مجـلة النبراس للدراسات القانونيـة | المجلد: 04 العدد: 01/ مارس 2019. ص 24-38

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

الطبيعة القانونية لخطاب الضمان البنكي

The legal Characterization of guarantee letter

بلغيث صبرينة[1]، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، الجزائر

Sabrina BELGHIT, University of Larbi Ben M'hidi, Oum El Bouaghui, Algeria

Belghit.sabrina@univ-oeb.dz

تاريخ الإرسال: 2019/02/24 تاريخ القبول: 2019/04/08 تاريخ النشر: 2019/03/31

ملخص

يعتبر خطاب الضمان البنكي من أهم الخدمات الائتمانية التي تقدمها البنوك لعملائها، وقد تميز بعدة خصائص أبرزت خصوصيته التي تمثلت في أن آثاره لا تقتصر على طرفي العلاقة، بل تتعداها ليرتب مجموعة من الحقوق للغير الذي ليس طرفا في الإتفاق ويعد هذا خروجا عن مبدأ عن لقواعد العامة، كما يلعب خطاب الضمان دورا كبيرا في الاستثمار خاصة في مجال التجارة الخارجية ، كونه أصبح يمثل صورة ناجحة للعمليات المصرفية الحديثة ، ومن بين الإشكالات التي يثيرها خطاب الضمان هو تعدد المجالات التي تتطلب إصداره كلما طلبت الجهات الإدارية ذلك، أما الإشكالية الثانية فتتمثل في صعوبة تكييفه القانوني ، نظرا لعدم وجود نظام قانوني خاص يحكم هذه العملية المصرفية ، مما يترك الحرية للبنك في إصداره وفقا لشروط وإجراءات يحددها طبقا للأعراف المصرفية وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الجزائري، لكن قد يطرح هذا الأمر مشكلة الرقابة القضائية على أعمال البنوك في حالة تعسفها ، أو تفضيلها لعميل على الآخر ، إضافة الى مسألة توفير الحماية القانونية للمتعاملين الإقتصاديين الذين تكون معاملاتهم المصيرية رهان إصدار خطابات الضمان ومدى تأثير ذلك على النشاط التجارية التي تتسم بالسرعة والإئتمان .

الكلمات المفتاحية: الإرادة المنفردة، البنك، خطاب الضمان، عقد، العميل .

Abstract

The banking guarantee letter is the most important form of the credit services provided by banks to their customerso. It has been characterized by several characteristics that have highlighted its specificity. Its effects are not confined to the two sides of the relationship but extend to a set of rights for third party who are not parties to the agreement. This is a deviation from general rules, and the letter of guarantee plays a large role for economic agents to stimulate investment and facilitate business transactions, especially in the field of foreign trade,as it has become a successful form of modern banking operations, so Among the problematics raised by the letter of guarantee is that its types cannot be counted or enumerated ; the second problematic is the difficulty of its characterization, since there is no special legal system governing this banking process, which leaves the bank free to issue it in accordance with terms and procedures determined by banking norms, the matter adopted by the Algerian legislator. But this may raise the problem of judicial supervision on the banks' actions in the event of arbitrariness, or preference for a client over another, in addition to the issue of providing legal protection to economic clients whose transactions are subject to letters of guarantee issuing and the extend of how this affects fast and creditworthy business transactions.

Keywords: *bank, Contract, customer, individual will, letter of guarantee.*

1 المؤلف الرئيسي: بلغيث صبرينة، طالبة دكتوراه، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

مقدمة

يعتبر الائتمان من أهم وظائف البنوك، لأنه يساهم في عمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وذلك من خلال توفير الأموال اللازمة لتطوير الصناعة والتجارة وزيادة النشاط في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والتطور التكنولوجي وهذا ما أدى إلى تنوع الأساليب المصرفية التي تقدم الائتمان، لهذا ظهرت خطابات الضمان المصرفية كنتيجة لتطور العلاقات الدولية والمبادلات التجارية بين الدول وغياب الثقة والائتمان بين أطراف الشركات الأوربية، حيث تدخلت البنوك لتضفي نوعا من الطمأنينة ذلك من خلال ما يسمى بالضمانات المستقلة الواجبة الدفع عند أول طلب والذي يطلق عليها إسم خطابات الضمان المصرفية والتي أصبحت في نهايات السبعينات ضمانة بنكية أساسية في المعاملات التجارية الدولية، ثم تطورت فيما بعد لتشمل التجارة الداخلية ، بالتحديد على مستوى عقـود المناقصات التي يطلب فيها من الطرف القائم بالتنفيذ تقديم ضمانا ماليا لا يمكن الرجوع عنه في حالة إخلاله بالتزاماته ،حيث يقوم البنك بدفع مبلغ الضمان بدلا عن العميـــل للإدارة المتعاقدة معـــــها وذلك عند أول طلب وبعدها انتشـــرت على نطاق أوسع في عدة مجالات من أهمها الجمركية والملاحية .

وتكمن أهمية خطاب الضمان المصرفي، في أنه يلعب دورا هاما في المجال الاقتصادي سواء على مستوى الداخلي أو الخارجي ، فلا يكاد يخلو من عقود المناقصات على اختلاف أنواعها كشرط أساسي في تنفيذ الإلتزام، فالعميل سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا يطلب منه تقديم مبلغ نقدي كضمان يجعله محل ثقة أمام من يتعامل معه، فيلجأ للبنك ليقدم لمصلحة الغير أي الجهة التي أعلنت المناقصة خطابا يتعهد فيه بدفع قيمته فيوفي العميل إيداع مبلغ التأمين للمستفيد، كما لخطاب الضمان أهمية كبيرة على الصعيد القانوني، تمثلت في تزايد إنتشاره وكثرة القوانين التي تتطلب هذه الخطابات خاصة في المجال الضريبي والمقاولات العامة منها: عمليات الهذا فمنح الائتمان إجراء خطير يقتضى الحيطة والحذر في إختيار العميل الجيد وهو ما يدفع بالبنك لدراسة حالة العميل ووضعه المالي وكذا جدية المشروع وتقدير مداخليه المالية القادرة على الوفاء بالالتزامات الناشئة عن عملية الائتمان وذلك بالحصول على ضمانات مالية لصالح البنك لتوريد لجهات حكومية .

كما تجدر الإشارة إلى أن ظهور خطابات الضمان المصرفية كانت نتيجة لتطور العلاقات الدولية والمبادلات التجارية بين الدول وغياب الثقة والائتمان بين أطراف الشركات الأوربية حيث تدخلت البنوك لتضفي نوعا من الطمأنينة ذلك من خلال ما يسمى بالضمانات المستقلة الواجبة الدفع عند أول طلب والذي يطلق عليها إسم خطابات الضمان المصرفية والتي أصبحت في نهايات السبعينات ضمانة بنكية أساسية في المعاملات التجارية الدولية ثم تطورت فيما بعد لتشمل التجارة الداخلية ، وهذا على مستوى عقـود المناقصات التي يطلب فيها من الطرف الذي يقوم بالتنفيذ بتقديم ضمانا ماليا لا يمكن الرجوع عنه في حالة إخلاله بالتزاماته ،حيث يقوم البنك بدفع مبلغ الضمان بدلا عن العميـــل للإدارة المتعاقدة معـــــها وذلك عند أول طلب وبعدها انتشـــرت على نطاق أوسع في عدة مجالات من أهمها الجمركية والملاحية.

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

وتكون خطابات الضمان المصرفية في شكل تعهد مباشر مـن البنك لدائن العميل، فالبنـك في خطاب الضمان لا يتعهد بضمان تنفيذ التزام عميله إذا تقاعس هذا الأخير في تنفيذه مثلما هو الشأن في الكفالة بل يتعـهد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين من النقود بغض النظر عن طبيعة التزام العميل أو مقدار مديونيته وبالرغم من أي معارضة قد يقوم بها العميل.

ونهدف من خلال دراستنا للموضوع إلى محاولة إعطاء دراسة دقيقة للتكييف القانوني لخطاب الضمان المصرفي وتوضيح موقف المشرع الجزائري ، نظرا للإختلاف الفقهي بشأن تحديد وصف قانوني، .لذلك نطرح الإشكالية التالية : ما هو التكييف القانوني لخطاب الضمان المصرفي ؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من هذا التكييف ؟

للإجابة عن هذه التساؤلات فقد اعتمدنا المنهج الوصفي لوصف عـملية خطاب الضمان من خلال تعريفه ، والتطرق للآراء التي إعتمدها الفقه في تحديد طبيعة خطاب الضمان المصرفي، بالإضافة إلى المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الخاصة بالأعراف والقواعد الموحدة لخطابات الضمان المصرفية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، و كذلك ما تعلق بأحكام خطاب الضمان في قانون النقد والقرض ، القانون المدني الجزائري،وبعض المراسيم الخاصة بهذا المجال .

وعليه سنتناول هذا البحث في مبحثين، نخصص الأول لدراسة النظريات التقليدية، أما الثاني فنخصصه لدراسة خطاب الضمان كمعاملة حديثة مع بيان موقف المشرع الجزائري .

المبحث الأول : النظريات التقليدية الواردة في القانون المدني

يستمد خطاب الضمان في الجزائر مشروعيته من قانون النقد والقرض وهو التزام ينشأ بمجرد توقيع المصرف عليه بناء على مركزه القانوني، وقد أصدره بنك الجزائر باعتباره السلطة النقدية في الجزائر و هذا طبقا للتنظيم رقم 93 /02 الـمؤرخ في 1993/01/03 المتـعلق بإصدار خطابات الضمان والضمانات المقابـلة من قبل البنوك الوسيطة المعتمدة في المادة الثالثة منه .[1]

كما تم إصدار التعليمة رقم 05/94 المؤرخة في 1994/02/02 وقد حظـرت التعامل بالضمانات المباشرة ، فلا يمكن لأي مصرف إصدار إي نوع من الضمانات قبل أن يحصل على ضمانات مقابلة من مصرف أجنبي من الدرجة الأولى معترف به دوليا لتجنب المنازعات بين الدول .[2]

وعليه فالمشرع الجزائري لم يضع نظاما قانونيا يحكم خطاب الضمان ، وأمـام هذا الفـراغ التشريعي تخضع البـنوك الجزائرية في عملية إصدار خطاب الضمان المصرفي وتنفـيذه إلى الأعـراف المصرفية إضافـة إلى بعض الأحكام المتفرقة في القوانين المصرفية مثل: قانون النقد والقرض ومختلف الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض، كسلطة نقدية، تملي أوامرها بإصدار أنظمة مصرفية ومالية،يجب احترامها من طرف كل المتدخلين بالتعامل في هذا الميدان .[3]

وتجدر الإشارة بأن هناك محاولات كثيرة للفقه لتعريف خطاب الضمان المصرفي وقد اختلفت هذه التعاريف حسب الضمانات التي ترد من البنك لصالح عميله والتي تتشابه مع بعض المـفاهيم المعروفة مثل

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

التـعهد وقد عرفه الدكتور محمود الكيلاني " بأنه علاقة قانونية فيما بين البنك و المستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محدودة". [4]

كما تم تعريفه بأنه تعهـد مكتوب صادر من مصرف لغرض معين بنـاء على طلب عميله بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص ثالث يسمى المستفيد دون قيد أو شرط بمجرد تقديمه طلبا إليه خلال المدة المعينة في الخطاب .[5]

في حين أثير خلاف حول الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي، وإنقسمت الآراء التي قيلت في هذا الشأن إلى اتجاه يأخذ ببعض النظريات العقدية التي ترجع جميع العمليات التي تنشأ في محيط البنوك إلى ما ورد في القانون المدني كالكفالة، الاشتراط لمصلحة الغير، الإنابة القاصرة، (المطلب الأول)، الإرادة المنفردة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : النظريات العقدية

يرى الفقه والقضاء بأن أحكام خطاب الضمان ترجع أساسا إلى فكرة العقد في القانون المدني، وذلك لتفسير العلاقة القائمة بين البنك والمستفيد، في حين يرى جانب آخر بأن الأساس القانوني للخطاب هو الإرادة المنفردة، نتعرض لهذه النظريات تباعا ضمن الفروع التالية :

الفرع الأول: الكفالة

يرى جانب من الفقه بأن خطاب الضمان يخضع للأحكام القانونية التي تنظم عقد الكفالة بين العميل والبنك ، نفصل فيه في الفروع التالية :

أولا: تعريف الكفالة

نظم المشرع الجزائري الكفالة في المواد من 644 إلى673 في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود المادة 644 قانون مدني جزائري .

وتعرف الكفالة بأنها عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة والتي تجوز سواء بغير علم هذا الأخير أو رغم معارضته . [6]

و الإلتزام في عقد الكفالة قد يكون دفع مبلغ من النقود أو إعطاء شيء أو القيام بعمل ما أو الإمتناع عنه. [7]

وبالتالي فالكفالة المصرفية كالكفالة في القانون المدني، تعرف بأنها العقد الذي يكفل بمقتضاه البنك تنفيذ إلتزام معين يقع على عاتق الزبون بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه . [8]

فتنعقد الكفالة في خطاب الضمان برضا الكفيل والدائن ، وهما البنك والمستفيد ، فيعبر البنك عن رضاه بإصدار الخطاب إلى المستفيد ، ويكون قبول هذا الأخير، إما بالإعلان عن إرادته صراحة إلى البنك و إما ضمنيا .

أما رضاء المدين(العميل) فلا يكون ملزما في الكفالة،لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة، لأنها تنعقد بدونه ورغم معارضته طبقا للقواعد العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 647 من ق.م حيث نصت على أنه : (تجوز كفالة المدين بغير علمه ، وتجوز أيضا رغم معارضته) .[10]

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

ويرى أنصار هذه النظرية أن سبب لإلتزام البنك في خطاب الضمان هو تقديم خدمة للعميل والحصول على الربح من العمولة التي يحصلها، فإذا كان الدافع إلى التعاقد مخالفا للنظام العام والآداب العامة وكان المستفيد على علم بذلك كانت كفالة البنك باطلة بطلانا مطلقا .

ثانيا : الآثار المترتبة عن إعتبار خطاب الضمان عقد كفالة

تترتب عن التبعية بين إلتزام الكفيل وإلتزام العميل الآثار التالية:

أ – لا يرجع الدائن على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين .

ب- يتحدد إلتزام الكفيل في الشروط والمقدار بإلتزام المدين .

ج- للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفوع التي للمدين ، و للبنك بعد وفائه للمستفيد حق الحلول محل الدائن فيما له من حقوق إتجاه المدين ، وتبرأ ذمة المدين ببراءة ذمة المدين .[11]

ويمكننا القول أنه رغم التشابه بين الكفالة وخطاب الضمان في أن كل منهما يضيف ذمة مالية إلى ذمة ثانية مكلفة بإلتزام إتفاقي ، أو قانوني ، إلا أنهما يتفرقان في أن إلتزام المصرف بالدفع في الكفالة المصرفية مرتبطا وتابعا لإلتزام المدين (العميل) تجاه المستفيد . وللمصرف أن يقوم بالتنفيذ عينا وبطريق التعويض في حالة عدم وفاء العميل بإلتزامه .[12]

ويمكن تلخيص الأسباب التي أدت إلى فشل هذه النظرية في تكييف خطاب الضمان المصرفي فيما يلي :

1- الإلتزام

في الكفالة يظل إلتزام الكفيل تابعا لإلتزام المدين[13]، أما في خطاب الضمان فإن إلتزام البنك هو إلتزام مباشر تجاه المستفيد، كما أنه يستقل عن علاقة البنك بالزبون وعلاقة هذا الأخير بالمستفيد .[14]

و تبرز الإستقلالية أساسا في أن البنك يلتزم في حدود مبلغ خطاب الضمان بغض النظر عن قيمة الدين الذي للمستفيد، فلا تبرأ ذمة البنك حتى في حالة فسخ العقد أو إنتهائه بين العميل أو الزبون والمستفيد و نفس الشيء في حالة معارضة العميل على دفع مبلغ الخطاب للمستفيد .[15]

إضافة إلى ذلك فالبنك يقوم بإصدار خطاب الضمان لصالح دائن عميله (المستفيد)، دون أن يضمن حسن تنفيذ زبونه لإلتزامه تجاه دائنه أو تسديد ما يكون في ذمته من دين، فإلتزامه منفصل عن ظروف إلتزام عميله ومن ثم لا يمكن إعتبار البنك كفيلا لعميله .[16]

2- الدفوع

للكفيل بناءا على عقد الكفالة أن يثير كافة الدفوع المتوفرة للمكفول تجاهه، بينما في خطاب الضمان فالبنك لا يمكنه أن يرفض الوفاء أو يستند على الدفوع والحجج التي يتضمنها العقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد .[17]

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

3- الإخطار بالدفع

في عقد الكفالة يكون إخطار المدين بالدفع من قبل الكفيل وجوبي، بينما في خطاب الضمان نجد أن البنك غير ملزم بإخطار عميله عند دفع مبلغ الخطاب للمستفيد و ذلك لسببين، أولهما أن إلتزام البنك نهائي والثاني أن إلتزام البنك مستقل عن إلتزام المستفيد .[18]

4- الرجوع

يشترط في عقد الكفالة لرجوع الدائن على الكفيل إثبات إخلال المدين بإلتزامه في العقد الأصلي، لأن من خصائص الكفالة التبعية، بينما إلتزام البنك لا يحتاج لإثبات أية واقعة كونه إلتزام فوري .[19]

كما أوضحت محكمة إستئناف أبو ظبي الفرق بين الكفالة وخطاب الضمان بقولها: « من المقرر أن خطاب الضمان لا يعدو أن يكون تعهدا نهائيا يصدر من البنك بناءا على طلب عميله بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين من النقود إلى شخص ثالث هو المستفيد وذلك بمجرد الطلب دون الحصول على موافقة العميل أو التفات إلى إعتراضه وأيا ما كان الأمر بالنسبة لوفائه أو عدم وفائه بإلتزاماته قبل المستفيد .. ذلك أنه وإن كان خطاب الضمان يصدر تنفيذا بعقد الأساس المبرم بين هذين الأخيرين إلا أن تعهد البنك في الخطاب منقطع الصلة بأية واقعة أخرى خارجة عنه ولا يتوقف الوفاء بقيمته على تحقق شرط أو حلول أجل لأن إلتزام البنك قبل المستفيد إلتزام أصيل بات وليس إلتزاما تابعا لإلتزام العميل » .[20]

لهذه الأسباب لا يمكن الإعتماد على نظرية الكفالة لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان مما أدى إلى ظهور نظرية أخرى وهي نظرية الإنابة القاصرة .

الفرع الثاني: الإنابة (الوكالة)

يرى القائلون بفكرة الإنابة في تكييف الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي ، أن إنابة العميل للبنك إنابة قاصرة ، وحجتهم في ذلك أن المدين الذي يرسو عليه عطاء مقاولة عامة، يلتزم بتنفيذ الإلتزام موضوع العقد وبتقديم هذا التأمين النقدي الذي يحرمه من المال السائل الموجود لديه، حيث يتفق مع دائنه على أن يقدم له ضمانا لهذا التأمين مدينا آخر يلتزم بوفاء هذا الدين مكانه .[21]

أولا: تعريف الإنابة

تعرف الإنابة بأنها إتفاق بين ثلاثة أطراف ، يتقدم فيها المدين إلى دائنه بمدين جديد للوفاء بدينه، حيث يحل محله ويقضي إلتزامه فتكون إنابة كاملة ، أو ينضم في المديونية ويصير للدائن مدينان فتكون إنابة قاصرة ، وهذا ما نصت عليه المادة 295 ف 1 من القانون المدني الجزائري .[22][23]

وأشخاص الإنابة ثلاثة هم: المنيب أي المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي للوفاء بالدين للدائن، المناب وهو الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين للوفاء بالدين والمناب لديه وهو الدائن .[24]

فالإنابة القاصرة هي التي يغلب وقوعها في العمل، فالمناب لديه قل ما يقبل إبراء ذمة المنيب ويأبى إلا أن يستبقيه مدينا أصليا ويضيف إليه المناب مدينا جديدا ، كما قد يعلق المنيب الإنابة على شرط فاسخ أو شرطا واقفا إذا كان الدين له في ذمة المناب معلقا على شرط ، فإذا تحقق الشرط إنفسخت الإنابة أو نفذت حسب الأحوال .[25]

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

ويرى أصحاب هذه النظرية بأن خطاب الضمان عبارة على إنابة ناقصة، فالبنك يعد نائبا عن عميله في إصدار الخطاب ، فعلى سبيل المثال إذا إتفق الدائن لتنفيذ صفقة معينة مع المدين بأن يقدم له مدينا آخر (البنك) يقوم مقامه في الوفاء وإلتزم البنك أمام الدائن (المستفيد) بوفاء الدين ، عد هنا الإلتزام أصليا و مباشرا ومستقلا أي إنابة ناقصة .[26]

ثانيا : الآثار المترتبة عن إعتبار خطاب الضمان إنابة

يترتب على العلاقة في الإنابة على خطابات الضمان المصرفية بين العميل و المستفيد والبنك ما يلي:

1. أن العميل يبقى مدينا للمستفيد إلى جانب مديونية البنك للمستفيد ، فإذا برئت ذمة أحدهما برئت ذمة الآخر.
2. يكون للمستفيد حق الاختيار في الجوع على البنك أو العميل ، وهذا الأمر إن صح في الإنابة فإنه لا يصح في خطاب الضمان ، حيث لا يظل العميل ملتزما مع البنك بالوفاء بالمبلغ المضمون في مواجهة المستفيد .
3. للبنك حق الرجوع على العميل بعد الوفاء على أساس الوكالة أو الفضالة، أو الإثراء بلا سبب حسب الأحوال .
4. إن إلتزام البنك نحو المستفيد هو إلتزام مجرد عن إلتزام العميل في مواجهته .
5. يكون للبنك في الإنابة حق التمسك بجميع الدفوع التي كانت للعميل في مواجهة المستفيد وذلك لإتحاد محل الإلتزامين ، إلا أنه في الواقع العملي يختلف حيث يتميز الخطاب بالإستقلال والتجريد .
6. لا يوجد تضامن بين العميل والبنك لإختلاف مصدر دين كل منهما نحو المستفيد فمصدر دين العميل لا هو الإلتزام الأصلي ومصدر إلتزام البنك هو عقد الإنابة .
7. تعتبر الإنابة الناقصة تفسير إمتداد خطاب الضمان إذا أوشك على الانتهاء قبل إتمام العمليات المضمونة به ، فمصلحة البنك والمدين(العميل) هي الموافقة على هذا الامتداد وإلا كان للدائن أن يطلب من البنك الوفاء بالمبلغ المضمون .[27]

وقد ذهب جانب من الفقه المعاصر إلى القول بأن خطاب الضمان وكالة، حيث أن تكييف خطاب الضمان المصرفي لا يختلف مع نظرة الفقه الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على أمره، كما يرجع الوكيل لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء .

في حين ذهب البعض إلى أن خطاب الضمان يتضمن وكالة حينما يقدم الشاحنين لوكلائهم في حالة تأخر وصول المستندات الخاصة بالبضاعة ، فيصبح خطاب الضمان نوعا من الإلتزام بتسليم العين أو نوعا من حماية الدرك، حيث يتضمن مسؤولية ما قد ينتج عن تسليم البضاعة لشخص آخر غير مالكها وهذا يتعلق بالقول بأن خطاب الضمان يتضمن معنى الكفالة . .[28]

أما فيما يخص تضمن الخطاب للوكالة، فيرى هذا الإتجاه أن خطاب الضمان من قبيل الإقرار بحق ثابت أو يثبت مستقبلا للمستفيد على العميل وتوكيل بالأداء عنه للمستفيد وقد أجاز الفقهاء التوكيل في الإقرار، لأنه إثبات حق أشبه بالبيع .[1]

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

وعليه يتضح لنا جليا فشل نظرية الإنابة الناقصة في تكييف خطاب الضمان المصرفي .

الفرع الثالث : خطاب الضمان إشتراط لمصلحة الغير

ذهب أنصار هذه النظرية في تفسير خطاب الضمان بأنه عقد إشتراط لمصلحة الذي يبرم بين المشترط (العميل أو الزبون) وبين المتعهد (البنك) ويكون مضمونه إنشاء حق مباشر للمستفيد، يلتزم البنك بأدائه . [29]

أولا: تعريف الإشتراط لمصلحة الغير

نصت المادة 116فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه :« يجوز للشخص أن يتعاقد بإسمه على **إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية** ...» كما نصت المادة 118من القانون المدني الجزائري على أنه:« يجوز في الإشتراط لمصلحة الغير أن يكون **المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة** ».

من خلال المادتين المذكورتين أعلاه يتضح لنا بأن أطراف عقد الإشتراط لمصلحة الغير هم: المشترط والمتعهد والمستفيد أي[2]المنتفع الذي قد يكون شخصا أو هيئة، كما يمكن أن يعين في العقد أو في وقت لاحق على إبرامه .

ويشترط في عقد الإشتراط لمصلحة الغير توافر ما يلي:

1. يجب على المشترط أن يتعاقد بإسمه الخاص ، وليس بإسم المستفيد الذي يعتبر أجنبيا عن العقد، فلو إفترضنا أن العقد أبرم بإسم المستفيد كنا أمام عقد إنابة، وبالتالي أصبح المستفيد طرفا في العقد، ولا نكون أمام عقد إشتراط لمصلحة الغير.
2. لابد أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد، أي أن ينشيء الحق في ذمة المستفيد مباشرة دون أن يمر على ذمة المشترط .
3. وجود مصلحة شخصية ومشروعة للمشترط ، بغض النظر عما إذا كانت مادية أو أدبية . [30]

يصلح شكل الإشتراط لمصلحة الغير في أن يتضمن ثلاثة علاقات بين أطرافه، في حين لا يمكن ذلك في خطاب الضمان المصرفي الذي يصدره لبنك للمستفيد ويحدد فيه قيمة الضمان والمدة المقررة لذلك، يكون ملزما تجاه المستفيد دون تدخل العميل، ويرجع سبب الغموض إلى أن أصحاب هذا الرأي إعتمدوا على العقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد لتكييف خطاب الضمان المصرفي . [34]

- **من حيث الدفوع**

يؤدي تمسك المتعهد (البنك) بالدفوع الناتجة عن عقد الإشتراط في مواجهة المستفيد إلى تعطيل وظيفة خطاب الضمان والتي تتمثل أساسا في الدفع عن أول طلب من المستفيد . [35]

- **من حيث القبول**

في عقد الإشتراط لا يتأكد حق المنتفع إذا أظهر رغبته في قبول الإشتراط، بينما في خطاب الضمان لا يشترط تأكيد حق المستفيد بتعبير صريح فبمجرد تسلمه للخطاب يتأكد حقه عليه . [36]

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

- **من حيث العلم**

لا يجوز في خطاب الضمان المساس بحق المستفيد متى وصل إلى علمه، أما في الإشتراط لمصلحة الغير فيجوز للمشترط أن ينقض عقد المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته في الإنتفاع منها .[37]

و إن كانت هذه النظرية قد نجحت في بعض الجوانب في تفسير خطاب الضمان على أنه عقد إشتراط إلا أنه لا يمكن الإعتماد كليا على هذا الرأي لقصوره في تفسير جوانب أخرى من خطاب الضمان .

ثانيا : الآثار المترتبة عن إعتبار خطاب الضمان عقد إشتراط لمصلحة الغير

ويترتب على إعتبار خطاب الضمان عقد إشتراط لمصلحة الغير العلاقات التالية :

1- **العلاقة بين المشترط (الزبون) والمتعهد (البنك)**

أي بين العميل والبنك يحكمها عقد الإشتراط، على أن يلتزم المتعهد بالوفاء بموضوع العقد لشخص أو لطرف ثالث من الغير ويكون للعميل مصلحة من تنفيذ المتعهد للإلتزامات 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 تحدد وفقا لطبيعة التعامل بينهما .[31]3

3- **العلاقة بين المتعهد (البنك) والمستفيد**

تكتسي أهمية كبيرة في العلاقات التي تترتب عن عقد الإشتراط لمصلحة الغير، حيث أنها تخرج عن نسبية أثر العقد لأنها تعطي للمستفيد حقا بعقد مبرم بين المشترط والمتعهد .[32]

وما يميز خطاب الضمان عن عقد الإشتراط لمصلحة الغير أن في الأول لا يجوز المساس بحق المستفيد متى وصل إلى علمه، بينما في عقد الإشتراط لمصلحة الغير دون ورثته أو دائنيه أن ينقض عقد المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المشترط رغبته في الإستفادة منها.[33]

فبالرغم من وجود نقاط تشابه بين الإشتراط لمصلحة الغير وخطاب الضمان المصرفي، إلا أن هناك فروقات جوهرية تتمثل في :

- **من ناحية الشكل**

المطلب الثاني : خطاب الضمان تصرف بالإرادة المنفردة للبنك

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن خطاب الضمان وثيقة مفردة تعبر عن رغبة البنك بمفرده، فيظهر كما لو كان وحده تحركه دوافعه الخاصة في أن يلتزم بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد ، نتعرض لكل من تعريف الإرادة المنفردة والآثار المترتبة عن إعتبار الخطاب تصرف بالإرادة المنفردة في الفرعين التاليين :

الفرع الأول: تعريف الإرادة المنفردة

تعرف الإرادة المنفردة بأنها تصرف قانوني يصدر من شخص ما بهدف إحداث أثر قانوني ومن دون حاجة إلى إرادة ثانية تتوافق معها، كما ترتب الإرادة آثارا قانونية متنوعة، فيمكن أن تنقل حقا عينيا، أو تزيله كحالة التنازل عن حق عيني، و أن ترتب أثرا كاشفا .[38]

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

وحسب أنصار هذه النظرية تعتبر الإرادة المنفردة مصدرا مباشرا لإلتزام البنك ويكون الإلتزام مجردا عن سببه، وأن العرف ليس سببا لصفة التجريد التي يتمتع بها خطاب الضمان، وإنما النصوص اللائحية المتعلقة بالمخازن والمشتريات هي مصدر تلك الصفة. [39]

فخطاب الضمان لا ينشأ عن علاقة البنك بالمستفيد، وإنما ينشأ حق هذا الأخير في مواجهة البنك من تعبير البنك عن إرادته، يفرغه في صك الخطاب يتضمن شروط وأحكام معينة تحكم العلاقة بين أطرافه .

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن خطاب الضمان ينشأ عن حق المستفيد في مواجهة البنك من تعبير هذا الأخير عن إرادته التي تفرغ في شكل صك مكتوب يتضمن شروطا معينة تنظم العلاقة بينهما . [40]

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن إعتبار خطاب الضمان تصرف بالإرادة المنفردة للبنك

يترتب عن إلتزام البنك بإرادته المنفردة ما يلي :

1- لا يشترط أن يقبل المستفيد الخطاب بل يكفي وصوله إلى علمه .
2- إلتزام البنك بإرادته المنفردة يجعل إلتزامه باتا ونهائيا بمجرد إصداره و وصوله إلى من وجه إليه .
3- يلتزم البنك بصفته أصيلا وليس نائبا عن العميل .
4- لكن هناك من يرى ضرورة إستبعاد فكرة الإرادة المنفردة ، لأنها لا تعد مصدرا مباشرا للإلتزام مادام القانون هو الذي ينظمه في حالات معينة حيث يتعذر وجود الإلتزام دون نص .[4]
5- إن إلتزام البنك بإصدار خطاب الضمان ليس إلتزاما جديدا ، وإنما هو قبول إيجاب صادر عن العميل.
6- فإذا كان خطاب الضمان صادرا حقا عن إرادة البنك، فإن هذه الإرادة لا تتحكم وحدها في إنشاء الخطاب، بل هي إرادة موجهة للتلاقى مع إرادة أخرى ألا وهي إرادة العميل لترتب المستفيد حقا إنفرد العميل بتحديد مقداره ومداه .[41]

هناك من الفقهاء من نادى بضرورة إستبعاد الإرادة المنفردة كأساس قانوني لإلتزام البنك في خطاب الضمان وحجتهم في ذلك أن فكرة الإرادة المنفردة تقوم على أساس خاطيء يتمثل في تجاهل العلاقات التي ينشؤها الخطاب، فهي لا تعطي أهمية لعملية إصداره، كما أنها تفصل بينه وبين ظروف إصداره . [42]

كما أن إصدار البنك لخطاب الضمان يكون قبولا لإيجاب من العميل وهو ما توضحه صياغة الخطاب منذ البداية . [43]

وأخيرا يمكن القول أن النظريات السابقة حاولت تفسير خطاب الضمان طبقا للنظرة التقليدية التي تستند إلى قواعد القانون المدني القانوني مما أدى إلى قصورها وفشلها وكان هذا دافعا إلى ظهور إتجاه معاصر يرى بأن خطاب الضمان هو عملية من عمليات البنوك إستمدت وجودها وأحكامها من الأعراف المصرفية لتحقيق هدف إقتصادي تمثل في حلولها محل النقود . [44]

فإرادة أطراف تدخل في تكوين خطاب الضمان من عدمه، كما أن شروط خطاب الضمان ومدته، وكذلك قيمته تحدد حسب ما إتفق عليه الأطراف، ونفس الشيء بالنسبة للتعديل .

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

إضافة إلى ذلك فإن الفقه قد إعتبر أن العمليات المصرفية التي يقوم بها البنك، هي في مجملها عقود يغلب عليها الإتفاق بين البنك من جهة والعميل من جهة أخرى قصد تقديم خدمات مصرفية .

المبحث الثاني: خطاب الضمان معاملة مصرفية حديثة

يرى جانب من الفقه الإسلامي بأن خطاب الضمان هو عملية مستحدثة تدخل في إطار العقود غير المسماة[45]، لهذا سوف نتطرق لهذا الرأي مع بيان موقف المشرع الجزائري ضمن الفروع التالية :

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من العقود غير المسماة

إنقسم الفقهاء في حكم إنشاء عقود جديدة إلى ثلاثة إتجاهات نذكرها كالتالي :

الفرع الأول : موقف الظاهرية من العقد غير المسمى

يرى هذا الإتجاه أن الأصل في العقود المنع، حتى يقوم الدليل على الإباحة، فلا يجوز إبرام عقد دون أن يرد له دليل خاص، وكل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص شرعي فهو باطل ولا يعتد به شرعا .[46]

وقد إعتد هذا الرأي بالأدلة التالية:

1-قال الله تعالى: «اليوم أكملت لكم دينكم[47] ».

2-قول الرسول صلى الله عليه وسلم(الخديعة في النار ومن عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) .[48]

3- قول إبن حزم (فصح بهذا النص أن كل شرط إشترطه على نفسه، أولها من غيره فهو باطل لا يلزم من إلتزمه أصلا، إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز إلتزام ذلك الشرط بعينه أو بإلتزامه) .[49]

الفرع الثاني: موقف جمهور الفقهاء من العقد غير المسمى

يعد موقف جمهور الفقهاء موقفا وسطا أخذت به الحنفية والمالكية والشافعية، حيث إعتبروا أن الإنسان ينشيء عقودا جديدة في نطاق الأدلة المعروفة والمستند إليها بعد النص والإجماع كالعرف والمصالح المرسلة، ...الخ. و في هذا النطاق يقول أبو زهرة : « إن الصفقات التجارية قد إتسع أفقها وتشعبت أنواعها وتنوع بحسب العرف التجاري ما يشترطه العاقدون، حتى وجدت عقود لم تكن، وتفنن الناس في الشروط تفننا باعد بين ما بين العقود وفسادها بتلك الشروط لصار الناس في حرج وضيق ولشلت الحركة في الأسواق، ولتقطعت العلاقات التجارية، بل لتقطعت الأسباب....ذلك أن الرأي الغالب على أولئك السابقين من أهل الفقه لا يؤدي إلى تضييق المعاملات على الناس، لأن الكثرة من أولئك السابقين الذين منعوا الوفاء بالعقد حتى يقوم الدليل، قد وسعوا في الأدلة المثبتة لجواز العقود، حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجري به المعاملات أو أكثره، حتى لا يكون الناس في ضيق، فأكثرهم يقرر بعض أو كل الأصول التالية ».[50]

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 68 فـ1 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض على أن: (يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر إلتزاما بالتوقيع كالضمان الإحتياطي أو الكفالة أو الضمان ...) .

وبالتالي فالمشرع الجزائري أشار إلى خطاب الضمان في المادة المذكورة أعلاه كعملية من عمليات البنوك، لكنه لم ينظم خطاب الضمان بأحكام قانونية خاصة وبناءا عليه نطرح التساؤل التالي : هل نعتبر أن المشرع

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

الجزائري قد أحال ضمنيا تنظيم خطاب الضمان إل قانون النقد والقرض، أم ترك حرية تنظيمه للبنوك وفقا للأعراف المصرفية ؟

بالرجوع إلى النظام 02/93 المؤرخ في 03 يناير1993 المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك والوسطاء المعتمدين قد نص في مادته 02 على:(لا يمكن أن يتم إصدار عقود الضمان والضمان المقابل إلا في إطار الإلتزامات المتخذة وفقا للتشريع والتنظيم المتعلقين بالتجارة الخارجية والصرف الساري المفعول). [51]

وبالتالي نلاحظ أن هناك تباين بين نص المادة 68 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض والمادة 02 من النظام 02/93 ، فالمشرع الجزائري في قانون النقد والقرض قد إعتبر خطاب الضمان عملية مصرفية وذلك بقوله (يشكل عملية قرض ...) ترك الحرية للبنك في تنظيمها وفقا للأعراف المصرفية والأنظمة الصادرة من البنك المركزي.

أما بالنسبة للمادة الثانية من النظام 02/93 فنجدها قد حددت القانون الذي ينظم خطابات الضمان المصرفية بمختلف أنواعها والمتمثل في التشريع والتنظيم المتعلقين بالتجارة الخارجية .

وهنا نتسائل هل قصد البنك المركزي تنظيم خطابات الضمان الخارجية فقط ؟ فإذا كان الأمر كذلك فما هو القانون الذي يطبق على خطابات الضمان الداخلية ؟

يمكن أن نستخلص الإجابة عن التساؤل السابق بتمعن المادة 68 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، حيث أنها جاءت مطلقة فلم تحدد القانون الذي يجب تطبيقه على خطابات الضمان، مما يفهم منها أن مسألة تنظيم الخطاب يخضع للإتفاق بين العميل والبنك وفقا للأعراف المعمول بها من قبل المصارف و هنا تبرز وبوضوح فكرة الإرادة .

فإرادة أطراف تدخل في تكوين خطاب الضمان من عدمه، كما أن شروط خطاب الضمان ومدته، وكذلك قيمته تحدد حسب ما إتفق عليه الأطراف، ونفس الشيء بالنسبة للتعديل .

إضافة إلى ذلك فإن الفقه قد إعتبر أن العمليات المصرفية التي يقوم بها البنك، هي في مجملها عقود يغلب عليها الإتفاق بين البنك من جهة والعميل من جهة أخرى قصد تقديم خدمات مصرفية .

ومعظم البنوك الجزائرية تعمد إلى تسميته بخطاب الضمان متى تعلق بالتجارة الخارجية .[52]

يمكن القول بالرغم من أن الإرادة تلعب دور كبير في إنشاء خطاب الضمان المصرفي، إلا أنه وجب على المشرع الجزائري التدخل لتنظيم أحكام خطاب الضمان المصرفي، بإعتباره عقد من طبيعة خاصة يثير العديد من الإشكالات القانونية خاصة في مجال المنازعات .

وأمام فشل النظريات التقليدية في تحديد طبيعة خطاب الضمان مما نتجت عنه صعوبة في التكييف، ظهر إتجاه حديث إعتبر خطاب الضمان عملية شكلية محضة من عمليات البنوك الإئتمانية التي إبتدعها العرف المصرفي وقد ساهمت الأعراف الدولية في تنظيم أحكامها .

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

خاتمة

تناولت الدراسة مختلف الآراء الفقهية التي قيلت بشأن التكييف القانوني لخطاب الضمان كتعهد مكتوب صادر عن المصرف لغرض معين بناءا على طلب عميله بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص ثالث يسمى المستفيد دون قيد أو شرط بمجرد تقديمه طلب إليه بالدفع خلال المدة المعينة في الخطاب ويتميز هذا الخطاب بعدة خصائص من بينها أنه محرر مكتوب يحمل توقيع المصرف، محدد المدة ينص فيه صراحة على مدة سريانه وتاريخ إنتهائه و المستفيد ليس طرفا في العقد، فهو عملا تجاريا وليس ورقة تجارية ، كما أنه يقوم على الاعتبار الشخصي ،يتمثل محله في دفع مبلغ من النقود معينا أو قابلا للتعيين كما سبق و أن أشرنا إلى ذلك ويكون التزام البنك فيه مستقلا .

إلا أن الآراء الفقهية قد تباينت حول الطبيعة القانونية لخطاب الضمان مما أدى إلى صعوبة تكييفه، بين من حاول تفسيره من خلال النظريات العقدية التقليدية الواردة في القانون المدني كنظرية الكفالة والإنابة القاصرة والإشتراط لمصلحة الغير وكذلك الإرادة المنفردة ، لكن هذه النظريات شابها القصور و الفشل مما أدى إلى ظهور إتجاه معاصر إعتبر خطاب الضمان عملية مصـــرفية ذات طبيعة خاصة إبتدعتها الأعراف المصرفية لتحقيق هدف إقتصادي يتمثل في حلولها محل التأمين النقدي.

وبالتالي يمكن أن نقول بأن خطاب الضمان وإن كان يقترب من مفهوم كل من الكفالة والوكالة، إلا أن له كيان خاص به، كونه معاملة مصرفية إستحدثتها الأعراف المصرفية و التجارية، إضافة إلى مفهومه العام كوسيلة أو ضمانة من الضمانات التي تنفرد بخصائص مميزة للوفاء بالديون .

كما أن بقاء إلتزام البنك قائما بالدفع إلى حين إنقضاء أجل الخطاب دون المطالبة به أو وفقا لحالات الانقضاء العامة كالإبراء و التقادم المسقط والمقاصة و استحالة التنفيذ أو الحالات الخاصة و المتمثلة في مصادرة مبلغ الضمان من طرف الجهة المتعاقدة أو إعادة خطاب الضمان في حـالة تقديم ضمان أخر بدلا من الخطاب إلى البنك ، أو في حالات الرجوع سواء رجوع العميل على البنك أو رجوع الــبنك على العميل في حالة الوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد، جعله ينفرد بخصوصيات حددت طبيعته وجعلته ينفرد بنوعه كونه أساس نشأة البنوك ومصدرا لإستقرار العديد من الأعمال البنكية مما دفع بالمصارف العالمية إلى الإعتراف والعمل به .

كما يعد خطاب الضمان أسلوبا ناجحا تعتمده البنوك الأمريكية في تعاملاتها المصرفية، لما يوفره من ثقة للمتعاملين مما يشجع على الإستثمار، ويدفع بعجلة التنمية الإقتصادية نحو التقدم والرقي .

وبناءا على ما تقدم ذكره نرى أن :

1- تدخل المشرع الجزائري أصبح ضرورة ملحة خاصة وأن القواعد العرفية أصبحت غير كافية لحماية حقوق أطراف خطاب الضمان، وبتالي وجب على المشرع وضع أحكاما قانونية خاصة تحدد طبيعة خطاب الضمان المصرفي .

2- تطرح خطابات الضمان الخارجية أشكالا جد هامة خاصة إذا قام البنك المحلي بالوفاء بقيمتها للمستفيدين منها دون موافقة المراسل الأجنبي مصدر الخطاب مما يضعف من فعالية الضمان ضمن المعاملات التجارية الدولية، لذا ينبغي على البنوك المحلية أن ترتبط بمراسليها في الخارج عند إصدار أو تعزيز الضمان إلى حين إنقضائه مما يؤثر إيجابيا على سمعته .

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

الهوامش

[1]التنظيم 93 /02 المؤرخ في 1993/01/03 المتعلق بإصدار خطابات الضمان والضمان المقابلة من قبل البنوك الوسيطة المعتمدة .

[2]التعليمة رقم 171 المؤرخة في 21 جانفي 1985 المتعلقة بنماذج الضمانات البنكية الدولية .

[3] أنظر: قارون سهام ، **النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة**، 2007-2008، ص:104.

[4] أنظر: **محمود الكيلاني ، عمليات البنوك ، الجزء الأول ، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ، دار النشر والتوزيع ،عمان، الأردن**، 1992 ، ص 143 .

[5]أنظر: أكرم **ياملكي ، الأوراق التجارية وفقا لاتفاقية جنيف الموحدة و العمليلت المصرفية وفقا للاعراف الدولية**، (د،د،ن) 2001 ص 345.

[6] **راجع في ذلك، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، دار إحياء** التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 19 .

[7] أنظر: **زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، طبعة** 2001، ص: 16 .

[8]V.wenceslas Ella Andoume la cautionnement Donne A une société, université de nancy 2, 2010 p75.

[10] أنظر: محي الدين **إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول ، النسر الذهبي للطباعة والنشر، الإسكندرية**، 2001، ص : 50 .

[11] أنظر: **مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص** : 325 .

[12] نصت المادة 648 **من القانون المدني الجزائري على:« لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان إلتزام المكفول صحيحا** » .

[13] Stephane Piedelièvre, Droit bancaire, PUF Droit, 1er édition, 2003.

[14] أنظر: **قارون سهام، مرجع سابق، ص** 20 .

[15] أنظر: **علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، العقود التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة**، 1989.، ص 475.

[16] أنظر: **جمال جويدان الجمل، تشريعات مالية مصرفية، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان**، 2002، ص ص 97-98 .

[17] أنظر: **سميحة القليوبي، ، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة**42 ، العدد **الأول والثالث، الشركة المصرية للطباعة والنشر**، 1973. ص 61.

[18] Jean Louis Rives Lange, Monique Contamine Raynaud , Monique Contamine Raynaud, Droit bancaire, 6ème édition, Dalloz, 1995, p.726.

[19] -V. wenceslas Ella Andoume, Cité.Thése . p77.

[20]-نصت المادة 295 فـ1 من القانون المدني:(**إذا إتفق المتعاقدون في الإنابة أن يستبدلوا بإلتزام سابق لإلتزام جديد كانت هذه الإنابة تجديدا لإلتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا** ، وألا يكون هذا الأخير معسرا وقت الإنابة) .

[21] تنص المادة 294 **من القانون المدني الجزائري على:« تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين** مكان المدين ».

[22] أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص** 859 .

[23] - **جاسم علي سالم الشامسي، خطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته، ومدى توافقه مع الحدود الشرعية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان**، 2002، ص 405.

[24] أنظر: **هاني دويدار، المرجع السابق، ص** : 413 .

[25] - أنظر: **خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة ثانية**، 2005، ص: 131 .

[26] أنظر: **أمقران راضية ، المرجع السابق**، ص: 77 .

[27] **سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص**75 .

[28] أنظر:**محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق**، ص : 902 .

[29]- **هاني دويدار، المرجع نفسه، ص** 410.

ISSN : 2572-0007 EISSN: 2661-7250

[30] أنظر: أمقران راضية ، المرجع السابق، ص: 77 .

[34] أنظر: قارون سهام، مرجع سابق، ص 28.

[35] Jean Louis Rives Lange, Monique Contamine Raynaud, Op. Cit, p.727.

[36] أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص79.

[37] أنظر: يعقوب يوسف صرخوه، خطاب الضمان المصرفي في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 17، العدد الثالث، مجلة النشر العلمي، جامعة الكويت، 1993، ص100.

[31] أنظر : سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص75 .

[32] أنظر :محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص : 902 .

[33] -أنظر: سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 75 .

[38] أنظر: فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للإلتزام (دراسة مقارنة)، المجلد 28، العدد الأول، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، 2012، ص 136.

[39] V.Eric Nemadeur Djuitchoko,le traitment du contentieux bancaire,Saint Etienne, 2011,p 05.

[40] أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص87 .

[41] أنظر: سميحة القليوبي، المرجع نفسه، ص : 185 .

[42] أنظر: محمد سيد الفقي، القانون التجاري، الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص804 .

[43] أنظر: يعقوب يوسف صرخوه، المرجع السابق، ص 103.

[44] V. Eric Nemadeu Djuitchoko, cité thése/memoire.p 137.

[45] أنظر: الطيب محمد حامد التكينة، الخدمات المصرفية في ظل الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1983، ص 182.

[46] أنظر: فخر الأندلسي بن محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، الإحكام في أصول الأحكام، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، ط02، المجلد الأول، 1983، ص 13.

[47] -سورة المائدة، الآية 03 .

[48] -صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج/416، كتاب البيوع- باب النجش-

[49] أنظر: إبن حزم، ج2، ص 31 .

[50] أنظر: الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1976، ص 264 .

[51] أنظر: المادة 03 من النظام 02/93، المرجع السابق .

[52] http// .com . h 10 :30, 12/02/2019.