مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي
ISSN 1112-9255
المجلد6،العدد 2 – ديسمبر 2019
OEB Univ. Publish. Co.

الضمانات الشخصية المستحدثة

The new Personal guarantees

أسماء مرابط ، محمد دمانة، كمال بوداحرة، مخبر الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار الأغواط، الجزائر
asm.merabet@gmail.com

تاريخ التسليم:(2019/07/15)، تاريخ التقييم:(2019/08/07)،تاريخ القبول:(2019/09/09)

ملخص :

لقد كانت النظرة القانونية للكفالة المصرفية في بدايات العمل المصرفي على أنها امتداد للكفالة الشخصية التي يضم فيها المصرف ذمته إلى ذمة عميله قِبل المستفيد،ثم ظهرت خطابات الضمان وانتشر العمل بها، ليعرف العمل المصرفي نوعين من الكفالات:الأولى كفالة مصرفية مشروطة والثانية كفالة مصرفية غير مشروطة وهي ما يسمى بخطاب الضمان ، ومكمن الفرق بينهما في العلاقة بين التزام المصرف والعميل .

وبالرغم من أهمية هذا النوع من الكفالات واختلافه عن الكفالة المدنية إلا أن المشرع لم يتدخل لتنظيمها بأحكام خاصة واكتفى بالقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني رقم (58/75) المؤرخ في 1975/09/26المعدل والمتمم.لذا حاولنا في هذه الدراسة البحث عن مدى ملاءمة وكفاية الأحكام المنظمة للكفالة في تعزيز الضمان المصرفي ودعم المعاملات التجارية.

الكلمات المفتاحية: الضمان،الكفالة، الائتمان، خطاب الضمان، التأمين .

Abstract :

Guarantees are the legal means which aim to fulfill the obligation. It was the traditional view for Bank bails as an extension of personal bail، then appeared the letters of guarantee and spread work with it. Although the importance of this type of bails and there differences of civil bails but the legislator did not intervene to regulate them by special provisions suitability the work Commercial.

key words : Guarantee ;bail ; credit ;letters of guarantee ;insurance

* **المؤلف المراسل: أسماء مرابط، الإيميل: asm.merabet@gmail.com**

مقدمة:

الحقيقة أن التطور الذي يلاحق العمل المصرفي عموما، وعمليات الائتمان المصرفي بشكل خاص، يحتم على العاملين بالجهاز المصرفي الإلمام التام بمختلف ظروف كل عملية، وتعتبر وظيفة منح الائتمان من أهم وظائف البنوك، وبالتالي فإن حجم التسهيلات الممنوحة للعملاء يعتبر أحد المؤشرات المهمة لنجاح البنك .

ولقد أدت بعض عيوب الشهر في التأمينات العينية إلى ظهور التأمينات الشخصية، وبفضل رقي نظام المصارف أصبح المصرف هو الذي يضمن عميله بطرق عديدة،واعتبرت الكفالة الشخصية ضمانا مهما،من حيث أنها تبعث في البنك مزيدا من الثقة والاطمئنان، فتقرب بين البنك والمدين وتسهل التعامل بينهما وتزيد في الائتمان. وتغيرت النظرة للمصارف من مجرد وسيط إلى اعتبارها جهازا فعالا يعتمد عليه في تطوير وتنمية مختلف قطاعات الاقتصاد من خلال تقديمها للعديد من التسهيلات الائتمانية .

فظهرت الكفالات المصرفية من بين أهم التسهيلات الائتمانية غير المباشرة التي شاع استخدامها في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا ومنها انتشرت إلى باقي أنحاء العالم بسبب تطور العلاقات التجارية العالمية، ليظهر بعدها نوع آخر من الكفالات المصرفية أكثر ضمانا نتيجة إنشائه التزاما مستقلا ومنفصلا عن الالتزام المكفول وهذا الاستقلال هو روح وصميم خطابات الضمان التي تعتبر إحدى أهم العمليات المصرفية الهامة.

وهو الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مدى فعالية وكفاية أحكام الكفالة المصرفية في تعزيز الائتمان المصرفي وتسهيل المعاملات التجارية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي والمنهج التحليلي كل حسب الحاجة إليه لتحديد الطبيعة القانونية للكفالات المصرفية وخطابات الضمان وبيان خصوصيتهما.

وتتمثل فرضيات الدراسة في:

- أحكام الكفالة المصرفية هي نفسها أحكام الكفالة التقليدية الخاضعة للقانون المدني.
- الطبيعة الخاصة لخطابات الضمان ساهمت في تكريس أهميتاه بين الضمانات الحديثة .

وتظهر أهمية الكفالات المستحدثة باعتبارها وسيلة ضمان حديثة هامة مستقلة عن أي عقد كان سببا في منحها.

وارتأينا تقسيم الموضوع إلى جزأين تناولنا في المحور الأول الكفالات المصرفية بينما خصصنا المحور الثاني لتبيان خطابات الضمان كبديل حديث للكفالات المصرفية التقليدية.

أولا- الكفالة المصرفية: الكفالة المصرفية آلية ضمان ابتكرها العرف المصرفي ، حيث يعتبر تقديمها البديل المقبول المطلوب دفعه ، فهي صورة من صور الضمان المصرفي الذي يمكن تعريفه بأنه تلك

التأمينات التي يقدمها طالبوا الائتمان إلى البنوك في صورة نقدية أو عينية بشرط توافر عنصر الثقة بين الطرفين(ريمون فهيم،2012، ص 41)، فقد دأبت البنوك على مطالبة عميلها بالضمان المتفق عليه باعتباره صمام للأمان في حالة غير متوقعة كعدم مقدرته على
السداد، فالضمانات لا تجعل القرض الرديء جيدا لكنها تجعل من القرض الجيد قرضا أفضل(عبد المعدي،وجودة ،1999،ص 64).

1 – مفهوم الكفالة المصرفية:

لم ينص المشرع الجزائري على أحكام خاصة بالكفالة المصرفية، لذلك تسري عليها عموما القواعد العـــامة لعقد الكفالة التي نظمها القانون المدني الجزائري من المادة 644 إلى المادة 673 مع مراعاة الأحكام الخاصة باعتبارها عملا مصرفيا وبمقتضيات العرف التجاري.

أ– **تعريف الكفالة المصرفية:** لقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في نص المادة 644 من القانون المدني على أنها:(الكفالة عقد يلتزم بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه)، ويستخلص من هذا التعريف:

– انضمام ذمة مالية أخرى إلى ذمة المدين في ضمان تنفيذ الالتزام .

– أن عبارة (إذا لم يف به المدين نفسه) يجب أن لا يفهم منها أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف وهو عدم قيام المدين بالوفاء، وإنما تعهد الكفيل منجز ويقصد منها أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي(نبيل ابراهيم سعد،2005،ص11).

– أنه يمكن أن يكون التزام الكفيل مبلغا من النقود أو إعطاء شيء غير النقود،أو يكون عملا أو امتناعا عن عمل .

لكن للكفالة بالمفهوم المالي والمصرفي المعاصر مفهوما جديدا، إذ يقسم المصرفيون الكفالة إلى ثلاثة –
– أنواع(عمر مصطفى ،2010،ص203):

– كفالة عينية: ويقصد بها تقديم المدين أو كفيل المدين ضمانات عينية ضمانا للدين، ويقصد بالضمانات العينية ما يقدمه الكفيل من عقارات كضمان للوفاء بالالتزام، وتؤول ملكية هذه الضمانات للمصرف إذا تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه.

– كفالة شخصية: وتعني تقديم شخص كفيل أو أكثر يكفله كفالة تضامنية، وبذلك يحق للمصرف أن يطالب العميل أو الكفيل بما لها على العميل إذا لم يسدد هذا الأخير ما عليه من أقساط أو التزام تجاه المصرف.

– كفالة مصرفية.

وعليه فإن الكفالة المصرفية تتمثل في ضم ذمة البنك الكفيل إلى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالالتزام المكفول، فالبنك بقدرته المالية يستطيع أن يتدخل ليكفل أحد عملائه في مواجهة دائنيه (الدبوسي السيد،2015 ،ص135).

فهي تفترض وجود عقدين الأول يربط بين الدائن والمدين (العقد الأصلي)، والثاني يربط بين البنك بصفته كفيلا لعميله، ولا يكون المدين طرفا فيه ويسمى (عقد الكفالة) ويفي البنك – باعتباره كفيلا بموجب هذا العقد– بالالتزام المكفول إذا لم يف به المدين الأصلي(الدبوسي السيد،2015 ،ص136).

وانطلاقا مما تقدم نستنتج أن الكفالة المصرفية تتميز عن الكفالة المدنية من حيث أنه :

– في الكفالة المصرفية الكفيل مصرف وليس شخصا كما في الكفالة المدنية .

– وجوب تحديد شروط الكفالة المصرفية بدقة تامة بما فيها مدة الكفالة .

– محل التزام المصرف هو فع مبلغ نقدي وليس التزام بالقيام بعمل معين .

– للكفالة المصرفية ثلاثة أطراف هم : المصرف الكفيل والعميل المكفول والطرف المستفيد من الكفالة ، بينما طرفا عقد الكفالة المدنية هما الدائن والكفيل.

– لا يشترط رضا المدين ولا علمه في عقد الكفالة المدنية حسب نص المادة 672 من القانون المدني.

بينما في الكفالة المصرفية وإذا لم تكن كل الأمور واضحة عن وضع العميل المالي فلابد من تنسيق –

– اجتماع بين العميل والكفيل ومندوب البنك(عبد المعدي، وجودة،1999،ص 77).

أما أطراف الكفالة المصرفية فهم ثلاثة:

– المصرف الكفيل: وهو المصرف مصدر الكفالة وتعهد بكفالة عميله تجاه المستفيد وذلك بدفع مبلغ معين، إذا أخل العميل بشروط التعاقد أو عدم تنفيذه للالتزام .

– العميل المكفول: هو الشخص الذي صدرت الكفالة بناء على طلبه وكفله المصرف تجاه المستفيد ، وهو أكثر الأشخاص المنتفعين من الكفالة المصرفية .

– المستفيد من الكفالة المصرفية: وهو الجهة التي تصدر الكفالة لصالحها بالدفع في حالة امتناع المكفول عن الوفاء بالتزامه.

– أما أركان الكفالة المصرفية فتتمثل في: المبلغ الذي يجب ذكره في متن الكفالة والغرض الذي يجب أن يكون محددا وواضحا غير قابل للتأويل أو التفسير.

ب– الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية: مما ساعد على غموض الطبيعة القانونية للكفالة المصرفية في مجال الائتمان، أن يد المشرع لم تمتد إلى تنظيم تلك الوسيلة العملية التي ظهرت وانتشرت في عالم الأعمال، إذ لم ينظم المشرع الفرنسي على سبيل المثال سوى نوع واحد من التأمينات الشخصية وهو

الكفالة المدنية وما يقابلها في المجال التجاري والمتمثل في الضمان الاحتياطي(عبد الجواد،2004، ص 89) وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع الجزائري .

فبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري لا سيما نص المادة 651 منه نجد أن المشرع اعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، ليستثني الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق واعتبرها عملا تجاريا.

بينما تعتبر الكفالة المصرفية عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا لنص المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري التي اعتبرت كل عملية مصرفية عملا تجاريا ، وتعتبر عملا تجاريا بالتبعية طبقا نص المادة 4 من القانون التجاري التي اعتبرت كل الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بتجارته عملا تجاريا بالتبعية، مع إن المستشار تامر ريمون فهيم يرى أنه لا يمكن أن تكون الكفالة تجارية أبدا بطريق التبعية(ريمون فهيم،2012، ص 238).

كما اعتبر الاجتهاد اللبناني أن الكفالة تكون عملا تجاريا إذا كان للكفيل مصلحة شخصية في العمليات التجارية التي تدخَّل فيها ككفيل، أي أن يكون له مصلحة في أعمال المكفول التجارية،زمن ثم فلا شيء يمنه من اعتبار الكفالة المصرفية عملا تجاريا إذا كان الموجب الأصلي المضمون هو نفسه تجاريا لأن الكفالة هي موجب تبعي(عبده،2005، ص 90) ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك .

ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية أهمية من حيث الإثبات ومن حيث الاختصاص القضائي .

2- مزايا ومخاطر الكفالات المصرفية:

تعتبر الكفالة ضمانا مهما من الضمانات المصرفية، من حيث أنها تبعث في البنك المزيد من الثقة والاطمئنان، فتقرب بين البنك والمدين وتسهل التعامل بينهما وتزيد في الائتمان .

كما أن الكفالة لا تؤدي إلى حبس النقود في التداول كما يحدث في التأمينات النقدية مما يتيح أمام العميل طالب الإصدار فرصة استعمال النقود واستثمارها،و تنتهي بمجرد وفاء العميل بالتزاماته بينما الوديعة النقدية فإجراءات استردادها من الجهة المستفيدة تحتاج إلى وقت طويل، وبذلك توفر للمستفيد الكثير من الجهد والوقت لأنها تعفيه من القيام بالإجراءات الإدارية التي يتطلبها إيداع التأمين النقدي واستعادته(أمقران،2014، ص 26).

كما تظهر أهميتها كضمان بنكي في حالة امتلاك العميل للمبالغ المالية الكافية لتغطية قيمة الكفالة لكنه لا يريد تجميد هذا المبلغ ، فيلجأ لاستصدار كفالة مصرفية .

وعليه تبقى الكفالة كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي أداة مهمة بالنسبة للبنوك خاصة إذا كان الكفيل عميلا أو شخصا ذا وزن وسمعة طيبة،كما أنه وفي بعض الأحيان قد تحمي الكفالة المصرفية

البنوك الدائنة في ضمان سداد حقوقها المالية وذلك عند عدم كفاية الضمانات العينية في السداد وتعثر المدين في سداد قيمة التمويل(ريمون فهيم،2012، ص 258).

وإذا كان التعدد في المسؤولية في الكفالة المدنية لا ينفي حتما مخاطر الإعسار التي تهدم الكفالة وتجردها من أهم عناصرها ألا وهو الضمان فيضل هذا احتمال بعيد في الكفالة المصرفية باعتبار ذمة البنك غالبا ما تكون مليئة وبالتالي فاحتمال إعساره بعيد جدا، وبذلك تمنح ضمان قوي للدائن لاسترداد دينه في حالة إعسار المدين الأصلي باعتبار البنك الكفيل متضامن.

غير أنه يلاحظ وجود عوامل قد تحد من فعالية الكفالة المصرفية تتجلى في صرامة القواعد القانونية التي تحكمها فهي قواعد تتسم بالبطء والتعقيد نتيجة خضوعها للأحكام الخاصة بالكفالة الشخصية المنصوص عليها في القانون المدني، مما يجعلها عاجزة عن مسايرة السرعة التي تتم بها المعاملات المالية والتجارية، أما تلك الصرامة فتتجلى في صفة التبعية التي تعرفها الكفالة المصرفية،إذ لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين الأصلي أو على الأقل يجب أن يطالب الكفيل والمدين معا في وقت واحد، وبذلك فعلاقة الدائن بالبنك الكفيل تظل معرضة لكل ما يؤثر في علاقته بالزبون المكفول على اعتبار أن العلاقة الأولى مرتبطة بالثانية وتابعة لها ، وربما هذا ما يدفع البعض إلى الاتجاه إلى الضمانات المجردة من قبيل خطاب الضمان التي تنعدم فيها صفة التبعية ولها استقلال تام عن التزام الزبون المعني بالأمر بوصفه مدينا أصليا.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفي حال وفى الكفيل الدين للبنك الدائن، فله الرجوع على المدين بما وفاه، وللكفيل الموفي أن يرجع على المدين بدعوى شخصية ناشئة عن ذات الوفاء، وكذلك بدعوى الحلول لأنه يحل محل البنك الدائن في حقوقه قبل المدين المكفول(ريمون فهيم، 2012، ص 257).

ثانيا- خطابات الضمان:

لقد انتشرت خطابات الضمان البنكية لدى العديد من الدول كفرنسا وألمانيا ثم انتشرت في باقي دول العالم ، كما تطورت في العلاقات التجارية الدولية وبدأ يعرف هذا الضمان طريقه إلى العلاقات الداخلية، وهذا يرجع إلى أن هذا الضمان أكثر فعالية وقوة من الكفالة، وخاصة بعدما زادت الحماية القضائية للكفلاء وما ترتب على ذلك من عدم استقرار، علاوة على ذلك فإن تأثير الإجراءات الجماعية على الكفالة قد سمح لخطاب الضمان أن ينطلق(ابراهيم سعد،2005، ص 185).

1 - مفهوم خطاب الضمان:

تعددت تعريفات خطاب الضمان وكثرت المقولات في بيان ماهيته ومفهومه، وتمحورت التعريفات على عناصره الأساسية : المصرف والعميل والمستفيد ، والالتزامات المتبادلة بينهم وما يترتب على ذلك .

أ- **تعريف خطاب الضمان:** لم يتضمن القانون التجاري الجزائري النص على خطابات الضمان واكتفى المشرع بتنظيم عقد الكفالة في القانون المدني كما سبق بيانه، في حين نجد أن العديد من الدول العربية اعتمدت خطابات الضمان كأحد أهم العمليات المصرفية المستحدثة، فقد عرفته المادة 355 من قانون التجارة المصري على أنه: (تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر(يسمى المستفيد)،إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في خطاب الضمان ودون اعتداد بأية معارضة.

تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان)(ريمون فهيم،2012، ص293).

ويعرفه قانون التجارة الكويتي بأنه: (تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له الآمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر المستفيد،دون قيد أو شرط ،إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله)(مجلة إضاءات،(2011) ،مجلة مالية ومصرفية،معهد الدراسات المصرفية،الكويت،تم استرجاعها في 2018/09/20):

http://www.kibs.edu.kw/upload/GuaranteeLetter_385.pdf.

فهو ضمان يمنح بواسطة بنك بناء على طلب عميله معطي الأمر ويعطي للمستفيد إمكانية إقتضاء التنفيذ بمجرد الطلب، أي بطريقة آلية وغير مشروطة دون أن يقدم أي مبرر ليؤسس عليه طلبه،فهو يتميز بصفة آلية في التنفيذ كما هو الشأن بالنسبة للوديعة النقدية المودعة لحساب المستفيد والتي تكون تحت تصرفه في أية لحظة(ابراهيم سعد،2005، ص 186).

وعليه فخطاب الضمان أحد أشكال الكفالة المصرفية، فالبنك يقدم كفالات مصرفية عديدة لعملائه منها ما تقدم ومنها خطابات الضمان، ومن أهم الفروق بينهما(عمر مصطفي،2010، ص205):

– يلتزم المصرف في خطاب الضمان في مواجهة المستفيد بصفته أصيلا لا نائيا عن عميله، لأن التزام المصرف ليس تابعا للالتزام الأصلي وإنما مستقلا، بحيث يكون واجب التنفيذ فورا بمجرد صدور طلب المستفيد وبالرغم من أي معارضة من العميل .

– التزام المصرف في خطاب الضمان مجرد، 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 .

– والفروق القائمة بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان لا تعدو كونها اختلافات قانونية لا تؤثر في –

– الحكم الشرعي لهذه الكفالات،والدليل على ذلك التوجه الآن نحو استخدام الكفالات المصرفية وخطابات الضمان على أنهما مترادفان(عمر مصطفي،2010، ص 205).

ومما تقدم نستنتج خصائص خطاب الضمان :

– محرر مكتوب من شأنه أن يحمل توقيع المصرف .

– غير مقترن بأي قيد أو شرط حيث يلتزم المصرف بدفع مبلغ محددا من المال إلى المستفيد عند أول طلب منه ورغم كل معارضة يبديها العميل .

– تعهد شخصي من المصرف بالدفع للمستفيد فلا يجوز تحويله ولا تظهيره ولا التنازل عنه للغير، كما لا يجوز لدائني المستفيد توقيع حجز على حقه في الضمان .

– التزام الضامن في هذا الضمان ينشأ عن عقد ملزم لجانب واحد (إبراهيم سعد،2005، ص191).

وتجدر الإشارة إلى أن خطاب الضمان يقوم على علاقة ثلاثية تربط بين الأطراف المتعاقدة (مجلة إضاءات،2011) ،مجلة مالية ومصرفية،معهد الدراسات المصرفية،الكويت،تم استرجاعها في 2018/09/20): http://www.kibs.edu.kw/upload/GuaranteeLetter_385.pdf

– العميل (الآمر): وهو الجهة أو الشخص الذي يطلب من مصرفه إصدار خطاب الضمان، والعلاقة بين العميل والمستفيد مستقلة تماما عن علاقة كل منهما تجاه البنك .

– البنك (الضامن): هو الجهة مصدرة خطاب الضمان بناء على طلب العميل ووفقا لتعليماته.

– المستفيد: هو الجهة التي يصدر خطاب الضمان لصالحها ويحق لها الاستفادة منه.

ب– الطبيعة القانونية لخطاب الضمان : ينشأ عن عملية إصدار خطاب الضمان المصرفي، التزام البنك النهائي بدفع مبلغ من النقود للمستفيد في تاريخ معين، ورأينا أن من خصائص هذا الالتزام أنه مستقل عن العلاقات السابقة عنه والتي تربط بين أطرافه، كما أنه لا يستند إلى عقد أو اتفاق سابق بين البنك والمستفيد. إن هذا الوضع أثار خلافا حول تحديد طبيعته القانونية، والتي تعد من الصعوبات الجوهرية التي تواجه خطاب الضمان المصرفي، حيث طرحت بحدة سواء من الناحية الفقهية (الشرعية) أو القانونية.

– **التكييف الشرعي:** إن خطاب الضمان من العقود المستحدثة الذي يجمع بين أحكام عدد من العقود المسماة من الكفالة والوكالة وغيرها وله خصائص ينفرد بها عن هذه العقود وإن اشترك معها في بعض الأحكام مما يجعله عقداً جديداً، والشريعة الإسلامية لا تمنع وجود صور جديدة لعقود المعاملات فالأصل في العقود والشروط الإباحة كما هو مقرر، هذا وقد اعتبر خطاب الضمان علاقة جديدة تنشأ بين البنك والمورد، يشغل البنك فيها ذمته بحق المورد بالتزامه وحده، ويصبح المورد مستحقاً عليه، فهذه العلاقة هي نوع جديد من الضمان ليس كالكفالة وإنما هو من ابتكار العرف المصرفي، نشأ نتيجة تطور الأعمال التجارية والحياة الاقتصادية بصفة عامة(الصوا،1996،ص159).

ومن خلال استعراض أقوال الفقهاء المعاصرين للتكييف الشرعي لخطاب الضمان في العقود المصرفية نجد أن اختلاف الباحثين الشرعيين في التكييف الفقهي لخطاب الضمان في العقود التجارية

نابع من اختلافهم في عملية إصدار خطاب الضمان وتدرج خطواتها كما كان الأمر ترجيحاً لما يرى انه الصيغة الفقهية الأقرب لما عليه خطاب الضمان في العقود التجارية ولمعرفة التكييف الفقهي الصحيح لابد من مراجعة العملية التي يتم فيها إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية التي يقوم بها البنك للوصول إلى التكييف الأقرب لخطاب الضمان في العقود التجارية من خلال خطوات إصداره وهي(عمر مصطفى،2010، ص211):

– تقديم نموذج طلب للضمان: يقوم المستورد بتقديم طلب للبنك لإصدار خطاب الضمان في العقود التجارية.

– دراسة مركز المستورد: يقوم البنك التحقق من الطلب وبدارسة المركز المالي للمستورد من قبل لجنة خاصة يوكل إليها القيام بهذه الدارسة.

– إصدار قرار نهائي: بعد دراسة حالة المستورد والتأكد من مركزه المالي يتم إصدار قرار نهائي من قبل اللجنة للموافقة على إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية ويحال هذا القرار إلى القسم المختص ليتم اتخاذ الإجراءات اللازمة بخصوص ذلك.

– طلب الغطاء التأمين: في هذه المرحلة يطلب البنك غطاء قيمة الخطاب من المستورد والتي تتراوح بين 25% إلى 100% بحسب ثقة المستورد التي يتمتع بها لدى البنك.

– طلب العمولة: يأخذ البنك الإسلامي عمولة (أجرة) من المستورد على شكل نسبة مئوية في حالتين: – الأولى: مبلغ العملية محل الضمان، والثانية: مدة تسديد المستورد للأقساط، وهذه العمولة تؤخذ من البداية في حالة موافقة البنك إصدار خطاب الضمان ، ولا علاقة لها لما تبقى على المستورد والذي يدفعه البنك.

وبعد تتبع خطوات إصدار خطاب الضمان في العقود المصرفية يتضح أن خطاب الضمان يتضمن معنى الكفالة لأنه التزام من البنك للمورد، كما يتضمن معنى الوكالة حيث يقوم البنك نيابة عن المستورد بإجراءات إتمام ما يشمل عليه خطاب الضمان في العقود التجارية، ويستحق ما يدفعه البنك على المستورد في دفعه للمورد.

– **التكييف القانوني** : يتجه فقهاء القانون في الدول الأوروبية إلى التفرقة بين الكفالة وخطاب الضمان، ولذلك تستعمل اللغات المختلفة مصطلحات مختلفة للتعبير عن النوعين، بينما في اسبانيا لا يستعمل إلا مصطلحا واحدا وهو الكفالة وفي داخل هذا المصطلح يميز بين الكفالة التبعية والكفالة غير التبعية(إبراهيم سعد، 2005، ص194). ويتجه جانب آخر إلى اعتبار عقد خطاب الضمان عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في الوقت الحالي(إبراهيم سعد،2005، ص195).

بينما ينطلق الدكتور حمدي عبد العظيم في تكييف خطاب الضمان من كون الكفالة تعتبر في الأصل خطاب ضمان، وتنقسم العلاقات التي تحكم خطاب الضمان إلى ثلاث علاقات: علاقة العميل بالمستفيد

وعادة ما تكون عقد توريد أو مقاولة ويحكمها عقد التوريد أو المقاولة أو عقد الضمان، العلاقة الثانية علاقة البنك بالعميل (طالب خطاب الضمان) ويحكمها عقد الاعتماد بالكفالة أو عقد الضمان ثم علاقة البنك بالمستفيد ويقصد بها العلاقة بين البنك والمورد أو صاحب المشروع الذي يصدر خطاب الضمان لصالحه(عبد المنعم ،ص110).

بينما نعتقد أن خطاب الضمان في أصله كفالة تغيرت أحكامها وكُيفت لتتلاءم مع طبيعته الخاصة فمن خلال ما تقدم يظهر أن خطاب الضمان هو كفالة غير مشروطة (مستقلة)،بينما لم يعرفها القانون الجزائري ولم يشر إليها،بينما اكتف القضاء باعتبارها كفالة بنكية مختلفة عن الكفالة المنظمة في القانون المدني.

2- خطابات الضمان بديل للضمانات المصرفية التقليدية:

إن إصدار خطابات الضمان تعتبر من العمليات المصرفية الأساسية، وهي تلعب دورا كبيرا في دفع العمل التجاري والاقتصادي في الدولة إلى الأمام، حيث تعتبر حجر الزاوية في العمليات التجارية التي قد لا تكتمل ما لم يتم تقديم خطاب الضمان،لأنه بمثابة أداة لخلق الثقة وتيسير التعامل بين المتعاملين(مجلة إضاءات،(2011)،مجلة مالية ومصرفية،معهد الدراسات المصرفية،الكويت،تم استرجاعها في 2018/09/20) .

تقوم خطابات الضمان بدور هام في الحياة الاقتصادية حيث أنها تمثل بديلا عن التأمين النقدي لضمان حسن تنفيذ الالتزامات الناشئة بين المتعاقدين، وهي تمنح مزايا متعددة لكل الأطراف سواء كان العميل (الآمر) طالب الإصدار)، أو المستفيد منه الذي صدر لصالحه الضمان أو البنك الذي أصدر خطاب الضمان.

كما يستمد هذا الضمان فعاليته وقوته من استقلالية التزام الضامن في مواجهة المستفيد عن العلاقة بين معطي الأمر والمستفيد مما يترتب على ذلك عدم جواز الدفع من جانب البنك الضامن بالدفوع المستمدة من العقد الأساسي، والتي كان يستطيع أن يدفع بها معطي الأمر في مواجهة المستفيد(ابراهيم سعد،2005، ص 196)،كما أنه يعتبر سندا ودعامة قوية يستند عليها العميل عند التعاقد وأثناء تنفيذ العقد.

يرى معظم الفقهاء أن خطاب الضمان المغطى بالكامل من قبل المتعامل يصدر على أساس الوكالة، ويكون البنك في هذه الحالة قد قدم للمتعامل معه خدمة بنكية تتمثل في الالتزام بالوفاء بدينه إلى المستفيد، حيث إن ثقة المستفيد في البنك أعلى من ثقته في المتعامل بالإضافة إلى ما يوفره التعامل البنكي عموماً من أمان وثقة وضمان،

ويكون ما يتقاضاه البنك في هذه الحالة من قبيل الأجر على ما بذله من جهد وقام به من عمل.

وتجدر الإشارة أن الهيئات الشرعية للبنوك الإسلامية ترى أنه خاضع للرقابة الشرعية ويهدف لتحقيق الربح المشروع من وراء الخدمات البنكية، فإنه في حالة إصدار خطاب الضمان غير المغطى ولتفادي شبهة الربا لابد أن يتم إصداره في صيغة المشاركة أو المضاربة حيث يكون للبنك الكفيل نصيب من الربح بدل العمولة أو الفائدة (الربا) التي تبقى زيادة تنتج عن قرض تقليدي، مرفوضة شرعا مهما اختلفت التسمية وهكذا تم إيجاد البديل المتمثل في عقود لخطاب الضمان غير المغطى على شكل(مصطفى حادق،2007،خطاب الضمان البنكي بالمغرب،الواقع والبديل،جريدة المحجة الالكترونية،تم استرجاعها يوم2018/10/10):http://almahajjafes.net/2007/12خطاب–الضمان–البنكي الكفالة– بالمغرب

بالإمكان كذلك إصدار خطاب ضمان يقوم على أساس التمويل بصيغة المضاربة من خلال تطبيق نموذج لخطابات الضمان التي تصدرها البنوك الإسلامية يعتمد على ما يلي(عبد العظيم ،1996،ص 79):

– اعتبار العميل طالب خطاب الضمان رب عمل في عقد مضاربة شرعية مع البنك (رب المال).

– عدم حصول البنك على أية عمولات، أو مصروفات مقابل إصدار خطاب الضمان للعميل.

– اقتسام أرباح المضاربة بين البنك والعميل بالنسب التي يتم الاتفاق عليها –سلفا– في عقد المضاربة الشرعية.

– عدم رجوع البنك على العميل، طالب خطاب الضمان، ما لم يثبت تقصيره أو إهماله.

.– عدم تغطية خطاب الضمان، سواء بشكل جزئي أو كلي.

– يمكن تطبيق النموذج في حالة الأشخاص الطبيعية، والأشخاص المعنوية في نفس الوقت.

وأخيرا يستفيد البنك، من إصداره لهذه الخطابات، لأنه يتقاضى عمولة من عميله تتناسب مع قيمة الضمان وأجله، ونوع العملية المطلوب تقديم خطاب الضمان عنها.

وخطاب الضمان لا تسدد قيمته للمستفيد في أغلب الأحوال، ولا يكلف البنك في إصداره إلا نفقات إدارية بسيطة إذا ما قورنت بعمليات مصرفية أخرى ،كما لا يتحمل البنك في النهاية خسارة إذا ما دفع قيمة الضمان، إذ يحتفظ عادة بغطاء ويأخذ على العميل تعهدات كافية، تضمن له سداد هذه القيمة، ورجوعه على العميل هذا فضلا على أن أموال العميل تشكل ضمانا عاما للبنك.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن البنك يهدف من وراء إصدار خطابات الضمان تحقيق هدف آخر، ألا وهو خدمة عملائه الذين تربطهم به علاقات مصرفية أخرى أكثر ربحا للبنك.

ومن كل هذه المزايا التي تترتب عن الضمانة لفائدة أطرافها يتضح مدى تمييزها واختلافها عن التأمينات التقليدية المعروفة كالكفالة وغيرها، وهي من الأمور التي كانت وراء اتساع مجالات استخدامها مقارنة بباقي الأنظمة المشابهة.

وفي الختام، نرى أن تقديم البديل في مجال التمويل البنكي تحتاج أولا وقبل كل شيء إلى تدخل الفقهاء لتنوير المتعاملين وإلى إرادة فعلية من طرف البنوك و إلى المزيد من الجهود والمنافسة في هذا الميدان لتسويق كافة المنتجات البنكية البديلة القائمة، بما فيها خطاب الضمان بالصور البديلة والعمل على نشرها بين المتعاملين بدل التركيز فقط على سياسة تكريس القرض التقليدي كمنتج وحيد لا بديل عنه، يحظى بالتسويق المفرط دون غيره.

ولن يتأتى ذلك بصورة فعالة إلا بتنظيم المشرع لهذه الضمانة الهامة في مجال الائتمان المصرفي وذلك بالنص صراحة على خطابات الضمان باعتبارها عملا تجاريا هاما وأداة لتعزيز الضمان ودعم الاقتصاد محليا وخارجيا.

خاتمة:

وبناء على ما سبق يتبين أن الكفالة المصرفية نظام قانوني متميز عن الكفالة الشخصية،كما أن اللجوء إلى القواعد العامة التي تحكم بعض النظم المشابهة لتطبق على خطابات الضمان لا يقوم على أساس قانوني نظرا للاختلافات الجوهرية القائمة بينهما، لهذا حاولت بعض الأنظمة القانونية الداخلية والهيئات الدولية الاعتراف بتأصيل قانوني متميز للضمانات المستقلة بعيدا عن كل نظام قانوني قائم، أي بالانطلاق من وضعيتها القانونية الذاتية التي ساهم العرف وإرادة الأطراف وكذا الأهمية العملية التي تتميز بها في بلورتها وتكريسها خاصة في ميدان التجارة الخارجية.

وانطلاقا من كل ما تقدم فإنه ومن بين أهم التوصيات التي نخلص إليها:

– ضرورة تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الكفالات المصرفية في القانون التجاري بدل إخضاعها للأحكام الواردة في القانون المدني والمتعلقة بأحكام الكفالة المدنية .

– ضرورة مسايرة المشرع لأغلب الدول في العالم ومن بينها العربية في النص على خطابات الضمان كآلية هامة لتعزيز الائتمان المصرفي وكضمان بديل وحديث في المجال البنكي والتجاري، خاصة أن أغلب البنوك لاسيما الإسلامية في الواقع العملي تتعامل بها من دون وضعها في نطاقها القانوني السليم.

– إنشاء برامج شراكة مع الدول الرائدة في المجال الاقتصادي والقيام بدورات توعوية وتربصات لمديري البنوك والمؤسسات المالية تمكنهم من مسايرة التطور الحاصل في المجال الاقتصادي في العالم.

قائمة المراجع:

– الأمر رقم(58/75) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم (05/07) المؤرخ في2007/05/13 ،المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2007،العدد31.

– تامر ريمون، فهيم،(2012)،ضمانات الائتمان المصرفي،دار النهضة العربية،ط1،القاهرة.

– عبد المعدي،رضا أرشيد،و جودة، محفوظ أحمد،(1999)،إدارة الائتمان،دار وائل ،ط1 ،عمان.

– نبيل إبراهيم، سعد،(2005) ،التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب ،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية.

– عمر مصطفى،جبر إسماعيل،(2010)،ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها،دار النفائس ،ط1،عمان.

– الدبوسي السيد،أحمد مصطفى،(2015)،التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول، دراسة تحليلية مقارنة،مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية.

–عبد الجواد،محمد أحمد،(2004)،خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مال الائتمان،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية.

– عبده ،محمد علي،(2005) ،عقد الكفالة، دراسة مقارنة،منشورات زين الحقوقية ،منشورات زين الحقوقية،لبنان.

– أمقران،راضية ،(2014) ،خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر ،الجزائر).

– مجلة إضاءات،(2011)،مجلة مالية ومصرفية ،معهد الدراسات المصرفية، لكويت،خطابات الضمان،تم استرجاعها في:http://www.kibs.edu.kw/upload/GuaranteeLetter_385.pdf

– الصوا،علي محمد،(1996)، خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية، مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون،الجامعة الأردنية،الأردن.

– عبد المنعم،خالد ،(د س ن)، ملخصات موسوعة الاقتصاد الإسلامي،المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة.

– مصطفى،حادق،(2007)،خطاب الضمان البنكي في المغرب،الواقع والبديل،جريدة المحجة الالكترونية،المغرب، العدد 288، تم استرجاعها في:2018/10/10:
http://almahajjafes.net/2007/12/خطاب–الضمان–البنكي الكفالة–بالمغرب–ال/

– عبد العظيم،حمدي،(1996)،خطاب الضمان في البنوك الإسلامية،المعهد العالمي للفكر الإسلامي.