

The legal regime of the letter of bank guarantee According to jurisprudential theories and comparative legislation

Chikh mohamed zakaria ¹

¹ Maghnia University Center, (Algeria),

Received: 10/2022

Published: 10/2022

Summary:

Bank letters of guarantee are considered one of the most important banking activities carried out by banks in the field of economic activity, since they represent an alternative to monetary insurance to ensure the proper fulfillment of obligations arising between contracting parties on the one hand, in addition to granting them multiple advantages to all parties, whether for the ordering client requesting the issuance, or the beneficiary of the letter, or the bank at the origin of the letter.

Given the importance of this international banking service, the International Chamber of Commerce has made great efforts to develop unified rules to regulate the legalization of the use of letters of guarantee worldwide in a single format given the many problematic legislation that raised the subject of the bank letter of guarantee, In particular, as regards its legal adaptation, from which the Jurisprudence has departed in order to determine it, Which I will try to analyze in this article.

Keywords: letters of guarantee, Banks, Juridical nature

النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي وفقا للنظريات الفقهية والتشريعات المقارنة

شيخ محمد زكرياء ¹

¹ المركز الجامعي بمغنية (الجزائر)

ملخص:

تعتبر خطابات الضمان البنكية من أهم الأعمال المصرفية التي تضطلع بها البنوك في مجال النشاط الاقتصادي، فهي تمثل بديلا عن التأمين النقدي لضمان حسن تنفيذ الالتزامات الناشئة بين المتعاقدين من جهة، بالإضافة إلى منحها مزايا متعددة لكل الأطراف سواء بالنسبة للعميل الأمر طالب الاصدار، أو المستفيد من الخطاب، أو البنك مصدر الخطاب.

ونظرا لأهمية هذه الخدمة المصرفية على المستوى الدولي، قامت غرفة التجارة الدولية ببذل جهود كبيرة وجبارة من أجل وضع قواعد موحدة لتنظيم تقنين استخدام خطابات الضمان في كل العالم على نسق واحد نظرا للإشكالات القانونية العديدة التي كان يثيرها موضوع خطاب الضمان المصرفي لا سيما ما تعلق بتكييفه القانوني الذي اختلف الفقه في تحديده وهو ما سأحاول معالجته بالتحليل في هاته المقالة.

الكلمات المفتاحية: خطاب الضمان، البنوك، الطبيعة القانونية.

مقدمة:

تعتبر خطابات الضمان المصرفية من أهم الاعمال التي تقوم بها البنوك في مجال دعم معظم النشاطات الاقتصادية والتجارية، ولقد ساعدت البنوك في اصدارها لهذه الخطابات على تشجيع وازدياد حركة التجارة الداخلية والدولية، ذلك أن خطابات الضمان المصرفية تعد من أهم وسائل الضمان المطلوبة لمنح الثقة في التعامل بين الأطراف في كل زمان ومكان.

وخطاب الضمان يعد أحد صور الضمان المصرفي التي أنشأتها الأعراف كبديل للتأمين النقدي، فقد يكون العقد بين العميل والغير بيعا أو توريدا أو مقاوله انشاء أو أشغالا عامة، فيكون الحصول على خطاب الضمان بديلا عن الوفاء بمبلغ من النقود على سبيل التأمين، ذلك أن تقديم النقود يؤدي لا محالة إلى تجميدها، في حين أن العميل في خطاب الضمان يكتفي بالحصول على وثيقة صادرة عن البنك تضمنه لدلى المتعاقد معه.

وفي هذا السياق يمكن طرح الاشكالية التالية:

ما هو التكييف القانوني لخطاب الضمان المصرفي في ظل عدم وجود النصوص القانونية التي تحكم هاته العملية المصرفية؟

للإجابة على هاته الاشكالية تم تقسيم المقال إلى مبحثين بحيث أتطرق في المبحث الأول لمفهوم خطاب الضمان المصرفي أما المبحث الثاني فأخصه لدراسة النظريات الفقهية التي ثارت بشأن الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي وأخلص في الأخير إلى نتيجة بشأن التكييف القانوني لخطاب الضمان المصرفي.

المبحث الأول: مفهوم خطاب الضمان المصرفي

ان تحديد مفهوم خطاب الضمان المصرفي يقتضي منا التطرق لتعريفه وذكر خصائصه، وذلك بهدف الالمام بأحكامه.

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان المصرفي

قبل التطرق إلى التعريف القانوني لخطاب الضمان، لا بدّ من الوقوف أولا على التعريفات الفقهية التي قيلت فيه.

الفرع الأول: التعريف الفقهي لخطاب الضمان

لقد وردت تعريفات فقهية عديدة لخطاب الضمان أكتفي بذكر أهمها:

فقد عرفه جانب من الفقه على أنه: " تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله (الأمر)، بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر"¹.

وعرفه البعض الآخر على أنه: " تعهد من البنك بدفع مبلغ معين للمستفيد عند أول طلب دون التمسك بالدفع المتعلقة بالعقد الأصلي باستثناء فرضية الغش"².

وعرفه جانب آخر بصفة مختصرة بأنه: "علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد، يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محدودة"³.

من خلال التعريفات السابقة، يمكن تعريف خطاب الضمان بأنه تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب العميل، بدفع مبلغ نقدي معين إذا طلب منه المستفيد ذلك خلال المدة المحددة في الخطاب، دون الاعتداد بأية معارضة.

الفرع الثاني: التعريف القانوني لخطاب الضمان

بالرجوع إلى أحكام القانون التجاري الجزائري، يتبين أن المشرع الجزائري لم يعرف خطاب الضمان، وإنما اكتفى بالإشارة إليه عند تطرقه لمختلف العمليات المصرفية في قانون النقد والقرض، حيث نصت المادة 1/68 منه على ما يلي: "يشكل عقد قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض ... يأخذ بموجبه شخص لصالح شخص آخر التزاما بالتوقيع ..."، الأمر الذي يستفاد منه أن المشرع الجزائري صنف خطاب الضمان ضمن الالتزام بالتوقيع، ذلك أن خطاب الضمان من الالتزامات التي تنشأ عن توقيع البنك، كما أصدرت وزارة المالية تعليمات للبنوك الجزائرية، ترمي إلى توحيد نصوص الضمانات المصرفية وفقا لنماذج ثابتة تطبق على جميع البنوك المحلية والأجنبية المتعاملة معها⁴.

كما قام بنك الجزائر بإصدار النظام رقم 02/93 المؤرخ في 03 يناير 1993 المتضمن إصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك والوسطاء المعتمدين⁵.

إن غياب تعريف قانوني لخطاب الضمان في التشريع الجزائري يحتم علينا الرجوع إلى التعريفات التي جاءت بها بعض التشريعات المقارنة.

فقد عرفه المشرع الفرنسي بأنه: "التزام يتعهد بموجبه البنك بناء على التزام من الغير بدفع مبلغ معين عند أول طلب أو بناء على الكيفيات المبينة، ولا يلزم البنك بالوفاء في حالة وجود غش أو تعسف من طرف المستفيد أو بتواطؤ مع العميل، كما لا يمكنه إبداء أي اعتراض على الدفع، ولا يمكن أن يتبع هذا الضمان الالتزام المضمون ما لم يوجد اتفاق مخالف"⁶.

وعرفه المشرع المصري بأنه: "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين، لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة"⁷.

كما عرفه المشرع الكويتي على أنه: "تعهد يصدر من البنك بناء على طلب من عميل له "الأمر"، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد دون قيد أو شرط، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله"⁸.

ونظرا لأهمية هذا النوع من الضمانات، فقد تم تقنين أحكام خطاب الضمان على مستوى الهيئات الدولية وتولت غرفة التجارة الدولية على عاتقها وضع قواعد موحدة بصدد هذا النوع من الضمانات فعرفت الفقرة (أ) من المادة الأولى من القواعد الموحدة لخطاب الضمان⁹ (النشرة 758)، بأن خطاب الضمان تحت الطلب والذي يشار إليه بالضمان هو أي ضمان أو سند أو تعهد أو سند بالدفع أيا كان مسماه أو وصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو أي شخص يشار إليه بالضمان يتعهد كتابة بأن يدفع مبلغا محددًا نقديًا عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع أو أي مستند آخر أو مستندات".

ومن جهة أخرى فقد نصت المادة الثانية في الفقرة أ من نصوص اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1995¹⁰ على أنه: "يعرف خطاب الضمان في الممارسة الدولية بأنه ضمان مستقل أو خطاب اعتماد ضامن مقدم من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر، بأن يدفع للمستفيد مبلغا معينًا أو قابلاً للتعيين لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى حسب أحكام التعهد".

الفرع الثالث: التعريف القضائي لخطاب الضمان

لقد سار القضاء الجزائري على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري، إذ بعد تصفحي لأغلب مجالات الاجتهاد القضائي، تبين لي خلوها من أي تعريف قضائي لخطابات الضمان المصرفية، الأمر الذي يدفعني إلى الرجوع إلى ما جاء به الاجتهاد القضائي المقارن.

فلقد عرف القضاء الفرنسي خطاب الضمان بأنه العقد الذي بموجبه يتعهد البنك بناء على طلب مصدر الأمر بأن يدفع مبلغا من المال المتفق عليه، دون أن يقوم البنك بإرجاء الدفع أو رفض أي اعتراض لأي سبب كان¹¹.

وعرفه القضاء المصري بأنه وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه، هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان بمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير، باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المتبني به، ويكون على المدين (عميل البنك) أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك¹².

المطلب الثاني: خصائص خطاب الضمان المصرفي

يتميز خطاب الضمان بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، والمتمثلة في استقلال التزام البنك وفورية استحقاق مبلغ الخطاب وقيامه على الاعتبار الشخصي وأنه عمل تجاري بالنسبة لأطرافه، مثلما سنتناول ذلك أدناه.

الفرع الأول: استقلال التزام البنك في خطاب الضمان

يكون التزام البنك في خطاب الضمان مستقلا، سواء في علاقته بالعميل أو في علاقة هذا الأخير بالمستفيد، فلا يكون التزام البنك تابعا لالتزام العميل في وجوده وصحته، كما لا يمكنه الاحتجاج ببطلان العلاقة القائمة بين العميل والمستفيد أو فسخها، أو الاحتجاج ببطلان العلاقة بينه وبين العميل أو فسخها للتحلل من التزامه بالوفاء، وهذا تماشيا مع مضمون المادة الثانية الفقرة ب من القواعد الموحدة لخطابات الضمان (النشرة 758) والتي جرى نصها كالآتي: " الضمانات بطبيعتها عملية منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون هي أساسا له، والضامنون ليس لهم بأي شكل شأن، أو يلتزمون بهذا العقد أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان، ويلتزم الضامن في نطاق أي ضمان أن يدفع المبلغ أو المبالغ المنصوص عليها في الضمان مقابل تقديم طلب كتابي بالدفع أو أية مستندات أخرى محددة في الضمان والتي تبدو في ظاهرها مطابقة لنصوص الضمان"¹³.

ولقد أقر القضاء المصري هذا المبدأ، حيث قضى بأنه: " وإن صدر الخطاب تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ويلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد، بوفاء المبلغ الذي حدده الخطاب باعتباره حقا للمستفيد يحكمه الخطاب"¹⁴.

يخلص مما سبق أن البنك يلتزم بالوفاء عند مجرد طلب المستفيد، حتى وإن عارض العميل هذا الدفع.

الفرع الثاني: التزام البنك بدفع مبلغ نقدي فور المطالبة به

مفاد هذه الخاصية، أن خطاب الضمان يكون مستحق الدفع فور وصوله لعلم المستفيد¹⁵، ذلك أن هذا الأخير حين يقبل خطاب الضمان ويرضى به بدلا من قبضه نقودا فورية، يكون له أن يطلب الوفاء به

مجرد صدوره وهذا ما أكدته المادة الثانية في الفقرة أ من القواعد الموحدة لخطاب الضمان (النشرة 758)، المذكورة آنفاً.

ويترتب على ذلك أن البنك لا يستطيع إضافة تعهده إلى أجل أو تعليقه على شرط، كون أن خطاب الضمان لا يكون مستحقاً في تاريخ لاحق لإصداره.

هذا ولا يعتبر التاريخ المذكور في الخطاب أجلاً لاستحقاقه، بل هو الحد الأقصى لسريانه، أي أن البنك يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب خلال المدة المحددة فيه، متى طالب المستفيد ذلك، أما إذا طالب المستفيد البنك بدفع مبلغ الخطاب بعد انقضاء المدة، فيكون من حق البنك عدم الاستجابة لطلبه، ذلك أن التزام البنك يقضي بانقضاء المدة المحددة في الخطاب¹⁶.

الفرع الثالث: خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي

يقوم خطاب الضمان على الاعتبار الشخصي، بالنسبة لكل من المستفيد والعميل، فالبنك الذي يصدر خطاب الضمان يتعهد بالوفاء لشخص معين هو المتعاقد مع عميل البنك الذي صدر الخطاب بناء على طلبه، ومن ثم لا يجوز للعميل الأمر التنازل عن خطاب الضمان الصادر بناء على طلبه إلى غيره، حتى ولو قام بالتنازل عن المقولة أو العمل الذي من أجله صدر هذا الخطاب إلى الغير.

كما لا يجوز بالمقابل للمستفيد، التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير، إلا بموافقة البنك لأن شخصية المستفيد من خطاب الضمان وأمانته هي محل اعتبار لدى العميل.

وترتيباً على ذلك، يجب على البنك أن يدفع قيمة الخطاب إلى المستفيد، أو وكيله، وبالمقابل يتمتع عن دفعه لأي شخص آخر غير المستفيد، ولو كان الغير حاملاً لخطاب الضمان، لأن العبرة في الوفاء تكون لفائدة المستفيد من الخطاب فعلاً وليس لحائزه¹⁷.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز لدائني المستفيد الحجز على قيمة الخطاب تحت يد البنك، لأن للمستفيد وحده حق طلب تنفيذ الخطاب، ولا يجوز لدائنيه أن يستعملوه بدلاً عنه، وهذا وفقاً لمقتضيات المادة 14 من القواعد والأعراف الموحدة لخطاب الضمان سالف الذكر.

الفرع الرابع: خطاب الضمان عمل تجاري

يدخل خطاب الضمان ضمن العمليات المصرفية التي تمارسها مختلف البنوك التجارية، وعليه فهو يعد دائماً عملاً تجارياً بالنسبة للبنك، طبقاً للمادة الثانية من القانون التجاري الجزائري والتي تنص على أنه: "يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه كل عملية مصرفية، أو عملية صرف أو سمسرة".

ويعتبر كذلك بالنسبة للزبون الأمر، لأن خطاب الضمان غالباً ما يتم طلب استصداره من قبل التجار.

وخطاب الضمان لا يعد ورقة تجارية لأنه أداة ضمان وليس أداة وفاء، على عكس الورقة التجارية التي تعتبر أداة ائتمان ووفاء في نفس الوقت، الأمر الذي يجعل خطاب الضمان غير قابل للتداول¹⁸.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي

إن تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان له أهمية بالغة، على اعتبار أنه يسمح لنا بتحديد الأحكام التي تسري على هذا الضمان.

لقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، فانقسمت بين من يأخذ ببعض النظريات العقدية كأساس لخطاب الضمان (المطلب الأول)، وبين من يأخذ بفكرة الإرادة المنفردة كأساس لخطاب الضمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظريات العقدية كأساس لفكرة خطاب الضمان

حاول الفقهاء تكييف خطاب الضمان بالرجوع إلى قواعد القانون المدني فاستندوا على فكرة العقد في تفسيرهم للعلاقة القائمة ما بين البنك والمستفيد فاعتبره جانب من الفقه بأنه عقد كفالة، واعتبره آخرون بأنه عقد إجابة، وذهب رأي ثالث إلى اعتباره اشتراطاً لمصلحة الغير، وهذا ما سأتناوله تباعاً فيما يلي:

الفرع الأول: نظرية الكفالة

تعرف الكفالة وفقاً للمشرع الجزائري بأنها عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه¹⁹.

يفسر أصحاب هذه النظرية خطاب الضمان المصرفي على أنه عقد كفالة مصرفية، فيعتبر هؤلاء أن البنك كفيل لعميله في إصدار خطاب الضمان، ومن ثم يشبهون الكفالة المصرفية بخطاب الضمان.

وانطلاقاً مما سبق وجب علينا التأكد من صحة النظرية بالإجابة عن السؤال الآتي: هل للكفالة المصرفية وخطاب الضمان نفس المفهوم؟ وهل تتحد قواعد تنظيمهما أم أنها تختلف؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي منا البحث في أوجه التشابه والاختلاف بينهما، ومتى انعدمت الأخيرة فإنه يمكننا التسليم بصحة النظرية والعكس صحيح.

يتشابه خطاب الضمان مع الكفالة المصرفية، في أن المصرف في كل منهما يتعهد بأداء مبلغ معين من النقود لفائدة شخص آخر يسمى المستفيد.

إلا أن خطاب الضمان يختلف عن الكفالة المصرفية من حيث أن هذه الأخيرة ترتب في ذمة المصرف التزاماً تبعياً لا أصلياً، فيكون الالتزام المكفول للبنك تابعاً في نشأته ووجوده لالتزام العميل²⁰، الأمر الذي يترتب عنه ضرورة إخطار البنك العميل بأية مطالبة ترده للوقوف على ما لديه من دفعات واعتراضات²¹، فإذا ما تبين أن للعميل دفعات أو اعتراضات في الأداء امتنع عن الوفاء على الرغم من كفالته للمدين، بل الأكثر من ذلك يمكن للبنك أن يمتنع عن الوفاء متى حل أجله إذا ما تبين له أن العقد الأصلي المبرم ما بين العميل والمستفيد باطل أو معرض للفسخ²²، أما في خطاب الضمان فالالتزام المصرف يعد التزاماً أصلياً مستقلاً بذاته²³. فهو يقوم على تعهد البنك بدفع المبلغ المبين في الخطاب بمجرد أن يطلبه المستفيد منه بغض النظر عن الالتزام الأصلي الذي قدم هذا الخطاب لضمانه، ويظل التزام البنك بالدفع قائماً حتى لو تعرض العقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد للفسخ أو البطلان، كما لا يتأثر التزام البنك هنا بمعارضة العميل له على دفع قيمة الخطاب إلى المستفيد.

كما أنه في الكفالة المصرفية يكون التزام البنك المكفول في حدود مبلغ الدين الأصلي، وعليه لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول²⁴، أما في خطاب الضمان فيكون البنك ملزماً بأداء مبلغ الضمان متى طالب المستفيد به، ولا يشترط أن يكون مبلغ الضمان مساوياً أو أقل من مبلغ الدين الأصلي، وعليه يمكن للبنك في خطابات الضمان أن يضمن العميل بمبلغ يزيد عن قيمة الدين الأصلي وبشروط أشد.

فضلاً عن ذلك فإن عقد الكفالة يلزم الكفيل بإخطار المدين قبل أن يقوم بالدفع، بل ويمكن للبنك أن يدفع بتجريد العميل من أمواله أولاً، فيمتنع بذلك عن الوفاء إلى حين استيفاء جميع أموال المدين، وهذا ما يطلق عليه في عقد الكفالة الدفع بالتجريد²⁵، أما في خطاب الضمان، فالبنك غير ملزم بإخطار عميله عند

دفعه مبلغ الخطاب للمستفيد، ولا يمكنه أن يتمتع عن الوفاء متى طالبه المستفيد بذلك لأن التزام البنك كما سبقت الإشارة إليه من قبل يعد التزاما باتا ومستقلا ومنفصلا تماما عن التزام عميله.

ومن هنا يختلف الوضع القانوني للبنك في الكفالة المصرفية عنه في خطاب الضمان، فالكفالة المصرفية تخضع لأحكام القانون المدني الجزائري، أما خطابات الضمان فتخضع لأحكام العرف المصرفي.

الفرع الثاني: نظرية الإنابة الناقصة

تعرف الإنابة بوجه عام على أنها تصرف قانوني يتم باتفاق ما بين المدين والدائن، على أن يقوم شخص من الغير بالتزام بوفاء الدين بدلا من المدين، وتتم الإنابة متى حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي، يلتزم بوفاء الدين مكانه دون اشتراط وجود مديونية سابقة بين المدين والأجنبي.²⁶

وتفترض الإنابة وجود أطراف ثلاثة، هم المنيب أي المدين، والمناب لديه أي الدائن، والمناب أي الأجنبي، فإذا تم الاتفاق على إبراء ذمة المدين (المنيب) كان ذلك تجديدا بتغيير المدين وكانت الإنابة كاملة، أما إذا بقي المنيب ملزما بالدين قبل المناب لديه، رغم الإنابة، فيكون للدائن في هذه الحالة مدينان عوضا عن مدين واحد وهذا ما يسمى بالإنابة الناقصة.²⁷

وعليه يرى أنصار هذه النظرية أن خطاب الضمان ما هو إلا عقد إنابة ناقصة ذلك أن البنك يعتبر نائبا عن عميله، بحيث يصدر بناء على طلبه خطاب الضمان، ويلتزم بدفع قيمته للمستفيد، على أساس أن التزامه أصلي ومباشر ومستقل عن التزام المدين، وحجتهم في ذلك أن العميل يلتزم بتقديم تأمين نقدي لصاحب المشروع بالإضافة إلى التزامه بتنفيذ العقد، وعوض أن يقدم التأمين النقدي، يتفق مع المستفيد (صاحب المشروع) أن يضم إليه مدينا آخر، يلتزم بمقدار التأمين النقدي في مواجهته.²⁸

هذا وإذا كان خطاب الضمان يتفق وعقد الإنابة الناقصة في بعض المسائل، إلا أنهما يختلفان - وعن حق- في نقاط عدة منها:

- أنه في الإنابة الناقصة يمكن للمناب أن يتمسك بجميع الدفع التي للمنيب في مواجهة المناب لديه، لاتحاد محل الالتزامين²⁹، أما في خطاب الضمان فإن البنك لا يمكنه التمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي كانت للمدين في مواجهة هذا الأخير، لأن ذلك يتنافى واستقلالية التزام البنك.³⁰

- أن الإنابة تتيح للمستفيد حق الاختيار في الرجوع على البنك أو على العميل وهو ما لا يتماشى مع أحكام خطاب الضمان التي تفرض على البنك أن يبقى ملتزما بالوفاء بمبلغ الخطاب في مواجهة المستفيد.

- أن المناب لديه (الدائن)، يعتبر طرفا في الإنابة ولا تنعقد هذه الأخيرة بغير رضاه³¹، على خلاف خطاب الضمان أين لا يشترط رضا المستفيد بل يكفي عدم اعتراضه عليه، وإن كان لا يمكن تصور اعتراض المستفيد على خطاب الضمان، ذلك أن البنك يوفر له ضمانا أقوى من الذي يوفره له العميل، ويترتب على هذه النتيجة أن المناب لديه، يمكنه الطعن في عقد الإنابة متى وجد في التعاقد عيب من عيوب الإرادة، ذلك أن إرادته مطلوبة في التعاقد، على خلاف المستفيد في خطاب الضمان الذي لا يمكنه الادعاء بوجود عيب من عيوب الإرادة لأن إرادته غير مطلوبة أصلا.

- يمكن للبنك اعتباره منابا في عقد الإنابة، ومتى وفي بقيمة الدين للمستفيد كان له أن يرجع على العميل على أساس قواعد الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب حسب الحال³²، أما في خطاب الضمان فيكون للبنك أن يتصرف فقط وفق الشروط الواردة في عقد الضمان وألا يتجاوزها، وغالبا ما تنص هذه

العقود على حق البنوك في اقتضاء ما دفعته لفائدة الزبون عن طريق خصم القيمة المدفوعة من حساب الزبون الجاري لديها، أو من خلال التنفيذ على الضمانات الممنوحة له من قبل الزبون.

بالرجوع إلى ما سبق، يظهر جليا أن هناك فروقا عديدة ما بين الإنابة وخطاب الضمان، الأمر الذي يدعونا للتسليم بعدم صحة النظرية.

وأمام الانتقادات الموجهة لنظرية الإنابة، ظهرت نظرية جديدة تكيف خطاب الضمان على أنه اشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الثالث: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

يعرف الاشتراط لمصلحة الغير على أنه عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين ويسمى المشتراط على الطرف الآخر الذي يسمى المتعهد، التزاما لمصلحة شخص ثالث ليس طرفا في العقد وهو المنتفع، حيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد³³.

ويذهب أنصار هذه النظرية³⁴، إلى التأكيد على أن خطاب الضمان يكيف على أساس الاشتراط لمصلحة الغير، وحبثهم في ذلك أن العميل يتعاقد مع البنك على إنشاء حق مباشر للمنتفع يلتزم البنك بالوفاء به، وتكون للعميل مصلحة من تنفيذ البنك للالتزامات المتفق عليها لصالح المستفيد الذي لا يعتبر طرفا في العقد المبرم ما بين العميل والبنك.

غير أن هذا الرأي لم يسلم بدوره من النقد ذلك أن:

- قواعد الاشتراط لمصلحة الغير تجيز للمتعهد أي البنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بكل الدفع الناشئة عن عقد الاشتراط³⁵، وهو ما لا يتناسب مع قواعد خطاب الضمان، فهذا الأخير يتميز بالتجرد والاستقلالية³⁶، إذ يظل التزام البنك تجاه المستفيد مستقلا عما يمكن أن يثار من دفع، سواء في علاقة المستفيد بالعميل أو في علاقة هذا الأخير بالبنك.

- المشتراط دائما ما يبقى مدينا للمتعهد إلى حين الوفاء بالتزامه، في حين أن المستفيد أحيانا في خطاب الضمان قد لا يحصل على شيء، إما لعدم المطالبة به نظرا لوفاء العميل بالتزاماته على الوجه المطلوب أو لتأخر المستفيد في مطالبة البنك بعد فوات الأوان، أي بعد مضي التاريخ المحدد لسريان خطاب الضمان.

المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير قد يكون غير معين بالذات وقت التعاقد، إذ يجوز أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية، كما يمكن أن يكون شخصا أو هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا، في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة³⁷، أما المستفيد من خطاب الضمان فهو شخص محدد ومعين بالذات في متن خطاب الضمان ذاته³⁸.

تقتضي أحكام خطاب الضمان عدم المساس بحق المستفيد متى وصل إلى علمه، بينما يجوز للمشتراط في الاشتراط لمصلحة الغير دون ورثته أو دائنيه أن ينقض عقد المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو المشتراط، رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لمقتضيات العقد³⁹.

وبناء على ما سبق، يمكننا القول- وعن حق- أنّ خطاب الضمان يختلف عن الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الثاني: نظرية الإرادة المنفردة كأساس لفكرة خطاب الضمان

يرى جانب من الفقه⁴⁰ أن خطاب الضمان يمكن تكييفه على أساس الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام، فالالتزام في خطاب الضمان وفقا لأصحاب هذه النظرية لا ينشأ عن تلاقي إرادتين، بل يصدر عن إرادة واحدة تتمثل في إرادة مصدر الضمان أي البنك، هذا الأخير الذي لا يمكنه أن يتحلل بأي حال من الأحوال من التزاماته المفردة في صك الخطاب بمجرد إرساله إلى المستفيد.

ومن هنا يرى أصحاب النظرية أن خطاب الضمان لا ينشأ عن علاقة العميل بالمستفيد ولا عن علاقة البنك بعميله، وإنما ينشأ حق المستفيد في مواجهة البنك من تعبير هذا الأخير عن إرادته، هذه الإرادة يتم إفراغها في خطاب الضمان ويتم إخضاعها لشروط معينة تحكم العلاقة بينهما.

بالرجوع إلى ما سبق، يتضح جليا أن أحكام خطاب الضمان تنطبق بشكل كبير مع نظرية الإرادة المنفردة، فمتى سلمنا بأن إرادة البنك منفردة في إصدار خطاب الضمان فهذا معناه عدم إمكانية البنك الرجوع في التزامه أو تعديله، وهذا ما يتناسب مع أحكام خطاب الضمان التي سبق ذكرها أعلاه والتي مفادها أن التزام البنك فيه يكون باتا ونهائيا بمجرد وصول الخطاب إلى علم من وجه إليه.

ومن جهة ثانية، إذا ما اعتبرنا أن إرادة البنك منفردة في إصدار خطاب الضمان، فهذا يترتب عليه أن البنك يلتزم تجاه المستفيد بصفته أصيلا لا نائبا عن عميله، أو متعهدا في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، وهي النتيجة المتوصل إليها من نقد النظريتين السابقتين.

على الرغم من تطابق أحكام خطاب الضمان ونظرية الإرادة المنفردة إلا أن هذه الأخيرة لم تسلم هي الأخرى من الانتقادات التي طالتها والتي يمكن إيجازها في النقاط التالية:

- إذا ما سلمنا بأن التزامات البنك في إصداره خطاب الضمان لفائدة المستفيد ناشئة من إرادته المنفردة، فهذا الأمر يترتب عليه قيام التزام البنك بمفرده دون عميله، وهو أمر غير صحيح، ذلك أن أحكام خطاب الضمان ترتب على العميل مجموعة من الالتزامات التي يلتزم بها نظير تعهد البنك بدفع قيمة الخطاب، والمتمثلة في التزامه بدفع غطاء الخطاب أو ما يعرف بضمانات إصدار الخطاب وكذا دفع عمولة ومصارييف للبنك والناشئة عن إصدار خطاب الضمان، ومن ثم فإن خطاب الضمان يعتبر عقدا ملزما لجانبيين ولا تحكمه قواعد الإرادة المنفردة مثلما ذهب إليه أصحاب النظرية⁴¹.

- أن إصدار البنك لخطاب الضمان لا يستمد أساسه من إرادته المنفردة، بل ينشأ التزامه نتيجة لقبول البنك الإيجاب الصادر من العميل، فأصدار البنك لصك الخطاب يكون نتيجة لاقتران إيجاب العميل وقبول البنك، مما يؤكد بأن إصدار خطاب الضمان أساسه تصرف عقدي يخضع لشروط التعاقد وليس تصرفا بإرادة منفردة⁴².

من خلال ما سبق، يتضح أن نظرية الإرادة المنفردة وعلى الرغم من اقترابها من مفهوم خطاب الضمان، إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليها كمعيار لتحديد طبيعته القانونية نظرا للانتقادات الجوهرية الموجهة لها والمشار إليها أعلاه.

خاتمة

نخلص أخيرا إلى أن النظريات السابقة لم تستطع تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، الأمر الذي حتم على الفقه الحديث الاجتهاد من أجل الوصول لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان فاعتبره بأنه: "عملية خاصة ظهرت في العديد من البلدان كوسيلة جديدة ابتكرتها الأعراف التجارية والبنكية لسد احتياجات استجبت في مجال الأعمال التجارية من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية من تدخل البنوك".

ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي، ونرى بأن خطاب الضمان يعتبر عقدا ذا طبيعة خاصة، فهو عقد منفرد بنوعه ونظامه ويخرج في توصيفه عما ذكر من نظريات، وتسري عليه القواعد والأعراف الموحدة لخطابات الضمان المصرفية، ويتم الفصل في النزاعات الناشئة عنه وفقا لأحكام العرف المصرفي.

قائمة الهوامش:

¹ تعريف علي جمال الدين عوض، أشار إليه في مؤلفه، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، المكتبة القانونية، القاهرة، 1993، ص 570.

² تعريف الفقيه الفرنسي (Rives Lange)، أشار إليه: Theirry

Bonneau, Droit bancaire, 8eme edition, Montchrestien lextenso editions, paris, 2009, p 510, N° 658

³ تعريف محمود الكيلاني، أشار إليه في مؤلفه: عمليات البنوك (الكفالات المصرفية وخطابات الضمان)، الجزء الأول، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1992، ص 143.

⁴ تراجع تعليمية وزارة المالية رقم 532 المؤرخة في 1985/06/05، وكذا التعليمية رقم 172 المؤرخة في 1989/01/21 والمتعلقة بإعداد نماذج موحدة للضمانات البنكية الدولية.

⁵ الجريدة الرسمية رقم 17، المؤرخة في 1993/03/14.

⁶ يراجع نص المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي.

⁷ يراجع نص المادة 355 من قانون التجارة المصري.

⁸ يراجع نص المادة 382 من قانون التجارة الكويتي.

⁹ (النشرة 758) الصادرة في يوليو 2010، والمعدلة للقواعد الموحدة للضمانات لأول طلب، الصادرة في ماي 1992 (النشرة 458).

¹⁰ اتفاقية اليونسسترال الصادرة في 1995/11/12.

¹¹ قرار محكمة النقض الفرنسية، الصادر في 1988/02/02، أشار إليه THIERRY Bonneau في الصفحة 511، هـ 759 والذي جاء على النحو التالي:

"La garantie à première demande constitue une garantie autonome interdisant au garant d'invoquer les exceptions qui appartiendraient au débiteur, le contrat par lequel la 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 motif que se soit".

¹² قرار محكمة النقض المصرية، رقم 249، الصادر في 1969/05/27، منشور في مجموعة أحكام النقض، العدد 20، ص 811.

¹³ ولقد عدلت هذه المادة أحكام المادة الرابعة من القواعد الموحدة لخطاب الضمان، (النشرة 458).

¹⁴ يراجع قرار محكمة النقض المصرية، رقم 648، الصادر في 12 نيسان 1982، غير منشور.

وفي نفس الصدد يراجع قرار محكمة النقض المصرية، رقم 294، الصادر في 1969/05/27، غير منشور.

¹⁵ يراجع قرار المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم 627056، الصادر بتاريخ 2004/07/08، منشور بمجلة م ع، ع 1، س 2012، ص 251، والذي قضى بأن الكفالة البنكية مشروعة الدفع عند أول طلب وغير قابلة للطعن، وغير موقوفة بأي شرط.

¹⁶ يراجع بهذا الصدد: محمود الكيلاني، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 189.

- ¹⁷ يراجع علي البارودي، المرجع السابق، ص 417-418، وإلياس ناصيف، العقود المصرفية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 268.
- ¹⁸ انظر استئناف محكمة القاهرة، الصادر في 1962/11/12، والذي قضى بأنه: " لا يمكن أن يقوم خطاب الضمان مقام النقود، ولا يمكن نقل ملكيته من شخص لآخر بتظهيره أو بمجرد تسليمه، ومن ثم فهو لا يعتبر ورقة تجارية".
- أشار إليه علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 573، الهامش 11.
- ¹⁹ يراجع نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري
- ²⁰ يراجع نص المادة 648 من نفس القانون
- ²¹ يراجع نص المادة 670 من نفس القانون.
- ²² يراجع نص المادة 654 من نفس القانون.
- ²³ يراجع نص المادة 2/أ من القواعد والأعراف الموحدة لخطاب الضمان (نشرة 458).
- ²⁴ يراجع نص المادة 652 من القانون المدني الجزائري.
- ²⁵ يراجع نص المادة 660 من نفس القانون.
- ²⁶ يراجع نص المادة 294 من نفس القانون.
- ²⁷ يراجع نص المادة 295 من القانون المدني الجزائري.
- ²⁸ محمود الكيلاني، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 203.
- ²⁹ يراجع نص المادة 295 من نفس القانون
- ³⁰ يراجع نص المادة 2/ب من القواعد المتعلقة بخطاب الضمان تحت الطلب (النشرة 758).
- ³¹ يراجع نص المادة 296 من نفس القانون
- ³² سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 01، س 1971.
- ³³ يراجع نص المادة 116 من القانون المدني الجزائري.
- ³⁴ من أهم رواد هذه النظرية في الوطن العربي، محي الدين إسماعيل علم الدين، الذي يرى أن أقرب الأشكال القانونية من هذه الوجهة إلى خطاب الضمان هو الاشتراط لمصلحة الغير، ذلك القالب الذي أصبح يتسع للعديد من التصرفات القانونية الثلاثية الزوايا.
- أشار إليه في مؤلفه خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1974.
- ³⁵ يراجع نص المادة 116 من ق.م.
- ³⁶ يراجع نص المادة 2/أ من القواعد والأعراف الموحدة لخطاب الضمان تحت الطلب (النشرة 758).
- ³⁷ يراجع نص المادة 118 من ق.م.
- ³⁸ محمود الكيلاني، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 241.
- ³⁹ يراجع نص المادة 117 من نفس القانون.
- ⁴⁰ من رواد هذه النظرية: سميحة القليوبي، انظر في ذلك سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 87-88.
- ⁴¹ عبد المجيد عبودة، الكفالات المصرفية في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة)، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1988، ص 132.

⁴² يعقوب يوسف صرخوة، خطاب الضمان المصرفي في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 17، العدد الأول والثاني، 1993، ص 103.

المراجع:

- 1- Thierry Bonneau, Droit bancaire, 8^{eme} édition, Montchrestien lextenso éditions, paris, 2009
- 2- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، المكتبة القانونية، القاهرة، 1993.
- 3- محمود الكيلاني، عمليات البنوك (الكفالات المصرفية وخطابات الضمان)، الجزء الأول، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1992.
- 4- عبد المجيد عبودة، الكفالات المصرفية في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة)، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1988.
- 5- يعقوب يوسف صرخوة، خطاب الضمان المصرفي في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 17، العدد الأول والثاني، 1993.
- 6- سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 01، س 1971.