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

العلاقة بين الضمان المقابل
وضمان الدرجة الأولى

مستخرج من رسالة لنيل درجه 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

العلاقة بين الضمان المقابل وضمان الدرجة الأولى

مقدمة

في مجال التجارة الدولية يظهر استقلال الضمان المقابل فيما يتعلق بضمان الدرجة الأولى في القانون الوضعي ، أن التزام الضامن المقابل لم يتناسب مع الضامن المحلي وان طلب الضمان المقابل كان مستقلا تماما عن شروط أداء وتنفيذ ضمان الدرجة الأولى ، ويستمد هذا التحليل مباشرة من طبيعة الضمان والضمان المقابل ، الأمر الذي يؤدي منطقيا إلى أن يكون هذا الأخير مستقلا بطبيعته في جوهره بشكل أساسي ، ومع ذلك فقد ثبت أن هذه الضمانات المقابلة كانت تهدف إلى جعل الضامن خاليًا من المبالغ المدفوعة بموجب الضمان وان تضع على الضامن المقابل التزاماً رئيسياً بالسداد أو الدفع .

إذا كانت العلاقة بين الضامن المقابل والضامن المباشر هي علاقة عقدية ملزمة لطرفيها ، إلا أنها ترتب تعهدات شخصية مستقلة تقع على عاتق كل ضامن ، فالضمان المقابل ينتج عنه تغطية الدفع الذي يقوم به الضامن من الدرجة الأولى إلى المستفيد ، وهذا التعهد مستقل عن تعهد الأخير في مواجهة المستفيد ، لان هذا التعهد شخصي ولا يعتمد باي شكل من الأشكال على أداء الضمان الأول ، وهذا الاستقلال يؤدي إلى حرمان الضامن المقابل من إمكانية عدم التغطية بحجة عدم قيام مصدر الأمر بإصدار الضمان أو قيامه بسحب خطاب الضمان بعد إصداره ، وهذا ما أكدته الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بموجب حكمها الصادر في ٢٧ فبراير ١٩٩٠[1] من أن الضمان المقابل مستقل عن العقد الأساسي وعن

(1) cf. Cass. com. 27 février1990, D,1990,somm, p. 213.

الضمان من الدرجة الأولى، ويلتزم الضامن المقابل بتنفيذ تعهده في مواجهة البنك الضامن الأول وفقا للبنود والشروط الواردة في الخطاب المرسل إليه من الأخير.

وفي الحقيقة، أن الضمان المقابل يؤدي دورا مستقلا عن الأدوار الأخرى التي يؤديها الضمان الأول أو العقد الأساسي، فهو يقوم بتغطية وبتامين الضامن ضد مخاطر الائتمان والدفع الذي يقوم به لصالح المستفيد مما يؤدي إلى الاطمئنان وتشجيع المعاملات بين الأفراد المنتميين لأكثر من دولة مما يوسع نطاق التجارة البينية بين الدول عن طريق مواطنيها.

وينتج عن استقلال الضمان المقابل أن الغش أو التواطؤ من جانب المستفيد في إعمال الضمان من الدرجة الأولى لا يعد غشا أو تواطؤ في المطالبة الموجهة إلى الضامن المقابل من جانب الضامن من الدرجة الأولى (الضامن المباشر)، فلابد من إثبات وجود الغش أو التواطؤ في كل مرحلة من المراحل ولا يستفاد ضمنا من وجوده في مرحلة انه متوفر في مرحلة أخرى، لان التواطؤ لا يفترض وإنما يتعين إثباته ويجب أن يقوم الدليل عليه.

وعلى غرار تلك التي صودفت في العلاقات بين الضامنين المتضامنين المشاركين أو في سياق عمليات نقل الحقوق الاجتماعية في حواله الدين، فإن للضمانات المقابلة الدولية هدفاً يتطلب، على العكس من ذلك، الاعتراف بوجود ارتباط وثيق بطبيعته بالضمان، وبالرغم من أن الضمانات الدولية المقابلة مستقلة تماما عن شروط أداء وتنفيذ الضمان الأول نجد أن هناك علاقة تبعية بينهما، وعلاقة التبعية هذه تتمثل في اعتماد الضامن المقابل على شروط ضمان الدرجة الأولى (المبحث الأول) وكذلك في اعتماد الضمان المقابل على تنفيذ ضمان الدرجة الأولى (المبحث الثاني).

إشكالية الدراسة وأهمية الموضوع

أولا: إشكالية الدراسة

من خلال ما تقدم يتضح بأن العلاقة بين الضمان المقابل وضمان الدرجة الأولي ترتكز على اعتماد الأول في وجوده على وجود الأخير، لأنه لو لم يكن هناك ضمان من الدرجة الأولى لم يكن هناك ضمان مقابل يتبعه ويعتمد عليه في وجوده، بالرغم من الاستقلالية التامة بينهما.

وتكمن الإشكاليات المحورية للموضوع في:

- تحديد مدى اعتماد الضمان المقابل على شروط الضمان من الدرجة الأولى من حيث مبلغ الضمان وكذا مدته.
- بيان مدى اعتماد الضمان المقابل على تنفيذ الضمان من الدرجة الأولى والتبعية المقررة من الأول إلى الأخير.

معتمدين في ذلك على ما جاد به الفقه والقضاء المقارن في هذا الإطار، وكذا الهيئات الدولية خاصة غرفة التجارة الدولية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

ثانياً: أهمية الدراسة

يستمد هذا الموضوع أهميته من خلال إثراء الأدب النظري الخاص بخطابات الضمان المصرفية، وتكمن أهمية الدراسة في النقاط الأتية: –

١. يعد الضمان المقابل وكذلك الضمان من الدرجة الأولى من أهم أعمال البنوك الائتمانية التي تمارسها بكثرة، ويحتاج إليها التجار وأصحاب الشركات كثيراً.

٢. إن هذا النوع من عمليات البنوك وبصفة خاصة الضمان المقابل 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 مدى تبعية الضمان المقابل لضمان الدرجة الأولى سواء من ناحية الشروط أو من ناحية تنفيذ الضمان من الدرجة الأولى، وذلك نظرا لقلة الأبحاث في هذا المجال على الرغم من كثرة الأبحاث التي تناولت خطاب الضمان 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، من خلال معرفة العلاقة بين الضمان والمقابل والضمان من الدرجة الأولى ومعرفة كافة الأحكام المرتبطة بهما، وتبعية الضمان المقابل للضمان من الدرجة الأولى بالرغم من استقلالهما عن بعضهما البعض كما سيرد ذكره وشرحه بالتفصيل في هذا البحث.

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 اعتماد الضمان المقابل على الضمان من الدرجة الأولى ، وذلك عن طريق وصفه وإبراز خصائصه التي تميزه، وبيان أهم العلاقات القائمة بين أطرافه، 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 هذا المبحث في جزئيتان تتضمن الأولى منه دراسة وإلقاء الضوء على اعتماد الضمان المقابل على شروط الضمان من الدرجة الأولى، وثانيهما تتضمن إلقاء الضوء على اعتماد الضمان المقابل على تنفيذ الضمان من الدرجة الأولى ودراسة مستفيضة لتبعية الأول للأخير، وشروط طلب الضمان وصلاحية هذا الطلب وبيان الطلب التعسفي أو الاحتيالي للضمان وما يترتب عليه، من خلال مبحثين مستقلين.

المبحث الأول: اعتماد الضمان المقابل على شروط الضمان من الدرجة الأولى

المطلب الأول: مبلغ الضمان المقابل.

المطلب الثاني: مدة الضمان المقابل.

المبحث الثاني: اعتماد الضمان المقابل على تنفيذ الضمان من الدرجة الأولى.

المطلب الأول: مبدأ التبعية.

المطلب الثاني: نطاق مبدأ التبعية.

المبحث الأول

اعتماد الضمان المقابل على شروط الضمان من الدرجة الأولى

تمهيد وتقسيم

إن اعتماد شروط إصدار الضمان المقابل على شروط ضمان الدرجة الأولى ينبثق بوضوح شديد من فكرة أنه بالإشارة إلى الأخير يتم تحديد مبلغ التزام الضمان المقابل بالتزام الضامن المقابل شخصياً بالحفاظ على الضامن سالما غير متأثر بالمبالغ المدفوعة بموجب الضمان، وكذلك مدة الضمان، ولذلك يجب تقسيم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين حيث نتناول في المطلب الأول مبلغ الضمان المقابل، ونتناول في المطلب الثاني مدة الضمان حيث أن مدة الضمان المقابل محدده بصوره مجردة ولا تختلف عن مدة ضمان الدرجة الأولى.

المطلب الأول

مبلغ الضمان المقابل

أثناء التعرض لدراسة عقد الضمان المقابل، تم الاعتراف بعدة أسس للالتزام الشخصي بالسداد من قبل الضامن المقابل لصالح الضامن ، ففي العلاقات بين الضامنين المتضامنين المشاركين تم تقديم هذا الالتزام بوصفه تعديل لإجراءات الرجوع المشار إليها في المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني الفرنسي التي تنص من حيث المبدأ على توزيع عبء الضمان بين جميع الضامنين(٢)، وكذلك في اطار عمليات نقل الحقوق الاجتماعية في حوالة الدين تم تعريف الالتزام الذي يلتزم به المحال إليه بتولي الضمانات التي أبرمها المحيل بأنه استرداد داخلي للديون، وأخيرا في عمليات التجارة الدولية تم تحليل الالتزام السداد من قبل البنك الضامن المقابل على أنه نظير الائتمان الذي منحه البنك المحلي لهذا الأخير من خلال إلزام نفسه بإصدار الضمان الذي يطلبه المستفيد الأجنبي بدلاً منه.

وأيا كانت الطبيعة القانونية للعقد المبرم فإنه يترتب على غرضه على أي حال أن الالتزام الذي قدمه الضامن المقابل لم يُحدد بطريقة مجردة ولكن بالرجوع إلى ضمان الدرجة الأولى من خلال إلزام الضامن المقابل بسداد المبالغ التي تعهد بها بموجب الضمان، فإن الضامن المقابل ملزم بالضرورة بالتزام مماثل لالتزام الأخير، فالضامن المقابل كما هو الحال في العمليات الدولية يلزم نفسه بدفع نفس المبلغ من الضمان حتى لا يضطر

(2) cf. L. Aynès, obs. sous Cass. com. 11 juin 1991, D. 1991, somm. p. 386 ; J. Mestre, « Les cofidéjusseurs (II) », Droit et Patrimoine, no 59, p. 64, spéc. p. 69.

الضامن إلى دفع الأموال، ويترتب على ذلك على وجه الخصوص أن تحديد الضمان كافٍ لتحديد نطاق التزام الضامن المقابل.

وهكذا نشأت مشكلة شروط ضمان الضمان المصاحبة لعمليات نقل الحقوق الاجتماعية بسبب عمومية صياغتها مما أدى إلى إجبار أنفسهم في أغلب الأحيان على إبراء ذمة المحيل من جميع الضمانات المأخوذة، مما حدا ببعض المحال إليهم بالادعاء بأن التزامهم بالضمان المقابل لا يمكن تحديده بالمعنى المقصود في المادة ١١٢٩ من القانون المدني الفرنسي وبالتالي ينبغي إلغاؤه، وبعد اتباع هذا المنطق لفترة قررت محكمة النقض الفرنسية[٣] مع ذلك أنه من خلال تحمل الضمانات التي حصل عليها المحيل كضمان للديون كان لشروط الاسترداد هذه غرضاً محدداً[٤]، ومن ثم أدركت أن التزام الضمان المقابل قد تم تحديده بالرجوع إلى الضمان وأنه يكفي للمحال إليه الاستفسار عن الضمانات الصادرة عن المحيل لمعرفة طبيعة ومدى التزامه الخاص بناءً على موضوع التزام الضامن المقابل، وعلى ذلك وبناء على الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف فرساي في ١٦ مارس ١٩٩٠[٥] والذي أشار قضاة المحكمة بموجبه إلى أن المحال إليه لا يمكنه أيضا الحصول على البطلان بسبب عدم تحديد موضوع شرط الضمان حيث أن الالتزامات التي أبرمها المحيل مكنته من معرفة طبيعة ومدى التزامه وعمومتيه ، فإن هذه الالتزامات تعتبر مع ذلك خطيرة من حيث أنها تلزم المحال إليه ليس فقط فيما يتعلق بالضمانات المتعاقد عليها قبل الإحالة ولكن أيضا فيما يتعلق بالضمانات التي يمكن أن يبرمها المحيل بعد ذلك .

---

(3) cf. Cass. 1re civ. 18 octobre 1994, Bull. civ. 1, no 291, p. 212; RJ DA 4 / 95, no 402, p. 331; BRDA 1994, no 21, p. 4.

(4) cf. Cass. com. 9 janvier 2001, RJDA 5/01, no 638, p. 560.

(5) cf. CA Versailles 16 mars 1990, Droit des sociétés 1990, no 165-1.

وفي المجال الأخير، يحتفظ جزء من الفقه الفرنسي[٦] بالمنطق المعاكس، مع الأخذ في الاعتبار أن مبلغ الضمان المقابل محدد في الملخص ويظل مستقلاً عن ضمان الدرجة الأولى، وبالاعتماد بشكل أساسي على شروط تغطية الطلب الأول المدرجة في خطابات الضمان المقابل والتي على أساسها اعترف السوابق القضائية بنفس طبيعة الضمان المقابل كضمان من الدرجة الأولى، يعتمد هذا التحليل أيضاً في كثير من الأحيان على حكم صادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٥ عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية[٧] في قضية Société Diprac / Banque Vernes et Commerciale de Paris، وهي من بين أولى القضايا التي أثبتت استقلالية الضمان المقابل الصادر في المعاملات الدولية ، والتي بموجبها أكدت المحكمة العليا صراحة أن التزام البنك الضامن المقابل يمكن أن يكون أكثر شمولاً من التزام البنك المحلي.

ومع ذلك ، وبقدر ما يتم توحيد البنوك الضامنة والضمان المقابل هنا باتفاقية ائتمان تصدر بموجب شروطها الأولى ضماناً مستقلاً بناءً على طلب الثانية التي تتعهد في المقابل بسدادها أو دفع الأموال اللازمة للدفع ، فانه لا يمكن تقييم الضمان المقابل بشكل منفصل عن الضمان، ولابد أن يكون الالتزام بالسداد الذي قدمه البنك الضامن المقابل متناسب بالضرورة مع الائتمان الممنوح له من قبل البنك المحلي بإصدار الضمان بدلاً منه، مع

(6) cf. D. Legeais, op. cit., no 311, p. 252 ; S. Piedlièvre, « Remarques sur les règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande », RTD com. 1993, p. 615, spéc. p. 623 ; M. Azencot, op.cit, p. 1875, spéc. p. 1892 ; L. Moatti,op.cit, p. 649, spéc. no 48, p. 674.

(7) cf. Cass. com. 20 novembre 1985, Sté Dipra c/Banque Vernes et Commerciale de Paris, D. 1986, p. 213, note M. Vasseur ; JCB G 1986, 1, 3265, no 121, obs. Chr. Gavalda et J. Stoufflet.

الأخذ في الاعتبار أن الضمان المقابل قد يكون له نطاق مختلف عن الضمان لان بنك الضمان المقابل يتعهد بسداد بنك الضمان، وفي حكم صادر في ٩ نوفمبر ١٩٨٧ أشارت المحكمة التجارية في بوردو أيضاً بهذا المعنى إلى أنه لا يمكن طلب الضمان المقابل إلا بما يدفعه الضامن أو سيدفعه إلى المستفيد في شروط الالتزام الذي يلزمهم، وعلاوة على ذلك، وخلافا للتفسير الذي تم اعتماده، تجدر الإشارة إلى أن الحكم المذكور أعلاه الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٥ لا يكرس الاستقلال الذاتي للضمان المقابل من حيث مبلغه وإنما من حيث تغطيته حيث أن السؤال هو تقييم ما إذا كان من الممكن مطالبة الضامن المقابل أن يسدد للبنك المحلي الذي طلبه المستفيد فيما يتعلق بمطالبة لا تدخل في نطاق ضمان الدرجة الأولى، وفي هذه الحالة، فان المبالغ التي يسددها البنك الضامن المقابل تتطابق بشكل جيد مع تلك التي دفعها البنك المحلي إلى المستفيد النهائي.

ومع ذلك، فإن الضمان المقابل ليس ضمان ائتماني يهدف إلى تغطية دين موجود مسبقاً، ولكنه يشكل ببساطة التزام السداد الذي يلتزم به بنك المصدر مقابل الاعتماد بالتوقيع الممنوح له من قبل الضامن المحلي بالموافقة على إصدار ضمان من الدرجة الأولى، وبالتالي فإن الاختلاف في صياغة الضمان المقابل مقارنة بضمان الدرجة الأولى ليس تعبيراً عن استقلاليته، بل بالأحرى يفسر ببساطة من خلال الاختلاف في موضوع التزامات الضامن والضمان المقابل، فالضمان المقابل يهدف إلى جعل ضامن الدرجة الأولى سالما وخاليا من عبء الضمان الصادر بناءً على طلب مراسله، وبالإضافة إلى ذلك يكفي تخيل الآثار التي يمكن أن تحدثها هذه الاستقلالية في سلاسل الضمانات المقابلة إذا تم احتجاز كل بنك في ظروف مختلفة مقابل تلك الموجودة في العملية.

وبناء على ذلك ، فان المنطق الذي يتبعه جانب من الفقه الفرنسي[٨]، والذي يتمثل في استنتاج إمكانيه أن يكون الضمان المقابل أوسع نطاقا وأكثر شمولاً من الضمان، يبدو أيضاً خاطئاً، لمجرد انه قد يطلب من الضامن المقابل أن يدفع فائدة تأخير إلى الضامن عندما يقاضيه في الدفع ، وفي الواقع، لا يندرج سداد الفوائد المتأخرة في السداد ضمن التزام الضامن المقابل نفسه، وإنما يعتمد ببساطه على السرعة التي سينفذ بها الأخير التزاماته شانه شان أي مدين، وعلى العكس من ذلك فان التزام الضامن المقابل قد يبدو اقل مشقة من الضامن إذا طلب منة دفع تعويضات للمستفيد، بيد أن هذا الاختلاف صحيح ويفسر ذلك فقط بكون الضامن مدينا بدين شخصي لا ينشأ عن الضمان ولكن من تفعيل مسؤوليته، وبالتالي لا يمكن إلزام الضامن المقابل بالسداد، ولا يمكن أن يكون التزام الضامن المقابل أكثر أو أقل شمولاً من التزام الضامن، كما لا يمكن أن يكون الضمان المقابل أكثر شمولاً من ضمان الدرجة الأولى لأنه لا يمكن للضامن الحصول على أكثر مما دفعه للمستفيد.

بالإضافة إلى ذلك، وعلى عكس الضمان الصادر كضمان مقابل والذي قد يغطي الضامن جزئياً فقط فيما يتعلق بإجراءات الرجوع الخاصة به، لا يمكن أن يكون التزام السداد الشخصي الذي قدمه الضامن المقابل أقل شمولاً من الضامن، بموجب مخاطر تغيير طبيعتها، ومن ثم يتم تشكيل أسلوب إدارة مخاطر يتقاسم من خلاله الضامن والضامن المقابل عبء الضمان الصادر عن الأول، وبالتالي فمن الممكن إبرام العديد من الضمانات المقابلة والتي بموجبها كل ضمان مقابل سيغطي الضامن في السداد ولكن من الممكن إضافة تعويض كامل إلى الضامن، ولكن حتى في هذه الحالة

(8) cf. M. Delierneux, op.cit, art. préc., p. 22.

سيشترط الضامن، في الممارسة العملية، أن يلتزم الضامن المقابل بالتضامن، حتى لا يضطر إلى تحمل إعسار أحدهما.

وعلاوة على ذلك، تجدر الإشارة إلى أن الضمان المقابل لا يتوافق دائماً مع المبلغ المحدد للضمان بقدر ما يتعهد الضامن المقابل أيضاً بسداد التكاليف التي تكبدها الضامن بموجب الضمان، وهذا الالتزام يوجد في الواقع بغض النظر عن شكل الضمان المقابل الصادر، وبالتالي فان العلاقات بين الضامنين المتضامنين المشاركين يتم تبريرها من خلال حقيقة أن الضمان المقابل يشكل تعديلا لطلب الرجوع المنصوص عليه في المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني الفرنسي ، والتي تتعلق بأصل الدين والتكاليف التي يتكبدها الضامن(٩) ومع ذلك فإن هذا لا يشكك في علاقة التبعية بين الضمان المقابل مع الضمان ، وبالمثل ، في عمليات الضمان غير المباشرة، تنشأ عن اتفاقية الائتمان التي توحد بنك المصدر والبنك المحلي، والتي تفرض الرسوم على البنك الضامن المقابل، بصفته عميل آمر التكاليف المرتبطة بعملية الائتمان التي تم إنشاؤها، وتجدر الإشارة أيضا إلى أن الرسوم لا تؤدي إلا للتكاليف التي لم يتم تغطيتها بالفعل من خلال العمولة المدفوعة للمصرف وفقاً للشروط التي بموجبها يمكن للبنك الضامن أن يُتخذ إجراءات قانونية مطالبا بالحصول على دفع الضمان المقابل(١٠)، وأخيرا يجب الاحتفاظ بالالتزام نفسه تجاه المحال إليهم بالحقوق الاجتماعية في حوالة الدين بمجرد أن يلتزم الأخرون بإعفاء المحيل من عبء الضمانات المأخوذة نيابة عن المدين بالنسبة لشرط الضمان المقابل الذي تعهد المتنازل

(9) cf. D. Legeais, op. cit., no 281, p. 228 ; L. Aynès et P. Crocq, op. cit., no 167, p. 53.

(10) cf. Th. Bonneau, op.cit, no 63, p. 48 et no 491, p. 343., cf. F. Logoz, op. cit., no 3.2.3.3, p. 90.

له بموجبه بتقديم المبالغ اللازمة في "أصل الدين والفوائد والتكاليف، وبالتالي فإن التزام السداد الذي يفترضه الضامن المقابل يتعلق بشكل أكثر دقة بجميع المبالغ التي يدفعها الضامن بموجب الضمان والتي لا تثير مع ذلك التساؤل عن علاقة التبعية التي يحتفظ بها الضمان المقابل مع الضمان بقدر ما يتم تعريف الأول جيداً، على الرغم من كل شيء بالرجوع إلى الثاني.

إن عدم الاهتمام بالشروط والأحكام المدرجة في خطابات الضمان المقابل الدولي، والتي من خلالها يحدد الممارسون نطاقاً محددًا لتعاقد الضامن المقابل والذي يتوافق بعد ذلك مع مبلغ الضمان الذي يبقى خاليا من الفائدة منذ اللحظة التي يتم فيها تحديد نطاق الضمان المقابل معيار بمعيار الضمان المتخذ والمنفّذ من قبل البنك المحلي، وتبدو هذه الشروط أيضاً غير كافية، وتجدر الإشارة إلى أن المبلغ المدفوع من قبل البنك الضامن المقابل قد يكون أكبر من المبلغ الذي يدفعه الضامن للمستفيد، وفي الواقع يتم تفسير هذه الممارسة من خلال استيعاب الضمان المقابل للضمان المحلي الذي أدى بالممارسين إلى تحويل شكل الضمان المستقل إلى الضمان المقابل على الرغم من أنه غير مبرر ويحافظ على العكس من ذلك، على طبيعة الضمان المقابل الصادر في هذا المجال، وبالتالي عندما يكون الغرض منها هو تحرير الضامن من عبء التزامه، يكون للضمانات المقابلة نطاق يتم تحديده بالضرورة بالرجوع إلى الضمان المرتبط به، ويترتب على ذلك أنها تحتفظ بعلاقة تبعية مع ضمان الدرجة الأولى، والتي تتجلى أيضاً في تقييم مدتها وهو ما سوف يتم الإشارة اليه لاحقاً في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

مدة الضمان المقابل

سيكون من الخطأ التأكيد، تحت غطاء اعتماده، على أن الضمان المقابل الذي يلتزم به الضامن المقابل بصفته أصيلًا له نفس مدة ضمان الدرجة الأولى، فبعد طلب الضمان فإن الضمان المقابل يشرك بالضرورة الضامن المقابل لفترة أطول من ضامن الدرجة الأولى، ومع ذلك سيكون من غير الصحيح أيضاً الاستنتاج من ذلك أن مدة التزام الضامن المقابل منفصلة تمامًا عن مدة التزام الضامن ويتم تحديدها مرة أخرى بطريقة مجردة، في الواقع عندما يصبح الضامن مسؤولاً شخصياً عن سداد الضمان فلا يخضع الضامن المقابل لالتزامه لفترة معينة، كطريق لاتخاذ إجراء قانوني، يتم تحديد مقاضاة الضامن المقابل بحد زمني يختلف وفقاً للظروف، لكن الالتزام الفعلي للضامن المقابل ليس محدودا بوقت معين لأن يهدف إلى تحرير الضامن من عبء الضمان، وهذا يمثل اختلاف جوهري مع الضمانات التبعية التي تم الحصول عليها كضمانات مقابلة والتي يمكن أن تكون لفترة محددة أو غير محددة وتغطي فقط إجراءات الرجوع للضامن لفترة محدودة وفي نهايتها لن يكون الضامن محميًا إذا لم يتم طلب الضمان من الدائن، ولوحظ أيضاً في هذا الصدد أن انتهاء صلاحية الضمان المقابل قبل ضمان الدرجة الأولى يطرح صعوبات من حيث أن الالتزام بالتغطية الذي يوفره الضامن المقابل قد يختلف تبعا لما إذا كان الضمان المقابل يغطي تعويض الضمان أو تعويضه الشخصي الذي يقدمه الضامن دون ذلك.

وعلى العكس من ذلك في الضمانات المقابلة التي تضع على عاتق الضامن المقابل التزامًا رئيسيًا بالسداد، يظل الضامن المقابل ملتزماً طالما

يمكن مقاضاة الضامن نفسه، لذلك يعتمد الضمان المقابل على ضمان الدرجة الأولى، حيث سيتم تقييم نطاق التزام الضامن المقابل مرة أخرى مع مراعاة التزام الضامن، ومع الأخذ في الاعتبار تحمل عبء الضمان يهتم الضامن المقابل مباشرة بمدة الالتزام الذي قدمه الضامن، والتي تؤخذ وحدها في الاعتبار.

أما بخصوص مده الضمان المقابل في مجال حوالة الدين، فانه غالباً ما يتم طلب المحال إليه كضمان بمجرد مقاضاة المحيل في السداد من قبل الدائن وبدون مناقشة مدة التزام أي من الطرفين ، كما أنه لا يثير أي صعوبة في العلاقة بين الضامنين المتضامنين المشتركين حيث يكفي تطبيق التقادم لمدة ثلاثين عاماً على إجراء المساهمة المنصوص عليه في المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني الفرنسي ، والتي يشكل الضمان المقابل الصادر عنهم تعديلاً له فقط ، فعلى سبيل المثال عندما يتم إصدار ضمانات للمعاملات الائتمانية يجب ملاحظة أن الدعوى المرفوعة ضد ضمان التنازل يجب أن تخضع من حيث المبدأ لفترة إغلاق الرهن التي تبلغ عامين والتي تنطبق على جميع الإجراءات فيما يتعلق بهذه العمليات، ومن ناحية أخرى بالنسبة للضمانات البنكية المطبقة في التجارة الدولية ، تشكل مدة الالتزام الذي تعهد به الضامن عنصراً أساسياً من حيث أنها تمثل إحدى الوسائل النادرة للحد من التزام الأخير[١١]، وفي هذا المجال أدت مدة الضمان المقابل إلى مناقشات حية ونشطة بسبب الاستيعاب الذي يتم بين الالتزام الذي تم التعهد به البنك المصدر والتزام البنك المحلي.

وفي الفرضية الأخيرة يُظهر تحليل المعاملة بوضوح وجود علاقة تبعية بين الضمانتين، من حيث أن تاريخ انتهاء الصلاحية المرفق بضمان

(11) cf. Chr. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit, p. 1, spéc. no 20, p. 17.

الدرجة الأولى يحدد كلاً من نطاق الالتزام الذي يلتزم به البنك المحلي والبنك الضامن المقابل المسؤول عن تحمل عبء الضمان، وقد تم الإبقاء ضمنياً على هذا الارتباط الذي نشأ عن التعهدات التي قدمها البنكان من خلال عدة أحكام صدرت عن محكمة النقض الفرنسية[١٢] ربطت فترة سريان ضمان الدرجة الأولى بشكل غير مباشر بمصير الضمان المقابل، ومن تلك الأحكام الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف لاحتفاظه بانتهاء الضمانات والضمانات المقابلة بالرجوع إلى تنفيذ العقد الأساسي بينما نصت الخطابات على أن يتم انتهاء صلاحية الضمان عند النطق بالقبول النهائي، وبالتالي فإن الحكم يحتفظ باستقلالية مدة الالتزامين فيما يتعلق بالعقد الأساسي ولكنه يربط ضمنياً مدة الضمانات والضمانات المقابلة كما هي بالنسبة للقرارات التي تربط أيضاً مصير الضمان المقابل بمصير الضمان من الدرجة الأولى في حالة التمديد، وبالإضافة إلى ذلك، تم إثبات ذلك بوضوح من قبل محكمة الاستئناف في باريس في حكم بتاريخ ٢٥ فبراير ١٩٨٨[١٣]، حيث تقرر أن شروط المدة المعبر عنها في الضمانات تشكل أيضاً شروط الضمانات المقابلة، وأشار قضاة المحكمة إلى أن "كل إصدار لخطاب ضمان من (البنك المحلي) قد تم بناءً على تفويض صريح من (البنك الضامن المقابل)، مشيرين بذلك إلى الفكرة التي بموجبها يجب أن يكون لشروط إصدار الضمان انعكاسات على التزام السداد الذي تعهد به الضامن المقابل بصفته عميل آمر.

---

(12) cf. Cass. 1re civ. 24 février 1998, Sté Rafidain Bank c/Sté Butec, Bull. civ. I, no 69, p. 46 ; JCPE 1998, I, 149, no 10, obs. Ph. Simler ; JDI 1998, p. 963, note A. Jacquemont .

(13) cf. CA Paris 25 février 1988, Banque Tejarat c/Cie française de réalisations autoroutières Cofraran, D. 1989, somm. p. 150, obs. M. Vasseur.

ومع ذلك فإن آلية العلاقة التي توحد الضمان المقابل وضمان الدرجة الأولى لا تتوافق مع رأي الأغلبية في الفقه والقضاء التي تتفق على العكس من ذلك في اعتبار أن الضمان المقابل له طابع مستقل يترتب عليه أنه لا يتناسب مع ضمان الدرجة الأولى ويجب أن يخضع لشروط منفصلة، وهكذا على الرغم من أن محكمة النقض الفرنسية بموجب حكمها الصادر في ٣ إبريل ١٩٩٠[١٤]، قد وافقت على الحكم المذكور أنفا والصادر عن محكمه استئناف باريس لربط مده الضمان المقابل بضمان الدرجة الأولى مبررة ذلك بالوقوف على رغبة الطرفين وموضحة بان الطرفين قد اتفقا على عدم التقيد باستقلال الضمان المقابل من خلال النص صراحة على إنشاء علاقة ثانوية بين الالتزامين الأساسيين، وبالرغم من أن المحكمة العليا نفسها وافقت على حكم قضاة الموضوع من حيث الأسس الموضوعية حيث حددت أن الحل لم يتجاهل استقلال الضمان المقابل عن ضمان الدرجة الأولى، وبالتالي يبدو أنه يعترف بإمكانية وجود مثل هذا المبدأ ، ولكن على العكس من ذلك عندما لا يتضمن الضمان المقابل إشارة لانتهاء الصلاحية فإن قضاة المحاكمة قد يعتبرون أن الضمان المقابل مصحوب بنفس حد الصلاحية مثل ضمان الدرجة الأولى المقابلة[١٥] غير أن هذا المنطق ينبع من الالتباس الذي نشا

(14) cf. Cass. com. 3 avril 1990, Banque Tejarat c/Sté Cofraran et autres, Bull av. IV, no 104, p. 69 ; JCB E 1991, I, 93, no 44, obs. J. Stoufflet et Chr. Gavalda; RDBB 1990, no 20, p. 169, obs. M. Contamine-Raynaud; RTD com. 1991, p. 628, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié; D. 1991, somm. p. 195, obs. M. Vasseur ; Banque & Droit 1990, no 14, p. 264, obs. J.-L. Guillot ; Journ. Des notaires, et des avocats 1991, p. 38, note L. Moatti.

(15) cf. M. Vasseur, obs. préc. ; M. Cabrillac et B. Teyssié obs. préc. ; M. contamine-Raynaud, obs. préc. Contra, J. Stoufflet, et Chr. Gavalda, J. - L. Guillot, obs. préc.

بين التزام البنكين بسبب شروط التغطية للطلب الأول المدرجة في الضمان المقابل كما هو الحال في ضمان الدرجة الأولى.

وفي الواقع وبغض النظر عن حقيقة أنه سيترك مشكلة تحديد مدة الضمان المقابل في غياب الدقة التعاقدية، فإن هذا التحليل يؤدي إلى إنكار خصوصية الالتزام الذي المقدم من بنك الضمان المقابل الذي يمثل نظير الخدمة المقدمة إليه من قبل البنك المحلي، فانه لا يمكن الاعتراف باستقلالية الضمان المقابل من حيث المبدأ مقارنة بضمان الدرجة الأولى، وهكذا فان الفقيه Pourret[١٦] يربط بين مدة التزامات الضامن والضامن المقابل معتبراً أن المدة المرتبطة بالضمان لها انعكاسات على الضمان المقابل، وعلى العكس يظهر الاعتماد على الضمان المقابل هنا على أنه عنصر التحكم الذي لا يمكن للأطراف الخروج عنه إلا من خلال اتخاذ قرار صريح بالحد من فترة التقادم التي يمكن للضامن خلالها عادةً أن يقاضي فيها العميل الآمر.

ومرة أخرى يجب التأكيد على الشروط التي غالباً ما تُدرج في خطابات الضمان المقابل، وفي الواقع، ليس من غير المألوف في هذا الاطار أن يتم تقديم الضمان المقابل في نفس تاريخ انتهاء صلاحية ضمان الدرجة الأولى، وحتى في كثير من الأحيان أن ينسبوا إليه مصطلحاً أبعد من بضعة أسابيع وقد تم تشجيع الاستخدام الأخير من خلال الفقه الفرنسي التي بموجبها سيكون لها ميزة السماح للضامن بالوقت للانقلاب ضد الضامن المقابل في فرضية شائعة جداً حيث يطلب المستفيد الضمان قبل انتهاء صلاحيته مباشرة ، ولذلك فان تحديد مصطلح متطابق للضمان والضمان المقابل سيكون له تأثير يؤدي إلى خطر في حالة طلب ضمان الدرجة الأولى في أخر ساعة من اليوم الأخير، ولتجنب أي خطر من رفض السداد ذهبت بعض البنوك

(16) cf. G. Pourret « La mainlevée des garanties financières internationales» Petites affiches 3 avril 1981, p. 12, spéc. p.13, note 9.

الأجنبية إلى حد مطالبة مراسليها بأخذ ضمانات مقابلة دون حد زمني في حين أن ضمانهم من الدرجة الأولى يخضع لتاريخ انتهاء محدد[١٧] ومع ذلك، لا يلزم طرح مسألة انتهاء صلاحية الضمان المقابل لأنه، بصفته عميل آمر، هو بمثابة أصل وليس كضمان ولذلك يلتزم بنك المصدر بسداد أو دفع المبالغ التي يدفعها البنك المحلي ،ومن ناحية أخرى ، قد تخضع لمدد مختلفة ، ولكن لأنها تشكل ضمانات ائتمانية حقيقية ولا تتوافق مع مخطط عملية الضمان المقابل، فإن الضمانات الثانوية التي تغطي عقود مختلفة ويوحدها غرضها المشترك، وبالتالي لا يضطر الضامن المحلي للخوف من حظر طلبه ضد الضامن المقابل ولكن المهم فقط هو مدة التزامه الخاص.

ومن ناحية أخرى فإن مثل هذه الشروط تؤدي دون داع إلى حدوث خلط بين طبيعة الضمان وطبيعة الضمان المقابل، وبالإضافة إلى ذلك عندما يكون الغرض الوحيد منها هو طلب شروط الضمان الصادرة عن البنك المحلي، فمن المحتمل أيضاً أن تؤدي هذه التفاصيل إلى إثارة التقاضي في حالة وجود تعارض بين شروط الضمان المقابل والضمان، وهذا ما يشير إليه حكم محكمه الاستئناف في باريس الصادر في ٢٩ يونية ١٩٩٩[١٨] بشأن حقيقة أن الضمان المقابل كان قابلاً للتمديد بينما لم يحدد الضمان أي شيء بشأن هذه النقطة ولحل هذه المشكلة أشارت محكمة الاستئناف إلى أنه "يجب إصدار ضمان مقابل، فيما يتعلق بمدته وإمكانية تمديده، بشروط مماثلة لتلك الخاصة بضمان الدرجة الأولى، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ولا يمكن فصل مده الضمان المقابل عن مدة الضمان الأول حتى بموافقة المدين وإذا رغب الطرفان في تحديد حق المستفيد في التمديد صراحة – وهو علاوة على ذلك

(17) cf. G. Pourret, op.cit , p. 12 ; A. Prüm, op. cit., no 245, p. 120.

(18) cf. CA Paris 29 juin 1999, Sté Technip c/BNP, RDBF 2000, no I, p. 21, obs. J.-P. Mattout.

مقبول بشكل عام، لا سيما إذا تم تقديمه كبديل للدفع يجب قبل كل شيء أن يكون مشمولاً في الضمان، لأن هذا الالتزام له مصلحة مباشرة.

وفي النهاية، بحكم موضوعه وهدفه فإن الضمان المقابل الذي يلتزم به الضامن المقابل في المقام الأول يحافظ على علاقة وثيقة من الاعتماد على ضمان الدرجة الأولى، والذي ينبع من فكرة تحديد المدى الزمني، كما هو الحال في مقداره من خلال معيار الالتزام الذي تعهد به الضامن والذي يتجلى في شروطه، فأن اعتماد الضمان المقابل على الضمان يمتد علاوة على ذلك إلى تنفيذه وهو ما سوف نتناوله بالشرح في المبحث القادم.

المبحث الثاني

اعتماد الضمان المقابل على تنفيذ ضمان الدرجة الأولى

تمهيد وتقسيم

كما هو الأمر في إصداره فان الضمان المقابل الذي يلتزم به الضامن المقابل التزاما رئيسيا بالسداد فانه يحافظ في تنفيذه على علاقة اعتماد وثيقة على الضمان الأول وهو ما يعبر عنه بالتبعية في تنفيذ العملية وبموجب طلب صالح من هذا الأخير (المطلب الأول).

ومع ذلك فيما يتعلق بتنفيذ الضمانات المقابلة فان شروط الدفع عند الطلب الأول المدرجة في خطابات الضمان المقابلة الدولية تدعو إلى التساؤل عن نطاق هذه التبعية، وفي هذا المجال الأخير يمكن في الواقع تفسير هذه الشروط على أنها تدل على رغبة الأطراف في جعل تنفيذ الضمان المقابل شبه تلقائي وذلك تفاديا لأي مناقشه بشان حالات تنفيذ ضمان الدرجة الأولى فيما يتعلق بشروطه وأحكامه، وفي الفرضية الأكثر ترجيحاً والتي بموجبها تكون هذه البنود بمثابة تذكير فقط بحظر الضامن المقابل بصفته عميلاً آمراً للتدخل في شروط تنفيذ الضمان فيما يتعلق بالعقد الأساسي.

وعلى الرغم من أن الضمان المقابل يتناسب من حيث المبدأ مع ضامن الدرجة الأولى فان هذه الشروط تجعل من الضروري فحص ما إذا كان يمكن للأطراف تعديل علاقة التبعية بين الالتزامين (المطلب الثاني)، وذلك من خلال الموافقة على إعفاء الضامن من الالتزام بإثبات صحة سداد الضمان للحصول على تعويض من الضامن المقابل.

المطلب الأول

مبدأ التبعية

إن الالتزام الشخصي بإبراء ذمة الضامن من المبالغ المدفوعة بموجب ضمانه، فأننا نجد أن الضامن المقابل لا يلتزم التزاما مجردا، ولكن مقابل الخدمة التي يقدمها الشخص الذي يقوم بتغطيته، ومن حيث المبدأ، فإن التزام الضامن المقابل يعتمد بطبيعته على التزام ضامن الدرجة الأولى، وتتجلى علاقة التبعية هذه من خلال فكرة أنه لا يمكن طلب الضمان المقابل إلا بعد طلب الضمان وربما أيضا دفعه (الفرع الأول)، بشرط أن تكون المطالبة بالضمان صالحة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط طلب الضمان أو دفعه

يشترط لطلب الضمان عدة شروط لتحققه وسوف نوجزها فيما يلي:

أولا: التزام الضامن المقابل بصفته أصيلا بالسداد

عندما يكون الضامن المقابل ملزماً بصفته أصيلاً وليس كضمان، فقد أظهر تحليل موضوع حالته مسبقاً أتاح معرفة أن الضامن المقابل يمكنه الالتزام إما بالسداد للضامن أو بدفع المبالغ اللازمة لتنفيذ الضمان، وفي بعض الأحيان يخضع تنفيذ الضمان المقابل لدفع مبلغ الضمان، وبالتالي يفترض من حيث المبدأ أنه تم طلب الضمان على الأقل، وبهدف إعفاء الضامن من المخاطر المرتبطة بالتزامه لا يمكن طلب الضمان المقابل طالما لم تتحقق هذه المخاطر، إن اعتماد الحل المعاكس من شأنه أن يؤدي إلى تشويه الاتفاقية من خلال أن يشكل في يد الضامن ما يعادل وديعة ضمان، ومن الواضح أن التنفيذ المشترك لم يعد ضماناً شخصياً مقابلا يتعهد الضامن المقابل بموجبه بتولي مسؤولية عبء الضمان بل هو وديعة ضمان يقوم البنك الوسيط بنقلها إلى المدين ولذلك يشكل شكلاً من أشكال الضمان المقابل الحقيقي، وسيبدو الأمر مشكوكاً فيه لأن الضامن نفسه لا يملك أداء التزامه الخاص، فلا يوجد سبب للسماح له بالحصول مقدماً على مبلغ مخصص لأداء التزام يظل افتراضياً[١٩] وهذا هو الفرق الجوهري بين الضمان المستقل

(19) cf. A. Boudinot, « Exportation : les crédits documentaires "provisionnés " », Banque 1982, p. 1355.

والاعتماد المستندي، ووفقا لما يراه الفقيه Prüm[٢٠]، يجب اعتبار أن "ضامن الدرجة الأولى ينتهك اتفاق الأطراف إذا تطلب تغطية نقدية دون أن يظهر المستفيد النهائي نية المطالبة بدفع ضمانه الخاص، ووفقا لما يراه الفقيه Mattout[٢١] فأنه إذا لم يتم طلب الضمان، لا يمكن طلب الضمان المقابل.

وعلاوة على ذلك، ينبغي التأكيد على أن خضوع الضمان المقابل للطلب وربما دفع الضمان ليس محل نزاع، وهكذا ، تم تطبيق القاعدة في مسائل نقل الحقوق الاجتماعية فيما يتعلق بحوالة الدين من قبل محكمه الاستئناف في فرساي في حكمها الصادر في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨[٢٢]، حيث جعلت الضمان المقابل للمحال إليه خاضعاً للإثبات عن طريق التنازل عن الطلب ودفع الضمان، من خلال رفض المحيل الذي يتنازل عن الحق في الحصول من المحال إليه على استرداد المبالغ المدفوعة للبنك، على أساس انه لم يثبت أن هذه المبالغ مطابقه لتلك المستحقة بموجب الضمان المشترك لتغطية ديون المدين، وعلاوة على ذلك، لا يمكن أن يكون مفتوحاً للمناقشة بشأن الضمانات المقابلة الصادرة بين الضامنين المتضامنين المشاركين في شكل تنازل عن الاستفادة من المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني، التي يجري تحليلها على أنها تعديل لطلب الرجوع في المساهمة التي تنطوي ممارستها بحكم تعريفها على الدفع، وبشكل أعم، أشارت الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية، بموجب حكمها الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٤[٢٣]، إلى أن دعوى الدفع ضد الضامن المتضامن المشارك في الدفع لم تكن

(20) cf. A. Prüm, op. cit., p. 261.

(21) cf. J.-P. Mattout , op.cit , no 224, p. I 75.

(22) cf. CA Versailles 19 novembre 1998, D. Aff. 1999, p. 384, obs. V. Avena-Robardet.

(23) cf. la première chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt du 15 juin 2004 ,JCP G 2004, IV, n° 2662 ; D. 2004, AJ, p. 1972.

مفتوحة إلا للضامن الذين سددوا الدين، بينما تنص على أن هذا الشرط لا يمنع هذا الأخير، الذي يرفع الدائن ضده دعوى للمطالبة بضمان الضامنين المشاركين فيه حتى قبل أن يدفعوا.

وفي هذا المجال، نشأ التساؤل حول ما إذا كان يمكن للضامن أن يرجع ضد ضامن آخر بموجب حق الرجوع قبل السداد المنصوص عليه في المادة ٢٠٣٢ من القانون المدني الفرنسي، بالإضافة إلى ذلك، تظل المحاكم مهتمة بمعرفة ما إذا كان بإمكان الضامن أن يقاضي الضامنين المشاركين في تمويله في المساهمة بمجرد أن يدفع أكثر من نصيبه أو إذا كان يجب أن يكون قد سدد دين المدين بالكامل، وبصفة عامة فإن الفقه الفرنسي يوافق إلى حد ما على الحل الأول وهو إمكانية مقاضاة الضامن للضامنين المشتركين معه في حالة ما اذا دفع اكثر من نصيبه، وقد أشارت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية إلى أن دعوى الدفع ضد ضامن مشارك كانت مفتوحة فقط للضامن الذي سدد الدين، مع الإشارة إلى أن هذا الشرط لا يمنع الأخير الذي يلاحقه الدائن للطلب من الضامنين المتضامنين المشاركين له حتى قبل الدفع، أخيراً تجدر الإشارة إلى انه حتى في مسائل الضمان المقابل الدولي يتم قبول هذه القاعدة بالإجماع.

ثانيا: موافقة البنك المحلي على دفع الضمان

في هذا المجال، يجب التمييز وفقاً لما إذا كان البنك المحلي قد وافق أم لا على تقديم الأموال اللازمة لدفع الضمان وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكم في ٦ نوفمبر ١٩٩٠[٢٤] أكدت فيه بوضوح أن الضامن المقابل

(24) cf. Cass. com. 6 novembre 1990, Union méditerranéenne de banque c/Crédit chimique, pourvoi no 88-19. 135. Arrêt rendu sur le pourvoi formé contre CA Paris 7 juillet 1988, D. 1991, somm. p. 196, obs. M. Vasseur. Contra, CA Paris 2 mars 1990, Sté Fougerolle et

الذي تعهد بان يدفع إلى البنك المحلي أي مبلغ كان الأخير سيدفعه إلى المستفيد، جعل التزامه يخضع بالضرورة للسداد الفعلي لهذا الأخير من قبل الضامن حتى لو كان قد نص عليه في الطلب الأول، ولكن في هذه الحالة لم تكن شروط التزام الضامن المقابل واضحة لأنها تشير إلى طلب السداد الخاص بالضامن وكذا طلب الدفع.

وعندما يتعهد الضامن المقابل بدفع الأموال اللازمة للضامن لدفع الضمان فإنه يتم قبوله أيضاً بشكل دائم إذا كان تنفيذ هذا الضمان المقابل لا يتطلب دفعاً مسبقاً للضمان من قبل مُصدره، فإنه من ناحية أخرى يظل خاضعاً لطلب الضمان، وفي هذه الفرضية فإن ملاحقة الضامن المقابل قبل أي طلب للضمان لم يتم السعي إليه من قبل البنوك المحلية إلا في حالات نادرة، مثل إفلاس المدين، حيث تم رفضه[٢٥]، وقد صدر حكم محكمة فرساي الفرنسية بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٨٥ بشأن موضوع ضمان ثانوي يغطي عقد تعاقد من الباطن، ولكن حتى لو لم يكن ضماناً مضاداً بالمعنى الصحيح للمصطلح المتعلق بالتمييز بين الضمانات المقابلة والضمانات الثانوية، فإن الحلول تكون شائعة، وقد دافع قضاة المحكمة هنا عن البنك الضامن المقابل للدفع على أساس أن مراسله لم يقدم أي مطالبة ضده من المالك واكتفى بالإشارة إلى الوضع المالي الضئيل للشركة المدينة الفرنسية، كما أوضح Vasseur، أن البنك المحلي بلا شك أراد توقع رد فعل المستفيد، غير أنه، بغض النظر عن عدم وجود سلطة قانونية، ينبغي ملاحظة أن هذا التدبير الاحترازي لا يكون ضروريا عندما يكون التزام الضامن المقابل

---

autre c/Banque de l'Union européenne et autre, D. 1990, somm. p. 209, obs. M. Vasseur ; R TD com 1990, p. 445, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; JCP E 1990, I, 19791.

(25) cf.CA Versailles 29 mars 1985, D. I 985, inf. rap. p. 156, obs. M. Vasseur.

مستقلا عن ديون السداد المستحقة على المدين ، ولا يتعين على الضامن أن يخشى استرداد المدين.

بالإضافة إلى ذلك فان البنوك قد تحدد هذه الحالات بشكل عرضي في صياغة خطابات الضمان المقابل، وفي حكمها الصادر في ٩ يوليه ١٩٨٦[٢٦] كان على محكمة استئناف باريس أن تبت في قضية نصّ فيها خطاب الضمان المقابل على أن على الضامنين المقابلين أن يدفعوا إلى الضامن من الدرجة الأولى بناء على طلب المشتري، وقد تم الإبقاء على هذا المطلب ضمنياً من قبل محكمة النقض الفرنسية[٢٧] بموجب حكم صادر في ٢٤ يناير ١٩٨٩ والذي وافقت بموجبه على حكم محكمة الاستئناف للدفاع عن البنك الضامن المقابل لسداد الضمان المقابل على أساس أن الضامن وضع مراسله أمام التزام بديل بين التمديد أو الدفع بينما كان المستفيد قد طلب فقط الاحتفاظ بالضمانات، يتم تحليل هذا الحكم كمثال على علاقة التبعية بين الضمان المقابل وضمان الدرجة الأولى.

ثالثا: إثبات طلب الضمان

ومع ذلك في مجال الضمانات المقابلة الدولية ، لم يتم تحديد جميع النتائج المرتبطة بخضوع عملية الضمان المقابل لطلب الضمان، ولا سيما في مجال الإثبات، ومن حيث المبدأ يترتب على هذا الشرط أن الضامن الذي يقاضي ضامنه المقابل من أجل السداد ملزم بتقديم دليل على طلب الضمان

(26) cf. la cour d 'appel de Paris 9 juillet 1986, D. 1988, somm. p. 243, obs. M. Vasseur.

(27) cf. Cass. com. 24 janvier 1989, Rafidain Bank c/CIC et autre ; D. 1989, somm. p. 159, obs. M. Vasseur ; RTD com. 1990, p. 79, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; JCP E 1989, II, 15635, note J.· P. Mattout et A. Prüm.

وربما دفع الضمان إذا طلب الأخير ذلك، وقد تم الإبقاء على هذه القاعدة بشكل صريح فيما يتعلق بالرجوع إلى المساهمة بين الضامنين المتضامنين المشاركين، والتي يخضع لها الضمان المقابل الممنوح في شكل تنازل عن الرجوع إلى المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني الفرنسي، ووفقاً لعبء الإثبات في القانون الفرنسي[٢٨] فان النزاع المتعلق بأصل المبلغ ومن باب أولى في حالة طلب الضمان يلزم الضامن المدعي بتقديم الدليل على ذلك، ومع ذلك فيما يتعلق بالضمانات المقابلة الصادرة في التجارة الدولية، وقد أدى استيعابها في الضمان المستقل إلى قيام جانب من الفقه الفرنسي[٢٩] إلى اعتماد الحل المعاكس من خلال اعتبار أن الضامن لم يكن مضطراً لتبرير الطلب أو حتى دفع الضمان لمقاضاة الضامن المقابل في غياب النص الصريح، وفي الواقع، الضامن والضامن المقابل مرتبطان باتفاقية ائتمان مماثلة لتلك التي توحد العميل الآمر والضامن له في ضمان ائتماني عادي، فمن المناسب الإشارة إلى هذه الروابط لتحديد العلاقات بين المراسلين.

ومع ذلك على الرغم من أن المشكلة نادراً ما تُثار فلا شك في أن للعميل الآمر، من حيث المبدأ، الحق في مطالبة الشخص الذي يصدر ضماناً نيابة عنه بإثبات طلبه قبل تقديم ضمان السداد، لأنه طالما لم يتم طلب الضمان لا يمكن أن ينشأ الضمان المقابل، ومع ذلك نظراً لأن الضمان المقابل مستقل عن الضمان من الدرجة الأولى فلا يتعين على الضامن الذي يطلب الضمان المقابل أن يبرر دفع ضمان الدرجة الأولى، ومع ذلك فإن عدم الالتزام بتقديم دليل على دفع الضمان يمكن أن يستند فقط إلى موضوع

(28) cf. J. Mestre, op.cit, no 59, p. 64, spéc. p. 66 et s.

(29) cf. J. Klein-Cornède, op. cit., p. 93 ; M. Contamine-Raynaud, cf. cass. com. 9 octobre 2001, Sté Technip c/Sté Mibark Misr international bank, D. 2001, p. 3193.

التزام الضامن المقابل وبالتالي يعتمد على ما إذا كان الأخير يتعهد بتسديد الضامن أو أن يسدد له المبالغ اللازمة لدفع الضمان فقط دون أن يؤخذ في الاعتبار أي استقلالية محتملة للضمان المقابل.

وبالإضافة إلى الشروط المحددة صراحة في خطاب الضمان المقابل فانه يجب على الضامن إثبات أن الضمان موجود بالفعل وانه تم تأديته بشكل صحيح وان المستفيد قد طلب الضمان وأنه قد تم دفعه، وعبء الأثبات هذا يدل ضمنياً على حقيقة أننا أمام ضمان من الدرجة الثانية وبالتالي ، ليس من الضروري النص صراحة على التزام الضامن بإثبات أن الضمان قد تم طلبه أو التصديق عليه من خلال تقديم طلب مكتوب نظراً لإمكانية قيام الضامن المقابل بتبرير طلب الضمان أو حتى الدفع أو السداد عندما يلتزم فقط بسداد الضامن استنادا إلى صفته كعميل آمر، ومن الممكن أن ينص خطاب الضمان المقابل صراحة على أن مثل هذا الإثبات مطلوب تلقائيا، ولكن عدم الدقة لا يمكن باي حال من الأحوال، أن يفقد الضامن المقابل الحق في المطالبة به.

وبالتالي فإن تحليل الضمان المقابل كضمان مستقل يحتفظ به قانون السوابق القضائية والفقه الفرنسي، ويؤدي إلى جعل الاستقلالية الاستثناء في حين أن الهدف ذاته من الضمان المقابل يجب أن يؤدي الضمان إلى الإبقاء على الحل المعاكس، وهذه هي الطريقة التي فسرت بها محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر في ٢٤ مارس ١٩٩٢[٣٠] بقولها أن خطاب الضمان المقابل الذي ينص على أنه في حالة طلب الضمان من البنك الضامن من الدرجة الأولى، يكون أمام البنك الضامن خمسة عشر يوماً، للرد وقد استنتجت محكمة النقض من هذا أيضاً أن طلب الضمان المقابل

(30) cf. Cass. com. 24 mars 1992, wahda Bank c/Sté Technique de l'Oise, Bull civ. IV, no 123, p. 89 ; D. 1993, somm. p. 99, obs. M. Vasseur ; RJDA 7/92, no 748, p. 613.

يجب أن يأخذ شكل إرسال إلى بنك الضمان المقابل لطلب الضمان الذي أرسله المستفيد، بالإضافة إلى ذلك ومن أجل ربط الالتزامين فإنه يتطلب تطبيق نفس الشكلية على الضمان المقابل كما هو الحال بالنسبة للضمان المستقل من خلال إنشاء نوع من الضمان المقابل المستندي أو ضمانات الطلب الأول المبرر والذي أدى إلى الارتباك مرة أخرى، وتستخدم هذه المصطلحات في بعض الأحيان صراحة في خطاب الضمان المقابل للحصول على ضمان مقابل ينص على أن الضامن المقابل سيدفع عند أول طلب مبرر من الضامن.

وهناك تساؤل حول حق الضامن الأول في مطالبة الضامن المقابل بإعمال الضمان في الوقت الذي يكون فيه المستفيد قد طلب اجلاً ، وللإجابة عن ذلك نقول بان مبدأ استقلال الضمان الأول عن الضمان المقابل يؤدي إلى عدم الربط بين إعمال كلا منهما، ولذلك تكون النتيجة هي ثبوت الحق للضامن المباشر في مطالبة الضامن المقابل بإعمال الضمان على الرغم من أن المستفيد قد طلب اجلاً، إلا أن هذا القول لا يكون مقبولا من الناحية العملية حيث أن الغرض من الضمان المقابل هو تامين الضامن الأول ضد مخاطر قيامة بالسداد إلى المستفيد ، وبالتالي فان الآجل الممنوح للمستفيد يؤدي عملا إلى صعوبة إعمال الضمان المقابل ويترتب على ذلك قيام الضامن المباشر بإحالة طلب المستفيد إلى الضامن المقابل الذي يكون له الحق في الخيار بين السداد أو الآجل.

وقد أشارت بعض الأحكام الفرنسية[٣١] إلى انه في الحالة التي لا يتم فيها إعمال الضمان الأول لأي سبب من الأسباب فانه لا يمكن المطالبة بتنفيذ الضمان المقابل وبذلك يتضح أن منح اجل للمستفيد بما يعنيه عدم الدفع

(31) cf. Cass. com. 24 Janvier1989, D, 1989, somm, p.159.

وتنفيذ الضمان مما يترتب عليه عدم مطالبة الضامن المباشر للضامن المقابل بالتغطية، وبالتالي فان هذا التبرير واضح جدا في قواعد أل URDG الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والتي تضمنت النص في المادة (٢٠ أ) منها على تطبيق الضمان المقابل على الإعلان الكتابي للضامن الذي تلقى مطالبة بالدفع من أجل إضفاء الطابع الأخلاقي على الضمانات عند الطلب بوضع الضمانات المقابلة موضع التنفيذ، والرغبة في الربط بين الالتزامين هنا واضحة جدا، غير أنه، في ظل طبيعة تعهد الضامن المقابل، لا تتطلب هذه الصلة نصا صريحا، وقبل كل شيء، قد لا يكتفي الضامن المقابل بتأكيد بسيط على طلب الضامن إلى الضمان، بل قد يتطلب دليلا على ذلك[٣٢]، ومن الواضح أنه يخضع لطلب الضمان وأحياناً حتى الدفع الذي يمكن للضامن المقابل أن يطلب إثباته من حيث المبدأ، كما يفترض الاحتجاج بالضمان المقابل منطقياً أن المطالبة بالضمان صحيحة.

وفي السياق نفسه، قررت المادة ٦ (ج) من مشروع اتفاقية CNUDCI[٣٣] أن خطاب الضمان المقابل قد ينص على دفع مبلغ عند الطلب إلى الطلب مصحوباً بوثائق يمكن استنتاج أن دفع الضمان قد طُلب بل

(32) J- P. Mattout et A. Prüm, « Les règles uniformes de la C.C.I. pour les garanties sur demande., Banque & Droit 1993, no 30, spéc. p. 6 ; J.- P. Lendais, « Les règles de la Chambre de commerce internationale (CCI) sur les garanties à première demande., Gaz. Pal. 1994, II, p. 853 ; S. Piedlièvre, op.cit spéc. p. 623 ; M. Vasseur, « Les nouvelles règles de la chambre de commerce internationale pour les "garanties sur demande" », RDAI 1992, spéc. nos 46 et S., p. 278.

(33) cf. I 'article 6 c du projet de convention CNUDCI Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, Vernon française du projet CNUDCI, RDBB 1995, no 52, p. 198).

وتم إجراؤه، كما تنص المادة (٣٤) من قانون OHADA[٣٤] الموحد على أن أي طلب لضمان مقابل يجب أن يكون مشفوعاً ببيان خطي من الضامن بأن الأخير تلقى طلباً بالدفع من المستفيد، وفقاً لأحكام خطابات الضمان والضمان المقابل.

(34) cf. Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés in « OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotes », juriscope 1999.

الفرع الثاني

صلاحية طلب الضمان

اذا كان الضمان المقابل يسمح للضامن بأن يُعفى من المبالغ المدفوعة مقابل التزامه، فلا شيء يبرر قدرة هذا الأخير على الحصول على سداده أو سداده عندما لا يكون الضمان مستحقاً، واستناداً إلى الغرض من التزام الضامن المقابل، فإن إخضاع بدء تنفيذ الضمان المقابل لطلب صحيح للضمان هو امر مشترك بين جميع الضمانات المقابلة التي تضع التزاما أساسيا بالتعويض على عاتق الضامن المقابل، وبالتالي، على الرغم من أن المشكلة لم تثار مباشرة أمام المحاكم، فلا يوجد خلاف حول أن مقاضاة المحال إليه الذي تعهد بإبقاء المحيل سالما من التزاماته فيما يتعلق بالضمان يتطلب أن يكون هذا الأخير قد طلب ضمان وأن هذا الطلب صالح، وبما أن الضمان المقابل يتم تحليله على أنه تنازل داخلي عن الدين، يجب أن يكون المحيل المتنازل ملزماً بضمان الدين بحيث يكون المحال إليه نفسه ملزماً بتولي المسؤولية عنه.

وبالمثل بالنسبة للضمان المقابل الذي يتم الحصول عليه من قبل ضامن لصالح الضامنين المتضامنين المشاركين في شكل تنازل عن حق الرجوع المنصوص عليه في المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني الفرنسي، فإن هذا الشرط يجد مصدره في نظام الرجوع في المساهمة المطبق في الضمان المقابل والذي يفترض أن السداد الذي استند إليه الضامن صحيح وأدى إلى إبراء ذمة المدين، وكذلك إعفاء الضامنين الآخرين، وأخيراً فيما يتعلق بالضمانات المقابلة التي يتم الحصول عليها في التجارة الدولية، فإن إخضاع مقاضاة الضامن المقابل لطلب وأحياناً سداد صحيح للضمان، يعتمد بشكل

مباشر على صفة الأخير باعتباره عميل آمر، وفيما يتعلق بالعلاقة بين المدين والضامن في الضمان العادي يرى المذهب والفقه بالإجماع أنه يحق للمدين من حيث المبدأ رفض سداد المبالغ التي دفعها المدين بشكل غير منتظم من قبل الضامن[٣٥]، ويستخدم نفس الحل في الاعتماد المستندي، في العلاقات بين العميل والبنك المصدر، حيث يكون الأول قادراً على رفض سداد الثاني، إذا لم يكن الاعتماد قد تم وفقاً لتعليماته أو إذا كانت الوثائق المقدمة من المستفيد غير منتظمة، وفي حالة نقله إلى العلاقة بين الضامن والضامن المقابل، فإنه إذا لم يكن الضمان مستحقاً، فإن الضمان المقابل لا يكون مستحقا أيضا[٣٦].

وقد تم تحديد الصلة بين الاحتجاج بالضمان والضمان المقابل بوضوح شديد في القانون الفرنسي، وقد اعترف القضاء الفرنسي في وقت مبكر بان المصدر الذي يرغب في الدفاع ضد البنك المحلي لدفع الضمان، يكون له الحق في مقاضاة الأخير أمام محكمة موطن الضامن المقابل، في حين أن استقلالية الضمان الذي أقره البنك المحلي لم تستمر في تضمين الدعوى المرفوعة ضد المستفيد بموجب العقد الأساسي[٣٧] وقد اعتمدت

(35) cf. Chr. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit, p. 1, spéc. no 28 ; M. Contamine-Raynaud, obs. cf., par exemple, Cass.com. 2 décembre 1997, Banque Indosuez c/ Sté Entrepose, Bull civ. IV, no 312, p. 269 ; jCP G 1998, II, 10165, note S. Hanna ; JCP E 1999, no 26, p. 764, obs. Chr. Gavalda et J. Stoufflet cf. Chr. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., no 642, p. 319 ; J. Stoufflet, op.cit, nos 98 et s.

(36) En ce sens, J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, op. cit., no 802, p. 733 ; J.- L. Rives- Lange, op.cit, no 468, p. 13.

(37) cf. CA Paris 25 mai 1983, Banque Maskan c/ SAE et autres, D. 1983, inf. rap. p. 484, obs. Vasseur.

المحاكم[٣٨] على الترابط وعدم القابلية التجزئة في الدعاوى المرفوعة ضد البنوك الضامنة والضامن المقابل.

ومن ناحية أخرى واستنادا إلى الأسس الموضوعية فان السوابق القضائية فيما يتعلق بالضمانات المقابلة الدولية لا تسلط الضوء بوضوح على علاقة التبعية القائمة بين شروط تنفيذ الضمان وشروط الضمان المقابل كما لو كان الضمان المقابل ذا طبيعة الضمان المستقل، ولذلك فان المحاكم تتبنى حلول غامضه وغالباً ما تتعارض مع الفكرة التي بموجبها لا يمكن طلب الضمان المقابل إلا في وجود طلب صحيح للضمان، ولذلك من المناسب تكرار هذه القاعدة التي تعني أن الضمانات المقابلة التي يتعهد بها الضامن المقابل شخصياً بإبقاء الضامن سالماً لا يمكن تفعيلها إلا إذا كانت المطالبة بالضمان من جهة وفقاً بالشروط المنصوص عليها (أولاً) ومن ناحية أخرى يكون للضامن حق الملاحقة القضائية في حالة وجود طلب تعسفي لضمان الدرجة الأولى (ثانيا).

أولا: وجود طلب منتظم لضمان الدرجة الأولى

إن خضوع الضمان المقابل لطلب منتظم للضمان تم النص عليها في المادة ٢٠ ب من قواعد أل C.C.I، المذكورة سابقاً، والتي تتطلب دعم تنفيذ الضمان المقابل بإقرار خطي يفيد بأن الضامن قد تلقى طلباً بالدفع "وفقاً

(38) cf. CA Paris 23 juin 1995, Sté Butec c/ UBAF, jCP E 1995, 11,735, note G. Affaki ; JDI 1997, p. 441, note A. Jacquemont. Rapp. CA Paris 25 février 1988, Banque Tejarat c/Sté Cofraran, n. 1989, somm. p. 150 ; el dans la même affaire, TC Pari, 8 juillet 1983, D. 1984, inf. rap. p. 92, obs. M. Vasseur.

لشروط الضمان"[٣٩]، ومع ذلك بما أن الشروط التي تُخضع مقاضاة الضامن المقابل لتأكيد الضامن لطلب الضمان، فإن خيار الضامن المقابل في طلب إثبات انتظام الطلب للضمان يكون واضح دون الحاجة إلى النص عليه صراحة، كما لاحظ بعض الفقهاء بما في ذلك الفقيه Logoz[٤٠] الذي أكد أن الضامن مطالب برفض أي مدفوعات إذا لم يتم الوفاء بالمتطلبات الرسمية، بموجب علاقة التفويض التي توحّده مع الضامن المقابل، أخيراً، يتم أيضاً اعتماده بالإجماع في العملية فيما يتعلق بتأكيد الاعتماد المستندي حيث لا يمكن للبنك المعزز الذي قام بتنفيذ الائتمان ويطلب السداد أن يتحول فقط ضد البنك المصدر بشرط أن تكون المستندات المرفوعة عادية[٤١]، وفي السياق نفسه، من المقبول أيضا أن يقوم البنك المحقق أو المؤكد الذي يدفع للمستفيد قبل انتهاء صلاحية الاعتماد المستندي المشروط بالدفع المؤجل، بالتزام شخصي لا يمكن أن يُلزم البنك المخطر أو المُبلغ بسداده إلا بعد انتهاء المدة.

ونتيجة لذلك، فإن الضمان المقابل، مثل الضمان، يفترض أن الطلب المقدم من المستفيد يتوافق مع المبلغ المنصوص عليه في الضمان طوال مدته وأنه يستند إلى العقد الأساسي الذي يغطيه الضمان، وان تكون مصحوبة بالمستندات المطلوبة بموجب خطاب الضمان، وعلى وجه الخصوص، قبلت

(39) cf. J. -P. Mattout et A. Prüm, op.cit, art. préc., no 30, spéc. p. 6 ; J.-P. Lendais, op.cit, art. préc., p. 853 ; S. Piedlièvre,op.cit art. préc., spéc. p. 623 ; M. Vasseur,op.cit, art. préc., spéc. nos 46 et s., p. 278.

(40) cf. F. Logoz, op.cit, no 3.4.2.4.3., p. 126.

(41) cf. Chr. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., no 643, p. 319; J. Stoufflet,op.cit, n° 103; J. -P. Mattout, op. cit, n° 291, p. 236. cf. Court of Appeal 25 février 2000, RDBF 2000, no 63, p. 84, obs. J .-P. Mattout., cf. Th. Bonneau, op.cit., no 652, p. 457; E. A. Caprioli, op. cit., nos 339 et S., p. 241.

محكمة إنجليزية هذا الشرط الأخير في قضية ينص فيها خطاب الضمان على أن تتضمن مطالبة المتلقي بالدفع إقرارا بأن التعويضات مستحقة على العميل الآمر، وهو أمر ينبغي أيضا تحديده كميا، ولم يستوف طلب المتلقي هذه الشروط، فوافق القاضي على رفض البنك سداد المبلغ الذي قام به البنك الضامن، الذي كان مع ذلك قد قام بأدائه، على أساس أن الضمان المقابل ينص على أنه يشمل "أي مبلغ قد تضطر إلى دفعه بموجب الضمان" وأنه في هذه الحالة لم يكن البنك الضامن ملزما بالدفع.

ولذلك نجد أن السوابق القضائية الإنجليزية تعترف بوضوح بأن الضامن ملزم بالتحقق من الامتثال الصارم لشروط طلب الضمان أو المخاطرة بفقدان مطالبته بالسداد ضد الضامن المقابل(٤٢)، وبالتالي من خلال تكريس استقلالية الضمان المقابل فيما يتعلق بالضمان، فان معظم أحكام المحاكم تبدو مشكوكا في أسبابها، إن لم يكن في حلها(٤٣)، مع ذلك هناك عدد قليل من الأحكام التي كشفت عن وجود علاقة تبعية بين الضمان والضمان المقابل مثل تلك التي أصدرتها محكمة النقض الفرنسية في ١٠ مارس ١٩٨٧ والتي قضت بموجبها بتعويض بنك الضمان المقابل الذي ادعى أن مراسله نفذ الضمان دون أن يأخذ في الاعتبار التغيير المتفق عليه في المبلغ ولكن فقط لأنه لم يقدم دليلاً على هذا التغيير.

ويوضح المنطق المعتمد هنا بوضوح سوء فهم طبيعة الضمان المقابل من قبل المحاكم. من أجل تبرير قرارها، اعتمدت محكمة النقض في الواقع بشكل أكثر دقة على الاختلاف في طبيعة الضمانات والضمانات المقابلة، التي نصت، في المقام الأول، على التغطية بشرط أن تكون مطالبة

(42) cf. G. Affaki, op.cit, no 43, p. 12, spéc. 15.

(43) cf. Cass. com. 10 mars 1987, D. 1987, somm. p. 172, obs. M. Vasseur.

المستفيد "تدخل في نطاق ضمن مجال التطبيق المباشر للمسألة "، بينما تم النص، بالنسبة للثاني، على سداد أي مطالبة عند الطلب الأول دون مراعاة أي نزاعات قد تعارض المدين الرئيسي والمستفيد، ومع ذلك، كما تم إثباته، فإن الضمان المقابل ليس ضمان ائتماني يهدف إلى تغطية دين موجود مسبقاً، ولكنه يشكل ببساطة التزام السداد الذي يلتزم به بنك المصدر في مقابل الائتمان بالتوقيع الممنوح له من قبل ضامن محلي بموافقته على إصدار ضمان من الدرجة الأولى، وبالتالي، فإن الاختلاف في صياغة الضمان المقابل مقارنة بضمان من الدرجة الأولى ليس تعبيراً عن استقلالية الضمان المقابل المفهوم بنفس المعنى الخاص بالضمان عند الطلب الأول ولكن يمكن تفسيره ببساطة من خلال الاختلاف في مواجهة التزامات الضامن والضامن المقابل.

وبهدف جعل الضامن من الدرجة الأولى خالياً من عبء الضمان الصادر بناءً على طلب مراسله، يبدو أن الضمان المقابل أوسع من الضمان ولا يتعين ربطه بالتزام أساسي، ولا يمكن طلب ضمان يكون غطاء لعقد غير ذلك الذي تم إصداره من أجله، فهو بطبيعته يتناسب مع ضمان الدرجة الأولى، وفي بعض الأحيان، تبدو الحلول التي يتم تبنيها في السوابق القضائية والتي لا تستند إلى أساس سليم تكون عرضة للنقد بشكل عام من خلال جعل استقلالية الضمان المقابل قاعدة مبدأ، فقد منعت المحاكم بشكل منهجي الضامن المقابل من رفض سداد الضمان للبنك المحلي من خلال الاستفادة من وجود مخالفة ملحوظة في طلب الضمان، هذا هو الحال، على وجه الخصوص عندما تكون المطالبة بالضمان غير متوافقة بمدته، بعد الاعتراف المنطقي بتعطل الضمان المقابل عندما كان طلب ضمان الدرجة الأولى سابقاً لأوانه أو على العكس من ذلك متأخر، ولكن محكمة النقض الفرنسية عادت في الواقع إلى وضعها في حكمها الصادر في ٨ نوفمبر

١٩٩٤[٤٤] وأكدت أن "التزامات الضمان والضمان المقابل عند الطلب الأول مستقلة عن بعضها البعض" وقد وجهت اللوم إلى محكمة الاستئناف لأنها قررت أن البنك المحلي الذي لم يعد ضمانه للمستفيد النهائي صالحا نظراً لأنه لم يتم تمديده بعد التاريخ المقرر مبدئياً للقبول النهائي لا يحق له المطالبة بالضمان المقابل.

ومع ذلك ، فإن هذا المنطق لا يتفق مع طبيعة الضمان المقابل الذي يتطلب على العكس من ذلك الاعتراف للضامن المقابل على الأقل من حيث المبدأ بالحق في رفض سداد الضامن أو دفع المبالغ اللازمة لدفع الضمان ، إذا انتهت فتره صلاحيه الأخير الذي حدده هو نفسه كعميل آمر، فمدة الضمان المقابل لا تنفصل عن مدة الضمان[٤٥].

بالإضافة إلى ذلك، يستخدم هذا التحليل أيضاً لإنكار حق الضامن المقابل في الطعن في المبلغ الذي يطلبه المستفيد فيما يتعلق بشروط الضمان، وقد أدى هذا التحليل إلى نتائج مشكوك فيها في الفرضية المتكررة إلى حد ما، حيث يتم إدراج شرط التخفيض في الضمان، ولا تزال السوابق القضائية تقرر على أساس استقلالية الضمان المقابل أن الضامن المقابل لا يمكنه الاستفادة من شرط التخفيض المدرج في الضمان للحد من سداد مبلغ الضمان، وقد استنتج جانب من الفقه الفرنسي[٤٦] أنه يجب إعادة ذكر شرط

---

(44) cf. Cass com. 8 novembre 1994, Crédit populaire d'Algérie c/Société générale, Bull. civ. IV, no 322, p. 263 ; j CP E 1995, I, 465, no 20, obs. Chr. Gavalda et J. Stoufflet; RTD com. 1995, p. 459, obs. M. Cabrillac; Banque & Droit 1995, no 41, p. 67, obs. J.- L. Guillot; RDBB 1995, no 49, p. 106, obs. M. Contamine-Raynaud.

(45) cf. Ph. Simler, obs. préc. Sous Cass.com. 8 novembre 1994., A. Prüm, op.cit, p. 273. cf. Y. Poullet, op.cit, p. 123, spéc. p. 134.

(46) cf. M. Vasseur, obs. sous Cass.com. 27 février 1990, préc. ; S. Piedlièvre, op.cit, p. 615, spéc. p. 622. cf. J. Klein-Cornède, op. cit., p. 93, C. Moumouni, op.cit, no 3, p. 78 1, spéc. p. 826.

التخفيض في الضمان المقابل حتى يتمكن الضامن المقابل من الاحتجاج به ويجب أن يحدد الضمان المقابل بوضوح أنه يقتصر على دفع المبالغ بعد تطبيق البنك الضامن لشرط التخفيض.

وبالتالي فإن نفس الشكلية المطبقة على الضمان المستقل تنطبق بالتالي على الضمان المقابل، وفي حين أن صفته الوحيدة كعميل آمر تمنح الحق التلقائي للضامن المقابل في الاحتجاج بالشروط المرفقة بالطلب الذي فتح طلب الضمان، وهذه الشروط متعلقة بمبلغ الضمان أو مدته أو شروط تفعيل الضمان، ولا يوجد سبب لوجود شرط التخفيض في خطاب الضمان المقابل، وإذا لم يكن من الضروري التذكير بشروط إصدار ضمان الدرجة الأولى فان هذه الشروط تشكك في الطبيعة الحقيقية للضمان المقابل، وبالتالي فان الضمان المقابل بحكم موضوعه يعتمد بشكل لا يقبل الجدل على ضمان الدرجة الأولى وبما أن القصد من التزام الضامن المقابل هو جعل الضامن سالما، فانة يجب أن يكون هناك طلب للضمان لدخوله حيز التنفيذ وتفعيله، وينطبق الشيء نفسه على شرعيته، فالبنك المحلي لا يمكنه الحصول على السداد الكامل لمبلغ الضمان إذا تم الاتفاق على تخفيضه، مع الأخذ في الاعتبار أنه في غياب الدقة لم يكن من الممكن تقديم الضمان المقابل إلا في ظل شروط الضمان نفسه، وقد قرر قضاة الموضوع أن البنك الضامن ملزم بأن يأخذ في الاعتبار شرط التخفيض حتى يمكن اتخاذ إجراء ضد البنك الضامن المقابل، وكان ينبغي على الضامن المقابل، مع ذلك معارضة استثناء التعسف الواضح إذا كان ضامن الدرجة الأولى على حد علمه قد دفع عن وعي الضمان بالكامل، في حين تم استيفاء شروط تطبيق شرط التخفيض

التلقائي، ولا يختلف هذا إلا عندما يعتمد إعمال شرط التخفيض على حسن نية المستفيد النهائي، ولكن هذا يرجع إلى تفعيل شروط التخفيض(٤٧).

ثانيا: وجود طلب مبرر لضمان الدرجة الأولى

بالإضافة إلى امتثاله لشروط الضمان، يفترض طلب المستفيد لكي يكون صحيح أن يكون مبرر من هذا الأخير لحقه في السداد، وبنفس الطريقة لا يكون ذلك مستحقاً عندما تكون المطالبة بالضمان غير منتظمة في الشكل أو بشكل تعسفي وغير مبررة، فإن الضمان المقابل الذي يضع على عاتق الضامن المقابل التزاما أساسياً بالسداد يصبح بالتالي غير ذي فائدة عندما يكون طلب الضمان غير مبرر بشكل أساسي، ومع ذلك فان حق المستفيد في طلب الضمان يختلف وفقا لطبيعة الضمان الذي يقدمه الضامن، لذلك يجب أن يكون هذا الأثر الجديد لاعتماد الضمان المقابل على لضمان دقيقاً، مع التمييز وفقاً لما إذا كان الضامن ملتزماً بموجب شروط الضمان (أ) أو بموجب ضمان مستقل (ب).

أ. الضامن ملتزم بموجب شروط الضمان

عندما يقر الضامن بالضمان فإن الطبيعة التبعية لالتزامه تمكنه من تعيين جميع الاستثناءات الملازمة للدين الأصلي ضد الدائن، ولكي يكون الطلب صحيحا وسارياً والضمان مستحق يجب أن يكون المستفيد قادراً على تبرير مطالبته ضد مدينة، لذلك لا يمكن المطالبة بالضمان المقابل إذا تم طلب الضمان عندما يكون الدين المغطى باطل أو غير مستحق، لأي سبب

(47) cf. Cass.com. 5 décembre 1989 (2 arrêts), D. 1990, somm. p. 207, obs. M. Vasseur ; RDBB 1990, no 19, p. 139, obs. M. Contamine-Raynaud., cf. pourvoi no 88-14 174.

من الأسباب، وتتعلق هذه الفرضية أساسا بالضمانات المقابلة الصادرة في النظام الداخلي، ولا سيما تلك التي توجد في العلاقة بين الضامنين المتضامنين المشاركين حيث يكون ضامن الضمان المقابل بحكم تعريفه ملتزم بموجب شروط الضمان، ويخضع هذا الضمان المقابل لنظام التنازل عن حق الرجوع في المساهمة المنصوص عليه في المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني الفرنسي.

ومع ذلك، فانه من المتفق عليه بالإجماع أنه يجب على الضامن الذي يرغب في التصرف ضد الضامنين المتضامنين المشاركين أن يكون قادراً على الاعتماد على مدفوعات صحيحة وإلا يفقد حقه في المساهمة في حالة سداد دين باطل أو غير مستحق[٤٨] ويتحمل كامل عبء الضمان بالتنازل عن حق الرجوع المنصوص عليه في المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني، وبالتالي يحق له الاعتراض على ذلك الذي يضمن له فقدان حقه في السداد، إذا كان قد تقدم لتسديد غير مبرر لا يعفي المدين، ويصدق هذا بشكل خاص عندما يكون الضمان قد دفع بينما يتم استيفاء شروط إسقاط حق المستفيد في الطلب طبقا لنص المادة ٢٠٣٧ من القانون المدني الفرنسي.

كما ينبغي اعتبار أن اللجوء إلى الضمان المقابل لبنك المصدر ممكناً من حيث المبدأ فقط إذا كان طلب الضمان الصادر عن البنك المحلي مبرراً بشكل صحيح بإثبات صفة دائن المستفيد تجاه المدين، وفي هذه الحالة يكون الارتباط بين تنفيذ الضمان المقابل والضمان مبرراً بشكل أكثر دقة، بحقيقة أن هذا الأخير صدر بناءً على الأمر وتحت مسؤولية الضامن المقابل في معاملة ضمان عادية ، وبالتالي فان المادة ٢٠٣١ من القانون المدني الفرنسي

(48) cf. M. Cabrillac et Chr. Mouly, op. cit., no 242, p. 238 ; D. Legeais, op. cit., no 282, p. 228. (Cass. com. 27 novembre 2001, JCP G 2002, 1,120, no 2, obs. Ph. Simler), (jCP G 1996, IV, no 1259).

تسمح للمدين بالاعتراض على الضمان بفقدان حقه في الرجوع إذا لم يتمكن من تأكيد دفاعه ضد الدائن، وبالمثل ينبغي الاعتراف بانه بصفته عميل آمر يجوز للضامن المقابل أن يرفض سداد الضامن، أو أن يدفع له المبالغ اللازمة لدفع الضمان إذا كان طلب المستفيد غير مبرر بوجود مطالبة ضد المدين في العقد الأساسي.

وقد جعلت السوابق القضائية الطابع المستقل للضمان المقابل قاعدة مبدأ، وينبغي التأكيد على أن خضوع الضمان المقابل إلى الطلب المبرر للضمان الصادر عن البنك المحلي ، وقد تم الاعتراف به من حيث المبدأ من قبل محكمة النقض الفرنسية أثناء الاستمرار في الاعتراف بإمكانية مقاضاة الضامن المقابل في السداد ، فقد حكمت بالفعل في عده مناسبات أن البنك المحلي الذي حصل على ضمان ، كان مسؤولاً إذا دفع الضمان بدون التحقق من أن المستفيد قد قدم بالفعل مطالبة ضد المدين، وبموجب حكم محكمة النقض الفرنسية والصادر في ١٥ يونية ١٩٩٩[٤٩]، والذي أيدت حكم قضاة الموضوع والذي قضى بمسؤولية البنك الضامن عن الضمانات المقابلة على أساس انه "على الرغم من أنه يتم الالتزام به فقط من خلال ضمان، حيث يخضع وضعه للتحقق من حقيقة المطالبة (من المستفيد)، فإن البنك (الضامن) يعتبر نفسه المدين فيما يتعلق بالأخير بناءً على ادعاءه الوحيد بشأن تقصير (الشركة المدينة) دون أي تحقق ..." وأن "محكمة الاستئناف كانت قادرة على الإبقاء على البنك المخطئ تجاه (المدين في السوق الرئيسية) لمطالبتها – بصفتها ضامناً – بأداء التزامه الفرعي بالدفع عن طريق الامتناع عن

(49) cf. Cass.Com. 15 juin 1999, Banque nationale d'Algérie c/Sté Pinault, Bull. civ. IV, no 126, p. 103 ; Banque & Droit 1999, no 68, p. 52, obs. A. Prüm ; D. aff. 1999, p. 1328, obs. 1. F.; RJDA 8-9/99, no 1001, p. 793; JCP E 2000, 1, 27, no 18, obs. Ph. Simler; RTD com. 1999, p. 940.

معارضة المستفيد من هذا الأخير بالاستثناءات فيما يتعلق بعدم وجود أي مطالبة من قبل الأطراف أو كانت غير دقيقة كليا أو جزئيا ، ومع ذلك، يجب أن يكون البنك الضامن المقابل، من حيث المبدأ، على علم بنطاق الالتزام الذي قطعه البنك المحلي، لأن الأخير هو الذي يحيل إليه التعليمات فيما يتعلق بشروط الضمان.

ومن ناحية أخرى، في الفرضية الأكثر شيوعاً التي يكون فيها الالتزام الذي أصدره البنك المحلي ضمانا عند الطلب الأول، فإن الطابع المستقل للضمان المقابل الذي تحتفظ به السوابق القضائية يستعيد قبضته.

ب. الضمان ضمان مستقل

عندما يكون الضامن من الدرجة الأولى ملزماً بشروط الضمان المستقل ، فإن مبدأ عدم قابلية تنفيذ الاستثناءات والذي يمكن تطبيقه بعد ذلك ، هو أن الطلب التعسفي أو المسيء أو الاحتيالي الواضح من قبل المستفيد هو الوحيد الذي يمكن أن يمنع الوفاء بالتزامه[٥٠] ونظرا لطبيعة الضمان الصادر لصالح الدائن فقد يطلب الضامن المقابل تفعيل أو تنفيذ الضمان حتى لو تبين لاحقاً أن الضمان لم يكن مستحقا، غير انه إذا كانت المطالبة بالضمان تعسفية أو احتيالية بشكل واضح فلا يوجد هناك من ناحية أخرى سبب للسماح للضامن بالحصول على تغطية من الضامن المقابل، وفي سياق الضمان العادي يُعتقد باستمرار أن الطلب غير المبرر الواضح للضمان يحظر على الضامن دفعه تحت طائلة فقدان حقه في الرجوع على المدين الذي أمره بإصداره، وهذا ما أكدته محكمة ليون التجارية في حكمها الصادر

(50) cf. M. Cabrillac et Chr. Mouly, op. cit., nos 408 et s., p. 404 ; D. Legeais, op. cit., no 313, p. 253.

في ٣ يوليو ١٩٩١[٥١] حيث أشارت إلى أن البنك الذي رفض اعتبار وجود إساءة استخدام واضحة من أجل الحفاظ على مصداقيته المكتسبة في الخارج وقام بدفع الضمان على الرغم من الطلب العاجل من عميله لمنعه من الدفع، في حين أنه كان ينبغي عليه رفض الدفع بناء على طلب عميله فلا يمكنه خصم المبلغ من الأصل وفي حالة ما اذا قام بخصم المبلغ فانة يكون مدينا بالسداد لعميله.

وبالمثل ووفقا لما ذهب إليه الفقه الفرنسي بالإجماع[٥٢] فانه يجب بالتالي اعتبار أن الضامن ليس له حق في رفع دعوى ضد الضامن المقابل إذا كان على علم بالطبيعة التعسفية أو الاحتيالية لطلب ضمانه، حيث أشاروا إلى أنه بموجب العقد الذي يلزمه بالضامن المقابل، يجب على الضامن رفض أي دفع إذا كان الطلب مسيئا أو غير مبرر، ومع ذلك ووفقا للاستقلال الذاتي الذي توليه المحاكم للضمان المقابل فأنها ترفض الاعتراف باعتماد هذا الأخير على الضمان من الدرجة الأولى وتقرر بان الطلب التعسفي أو الاحتيالي لهذا الأخير لا يكفي لعرقله طلب الضمان المقابل، ويجب أن يثبت الاحتيال في العلاقات بين البنوك الضامنة والضامن المقابل، وتسير دائما عن طريق القياس مع ضمان الدرجة الأولى، وبالتالي فقد اعتبرت السوابق القضائية أن الضمان المقابل لا يمكن أن يكون متعطل إلا إذا كان طلبه مسيئا وان الضمان مطلوبا وان الضامن شخصيا مسيء للاستعمال، ومن غير المحتمل أن تثبت الفرضية وجود تواطؤ احتيالي بين المستفيد النهائي

(51) cf. CA Lyon 3 Juillet 1993, D. 1993 somm. p. 99, obs. M. Vasseur, cf. J.-L. Rives- Lange et M. Contamine Raynaud, op. cit., no 803, p. 733.

(52) cf. F. Logoz, op. cit., no 3.4.2.4.3., p. 126. , obs. sous TC Paris 24 mars et 5 mai 1981, RTD com. 1981, p. 813, spéc. p. 815.

والضامن من الدرجة الأولى، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٤ يونيه ٢٠٠٢[٥٣].

وهذه الحلول التي أقرها الفقه الفرنسي[٥٤]، تتقاسمها معظم البلدان الأوروبية وهي بنفس الطريقة تتطلب إثبات الإساءة المزدوجة أو الاحتيال المزدوج للمستفيد والضامن، بحيث يمكن أن يتمسك بها البنك الضمان المقابل لعدم تنفيذ التزامه[٥٥]، وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن محكمة العدل في جنيف قد خرجت عن هذا التيار المهيمن بحكم صادر في ١٢ سبتمبر ١٩٨٥[٥٦] من خلال الاعتراف بأن الطلب التعسفي أو المسيء أو الاحتيالي الواضح للضمان يستتبع حظره سواء كان ضماناً مباشراً أو غير مباشر، مرة أخرى، ومع ذلك، فإن هذا المنطق ينطلق من نهج خاطئ لطبيعة الضمان المقابل حيث يتوافق الأخير فقط مع الالتزام بإبراء ذمة الضامن المحلي الذي يمنح الائتمان بالتوقيع إلى البنك الضامن المقابل، لذلك ليس من الممكن التعرف على سبب مستقل لبدء عملية الضمان لأنه إذا كان الضمان ناتجاً عن طلب مسيء أو احتيالي، فلا يمكن أن ينشأ الضمان المقابل.

علاوة على ذلك، فان الحجة التي تُطرح أحياناً بأن الاحتيال يجب أن ينبع من الشخص الذي يعارضه، وبالتالي في هذه الحالة من الضامن، ولذلك فانه يكون من الممكن الإجابة على أن قاعدة الغش يفسد كل شيء تعني أن

---

(53) cf. Cass. com. 4 juin 2002, RJDA 11 /02, no 11 96, p. 1003 ;

(54) cf. M. Vasseur, obs. sous Cass.com. 12 décembre 1984, préc. et sous Cass. com. II décembre 1985, préc. ; Ph. Delebecque, op.cit, p. 91, spéc. no 8, p. 97.

(55) cf. Y. Poullet, op.cit, p. 123, spéc. p. 155 ; M. Delierneux, op.cit, p. 17, spéc. p. 24.

(56) la Cour de justice de Genève s'est démarquée de ce courant dominant par un arrêt du 12 septembre 1985, (D. 1986, info rap. p. 165, obs. M. Vasseur).

الاحتيال الواضح للمستفيد يؤثر على جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد[٥٧]، وعلاوة على ذلك، فان من المناسب الإشارة إلى تناقض الحلول المعتمدة في السوابق القضائية فيما يتعلق باعتماد الضمان المقابل على ضمان الدرجة الأولى والذي يتبين أنه أكثر وضوحاً من كونه حقيقياً، وفي الواقع لوصف وجود تواطؤ احتيالي بين الضامن والمستفيد النهائي من المحتمل أن يعطل أداء الضمان المقابل، فان السوابق القضائية متفقة على إثبات أن الضامن كان على علم بطبيعة الطلب التعسفي أو المسيء أو الاحتيالي الواضح في الضمان الخاص به، عندما يتحول ضد الضامن المقابل، فعلى سبيل المثال، أشارت محكمه النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٩ أكتوبر ٢٠٠١[٥٨] إلى انه بسبب استقلالية الضمان فيما يتعلق بالضمان المقابل، فإن إثبات الطبيعة التعسفية لاستئناف الضمان المقابل يفترض لإثبات "وجود تواطؤ احتيالي، في الوقت الذي حدث فيه بين (المستفيد) و(البنك الضامن) أو احتيال محدد لهذا الأخير، ومع ذلك فان المحكمة العليا رفضت في هذه القضية، الطعن المقدم من المدين ضد القرار الذي أدان البنك الضامن المقابل لتنفيذ التزامه على أساس انه لم يثبت الاحتيال أو الإساءة الواضحة المنسوبة إلى الطرف المتعاقد معه أو معرفة أن البنك الضامن قد يكون لديه مثل هذا الاحتيال أو الإساءة.

---

(57) cf. J.-L. Rives-lange, obs. sous Cass. com. 10 juin 1986, Banque 1986, p. 711, spéc. p. 713 ; A. Prüm, obs. sous Cass. com. 10 juin 1986, DPCI 1987, p. 121, spéc. p. 125.

(58) cf. Cass. com. 9 octobre 2001, Sté Technip c/ Sté Mibank Misr international bank, Bull civ. IV, no 158, p. 1149 ; Banque & Droit 2002, no 81, p. 40, obs. F. Jacob ; RJDA 2102, no 203, p. 164 ; Petites affiches 14 novembre 2001, p. II, note E. C. ; RTD com. 2002, p. 144, obs. M. Cabrillac ; D. 2001, p. 3193. Rapp.

ومع ذلك، وخلافا للمنطق الذي تتبعه المحاكم، فان شرط معرفة الضامن بالطابع التعسفي أو المسيء أو الاحتيالي الواضح للطلب لا يبرره استقلالية الضمان المقابل، ولكنها لا تعدو كونها نابعه من أن شرعيه الطلب الذي يقوم به الضامن تتوقف على الطريقة التي يتحمل بها التزامه بالتحقق من الشروط التي يتم بموجبها طلب الضمان، وكما هو الحال في العلاقات التي توحد بين العميل الآمر والضامن في الضمان المباشر فان الضامن لا يفقد حق الرجوع ضد الضامن المقابل إلا إذا ارتكب خطأ في تنفيذ التزامه، ومن هنا جاءت الضرورة على وجه الخصوص لمعرفة ما إذا كان الضامن يعرف أو كان ينبغي أن يعرف الطابع الاحتيالي أو التعسفي لطلب ضمانه، ومع ذلك، لا يشير أي حكم فعلياً إلى شرط التواطؤ النشط للضامن الذي قد يكون متسما بتقديم المساعدة للمستفيد لتنفيذ الاحتيال، والأحكام التي تستنتج التواطؤ من معرفة أن البنك الضامن كان لديه الطابع التعسفي أو الاحتيالي للطلب كثيرة، فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية بموجب حكمها الصادر في ١٨ أكتوبر ١٩٩٤[٥٩] بالطابع التعسفي لطلب الضمان المقابل، اعتبرت وجود "تواطؤ احتيالي" يبطل مبدأ الاستقلالية من حيث الضمان والضمان المقابل عند الطلب الأول، بعد أن لوحظ أن البنك الضامن كان على علم بتطور العلاقة بين المستفيد والمدين وأنه ليس لديه شك بشأن الطبيعة الاحتيالية لطلب الضمان، بالإضافة إلى ذلك ، فإن بعض الأحكام السابقة لعام ١٩٩٥[٦٠] في فرنسا لا تشير إلى فكرة التواطؤ وتستند فقط إلى معرفة الضامن بالطبيعة التعسفية للطلب المقدم من المستفيد، وتحت غطاء إثبات

(59) cf. Cass.com. 18 octobre 1994, préc., rendu sur pourvoi Contre CA Paris 17 juin 1992, préc.

(60) cf. Cass.com. 4 juillet 1995, préc. ; CA Paris 23 novembre 1990, Sté AST Constructions c/ Banque San Paolo, D. /991, somm. p. 199, obs. M. Vasseur.

الطلب التعسفي للضمان المقابل فإن السوابق القضائية تتطلب فقط إثبات أن الضامن ليس لديه حق الرجوع ضد الضامن المقابل بموجب التزامه.

وقد تم تبني الفكرة نفسها بشكل غير مباشر من قبل جانب من الفقه الفرنسي(٦١) الذي أقر بضرورة إثبات التواطؤ الاحتيالي بين الضامن والمستفيد لعرقلة التزام الضامن المقابل بالدفع ، لكنه اعتبر أنه لا يقوم على استقلالية الضامن المقابل مؤكدا أنه من الممكن الاستغناء عن هذا الاستقلال ويكفي أن نلاحظ أن الضامن المقابل لا يلتزم إلا بالضامن وأن الاحتيال فقط من خلال الإساءة الواضحة لهذا الأخير من المرجح أن يعيق الآلية.

وهكذا فإن الخلط في الحلول الفقهية ينبع دائماً من هذه الرغبة في التفكير في الضمان المقابل كما لو كان في وجود ضمان مستقل ، صحيح أن سلوك البنك الضامن الذي يتحول ضد الضامن المقابل عندما يعلم أن الضمان غير مستحق يعد تعسفياً إلى حد ما، ولكن الضامن لا يقدم طلب تعسفي مفهوماً بالمعنى القانوني للمصطلح كما هو الحال في مسائل الضمان المستقل، وقد شدد الفقه الفرنسي على أن البنك الضامن يتعرض بدوره للتوبيخ بالتصرف التعسفي والتواطؤ عندما يغض الطرف عن الاستيلاء التعسفي من المستفيد وبالتالي يطالب بسداد الضامن على الرغم من الالتزام الواقع عليه لحماية مصالح عميله، وبالتالي وفي الضمان المباشر فإنه يجب على المدين من أجل الاعتراض على رد المبالغ التي يسددها الضامن أو الحصول من الأخير على رد للمبالغ المقيدة تلقائيا في حسابه ، أن يثبت أن الأخير كان يجب عليه أن يعرف بالطبيعة المسيئة أو الاحتيالية للطلب، ولكن في المعاملات التجارية الدولية، نادراً ما تتاح للسوابق القضائية

(61) cf.A. Prüm, op. cit., no 481, p.273. Mattout ,op. cit., no 224, p. 174 ; L. Simont, « Les garanties indépendantes » Rev. de la Banque 1983, p. 579, spéc. p. 597 et s.

الفرنسية الفرصة للحكم على فرضية الضمان المباشر، ولكن بسبب الطابع العام لصياغة هذا الأمر، صدر حكم عن محكمة بروكسل التجارية بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٩٠[٦٢]، والذي يشير إلى أن الضامن الذي سينفذ الضمان في حين أنه يعلم أو يجب أن يعلم أن الطلب مسيء أو احتيالي، أو يرتكب خطأ فيما يتعلق بالعميل الآمر، أو إذا كان الأخير يبلغ عن إثبات أن البنك الضامن كان على علم فعلي بهذه التعسف أو الاحتيال، وبالتالي فانه قد جعل نفسه طواعية شريكاً في هذا الاحتيال أو الانتهاك من خلال أداء الضمان على الرغم من كل شيء، أو إذا لم يستطع تجاهل هذه الطبيعة التعسفية أو الاحتيالية لأنها كانت واضحة للبنك في هذه الفرضية الثانية، لذلك يجب التأكيد على أن البنك الضامن الذي عادة ما يكون حكيماً ومثابراً ليس مطالباً بإجراء أي تحقيق من أي نوع لاكتشاف الطبيعة الاحتيالية أو التعسفية المحتملة للطلب، ولا يتم التعامل مع مسؤوليته إلا إذا كانت الإساءة أو الاحتيال واضحة.

غير أنه لم يكن من الضروري، لهذا السبب، إن على المدين أن يُظهر أن حق الرجوع ضده من قبل الضامن كان تعسفياً، وينطبق الشيء نفسه عندما يكون الضامن المقابل في وجود ضمان غير مباشر بعد أن جعل الضامن سالما هو الذي يقاضيه من اجل السداد[٦٣].

وفي النهاية فإن السوابق القضائية لا تسمح في الحالة الأخيرة بتقديم الضمان المقابل لطلب يبرر ضمان الدرجة الأولى، ولذلك، فان القرارات التي ترفض من ناحية أخرى أن تعطل الضمان المقابل عندما لا يتطابق

(62) cf. TC Bruxelles 30 janvier 1990, Sté Fertibel c/ Générale de Banque, D. 1990, somm. p. 209, obs. M. Vasseur.

(63) cf. M. Contamine-Raynaud, obs. sous Cass.com. 19 mai 1992, BFCE et Crédit populaire d 'Algérie c/ Sté Desse, affaire Willaya d'Oran, RDBB 1992, no 33, p. 214.

المطالبة بضمان الدرجة الأولى مع الشروط والأحكام المتفق عليها والتي لا يمكن الاعتراض عليها، تبدو أكثر تساؤلا، ولا داعي في الحقيقة للتمييز على أساس الأسباب غير المبررة للمطالبة بالضمان إذا كان الضامن على علم أو كان ينبغي عليه أن يعلم بالطابع التعسفي أو المسيء أو الاحتيالي الواضح للمطالبة بالتزامه، وهذا هو الحال بالضرورة لأن هذا الطلب يتم تقييمه في ضوء شروط الضمان ويجب أيضاً رفض أي حق للرجوع ضد الضامن المقابل.

وأياً كان المجال الذي تم إصداره فيه فإن الضمان المقابل الذي يفرض على الضامن المقابل التزاماً رئيسياً بسداد أو دفع الضمان يكون تابعا لضمان الدرجة الأولى ومعتمدا عليه، ونظراً لأن هذه الاتفاقية يتعهد بموجبها الضامن المقابل بإبقاء الضامن سالما فان وضعه موضع التنفيذ يكون خاضعا لطلب صحيح من جانبه.

وكما يشير الفقيه Prüm[٦٤]، فإن الاستقلالية المرتبطة بالضمان المقابل الممارس في التجارة الدولية ناتجة عن فهم خاطئ لموضوعها ولا يمكن فهمها بنفس معنى ضمان الدرجة الأولى، ومع ذلك فان وجود شروط تغطية الطلب الأول المدرجة في خطاب الضمان المقابل الدولي يدعو إلى التساؤل عن نطاق العلاقة ومدى الارتباط بين الضمان المقابل والضمان من الدرجة الأولى وإمكانية تنازل الأطراف عنه.

(64) cf. A. Prüm, op. cit., nos 300 et 301, p.152.

المطلب الثاني

نطاق مبدأ التبعية

إن وجود شروط في خطابات الضمان المقابل الدولية تلتزم بموجبها البنوك الضامنة المقابلة بسداد أو دفع الضامن بناء على طلبه الأول دون أن يتمكن من إثارة أي اعتراض مما أدى إلى حد كبير في وجود الخلط بين الضمان المقابل والضمان المستقل، على الرغم من أنه لا يمكن أن يكون لها نفس النطاق في الاتفاقيتين، ولا يُقصد بالضمان المقابل في العمليات الدولية تغطية دين أساسي مثل ضمان الدرجة الأولى، وقد كشف موضوع التزام الضامن المقابل عن وجود علاقة من التبعية الوثيقة بين الضمان المقابل والضمان، فلا جدال في أن هذه الشروط لا تترجم في جوهرها استقلالية الضمان المقابل مقابل الضمان، وعلى الرغم من كل شيء، يمكن لهذه الشروط أن تعبر عن إرادة الطرفين لتعزيز صرامة التزام الضامن المقابل لتجنب أي نقاش حول شروط تنفيذ الضمان، علاوة على ذلك، حتى في سياق الضمان العادي، تجدر الإشارة إلى أن اشتراط التغطية عند الطلب الأول لم يُعتبر أبداً كافياً لاستبعاد الضمان كضمان مستقل لذلك فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا كان الضامن المقابل على الأقل من الناحية النظرية يمكنه التنازل عن أي اعتراض في الوقت الذي تتم فيه مقاضاته من اجل الدفع مع الاحتفاظ بالحق في الاشتراك لاحقاً في ملاحقته قضائيا اعتمادا على وجود عيب أدى إلى عدم صلاحية مطالبة الضمان.

وهذه الآلية معروفة في الفقه الألماني[٦٥] والذي يحلل بالتالي شروط الدفع عند الطلب الأول المدرجة في عقود الضمان، وفي الواقع فان السوابق القضائية الألمانية تقرر أن هذه الشروط لا تستلزم إعادة تصنيف الضمان كضمان مستقل، كما أنها لا تشكك في الطابع التبعي للضمان، ولكن لها تأثير على تنحية هذا الطابع مؤقتاً بمنع الضامن من استخدام وسائل دفاعه وقت الدفع، وبالتالي، فإن ضمان الطلب الأول له خصوصية السماح للدائن بالحصول على السداد الفوري، عن طريق تأجيل مسألة مشروعية طلب الضمان إلى تاريخ لاحق، لذلك على الرغم من أن الوضع يختلف تماماً حيث أن الضمان المقابل لا يهدف إلى تغطية دين أساسي مثل الضمان، ويمكن اعتماد سبب مماثل فيما يتعلق بالتزام الضمان المقابل، وسوف يتم تحليل شروط الطلب الأول للضمان المقابل على أنها وسائل تهدف إلى تعديل علاقة التبعية التي يحتفظ بها الضمان المقابل بضمان الدرجة الأولى وذلك بمنع الضامن المقابل مؤقتاً من تقديم الدفوع التي يتمسك بها، من حيث المبدأ، بصفته الرئيسية كعميل آمر لرفض سداد الضامن أو دفع المبالغ اللازمة لدفع الضمان.

ويتم الاحتفاظ بهذا التفسير في بعض الأحيان على وجه التحديد فيما يتعلق بالضامن المقابل يؤكد الفقيه Mattout[٦٦]، على وجه الخصوص، أنه لا يوجد سبب للتفعيل المستقل للضمان المقابل فيما يتعلق بالضمان، ولكن طبيعة الطلب الأول للضمان المقابل تعني مع ذلك دفع الضامن دون مناقشة ،وقد تم النظر في هذا التفسير قبل كل شيء من قبل جانب من الفقه الفرنسي

(65) cf. A. Rohmert, « Le cautionnement a première demande en droit allemand, une sûreté hybride», RDBB 1994, no 43, p. 122 ; F. Jacob, op. cit., nos 135 et s., p. 109.

(66) cf. Mattout, op. cit., no 224, p. 175.

لشرح الالتزام المتطابق الذي يتخذه مصدر الضمان المباشر لصالح بنكه من خلال إلزام نفسه في الخطاب من أجل السداد بناءً على طلبه البسيط دون التمكن من إبداء أو تقديم أي اعتراض[٦٧]، ويجب على العميل الآمر أن يدفع بناء على طلب الضامن بشرط احتفاظه بالدليل على أن الضمان لم يتم تنفيذه بالفعل أو تم تنفيذه بشكل غير منتظم، مثل هذا الدليل سيكون له تأثير على إلزام الضامن بإعادة ما حصل عليه، وعند تطبيق هذا التفسير على الضمانات المقابلة التي يتم الحصول عليها عند الطلب الأول فان هذا التفسير سيؤدي بالتالي إلى اتخاذ قرار بأن البنك الضامن المقابل ملزم بالدفع تلقائياً للبنك المحلي، ولكن يمكنه الطعن بعد السداد في صحة طلب الضمان الذي أمر بإصداره واسترداد المبالغ المدفوعة إذا لم يكن الدفع مستحقاً.

ومع ذلك، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي[٦٨] على خلاف ما ذهب إليه الراي السابق في تفسيره، واكدوا على انه ينبغي اعتبار أنه من حق الضامن وليس الضامن المقابل أو المدين تقديم دليل على شرعية طلب الضمان لأنه بعد السداد فان علاقة التبعية التي يحتفظ بها الضمان المقابل بضمان من الدرجة الأولى تستعيد سيطرتها مرة أخرى، وإذا كان شرط التغطية عند الطلب الأول يجب أن يؤدي إلى قيام البنك المحلي بسداد أو دفع مبلغ الضمان دون الحاجة إلى تبرير طلب منتظم إلى الأخير، فيجب في الواقع أن تتم مقاضاة الضامن المقابل بموجب مسؤوليته الخاصة، وهذا هو الحل الذي اعتمده القانون الألماني في مسائل ضمان الطلب الأول حيث

(67) cf. F. Logoz, op. cit., no 3.2.5., p. 93 ; A. Prüm, op.cit, nos 51 et s., p. 15 ; E-J. Crédot, « L'actualité des garanties autonomes » , Petites affiches 17 juin 1998, p. 68, spéc. p. 74.

(68) cf. A. Rohmert,op.cit., art. préc, spéc. p. 123 ; D. Legeais,op.cit., p. 87, spéc. p.93.

قررت السوابق القضائية أن الدائن يتحمل عبء الإثبات في إجراءات السداد التي بدأها الضامن.

ومع ذلك، فان الفقه والسوابق القضائية الفرنسية[٦٩]، في مجملهما رافضين قبول هذه الشروط، ومع ملاحظة أن تنازل المدين عن أي إجراء قانوني مسبق ضد الضامن سيكون مخالفاً للنظام العام، وقد رفضت المحاكم مثل معظم الفقهاء الفرنسيين والأجانب ،الاحتفاظ بهذا التفسير لشرح شروط السداد في الطلب الأول المدرج في خطابات الأمر بتوحيد المدين بالضامن، ويمكن للعميل الآمر أن يتخلى عن معارضة عدم الامتثال لشروط الضمان للضامن، ولكن فقط من خلال نوع من التحقق اللاحق بعد أن يكون الأخير قد نفذ التزامه، وبالإضافة إلى ذلك يرفض غالبية الفقه الفرنسي[٧٠] أيضا أي نطاق لشروط دفع الطلب الأول المدرج في عقود الضمان، من خلال التأكيد على التناقض في جعل التزام تابعاً لآخر والتنازل في نفس الوقت عن نتائج علاقة التبعية، فالضمان بطبيعته تابع ويجب اعتبار شرط التنازل عن الاستثناءات فيما يتعلق بالالتزام الرئيسي غير مكتوبة، وهذه الشروط ستكون بمثابة اتفاق بين الطرفين على شيء واحد وعلى نقيضه، ومع ذلك فإن أياً من هاتين الحجتين لا يبدو حاسماً للأسباب الأتية:

أولا: إذا كان النظام القانوني الفرنسي لا يقبل، من حيث المبدأ، التنازل المبكر، فهذا في الواقع لنتيجة لشروط الخصم التلقائي المدرجة في

(69) cf. CA Paris 14 décembre 1987, D. 1988, somm. p.248, obs. M. Vasseur., cf. M. Cabrillac et Chr. Mouly, op. cit., no 445, p. 357 ; A. Prüm, op. cit., no 54, p. 16.

(70) cf. Laurent Aynès et Pierre Crocq, op. cit., no 123, p. 40, cf. M. Cabriola et Chr. Moulay, op.cit., no 215, p. 213; D. Grimaud, « Le caractère accessoire du cautionnement », Préface D. Legeais, PU d'Aix-Marseille, 2001, nos 308 et s., p.333.

خطابات الأمر، والتي تحمي البنوك من أي نزاع مسبق من عملائهم والذي لا يوجد نزاع على صحته.

ثانيا: إذا كان صحيحاً أن شروط الدفع عند الطلب الأول تؤدي بالمدين أو الضامن إلى التنازل عن جزء من امتيازاته فهذا تنازل مؤقت، والأكثر من ذلك أنه مقيد بمجموعة القواعد.

إن السوابق القضائية الألمانية[٧١] على وجه الخصوص قد نظمت إمكانية مقاضاة الدائن للضامن الذي ينص على التزامه عند الطلب الأول من خلال قبول استثناءات الاحتيال أو الإساءة الواضحة المحتفظ بها من حيث الضمانات المستقلة، ما دامت لا تشكك في طبيعة الالتزام الذي قدمه المدين أو الضامن ولكنها تشكل ببساطة شكلاً محدداً من التزامهم الذي يهدف إلى تأجيل نتيجة أي نزاع حول وجود ومدى هذا الأخير بعد السداد بحيث يظهر أن شروط الدفع عند الطلب الأول صالحة تماماً[٧٢].

وهكذا، في مجال الضمانات المقابلة الدولية، قبلت عدة أحكام حديثة صلاحية هذا النوع من الشروط ضمنياً، من خلال التنازل عن التحليل التقليدي للضمان المقابل في ضمان مستقل سيكون في جوهره مستقلاً عن ضمان الدرجة الأولى، ومن خلال التفسير الدقيق لشروط الدفع عند الطلب الأول المدرجة في خطابات الضمان المقابل كتنازل مؤقت للضامن المقابل للاستفادة من ملاحقة الضامن، تصدر هذه القرارات في الحالات التي يكون فيها الضمان صادر عن البنك المحلي وفي الفرضية الأكثر شيوعاً وهي الحالة التي يصدر فيها البنك المحلي ضماناً مستقلاً فإن هذا التحليل لاستقلالية الضمان المقابل سيكون عندئذٍ ميزة تبرير بعض الحلول المعتمدة من قبل السوابق القضائية في هذا الشأن مع احترام علاقة التبعية التي يحتفظ

(71) A. Rohmert, op.cit., art. préc., spéc. p. 123.

(72) cf. D. Grimaud, op. cit.,no 308, p. 336.

بها الضمان المقابل مقابل الضمان، ورهنا بالاعتراف بدعوى الاسترداد لصالح الضامن المقابل إذا كان الدفع غير مستحق ، فمن الممكن على وجه الخصوص توضيح أن المحاكم تعترف بإمكانية قيام البنك المحلي بمقاضاة الضامن المقابل دون الحاجة إلى إثبات الطلب أو سداد التزامه الخاص، بيد أنه يمكن مناقشة جدوى إدراج هذا النوع من الشروط في خطابات الضمان المقابلة الدولية، وكذلك في خطابات الضمان العادية، وفي الواقع عند الدخول في شروط ضمان مستقل، يلتزم الضامن بدفع شبه تلقائي على أساس مبدأ استحالة الاستثناءات، وبالتالي فإن المدين أو الضامن المقابل غير قادرين بالفعل على مناقشة شروط طلب الضمان لمجرد طبيعة الالتزام الذي قدمه الضامن من الدرجة الأولى ، ولكن يتم منحهم الحق في معارضة الدفع فقط في حالات استثنائية حيث تبدو المطالبة بالضمان غير منتظمة فيما يتعلق بالشروط المتفق عليها، أو قد تكون مسيئة أو احتيالية بشكل واضح، ومع ذلك لوحظ أن هذا الاستثناء يُعترف به أيضاً إذا تعهدوا بدفع الضمان أو السداد للضامن بناءً على أول طلب من الأخير.

وفي نهاية المطاف، في مثل هذه الحالة، يترتب على إدراج شرط الدفع في الطلب الأول، بالتالي، أن ينقل إلى مستوى التزام المدين أو الضامن المقابل صرامة التزام الضامن من الدرجة الأولى، في حين أن الشروط التي يصدر بموجبها الضمان من الدرجة الأولى تؤثر تلقائيا على التزامات الأول الذي يكون ملزما، بوصفه عميلا آمراً باحترام الشروط التي التزم بها الضامن بناء على طلبهم الخاص.

وعلاوة على ذلك، تجدر الإشارة أيضاً إلى أن شروط الدفع عند الطلب الأولى المدرجة في خطابات الضمان المقابل الدولية لا تعكس حقاً إرادة الأطراف لجعل التزام الضامن المقابل أكثر صرامة، مرة أخرى، يجب أن تكون متوازية مع شروط التغطية التلقائية الموجودة في خطابات الأمر

التي توحد المدين للضامن في ضمان عادي، ومع ذلك فإن هذه الشروط التي يلتزم بموجبها العميل الآمر بنفس الطريقة لتعويض الضامن دون أن يكون قادراً على تقديم أي اعتراض، قد تم تفُسيرها على أنها تذكير صريح وبسيط لمنع المدين من التدخل في تنفيذ الضمان المستقل الصادر بناءً على طلبه(٧٣).

وبنفس الطريقة من خلال إدراجها في الضمانات المقابلة، فمن المحتمل بالتالي ألا يسعى الطرفان إلى جعل التزام الضامن المقابل أكثر تجريدًا ولكن فقط لضمان احترام استقلالية ذلك الذي يقره البنك المحلي لصالح المستفيد الأجنبي، من خلال تذكير الضامن المقابل بالحظر الذي يخضع له بصفته العميل الآمر للتدخل في شروط تنفيذ الضمان. وهكذا، أيا كان المجال الذي صدر فيه ومهما كانت الشروط التي صيغت فيه، فإن الضمان المقابل الذي يفرض على الضامن المقابل الالتزام الرئيسي بتسديد الضامن أو دفعه المبالغ اللازمة لدفع الضمان، حتما يحتفظ بالارتباط مع الأخير لأن الغرض منه ليس ضمان الأداء السليم للالتزام الأساسي ولكن لضمان تعويض الضامن في المقام الأول، ويتم تقييم مبلغه ومدته مقابل أن يتم تضمينه الشروط التي تقترضها بشكل غير مباشر.

بالإضافة إلى ذلك وللأسباب نفسها يظل تنفيذها، من حيث المبدأ، خاضعاً للطلب الصالح للضمان الذي يناسبه، وبالتالي فإن الحلول المعتمدة في السوابق القضائية في مجال العمليات الدولية تبدو مخالفة إلى حد كبير لطبيعة الضمان المقابل من حيث أنها تستند إلى استيعاب الضمان المقابل في ضمان مستقل كالتزام متأصل في الائتمان بالتوقيع الممنوح من قبل البنك المحلي الذي يصدر ضمان الدرجة الأولى، ولا يمكن الاعتراف بالضمان المقابل لمصرف المصدر باعتباره مستقلاً في جوهره، وتجدر الإشارة إلى انه يمكن

(73) cf. A. Prüm, op. cit., nos 52 et s., p. 15 ; C. Moumouni, op.cit, no 3, p. 781, spéc. p. 824.

للأطراف الاتفاق على تعديل علاقة التبعية التي توحد الالتزامين من خلال إدراج شرط الدفع عند الطلب الأول في خطاب الضمان المقابل والذي بموجبه يتنازل الضامن عن حقه في معارضة الاستثناءات الناتجة عن عقد الضمان المقابل مسبقاً.

ولكن لا يزال من الضروري ألا يكون هذا الشرط مجرد تذكير بسيط بالتزام الضامن المقابل بعدم التدخل في شروط تنفيذ الضمان فيما يتعلق بالعقد الأساسي، لأنه غالباً ما تحدد هذه الشروط، بهذا المعنى، أن الضامن المقابل يتعهد بالسداد للضامن دون أن يكون قادراً على إبداء أي اعتراض من أي نوع ينشأ عن العقد الأساسي، وقد كان هناك التباس بشأن العلاقات التي تربط الضمان المقابل بالعقد الأساسي وهو ما سوف نتعرض له بالتوضيح في الفصل القادم والمتضمن العلاقات بين أطراف الضمان.

خاتمة

تناول هذا البحث موضوع العلاقة بين الضمان المقابل وضمان الدرجة الأولى من حيث تبعية الضمان المقابل للضمان من الدرجة الأولى واعتماد الأول على الأخير في شروطه، وقمنا بالحديث عن مبلغ الضمان المقابل وأوضحنا أن الالتزام الذي قدمه الضامن المقابل لم يُحدد بطريقة مجردة ولكن بالرجوع إلى ضمان الدرجة الأولى من خلال إلزام الضامن المقابل نفسه بسداد المبالغ التي تعهد بها بموجب الضمان، فالضامن المقابل كما هو الحال في العمليات الدولية يلزم نفسه بدفع نفس المبلغ من الضمان حتى لا يضطر الضامن إلى دفع الأموال، ويترتب على ذلك على وجه الخصوص أن تحديد الضمان كافٍ لتحديد نطاق التزام الضامن المقابل.

فالضمان المقابل ليس ضمان ائتماني يهدف إلى تغطية دين موجود مسبقاً، ولكنه يشكل ببساطة التزام السداد الذي يلتزم به بنك المصدر مقابل الاعتماد بالتوقيع الممنوح له من قبل الضامن المحلي بالموافقة على إصدار ضمان من الدرجة الأولى، وبالتالي فإن الاختلاف في صياغة الضمان المقابل مقارنة بضمان الدرجة الأولى يفسر ببساطة من خلال الاختلاف في موضوع التزامات الضامن والضمان المقابل، فالضمان المقابل يهدف إلى جعل ضامن الدرجة الأولى سالما وخاليا من عبء الضمان الصادر بناءً على طلب مراسله، وبالإضافة إلى ذلك يكفي تخيل الآثار التي يمكن أن تحدثها هذه الاستقلالية في سلاسل الضمانات المقابلة إذا تم احتجاز كل بنك في ظروف مختلفة مقابل تلك الموجودة في العملية.

كما انه لا يمكن أن يكون التزام السداد الشخصي الذي قدمه الضامن المقابل أقل شمولاً من الضامن من الدرجة الأولى، ومن ثم يتم تشكيل أسلوب إدارة مخاطر يتقاسم من خلاله الضامن والضامن المقابل عبء الضمان

الصادر عن الأول، وتجدر الإشارة إلى أن الضمان المقابل لا يتفق دائماً مع المبلغ المحدد للضمان بقدر ما يتعهد الضامن المقابل أيضاً بسداد التكاليف التي تكبدها الضامن بموجب الضمان.

وتم الإشارة إلى أن الضمان المقابل الذي يلتزم به الضامن المقابل بصفته أصيلًا ليس له نفس مدة الضمان من الدرجة الأولى، لأنه بعد طلب الضمان فإن الضمان المقابل يشرك بالضرورة الضامن المقابل لفترة أطول من ضامن الدرجة الأولى، ولكن هذا لا يعني أن مدة التزام الضامن المقابل منفصلة تمامًا عن مدة التزام الضامن ويتم تحديدها مرة أخرى بطريقة مجردة.

وأوضحنا مده الضمان المقابل في مجال حوالة الدين، ووجود علاقة تبعية بين الضمانتين، من حيث أن تاريخ انتهاء الصلاحية المرفق بضمان الدرجة الأولى يحدد كلاً من نطاق الالتزام الذي يلتزم به البنك المحلي والبنك الضامن المقابل المسؤول عن تحمل عبء الضمان، وكذا الأحكام الخاصة بالتمديد للضمان، وبحكم موضوعه وهدفه فإن الضمان المقابل الذي يلتزم به الضامن المقابل في المقام الأول يحافظ على علاقة وثيقة من الاعتماد على ضمان الدرجة الأولى، والذي ينبع من فكرة تحديد المدى الزمني، كما هو الحال في مقداره من خلال معيار الالتزام الذي تعهد به الضامن والذي يتجلى في شروطه، فأن اعتماد الضمان المقابل على الضمان من الدرجة الأولى يمتد علاوة على ذلك إلى تنفيذه.

تضمن البحث أيضا الإشارة إلى اعتماد الضمان المقابل على تنفيذ الضمان من الدرجة الأولى موضحا مبدا التبعية ونطاقها، حيث أنه لا يمكن طلب الضمان المقابل إلا بعد طلب الضمان وربما أيضا دفعه، بشرط أن تكون المطالبة بالضمان صالحة، فعدم صلاحية طلب الضمان من الدرجة الأولى تؤدي بالتالي إلى عدم دفع الضمان المقابل، وتم بيان مدى التزام

الضامن المقابل بصفته أصيلا بالسداد، وكذلك الحالات التي يوافق فيها البنك على السداد للمستفيد، وإثبات طلب الضمان.

كذلك تم الإشارة إلى نطاق مبدأ التبعية وتوضيح أن الشروط التي يصدر بموجبها الضمان من الدرجة الأولى تؤثر تلقائيا على التزامات الضامن المقابل الذي يكون ملزما، بوصفه عميلا آمراً باحترام الشروط التي التزم بها الضامن من الدرجة الأولى.

المراجع

أولا: المراجع باللغة الفرنسية

1 A. Boudinot, « Exportation : les crédits documentaires «provisionnes», Banque 1982.

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 »

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

5 A. Rohmert, « Le cautionnement a première demande en droit allemand, une sûreté hybride », RDBB 1994.

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

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

8 D. Grimaud, « Le caractère accessoire du cautionnement » , Préface D. Legeais, PU d'Aix-Marseille, 2001.

9 Dominique Legeais ; Banque & Droit 2000.

10 Dominique Legeais, « La régie de l'accessoire Jans les sûretés personnelles » Droit & Patrimoine avril 2001.

11 Dominique Legeais, « Le cautionnement a première demande "Banque Éditeur.

12 Éric A. Caprioli, «E.D.I. et droit du commerce international : état de l'environnement légal, Cahiers Lamy du droit de l'informatique » , décembre 1992 (I).

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

14 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, Les obligations », Précis Dalloz, 8e éd., 2002.

15 G. Affaki, « Le syndrome de l'autre bénéficiaire dans l'appel à la garantie indépendante » Banque & Droit 1995.

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

17 J. - P. Lendais, « Les règles de la Chambre de commerce internationale (CCI) sur les garanties à première demande », Gaz. Pal. 1994, II.

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

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

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

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

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

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

24 J. Mestre, « Les cofidéjusseurs (II) », Droit et Patrimoine.

25 Jean Stoufflet « Le contentieux de la garantie internationale », RJ com. 1982.

26 J. Stoufflet. J-C I. « Banque et crédit », Fasc. 610, « V° Garantie a première demande ».

27 J. Stoufflet « La garantie bancaire a première demande », JDI 1987.

28 J. Stoufflet, « La garantie bancaire a première demande », Journ de droit international, 1987.

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

30 J. Stoufflet, « La leur de garantie internationale in L'évolution du droit de sûretés », 1982 .

31 J. Stoufflet, « Le crédit documentaire », Librairie Technique 1957.

32 J. Stoufflet, « Les systèmes de garantie des épargnants », RDBB 1999.

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

34 Jean-Pierre. Mattout « Droit bancaire international », Banque Éditeur, 2e éd., 1996.

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

36 J-L. Guillot.

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

38 L. Simont, « Les garanties indépendantes » Rev, de la Banque 1983.

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

40 M. Azencot, « Les difficiles d'exécution des garanties bancaires a première demande » CJFE 1989.

41 M. Cabrillac et B.Teyssié.

42 M. Cabrillac et Chr. Mouly, « Les causes d'extinction du cautionnement », Préface M. Cabrillac, Litec, Bibliothèque de droit de I 'entreprise, 1979.

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

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

45 Ph. Delebecque, « Garanties et contre-garanties » Mélanges en l'honneur de Chr. Gavalda, Dalloz, 2001.

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

47 Philippe Simler, « la nature juridique du sous-cautionnement ».

48 S. Piedlièvre, « Remarques sur les règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande », RTD com. 1993.

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

50 Y. Poullet, « Les garanties autonomes, les exceptions au devoir de paiement », in L'actualité des garanties a première demande, Cahiers AEDBF, Bruylant, Bruxelles, 1998.

ثالثا: الملصقات والدوريات

1. E-J. Crédot, « L'actualité des garanties autonomes », Petites affiches 17 juin 1998
2. G. Pourret, « La mainlevée des garanties financières internationales., Petites affiches 3 avril 1981.

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
العلاقة بين الضمان المقابل وضمان الدرجة الأولي	٣٧٥
إشكالية الدراسة وأهمية الموضوع	٣٧٧
منهج الدراسة	٣٧٩
خطة الدراسة	٣٨٠
المبحث الأول: اعتماد الضمان المقابل على شروط الضمان من الدرجة الأولي	٣٨١
المبحث الثاني: اعتماد الضمان المقابل على تنفيذ ضمان الدرجة الأولي	٣٩٦
خاتمة	٤٣٥
المراجع	٤٣٩
الفهرس	٤٤٥

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