استقلال خطاب الضمان الدولي المصرفي عن عقد الأساس

سهـــام عكـــوش

كلية الحقوق/ جامعة أحمد بوقرة بومرداس
– الجزائر -

ملخص:

في خطاب الضمان المصرفي يتعهد البنك بناءا على طلب العميل الآمر بأن يدفع مبلغ من المال للمستفيد ، غير أن عمليا المشتري يطلب تدخل طرف آخر هو الضامن المقابل سواء بنفسه أو أن قانون دولته يشترط عليه ضمان مقابل، فخطاب الضمان يأتي لضمان تنفيذ عقد الأساس ولقد نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995، غير أن هذا النوع من الضمان الدولي يتميز منذ نشوؤه بأنه ضمان مستقل، فخاصية الاستقلال للضمان الدولي ناتجة عن الالتزام الأصلي و المستقل للبنك سواء اتجاه العميل الآمر أو المستفيد و هذا الاستقلال يجد تبريره عادة في حماية الائتمان التجاري من طريق الآثار القانونية التي تترتب على هذا النوع من العمليات، وعليه فأثار استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس يتجلى في استقلال التزام البنك سواء كان هذا الأخير بنك مثبت أم بنك مقابل عن عقد الأساس المبرم بين العميل الآمر و المستفيد، و ذلك من خلال: التزام البنك في الدفع بطريقة تلقائية و مستقلة عن ما آلت إليه العلاقات القانونية الأصلية و بالرغم من اعتراض العميل الآمر عن و ما قد يثيره من دفوع، و استقلال كل من البنك المثبت عن البنك المقابل في علاقتهما عن بعضهما البعض الناتجة عن الضمان المقابل، و لقد بين هذا الاستقلال شروط كل من التعهدين و من حيث مدتهما.

Résumé :

En termes de crédit bancaire, sur demande du donneur d'ordre, la banque s'engage à régler un montant au profit d'un bénéficiaire. En pratique, l'acheteur demande l'implication d'une partie tierce en qualité de garant. La lettre de garantie survient dans l'exécution du contrat de base, elle est recommandée par la convention de 1995 de L'ONU sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit Stand-BY, et se caractérise par son autonomie. l'effet d'indépendance de la protection de l'engagement commercial assujetti à un contrat de base se définit à travers : l'engagement sur le règlement de façon aléatoire et indépendamment des issues auxquelles peuvent induire les effets juridiques fondamentaux. En effet, en dépit d'une éventuelle opposition du donneur d'ordre sur les implications d'un règlement quelconque et à travers l'indépendance de la banque confirmatrice de garantie par rapport à la banque contre garante dans leur relation bilatérale, induite par la contre garantie et également à travers, l'indépendance entre les conditions de chaque contractant et leur délai de rigueur.

مقدّمة:

يتعهد البنك في خطاب الضمان المصرفي بناءا على طلب العميل الآمر بأن يدفع مبلغ من المال للمستفيد ، غير أنه عمليا قد يقوم المشتري بطلب تدخل طرف آخر هو الضامن المقابل أو بسبب أن قانون دولته يشترط عليه وجود ضمان مقابل1، فخطاب الضمان يأتي لضمان تنفيذ عقد الأساس، لقد نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1995 2، و المشرع الجزائري نص عليه بموجب الأمر رقم 11-03 المتعلق بالنقد و القرض 3 في المادة 68 فقرة واحد منه 4، غير أن هذا النوع من الضمان الدولي يتميز و منذ نشوؤه بالاستقلالية، الناتجة عن الالتزام الأصلي و المستقل للبنك سواء اتجاه العميل الآمر أو المستفيد،

© جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر2018

و يجد هذا الاستقلال يجد تبريره في ضرورة حماية الائتمان التجاري من الآثار القانونية التي تترتب على هذا النوع من العمليات، و تتجلى آثار استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس في استقلال التزام البنك5، و استقلال البنك المثبت عن البنك المقابل في علاقتهما عن بعضهما البعض، على هذا الأساس نتساءل على: **مدى استقلال خطابات الضمان الدولية المصرفية؟**

و الإجابة على هذا الإشكالية يكون من خلال التطرق إلى: مفهوم استقلال التزام البنك عن عقد الأساس **(المبحث الأول)** ، و إلى مدى استقلالية كل من البنك المثبت عن البنك المقابل في علاقتهما عن بعضهما البعض (**المبحث الثاني).**

المبحث الأول: مفهوم استقلال التزام البنك عن عقد الأساس

خطاب الضمان المستقل6 هو تعهد بدفع مبلغ نقدي في حدود معينة، ينشأ عند إبرام عقد البيع الدولي7 باعتباره عقد أساس كضمان لتنفيذه ، غير أن الضمان المستقل ينشئ التزاما منفصلا عن العقد المضمون، كما يتميز بعدم جواز الاحتجاج بالدفوع المستمدة من هذا العقد، فالضمان المستقل يهدف إلى تجنب المستفيد القيام بأي إجراءات قبل طلب الضمان، يلتزم البنك الضامن بالدفع بمجرد طلب المستفيد أو البنك المحلي الضامن له، دون التمسك في مواجهته بأي دفع، فالتزام البنك مستقل عن عقد الأساس من حيث أطرافه و أشخاصه، فإذا كان البنك ملتزما في مواجهة المستفيد بأداء قيمة الضمان، فإنه لا يلتزم في مواجهة العميل بأي التزام ناتج عن خطاب الضمان لانحصار العلاقة بينه و بين المستفيد، فلا دخل للعميل الآمر في هذه العلاقة8.

و لما كان التزام البنك غير مرتبط في وجوده و عدمه بالتزام المدين الأصلي، إن البنك مستقل إذا عن العلاقات الأخرى9، و عليه فإن استقلال الضامن بالنسبة للالتزام الواقع على عاتق البائع اتجاه المشتري يكون ميزة الضمان المستقل10، لذا فاستقلال التزام البنك يتحقق بتوافر عنصرين أساسيين هما: التزام البنك فوري التنفيذ بمجرد الدفع لدى أول طلب **(المطلب الأول) و** عدم إمكانية التمسك بالدفوع المستمدة من العلاقات الأخرى **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول: التزام البنك بالدفع لدى أول طلب

إن التزام البنك في خطاب الضمان هو تعهد منجز و لا يمكن أن يكون مؤجلا، فالدائن الذي يقبل بخطاب الضمان بدلا من القبض الفوري للنقود، يفترض أن يكون من حقه طلب الوفاء مقابل الخطاب فور صدوره11، و من ثم لا يمكن أن يكون الخطاب مستحق في تاريخ لاحق لصدوره، و إلا لكان المستفيد يفضل قبول النقود بدلا من قبول خطاب الضمان12 **(الفرع الأول).** بالرغم من أن التزام البنك بالوفاء الفوري لا يخضع لأي شكلية معينة في حالة المطالبة البسيطة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على إخضاع المطالبة لمجموعة من الشكليات و المحددة بمقتضى خطاب الضمان كما هو الحال في خطاب الضمان المستندي، غير أنه هذه الحالة يرد استثناء على التزام البنك بالدفع لدى أول طلب **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: تعريف الدفع لدى أول طلب

يقصد بفورية الدفع بمعناها الدقيق، تعهد البنك في خطاب الضمان لا يمكن أن يكون مؤجلا حيث يلتزم البنك في هذه الحالة بالدفع دون مناقشة المستفيد حول مدى قيامه بتنفيذ التزامه اتجاه العميل، أو الاحتجاج أمامه بإفلاس للعميل أو عدم تقديمه غطاء خطاب الضمان، فمن حق المستفيد أن يطلب وفاء قيمة الخطاب فورا، و غالبا ما يتضمن خطاب الضمان عبارات تفيد فورية التنفيذ مثل الضمان بمجرد الطلب13.

يلتزم البنك بسداد قيمة خطاب الضمان المتضمن مبلغ معين أو قابلا للتعيين إلى المستفيد خلال مدة معينة، دون التدخل في الإشكالات القانونية التي تنشأ بين العميل و المستفيد نتيجة عقد الأساس، لذا تعد ميزة الاستقلالية أهم صفة يمتاز بها التزام البنك و التي تميزه عن العمليات البنكية الأخرى، فهذه الاستقلالية تعود لمصلحة المستفيد لأن البنك يظهر أمامه بصفة المدين الأصلي و ليس بصفته نائب العميل، و لا يكون التزامه تابعا لأي التزام آخر، باستثناء الدفوع المستمدة من العلاقة المباشرة بين المستفيد و البنك14.

إن التزام البنك بالوفاء بقيمة الضمان لا يتوقف على عدم تنفيذ عقد الأساس بل على مدى رغبة المستفيد في المطالبة بتنفيذه من عدمه، أو على تقديم مستندات تثبت أن تنفيذ عقد الأساس لم يتم، إذا كان قد حدد المستند الذي يثبت ذلك في خطاب الضمان، إذا طلب من البنك بالوفاء أثناء سريان أجل الضمان مع تحقق شروطه، و قدمت إليه المستندات المحددة في خطاب الضمان كتقرير خبير محايد، و جب على البنك الدفع فورا15، غير أنه يستوجب توفر شروط أساسية لقبول البنك المطالبة بالوفاء تتمثل في:

- أن تقدم المطالبة تبعا لشروط مقتضيات خطاب الضمان و حدها و أن لا تكون قائمة على عناصر أجنبية عن خطاب الضمان.
- أن تقدم المطالبة داخل الأجل المحدد لسريان الضمان ما دامت المدة محددة ، و يتحمل الضامن المسؤولية عن كل وفاء قد يأتي خارج هذا الأجل.
- أن لا يتم الوفاء للمستفيد حالة المطالبة التي تقوم على غش16.

إن البنك بالدفع و الوفاء فورا لطلب المستفيد متى توافرت شروط خطاب الضمان، يجب الإشارة أن كلمة فورا تحكمها العرف المصرفي، إذ يمنح للبنك عادة مدة يومين أو يوم على الأقل من تاريخ فحص مدى صحة المطالبة حتى لا يكون سداد البنك خاطئا و يتحمل مسؤولية ذلك، و لقد أكدت العديد من الأحكام القضائية إلى الالتزام المستقل لخطاب الضمان هو التزام فوري التنفيذ، و مباشر و أصيل، و هو ما أخذت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 12/04/ 1982 17، إن المقصود باستقلال التزام البنك هنا هو أن البنك عندما يصدر خطاب ضمان لا يضمن حسن تنفيذ العميل لالتزامه أمام دائنه 18.

لقد أخذ بهذا المبدأ **القضاء الجزائري** في القرار الصادر عن **المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/08** 19، حيث ميزت المحكمة العليا في هذا الصدد بين الكفالة البنكية الدولية و الكفالة الشخصية، بحيث انه لا ينبغي الخلط بين الكفالة البنكية الداخلة في المعاملات المصرفية العالمية الخاضعة للأعراف الدولية و بين الكفالة الشخصية الخاضعة للقانون المدني، كما أن الكفالة البنكية مشروطة الدفع عند أول طلب، و غير قابلة للطعن و غير موقوفة على أي شرط، كما انه يشترط في الكفالة الشخصية أن يكون الكفيل موسرا و مقيما بالجزائر، حيث يتجلى من حيثيات القرار أن المحكمة العليا أن المادة 646 من القانون المدني 20 لا تطبق على الكفالة البنكية التي تنظمها الأعراف الدولية، بل تطبق هذه المادة على الكفالة الشخصية التي يشترط فيها أن يكون الكفيل موسرا و مقيما بالجزائر.

من خلال القرار أنه في حالة وجود أي فراغ قانوني يمكن للقاضي الرجوع إلى القواعد و الأعراف الموحدة لخطاب للضمان، نشرة رقم 458 الصادرة سنة 1992 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية المعدلة بموجب النشرة رقم 758، المتعلقة بالضمانات لدى الطلب، غير انه بالرجوع إلى القرار الذي ينص على أن الضمان الدولي المستقل يختلف عن أحكام الكفالة التي تخضع لأحكام القانون المدني، إلا أنه استعمل رغم ذلك مصطلح كفالة بنكية، مثله مثل اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة الصادرة ، و التي لم يأخذ بها القانون الجزائري 21**.**

و عليه فعملية إصدار خطاب الضمان البنكي و تنفيذه في النظام الجزائري تخضع إلى الأعراف البنكية الدولية التي ساهمت في نشأته و تطوير قواعده 22.

إن البنك لا يراقب هذا التنفيذ، كما انه لا يتعهد بالقيام بدلا من العميل المدين بتنفيذ التزامه و لا بسداد ما عليه من دين، بل يصدر تعهدا مجردا عن التزام العميل أمام المستفيد بدفع المبلغ المحدد في خطاب الضمان أيا كان مقداره سواء كان اكبر أو أقل من دين العميل للمستفيد، فاستقلال التزام البنك معناه انفصاله و استقلاله عن علاقته بالعميل الآمر باستثناء علاقة البنك بالمستفيد، و بالتالي لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد، لأي سبب مستمد من علاقة البنك بالعميل الآمر، أو من علاقة العميل الآمر بالمستفيد 23.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على التزام البنك بالدفع لدى أول طلب

يستثنى من فورية الدفع في خطاب الضمان الالتزام الواقع على عاتق البنك الضامن في حالة الضمان المستندي أو الضمان المبرر (أي الطلب المدعوم بالمستندات)، إذ في مثل هذه الحالة تتضمن

صيغة هذا النوع من خطاب الضمان دفع مبلغ الضمان بعد التحقق من الأخطاء أو أوجه الإخلال التي ارتكبها العميل أو أنها تشترط في صياغتها تقدم المستندات من طرف المستفيد 24، غير أن ذلك لا يفقد خاصية الاستقلالية لخطابات الضمان الدولية 25.

إن الهدف الرئيسي من استقلال التزام البنك في الضمانات الدولية المستقلة هو تجنيب المستفيد أية إجراءات قضائية قبل طلب الضمان، لذلك فالبنك الضامن يلتزم بأن يدفع للمستفيد بمجرد الطلب دون أن يدفع على مواجهته بأي دفع، فاستقلال تعهد البنك الضامن من الالتزام الواقع على البائع اتجاه المشتري في عقد الأساس، هو الميزة الأساسية لهذا النوع من الضمانات و يكون له أهمية أكبر في مصطلح "الضمان المستقل" المستخدم من قبل البعض في التعبير عن الضمان لدى أول طلب إذ يفترض فيه أن البنك ينفذ دون اعتراضات استنادا إلى العقد الأصلي كعقد أساس 26.

المطلب الثاني: عدم إمكانية التمسك بالدفوع المستمدة من العلاقات الأخرى

يلتزم البنك الضامن بمقتضى مبدأ الاستقلالية بتنفيذ تعهده بكيفية لا تسمح له بإثارة أي دفع أو اعتراض، سواء في علاقته مع العميل الآمر (زبونه)، أم علاقة هذا الأخير بالمستفيد، فالبنك مطالب بتنفيذ الالتزام الذي تحمله حتى لو حصل بطلان عقد الأساس أم تم فسخه أو عدم تنفيذه لأي سبب كان27.

الأصل في الضمان أنه يفترض في الغالب قيام علاقة بين الالتزام المضمون و الالتزام بالضمان، حيث يكون للالتزام الأول تأثيرا إيجابي أو سلبي حسب الظروف على الالتزام الثاني بسبب رابطة التبعية، غير أنه في خطاب الضمان، لا يوجد هذا الترابط في الالتزامات، بسبب استبعاد عنصر التبعية للالتزام الأصلي للبنك، هكذا فإن البنك الضامن يلتزم بالوفاء ما دام الوفاء جاء وفقا لشروط خطاب الضمان، و لا يحق له أن يرجع لأي علاقة أخرى يستمد منها دفوعا لعرقلة أو تعطيل هذا الوفاء، فالضامن يلتزم في جميع الأحوال بتنفيذ التزامه، حتى و لو كان عقد الأساس مستحيل التنفيذ، بشرط أن يكون طرفي هذا العقد حسنا النية، بمعنى لا يكونا على علم بالاستحالة عند إبرام العقد 28.

يعد مبدأ استقلال البنك الضامن في عدم إمكانية التمسك بالدفوع المستمدة من العلاقات الأخرى التزام جوهري يجسد استقلالية خطاب الضمان، لذا يجب أن يتم النص صراحة فيه بصيغة التنازل عن إمكانية التمسك 29 ، حيث يظهر من خلال هذا إرادة البنك في التخلي عن الدفوع المستمدة من العلاقات الأخرى، و إرادته في إصدار تعهد مستقل عن عقد الأساس 30.

إن قاعدة عدم جواز تمسك البنك بالدفوع تكون من جانبين هما: إما من ناحية العلاقة الأصلية **(الفرع الأول)** ما من ناحية العلاقة بين العميل الآمر و البنك **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: عدم جواز تمسك البنك بالدفوع المستمدة من العلاقة الأصلية 31

يتعهد البنك بموجب خطاب الضمان بدفع مبلغ نقدي للمستفيد لدى أول طلب دون أي معارضة على الوفاء التي قد يبديها العميل، من إشكالات ناتجة عن عقد الأساس، فاستقلال التزام البنك تقتضي مواجهة المستفيد بصفته مدين أصلي و ليس نائبا، و هذا يمنعه من التمسك بأية دفوع في مواجهة المستفيد، و هو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 9 جوان2004، باستثناء الدفوع المستمدة من العلاقة المباشرة فيما بين المستفيد و البنك 32.

فيمتنع على البنك عدم تنفيذ التزامه، استنادا إلى دفع مستمد من علاقة الآمر بالمستفيد، فالعميل الآمر غالبا ما يثير دفوع من أجل حمل البنك إلى عدم تنفيذ التزامه بالضمان، فليس من مصلحة البنك رفض الأداء، لأن ذلك يؤدي إلى التأثير على سمعته الدولية و نقص المعاملات التجارية الدولية، فلو كان العرف يسمح للبنك بعدم الوفاء استنادا لعلاقة أطراف العقد الأصلي لكان ذلك للآمر تقديم عقد اعتراض ضد المستفيد كلما تقدم هذا الأخير بالوفاء، هو قد يؤدي إلى فقدان خطاب الضمان لخاصية الاستقلالية 33.

تجدر الملاحظة أن التزام البنك مستقل عن التزام المدين (العميل الآمر)، فالبنك يتعهد بالدفع لدى أول طلب و دون الالتفات لمعارضة المدين، و أيا كان مصير العقد الأصلي، فهذا الاستقلال يقطع الصلة بين الالتزامين، لا بحكم المحل و لكن بإرادة البنك وحدها، فالبنك يصدر التعهد بغض النظر عن

ظروف التزام العميل أمام المستفيد و لا عن كيفية تنفيذ العميل لالتزاماته، فلا يعتبر ما دفعه البنك للمستفيد تعويضا نتيجة عدم التنفيذ عن إخلال العميل بالتزاماته، فاستقلال البنك معناه انفصاله و استقلاله عن كل علاقة أخرى غير علاقة البنك بالمستفيد ، و يترتب عن ذلك أنه لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة الآمر بالمستفيد، ففي خطاب الضمان لا يكون التزام البنك تابعا للالتزام العميل، و عليه فعدم احتجاج البنك بدفوع العقد الأصلي بين العميل الآمر و المستفيد يعني ليس له التمسك بعيوب عقد الأساس، فبطلان العقد أو فسخه، أم المقاصة الحاصلة بين أطراف عقد الأساس لا يؤثران على التزام البنك بالضمان 34.

الفرع الثاني: عدم جواز تمسك البنك بالدفوع المستمدة بعلاقته مع العميل الآمر

ينشأ التزام البنك بتقديم الضمان للمستفيد بمقتضى العلاقة التي تربطه بالعميل الآمر، أما التزامه بالوفاء فينشأ بمقتضى خطاب الضمان و تبليغه للمستفيد و عليه لا يحق للبنك الضامن إثارة الدفوع الناشئة عن علاقته مع العميل الآمر (الزبون) في مواجهة المستفيد، فالدفوع المستمدة من علاقة البنك بالعميل الآمر، إما أن تتعلق بعدم تنفيذ الآمر لإحدى التزاماته التعاقدية اتجاه البنك، كعدم تأديته لمبلغ العمولة المتفق عليها، أو عدم تقديمه للغطاء اللازم لخطاب الضمان، و إما بسبب إفلاس الآمر 35.

ننتهي إلى القول، إلى أن البنك ملزم بالتسديد دون تأجيل أو إثارة أي دفوع أو اعتراضات حول صحة خطاب الضمان، كما لا يكون للضامن وقف التزامه لحين إخطار العميل، إذ هو أجنبي عن عقد الأساس و بالتالي لا يستفيد منه و لا يضار من أحكامه، و تفاديا لذلك رأى جانب من الفقه مؤيدا لأحكام القضاء المقارن في أن لفظ الدفع لدى الطلب غير كاف لمفهوم الضمان المستقل، لا إذا كان مصحوبا بتنازل البنك الضامن عن إمكانية التمسك بالدفوع المستمدة من العلاقات الأخرى، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2003/05/06 حيث اعتبرت التعهد كفالة على الرغم من السداد لدى الطلب، و ذلك لأن الضامن لم يتنازل عن إمكانية إبداء الدفوع و الاعتراضات المستمدة من عقد الأساس، بمعنى ضرورة اشتراط الدفع لدى الطلب و دون إثارة دفوع أو اعتراضات خارجة عن علاقته بالمستفيد 36.

المبحث الثاني: استقلال الضمان المباشر عن الضمان المقابل 37

بعد إبرام عقد الأساس و كذا عقد فتح الاعتماد بالضمان، و بعد تلقي بنك العميل أمرا بضرورة مراسلة بنك المستفيد في بلد هذا الأخير، يلجأ إلى البحث عن بنك معتمد لدى بلد المستفيد ليقوم بمهمة إصدار ضمان مثبت لمصلحة المستفيد، و عليه نكون أمام بنكين ضامنين كل منهما متعهد شخصيا بصفة باتة و قطعية، و يتضمن هذا التعهد نصا يستوجب الدفع الفوري لقيمة الضمان لدى أول طلب من جانب البنك المثبت، أو لدى تقديم المستندات المطلوبة حسب نوع التعهد، إن هذا النوع من الضمان و الذي يتدخل فيه عادة بنكين يسمى بالضمان المقابل نصت عليه المادة السادسة من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة، و عليه يستوجب تعريف الضمان المقابل **(المطلب الأول)** ثم استخراج أوجه الاستقلال بينهما **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول: تعريف الضمان المقابل

إن هذا النوع من خطاب الضمان يطلق عليه تسمية خطابات الضمان المحلية المعتمدة على قوة خطاب ضمان خارجي، و هو من اخطر صور خطاب الضمان، وترجع هذه الخطورة إلى أن البنك الأجنبي الضامن قد يكون غير معروف بالنسبة للبنك المحلي و لم يتعامل معه من قبل، كما تظهر الخطورة أكثر، في حالة ما إذا لو تماطل البنك الأجنبي في سداد قيمة خطاب الضمان للبنك المحلي، مما يؤدي بالبنك المحلي إلى السداد من أمواله الخاصة، لأن خطاب الضمان الذي يقدمه هذا الأخير للمستفيد مستقل عن المعاملات الأخرى، لذا يستحسن على البنك المحلي في هذه الحالة أن يشترط ضمانا عند السداد 38.

فمن خلال المادة السادسة فقرة ج من اتفاقية الأمم المتحدة الضمان المقابل، نستخلص أن الضمان المقابل هو خطاب مقدم من البنك المصدر، بمعنى أن الضامن يتعهد بالوفاء بالمبلغ المالي لدى الطلب أو لدى تقديم بعض المستندات المطلوبة، متى تبين أن البنك المثبت للتعهد قد طلب بالفعل بالسداد، و قام

بالوفاء للمستفيد، فمطالبة الضامن المقابل من جانب الضامن المثبت مشروطة بوفاء هذا الأخير بقيمة الضمان للمستفيد، و عليه الضمان المقابل يقوم بين بنكين كل منهما يصدر لتعهد مستقل و منفصل عن الآخر، و بالتالي يكون هناك تعهدان، أحدهما صادر من بنك العميل و يسمى بالضامن المقابل 39 الذي نصت عليه المادة السادسة من الاتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة(**الفرع الأول**)، أما التعهد الأخر، فهو صادر لمصلحة المستفيد و يسمى بالضمان المثبت أو الضمان المباشر **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: تعريف البنك المقابل

البنك المقابل هو بنك العميل، أما التعهدات المقابلة فهي خطابات مقدمة من البنك الضامن بناءا على طلب العميل، يتعهد بموجبها بالوفاء بمبلغ مالي لدى الطلب أو لدى تقديم بعض المستندات التي تبين أو يفهم منها أن البنك المثبت للتعهد قد طالبه المستفيد بالفعل وقام بالوفاء 40' فالبنوك تصدر خطاب ضمان بناءا على طلب احد عملائها المقيمين لصالح جهة مستفيدة تقيم في بلد آخر، فيصدر عندئذ خطاب الضمان بواسطة بنك محلي في بلد المستفيد بناءا على طلب بنك العميل، حيث يقوم البنك المحلي بدور البنك المبلغ أو المخطر، إضافة إلى ذلك يقوم بدور البنك المؤيد، ففي الحالة الأولى، يقوم البنك بإخطار و تسليم المستفيد بخطاب الضمان الصادر لصالحه من البنك الأجنبي، و في هذه الحالة لا يكون عليه أي التزام بالضمان، فدوره ينتهي بتسليم خطاب الضمان للمستفيد و يسمى هذا الضمان **بالضمان المباشر**، أما في حالة ما إذا قام البنك بالإضافة إلى ذلك تأييد البنك الملتزم (البنك المقابل) فإن هذا التأييد يؤدي إلى التزام هذا البنك بالتزامات البنك الملتزم 41.

الفرع الثاني: تعريف البنك المثبت

قد يشترط المستفيد من العميل الآمر أن يكون خطاب الضمان صادرا من بنك بلده و قابلا للتنفيذ فيه، و هذا الشرط يتفق عليه الطرفان في عقد الأساس، فيلجأ العميل (البائع) إلى بنكه طالبا منه إصدار ضمان في بلد المستفيد (المشتري)، و بما أن بنك العميل الآمر لا يعرف بنك في بلد المستفيد أو ليس له فروعا فيه، فإنه يطلب من بنك المستفيد إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد بالصيغة التي يمليها عليه، و يتم اللجوء إلى هذا النوع من الضمان إذا كان تشريع بلد المستفيد يشترط صدور الضمان من بنك هذا البلد، أما القانون الجزائري فلقد نص اشترط ذلك في **النظام رقم 07-01** 42 في **المادة الثانية الفقرة الثالثة منه** 43 ، و يعد هذا النوع من الضمان هو الأكثر استعمالا في العلاقات الدولية، و يسميه الفقه الفرنسي **Garantie de premier rang** 44.

أما التعهدات المثبتة أو المباشرة فلقد عرفتها المادة **السادسة فقرة ه** 45 من نفس الاتفاقية السابقة، فمن خلال نص المادة، نستنتج أن التعهد المثبت هو الضمان الصادر من البنك المثبت، و هذا الأخير تربطه علاقة بالمستفيد دون العميل الآمر، و يكون للمستفيد توجيه المطالبة بالوفاء له بدلا من البنك المقابل، وان كان من المستحسن توجيهه إلى البنك المثبت لكونه يقع في بلده .

المطلب الثاني: أوجه استقلال البنك المثبت عن البنك المقابل

إن الاستقلال بين الضامن المقابل و الضمان المثبت يتجلى في وجهين هما 46: الاستقلال بين شروط كل من التعهدين **(الفرع الأول)** و الاستقلال من حيث المدة **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: الاستقلال بين شروط كل من التعهدين

يقصد باستقلالية الضمان المقابل بشروطها، أن تنفيذها لا يخضع إلا للشروط الواردة صراحة على متن الضمان المقابل، فيكفي أن تكون المطالبة بها قد تمت بالشكل المطلوب لتنفيذها بغض النظر عن مصير الضمان المباشر.

يستقل الضامن المقابل اتجاه المثبت عن علاقة هذا الأخير بالمستفيد، فكل تعهد يخضع لشروطه، و لكل ما أدرج فيه من بنود و أحكام، فإذا دفع الضامن المثبت قيمة الضمان للمستفيد يمكن له الرجوع على الضامن المقابل بأن يدفع له في المكان بالعملة المتفق عليها مع الضامن المثبت، في حين أنه قد يوفي هذا الأخير بدينه اتجاه المستفيد في مكان و بعملة مختلفة هي عملة بلد المستفيد طالب مبلغ الضمان، فيكون عندئذ البنك المقابل في مركز العميل الآمر في علاقته مع البنك المثبت 47، و لقد أخذت محكمة النقض

الفرنسية بهذا الاستقلال بقولها: "إن الضمان المقابل يعتبر ضمانا مستقلا عن عقد الأساس و عن الضمان الأول"، و هذا ما تأكد في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/27 حيث جاء في حيثياته على ما يلي: **"لكون الضمان المقابل مستقلا عن عقد الأساس و عن الضمان الأصلي، فإن البنك الضامن المقابل ملزم بتنفيذ التعهد المأخوذ نحو البنك الضامن الأصلي طبقا لعبارات الخطاب الذي وجهه إلى هذا الأخير ... لكون هذا التعهد غير مشروط و غير قابل للرجوع فيه و واجب التنفيذ لدى أول طلب"** 48.

و ما يؤكد هذا الاستقلال في نوعي الضمان أنه إذا كان أحدهما باطلا أو غير نافذ ظل الضمان الآخر صحيحا نافذا و يجب تنفيذه متى طلب المستفيد منه، كما أن شروط تنفيذ الضمان لا تتوق إلا على شروط خطاب الضمان ذاته، دون النظر إلى شروط تنفيذ خطاب الضمان الآخر، فكل بنك يجب أن ينفذ التزاماته و تعهداته دون التمسك بعدم تنفيذ البنك الآخر لتعهداته، و هو ما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمها بأن طلب وفاء الضمان المقابل لا يلزم أن يكون مصحوبا بإثبات الوفاء للمستفيد من جانب الضامن المباشر ما لم تكن صيغة الضمان المقابل تنص على ذلك 49، و في هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها على أن تعهد كل من البنكين الضامنين مستقل عن الآخر و عن عقد الأساس، لأن كل بنك يفي دين عليه هو لا دين غيره، و أن محكمة الاستئناف أخطأت حينما قررت أن الضمان المقابل لا يجوز أن يكون نطاقه أكبر من الضمان الثاني كما هو الشأن في الكفالة، لذلك قيل أن نطاق كل من الضمانين مختلفا 50.

لقد تأكد هذا الاستقلال من جانب القضاء المقارن الذي نص على أنه لا يشترط أن يتحدد نطاق كل من الضمان المقابل و الضمان المثبت، فكل من الضمانين مستقل عن الآخر، و لذا فكل ضامن يلتزم بضمان التزامه الشخصي و ليس التزام الغير، و يتحدد كل تعهد حسب مضمون عباراته و بالتالي ليس ما يمنع أن يكون محتوى الضمان المقابل أوسع نطاقا من الضمان المثبت للتعهد، لذلك قد يتصور أن يتضمن أحد التعهدين شرط التخفيض التلقائي لمبلغ الضمان في حين يخلو التعهد الآخر من هذا الشرط، و يكون هذا الشرط مدرج حسب نوع أداء و تنفيذ عقد الأساس، و هذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1985/11/20 الذي جاء فيه ما يلي **"محتوى الضمان المقابل لا يكون متماثلا بالضرورة مع الضمان الثاني، فالضمان المقابل فيمكن أن يكون أكثر سعة من الضمان الثاني خاصة من حيث المدة"51.**

لقد أيد هذا الرأي مجموعة من الشراح، يرى البعض منهم أنه عند ما يصدر البنك المقابل ضمانا إنما يتعهد بالتزام مستقل منفصل عن التزام الضامن المثبت في مواجهة المستفيد، فهو ليس تغطية للخطر كما يقول البعض من الفقه، ففكرة الخطر هي من ضروريات شركات التامين، أما في مجال الضمانات الدولية البنكية، فهي تصدر ضمانات مستقلة منفصلة عن عقود الأساس و ما يشوبها من دفوع، مضيفين إلى ذلك أن للضامن المقابل إمكانية الرجوع إلى الضامن المثبت للخطأ في عدم مراعاة شروط الضمان، كعدم تطبيق التخفيض التلقائي المنصوص عليه في طلب الضمان المثبت، و لكن دون أن يؤثر ذلك على التزامه بوفاء قيمة الضمان 52.

الفرع الثاني: الاستقلال بين مدة التعهدين

يستقل الضمانين أيضا عن بعضهما البعض من حيث المدة ، فالضمان المقابل مستقل عن مدة التعهد الآخر، و هذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1994/11/08 حيث قضت بالتزام البنك الضامن المقابل بالوفاء رغم انقضاء مدة الضمان من الدرجة الأولى، طالما أن مدة الضمان الأول مازالت سارية، و عليه فمن الأحسن أن تكون مدة الضمان المقابل أطول حتى إذا ما وفى الضمان المثبت للمستفيد يمكن له الرجوع على الضامن المقابل 53، و هو ما أخذت به كذلك محكمة النقض المصرية بتاريخ 1994/06/27 حيث نصت: **" من المقرر في حالة اختلاف بلد الآمر عن بلد المستفيد، أن يكلف البنك التابع للآمر أحد فروعه في بلد المستفيد أو بنكا آخر في بلد المستفيد، على أن يقوم بإصدار خطاب ضمان إلى المستفيد بالشروط التي يمليها عليه، و يكون التزام البنك مصدر الخطاب مستقلا عن العلاقة بين الآمر و المستفيد و البنك التابع للآمر، و لا ارتباط بينهما بحيث يكون**

للمستفيد بمقتضى هذه العلاقة بينه و بين البنك مصدر الخطاب الرجوع إلى الأخير بقيمة خطاب الضمان..."54.

يستقل الضمان المقابل عن الضمان المثبت من حيث المدة، فمدة الضمان المقابل مستقلة عن مدة الضمان المثبت، و كل تعهد يظل محكوما بمدته الواردة فيه دون الأخر، و كذلك تستقل الضمانات المقابلة و المثبتة عن عقد الأساس، فانقضاء مدة هذا العقد لا يكون له اثر على أي من الضمانين 55.

خاتمة:

خطاب الضمان هو صورة من صور الضمان المصرفي ابتكره العرف التجاري الدولي، نصت عليه و نظمته اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1995 المتعلقة بالضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة و ذلك لمواجهة حاجيات المعاملات التجارية، و لقد انتشر استخدامه في السنوات الأخيرة كبديل للتامين النقدي الذي قد يشترط تقديمه في عقد معين كعقد أساس من أجل حسن تنفيذه، غير أن هذا الضمان يتميز بخاصة الاستقلالية بمعنى أن خطاب الضمان الدولي مستقل عن عقد الأساس، كما أن هذه الاستقلالية ترتب عنها أثار تتمثل في استقلال التزام البنك (المثبت أو المقابل) اتجاه عقد الأساس أو في العلاقة بين البنك المثبت مع البنك المقابل، و هذا الاستقلال يكون هو الأساسي ذا أهمية في تعبير الضمان المستقل، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري و استنادا إلى التنظيم رقم 93-02 المتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، و بذلك يكون قد أكد على قواعد التجارة الدولية المتعلقة بالضمان المقابل أو ما يعرف بالضمانات غير المباشرة، غير أنه و بالرجوع إلى الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض المادة 68 فقرة 1 منه نجد أنه أشار إلى خطاب الضمان كعملية بنكية من عمليات البنوك دون أن يضع نظاما قانونيا يحكمه.

التهميش:

[1]- اشترط القانون الجزائري من خلال النظام رقم 93-02 الذي دخل حيز التطبيق سنة 1993 المتعلق بعقود الضمان و الضمان المقابل، ضرورة وجود تعهد بالضمان المقابل ، من خلال المادة الثالثة منه التي تشترط أن تكون الضمانات الصادرة من بنك الجزائر مضمونة من بنك خارجي بناءا على طلب البنك المحلي،

-Ait Mokhtar (Fatima Zohra), l'ambivalence de la garantie indépendante, mémoire pour l'obtention du magister, droit des affaires, Université Mouloud Mammeri, TIZI OUZOU, FACULTE DE DROIT, 2005, p19, Dominique Carreau, Patrick Juillard, droit international économique, DALLOZ, PARIS, cinquième édition, 2013, p14.

- نظام رقم 93-02 مؤرخ في 3 يناير 1993 جريدة رسمية العدد 17 الصادرة بتاريخ 14 مارس 1993، المتعلق بإصدار عقود الضمان و الضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين.

[2]- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكافلات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، ، الدورة الخمسون، البند 143 من جدول الأعمال، 26 جانفي 1996.

[3] - أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت 2003، جريدة رسمية عدد 52 المؤرخة في 27 غشت 2003، المتعلق بالنقد و القرض.

[4] - تنص المادة 68 فقرة 1 من قانون 11/03 على:"**يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الآمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان".**

5- سواء كان هذا الأخير بنك مثبت أم بنك مقابل.

[6]- حسب نص المادة السادسة من اتفاقية الأمم المتحدة، يستلزم عادة في التعهدات الدولية تدخل نوعين من البنوك في عملية الضمان، يؤدي كل بنك دورا في علاقته بالطرف المتعامل معه، فبعد قيام العميل

و المستفيد بإبرام عقد الأساس، يجد العميل نفسه ملزما بتقديم ضمان إلى المستفيد في بلده، و بما انه لا يعرف أي بنك في بلد هذا الأخير، و بما أن المستفيد يرغب في الحصول على خطاب ضمان صادر من بنك بلده حتى يكون على ثقة في حصوله على حقوقه، كان من الضروري تدخل بنك محلي للقيام بهذه المهمة و بالتالي يكون هناك تعهدان احدهما صادر في بلد العميل و يسمى بالضمان المقابل أما التعهد راجع في هذا الآخر فهو صادر لمصلحة المستفيد و يسمى بالضمان المثبت أو الضمان المباشر، الموضوع، MATTOUT (Jean-Pierre) , droit bancaire international , revue banque, France, quatrième édition, 2009, p249.

[7]- بالإضافة إلى اتفاقية فيينا هناك عدة اتفاقيات دولية نظمت عقد البيع الدولي إضافة منها:
اتفاقية نيويورك 1958، المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ بموجب المرسوم رقم 88_233 الصادر بتاريخ 5 نوفمبر 1988، جريدة رسمية عدد 48، الصادرة بتاريخ 1988/11/23، المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، اتفاقية فيينا المؤرخة بتاريخ 11 أفريل 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع اتفاقية لاهاي 15 جوان 1955 بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، اتفاقية لاهاي 1جويلية 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، اتفاقية لاهاي 22 ديسمبر 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي،
YESSAD (Houria), le contrat de vente internationale de marchandises, thèse pour le doctorat en droit, UNIVERSITE MOULOUD MAMMERI, FACULTE DE DROIT, TIZI-OUZO, 2008, p 464.

8- Sabeh-Affaki (Bachir George), l'unification international du droit des garanties indépendantes, tome 1, thèse pour le doctorat en droit, Université PANTHEON-ASSAS, droit, économie, sciences sociales, paris2, 1995, p393.

[9]- تجدر الإشارة إلى أن مظاهر استقلال الضمان المقابل اتجاه العقد الأصلي هي نفس المظاهر التي تترتب على استقلالية الضمان المثبت (المباشر) عن هذا العقد، لذا سوف نكتفي بذكر كلمة بنك، أنظر:
علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991،
ص12، و الأطرش محمد، الضمانات البنكية المستقلة في عقود التجارة الدولية، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، سلسلة الرسائل و الأطروحات، جامعة عياض، مراكش، العدد الثاني، 1996،1995، ص240.

[10]- هاني رأفت عريان سلامة، الطبيعة القانونية لخطابات الضمان البنكية، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري و البحري، 2010، ص131.

11- محمود كيلاني، الموسوعة التجارية و المصرفية، عمليات البنوك، دراسة مقارنة، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2008، ص339،
Sabeh-Akkafi (Bachir George), ibid, p535.

12- عادل إبراهيم، السيد مصطفى، مدى استقلال البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر 1996، ص 60.

13- سوزان علي أبو جماعة، استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، دراسة مقارنة، بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، قسم القانون، 2005، ص67.

- « On se trouve en présence d'un mécanisme de paiement automatique où le garant ne s'engage pas à payer la dette principale à la charge du donneur d'ordre, mais où il s'engage à payer au bénéficiaire une somme d'argent sur la demande de ce dernier », Stéphane Piedelièvre, les nouvelles règles de la CCI relatives aux garantie à première demande, RTD com, Paris, 2010, p513.

14 - أحمد عيسى أبو صد، أحكام خطابات الضمان المصرفية، رسالة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 1995، ص83، حمدي عبد المنعم، العمليات المصرفية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم (18) لسنة 1992 لدولة الإمارات العربية المتحدة، في ضوء الفقه و القضاء و النصوص المقارنة في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995، ص 260، نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، في القانون الخاص، في نطاق قانون الالتزامات، في نطاق قانون الأموال، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2000، ص135، سميحة القليوبي، خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الإمارات العربية، مجلة الأمن و القانون، العدد الثاني، السنة الأولى، 1993، ص304.

15 - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص142.

16- الأطرش محمد، مرجع سابق، ص248.

17- بضراني نجاة، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، الاعتماد بالقبول، الكفالة المصرفية، خطاب الضمان، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1987، ص586، الأطرش محمد، مرجع سابق، ص72.

18- معن الجربا، الطبيعة القانونية للضمانات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة، وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة و قواعد غرفة التجارة الدولية، القاهرة، 2014، ص129.

_ إن المبادئ المشار إليها أعلاه تعني أن التزام المصرف ناشئ فقط عن خطاب الضمان، الذي يكون منقطع الصلة بما عداه من العقود، فالتزامه هو دفع دين على عاتقه بمجرد طلب المستفيد، يكون التزام البنك مستقل عن التزام المدين بحيث يختلف موضوع كل منهما، فالتزام البنك الضامن بدفع مبلغ الضمان أيا كان مصير التزام المدين، فاستقلال التزام البنك معناه استقلاله عن كل علاقة أخرى غير علاقة البنك بالمستفيد، بسام عاطف المهتار، مايا سليف مشرفيه، الضمانة عند الطلب، آلية دفعها، تعطيل الآلية، مسؤولية المصارف، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009، ص14.

19 - قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2010/07/08، الغرفة التجارية و البحرية، ملف رقم 627056، قضية بين مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر و ناسيونال بنك الكويت و الشركة ذات المسؤولية المحدودة للتوزيع و الشركة ذات المسؤولية المحدودة برقان انترناسيونال الجزائر، مجلة **المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص251.**

20- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

21- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة و خطابات الاعتماد الضامنة، تسمى كذلك بقواعد هيئة الانسترال الدولية صادقت عليها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 1995/12/11 و دخلت حيز التنفيذ 01 جانفي 2000، .بعد مصادقة خمس دول عليها هي: الكويت-تونس-بنما –السلفادور –الإكوادور بالإضافة إلى القانون و روسيا البيضاء و ليبريا، مع الإشارة إلى أن أمريكا أمضت على الاتفاقية بتاريخ 1997/12/11 و لم تصادق عليها إلى يومنا هذا، www.uncitral.org

22- لقد أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1992 نشرة رقم 458 المتعلقة بالقواعد الموحدة للضمانات لدى الطلب، و المعدلة بموجب نشرة رقم 758 التي دخلت حيز التطبيق بتاريخ 1 جويلية 2010،

UNIFORM RULES FOR DEMAND GUARANTEES (URDG) , 2010 revision, ICC publication n° 758, Abstract of the most important points, where appropriate comparison to ICC 458, fs-bankgarantien- urdg758.

23- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص130.

24- سوزان علي محمد أبو جماعة، مرجع سابق، ص70.

25- « la garantie justifiée est consacrée dans les relations international, le bénéficiaire qui entend la faire jouer doit alors produire des documents au soutien de sa demande. Elle ne perd pas pour autant son caractère autonome car le juge n'a pas à rechercher si les documents produits révèlent ou non une mauvaise exécution du contrat de bas », Cour de cassation 19 avril 2005, garantie autonome justifiée, note Dominique Legeais, RTD com, Paris, 2005, p823.

6-[2]- هاني رأفت عريان سلامة، مرجع سابق، ص131.

27- هاني رأفت سلامية، المرجع نفسه ، ص 141، معن الجربا، مرجع سابق، ص131.

28- الأطرش محمد، مرجع سابق،ص74، 75.

29- التزام البنك مجرد عن العلاقات الأخرى و ما يشوبها من اعتراضات و دفوعات لتنازل البنك الصريح عن إثارة هذه الدفوع، لذا يجب أن تكون محتويات الضمان كافية لإمكانية استخلاص استقلاله و هو تنازله عن التمسك بالدفوع المستمدة من العلاقات الأخرى، كما يجب أن تكون صيغة الضمان صريحة أما في حالة غموضها يرجع التفسير للقاضي، خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، 2005، ص277.

30- خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه، ص273.

31- يقصد بالعلاقة الأصلية بالعقد الذي يربط العميل الآمر بالمستفيد.

- « en raison des caractères autonome et irrévocable d'une garantie à première demande, le garant ne peut reprocher au bénéficiaire de n'avoir pas déclaré ses créances au passif du redressement judicaire des sociétés garanties, ni de prétendre avoir de ce fait subi un préjudice », Cour de cassation, 9 juin 2004, les garanties autonomes, note Maggy Pariente, revue des sociétés, Paris, 2004, p894.

32- كالغلط في شخص المستفيد، أو أن يكون دائن للمستفيد فيدفع في مواجهته بالمقاصة أو كان خطاب الضمان الذي بيد المستفيد مزورا، إلى غير ذلك من الدفوع التي تثور بين البنك و المستفيد في علاقتهما المباشرة، خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق،ص274.

33- الأطرش محمد، مرجع سابق، ص76.

34- يرى بعض الفقهاء أنه إذا تقرر البطلان أو الفسخ للعقد الأساسي بمقتضى حكم قضائي فإن طلب تنفيذ خطاب الضمان يكون مشوبا بالغش، فإن ذلك يؤثر على بطلانه، كذلك في حالة الاتفاق بين الطرفين كأن يكون التزام البنك الضامن مرتبط بضرورة تنفيذ التزام ناشئ عن العقد الأصلي فإذا أبطل هذا الأخير ترتب عن ذلك بطلان خطاب الضمان، غير أنه ليس كل بطلان لعقد أساس دليل على الغش، فقد يبطل عقد الأساس لمخالفته لإجراءات رقابة النقد لبلد المصدر و أراد المستورد الاحتياط لذلك، إذ قد لا يعلم بهذه التنظيمات التشريعية، فلا يكون طلب الوفاء بقيمة الضمان غش، علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص148، محمد جنكل، العمليات البنكية غير المباشرة، سلسلة الموسوعة القانونية و القضائية لقانون الأعمال و المقاولات، الدار البيضاء، 2009، ص144.

35- الأطرش محمد، مرجع سابق، ص76، محمد جنكل، المرجع نفسه، ص145.

36- خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص277.

37- MATTOUT(Jean-Pierre), op.cit, p243.

38- محمد جنكل، مرجع سابق، ص113.

39- François (Ott), PASCAL (Mattey), le commerce international des marchandises, L.G.D.J, France, 2010, p85, MATTOUT(Jean-Pierre), , op.cit, p241.

40- خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص99.

41- ماجد فهد محمد بن دخيل، النظام القانوني لخطاب الضمان البنكي في المملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون تجاري، جامعة حلوان، كلية الحقوق، الدراسات العليا، 2009، ص54 و ما بعدها.

42- نظام رقم 07-01 المؤرخ في 07 فيفري 2007، جريدة رسمية العدد 31 الصادرة بتاريخ 2007/05/31 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج بالعملة الصعبة، معدل و متتم بنظام رقم 11-06 المؤرخ بتاريخ 19 أكتوبر 2001، جريدة رسمية العدد 8 الصادرة بتاريخ 2012/02/15.

43 - تنص المادة 02 فقرة 03 من نظام 07-01 على:**" يجب أن يغطى هذا النوع من الضمان مسبقا من طرف عقد مقابل الضمان، صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى لصالح البنك الوسيط المعتمد".**

44- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص119.

45- تنص المادة السادسة فقرة ه من اتفاقية الأمم المتحدة على أن التعهد المثبت هو: **"تعهدا مضافا إلى تعهد الكفيل/المصدر و مأذونا به من الكفيل/المصدر، يوفر للمستفيد خيار توجيه المطالبة بالسداد إلى المثبت بدلا من الكفيل/المصدر لدى تقديم مطالبة بسيطة آو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى حسب أحكام التعهد و أي من شروطه المستندية دون مساس بحق المستفيد في مطالبته الكفيل/المصدر بالسداد".**

46 - هذا فيما يخص مظاهر استقلال البنك المثبت عن البنك المقابل، أما فيما يخص العلاقة بين البنكين فإنها تخضع للقانون البنكي لكلا الدولتين،

Ait Mokhtar Fatima Zohra, op.cit, p533

47- معن الجربا، مرجع سابق، ص160.

48- عادل إبراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق ، ص49.

49- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص121.

50- خلاف لذلك، يرى بعض الفقهاء أن الضمان المقابل يقوم بدور الغطاء و التأمين للضمان، بمعنى أن الضمان المقابل ما هو إلا ضمان للبنك الأصلي، بحيث لا يتحرك إلا إذا تحقق الخطر المؤمن و هو طلب وفاء الضمان، و لكن هذا يخالف ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية أن كلا من الضمانين مستقلا عن الآخر، عادل إبراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق، ص51.

51- خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص326.

52- خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص325، 327، و في هذا المعنى كذلك ، عادل ابراهيم السيد مصطفى، مرجع سابق، ص51، معن الجربا، مرجع سابق، ص162.

53- معن الجربا، المرجع نفسه، ص163.

54- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص122.

55- معن الجربا، مرجع سابق، ص163.