مجلة كلية الحقوق

دورية علمية محكمة

المجلد الرابع - العدد الأول - يونيو ٢٠٢١م

بسم الله الرحمن الرحيم

Minia university
Faculty of Law
Journal of Faculty of Law

جامعة المنيا
كلية الحقوق
مجلة كلية الحقوق

Online ISSN 2786 - 0043 الترهيم الالكتروني:

ISSN 2537 – 056X الترهيم الدولي:

مجلة كلية الحقوق – جامعة المنيا

دورية علمية محكمة

تصدر عن كلية الحقوق – جامعة المنيا

المشرف العام ورئيس التحرير

الأستاذ الدكتور/ حسن سند

عميد الكلية

مدير التحرير

الأستاذ الدكتور/ حشمت محمد عبده

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد

ووكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث

المسئول التنفيذي

أ/ ابرام محسن ظريف

المجلد الرابع - العدد الأول – يونيو ٢٠٢١م

Minia university
Faculty of Law
Journal of Faculty of Law

جامعة المنيا
كلية الحقوق
مجلة كلية الحقوق

Online ISSN 2786 - 0043 الترهيم الالكتروني:

ISSN 2537 – 056X الترهيم الدولي:

هيئة التحرير

المشرف العام

الأستاذ الدكتور/ حسن سند عميد الكلية

مستشارو التحرير:

السيد الدكتور/ حمـــاده حسـن محمـد

السيد الدكتور/ جمال عاطف عبد الغني

السيد الدكتور/ رجب محمود زكى احمـد

مدير التحرير

الأستاذ الدكتور/ حشمت محمد عبده

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد

ووكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث

Minia university
Faculty of Law
Journal of Faculty of Law
جامعة المنيا
كلية الحقوق
مجلة كلية الحقوق
Online ISSN 2786 - 0043 الترهيم الالكتروني:
ISSN 2537 – 056X الترهيم الدولي:

كلمة افتتاحية العدد الأول ـ المجلد الرابع

من مجلة كلية الحقوق ـ جامعة المنيا

بسم الله الرحمن الرحيم.. وعلى بركته وحسن توفيقه نستفتح العدد الأول من المجلد الرابع لمجلة كلية الحقوق – جامعة المنيا.

وقد ضمناه جملة مختارة من البحوث المهمة في مادة تخصصها فجاء ثرياً بالدراسات المتنوعة لتحتضن منتخبات البحوث المميزة التي اجتهدت الأساتذة في إعدادها وعرضها وفقاً لما تقتضيه الأعراف الجامعية.

نسأل الله أن يتقبلها وينتفع بها ويبارك الجهود..،

أ.د/ حسن سند

عميد الكلية ورئيس التحرير

Minia university
Faculty of Law
Journal of Faculty of Law
جامعة المنيا
كلية الحقوق
مجلة كلية الحقوق
Online ISSN 2786 - 0043 الترهيم الالكتروني:
ISSN 2537 – 056X الترهيم الدولي:

اللائحة الخاصة بقواعد النشر بمجلة كلية الحقوق – جامعة المنيا

تشترط المجلة مجموعة من المواصفات التي يجب توافرها في الأبحاث المقدمة وهي:

- إلا يزيد حجم البحث عن ١٠٠ صفحة بحجم A4 على ان تكون الهوامش ٣ سم من كافة الجوانب، ويمكن قبول الأبحاث التي تصل إلى حد أقصي ١٢٠ صفحة إذا رأت لجنة التحكيم ان موضوع البحث يقتضي ذلك، على ان يتحمل الباحث رسوم طباعة إضافية مقابل قدرها مئتان جنيه، وذلك بعد قبول البحث للنشر.
- يجب ان يحتوي البحث على مقدمة توضح موضوع البحث وأهميته والمشكلة التي يتعرض لها والفراغ الذي من شأن البحث أن يملأه في الأدبيات ذات الصلة، أما الموضوع نفسه فيجب أن يتم طرحه باستخدام طريقة أو طرق عملية منهجية منطقية وواضحة.
- يجب ان يحتوي البحث على المحتويات الآتية: عنوان البحث بشرط ألا يزيد عن ٣٠ كلمة، كلمات دالة مفتاحية لا تزيد عن ١٠ كلمات، ملخص للبحث فيما لا يزيد عن ١٠٠٠ كلمة، قائمة المراجع، قائمة الصور والأشكال والرسوم التوضيحية إن وجدت مرقمة وفقاً لما جاء بالبحث.
- أن تحتوي الصفحة الأولي على جميع البيانات الخاصة بالباحث أو الباحثين القائمين بإعداد البحث وتتضمن: "الاسم الثلاثي، الوظيفة الحالية، اسم الجامعة، التليفون، عنوان المراسلة، البريد الإلكتروني حتى يمكن التواصل معه".

Online ISSN 2786 - 0043 الترقيم الالكتروني: ISSN 2537 – 056X الترقيم الدولي:

- تقع المسئولية على الباحث في الحصول على تصريح باستخدام مادة علمية لها حق الطبع وهذا يشمل النسخ المصورة من مواد نشرها من قبل.
- في حالة الاستعانة بمعلومة أو جدول أو شكل أو صورة من آي مصدر آخر (سواء أكان مطبوعاً أم إلكترونياً) فإنه يجب الإشارة سواء في النص أو في الحواشي إلى ذلك المصدر، أما في حال الاقتباس الحرفي فيجب إضافة الإشارة إلى مصدره – أن يوضع ذلك الاقتباس بين علامتي تنصيص.
- عدم الإشارة إلى المصادر التي تمت الاستعانة بها أو الاقتباس منها يعد اعتداء (Plagiarism) على الملكية الفكرية الخاصة بآخرين، وهو ما قد يؤثر سلباً على المصداقية والسمعة العلمية لصاحب البحث، شبكة المعلومات.
- لا يصح الاعتماد على مصادر غير معترف بها أكاديمياً مثل: الموسوعات والمنتديات المنتشرة على شبكة المعلومات الدولية.
- يتبع أسلوب " The Chicago Manual of Style – Humanities Style" في توثيق المراجع.
- يراعي استخدام برنامج الكتابة MS Word خط ١٤ Simplified Arabic في كتابة البحث، وخط ١٢ Times New Roman في كتابة الهوامش، على حجم ورق A4 على ان تكون الهوامش ٣ سم من كافة الجوانب.

Online ISSN 2786 - 0043 الترقيم الالكتروني: ISSN 2537 – 056X الترقيم الدولي:

- يجب ان تكون المسافة بين الأسطر – سواء في النص أو الحواشي – مفردة (Single – spaced) كما يجب إلا تترك مسافات زائدة بين الأسطر في آي من أجزاء البحث.
- يجب ان يكتب العنوان الرئيسي بخط سميك (Bold)، وكذلك يجب إلا تكتب العناوين بحروف مائلة أو يوضع تحتها آية خطوط، كما لا يفضل أن يسبق العناوين (سواء رئيسية أو فرعية) آية أرقام، وألا يتبعها آية علامات ترقيم (مثل النقطتان الرأسيتان والشرطة:–).
- يراعى عدم استخدام أنماط متعددة أو خطوط مختلفة الحجم.
- يجب أن يتم تسليم الأبحاث للمجلة بمدة شهرين على الأقل قبل تاريخ صدور العدد المراد النشر فيه، وتقدم نسخه من الأبحاث على أسطوانة مدمجة (CD)، USB Flash Disk أو عبر البريد الإلكتروني وكذلك نسخه مطبوعة على ورق A4 (من وجه واحد)، وذلك إما بتسليمه بمقر المجلة بكلية الحقوق – جامعة المنيا أو إرساله بالبريد على العنوان التالي: مجلة كلية الحقوق – كلية الحقوق – جامعة المنيا، مدينة المنيا – المنيا. ويقوم السيد مدير التحرير بتلقي الأبحاث.
- بعد استلام البحث من قبل إدارة المجلة، يخضع لفحص مبدئي بمعرفة هيئة التحرير والتي تأخذ قرارها بتمريره بصورة سرية (دون ذكر هوية المؤلف) إلى المحكمين المناسبين وفقاً للموضوع الذي يتناوله البحث مع مراعاه ان يكون احد المحكمين من داخل الجامعة والأخر من خارجها. هذا ومن حق هيئة التحرير الرجوع

Online ISSN 2786 - 0043 الترقيم الالكتروني: ISSN 2537 – 056X الترقيم الدولي:

إلى الباحث لإجراء بعض التعديلات الضرورية علية قبل إرساله إلى المحكمين، ويمكنها أيضاً عدم قبول البحث نهائياً اذا رأت ذلك.

- في حالة القبول المبدئي للبحث، تقوم هيئة التحرير بتحديد أسماء المحكمين اللذين سيقومان بتقييمه وكتابة التقرير النهائي عنه (عاده ما يستغرق عمل المحكمين مده لا تزيد على الشهر). تأتي عملية التحكيم بواحدة من ثلاث نتائج: إما قبول البحث للنشر بدون تعديلات، وإما قبوله مع إجراء تعديلات، وإما الاعتذار عن عدم قبوله. في الحالة الثانية (قبول البحث بتعديلات) يتم إرساله للباحث لإجراء التعديلات التي حددها المحكمين. ولا يكون مسموحاً للباحث في هذه المرحلة ان يقوم بآية تعديلات تتضمن إضافة أو حذف بخلاف ما قرره المحكمون. على المؤلف ان يقوم بإجراء تلك التعديلات في مده لا تتجاوز الأسبوعين.
- اذا قبل احد المحكمين البحث ورفضه المحكم الثاني، يحال البحث لاحد أعضاء اللجنة العلمية في تخصص البحث للبت في قبول البحث أو رفضه.
- في هذه المرحلة، يختار المؤلف الوسيلة المناسبة له لاستلام البحث وتسلمه: وذلك أما بقدومه شخصياً لمقر المجلة بكلية الحقوق – جامعة المنيا – محافظة المنيا، أو أن تقوم هيئة التحرير بإرسال البحث له عن طريق البريد الإلكتروني.
- بعد إجراء التعديلات من قبل المؤلف، تقوم هيئة التحرير بمراجعة ذلك للتأكد من ان كافة التعديلات قد أخذت بالاعتبار على نحو

Online ISSN 2786 - 0043 الترقيم الالكتروني: ISSN 2537 – 056X الترقيم الدولي:

مرض، ثم يرسل البحث للمدقق اللغوي الذي يستغرق عمله ما لا يزيد عن أسبوعين.

- تخضع الأبحاث بعد ذلك لمرحلة أخيرة من التدقيق والمراجعة بمعرفة هيئة التحرير، يتم خلالها التأكد من خلو الأبحاث من أية أخطاء لغوية أو إملائية، وكذا التأكد من أن جميع المقالات بالعدد المنتظر صدوره مطابقة للمواصفات الخاصة بالمجلة. بعد ذلك يتم تحويل المقالات إلى أعمده ثم تحفظ بصيغة الـ PDF وذلك لإرسالها للمطبعة. تستغرق مرحلة الإخراج النهائي هذه مده تتراوح ما بين أسبوعين إلى ثلاثة، وهى نفس المدة تقريباً التي تستغرقها مرحلة الطباعة.
- تنشر الأبحاث حسب أسبقية الموافقة على نشرها.

Minia university
Faculty of Law
Journal of Faculty of Law
جامعة المنيا
كلية الحقوق
مجلة كلية الحقوق
الترهيم الدولي: ISSN 2537 – 056X
الترهيم الالكتروني: Online ISSN 2786 - 0043

المحتـــوي

م	الموضوع	الصفحة
١	تعريف قاعدة توازي الأشكال والإجراءات في القرارات الإدارية المضادة وموقف كلاً من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري من التعريف ونطاق تطبيق القاعدة أ.د/ عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان أستاذ بقسم القانون العام - كلية الحقوق - جامعة بنى سويف الباحث/ وائل عاطف محمد حامد	من ١ إلى ٤٢
٢	النظام القانوني للأسهم الممتازة في الشركات المساهمة دراسة في قانون الشركات التجارية العماني الدكتور/ هلال بن محمد بن سليمان العلوي أستاذ القانون التجاري المساعد رئيس قسم القانون - أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة	من ٤٣ إلي ٨٨
٣	عمليات الضمان المقابل الدولية مستخرج من رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون أ.د/ خليل فيكتور تادرس أستاذ القانون التجاري - كلية الحقوق - جامعة القاهرة الباحث/ هانى جورجي وهبه مينا	من ٨٩ إلى ١٧٢
٤	جائحة فيروس كورونا المستجد بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية (في النظام السعودي) بحث مقدم لنيل درجة الماجستير الدكتور/ محمد بن حسن القحطاني أستاذ القانون الإداري والدستوري المشارك كلية الحقوق - جامعة الملك عبدالعزيز - المملكة العربية السعودية الباحث/ إبراهيم بن محمد بن ضيف الله الزايدي	من ١٧٣ إلى ٢٨٤

Minia university
Faculty of Law
Journal of Faculty of Law
جامعة المنيا
كلية الحقوق
مجلة كلية الحقوق
MINIA UNIVERSITY
Online ISSN 2786 - 0043 الترهيم الالكتروني:
ISSN 2537 – 056X الترهيم الدولي:

م	الموضوع	الصفحة
٥	دور نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم في الحد من امتناع جهة الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية والآثار المترتبة على ذلك (دراسة تحليلية نقدية) الدكتور/ محمد بن حسن القحطاني أستاذ القانون الإداري والدستوري المشارك كلية الحقوق - جامعة الملك عبدالعزيز - المملكة العربية السعودية الباحث/ عبدالعزيز محمد عبدالعزيز الحارثي	من ٢٨٥ إلى ٣٧٢
٦	العلاقة بين الضمان المقابل وضمان الدرجة الأولى مستخرج من رسالة لنيل درجه الدكتوراه في القانون أ.د/ خليل فيكتور تادرس أستاذ القانون التجاري - كلية الحقوق - جامعة القاهرة الباحث/ هانى جورجي وهبه مينا	من ٣٧٣ إلى ٤٤٦
٨	الرقابة القضائية على قرارات الفسخ بمعرفة الإدارة (بحث مقدم لاستكمال إجراءات الحصول على درجة الماجستير) أ.د/ عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان أستاذ القانون العام - كلية الحقوق - جامعة بنى سويف الباحثة/ إسراء حجازي على حسن	من ٤٤٧ إلى ٥٠٨

بحث بعنوان

عمليات الضمان المقابل الدولية

مستخرج من رسالة لنيل

درجة الدكتوراه في القانون

مقدم إلى

كلية الحقوق - جامعة المنيا

قسم القانون العام (تجاري)

أ.د/ خليل فيكتور تادرس

أستاذ القانون التجاري

كلية الحقوق – جامعة القاهرة

الباحث/ هانى جورجي وهبه مينا

عمليات الضمان المقابل الدولية

مقدمة

إن نشأة الضمانات المقابلة في مجال عمليات التجارة الدولية ترتبط ارتباطاً مباشراً باختلافات الثقافات والاقتصاد والأنظمة القانونية للمتعاقدين الذين يظهرون رغبتهم في تجنب تحمل القيود المتعلقة بالطابع الدولي للعملية وذلك من خلال إصدار ضمانات تتفق مع السوق، ولذلك نجد أن المستفيدين الأجانب قد فرضوا على المصدرين ضرورة تدخل البنوك المحلية في بلدهم لضمان العملية وبعد ذلك يتم تغطيتها من قبل بنك في بلد المدين.

ومع ذلك، قد تؤدي الصعوبات المرتبطة بالطابع الدولي للعملية في بعض الأحيان إلى تشجيع التعاون وبصفة خاصة بين بعض الشركات لمساعدة شركائها في الحصول على ضمانات الدفع اللازمة لإبرام العقد الدولي من خلال طلبها تدخل البنك للتغطية الخاصة بهم، ولذلك نجد أن الضمان المقابل الدولي دائماً يأخذ شكل عملية رباعية يضم أطراف العقد الأساسي وهم (العميل الآمر المستفيد)– (البنك المصدر– الضامن) – (والبنك المؤيد – الضامن المقابل) ، ومع ذلك يظهر تنوع داخل هذه العمليات من حيث الجهات التي تتعامل مع الضامنين.

ونظراً لاختلاف القوانين المطبقة في هذه الدول ، نجد أن المستفيد يطلب من العميل الآمر بأن يكون البنك مصدر خطاب الضمان في بلده وليس في بلد العميل الآمر، وبناء على ذلك يقدم العميل الآمر طلبا لبنكه في بلده والذي يقوم بدوره بطلب البنك مراسله في البلد الأجنبي في بلد المستفيد لإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد مقابل خطاب ضمان مقابل يصدره البنك في البلد الأم لصالح البنك في بلد المستفيد والذي نسميه "خطاب ضمان

مقابل"، وبهذا تدار العملية بواسطة خطابان ضمان الأول صادر من البنك الأجنبي لصالح البنك المحلى والضمان الآخر من البنك المحلى لصالح المستفيد.

ولا تمتد صلاحية خطاب الضمان بسبب القوة القاهرة إذا ما صادف تاريخ انقضاء صلاحية الضمان بسبب انقطاع أعمال البنوك، ما لم يكن هناك اتفاق صريح على تجديد صلاحية خطاب الضمان لمدة ما بسبب وجود هذه القوة القاهرة، وذلك باتفاق صريح بين العميل الآمر والبنك في طلب إصدار الضمان، وبين البنك المؤكد والمستفيد في أصل خطاب الضمان، ولذلك يتوجب على البنك الالتزام بالأجل المحدد لسريان مفعول خطاب الضمان ولا يحق له تجديد مدته.

إشكالية الدراسة وأهمية الموضوع

أولا: إشكالية الدراسة:

تنحصر إشكالية هذه الدراسة في تحديد المضمون التعاقدي والاقتصادي للضمانات المقابلة البنكية وكذا الطبيعة القانونية للضمانات المقابلة الدولية ومعرفة العلاقة بين الضامن المباشر والضامن المقابل وكذلك الطبيعة القانونية للضمان المقابل الصادر عن المحال إليه في حوالة الدين وتكمن الإشكاليات المحورية للموضوع في:

١- بيان المضمون التعاقدي لإصدار الضمانات المقابلة الدولية.

٢- بيان المضمون الاقتصادي لإصدار الضمانات المقابلة الدولية.

٣- العلاقة بين الضامن والضامن المقابل.

٤- الطبيعة القانونية للضمان المقابل الصادر من المحال إليه في حوالة الدين.

ثانياً: أهمية الموضوع:

يستمد هذا الموضوع أهميته من خلال إثراء الأدب النظري الخاص بعمليات الضمان المقابل الدولية وتكمن أهمية الدراسة في النقاط الأتية:

١. تعد عمليات الضمان المقابل الدولية من أهم أعمال البنوك الائتمانية التي تمارسها بكثرة على المستوى الدولي، ويحتاج إلى ها التجار وأصحاب الشركات كثيراً.

٢. إن هذا النوع من عمليات البنوك لم يحظ حتى الآن بتنظيم تشريعي مستقل في العديد من التشريعات كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري.

٣. حداثة الموضوع حيث أن الباحث قد حاول الاجتهاد قدر المستطاع لبيان ماهية وأحكام خطاب الضمان المقابل لقلة الأبحاث في هذا المجال على الرغم من كثرة الأبحاث التي تناولت خطاب الضمان المصرفي بشكل عام.

الفائدة التي تقدمها هذه الدراسة للمتعاملين والشركات والبنوك وكافة المجال المصرفي في التعامل مع الشركات الأجنبية لمعرفة كافة الحقوق والالتزامات قبل المضي قدما في إنشاء علاقة ائتمانية بين الأطراف، وذلك من خلال الإلمام بالمضمون التعاقدي والاقتصادي لهذه الضمانات وكذلك معرفة العلاقة بين الضامن والضامن المقابل، وأيضاً الطبيعة القانونية للضمان المقابل الصادر عن المحال إليه في حوالة الدين.

منهج الدراسة:

ستعتمد هذه الدراسة على المزج بين المنهجين الوصفي والاستدلالي التحليلي ، وذلك لمعالجة الإشكالية وبالنظر لكثرة محاور هذا الموضوع وتشعبه، مما يسهل عملية جمع وتحليل النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية، بالإضافة إلى عرض مختلف الآراء الفقهية وموقف القضاء المصري والفرنسي، ولقد تم استعمال المنهج الوصفي من خلال تصوير آلية إصدار الضمان المقابل وطبيعة هذه الضمانات وعلاقتها مع ما يخالفها من أنظمة أخرى مشابهة ، وكذلك عرض النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة وتحليلها ومقارنتها ببعضها البعض، وإبداء الراي الشخصي كلما كان ذلك ممكنا، كذلك تحليل آراء الفقه القانوني والاجتهادات القضائية.

ولما كانت المقارنة مفيدة بل ضرورية في مثل هذه المواضيع بين ما يجب أن يكون عليه وما هو كائن أو واقع، للوصول إلى تقويم وتحسين النصوص، فقد تطلب الأمر الاستعانة بالمنهج المقارن والذي يأتي في سياق البحث كأسلوب حتمي للمقارنة بين بعض الأنظمة وعلى رأسها النظام الفرنسي وأحيانا المصري، وقد تم التركيز على النظام الفرنسي لقربه الشديد من النظام المصري في استنباط ووضع النصوص القانونية وفي تنظيم العديد من المجالات الأخرى

خطة الدراسة:

نحدد دراستنا في مبحثين منفصلين نوضح في أولهما الضمانات المقابلة البنكية من حيث المضمون التعاقدي والاقتصادي لإصدارها، ونستعرض في ثانيهما الطبيعة القانونية للضمانات المقابلة الدولية.

وسوف نولي بالشرح والتحليل هنا مرحلة إصدار الضمانات المقابلة الدولية (المبحث الأول) وكذا نتعرض للطبيعة القانونية للضمانات المقابلة الدولية (المبحث الثاني).

وسوف نولي بالشرح هنا بيان الضمانات المقابلة البنكية وكذا الطبيعة القانونية للضمانات المقابلة الدولية من خلال هذين المبحثين وذلك على النحو التالي.

المبحث الأول: إصدار الضمانات المقابلة البنكية.

المطلب الأول: المضمون الاقتصادي لإصدار ضمانات مقابلة بنكية.

المطلب الثاني: المضمون التعاقدي لإصدار ضمانات مقابلة بنكية.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للضمانات المقابلة الدولية.

المطلب الأول: تكييف العلاقة التي توحد الضامن والضامن المقابل.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للضمان المقابل الذي يصدره المحال إليه في حوالة الدين.

المبحث الأول

إصدار الضمانات المقابلة الدولية

تمهيد وتقسيم

إن الضمانات المقابلة البنكية في المجال الدولي هي عملية يشترك فيها بشكل أساسي المؤسسات البنكية، وبالطبع فهم ليسوا وحدهم القادرين على إصدار ضمانات عند الطلب ولكننا نجد أيضا شركات التامين تقوم بذلك الدور في هذا المجال (١) ولكننا نجد في معظم الدول الأوروبية أنه يتم إصدار ضمانات مستقلة وضمانات مقابلة باعتبارها "احتكاراً فعلياً" للبنوك دون غيرها نظراً لخبرتها في النشاط الائتماني (٢) ،ولكي تتم هذه العملية فانة يجب على العميل الآمر التقدم لبنكه في بلده بطلب إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد في بلد آخر ، مما يقوم معه بنك العميل الآمر (مصدر الضمان) بمخاطبة بنك آخر يسمى بنك الضمان المقابل لإصدار ضمان للمستفيد.

وهناك بعض المشاكل في التطبيق حيث يكون لكل خطاب ضمان شكله وصفاته وشروطه المنفصلة انفصالاً تاماً عن الآخر وإن كان أساس الإصدار واحداً، كما توجد أيضا عدة مخاطر قد تضر بالبنوك عند التنفيذ ومنها:

---

(1) P.Achache, « Les garanties bancaires » CJFE. 1988, p. 2225, spéc. p. 2228, cf. j. Bastin, « le paiement de La dette d'autrui LGDJ », collection Droit des affaires, 1999, p. 269 et s. ; H. les guillons, Histoire, « signification et pratique des garanties in Les garanties

(2) M. Vasseur, « Rapport de synthèse, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux », Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980, FEDUCI, Éditions du Moniteur, 1981, p. 329.

- عدم الإلمام بقوانين الدول الأخرى والتي تحكم قوانينها خطابات الضمان، و احتمال تعرض خطاب الضمان في الدولة الأجنبية للحجز التحفظي أو الاحتياطي من قبل محاكم هذه الدولة.
- بُعد المسافة والتكاليف الباهظة التي سوف تتكبدها البنوك عند النزاعات القضائية.
- تخوف البنوك من عدم وفاء البنوك المراسلة لالتزاماتهم.
- تغيير قوانين البنوك المركزية في دول العالم من ناحية فرض قيود على التحويلات في العملات الصعبة والتحويلات الخارجية.
- القوة القاهرة.

وعلاقة البنك الضامن بالمستفيد لا تعتبر علاقة تعاقدية، لأنها لم تبنى على أساس تعاقدي وليست وليدة عقد يجمعها في إطار تعاقدي، ولا هي تنفيذ لعقد سابق يربط بينهما، بل هي علاقة مصدرها القانون وبموجبها يلتزم البنك بإرادته المنفردة بوفاء المبلغ الذي يطالب به المستفيد ما دام في حدود التزام البنك المبين في خطاب الضمان.

ولذلك فأن الضمانات المقابلة البنكية تنشأ من خلال مضمون اقتصادي يحقق هدف العملية (المطلب الأول)، وكذلك تنشأ من خلال مضمون تعاقدي بين الأطراف والذي ينتج عن عملية الضمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المضمون الاقتصادي لإصدار ضمانات مقابلة بنكية

إن عمليات الضمان المقابل المبرمة بين البنوك قد تطورت في إطار التجارة الدولية مع الدول النامية عندما انعكس وضع السوق العالمية وذلك عندما اصبح سوقاً مستوردا في أوائل السبعينيات من القرن الماضي ، وخلال الفترة التي أعقبت الحرب العالمية الثانية استؤنفت العلاقات الدولية، وقد اهتم الفقهاء بشكل خاص بالوسائل التي تسمح للمصدرين ورجال الأعمال بحماية أنفسهم ضد خطر عدم السداد من قبل عملائهم الأجانب ، وعلى هذا النحو تم تطوير العديد من طرق الدفع والضمانات والتي يعتبر من أشهرها الائتمان المستندي ، وبناء على الموقف القوي من رجال الأعمال فرض المشترون بدورهم على المصدرين ضمانات فعالة ضد مخاطر التخلف عن السداد وتحولت متطلباتهم في البداية إلى طبيعة الضمانات الصادرة لتغطية السوق مما أدى إلى إنشاء ضمانات مستقلة والتي جاءت لتحل محل الضمان العادي الذي لا يمكن الاعتماد عليه بسبب تبعية التزام الطرف الثالث الضامن بالتزام المدين الرئيسي، وكذلك فان إيداع الضمان وبالرغم من أنه يوفر الضمان المطلوب للدائن يكون له عيب خطير يتمثل في إعاقة التدفق النقدي للمصدر.

ويتميز الضمان المستقل بأن التزام الضامن يكون منفصل تماما عن العقد الأساسي المغطى حتى وان قام بالدفع ولا يعتمد على التزام المدين فهو بالتالي يمثل حماية آمنة وموثوقة بالنسبة للمستوردين مما يسمح لهم بقبض واستلام المبلغ عند الطلب البسيط دون الاضطرار إلى تبرير الضامن للتقصير من جانب المدين ، ولكن بسرعة كبيرة تحول انعدام الثقة الذي تمكن المشترون من إظهاره تجاه أطرافهم المتعاقدة الأجنبية والذي دفعهم إلى

المطالبة بالتزام صارم من ضامن محترف إلى مصرفي المصدرين الذين ليس لديهم علاقة تجارية معهم فإن بُعد الطرفين المتأصلين في أي علاقة دولية يجعل الاتصال أكثر تعقيدا وإقامة علاقات ثقة أكثر صعوبة (٣) ، وبالإضافة إلى اشتراط الحماية بضمان بنكي مستقل أضاف المستوردون بعد ذلك اشتراط إصدار الضمان من قبل مؤسسات في بلدهم لم تعد لها علاقات مع المصدرين الذين لا يعرفون أنهم لم يوافقوا على العمل كضامنين لهؤلاء المدينين الأجانب إلا بشرط أن يكونوا مشمولين دون قيد أو شرط من قبل البنوك الأخيرة (٤)

وفي الوقت الحاضر ، ونتيجة الضغوط الاقتصادية التي يمارسها المستوردون والذين يصاحبهم في بعض الأحيان التزام قانوني حقيقي فإن الضمانات عند الطلب الأول التي تصاحب الأسواق الدولية يتم أخذها بشكل منهجي تقريباً من قبل مؤسسات الائتمان في بلد المستفيد والتي تكون بضمان مقابل من بنوك المصدرين ، ومن أجل التغلب على الصعوبات المرتبطة بالطابع الدولي للعملية فأن المستفيد من الضمان سيطلب إخطار من البنك المحلي بالالتزام الصادر مباشرة لصالحه من قبل بنك المصدر، ويبدو أن هذه الآلية التي تعتمد على تدخل وسيط تقدم في الواقع ميزة تسهيل العلاقات بين الضامن والمستفيد الأجنبي من خلال نقل المعلومات فيما يتعلق بإصدار

---

(3) G. Berlioz, « Les garanties dans les relations économiques internationales», JCPCJ 1980, II, 13324, p. 341, spéc. no 5 ; M. Delierneux,op.cit, p. 17 ; A. Prüm, « De I'autonomie des contre-garanties à première demande » in Droit bancaire et financier, Mélanges A EDBF, Banque Éditeur, 1997, p. 261.

(4) M. Delierneux, op.cit,art. préc., p. 17; L .Moatti, « La garantie bancaire à première demande dans les opérations de commerce international », Journ. des notaires et des avocats 1989, art. préc., no 45, p. 672.

الضمان وطلبه إلى طرفي العملية ، ومع ذلك فأن إصدار ضمان محلي تحت غطاء الضمان المقابل لبنك المصدر يقدم العديد من المزايا الأخرى للمستفيد مما يبرر تكراره بشكل أكبر في الممارسة العملية، وعندما يلتزم البنك المحلي مباشرة لصالحه يمكن للمستفيد الأجنبي أولا التحقق بسهولة من ملاءته المالية ، ولا يخشى أن يعتني بمصالح الطرف المقابل له اكثر من مصلحته ، ولاسيما وان الضمان في كثير من الأحيان يصدر من قبل بنك اعتاد المستفيد التعامل معه ، وثانيا يضمن إصدار الضمان المحلي تطبيق قانون بلد المستورد واحترام القوانين والأعراف المحلية (٥) ، ولكن حتى لو كانت هناك رغبة حقيقية من جانب المشغلين الدوليين في توحيد ممارسة الضمانات المستقلة التي أدت إلى وضع قواعد موحدة فانه مع ذلك يظل المتعاقدون من دول معينة ولا سيما الدول العربية شديدي الحساسية إزاء تطبيق قانونهم المحلي في حالة ظهور اختلافات في التفسير.

وأخيراً في حالة وجود نزاع إذا اتخذ المستفيد إجراءً قانونيًا للحصول على سداد الضمان أو إذا تمت مقاضاته بسبب إساءة استخدام الضمان أو الطلب التعسفي فان وجود ضامن في بلده أمر ذو أهمية كبيرة في أنه يتجنب مواجهة نظام قضائي غريب تماما عنه، ولذلك فإن إصدار الضمان من قبل بنك محلي يغطيه بنك المصدر يمثل ميزة كبيرة للمستفيد الأجنبي لإزالة القيود المرتبطة بالطابع الدولي للعملية والتي هي في الواقع مرتبطة بالعلاقات بين البنك الضامن والبنك الضامن المقابل، وهكذا يشير Prüm (٦) إلى أنه "بفضل التزام الضامن المحلي على الرغم من أنه يغطي

(5) Y. Poullet، op.cit, p. 13, spéc. p. 26.

(6) A.Prüm, « Les garanties a première demande، essai sur l’autonomie », no 272، p. 137.

معاملة دولية مع جميع المخاطر المرتبطة بها فإنه لا يكاد يهم المستفيد منه أكثر من ضمان داخلي.

وهكذا، توضح الضمانات المقابلة البنكية من وجهة نظر معينة، رغبة الشركاء الاقتصاديين في تبسيط عمليات التجارة الدولية في هذه الحالة لصالح المتعاقد الأجنبي، ومع ذلك فأن عمليات الضمانات المقابلة البنكية بقدر ما تؤدي إلى تؤدي إلى إدخال الضمانات التي تصاحب السوق الرئيسية عن طريق تدخل بنكين بدلا من بنك واحد، تصاحبها أيضا بعض التعقيد في العلاقات التعاقدية التي تنشئها بين المشاركين.

المطلب الثاني

المضمون التعاقدي لإصدار ضمانات مقابلة بنكية

في كثير من النواحي ، لا يبدو أن النظام التعاقدي الذي تمتثل له عمليات الضمان المقابل البنكي أصلياً بشكل كبير لانه من الناحية العملية يكون ذات أصل طوعي وإرادي ، وهو ناتج عن الممارسة حيث أنها في الأساس تخضع لإرادة الأطراف (٧) ، بالإضافة إلى ذلك ومع إصدار ضمانات مستقلة فإنها تشارك بموجب نفس العقود الدولية مثل الأخيرة ، وبالتالي فهي في الأساس عقود لبيع المواد الخام ، والأسواق الكبيرة التي تهدف إلى تركيب المعدات مثل المساكن أو المستشفيات أو المصانع الجاهزة (٨) وبشكل استثنائي يمكن الجمع بين الضمان والضمان المقابل لتغطية عقد القرض ، أخيراً غالباً ما تكون البنوك من الدول الصناعية هي التي يتعين عليها العمل للضامنين المقابل لصالح الضامنين المحليين في الدول النامية ،يتم مواجهة الفرضية المعاكسة فقط عندما يتعاقد مصدر أوروبي من الباطن على سلعة من السوق مع رجل أعمال أجنبي حيث يستفيد أيضاً من المزايا المرتبطة بمشاركة ضامن محلي ، ثم يطلب من المتعاقد من الباطن تقديم ضمانة حسن التنفيذ التي تغطي التعاقد من الباطن من قبل بنك في بلده الذي سيحصل عليه بضمان مقابل من بنك الأخير.

ومع ذلك فأن عمليه الضمان المقابل الدولي للبنك لها خصوصية مهمة من خلال الدور الذي يؤديه بنك الضامن المقابل لضمان الأداء الجيد

---

(7) cf. cependant CA Toulouse 26 octobre 1988, D. 1989, somm. p. 14 5, obs. M. Vasseur.

(8) cf. cf. Cass. com. 12 décembre 1995, Bull. civ. IV, n° 289, p. 266; RJDA 3/96, n° 387, p.17-1.

والحسن لالتزامه ، وفي الواقع يتم تنفيذ العملية بشكل عام على النحو التالي : في البداية نجد أن المصدر الذي يضطر إلى تزويد الطرف المتعاقد معه بضمانة واحدة أو اكثر للحصول على العقد يعطي بنكه التعليمات فيما يتعلق بشروط إصدار عقد الضمان من خلال تحديد أن المتعاقد يتطلب تدخل ضامن محلي يعطيه اسمه إذا كان يعرفه وعندئذ في الخطوة الثانية سيقوم بنك المصدر بالاتصال بالبنك المحلي المعين أو احد مراسليه الأجانب الذين اعتاد التعامل معهم ليطلب منهم إصدار الضمانات المستقلة لصالح الطرف المتعاقد شريطة دفع عمولة وتوفير الضمان المقابل لهم (٩).

وبالتالي ، يتمتع البنك الضامن المقابل بوظيفتين مختلفتين ، فبالإضافة إلى الالتزام الذي يقطعه ويقدمه لتغطية الضامن المحلي في حالة المطالبة بالضمان ، الوظيفة الأولى يكون بنك المصدر مسؤولاً مسبقاً بالحصول على ضمان لصالح المستفيد والوظيفة الثانية تتمثل في إرسال التعليمات فيما يتعلق بشروط إصدار الضمان ، وهذا الجانب الثاني من مسؤوليات الضامن المقابل هو النتيجة المباشرة لغياب أي ارتباط يحتفظ به عميله بالبنك المحلي الذي لا يعرفه ولا يمكنه أن يطلب منه مباشرة إصدار الضمان المصاحب للعقد الأساسي ، وبالتالي فان البنك الضامن المقابل يصدر الضمان بدلا من عميله ويقدم نفسه على هذا النحو كعميل آمر وليس مدين بالضمان .

ويبرز الفقيه Prüm (١٠) هذين الجانبين من دور البنك الضامن المقابل الذي يشير إلى أن " الضمان المقابل بمثابة دعم لالتزام ضمان الدرجة

(9) cf. J. Dohm, op. cit., nos 46 et s., p. 4 7 ; J. Klein-Cornède, op. cit., p. 45.

(10) cf. A. Prüm, « De l'autonomie des contre-garanties à première demande » art. préc., p. 265

الأولى ويتحمل المخاطر المتأصلة في هذا الالتزام ، ولذلك يجب التفرقة بين الضامن المقابل المحلي والضامن المقابل الدولي، ويشكل الدور الذي يؤديه الضامن المقابل سمة محددة للضمانات المقابلة الدولية والتي لا توجد في النظام الداخلي ، حيث يبادر المدين بتقديم ضمان أداء لدائنه للحصول على الضمان من الطرف الثالث وتقديم ضمان مقابل لهذا الأخير، أما في الضمانات المقابلة الداخلية أو المحلية، يظل الضامن من الدرجة الثانية أجنبيا تماما عن الضامن الرئيسي وغير مرتبط بإنشاء ضمان من الدرجة الأولى ، من ناحية أخرى فأن هذا الجانب الخاص من العلاقات التعاقدية التي توحد أطراف المعاملة موجود في النظام الدولي ، سواء تم إصدار الضمان المقابل من قبل بنك ، أو كان مشتركاً فيه من قبل شخص طبيعي أو اعتباري بموجب العلاقات التجارية.

وعلى الرغم من ذلك، فان البنوك ليست هي الوحيدة التي تمارس عملية الضمان المقابل في التجارة الدولية والتي يمكن أيضاً إصدارها من قبل غير البنوك على الرغم من أنها أكثر عرضية في ذلك الوقت، وبالتالي ، لتسهيل الحصول على قرض من قبل إحدى الشركات الأجنبية التابعة لها ، أصبح من الشائع أن تطلب الشركة الأم من بنكها العمل كضامن لصالح المدين المحلي ، في مقابل أن تتعهد بالمحافظة عليه وإبقائه سالما وغير متأثر من المبالغ المدفوعة بموجب الضمان (١١).

وبالمثل، لكي تقدم الشركة خدمة إلى شريكها الأجنبي أو لأن هذا الأخير يطلب منها ذلك، يجوز لشركة تابعة لبلد صناعي أن تأخذ على عاتقها الحصول على الضمان الذي يحتاجه الأخير لمواصلة أنشطته من خلال مطالبة مصرفه بإصدار الضمان مقابل ضمانه المقابل، وتعتبر عمليات

(11) cf. TC Nancy 1er juillet 1996, RDRR 1996, no 57, p.204, obs. M. Contamine-Raynaud

الضمان المقابل جزء من حركة التمويل بين الشركات التي أصبحت تنافس التمويل البنكي، وهي تمثل إحدى الأدوات التي يوفر بها رواد الأعمال أو الشركات التجارية بدلاً من شركائهم ضمانات الدفع التي يحتاجها الآخرون للقيام بنشاطهم.

ويتم التعبير عن التزام الضمان المقابل الذي يقدمه الشخص المسؤول عن الحصول على ضمان بنكي نيابة عن أحد شركائه الاقتصاديين بوضوح إلى حد ما في كثير من الحالات يُشار إلى الشركة الأم أو الطرف المتعاقد الذي يصدر الضمان على أنه مجرد عميل آمر (١٢) ، وغني عن البيان أنه بهذه الصفة يحق للبنك المسؤول عن إصدار الضمان الرجوع عليه لأن خطاب الأمر الصادر عن الضامن المقابل والموجه إلى الضامن من الدرجة الأولى يتضمن عادةً التزامًا بالضمان المقابل (١٣) ، وأن لهم الحق في اتخاذ إجراءات ضد المدين الذي يغطي الضمان التزاماته (١٤) ، فالشخص الذي يطلب ضمان من شخص فانه يضمن الالتزامات الخاصة بطرف ثالث وليس التزاماته الخاصة ، ويكون في الواقع في وضع عميل آمر غير مدين، والذي يكون مصحوباً بالتزام بضمان مقابل ، بقدر ما يكون ملزما بسداد

(12) cf.Cass.com. 28 avril 1987, Bull. civ IV, no 102, p. 77, préc.; Cass.com. 18 avril 1989, préc, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié , CA Paris 14 janvier 1997, Banque & Droit se pt. -oct. 1997, p. 37, obs. J.-L. Guillot.

(13) cf. Ph. Simler, obs. sous CA paris 5 avril 1996, JCP G 1997, 1, 4033, no 11.

(14)cf. M. Delierneux,op.cit, art. préc., p. 45.

الضامن ولكن في نفس الوقت له حق الرجوع على المدين الحقيقي الذي يتحمل وحده عبء الضمان الصادر نيابة عنه (١٥) .

وسواء كانت صريحة أو ضمنية، فان عمليات الضمان المقابل التي تقوم بها الشركات أو أصحاب المشاريع في إطار التعاون البنكي يبدو أن الهدف المنشود في كلتا الحالتين متماثلاً من حيث أن العملية ترقى إلى إعداد ضمان بشكل غير مباشر ، وبالتالي فيما يتعلق بالضمانات البنكية المقابلة فأن بنك المصدر لجأ إلى بنك محلي لإصدار ضمان من الدرجة الأولى مقابل ضمانه المقابل ، لأن المتعاقد الأجنبي لم يرغب في أن يتم تغطيته مباشرة .

ومع ذلك ، وبنفس الطريقة ، بدلاً من إصدار ضمانات الدفع بأنفسهم مباشرة والتي يحتاجها شركاؤهم في عملياتهم لتنفيذ عقودهم ، فإن الشركات الأم والمصدرين يطلبون خدمات بنكهم الذي يغطيهم لأن ذلك سيكون له قيمة أكبر لدى الدائن الأجنبي بالإضافة إلى ذلك فإن العمليات ترتبط بالدور المزدوج الذي يؤديه الضامن المقابل الذي يطلب في كلتا الحالتين من البنك إصدار الضمان لصالح المستفيد ، ثم يقوم بتغطيته كجزء من التزامه ، والدور الأول الذي يقوم بها الضامن المقابل يكون أكثر وضوحا في سياق الضمانات المقابلة الصادرة بموجب شراكة بين الشركات بقدر ما تأخذ الشركة الأم أو صاحب المشروع زمام المبادرة للحصول على ضمان بنكي بدلاً من المدين في حين أن بنك المصدر غالباً ما يكون مسؤولاً عن الحصول على الضمان من بنك محلي من خلال عميله ، وبالتالي يتم تقديم الشركات الأم ورجال الأعمال في كثير من الأحيان على أنهم لاء آمرين أكثر من كونهم ضامنين مقابلين، علاوة على ذلك تتميز

---

(15)cf. Ch. Chaigne, V. D. Do et M. Chang, « Les garanties a première demande en droit français: les recours du garant après le paiement. » , Petites affiches 17 juillet 2002, p. 4, préc. n° 12, p.7.

عمليتا الضمانين المقابلين الدوليين بالأشخاص المطلوب منهم تقديم ضمانات مقابلة وهم في الفرضية الأولى متخصصون في الائتمان من ذوي الخبرة في عمليات ضمان الدفع ، بينما في الثانية هم أشخاص طبيعيون أو اعتباريون يتعهدون بهذه الالتزامات خارج نشاطهم الرئيسي.

وهذا الاختلاف الذي يبدو غير ضار في صفة الضامن المقابل له أهمية كبيرة نظراً لاختلاف المواقف التي يمكن أن يصاحبها، ففي حين أن بنك المصدر المسؤول عن تغطية البنك المحلي الملتزم تجاه المستفيد سيُظهر حياداً كاملاً تجاه مراسله فيما يتعلق بتنفيذ الضمان فان الشركة الأم أو الشركة التي تسعى إلى تدخل بنكها لتغطية ديون شريك اقتصادي قد يكون أكثر ميلًا للتدخل في شروط تنفيذ الضمان الذي يهتمون به بشكل مباشر ، وعلاوة على ذلك، فإن هؤلاء الضامنين المضادين، الذين لا يدركون العواقب المرتبطة بهذه الترتيبات المعقدة نسبيا أكثر من الضامنين المهنيين قد يميلون إلى التشكيك في التزاماتهم عندما تنفذ هذه البنوك التزاماتها.

وقد لاحظ الفقيه Delierneux(١٦) تأثير الوضع غير المهني للشركات الأم على فعالية التزامها عندما تتصرف الأخيرة ليس كضامن مقابل ولكن بشكل مباشر كضامن لالتزامات الشركات التابعة لها ولكن المنطق هو نفسه ، لذلك وبنفس الطريقة التي أثيرت بها في النظام الداخلي بشأن الضمان (١٧) ، يثور السؤال عما ما إذا كان هناك نوعان من الضمانات المقابلة الدولية سواء كان الضامن المضاد محترفا أو شخصا عادي ، وعلى أية حال ، فإن هذا الاختلاف في صفة الضامن المقابل يعكس

(16) cf. Martine Delierneux , op.cit, art. préc., p. 43 et s.

(17) cf. Chr. Mouly, « Les causes d'extinction du cautionnement », op. cit., no 6, p. 10; D. Villani, «Les cautions « informées » sont-elles soumises à un régime particulier ? » RTD com. 1995, p. 291 ; L. Aynès et P. Crocq, op. cit., nos 110 et s., p. 19.

تنوع حقيقي في عملية الضمان المقابل الدولية ، والتي من المحتمل أيضاً أن تتنوع وفقاً للآلية التي يُطلب بموجبها من الضامن المقابل الالتزام به للبنك الضامن.

القانون الواجب التطبيق للعمليات البنكية الدولية

تضاربت آراء القضاة بالنسبة للقانون الواجب التطبيق والولاية القضائية إذا لم يحدد الخطاب المقابل الولاية القضائية التي ستفصل بين أطرافه عند النزاع القانوني ولم يذكر القانون الواجب التطبيق بالتحديد ، فمنهم من يتحيز لقانون بلده من أجل تطبيقه دون النظر إلى جدية العمليات البنكية ذات الطابع الدولي ، ومنهم من يرى ببصيرة وعقلانية أكثر ويحبك المسألة بجراءة وفاعلية بخصوص القانون الواجب التطبيق حيث يؤيد قانون البلد محل إقامة المستفيد ، ومنهم من يذهب بعيدا عن ذلك ويرى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي تتم فيها عملية التغطية وإن كان خارج نطاق ولايته القضائية.

ويرتبط بتحديد القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف الضمان قدرتهم على تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عنه كأن يتضمن العقد اللجوء إلى التحكيم وكيفية تنفيذ الحكم الصادر عنهم، ويحق للمحاكم المختصة بنظر النزاع الامتناع عن تطبيق القانون الواجب التطبيق إذا كان مخالفا للنظام العام (١٨) وهو ما قد يظهر في الضمان المقابل عندما يقوم بتغطية مخاطر عمليات التهريب أو تجارة الأسلحة لأنه قد يكون

(١٨) انظر د.هشام على صادق – تنازع القوانين – منشأة المعارف ١٩٩٣ ص ٢٩٧ وما بعدها

مشروعا بالنسبة لقانون بلد مصدر الضمان ولكنه يصبح غير مشروع وفقا لقانون بلد المستفيد .

أما في حالة عدم وجود اتفاق حول تحديد القانون الواجب التطبيق فلا مناص من الرجوع إلى نصوص القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بالضمانات بمجرد الطلب أو القانون الدولي الخاص ، فقد نصت المادة ٢٧، ٢٨ من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بالضمانات بمجرد الطلب على القانون الواجب التطبيق والمحاكم المختصة، ففي المادة ٢٧ نصت على انه " فيما عدا وجود اتفاق مخالف فان القانون الواجب التطبيق سيكون قانون البلد الموجود فيه الضامن أو الضامن المقابل وإذا كان لكل منهما أكثر من إقامة فان القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي صدر فيه الضمان أو الضمان المقابل.

أما المادة ٢٨ من ذات القواعد وفيما يتعلق بالمحاكم المختصة فقد نصت على " فيما عدا الاتفاق المخالف فان كل منازعة بين الضامن والمستفيد أو الضامن المقابل فيما يتعلق بالضمان المقابل يختص بنظرها محكمة البلد المقيم فيه الضامن أو الضامن المقابل وفي حالة وجود أكثر من موطن لهما فان الاختصاص القضائي يكون للمحكمة الموجودة في البلد الذي صدر فيها الضمان أو الضمان المقابل.

وفي القانون الدولي الخاص نجد أن المادة ١/١٩ من التقنيين المدني نصت على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين فاذا اختلف موطنهما يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو

الذي يراد تطبيقه" (١٩) ، وهذا النص يعتبر من القواعد المكملة في القانون المدني فالقانون الذي يحكم العقد هو الذي يتفق عليه الأطراف المتعاقدة ، وغالبا ما يطبق قانون الطرف القوي في العلاقة التعاقدية ، وفي حالة عدم وجود اتفاق فيوجد هناك حلولا بديلة للاتفاق وهي تطبيق القانون المشترك للمتعاقدين في حالة الموطن الواحد حتى لو اختلفت جنسيات المتعاقدين أو تطبيق قانون الدولة التي تم العقد فيها في حالة اختلاف الموطن (٢٠)

والباحث يرى أنه من الأفضل تطبيق قانون الدولة المقيم بها الضامن أو الضامن المقابل وفقا لما أخذت به قواعد غرفة التجارة لأنه القانون الأكثر ملائمة.

---

(١٩) انظر د.هشام على صادق – المرجع السابق– ص ٦٤٥ ، د احمد عبد الكريم سلامة – قانون العقد الدولي– الطبعة الاولي – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠ ،٢٠٠١ ص ٢٥٨

(٢٠) انظر د.فؤاد عبد المنعم رياض ، د سامية راشد – أصول تنازع القوانين – دار النهضة العربية –١٩٩٥ ص ٢٩٥ وما بعدها

المبحث الثاني

الطبيعـــة القانونيـــــة للضمـــــانات المقـــــابلة الدوليـــة

تمهيد وتقسيم

في الضمانات المقابلة الدولية نجد أن الالتزام البديل لالتزام الضامن بالوفاء هو الالتزام بدفع الأموال اللازمة للضمان ويتم الوفاء بشكل متكرر عن طريق الدفع عند أول طلب وهو ما يؤدي للخلط بين الضمان المقابل والضمان المستقل (٢١) وبالتالي فان البنك المصدر الذي يطلب من بنك آخر إصدار ضمان لحساب أيا من عملائه يكون ملزم بشكل غير مباشر بسداد الضامن من الدرجة الأولى، فالضامن المقابل يتعهد إما بدفع أي مبلغ يدفعه البنك الضامن (٢٢) أو "دفع الضمان" (٢٣) .

وفيما يتعلق بالضمانات المقابلة وفي هذا الإطار، فان التغيير في التزام الضامن المقابل يفسره موقف الأخير الذي يعرض نفسه باعتباره المدين الفعلي للضمان الذي أصدره البنك الضامن من الدرجة الأولى بناء على طلبه، كما تبرره صفة الضامن المقابل باعتباره العميل الأصلي بحيث يكون من الضروري التركيز على تحديد الطبيعة القانونية لاتفاقية الضمان فيما يتعلق بالعلاقة بين الضامن والضامن المقابل.

---

(21) cf. A. Prüm, op. cit., no 297, p. 150.

(22) cf. Cass.com. 19 juin 2001, pourvoi no 98-22.186 .

(23) cf. Cass.com. 19 novembre 1985, Banque intercontinentale arabe d Banque catalane de développement, spéc. obs. préc. de Vasseur ; Y. Poullet, p. 13, spéc. no 15, p. 24 ; L .Moatti,op.cit, p.649, spéc. annexe p.683.cf. A. Prüm, op. cit., no 291 et s., p. 147.

ولقد تم بالفعل تحديد موقف الضامن المقابل في الضمانات المقابلة الدولية على أنه أحد النتائج المترتبة على سير العملية، والغرض منها هو العمل بطريقة غير مباشرة من خلال بنك أجنبي لتغطية المدين وكذا الأموال المطلوبة من جانب الدائن، وتتضح الضمانات المقابلة بشكل خاص عندما تصدر عن الشركات الأم والشركات التي تطلب من بنوكها ضمان التزامات شركاتها الفرعية ونظيراتها المتعاقدين معها حيث تتخذ في كثير من الأحيان شكل الضامن المقابل.

المطلب الأول

تكييف العلاقة التي توحد الضامن والضامن المقابل

فيما يتعلق بالضمانات المقابلة البنكية أصبح من الممكن أن يتدخل البنك المقابل للضمان فقط كوسيط بسيط ليحيل أوامر البنك المصدر للبنك المحلي الذي يطلب من الأخير إصدار الضمان، وتشير كثير من الأحكام إلى أنه بناء على تعليمات من موكله يطلب البنك الضامن المقابل من البنك المحلي إصدار ضمان عند الطلب الأول للمستفيد الأجنبي (٢٤) إلى أنه بناء على تعليمات من عميله فان البنك الضامن المقابل يطلب من البنك المحلي إصدار ضمان عند الطلب الأول للمستفيد الأجنبي حيث أن الضامن المحلي لا يعرف المدين الذي غطى التزاماته وإنما استناداً على معرفة الضامن المقابل له ، وفي كثير من الحالات يطلب البنك المصدر من بنكه أن يضع الضمان بدون وجود ضامن من الدرجة الأولى ، وتشير العديد من الأحكام إلى أن البنك المصدر يأمر بنكة بأن يصدر نيابة عنه ضماناً عند الطلب الأول لشريكه وأنه تنفيذاً لهذه التعليمات يطلب الأخير من البنك المحلي أن يضع الضمان كضمان مقابل (٢٥) إلى أن البنك المصدر يأمر بنكه بأن يصدر نيابة عنه ضماناً عند الطلب الأول لشريكه وأنه تنفيذاً لهذه التعليمات يطلب الأخير من البنك المحلي أن يضع الضمان كضمان مقابل ، بل قد يعطيه في كثير من الأحيان حريه إصدار ضمان مباشر أو غير مباشر.

إن الضامنين المهنيين وعملائهم قد ينصون على قدرة الأولين على أن يقرروا من جانب واحد شروط التزامهم وحقهم في إلزام أنفسهم في

---

(24) cf.Cass.Com. 10 mars 1987, pourvoi no 85 - 10. 761 ; D. 1987, somm. p. 172, obs. M. Vasseur

(25) cf. Cass. Com. 25 mars 1991, pourvoi no 89 - 11. 507

الدرجة الثانية خلف الضامن المحلي الذي يتم اختياره بحرية من قبلهم، وقد يؤدي ذلك إلى إنشاء عدة ضمانات مقابلة متتالية عند طلب كل بنك على أن يتم تغطيته من قبل المراسل الذي يختاره، ومن هنا يتضح أن العلاقات التي يتم تشكيلها بين البنوك هي علاقات شخصية تماماً وأن كل علاقة منها تقدم نفسها كمصدر للضمان أو ضمان مقابل صادر من الأصيل.

وفي الواقع، فإن التزام البنك المصدر بالوفاء للضامن يستند إلى حقيقة أن الضامن يصدر الضمان بموجب مسؤوليته، وبالتالي فهي نظير الخدمة التي يقدمها البنك الضامن عن طريق إصدار الضمان وهو بذلك يكون سبب الضمان المقابل الذي لا يكمن في العلاقة الأساسية ولكن في التزام الضمان الذي تعهد به ضامن الدرجة الأولى ، ولذلك فان موقف الضامن المقابل يوضح أيضا أن الضامن قد يكون مسؤولاً أيضا عن التزام بسداد أو دفع الضمان ، وهذا لا يعني أن الضامن المقابل يصدر ضمانا مستقلاً أو انه لا يزال يلزم المستفيد من الضمان مباشرة، ولكن بوصفه ضامنا مقابلا للضمان فانه يتحمل عبء الالتزام بدفع الأموال اللازمة للضامن لتنفيذ الضمان ، وكثيرا ما يطلب هذا الالتزام من البنوك الأجنبية التي يجب عليها أن تضمن نفسها في الدرجة الأولى والتي تضمن بالتالي أن يكون لها افضليه استحقاق مبلغ الضمان من قبل بنك الضمان المقابل قبل تنفيذ التزامها (٢٦) وعلاوة على ذلك لا يتعين عليها تحمل سعر الصرف أو أي مخاطر تصاحب السداد .

وقد تم تفسير نص "الدفع المباشر للمستفيد من قبل الضامن المقابل"، على أنه لا يتطلب التزاماً مباشراً من الأخير تجاه المستفيد ، ولكن الغرض الوحيد منه هو تجنب اضطرار الضامن المحلي إلى دفع الأموال المقابلة

(26) cf.A. Prüm, op. cit., no 296, p. 149 ;J. Klein-Cornède, op. cit., p. 45 et 63.

لمبلغ الضمان ، لأن المستفيد على وجه التحديد لا يثق في بنك الطرف المتعاقد معه ، ولذلك فان الأخير يطلب تدخل بنك تابع لبلده (٢٧) ، ومع ذلك يكون الضامن المقابل ملزما بوجه عام بعبارة "الضمان المقابل" أو "الإبقاء " وهي أن يحافظ على الضامن سالما دون ضرر ، ويعتبر أن هذا الأخير لا يخضع إلا للالتزام بالسداد بعد دفع الضمان وفقا للغرض العام للضمانات المقابلة، وبذلك فان الضامن المقابل يحافظ على علاقاته مع ضامن الدرجة الأولى مقارنة بما يلزم المدين بالضامن في الضمان العادي (٢٨) ، وبموجب اتفاقية الضمان المقابل يطلب الضامن المقابل من الضامن إصدار الضمان الذي يتعهد في مقابله بإعفاء الضامن من التزامه قبل دفع المستفيد أو بعده.

ولذلك إن الطبيعة القانونية للعلاقة بين المدين ومصدر الضمان (٢٩) كانت موضع الكثير من المناقشة في مجال الضمانات المستقلة التي أنشئت بشأنها الضمانات الدولية المقابلة وقد اقترحت عدة تحليلات لتحديد الروابط بين المدين والضامن والتي يمكن بالتالي نقلها إلى تلك الروابط التي تربط

---

(27) cf. Cass.com. 9 October 2001 Sté Technip c/Sté Mibank Misr international Bank, Bull. civ. IV, no 158, P· 149; Banque & Droit 2002 no 81 p. 40 obs. F. Jacob · RJDA 2/02, no 203, p. 164; Pettes affiches 14 novembre 2001, p.11, note E.C.; RTD corn. 2002, p. 144, obs. M. Cabrillac D. 2001 p. 3193.

(28) cf. A. Prüm, op. cit. no 282, p. 143 ; J.-P. Mattout et. A. Prüm , « les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande ». Banque & Droit _1993, no 30, spéc. P· 7 ; H. Synvet, « Lettres de crédit et de garantie en droit international prive » Travaux. du comité français de DIP 1991-1992, p. 59; G. Affaki, op. cit. p. 448 ; J. Soufflet, « La garantie bancaire a première demande », art. préc., no 42, p. 286

(29) cf. Jérôme François « Le problème de la nature juridique du contrat caution débiteur», D. 2001, p. 2580.

الضامن المقابل مع ضامن الدرجة الأولى ، ومع ذلك فان بعض هذه العلاقات لا تستجيب بدقة لمعطيات العملية نظرا لاختلاف تكييفها أو تكييفها بصفة خاطئة باعتبارها تفويض (أولا) ، كما يوجد بعض الفقهاء يحللون هذه العلاقة باعتبارها كفالة (ثانياً) ، ويوجد بعض الفقهاء يحللون هذه العلاقة باعتبارها الإنابة القاصرة (ثالثا) ولكن توجد بعض الآراء الفقهية الفرنسية الأخرى التي تحلل هذه العلاقة في ضوء اعتبارها اشتراط لمصلحة الغير (رابعا) ، ويوجد بعض الفقهاء يحللون هذه العلاقة باعتبارها عقد وكالة (خامسا) ويوجد بعض الفقهاء يحللون هذه العلاقة باعتبارها اعتماد بالتوقيع والذي يسمح بشرح العلاقات التي يحتفظ بها المدين والضامن في الضمان الأساسي بواسطة الضامن المقابل والضامن مع الدائن فيما يسمي بالضمان غير المباشر(سادسا) ولذلك سوف نوضح كافة هذه التحليلات والآراء الفقهية فيما يتعلق بها على النحو التالي :

أولا: تكييف العلاقة التي تربط بين الضامن والضامن المقابل كتفويض:

فيما يتعلق بالعلاقات الثلاثية بين المدين والدائن والضامن لجأ بعض الفقهاء الفرنسيين (٣٠) إلى آلية التفويض لتكييف التزام الطلب الأول الذي قدمه الضامن مشيرين إلى الميزة المشتركة بين الإجراءين في مجال عدم قابليه تطبيق الاستثناءات، وبذلك يكون المدين قد اخذ تفويضا بإعطاء الأمر إلى الضامن بإلزام الدائن بالتزام جديد بان يدفع له مبلغا ثابتا بناء على طلب

(30) cf. Chr. Gavalda et J. Stoufflet, « La lettre de garantie internationale », RTD com. 1980, p. 1, spéc. nos 10 et s., p. 8 ; J. Stoufflet, « La lettre de garantie internationale », R J com. 1982, p. 76, spéc. no 3, p. 78.

البنك في بلده ودون إن يكون قادرا على معارضه الاستثناءات الخاصة بالعلاقة الأساسية ، وبالنسبة للضمانات غير المباشرة فان الضامن المقابل سيكون بالتالي مفوضا ويطلب من البنك المحلي إصدار الضمان لصالح المستفيد ، ومع ذلك، ومثلما يرفض هذا المذهب الفقهي الخلط بين الشكلين في إطار ضمان عادى، فان عملية الضمان المقابل الدولي لا يمكن مساواتها بالتفويض حيث أن الاعتراضات التي طرحها الفقهاء تجيز تمديد الضمانات العادية لتشمل ما يسمى الضمانات غير المباشرة.

وفي الواقع يرى الفقيه Stoufflet (٣١) أن العمليتين ليس لهما نفس الأثر الاقتصادي لان الغرض الحقيقي للضمان هو إعطاء الدائن مدين آخر وكذلك فان التزام الضامن لا يتطلب قبول العميل الآمر ، غير أن الأمر نفسه ينطبق عندما يصدر الضمان بأمر من الضامن المقابل الذي لا تبدو موافقته أساسية لإصدار الضمان من قبل الضامن المحلي لصالح المستفيد الأجنبي ، لكن قبل كل شيء تبين أن آلية التفويض غير مناسبة بشكل خاص للضمان المقابل بسبب وضع الضامن المقابل المختلف عن وضع المدين ، وذلك خلافا لمُصدر الضمان المباشر المرتبط بالمستفيد عن طريق الالتزام الأساسي الذي يغطيه الضمان ، ولذلك فان الضامن المقابل لا علاقة له مطلقا بالمستفيد .

وعلى الرغم من أن بعض الفقهاء (٣٢) يعتبرون أن التفويض لا يتطلب في المفوض أن يكون مديناً للمفوض ، إلا أن غالبية الفقه (٣٣) تنظر

---

(31) cf. J. Stoufflet,op.cit, art. préc., no 3, p. 78.

(32) cf, J. Flour et J.-L. Aubert, «Droit civil, Les obligalions, 3, Le rapport d'obligation » , par J.-L. Aubert, Y. Flour et É. Savaux, Armand Colin, 1999, n° 436, p. 269

(33) cf. L. Aynès et P. Crocq, op. cit., no 326, p. 132; M. Cabrillac et Chr. Mouly, op. cit., no 473-3,p.483.

فقط في العملية في وجود علاقة أساسية توحدهما معاً ، وعلى أي حال فان الباحث يرى مع ما ذهب إليه غالبية الفقه بأن كلا من العمليتين لا تقدم نفس الأثر الاقتصادي نظراً لكونه جزءاً من العلاقات الداخلية البحتة مع الضامن والضامن المقابل، ولذلك لا يمكن تحليل الضمان المقابل في عملية تتكون من ثلاثة أشخاص بنفس الطريقة التي لا يفوض بها المدين الضامن المقابل لدفع الضمان لعدم وجود صلة بين الأخير والضامن من الدرجة الأولى فهو ليس مفوضاً للضامن ، وأيضا لعدم وجود صلة بينه وبين المستفيد النهائي، ولذلك فانه لا يجوز تكييف هذه العلاقة كتفويض.

ثانيا: تكييف العلاقة التي تربط بين الضامن والضامن المقابل ككفالة

تعرف المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري الكفالة بانها " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يفي به المدين نفسة " فالكفالة تعتبر ضمان تبعي وتامين احتياطي يتعهد فيها الكفيل بالوفاء بالالتزام الواقع علي عاتق المدين في حالة ما اذا لم يقم هذا الأخير بالوفاء ، ولذلك فالدائن لا يستطيع الرجوع علي الكفيل قبل الرجوع علي المدين الأصلي ، ويجوز للبنك الكفيل الحلول محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين (٣٤) ، والكفالة قد تكون في الالتزامات المالية أو غيرها من الالتزامات، فالكفالة تقوم بدور التأمينات العينية لأنها تهدف لتزويد الدائن بضمان خاص لكي يوفي بالتزامه ، وهذا بخلاف الضمان العام الذي يتمتع به الدائن على أموال مدينه ، فالكفالة عقد رضائي يشترط فيها أن يكون رضاء الكفيل صريحا وهي عقد تابع حيث أنها تتأثر

(٣٤) انظر في ذلك د. حياة شحاتة سليمان – المرجع السابق– ص ٣٥١.

بما يشوب العقد الأصلي ، ويجب ألا تكون شروط الكفالة اشد من شروط العقد الأصلي.

فالكفالة تشترط وجود ثلاثة أشخاص هم الكفيل والدائن والمدين إلا أن عقد الكفالة يتم بين الكفيل والدائن فقط أما المدين فهو ليس طرفا في العقد بل أن الكفالة قد تتم دون علمه أو رغما عنه ، فالكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل وذلك لان الدائن في العقد الأصلي لا يلتزم باي التزامات في مواجهة الكفيل (٣٥) ، ولذلك فان عقد الكفالة لا يكون ملزما للجانبين إلا إذا نشأت عنه التزامات متقابلة ويعتبر كلا منهما سببا للآخر (٣٦) .

ويرى جانب من الفقه المصري (٣٧) أن الكفالة هي أساس التزام البنك في إصدارة لخطاب الضمان حيث أن عقد الكفالة ينشأ بين البنك (الكفيل) والدائن المستفيد الذي تظهر إراداته صريحة في هذا العقد وقيامة بإخطار البنك صراحة أو ضمنا ، كذلك يرى جانب آخر من الفقه (٣٨) أن خطاب الضمان هو كفالة تضامنية لان البنك يقوم بكفالة عميله في تنفيذ التزامه تجاه المستفيد وبذلك يكون التزام البنك تابع لالتزام العميل (المدين).

ولكن هناك رائيا فقهيا (٣٩) يرى بان الكفالة في التقنين المدني الجديد أصبحت عقد ملزما للجانبين بالرغم من عدم تقابل الالتزامات أو وحدة

---

(٣٥) انظر في ذلك د. عبد الرازق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج ١٠ – طبعة ٢٠٠٤ – – منشأة المعارف –الإسكندرية–ص ٢٠.

(٣٦) انظر في ذلك د. سميحة القليوبي – المرجع السابق –ص ٤٤.

(٣٧) انظر في ذلك د. مصطفى كمال طه – العقود التجارية وعمليات البنوك – ص ٥١٤ – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ٢٠٠٦ ، د. الياس ناصيف –الكامل في قانون التجارة – عمليات المصارف – المرجع السابق– ص ٤٧٠.

(٣٨) انظر في ذلك د. حياة شحاتة – المرجع السابق– ص ٣٥٠.

(٣٩) انظر في ذلك د. عبد الرازق السنهوري – المرجع السابق – ج ١٠ ص ٢٢ وما بعدها .

سببها وسبب ذلك مرجعة هو العلاقة التعاقدية بين الطرفين الكفيل والدائن ، والتزام الكفيل لا ينشأ مستقلا بذاته بل يكون تابعا للالتزام الأصلي الواقع على عاتق المدين ، ويترتب على تبعية التزام الكفيل النتائج التالية :

- لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين حيث أن التزام الكفيل التزام تبعي ولاحق لالتزام المدين الأصلي، فمطالبة الدائن للكفيل قبل مطالبة المدين تجعل دعواه غير مقبولة في مواجهة الكفيل.
- التزام الكفيل يتحدد تبعا لالتزام المدين فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل بمبلغ أكبر أو شروط اقسي من التزام المدين ولكن يجوز أن يكون مبلغ الكفالة بشروط أو مبلغ أهون.
- يحق للكفيل التمسك بكل الدفوع التي تنتج عن عقد الكفالة كالدفع ببطلان العقد لانعدام الرضا أو فسادة ففي هذه الحالة يعتبر الالتزام الأصلي باطلا ويبطل التزام الكفيل تبعا لذلك وإذا كان الالتزام معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل فان التزام الكفيل يتصف بذلك أيضا لأن التزم الكفيل يرتبط بالالتزام المكفول وجودا وعدما.
- يستطيع الكفيل التمسك بالدفوع التي يقررها له القانون كالدفع بعدم جواز مطالبته إلا بعد مطالبة المدين الأصلي والدفع بالتجريد والدفع بإضاعة التأمينات والدفع بعدم الوفاء.

- يترتب على وفاء الكفيل لدين المدين للدائن حقه في الحلول محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين ، وذلك تطبيقا لنص المادة ٣٢٦ من القانون المدني المصري (٤٠) .

والكفالة كضمان تبعي فان دورها يبدا عند انتهاء دور المدين بعدم السداد فالدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل بأداء الالتزام أولا ولكن يجب عليه مطالبة المدين بالوفاء واستنفاذ كافة الطرق وفي حالة تخلفه عن السداد تعين عليه مطالبة الكفيل، وتنص المادة (٧٨٢) من القانون المدني المصري على أن " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين " ، وتنص المادة (٧٨٤) من ذات القانون على أن "تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، والضمانات هي كل تامين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تامين مقرر بحكم القانون" ، وتنص المادة (٧٨٨) من ذات القانون على أن" لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق" فالدفع بالتجريد يعني حق الكفيل في الدفع بعدم الأداء إلا بعد مطالبة المدين بالسداد فان تخلف المدين عن السداد جاء دور الكفيل.

وتنص المادة (١/٨٠) للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه" ، ورجوع الكفيل وفق نص هذه المادة ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في المادة (١/٣٢٤) التي تنص على أنه " إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بعد ما دفعه،

---

(٤٠) انظر في ذلك د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – ص ٥٤ ، د. عبد الرازق السنهوري – نظرية الالتزام بوجه عام – المرجع السابق – ج ٣ –طبعة ٢٠٠٤ – منشأة المعارف – الإسكندرية– ص ٥٨٦.

فالكفالة تقع صحيحة ولو لم يعلم بها المدين " فسيان أن كان راضياً بها أم غير را ضٍ ، فالمشرع المصري قيد حق الكفيل في الرجوع على المدين وذلك بإخطار الأخير بأنه (أي الكفيل) يريد أن يقوم بوفاء الدين لأنه يمكن أن يكون للمدين أسباب لاعتراضه على وفاء الكفيل للدين ، المادة (١/٧٩٨) مدني مصري وللكفيل الخيار بين الدعوي الشخصية ودعوي الحلول وفقا لمصلحته.

آثار الرجوع بالدعوى الشخصية أو بماذا يرجع الكفيل على المدين؟

متى أوفى الكفيل الدين للدائن، ورجع على المدين بالدعوى الشخصية وتم قبول هذه الدعوى بتوافر شروطها فإنه يرجع عليه بأصل الدين والفوائد والمصروفات والتعويض التكميلي.

أولا: أصل الدين

وقد جاء في المادة (٢/٨٠٠) مدني مصري "ويرجع الكفيل بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات"

ثانيا: الفوائد

نصت المادة (٣/٨٠٠) مدني مصري على انه " ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " فبالإضافة إلى الفوائد الاتفاقية التي يرجع بها الكفيل على المدين، فإنه يرجع بالفوائد القانونية من يوم دفع الكفيل الدين للدائن، وهذا خروج عن القواعد العامة في

المادة (٢٢٦) مدني مصري التي تحسب الفوائد القانونية من يوم المطالبة القضائية (٤١).

ثالثاً: المصروفات

في القانون المدني المصري فلا يلزم المدين بهذه المصروفات إلا بعد إخطار الكفيل له بهذه الإجراءات لأن المدين قد يرغب بالوفاء لتجنب هذه المصروفات المادة (١/٧٨٩ ،٢) مدني مصري وتشمل كذلك المصروفات مصروفات المطالبة الأولى في رفع الدائن الدعوى على الكفيل لأن هذه المصروفات تنفق قبل أن يصل أي إجراء إلى الكفيل يوجب عليه إخطار المدين(٤٢) .

رابعاً: التعويض التكميلي

وهو تعويض يرجع به الكفيل على المدين نتيجة ضرر أصابه من جراء الوفاء بالتزامه، إذ يستطيع الكفيل الرجوع على المدين بما إصابة من ضرر نتيجة وفائه بالكفالة ولم تشر المادة (٢/٨٠٠) مدني مصري إلى التعويض عندما نصت على الأمور التي يرجع بها الكفيل على المدين، ولكن تركت ذلك للقواعد العامة في المادة (٢٣١) مدني مصري التي تنص على أنه "يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا اثبت أن الضرر يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية.

---

(٤١) وقد ورد استثناء في حساب الفوائد القانونية من يوم المطالبة مثل ما جاء في المادة (٧١٠) مدني مصري الخاصة بالوكالة التي تحسب الفوائد من وقت الاتفاق، كذلك ما جاء في المادة (١٩٥) مدني مصري الخاصة بالفضالة والتي تحسب الفوائد من يوم الدفع.

(٤٢) عبد الودود يحيى، عقد الكفالة، عقد الكفالة، مصر :شركة مكتبة ومطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده ،١٩٦١، ص ٧٨.

أثار الرجوع بدعوى الحلول (بماذا يرجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول)

جاء في المادة (٧٩٩) مدني مصري" إذا أوفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين "وهذه المادة تطبيق للقواعد العامة في المادة (٣٢٩) مدني مصري " من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حق بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن"، ومن خلال هذين النصين يتضح لنا بماذا يرجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول:

١. أن يحل الكفيل محل الدائن في حقه، ويشترط أن يكون هذا الحق ما زال موجودًا وقت الوفاء، فإذا كان الحق انقضى بأحد أسباب انقضاء الالتزام أو تقرر بطلانه فلا يستطيع الكفيل الرجوع بدعوى الحلول على المدين.
٢. أن يرجع على المدين بما يلحق الحق من خصائص، وعلى ذلك لا يجوز للكفيل أن يرجع قبل حلول الأجل المخصص لوفاء الدين سواء كان باتفاق بين المدين والدائن أو قضا ءً (مهلة قضائية) ، وكذلك يكون حق الكفيل عند الرجوع خاضعًا لنوع التقادم الذي يخضع له حق الدائن، وكذلك لو كان الدين المكفول تجاريًا كان كذلك حق الكفيل وما يستتبع ذلك من حيث الإثبات وسعر الفائدة (٤٣).

---

(٤٣) انظر في ذلك د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، طبعة ١٩٩٧، ص ١١٩.

٣. أن يحل الكفيل محل الدائن بما يلحق حق الدائن من توابع كالفوائد، والحق في دعوى الفسخ، والحق في الطعن بالدعوى البوليصية، والحق في الحبس واستعمال الشرط الجزائي (٤٤) .

٤. أن يرجع الكفيل على المدين بما يلحق حق الدائن من تأمينات تجاه المدين مثل تأمينات عينية كحق الرهن الحيازي والرسمي، أو تأمينات شخصية ككفالة أخرى (٤٥) ولا يسري حلول الكفيل الدائن بحق غيره إلا باتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، كما جاء في المادة (٢/٧٨٧) مدني مصري فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ويتحمل الكفيل مصرو فات النقل على أن يرجع بها المدين."

٥. أن يلحق بحقوق الدين أيضاً الدفوع سواء أكانت دفوعًا خاصة بالدائن كالدفع ببطلان الدين كنقص في أهليته أو لعيب في رضاه، أم دفوعًا متعلقة بالدين كالدفع بانقضائه بالمقاصة أو بالتقادم (٤٦).

وفي الدعوى الشخصية فإنه لا يجوز للكفلاء الذين تمت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته أو بغير علم المدين الرجوع بهذه الدعوى عليهم ، أما دعوى الحلول فإنه يجوز لأي كفيل تمت الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه أو رغم معارضته الرجوع بها عليهم (٤٧) ، وبعد أن تناولت رجوع الكفيل على

---

(٤٤) انظر في ذلك ، المستشار أنور العمروسي، التضامن والتضامن والكفالة في القانون المدني، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٩ص ١٧٥ .

(٤٥)انظر في ذلك د. سمير تناغو ،التامينات الشخصية ، مرجع سابق ، ص ١١٤.

(٤٦)د. سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص ١٣٥.

(٤٧) انظر في ذلك د . نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

المدين إذا كان المدين واحداً ، سوف أتناول رجوع الكفيل على أكثر من مدين عند تعددهم وقد يكونوا هؤلاء الأخرون متضامنين أو غير متضامنين .

الفرضية الأولى: حالة تعدد المدينين المتضامنين

قد يتعدد المدينون ويكونون متضامنين بنفس الدين، وكانت كفالة بهذا الدين، فيجب التفرقة بين ما إذا كان الكفيل كفلهم جميعاً أو كفل بعضهم .

أولاً: كفالة جميع المدينين المتضامنين

يستطيع الكفيل الذي كفل جميع المدينين المتضامنين أن يرجع على أيٍ منهم بكل الدين سواء بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول، وهذا ما جاء في المادة (٨٠١) مدني مصري "إذا تعدد المدينون المتضامنون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أيٍ منهم بجميع ما وفاه من الدين".

ثانياً: كفالة بعض المدينين المتضامنين

يجوز للكفيل الرجوع على أيٍ من المدينين الذين كفلهم إما بالدعوى الشخصية وإما بدعوى الحلول (٤٨) ولا يوجد ما يمنع تطبيق نص المادة (٨٠١) مدني مصري على بعض المدينين الذين كفلهم المدين، أما المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم فإنه يستطيع الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب أو بالدعوى المباشرة ، ويرجع بإحدى الدعويين على أيٍ من المدينين

(٤٨) انظر في ذلك ، عبد السلام ذهني بك، في التأمينات ، مرجع سابق، ص ٢٣ .

الذين لم يكفلهم بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة من أعسر منهم ، ولا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين الذي لم يكفله بالدعوى الشخصية وذلك لأنها تكون بين الكفيل والمدينين الذين كفلهم، أما دعوى الحلول فقد قررت محكمة النقض المصرية بحكمها الصادر في ٧ يناير ١٩٣٧ (٤٩) أن الكفيل لا يستطيع الرجوع على أي من المدينين الذين لم يكفلهم بدعوى الحلول لأنه (الكفيل) ليس ملزماً بالدين معهم أو ملزماً بوفائه عنهم، وإنما يكون له فقط حق الرجوع عليهم بالدعوى غير المباشرة أو دعوى الإثراء بلا سبب .

وأما الرأي السائد فهو أن للكفيل أن يرجع على أي من المدينين الذين لم يكفلهم بدعوى الحلول، وذلك لأن الكفيل إذا كفل أحد المدينين المتضامنين فإن هؤلاء ملتزمون مع بقية المدينين بالدين، وعليه يكون الكفيل بشكل غير مباشر قد قام بوفاء الدين عن المدينين الذين لم يكفلهم وبالتالي يجوز له الرجوع عليهم بدعوى الحلول، وكذلك فإن منطق دعوى الحلول يتضمن حلول الكفيل محل الدائن بكل ما يستطيع أن يستعمله الدائن من حقوق وتجاه أي من المدينين المتضامنين ، بحيث يصبح الكفيل كأنه دائن جديد بدلاً من الدائن القديم.

ويرى الباحث أن ما جاء به الفقه السائد كان أقرب للصواب من حيث جواز رجوع الكفيل على أي من المدينين المتضامنين سواء أكانوا ممن كفلهم أم لم يكفلهم بدعوى الحلول.

---

(٤٩)الطعن رقم ٣٤ نقض مدني مصري ،جلسة ١٩٣٧/١/٧ ،وارد في العمروسي أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٨٤ .

الفرضية الثانية: حالة تعدد المدينين غير المتضامنين

قد يتعدد المدينون في الدين ولكنهم غير متضامنين، وهنا أيضاً قد يكفلهم الكفيل جميعا أو يكفل بعضهم:

أولاً: كفالة جميع المدينين الغير متضامنين

القانون المدني المصري فلم يذكر هذه الحالة ولكن يمكن تطبيق القواعد العامة بهذا الشأن مثل المادة ٣٢٤ والمادة ١٧٩ مدني مصري (٥٠)

ثانياً: كفالة بعض المدينين غير المتضامنين

يستطيع الكفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول أو دعوى الإثـــراء بـــلا سبب على أي من المدينين الذين كفلهم ، ويمكن قياس المادة (٣٢٤) والمادة (١٧٩) مدني مصري على كفالة بعـــض المدينين غير المتضامنين ، وأما الذين لم يكفلهم الكفيل وكانوا غير ملتزمين فلا يرجع عليهم بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول (٥١) ، ولكن يستطيع الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب بقيمة نصيبه في الـــدين .

---

(٥٠)تنص المادة (٣٢٤ /١) مدني مصري " إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما تؤدي إلى دفعه،2 ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل على الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما أوفاه عنه كلاً أو بعضاً، إذا اثبت أن له آية مصلحة في الاعتراض على الوفاء

أما المادة (١٧٩) مدني مصري تنص " كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الأثر فيما بعد" .

(٥١) انظر في ذلك د. سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص ١٤١.

وبناء على ما سبق نجد أن الضمان يكون مستقلا عن غيرة من العلاقات لأنه يعتبر تعهد صادر عن الضامن المقابل والذي يلتزم بمقتضاه بالتغطية ولا يتوقف أداء الضامن المقابل على تنفيذ أي التزام آخر فهو يلتزم بالوفاء بمجرد الطلب، فالضامن المقابل يلتزم بالسداد وفاء لتعهده الخاص فيعتبر هذا الالتزام مستقلا عن سوء أو حسن تنفيذ العقد الأساسي وبعيدا عن أي اعتراضات يبديها مصدر الأمر.

فبالرغم من اتفاق الضمان المقابل والكفالة في بعض الأمور ومنها الثبوت بالكتابة ولا يتحقق أيا منهما إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا فانهما يختلفان في عدة نقاط تتمثل أولهما في استقلال الضمان عن الالتزام الذي نشأ بسببه سواء كان العقد الأساسي أو الضمان الأول وثانيهما يتمثل في صعوبة التمسك بالاستثناءات الموجودة في العقد الأساسي.

ويتعين على القاضي بسلطته التقديرية الوصول إلى التكييف السليم للتعهد محل المنازعة والوقوف بالتحديد على ما إذا كان يشكل كفالة أم ضمانا بمجرد الطلب وذلك لاختلاف الأحكام التي يخضع لها كل نوع وخضوع السلطة التقديرية لرقابة محكمة النقض يتأتى للتأكد من أن تكييفه قد جاء مطابقا للواقع في معطياته وللقانون في أسبابه.

وقد جري العمل على انه يجب أن يتضمن خطاب الضمان المقابل عبارات تدل على استقلاليته وتمييزه عن الكفالة ومنها الدفع بدون حق الاعتراض من جانب الضامن المقابل بمجرد أن يقدم له الضامن خطابا يفيد انه قام بالوفاء إلى المستفيد ، أن عقود البنك الضامن المقابل تكون ضمان مستقل وليس ضماناً مشتركاً عندما يلتزم ببنك الضمان من الدرجة الأولى ، ولا يمكن استرداد ما تم دفعة من مبلغ هذا الضمان عند طلب الأول ، على

أساس نموذج خطاب يؤكد أنه قد تم طلب الضمان (٥٢) ، وهذا التمييز بين الكفالة والضمان المقابل يؤدي إلى حرمان الضامن المقابل من التمسك بالتحفظات أو الاستثناءات الواردة في العقد الأساسي للامتناع عن تغطية الضمان بينما يعفي الكفيل من التغطية في حالة عدم قيام الدائن بمطالبة المكفول بالدين(٥٣).

وهناك رائيا فقهيا (٥٤) يرى أن البنك يعتبر كفيلا عن العميل في تنفيذ التزامه إلا أن هذه الكفالة من نوع خاص وتخضع لأحكام قانونية خاصة استقر عليها العمل المصرفي ، لذلك فان الباحث يرى مع جانب كبير من الفقه المصري (٥٥) ، عدم صلاحية نظرية الكفالة للتكييف القانوني لالتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان.

والباحث يرى انه لا يجوز اعتبار عقد الضمان المقابل كفالة نظرا لاختلاف شروطهما الخاصة.

ثالثا: تكييف العلاقة التي تربط بين الضامن والضامن المقابل بالإنابة القاصرة

قد سميت هذه النظرية باسم نظرية الإنابة القاصرة لأنها لا تبرئ ذمة الدائن (المنيب) تجاه المستفيد (المناب لدية) فهي تصبح تجديدا يتضمن تغيير المدين ويصبح للدائن مدينان، ويرى جانب من الفقه بان أساس

---

(52) cf. Paris,28-6-1989.D,1990,ROMM,P.212.

(53) cf. Cass-Com,17-7-1990,D,1990,jur,p.494

(٥٤) انظر في ذلك د. محمود سمير الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٥٦٦.

(٥٥) انظر في ذلك د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – ص ٦٤ ، د. محي الدين إسماعيل علم الدين – المرجع السابق – ص ٦٣٢ ، د. حياة شحاتة – المرجع السابق – ص ٣٥٦.

التزام البنك في خطاب الضمان هو عقد الإنابة حيث أن الإنابة في الوفاء تعتبر وسيلة من وسائل تامين الدائن فالبنك يعتبر نائبا عن العميل (الآمر) في إصدارة لخطاب الضمان وتفسير ذلك أن العميل المدين عندما يقدم العطاء يلزم بتقديم تامين نقدي يوضع تحت تصرف الدائن المستفيد بالإضافة إلى التزامه الأصلي بتنفيذ العقد ، وبقبول المستفيد تنعقد الإنابة ويكون التزام البنك (المناب) في مواجهة الدائن (المنيب) التزاما أصليا ومباشر ومستقلا عن التزام المدين.

وقد تضمنت المادة ١/٣٩٥ مدني مصري كيفية حدوث الإنابة بانها " تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين " ومن ذلك يتضح الاتي:

- يلزم وجود ثلاثة أشخاص في الإنابة.
- وجوب صدور رضاء من الدائن بالشخص الأجنبي لكي تنعقد الإنابة.
- يلتزم المدين الجديد بوفاء الدين بدلا من المدين الأصلي.

وهناك علاقات متعددة تنشأ بين العميل والبنك والمستفيد تكون نتيجة للإنابة وذلك على النحو التالي:

<u>في العلاقة بين العميل (المنيب) والمستفيد (المناب لدية):</u>

يظل الأول مدينا للثاني ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى البنك (المناب) بالالتزام الجديد الذي في ذمته للمناب لدية (المستفيد)

<u>في العلاقة بين العميل (المنيب) والبنك (المناب):</u>

إذا قام البنك بالوفاء للمستفيد كان له الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب حسب الأحوال.

في العلاقة بين المستفيد (المناب لدية) والبنك (المناب):

في هذه العلاقة يكون للمستفيد مدينان وهما المدين الأصلي العميل (المنيب) والمدين الجديد وهو البنك (المناب) ويستطيع المستفيد الرجوع على آيا منهما دون الالتزام بترتيب معين فاذا ما قام أحدهما بالوفاء برات ذمة الاثنان معا نحوه بالرغم من اختلاف مصدر دين كلا منهما حيث أن دين كلا منهما مستقل عن مصدر دين الآخر فمصدر دين العميل (المنيب) هو الالتزام الأصلي ومصدر دين البنك (المناب) هو عقد الإنابة ولذلك لا يكون هناك تضامن بين المدينين ولا يعتبر البنك (المناب) كفيلا للمدين (المنيب).

فالدين الذي نشأ عن طريق الإنابة في ذمة البنك (المناب) للمستفيد (المناب لدية) هو دين مجرد لا يتأثر بالعلاقة بين البنك (المناب) والعميل (المدين) ولكنه لا يتأثر بالدين الذي للمستفيد على المدين الأصلي ذلك أن محل الدينين واحد ونتيجة لذلك يستطيع البنك التمسك بدفوع العميل في مواجهة المستفيد ولا يستطيع أن يتمسك بدفوع العميل في مواجهة المدين.

وقد انتهت الجمعية العمومية للفتوي والتشريع بمجلس الدولة في فتوى لها (٥٦) إلى أن الراي الصحيح في شأن تكييف خطاب الضمان انه لا يعتبر كفالة وإنما هو من قبيل الإنابة القاصرة والذي بموجبة ينشأ التزام مجرد في ذمة البنك بإداء القيمة المبينة في خطاب الضمان عند طلب جهة الإدارة ذلك منه ودون التفات إلى أي معارضة تصدر من المدين .

وطبقا لنص المادة (٣٦١) مدني مصري " يكون التزام المناب قبل المناب لدية صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام

---

(٥٦)جلسة ٤ ديسمبر ١٩٦٣ فتوي رقم ٣٠٣ ١٩٦٤/٢/١٢ ، مجلة المحاماة سنة ٤٧ العدد ٢ ص ٤٠٣ .

خاضعا لدفع من الدفوع ولا يبقي للمناب إلا حق الرجوع على المنيب كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضي بغيرة " (٥٧) ، ويترتب على ذلك الاتي:

١. إن عقد الإنابة ينعقد بين العميل (المناب) و(المناب لدية) وهذا لا يتفق مع عملية إصدار خطاب الضمان من الناحية القانونية لان خطاب الضمان يصدر من البنك بناء على عقد بينه وبين عميله طالب الضمان ويلتزم البنك التزاما باتاً ومجرداً في مواجهة المستفيد ولا وجود لإرادة المستفيد في هذا العقد.
٢. في الإنابة القاصرة يظل المدينان ملتزمان أمام المستفيد، أما في خطاب الضمان فالبنك هو الملتزم الوحيد حيث أن التزامه أصلي ومباشر ومستقل عن التزام عميله.
٣. في عقد الإنابة يستطيع البنك التمسك بكافة دفوع العميل في مواجهة المستفيد وذلك على عكس خطاب الضمان الذي لا يستطيع البنك التمسك باي دفوع تبدى من عميله.

وبالرغم من التشابه في العلاقة الثلاثية بين الإنابة وخطاب الضمان فالباحث يرى بأن نظرية الإنابة سواء الكاملة أو القاصرة لا تصلح لتفسير أساس التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان .

رابعاً: تكييف العلاقة التي تربط بين الضامن والضامن المقابل على أنها اشتراط لمصلحة الغير:

يعود الفضل في ترسيخ قواعد نظرية الاشتراط لمصلحة الغير إلى القضاء والفقه الفرنسيين ، وكان ذلك من خلال التوسع في تفسير نص المادة

(٥٧) انظر في ذلك د. عبد الرازق السنهوري – النظرية العامة للالتزامات – ج ٣ – طبعة عام ٢٠٠٤– منشأة المعارف – الإسكندرية– ص ٧٧١.

(١١٢١) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه " يمكن جزئيا الاشتراط لمصلحة الغير عندما يكون شرطا الاشتراط لصالح الذات أو شرطا لهبة يقدم إلى الآخرين ،ومن قام بهذا الاشتراط لا يسعه الرجوع عنه أذا أعلن الغير عن إرادته في الاستفادة منه" وقد أصبحت قاعدة الاشتراط تطبق على جميع الحالات الجديدة التي تظهر في الحياة العملية مما أدى إلى أن تتأثر جميع القوانين التي نظمت الاشتراط لمصلحة الغير بالتوسع الذي حدث في فرنسا بفعل القضاء والفقه هناك

وقد جاءت أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في المواد أرقام ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦ من القانون المدني المصري وذلك على النحو التالي، فقد نصت المادة (١٥٤) على أنه "١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة كانت مادية كانت أو أدبية. ٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه. ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد. ٣- ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك "، وكذلك نصت المادة (١٥٥) من ذات القانون على أنه " ١- يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد. ٢- ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحةً أو ضمنا على خلاف ذلك وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول كما وله أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة"، وكذلك نصت المادة (١٥٦) على أنه "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصيا أو جهة

لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة."

ومقتضى هذه النظرية أن يتعاقد المشترط باسمه مع المتعهد على إنشاء حق مباشر للمنتفع بجانب توافر مصلحة شخصية مادية أو أدبية لدى المشترط ولذلك يلزم وجود علاقة ثلاثية بين المشترط والمتعهد والمنتفع ، والاشتراط لمصلحة الغير لا يشمل إلا عقدا واحدا ينعقد بين المشترط والمتعهد ويستفيد المنتفع من هذا العقد أي العقد الذي لم يكن طرفا فيه وهو ما يفرقه ويميزه عن التعهد عن الغير الذي يتكون من عقدين ، ويعتبر استثناءً عن القاعدة العامة في نسبية أثر العقد والتي تقضي بانصراف أثرة إلى طرفيه وخلفهما دون الغير الأجنبي عن العقد (٥٨) ، وهناك شروط من الواجب توافرها في الاشتراط لمصلحة الغير:

١. يجب أن يكون المنتفع أجنبيا عن العقد وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، حيث أن المشترط لا ينوب عن المنتفع، ويتميز أيضا عن الفضالة ذلك أن الفضولي نائب عن رب العمل متى توافرت شروطها، وفي حالة عدم توافر شروطها فان رب العمل لا يفيد ولا يضار من تصرف الغير إلا إذا أقره، لأنه بهذا الإقرار يصبح الغير وكيلا عن رب العمل.

(٥٨)انظر في ذلك د. محي الدين إسماعيل علم الدين – المرجع السابق– ص ٦٣٧ ، د. محمود سمير الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٣٤٣ ، د. السنهوري – المرجع السابق – ج ١ – ص ٥٦٥ .

٢. يجب أن تنصرف إرادة المتعاقدين على إعطاء المنتفع حقا مباشرا من ذات عقد الاشتراط وليس عقد آخر كما في حالة التعهد عن الغير ، ولابد من توافر مصلحة مادية أو أدبية للمشترط [٥٩] .

وقد ظهر رأياً فقهياً (٦٠) يرى بان الاشتراط لمصلحة يعتبر أساسا قانونيا لالتزام البنك في خطاب الضمان حيث أن المعروف عن الاشتراط لمصلحة الغير أن المشترط يتعاقد باسمة مع المتعهد علي إنشاء حق مباشر للمنتفع ويلزم توافر مصلحة مادية أو أدبية لدى المشترط حيث يتعاقد العميل (المشترط) معه البنك (المتعهد) على إنشاء حق مباشر للمستفيد يلتزم البنك بأدائه فيعتبر الاشتراط وسيلة لإنشاء الالتزامات وترتيب الحقوق والمصلحة المادية للعميل المشترط تتجلى واضحة عندما يرتب حق للمستفيد في ذمة البنك إذ بهذا الاشتراط يخفف الجانب السلبي من ذمته ويزيد من الجانب الإيجابي في ذمة المستفيد بمقدار خطاب التعهد بالضمان ، وبذلك فانه لا توجد أي ثمة رابطة تعاقدية بين المستفيد والبنك ، وذلك خلافا لما ذهبت إليه نظرية الإنابة والكفالة كذلك القبول الصادر من المستفيد لا يعتبر نوعا من القبول الذي تنعقد به العقود (قبولا تعاقديا) بل تأكيد لحق موجود من قبل .

وقد ينشأ للمستفيد من الخطاب حق غير قابل للنقض من أول الأمر في حالة عدم اتصاله بعلمه لأنه إذا ما اتصل الخطاب بعلمة أصبح حقه غير قابل للنقض ولو لم يصدر منه قبول، ولا يجوز المساس بهذا الحق (حق المستفيد) بعد اتصاله بعلمه وإنما يجب أداؤه إليه لدى طلبه ولو اعترض العميل، أي انه لا يجوز نقض حق المستفيد في المشارطة بالإرادة المنفردة ولا بالاتفاق بين المستفيد والبنك.

---

(٥٩)انظر في ذلك د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – ص ٧٤ .

(٦٠)انظر في ذلك د. محي الدين إسماعيل علم الدين – المرجع السابق– ص ٩٥٨.

ولا يترتب على نقض المشارطة، براءة ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتُّفق على خلاف ذلك ، أماً المستفيد فله ردّ المشارطة ورفضها، فينزل بذلك عن الحقّ الذي نشأ له بمقتضى العقد، غير أنّ حق المستفيد في الرفض ليس حقاً شخصياً خالصاً له بل يملك دائنوه من الطعن في تصرفه متى كان في صدوره إضراراً بمصالحهم، كما يملك ورثة المستفيد ذلك أيضاً بعد وفاته ، ففكرة الاشتراط تؤدي إلى نشوء حق للمستفيد من خطاب التعهد وهذا الحق يعتبر بات غير قابل للنقض وغير معلق علي إرادة العميل أو البنك وذلك منذ اتصال علمه به ، وكذلك يمكن أن ينشأ للمستفيد حق مشروطا أو غير مشروط ويقصد بالشرط هنا تعليق حق المستفيد في قبض قيمة الخطاب علي إخلال العميل بشرط من شروط التعاقد المذكورة في الخطاب ، ويكون من حق هذا الأخير رفض الحق المشروط خلال فترة معقولة من وقت اتصاله بعلمة لم يثبت له حق قبل البنك ويجب علي العميل تقديم خطاب تعهد جديد متفق مع رغبة المستفيد (٦١)

والباحث يرى بان نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لا تصلح أساسا لتكييف التزام البنك في الضمان المقابل نظرا لان الضامن المقابل لا يشترط لمصلحة المستفيد لعدم وجود علاقة مباشرة بينهما ، كما أن المستفيد يعتبر أجنبيا عن عقد الضمان المقابل.

(٦١) انظر في ذلك د. محي الدين إسماعيل علم الدين – مرجع سابق – ص ١٦٧ ، د. محي الدين إسماعيل علم الدين – المرجع السابق– ص ٦٦٦ ، ص ٩٥٧.

خامساً: تكييف العلاقة التي تربط بين الضامن والضامن المقابل كعقد وكالة:

إذا كان مبدا استقلال الضمان المقابل عن كلا من العقد الأساسي وعن الضمان الأول أدى إلى عدم تكييفه ككفالة فالباحث سوف يوضح هنا مدى اعتبار الضمان المقابل وكالة بين الضامن المقابل والضامن الأول(المباشر)، وطبقا للقانون المدني المصري نجد انه يعرف الوكالة في المادة (٦٩٩) منه على أنها "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

ويعرف قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالمادة رقم (١٦٦) منه على الوكالة بانها "عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بان يجري باسمة تصرفا قانونيا لحساب الموكل " وطبقا لهذا التعريف فأن الوكالة عمل قانوني وليس عمل مادي ولذلك فاذا قام الوكيل بالعمل المادي فانة يعتبر عملا ثانويا أو تابعا للعمل القانوني، فالوكالة تعتبر إنابة اتفاقية بين الوكيل والموكل بما يستلزمه من تمثيل الأول للثاني ولا يكون ذلك إلا في الأعمال القانونية فقط دون الأعمال المادية.

فالضامن المباشر يقوم بعمل قانوني لحساب الضامن المقابل وهو أداء مبلغ الضمان إلى المستفيد وهذا يعتبر تصرفا قانونيا لأنه يترتب عليه إبراء ذمة الضامن الأول من الدين لصالح المستفيد ولكن هذا لا يقودنا إلى القول بان ما يقوم به الضامن الأول بمثابة وكالة عن الضامن المقابل (٦٢) ،

(62) VASSEUR,garantie undependante,Rep- DALLOZ de droit commercial,1984, no 53

فالوكالة قد تنشأ في العلاقة بين الضامن المقابل بالعميل الآمر أكثر من كونها قد تنشأ بين الضامن المقابل والضامن المباشر.

وتوجد عدة اختلافات جوهرية بين الضامن المقابل والوكالة ، يتمثل الاختلاف الأول في إن الوكالة تعتبر تبرع وحسبما نصت المادة (٧٠٩) من القانون المدني المصري بقولها "الوكالة تبرعيه ما لم يتفق على ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل " بينما الضمان المقابل هو في جميع الأحوال بمقابل أيا كانت صورته وان كان هذا الاختلاف قابل للاختفاء في الوقت الراهن كون الوكالة غالبا ما تكون باجر ، أما الاختلاف الثاني يكمن في أن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون إن يتجاوز حدودها المرسومة فالضامن المباشر يدفع للمستفيد وفقا لتعليمات الضامن المقابل إلا أن الضامن المقابل ليس في إمكانه إنهاء الضمان في أي وقت بل هو ملزم بالتغطية ولا يستطيع التنصل من تعهده بالتغطية ، وفي المقابل لا يجوز للضامن المباشر الامتناع عن تنفيذ الضمان لصالح المستفيد طالما انه قبل ذلك، وعدم جواز التنازل هنا هو ثبوت حق المستفيد في الوفاء باعتبار أن هناك اشتراط لمصلحته قد تم من قبل الضامن المقابل ، وبالتالي لا يجوز للضامن المباشر حرمان المستفيد من هذا الحق بتنازله عن الضمان ، وذلك على خلاف الوكالة فيجوز للوكيل التنازل عن الوكالة في أي وقت بشرط إعلان الموكل ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.

ويقترح جانب من الفقه الفرنسي (٦٣) تكييف هذه العلاقة في عقد وكالة ، وقد استمدت هذه النظرية من المذهب الألماني الذي ينطبق أيضاً على العلاقة التي توحّد الضامن المقابل مع الضامن ، والضمانات غير

(63) cf. F. Logoz, op. cit., nos 3.2. et s., p. 79 ; D. Baudouin, «La garantie bancaire a première demande en droit allemand», anglais et français, Rapport de recherche, Institut de droit comparé 1994- 1995, p. 22.

المباشرة هي التي تؤدى إلى بنك الضمان المقابل بناءً على طلب البنك المصدر لإعطاء توكيل لبنك آخر لإصدار الضمان المناسب للمستفيد ، ويبدو أن هذا التكييف قادر على الاستفادة من أصل كلمه "الوكالة" المستمدة من كلمه "طلب" التي تعني "إعطاء التعليمات" (٦٤) ، وتجدر الإشارة إلى أنه حتى إذا لم يضفي عليها أي أهمية قانونية، فان الممارسون يستخدمون أحياناً هذا التعبير لتحديد العلاقة بين الضامن والضامن المقابل .

وفي فرنسا على الرغم من أنه كان بالإمكان الاحتفاظ بها من قبل بعض المحاكم لتكييف العلاقة القائمة بين المدين والضامن في الضمان العادي (٦٥) وحتى تلك التي تربط الضامن بالضامن المقابل في الضمان الغير مباشر ، فقد أشارت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٣ إبريل ١٩٩٠ (٦٦) إلى العلاقة بين البنك الضامن المقابل والبنك المحلي مؤكدة على أن كل إصدار لخطاب ضمان من البنك الضامن قد تم بناءً على التوكيل الصريح لبنك الضامن المقابل الذي كان يرسل في كل مرة نص الضمان الذي سيتم إصداره ... ".

---

(64) cf. A. Bénabent, « Droit civil, Les contrats spéciaux», Domat, Montchrestien, 6e éd., 2004, no 620, p.409.

(65) cf. CA Paris 25 février 1988, Banque Tejarat c/ Sté Cofraran et autres, D. 1989, somm. p. 150, obs. M. Vasseur. Arrêt confirmatif de TC Paris 8 juillet 1983, D. 1984, inf. rap. p.92, obs. M. Vasseur ; RTD com. 1984, p. 321, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

(66) cf. Cass. com. 3 avril 1990, Banque Tejarat et Sté Cofraran, Bull. civ. IV, no 104, p. 69 ; RDBB 1990, no 20, p. 169, obs. M. Contamine-Raynaud ; D. 1991, somm. p. 195, obs. M. Vasseur ; Journ. des notaires et des avocats 1991, p. 38, note L. Moatti.

وعلى العكس من ذلك نجد أن جانب من الفقه الفرنسي (٦٧) لم يتناول هذا التحليل حيث انهم اعتبروا فكرة التمثيل الكامنة في عقد الوكالة غير موجودة في ضمانات الطلب الأول ، ولذلك فإن الفقه الفرنسي التقليدي يوحد العلاقة التعاقدية بين المدين والضامن في معاملة الضمان بالرغم من أن الفقيه Vasseur (٦٨) احتفظ بهذا التحليل لفترة من الوقت قبل التخلي عنه ، ويشير جانب آخر من الفقه الفرنسي (٦٩) إلى أنه على عكس الوكيل ، فان الضامن لا يتصرف نيابة عن المدين حيث انه يقدم التزام شخصي لأنه لا يمارس حقوق هذا الأخير الذي لا يمكن أن يضمن التزاماته الخاصة ولكن يؤدي حقوقه الخاصة التي يمكن استخدامها دون علم وحتى ضد إرادة الشخص الذي يغطي الالتزامات .

ومع ذلك من الضروري إجراء مقارنات مماثلة فيما يتعلق بالعلاقة بين البنك المحلي والبنك الضامن المقابل من حيث:

أولا: بالنسبة لعمليه الضمان المباشر: أن الضامن والضامن المقابل يقدمان التزامات شخصيه تستبعد تكييف المعاملة في سلسله من عقود الوكالة مما يشكل علاقة مباشرة بين المدين والضامن من الدرجة الأولى (٧٠).

---

(67) cf. M. Cabrillac et Chr. Mouly, op. cit., no 52, p. 57 ; Ph. Simler, op. cit. , no 13, p. 17; Jérôme François, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur » , D. 2001, p. 2580, spéc. no 4, p. 2581.

(68) cf. Vasseur a néanmoins retenu un temps cette analyse (cf. obs. sous TC Versailles 17 septembre 1981, D. 1982, inf. rap. p. 496), avant de I' abandonner, (cf. obs. préc. sous TC Paris 8 juillet 1983, in fine).

(69) cf. Jérôme François, art. préc., no 4, p. 2581.

(70) cf. G. Affaki, op. cit., p. 452 ; A. Prüm, op. cit., no 282, p. 143.

ثانيا: حالة ما إذا كان الضامن المحلي يتصرف بناء على طلب مباشر من المدين بالعقد الأساسي أو بطلب من بنك الأخير فانه لا يملك ممارسه حق شخصي يخص شخصاً آخر ينطوي على عقد وكالة (٧١) ومن خلال ضمانه للمستفيد يلتزم البنك الضامن من الدرجة الأولى بالتعهد بان يكون قادرا على القيام بذلك دون الحصول على أمر من البنك المصدر، وإذا كان ملزم بفعل ذلك لمصلحة هذا الأخير فانه لا يتعهد نيابة عنه.

وعلاوة على ذلك وفيما يتعلق بالعلاقة الخاصة التي تربط بين الضامن والضامن المقابل تجدر الإشارة أيضا إلى أن نظرية الوكالة تجعل من الممكن تبرير عدم كفاية الالتزامات المتبادلة للطرفين فقط ولا سيما تغيير التزام الضامن المقابل، وبموجب هذه الوكالة فان العميل الآمر ملزم من حيث المبدأ بتعويض الوكيل عن كافة المبالغ الناجمة عن أداء العقد ، وبالتالي فان هذه العلاقة لا تسمح بالمراعاة الكاملة لالتزام الضامن المقابل سواء كان التزاما بالسداد، أو التزام بدفع المبالغ اللازمة لأداء الضمان ، وبالإضافة إلى ذلك يجوز للطرفين اتخاذ ترتيبات تعاقديه مثل إلزام الضامن بإخطار الضامن المقابل بأي طلب يقدم إلى الضامن يتجاوز نطاق الالتزام القانوني بالسداد وذلك حتى يتخذ الوقت اللازم من اجل اكتشاف الطلب التعسفي أو الاحتيالي الذي يكون من شانه منع السداد.

وقد حاول جانب من الفقه السويسري والألماني (٧٢) شرح الوضع الخاص للضامن المقابل مقارنة بعميل عادي وقد تم اقتراح العديد من الحلول ويقوم بعض الفقهاء بتكييف الاتفاق بين الضامن والضامن المقابل كميزة

---

(71) J. François, art. préc., no 4, p. 2581.

(72) cf. F Logoz., op. cit., no 3.4 .2.4. I., p. I23.

خاصة للوكالة التي من خلالها يقوم الطرفان بتعديل القواعد القانونية للعقد لأغراض العملية.

ويعتقد جانب آخر من الفقه الفرنسي (٧٣) أن الضامن المقابل والضامن مرتبطان بعقدين منفصلين هما اتفاق الوكالة من جهة ، واتفاق الضمان المقابل من جهة أخرى ، والغرض منه هو تعزيز حق الضامن في السداد بموجب عقد الوكالة كأحد أشكال ضمان الطلب الأول، وبالتالي فانه بموجب عقد الضمان المقابل يتعين على الضامن المقابل أن يدفع بناء على طلب الضامن الأول دون أن يكون قادرا على إبداء أي استثناء ، فالضمان المقابل يحتوي على التزام مستقل للبنك بالإضافة إلى الالتزام القانوني الذي يتطلب من هذا البنك نفسه سداد البنك الأجنبي الثاني ، لذلك فالمستفيد من الضمان سيكون قادر على تأكيد مطالبته بالسداد بموجب أساسين قانونيين مختلفين ، وبالتالي فان ضامن الدرجة الأولى لن يكون راضياً عن حقه في استرداد نفقات الوكيل ولكنه سيطالب ضامن الدرجة الثانية بإصدار ضمان مقابل لصالحه، وبذلك يتعهد الضامن من الدرجة الثانية أيضا بسداد ضامن الدرجة الأولى دون إمكانية إبداء أي استثناءات أو اعتراضات على العقد الأساسي أو علاقة التغطية للضمان ، وبالتالي فإن الضامن المقابل وضامن الدرجة الأولى ملزمان بعلاقتين قانونيتين متوازيتين، عقد الوكالة وعقد الضمان المقابل، ولا يبدو هذا المنطق مقنعا لاستحالة أن يكون الشخص ضامنا لالتزامه الخاص ، غير أنه من النادر في الممارسة العملية رؤية المدينون يضمنون التزاماتهم الخاصة من خلال التزام مواز.

---

(73) cf. Logoz ,op. cit., no 3.4.2.4., p. 122; D. Baudouin, p. 31 ; C. Moumouni, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire « à première demande » Revue juridique Thémis 1997, vol. 31, no 3, p. 781, spéc. p. 826.

فالضمان المقابل الذي أبرم بالتوازي مع عقد الوكالة لا يمكن أن يشكل ضمانا عاديا بالمعنى الضيق للمصطلح ويتعين تكييفه كالتزام شخصي، وعلى الرغم من وجود اعتقاد بأن الضامن المقابل يلزم الضامن بعلاقات قانونية متوازية، نجد أن الخطابات الموجهة للبنوك المحلية تشير فقط إلى التزام واحد لسداد أو دفع الضمان، وفي حالة رغبة الطرفان في إبرام عقد وكالة حقيقية يؤدي بموجبه البنك المحلي دور الوسيط البسيط مما يكون له تأثير في إنشاء علاقة مباشرة بين الضامن المقابل والمستفيد ، ولذلك فالباحث يرى بان عقد الوكالة لا يصلح لتكييف العلاقة بين الضامن والضامن المقابل لاختلاف الأساس القانوني لكلا منهما ومن الممكن أن يتم تكييفه في اتفاقية ائتمان بالتوقيع وهو ما سوف نوضحه لاحقاً .

سادساً: تكييف العلاقة التي تربط بين الضامن والضامن المقابل على أنه ائتمان بالتوقيع

صدرت هذه النظرية عن المذهب الفقهي الفرنسي والبلجيكي (٧٤) ويستند هذا التكييف إلى الفكرة القائلة بان العقد المبرم بين المدين والضامن يتم بناء على طلب المدين ، ويتعهد البنك الضامن بتغطية التزاماته كخدمة للمدين، وسداد المبالغ التي قد يطلب من الأخير دفعها بموجب الضمان ، لذلك فان العلاقة بين الضامن المقابل والبنك مُصدر الضمان تتسق من جميع الجوانب مع هذا التكييف.

(74) cf. Th. Bonneau, op.cit, nos 667 et s., p. 467 ; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, op.cit, no 786, p. 724 et no 804, p. 735; cf. J. Klein-Cornède, op. cit., p. 40, in fine.

وقد عرف الفقيه Vasseur (٧٥) العلاقة بين المدين والضامن بأنها "عقد خدمه " يتعهد بموجبه البنك بناء على طلب العميل الآمر بالتزام بالضمان ووعد بتقديمه على أساس اتفاق يؤدي إلى التزام البنك بموجب التوقيع عليه.

ويرى الفقيه Prüm (٧٦) أن البنك الضامن بناء على طلب المدين أو البنك المصدر للضمان يؤيد الضمان المستقل لصالح المستفيد ، بالإضافة إلى ذلك فان البنك المصدر لا يوافق على القيام بذلك إلا لتقديم خدمة لعميله أو لمراسله الذي يتعين عليه السداد في حاله المطالبة بالضمان، وفي كلتا الحالتين تنشا علاقة ثقة بين الشريكين تشكل اتفاق ائتمان يوافق بموجبه البنك الضامن على تقديم توقيعه إلى الضامن المقابل بإصدار الضمان ، وهذا التكييف يشير إلى الطبيعة الحقيقية للضمان المقابل والتي تتكون من فتح ائتمان عن طريق التوقيع يوافق بموجبه الضامن الأول على الضامن المقابل ، وعلاوة على ذلك ينبغي التأكيد على أن هذا التحليل اعتمد منذ وقت طويل في هذا المجال وهو قريب جدا من الاعتماد المستندي أو الرجوع إلى السداد الذي يحتفظ به البنك المؤكد، ويبرر الائتمان المقدم ضد البنك المصدر بالائتمان الذي يوافق عليه البنك.

وقد أكد الفقيه Vasseur (٧٧) على أن العلاقة بين البنك المصدر والبنك المؤكد هي نتيجة للعقد الذي يوافق بموجبها الأخير على تقديم خدمات

---

(75) M. Vasseur, Rép. civ., « VO Garantie indépendante», nos 52 et S., p. 5.

(76) A. Prüm, op. cit., art. préc., p. 268.

(77) A. Boudinot, « Pratique du crédit diamantaire », Sirey, 1979, p. 214 ; P. Jasinski, « Les crédits documentaires dont le paiement au le remboursement est assure par des organismes financiers internationaux » Banque 1987, p. 444 ; J. M. Mousseron, R. Fabre,

معينة للبنك المصدر (إخطار، إلخ) وعقد ائتماني يلتزم بموجبه التزام مستقل تجاه المستفيد فيما يتعلق بالالتزام الذي تعهد به البنك المصدر والذي يكون قابلا للنقل إلى العلاقات التي تحتفظ بها البنوك المتدخلة فيما يتعلق بإصدار ضمان مستقل.

ويتيح تكييف العقد المبرم بين الضامن المحلي والضامن المقابل كائتمان بالتوقيع عدة أمور أولهما تفسير الالتزام بالسداد الذي قام به الضامن بصفته الطرف المقابل لفتح الاعتماد الذي يوافق عليه البنك المحلي شخصياً وإصدار ضمان بمجرد أول طلب ، وثانيهما يبرر استقلال العلاقة بين المدين والضامن ، وبالتالي فأنها تنطبق تماما على الخصوصية المصاحبة لسلاسل الضمانات المقابلة التي تؤدي إلى إنشاء عده اتفاقيات ائتمانية والتي يطلب فيها البنك المحلي من البنك الأجنبي الحصول على ضمان لصالح المستفيد ، وأخيرا فانه يتماشى مع كافة الترتيبات التعاقدية التي قد يتفق عليها الطرفان في عقد الضمان المقابل ويشرح بوجه خاص أن الضامن المقابل قد يُطلب منه سداد مبلغ الضمان للعميل الآمر ، لذلك فان اتفاق الائتمان بالتوقيع من المرجح أن ينص على أن البنك المحلي سيدفع الضمان القصير الأجل أو أنه سيتم دفع الأموال عند الطلب الأول(٧٨).

وفيما يتعلق بالعقد المبرم بين الضامن والضامن المقابل في التنفيذ غير المباشر لضمانات الطلب الأول التي تمارس في التجارة الدولية يكون من الضروري بالتالي تقييد اتفاقية الضمان بسبب صفة الضامن المقابل، ويبرر هذا التكييف بوجه خاص انه قد يطلب من الضامن المقابل أن يسدد للضامن أو أن يسدد مبلغ الضمان، ويجوز للطرفين أن يقررا إبرام اتفاقية

J.Raynard et J.-L. Pierre, «Droit du commerce international», Litec, 3e éd., 2003 , no 1019, p. 506 ; J.-P. Mattout, op. cit., no 291 , p. 236.

(78) cf. Chr. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit, p.1, spéc. no 28, p. 21.

الضمان أو على العكس من ذلك قد يخضعان لتحويل الأموال من الضامن المقابل في وقت طلب الضمان من قبل المستفيد

وبناء على ما تقدم من أراء فقهيه لكافة التكيفات التي تم طرحها فالباحث يميل إلى الراي القائل بان العلاقة التي تربط بين الضامن والضامن المقابل هي علاقة تقوم على أساس الائتمان بالتوقيع، لأن العلاقة بين الضامن المقابل والبنك مُصدر الضمان تتسق من جميع الجوانب مع هذا التكييف.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للضمان المقابل

الذي يصدره المحال إليه في حوالة الدين

يقصد بانتقال الالتزام Cession des obligations تحويل الرابطة القانونية التي تربط بين الدائن والمدين لأشخاص آخرين، والانتقال قد يكون إيجابياً إذا تحول الحق من ذمة الدائن إلى شخص آخر يحل محله، وبالتالي يخلف الدائن الجديد الدائن الأصلي في الحق ذاته، وقد يكون سلبياً إذا تمّ من ذمة المدين إلى شخص غيره بحيث يحل هذا الشخص محل المدين الأصلي في التزامه بالدين ذاته مع إخلاء ذمة الأخير منه، وما يعنينا هنا في هذا البحث هو التطرق إلى حوالة الدين La cession de dette وما تتضمنه من أحكام خاصة بالضمان المقابل

أ. تعريف حوالة الدين:

تعدّ حوالة الدين بمنزلة اتفاق بين طرفين على نقل عبء الدين من ذمة المدين الأصلي، وهو المحيل إلى ذمة مدين جديد يحل محله يسمى المحال عليه، ويترتب على هذه الحوالة انتقال الدين نفسه بصفاته ودفوعه وتأميناته إلى المدين الجديد. وتنعقد حوالة الدين إما بين المدين الأصلي والمدين الجديد الذي انتقل إليه الدين، وإما مباشرةً عبر عقد يتم بين الدائن والمحال عليه (٧٩) .

(٧٩) أنظر في ذلك د.أحمد عبد الدائم: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج٢، أحكام الالتزام (مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣، ص٢٩٩.

ب. محل الحوالة:

يجب أن يكون لحوالة الدين محل، وأن يكون هذا المحل مستوفياً لشروطه القانونية، والمحل هنا هو الدين المحال. ولكن لا يشترط في حوالة الدين أن ترد على دين منجز، فقد يكون محل الحوالة ديناً حالاً أو مستقبلاً غير مستحق الأداء، وقد يكون محلها مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط واقف. كذلك يمكن أن يكون محل الحوالة ديناً مدنياً أو تجارياً بفائدة أو من دون فائدة (٨٠).

ج. أركان الحوالة:

تخضع حوالة الدين التي تبرم بين المدين الأصلي والمدين الجديد وباعتبارها عقداً للقواعد العامة في انعقاد العقود وصحتها، فلابد من وجود رضا صادر عن شخص كامل الأهلية وخالٍ من العيوب. كما يجب وجود سبب لهذه الحوالة حيث أنّ المحال عليه قد يقصد إما إقراض المدين مبلغ الدين، وإما الوفاء بدين مترتب في ذمة هذا المدين، وإما التبرع للمدين الأصلي بالمبلغ.

أما الاتفاق على الحوالة بين الدائن والمحال عليه فيجب أن ينصب على الدين ذاته حتى ينتقل إلى المدين الجديد، ويجب أن يكون الاتفاق بنية الحوالة التي تتم بواسطة عقد يتم مباشرة بين الدائن والمحال عليه دون رضا من المدين الأصلي ودون مشاركة منه استناداً إلى القاعدة التي تجيز للأجنبي

---

(٨٠) أنظر في ذلك د. منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٢، ص ٢١٩.

وفاء الدين دون رضاء المدين؛ لأنّ هذا الأخير لن يتضرر من تبرئة ذمته ولا من تحمل غيره ما كان عليه من دين (٨١).

د. شروط نفاذ الحوالة:

إذا انعقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرةً، فلا يشترط رضاء المدين بالحوالة أو إقراره لها، أما إذا انعقدت بين المدين الأصلي والمدين الجديد فيجب إقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تكون نافذة في حقه، ولا تعدّ موافقة الدائن على حوالة الدين شرطاً لانعقاد الحوالة، وإنما لنفاذها في حقه.

أولا: مفهوم الإقرار:

هو موافقة الدائن على حوالة الدين التي تمت بين المدين والمحال عليه مما يؤدي إلى جعل آثار هذه الحوالة نافذة بحقه. والمقصود بنفاذ الحوالة في حق الدائن انتقال الدين الأصلي إلى المدين الجديد، ويصبح سارياً في مواجهة هذا الدائن، وتبرأ ذمة الأول، ويصبح الثاني هو وحده المدين للدائن (٨٢).

ويعدّ إقرار الدائن للحوالة تصرف إرادة منفردة، وإذا تم هذا الإقرار استند أثره إلى تاريخ انعقاد الحوالة، وليس إلى تاريخ الإقرار، حيث يعدّ

---

(٨١) أنظر في ذلك د.أحمد عبد الدائم: المرجع السابق، ص٢٩٩.

(٨٢) أنظر في ذلك د. سليمان مرقس- موجز أصول الالتزامات- مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة ١٩٦١، ص ٨٧٧.

المحال عليه في علاقته مع الدائن خلفاً خاصاً للمحيل من تاريخ الاتفاق على الحوالة (٨٣).

ثانيا: شكل الإقرار:

لا يتطلب القانون شكلاً معيّناً للإقرار، فيكفي إخطار من الدائن إلى أحد المتعاقدين أنه يقر الحوالة التي تمت بينهما، وقد يكون الإقرار صريحاً أو ضمنياً كقبول الدائن من المحال عليه – مع علمه بالحوالة ودون تحفظ – الوفاء ببعض الدين أو بالفوائد المستحقة عنه.

ويجب الإشارة إلى أنه إذا رفض الدائن الإقرار بالحوالة؛ فإنّ هذا يؤدي إلى اعتبارها غير سارية في مواجهته. وقد يرفض الدائن الحوالة رفضاً صريحاً أو ضمنياً، ومن صور الرفض الضمني أن يبلغ المحيل أو المحال عليه الدائن بالحوالة، ويعيّن له أجلاً معقولاً ليقرها، فإذا انقضى الأجل دون أن يستبين موقف الدائن من الحوالة عدّ سكوته رفضاً لها.

٥. آثار حوالة الدين:

تختلف آثار الحوالة بحسب ما إذا كانت الحوالة قد تمت نتيجة اتفاق بين المدين والمحال عليه، أو بين الدائن والمحال عليه.

(٨٣) أنظر في ذلك د.أحمد عبد الدائم– النظرية العامة للالتزام– ج٢، أحكام الالتزام (منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، الدراسات القانونية العملية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ٢٠٠٦ ، ص ٣٠١.

أولا: آثار حوالة الدين باتفاق المدين والمحال عليه: يترتب على هذه الحوالة ثلاثة آثار، وهي:

(١) علاقة المحيل بالمحال عليه:

إذا سكت المتعاقدان عن تنظيم آثار الحوالة قبل إقرارها من الدائن أو بعد رفضها؛ فيكون المحال عليه ملزماً تجاه المحيل بالوفاء للدائن في الوقت المناسب، فإذا قام الدائن بمطالبة المدين قضائياً فإنه يحق لهذا المدين الرجوع على المحال عليه باعتبار أنه قد تعهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة، فإن تخلف المحال عليه عن الوفاء كان للمحيل الرجوع عليه بالتعويض.

أما بعد إقرار الدائن الحوالة فهنا يجب الرجوع إلى العلاقة القائمة بين المدين الأصلي والمحال عليه، فإذا كان المحال عليه قد أقدم على الحوالة بقصد إقراض المدين مبلغ الدين أو الوفاء بدين مترتب في ذمة هذا المدين؛ فعندئذٍ يلتزم المدين الأصلي بالمقابل وفقاً للشروط وفي المواعيد التي حددها اتفاق الحوالة. أما إذا كان المحال عليه يهدف إلى التبرع للمدين الأصلي بمبلغ الحوالة؛ فإنه بالتالي لا يستطيع الرجوع عليه (٨٤).

(٢) علاقة الدائن بالمحال عليه:

بعد إقرار الدائن للحوالة ووصول هذا الإقرار إلى علم من وجه إليه، فإنّ الدين ينتقل من المدين الأصلي إلى المحال عليه، ويصبح الأخير مديناً للدائن من تاريخ انعقاد الحوالة تطبيقاً لفكرة الأثر الرجعي للإقرار. ويترتب على انتقال الدين نفسه إلى المحال عليه النتائج الآتية:

---

(٨٤) أنظر في ذلك د. جلال علي العدوي- أصول أحكام الالتزام والإثبات – منشأة المعارف- الإسكندرية ١٩٩٦- ص ١٨٨.

١. احتفاظ الدين بصفته السابقة: والمقصود بذلك أنّ الدين قد يكون بسيطاً غير موصوف أو قد يكون موصوفاً، أي معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل مما يوجب مراعاة الوصف المذكور، سواء كان ديناً مدنياً أم تجارياً، مؤجلاً أم معلقاً على شرط أم منجزاً، أم منتجاً لفائدة... إلخ.

٢. يبقى للدين المحال ضماناته وتأميناته: المبدأ أنه يبقى للدين المحال كل ضماناته، باستثناء الكفالة الشخصية أو العينية إلا إذا قبل الكفيل الحوالة، فيعدّ عندئذٍ كفيلاً لشخص آخر غير المدين الأصلي سواء كان هذا الكفيل متضامناً أم غير متضامن مع المدين الأصلي، وسواء كان متمتعاً بحق تجريد المدين الأصلي أم محروماً من هذا الحق (٨٥).

٣. انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه: يستطيع المحال عليه التمسك في مواجهة الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفوع، فيكون للمحال عليه التمسك في مواجهة الدائن ببطلان التصرف المنشئ للدين المحال بسبب عدم وجود الرضا أو عدم توافر شروط المحل أو عدم مشروعية السبب.

كما يمكن للمحال عليه التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة كالدفع ببطلان الحوالة لانعدام الرضا أو لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب، أو الدفع بعدم الوفاء. وإذا انقضى الدين بأحد أسباب الانقضاء كان للمحال عليه التمسك به سواء تم الانقضاء بالوفاء أم ما يقوم مقامه كالتجديد أو استحالة التنفيذ أو الإبراء أو التقادم (٨٦).

---

(٨٥) أنظر في ذلك د.أحمد عبد الدائم– المرجع السابق– ص٢٩٩.

(٨٦) أنظر في ذلك د. رمضان أبو السعود– أحكام الالتزام – دار المطبوعات ش، الإسكندرية ١٩٩٨– ص ٤١٣.

(٣) علاقة الدائن بالمحيل:

متى أقر الدائن الحوالة برأت ذمة المدين الأصلي. ولكن، لا يقر الدائن الحوالة إلا إذا كان المحال عليه موسراً. وهكذا يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة.

ثانيا: آثار حوالة الدين باتفاق الدائن والمحال عليه:

إذا انعقدت الحوالة نتيجة اتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلي؛ فإنّ الحوالة في هذه الصورة تنتج جميع آثارها، وتكون نافذة في حق الدائن وفي حق المدين الأصلي بمجرد انعقادها، وتؤدي إلى براءة ذمة المدين الأصلي من الدين بمجرد انعقاد الحوالة من دون حاجة إلى رضائه بذلك. ويترتب على ذلك الآثار الآتية:

(١) انتقال الدين إلى المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفوعه:

فتبقى تأمينات الدين لضمان الوفاء به، باستثناء الكفالة الشخصية والعينية. كذلك يحق للمحال عليه التمسك قبل الدائن بالدفوع فيما يتعلق بالدين المحال به، كبطلان هذا الدين أو فسخه أو انقضائه، وبالدفوع المستمدة من عقد الحوالة.

(٢) عدم ضمان يسار المحال عليه:

لا يلتزم المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه لأن الحوالة تمت نتيجة اتفاق بين الدائن والمحال عليه دون موافقة المدين الأصلي، ولذلك يتحمل الدائن وحده تبعة إعسار المدين الجديد.

(٣) علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه:

يرجع في شأن هذه العلاقة إلى سبب قبول الأخير الحوالة، فإذا لم يكن سببها نية التبرع إلى المدين الأصلي؛ كان للمحال عليه الرجوع على المدين الأصلي بقيمة ما يوفيه للدائن على أساس الإثراء بلا سبب؛ لأنّ الحوالة لم تتم بتدخل المدين(٨٧).

وبالتالي يمكن انتقال الالتزام بإرادة أحد أطرافه إيجاباً أو سلباً من شخص إلى آخر عن طريق الحوالة، فإذا كان هذا الطرف هو الدائن سميت حوالة حق، وإذا كان هو المدين سميت حوالة دين.

وحوالة الدين تنعقد باتفاق ثنائي، ولا يصبح المدين أو الدائن طرفاً في عقد الحوالة ولو تم قبول المدين أو تبليغه أو تم إقرار الدائن لحوالة الدين، وبالتالي لا تنقلب هذه الحوالة من اتفاق ثنائي إلى ثلاثي.

ولكن تختلف حوالة الحق عن حوالة الدين بأنّ حوالة الحق تصبح نافذة بحق المدين بمجرد قبولها من هذا المدين أو بتبليغها له من المحال أو من المحال إليه، ولا يشترط أن يكون قبول المدين ثابت التاريخ إلا في حال الاحتجاج بهذه الحوالة ضد الغير، أما في حوالة الدين التي تتم باتفاق المدين الأصلي مع المدين الجديد فلا يكفي مجرد القبول أو التبليغ، بل لابد من إقرارها من قبل الدائن، وهذا على خلاف الحوالة التي تتم مباشرة نتيجة اتفاق الدائن مع المحال عليه، فلا تحتاج لأي إقرار من قبل الدائن ولا حتى لقبول من المدين استناداً إلى القاعدة التي تجيز الوفاء من الأجنبي دون رضاء المدين.

وبتطبيق ما سبق من أحكام متعلقة بالحوالة على عملية الضمان المقابل فنجد انه على عكس الضامن المقابل الذي يطلب من البنك إصدار

---

(٨٧) أنظر في ذلك د. جلال علي العدوي –المرجع السابق– ص ١٩٠.

ضمان شخصي نيابة عن شخص آخر، كذلك يتعهد المحال إليه في حوالة الدين بمقاضاة المحيل بصفته ضامنا بسداد المبالغ المدفوعة للدائن(٨٨) ، أو بمنحه الأموال اللازمة لتنفيذ ضمانة (٨٩) ، مرة أخرى ، يستند هذا الاختلاف في موضوع التزام المحال إليه على صفته كمدين افتراضي بالضمان الذي أبرم من قبل المحيل وهو الذي يقبل تحمل عبء الضمان بالكامل ، ومع ذلك على عكس الضمانات المقابلة الدولية التي لا يمكن تبريرها بموقف المحال إليه بصفته أصيلاً نظراً لأن تحمل هذا الأخير عبء الضمان يأتي بعد إبرامها بفترة طويلة ولا يحدث وقت نقل الحق وبذلك توجد استحالة أن يحل الأخير محل المحيل في الضمانات المبرمة ، وبالتالي يتم تحليله على أنه استرداد داخلي للدين ، فالضامن المقابل غير قادر على إصدار الضمانات التي يطلبها المستفيد بنفسه ، وقد تم النظر في نفس التحليل لتفسير التزام الضامن المقابل في العمليات الدولية ، لدرجة أن الضامن المقابل يستحيل عليه إصدار الضمانات التي يطلبها المستفيد نفسه ، وقد قارن الفقيه François Jacob (٩٠)،الالتزام الذي قطعه البنك الضامن المقابل بدفع الضمان بإشارة إلى الدفع الذي قدمه البنك المحلي لصالح المستفيد ، ولكن بمجرد إصدار الضمان يستحيل على الضامن المقابل التصرف مباشرة كضامن لصالح المستفيد ويتم تجاوزه والالتفاف عليه هنا من خلال التنفيذ غير المباشر للعملية، لذلك وفيما يتعلق بالضامنين المضادين أنفسهم الذين

(88) cf.Cass.com. 13 octobre 1992, RJDA 12/ 92, no 1141, p. 912 ; Cass. com. 31 mars 1992, pourvoi no 90-10.905.

(89) cf. Cass. com. 24 juin 2003, Bull civ. IV, no109, p. 118.

(90) cf. François Jacob, obs. sous Cass. com. 9 octobre 2001, Banque & Droit 2002, no 81, p. 40, spéc. p. 41.

يأمرون الضامنين المحليين بإصدار الضمان للمستفيد ، لذلك فلا يمكن تحليل العملية على أنها استرداد للديون الداخلية .

وفي الواقع، واستناداً لمبدأ الوعد بالأداء الناتج عن القانون الألماني، يتم تعريف استرداد الديون الداخلية بأنه الاتفاقية التي يقرر بموجبها شخصان أن عبء الالتزام الواقع على أحدهما سينقل إلى الآخر، وتكمن خصوصية هذه العملية في أنها تقوم فقط بتحويل بسيط للديون وهو ما يتعارض مع ما يسمى بالإحالة الكاملة للديون ، والتي تهدف إلى إعطاء مدين جديد للدائن (٩١) .

وتعرض غالبية الفقه (٩٢) هذه المبادئ على أنها إحالة فاشلة أو ناقصة للديون والتي لا يمكن الحصول على موافقة الدائن عليها ، ومن ثم فهو يشكل حلاً مؤقتاً يقصد به أن يحقق بين المحيل والمحال إليه ما لا يمكن الاتفاق عليه مع الدائن ، وبالتالي فإن العملية لا تعكس فقط رغبة الأطراف في إبرام اتفاق يظل غير فعال تجاه الدائن فحسب، بل تتكون حتى إذا لم يتحقق الهدف المتمثل في تحويل الدين الذي يقصد به تحرير المحيل من التزاماته تجاه الدائن، وهذا هو عموماً الغرض الذي يسعى إليه المحال إليه والمحيل عندما يوافق الأول على تحمل المسؤولية عن الضمانات التي يأخذها الأخير.

وفي هذا الصدد ، اتضح بالفعل أن المحال إليه يتعهد في كثير من الأحيان بتقديم ضمان مقابل للمحيل في حالة عدم تمكنه من الحصول على

---

(91) cf. E. Gaudemet, «Essai sur le transport de dette a titre particulier», thèse, Dijon, 1898 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op,cit, no 1306, p. 1211 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op.cit, no 1338, p. 749.

(92) cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., no 1306, p. 1211 ; Ch. Lapp, « Essai sur la cession de contrat synallagmatique a titre particulier », thèse, Strasbourg, 1950, spéc. no 9, p. 17 et 18.

موافقه الدائن على أن يحل محل الأخير في الضمانات الأصلية أو أن يبرم ضمانات جديدة لتحل محل تلك التي اشترك فيها المحيل ، ومن حيث المبدأ، فان الضمان المقابل يستجيب لذلك بشكل جيد للرغبة في تنفيذ إحالة الديون التي ستظل أثارها ناقصة إذا لم يوافق الدائن على تغيير المدين، وبالتالي، فإن الالتزام بالضمان المقابل يقدم كبديل عن "إحالة" الضمانات التي كانت سترافق إحالة الحقوق الاجتماعية (٩٣) ، ولذلك، فان المحال إليه ملزم في الواقع بدفع مبلغ الضمان أكثر من كونه ملزما بسداد ديون للمحيل.

ويختلف الوضع إذا كان المحال إليه راضياً عن الضمان المقابل للمحيل ولم يتم التعبير عن الرغبة في تنفيذ إحالة الدين المضمون بشكل واضح، ففي هذه الحالة ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار أن الضامن المقابل لا يلتزم إلا بالسداد وفقاً للهدف الطبيعي للضمان المقابل.

وفي ذلك ذهب رأياً فقهياً بالإجماع (٩٤) إلى أن استرداد الديون الداخلية يترتب عليه بالفعل أن المحال إليه لا يتعهد "بسداد" المحيل بل بان "يسدد" ديونه كما لو كان هو المدين ، فعندما يكون هناك طلب للدين الداخلي (أو التحويل الداخلي) ويتعهد طرف ثالث بدفع المبلغ للمدين بدلا من الدائن ففي حالة اذا لم ينفذ الطرف الثالث التزامه بالدفع يحتفظ الدائن بحقوقه ضد المدين فقط لأن الطرف الثالث على خلاف التفويض لم يلتزم بالدائن ، وببساطة فإن المدين الذي كان عليه أن يدفع بهذه الطريقة سيكون قادرا على مقاضاة الطرف الثالث الذي لم يوفي بوعده بالدفع بدلا منه.

(93) cf. F. Buy ,« Le Sort du cautionnement en cas de cession de contrôle » Droit & Patrimoine 2003, no 117, p. 58, spéc. p. 63.

(94) cf. Alain Benabent , «Droit civil. Les obligations », Domat, Montchrestien, 9e éd., 2003, no 759, p.514.

كذلك نجد أن بعض الفقهاء (٩٥) يعرضون الاتفاقية كبديل وشكل من أشكال الدين ، إشارة إلى السداد الذي قدمه المدين إلى الدائن ولذلك ينبغي الاعتراف بان المحال إليه يتعهد بدفع الضمان للدائن نفسه أو على الأقل بان يدفع للمحيل الأموال اللازمة لتنفيذه، ومن ناحية أخرى فقد ذهب رايا فقهيا للفقيه Odile Salvat (٩٦) على عكس ذلك وترى صعوبة الربط بين اتفاق استرداد الديون الداخلية والآثار التي يرتبها ذلك على الدائن ، ولا سيما الاعتراف بان هذا الأخير يكون قادر على الاستفادة من الإحالة التي لم يشارك فيها من خلال مقاضاة المحال إليه في السداد ، وفي الواقع فأن هذا التفسير للاتفاقية يتنافى مع مبدا الأثر النسبي للعقود لأنه حتى لو بقي الدائن أجنبيا عن طلب التزامات الضمان المتفق عليها بين المحيل والمحال إليه ، فإنه يكون لديه الحق في مطالبة المحال إليه بدلاً من المحيل لأن هذه هي إرادة الأطراف المعنية ، ولن يختلف الأمر إلا إذا اتفق الطرفان على التزام المحال إليه بسداد المبالغ التي دفعها المحيل إلى الدائن ، ولذلك فأن الفقه والقضاء الفرنسي (٩٧) أقروا بوضوح أن الدائن لا يفقد الحق في مقاضاة المحيل.

وفي النهاية ، وحتى عندما يبدو أن الضامن المقابل ملزما بإبقاء الضامن سالما ، فان تكييف موضوع استرداد الديون الداخلية يكشف عن

---

(95) cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., no 1306, p. 1213 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., no 1340, p. 750.

(96) cf. Odile Salvat , « Cession unilatérale de contrat : le cas de la reprise des engagements de caution par un dirigeant de société », petites affiches 23 décembre 1999, art. préc., no 14, p. 16.

(97) cf. E.Gaudemet, op. cit., spéc. p. 9 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., no 1338, p. 749 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., no 1306, p. 1211 ; cf. Cass. com. 16 novembre 1993, Bull. civ. IV, no 406, p. 295.

وجود العديد من الفروق الدقيقة بدءاً من الالتزام بسداد الضامن في الضمان الثانوي والضمان المقابل الناتج عن التنازل عن حق الرجوع المنصوص عليه في المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني الفرنسي ، إلى الالتزام بالدفع للدائن طبقا لشروط الضمانات المصاحبة لنقل الديون ، من خلال الالتزام بدفع المبالغ اللازمة لدفع الضمان وهي تشكل سمه من سمات الضمانات المقابلة التي تمارس في التجارة الدولية ، وفي كل مرة ، يظهر اختلاف في طبيعة عقود الضمان المقابل الشخصية والتي بالإضافة إلى وجود ضمانات مقابلة عينية ثابتة على أصول المدين ، مما يعكس بلا شك وجود تنوع كبير للغاية في عقود الضمان المقابل.

وبالرغم من أن الغرض الأخير للضمان هو حماية الضامن من خطر إعسار المدين ، فيبدو أنه يوجد بينهم ارتباط بنوع واحد من العقود ، ففي حين أن جميع الضمانات المقابلة تندرج ضمن النوع الواسع الذي يتألف من ضمانات الدفع فقد لوحظ أيضا أن بعضاً منها فقط يقع ضمن الفئة الأضيق من الضمانات التي يكون هدفها الأساسي حماية الضامن، وبالتالي فان الضمانات المقابلة الدولية ولا سيما تلك التي تم الاتفاق عليها في النظام الداخلي بين الأطراف الضامنة أو الطرفين في إحالة الديون قد ميزت نفسها عن الضمانات الفرعية والضمانات المقابلة العينية من خلال الالتزام الشخصي من الضامن المقابل بالسداد كالتزام أولي وهام لحماية الضامن من تخلف المدين عن سداد ديونه أو التقصير فيها .

خاتمة

تناول هذا البحث دراسة مبسطة لموضوع عمليات الضمان المقابل الدولية وأفردنا بالشرح المضمون التعاقدي لهذه الضمانات وبيان دور البنك الضمان المقابل لضمان الأداء الجيد والحسن لالتزامه من خلال تسلسل العمليات بين الضامن المحلي والضامن المقابل.

فبنك الضمان المقابل يتمتع بوظيفتين مختلفتين، وهما الالتزام بتغطية الضامن المحلي في حالة المطالبة بالضمان، وأيضا الحصول على الضمان لصالح المستفيد وإرسال التعليمات إليه فيما يتعلق بشروط إصداره، مما يتضح معه غياب أي ارتباط يحتفظ به العميل بالبنك المحلي ، ولذلك فان البنك الضامن المقابل ينفذ الضمان بدلا من عميله ويقدم نفسه كعميل آمر وليس مدين .

واشرنا إلى القانون الواجب التطبيق من قبل اطراف الضمان وأوضحنا حالة الاتفاق بينهم على تطبيق قانون معين على النزاع الذي قد ينشأ بينهم وأحقية المحاكم في الامتناع عن تطبيق القانون الواجب التطبيق في حالة مخالفته للنظام العام في بلد المحكمة ، كما اشرنا إلى انه في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فانه لا مناص من الرجوع إلى نصوص القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية المتعلقة بالضمانات بمجرد الطلب أو وفقا ففي حالة القانون الدولي الخاص والتي تقضي بان القانون الواجب التطبيق سيكون قانون البلد الموجود فيه الضامن أو الضامن المقابل وإذا كان لكل منهما أكثر من إقامة فان القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي صدر فيه الضمان أو الضمان المقابل.

أما بالنسبة للمضمون الاقتصادي للضمانات المقابلة البنكية فقد أوضحنا رغبة الشركاء الاقتصاديين في تبسيط عمليات التجارة الدولية

لصالح المستفيد الأجنبي، ومع ذلك بقدر ما تؤدي تنفيذ الضمانات التي تتناسب مع السوق الرئيسي من خلال تدخل بنكين بدلاً من واحد فإن عمليات الضمان البنكي المضادة تكون مصحوبة ببعض التعقيدات في العلاقات التعاقدية التي ينشئونها بين الضامنين.

كما قمنا ببيان الطبيعة القانونية للضمانات المقابلة البنكية موضحين العلاقة بين الضامن والضامن المقابل ، والتي تتمثل في إمكانية تدخل البنك المقابل للضمان فقط كوسيط بسيط ليحيل للبنك المحلي أوامر البنك المصدر الذي يطلب من البنك المحلي إصدار الضمان ، حيث أن الضامن المحلي لا يعرف المدين الذي غطى التزاماته وإنما استناداً على معرفة الضامن المقابل له ، وكذا بيان الطبيعة القانونية للضمان المقابل الذي يصدره المحال إليه في حوالة الدين، ومدى إمكانية تعهد المحال إليه بالحقوق الاجتماعية بمقاضاة المحيل بصفته ضامنا بسداد المبالغ المدفوعة للدائن أو بمنحه الأموال اللازمة لتنفيذ ضمانه.

فالمحال إليه يتعهد في كثير من الأحيان بتقديم ضمان مقابل للمحيل في حالة عدم تمكنه من الحصول على موافقه الدائن على استبدال الضمان الثاني في الضمانات الأصلية أو الدخول في ضمانات جديدة ليحل محل تلك التي اشترك فيها المحيل ، ومن حيث المبدأ، فان الضمان المقابل يستجيب بشكل جيد للرغبة في تنفيذ إحالة الديون التي ستظل أثارها غير مكتملة في حالة غياب موافقه الدائن على تغيير المدين، وهكذا يتم تقديم التزام الضمان المقابل كحل بديل عن "التنازل" عن الضمانات التي يجب أن تصاحب التنازل عن الحقوق الاجتماعية.

المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

١ د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، منشأة المعارف- الإسكندرية- ٢٠٠٤.

٢ د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، منشأة المعارف -الإسكندرية- ٢٠٠٤.

٣ د.فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: أصول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩٥

٤ د. هشام على صادق: تنازع القوانين، منشاة المعارف ،١٩٩٣

٥ د. سميحة القليوبي – النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية.

٦ د. حياة شحاتة – مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر- رسالة دكتوراه – كلية الحقوق جامعة القاهرة – ١٩٨٩

٧ د. محي الدين إسماعيل علم الدين – خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك- رسالة دكتوراه- مكتبة جامعة القاهرة – ١٩٦٧

٨ د. محي الدين إسماعيل علم الدين – موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية- دار النهضة العربية ١٩٩٨

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1 A.Boudinot, « Pratique du crédit documentaire », Sirey, Techniques bancaires et commerciales, 1979.

2 A. Prüm, « De l'autonomie des contre-garanties à première demande in Droit bancaire et financier », Mélanges AEDBF, Banque Éditeur, 1997.

3 A. Prüm, « Les garanties à première demande ،essai sur l'autonomie »

4 Alain Benabent, « Droit civil, Les obligations », Domat, Montchrestien, 9e éd., 2003

5 C. Moumouni, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire « à première demande » Revue juridique Thémis 1997

6 Chaigne, V. D. Do et M. Chang, « Les garanties à première demande en droit français » les recours du garant après le paiement., Petites affiches 17 juillet 2002

7 Chr. Mouly, « Les causes d'extinction du cautionnement ».

8 Christian Gavalda and Jean Stoufflet, « La lettre de garantie internationale » RTD com. 1980.

9 D. Baudouin, « La garantie bancaire a première

demande en droit allemand », anglais et français, Rapport de recherche, institut de droit compare, 1994- 1995

10 E. Gaudemet, « Essai sur le transport de dette a titre particulier », thèse, Dijon, 1898.

11 F. Buy, « Le Sort du cautionnement en cas de cession de contrôle » Droit & Patrimoine 2003.

12 François Jacob, « les suretés personnelles », Economica 2004.

13 François Logoz, « La protection de l'exportateur face à l'appel abusif a une garantie bancaire », Librairie Droz, Genève 1991.

14 G. Affaki, « Le syndrome de I'autre bénéficiaire dans I'appel a la garantie indépendante » Banque & Droit 1995.

15 G. Affaki, « L'unification internationale du droit des garanties indépendantes », thèse Paris II, 1995.

16 G. Berlioz, « Les garanties dans les relations économiques internationales », JCPCJ 1980,

17 H. les guillons, Histoire, « signification et pratique des garanties in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux », Colloque de Tours, FEDUCI, Ed. Le moniteur, 1981.

18 H. Synvet, « Lettres de crédit et de garantie en droit international prive » Travaux. du comité français de DIP 1991-1992.

19 J. Bastin, « le paiement de La dette d'autrui » LGDJ, collection Droit des affaires, 1999.

20 J. Dohm, « du Code suisse de droit international privé ».

21 J. Dohm, « Contre-garantie et injonction de ne pas payer », DPCI 1980.

22 J. Dohm, « Garanties à première demande et autres garanties bancaires, in Sûretés et garanties bancaires », CEDIDAC, 1997.

23 J. Dohm, « Mesures provisionnelles et séquestre pour empêcher I'appel abusif d'une garantie bancaire sur demande », RDAI 1992.

24 J. Dohm, « Les garanties bancaires dans le commerce international », Berne, éd. Staempfli et Cie, 1986.

25 J. Klein-Cornède, « La pratique des garanties bancaires dans les contrats internationaux », AFB Diffusion, 1999.

26 J. M. Mousseron, R. Fabre, J. Raynard et J.-L. Pierre, « Droit du commerce international », Litec,

3e éd., 2003.

27 Jean Stoufflet, « La lettre de garantie internationale », R J com. 1982.

28 Jean-Louis Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, « Droit bancaire », Précis Dalloz, 6e éd., 1995

29 Jean-Pierre. Mattout et André Prüm, « Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande », Banque et droit, 1993

30 Jérôme François sur « Le problème de la nature juridique du contrat caution débiteur », D. 2001.

31 L. Moatti, « La garantie bancaire a première demande dans les opérations de commerce international », Journ. Des notaires et des avocats 1989

32 Laurent Aynès et Pierre Crocq, « Les sûretés, la publicité foncière », Déforcions, 2004.

33 Laurent Aynès et Pierre Crocq, « Les sûretés, La publicité foncière », Droit civil 2004.

34 Laurent Aynès,« Rapport français in Les garanties du financement », Journées portugaises, Travaux de I' association II. Capitant, Tome XLVII, LGDJ, 1998.

35 M. Cabrillac et Chr. Mouly, « Les causes

d'extinction du cautionnement », Préface M. Cabrillac, Litec, Bibliothèque de droit de I 'entreprise, 1979.

36 M. Delierneux, « La pratique des garanties a première demande en droit belge in L'actualité des garanties a première demande », Cabiers AEDBF, Bruylant, Bruxelles, 1998.

37 M. Vasseur, « Les nouvelles règles de la chambre de commerce internationale pour les garanties sur demande » RDAI 1992.

38 M.Vasseur,« garantie undependante », Rep-DALLOZ de droit commercial,1984.

39 P. Achache, « Les garanties bancaires » CJFE. 1988

40 P. Jasinski, « Les crédits documentaires dont le paiement au le remboursement est assuré par des organismes financiers internationaux » Banque 1987.

41 Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, « Les obligations », Déforcions, 2004.

42 Philippe Simler, « La caution et la garantie autonome, in La prévention de la défaillance de paiement », Actes du 2e congrès Sanguinetti 1998.

43 Philippe Simler, « la nature juridique du sous-

cautionnement ».

44 Th. Bonneau, « Droit bancaire », Domat, Montchrestien, 5e éd., 2003

45 Y. Poullet, « Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux », FEDUCI Colloque de tours 1981, Ed. du Moniteur.

ثالثاً: الملصقات والدوريات

1. Odile Salvat, « Cession unilatérale de contrat : le cas de la reprise des engagements de caution par un dirigeant de société -, petites affiches 23 décembre 1999

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	٩١
المبحث الأول: إصدار الضمانات المقابلة الدولية	٩٧
المطلب الأول: المضمون الاقتصادي لإصدار ضمانات مقابلة بكنية	٩٩
المطلب الثاني: المضمون التعاقدي لإصدار ضمانات مقابلة بنكية	١٠٣
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للضمانات المقابلة الدولية	١١٢
المطلب الأول: تكييف العلاقة التي توحد الضامن والضامن المقابل	١١٤
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للضمان المقابل الذى يصدره المحال إليه في حوالة الدين	١٤٩
خاتمه	١٦٢
المراجع	١٦٤
الفهرس	١٧١

الترقيم الدولي: ISSN 2537 – 056X

الترقيم الالكتروني: Online ISSN 2786 - 0043

Journal of Faculty Of Law
Minia University

الترقيم الدولي:
ISSN 2537 - 056X

الترقيم الألكتروني:
Online ISSN 2786 - 0043