASSEUR Michel, Droit et économie bancaire : les opérations de banque, fascicule 3, Les cours de droit, Paris, 1988-1989.
- HABBASSI-MEBARKIA Samira, La protection de la caution, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Valenciennes et du Hainaut Cambrésis, Valenciennes, 2016.
- BIHR Philippe, Droit civil général, 15<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2004.
- MESTRE Jacques et JAUFFRET Alfred, Droit commercial, 21<sup>ème</sup> édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993.
- ANCEL Pascal, «< Cautionnement et autres garanties personnelles: état du droit Français>>, Rapport de recherche, Université Jean Monnet, Saint-Etienne et Ministère de la justice, Juin 1993.
- HANNANI Mahomed, «Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services», Les cahiers de droit, N° 3, Faculté de droit, Université Laval, Quebec, 1985.
- KETTANI Mehdi, «< Présentation générale des garanties bancaires conventionnelles usuelles du crédit>>, DLA Piper, 2017, .site: <https://www.dLapiper.com>.
- GUILLET Christophe, « Le critère de distinction du cautionnement et de la garantie autonome>>, La semaine juridique notariale et immobilière, N° 23, Lexis Nexis, Paris, 10 Juin 2011. Site : [www.LexisNexis.Fr](http://www.LexisNexis.Fr).
- PICOD Yves, Leçons de droit civil: sûretés et publicité foncière, 7<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris, 1999.
- NETTER Emmanuel, Les garanties indemnitaires, Thèse en vue de l'obtention du doctorat en droit privé, mention droit des affaires, Université de Strasbourg, 2010.
- PIEDELIEVRE Stéphane et PUTMAN Emmanuel, Droit bancaire, éditions economica, Paris, 2011.

- HADAD Sabrine, « présentation de la promesse de porte fort », Article juridique, publié le 1 Septembre 2015. Site: <https://www.Legavox.Fr>
- <sup>1</sup> TAVENIER Tschanz, Les garanties personnelles en droit suisse, Generale Corporate, Genève, 2010.
- BOURASSIN Manuella, «garantie personnelles entre droit commercial et protection des consommateurs>>, XIXe Congrès international de droit comparé, Vienne, Juillet 2014.
- THEVENOZ Luc, «Les garanties indépendantes devant les tribunaux Suisse», Journée de droit bancaire et financier», Université de Genève, 1994.
- PIEDELIEVRE Stephane, Droit des sûretés, Editions ellipses, Paris, 2008.
- ROLLAND Louise, «Les tiers: ces acteurs de la dynamique juridique dans le code civil du Québec», Revue juridique Thémis, N° 40, éditions Thémis, Québec, 2006.
- LEBLOND Nicolas, «Réflexions sur la nature juridique des assurances du crédit : assurance-emprunteurs et assurance-crédit», Gazette du palais, édition spécial, Lextenso éditions, Juillet 2010.
- POULLET Yves, Etude de droit comparé: La garantie automatique dans le commerce international, Vol. 2, Thèse présentée pour l'obtention du doctorat en droit, Faculté de droit, Université Cath Louvain, Belgique, 1980-1981.
- HENRY Xavier, La technique des qualifications contractuelles, These pour l'obtention du doctorat d'état en droit privé, Tome 1, Faculté de droit, Sciences économiques et gestion, Université de Nancy II, 1992.
- Article 3 de l'instruction N° 94-05, Portant modalités d'application du règlement N° 93-02
- (Voir HERBET Jérôme et SABBAAH Carole, «La réforme récente du code civil en matière de sûretés profitera - t-elle aux créanciers?», Revue de droit des affaires internationales, N° 6, Forum Européen de la communication, Paris, 2006.
- Article 2321 alinéa 1 du code civil Français: «da garantie autonome est l'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 suivant des modalités convenues». Site: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- Article 2287-1 du code civil Français: «Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garanties autonome et la lettre d'intention>>.
- "En considération d'une obligation" (Voir HOUTCIEFF Dimitri, «<les sûretés personnelles», Revue mensuelle Contrats-Concurrence- Consommation, N° 6, lexis Nexisjurisclasseur, Paris, Juin 2006, p 20).
- Article 2321 alinéa 4 du code civil Français: «Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie».
- Article 18 de l'instruction N° 94-05: «la banque d'Algérie, (direction du contrôle des changes) peut être saisie pour tout difficulté d'application>>
- (Voir Cass.Com, 2 Février 1988, N° 85-17276, Public au bull).
- Article 3 RUGD 458: «Toute instruction visant l'émission d'une garantie et tout amendement à celle-ci,....., doivent être clairs et précis sans détail excessif.»

4-القوانين:

- نظام رقم 93-02 مؤرخ في 3 جانفي 1993، يتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، جريدة رسمية عدد 17، الصادرة في 14 مارس 1993.
- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد و الفرض جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 27 أوت 2003، معدل و متمم.
- الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد و القرض معدل و متمم على ما يلي: تتضمن العمليات المصرفية.... عمليات القرض «....»، و المادة 2 من النظام رقم 138-101 المؤرخ في 8 أفريل 2013 ، ، جريدة رسمية عدد 29 الصادرة في 2 يونيو 2013.
- الأمر رقم 2006-346 المؤرخ في 23 مارس 2006 الجريدة الرسمية لـ 24 مارس 2006.
- الأمر رقم 5-8 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، الصادرة في سبتمبر 1975، معدل و متمم.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.
- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جريدة رسمية عدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.
- القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 ، يتضمن قانون الجمارك، المعدل و المتمم بالقانون رقم 17-04 المؤرخ في 16 فيفري 2017، جريدة رسمية عدد 11، الصادرة في 19 فيفري 2017.
- القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 يحدد نماذج التصريح بالنزاهة و التصريح بالترشح و التصريح بالإكتتاب و رسالة التعهد و التصريح بالمناول، جريدة رسمية عدد 17 الصادرة في 16 مارس 2016.
- القانون رقم 8-10 المؤرخ في 22 أوت 1998 المعدل و المتمم للقانون رقم 79-107 المتضمن قانون الجمارك، جريدة رسمية عدد 61 الصادرة في 23 أوت 1998، معدل و متمم.
- الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد و القرض معدل و متمم « يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل القاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع....أو الكفالة».
- الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101 الصادرة في 19 سبتمبر 1975، معدل و متمم.
- الأمر رقم 96-06 بأن الشروط العامة في العقد النموذجي لتأمين القرض عند التصدير تخضع لموافقة وزير المالية.

## قائمة المصادر و المراجع

---

- الأمر رقم 06-96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بتأمين القرض عند التصدير جريدة رسمية عدد 3، الصادرة في 14 جانفي 1996، أول نص قانوني ينظم هذا النوع من العقود، ثم تلاه المرسوم التنفيذي رقم 96-235 المؤرخ في 2 يوليو 1996.

# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

	واجهة المذكرة
	شكر و تقدير
	إهداء
1	مقدمة
<b>الفصل الأول : تحديد الضمانات البنكية الدولية</b>	
6	<b>المبحث الأول: تكوين الضمانات البنكية الدولية</b>
6	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للضمانات البنكية الدولية
6	الفرع الأول: تعريف الضمانات البنكية الدولية
17	الفرع الثاني: الخصائص المميزة للضمانات البنكية الدولية: الإستقلالية و عدم الإحتجاج بالدفع
21	المطلب الثاني: التركيبية التعاقدية للضمانات البنكية الدولية
21	الفرع الأول: العلاقات بين الأطراف المتدخلة في الضمان
30	الفرع الثاني: ممارسة حق الرجوع بموجب الضمان البنكي: حق الأطراف في ممارسة الرجوع بعد الوفاء
34	<b>المبحث الثاني: أنواع الضمانات البنكية الدولية</b>
34	المطلب الأول: التصنيفات العامة للضمانات البنكية الدولية
34	الفرع الأول: تصنيف الضمانات البنكية من حيث شكليات الإستعمال
36	الفرع الثاني: تصنيف الضمانات البنكية من حيث محل الإلتزام المضمون
40	المطلب الثاني: التصنيفات الخاصة للضمانات البنكية الدولية
40	الفرع الأول: تصنيف الضمانات البنكية من حيث الغرض
45	الفرع الثاني: تصنيف الضمانات البنكية من حيث موطن البنك
<b>الفصل الثاني: الأحكام القانونية للضمانات البنكية الدولية</b>	
50	<b>المبحث الأول: الطبيعة القانونية للضمانات البنكية الدولية</b>
50	المطلب الأول: التكيف القانوني للضمانات البنكية الدولية
50	الفرع الأول: التكيف القانوني للضمان البنكي الدولي على أساس كونه تصرفا مجردا أو سببيا
55	الفرع الثاني: التكيف القانوني للضمان البنكي الدولي على أساس عقد ذو طبيعة خاصة
61	<b>المبحث الثاني: انقضاء الضمانات البنكية الدولية</b>
61	المطلب الأول: انقضاء الضمانات البنكية الدولية بالوفاء

## فهرس المحتويات

61	الفرع الأول: الوفاء : الطريق الطبيعي لانقضاء التزام الضامن
64	الفرع الثاني: انقضاء الضمان البنكي الدولي بما يعادل الوفاء
67	المطلب الثاني: انقضاء الضمانات البنكية الدولية بعدم الوفاء
67	الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الضمانات البنكية الدولية بعدم الوفاء : الإبراء واستحالة تنفيذ الإلتزام
71	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الضمانات البنكية الدولية: انقضاء الأجل أو طلب التمديد
75	الخاتمة
78	قائمة المصادر و المراجع
	فهرس المحتويات
	الملخص

### الملخص

تتضمن الضمانات البنكية الدولية عددا من المخاطر كسوء تنفيذ أو عدم تنفيذ العقود التجارية الدولية، لذلك من الضروري تأمين جميع الأطراف المتدخلة فيها سواء أكانوا متعاملين تجاريين أو ناقلين أو شركات تأمين أو بنوك، و نظرا للصعوبة التي تثيرها ممارسة حق الرجوع بالنسبة لهذا النوع من المعاملات، فإن الأطراف المعنية تستهدف منذ البداية الحصول على ما تسمى بالضمانات البنكية المستقلة من بينها الضمان بمجرد الطلب، فهو يجسد الخطوة الأولى نحو تبادل تجاري آمن بحيث يساهم بشكل فعال في تحقيق الضمان الفعلي و الحماية المرجوة بفعل خصائصه الجوهرية المتجسدة أساسا في استقلاله التام عن العقد التجاري الدولي. لقد عرفت الجزائر هذا النوع من الضمانات من الناحية القانونية، غير أن الممارسة العملية له كانت في نطاق محدود جدا، على عكس تقنية الإعتماد المستندي التي تعد من أكثر التقنيات البنكية المستخدمة لتسوية المبادلات التجارية الدولية يبرز دورها و أهميتها الكبيرة من خلال كفالة مصالح كافة الأطراف من مستوردين و مصدريين و بنوك.

### Abstract

International bank guarantees include a number of risks such as poor implementation or non-implementation of international commercial contracts, so it is necessary to insure all parties involved in them, whether they are commercial dealers, carriers, insurance companies or banks, and due to the difficulty raised by exercising the right of recourse for this type of transaction, the concerned parties aim from the beginning to obtain the so-called independent bank guarantees, including the guarantee once requested, it embodies the first step towards a safe trade exchange so that it contributes effectively in achieving the actual security and protection desired by virtue of its essential characteristics embodied mainly in its complete independence from the international commercial contract. Algeria has known this type of guarantee from a legal point of view, but the practice of it has been in a very limited scope, unlike the documentary credit technique, which is one of the most used banking techniques to settle international trade exchanges, highlighting its role and great importance by ensuring the interests of all parties, including importers, exporters and banks.