جامعة آكلي محند أولحاج –البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : القانون الخاص

خطاب الضمان المصرفي
كآلية للوفاء في عقود التجارة الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية والسياسية

تخصص: قانون أعمال

من اعداد الطالبتان:

- بن يوسف سمية
- ليمام صبرينة

تحت إشراف الأستاذة

عرعار الياقوت

لجنة المناقشة:

الأستاذة.....**رئيسا**

الأستاذة: عرعار الياقوت.....**مشرفا ومقررا**

الأستاذة: .....**ممتحنا**

السنة الجامعية 2019-2020

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

إعمالا لقوله تعالي: " **لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ**"

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا ووفقنا

لهذا العمل المتواضع

ونتوجه بجزيل الشكر والامتنان للأستاذة الكريمة

" عرعار الياقوت" التي لم تبخل بإرشادنا وتوجيهنا

وتحملت معنا مشقة إنجاز هذا العمل بالرغم

من الظروف الاستثنائية التي فرضتها علينا جائحة كورونا

ولا ننسى تقديم الشكر الوافر للأساتذة الكرام

أعضاء لجنة المناقشة لما بذلوه من جهد في قراءة هذه المذكرة

في سبيل تقديم توجيهاتهم القيمة

كما لا يفوتنا تقديم جزيل الشكر لكل أساتذة خلال مشوارنا الجامعي

وكذا عمال وطلبة كلية الحقوق والعلوم السياسية

لجامعة أكلي محند أولحاج ولاية البويرة

إهـداء

إلى نبع الحنان ومن كان دعاءها سرّ نجاحي

إلى شمسي المضيئة ... " **أمي الحبيبة**"

إلى من سهر على تعليمي وضحى بكل ما يملك

في سبيل نجاحي

إلى من تنحني هامتي له خجلا و تقديرا

إلى من أحمل إسمه بكل عز وافتخار ... "**أبي الغالي**"

إلى رفيقة دربي و سندي أختي " **صبرينة**"

إلى من أشدّ بهم أزري إخوتي " **حمزة و عبد الله**"

و أخواتي " **نبيلة و أمال** "

إلى من كانت معي خطوة بخطوة طوال مشواري الدراسي

ومن منحتني الحب والعطاء ... "**خالتي العزيزة** "

إلى صديقة الطفولة.. " **ميمي**"

إلى كتكوت العائلة و بهجتها

" **إياد**"

إلى من وسعهم قلبي و لم تسعهم كلماتي

سمية

إهـداء

إلى جوهرة حياتي وغالية قلبي " **أمي الحنون**"حفظها الله

إلى من كان رمزا للعطاء والتضحية " **روح أبي الطاهرة** " رحمة الله عليه

وأسكنه الله فسيح جناته

إلى من شاركتهم حياتي و يحملون ذكريات طفولتي و شبابي

" **إخوتي وأخواتي** "

إلى التي ينقصني وجودها معي " **أختي رحمة الله عليها** "

إلى من سيصبح شريك حياتي ورفيق دربي " **خطيبي العزيز**"

إلى كل الأشخاص اللّذين أحمل لهم المحبة والتقدير

صبرينة

قائمة المختصرات

- **ط** : الطبعة.
- **ص:** الصفحة.
- **ص ص** : الصفحة و الصفحة.
- **ع** : العدد.
- **د ط** : دون رقم الطبعة.
- **د س ن** : دون سنة النشر
- **ق م ج** : القانون المدني الجزائري
- **ج ر** : الجريدة الرسمية .
- **مج** : المجلد .
- **ج:** الجزء.

مقـــدمـــة

إنّ التجارة الدولية قد اتسعت وتطورت بشكل ملفت، وأمام هذا التطور المتسارع لعلاقات التجارة الدولية، وازدياد حجم المعاملات في الميادين التجارية والصناعية سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص، وكذلك مع ازدياد حجم المعاملات الخارجية، بدأ التفكير في إيجاد وسائل جديدة لخلق آلية تؤمن استمرار هاته المعاملات، بديلا عن التأمين النقدي الذي قد يكون مرهقا للمتعاقد (مقاول، متعهد)، إذ قد يعجز عن تدبير مبلغ التأمين فيخسر المشروع، ويضيع عليه الكسب المتوقع عن المعاملة التجارية.

لهذا فإن أي نشاط استثماري اقتصادي لا يمكنه التطور والتوسع دون توفير رؤوس الأموال اللازمة له، فرأس المال هو عمود الحياة الاقتصادية والحاجة إليه بالنسبة إلى المشاريع التي تعمل في الميدان الاقتصادي هي حاجة تتم بالاستقرار، هاته المشاريع التي أنشأت من أجل مواجهة تكاليف الاستغلال من جهة وتغذية الاحتياجات التي تلجأ إليها وقت الحاجة من جهة أخرى، تحتاج إلى إمكانيات محكمة ووسائل فعالة تساهم في الاحتفاظ على توازنها المالي، وتأمين رؤوس الأموال المتدخلة فيها، التي تعتمد في ذلك على البنوك التجارية، وهذا ما يؤكد على مدى تحكم البنوك في حركة التبادل التجاري، نظرا لقدرتها على تمويل المشاريع وتسهيل التعامل مع التجار وبعث الثقة بين المتعاملين الاقتصاديين.

تتمتع البنوك بإمكانيات مادية وفنية ضخمة، فتعددت وظائفها وتطورت بعد أن أصبحت تقوم بإقراض الجمهور، وتقديم تسهيلات مختلفة مقابل فوائد تحصل عليها، فتح الاعتمادات المستندية وغيرها من العمليات المصرفية.

يعتبر الائتمان من أهم وظائف البنوك، لأنه يساهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وذلك من خلال توفير الأموال اللازمة لتطوير الصناعة والتجارة وكذلك التطور التكنولوجي، هذا ما أدى إلى تنوع الأساليب المصرفية التي تقدم الائتمان فظهرت خطابات الضمان المصرفية كنتيجة لتطور العلاقات الدولية التجارية، وغياب الثقة والائتمان بين أفراد المعاملات الاقتصادية، حيث تدخلت البنوك لتضفي نوعا من الطمأنينة وإيجاد بديل للائتمان النقدي، من خلال ما يسمى بالضمانات المستقلة الواجبة الدفع عند أول طلب، والتي يطلق عليها اسم خطابات الضمان المصرفية، التي أصبحت في نهاية السبعينات ضمانة بنكية أساسية في كل المعاملات التجارية الدولية، ثم تطورت فيما بعد لتشمل التجارة الداخلية.

إن خطاب الضمان المصرفي عبارة عن تأمين بنكي حديث سواء على مستوى العرف التجاري الدولي وكذلك على مستوى التشريعات الوطنية فخطاب الضمان يعد من عمليات القرض التي تأخذ صيغة الالتزام بالتوقيع، تؤديها البنوك خدمة لعملائها.

تنشأ الحاجة إلى خطاب الضمان، عندما يجد العميل نفسه مضطرا إلى تقديم تأمين نقدي إلى من يريد التعامل معه، لكي يقبل هذا الأخير التعاقد معه، فيلجأ حينها العميل الأمر إلى البنك ويطلب منه إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد، وبالتالي تكون خطابات الضمان في شكل تعهد مباشر من البنك لدائن العميل بدفع مبلغ معين في الخطاب (أو قابل للتعيين)، خلال مدة معينة لصالح المستفيد وذلك بغض النظر عن طبيعة التزام العميل أو مقدار مديونيته.

تظهر **أهمية** موضوعنا أكثر في الجانب الاقتصادي، من خلال الدور الفعّال الذي تؤديه خطابات الضمان المصرفية في الحياة العملية الاقتصادية، باعتبارها بديل عن التأمين النقدي، فخطاب الضمان يعد شرط أساسي في تنفيذ الالتزام (ضمان مالي) خاصة في عقود المناقصات، كما تكمن أهمية خطاب الضمان بالنسبة للأطراف المتدخلة فيه في المزايا التي يمنحها لكل طرف، سواء كان العميل طالب إصدار الخطاب، أو المستفيد منه أو البنك المصدر للخطاب.

توضيح عملية الخطاب على المستويين المحلي والدولي من خلال معرفة كيفية إصداره.

إنّ **الهدف** من دراستنا وبحثنا في هذا الموضوع، هو معرفة الأسس والأحكام المتعلقة بخطاب الضمان المصرفي، خاصة في ظلّ عدم وجود نصوص قانونية تنظّمه في التشريع الجزائري.

تسليط الضوء على الالتزام القانوني والملقى على عاتق البنك الضامن والمبني على مبدأ الاستقلالية.

وجدت عدة **أسباب** دفعتنا لاختيار هذا الموضوع، منها ما يتعلق بالجانب الموضوعي، وكذلك الجانب الشخصي، نلخصها في النقاط التالية:

- قلة الأبحاث والدراسات القانونية المتعلقة بخطاب الضمان المصرفي باعتباره موضوع حديث النشأة.
- تعدد وظائف البنوك وتطورها، بعدما كانت في السابق تعتمد على عملية الصرف فحسب، ثم بعدها أدرجت وظيفة جديدة تمثلت في تقديم خطابات الضمان لعملائها.
- الميل والتمكن في مقياس عقود التجارة الدولية.

من بين **الصعوبات** التي واجهتنا عند بحثنا في هذا الموضوع هو غياب النصوص القانونية في التشريع الجزائري، التي تنظم خطابات الضمان البنكية، رغم أهمية هاته الأخيرة على المستوى الوطني والدولي، ضف إلى ذلك ندرة المراجع المتخصصة والتي تعنى بالموضوع زيادة على هذا كله داهمتنا جائحة كورونا وما أثرت فينا بتداعياتها السلبية.

إن البحث في موضوع خطاب الضمان المصرفي، دفعنا إلى طرح **الإشكالية** التالية:

ما هو الإطار القانوني لخطاب الضمان المصرفي باعتباره وسيلة للوفاء في عقود التجارة الدولية؟

بناءا على ما سبق ذكره، فإننا اعتمدنا لدراسة هذا الموضوع وانجازه على **منهجين**، المنهج الوصفي باعتباره هو المنهج المناسب والذي ساعدنا في وضع الإطار المفاهيمي لخطاب الضمان المصرفي، بما يحتويه من تعريف وخصائص وتحديد طبيعة القانونية كما اعتمدنا كذلك على المنهج التحليلي، لتحليل بعض النصوص القانونية التي لها علاقة خطاب الضمان المصرفي، والتي تضمنتها الأعراف والقواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، القانون المدني الجزائري، وقانون النقد والقرض.

ومحاولة منا للإحاطة بجوانب هذا الموضوع والإجابة على الإشكالية المطروحة، ارتأينا هيكلة عملنا هذا وفق الخطة التالية:

حيث قسمنا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول خصصناه للإطار المفاهيمي لخطاب الضمان المصرفي، وذلك من خلال مبحثين، المبحث الأول تعرضنا فيه إلى مفهوم خطاب الضمان المصرفي بما يحتويه من

تعريف وخصائص، وكذا تميزه عن المصطلحات المتشابهة له، وأيضا تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي، أما المبحث الثاني تناولنا فيه أنواع خطاب الضمان المصرفية وأهميتها بالنسبة لكل طرف من الأفراد المتدخلة في هذا الخطاب.

والفصل الثاني خُصص للآثار المترتبة عن خطاب الضمان المصرفي، هذا الفصل كذلك قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول خصصناه لشروط خطاب الضمان والالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف، كما أشرنا كذلك في هذا المبحث إلى الاستثناءات التي ترد على مبدأ استقلال العلاقات الناشئة بين أطراف خطاب الضمان المصرفي تحت ما يسمى بأحكام خطاب الضمان المصرفي.

أما المبحث الثاني تناولنا فيه انقضاء خطاب الضمان المصرفي من خلال تبيان أسباب هذا الانقضاء.

لننهي موضوعنا بخاتمة أوردنا فيها ما تم استخلاصه من خلال البحث في هذا الموضوع، فذكرنا أهم ومختلف التوصيات المقترحة ذات الصلة بموضوع الدراسة.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لخطاب الضمان المصرفي

يعد الضمان البنكي عهد مقدم من مؤسسة اقتراض أو مؤسسة مالية مفوضة لهذا الغرض، والذي يعني أن المؤسسة المالية تضمن الوفاء بالتزامات المدين في تسوية الدين، بمعنى آخر إذا فشل المدين في تسوية الدين يقوم البنك بتغطيته، هذه الطريقة تسمح بنمو الأعمال التجارية وتعزيز ريادة النشاطات.

هناك أنواع مختلفة من الضمانات البنكية، بما في ذلك الضمانات المباشرة وغير المباشرة، وتكون الأولى هي الأكثر شيوعا والتي تصدر بشكل مباشر إلى المستفيد.

يعد خطاب الضمان أحد صور الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك لعملائها، والتي أنشأها العرف التجاري لمواجهة حاجيات المعاملات التجارية، فتساعد على تحفيز حركة التجارة الدولية.

باعتباره أحد وسائل الضمان الواسعة الانتشار، كان محل دراسة من قبل عديد الفقهاء والاقتصاديين وحتى رجال القانون، فبالرغم من اختلاف الصياغة إلاّ أن المحتوى واحد ومحاولة منا للإلمام بجميع النقاط المتعلقة بالإطار المفاهيمي لخطاب الضمان، سنتناول في **(المبحث الأول)** مفهوم خطاب الضمان المصرفي، أمّا **(المبحث الثاني)** نتطرق إلى أنواع خطاب الضمان المصرفي وأهميته بالنسبة لأطراف العلاقة الناتجة عنه.

المبحث الأول

مفهوم خطاب الضمان المصرفي

تؤدي البنوك دورًا كبيرًا في تعزيز وتنمية العمل التجاري وتسهيل قنواته، عبر تقديمها خدمة مصرفية قيّمة تتمثّل في إصدار خطاب الضمان لعملائها بصفة خاصة وللقطاع الاقتصادي بصفة عامة، والتّي تعتبر صورة من صور الائتمان المصرفي بمعناه الواسع، وقد نشأت خطابات الضمان البنكية لدى العديد من الدول كفرنسا وألمانيا، ثم انتشرت في باقي دول العالم لتكون أداة فعالة في إبرام الصفقات سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

سوف نلقي الضوء على الإطار المفاهيمي لخطاب الضمان من خلال التعريف به **(المطلب الأول)** الذي يندرج ضمنه خصائص خطاب الضمان وتمييزه عن غيره من العقود المشابهة له وكذا الطبيعة القانونية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

تعريف خطاب الضمان المصرفي وخصائصه

يعتبر خطاب الضمان أحد صور الائتمان المصرفي الذي تمنحه البنوك لعملائها لمواجهة حاجيات المعاملات التجارية، وقد شاع كبديل للتأمين النقدي، فيمكن تمييزه عن غيره من العقود التي تشبهه والتي تصدر هي أيضا عن البنوك والمصارف التجارية من خلال توضيح النقاط التي تبين الاختلاف الموجود بين هاته العقود وبين خطاب الضمان المصرفي.

الفرع الأول: المقصود بخطاب الضمان المصرفي

نظرا للدور الفعال الذي يلعبه خطاب الضمان في تعزيز المعاملات التجارية على المستوى الداخلي والخارجي، فقد حظي باهتمام العديد من الفقهاء ورجال القانون والاقتصاديين، حيث اجتهدوا في وضع تعريف مناسب له، سواء من الناحية الفقهية **(أولاً)** كذلك من الجانب التشريعي **(ثانيًا)** وحتى أيضا في القانون الجزائري **(ثالثًا)**.

أولاً: المعنى الفقهي لخطاب الضمان المصرفي

عرّف الدكتور محمود الكيلاني بأنّه: "علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود، عند أول طلب خلال مدة محدّدة".[1]

كما عُرّف بأنّه: "تعهد كتابي من البنك إلى شخص أو جهة ما بدفع مبلغ من المال إليه نيابة عن طالب الضمان –عميل البنك– في حالة عدم وفاء الأخير بالتزاماته تجاه الطرف الأول المستفيد والغرض الأساسي من خطاب الضمان هو تأكد "**ضمان**" الجهة المستفيدة من حرّية العميل في القيام بالعمليات التي يتعهد بالقيام بها".[2]

عُرف أيضا أنّه: "تعهد نهائي صادر عن البنك بناء على طلب عميله (ونسميه الآمر) بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين، بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محدّدة ودون توقف على شرط الأخر".[3]

أو هو: "تعهد نهائي صادر عن البنك بناء على طلب العميل بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطالب المستفيد البنك بالوفاء".[4]

---

[1] بلغيت صبرينة، "الطبيعة القانونية لخطاب الضمان البنكي"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، مج 4، ع 1، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، مارس 2019، ص27.

[2] محمد عبد المنعم أبو زيد، الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المعارف الإسلامية، دط، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، 1996، ص53.

[3] علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د ط، المكتبة القانونية، مصر، 1993، ص ص 569–570.

[4] هاني دويدار، القانون التجاري، "لعقود التجارية، العمليات المصرفية، الأوراق التجارية، الإفلاس"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص347.

ثانيًا: التعريف التشريعي لخطاب الضمان المصرفي

1- تعريف خطاب الضمان في ضل الاتفاقيات الدولية:

عرّفت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأونسترال)[1] خطاب الضمان في المادة 02/01 بأنّه: "**لأغراض هذه الاتفاقية، يمثل التعهد التزامًا مستقلاً، يعرّف في الممارسة الدولية بأنّه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدما من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص أخر (الكفيل / المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغا معينا أو قابل للتعيين لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من الشروط المستندية تُبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سداد لمال مقترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل -الطالب أو شخص لأخر.**"[2]

كما أوردت المادة الثانية من القواعد الموحدة لخطاب الضمان الصادرة من الغرفة التجارية الدولية بباريس تعريف خطاب الضمان تحت الطلب بأنّه: "**خطاب الضمان تحت الطلب (والذي يشار إليه فيما يلي بالضمان) يعني أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أيًا كانت مُسماه أو بوصفه صادر من البنك أو شركة تأمين أو شركة أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن) يتعهد فيه كتابة بأن يدفع مبلغا محدّدا نقديا عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع وأي مستند لأخر أو مستندات (على**

---

[1] كلمة UNCITRAL هي اختصار (United Nation Commission ou international Trade Law) أنشأت الجمعية العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1966 (القرار 2205/د-21 المؤرخ في 17 سبتمبر 1966 هدفها الحد من العوائق التي تواجه تدفق التجارة الدولية، وتسري أحكام هذه الاتفاقية متى كان الخطاب صادر من مصرف في دولة موقعة عليها، أو إذا أدت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون تلك الدولة، أو إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى تطبيق أحكام الاتفاقية. راجع وائل نورس هنّاوي، دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الاقتصادية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم المالية والمصرفية، كلية الاقتصاد قسم المصارف والتأمين، جامعة دمشق، الجمهورية العربية السورية، 2016، ص23.

[2] نسيغة فيصل،" الضمانات المصرفية المستقلة دراسة مقارنة"، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، ع9، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، مارس 2020، ص58.

سبيل المثال شهادة صادرة من معماري أو مهندسي أو حكم محكمة أو حكم تحكيم حسبما ورد في شروط الضمان."[1]

2- معنى خطاب الضمان في التشريعات المقارنة:

عرّف قانون التجاري العراقي [2] في المادة 287 بأنّ خطاب الضمان: "**تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص الأخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله.**"[3]

ذهب المشرع المصري للتعريف به من خلال نص المادة 1/335 من قانون التجارة المصري لسنة 1999 بأنّه: "**تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص الأخر يسمى المستفيد، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المحدّدة في الخطاب ودون اعتداد بأيّة معارضة.**".[4]

عرّفه المشرع البحريني في المادة 382 من قانون التجارة رقم 7 لسنة 1987 بأنّه: "**تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميله يسمى (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل لتعيين للمستفيد** إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله."[5]

---

[1] طلال علي سليمان الشوبكي، أثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، الكلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2015، ص15.

(2) قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984، الصادر في 20 أكتوبر 1984، الوقائع العراقية، ع 2987، الصادرة بتاريخ 02 أفريل 1984، ج 1.

[3] محيريق خديجة، خطاب الضمان المصرفي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2017-2018، ص05

[4] يوسفي نور الدين،" النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 03، مج 05، جامعة محمد لخضر، بسكرة، الجزائر، نوفمبر 2008، ص363.

[5] طلال علي سليمان الشوبكي، مرجع سابق، ص 17.

يتضح من خلال هذه التعريفات بأن خطاب الضمان عبارة عن تعهد مستقل منفصل قابل للدفع عند أول طلب من المستفيد، فهو إمّا ان يصدر من مؤسسة مالية سواء كانت بنكا أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر، وذلك بناءا على طلب العميل المضمون لمصلحة المستفيد وعليه فإن على الضامن أن يلتزم بالوفاء دون أي معارضة. [1]

ثالثًا: معنى خطاب الضمان في التشريع الجزائري

رغم انتشار التعامل بخطابات الضمان المصرفية بين المصارف الجزائرية، إلاّ أنّه لم يحظ بتنظيم تشريعي على غرار باقي تشريعات العديد من الدول، فالقانون التجاري الجزائري لم ينظم خطاب الضمان ولم يعط أي تعريف له كما فعلت معظم الدول.

إلاّ أنّه يمكن تصنيفه ضمن الالتزام بالتوقيع الذي نصت عليه المادة 1/68 قانون النقد والقرض، [2] تنص على: "**يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه الشخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص أخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الأخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان.**"[3]

فالمشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة ذكر على سبيل المثال الضمان الاحتياطي والكفالة والضمان، فهذا الأخير يشمل في واقع لأمر أنماطا مختلفة ومتعددة من بينها خطاب الضمان البنكي. [4]

وعليه فخطاب الضمان في الجزائر يستمد أحكامه من قانون النقد والقرض وهو التزام ينشأ بمجرد توقيع المصرف عليه بناء على مركزه القانوني، وعليه فالمشرع الجزائري لم يضع نظاما

---

[1] عبد الرحمن قيصر يعيش، مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجيستر في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2018، ص 14.

[2] أمر 03-11 المؤرخ في 27 جمادي الثانية 1424، الموافق لـ 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ع 52، الصادرة في 27 غشت 2003، معدل ومتمم.

[3] أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2013-2014، ص13.

[4] طرابلسي عماد الدين، خطاب الضمان المصرفي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2014-2015، ص6.

قانونيا يحكم خطاب الضمان، وأمام هذا الفراغ التشريعي تخضع البنوك الجزائرية في عملية إصدار خطاب الضمان المصرفي وتنفيذه إلى الأعراف المصرفية، إضافة إلى بعض الأحكام المتفرقة في القوانين المصرفية، مثل: قانون النقد والقرض ومختلف الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض كسلطة نقدية، تُملي أوامرها بإصدار أنظمة مصرفية ومالية، يجب احترامها من طرف كل المتدخلين بالتعامل في هذا الميدان.[1]

الفرع الثاني: خصائص خطاب الضمان المصرفي:

لخطاب الضمان المصرفي عدّة خصائص تجعله ينفرد بها عن غيره من العقود المتشابهة له، نذكرها على النّحو التالي:

أولاً: خطاب الضمان عمل مصرفي

بالنّسبة للمصرف مصدر الخطاب، يعدّ خطاب الضمان عمل تجاري بحكم ماهيته الذاتية كما يعتبر خطاب الضمان أيضا عمل تجاري و لكن بصفة تبعية بالنسبة للعميل الآمر بإصدار الخطاب، باعتباره على الأكثر مقاولا، وبالتالي تاجرا يطلب من المصرف إصدار خطاب الضمان بناءا على طلب ربّ العمل، منه ذلك لضمان التزامه بعطاء مقاولة قدمت له أو لحسن تنفيذ عمله أو للدفعة المقدّمة (السلفة) التي تسلمها منه أو لصيانة عمله بعد إنجازه خلال مدة.[2]

ثانيا: استقلال التزام البنك في خطاب الضمان

يقصد به انفصال الالتزام الناشئ عن الخطاب واستقلاله عن الالتزام الأصلي، رغم أن الدين المضمون هو سبب نشوئه، إذ يترتب على ذلك استقلالية التزام البنك اتجاه المستفيد، فلا يمكنه التمسك بأي دفع لسبب يعود للالتزام الأصلي المضمون، كما يجب على البنك الدفع

---

[1] بلغيت صبرينة ومحمود حياة، خطاب الضمان المصرفي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2016-2017، ص10.

[2] أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص326.

للمستفيد مع أول طلب خلال المدة المحدّدة في الخطاب، فالوفاء الفوري يُعدّ المظهر العملي لمبدأ الاستقلالية. [1]

ثالثًا: خطاب الضمان رضائي وشخصي للمستفيد

يعد خطاب الضمان عقد رضائي، حيث لا يستلزم في انعقاده سوى تراضي الطرفين على الشروط المتفق عليها بينهما.[2] فالخطاب شخصي لا يجوز للمستفيد تظهيره، حيث أن البنك يتعهد بالوفاء لشخص معين هو المتعاقد مع عميل البنك الذي صدر الخطاب بناء على طلبه،[3] وهو ما يحرص الخطاب على إيضاحه بالنص على أن البنك يتعهد بالدفع إلى شخص أو جهة معينة، ولدى أول طلب منها، وأنّه يتحرّر تلقائيا إذا تصله مطالبة منها في تاريخ معيّن.[4]

رابعًا: التّعهد بخطاب الضمان ينصّب على دفع مبلغ معين

يتضمن خطاب الضمان التّعهد بدفع مبلغ معين من النقود او قابل للتعيين، كما في حالة تعيينه بالحدّ الأعلى لما يلزم العميل الآمر بضمانه بالعملة المتفق عليها، بقدر ما تسمح بذلك الأحكام الخاصة بالتعامل بالعملات الأجنبية في كل بلد.[5]

خامسًا: خطاب الضمان عمل تجاري ولا يمكن اعتباره ورقة تجارية

تنصّ المادة 13/2 قانون تجاري جزائري: "**يعدّ عملا تجاريا بحسب موضوعه ... كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة**"[6]

---

[1] يوسفي نور الدين، مرجع سابق، ص363.

[2] بسام محمد الطراونة وباسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع الطباعة، الأردن، 2010، ص443.

[3] محمد سامر عاشور وهيثم الطاس، المصارف والتشريعات المصرفية، د ط، الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص16.متوفر للتحميل من موسوعة الجامعة https://pedia.svuonline.org تاريخ وساعة الاطلاع 01 أكتوبر 2020 على الساعة 11:27.

[4] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص573.

[5] طرابلسي عماد الدين، مرجع سابق، ص08.

[6] المادة 13/2 عدلت بالأمر 27/96 المؤرخ في 09 ديسمبر1996المتضمن القانون التجاري، ج ر ع77 المؤرخة في 11 ديسمبر 1996.

وبالتالي تعدّ أعمال المصارف أعمالا تجارية بحسب موضوعها، والذي يعتبر خطاب الضمان المصرفي من ضمنها، غير أنه لا يمكن اعتباره ورقة تجارية لأنّه أداة ضمان وليس أداة وفاء، عكس الورقة التجارية التي تعتبر أداة ائتمان ووفاء في نفس الوقت، حيث يكون حق تجاري بالنسبة للبنك مصدر الخطاب، أمّا العميل فيكون عملا تجاريا بالنسبة له، إذا كان تاجرا وكان العمل لغاياته التجارية. [1]

سادسًا: لا يجوز تداول خطاب الضمان أو التنازل عنه إلى الغير إلاّ بموافقة المصرف

فلا يصرف الخطاب لو تقدم به شخص آخر غير المستفيد، ولو كان حائزا له، فهو لا يعد سندا تجاريًا قابلا للتداول، كما لا يعد أداة وفاء، وأكد القضاء على أنّ الخطاب لا يُعد من الأسناد التجارية ويلتزم البنك بالوفاء للمستفيد ولو لم يقدم إليه الخطاب ما دامت شروط الدفع متوافرة، ومن حق المستفيد طلب بدل فاقد لو ضاع منه الخطاب. [2]

الفرع الثالث: تمييز خطاب الضمان عمّا يشابهه من عقود:

في هذا الفرع نميز بين خطاب الضمان وأقرب العقود التي قد تشبهه، لنحاول إيجاد الفروق التي تتباين بينه وبين تلك العقود، فنذكر على الخصوص التمييز بين خطاب الضمان والكفالة **(أولا)** وبين خطاب الضمان والاعتماد المستندي **(ثانيا)**

أولاً: تمييز خطاب الضمان عن عقد الكفالة

نظّم القانون الجزائري أحكام الكفالة ما بين المواد 644 إلى غاية 673 من القانون المدني، فالكفالة ضمانه شخصي يمنح بموجبه للدائن ضمان يمكّنه من استيفاء حقه كاملا عند حلول أجال الدين إذا لم يف به المدين نفسه، كما نصّت عليه المادة 644 من القانون السالف

---

[1] بلغيث صبرينة ومحمود حياة، مرجع سابق، ص15.

[2] طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص ص 176-177.

الذكر[1]، حيث ورد فيها: ""، فهي بذلك تعد وسيلة ائتمان توفر الضمان الكافي للدائن خصوصا في مجال تقديم القروض من قبل البنوك. [2]

وعليه فإن خطاب الضمان هو أحد أشكال الكفالة المصرفية، فالبنك يقدّم كفالات مصرفية عديدة لعملائه، منها خطابات الضمان، ومن أهم الفروق الموجودة بينهما:

1- يلتزم المصرف في خطاب الضمان في مواجهة المستفيد بصفته أصيلا لا نائب عن عميله، لأنّ التزام المصرف ليس تابعا للالتزام الأصلي وإنّما مستقلاّ، بحيث يكون واجب التنفيذ فورا بمجرد صدور طلب المستفيد، وبالرغم من أيّ معارضة من العميل.
2- التزام الصرف في خطاب الضمان مجرّد، بمعنى أنه لا يجوز للمصرف مثلا أن يمتنع عن دفع مبلغ الضمان عند طلب المستفيد لسبب يتمثل في عدم تنفيذ العميل التزامه بتقديم الغطاء أو العمولة.

الفروق القائمة بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان لا تعدو كونها اختلافات قانونية لا تؤثّر في الحكم الشّرعي لهذه الكفالات، والدليل على ذلك التّوجه نحو استخدام الكفالات المصرفية وخطابات الضمان على أنّهما مترادفان. [3]

ثانيا: تمييز خطاب الضمان عن عقد الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي هو عقد يلتزم به وبصفة مباشرة، البنك، بناءا على طلب من العميل الذي يسمّى الآمر، وذلك بدفع مبالغ أو سحب كمبيالات مسحوبة عليه من الغير من طرف المستفيد، وهذا كله ضمن شروط واردة ضمن تعهد مسبق من الطرفين، ويرجع سبب تسميته

---

[1] تنص المادة 644 من ق.م.ج: " عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

[2] حوحو يمينة، "تنظيم الضمان المستقل وفقا لأحكام الكفالة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، جوان2017، ص 183.

[3] أسماء مرابط –محمد دمانة – كمال بوداحرة، "الضمانات الشخصية المستحدثة"، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، ع 2، مج9، الجزائر، ديسمبر 2019، ص 108.

بالاعتماد المستندي لأنّه يشترط تقديم مستندات تثبت شحن (انتقال ملكية) السّلع المتّفق عليها بين المستورد والمصدر. [1]

تبرز الفروق الجوهرية بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي فيما يلي:

1- اختلاف المستفيد في الخطاب يعدّ المشتري أو ربّ العمل هو المستفيد، بخلاف الاعتماد المستندي المقرّر لصالح البائع، ضف إلى ذلك خطاب الضمان يكون مستحقّ الدّفع مع أول طلب، في حين أنّ الدّفع في الاعتماد المستندي مستحق عند تقديم المستندات المتفق عليها. [2]

2- الغالب في الاعتماد المستندي، اشتراط تقديم مستندات شحن تمثل البضاعة التي فتح الاعتماد للوفاء بثمنها، بينما من النادر أن يشترط تقديم تلك المستندات في خطاب الضمان. [3]

3- يلاحظ في المجال العملي اقتران خطاب الضمان بالاعتماد المستندي في حالة اقامة كل من البائع والمشتري في دولتين مختلفتين، ولا يطمئن البائع إلى تسليم البضاعة للمشتري قبل حصوله على الثمن، فيتدخل المصرف كوسيط لينتج اعتمادا مستنديا لصالح البائع، ومقابل ذلك لا يطمئن المشتري إلى دفع الثمن قبل أن يستلم البضاعة لإمكانية عدم اشتمالها على المواصفات المتفق عليها، فيشترط على البائع أن يقدم إليه خطاب ضمان يتعهد فيه المصرف بأن يدفع إليه مبلغا معينا عند طلبه ، ويحتاط البائع مرة أخرى فيطلب من مصرفه أن ينص في خطاب الضمان على ألاّ يكون ساريا الا اعتبارا من تاريخ فتح الاعتماد المستندي لصالح البائع، وبهذا يجتمع خطاب الضمان مع الاعتماد المستندي، فيكون الأول سلاحا في يد المشتري، والثاني سلاحا في يد البائع.[4]

---

[1] بوحالة الطيب، "النظام القانوني لعقد الاعتماد المستندي ودوره في التجارة الخارجية"، مجلة بحوث الجزائر، ع 9، ج2، جامعة الجزائر 1، جوان 2016، ص209.

[2] يوسفي نور الدين، مرجع سابق، ص365.

[3] محيريق خديجة، مرجع سابق، ص16.

[4] أمقران راضية، مرجع سابق، ص ص 45-46.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لخطاب الضمان المصرفي

ثار خلاف بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي، فانقسمت الآراء إلى اتجاهين، اتجاه يأخذ ببعض النظريات العقدية **(الفرع الأول)** التي ترجع جميع العمليات التي تنشأ في محيط البنوك إلى ما ورد في القانون المدني كالكفالة، الانابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير، في حين ذهب اتجاه الآخر إلى الأخذ بنظرية الإرادة المنفردة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: النظريات العقدية لتحديد طبيعة خطاب الضمان المصرفي

أرجع جانب من الفقه والقضاء أنّ أحكام خطاب الضمان تعود أساسا لفكرة العقد في القانون المدني، فاعتبره بعضهم عقد كفالة **(أولاً)** وبعضهم عقد انابة قاصرة **(ثانيًا)**، في حين ذهب اتجاه آخر للأخذ بالاشتراط لمصلحة الغير **(ثالثًا)**.

أولاً: نظرية الكفالة كأساس لتحديد طبيعة خطاب الضمان المصرفي

يرى جانب من الفقه أنّ أحكام خطاب الضمان تخضع للأحكام القانونية التي تنظم عقد الكفالة بين العميل والبنك. [1]

الالتزام في عقد الكفالة قد تكون بدفع مبلغ من النقود أو إعطاء شيء أو القيام بعمل ما أو الامتناع عنه، بالتالي الكفالة المصرفية كالكفالة في العقد المدني، فتنعقد الكفالة في خطاب الضمان برضا الكفيل والدائن، وهما البنك والمستفيد، فيعبر البنك عن رضاه بإصدار الخطاب إلى المستفيد، ويكون قبول هذا الأخير، إمّا بالإعلان عن إرادته صراحة إلى البنك وإمّا ضمنّيا، أمّا رضاء المدين فلا يكون ملزما في الكفالة لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة باعتبارها تنعقد بدونه ورغم معارضته.

[1] بلغيث صبرينة، مرجع سابق، ص27.

يرى أنصار هذه النّظرية أنّ سبب التزام البنك في خطاب الضمان هو تقديم خدمة للعميل والحصول على الربح، فإذا كان الدافع للتعاقد مخالفا للنظام العام والأداب العامة وكان المستفيد على علم بذلك كانت كفالة البنك باطلة بطلانا مطلقا. [1]

يترتّب على اعتبار خطاب الضمان عقد كفالة ما يلي:

1- أنّ الدائن لا يمكنه الرجوع على الكفيل إلاّ بعد رجوعه على المدين.
2- التزام الكفيل يكون محدّدا وفقا لالتزام المدين ولا يجوز أن يكون بمبلغ أكبر أو بشرط أشدّ.[2]

وعليه تتشابه الكفالة مع خطاب الضمان في أنّ كلا منهما عملية مصرفية تتمّ عن طريق التّوقيع غير أنّ الاختلاف بينهما يظهر من خلال تحديد التزام البنك في مواجهة الدائن أو المستفيد من خطاب الضمان أو الكفالة، ففي الكفالة وإن كانت تضامنية فإنّ التزام الكفيل يضلّ تابعا لالتزام المدين وإن امتنع عليه الدّفع بالتجريد، أمّا التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان فهو التزام مباشر اتجاه المستفيد، مستقلّ في تنفيذه عن علاقة البنك بالعميل من جهة، وعن علاقة العميل بالمستفيد من جهة أخرى. [3]

نخلص من كل ما سبق إلى أن الكفالة لا يمكن أن تكون أساسا قانونيا يرد إليه نظام خطاب الضمان، وبالتالي لابد من البحث عن أساس آخر. [4]

ثانيًا: نظرية الإنابة القاصرة كأساس لتحديد طبيعة خطاب الضمان المصرفي

تعرّف الإنابة بأنّها حصول المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين، فالمدين قد أناب الأجنبي في وفاء الدين للدائن لذلك كان المدين منيبا للأجنبي والدائن منابا لديه. [5] والإنابة نوعان:

---

[1] مرجع نفسه، ص ص 27-28.

[2] أمقران راضية، مرجع سابق، ص70

[3] بنت الخوخ مريم،" دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان"، دفاتر البحوث العلمية، ع11، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 372.

[4] أمقران راضية، مرجع سابق، ص71.

[5] أنور العمروسي، الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني، ط5، دار العدالة للطباعة، مصر، 2015، ص121.

1- **إنابة كاملة:** تكون الإنابة كاملة عندما ينيب عن المدين شخص آخر، يتعهد للدائن بأن يفي بالدّين الذي كان في ذمّة المدين، فهنا المدين تمّ تغييره وظهر المدين الجديد.
2- **إنابة ناقصة:** لا تتضمن تجديد للمدين الأصلي، بل يبقى الدّين في ذمّة المدين الأصلي، وينظم إليه المدين الجديد ليكون مدينا بنفس الدين. [1]

يري الفقهاء الّذين أخذو بفكرة الإنابة في تكييف الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي، أنّ إنابة العميل للبنك هي إنابة قاصرة، وحجّتهم في ذلك أن المدين الذي يرسو عليه عطاء مقاولة عامة يلتزم بتنفيذ الالتزام موضوع العقد، وبتقديم هذا التأمين النقدي الذي يحرمه من المال السائل الموجود لديه، حيث يتّفق مع دائنه على أن يقدّم له ضمانا لهذا التّأمين، مدينا آخر يلتزم بوفاء هذا الدّين مكانه.

يترتّب على اعتبار خطاب الضمان إنابة علاقة بين العميل والمستفيد والبنك كما يلي:
1- العميل يبقى مدين للمستفيد إلى جانب مديونية البنك للمستفيد، فإذا برئت ذمة أحدهما برئت ذمة الآخر.
2- للبنك حق الرجوع على العميل بعد الوفاء على أساس الوكالة أو الفضالة، أو الاثراء بلا سبب بحسب الأحوال.
3- التزام البنك نحو المستفيد هو التزام مجرد عن التزام العميل في مواجهته. [2]

بالرغم من التشابه بين العلاقة الثلاثية في الإنابة وبين العلاقة الثلاثية في خطاب الضمان، وأنّ الدين الذي أنشأته الإنابة في ذمة المناب للمنيب، إلاّ أننّا نرى أنّ نظرية الإنابة سواء الكاملة أو الناقصة لا تصلح لتفسير أساس التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان، فعقد الإنابة كما سبق أن أشرنا ينعقد بين كل من المناب والمناب لديه وهذا لا يتفق وعملية إصدار خطاب الضمان من الناحية القانونية فالخطاب يصدر من البنك بناء على عقد بينه وبين عميله طالبا الضمان، أي يصدر على عقد بين البنك وعميله تعهدا باتًا ومجردا في مواجهة المستفيد بدفع مبلغ معين ولا وجود لإرادة المستفيد في هذا العقد.[3]

---

[1] زهية سي يوسف، عقد الكفالة، ط3، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2004، ص 16.
[2] بلغيث صبرينة ومحمود حياة، مرجع سابق، ص37.
[3] سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص331.

ثالثًا: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير كأساس لتحديد طبيعة خطاب الضمان المصرفي

يمكن تكييف خطاب الضمان على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، حيث أنّ العميل يشترط على البنك دفع مبلغ معيّن من النقود للمستفيد، فأطراف خطاب الضمان ثلاثة يرتبط اثنان منهما بعقد ويشترط أحدهما لشخص ثالث أجنبي عن العقد أن يكون مستفيدًا. [1]

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنّ الأساس القانوني لخطاب الضمان يكمن في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، لكنه طبقا لهذه القواعد يمكن للمتعهد أن يتمسك بكافة الدفوع المستمدة من عقد الاشتراط، على خلاف التزام البنك في خطاب الضمان الذي يتميز بالتجريد. [2]

ويترتّب على اعتبار خطاب الضمان عقد اشتراط لمصلحة الغير العلاقات التالية:

1- **العلاقة بين المشترط (الزبون) والمتعهد (البنك):** أي بين العميل والبنك يحكمها عقد الاشتراط، على أن يلتزم المتعهد بالوفاء بموضوع العقد لشخص أو لطرف ثالث من الغير يكون للعميل مصلحة من تنفيذ المتعهد للالتزامات المتفق على تنفيذها لصالح المستفيد الذي لا يكون طرفا في العقد.
2- **العلاقة بين المشترط والمستفيد:** تتميز علاقة المشترط والمستفيد بعدم الوضوح رغم وجودها الفعلي، حيث تَحدد وفقا لطبيعة التعامل بينهما. [3]
3- **العلاقة بين المتعهد والمستفيد:** من أهم العلاقات التي تترتب على الاشتراط لمصلحة الغير، فالمنتفع وإن لم يكن طرفا أصليا في العقد فإنّه يكتسب من عقد الاشتراط حقا شخصيا ومباشرا يمكنه من مطالبة المتعهد به، أي أنه يتلقاه دون أن يمر بذمة المشترط.[4]

---

[1] محمد سامر عاشور، وهيثم الطاس مرجع سابق، ص21.

[2] بن بابوش فاطنة، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات البنوك في ظل التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، فرع قانون البنوك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 14مارس 1962، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018-2019، ص153

[3] بلغيث صبرينة، مرجع سابق، ص32

[4] سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص333.

ما يميزّ خطاب الضمان عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير أن في الأول لا يجوز المساس بحق المستفيد متى وصل إلى علمه، بينما في عقد الاشتراط لمصلحة الغير دون ورثته أو دائنيه أن ينقض عقد المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها.[1]

إذا كانت هذه النظرية قد نجحت في بعض الجوانب في تفسير خطاب الضمان على أنّه عقد اشتراط إلاّ أنه لا يمكن الاعتماد كليا على هذا الرأي لقصوره في تفسير جوانب أخرى من خطاب الضمان. [2]

الفرع الثاني: نظرية الإرادة المنفردة كأساس لتحديد طبيعة خطاب الضمان المصرفي

يرى بعض القانونيون أنّ خطاب الضمان يمكن تكييفه على أساس الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام، فالالتزام في خطاب الضمان لا ينتج عنه تلاقي ارادتين، بل عن إرادة مصدر الضمان الذي لا يستطيع التذرع بأيّ سبب للتحقّق من التزامه الذي أفرغه في الخطاب الذي وجهه للمستفيد، وقد لوحظ على هذا التكييف أن خطاب الضمان يتضمن مدينا ودائنا ولابد من وجود إرادة لهذا الدائن، كما أن الأثار القانونية للعقد ليست من تشكيل الإرادة المكونة له منفردة، بل هي أثر امتزاج وتفاعل تلك الإرادة عند إنشائه. [3]

تعتبر الإرادة المنفردة أن الضمان لا ينشأ عن علاقة العميل بالمستفيد أو علاقة العميل بالبنك، وإنّما ينشأ حق المستفيد في مواجهة البنك من خلال تعبير هذا الأخير عن إرادته في ذلك، لأنّ هذا الخطاب هو الذي يتضمن شروط الضمان كلّها، ولا تكون هناك علاقة أخرى أو وثيقة أخرى لاستكماله أو شرحه. [4]

يترتّب على التزام البنك بإرادته المنفردة ما يلي:

أولا: لا يشترط أن يقبل المستفيد الخطاب بل يكفي وصوله إلى علمه.

---

[1] بلغيث صبرينة، مرجع سابق، ص32.

[2] بلغيث صبرينة ومحمد حياة، مرجع سابق، ص40.

[3] محمد سامر عاشور وهيثم الطاس، مرجع سابق، ص21.

[4] سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص340.

ثانيا: التزام البنك بإرادته المنفردة يجعل التزامه باتًا ونهائيا بمجرد إصداره ووصوله إلى علم من وُجه إليه.

ثالثا: يلتزم البنك بصفته أصيلا وليس نائبا عن العميل.[1]

انتقدت هذه النظرية على أساس أنّ التزام المصرف يعد التزاما بإرادة منفردة يؤدي لتجزئة العلاقة المتشابكة المترتبة على خطاب الضمان.

خطاب الضمان ينشأ للمستفيد في نفس الوقت التزامًا على عاتق العميل فإذا اعتبرنا الإرادة المنفردة أساس التزام المصرف بخطاب الضمان. فما هو التزام العميل بتغطية التزامات المصرف؟ [2]

من خلال النتائج المتوصل لها لا يمكن اعتبار نظرية الإرادة المنفردة أساس قانوني لالتزام المصرف في خطاب الضمان، فالواقع العملي يظهر لنا أن خطاب الضمان من عمليات المصرف الناشئة عن العرف، و بالتالي نرى أن خطاب الضمان هو عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة له مميزات ينفرد بها عن غيره من العقود المشابهة له لديه أحكام خاصة سوف ندرسها في الفصل الثاني.[3]

---

[1] بلغيث صبرينة ومحمود حياة، مرجع سابق، 41.

[2] أمقران راضية، مرجع سابق، ص83-84.

[3] مرجع نفسه، ص 85.

المبحث الثاني

صور خطاب الضمان المصرفي وأهميّته

باعتبار أنّ خطاب الضمان أحد أشكال الائتمان المصرفي، فإنه يصدر بأنواع مختلفة ولأغراض كثيرة وذلك حسب طبيعة المعاملة التي يصدر الخطاب بشأنها وكذا الغرض وحتى موطن البنك، وعليه سوف نلقي الضوء على هذه الأنواع وشرحها بالتفصيل من خلال **(المطلب الأول)**، وباعتباره يوفر الثقة بين المتعاملين في أسواق السلع والخدمات على المستويين المحلي والعالمي فتكون له أهمية كبيرة بالنسبة لأطراف الخطاب **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

أشكال خطاب الضمان المصرفي

تختلف خطابات الضمان المصرفية بحسب الغرض الذي صدرت لضمانه أو بحسب موطن البنك وحتى من حيث شكل غطاء الخطاب، وسنفصل في كل نوع على حدى كالآتي:

الفرع الأول: خطابات الضمان من حيث الهدف

تتعدد الخطابات بحسب المعاملات التي تستلزمها، وعليه سوف نقسم هذا الصنف من الخطابات إلى نوعين رئيسين تتفرع عنهما أنواع ثانوية أخرى وهي:

أولا: خطابات ضمان المناقصات والمزايدات

هذا النوع أوسع انتشارا من الناحية العملية، ويصدر غالبا لصالح الجهات الحكومية أو الإدارية والهيئات العامة والمؤسسات والشركات ضمانا لحقوقها في عقود المقاولة والتوريد. [1]

وخطابات ضمان المناقصات والمزايدات تأخذ إحدى الصور التالية:

[1] عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، د ط، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 394.

1- خطاب الضمان الابتدائي:

هو التعهد الموجه إلى المستفيد من هيئة حكومية أو غيرها لضمان دفع مبلغ من النقود ومن قيمة العملية التي يتنافس فيها طالب خطاب الضمان ليتمكن من الدخول في المناقصة، ويستحق الدفع عند عدم قيام العميل باتخاذ ما يلزم عند رسو المناقصة عليه.[1]، فهو ابتدائي لأنه لا يمثل إلا نسبة ضئيلة من حجم المشروع لا يتجاوز في كثير من الحالات 10%، ولأن مقدمه يسترده إذا أحيل العطاء على غيره، بالإضافة أن الغرض منه ينتهي سواء بإحالة مشروع العطاء على مقدمة أو غيره، فإنه إذا أحيل العطاء على مقدم خطاب الضمان الابتدائي يتعين على هذا الأخير أن يستبدل به خطاب نهائيا، أما إذا أحيل على غيره فلا يبقى أمامه سوى استرداده.[2]

كما يمكن للبنوك الأجنبية خارج البلاد أن تصدر هذه الخطابات إلى عملاء عن طريق مراسليها داخل البلاد، وذلك بناء على طلب العميل من البنك الأجنبي إذا أراد التقدم بعطاء لتنفيذ عمليات، أو توريد سلع، أو بضائع، أو غيرها خارج الدولة التي يقيم بها. [3]

2- خطاب الضمان النّهائي:

هذه الخطابات خاصة بضمان حسن تنفيذ العقود المبرمة بين الهيئات الحكومية والتأمين النهائي يتراوح ما بين 5% و10% من قيمة العطاء، وغالبا ما يصدر البنك خطابات الضمان لمدة لا تتجاوز العامين. [4]

---

[1] وهبة الزحيلي، خطابات الضمان بين الأصالة والمعاصرة، ط2، دار المكتبة للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2016، ص 11.

[2] محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، مج4، دار النشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1992، ص 359.

[3] حمدي عبد العظيم، خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، د ط، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996، ص 20.

[4] الصديق محمد الأمين الضرير، خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية، مجلة المشكاة، عين تيموشنت، الجزائر، د س ن، ص 05.

يتم تقديمها في حالة إسناد عمليات معينة أو طلب توريدات من بعض السلع أو المواد الخام أو غيرها، خلال فترة زمنية معينة، قد تشترط الجهة التي يتم أداء الأعمال أو التوريدات لها أن يقدم المورد أو المقاول أو جهة التنفيذ خطاب ضمان يظلّ ساري المفعول حتى ينتهي الغرض منه، وهو ضمان حسن سلامة تنفيذ كافة الأعمال المسندة إلى مقدّم الخطاب، أو تمام التوريد دون أية مخالفات خلال فترة التنفيذ أو التوريد، أما إذا حدث إخلال بما تم الاتفاق عليه من جانب مقدم العطاء أو لم يلتزم المقاول أو المورد بالشروط والمواصفات والجودة المطلوبة، يمكن للمستفيد في هذه الحالة مصادرة خطاب الضمان ويعتبر بذلك بمثابة عقوبة أو جزاء يوقع على مقدم الخطاب.[1]

3- خطاب الضمان مقابل غطاء لنفقات المشروع أو المناقصة:

سمي أيضا بخطاب الضمان عن دفعات مقدمة، وهو عبارة عن سلفة يقدمها العميل إلى المصرف على حساب المشروع لصالح الطرف المستفيد.

فهذا النوع يتضمن تعهدات تقدم إلى الجهة طارحة العطاء بعدما يرسو هذا العطاء على أحد المقاولين المتقدمين لهذا المشروع، وحتى يباشر المقاول ويستمر في تنفيذ العطاء يطلب دفعة متقدمة من قيمة النفقات المرصدة لتمويل المشروع، لكي تضمن الجهة طارحة العطاء إنّ الدفعات المقدمة للمقاول لن تصرف إلاّ لصالح المشروع المطروح، تتطلب خطاب ضمان من المقاول حتى تصرف له هذه الدفعة المطلوبة، والهدف من هذا النوع من خطابات الضمان تأمين وضمان جدية المقاول وعدم تلاعبه في عملية تنفيذ المشروع على الوجه المطلوب. [2]

ثانيا: خطابات الضمان المقيّدة وغير المقيّدة

1- خطابات الضمان المقيّدة:

الأصل أن يصدر خطاب الضمان بدون شروط، غير أنّ هذا لا يمنع من الاتفاق على أن يتضمّن نص الخطاب بعض الشروط، وهو ما يسمى بخطاب الضمان المشروط، وتتضمن

---

[1] حمدي عبد العظيم، مرجع سابق، ص ص 21-22.

[2] عماري إبراهيم، "خطابات الضمان في المصارف الإسلامية وأهميتها في تيسير المعاملات التجارية"، مجلة الحضارة الإسلامية، ع19، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، أكتوبر 2013، ص 404.

صيغته، أنّ التزام المصرف بدفع مبلغ الضمان معلق على شرط، قد يكون الحصول على مستندات أو حدوث إخلال أو تقصير في تنفيذ العميل لالتزاماته، ويجب أن ينص الضمان على هذا الشرط بصفة صريحة وواضحة. [1]

ما يجب الإشارة إليه أنّ هناك اتجاها لبعض الفقهاء- نحن بدورنا نؤيده - وهو أن خطابات الضمان المشروطة لا تعدّ من صور خطاب الضمان، نظرا لأن التزام البنك فيها يكون مرتبطا بالتزام العميل وتابعا له وليس مستقلا عنه، مما يجعل استحقاقه يتوقف على عوامل خارجية عن مجرد الخطاب، فيكون تعهدّ البنك على هذا النحو كفالة عادية تخضع لأحكام الكفالة الواردة في القانون المدني. [2]

2- خطابات الضمان غير المقيّدة:

الأصل أن تصدر خطابات الضمان بدون قيد أو شرط، وأن لا يتوقف الوفاء بها على واقعة خارجية ولا على تحقق شرط أو حلول أجل، وإذا ارتبط الوفاء بقيمتها بواقعة خارجية فلا نكون بصدد خطاب الضمان، لأنّ علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب لأجله هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل و لا يحكمها غير الخطاب، وأنّ مضمونه يحدّد التزام البنك الذي أصدره. [3]

كما أنّ تعليق تنفيذ التزام البنك على تحقق شرط أو قيد يقلّل من أهمية خطابات الضمان وكفاءتها في الحياة التجارية، ويحدّ من الاعتماد عليها. [4]

يلتزم البنك في هذا النوع من أنواع خطابات الضمان بأن يدفع قيمته لدى المستفيد بمجرد طلبه دون أن يتوقف الدفع على الرجوع إلى العميل مصدر خطاب الضمان، لأنّ خطابات

---

[1] أمقران راضية، مرجع سابق، ص 51.

[2] محمد حسين صالح طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات، "دراسة مقارنة"، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص ص 47-48.

[3] محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 351.

[4] أمقران راضية، مرجع سابق، ص 27.

الضمان التّي تعتبر بديل عن الدفع النقدي يجب أن تكون غير مشروطة، وأن تتمثل في مجرد التزام البنك بدفع مبلغ نقدي محدّد. [1]

لذلك نجد أنّ خطابات الضمان لا تتنوع على مشروطة وغير مشروطة لأن الأصل أن خطابات الضمان غير مشروطة، وإذا وردت مشروطة فإنها تخرج عن كونها خطابات ضمان ولو بقيت إحدى صور الكفالة المصرفية. [2]

الفرع الثاني: خطابات الضمان من حيث إقليم البنك

تصنف الضمانات التي يصدرها البنك من حيث موقعه إلى قسمين نفصلها في النقاط التالية:

أولا: خطابات الضمان الداخلية

1- خطابات الضمان الملاحية في غياب سند الشحن:

هذا النوع يقدمه المصرف لشركات أو وكالات البواخر، حيث من الممكن تأخر وصول مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى المصرف الذي جرى الاستيراد عن طريقه عن وصول البضاعة المستوردة إلى الميناء المحدّد.

حتى لا يلحق بالبضاعة أي تلف لبقائها في جمرك الميناء، فيمكن تقديم هذا النوع من خطابات الضمان تعهد من قبل المصرف بتسليم مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى وكلاء البواخر فور وصولها، وبناء عليه يتم تسليم البضاعة للمستورد، حيث يضمن المصرف أية مسؤولية تنجم عن تسليم البضاعة قبل وصول مستندات الشحن. [3]

يمكن حصر إجراءات إصدار خطاب الضمان الملاحي والمسائل التي ينبغي مراعاتها عند إصدارها فيما يلي:

---

[1] محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 45

[2] محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 358.

[3] سليمان أحمد محمد القرم، خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2003، ص 66.

أ- يقدّم العميل طلب إصداره خطاب الضمان، في صيغة إقرار وتعهد موقع عليه منه بملكيته للبضائع الواردة المطلوب استلامها وتعهده بتعويض الشركة الناقلة عما قد تتحمله من جراء تسليمها البضائع إليه بدون تقديم مستندات شحنها، غالبا ما يرد هذا الإقرار والتعهد وفقا لنماذج مطبوعة ومعدّة بمعرفة شركات الملاحة.[1]

ما يجب أن نشير إليه بصدد خطابات الضمان الملاحية إلى أن هناك رأيا فقهيا نميل إليه يذهب إلى القول بأن هذا النوع من خطابات الضمان المتفق والتي تصدر بمناسبة غياب بوالص الشحن قد لا تتضمن خصائص خطابات الضمان المستفيد عليها فقها وقضاء وهي أن تمثل بالضرورة تعهدا باتا وقطعيا من قبل البنك في مواجهة المستفيد وغير معلقة على شرط، وفي حالة عدم تضمنها لهذه الخصائص فإنها لا تعد وفي جوهرها مجرد ضمان بنكي تخضع للأحكام العامة فعقد الكفالة المصرفية. [2]

2- خطابات الضمان الجمركية:

هي خطابات الضمان التي تفرضها القواعد الجمركية وتهدف لضمان تحصيل حقوق الخزينة العمومية، فالرسوم الجمركية على السلع لا تستحق بمجرد وصولها إلى المنطقة الجمركية، وإنما استحقاقها مرهون بخروجها من الدائرة الجمركية، حيث تنصّ المادة 117 من قانون الجمارك الجزائري[3] على وجوب تغطية البضائع الموضوعة تحت إحدى النظم المنصوص عليها في المادة 15 مكرر من نفس القانون بتصريح مفصل يتضمن تعهدا مكفولا أو مرفق بالوثائق المنصوص عليها في المادة 119. [4]

هناك عديد من الأنظمة تتخذها مصلحة الجمارك بهدف المحافظة على ما يستحق من رسوم وضرائب لخزينة الدولة منها:

---

[1] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ص 400-401.

[2] محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص ص 51-52.

[3] قانون رقم 17-04 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1438 الموافق لـ 16 فبراير سنة 2017 يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق لـ 21 يوليو سنة 1979 والمتضمن قانون الجمارك، ج ر، ع 11، صادر في 19 فبراير 2017.

[4] يوسفي نور الدين، مرجع سابق، ص 367.

أ- نظام الإيداع:

قد يلزم مرور مدة زمنية بين وصول البضاعة وإعادة تصديرها إلى جهة أخرى، مما يؤدي إلى بقاءها في المستودعات داخل المنطقة الجمركية قبل إعادة تصديرها مدة قد تطول يمكن أن تصل إلى عدة شهور، لذلك تطالب مصلحة الجمارك مالك البضاعة بتقديم خطاب ضمان يضمن ما يستحق من رسوم عن المدة التي ستظل فيها البضائع في المستودعات، وطبقا لنص المادة 129 من قانون الجمارك السالف الذكر، فإن المستودع الجمركي هو النظام الجمركي الذي يمكن من تخزين البضائع تحت المراقبة الجمركية في المحلات المستمدة من طرف إدارة الجمارك، وذلك مع وقف الحقوق والرسوم وتدابير الحظر ذات الطابع الاقتصادي.[1]

ب- نظام السماح المؤقت:

يعني هذا النظام السماح لمواد أولية بدخولها للبنك لتصنيعها، وكذا دخول الأصناف المستوردة لأجل إصلاحها أو تكملة صنعها أو دخول بعض الآلات والممتلكات الشخصية بغرض استخدامها الشخصي من قبل رعايا دولة أخرى بصفة مؤقتة. [2]

من أمثلة السماح المؤقت إجازة اصطحاب المسافرين عند خروجهم لسياراتهم أو مجوهراتهم على أن يقدموا خطاب ضمان يكفل إعادتها عند رجوعهم إلى الوطن.

ج- نظام البضائع العابرة:

نصّ المشرّع الجزائري على نظام العبور الجمركي في المادة 1/125 من قانون الجمارك [3]، ونقصد بالبضائع العابرة نقل البضائع التّي يتم استيرادها لفائدة دولة أخرى لكنها تأخذ طريقها عبر الإقليم المحلي، ومثل هذه البضائع ليس عليها رسوم جمركية لأنها غير واردة للبلاد، لكن المشرع الجمركي يتطلب لها خطابا بقيمة الرسوم والضرائب ضمانا لوصولها إلى

---

[1] أمقران راضية، مرجع سابق، ص 60.

[2] محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 54.

[3] المادة 125 من قانون الجمارك رقم 79-07 المعدلة والمتممة بنص المادة 61 من القانون رقم 17-04 المؤرخ في 2017/02/16، السالف ذكرهما.

الدولة الأخرى، وبمجرد إثبات الوصول وتحقق إدارة الجمارك منه يسترد صاحبها قيمة خطاب الضمان، وذلك ما تؤكده المادة 01/127 من قانون الجمارك. [1]

3- خطابات الضمان المهنية:

قد تتطلب بعض القوانين والأنظمة ممن يزاولون مهنا معينة تقديم خطاب ضمان لصالح جهة حكومية بمبلغ يحدّد من قبلها ولمدة غير محدّدة أو لمدة مزاولة المهنة، لضمان حسن القيام بمهنتهم أو لضمان ما قد يستحق عليهم من تعويض للغير، وهذا النوع من خطابات متنوعة وتختلف باختلاف المهنة.[2]

ومن أهم أشكال خطابات الضمان المهنية:

أ- الضمانات التي تطلب من المخلص الجمركي:

يعرف المخلص الجمركي بأنه: هو الوسيط الذي يساعد المسافرين والتجار في إتمام الإجراءات الجمركية، ويفرض عليه القانون قبل مزاولة هذه المهنة إيداع خطاب ضمان بقيمة تقدرها إدارة الجمارك، ضمانا للغرامات التّي يحتمل وقوعها على عاتقه جراء المخالفات التي تصدر عنه أو عن مستخدميه كتعويض لمصلحة الجمارك عن الأضرار.[3]

ب- الضمانات التي تطلب من سماسرة بورصة الأوراق المالية:

يتوجب على السمسار الذي يريد العمل في البورصة إيداع تأمين نقدي، أو خطاب ضمان في المصرف في حدود قيمة يتم تقديرها من قبل لجنة البورصة، وذلك ضمان لما يطلب في الحالات التالية:

- المبالغ المستحقة للعملاء.
- المبالغ المطلوبة للجنة البورصة.

---

[1] بن بابوش فاطنة، مرجع سابق، ص 209.

[2] عزيز العكيلي، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج 2، المكتبة القانونية، الأردن، 2002، ص 456.

[3] بن بابوش فاطنة، مرجع سابق، ص ص 213-214.

- المبالغ المطلوبة لأعضاء البورصة.
- الغرامات المالية. [1]

ثانيا: خطابات الضمان الخارجية

هذا النوع من الخطابات قد تصدر بمناسبة المعاهدات والاتفاقيات المنعقدة بين دولتين، فتصدر إما بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم، وإما بناء على طلب عميل مقيم لصالح مستفيد غير مقيم. [2]

1- خطابات الضمان التّي تصدر بناءا على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم:

هي خطابات التي يطلب إصدارها شخص أجنبي غير مقيم لصالح مستفيد مقيم، ويكون ذلك في مجال المزايدات والاشتراك في المناقصات.

فقد يتقدم أجنبي بعطاء في مناقصة أو مزايدة، وقد يرسو عليه العطاء ويحتاج إلى خطاب ضمان تأمينا لحسن تنفيذ العملية، وقد تعجل له الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة دفعات مقدّمة من تحت حساب العملية، ويحتاج إلى خطاب ضمان تأمينا لرد هذه الدفعات. [3]

تتعدّد الصور التّي يصدر بها خطاب الضمان الخارجي، ذلك أنه قد يشترط محيل العطاء في المثال السابق على الأجنبي الذي أحيل عليه العطاء أن يكون الضمان صادرا من بنك محلي لاعتبارات يرى فيها مصلحته، يتصدّر البنك الأجنبي خطاب الضمان ويرسله إلى أحد البنوك المحلية التي يتعامل معها، ويطلب إليه أن يسلمه إلى المستفيد بعد التصديق عليه بما يعني إضافة التزامه إلى جانب التزام البنك الأجنبي في مواجهة المستفيد. [4]

---

[1] بلغيث صبرينة ومحمود حياة، مرجع سابق، ص 31.

[2] تم تعريف المتعاملين المقيمين وغير المقيمين في المادة 125 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض المعدل بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 2010/08/26: " **يعتبر مقيما في الجزائر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر، ويعتبر غير مقيما في الجزائر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية خارج الجزائر**"، فيكون المعيار المعتمد هو المركز النشاط الاقتصادي دون النظر إلى جنسية العميل.

[3] محيريق خديجة، مرجع سابق، ص28.

[4] محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 363.

2- خطابات الضمان التّي تصدر بناء على طلب عميل مقيم لصالح مستفيد غير مقيم:

قد يحدث أن يطلب شخص مقيم من أحد المصارف المحلية إصدار خطاب ضمان لصالح شخص أجنبي غير مقيم دولة أجنبية تطرح مناقصة أو مزايدة وتشترط لقبول العرض تقديم ضمان. [1]

حسب الفقرة الأولى من المادة الرابعة من التنظيم رقم 93-02 [2] فإنه:" **يمكن للبنوك والوسطاء المعتمدين أن تصدر ترخيص من بنك الجزائر، عقود ضمان وضمان لفائدة غير المقيمين بموجب الالتزامات المتخذة من قبل المقيمين إزاء الخارج**".[3]

هكذا يصدر البنك المحلي الخطاب بعكس الصورة التّي قام بها ما طلب إليه الأجنبي، أن يصدر خطاب ضمان أصدره أو قام نيابة عنه في إصداره، وبهذه الصورة من الخطابات يطلب البنك المحلي من أحد البنوك الأجنبية في بلد المستفيد، أن يصدر خطاب الضمان الذي أصدره أو يصدر هو خطاب الضمان حسب شروط المستفيد المتفق عليها مع العميل، وعلى البنك الأجنبي الذي أصدر خطاب الضمان الالتزام بما تعهدّ به ويعود على البنك المحلي إذا وفى قيمة الخطاب. [4]

الفرع الثالث: خطابات الضمان من حيث شكل الغطاء

بداية نشير إلى أنّ المقصود بغطاء خطاب الضمان هو تلك الضمانات التّي يقدمها العميل عند الاتفاق مع البنك، لكي يغطي مقدار ما يدفعه الأخير إلى المستفيد مضافا إليه أية مبالغ ينفقها البنك بمناسبة الخطاب والعمولات والفوائد المتفق عليها.[5]

وصور الغطاء متنوعة وهي:

---

[1] أمقران راضية، مرجع سابق، ص 66.

[2] النظام رقم 93-02 المؤرخ في 10 رجب عام 1443 الموافق لـ 03 يناير 1993 المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء والمعتمدين، ج ر، ع 17، الصادرة بتاريخ 14 مارس 1993.

[3] محيريق خديجة، مرجع سابق، ص 30.

[4] محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 365.

[5] بلغيث صبرينة ومحمود حياة، رجع سابق، ص 33.

أولا: الغطاء النقدي

يعدّ الصورة البسيطة للغطاء، وذلك بأن يقدّم العميل مبلغا من النقود يساوي قيمة الضمان ونفقاته، ويبقى في شكل وديعة لدى المصرف، يستردها بعد انقضاء خطاب الضمان. [1]

ثانيا: الغطاء العيني

تتمثل في:

الأوراق المالية كالصكوك ذات القيمة النقدية المتمثلة في الأسهم والسندات سواء تلك الصادرة من الشركات أو السندات الاستثمار أو سندات الدين العام التّي تصدرها الحكومة أو المؤسسات المالية، وقد يتمثل الغطاء العيني في الأوراق التجارية كالكمبيالات حيث يتفق عميل البنك على تظهير هذه الأخيرة تظهيرا تأمينيا. [2]

ثالثا: الغطاء المعنوي

يتمثّل في الثّقة التّي يمنحها البنك للعميل وبموجبها يصرح العميل للبنك أن يتقاضى خطاب الضمان إذا تم دفعه من أية أموال تعود إليه، ويكون الغطاء المعنوي في حالة تقديم الآمر طالب الضمان أحد حقوقه المعنوية كبراءة الاختراع، أو المعرفة الفنية التّي يمتلكها. [3]

مهما كان نوع الغطاء، فإنه متى قام المصرف بالوفاء بقيمة الضمان يصبح عندها دائنا للعميل، ويكون حقه استرداد ما دفعه المستفيد. [4]

في الأخير تجدر الإشارة أنّ مجال استخدام خطاب الضمان واسع لا يمكن حصره في أنواع متعدّدة، وما سبق ذكره من أنواع ما هو إلا دراسة للنماذج الأكثر شيوعا في الممارسة العملية. [5]

---

[1] أمقران راضية، مرجع سابق، ص 90.

[2] خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي، (خطاب الضمان–الاعتماد المستندي)، د ط، دار الفكر والقانون، الأردن، 2015، ص14.

[3] بلغيث صبرينة ومحمود حياة، مرجع سابق، ص 34.

[4] أمقران راضية، مرجع سابق، ص 94.

(5) محيريق خديجة، مرجع سابق، ص 30

المطلب الثاني

أهمية خطاب الضمان

يترتّب على قبول خطابات الضمان، فائدة كبيرة لجميع الأطراف، وهم العميل الآمر (المقاول أو المورد)، البنك مصدر الخطاب والمستفيد الذي يعلن قبوله لهذه الخطابات [1]، وعليه سنفصل أهمية الخطاب بالنسبة لكل طرف كما يلي:

الفرع الأول: أهمية خطاب الضمان المصرفي بالنسبة للعميل

يسمى العميل كذلك الآمر، وهو الجهة أو الشخص الذي يطلب من المصرف إصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد، وفي أغلب الأحيان يكون هذا الشخص مقاولا أو مهندسا أو مصمما أو موردًا.[2] فأهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل المقاول، تتمثل في أنّه لا يضطر إلى تجميد قيمة التأمين لدى الجهة الإدارية المتعاقدة معه مدة طويلة، ويمكنه استثماره في أوجه استثمارات أخرى، ومما لا شك فيه أن العمولة التي سيدفعها العميل المقاول للبنك مقابل إصداره لخطاب الضمان تكون أقل من سعر الفائدة التي يتحملها إذا ما اقترض قيمة التامين النقدي من البنك.[3]

يوفر عليه نتائج إيداع مبلغ التأمين لدى المستفيد، ومن ثم تضيع عليه فرصة استثماره وتعطيل أشغاله باحتجاز جانب من أمواله دون أن يعود عليه بالفائدة أي أنه يستطيع العميل توفير أمواله، وبالتالي استغلالها في أي مجال، بالإضافة إلى أنه يمكنه التقدم في المناقصات والمزايدات في حالة عدم توفر الأموال اللازمة لديه. [4]

تجدر الإشارة إلى أنّ عملية إصدار خطاب الضمان كثيرا ما تتضمن تسهيلا ائتمانيا يمنحه البنك لعملائه، ذلك أنّ البنك كثيرا ما يكتفي بمطالبة عميله بتقديم غطاء جزئي مقابل

---

[1] طرابلسي عماد الدين، مرجع سابق، ص 16.

[2] ربحي احمد عارف، "خطابات الضمان في مقاولات الإنشاء (الفيديك)"، مجلة كلية التربية الأساسية، ع67، جامعة جرش، الأردن، 2011، ص 02.

[3] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 370.

[4] محيريق خديجة، مرجع سابق، ص 11.

إصدار خطاب الضمان (وديعة نقدية أو عينية)، بحيث يبقى جزء من خطاب الضمان مكشوفا، كما قد يصدر البنك الخطاب على المكشوف اكتفاء بثقته في العميل وسمعته المالية المليئة، وهنا يعتبر إصدار خطاب الضمان بغطاء جزئي أو على المكشوف تسهيلا ائتمانيا. [1]

الفرع الثاني: أهمية خطاب الضمان المصرفي بالنسبة للبنك

البنك هو الجهة التي تقوم بإصدار خطاب الضمان بناء على طلب العميل ووفقا لتعليماته.[2]

تظهر أهمية خطاب الضمان بالنسبة للبنك عندما يتقاضى البنك عمولة على إصدار خطاب الضمان، تختلف قيمتها حسب قيمة الخطاب ونوعه وأجله، وأن هذه العملية لا تكلف البنك سوى نفقات إدارية بسيطة، ولا يتحمل البنك أيّ خسارة فيما لو دفع قيمة الخطاب للمستفيد، لأنّ البنك يكون لديه من الضمانات ما يستطيع أن يسترد ما يكون قد دفعه، فهو لا يتحمل أي خسارة، إضافة إلى أنّ البنك يخدم عملائه بشكل متكامل في جميع عمليات البنوك، وبذلك يجذب عملائه للعمليات ذات الربح الأكبر بالنسبة إليه كفتح الحسابات الجارية وغيرها، كما يستفيد من استثمار الغطاء النقدي الذي يدفعه العميل للبنك.

وهكذا فإنّ البنك بإصداره خطاب الضمان، يزيد من أرباحه من خلال استخدام سمعته التجارية وائتمانه دون ضرورة استخدام أمواله، بل يكتفي باستخدام توقيعيه. [3]

إلا أن الخطر الرئيسي الذي يحيط بعملية إصدار خطابات المصرفية تتجسد في الطلب الذي لا يبنى على أساس، والمبني أحيانا على الغش والتدليس المقدم من المستفيد بالوفاء بقيمة الضمان، فالكفيل –ولو متضامنا– يستطيع التمسك بالدفوع التي للمدين عكس الحال بالنسبة للضامن الذي يلتزم بالدفع عند مطالبته وعلى الرغم من معارضة العميل. [4]

---

[1] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ص 370–371.

[2] معهد الدراسات المصرفية، "خطاب الضمان"، إضاءات، نشرة توعوية، ع10، دولة الكويت، مايو 2011، ص 6.

[3] ربحي احمد عارف، مرجع سابق، ص ص 22–23.

[4] طرابلسي عماد الدين، مرجع سابق، ص 18.

الفرع الثالث: أهمية خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد

فالمستفيد هو الجهة التي يصدر خطاب الضمان لصالحها، ويحقّ لها الاستفادة منه[1]، وهو عادة ما يكون إماّ صاحب المشروع الذي يرغب العميل الآمر بتنفيذ مشروعه أو المشتري لبضائع سوف يقدمها للعميل الآمر (البائع).[2] كما تتمثل أهمية خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد في أن الخطاب يحل محل التأمين النقدي الذي يطلبه من العميل كضمان له في حال إخلال هذا العميل أو تقصيره بتنفيذ التزامه أو عدم تعاقده، أو ضمان جديته في التقدم للمناقصات والمقاولات والصفقات، أو ضمان وفاء الدفعات المقدمة له سلفا وهكذا يؤدي خطاب الضمان إلى الجدية في التعامل وحسن انتظام الأعمال وتفادي المعوقات التي ترتبط بتأخير العمل.[3]

ولا يخفى أنّ قبول خطابات الضمان بدل التأمين النقدي من الجهات المستفيدة يشجع الموردين والمقاولين على التقدم إلى المناقصات التي يعلن عنها للمزايا التي يحققها خطاب الضمان لهم من عدم ضرورة إيداع مبالغ نقدية وتعطيلها عن الاستثمار أو الاقتراض من البنك بفائدة مرتفعة، مما يترتب عليه حصول الجهة المستفيدة على أفضل الشروط وأرخص الأسعار.[4]

أخيرا فإنّ الحاجة في وقتنا الحاضر ضروريّة لخدمة خطابات الضمان المصرفية لإتمام الكثير من الأعمال التجارية، حيث تشترط الجهات الحكومية وغير الحكومية من الشركات والمنشآت الاقتصادية على من يرغب في الدّخول في مناقصاتها، إحضار خطاب ضمان مصرفي، لأنّه يعتبر من الوسائل المهمة التي تساعد على تنشيط الاستثمارات في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي، لأنّها منبثقة من عنصر الثقة التي تبعث الطمأنينة لدى رجال الأعمال وتسهيل إجراءاتهم التعاقدية. [5]

---

[1] خطاب الضمان، مرجع سابق، ص 04.

[2] ربحي احمد عارف، مرجع سابق، ص 23.

[3] مرجع نفسه، ص 23.

[4] طرابلسي عماد الدين، مرجع سابق، ص 18.

[5] سليمان أحمد القرم، مرجع سابق، ص 134.

كحوصلة لما تناولناه في هذا الفصل الأوّل، يتبيّن لنا أنّ خطاب الضمان المصرفي يعدّ من أهم التأمينات الشخصية التي تمنحها البنوك كتسهيل لعملائها، وتوفير عنصر الثقة والاطمئنان لدى المستفيد منه، فهو عبارة عن تعهد كتابي صادر من المصرف، بديل عن التأمين النقدي الكلاسيكي، حيث ينفرد بخصائص تجعله يتميّز عن غيره من العقود الأخرى التي تصدرها البنوك، وهذا راجع إلى طبيعته القانونية الخاصة.

فخطابات الضمان هذه باعتبارها عملية مصرفية تتعدد أنواعها حسب تنوع المعاملات التي تضمنها حيث قسمها الفقه لعديد الأنواع. وتظهر الحاجة إلى أهمية الخطاب الضمان البنكي لعدة اتجاهات مردها أطرافه الثلاثة، العميل، البنك، المستفيد.

بالتالي يعد خطاب الضمان أسلوبا ناجحا تعتمد عليه البنوك في تعاملاتها المصرفية، مما يوفره من ثقة للمتعاملين وهذا ما يشجع على الاستثمار ودفع عجلة التنمية نحو التقدم.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة عن خطاب الضمان المصرفي

يعتبر خطاب الضمان أحد أشكال الكفالة المصرفية التي يقدمها البنك لعملائه، والذي عرف انتشارا واسعا لدى عديد الدول مما نتج عنه تطور العلاقات التجارية الدولية، إذ يعتبر الأساس في عديد العمليات التجارية والمصرفية التي لا تكتمل ما لم يقدم خطاب الضمان نظرا لمزاياه سواء من جهة بعثه الثقة بين المتعاملين به وحتى باعتباره بديلا عن التأمين النقدي لضمان حسن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه.

لكي يصدر الخطاب يتقدم العميل بطلبه للمصرف محددا فيه جملة من الشروط، وليتأكد المصرف من جدّية العميل قد يطلب أحيانا غطاء نقديا تختلف نسبته تبعا لمركز العميل المالي والمعنوي وحسب طبيعة المشروع المضمون، فيصدر هذا الأخير وفق نموذج معين وبإجراءات محددة. بمجرد صدوره ينتج آثار قانونية وعلاقات متقابلة بين أطرافه تندرج تحت ما يسمى بحقوق والتزامات أطراف الخطاب، لكن قد يصدر من المستفيد غش أو تعسف يهدد التزام البنك الضامن برفض طلب الوفاء **(المبحث الأول)**.

عادة ما يمر الخطاب بمحطات عدة تكون كفيلة بانقضاء الالتزام الملقى على عاتق البنك بالوفاء للمستفيد، فقد ينقضي بالوفاء من قبله لصالح المستفيد، وقد ينقضي بما يقوم مقام الانقضاء الإيجابي كالمقاصة واتحاد الذمة، وقد ينقضي أيضا بدون وفاء من خلال انقضائه دون مطالبة من المستفيد، إعادة الخطاب للبنك، الإبراء، التقادم، استحالة التنفيذ ودون إغفال لأثر الانقضاء والمتمثل في الإفراج عن غطاء الخطاب ومطالبة العميل برد ما دفعه البنك لتنفيذ الخطاب **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

أحكام خطاب الضمان المصرفي

من أهم التقنيات التي أفرزها محيط التجارة الدولية خطاب الضمان المصرفي الذي يعد من صور الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، يصدر وفق شروط محددة لا يتصور وجود عقد من دونها وبإجراءات معينة **(المطلب الأول)**، وبمجرد أن ينعقد الخطاب صحيحا فإنه يرتب علاقات متقابلة بين أطرافه وهو العميل الآمر المصرف والمستفيد **(المطلب الثاني)**، لكن قد يصدر من المستفيد تصرفات غير مشروعة بهدف الحصول على ما ليس له بطريقة تعسفية فينتج عنه سقوط مبدأ استقلال الالتزام وعلى رأسها الغش والتعسف **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول

إصدار خطاب الضمان المصرفي

خطاب الضمان كغيره من العقود لا يقوم إلا بارتكازه على مجموعة من المقومات، إذ يتقدم طالب هذا الأخير بجملة من الشروط للبنك وبإجراءات محددة لكي يصدر المصرف الخطاب.

الفرع الأول: شروط إصدار خطاب الضمان المصرفي

يقوم خطاب الضمان على عناصر جوهرية لا يمكن إصداره في حال غياب هذه الأخيرة وهي:

أولا: مبلغ الضمان

يحدد مبلغ الضمان في الخطاب، وهو المبلغ الذي يتعهد البنك بالدفع في حدوده إلى المستفيد عند أول طلب دون أية معارضة، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المحددة. [1]

[1] حمدي عبد العظيم، مرجع سابق، ص 22.

إذا كان هذا المبلغ النقدي هو دليل تعهد البنك، فإنه يجب أن يتوافر فيه ما يتوافر في محل الالتزام بشكل عام من شروط أهمها تعيين محل الالتزام أو أن يكون قابلا للتعيين. [1]

كما قد يصدر الخطاب بغير تحديد المبلغ بل يتعهد فيه البنك أن يضمن عميله في كل ما يسببه تصرفه من الضرر للغير أي المستفيد، وتتبع هذه الصورة على الخصوص في كفالة المرسل إليه الذي يسحب بضاعة من الجمارك قبل أن تصله سندات الشحن فيشترط عليه الجمرك تقديم كفالة من البنك تضمن له كل ما قد يتحمله الجمرك بسبب تسليمه البضاعة، وتعهد البنك على هذا النحو صحيح لأن محله وإن لم يكن محددا فهو قابل للتحديد. [2]

ثانيا: مدة الضمان

الأصل أن يصدر خطاب الضمان لمدة محدّدة يحرص على تأكيدها باعتبارها مدة سريان الخطاب، وحيث إن ضمان البنك يسقط تلقائيا إذا لم تصله مطالبة المستفيد حتى التاريخ المحدد في ذلك الخطاب، حيث تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع، إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها، وقد قال بعض الفقه أنه إذا لم تحدد المدة اعتبر الضمان غير محدد المدة،و ذلك يعني أن لالتزام البنك في خطاب الضمان بداية ونهاية، حيث يتضمن خطاب الضمان تحديد بدء التزام البنك وتاريخ انتهاء هذا الالتزام وهذا ما يجب أن تحرص عليه كافة البنوك التجارية.[3]

ثالثا: الصيغة

يقصد بها في العقود، الإيجاب [4] الذي يصدر عن الطرف الأول، وهو في خطاب الضمان عادة ما يكون العميل، والقبول [5] الذي يصدر عن الطرف الثاني وهو هنا المصرف،

---

[1] جاسم علي الشامسي، مرجع سابق، ص 18.

[2] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص576.

[3] خليفة بن محمد الحضرمي، مرجع سابق، ص ص 18-19.

[4] الإيجاب: "تعبير عن إرادة للتعاقد تصدر من أحد الأشخاص مفصحا من خلاله عن نيته في إبرام العقد بشروط أساسية محددة"، أنظر فادي محمد عماد الدين توكل، عقود التجارة الإلكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص71.

[5] القبول: "هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، يفيد موافقته عليه، فهو الإرادة الثانية في العقد بحيث لا يمكن أن ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين"، أنظر عقوني محمد، (الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني)، مجلة الدراسات والبحوث، ع 7، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2017، ص100.

وإن كان للمستفيد حق قبول أو رد خطاب الضمان لصدوره من مصرف لا يرضاه ضامنا لحقه، لكن هذا القبول يكون مبناه إيجاب آخر من العميل. [1]

رابعا: الغرض من إصدار خطاب الضمان

خطاب الضمان محدد بالغرض الذي صدر من أجله، وهو الغرض الذي يقصده كل من الآمر والمستفيد ويحددانه في عقد الأساس ويتمثل عادة في ضمان التزام معين ناشئ لذمة الآمر لمصلحة المستفيد، ويذكر هذا الغرض عادة في عقد الاعتماد المبرم بين الآمر والمصرف، ويذكره الأخير في متن الخطاب الذي يصدره لمصلحة المستفيد، فخلو الخطاب من غرضه يؤدي إلى تعطيل أهم ميزة له وهي المطالبة بقيمته. [2]

الفرع الثاني: كيفية إصدار خطاب الضمان المصرفي

يتم إصدار الخطاب بناءا على طلب العميل الذي يحدد فيه مبلغ الضمان ومدة وفائه والجهة المستفيدة، الغرض من الضمان، وإذا كان مبلغ الضمان كبيرا فإن المصرف يطلب عادة تأمينات لقاء ذلك، كرهن عقاري مسجل في محضر العقار أو رهن أسهم في شركات، أو إيداع أوراق مالية، أو كفالة مصرف آخر، ويحتفظ المصرف عادة بتأمينات نقدية يودعها العميل بحوالي 25% من قيمة الضمان أو أقل، بحسب مركز العميل و طبيعة المشروع الذي طلب الضمان لأجله. [3]

الفرع الثالث: تعديل بيانات خطاب الضمان

يحدث في بعض الأحيان خلال فترة سريان خطاب الضمان أن يتفق العميل والمستفيد على إجراء تعديل على خطاب الضمان في ضوء العلاقة التعاقدية فيما بينهما، و غالبا ما يتناول التعديل الأمور التالية:

---

[1] سليمان أحمد محمد القرم، مرجع سابق، ص 87.

[2] ثالان بهاء الدين عبد الله المدرس، "إشكالات التنظيم القانوني لخطاب الضمان في القانون العراقي دراسة تحليلية"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، ع1، ج2، مج2، جامعة صلاح الدين/ أربيل، العراق، 2017، ص267.

[3] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ص 9-10.

1- زيادة قيمة خطاب الضمان؛
2- تخفيض قيمة خطاب الضمان؛
3- تقصير فترة سريان خطاب الضمان؛
4- تمديد فترة سريان خطاب الضمان؛
5- تعديل شرط من الشروط التي يتضمنها خطاب الضمان.

حتى يتسنى إجراء التعديل المطلوب فلابد من إجماع أطراف خطاب الضمان على ذلك للأسباب التالية:

- إن أي تعديل هو بمثابة تعديل للعقد المبرم بين البنك والعميل.
- إن أي تعديل يجب ألا ينتقص من حقوق المستفيد. [1]

المطلب الثاني

خضوع العلاقات المنبثقة عن خطاب الضمان المصرفي لمبدأ الاستقلالية

ينشأ خطاب الضمان المصرفي نتيجة علاقات قانونية ثلاثية بين العميل الآمر والمستفيد والبنك، وهذه العلاقات التي تجمع بين أطرافه هي روابط عقدية أولها الرابطة التي تجمع العميل الآمر بالمستفيد وهي العقد الأصلي أو عقد الأساس، العلاقة بين العميل الآمر والبنك وأخيرا العلاقة بين المستفيد والبنك الضامن، وبمجرد انعقاد العقد بين البنك والعميل منتجا خطاب الضمان تنشأ التزامات على عاتق كل منهما، فتصبح في ذمة العميل التزامات تجاه البنك والعكس الصحيح إذ يصبح المصرف ملزما ببعض الواجبات في مواجهة العميل.

الفرع الأول: علاقة الآمر بالمستفيد

تعد علاقة الآمر بالمستفيد نقطة الانطلاقة، التّي ينشأ خطاب الضمان بسببها فقد تكون علاقة الآمر بالمستفيد عقد مقاولة، أو أشغال، أو توريد، أو غيرها من الالتزامات. [2]

---

[1] معهد الدراسات المصرفية، مرجع سابق، ص6.

[2] يوسفي نورالدين، مرجع سابق، ص368.

فهذه العلاقة هي الأساس في اصدار خطاب الضمان، لأنّها نشأت بين الآمر (عميل البنك) والمستفيد (دائن الآمر) [1]، وأساس هذه العلاقة أنّ الأول أحيل عليه عطاء يتعين عليه تنفيذه وفق شروط تم الاتفاق عليها أو أنه التزم بموجب اتفاق مع أحد الأشخاص أن يقدم له ضمانا لتنفيذ أمر من الآمر، كأن يكون هذا العميل على علاقة مع جهة حكومية أو غير حكومية يلتزم على أساسها بتوريد معدات أو بضائع. وهذا العميل يلتزم بإرادته أن يسلّم للمستفيد خطاب ضمان من أحد البنوك بمبلغ معين، مستحق الوفاء ضمن مدّة محدّدة. ويعد التزام العميل على هذا النحو أثرا من آثار عقد الأساس، الذي يعتبر السبب في اصدار خطاب الضمان، أي أن البنك يصدر الخطاب بناءا على طلب من العميل، تنفيذ لالتزام هذا الأخير مع المستفيد بموجب عقد الأساس. [2]

يرتب عقد الاعتماد بالضمان جملة من **الالتزامات** على عاتق العميل الآمر وهي:

أولا: الالتزام بتقديم غطاء خطاب الضمان

يلتزم العميل بتقديم الغطاء المتفق عليه وبدفع عمولة البنك وما تكبده من مصروفات نظير اصدار الخطاب، وكذلك برد قيمته والعائد المستحق عليها من تاريخ دفعها وذلك في حالة ما إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان. [3]

يعرف غطاء خطاب الضمان بأنّه مجموع الضمانات التي يقدمها العميل للبنك الضامن في مقابل اصداره خطاب الضمان لصالح المستفيد، وسمي بالغطاء لأنه يقوم بتغطية المبالغ التي يضطر البنك لدفعها للمستفيد مع الفوائد والعمولات والنفقات المستحقة لإصدار الخطاب المذكور. [4]

وإلا تعرض العميل لتنفيذ المصرف على ما يكون قد قدمه من تأمينات شخصية لتغطية خطابات الضمان، وبالمقابل يحق للعميل بتجريده من هذه التأمينات بانقضاء مدة الضمان دون

---

[1] محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص345.

[2] طرابلسي عماد الدين، مرجع سابق، ص ص25-26.

[3] علي البارودي، محمود فريد العريني، مرجع سابق، ص418.

[4] بن بابوش فاطنة، مرجع سابق، ص255.

مطالبة المستفيد، وإن كان عليه في هذه الحالة أيضا دفع العمولة المقدرة للمصرف عن اصدار خطاب الضمان. [1]

ثانيا: الالتزام بدفع قيمة غطاء الضمان

يلتزم الزبون بدفع عمولة الخطاب حسب نص المادة 04 من النظام 13/94[2]، التّي تحدّد من طرف البنك والمؤسسات المالية وعموما تحددها الأعراف المصرفية، فالأصل في العمولة أنّها مقابل تعهد البنك بتقديم خدماته للزبائن بإصدار خطاب الضمان وتنفيذه، ومن ثم تستحق للبنك بمجرد فتح الاعتماد وتحتسب المدة التّي يظل فيها خطاب الضمان ساري، وتكون حسب العرف المصرفي كل ثلاثة أشهر وإذا امتد عدة سنوات تدفع سنة بسنة.[3]

كما للبنك الحق في الامتناع عن اخطار المستفيد بخطاب الضمان، إلى أن تدفع هذه العمولة ويظلّ التزام البنك بخطاب الضمان قائما ونهائيا تجاه المستفيد، فلا يمكن للبنك الرجوع عنه بحجة عدم دفع العمولة من طرف العميل، خاصة بعد الوصول إلى علم المستفيد بأن البنك قد أصدر هذا الخطاب. [4]

ثالثا: الالتزام بعدم الاعتراض على الدفع والتجريد

يلتزم العميل بعدم اثارة أي دفوع واعتراضات على الوفاء بحجة أن المستفيد طالب بالوفاء تعسفا أو غشا منه، أو لأي سبب ناشئ عن العلاقة التي تربطه بالمستفيد تطبيق لمبدأ الاستقلال الذي يتميز به خطاب الضمان. [5]

---

[1] أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص329.

[2] المادة 4 من النظام 13/94، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية.

[3] بلغيث صبرينة، ومحمود حياة، مرجع سابق، ص65.

[4] بختة منصور، مرجع سابق، ص102.

[5] أمقران راضية، مرجع سابق، ص96.

الفرع الثاني: علاقة العميل الآمر بالبنك

هذه العلاقة مبنية على تعاقد بين العميل والبنك يطلب بموجبها العميل من البنك اصدار هذا الخطاب للجهة المستفيدة ضمن الشروط المحدّدة وبموافقة البنك. [1]

تبدأ هذه العلاقة مباشرة بين العميل والبنك بتنفيذ خطاب الضمان، بحيث يبدأ العميل علاقته مع البنك بطلب إصدار خطاب الضمان، فيحكم هذه العلاقة ويحدّد الالتزامات الناشئة عنها، عقد اعتماد بالضمان الذي يبرم بين البنك وعميله، فخطاب الضمان الذي يصدره البنك تنفيذا لهذا العقد، يكون بناءا على طلب عميله، يحدّد فيه المؤسّس الشروط التّي سيصدر بها خطاب الضمان. [2]

يتضمّن الطلب البيانات الخاصة بإصدار خطاب الضمان وهي: اسم المستفيد (صاحب العمل) ومبلغ الضمان ومدة صلاحية الخطاب، ويصرح المقاول للبنك بأن يدفع إلى صاحب العمل قيمة خطاب الضمان عند أول طلب يرد إلى البنك من صاحب العمل ويتعهد المقاول بسداد قيمة الخطاب في حال دفعها من قبل البنك اضافة إلى العمولات والمصاريف الأخرى، وهذا يعتبر ايجابا بينما يعتبر قبول البنك حاصلا عند قبوله الطلب وموافقته عليه. [3]

إذا لم يتمكن البنك من اصدار الخطاب، أو لم يكن يريد ذلك عليه أن يخطر عميله فورا حتى يتدبر أمره ويلجأ إلى بنك أخر، وفي وقت مناسب. وتكون مسؤولية البنك أمام طالب الخطاب عقدية أو تقصيرية بحسب الأحوال تبعا لها إذا كان بينهما عقد أول. [4]

يحرص البنك على أن يأخذ شخصية العميل من حيث ملاءته ومدى وفائه بالتزاماته، لذلك يصدر البنك خطاب الضمان بالشروط التي يطلبها العميل، وهي ذات الشروط المتفق

---

[1] بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، مرجع سابق، ص444.

[2] طرابلسي عماد الدين، مرجع سابق، ص27.

[3] ربحي أحمد عارف، مرجع سابق، ص32.

[4] بختة منصور، مرجع سابق، ص93.

عليها بين العميل والمستفيد وهذه العلاقة تبين مدى الارتباط الفعلي بين أطراف خطاب الضمان، بالرغم من أن الالتزامات القانونية الناشئة عن كل منها مستقلة عن بعضها. [1]

الفرع الثالث: العلاقة بين البنك والمستفيد

علاقة البنك بالمستفيد ماهي إلاّ أثر من الآثار التي تولدت عن العلاقة السابقة بين العميل الآمر والبنك، والتّي أدت أن يصدر البنك خطاب الضمان لمصلحة المستفيد فإصدار الخطاب لصالح البنك يعدّ تعهدا نهائيا من قبله بدفع مبلغ الضمان المطلوب من عميله، فإذا لم يعترض المستفيد على الخطاب الموجه إليه في وقت مناسب من وصوله إليه يعد قابلا به، وبالتالي فإن هذا الخطاب بما يتضمنه من شروط هو الذي يحكم العلاقة بين البنك والمستفيد.[2]

بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني، فالمشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول التي نصت عليها المادة 61 منه. [3]

بمقتضى هذه النظرية ينعقد العقد في اللحظة التّي يتم فيها علم الموجب بالقبول، وهي ذات اللحظة التّي يقترن فيها الإيجاب بالقبول، وأساس ذلك أنّ التعبير لا ينتج أثره إلا عند وصوله إلى علم من وجه إليه.[4]

إن واقعة وصول خطاب الضمان إلى علم المستفيد وقبوله له هي مناط ثبوت التزام البنك قبل المستفيد، ومؤدى هذا الاقتضاء، أنّه لو أعاد العميل خطاب الضمان إلى البنك دون أن يسلمه للمستفيد، أو رده المستفيد وفق خطاب الضمان أفصح فيه عن عدم قبوله للضمان

---

[1] مرجع سابق، ص93.

[2] عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص453.

[3] تنص المادة 61 من ق.م.ج على: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التّعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

[4] أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2017-2018، ص112.

انقضى التزام البنك وهذا الأخير في تعهده لا يضمن المستفيد حسن تنفيذ العميل لالتزاماته، فلا شأن للبنك بهذا التنفيذ، كما أنه لم يتعهد بالوفاء بالتزام العميل.[1]

حتى يتخذ البنك احتياطاته بالتأكد من وصول خطاب الضمان للمستفيد، فإنه في حالة ما إذا سلم الخطاب للعميل ليقدمه للمستفيد أن يبادر بإرسال صورة من الخطاب إلى المستفيد رفقة خطاب موصى عليه بعلم الوصول يشير فيه إلى أن أصل خطاب الضمان قد سلم للعميل.

أما في حالة ما إذا قام البنك بإرسال خطاب الضمان للمستفيد عن طريق البريد وجب أن يكون الإرسال برسالة موصى بها بعلم الوصول.

وفي الحالة الأولى، إذا أعاد العميل أصل خطاب الضمان إلى البنك طالبا إلغاءه لانتهاء الغرض منه، تعين اقتضاء صورة خطاب الضمان التي أرسلها البنك إلى المستفيد، على أن يرد البنك الغطاء، إلا إذا تلقى أصل خطاب الضمان وصورته.[2]

بمجرد قبول المصرف اصدار خطاب الضمان تترتب على عاتقه **واجبات** تجاه عميله وهي:

أولا: الالتزام بإصدار خطاب الضمان

يلتزم البنك بإصدار خطاب الضمان ضمن شروط محدّدة مع الالتزام بإخطار المستفيد الذي صدر الخطاب لصالحه [3]، فعند اكتمال الاتفاق وقيام البنك بإصدار الخطاب ووصوله لعلم المستفيد، فإنّ الالتزام الملقى على عاتق البنك بتمويل هذه العملية والالتزام بها عند الطلب منه يكون لصالح مستفيد محدد بذاته وباسمه، أو وكيله الخاص، وخلال مدة محددة في الخطاب، وفي حدود الضمان المبرم بينه وبين العميل الآمر.[4]

---

[1] محيريق خديجة، مرجع سابق، ص 37.

[2] بختة منصور، مرجع سابق، ص952.

[3] بسام حمد الطراونة، باسم محمد، مرجع سابق، ص445.

[4] عبد الرحمان قيصر شوقي يعيش، مرجع سابق، ص23.

في سياق التزام البنك بإصدار الخطاب، فإنّ البنك مقيد بعدم تجاوز الحد المسموح في خطاب الضمان المحدد في البنك المركزي، بواسطة العقد إضافة لواجب البنك أن يحتاط بنفسه معدلا من السيولة يضمن دخول القيمة غير المغطاة نقدا من خطابات الضمان في مقام نسبة السيولة. [1]

باعتبار أنّ صياغة خطاب الضمان تحدد مسؤولية المصرف وحدود التزامه تجاه المستفيد فإنه على المصرف أن يلتزم بإصدار الضمان بعبارات واضحة حتى لا يبقى مجال لتأويل واختلاف وجهات النظر في تفسير ما يراد به من ألفاظ. [2]

ثانيا: الالتزام بالوفاء بقيمة خطاب الضمان

يعتبر هذا الالتزام من أهم التزامات البنك، وهو التزام رئيسي لأنه يمثل الهدف الرئيسي لخطاب الضمان، واستنادا إلى خطاب التعهد الصادر من البنك نجد أنّه يلتزم بسداد قيمة خطاب الضمان، أي مبلغ معين أو قابل للتعيين إلى المستفيد خلال مدة محددة، إلا أنه عند اصداره هذا التعهد لم يقم البنك بالسداد الفعلي ويتحقق التزام البنك بالسداد عند مطالبته من قبل المستفيد بسداد قيمة خطاب الضمان، لذا يجب عليه قبل الاسراع في السداد للتحقق أولا من توافر الشروط طبقا لعبارات خطاب الضمان.[3]

التزام البنك قبل المستفيد التزام أصيل بات، لا يوقف تنفيذه أيّ معارضة، وهو لا يتأثر بأي سبب يرجع إلى علاقة البنك بالعميل أو علاقة العميل بالمستفيد، وعليه لا يجوز للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بعدم الوفاء، لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالعميل، كما لو لم يقدم العميل غطاء خطاب الضمان المتفق عليه لإصدار الخطاب، مما دفع البنك إلى فسخ اتفاقه معه. [4]

---

[1] عبد الرحمان قيصر شوقي يعيش، مرجع سابق، ص 25.

[2] أمقران راضية، مرجع سابق، ص97.

[3] محيريق خديجة، مرجع سابق، ص42.

[4] علي البارودي ومحمد فريد العريني، مرجع سابق، ص419.

ثالثا: الالتزام بإخطار العميل بمطالبة المستفيد من الخطاب

قد ثار خلاف حول هذه المسألة، فيما إذا كان يجب على المصرف الضامن اخطار العميل قبل الدفع للمستفيد أم يمكنه اخطاره بعد الدفع.

هناك من يرى أن المحافظة على مصلحة العميل، توجب على المصرف اخطاره قبل الوفاء بقيمة الضمان، علما أن هذا الاخطار لا يقصد منه اعطاء العميل حق الاعتراض على الوفاء للمستفيد، يتعارض ذلك مع الصيغة القطعية والباتة، وإنما له علاقة فقط بمطالبة المستفيد، فقد تكون له دفوع من شأنها أن تمنع المستفيد من الحصول على قيمة الضمان المشروط، حتى يتمكن المصرف من التأكد من تحقّق الشرط أو تخلفه، فقد يكون للعميل ما يبرئ ذمته وذمة المصرف بصدد هذه العملية، وإذا قام المصرف بالوفاء في هذه الحالة يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق العميل بسبب ذلك، إذا كان الإخطار كافيا لتفادي هذا الضرر.[1]

كما يرى البعض أنّ إعلام العميل وجوبي، وهو ما نصت عليه المادة 08 من القواعد المحددة للضمان المصرفية لغرفة التجارة الدولية، لما له من أثر في العلم بوضعية العميل بأنه قد سوى وضعيته مع المستفيد أو بسبب اخطار البنك بالغش أو التعسف الصادر من المستفيد، اضافة إلى ما يمنحه هذا الإعلام من فرصة للعميل، بتسوية وضعيته تجاه البنك لتسديد قيمة

رابعا: الالتزام برد غطاء الضمان للمستفيد

سبق وأن رأينا أنّ العميل يلتزم بتقديم ضمان للمصرف لتغطية ما قد يدفعه للمستفيد، فإذا انتهت مدة خطاب الضمان، ومطالبة المستفيد بالوفاء أو امتنع المصرف عن الوفاء في حالة المطالبة التعسفية لهذا الأخير، فإنّ المصرف تبرأ ذمته من دفع قيمة الخطاب، وتبرأ ذمة العميل من الالتزام بتعويض المصرف عما دفعه، بالتالي يلتزم المصرف برد الغطاء إلى العميل. [2]

(1) أمقران راضية، مرجع سابق، ص98.

(2) مرجع نفسه، ص99.

المطلب الثالث

الاستثناءات الواردة على مبدأ استقلال العلاقات

الأصل في العلاقات الناشئة بين أطراف خطاب الضمان الاستقلالية باعتبارها أحد ميزاته والتي أدّت لاعتماده في مجال التجارة الدولية، لكن مبدأ الاستقلالية ليس مطلقا، فقاعدة "الغش يفسد كل شيء" وكذا مبدأ "حسن النية في المعاملة" جعلت أغلب الفقهاء يمنحون الحق للمصرف في رفض طلب الوفاء وفورية الدفع إذا وقع غش أو تعسف بيّن من قبل المستفيد.

الفرع الأول: المقصود بالغش والتعسف في خطاب الضمان

قد يصدر من المستفيد تصرفات غير مشروعة بهدف الحصول على ما ليس له بطريقة تعسفية، وعلى رأسها الغش والتعسف:

أولا: الغش في خطاب الضمان المصرفي

هو استخدام المستفيد حقه دون وجه حق بهدف الإضرار بالآمر أو بالبنك الضامن [1]، كما هو طلب وفاء الضمان في حين أن عقد الأساس لا يعطي المستفيد أي حق قبل الآمر. [2]

لم يعرف القانون المدني الجزائري الغش في العقود لكنه يعتبر بمثابة خطأ عمدي يفسد العقد، لذلك ترك السلطة التقديرية للقاضي في تعريفه حسب الحالة المعروضة عليه كونه يأخذ صورا عديدة لا يمكن حصرها، فعلى المتعاقدان أن تسود علاقتهما حسن النية في إبرام العقد وحتى تنفيذه وهذا ما نصت عليه المادة 107 ق م ج: "**يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية**". فإذا انتفت حسن النية لدى الدائن المستفيد من الضمان كان مخلا بالتزامه، كأن يغش هذا الأخير في تنفيذ التزامه تجاه الضامن، فيقوم مثلا بتقديم مستندات مزورة بهدف

---

[1] يوسفي نورالدين، مرجع سابق، ص369.

[2] طلال علي سليمان الشوبكي، مرجع سابق، ص78.

الحصول على منفعة غير مشروعة، وجزاء الغش أن يكون للضامن الحق في الامتناع عن الوفاء بقيمة الضمان للدائن شرط أن يكون المصرف قد اثبت حالة الغش أمام القضاء. [1]

ثانيا: التعسّف في خطاب الضمان المصرفي

هو الخروج عن حدود النية الواجب استعماله في الحقوق، كأن يهدف الشخص وراء استعماله للحق إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو أن يقصد فقط من استعماله إلحاق الأضرار بالغير، أو أن تكون المصلحة من وراء هذا الاستعمال أقل بكثير من الضرر الذي يصيب الغير. [2]

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الغش المانع للوفاء

لكي يصبح للبنك حق الامتناع عن الوفاء للمستفيد عند طلبه، وجب وجود غش مانع للوفاء في خطاب الضمان، وذلك بتوافر شروط ثلاثة وهي:

أولا: أن يكون الغش ظاهرا وثابتا

يجب أن يكون الغش المتعلّق بخطاب الضمان واضحا للعيان، ولا يكفي مجرد اخطار العميل للبنك الضامن بغش المستفيد، كما لا يجوز له اتخاذ أي إجراء للتحقق من غش المستفيد، وإنما يجب أن يكون دليل الغش واضحا وقاطعا، فلو ترك أمر إثباته للبنك أو العميل بوسائل الإثبات العادية أدى إلى فقدان استقلاليته. [3]

تضمنت النّص هذا الشرط المادة 19 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة [4]، إذ قضت بأنّه: "**إذا كان من السبب الواضح...**"، كما يشترط في الغش أن يكون مؤكدا لأن سوء النية غير مفترض بل يجب أن يقوم الدليل القاطع على غش المستفيد، ويقدّم

(1) حوحو يمينة، مرجع سابق، ص ص 203-204.

(2) طلال علي سليمان الشوبكي، مرجع نفسه، ص77.

(3) بن بابوش فاطنة، مرجع سابق، ص180.

(4) اتفاقية الأمم المتحدة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة الصادرة سنة 1995. www.uncitral.com

هذا الدليل جاهزا للمحكمة، فلا يجوز للمحكمة أن تطلب اجراء تحقيق أو سماع شهود أو فحص مستندات ومفاد ذلك أنه لا يكفي مجرد الادعاء بغش المستفيد.[1]

ثانيا: أن يكون خطاب الضمان صحيحا وساري المفعول

لا يمكننا القول أنّنا أمام غش صادر من المستفيد في خطاب الضمان إلاّ إذا كان طلبا صحيحا للوفاء بخطاب ضمان صحيح ومكتمل العناصر الواجب توافره فيه، وساري المفعول وبالتالي لا يكون طلب المستفيد بالوفاء بالخطاب غشا، إذا استند تمسّك المصرف الضامن بالرفض لأسباب موضوعية في الخطاب ذاته كحالة الخطاب الذي لم يبدأ بعد في السريان أو الخطاب المنتهي الصلاحية. [2]

ثالثا: صدور الغش ممن يحتّج به

هذا الشرط أورد عديد التساؤلات التّي تثار بشأنه، فظهر اتجاهان:

الأول: يرى بوجوب اقتصار الغش في عمل المستفيد نفسه، فالغش المانع من الوفاء والذي يعتبر استثناءا على المبدأ العام لا يشمل الغش الصادر من الغير، فلابد أن يقتصر الغش على أي عمل من جانب المستفيد بقصد الحصول على ما ليس له حق فيه.

بينما ذهب الاتجاه **الثاني** إلى اعتبار الغش واقعة مادية، وأنه متى ارتكب فقد أوجب على البنك الامتناع عن الدفع والوفاء بصرف النظر عن صدوره من الغير أو من المستفيد نفسه.[3]

عليه مراعاة للظروف الراهنة في مجال التجارة الدولية يمكن القول، أن التزام البنك برفض الوفاء في حالة الغش سواء كان صادر من المستفيد أو من الغير وفي الحالة التي يكون أيضا

---

[1] سهام عكوش، "الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995"، دفاتر السياسة والقانون، ع19، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان 2018، ص05.

[2] طلال علي سليمان الشوبكي، مرجع سابق، ص ص83-84.

[3] عبد الرحمان قيصر شوقي يعيش، مرجع سابق، ص88.

المستفيد عالما بالغش فما عليه إلا أن يصحح المستندات ويزيل سبب رفضها أو يصحح المطالبة بالوفاء وبسبب الغش بشأنها. [1]

حدّدت المادة 19 من قواعد اليونيسترال الدولية حالات الغش المانع للوفاء كما يلي:

- الغش القائم على تزوير المستندات؛
- بطلان عقد الأساس بموجب حكم محكمة أو تحكيم؛
- عدم أداء الالتزام الأصلي لصدور تصرف معيب من المستفيد؛
- تنفيذ عقد الأساس دون شك، كما طلب المستفيد؛
- عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الصادر من أجله خطاب الضمان؛
- الغش المباشر من البنك تجاه البنك المقابل. [2]

الفرع الثالث: إثبات الغش ووسائل الحماية منه

واقعة الغش الصادر من المستفيد تؤدي لامتناع البنك الضامن عن الدفع والوفاء، هذا الأخير لا يثير إشكالا بقدر ما تثيره صعوبة إثباته والتي تقع على عاتق العميل الآمر.

أولا: طريقة إثبات الغش

إثبات الغش يكون سهلا في حالة الضمان المشروط (الضمان المستندي والمبرر)، في هذا الضمان لا يلتزم المستفيد بتقديم المستندات، بالتالي إذا تمسك العميل الآمر بوجود غش من المستفيد فإن ذلك يتطلب البحث وإثبات الغش، أما في حالة الضمان غير المشروط (لدى الطلب) فمن الصعب إثبات الغش على مطالبة المستفيد، إلاّ إذا لجأ العميل إلى القضاء المستعجل واستطاع أن يقنع قاضي الأمور المستعجلة بما لديه من أدلة أنّ ليس للمستفيد الحق في طلب قيمة الخطاب فيقرر هذا القاضي اصدار الأمر للبنك بوقف دفع قيمة الخطاب.

فمن المتعارف عليه، أنّ الغش لا يفترض ويجوز إثباته بكافة طرق الإثبات فلا يلزم إثباته بطريق معين، ويتم استخلاصه من وقائع الدعوى. [3]

---

(1) عكوش سهام، مرجع سابق، ص7.

[2] بن بابوش فاطنة، مرجع سابق، ص ص 178 -179.

[3] عكوش سهام، مرجع سابق، ص7.

ثانيا: وسائل الحماية من الغش

يمكن للآمر اتباع وسائل عديدة للوقاية من غش المستفيد في الخطاب ويمكن تقسيم هذه الوسائل إلى:

1- دور الآمر في الحماية من الغش:

يتوجب على الآمر أن يحتاط من غش المستفيد في الخطاب، باعتباره المتضرر الأول والأخير من هذا الغش، ويكون من بداية ابرام عقد الأساس الذي صدر خطاب الضمان بسببه مع المستفيد، فعلى الآمر أن يختار التعامل مع طرف ذو سمعة طيبة في مجال العمل الذي يمارسه ويكون ذلك سهلا على الآمر متى تعلق بعمل تجاري، ممن يمارسون التجارة، والتجار يعرفون بعضهم البعض ومدى سمعة كل منهم. [1]

2- إيقاف دعوى المصرف لقيمة الخطاب بطريق القضاء المستعجل:

يعتبر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي، الأداة الوحيدة التّي تمكن العميل الآمر من التمسّك بالغش المانع للوفاء، وذلك إمّا بالحصول على حكم لمنع البنك من الوفاء للمستفيد بمبلغ الضمان، أو طلب الحجز التحفظي بهدف تعطيل الوفاء، كتجميد مبلغ ضمان بيد البنك. [2]

باستقرائنا لنص المادة 1/20 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة يتبين أنه لا يشترط –لاحتماء العميل بالقضاء– أن تكون هناك مطالبة فعلية قد حدثت من المستفيد لمبلغ الضمان، وإنما لا يكفي مجرد ظهور علامات وأمارات حملت العميل على توقع مطالبة غير مشروعة من اتجاه المستفيد، كما لو تهرب المستفيد من صدور حكم في موضوع النزاع.[3]

مما تقدّم نجد بأنّ القواعد القانونية المتعلقة بنظام القضاء المستعجل تضمن جدية الآمر بطلبه المتضمن منع دفع المصرف قيمة الخطاب للمستفيد، كما تضمن بذات الوقت المحافظة

---

[1] طلال علي سليمان الشوبكي، مرجع سابق، ص95.

[2] بن بابوش فاطنة، مرجع سابق، ص182.

[3] عبد الرحمان قيصر شوقي يعيش، مرجع سابق، ص110.

على حق المستفيد، فاتحا الطريق أمامه بالطعن على قرار المنع هذا، ونجد أنّ نظام القضاء المستعجل أقام توازن بين الآمر والمستفيد، فلا يتعسف الآمر بطلبه منع دفع قيمة الخطاب، ومتى تعسف بذلك يمكن للمستفيد اللجوء إلى الوسائل القانونية. [1]

المبحث الثاني

طرق انقضاء خطاب الضمان المصرفي

تتعدّد أسباب انقضاء خطاب الضمان المصرفي، وتكون إمّا بالوفاء أو ما يعادله **(المطلب الأول)**، وذلك إما بوفاء قيمته بناءا على طلب المستفيد، أو بغير وفاء إما بالمقاصة أو باتحاد الذمتين، كما قد ينقضي بدون وفاء لأسباب عديدة ويكون إما بانقضاء الخطاب دون مطالبة المستفيد أو اعادة خطاب الضمان للبنك أو بالتقادم أو الإبراء أو استحالة التنفيذ، دون اغفال أثر انقضاء الخطاب **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

انقضاء خطاب الضمان المصرفي بالوفاء أو ما يعادله

تناول القانون المدني الجزائري في بابه الخامس تحت عنوان انقضاء الالتزام مبينا أسبابه، وعليه يمكن إدراجها في طائفتين، إذا قد ينتهي خطاب الضمان بالوفاء أو ما يعادله، نفصل فيهما كما يلي:

الفرع الأول: انقضاء خطاب الضمان بالوفاء

ينقضي خطاب الضمان بطريقة طبيعية بالوفاء، الذي يعرف بأنّه تنفيذ المدين لما التزم به عينا، وبذلك ينقضي حق الدائن ويشترط في بعض الالتزامات كالالتزام بالقيام بعمل أن يتم الوفاء من المدين نفسه، إذا شخصه يكون محل اعتبار، ولكن فيما عدى هذا الاستثناء يجوز

[1] طلال علي سليمان الشوبكي، مرجع سابق، ص103.

أن يكون الموفى شخص آخر غير المدين، وينقضي الحق إذا قام الغير بوفاء الالتزام محل الدين.[1]

ينفذ خطاب الضمان بقيام المصرف بتنفيذ ما التزم به بدفع المبلغ المثبت في الخطاب، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام [2]، وأن محل خطاب الضمان هو المبلغ المثبت فيه، ويرتبط بمطالبة المستفيد، ولا يجوز لكل طرف في خطاب الضمان أن ينفرد بتغيير محل الوفاء، حيث أن التزام المصرف يتحدد بعبارات خطاب الضمان ولا يمكن أن يطلب أكثر مما هو محدد بالخطاب، وله أن يوفي بأقل مما يمثله المستفيد طالما أن طلبه في حدود مبلغ ومدة سريان الخطاب، وأما سبب الوفاء فهو وجود الالتزام في ذمة المصرف نتيجة اصداره خطاب الضمان. [3]

يصح الوفاء للمستفيد أو نائبه، كما ينقضي الخطاب إذا طلب المستفيد الوفاء بجزء من قيمته وإذا طلب في الوقت ذاته إلغاء الخطاب، إذا اعتبر الجزء الذي طلب سداده كاف لتعويضه، أما إذا نفذ المستفيد على جزء من قيمة الخطاب دون أن يطلب إلغاء الضمان يظل حقه على باقي قيمة الخطاب إلى انهاء مدة الضمان. [4]

الفرع الثاني: انقضاء خطاب الضمان بما يعادل الوفاء

ينقضي خطاب الضمان بما يؤول مقام الوفاء الطبيعي وذلك إما بالمقاصة أو اتحاد الذمة.

أولا: المقاصة

---

[1] محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للحقوق المطبعية، الجزائر، 2002، ص 194.

[2] مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، ع 7، مج 07، نيسان 2016، ص215.

[3] محمود راغب زيدان الصعب، "الالتزامات القانونية الناشئة عن العلاقة التعاقدية في خطاب الضمان المصرفي"، "دراسة مقارنة"، ط1، دار دجلة ناشرون وموزعون، الأردن، 2018، ص ص153- 154.

[4] يوسفي نورالدين، مرجع سابق، ص370.

تعرف بأنّها طريق لانقضاء دينين متقابلين في ذمة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت، بقدر أقل منهما.[1] كأن يكون (أ) دائنا لـ (ب) بمبلغ 4000 دج ويكون (ب) أيضا دائنا لـ (أ) بمبلغ 3000دج، فينقضي الدين بقدر 3000 دج.[2]

فقد ينشأ للمدين دين في ذمة دائنه فيصبح دائنا له، فتبرأ ذمته بقدر الدين الذي بذمة هذا الدائن، وهنا ينقضي خطاب الضمان بما يقوم مقام التنفيذ فقد تحصل المقاصة بين المصرف والمستفيد فيما إذا كان للمصرف دين على المستفيد وتوافرت شروط المقاصة. [3]

يشترط لصحة المقاصة ما يأتي:

1- أن يكون كل من طرفي المقاصة دائنا ومدينا بصفة شخصية؛
2- أن يكون كل من الدينين نقودا أو مثليات متّحدة من حيث النوع والجودة؛
3- أن يكون كل من الدينين ثابتا وخاليا من أيّ نزاع؛
4- أن يكون من الدينين مستحق الوفاء. [4]

ثانيا: اتحاد الذمة

يقصد بها اجتماع صفة الدائن والمدين في الشخص ذاته. [5]

فاتحاد الذمتين بين البنك والمستفيد على أساس أن يصبح العميل مدينا للكيان الجديد بأصل الالتزام الذي أنشأ خطاب الضمان وفي الوقت ذاته يقوم مقام الوفاء اتحاد ذمتي المستفيد والعميل في شخص أي منهما، بحيث يصبح من حصل اتحاد الذمة في شخصه دائنا ومدينا بما يرتب عليه انقضاء الحق والدين فيما بينهما. [6]

---

[1] عبد الحميد قادري، "دور المقاصة في انقضاء الالتزام"، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع28، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، جوان2011، ص 02.

[2] محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 196.

[3] محمد راغب زيدان الصعب، مرجع سابق، ص ص 164-165.

[4] بوترعة شمامة، محاضرات في مقياس نظرية الحق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2018، ص 22.

[5] بلغيث صبرينة، محمود حياة، مرجع سابق، ص ص68-69.

[6] محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص407.

المطلب الثاني

انقضاء خطاب الضمان المصرفي بدون وفاء

لا ينقضي التزام المصرف دائما بالوفاء للمستفيد، بل هناك حالات تبرأ فيها ذمة المصرف دون أن يدفع للدائن شيئا وذلك في حالات نذكرها كما يلي:

الفرع الأول: انقضاء خطاب الضمان دون مطالبة من المستفيد

إذا انتهت المدة دون أن يطالب المستفيد بمبلغ الضمان، فإنّ عقد خطاب الضمان المصرفي ينتهي ولا يبقى للمستفيد أي حقوق في نطاق الضمان، إلاّ في حالة الاتفاق على مدّ أجل الخطاب [1]، وذلك إذا كانت العملية المضمونة مدة أطول من المدة المتفق عليها.

أما إذا كان خطاب الضمان غير محدّد المدّة، فإنّه يجوز انهاءه في أي وقت بشرط أن يتم اخطار العميل والمستفيد مسبقا بوقت كاف حتى لا يكون الانهاء تعسفيا.[2]

الفرع الثاني: إعادة خطاب الضمان المصرفي للبنك

خطاب الضمان يصدر لغرض معين، فإذا انتهى هذه الغرض كما لو أوفى العميل بالتزامه في علاقته بالمستفيد أو انقضت التزاماته في مواجهة المستفيد بوسائل الانقضاء الأخرى، فإن التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان ينقضي، وعلى هذا الأساس لا يبقى للمستفيد حق في قيمة الخطاب، وبعد أن يعيده للبنك، وقد يقوم بإعادته إلى العميل ويقوم الأخير بإعادته إلى البنك. [3]

---

(1) مجلة القادسية، مرجع سابق، ص215.

(2) أمقران راضية، مرجع سابق، ص145.

(3) محيريق خديجة، مرجع سابق، ص52.

قد يتلقى البنك خطاب الضمان من المستفيد مباشرة أو من العميل، إذا كان هذا الأخير قد استلمه من المستفيد ليردّه إلى البنك، وفي كل الأحوال فإن إعادة الخطاب إلى البنك يؤدي إلى انقضاء التزام البنك في مواجهة المستفيد، وعادة تكون إعادة الخطاب قبل انقضاء أجله. [1]

إذ يجب على المستفيد أن يثبت حيازة العميل لصك الخطاب كانت لسبب آخر غير الإبراء، كأن تكون نيته طلب تعديل الخطاب أو تجديده، لذلك يجدر بالبنك عند إعادة الخطاب إليه بواسطة العميل قبل انتهاء مدته أن يخطر البنك المستفيد بإلغاء الخطاب. [2]

الفرع الثالث: التقادم

يقصد بالتقادم مرور مدة زمنية معينة في القانون بنص خاص، ينقضي بها الحق إذا لم يقم صاحبه بالمطالبة به عن طريق انقضائه، فإذا سكت الدائن عن المطالبة بحقه خلال هذه الفترة المحدّدة بنّص قانوني فإنّ حق الدائن ينقضي ولا يعود بإمكانه إلزام المدين بالوفاء. [3]

إذا لم يكن خطاب الضمان محدّد المدة استمر التزام البنك بالضمان حتى بعد مرور مدة التقادم كما نصت عليه المادة 308 من القانون المدني الجزائري [4] والتّي تقدر بخمسة عشر سنة يبدأ سريانها من تاريخ استحقاق المبلغ المحدد في خطاب الضمان. [5]

يترتّب على ذلك انقضاء التزامه في مواجهة المستفيد، غير أنّه إذا لم ينه البنك التزامه بموجب خطاب الضمان، فإن مرور الزمان المسقط للإدعاء والذي تضمنه القانون المدني هو الذي ينقضي بموجبه التزام البنك. [6]

---

[1] طرابلسي عماد الدين، مرجع سابق، ص33.

[2] مرجع نفسه، ص34.

[3] علال أمال، محاضرات في نظرية الحق ألقيت على طلبة السنة الأول مقياس المدخل للعلوم القانونية (السداسي الثاني)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019-2020، ص 114.

[4] تنص المادة 308 ق م ج على أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر (15) سنة فيما عدى الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدى الاستثناءات الآتية".

[5] يوسفي نور الدين، مرجع سابق، ص 371.

[6] محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص ص409-410.

الفرع الرابع: الإبراء

الإبراء هو تنازل الدائن عن حقه قبل المدين بدون مقابل، فهو تصرف على سبيل التبرع ويتم دون حاجة إلى قبول المدين، فهو تصرف قانوني بإرادة منفردة ولا يشترط لحصوله اتفاق الدائن والمدين، وقد نصت على ذلك المادة 305 من القانون المدني الجزائري: "**ينقضي الالتزام إذا تبرع الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين**".[1]

يشترط لصحة الإبراء ما يلي:

1- أن يفصح عنه الدائن اختياريا وبإرادته المنفردة، لأنه تبرع من حيث الأحكام الموضوعية، مما يقتضي توافر الأهلية اللازمة لذلك؛
2- أن يعلم به المدين، وفي هذا الوقت يكون مقيدا للمبرئ؛
3- أن يقبل به المدين، أما إذا ردّه ورفضه فلا إبراء. [2]

يختلف أثر الإبراء الصادر من المستفيد إلى العميل على التزام البنك بصدد خطاب الضمان بحسب ما إذا كان الخطاب مشروطا أو غير مشروط.

فإذا كان الخطاب مشروطا بحدوث إخلال من العميل بالتزامه نحو المستفيد، ففي هذه الحالة يكون للإبراء أثر منهي لالتزام البنك بصدد خطاب الضمان، لأن الشرط يستحيل تحققه بعد الإبراء لذلك ينقضي التزام البنك بانقضاء التزام العميل نحو المستفيد بالإبراء.

أما في حالة الخطابات غير المشروطة، فإنّ التزام البنك لا يتأثر بالإبراء إلاّ إذا نصّ هذا الإبراء على تنازل المستفيد عن حقه في خطاب الضمان.[3]

---

[1] وهاب حمزة، ملخص لمحاضرات المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ألقيت على طلبة السنة الأولى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2019-2020، ص47.

[2] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون – نظرية الحق)، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص222.

[3] طرابلسي عماد الدين، مرجع سابق، ص 34.

الفرع الخامس: استحالة التنفيذ

يقصد بذلك أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، والسبب الأجنبي المقصود به هو القوة القاهرة والحادث المفاجئ الذي يؤدي إلى هلاك الحق.[1] حيث نصت المادة 307 ق م ج في نصها: "**ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته**".

وعليه يشترط لصحة استحالة الوفاء ما يلي:

1- **استحالة الوفاء :** ينقضي الحق إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا:

- لسبب قانوني أو لسبب طبيعي ومادي.

2- **السبب الأجنبي:** حتى يعتد بالواقعة التي ترتبت عنها استحالة الوفاء بالحق، يجب أن تكون ناتجة عن سبب أجنبي عن إرادة المدين ولا دخل له فيها.[2]

إنّ استحالة تنفيذ العميل لالتزامه في مواجهة المستفيد الناتج عن عقد الأساس المبرم بينهما، يؤدي لانقضاء خطاب الضمان إذا كان انتهاءه مشروطا باستحالة تنفيذ عقد الأساس، رغم أنّ هذا الشرط يمسّ باستقلالية التزام المصرف في خطاب الضمان. [3]

هذا الانقضاء يرتّب التزامات في ذمة البنك تجاه العميل وبالمقابل التزامات هذا الأخير تجاه البنك، وهي: الإفراج عن غطاء خطاب الضمان.

يترتب على البنك الضامن مجموعة من الالتزامات في حالات انقضاء التزام البنك دون وفاء كانتهاء مدة الخطاب دون المطالبة وإعادة الخطاب قبل انتهاء مدته وتقادم التزام البنك واستحالة التنفيذ والإبراء للعميل، إذ يكون على البنك الضامن الإفراج عن غطاء خطاب

---

[1] محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص409.

[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 223.

[3] أمقران راضية، مرجع سابق، ص146.

الضمان للعميل لانتهاء الغرض الذي وجد بسببه أحقية البنك بالغطاء[1]، وتقديم كشف حساب يتضمن مقدار ما دفعه للمستفيد وما يستحقه من فوائد وعمولات، ويلتزم أيضا بإلغاء أي قيد على حسابات هذا العميل، مثل تلك التي تدل على أن العميل مدين للبنك بقيمة خطاب الضمان، وكذلك الغاء أي رهن على الأوراق التجارية والإفراج عن الأوراق التجارية والأوراق المالية، التي كان يحتفظ بها على أساس أنها غطاء لخطاب الضمان.[2]

في حال انقضاء خطاب الضمان بالوفاء أو بما يقوم مقامه، يكون للبنك الرجوع على العميل بقيمة المبلغ الذي دفعه للمستفيد، طالما كان في حدود مبلغ ومدة الضمان، ذلك أنّ رجوع البنك على العميل الآمر يعتبر تطبيقا للعقد الذي أبرم بينهم، وتأسيسا لمبدأ الاستقلالية الذي يتميز بها خطاب الضمان.

للبنك أن يرجع على عميله بما دفعه لتنفيذ خطاب الضمان وتطبيقا للعقد المبرم بينهما.[3]

---

[1] عبد الرحمان قيصر شوقي، مرجع سابق، ص129.

[2] محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص410.

[3] عبد الرحمان قيصر شوقي يعيش، مرجع سابق، ص129.

تتعدد أساليب التعامل المصرفي بهدف تسهيل المعاملات التجارية على رأسها خطاب الضمان المصرفي الذي يصدر وفق شروط محددة من حيث اسم المستفيد، مبلغ الضمان ومدة صلاحيته، دون إغفال للغرض الذي صدر الخطاب لأجله، وبعد أن ينشأ فإنّه ينتج آثار قانونية وعلاقات ثلاثية بين أطرافه وهم العميل والمستفيد والبنك.

فتنتج علاقة بين العميل الآمر والمستفيد وبين العميل الآمر والبنك وأخيرا بين البنك والمستفيد، مما يرتب التزامات متقابلة في ذمة العميل تجاه البنك وواجبات للبنك تجاه عميله، كما قد يكون المستفيد سيء النّية فيقوم بتصرفات غير مشروعة تدفع البنك لرفض الوفاء.

كما أن هذا الأخير ينقضي بعدة طرق، إذ ينقضي بالوفاء وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام أو ينقضي بما يعادل الوفاء وما يقوم مقامه، وقد ينقضي أيضا دون وفاء سواء بالإبراء أو التقادم أو استحالة التنفيذ ويترتب على هذا الانقضاء واجبات في ذمة البنك تجاه عميله.

الخاتمة

الخاتمة:

وفي الأخير نصل إلى أنّ موضوع خطاب الضمان المصرفي، يعتبر من أهم العمليات المصرفية، فهو وسيلة مالية تبعث الثقة والأمان بين العملاء، كما يساهم في تدفق العمليات التجارية وخلق بنية ملائمة للاستثمار.

يتّضح لنا أيضا التأثير الإيجابي الكبير لهذا النوع من الضمانات على التجارة الدولية من خلال وضع القوانين والقواعد القانونية، فخصوصيته المتمثلة في استقلالية التزام البنك عن العلاقة الأصلية وما تقتضيه من عدم جواز التمسك بدفوع مستمدّة من هاته العلاقة جعلته يتجاوز سلبيات التأمين الكلاسيكي ويحقق مزايا تخدم جميع الأطراف، وبالتالي يفرض وجوده في ميدان المال والأعمال.

رغم هاته المكانة الهامة التي تحتلها خطابات الضمان البنكية إلاّ أنّ المعاملات التي تتم بها تحتوي على جانب من المخاطرة لا ينبغي التغاضي عنها كون أن قيمة الخطاب لا تسدد إلى المستفيد في أغلب الأحيان، ولا يتحمل البنك أية خسارة في حال دفعه للقيمة إذ يأخذ عن العميل الزبون تعهدات كافية بدفع هاته القيمة وتخضع كل أموال الزبون لضمانها.

من جملة **النّتائج** المتوصل لها:

- تباين آراء الفقهاء والباحثين القانونيين وكذا رجال الاقتصاد في صياغة وتحديد مفهوم موحد لخطاب الضمان المصرفي، إلاّ أنّ المضمون واحد، اتفق عليه الجميع، حيث يعتبر خطاب الضمان المصرفي تعهد مكتوب يصدره البنك بناءا على طلب العميل الأمر، وذلك بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين لصالح المستفيد بمجرد أن يطالب هذا الأخير بالوفاء، وذلك خلال المدة المحددة في الخطاب.

يتميز خطاب الضمان المصرفي بعدة خصائص نذكر منها:

1- إن خطاب الضمان البنكي هو عمل تجاري بحسب موضوعه، سواء بالنسبة للمصرف أو بالنسبة للعميل، يتميز بخاصية الوفاء الفوري، وهو عقد رضائي يستوجب تراضي الطرفين على الشروط التي اتّفقا عليها، كما أنه يقوم على الاعتبار الشخصي، حيث أن البنك

يعتمد بالوفاء لشخص معين، وهو المتعاقد مع عميل البنك (المستفيد)، ولا يجوز التنازل عن خطاب الضمان أو تداوله لأنه لا يعد سندا تجاريا.

2- يتشابه خطاب المصرفي مع العديد من المصطلحات المتشابهة له مثل الكفالة المصرفية، الاعتماد المستندي فحاولنا إيجاد اختلافات جوهرية من أجل التمييز بينهما وبين خطاب الضمان المصرفي.

3- اختلفت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي، بين من حاول تفسير ذلك من خلال النظريات العقدية التقليدية الواردة في القانون المدني كنظرية الكفالة ونظرية الإنابة القاصرة وكذلك نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، أما الجانب الآخر من الفقه فقد فسر هاته الطبيعة القانونية على أساس الإرادة المنفردة، لكن هاته النظريات شابها القصور والفشل، معا جعلها عرضة للانتقادات، وهذا ما أدى إلى ظهور رأي آخر معاصر الذي يعتبر خطاب الضمان عمل مصرفي ذو طبيعة خاصة، ناشئ عن الأعراف التجارية.

4- تعددت وتنوعت خطابات الضمان المصرفية، وذلك كلما ازدادت الحاجة إليها أكثر من أجل بعث الثقة والأمان بين المتعاملين.

5- أطراف خطاب الضمان المصرفي ثلاثة، تتمثل في، العميل الأمر الذي يطلب اصدار خطاب الضمان من البنك، المستفيد الذي يصدر الخطاب لصالحه، البنك مصدر خطاب الضمان.

لخطاب الضمان أهمية كبيرة بالنسبة لكل طرف من هاته الأطراف:

1- تنشأ عند التعامل بخطاب الضمان المصرفي، علاقات قانونية بين أطرافه الثلاثة، إذ تعتبر العلاقة بين العميل والمستفيد نقطة الانطلاقة التي بسببها ينشأ خطاب الضمان، وهاته العلاقة هي الأساس في إصدار خطاب الضمان يحكمها العقد المبرم بين العميل والمستفيد (عقد الأساس).

2- ينقضي خطاب الضمان المصرفي بعدة أسباب، فيكون ذلك إما بالوفاء، أي عندما يقوم البنك بتنفيذ التزامه المتمثل في دفع المبلغ المحدد في الخطاب عندما يطالب المستخدم

بذلك، وقد ينقضي كذلك بما يعادل الوفاء (المقاصة، اتحاد الذمة)، كما ينقضي خطاب المصرفي أيضا بدون وفاء.

في الأخير نصل إلى اقتراح بعض من **الاقتراحات:**

1- ضرورة إعطاء صلاحيات أكثر للبنوك لسد الثغرات الموجودة في النظام المصرفي الجزائري.
2- تشديد عقوبات صارمة على كل من يحاول التعسف والغش لمنع الوفاء في خطابات الضمان المصرفية، وإلحاق الضرر بالبنوك والمصارف التجارية.
3- تسهيل إجراءات منح طلب إصدار خطاب الضمان من البنوك التجارية.
4- ضرورة إبرام اتفاقيات شراكة مع الدول الرائدة اقتصاديا، والقيام بدورات وتربصات لمديري البنوك والمؤسسات المالية، تمكّنهم من مسايرة التّطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي.

الملاحق

الملحق رقم 01

صيغة خطاب ضمان إبتدائى رقم ..... لسنة .....

فى ..... سنة .... بنك .....

السيد/ .....

نتعهد أن نضمن السيد..... بمبلغ ..... (فقط مبلغ وقدره ..... قيمة ..../ من العطاء المقدم من ..... عن توريد ..... أو مقاولة أعمال.....

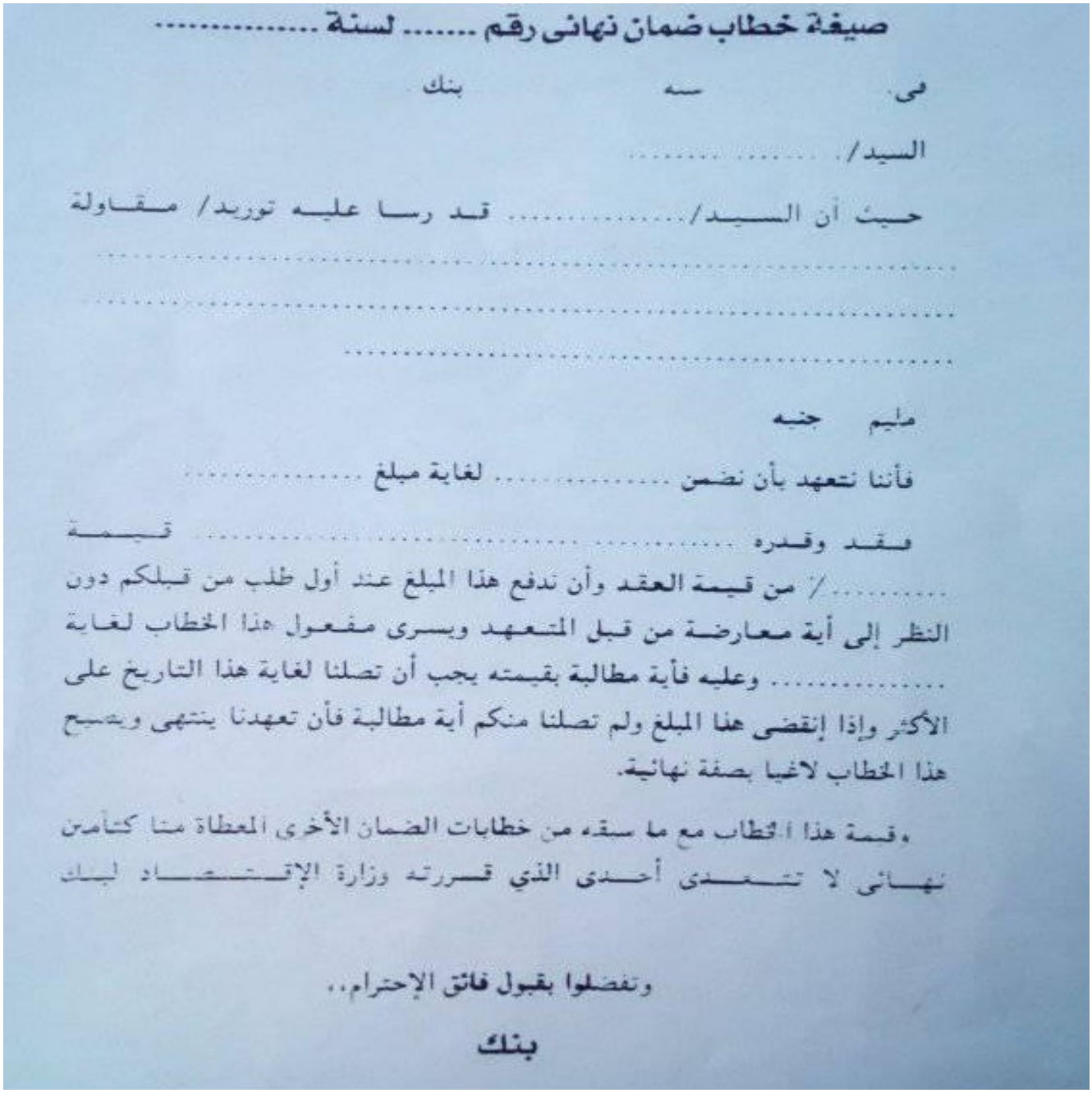
على أن ندفع المبلغ عند أول طلب من قبلكم رغم أية معارضة فى ذلك من قبل صاحب/ أصحاب العطاء المذكور/ المذكورين.

ويسرى مفعول هذا الخطاب لمدة تنتهي فى ..... وعليه فأية مطالبة بقيمة هذا الضمان يجب أن تصلنا لغاية هذا التاريخ على الأكثر، وإذا إنقضى هذا التاريخ ولم تصلنا منكم أية مطالبة، فإن تعهدنا ينتهى ويصبح هذا الخطاب لاغيا بصفة نهائية.

وتفضلوا بقبول فائق الإحترام،،،

بنك

الملحق رقم 02



صيغة خطاب ضمان نهائي رقم ..... لسنة .....

في ... سه ... بنك

السيد/ .....

حيث أن السيد/ ..... قد رسا عليه توريد/ مقاولة

.....

.....

.....

مليم جنيه

فأننا نتعهد بأن نضمن ..... لغاية مبلغ .....

فقد وقدره ..... قيمة

...../ من قيمة العقد وأن ندفع هذا المبلغ عند أول طلب من قبلكم دون النظر إلى أية معارضة من قبل المتعهد ويسري مفعول هذا الخطاب لغاية ..... وعليه فأية مطالبة بقيمته يجب أن تصلنا لغاية هذا التاريخ على الأكثر وإذا إنقضى هذا المبلغ ولم تصلنا منكم أية مطالبة فأن تعهدنا ينتهي ويصبح هذا الخطاب لاغيا بصفة نهائية.

وقمة هذا الخطاب مع ما سبقه من خطابات الضمان الأخرى المعطاة منا كتأمين نهائي لا تتعدى أحدى الذي قررته وزارة الإقتصاد لبنك

وتفضلوا بقبول فائق الإحترام،،

بنك

الملحق رقم 03

ACHATS		PAUL WURTH
Formulaire	LETTRE DE GARANTIE	LU006/FR/REV00

LETTRE DE GARANTIE

La société .....

..... dénommée ci-après le FOURNISSEUR

a conclu un Contrat/Commande

avec PAUL WURTH S.A.
32, rue d'Alsace
L - 1122 LUXEMBOURG dénommé ci-après PAUL WURTH

Pour (*description de la nature de l'offre*) .....

.....

Contrat/ Numéro de Commande ..... Date ..... dénommé ci-après le CONTRAT

Eu égard aux stipulations du CONTRAT dûment acceptées par le FOURNISSEUR, le CONTRAT étant sujet à d'éventuels amendements ponctuels, PAUL WURTH exige du FOURNISSEUR l'émission, au profit de PAUL WURTH, d'une garantie bancaire à hauteur de EUR ..... visant à couvrir l'acompte/la garantie de bonne exécution/la retenue de garantie en relation avec les obligations contractuelles du FOURNISSEUR.

En considération de ce qui précède, nous, la banque émettrice ..... nous engageons par la présente à verser à PAUL WURTH conformément au CONTRAT susmentionné

un montant maximum de EUR .....

en toutes lettres .....

Nous nous engageons irrévocablement et inconditionnellement par la présente à verser à PAUL WURTH tous montants à hauteur du montant maximum mentionné ci-dessus sur présentation par PAUL WURTH d'une demande écrite stipulant que le FOURNISSEUR n'a pas honoré ses obligations contractuelles.

Nous renonçons expressément par la présente à invoquer tout bénéfice de discussion, de division ainsi qu'à toute indemnisation ou opposition.

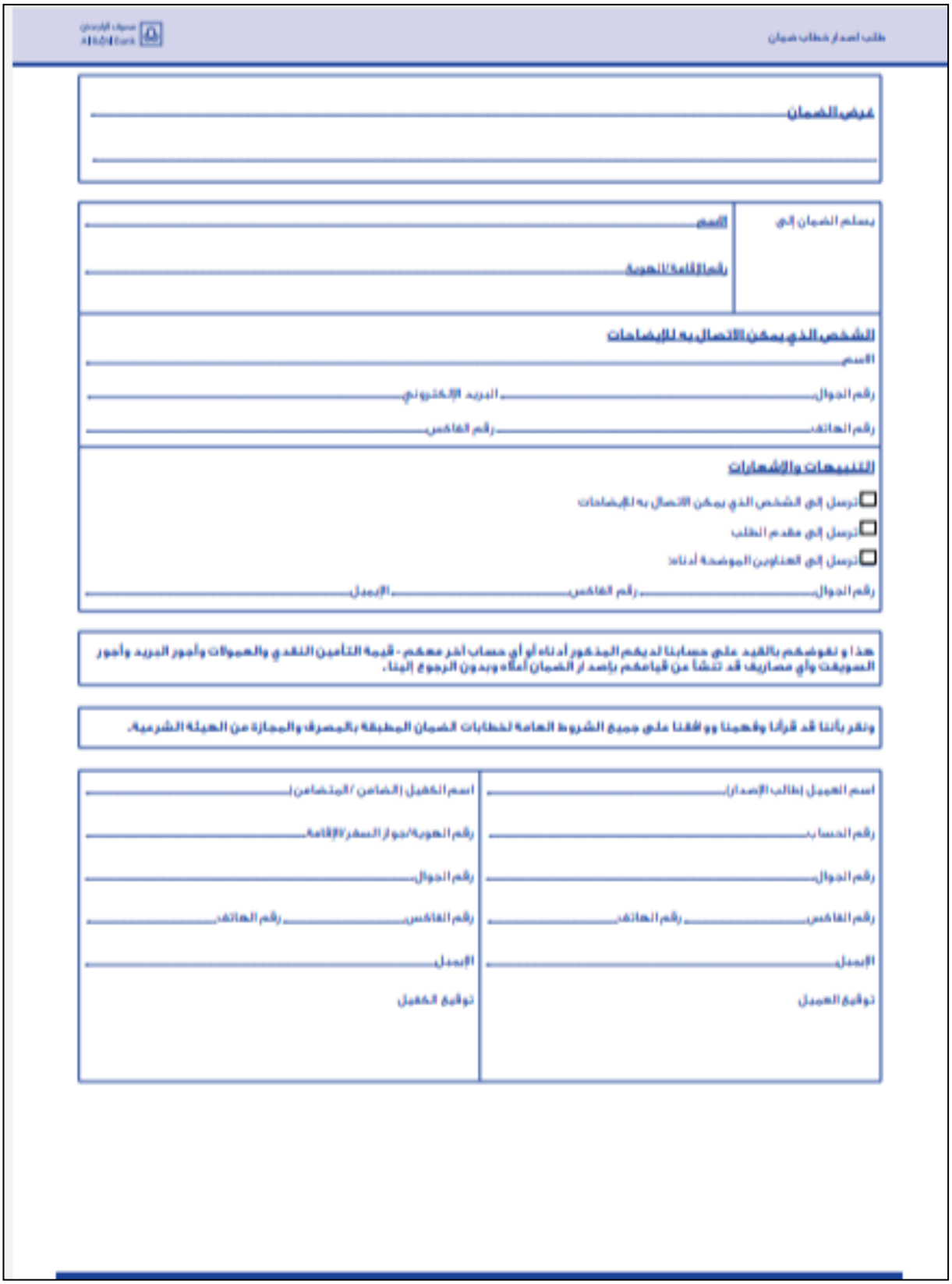
Les paiements seront versés sans frais et nets de tous impôts ou taxes dans les cinq jours sur le compte bancaire de PAUL WURTH au Luxembourg tel qu'indiqué par PAUL WURTH.

Cette garantie sera considérée valide jusqu'à la date de remise de la présente lettre à la banque par PAUL WURTH.

La présente lettre est régie par le droit du Grand-Duché de Luxembourg. Tout litige en relation avec la présente garantie relève de la compétence exclusive des tribunaux de la ville de Luxembourg.

الملحق رقم 04

طلب
إصدار خطاب ضمان



طلب اصدار خطاب ضمان

غرض الضمان

يسلم الضمان إلى

الاسم

رقم الإقامة/الهوية

الشخص الذي يمكن الاتصال به للإيضاحات

الاسم

رقم الجوال — البريد الإلكتروني

رقم الهاتف — رقم الفاكس

التنبيهات والإشعارات

- ترسل إلى الشخص الذي يمكن الاتصال به للإيضاحات
- ترسل إلى مقدم الطلب
- ترسل إلى العناوين الموضحة أدناه:

رقم الجوال — رقم الفاكس — الإيميل

هذا و نفوضكم بالقيد على حسابنا لدى كم المذكور أدناه أو أي حساب آخر معكم - قيمة التأمين النقدي والعمولات وأجور البريد وأجور السويفت وأي مصاريف قد تنشأ عن قيامكم بإصدار الضمان أعلاه وبدون الرجوع إلينا.

ونقر بأننا قد قرأنا وفهمنا ووافقنا على جميع الشروط العامة لخطابات الضمان المطبقة بالمصرف والمجازة من الهيئة الشرعية.

اسم العميل (طالب الإصدار)	اسم الكفيل (الضامن / المتضامن)
رقم الحساب	رقم الهوية/جواز السفر/الإقامة
رقم الجوال	رقم الجوال
رقم الفاكس — رقم الهاتف	رقم الفاكس — رقم الهاتف
الإيميل	الإيميل
توقيع العميل	توقيع الكفيل

مصرف الراجحي

طلب إصدار خطاب ضمان

رقم التسهيلات:	رقم الضمان: (لاستخدام البنك)	التاريخ:	الموافق:

لعملاء قطاع المقاولات فقط

اسم المشروع:	رقم المشروع:

المكرمون / السادة مصرف الراجحي

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

نحن الموقعون أدناه / نرجو أن تصدروا وفقاً لطلبنا وتحت مسؤوليتنا خطاب ضمان ذلك حسب البيانات الموضحة أدناه:

(يرجى الإشارة إلى المطلوب)

☐ نيابة عن الموقع / الموقعون أدناه.

☐ نيابة عن : (اسم الطرف الثالث) _____

العنوان _____

رقم الجوال _____ رقم الفاكس _____ البريد الإلكتروني _____

اسم المستفيد: _____	**نوع الضمان:** (اشر على خطاب الضمان المطلوب)
رقم صندوق البريد _____ الرمز البريدي _____	☐ خطاب ضمان ابتدائي
المدينة _____ الدولة _____	☐ خطاب ضمان نهائي
رقم الجوال _____ رقم الفاكس _____	☐ خطاب ضمان دفعة مقدمة
البريد الإلكتروني _____	☐ خطاب ضمان زكاة
قيمة الضمان المطلوب:	☐ خطاب ضمان مالي
العملة _____	☐ كفالة جمركية
قيمة الضمان (بالأرقام) _____	☐ أخرى
قيمة الضمان (بالحروف) _____	**إصدار الضمان حسب صيغة:** (اشر على صيغة الضمان المطلوب)
وذلك ما يعادل _____ % _____ بالمائة من قيمة العقد	☐ النص المعتمد لمؤسسة النقد العربي السعودي
صلاحية الضمان:	☐ النص المرفق (الخاضع لموافقتكم)
يظل هذا الضمان ساري المفعول و نافذاً حتى نهاية	
يوم _____ من شهر _____ سنة _____	

قائمة المصادر والمراجـــع

أولا: الكتب:

1- أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

2- أنور العمروسي، الموسوعة الوفية في القانون المدني، ط5، دار العدالة، مصر، 2012-2013.

3- بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية والعمليات المصرفية)، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن،2010.

4- حمدي عبد العظيم، خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، دط، دار المعهد العالي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر،1996.

5- خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي (خطاب الضمان – الاعتماد المستندي) دط، دار الفكر والقانون، الأردن، د س ن.

6- زهية سي يوسف، عقد الكفالة، ط3، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2004.

7- سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.

8- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

9- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دط، منشأة المعارف، مصر، 2002.

10- عزيز العكيلي، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج2، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، 2002.

11- علي البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري (العقود التجارية، عمليات البنوك)، د ط، دار العاصمة الجديدة، مصر، 1999.

12- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دط، المكتبة القانونية، مصر،1993.

13- فادي محمد عماد الدين توكل، عقود التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
14- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون- نظرية الحق)، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
15- محمد حسين صالح طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
16- محمد راغب زيدان الصعب، الالتزامات القانونية الناشئة عن العلاقة التعاقدية في خطاب الضمان المصرفي (دراسة مقارنة)، ط1، دار دجلة ناشرون وموزعون، الأردن، 2018.
17- محمد سامر عاشور، هيثم الطاس، المصارف والتشريعات المصرفية، دط، الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.
18- محمد عبد المنعم أبو زيد، الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، دط، دار المعهد العالي للفكر الإسلامي القاهرة، مصر، 1996.
19- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (عمليات البنوك دراسة مقارنة)، مج4، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
20- وهبة الزحيلي، خطابات الضمان بين الأصالة والمعاصرة، ط2، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2016.

ثانيا: النصوص التشريعية والتنظيمية:

1- قانون رقم 04/17 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1438 الموافق لـ 16 فبراير 2017 المتضمن قانون الجمارك، ج ر ع 61، مؤرخ في 19 فبراير 2017.
2- أمر 11/03 المؤرخ في 27 جمادى الثانية يتعلق بالنقد والقرض ج رع 52 الصادرة 27 غشت2003 معدل ومتمم.
3- أمر 27/96 المؤرخ في 09 ديسمبر1996، المتضمن القانون التجاري، ج رع 77، المؤرخة في 11 ديسمبر1996.
4- أمر 59/75 المؤرخ في 20 رمضان الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر ع 101 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975 معدل ومتمم.

5- أمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ع 31 المؤرخة في 13 ماي 2007 معدل و متمم .
6- نظام 13/94 المؤرخ في 02 يونيو 1994، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر ع 56، المؤرخة في 07 سبتمبر 1994.
7- نظام رقم 02/93 المؤرخ في 10 رجب عام 1443 الموافق لـ 03 يناير 1993 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، ج رع 17 الصادرة بتاريخ 14 مارس 1993.

ثالثا: المقالات العلمية

1- الصديق محمد الأمين الضرير، خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية، مجلة المشكاة، عين تيموشنت، الجزائر، د س ن.
2- أسماء مرابط، "الضمانات الشخصية المستحدثة"، مجلة العلوم الإنسانية، ع2، مج9، جامعة أم البواقي، الجزائر، ديسمبر 2019.
3- بنت الخوخ مريم، "دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان"، دفاتر البحوث العلمية، ع11، المركز الجامعي، مرسلي عبد الله، تيبازة، الجزائر، ديسمبر 2017.
4- بلغيث صبرينة، "الطبيعة القانونية لخطاب الضمان البنكي"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، ع1، مج4، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، مارس 2012.
5- بوحالة الطيب،" النظام القانوني لعقد الاعتماد المستندي ودوره في التجارة الخارجية"، بحوث جامعة الجزائر 1، ع9، ج2، جامعة باتنة1، الجزائر، جوان2016.
6- ثالان بهاء الدين عبد الله المدرس، " إشكالات التنظيم القانوني لخطاب الضمان في القانون العراقي" (دراسة تحليلية)، ع1، مج2، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة صلاح الدين/ أربيل، العراق، 2017.
7- حوحو يمينة،" تنظيم الضمان المستقل وفقا لأحكام الكفالة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، جوان2017.
8- ربحي أحمد عارف، "خطابات الضمان في مقاولات الإنشاءات (الفيديك)"، مجلة التربية الأساسية، ع67، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، 2011.

9- سهام عكوش،"الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995"، ع19، دفاتر السياسة والقانون، جوان 2018.

10- سهام عكوش، "استقلال الضمان المصرفي الدولي عن عقد الأساس"، مجلة العلوم الإنسانية، ع49، مج ب، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، جوان2008.

11- عماري إبراهيم، "خطابات الضمان في المصارف الإسلامية وأهميتها في تيسير المعاملات المالية"، مجلة الحضارة الإسلامية، ع19، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، أكتوبر 2013.

12- عبد الحميد قادري، "دور المقاصة في انقضاء الالتزام"، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع28، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، جوان 2011.

13- معهد الدراسات المصرفية، نشرة توعوية، خطاب الضمان، "إضاءات"، ع10، الكويت، مايو 2011، تم تحميله من موقع
http://www.kibs.edv.kw/upload/Guarantee Letter تاريخ وساعة الاطلاع: 01 أكتوبر 2020 على الساعة 11:27.

14- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، ع7، مج 7، نيسان 2016.

15- نسيغة فيصل، "الضمانات المصرفية المستقلة"، (دراسة مقارنة)، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، ع9، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، مارس2019.

16- يوسفي نور الدين، "النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع3، مج5، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2018.

رابعا: المؤتمرات والملتقيات العلمية

1- جاسم علي سالم الشامسي، كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية، منظمة المؤتمر الإسلامي، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الدورة16، دبي، 2005.

خامسا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1- أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2017-2018.

2- أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الجزائر 1-،2013-2014.

3- بن بابوش فاطنة، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات البنوك في ظل التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، فرع قانون البنوك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 19 مارس 1962، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018-2019.

4- منصور بختة، مسؤوليات البنوك في عقود الائتمان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2014-2015.

5- سليمان أحمد محمد القرم، خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجيستير في الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس، فلسطين ،2008.

6- طلال علي سليمان الشويكي، أثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015.

7- عبد الرحمن قيصر شوقي يعيش، مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

8- وائل نورس هناوي، دور الكفالات المصرفية في عملية المبادلات الخارجية وتنفيذ المشاريع الاقتصادية، بحث مقدم لنيل درجة الماجيستير في العلوم المالية و المصرفية، كلية الاقتصاد، قسم المصارف والتأمين، جامعة دمشق، سوريا، 2016.

9- بلغيث صبرينة، محمود حياة، خطاب الضمان المصرفي، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، 2016-2017.

10- طرابلسي عماد الدين، خطاب الضمان المصرفي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2014-2015.

11- محيريق خديجة، خطاب الضمان المصرفي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد لخضر حمة، الوادي، الجزائر،2017-2018.

سادسا: المحاضرات

1- بوترعة شمامة، محاضرات في مقياس نظرية الحق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، الجزائر، 2018.

2- علال أمال، محاضرات في مقياس نظرية الحق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019-2020.

3- وهاب حمزة، ملخص محاضرات المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر،2019-2020.

سابعا: المواقع الإلكترونية

1- https://pedia.svuonline.org

2- http://www.kibs.edv.kw/upload/Guarantee Letter

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
قائمة أهم المختصرات	
مقدمة	02-05
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لخطاب الضمان المصرفي	**06**
المبحث الأول: مفهوم خطاب الضمان المصرفي.....	**08**
المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان المصرفي.....	**08**
الفرع الأول: المقصود بخطاب الضمان المصرفي.....	**08**
أولا: المعنى الفقهي لخطاب الضمان المصرفي.....	**09**
ثانيا: المعنى التشريعي لخطاب الضمان المصرفي	**10**
ثالثا: معنى خطاب الضمان المصرفي في التشريع الجزائري.....	**12**
الفرع الثاني: خصائص خطاب الضمان المصرفي.....	**13**
أولا: خطاب الضمان عمل مصرفي.....	**13**
ثانيا: استقلال الالتزام في خطاب الضمان	**13**
ثالثا: خطاب الضمان شخصي للمستفيد.....	**14**
رابعا: لا يمكن تداول الخطاب أو التنازل عنه إلى الغير إلا بموافقة المصرف	**14**
خامسا: التعهد بخطاب الضمان ينصب على دفع مبلغ معين من النقود.....	**14**
سادسا: خطاب الضمان عمل تجاري ولا يمكن اعتباره ورقة تجارية.....	**15**
الفرع الثالث: تمييز خطاب الضمان عمّا يشابهه من عقود.....	**15**
أولا: خطاب الضمان تمييز عن عقد الكفالة.....	**15**
ثانيا: خطاب الضمان تمييز عن عقد الاعتماد المستندي.....	**16**
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي.....	**17**
الفرع الأول: النظريات العقدية كأساس قانوني لتحديد طبيعة خطاب الضمان المصرفي.....	**18**
أولا: نظرية الكفالة كأساس قانوني لخطاب الضمان المصرفي.....	**18**

ثانيا: نظرية الإنابة القاصرة كأساس قانوني لخطاب الضمان المصرفي.....	**19**
ثالثا: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني لخطاب الضمان المصرفي	**20**
الفرع الثاني: نظرية الإرادة المنفردة كأساس قانوني لتحديد طبيعة خطاب الضمان المصرفي.....	**22**
المبحث الثاني: صور خطاب الضمان المصرفي وأهميته.....	**24**
المطلب الأول: أشكال خطاب الضمان المصرفي.....	**24**
الفرع الأول: خطابات الضمان من حيث الهدف.....	**24**
أولا: خطابات ضمان المناقصات والمزايدات.....	**24**
ثانيا: خطابات الضمان المقيّدة وغير المقيّدة.....	**26**
الفرع الثاني: خطابات الضمان من حيث إقليم البنك.....	**28**
أولا: خطابات الضمان الداخلية.....	**28**
ثانيا: خطابات الضمان الخارجية.....	**32**
الفرع الثالث: خطابات الضمان من حيث شكل الغطاء.....	**33**
أولا: الغطاء النقدي.....	**34**
ثانيا: الغطاء العيني.....	**34**
ثالثا: الغطاء المعنوي.....	**34**
المطلب الثاني: أهمية خطاب الضمان.....	**35**
الفرع الأول: أهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل.....	**35**
الفرع الثاني: أهمية خطاب الضمان بالنسبة البنك.....	**36**
الفرع الثالث: أهمية خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد.....	**37**
الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن خطاب الضمان المصرفي	**39**
المبحث الأول: أحكام خطاب الضمان المصرفي	**41**
المطلب الأول: كيفية إصدار خطاب الضمان المصرفي.....	**41**
الفرع الأول: شروط إصدار خطاب الضمان المصرفي	**41**
الفرع الثاني: كيفية إصدار خطاب الضمان المصرفي.....	**43**
الفرع الثالث: تعديل بيانات خطاب الضمان المصرفي.....	**43**

المطلب الثاني: خضوع العلاقات المنبثقة عن خطاب الضمان المصرفي لمبدأ الاستقلالية	**44**
الفرع الأول: علاقة العميل الآمر بالمستفيد.....	**44**
الفرع الثاني: علاقة العميل الأمر بالبنك.....	**47**
الفرع الثالث: العلاقة بين البنك والمستفيد.....	**48**
المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ استقلال العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان.....	**52**
الفرع الأول: تعريف الغش والتعسف في خطاب الضمان المصرفي.....	**52**
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الغش المانع للوفاء.....	**53**
الفرع الثالث: إثبات الغش ووسائل الحماية منه.....	**55**
المبحث الثاني: طرق انقضاء خطاب الضمان المصرفي.....	**57**
المطلب الأول: انقضاء خطاب الضمان المصرفي بالوفاء أو ما يعادله.....	**57**
الفرع الأول: انقضاء خطاب الضمان بالوفاء	**57**
الفرع الثاني: انقضاء خطاب الضمان بما يعادل الوفاء.....	**58**
المطلب الثاني: انقضاء خطاب الضمان بدون وفاء.....	**59**
الفرع الأول: انقضاء خطاب الضمان دون مطالبة من المستفيد	**60**
الفرع الثاني: إعادة خطاب الضمان المصرفي للبنك.....	**60**
الفرع الثالث: التقادم.....	**61**
الفرع الرابع: الإبراء.....	**61**
الفرع الخامس: استحالة التنفيذ.....	**62**
الخاتمة.....	**65**
الملاحق.....	**69**
قائمة المصادر والمراجع.....	**76**
فهرس المحتويات.....	**83**